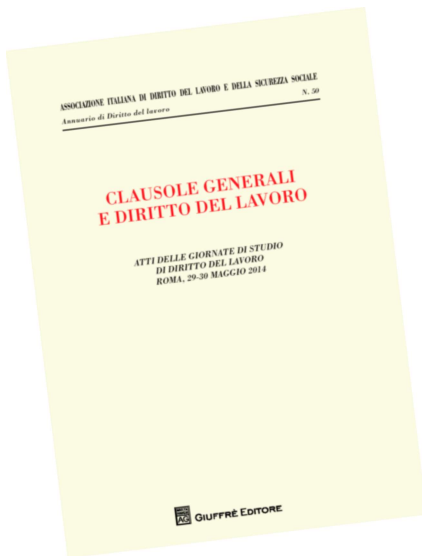


Questo sito usa cookies, anche di terze parti, per indirizzare agli utenti messaggi promozionali in linea con le loro preferenze. Per negare il consenso e leggere l'informativa estesa, [clicca qui](#). Se prosegui la navigazione accedendo ad altre aree del sito o interagendo con elementi del sito manifesti il tuo consenso all'uso dei cookies e delle altre tecnologie usate dal sito

**X**  
**GFL**



## Clausole generali e diritto del lavoro

atti delle giornate di studio  
di diritto del lavoro Roma,  
23-30 maggio 2014

Anno di edizione: 2015  
Collana: associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale annuario di diritto del lavoro  
Formato: 17x24  
Rilegatura: \*Brossura  
Codice Prodotto: 024193089  
ISBN: 9788814206733

Disponibilità: volume esaurito.

[Contattaci per avere informazioni su questo prodotto.](#)

**Area di Interesse:** Lavoro, Sindacale E Previdenza

**Materie:** Lavoro: Previdenza E Sindacale  
**Casa Editrice:** Giuffre'

### INFORMAZIONI

### ALLEGATI

**Collaboratori:** Alessandro Bellavista , Stefano Bellomo , Luca Calcaterra , Piera Campanella , Maria Teresa Carinci , Carlo Cester , Luisa Corazza , Massimo Corrias , Riccardo Del Punta , Ombretta Dessi , Marco Esposito , Umberto Gargiulo , Alessandro Garilli , Domenico Garofalo , Edoardo Ghera , Enrico Gragnoli , Piera Loi , Giampaolo Loy , Francesca Marinelli , Domenico Mezzacapo , Antonella Occhino , Fabio Pantano , Adalberto Perulli , Carlo Pisani , Giulio Prosperetti , Luca Ratti , Rosario Santucci , Felice Testa , Anna Trojsi , Maria Luisa Vallauri , Antonio Vallebona , Simone Varva , Maria Vinciguerra

ASSOCIAZIONE ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO E DELLA SICUREZZA SOCIALE

*Annuario di Diritto del lavoro*

*N. 50*

---

# CLAUSOLE GENERALI E DIRITTO DEL LAVORO

*ATTI DELLE GIORNATE DI STUDIO  
DI DIRITTO DEL LAVORO  
ROMA, 29-30 MAGGIO 2014*



GIUFFRÈ EDITORE

Copia riservata ai soci AIDLASS© Giuffrè Editore

ALESSANDRO BELLAVISTA

Quale componente dell'attuale consiglio direttivo della nostra associazione, di cui mi onoro di fare parte, non posso che congratularmi con i tre relatori per lo svolgimento in modo estremamente approfondito del tema che è stato loro assegnato.

Devo dire, e vorrei sotto questo profilo fare un po' di *marketing*, sempre a favore del Consiglio direttivo, che la scelta dei tre relatori e dell'argomento è stato frutto di un metodo concertativo che in questo momento non riscuote grande successo presso gli attuali ambienti governativi e cioè sul piano politico generale. Tuttavia, tale metodo rappresenta, senza ombra di dubbio, espressione di una modalità attuativa del principio democratico; e quindi penso che, almeno nella nostra comunità scientifica, abbia una persistente vitalità, come in effetti dovrebbe averla nell'intera società.

Penso che la bontà della scelta del consiglio direttivo sia stata confermata sia dallo svolgimento delle tre belle relazioni sia dall'approfondito dibattito che si è svolto tra tutti i partecipanti alle giornate di studio. Qui è emerso che il grande tema del dibattito giuridico è sempre quello (simile al *rock and roll* il quale, si dice, che non potrà mai morire) del collegamento, cioè il ponte tra il sistema giuridico, come posto dal legislatore e letto dalla dottrina, e la sua vitalità nelle aule giudiziarie. E va sempre sottolineato che il potere d'intervento del giudice trae legittimazione direttamente dalla Costituzione, proprio in quanto quello giudiziario è un potere dello Stato. Questa è sicuramente un'affermazione a dir poco, se non del tutto, banale. Ma vale la pena di ribadirla con forza proprio in questi tempi; perché si affacciano di frequente opinioni che sembrano dimenticare l'assetto fondamentale dello stato di diritto, basato appunto sul principio della separazione dei poteri.

Entrando *in medias res*, mi permetto di collocarmi, sul piano dell'impostazione sistematica, tra coloro i quali ritengono condivisibile la teoria di Luigi Mengoni. E ciò anche sul piano della

costruzione dogmatica del contratto di lavoro nella sua versione corretta dal diritto del lavoro: sistema giuridico quest'ultimo operante contro l'imperialismo del contratto, ma che, al tempo stesso, in quanto ancorato al contratto, fissa i limiti della subordinazione del lavoratore.

Sotto questo profilo, già la ricostruzione storica dimostra, per esempio, che Ugo Natoli criticò ferocemente l'impostazione mengoniana, perché la leggeva influenzato dal timore che l'appello alle clausole generali favorisse l'estensione degli obblighi del lavoratore. In realtà, le cose non stavano proprio così. Infatti, il fondamentale saggio di Mengoni sulle obbligazioni di mezzi e di risultato (e comunque tutta la sua opera in materia lavoristica) era in funzione non solo della più precisa delimitazione del debito del lavoratore, ma era anche rivolto alla valorizzazione degli obblighi di protezione: ciò proprio allo scopo di allargare la protezione del lavoratore e comunque, come già detto, di fissare i limiti agli obblighi scaturenti dal contratto di lavoro, attraverso una dettagliata analisi delle ragioni giustificative della subordinazione.

Meritano di essere svolte altre considerazioni. È stata più volte sottolineata, soprattutto dal dibattito svoltosi in questa sede, l'affermazione che il brocardo *in claris non fit interpretatio* sia un mito. D'altra parte, questa conclusione dovrebbe essere scontata ma, anche a questo proposito, vi sono stagioni in cui i contemporanei dimenticano (o fanno finta di dimenticare) le indiscusse acquisizioni del passato. E cioè, che l'applicazione giudiziale del diritto presenta sempre un inevitabile margine di creatività. Questa creatività è, peraltro, esaltata al giorno d'oggi dalla pessima tecnica adottata dai vari legislatori nel confezionare i testi normativi e anche dalla loro mancanza di attenzione al problema di evitare che, a seguito della continua innovazione legislativa, sopravvivano testi contenenti precetti con significati antitetici.

Pertanto, mi permetto — in maniera forse un po' non garbata — di invitare alcuni colleghi ad evitare di farsi ossessionare dall'idea dell'applicazione del diritto come giudizio automatico. Non credo sia proponibile, perché del tutto inconcepibile, sostenere la possibilità di una sorta di taylorismo giudiziario, cioè una *one best way* sul piano ermeneutico.

Emblematica di questa criticabile impostazione è il persistente tentativo di scaricare sulla incertezza del diritto il problema della mancata crescita occupazionale. Tutto ciò è alquanto paradossale

e semplicistico. Desta perplessità, ad esempio, l'attuale esaltazione del decreto Poletti. Alcuni infatti manifestano grande soddisfazione per l'abbandono della tecnica della causale o del cosiddetto "causalone". Personalmente ho dei dubbi, anzi credo che la temporaneità sicuramente riemergerà, in qualche modo, nelle aule giudiziarie. E quindi penso che il principio che il ricorso al contratto a termine sia legato ad una ragione temporanea (che non si esaurisce nella mera fissazione di un arco temporale massimo di uso del medesimo contratto a termine) non potrà essere del tutto espunto dall'ordinamento. Anche perché a favore di questo principio depone il diritto comunitario e bisognerà vedere quale sarà il giudizio della Corte di giustizia sulla conformità delle innovazioni del diritto interno a quello europeo.

È peraltro probabile che gli estensori del decreto Poletti non fossero particolarmente sicuri della sua corrispondenza alle regole comunitarie. Infatti, il decreto è scritto in modo un po' "avvocatesco": vale a dire usando formule letterali che cercano di nascondere i reali obiettivi perseguiti, ovvero il conflitto con le norme di riferimento. Per esempio, esso sembra aggirare la regola europea della necessità di porre limiti ai rinnovi del contratto a termine. Ciò è realizzato prevedendo la possibilità di moltiplicare le proroghe del medesimo contratto. Ma sembra che da questa costruzione emergano innumerevoli profili di contrasto con il principio del diritto comunitario che appunto vuole una qualche limitazione ai rinnovi del contratto a termine. Ciò sulla base dell'elementare argomento che se la proroga opera come un rinnovo, allora le regole poste per il secondo dovrebbero valere anche per la prima, indipendentemente dalle parole usate dal legislatore interno.

Beninteso, la storia delle clausole generali e delle norme generali (in base appunto alla nota distinzione mengoniana) nella nostra materia è ancorata alle varie stagioni del diritto del lavoro e quindi è anche frutto delle varie impostazioni ideologiche, e cioè delle concezioni del mondo, che si sono succedute. Soprattutto nell'immediata fase post-statutaria il problema del ricorso alle clausole generali è stato in parte attenuato, in quanto già lo stesso Statuto dei lavoratori aveva permesso l'emersione sul piano legislativo di quei valori antagonisti all'interesse dell'impresa che prima una parte della dottrina cercava di fare emergere attraverso operazioni ermeneutiche sulla struttura del contratto.

A questo riguardo, ricordo che, in un clima di dominio imperante della concezione fiduciaria del rapporto di lavoro, Federico Mancini, nel suo secondo libro sul recesso, rintracciava dei limiti, sul piano interpretativo, all'estensione della giusta causa in materia di licenziamento (che egli considerava come clausola generale), proprio facendo appello ad una severa lettura del vincolo contrattuale e degli obblighi da esso scaturenti.

Sotto questo profilo mi permetto di osservare che l'idea di una giusta causa oggettiva, come tecnica di inquadramento del licenziamento per fatto extracontrattuale, è certo una tesi liberamente sostenibile. Però, dal punto di vista del sistema dogmatico, essa corre il rischio di non considerare che il significato effettivo della compromissione, da parte del lavoratore, di valori o di aspettative dell'impresa può essere colto solo attraverso una valutazione che va fatta sul piano soggettivo. Con la cosiddetta giusta causa oggettiva, invece, si tende ad operare appunto una valutazione di carattere oggettivo e quindi probabilmente meno controllabile, perché prescinde dall'esame del comportamento del lavoratore e tiene conto di un preteso interesse dell'impresa che corre il rischio di essere assolutizzato una volta assunto quale parametro unico di giudizio. Più fondato, mi pare, ricorrere alla tecnica tradizionale che è quella di basarsi soprattutto su ciò che è obbligato a fare il lavoratore, avendo di mira la garanzia dell'equilibrio del contratto. Pertanto, in questa prospettiva, anche il fatto extracontrattuale del lavoratore può rilevare quale giusta causa (come d'altra parte ammette la giurisprudenza prevalente), qualora determini una lesione, in modo inequivocabile, della futura capacità di adempiere ovvero incrina, irreversibilmente, la ragionevole aspettativa datoriale ad un corretto adempimento.

Come ha sempre osservato Luigi Mengoni, le clausole generali hanno solitamente permesso la cosiddetta *Drittwirkung* mediata dei diritti fondamentali. Ciò perché il diritto fondamentale ha bisogno di essere tarato ed adeguato rispetto all'equilibrio del singolo contratto. E pertanto, grazie all'operare della buona fede e della correttezza in funzione interpretativa e/o integrativa, il diritto fondamentale riesce a dimostrare la sua vitalità all'interno del contratto, pur senza alterarne i presupposti di base.

A questo proposito, la stessa giurisprudenza in modo meritorio (e ben prima della modifica ad opera della riforma Brunetta dell'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001), ha permesso, proprio tramite

l'appello alle clausole generali di buona fede e correttezza, l'applicazione dei principi di pubblicità, di partecipazione degli interessati, di motivazione e di valutazione comparativa, nell'ambito della procedura di conferimento di incarichi dirigenziali. Siffatto orientamento, più precisamente, ha affermato la necessaria proceduralizzazione dell'esercizio del potere di conferimento dell'incarico dirigenziale, ritenendo in sostanza che ciò fosse imposto dall'art. 97 della Costituzione e avvalendosi delle suddette clausole generali di buona fede e correttezza. Questo è stato un intervento estremamente importante della giurisprudenza che ha corretto alcune distorsioni di una lettura tipicamente privatistica dell'atto di conferimento dell'incarico dirigenziale. Con ciò è stata riequilibrata una situazione che esaltava i poteri dell'autorità politica titolare del potere di nomina, e che di fatto comprometteva l'esigenza, ormai ritenuta di rilievo costituzionale, di garantire l'effettività del principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo politico-amministrativo e le funzioni di gestione amministrativa e quindi tra i compiti degli organi politici e i compiti degli organi amministrativi. Infatti, queste importanti pronunce giurisprudenziali hanno sancito regole operazionali che non hanno il solo scopo di tutelare il lavoratore dirigente, bensì esse agiscono in funzione di un interesse di rango superiore che è quello, ovviamente, della imparzialità e del buon andamento dell'azione amministrativa. È evidente comunque che s'è trattato del trapianto nel contesto del lavoro pubblico privatizzato di regole e principi operanti principalmente in ambito pubblicistico e che trovano la loro giustificazione nell'esigenza di porre limiti ad usi arbitrari del potere pubblico, a detrimento del generale interesse pubblico. Il che mette in evidenza come la privatizzazione del lavoro pubblico incontri comunque la barriera della salvaguardia dei più generali interessi della collettività e che talvolta si riveli un vero e proprio mito. Ma questa è un'altra storia.

ROSARIO SANTUCCI

*Uno “statuto” giuslavoristico delle clausole generali*

Le relazioni approfondiscono notevolmente le tematiche delle giornate di studio nel campo giuslavoristico — se ne avvertiva la necessità — e focalizzano bene i nodi di fondo che si devono affrontare, quando si tratta di discutere di clausole e norme generali.

Complimenti e ringraziamenti quindi ai relatori, perché hanno esaltato il tema, scelto in modo unanime e convinto dal direttivo dell'Associazione. Il dibattito sta inoltre integrando l'approfondimento delle relazioni.

In questa sede si avanza solo qualche contenuta riflessione.

Si è rilevata la percezione, nelle relazioni, di una sorta di diffidenza nei confronti del legislatore. Non so se si tratti di diffidenza. La prospettiva critica dipende dal fatto che le tecniche di produzione normativa, anche quelle di cui parliamo oggi, sono antiche e si perpetuano. Nell'attuale utilizzazione emerge una complessità sconosciuta nel passato, perché il nostro tempo è notevolmente plurale, articolato, ricco di contraddizioni, di contrapposizioni e, soprattutto, è caratterizzato dalla tipicità dell'interesse collettivo, che trova spazi inadeguati nell'ambito di una tradizione giuridica civilistica, radicata sull'interesse individuale. Oltre che dalle questioni di cui ci stiamo occupando in queste giornate, la complessità emerge dall'insieme del diritto del lavoro e, di recente, siamo stati costretti ad interrogarci sulla persistenza dei suoi fondamenti.

Quindi, più che di diffidenza, anche oggettiva, si tratta di un disincanto per gli assetti legislativi: non solo per quelli “superficiali” o “tecnicamente infelici”, in crescita in questi ultimi anni, ma anche per le sistemazioni normative “incapaci” di bilanciare le regole tra tutti gli interessi in gioco, se non “falsamente neutrali”, schermati dietro “oggettivi” interessi generali ma con oscillazione