

Claudio Scognamiglio

La funzione sociale del diritto del lavoro tra legislatore e giudice

SOMMARIO: 1. Diritto del lavoro e diritto civile a cavallo dell'inizio del XX e del XXI secolo – 2. Il diritto del lavoro e la tutela della 'debolezza' contrattuale – 3. Il problema dell'interpretazione del contratto collettivo e la funzione del diritto del lavoro – 4. La funzione sociale del diritto del lavoro e il problema delle clausole generali – 5. Conclusioni

1. Diritto del lavoro e diritto civile a cavallo dell'inizio del XX e del XXI secolo

Le riflessioni sulla funzione sociale del diritto del lavoro saranno qui svolte con una particolare attenzione alla prospettiva del rispettivo ambito di intervento del giudice e del legislatore, così come gli stessi si sono modulati nel corso del tempo, così rispondendo, con modalità di volta in volta differenti, al problema della rimozione di quelle situazioni di debolezza per fronteggiare le quali può ben dirsi che il diritto del lavoro sia storicamente nato.

In particolare, un primo tentativo di riflessione circa la funzione sociale del diritto del lavoro, nei suoi rapporti con il diritto civile, può prendere opportunamente le mosse dalla notazione che, ormai quasi dieci anni fa, Paolo Grossi, delineando il profilo storico della cultura del civilista italiano, dedicava al paesaggio giuridico del primo Novecento¹.

Si legge, nella pagina di Grossi, che quel tornante di tempo registra, per il diritto in generale e, in particolare, per il diritto civile, il crollo di due miti, quello della semplicità e quello dell'astrattezza/purezza, poiché la società del momento storico immediatamente precedente, «pensata e risolta elitariamente come un teatro di modelli astratti, tutti uguali l'uno all'altro, e pertanto società di individui cui il diritto forniva le due armi essenziali della proprietà e del contratto – sta(va) diventando società di massa, società che reclama un'economia di massa e questa economia di massa reclama figure più idonee a regolarla, figure che tengano conto

¹ Cfr. P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano 2002, p. 53.

della dimensione collettiva ormai di esperienza quotidiana e del fenomeno organizzativo ormai al centro del nuovo diritto»: cosicché «sui vessilli dei giuristi più coinvolti – commercialisti e lavoristi – campeggiano l'impresa e il contratto collettivo, due figure che turbano profondamente i sonni del civilista vetero – borghese, perché scompigliano il suo laboratorio ed i suoi arnesi industriali»; in particolare, prosegue Paolo Grossi, «il contratto collettivo turba i sonni del giurista liberale, perché, al contrario di un contratto plurisoggettivo che è sempre contratto di individui, anche se plurimo, è posto in essere da una collettività contraente per la tutela dell'interesse della collettività».

Certo, nessuno potrebbe sostenere, oggi, che la figura del contratto collettivo, in quanto tale, turbi i sonni del civilista; anche se forse potrebbe turbarli, laddove complica ulteriormente il già frastagliato quadro delle fonti del diritto, l'ancora non remota, dal punto di vista della data di entrata in vigore, disposizione dell'art. 8, co. 2° *bis* della L. 148/11, attraverso l'attribuzione dell'idoneità ai «contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale da associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero dalle loro rappresentanze sindacali operanti in azienda» a derogare, nelle materie indicate nel co. 2° dello stesso articolo, alle disposizioni di legge ed alle relative regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, pur con il limite del rispetto della Costituzione e dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

Allo stesso modo, nessuno potrebbe più sostenere che il civilista, al passaggio tra il secondo ed il terzo millennio, nutrito, ormai, di prospettive metodologiche raffinate e sempre più affrancate dalle secche del formalismo e del dogmatismo, debba attendere che il diritto del lavoro gli rammenti la necessità di «chinare lo sguardo sul terreno impuro delle lotte sociali»².

Tuttavia, ed è proprio questa l'ipotesi di lettura dei rapporti tra il diritto civile ed il diritto del lavoro – per quel che concerne, in particolare, la funzione sociale che può dirsi svolta dal secondo – che si intende delineare in questa sede, il diritto del lavoro ha svolto, in questi ultimi anni, e sta svolgendo tuttora, nei riguardi del diritto civile, la funzione preziosissima, di inoculare, all'interno di esso, quelli che potremmo chiamare i germi – e si tratta di germi benefici – della complessità del reale³, costringendo il civilista a confrontarsi con questi ultimi e ad arricchire, dunque, le prospettive

² Così ancora GROSSI, *La cultura del civilista*, cit. nt. 1, p. 48.

³ Sulla complessità come categoria generale della scienza giuridica, cfr. A. FALZEA, *Complessità giuridica*, in «Enciclopedia del diritto. Annali», I, Milano 2007, p. 203 ss.

del suo discorso: e questo proprio perché, ancora di più del diritto civile della contemporaneità, «il diritto del lavoro è realtà impura, intriso com'è di fatti sociali ed economici, specchio fedele del divenire mutevolissimo della società»⁴ e, prima ancora, anche in prospettiva diacronica, del diritto civile, il diritto del lavoro si sforza di sollevare il velo della forma giuridica al fine di individuare gli interessi concreti e le dinamiche reali di potere ad essi sottostanti. Ed è, del resto, probabilmente anche per questa ragione che il diritto del lavoro ha manifestato ben prima del diritto civile generale la propria insofferenza a restare ingabbiato dalla forma del codice civile⁵; e prima, oltre che più intensamente, del diritto civile generale ha modulato le proprie linee di sviluppo attraverso un dialogo intenso tra dottrina e giurisprudenza⁶.

In altre parole, il diritto del lavoro, ormai da tempo abbandonata la posizione di «insignificante pertinenza del venerato diritto civile», si delinea come un'officina o un cantiere al quale il civilista contemporaneo non può fare a meno di attingere, quando voglia davvero cercare di modellare le proprie categorie conoscitive, e, soprattutto, le soluzioni ed i rimedi predisposti, sulla sostanza economica delle cose. In questa prospettiva, dunque, il rapporto tra il diritto privato generale ed il diritto del lavoro, riguardato come diritto c.d. secondo rispetto ad esso⁷, non pone capo soltanto alla necessità di controllare, «nell'ambito dei diritti secondi (gli) istituti giuridici e (le) categorie dogmatiche elaborati in seno al diritto primo», ma si delinea nei termini di un rifluire verso il diritto primo delle questioni trattate all'interno del diritto secondo.

Tre aree tematiche paiono particolarmente significative dell'attitudine del diritto del lavoro, sul versante dei suoi rapporti con il diritto civile, che si è cercato fin qui di delineare: quella relativa ai c.d. rapporti contrattuali asimmetrici, con riferimento ai quali il diritto del lavoro, per i tratti stessi del rapporto di lavoro subordinato, ha offerto, da tempo, un esempio di relazioni contrattuali caratterizzate, appunto, dall'attestarsi le parti di esse

⁴ Così P. GROSSI, *Gino Giugni nella scienza giuridica italiana del Novecento*, in *Nobiltà del diritto – Profili di giuristi*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», Milano 2008), p. 693: nel testo, il giudizio è riferito alla situazione della scienza civilistica e di quella giuslavoristica italiana nei primi anni Cinquanta del secolo scorso.

⁵ Cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Il codice civile e il diritto del lavoro*, in «Rivista di diritto civile», (1994), I, p. 245 ss., in particolare, p. 271 ss.

⁶ Cfr. il quadro, che di questa prospettiva di sviluppo del diritto del lavoro offre, R. SCOGNAMIGLIO, *Il dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza nella evoluzione del diritto del lavoro*, in «Rivista degli infortuni malattie professionali», (1998), p. 391 ss.

⁷ Secondo la nota terminologia proposta da C. CASTRONOVO, *La nuova responsabilità civile*, Milano 2006³, p. 353 ss.

su una posizione non solo di forza economica, ma, ben di più, di potere informativo, differenziata le une rispetto alle altre⁸; quella concernente l'interpretazione del contratto collettivo, avendo quest'ultima offerto al civilista un punto di emersione particolarmente nitido di quel fenomeno, da tempo definito, dagli studiosi dell'interpretazione del contratto, in termini di relatività dei criteri di ermeneutica; infine, quella attinente all'uso delle clausole generali (la buona fede e, più di recente, quella dell'abuso del diritto), le quali, per le ragioni che ci sforzeremo di tratteggiare, hanno rappresentato e rappresentano, nel rapporto di lavoro, tecniche particolarmente efficaci di controllo della discrezionalità di cui godono le parti e di verifica della conformità a parametri di ragionevolezza della loro condotta. E sarà proprio quest'ultima, del resto, a fornire una chiave di risposta all'interrogativo, che pure ci siamo posti da principio circa i rapporti tra intervento del giudice ed intervento del legislatore.

2. Il diritto del lavoro e la tutela della 'debolezza' contrattuale

Soffermandosi, in uno scritto del 1967, sulla specialità del diritto del lavoro, uno dei fondatori di quest'ultimo, così come oggi lo conosciamo, ed un Maestro sia del diritto del lavoro che del diritto civile, individuava senza incertezze la funzione essenziale del diritto del lavoro nella tutela dei lavoratori, sottolineando che «storicamente e nella sua essenza profonda il diritto del lavoro si è formato ed è posto per questa tutela, corrispondente ad una specifica esigenza di protezione e difesa di chi deve lavorare alle dipendenze altrui per guadagnarsi la vita» e che «il motivo di tutela dei lavoratori, che si svolge dalle prime leggi protettive fino alla norma costituzionale sul diritto di sciopero, non è del resto se non una speciale e complessa versione del principio di tutela del contraente più debole e più ancora dei principi di effettiva libertà e concreta eguaglianza, oggi garantite dalla Costituzione e specialmente dall'art. 3»⁹.

⁸ È noto che proprio la constatazione della radicale asimmetria delle posizioni, rispettivamente, del datore di lavoro e del lavoratore subordinato, ha potuto fondare, all'interno della dottrina giuslavoristica, la conclusione radicale dell'insufficienza dello schema del contratto a costituire il quadro di riferimento per la tutela del lavoratore in relazione alla «pesante condizione di inferiorità e debolezza del prestatore», determinata dal vincolo della subordinazione (cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Lavoro subordinato e diritto del lavoro alle soglie del 2000*, in «Argomenti di diritto del lavoro», 2 [1999], p. 274 ss.): secondo una prospettiva, che potremmo definire di fuoriuscita dal contratto, che non è stata peraltro mai perseguita in questi termini nell'ambito del diritto civile generale.

⁹ Così F. SANTORO PASSARELLI, *Specialità del diritto del lavoro*, in «Rivista italiana di

In termini perfino più netti, ed in epoca meno risalente, un altro studioso caratterizzava la storia stessa del diritto del lavoro come «storia di una ‘debolezza contrattuale’», nella quale «l’assenza di autonomia individuale e la necessità di una forte integrazione eteronoma assumono il significato di una scontata conseguenza della prima»: cosicché «l’assenza di potere diviene fonte di un rapporto squilibrato, caratterizzato da uno stato di soggezione e da una sostanziale espropriazione nel governo della gestione del rapporto e fonte altresì dei suoi antidoti giuridici, segnatamente la norma inderogabile ed una parziale indisponibilità dei diritti»¹⁰.

Si può, dunque, in effetti dire che la riflessione sulla ‘debolezza’ contrattuale abbia costituito una costante della scienza giuslavoristica, comunque tutt’altro che ignara – già nella stagione, così fervida, degli anni ’70 – dell’esistenza, nell’ambito dei rapporti di diritto civile, di altre situazioni di sottoprotezione sociale ed altresì consapevole delle differenze tra queste e quelle delle quali il diritto del lavoro è chiamato ad occuparsi, almeno nei termini in cui le stesse, in quel periodo storico, si delineavano. Infatti, nel tornante degli anni ’70, «lavoratore e cittadino si allontanano nella stessa misura in cui se il secondo è destinatario dell’eguaglianza formale, solo il primo potrà avvalersi della ‘rivoluzione promessa’ con l’attuazione dell’eguaglianza sostanziale»¹¹. Del tutto correttamente, dunque, nel quadro di un suggestivo tentativo di sistemazione degli anni ’70 del diritto privato¹², i lavoratori subordinati sono stati collocati – accanto alle donne, ai consumatori ed ai locatori – nell’area dei soggetti antagonisti: quasi a voler sottolineare che, per ciascuna di queste categorie, si pone, sia pure evidentemente in termini non coincidenti, il problema della loro contrapposizione rispetto a categorie titolari, nei loro confronti, di un potere, variamente modulato, di supremazia.

Ciò che, nella prospettiva da ultimo accennata, caratterizza il diritto civile, rispetto al diritto del lavoro, è piuttosto la consapevolezza, maturata nel settore del diritto civile in epoca più recente rispetto a quanto non

diritto del lavoro», 1 (1967), pp. 15 e 17 s.; in prospettiva di analisi diacronica, si veda anche Scognamiglio, *Il codice civile*, cit. nt. 5, p. 246, il quale colloca alle origini stesse del processo di produzione normativa che ha condotto al formarsi del diritto del lavoro l’esigenza di protezione avverso lo sfruttamento dei lavoratori «abbandonati dalla inadeguatezza dello strumento contrattuale alla mercé dei datori di lavoro che detengono il potere economico»; ID., *Intorno alla storicità del diritto del lavoro*, in «Rivista di diritto del lavoro», (2006), p. 315 ss.

¹⁰ Cfr. O. MAZZOTTA, *Autonomia individuale e rapporto di lavoro – Atti del X Congresso Nazionale di diritto del lavoro*, Milano 1994, p. 4.

¹¹ Così MAZZOTTA, *Autonomia individuale*, cit. nt. 10, p. 5.

¹² Cfr. L. NIVARRA (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano 2008, p. 313 ss.

sia accaduto in quello del diritto del lavoro, che «il dato unificante dei contratti le cui discipline definiscono il nuovo paradigma contrattuale non può identificarsi, riduttivamente, in una rigida categorizzazione socio – economica delle parti contraenti», dovendo invece essere ricercato nella «asimmetria di potere contrattuale»: infatti, vi è «asimmetria di potere contrattuale fra consumatori e professionisti, ma non solo: anche relazioni non riconducibili a tale coppia – come quella tra subfornitori e committenti, fra agenti e preponenti, fra banche e clienti, fra intermediari finanziari e investitori, fra conduttori e locatori – contrappongono una parte dotata di superiore potere contrattuale a una parte con potere contrattuale inferiore»¹³.

Si può allora fondatamente ritenere che il diritto del lavoro abbia costituito l'antecedente storico più nitido e più risalente della costruzione della categoria del contratto asimmetrico che, in questa prospettiva, appare assai più figlia del contratto di lavoro che non del contratto del consumatore: categoria del contratto asimmetrico che, non «prigioniera di una connotazione di soggettività socio – economica» può aspirare ad uno statuto, e ad una collocazione, di categoria di parte generale, idonea a comprendere anche l'area dei contratti tra imprenditori che occupino sul mercato «posizioni fisiologicamente squilibrate»¹⁴.

Sotto il profilo della disciplina della figura generale del contratto asimmetrico, gli innesti più significativi che la regolamentazione del contratto di lavoro è stata in grado di apportare si riferiscono essenzialmente ai temi della determinazione eteronoma del regolamento contrattuale, che dà luogo ad un vincolo contenutistico della libertà contrattuale, e della invalidità.

L'incidenza del primo, sia come tratto delle disciplina del contratto di lavoro, sia come linea di tendenza del nuovo diritto dei contratti, è già fortemente caratteristica dell'atteggiarsi storicamente differenziato dell'intervento di giudice e di legislatore, per riprendere l'impostazione generale del problema della funzione sociale del diritto del lavoro dal quale abbiamo preso le mosse. Basti considerare al riguardo che, com'è noto, una delle soluzioni ermeneutiche ed applicative più interessanti accreditate nell'ambito dell'esperienza giuslavoristica, e pure dall'angolo visuale della riflessione del civilista, è stata rappresentata dall'attività integrativa del contratto di lavoro subordinato da parte del giudice per mezzo dell'inserimento in esso delle clausole relative al corrispettivo in grado di assicurarne la determinazione in misura coerente rispetto all'esigenza di adeguatezza e sufficienza della retribuzione, sancita dall'art. 36 Cost.

¹³ Così V. ROPPO, *Il contratto del duemila*, Torino 2011³, pp. 86-87, da dove sono tratte le citazioni riportate nel testo.

¹⁴ Cfr. ancora ROPPO, *Il contratto*, cit. nt. 13, p. 118.

Quanto alla seconda area tematica, quando si discorre, come anche di recente si è fatto, della possibilità di fondare una categoria generale della nullità di protezione nella contrattazione diseguale tra imprese, prospettando l'idea della «applicabilità in ogni caso delle regole generali della nullità/illiceità protettiva, compiutamente trascritte nell'art. 36, co. 1° e 3° del codice del consumo»¹⁵, si creano le premesse per riconoscere «quale strumento comune di reazione allo squilibrio, una nullità necessariamente parziale, perlopiù relativa, funzionale agli interessi protetti» così ricostruendo «una nuova disciplina della nullità contrattuale alla luce di innovazioni normative, generalmente di derivazione comunitaria, che si presentano come dissonanti rispetto al modello consolidato di invalidità»¹⁶. Si tratta di un modello di nullità che consente senz'altro di riproporre gli argomenti svolti da chi ha rilevato che «al pari delle più importanti categorie di diritto privato, anche la nullità europea, come il suo oggetto di qualificazione, il contratto, è venuta strutturandosi in un senso ormai necessariamente molteplice e plurale, passando dalla tradizionale disciplina generale e indifferenziata, seriale ed astratta, facente leva sull'esistenza di determinate cause e predefiniti caratteri a un regime giuridico invece diversificato e complesso, variamente articolato e graduato, a seconda della specifica patologia inficiante l'atto e come tale irriducibile ad un concetto o principio unico»¹⁷.

In effetti, il diritto del lavoro esibisce, ed ha esibito storicamente, numerosi esempi di un uso duttile e modulato sulla regola della congruenza del mezzo allo scopo della categoria della invalidità¹⁸, uso che appare legato proprio all'esigenza di realizzare al meglio la funzione sociale del diritto del lavoro: si pensi, per avere riguardo ad un'ipotesi che ormai può ben dirsi classica, alla disposizione dell'art. 2113 c.c., che individua, secondo l'orientamento che pare prevalente già nella giurisprudenza meno recente¹⁹, un'ipotesi indubbiamente affatto originale, rispetto al sistema

¹⁵ Per questa conclusione, in particolare, F. DI MARZIO, *Contratto illecito e disciplina del mercato*, Napoli 2011, p. 248.

¹⁶ Cfr. G. VILLA, *Invalidità e contratto tra imprenditori in situazione asimmetrica*, in G. GITTI – G. VILLA (a cura di), *Il terzo contratto*, Bologna 2010, p. 115.

¹⁷ Cfr. V. SCALISI, *L'invalidità e l'inefficacia*, in C. CASTRONOVO – S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano 2007, p. 477.

¹⁸ Si vedano, ancora di recente, i contributi di P. TOSI, *Le invalidità nel diritto del lavoro: questioni di metodo* e di F. Lunardon, *Le nullità nel diritto del lavoro*, entrambi in A. BELLAVISTA – A. PLAIA (a cura di), *Le invalidità nel diritto privato*, Milano 2011, rispettivamente, pp. 19 ss. e 219 ss.

¹⁹ Cfr., ad esempio, Cass. 18 gennaio 1988 n. 338, in «Giurisprudenza Agraria Italiana», 1988, p. 359 ss.; Cass. 5 novembre 1990 n. 10575, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 1991, p. 533 ss.

civilistico delle invalidità, di un'annullabilità, caratterizzata per l'essere condizionata all'esercizio della facoltà di impugnazione nel termine perentorio previsto dal medesimo art. 2113 c.c.; ovvero si consideri, più di recente, l'art. 32 della L. 183/10, che, al co. 3°, ha costruito un'ipotesi di nullità parziale, quanto alla clausola del termine, del contratto di lavoro subordinato a tempo determinato, prevedendo l'assoggettamento della relativa impugnativa allo stesso termine decadenziale che l'art. 6 della L. 604/66 fissa con riferimento al licenziamento illegittimo.

Non è possibile discutere, nella prospettiva del nostro discorso, dell'opportunità di questa disposizione, dal punto di vista della politica del diritto; ma la stessa si configura come il punto di emersione di un uso dello strumento dell'invalidità, che, se può sembrare per un verso spregiudicato, dal punto di vista sistematico, attesta il modo in cui, nell'area del diritto del lavoro, la categoria dell'invalidità sia sempre stata, per così dire, modulata secondo una geometria variabile ed imperniata appunto su quel parametro di congruità del mezzo allo scopo del quale anche poc'anzi si discorreva, e che costituisce, a sua volta, la cifra caratteristica della recente evoluzione del regime delle nullità nel diritto civile²⁰.

3. Il problema dell'interpretazione del contratto collettivo e la 'funzione' del diritto del lavoro

Il problema dell'interpretazione dei contratti collettivi di lavoro ha conosciuto, negli ultimi anni, interventi giurisprudenziali, e più di recente anche normativi²¹, che paiono destinati ad enfatizzarne la particolarità, se non l'irriducibilità, alle regole generali dettate per l'interpretazione dei contratti nel codice civile: particolarità o irriducibilità delle quali la dottrina manifesta, da tempo, piena consapevolezza, anche sulla premessa della peculiare funzione propria del contratto collettivo²².

²⁰ Non a caso, del resto, un recentissimo contributo sul tema della nullità esordisce definendola come tale da costituire ormai «una provincia autonoma del diritto civile»: così S. PAGLIANTINI, *I tratti diafani della nullità in cassazione: a proposito della rinunzia preventiva al gravame e di nullità parziale ope judicis*, in «I Contratti», 2012, p. 845 ss.

²¹ Il riferimento è, ovviamente, all'art. 360 n. 3 c.p.c., nella formulazione introdotta con l'art. 2 del Decr. Lgs. 40/2006.

²² Si vedano, in particolare, E. GRAGNOLI, *Profili dell'interpretazione dei contratti collettivi*, Milano 2000, già p. 14 ss., dove anche la trattazione della questione, in effetti tale da enfatizzare la funzione creatrice dell'interpretazione, se non proprio di integrazione del contratto collettivo, della disciplina del c.d. composto per sommatoria; AA.VV., *L'interpretazione del contratto collettivo*, in «Dialoghi fra dottrina e giurisprudenza,

Infatti, pure in presenza di un indirizzo giurisprudenziale non irrilevante, incline a ritenere tuttora centrale, pure nell'interpretazione del contratto collettivo, il canone dell'interpretazione letterale²³, appare prevalente l'enunciazione secondo la quale «nell'interpretazione della contrattazione collettiva ha preminenza il criterio dell'interpretazione complessiva di cui all'art. 1363 c.c. che supera la regola del gradualismo dal metodo interpretativo soggettivo a quello oggettivo; pertanto, l'idoneità alla interpretazione di un atto ontologicamente diverso dai contratti 'comuni' quale è il contratto collettivo, è riconosciuta solo alla interpretazione complessiva; e ciò proprio per l'essenza peculiare del contratto collettivo che, in quanto finalizzato a dettare una disciplina il più possibile armonica ed uniforme di tutti i rapporti di lavoro assoggettati alla propria regolamentazione, rinverrebbe appunto nel canone dell'interpretazione complessiva il criterio più adeguato a restituirne la particolarità.

Questa impostazione ha trovato del resto condivisione anche in dottrina, dove si è giudicato innegabile che «questo strumento ermeneutico sia particolarmente idoneo alla ricerca della volontà delle parti stipulanti... sia per la notoria e crescente complessità ed articolazione della regolamentazione in essa contenuta, sia perché il contratto collettivo ... esprime un assetto di interessi faticosamente raggiunto, di regola, attraverso il contemperamento degli interessi delle parti in ordine ad una pluralità di materie, sicché sarebbe fuorviante considerare isolatamente l'assetto di interessi raggiunto in ordine ad una singola materia»²⁴.

L'intuizione della dottrina civilistica²⁵ secondo la quale le regole dettate dal codice civile in tema di interpretazione del contratto risentono, fino a diversificarsi, quanto meno nel loro ordine di applicazione, in relazione all'oggetto dell'attività ermeneutica e, in particolare, alla circostanza che punto di riferimento della medesima sia l'uno o l'altro tipo contrattuale si invera, dunque, ed in termini di particolare chiarezza, proprio nella materia dell'interpretazione del contratto collettivo.

Quaderni di diritto del lavoro», 1, Milano 2004 (e, ivi, in particolare, i saggi di R. DE LUCA TAMAJO, *L'interpretazione dei contratti collettivi di diritto comune*, p. 63 ss. e R. FOGLIA, *Clausole collettive ambigue ed interpretazione 'oggettiva' ispirata al criterio di armonizzazione con il sistema normativo*, p. 107 ss.).

²³ Cfr., infatti, tra le più recenti pronunce in tal senso della Corte di Cassazione, Cass. 10 giugno 2008, n. 15339; Cass. 20 febbraio 2008, n. 4342; Cass. 9 ottobre 2006, n. 21650, tutte inedite.

²⁴ Così S. MAGRINI, *Recenti novità giurisprudenziali sull'interpretazione dei contratti collettivi*, in *L'interpretazione del contratto collettivo*, cit. nt. 22, p. 14.

²⁵ Cfr., in particolare, V. RIZZO, *Interpretazione dei contratti e relatività delle sue regole*, Napoli 1985.

Ma se l'enfasi posta sul canone dell'interpretazione complessiva o sistematica sembra tutt'al più realizzare una parziale inversione nella sequenza normativa di applicazione dei criteri ermeneutici di legge, una decisa divaricazione rispetto alle regole codicistiche pare sottesa, invece, ad un ulteriore, ed interessante, indirizzo della Corte di Cassazione, che ha elaborato un criterio interpretativo *praeter legem* per il contratto collettivo di lavoro, consistente nella interpretazione secondo le c.d. regole del diritto vivente del lavoro.

È stato, in tale prospettiva, affermato che «nell'ambito dei criteri interpretativi dei contratti collettivi ha carattere di prevalenza e di priorità quello di coerenza fra atto da interpretarsi e valori fondamentali del diritto vivente, la cui applicazione comporta la oggettiva conformazione del contenuto della clausola ambigua ai predetti valori in quanto le due fonti, quella contrattuale e quella legale, possono intrecciarsi ma non contraddirsi»²⁶.

Accreditato come criterio di interpretazione del contratto quello di conformità alle regole del diritto vivente del lavoro, è evidente che ne discende una lettura del contratto collettivo come fonte di disciplina del rapporto destinata ad innervarsi su un reticolato di regole poste dalle fonti legali e, come tale, bisognosa di conformarsi alle stesse, quasi sulla base di un processo mimetico che si spinge ben oltre rispetto alla mera regola di interpretazione alla stregua del principio di conservazione del contratto.

Non si tratta, infatti, qui, e semplicemente, di selezionare, tra i vari significati ascrivibili ad una clausola, quello in relazione al quale essa sia suscettibile di produrre effetto, espungendo, invece, dall'area dei possibili significati del testo quello che condurrebbe alla privazione di effetti della clausola, bensì, e senz'altro, di modellare la regola dell'autonomia sulla base di quella desumibile non già da una specifica norma imperativa bensì da una ricognizione delle regole o principi che governano la materia (e che ne compongono, dunque, secondo la formulazione che qui viene proposta, il diritto vivente).

È, allo stesso modo, chiara la distanza che separa il canone dell'interpretazione condotta in conformità alle regole di diritto vivente del lavoro rispetto alla mera applicazione della regola ermeneutica (art. 1369 c.c.) che impone, nel dubbio, di attribuire alla clausola il significato maggiormente conforme alla natura ed all'oggetto del contratto: ed infatti, anche a voler intendere il concetto di natura del contratto, nel contesto dell'art. 1369, come avente riguardo al complesso della disciplina del tipo,

²⁶ Così, in particolare, Cass. 1° luglio 2002, n.9538, in *Mass. Giur. Lav.*, 2002, p. 826; su tale indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte, accreditatosi soprattutto nella prima parte dell'ultimo decennio, e che pare, da ultimo, essere rimasto sostanzialmente privo di seguito, cfr., con accenti prevalentemente critici, tra gli altri, FOGLIA, *Clausole collettive*, cit. nt. 22, 108 ss.; MAGRINI, *Recenti novità*, cit. nt. 24, p. 123 ss., dove si possono anche reperire ulteriori riscontri dell'orientamento giurisprudenziale cui si sta facendo cenno.

le regole del diritto vivente appaiono esprimere un concetto assai più ampio e comprensivo delle semplici norme proprie del tipo, rimandando, appunto, al complesso dei principi che governano una determinata materia.

Non si possono tuttavia nascondere le perplessità che suscita, sia dal punto di vista metodologico che da quello dell'impatto sistematico, l'elaborazione di un canone ermeneutico che pretenda di utilizzare, quale criterio interpretativo, le c.d. regole di diritto vivente del lavoro: e sotto questo profilo, dunque, la materia giuslavoristica realizza una sorta di fuga in avanti, di dubbia sostenibilità sistematica.

Infatti, e sotto il primo profilo, l'utilizzazione di una regola ermeneutica che non trovi un puntuale riferimento nella disciplina normativa della materia è suscettibile di rimettere in discussione un risultato che pure sembrava ormai, da decenni, acquisito nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale: e cioè quello secondo il quale le regole ermeneutiche non costituiscono mere regole logiche, suscettibili, come tali, di essere 'trovate' dall'interprete anche al di là, ed a prescindere, dalle previsioni legali, bensì precetti normativi, che come tali si dirigono, in termini di obbligatorietà, a chiunque sia chiamato a ricostruire la portata del contratto.

Dal punto di vista sistematico, poi, un criterio di interpretazione imperniato sulle regole di diritto vivente che governano la materia, sarebbe tale da determinare una pericolosa sovrapposizione tra piano dell'interpretazione – che deve essere pur sempre quello della ricostruzione della portata del contratto – e piano della valutazione del contratto stesso alla stregua di criteri eteronomi imperativi, ai quali, se del caso, il contratto deve essere conformato all'esito dell'attività ermeneutica.

Infine, e pur muovendo tale orientamento giurisprudenziale – come si è rilevato poc'anzi – dall'enfasi posta sulla peculiarità del contratto collettivo, quale fonte di regolazione generale dei rapporti di lavoro assoggettati alla sua disciplina, non pare da escludersi una tendenza allo straripamento dall'area del contratto collettivo di lavoro del criterio interpretativo in questione, una volta che lo stesso dovesse dirsi definitivamente accreditato: soprattutto in presenza di indirizzi giurisprudenziali che, sia pure da angoli visuali particolari, accreditano la coerenza, con i valori espressi dall'ordinamento costituzionale attuale, di un intervento del giudice «nella cittadella dell'autonomia contrattuale», ritenendolo congruo rispetto alla concretizzazione del canone di buona fede e correttezza²⁷.

²⁷ Il riferimento alla cittadella dell'autonomia privata si rinviene nella notissima sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte in materia di riducibilità anche *ex officio* della clausola penale eccessiva: cfr. Cass. S.U. 13 settembre 2005 n. 18128, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2006, I, 364 ss.

È evidente che l'estensione ad altri ambiti di tale criterio ermeneutico porterebbe con sé un carico inevitabile di forte incertezza nella fase dell'interpretazione del contratto, destinata ad essere pesantemente contaminata dal raffronto tra contenuto della regola da interpretare e criteri di valutazione della medesima²⁸.

4. *La funzione sociale del diritto del lavoro ed il problema delle clausole generali*

La constatazione della particolare rilevanza che può essere attribuita alle clausole generali nella disciplina del rapporto di lavoro costituisce, e non solo in epoca recente²⁹, un passaggio obbligato di ogni riflessione

²⁸ Un esito di questa portata si ha, in effetti, con riferimento al tema dell'interpretazione dell'atto di autonomia privata individuale, in Cass. 18 settembre 2009 n. 20106: si veda, in particolare, all'interno di essa, l'enunciazione secondo la quale «la buona fede ... serve a mantenere il rapporto giuridico nei binari dell'equilibrio e della proporzione», che si specifica, dall'angolo visuale dell'interpretazione del contratto (tema, a sua volta, totalmente estraneo al novero delle questioni di diritto che le parti avevano sottoposto alla Corte) nell'enunciato secondo il quale «il criterio della buona fede costituisce ... uno strumento, per il giudice, finalizzato al controllo – anche in senso modificativo o integrativo – dello statuto negoziale; e ciò quale garanzia di contemperamento dei contrapposti interessi», al punto che «il giudice, nell'interpretazione secondo buona fede del contratto, deve operare nell'ottica dell'equilibrio fra i detti interessi». La letteratura formatasi su questa pronuncia è assai ricca. F. MACARIO, *Recesso ad nutum e valutazione di abusività nei contratti tra imprese: spunti da una recente sentenza della Cassazione*, in «Corriere Giuridico», 2009, p. 1577 ss.; ID., *Abuso del diritto di recedere ad nutum nei contratti tra imprese*, in S. PAGLIANTINI (a cura di), *Abuso del diritto e buona fede nei contratti*, Torino 2010, p. 45 ss.; M. MAUGERI, *Concessione di vendita, recesso e abuso del diritto. Note critiche a Cass. n. 2016/2009*, ivi, p. 69 ss.; M. ORLANDI, *Contro l'abuso del diritto (in margine a Cass. 18 settembre 2009 n. 20106)*, ivi, p. 99 ss.; C. RESTIVO, *Abuso del diritto e autonomia privata. Considerazioni critiche su una sentenza eterodossa*, ivi, p. 115 ss.; G. VETTORI, *L'abuso del diritto. Distingue frequenter*, ivi, p. 147 ss.; C. SCOGNAMIGLIO, *Abuso del diritto, buona fede, ragionevolezza (verso una riscoperta della pretesa funzione correttiva dell'interpretazione del contratto?)*, ivi, p. 203 ss.; G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, in «I Contratti», 2010, p. 11; R. NATOLI, *Abuso del diritto e abuso di dipendenza economica*, in «I Contratti», 2010, p. 524; R. PALMIERI – R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*, in «Foro Italiano», 2010, I, p. 95; A. MASTRORILLI, *L'abuso del diritto e il terzo contratto*, in *Danno e responsabilità*, 2011, p. 352 ss.; L. DELLI PRISCOLI, *Abuso del diritto e mercato*, in «Giurisprudenza commerciale», 2010, II, p. 834; C.A. NIGRO, *Brevi note in tema di abuso del diritto*, in «Giustizia Civile», 2010, p. 2547; M. CENINI – A. GAMBARO, *Abuso di diritto, risarcimento del danno e contratto: quando la chiarezza va in vacanza*, in «Corriere Giuridico», 2011, p. 109 ss.; G. VILLA, *Abuso, buona fede ed asimmetria nei contratti tra imprese*, in «Annuario del contratto 2010», Torino 2011, p. 48 ss.

²⁹ Vedi già L. BARASSI, *Il contratto di lavoro*, I, Perugia 1917, *Introduzione*, p. XXXIX,

attenta alle relazioni tra disciplina generale delle obbligazioni e dei contratti e materia giuslavoristica: e non è difficile rendersi conto delle ragioni della particolare fortuna della tecnica argomentativa ispirata all'uso delle clausole generali nella materia del rapporto di lavoro.

Quest'ultimo è, infatti, fortemente caratterizzato dall'elemento della discrezionalità, che è l'espressione della «supremazia di una di esse», e cioè del datore di lavoro, nei confronti del quale il lavoratore è assoggettato al vincolo della subordinazione; ed è proprio per questo che, com'è stato notato, «lo svolgimento del rapporto è ... per buona parte all'insegna dell'esercizio di poteri unilaterali», ciò che costringe, a sua volta, il giurista «a rinvenire tecniche ... di governo della discrezionalità»³⁰, che si orientano talora verso la tutela della dignità e della persona del lavoratore³¹, talora verso tecniche di controllo della discrezionalità datoriale nell'ambito di procedimenti di selezione o valutazione, a fini determinati, dei lavoratori (secondo quanto accade, tipicamente, nella materia dei concorsi privati³²).

il quale osservava che il codice civile «aveva sancito una disposizione addirittura rivoluzionaria, con cui ha meravigliosamente precorso i tempi, rendendo possibile al giudice di non trovare eccessivamente grave la lacuna di norme che disciplinano il contratto di lavoro. Alludo alla disposizione accolta poi nel nostro art. 1124, che rimette all'equità di disciplinare, in armonia con le esigenze della buona fede, il contenuto del contratto. Io non so quali norme dettagliate, sia pure sapientemente escogitate, avrebbero potuto raggiungere meglio lo scopo loro di questa norma che il codice tedesco ci ha copiato, vero polmone ossigenatore attraverso al quale (come fu felicemente detto dal Polacco) tutto il nostro diritto privato respira largamente conservando intatta la propria. Con quell'articolo non vi è novella esigenza, recente aspirazione che non possa subito penetrare nel contratto: che si vuole di meglio».

³⁰ Così A. DI MAJO, in G. SANTORO PASSARELLI, (a cura di) *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, Torino 1992, pp. 20-21.

³¹ Com'è accaduto nella stagione, ormai superata nella successiva elaborazione giurisprudenziale, dell'affermazione di un principio di parità di trattamento nel rapporto di lavoro subordinato: cfr., infatti, DI MAJO, cit. nt. 30, p. 25 nonché O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e diritto civile - I temi di un dialogo*, Torino, 1994, pp. 139 ss., 185 ss., 193 ss. e, per le sentenze che hanno appunto determinato il superamento di quell'indirizzo, Cass. S.U. 29 maggio 1993 n. 6030, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 653 ss, con nota di R. DEL PUNTA ed ancora Cass. S.U. 17 maggio 1996 n. 4570, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 1996, II, con nota di P. CHIECO.

³² Sul punto, di nuovo, di Majo, cit. nt. 30, pp. 26-27 e, soprattutto, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit. nt. 31, p. 153 ss. Nel luogo poc'anzi citato (pp. 28-30), si trova anche una proposta di di Majo, nel senso di utilizzare la clausola generale di buona fede altresì sul piano del giudizio di qualificazione del rapporto, come «criterio correttivo per adattare la disciplina tipica al caso concreto, attraverso un'opera di disaggregazione della relativa disciplina, consentendo così che di parti o pezzi di essa possa giovare il singolo lavoratore»: ma si tratta di un'impostazione quanto meno discutibile, dato che la clausola di buona fede non può condurre ad accreditare la conclusione dell'applicazione di una

Nella prospettiva di questo contributo, e fedeli all'idea di fondo cui ci eravamo ispirati – nel senso di individuare le aree di problemi nelle quali più chiara si delinea la funzione sociale del diritto del lavoro anche quale precursore dello stesso diritto civile quanto a temi poi anche da quest'ultimo attinti – intendiamo tuttavia soffermarci non tanto sull'uso pervasivo, ormai scontato da tempo, della clausola generale di buona fede nell'ambito della gestione del rapporto di lavoro, ma su un principio generale, quale ormai deve considerarsi quello del divieto di abuso del diritto.

Infatti, quest'ultimo principio può ritenersi ormai recepito nel nostro ordinamento in presenza della disposizione dell'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea³³ e nella sua dimensione pratica si candida sempre di più all'utilizzazione come clausola generale: e cioè, per riprendere una recente definizione di questa particolare tecnica di conformazione delle disposizioni legislative, come «un termine o sintagma di natura valutativa caratterizzato da indeterminatezza, per cui il significato di tali termini o sintagmi non è determinabile ... se non facendo ricorso a criteri, parametri di giudizio, interni e/o esterni al diritto tra loro potenzialmente concorrenti»³⁴.

La clausola dell'abuso del diritto, come è stato di recente ricordato da una sentenza del Tribunale di Torino, che ha deciso una controversia di particolare rilievo, sul piano delle relazioni sindacali³⁵, ha, in realtà, trovato

disciplina tipica diversa rispetto a quella che risulti congrua all'esito dell'utilizzazione delle regole ermeneutiche; un altro discorso è semmai che, tra queste ultime, e proprio laddove si tratti di verificare l'esistenza, o meno, di un rapporto di lavoro subordinato, un rilievo particolare possa dispiegare proprio quella di buona fede, imponendo di interpretare il contratto alla luce del significato obiettivo che allo stesso può essere ascrivito.

³³ Com'è noto, secondo l'art. 54 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, «nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata nel senso di comportare il diritto di esercitare un'attività o compiere un atto che miri a distruggere diritti o libertà riconosciuti nella presente Carta o a imporre a tali diritti e libertà limitazioni più ampie di quelle previste dalla presente Carta».

³⁴ Così V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010.

³⁵ Si tratta di Trib. Torino, sentenza del 16 luglio – 14 settembre 2011 n. 2583, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2012, p. 81 ss., con nota di Ferrara, resa nell'ambito del procedimento promosso ex art. 414 c.p.c. dalla Fiom Cgil contro la Fiat S.p.A., Fiat Group Automobili S.p.A. e Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. e con la quale, pur respingendosi le domande formulate dalla Fiom e dirette ad ottenere la declaratoria di illegittimità dei contratti collettivi di primo e di secondo livello relativi al sito produttivo di Pomigliano d'Arco, è stata dichiarata l'antisindacalità della condotta posta in essere dalle Società convenute in giudizio «poiché determina, quale effetto conseguente, l'estromissione di Fiom Cgil dal sito produttivo di Pomigliano d'Arco», con conseguente ordine a «Fabbrica Italia Pomigliano S.p.A. di riconoscere, in favore di Fiom Cgil, la disciplina giuridica come regolata dal Titolo Terzo (Dell'attività sindacale), artt. da 19 a 27, della legge 20 maggio 1970 n. 300».

da tempo utilizzazione nell'esperienza del diritto del lavoro e, segnatamente, nell'ambito della giurisprudenza della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, sia quale tecnica di decisione dei casi nei quali una condotta del datore di lavoro poteva qualificarsi come antisindacale in presenza di atti astrattamente leciti, ma costituenti abuso del diritto³⁶, sia – e benché in termini forse meno espliciti – quale criterio per sindacare l'esercizio del diritto di recesso del datore di lavoro nell'area della recedibilità *ad nutum*³⁷.

Il diritto civile generale, o, se si vuole, il diritto primo, rispetto al diritto secondo del lavoro, è pervenuto solo in epoca relativamente più recente ad utilizzare la tecnica dell'abuso del diritto³⁸, mentre, da ultimo, la capacità espansiva, e l'utilità applicativa, della nozione di abuso del diritto sono state enfatizzate da una discussa pronuncia della Corte di Cassazione³⁹, nel solco della quale sembra essersi collocata anche la giurisprudenza immediatamente successiva della Suprema Corte.

Può essere richiamata, in particolare, in questa prospettiva una decisione,

³⁶ Cfr. Cass. 8 maggio 1987 n. 4277, in *Mass. Giur. Lav.*, 1987, 472 ss.; Cass. 7 luglio 1987 n. 5922, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 1987, 515 ss.; Cass. 8 settembre 1995 n. 9501, *ivi*, 1995, p. 875 ss.; Cass. S.U. 12 giugno 1997 n. 5295, in «Studium juris», 1997, p. 958 ss.; Cass. 26 novembre 2007 n. 24581 (tutte citate dalla sentenza del Tribunale di Torino sopra menzionata); naturalmente, non possiamo qui affrontare il tema, sul quale invece si sofferma, tra l'altro, la decisione del Tribunale di Torino, dando conto dell'evoluzione del dibattito giurisprudenziale in materia, della necessità o meno di uno specifico intento lesivo da parte del datore di lavoro, quale elemento costitutivo dell'illecito antisindacale.

³⁷ Particolarmente significativa è, in questa prospettiva, l'elaborazione giurisprudenziale in materia di giustificatezza del licenziamento del dirigente, da tempo attestatasi nel senso che il licenziamento del dirigente deve considerarsi ingiustificato quando le ragioni che dovrebbero sorreggerlo o le modalità con le quali è intimato siano pretestuose, arbitrarie o, comunque, contrarie alla regola di buona fede. Questo orientamento trova la sua prima, compiuta enunciazione, in Cass. 14 maggio 1993 n. 5531, in «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», 1994, II, p. 238 s. con nota di S. BARTALOTTA, *La nozione di 'giustificatezza' nel licenziamento dei dirigenti* ed è stato poi in più occasioni ribadito: cfr., in luogo di molte altre, e limitandosi, proprio per dare conto del carattere risalente nel tempo di tale orientamento, alla decisioni meno recenti, Cass. 5 novembre 1996 n. 10445, in «Giustizia Civile», 1997, I, p. 951 ss.; Cass. 4 gennaio 2000 n. 22, in «Notiziario di giurisprudenza del lavoro», 2000, p. 349 ss.; Cass. 12 febbraio 2000 n. 1591, in «Foro Italiano», 2000, I, p. 752 ss.

³⁸ L'allusione è, ovviamente, alle note sentenze di Cass. 21 maggio 1997 n. 4538, in «Foro Italiano», 1997, I, n. 2479 nonché 14 luglio 2000 n. 9321, in «Corriere Giuridico», 2000, p. 1479 s., con nota di A. DI MAJO, *La buona fede correttiva di regole contrattuali*, nonché «I contratti», 2000, con nota di F. Di Ciommo, *Recesso dal contratto di apertura di credito e abuso del diritto*.

³⁹ Si tratta di Cass. 18 settembre 2009 n. 20106, sulla quale si vedano i riferimenti citati alla nota 32.

che ha risolto un caso nel quale, all'interno di un contratto di locazione, la parte locatrice, a sua volta debitrice nei confronti del conduttore in relazione ad un distinto contratto (avente ad oggetto l'esecuzione di lavori di ristrutturazione dell'immobile oggetto del rapporto di locazione), aveva omesso di detrarre dai canoni di locazione, pure da essa reclamati e dovuti in effetti dalla parte conduttrice, le somme a quest'ultima dovute: condotta che aveva, poi, costituito «il passaggio obbligato per la successiva intimazione di sfratto per morosità, intervenuta con assai peculiare tempismo, e ciò tanto più che l'omessa compensazione, peraltro specificamente opposta dalla controparte, costrinse l'Ente (n.d.r.: il locatore) a esborsi che ben avrebbe potuto evitare, se non avesse avuto il trasparente intento – di cui andrà scrutinata la corrispondenza ad un interesse meritevole di tutela secondo l'ordinamento giuridico – di cristallizzare e rendere irreversibile l'inadempimento del conduttore»⁴⁰: le argomentazioni svolte da questa decisione sembrano in effetti prefigurare condizioni d'uso della clausola generale dell'abuso del diritto imperniate su una valutazione di congruità allo scopo, ed in sostanza di ragionevolezza, della condotta del contraente, riguardata anche nel momento in cui questi si avvale del rimedio della risoluzione del contratto (a questo facendo riferimento, come si è visto, il caso in quell'occasione deciso), in grado di scansare il rischio che la stessa rappresenti il veicolo per l'inserimento nel singolo rapporto contrattuale di valutazioni del tutto divaricate dall'economia del contratto. Infatti, costituisce all'evidenza un comportamento irragionevole, salva la prova dell'esistenza di un interesse apprezzabile a base dello stesso⁴¹, quello del contraente che, pur disponendo di un mezzo per soddisfare il proprio interesse, senza aggravare al tempo stesso la posizione dell'altro contraente (nel caso di specie, portare in detrazione dal proprio credito, il controcredito del partner contrattuale), scelga invece di dare ingresso, in termini verosimilmente strumentali al raggiungimento di altri obiettivi, al rimedio dello sfratto per morosità.

Ne discende, e si tratta di un corollario che – come si è visto – la Suprema Corte ha cura di formulare esplicitamente, che anche il giudizio di gravità dell'inadempimento deve essere svolto nella prospettiva di una valutazione della condotta complessiva del contraente e di un controllo che potrebbe essere definito come di ragionevolezza o razionalità del modo

⁴⁰ È la sentenza di Cass. 31 maggio 2010 n. 13208, in «Giurisprudenza Italiana», 2011, p. 794 ss. con nota di P. RESCIGNO.

⁴¹ Nel caso che si è appena menzionato, lo scrutinio sul punto è stato affidato, ovviamente, dalla Corte di Cassazione al giudice di rinvio, all'esito dell'accoglimento del corrispondente motivo di ricorso per cassazione.

di esercizio del potere contrattuale: in termini che paiono sovrapponibili a quelli che abbiamo visto emergere dalla elaborazione giuslavoristica del tema dell'abuso del diritto.

Al di là della relativa primogenitura temporale che si deve ascrivere al diritto del lavoro sul versante dell'uso di argomentazioni in termini di abuso del diritto, al fine di controllare gli atti di esercizio dei poteri datoriali⁴², anche sul piano delle relazioni industriali e degli esiti applicativi assai interessanti che, da ultimo, si sono raggiunti in questa prospettiva⁴³, è di nuovo all'esperienza giuslavoristica che si deve, infine, una prima intuizione della circostanza che condotte abusive vi possono essere anche dal lato della parte del rapporto pure destinataria, in linea di principio, della disciplina protettiva di legge e cioè del lavoratore subordinato: come attestato da un caso, ancora recente, nel quale il diritto a fruire del c.d. congedo parentale era stato esercitato dal lavoratore per una finalità estranea alle ragioni per le quali il medesimo è riconosciuto dalla legge⁴⁴.

⁴² Può forse prestarsi ad una ricostruzione in termini di abuso del diritto la recentissima e controversa disciplina normativa introdotta dalla L. 28 giugno 2012 n. 92 quanto a graduazione della tutela del lavoratore avverso il licenziamento illegittimo e che commisura, appunto, l'intensità della protezione all'entità della insussistenza della giustificazione del recesso: in altre parole, quando il recesso del datore di lavoro si configura come tale da integrare un abuso manifesto del potere di sciogliere il rapporto, la risposta, in termini di rimedio, è nel senso dell'attribuzione, in favore del lavoratore, di una tutela in forma specifica, che gli consente di conseguire il ripristino del rapporto di lavoro. Cfr., per i primi commenti alle norme racchiuse nell'art. 1 co. 42 della L. 92/12, che ha novellato l'art. 18 L. n. 300/70, vedi C. CESTER, *La disciplina dei licenziamenti dopo la riforma Fornero: metamorfosi della tutela reale*, in «Il lavoro nella giurisprudenza», 2012, p. 861 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012, e – book*, Torino 2012.

⁴³ Si intende alludere alla sentenza del Tribunale di Torino del 16 luglio – 14 settembre 2011, citata *supra* alla nota 56, che ha risolto la complessa vicenda di fatto sottopostale in termini di «abuso del diritto di negoziazione, dal lato del datore di lavoro, dal momento che da essa discende un effetto gravemente lesivo per Fiom Cgil della propria libertà ed agibilità sindacale, quello appunto di venir privata di quella rappresentanza che per l'innanzi e per anni le era riconosciuta».

⁴⁴ Il riferimento è a Cass. 16 giugno 2008 n. 16207 (in «Foro Italiano», 2008, I, p. 2451), secondo la quale «in tema di congedo parentale, l'art. 32, comma 1, lett. b), del d.lgs. n. 151 del 2001, nel prevedere – in attuazione della legge delega n. 53 del 2000 – che il lavoratore possa astenersi dal lavoro nei primi otto anni di vita del figlio, percependo dall'ente previdenziale un'indennità commisurata ad una parte della retribuzione, configura un diritto potestativo che il padre-lavoratore può esercitare nei confronti del datore di lavoro, nonché dell'ente tenuto all'erogazione dell'indennità, onde garantire con la propria presenza il soddisfacimento dei bisogni affettivi del bambino e della sua esigenza di un pieno inserimento nella famiglia; pertanto, ove si accerti che il periodo di congedo viene utilizzato dal padre per svolgere una diversa attività lavorativa, si configura un abuso per sviamento dalla funzione del diritto, idoneo ad essere valutato dal giudice

In altre parole, la clausola dell'abuso del diritto può essere utilizzata anche al fine di scrutinare comportamenti, in ipotesi abusivi, di soggetti pure destinatari di un grado di protezione normativa particolarmente rilevante, quali appunto i lavoratori subordinati ovvero i consumatori.

Possono essere richiamati, in questa prospettiva, i casi di abuso del diritto del consumatore, in particolare, l'abuso del diritto di recesso da parte del consumatore⁴⁵, non potendosi ritenere che ad una valutazione secondo ragionevolezza debba sfuggire l'esercizio di una situazione giuridica soggettiva pure posta a protezione di colui in favore del quale la stessa è riconosciuta.

5. Conclusioni

Il discorso deve ora volgere al suo termine, attraverso la presa d'atto del modo in cui la reciproca interazione tra intervento del giudice ed intervento del legislatore nella costruzione della funzione sociale del diritto del lavoro si sia venuta delineando negli anni più recenti, secondo la cifra di un tentativo del legislatore di sancire la prevalenza del dato normativo sull'apporto della discrezionalità giudiziale, nell'evidente tentativo di assicurare la prevedibilità del risultato interpretativo ed applicativo della norma.

Un primo esempio chiaro di questo tentativo è quello offerto dall'art. 30, intitolato «Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro», della L. 183/10⁴⁶, il quale, al primo comma, stabilisce che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e dell'art. 63, co. 1° del decr. Lgs. 30 marzo 2001 n. 165 contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

ai fini della sussistenza di una giusta causa di licenziamento, non assumendo rilievo che lo svolgimento di tale attività (nella specie, presso una pizzeria di proprietà della moglie) contribuisca ad una migliore organizzazione della famiglia».

⁴⁵ Cfr., sul punto, i contributi di S. PAGLIANTINI, *La forma informativa degli scambi senza accordo: l'indennità di uso del bene tra recesso ed abuso del consumatore (a proposito di C. Giust. CEE 3 settembre 2009, C – 489/07)*; ID., *Spigolature sulla c.d. svolta personalista della sentenza Messner ed il canone di ragionevolezza della tutela consumerista*, entrambi in S. PAGLIANTINI, *Abuso del diritto*, cit. nt. 28, rispettivamente pp. 165 ss. e 193 ss.

⁴⁶ Si tratta del c.d. collegato in materia di lavoro.

L'interesse di questa disposizione sta, in effetti, essenzialmente nel fatto che essa delinea un'*allure* decisamente ideologica del legislatore italiano, appunto nel senso di voler predisporre ed individuare esso stesso i criteri di concretizzazione delle clausole generali, che il giudice è chiamato ad applicare nelle controversie di lavoro e, in particolare, in quelle che abbiano ad oggetto il controllo dell'esercizio dei poteri datoriali per consentire al datore di lavoro – e cioè proprio alla c.d. parte forte del rapporto di lavoro subordinato – di essere in grado di prevedere la decisione giudiziale e, quindi, di organizzare al meglio il proprio assetto produttivo nella prospettiva della razionalizzazione dei costi.

Un tentativo analogo a quello del quale si è appena riferito si coglie anche nella materia della concretizzazione del concetto indeterminato 'giusta causa' di recesso, così come essa si delinea nel quadro normativo della L. 92/12.

Infatti, secondo un orientamento dapprima accreditatosi in merito alla portata da attribuire al 4° comma dell'art. 18 L. 300/70, come modificato dalla L. 92/2012, il 'fatto' cui fa riferimento la norma deve essere inteso in senso oggettivo, materiale, cioè, indipendentemente dalla qualificazione dello stesso in termini di inadempimento ed a prescindere dalla colpevolezza e dalla intenzionalità della condotta, con un'indubbia limitazione, in questa prospettiva, della portata della discrezionalità giudiziale⁴⁷.

⁴⁷ Propende per tale interpretazione, sin da subito, una parte quantitativamente significativa della dottrina: A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei Lavoratori*, in «Rivista Italiana di Diritto del Lavoro», 2012, I, p. 443; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Torino 2012, p. 57; M. TREMOLADA, *Il licenziamento disciplinare per la riforma Fornero*, in F. CARINCI – M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, [Milano 2012], pp. 53-54; nonché M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in «Argomenti di Diritto del lavoro», 2013, 1, pp. 6-11.

Tale orientamento ha trovato, più di recente, il suffragio del Supremo Collegio, nella recente sentenza n. 23669 del 6 novembre 2014, ove si legge che «Il nuovo art. 18 ha tenuto distinta, invero, dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, sicché occorre operare una distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione. La reintegrazione trova ingresso in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi quale fatto materiale, con la conseguenza che esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

Come si evince dalla recente pronuncia della Cassazione, pertanto, il fatto la cui sussistenza va accertata ai fini di stabilire se possa o meno trovare applicazione il rimedio della reintegra deve

Tuttavia, un più recente indirizzo giurisprudenziale ha posto l'accento sul fatto che l'accertamento in ordine alla sussistenza, o meno, della giusta causa di recesso datoriale non può prescindere dalla verifica circa la rilevanza giuridica, o meno, della condotta del lavoratore nella prospettiva della sua qualificazione come tale da integrare un inadempimento a tal punto grave da legittimare il recesso del contratto⁴⁸: viene così nuovamente attribuita al giudice un'ampiezza di poteri valutativi che, anche da questo angolo visuale, si palesa in effetti come necessaria per consentire al diritto del lavoro di esplicitare al meglio la propria 'funzione sociale'.

intendersi unicamente in senso materialistico/fenomenico, essendo irrilevante che sia stato commesso con colpa o con dolo, bastando piuttosto che esso sia soggettivamente imputabile al suo autore in quanto da questo commesso con uno stato soggettivo di coscienza e volontà (cd. *suitas*). Ne deriva che l'accertamento degli elementi oggettivi dell'inadempimento disciplinare (quali la condotta, l'evento ed il nesso causale che lega il primo al secondo), unitamente all'accertamento della soggettiva imputabilità del fatto al suo autore, sono requisiti la cui presenza è necessaria e sufficiente per escludere la ricorrenza del requisito della «insussistenza del fatto contestato», che, come noto, è uno delle due ipotesi in cui, ai sensi del comma 4 dell'art. 18 L. n. 300/1970, la reintegrazione nel posto di lavoro è destinata a trovare applicazione in caso di illegittimità del licenziamento.

⁴⁸ Cfr., in questo senso, Cass. 13 ottobre 2015 n. 20540.