

Enrico Scoditti

Interpretazione e clausole generali

SOMMARIO: 1. L'incompletezza della clausola generale – 2. La clausola generale come ideale di norma – 3. Riconduzione, e non sussunzione – 4. A chi è rivolta la clausola generale? – 5. Giudizio di fatto e giudizio di diritto

1. L'incompletezza della clausola generale

È un dato ormai acquisito il superamento dell'assimilazione dell'applicazione della clausola generale al giudizio di fatto e della limitazione del sindacato di legittimità al controllo del vizio motivazionale ai sensi dell'art. 360 n. 5, c.p.c. A partire dalla fine del secolo scorso si riconosce che «nell'esprimere il giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma elastica, il giudice compie un'attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma, dando concretezza a quella parte mobile della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico – sociale ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori»¹. L'interpretazione della clausola generale coincide così con il giudizio di valore espresso dal giudice di merito ed il sindacato innanzi alla Corte di Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. consiste nella verifica della conformità di tale giudizio di valore ai principi propri dell'ordinamento giuridico². Il momento ermeneutico corrisponde ad una

¹ Cass. 22 febbraio 2012, n. 2572, in «Rep. Foro it.», 2012, voce *Spese giudiziali civili*, n. 41; così anche Cass. 8 agosto 2011, n. 17093, in «Foro it.», 2011, I, col. 2980 e Cass. 6 aprile 2006, n. 8017, «Rep. Foro it.», 2006, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1366. Per una visione d'insieme sugli orientamenti della giurisprudenza in materia di clausole generali, E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, UTET, Torino 2003, e ID., *Clausole generali*, voce dell'*Enciclopedia del diritto. Annali*, vol. V, Giuffrè, Milano 2012, pp. 183 ss.

² La giurisprudenza rilevante sul punto è quella lavoristica: Cass. 18 gennaio 1998, n. 434 e 22 ottobre 1998, n. 10514, in «Foro it.», 1999, I, col. 1891; Cass. 13 aprile 1999, n. 3645, *ibidem*, col. 3558.

integrazione valutativa, che avviene mediante il rinvio a criteri extra-giuridici, secondo la tesi prevalente, ed in particolare il rinvio a regolarità o tipi ideali di comportamento riferiti a circostanze determinate, che vengono desunti dall'ambiente esterno al diritto e hanno un'origine etico-sociale. L'integrazione giudiziale mediante giudizi di valore della parte mobile della norma elastica, per riprendere il linguaggio della giurisprudenza, richiama l'esercizio di un potere discrezionale da parte del giudice. Si parla spesso, a questo proposito, di 'delega' della qualificazione giuridica del fatto da parte del legislatore al giudice³.

Il rinvio ad un criterio esterno alla clausola generale presuppone il carattere incompleto della norma che la prevede. Come ha scritto Luigi Mengoni, «le clausole generali sono norme incomplete, frammenti di norme»⁴. Lo stesso Mengoni precisa che il rapporto fra clausola generale e cc.dd. norme sociali non è puramente recettizio. Non vi è un rinvio in senso tecnico, perché fra clausola generale e norma sociale resta la «distanza che separa l'essere dal dover essere»⁵. Le norme sociali restano tipi normali di comportamento desunti dalla realtà, ai quali il giudice attingerebbe in funzione di direttiva per completare la norma giuridica. In tal modo però la norma di cui fare applicazione risulta dall'integrazione di norma elastica (incompleta) e norma sociale di condotta e la dinamica del recepimento in senso tecnico non potrebbe essere negata. C'è poi da considerare, come chiarisce sempre Mengoni, che al giudice deve essere data la possibilità, avvalendosi della clausola di buona fede, di definire regole di comportamento più avanzate rispetto alle vedute correnti, pena la ricaduta del diritto in una funzione meramente conservativa dell'esistente e non direttiva dell'assetto sociale⁶. Il completamento della norma elastica mediante il recepimento del criterio meta-giuridico entra in contraddizione con l'eccedenza deontica del diritto rispetto al modo di essere della realtà. L'incompletezza della norma non è di tipo valutativo, tale che i contenuti valoriali mancanti debbano essere attinti dal sistema dei valori etico-sociali. Al fine di evitarne la contaminazione con la 'materia' sociale, e preservarne «l'eccedenza di contenuto deontologico»⁷, si deve liberare

³ G. D'AMICO, *Note in tema di clausole generali*, in *In iure praesentia*, 1989, p. 438; S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano 2013, p. 88.

⁴ L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in F.D. BUSNELLI *et al.*, *Il principio di buona fede*, Giuffrè, Milano 1987, p. 10.

⁵ *Ibid.*, p. 12.

⁶ *Ibid.*, p. 13.

⁷ E. BETTI, *Interpretazione delle legge e degli atti giuridici (teoria generale e dogmatica)*, Giuffrè, Milano 1971, p. 316.

la norma elastica da qualsiasi contenuto materiale. La buona fede, come qualsiasi clausola generale, è una pura forma.

2. La clausola generale come ideale di norma

Il carattere di norma incompleta della norma elastica va inteso quindi non come incompletezza di contenuti valutativi ma quale connotazione puramente formale. La clausola generale è un ideale di norma, e lo è alla stessa stregua del trascendentale kantiano: «chiamo trascendentale ogni conoscenza che si occupa non di oggetti, ma del nostro modo di conoscenza degli oggetti, in quanto questa deve essere possibile *a priori*»⁸. La clausola generale non fissa il contenuto della regola giuridica, in via generale ed astratta, secondo la tecnica della norma a fattispecie, ma fissa il criterio di identificazione della regola giuridica relativa al caso concreto, ovvero il modo in cui la regola deve essere conosciuta, per riprendere la definizione di trascendentale in senso gnoseologico. Se fissasse direttamente il contenuto della regola giuridica, la sua applicazione implicherebbe l'operazione della sussunzione del caso concreto nella previsione astratta e generale. Non fissando il contenuto della regola giuridica, la clausola generale non può come tale trovare applicazione in funzione di regolazione del caso. La disposizione che contempla una clausola generale non enuncia quindi una norma in senso proprio, ma un ideale di norma cui attingere per l'identificazione di quella che lo stesso Mengoni chiama «norma individuale»⁹. La clausola generale è l'idea-limite che deve essere presunta ad ogni disciplina del caso concreto. Come scrive Esser, il quale definisce la clausola generale forma-limite, «al giudice viene tolta l'illusione di una fattispecie fissa e già preparata e gli viene palesato l'impegno comunque presente di 'capire in modo giusto' la norma con un giudizio di valutazione conforme al dovere»¹⁰. Ciò che sul piano normativo si esige è l'appello dell'interprete all'ideale di regolazione.

Quale ideale di norma la clausola generale deve restare immune dalle contaminazioni empiriche che possono derivare da criteri meta-giuridici. Bisogna guadagnare un punto di vista trascendentale. La questione è di diritto, e non di fatto. Se sul piano del fatto accade che l'interprete ricorra a concezioni etico-sociali, sul piano del diritto ciò che vige è l'ideale

⁸ I. KANT, *Critica della ragion pura*, vol. I, Laterza, Roma-Bari 1977, p. 58.

⁹ L. MENGONI, *Gli acquisti "a non domino"*, Giuffrè, Milano 1975, p. 316.

¹⁰ J. ESSER, *Precomprensione e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto*, ESI, Napoli 1983, p. 57.

di regolazione. Le concezioni etico-sociali vanno giudicate in base alla coerenza al criterio giuridico rappresentato dall'ideale. I criteri meta-giuridici designano l'appartenenza dell'interprete a determinati contesti storico-sociali e condizionano il procedimento interpretativo di identificazione della norma, come ha insegnato l'ermeneutica novecentesca post-heideggeriana. Le «precomprensioni» interpretative attengono però non alla dimensione normativa della valutazione, ma a quella fattuale della condizione esistenziale dell'interprete, e pertanto, quando si accede al piano della valutazione, ricadono nel giudizio critico di un ideale di ragione¹¹. Proprio in quanto appartenenti alla dimensione del fatto, e non a quella del valore, le concezioni etico-sociali sono inidonee ad integrare il precetto normativo e restano confinate nel procedimento interpretativo di identificazione della norma individuale. Il completamento delle clausole generali non può essere affidato alle c.d. norme sociali.

Ciò che invero è indeterminato nella norma elastica sono proprio i fatti riconducibili alla previsione normativa¹². L'integrazione della clausola generale avviene dunque al livello dell'inserimento delle circostanze di fatto. Come è stato tuttavia osservato, questo non vuol dire che l'identificazione dell'estensione dell'obbligo di correttezza, ad esempio, avvenga solo in concreto e che manchi del tutto un profilo *a priori*¹³. Se eliminassimo il lato dell'*a priori*, e riducessimo tutto alle circostanze del caso, perderemmo l'ideale normativo che governa l'identificazione della norma concreta.

Dal punto di vista strutturale fra la norma concreta, identificata mediante la norma ideale, e la norma generale e astratta non vi è differenza. Ogni norma consta di un elemento formale, concretantesi nell'attività di qualificazione, e di un elemento materiale, che è il fatto oggetto di qualificazione. La norma concreta è anch'essa una norma a fattispecie, solo che mentre quella astratta e generale contempla una classe di eventi o azioni, quella concreta contempla un'azione individuale. Per tornare a Kant, ogni formulazione di norma, astratta o concreta, può essere definita «giudizio sintetico *a priori*»¹⁴. Formulare una norma non può corrispondere

¹¹ La critica che Habermas svolge nei confronti della dottrina ermeneutica di Gadamer è nel senso che l'appartenenza dell'interprete alla tradizione non può escludere l'esercizio critico della riflessione e dunque «un sistema di riferimento che oltrepassi il nesso della tradizione come tale» (J. HABERMAS, *Agire comunicativo e logica delle scienze sociali*, Zanichelli, Bologna 1980, p. 253).

¹² G. FABBRINI, *Potere del giudice (dir. proc. civ.)*, voce dell'*Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIV, Giuffrè, Milano 1985, p. 742.

¹³ U. BRECCIA, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano 1968, pp. 90 ss.

¹⁴ KANT, *Critica della ragion pura*, cit., pp. 46 ss.

a un giudizio analitico, nel quale il predicato è già tutto nel soggetto (*a priori*), ma non corrisponde neanche al giudizio meramente sintetico, che è interamente dipendente dall'esperienza (*a posteriori*). Nell'un caso avremmo una norma senza fatto, nell'altro circostanze di fatto prive di qualificazione. La formulazione della norma, tanto astratta e generale quanto concreta, corrisponde quindi ad un giudizio sintetico *a priori*, nel quale si ha sia la fornitura di materia dall'esterno che la connessione con l'attività qualificatoria.

La caratteristica della clausola generale, norma ideale cui attingere per la formulazione di giudizi sintetici *a priori* relativi a norme concrete, è che indeterminato è l'elemento materiale della norma. La fattispecie, quale correlazione a determinati presupposti di fatto dell'effetto giuridico, è espressione di un criterio di valutazione. La clausola generale si arresta al criterio di valutazione e resta muta per ciò che concerne i presupposti di fatto. Enuncia il criterio ma non lo applica ad alcun dato di fatto e pertanto non svolge alcuna valutazione. La norma elastica è un ideale di norma proprio perché coincide con il puro criterio di valutazione. Si comprende così perché l'integrazione della clausola generale non è sul piano del criterio di qualificazione che deve avvenire. Dal punto di vista qualificatorio la norma è esaustiva e non richiede di diritto il rinvio a criteri esterni, salvo di fatto il riferimento empirico a tipologie esemplari e concezioni etico-sociali nel corso del procedimento interpretativo. Il difetto di determinazione non riguarda l'elemento formale, ma l'elemento materiale, sicché è al livello del fatto che si impone l'integrazione.

3. Riconduzione, e non sussunzione

Dopo che la norma è stata formulata mediante un giudizio sintetico *a priori*, la sua applicazione successiva corrisponde però ad un giudizio analitico, perché si tratta di ritrovare nell'esperienza ciò che è già tutto dentro la norma. È questo il meccanismo della sussunzione. Si è soliti attribuire l'operazione della sussunzione alle sole norme a fattispecie. In realtà, dopo che grazie all'ideale normativo contenuto nella clausola generale è stata identificata la norma concreta, anche quest'ultima può costituire la premessa maggiore del sillogismo giudiziale. La norma concreta di diritto costituisce però una fattispecie a determinate condizioni. Rispetto ad essa non può operare il meccanismo della sussunzione. Quest'ultima presuppone una fattispecie generale e astratta, definita da una serie di elementi determinati e tutti necessari, nella quale riportare un caso concreto attraverso la

selezione, nella congerie di elementi che lo connotano, di quelli corrispondenti all'ipotesi astratta. È necessario che tutti gli elementi della fattispecie astratta siano presenti in quella concreta, che è così dedotta dalla prima. Nel caso della norma concreta il procedimento logico non è deduttivo, ma induttivo. In essa la fattispecie ha carattere concreto perché consta di un complesso di elementi non tutti necessari come per la fattispecie astratta. Non è richiesto che tutti gli elementi della fattispecie concreta siano rinvenibili nel nuovo caso. Il rapporto non è fra universale e particolare, ma fra particolare e particolare. Dalla congerie di elementi si estrae il tipo ed è questo che deve essere ricorrente nel nuovo caso, per il resto caratterizzato da diversi elementi fattuali. L'enunciazione giudiziaria del principio di diritto consiste nella induzione dalla fattispecie, all'interno della serie di circostanze che connotano il caso, degli elementi che corrispondono alla norma concreta di diritto. Ai fini dell'ulteriore applicazione della norma risultante dal caso si procede mediante il raffronto fra casi concreti, riconducendo il nuovo caso al primo sulla base degli elementi in comune fra i due casi e che hanno rilevanza ai fini del precetto normativo. Trattandosi non di sussunzione, ma di riconduzione, la corrispondenza fra i casi potrà essere più o meno intensa¹⁵. Stante le diverse graduazioni di somiglianza che possono ricorrere, il rapporto fra i casi va regolato secondo le raffinate tecniche del *distinguishing* elaborate dal giudice anglosassone.

4. A chi è rivolta la clausola generale?

Che il giudice formuli un giudizio di valore, e non si limiti all'attività meramente ricognitiva, in sede di applicazione della clausola generale, è conclusione basata su un'implicita premessa, e cioè che destinatario della norma elastica sia il giudice. Si può però concepire la normativa codicistica sulla correttezza come indirizzata al giudice? Una norma come l'art. 1337, c.c. prevede un obbligo di comportamento e non attribuisce il potere, pubblico o privato che sia, di creare o modificare un obbligo, e deve perciò intendersi come indirizzata ai consociati. Ma anche laddove si tratti di previsione normativa attributiva di un potere di modificazione del rapporto giuridico, come quella sulla giusta causa di licenziamento, cui si deve la parte più rilevante di elaborazione giurisprudenziale sulle norme elastiche, la norma non è indirizzata al giudice.

¹⁵ La distinzione fra sussunzione e riconduzione è adottata da G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, CEDAM, Padova 1974, p. 121, a proposito dell'elaborazione dei tipi contrattuali.

Quando sulla base di una crisi di cooperazione le parti danno luogo ad un processo deducendo una norma elastica non invocano dal giudice il riempimento dei *gaps* lasciati dai comandi del legislatore con un atto di posizione del diritto, ma chiedono al giudice di accordare loro un diritto che esse pretendono già di avere¹⁶. La domanda di accertamento della responsabilità presuppone che una misura della responsabilità medesima sia preesistente, altrimenti non si potrebbe ripartire fra le parti il torto e la ragione. Se la misura della responsabilità è posta dal giudice, e non meramente dichiarata nel processo, non potrebbe neanche ascriversi a qualcuno il torto. Di cosa sarebbe responsabile la parte se il parametro di responsabilità non preesisteva al processo e sorgesse solo con il *dictum* giudiziale? Se l'integrazione della norma elastica avviene per opera del giudice nessuno è responsabile e può dunque essere citato per i danni, perché al momento del fatto la regola non c'era ancora. Agire per la violazione della normativa di correttezza e domandare il risarcimento del danno non è la stessa cosa che chiedere al giudice di stabilire il termine per l'adempimento dell'obbligazione ai sensi dell'art. 1183, c.c. Si è responsabili della violazione di una norma che preesiste alla condotta, mentre nel caso del tempo dell'adempimento si sta chiedendo effettivamente al giudice di fissare una regola del rapporto obbligatorio. Il divieto del *non liquet* è l'altra faccia della preesistenza comunque di una norma prima dell'instaurazione di un processo. Sulla base di quella norma i consociati possono regolare, prima ed a prescindere dalla dichiarazione giudiziale, i propri comportamenti.

Il giudice pertanto non formula la norma individuale sulla base di una delegazione normativa ma accerta la norma concreta di diritto. Detto altrimenti, mentre la formulazione del giudizio sintetico *a priori* da parte del legislatore corrisponde ad un atto di posizione della norma (generale e astratto), nel caso del giudice la formulazione del giudizio sintetico *a priori* corrisponde ad un atto dichiarativo della norma (concreta), ovvero di riconoscimento grazie all'interpretazione. L'accertamento della norma concreta di diritto avviene sulla base del criterio di identificazione fornito dall'ideale di norma contemplato dalla clausola generale. Il giudice, proprio come nella gnoseologia di Kant, 'conosce' la norma concreta grazie all'organo trascendentale rappresentato dalla clausola generale. Trattandosi di norma solo riconosciuta in sede interpretativa, e non posta, la norma concreta di diritto è definibile norma senza disposizione.

¹⁶ CH. FRIED, *Contract as Promise. A Theory of Contractual Obligation*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1982, p. 68, il quale, con riferimento ai cc.dd. *hard cases*, precisa che le parti si appellano ai principi di diritto cui il giudice è vincolato.

5. *Giudizio di fatto e giudizio di diritto*

Il rapporto fra giudizio di fatto e giudizio di diritto è destinato a mutare, in sede di sindacato di Cassazione, quando si passa dalla norma a fattispecie alla norma elastica. L'affermazione ricorrente, ad esempio a proposito di giusta causa di licenziamento nel rapporto di lavoro subordinato, è quella secondo cui le specificazioni della clausola generale, mediante la valorizzazione sia dei fattori esterni relativi alla coscienza sociale, sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama, hanno natura giuridica e la loro disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge; l'accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni, e della loro concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito ed è incensurabile in Cassazione se non per vizio motivazionale¹⁷. In tal modo la giurisprudenza uniforma il trattamento della norma elastica a quello della norma a fattispecie. I profili di differenza fra le due forme di sindacato da evidenziare sono due.

In primo luogo se il parametro normativo è la stessa norma elastica non vi è un fatto da accertare che integri il parametro normativo per la semplice ragione che la norma elastica è una norma priva di componenti di fatto. Se si parte dalla clausola generale il meccanismo della sussunzione non può operare. Questo non vuol dire che una questione di fatto nel processo non vi sia, ma essa rileva non al fine della sussunzione. L'accertamento del fatto rileva qui per la stessa formulazione/dichiarazione della norma concreta di diritto. Una *quaestio facti* rimane, perché un fatto da accertare non può negarsi che vi sia, ed entro i limiti del mero accertamento del fatto storico il vizio motivazionale di cui all'art. 360, n. 5, c.p.c. mantiene il suo spazio. Il fatto è però subito ricompreso nella *quaestio iuris* perché fa corpo unico con la stessa norma applicabile. È il fatto che dà vita alla norma. Identificare modalità impreviste ed arbitrarie, nel recesso di una banca dal rapporto di credito a tempo determinato pur in presenza di una giusta causa, significa aver già valutato come contraria a buona fede la condotta. Accediamo così al secondo elemento di analisi.

La concreta attitudine del fatto ad integrare la norma applicabile, per ipotesi la concreta attitudine a costituire giusta causa di licenziamento, si pone sul piano del giudizio di diritto, e non del giudizio di fatto. Il fatto

¹⁷ Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, in «Rep. Foro it.», 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1250; 12 agosto 2009, n. 18247, *id.*, 2009, voce cit., n. 1484; 21 novembre 2000, n. 15004, in «Foro it.», 2003, I, col. 1846.

che qui rileva non corrisponde alla questione di fatto del processo, la quale resta riservata all'apprezzamento del giudice di merito (sindacabile ai sensi dell'art. 360, n. 5). Ciò che viene in primo piano è la componente di fatto della norma. È una questione di individuazione e applicazione della norma (concreta) di diritto. La concreta attitudine del fatto ad integrare la norma applicabile corrisponde non all'idoneità del fatto ad essere sussunto nella norma, cui siano imputabili le conseguenze giuridiche, ma all'idoneità del fatto a costituire direttamente l'elemento materiale della norma produttiva degli effetti giuridici. Il fatto non è il caso concreto da sussumere nella norma (astratta), ma la componente di fatto della norma (concreta). Si sta quindi identificando la norma concreta a fattispecie che deve trovare applicazione. Se diritto e fatto sono inestricabilmente fusi non è possibile distinguere, entro i limiti indicati, fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. Si tratta quindi di un giudizio di un terzo tipo. Come è stato scritto, emerge «un giudizio 'complesso', che si compone, al contempo, di un 'momento di fatto' e di un 'momento di diritto', la cui insindacabilità in sede di legittimità, in presenza di motivazione esente da vizi, non può che essere circoscritta esclusivamente al profilo relativo alla mera ricostruzione del fatto storico»¹⁸.

Nella tradizionale norma a fattispecie la componente di fatto corrisponde ad una classe di azioni o eventi, sicché è possibile distinguere fra il fatto astratto relativo alla classe ed il fatto concreto relativo al caso. L'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici è stata già valutata sul piano astratto e generale dal legislatore. La questione di diritto resta come errata individuazione della norma regolatrice della questione controversa o come applicazione in difformità dal suo contenuto precettivo. L'erronea identificazione, nella situazione di fatto in concreto accertata, della ricorrenza degli elementi costitutivi d'una determinata fattispecie normativamente regolata, ovvero della classe di fatti contemplata dalla norma, costituisce evidentemente giudizio di fatto. Nella norma concreta di diritto non c'è distinzione fra il fatto astratto (la classe di azioni o eventi) ed il fatto concreto. Ciò che entra nella norma non è la classe di fatti, ma il fatto concreto: accertare il fatto vuol dire, sotto quest'aspetto, accertare la norma. In sede di formulazione/dichiarazione della norma concreta di diritto si accerta l'attitudine del fatto a produrre effetti giuridici. L'identificazione dell'elemento di fatto della fattispecie concreta è parte dell'enunciazione della norma perché corrisponde al riconoscimento della sua effettualità giuridica, così come quando il legislatore, disegnando la norma a fattispecie, valuta l'idoneità in astratto

¹⁸ FABIANI, *Clausole generali e sindacato della cassazione*, cit., p. 505.

della classe di fatti a produrre effetti giuridici. La valutazione del fatto (se ricorra la giusta causa di licenziamento, se vi sia stata violazione della buona fede) è oggetto del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. Il giudizio di fatto non è quindi dissociabile dal giudizio di diritto se non nei limiti dell'accertamento della verifica del mero fatto storico. Tutto deriva dalla concretezza, e non astrattezza, del fatto contemplato dalla norma.

Sotto questo aspetto, nel sindacato di legittimità sull'applicazione di norme elastiche non c'è distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*. Il rilievo consente un chiarimento ulteriore. Quando si denuncia la violazione di una norma elastica ciò che si sta in realtà denunciando è la violazione della norma concreta di diritto. Quest'ultima contempla il 'presupposto di legittimità' di cui parla l'art. 30, comma 1°, l. n. 183 del 2010, modificato dall'art. 1, comma 43°, l. n. 92 del 2012. Il ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3 va dunque proposto per violazione o falsa applicazione della norma concreta di diritto. Il quesito è se il giudice, nell'ambito del processo interpretativo di uniformazione all'ideale, abbia correttamente identificato la norma concreta di diritto o l'abbia applicata al pertinente caso. Nei limiti del controllo del procedimento di concretizzazione dell'ideale il giudice di legittimità verifica la coerenza all'ideale del parametro etico-sociale di cui il giudice di merito si sia avvalso. La censura della sentenza di merito per violazione della norma elastica in senso stretto ha un altro significato.

Quando la denuncia di violazione di diritto ha ad oggetto non la norma concreta di diritto ma la norma elastica vuol dire che la violazione attiene all'esistenza dei presupposti per l'applicazione di una norma concreta da identificare mediante l'ideale normativo contenuto nella clausola generale. È la stessa possibilità di applicare una norma concreta di diritto che viene in gioco. La *quaestio iuris* qui è se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o la norma concreta identificabile grazie alla clausola generale. Se la nullità di un contratto possa dipendere dalla violazione della regola di comportamento della buona fede o sia riconducibile esclusivamente alle regole di validità è questione che concerne non l'osservanza di una norma concreta di diritto, ma se debba trovare applicazione la norma a fattispecie o se debba darsi avvio al procedimento di individuazione della norma individuale mediante la clausola generale. Se il fatto risulta già disciplinato da una norma a fattispecie è allora quest'ultima che deve prevalere sulla clausola generale. Naturalmente, una volta che sia la norma elastica l'oggetto diretto del ricorso ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c., torna la distinzione fra *ius litigatoris* e *ius constitutionis*¹⁹.

¹⁹ Di analogo tenore è l'impugnazione per violazione di legge nel caso di mancata osservanza

C'è però la possibilità che anche con riferimento alla norma concreta di diritto si riapra in termini più netti la forbice fra giudizio di fatto e giudizio di diritto. È stato già chiarito che, dopo che grazie all'ideale normativo contenuto nella clausola generale è stata identificata la norma concreta, anche quest'ultima diventa una norma a fattispecie, e segnatamente una norma a fattispecie concreta, cui ricondurre un fatto che presenta caratteri comuni. In tale evenienza torna tutta la tradizionale elaborazione in materia di norme a fattispecie, e cioè la contestazione di non corretta individuazione della norma (concreta) regolatrice della questione controversa o della sua applicazione in difformità dal suo contenuto precettivo, quale questione di diritto, e l'identificazione, nella situazione di fatto in concreto accertata, della ricorrenza degli elementi costitutivi della fattispecie normativa (concreta), quale giudizio di fatto. L'enunciazione giudiziaria della fattispecie normativa concreta diventa il parametro di riconduzione alla norma concreta dei successivi casi dotati dei medesimi requisiti fattuali.

Abstract

La clausola generale costituisce un ideale di norma mediante cui identificare la norma concreta di diritto. A quest'ultima vanno ricondotti i casi che presentano comuni elementi di fatto. La norma individuale non è posta, ma è solo accertata dal giudice, perché disciplina la condotta dei consociati prima dell'accertamento giudiziario. In materia di clausole generali viene meno la tradizionale distinzione fra giudizio di fatto e giudizio di diritto perché il fatto costituisce l'elemento materiale della norma concreta di diritto.

da parte del giudice dei limiti al sindacato di merito sulle valutazioni che competono al datore di lavoro di cui al citato art. 30, comma 1°, l. n. 183 del 2010 (è violazione della norma che vieta l'estensione del sindacato del giudice dall'accertamento del rispetto della norma concreta di diritto alle valutazioni di competenza del datore di lavoro).

