

Massimario di Giurisprudenza del Lavoro

- ottobre 2014 - n. 10, pag. 632

Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali

di Vidiri Guido

Sommario:

1. - Clausole generali e «neutralità» dell'attività interpretativa.
 2. - L'«elevata» vaghezza delle clausole generali nel difficile rapporto tra legge e giudice nella stagione delle incertezze.
 3. - Le clausole generali e la formazione giurisprudenziale degli standards valutativi.
 4. - L'«eterno» e «vano» tentativo di limitare l'indeterminatezza delle clausole generali e con essa l'arbitrio del giudice.
 5. - Clausole generali e (in) certezza del diritto nel rapporto di lavoro.
 6. - ... e nelle relazioni sindacali.
 7. - L'incertezza del diritto e la lunga strada verso una Europa Unita
1. - Clausole generali e «neutralità» dell'attività interpretativa - Con considerazioni riferite unicamente alla materia giuslavoristica - ma in buona misura esportabile ben oltre tale settore ordinamentale - è stato di recente rimarcato come il tema della mediazione giudiziale nell'applicazione del diritto del lavoro possa risultare particolarmente insidioso perché in luogo di restare sul piano «alto» teorico-filosofico, relativo ai rapporti tra interpretazione e diritto, può invece essere declinato in chiave politico-ideologica in ragione di specifiche e radicate opzioni culturali (1) .

Una tale possibilità assume margini di particolare consistenza in relazione alle c.d. clausole generali, che possono risultare terreno privilegiato per personali scelte assiologiche rivolte al superamento della neutralità dell'attività interpretativa sì da svalutare il dato normativo e da negarne i valori ad esso sottesi, determinando in tal modo in molti casi una giurisprudenza «anarchica», ed ampi spazi per la «creatività del giudice», con conseguenziale lesione del principio della certezza del diritto (2) .

Il tema delle clausole generali è stato assai dibattuto negli ultimi anni in dottrina, ed è stato affrontato in numerose occasioni dalla Corte di cassazione a partire dagli anni '90 del secolo scorso anche con riguardo al diritto del lavoro (3)

Invero, non può sottacersi che l'interesse sulle difficili problematiche scaturenti dall'esame delle suddette clausole, già oggetto nel passato di autorevoli ed approfonditi studi (4) , si sia in realtà ravvivato proprio in tempi recenti (5) .

Il che a ben vedere è in buona misura correlato all'acuirsi di una conflittualità sociale destinata a trovare unicamente in sede giudiziaria una composizione, spesso precaria, in ragione del generale contesto ordinamentale, caratterizzato sempre di più da una tecnica legislativa approssimativa e da un aumento esponenziale di clausole che appunto per la loro flessibilità e per la difficile individuazione del loro ambito applicativo, finiscono - è bene ribadirlo ancora una volta - per sfociare in approdi giurisprudenziali privi di affidabilità e di tenuta temporale, con effetti pesantemente negativi, sotto un duplice versante.

È infatti opinione da tutti condivisa che risposte giudiziarie tardive, prive di una adeguata resistenza nel tempo, e che

siano contraddistinte anche da un alto tasso di alea, disincentivano gli investimenti di capitali e pongono seri ostacoli ad ogni iniziativa imprenditoriale (6).

Inoltre la persistente mancanza di precisi e sicuri referenti normativi - capaci di garantire, prima che si agisca, la conoscenza di quali siano le azioni lecite e quali quelle vietate - oltre ad incidere negativamente sulla credibilità al servizio giustizia, a lungo andare porta anche a svalutare la funzione sociale della legislazione e ad accreditare il pessimismo di chi ha finito per parlare di «nichilismo giuridico», rilevando che «le officine giuridiche lavorano in tutte le ore ed in tutti i luoghi della vecchia Europa» e che ora «nessuna norma ha il privilegio d'immutabilità e d'inviolabilità», perché «tutto ciò che garantiva unità e verità del diritto, è ormai tramontato» (7).

Quanto detto rende chiari i motivi per i quali le clausole generali sono state oggetto di riflessione anche nel diritto privato europeo stante i limiti che deve incontrare la discrezionalità del giudice essendosi osservato puntualmente che la storia ha mostrato la possibilità di abusi e di pericoli legati a formule vaghe e (fin troppo) generali (8), non potendosi negare che l'attività ermeneutica avente ad oggetto tali clausole non può non soggiacere a ben (pre)definiti criteri o standards valutativi di regolamentazione, il cui superamento a seguito dell'assunzione da parte del giudice di compiti impropri, può ledere il principio della certezza del diritto sino al punto di incidere sulla stessa libertà politica e su quella personale dei cittadini (9).

2. - L'«elevata» vaghezza delle clausole generali nel difficile rapporto tra legge e giudice nella stagione delle incertezze. -
Le argomentazioni svolte forniscono le coordinate per affrontare le tematiche relative alle clausole generali che sollecitano riflessioni rinnovate per le ragioni che si andranno ad esporre.

Si è detto che la problematica in esame è una delle più impegnative e controverse della cultura giuridica contemporanea. Proprio nella consapevolezza che l'affrontare in un saggio breve un tale tema «può apparire un compito arduo o forse vano e presuntuoso», si è poi affermato che l'impresa può risultare meno difficoltosa in considerazione dello scopo da raggiungere, quale è quello di «cercare di individuare le caratteristiche semantiche salienti delle clausole generali e valutare se da queste derivino certe conseguenze sul piano interpretativo ed applicativo, come di frequente sostenuto dai giuristi (e seppure in maniera sovente implicita dai giudici)» (10).

L'intento di raggiungere siffatto scopo non in un saggio ma in poche cartelle è di certo espressione di una accentuata presunzione, comunque giustificabile per chi intende limitarsi soltanto a qualche osservazione scaturente dalla constatazione di una progressiva crescita nell'epoca attuale della incertezza del diritto.

Uno sguardo d'insieme alla letteratura ed alla giurisprudenza in tema ha portato ad evidenziare nella cultura giuridica italiana una situazione articolata ma soprattutto confusa, ed a rimarcare come il sintagma «clausola generale» sia ambiguo per esprimere una molteplicità di significati che tendono a sovrapporsi, totalmente o parzialmente, con altre nozioni in uso presso i giuristi ed i giudici (11), tanto da caratterizzarsi «da elevata vaghezza» non risultando ben chiaro il significato delle due parole che lo compongono ed apparendo altrettanto indefinite le nozioni assunte come parzialmente o completamente sinonime (12).

Nell'ampio panorama di definizioni proposte si è detto che la clausola generale è «una disposizione di legge elastica che richiede giudizi di valore in sede applicativa» (13); si è poi adoperata l'espressione di «norma che presenta una eccedenza di contenuto assiologico rispetto ad altre disposizioni legislative del sistema» sicché essa delega al giudice una scelta di valore (14); si è inoltre affermato che tali clausole «impartiscono al giudice una misura, una direttiva per la ricerca della norma di decisione», configurando in tal modo «una tecnica di formazione giudiziale della regola da applicare al caso concreto, senza un modello di decisione precostituito da una fattispecie normativa astratta», tanto da potersi dette clausole definire come «norme incomplete, frammenti di norme» che «non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni» (15); e, per terminare sul punto, si è sostenuto ancora che le clausole generali si presentano «come via per l'assorbimento del reale nell'ordine giuridico; danno senso giuridico al mutamento; esprimono [...] la complessità dell'ordine sociale e, quindi, la necessità di fare operare al suo interno strumenti di compatibilità in presenza di diversi riferimenti culturali e sociali» (16).

Le ricordate definizioni hanno tutte, pure nella loro sinteticità, il dato unificante del riferimento alla necessità di individuare parametri valutativi che consentano di delimitare i confini tra discrezionalità ed arbitrio, ma fanno nello stesso tempo emergere, sulla base dei differenziati percorsi argomentativi che li sorreggono, una netta divaricazione tra una opzione culturale di accentuato timore e diffidenza, anche per ragioni storiche, verso la clausole generali (come: buona fede, correttezza, lealtà, ragionevolezza) (17), ed altra opinione che guarda, con piena condivisione, ad un sistema delle fonti in cui gli strumenti della flessibilità si sono moltiplicati in varie direzioni al fine di rendere permeabile il generale assetto normativo alle esigenze emergenti nella società.

Opinione questa ultima che trova poi un ulteriore logico supporto nella indubbia necessità del ricorso alle clausole generali avvertita nel diritto privato europeo (18), oltre che nell'esigenza di una apertura del sistema giuridico ad un rapporto dialettico con il suo ambiente (19), in modo che «l'ordinamento possa essere dotato di strumenti omeostatici, che garantiscano l'equilibrio tra disciplina giuridica e dinamiche reali senza bisogno dell'intervento continuo del legislatore» (20).

Un eminente giurista ha parlato di recente di un «tempo» delle clausole generali, propizio all'uso ed alla riflessione, a seguito sia dell'abbandono della tentazione e dell'utopia di una minuziosa ed esaustiva disciplina casistica reputata indispensabile alla attività dei giudici, e sia anche della rimozione del pregiudizio secondo cui le norme a contenuto elastico ed indeterminato possano favorire l'arbitrio e la pretesa creativa del diritto (21).

Contrariamente a quanto ritenuto pur da autorevoli giuristi non è suscettibile di condivisione l'opinione di chi, pur nella consapevolezza della complessità del tema scrutinato, ritiene tuttavia che si sia ormai pervenuti - attraverso la individuazione da parte della dottrina e la giurisprudenza di appropriati e certi standards valutativi - ad approdi affidabili, capaci ormai di ammortizzare o, quanto meno, ridimensionare drasticamente la paura di coloro che invece continuano a vedere nella lettura delle clausole generali un pericolo per la certezza del diritto.

La tematica in esame è destinata, quindi, a rimanere un cantiere sempre aperto anche perché, oggi più di ieri, è strettamente connessa al rapporto tra giudice e legge, meritevole di una più approfondita riflessione, per riguardare il ruolo e la funzione di chi nell'epoca attuale è chiamato ad applicare le sempre più numerose norme dal contenuto vago ed indeterminato, destinate ad avere comunque rilevanti ricadute in un contesto socio-economico condizionato sovente da invasivi circuiti culturali e mass-mediatici. Circostanze queste che possono indurre, come talvolta è accaduto, il giudice ad assegnarsi impropri compiti «salvifici», funzionalizzati alla produzione di «raffinati e creativi dicta», che reclamizzati talvolta come meramente attuativi della «universalità» del diritto naturale, sottendono in realtà proprie e radicate opzioni culturali e, non di rado, anche perduranti pregiudizi.

Uno dei padri della scienza del diritto del secolo scorso, ha rammentato che il concreto realismo su cui poggia il positivismo giuridico - combattuto da sempre con vivacità dai movimenti giusnaturalistici - non abbia nulla di rivoluzionario nella misura in cui rappresenta la continuazione fedele di una tradizione giuridica che risale al medioevo; ed ha poi precisato che la concezione giuspositivistica della giurisprudenza differisce da quella antipositivistica perché mentre la prima appare dipendente da una gnoseologia di tipo realistico (nel significato che tale termine ha nel linguaggio filosofico) la seconda appare di contro dipendente da una gnoseologia di tipo idealistico (22).

L'attività di quanti sono chiamati quotidianamente ad interpretare le norme ed a vederne l'applicazione induce alla condivisione della concezione crociana volta a collocare il diritto tra le scienze pratiche e non tra quelle pure (come la filosofia e la teologica), ed in questa direzione di realismo giuridico avverte l'approssimarsi di una nuova stagione di aumentate incertezze.

È innegabile, infatti, che sia la complessità della mediazione giudiziaria accresciuta in presenza di norme dal contenuto indeterminato sia il sovrapporsi alle già numerose fonti statali di quelle europee (direttive, sentenze della Corte di giustizia nonché della Cedu) - sono non secondarie ragioni che, come si dirà, richiedono con urgenza - anche attraverso una ridefinizione del ruolo della magistratura nell'ambito di un ritrovato riequilibrio tra poteri dello Stato - una globale riforma della giustizia che sia funzionalizzata a rendere l'art. 111 Cost. norma non programmatica ma attuativa non solo del principio della ragionevole durata del processo (co. 1) ma anche di quello della «terzietà» ed «indipendenza» del giudice (co. 2), presupposto necessario per approdare ad un «processo giusto»; finalità questa non realizzabile da una magistratura cui possa essere rivolto l'addebito di essere viziata di autoreferenzialità (23).

3. - Le clausole generali e la formazione giurisprudenziale degli standards valutativi. - Il rapporto tra i criteri di interpretazione e la individuazione del significato da attribuire al dettato legislativo è comune a tutte le norme giuridiche e non riguarda, quindi, soltanto quelle che contengono clausole generali.

Però per queste ultime è di certo più difficoltoso individuare i canoni ermeneutici da seguire e fissarne la compatibilità con i principi generali dell'ordinamento e con i concetti giuridici indeterminati, tanto che si è anche notato come la dottrina più attenta abbia adoperato quali termini interscambiabili «clausola» e «principio», discutendo, ad esempio, nello stesso contesto, di «clausola generale di buona fede» e di «principio di buona fede» (24).

Anche per l'uso frequente da parte della dottrina di forme diverse di mobilità semantica, un iter argomentativo volto a definire la collocazione della clausole generali all'interno di un ordinamento giuridico - divenuto complesso per l'aggiungersi ed il sovrapporsi delle norme comunitarie a quelle statali - necessita di alcune preliminari considerazioni chiarificatrici.

Si è osservato che al codice civile non può più riconoscersi valore di diritto generale perché ormai esso funge da diritto residuale avendo perso il suo carattere di centralità nel sistema delle fonti per l'emergere di ordinamenti settoriali regolanti cerchie o categorie di soggetti, comunque definite all'interno della più vasta società civile (ad esempio: lavoratori subordinati, locatori di immobili urbani) (25).

Tutto ciò ha portato al sorgere di distinti e numerosi corpi di legge, all'interno dei quali singoli istituti e specifici rapporti vengono disciplinati attraverso clausole generali che - differenziandosi dalle altre norme di legge unicamente per il più ristretto numero di destinatari - si concretizzano in standards giurisprudenziali che assumono il valore di fonti normative destinate ad interagire con altre clausole pur esse generali di diritto statale e/o comunitario e/o - in presenza di trattati internazionali - anche di diritto sovranazionale; clausole queste ultime aventi tutte un più esteso ambito applicativo (26).

Come è stato ribadito più volte, le clausole generali delineano un modulo generico che richiede la determinazione di principi valoriali, che se già identificati ad opera della giurisprudenza con riferimento allo specifico istituto disciplinato (ad esempio: giusta causa del licenziamento del lavoratore subordinato) (27), devono poi rispettare anche i principi desumibili dall'ordinamento generale (ad esempio correttezza e buona fede), facendosi in ogni caso salva la preminenza delle norme comunitarie, anche derivate, sulle norme interne - persino costituzionali - per cui in caso di conflitto non può che prevalere la norma comunitaria (28), sempre però che non si contraddicano i principi costituzionali supremi e/o i diritti inviolabili (29).

Dopo che è stato ricordato che le leggi divengono «più semplici quanto più la umana civiltà progredisca», e che è troppo

difficile conseguire il bene della semplicità delle leggi in una «società perfezionata [...] poiché a misura che le relazioni sociali divengono più numerose e più delicate, le leggi, che le regolano, divengono necessariamente più complicate», è stato poi aggiunto - con parole pronunziate in un non recente passato ma tuttora di viva attualità stante la attuale crisi delle istituzioni - che «quella della complicatezza è una delle note caratteristiche dell'epoca contemporanea così come dell'uomo contemporaneo», il quale per «il suo originario impeto irrazionale» è spinto poi a scostarsi dal semplice e dal lineare per avvicinarsi al «complicato» ed al «tortuoso», seppure «di fronte a questa realtà il legislatore deve mantenere fede, nei limiti in cui ciò può essere fatto, alla esigenza della semplicità» (30).

L'attuale legislatore non ha però soddisfatto l'esigenza da tutti avvertita di chiarezza e semplicità per essersi gradualmente pervenuti, come si è già detto, alla formazione di specifiche ed autonome normative articolate in una molteplicità di disposizioni, - spesso lacunose, ambigue, e dai contenuti non sempre agevolmente decifrabili - che sono state viste perspicuamente come minacce «di fatto» alla certezza del diritto (31).

Per di più l'aumento delle clausole generali in un ordinamento privo di riferimenti affidabili per l'interprete sollecita riflessioni rinnovate e non del tutto rassicuranti sulle possibili e negative ricadute che si potranno avere, anche sul versante istituzionale, qualora si proceda ad una lettura ideologica di tali clausole.

È opportuno rimarcare ancora una volta come le clausole generali siano caratterizzate in maniera affatto particolare da una indeterminatezza semantica (associata ad una specifica tecnica di costruzione della fattispecie) per cui l'applicazione di esse richiede una opera di integrazione valutativa del giudice sicché a questi finisce per essere assegnato un potere di concretizzazione, ossia una delega a determinare almeno in parte la fattispecie normativa.

Correttamente quindi è stato detto che certamente questione cruciale della riflessione sulle clausole generali concerne il riconoscimento o meno della loro vocazione extrasistemica per cui è necessario interrogarsi se l'integrazione valutativa, che connota l'applicazione delle suddette clausole, comporti un giudizio di valore scaturente dall'area interna o al contrario esterna al sistema giuridico o, ancora, indifferentemente dall'interno ed esterno di esso (32).

In estrema e semplificatrice sintesi sulla integrazione valutativa sono prospettabili divergenti opinioni.

Ed invero a fronte di un indirizzo che ritiene che l'integrazione valutativa di una clausola generale possa comportare l'utilizzazione anche di parametri (standards, criteri di giudizio) esterni al diritto, si contrappone la tesi secondo cui tale integrazione vada operata unicamente con il rinvio ai criteri interni al diritto, sicché si sarebbe in presenza di una normale attività interpretativa, (33) che impone però in sede giudiziaria al giudice il difficile compito di individuare parametri valutativi in presenza di una pluralità di fonti normative statali e sovranazionali necessitanti di una integrazione e/o coordinamento (34).

Una definizione pragmatica di «clausola generale», in chiave realistica, porta in una ottica di empirismo giuridico a privilegiare l'indirizzo favorevole a seguire nella concretizzazione delle clausole generali precisi standards valutativi che, dotati di una propria autonomia concettuale, agevolino il controllo giudiziario sulla correttezza della loro applicazione rendendo più affidabili in termine di certezza del diritto le risposte giudiziarie. Non può negarsi infatti che in presenza di una concretizzazione delle clausole generali in valori tratti da regole e prescrizioni (etiche, scientifiche, tecniche), per loro natura divergenti da quelle proprie dell'ordinamento giuridico, si finisca per correre il rischio che l'attività ermeneutica venga condizionata da radicate opzioni ideologiche e culturali, da specifici particolarismi e rivendicazioni, capaci anche di allontanare, se non di impedire definitivamente, la formazione di un diritto privato europeo (35).

4. - L'«eterno» e «vano» tentativo di limitare l'indeterminatezza delle clausole generali e con essa l'arbitrio del giudice. - È innegabile che la indeterminatezza dell'enunciato legislativo porta con sé il pericolo di incrementare l'incertezza del diritto e per l'effetto un possibile vulnus al vivere sociale della collettività, cui non viene garantita la individuazione delle condotte possibili e lecite con ricadute negative anche in termini di lesione delle libertà del cittadino (36).

La consapevolezza di tutto ciò ha portato nello studio della clausole generali a indicare strumenti capaci di restringere e, se possibile, cancellare l'area di indeterminatezza delle norme, al fine di ridurre la praticabilità da parte dei giudici di disinvolute opzioni ermeneutiche dirette ad accreditare decisioni di fatto disapplicative della effettiva volontà del legislatore (sentenze «creative», sentenze «a sorpresa», sentenze confermate di risalenti, dimenticati e, talvolta, anche unici precedenti giurisprudenziali) (37). Nell'intento di pervenire a decisioni legittime e, quindi, oggettivamente condivisibili si è fatto riferimento: al criterio sistematico (con l'assoggettamento dell'interprete anzitutto alle scelte dei valori contenuti nella Costituzione nonché nelle norme proprie dello ordinamento comunitario ed in quelle della Convenzione europea dei diritti dell'uomo); all'argomento tradizionalmente chiamato naturalistico perché fondato sulla natura delle cose (con il riferimento da parte del giudice-interprete in settori quali l'agricoltura ed il commercio, a norme, spesso consuetudinarie, la cui stabilità dipende «più dalla natura delle cose che dall'arbitrio degli uomini, in quanto prodotta da forze spontanee agenti in ambito di sostanziale autonomia») (38); all'autorità della dottrina (con la restrizione dell'area di indeterminatezza delle clausole generali in ragione sia dell'argumentum ab auctoritate, autorità scaturente dalla giurisprudenza teorica, sia ancora della communis opinio doctorum, da sempre strumento interpretativo capace di ridurre l'arbitrio giudiziale con il contribuire, malgrado l'art. 118 disp. att. c.p.c., alla formazione di regole giurisprudenziali come alla formazione di nuovi articoli del codice o di leggi speciali); ed infine al diritto vivente (con l'assoggettamento ai principi giurisprudenziali quali fonti del diritto e del pouvoir normateur dei giudici, che si aggiunge al pouvoir legislatif delle assemblee elettive) (39).

Una riflessione sulle clausole generali che prenda doverosamente atto della realtà fattuale non può però trascurare la considerazione che nella lettura di tali clausole il giudice tra le già indicate opzioni ermeneutiche finisce in concreto per privilegiare gli standards valutativi espressi da specifici precedenti giudiziari o dalla giurisprudenza, formatasi sui singoli istituti o materie, convenientemente raggruppata e classificata (in tema, ad esempio, di licenziamento per giustificato

motivo oggettivo; di buona fede nella interpretazione dei contratti; di riduzione della clausola penale manifestamente eccessiva) (40).

Ma anche siffatti approdi non valgono a garantire una del tutto rassicurante affidabilità atteso che la Corte suprema finanche in presenza di un autoprecedente - e cioè di un precedente da essa stessa enunciato - conserva spazi di flessibilità interpretativa potendo avere buoni motivi per non ritenersi vincolata, tanto da potere deviare dai suoi stessi pronunziati in ragione della loro obsolescenza, del mutare delle condizioni economiche o sociali che influiscono sulla decisione del caso successivo o anche della eventualità che si presentino casi con peculiarità così accentuate da non potere essere ricondotte entro il già deciso (41). Per quanto attiene poi alla giurisprudenza, formata «da un insieme di sottoinsiemi o di gruppi di sentenze», non può che condividersi la denuncia di quanti hanno lamentato che il numero incontrollato delle decisioni favorisce il frequente verificarsi di incoerenze, e spesso di evidenti contraddizioni e di repentini mutamenti di indirizzi nell'ambito della stessa giurisprudenza della cassazione (42).

In un excursus all'interno delle trasformazioni subite nel tempo dalla giurisprudenza come fonte normativa di diritto si è poi evidenziato che nell'epoca attuale il diritto è stato sottoposto a forti torsioni da un gigantesco processo di adattamento e di cambiamento, che non riguarda il livello del singolo sistema giuridico ma l'ordinamento giuridico globale, e tale processo - si è aggiunto - ha investito tutti i settori del diritto, dal privato al costituzionale, dal penale all'internazionale, non più come un tempo tra loro separati, in tal modo dandosi luogo ad un intreccio sempre più complicato tra diritto nazionale, sopranazionale e diritto globale, tra particolare e universale, tra differenze e unità (43).

In questo assetto ordinamentale sempre più articolato sono destinate ad accrescersi sia le responsabilità dell'interprete che le difficoltà del giudice nella individuazione delle disposizioni cui fare riferimento nel momento decisionale per effetto di un moltiplicarsi esponenziale delle fonti normative e di una non sempre facile coesistenza tra legislazioni nazionali - ciascuna con una propria storia e con proprie culture e tradizioni - e legislazioni sovranazionali. Ragioni queste che unite al permanente e, non sempre agevole, dialogo tra le Alte Corti di giustizia possono aprire problemi di conflitto di non facile soluzione.

Per le considerazioni tutte sinora esposte è doveroso ribadire ancora una volta che il giudice debba sempre - e soprattutto in epoche in cui una accesa conflittualità può dare forza a correnti di pensiero volte ad infrangere la certezza del diritto nonché ad affievolire il senso di libertà - non solo essere ma anche apparire «neutrale» in doverosa e compiuta attuazione del principio costituzionalizzato della «terzietà» ed «imparzialità del giudice». Principio questo verso la cui osservanza la opinione pubblica non ha mostrato sinora quella vigile attenzione che era lecito attendersi anche in ragione di una mancata sollecitazione e di una non compiuta riflessione da parte di una scienza giuridica che, in ossequio alle sue nobili tradizioni, è ora chiamata - unitamente a quanti a diverso titolo operano quotidianamente nelle aule di giustizia - ad impedire che si abbiano quelle ricadute a livello socio-economico e sinanche politico-istituzionale in precedenza evidenziate. (44).

5. - Clausole generali e (in)certezza del diritto nel rapporto di lavoro . - Il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra la legge ed il fatto ed è proprio la delimitazione di tale ambito nei termini posti dalla legge che costituisce la maggiore garanzia della certezza del diritto, senza la quale neanche la libertà politica è garantita (45).

La certezza del diritto - meglio assicurata dunque da norme chiare - è finalità che va perseguita soprattutto in quei settori ordinamentali, nei quali si è in presenza di diritti a copertura costituzionale che corrono il rischio di essere pregiudicati da un soggettivismo interpretativo, ideologicamente orientato, in ciò agevolato da norme caratterizzate da un contenuto oscuro ed ambiguo perché sovente frutto di un compromesso politico al ribasso e sempre più frequentemente contraddistinto da una tecnica legislativa approssimativa (46).

Proprio chi opera quotidianamente nell'area giuslavoristica ha le migliori credenziali per essere ritenuto testimone attendibile di come il progressivo accrescersi delle clausole generali ed il moltiplicarsi di fonti normative - di non agevole coordinamento tra loro - siano destinate a provocare ingenti danni sia sul versante della produzione e della occupazione che su quello della stessa regolamentazione delle relazioni industriali.

È stato affermato che la legge 28 giugno 2012 n. 92 (cosiddetta «legge Fornero») rappresenta un « un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero di una giurisprudenza anarchica » (47) ; assunto questo che trova fondamento nella considerazione di chi ha puntualmente osservato che l'incertezza, e soprattutto l'imprevedibilità dell'esito delle cause sui licenziamenti, non soltanto non sono ridotte, ma se mai sono aggravate dalla attribuzione ai giudici di un inedito e non gradito «potere-dovere di scelta discrezionale, priva di qualunque parametro oggettivo, fra «infondatezza» e «manifesta infondatezza» della giustificazione di un licenziamento» (48).

Di certo non può non stigmatizzarsi la estrema trascuratezza di un legislatore che in relazione al licenziamento per ragioni economiche ed organizzative usa una formula («manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo») che - in ragione della sua non agevole decifrabilità (49) - lascia al giudice margini di discrezionalità talmente ampi da legittimare qualsiasi opzione ermeneutica, comprese quelle volte a disapplicare un dato normativo di cui non si condividono le finalità. Si finisce in tal modo per fare del giudice il vero legislatore nel definire con i suoi pronunziati l'ambito di operatività anche della tutela reale (50), con l'effetto pratico che - nonostante che l'intentio e ratio legis del nuovo art. 18 st. lav. sia stato chiaramente quello di sostituire alla soluzione reintegratoria quella indennitaria - in sede giudiziaria si possa invece agevolmente optare, anche in relazione al licenziamento disciplinare, per il rimedio reintegratorio (51).

Forse proprio la consapevolezza che attraverso la lettura delle clausole generali potesse pervenirsi ad una giurisprudenza caratterizzata dalla enunciazione di standards valutativi, differenziati e non sempre condivisibili, ha indotto il recente legislatore attraverso il rinnovato art. 18, co. 4, st. lav., a richiedere come condizione alternativa per l'applicabilità della reintegra ai licenziamenti disciplinari la tipizzazione per contratto collettivo o per codice disciplinare dell'addebito contestato fra quelli punibili con sanzioni conservative. In una siffatta norma - volta a soddisfare il bisogno di assicurare più certezza nella individuazione delle ragioni giustificatrici del licenziamento e maggiore prevedibilità degli esiti delle controversie - si è ravvisato il tentativo di «imbrigliare» il giudice del lavoro imponendogli di «tenere conto» delle ipotesi di giustificato licenziamento contemplate dal contratto collettivo (52). Detto tentativo però è destinato a non trovare nella realtà fattuale attuazione per una forma di eterogenesi dei fini perché è noto che ogni codice disciplinare nel determinare e graduare le sanzioni - seppure con una estesa tipizzazione degli illeciti - non può mai individuare in maniera esaustiva tutte le molteplici e variegate condotte in concreto sanzionabili. Ed invero una pur ampia previsione degli illeciti, per essere sempre seguita da una clausola di chiusura, non assicura quella limitazione dei poteri del giudice che si intendeva perseguire con la determinazione di regole certe ed affidabili su cui parametrare la gravità delle condotte da sanzionare (53).

Ed analoghi ampi poteri valutativi del giudice non agevolmente controllabili - nonostante l'introduzione nel codice di rito dell'art. 420 bis c.p.c. - si riscontrano in tema di interpretazione della contrattazione collettiva, in cui si rinvencono numerose clausole generali o di contenuto oscuro che rendono spesso vana la ricerca della «vera volontà» delle parti sociali tanto da fare risultare velleitario il tentativo di pervenire per tale via a risultati certi. La veridicità di quanto ora detto è attestato dal fluviale contenzioso originato dalla scarsa chiarezza di numerose disposizioni, che portano a riscontrare - pure nella contrattazione di diritto pubblico (contratti di comparto e integrativi) - la presenza di una «volontà di non volere», destinata a tradursi proprio in clausole intenzionalmente ambigue in ragione della constatata impossibilità di raggiungere su determinate materie un accordo; il che porta a trasferire in altra sede le decisioni ritenute suscettibili di avere negative ricadute in termini di acquisizione di consensi (54).

Nell'ambito giuslavoristico, pertanto - come in altre materie in cui pure si rinvencono disposizioni di difficile lettura ed aventi anche una grande rilevanza a livello socio-economico (55) - diviene maggiormente concreto il pericolo che possano riemergere correnti di pensiero, capaci di apportare una minaccia anche teorica alla certezza del diritto (56). Non di rado si assiste infatti a spericolate attività ermeneutiche volte - attraverso il richiamo ad «interpretazioni costituzionalmente orientate» - a soffondere «interpretazioni ideologicamente orientate», apprestando in tal modo un supporto motivazionale a decisioni imprevedibilmente «creative» o sorprendentemente «innovative» (57).

6. - ... e nelle relazioni sindacali. - Al di là delle considerazioni sinora svolte va sottolineato come maggiori sicurezze non si rinvenivano neanche negli approdi dottrinari e giurisprudenziali sul versante dell'attuale assetto della relazioni industriali.

In primo luogo ed in un'ottica politico-istituzionale non può farsi a meno di rilevare che l'azione sindacale è rimasta sempre in bilico tra scelte politiche destinate ad incentivare in alcuni periodi storici una accesa conflittualità tra le parti sociali ed invece in altri periodi una estesa collaborazione con le forze governative ed imprenditoriali attraverso la sperimentazione di forme di «neo-contrattualismo» o «di concertazione sociale». Si è in tal modo nel passato inteso ricercare strumenti di decisione congiunta e di negoziazione trilaterale tra Stato, sindacato ed associazioni imprenditoriali, con scelte politiche che hanno fatto però sorgere seri dubbi sul versante costituzionale per la conseguenziale trasformazione del ruolo del Parlamento da legislatore a mero organo di ratifica di decisioni prese altrove (58).

E pure in tempi più recenti le relazioni industriali vengono disciplinate da regole (contrattuali o legali) nuovamente oggetto di acceso dibattito come è dimostrato dalle numerose riserve che anche sul versante della costituzionalità sono state mosse sul disposto dell'art. 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 (59), e sulla disarticolazione e scomposizione dei contratti collettivi nazionali in contratti aziendali, destinati, specialmente nelle imprese di grandi dimensioni, a convivere con i primi (60).

E neanche giova ad assicurare alle relazioni industriali un più stabile e sicuro assetto la recente decisione n. 231 del 2013 del giudice delle leggi, che si pone in totale discontinuità con la decisione della stessa Corte n. 244 del 1996, che invece aveva in precedenza reputato non fondate le questioni di legittimità costituzionali dell'art. 19, primo comma, lett. b) della legge 20 maggio 1970 n. 300 (nel testo risultante dall'abrogazione parziale disposta dal d.p.r. 28 luglio 1995 n. 312 nella parte in cui limitava il riconoscimento delle rappresentanze aziendali alle sole organizzazioni sindacali firmatarie dei contratti collettivi, in riferimento agli artt. 3 e 39 Cost.). Conclusione alla quale la Corte era pervenuta sul presupposto che il criterio di cui alla citata norma statutaria - esteso all'intera gamma della contrattazione collettiva - avesse valorizzato la rappresentatività dell'organizzazione sindacale sulla base dell'«effettività» della propria azione «desumibile dalla partecipazione alla formazione della normativa contrattuale collettiva» applicabile nell'unità produttiva (61), o anche sulla base di «atti concreti ed oggettivamente accertabili dal giudice», che la giurisprudenza di legittimità aveva poi successivamente provveduto a definire (62).

La più recente sentenza - definitasi «additiva» al fine di evidenziarne gli effetti normativi scaturenti dalle sue statuizioni - ha dichiarato la illegittimità costituzionale dell'art. 19, primo comma, lett. b) della legge 20 maggio 1970 n. 300 nella parte in cui non prevede che la rappresentanza sindacale possa essere costituita anche nell'ambito di associazioni sindacali che nonostante non abbiano firmato i contratti collettivi applicati nella unità produttiva abbiano comunque partecipato alla negoziazione relativa agli stessi contratti quali rappresentanti dei lavoratori dell'azienda.

Con la suddetta pronunzia il giudice delle leggi dopo avere affermato che la sottoscrizione dell'accordo su cui si fondava il suo precedente dictum veniva in collisione con i precetti di cui agli artt. 2, 3 e 39 Cost., ha disapplicato il precedente

criterio di rappresentatività e lo ha sostituito con uno nuovo che, per non risultare di agevole decifrabilità, è destinato a non agevolare quel raffreddamento della conflittualità nelle relazioni industriali necessario per le riforme strutturali del diritto del lavoro. Ma la sentenza scrutinata si presenta inoltre di difficile approccio ermeneutico per il giuslavorista in quanto il ritenere, come si è detto, la sola partecipazione alle trattative sufficiente per soddisfare il requisito previsto dalla norma statutaria, avrebbe richiesto per la sua migliore comprensione non un assoluto silenzio sul punto ma invece un iter argomentativo ben più articolato anche attraverso il riferimento alla giurisprudenza di legittimità formatasi sulla difficile e complessa fase prenegoziale e, quindi, anche sulle svolgimento delle trattative; giurisprudenza che ha fatto puntuale e compiuta applicazione di quelle che, anche nel diritto privato europeo (63), costituiscono clausole generali nelle relazioni industriali, quali quelle della correttezza e buona fede, del bilanciamento degli interessi, della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento (64).

7. - L'incertezza del diritto e la lunga strada verso una Europa Unita. - È stato di recente rammentato che i riferimenti alla Europa ed alla necessità di un comune diritto europeo sono stati una costante nel pensiero di A. Trabucchi sicché non è un caso che sia stato suo il primo codice di diritto comunitario risalente al 1962. L'Europa veniva concepita nel suo senso più alto non soltanto quindi come comunità di mercato ma anche come comunità di vita e di azione dei popoli europei. Una Europa solo della moneta unica ma priva della forza connettiva di una stabile e compiuta integrazione giuridica, non avrebbe potuto avere prospettive di lunga vita e di sicuro sarebbe finita per ridursi a mera zona economica di libero scambio (65).

Allo stato sembra però allontanarsi l'auspicata formazione di uno *ius commune* perché se è certo che si è pervenuti alla unione monetaria rimane però un enigma quando e se si perverrà mai alla invocata integrazione dei popoli europei attraverso una unificazione delle norme deputate a regolare i mercati e la stessa circolazione della moneta; ed il tutto all'esito di un graduale processo di armonizzazione di dette regole con gli ordinamenti dei singoli Stati, disposti a cedere parte della propria sovranità.

Di certo non agevolano la costruzione di un diritto comune ragioni geo-politiche essendosi autorevolmente rilevato che mentre ambito politico ed ambito giuridico tendono a coincidere - e perciò ad assumere la medesima fisionomia territoriale - scambi economici ed atti dell'impresa capitalistica valgono oltre i confini (66).

A tali ragioni si aggiungono impedimenti di fatto consistenti: in leggi dei singoli Stati che vedono il moltiplicarsi di clausole generali ed il sempre più difficile coordinamento di tali leggi con il diritto comunitario destinato a generare incertezze in ben determinati settori ordinamentali di particolare rilevanza sul versante socio-economico (diritto dei contratti; diritto del lavoro; diritto commerciale; diritto tributario), nonché in un dialogo difficile tra le Alte Corti di giustizia che sinora non ha portato ai risultati sperati ai fini della formazione di un diritto privato europeo (67).

Né, per concludere, può trascurarsi la considerazione che condizione anche essa indispensabile per il definitivo approdo ad antichi e non ancora realizzati sogni è un corretto e ponderato sistema di reclutamento dei giudici sovranazionali che nel momento decisionale sappiano essere anche essi «terzi» ed «imparziali», rifuggendo da preconcepite logiche territoriali e perseguendo attraverso i loro dicta la certezza del diritto a garanzia delle libertà di tutti i cittadini della Comunità europea (68).

Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali. - Riassunto. *Il saggio tratta delle clausole generali e dell'incertezza del diritto, che è sensibilmente aumentata da queste clausole. Anche il diritto del lavoro e sindacale contengono molte di tali clausole e non si prevede un efficace rimedio all'incertezza che ne deriva.*

General clauses and certainty of law in employment and industrial relationships. - Summary. *The essay deals with general clauses and uncertainty of law, which is sensibly increased by these terms. Even union and labor law contain many of these clauses and law does not provide an effective remedy to the uncertainty that comes.*

(1) Cfr. sul punto M. Magnani, Il giudice e la legge, in « Riv. it. dir. lav. » 2013, I, 777 che riporta anche l'opinione di R. De Luca Tamajo che afferma testualmente: « Resta da comprendere il senso e i limiti della funzione creativa del giudice al cospetto di un sistema giuridico orientato per definizione alla tutela di una delle parti del rapporto di lavoro, ma in un orizzonte di mediazione e compromesso, di mutevole misura, con i valori della impresa; un sistema, quindi, già di per sé materiato da opzioni, ma anche caratterizzato da frequenti "deleghe" implicite al momento giudiziario ».

(2) Sulla certezza del diritto tra i diversi contributi cfr.: F. Lopez De Onate, La certezza del diritto, in « Civiltà del diritto », nella Collana già diretta da F. Calasso e curata da F. Mercadante, Milano 1968, nonché il saggio di P. Calamandrei, Non

- c'è libertà senza legalità, che leggesi ora nella collana Anticorpi, Bari 2013, 39, 11, per il quale «La legalità è condizione di libertà, perché solo la legalità assicura, nel modo meno imperfetto possibile, quella certezza del diritto senza la quale praticamente non può sussistere libertà politica». In tema vedi più di recente: G. Costantino, Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto, in « Riv. dir. proc. » 2011, 1073 e ss., cui adde, con riferimento allo stretto rapporto tra certezza del diritto ed imparzialità e terzietà del giudice: G. Vidiri, Creatività del giudice e processo del lavoro, ivi, 1205 e ss.
- (3) In questi termini lo scritto di: L. Angiello, A. Moglia (da leggersi in A. Vallebona (a cura di), Il controllo della cassazione sulle norme generali, in « Coll. giur. lav. » 2013, 1, 9-10), che richiamano gli scritti di Fabiani, Clausole generali e sindacato della cassazione, Torino 2003, e di G. Vidiri, Il giudizio di cassazione, in Il diritto processuale del lavoro, (a cura di) Vallebona, nel Trattato di diritto del lavoro, Persiani e Carinci (diretto da), Padova 2011, IX, 526 e ss.
- (4) Vedi per tutti L. Mengoni, Spunti per una teoria delle clausole generali, in « Riv. crit. dir. priv. » 1986, 5 e ss.; S. Rodotà, Il tempo delle clausole generali, ivi, 1987, 709 e ss., ed in precedenza la nota monografia di F. Roselli, Il controllo della cassazione sull'uso delle clausole generali, Napoli 1983.
- (5) Più di recente tra i numerosi scritti sempre sulle clausole generali vedi: M. Libertini, Clausole generali, norme di principio, norme a contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione, in « Riv. crit. dir. priv. » 2011, 345 e ss.; V. Velluzzi, Le clausole generali, Milano 2010, cui adde: Id., Le clausole generali. Semantica e politica del diritto, in « Giur. it. » 2011, 1720-1722.
- (6) Per l'assunto che l'economia del capitalismo ha bisogno di un «diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina» vedi: M. Weber, Storia Economica - Linee di una storia universale dell'economia e della società, Roma 1993, 298, cui adde N. Irti, Codice civile e società politica, Bari 1995, 22, che parla, con riferimento ai sistemi incentrati sulla produzione di massa, della necessità di «una matematica delle azioni», Bari 1980, 161 e 180. L'incertezza del futuro, alimentata anche da una risposta giudiziaria «tardiva» e dai contenuti «aleatori», non è poi del tutto estranea alla tendenza - riscontrabile a livello macroeconomico - di conseguire talvolta, con disinvoltate operazioni borsistiche, profitti immediati da parte del management delle grandi società, con danni spesso irreparabili, oltre che per i risparmiatori e la collettività dei cittadini, anche per la effettiva solidità economica delle imprese (cfr. per ulteriori considerazioni anche a livello sociologico: L. Gallino, L'impresa irresponsabile, Bari 2005, e più di recente, Il colpo di stato delle banche e dei governi. L'attentato alla democrazia in Europa, Bari 2013).
- (7) Cfr. in tali sensi Irti, Nichilismo giuridico, Bari 2004, 7-8, ed in precedenza dello stesso Autore, L'età della decodificazione, Milano 1999.
- (8) Cfr. al riguardo S. Patti, Ragionevolezza e clausole generali, Milano 2013, 5, che dopo avere richiamato l'ideale dibattito tra Justus Wilhelm Hedemann e Stefano Rodotà - poi riportato nei suoi più significativi passaggi nel penultimo capitolo del suo scritto - rimarca come l'evoluzione del diritto privato europeo indichi la necessità di un ampio ricorso ai criteri di ragionevolezza e di semplice e sano buon senso, ed anche al principio (o clausola) di buona fede, ed ancora a regole elastiche derivanti dalla esperienza e dagli usi del commercio internazionale.
- (9) Afferma P. Calamandrei, op. cit., 18-19 - e le sue parole devono servire da monito per chi è chiamato ogni giorno ad «amministrare giustizia» e non invece a «fare giustizia» - che «Non vi è dubbio che il giudice ha sempre, anche quando la legge è chiara e precisa, un certo ambito di apprezzamento per stabilire i rapporti tra legge ed il fatto; ma è certo altresì che questo ambito è delimitato dai termini posti dalla legge e che è proprio questa delimitazione posta dalla legge al giudice che costituisce la maggiore certezza del diritto e della libertà».
- (10) Cfr. in tali sensi la nota di V. Velluzzi, che precede la monografia dello stesso Autore, Le clausole generali cit., I-II (la cui epitome è riportata con lo stesso titolo, in Dottrina e attualità giuridiche, P. Rescigno (a cura di), in « Giur. it. » 2013, 1720 e ss.).
- (11) Sul punto vedi ancora Velluzzi, op. cit., 1-3, secondo cui è abitudine ricorrente dei giudici ritenere perfettamente, o solo in certa misura, sinonime le nozioni di «clausole generali», « standards valutativi » (o più semplicemente « standards »), « concetto indeterminato », « norma elastica », « concetto valvola », « nozione a contenuto variabile » e altre ancora.
- (12) In questi precisi termini cfr. sempre Velluzzi, op. cit., 3.
- (13) Così Roselli, Il controllo della cassazione cit., 8, che di recente in Clausole generali. Iura novit curia. Contraddittorio (in Dottrine e attualità giuridiche cit., 1701) in maniera più articolata definisce la clausola generale come una disposizione operante in un determinato ordinamento (generalmente si parla dell'ordinamento statale), formulata attraverso espressioni linguistiche indeterminate sì da esservi implicito il richiamo ai valori della morale o del costume, generalmente recepiti in norme o principi dello stesso ordinamento (o comunque sicuramente condivisi) oppure espressi da altri ordinamenti.
- (14) Per tale definizione cfr. E. Betti, Interpretazione della legge e degli atti giuridici, Milano 1971, 315.
- (15) Cfr. al riguardo L. Mengoni, Spunti per una teoria cit., 10-11.
- (16) Vedi in questi sensi S. Rodotà, Le clausole generali nel tempo del diritto flessibile, in Lezioni sul contratto (raccolte da A. Orestano), Torino 2009, 115.
- (17) Nel richiamare l'opera di Weacker (Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, Göttingen 1967, 477) S. Patti, Ragionevolezza cit., 82, sottolinea che il timore per l'arbitrio del giudice spiega la diffidenza nei confronti delle clausole generali e le preoccupazioni, storicamente fondate in Germania alla luce della esperienza del nazionalsocialismo, nei confronti di una fuga nelle clausole generali. Ricorda inoltre Mengoni, Spunti per una teoria cit., 7 e nt. 6 e 7, come la confusione delle clausole generali con l'equità sia una delle cause degli eccessi in cui cade la giurisprudenza tedesca.
- (18) Cfr. per tutti in questo senso Patti, Ragionevolezza cit., 68, secondo cui la necessità nel diritto privato europeo del ricorso alle clausole generali si spiega sia per la funzione, da esse svolta, di «ventili» del sistema, in grado di adattare la singola regola alle caratteristiche del caso concreto nonché di colmare vuoti di regolamentazione, sia per la continuità che le direttive presentano rispetto alla disciplina (pre)esistente negli ordinamenti degli Stati membri. Lo stesso Autore, La direttiva comunitaria nelle clausole abusive: prime considerazioni, in « Contr. e impr. » 1993, 71 e ss., ricorda inoltre come la buona fede abbia un ruolo centrale nel sistema di controllo delle clausole abusive nella maggior parte degli Stati membri della Comunità Europea.
- (19) Vedi amplius sul punto Mengoni, Spunti per una teoria cit., 5, secondo cui un indice di tale apertura è «l'integrazione della interpretazione della legge in un'ermeneutica che non si esaurisce all'interno della dimensione terminologica, ma si propone il compito ulteriore e decisivo di confrontare i concetti analizzati nel testo con la realtà sociale determinata dalla norma come proprio ambito operativo».
- (20) In questi precisi termini Rodotà, Le clausole generali cit., 115-156, il quale osserva che le dinamiche proprie delle

clausole generali «sono ormai influenzate dal fatto di vivere in un ambiente normativo reso nel suo insieme più flessibile, sì che non ci si può fermare alle riflessioni proprie di una situazione storica assai diversa da quella attuale».

(21) Osserva anche P. Rescigno, Una nuova stagione per le clausole generali, in *Dottrina e attualità giuridiche cit.*, «Giur. it.» 2011, 1698, che con la fiducia espressa dai civilisti più illuminati del primo novecento si ripropone un articolato discorso per impedire o fermare quella «fuga dalle clausole generali» che viene dichiarata o si nasconde in una impostazione che aspira alla «purezza» tecnica del linguaggio giuridico e ad un rigore indifferente ad ogni forma esterna che cerca di integrarlo e di arricchirlo.

(22) Cfr. in tali sensi N. Bobbio, Il positivismo giuridico, Torino 1996, 220 e ss. che rammenta come le descritte concezioni sulla giurisprudenza si siano avute nella cultura giuridica del secolo scorso da giuristi e filosofi del diritto che si richiamavano alle concezioni idealistiche del Croce e del Gentile (pagina 220), e che rimarca anche che «il positivismo giuridico pone un limite insormontabile alla attività interpretativa: perché l'interpretazione è generalmente testuale; in certe circostanze (quando occorre integrare la legge) può essere extratestuale; ma non può mai essere antitestuale, cioè andare contro la volontà che il legislatore ha espresso nella legge» (pagina 222).

(23) Così M. Aini, che nel suo libro, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Milano 2012, 37-38, parla anche di «giudici ingiudicabili» per essere destinatari di una giustizia domestica che, in relazione alla responsabilità disciplinare, «spara sempre a salve e questo vale pure per la responsabilità civile».

(24) Cfr. Patti, Ragionevolezza cit., 46 e nt. 40 e 41, che prendendo atto dell'abituale equiparazione dei due termini rileva che il termine «principio» risponde maggiormente alla tradizione italiana ed a quella del common law, mentre si parla di clausole nella dottrina tedesca, che ha in parte influenzato quella italiana.

(25) Cfr. N. Irti, L'età della decodificazione, Milano 1986, 33-34, che infatti osserva testualmente come «la fuga dal codice civile riguarda fondamentali istituti ed interi complessi di rapporti (così la disciplina del divorzio e lo statuto dei lavoratori), e si intensifica e si allarghi a mano a mano che gruppi sociali o cerchie di soggetti strappano, dopo aspri e tormentati negoziati con i poteri pubblici, leggi particolari e tavoli di privilegi».

(26) Per una documentata rivisitazione del sistema delle fonti giuridiche vedi P. Grossi, Il diritto tra potere ed ordinamento, Napoli 2005, 53-54, il quale afferma di credere che oggi nessun giurista munito di un minimo di sensibilità storica e di elementare buon senso negherebbe alla dottrina ed alla «giurisprudenza pratica» un ruolo protagonista nella evoluzione del diritto continentale europeo, e quindi, «un ruolo produttivo di regole giuridiche».

Per la tesi secondo cui la declaratoria di inammissibilità dei ricorsi ai sensi del disposto dell'art. 360 bis c.p.c. dà luogo nel nostro assetto ordinamentale ad un diritto a formazione giurisprudenziale? (considerazioni «minime» di un giudice del lavoro), in «Riv. it. dir. lav.» 2009, I, 505 e ss.

(27) Sulle clausole generali in tema di licenziamento, cfr. in giurisprudenza ex plurimis Cass. 13 febbraio 2012, n. 2013 nonché Cass. 13 dicembre 2010, n. 25144, in «Resp. civ. e prev.» 2011, 2310, con nota di L. Simeone, La nozione di giusta causa: norme elastiche e poteri interpretativi del giudice, che evidenzia come giusta causa di licenziamento e proporzionalità della sanzione disciplinare siano nozioni che la legge - allo scopo di adeguare le norme alla realtà da disciplinare, articolata e mutevole nel tempo - configura come disposizioni, ascrivibili alla tipologia delle cosiddette clausole generali, delineanti un modulo generico che richiede di essere specificato in sede interpretativa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza generale sia di principi che la stessa disposizione tacitamente richiama; ed ancora: Cass. 26 luglio 2010, n. 17514; Cass. 4 maggio 2005, n. 9266, in «Notiz. giur. lav.» 2005, 775, secondo cui l'attività di integrazione del precetto normativo di cui all'art. 2119 c.c. (norma cosiddetta elastica) compiuta dal giudice di merito, ai fini della individuazione della giusta causa di licenziamento, è sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione del giudizio valutativo non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga invece una specifica denuncia di non coerenza del predetto giudizio rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale.

(28) Rimarca R. Guastini, Le fonti normative, Milano 2010, 488 e ss., come su questi convergenti esiti approdano sia la dottrina «monista» della Corte di giustizia della Comunità europea (secondo cui il diritto comunitario sarebbe un ordinamento «proprio» o «autonomo» e però al tempo stesso «integrato» a quello degli Stati membri) sia quella «dualista» della Corte costituzionale italiana (secondo cui il diritto comunitario è un ordinamento distinto e separato da quello degli Stati membri).

(29) Critica la tesi seguita da Corte cost. n. 232/1995: Guastini, Le fonti normative cit., 487-488, perché parrebbe da tale decisione capirsi che qualora un regolamento violasse una delle norme «sovra-costituzionali» (i principi costituzionali supremi e/o i diritti inviolabili) «la Corte dichiarerebbe la illegittimità (parziale) della legge di esecuzione del trattato, «nella parte in cui» dà esecuzione all'art. 189, co. 2, del trattato stesso». Osserva al riguardo l'Autore che se la tesi che la legge di esecuzione di un Trattato comunitario possa derogare a norme costituzionali è un nonsenso, la tesi che i regolamenti possano derogare a norme costituzionali è un nonsenso al quadrato.

(30) Cfr. sul punto amplius: Lopez De Onate, La certezza del diritto cit., 69 e ss., che rimarca come la mutazione continua delle leggi elida «la certezza, perché elide la fiducia nella volontà dello Stato, quale volontà permanente e costante», e che precisa ancora che «lo Stato come machine à faire lois non si contenta di mutare le leggi, di sostituire cioè le leggi vecchie con le nuove» ma «aggiunge invece di continuo leggi nuove a leggi vecchie».

(31) Parla di «minacce di fatto» contro la certezza del diritto Lopez De Onate, La certezza del diritto cit., 67-78, che sottolinea come la condanna della molteplicità delle leggi è ispirata non solo al motivo tecnico della difficoltà, anche per il competente, di conoscere tutte le leggi, ma anche alla necessità di salvaguardare giustizia e certezza, ed alla necessità etica che lo Stato mantenga ferma e costante e univoca la sua volontà, anziché disperderla in un profluvio di norme, che la rendono di per sé mobile ed inconsistente, corrompendo così la natura dello Stato stesso (pagina 72).

(32) Per l'affermazione che una delle questioni più controversie e cruciali in materia di clausole generali riguarda l'origine e la fonte della integrazione valutativa vedi: S. Mazzamuto, Il rapporto tra clausole generali e valori, *Dottrine ed attualità giuridiche cit.*, 1697.

(33) Per una compiuta indicazione delle diverse opinioni riguardanti l'integrazione valutativa e per rilevanti considerazioni su tale complessa tematica cfr. P. Chiassoni, Le clausole generali tra teoria analitica e dogmatica giuridica, in «Dottrina e attualità giuridica» cit., 1692 e ss.

(34) Intorno alla complessità della problematica della clausole generali sul versante della loro interpretazione nel diritto privato europeo è stato osservato da Patti, La ragionevolezza cit., 72 e ss. come in materia si assista ad una diversità di

opinioni: una parte della dottrina rimarca infatti come le numerose norme che nelle direttive europee contengono clausole generali (in primo luogo quella di buona fede) al pari di tutti le norme di diritto europeo siano soggette alla interpretazione della Corte di giustizia, dovendosi la competenza di detta Corte affermarsi ai sensi dell'art. 234 (ex art. 177) del Trattato anche nella concretizzazione delle clausole generali e, quindi, per la loro interpretazione anche se quest'ultima si risolve in un'attribuzione di significati che va ben oltre la normale attività ermeneutica (così tra gli altri Calzolaio, Il valore del precedente delle sentenze della Corte di giustizia, in « Riv. crit. dir. priv. » 2009, 41 e ss.); altra dottrina sostiene invece in opposita direzione che la Corte di giustizia non ha competenza alcuna in tema di concretizzazione delle clausole generali e di una interpretazione che fuoriesca dai limiti propri della normale attività ermeneutica.

(35) Rileva Lopez De Onate, La certezza del diritto cit., 82, come sia sempre ricorrente nel pensiero giuridico e nel mondo sociale una corrente di pensiero che si proponga di scalzare il principio della certezza del diritto, considerato non un valore ma come un disvalore e che conseguentemente ritiene che per soddisfare una « esigenza naturale di giustizia » sia necessario un giudice che sia esso stesso nell'atto di giudicare « il creatore della legge » e non solo nel caso in cui essa sia lacunosa ma anche allorché le disposizioni da essa sancite si trovino in contrasto con « il principio di giustizia ». L'Autore inoltre, nell'evidenziare il riemergere in ogni epoca di simili dottrine, ricorda come già nel medioevo Bartolo di Sassoferrato in presenza di una fattispecie cercava prima la soluzione giusta e solo successivamente indagava su quali norme di legge potessero suffragarla, e come, infine, esse dovessero venire interpretate per conseguire la convalidazione della interpretazione già data. Pensiero questo a proposito del quale Chiovenda aveva espresso il fondato timore che, proseguendo sulla via così tracciata, si arrivasse a contrapporre il giudice alla legge.

(36) Sul punto cfr. P. Calamandrei, La certezza del diritto e la responsabilità della dottrina, in « Riv. dir. comm. » 1942, I, 341 e ss. Saggio questo di recente pubblicato con lo stesso titolo in La certezza del diritto cit., in cui alle pagine 175 e 175 si legge: « se invece di partire dall'osservazione di ciò che è storicamente il diritto, il giurista si fabbrica per conto suo un sistema aprioristico di credute verità eterne e sul modello di esse pretende di ripulmare le leggi come se fossero di creta da rimettere in forma, l'opera sua inconsciamente contribuisce ad annubire nella coscienza il sentimento della legalità ed ad aggravare sempre di più l'angoscia di questa crisi che ci travaglia ».

(37) Cfr. in argomento Vidiri, Creatività del giudice cit., 1217, che evidenzia pure come tale pratiche disapplicative della volontà del legislatore vengano immancabilmente ed in ogni caso giustificate evocando la piena libertà del giudice nella interpretazione della legge come presupposto essenziale a qualificare la indipendenza, cui adde Id., Procedimento sommario di cognizione e rito del lavoro tra « provvedimenti presidenziali » ed « osservatori sulla giustizia civile », in « Corriere giur. » 2010, 1384, che osserva come la configurabilità di un « giusto processo » richieda la presenza di un giudice che abbia la piena contezza che il più cogente e nobile dei suoi doveri, e forse il più difficile da onorare compiutamente, sia quello di affrancarsi nei momenti decisionali da ogni possibile condizionamento.

(38) Così F. Roselli, Clausole generali e nomofilachia, nella Relazione tenuta in Roma su tale tema (nell' incontro di studio organizzato presso la Corte di Cassazione il 10 ottobre 2013 ad iniziativa dell'Ufficio dei magistrati referenti per la formazione decentrata), che richiama gli scritti di P. Grossi raccolti in Il dominio e le cose, Percezioni medievali e moderne dei diritti reali, Milano 1992, 27, 605, 715 (cfr. pagine 8 e 20 del manoscritto della citata Relazione).

(39) Cfr. Roselli, Clausole generali e nomofilachia cit., 11-12, il quale ricorda come il riconoscimento della giurisprudenza come fonte normativa sia derivato dall'imporsi della cultura nordamericana anche da noi grazie a Gino Gorla ed a Giovanni Tarello, il primo insegnando l'analisi della giurisprudenza pratica e rilevandone il valore specie in prospettiva storica, ed il secondo notando come interi istituti potessero entrare nell'ordinamento attraverso la via non legislativa ma giurisprudenziale portando l'esempio, da noi, del diritto sindacale.

(40) Evidenzia M. Taruffo, Precedente e giurisprudenza, in F. De Sanctis e F. Fichera collana (diretta da), Lezioni magistrali, Napoli 2007, 18, 11-20, come vi sia tra precedente e giurisprudenza una distinzione di carattere - per così dire quantitativo - perché quando si parla del precedente si fa solitamente riferimento ad una decisione relativa ad un caso particolare, mentre quando si parla della giurisprudenza si fa solitamente riferimento ad una pluralità, spesso assai ampia, di decisioni relative a vari e diversi casi concreti.

(41) Sulla forza vincolante del precedente vedi ancora Taruffo, Precedente e giurisprudenza cit., 20-31, che rimarca come anche nel sistema inglese che pare essere quello - pure tra i paesi con ordinamento di common law - in cui il precedente è dotato di maggiore efficacia, i giudici usano numerose e sofisticate tecniche argomentative tra cui il distinguishing e l' overruling al fine di non considerarsi vincolati dal precedente che non intendono seguire (pagine 22 e 23). Ed in tema cfr. pure G. Zaccaria, La giurisprudenza come fonte di diritto, nella citata collana 17, Napoli 2007, 14, che dopo avere osservato come nella realtà effettiva della prassi giudiziaria, e cioè nel momento della interpretazione e della applicazione del diritto, ci si muova dai precedenti, ricorda poi come nella sua Prefazione a L'impero del diritto, Ronald Dworkin abbia parlato a questo proposito di « una forza gravitazionale delle decisioni precedenti ».

(42) In tali sensi cfr. sempre Taruffo, Precedente e giurisprudenza cit., 18-19, che evidenzia come allorché si scopra che la giurisprudenza è incoerente e contraddittoria allora si tratterà anche di stabilire se vi è una giurisprudenza conforme, se vi è una giurisprudenza prevalente, se la giurisprudenza è incerta, o se addirittura vi è una situazione di caos giurisprudenziale. Osserva G. Verde, Il difficile rapporto tra giudice e legge, Napoli 2012, 44 e ss., che - seppure si conviene che la Corte di Cassazione non può assicurare indirizzi interpretativi corretti ed uniformi per dovere sfornare circa trentamila sentenze ogni anno - non appare tuttavia possibile porre a ciò rimedio in quanto l'art. 111 Cost., elevando a garanzia costituzionale il ricorso per cassazione per violazione di legge contro tutte le sentenze, impedisce di fatto al nostro legislatore - diversamente da quanto avviene in altri Paesi (Austria, Francia, Germania) - di introdurre un efficace filtro per l'accesso ai giudici di legittimità.

(43) Cfr. sul punto Zaccaria, La giurisprudenza come fonte di diritto cit., 48 e ss.

(44) Nell'amministrazione della giustizia sono più che mai necessari nell'epoca attuale l'apporto di una scienza giuridica libera ed un permanente impegno da parte di giudici la cui professionalità deve misurarsi anche attraverso la capacità di sottrarsi a correnti di pensiero che ne rivendichino il « carattere indefettibilmente politico » ed il potere di operare come « un intellettuale collettivo », dovendo ogni giudice agire invece come « un intellettuale solitario »: che non ambisca ad una visibilità da perseguire con decisioni spesso supportate da una giurisprudenza autoreferenziale e da una scienza giuridica anche essa autoreferenziale; che dia con la sua condotta quotidiana e silenziosa testimonianza della sua « terzietà » ed « imparzialità »; che non sia condizionato da un circuito culturale e mass-mediatico sempre più invasivo; e che riesca nel momento decisionale a liberarsi dalle proprie opzioni politiche e soprattutto da ogni pregiudizio, perché consapevole che là dove si radica « il pregiudizio » non alberga mai « la giustizia » (in tali testuali termini: Vidiri, Nuovo rito sui licenziamenti:

«giusto processo» ed «imparzialità» del giudice del lavoro, in « Riv. it. dir. lav. » 2014, I, 48).

(45) Cfr. sul binomio legalità-certezza del diritto come garanzia anche della libertà politica cfr. Calamandrei, Non c'è libertà senza legalità cit., 45 e ss., che per quanto riguarda la contrapposizione tra giustizia e politica osserva che «giustizia vuol dire soltanto conformità alla legge» e che «il giudice non ha altro modo di essere giusto che quello di conformare la sua sentenza alla volontà della legge: dura lex sed lex » (pagina 14).

(46) Al fine di mostrare come le numerose problematiche attinenti alla certezza del diritto interessino trasversalmente tutti i settori ordinamentali - e non di rado con rilevanti ricadute sinanche sul versante politico-istituzionale - è sufficiente il riferimento all'art. 416 bis c.p., sulla cui interpretazione continuano a persistere elementi di criticità in particolare per quanto riguarda la ricostruzione dei rispettivi requisiti soggettivi ed oggettivi della fattispecie (cfr. per un esame completo di dette criticità: F. Fiandaca, Questioni ancora aperte in tema di concorso esterno, in « Foro it. » 2012, II, 565-569), tanto da dovere richiedere ben tre interventi delle Sezioni Unite penali volti alla individuazione delle condotte da assumere a fondamento della contestazione giudiziale (Cass. Sez. Un., 5 ottobre 1994, Demitry, in « Foro it. » 1995, II, 422; Cass. Sez. Un., 30 ottobre 2002, Carnevale, ivi, 2003, II, 453; e più di recente Cass. Sez. Un., 12 luglio 2005, Mannino, ivi, 2006, II, 453), come ricordato da un puntuale ed esaustivo scritto sulla lunga e travagliata storia dell'istituto (cfr. G. Silvestri, Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso, nota a Cass. 9 marzo-24 aprile 2012, n. 15727, Dell'Utri, ivi, 2013, II, 386-390).

(47) Così Vidiri, La riforma Fornero: La (in)certeza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo, in « Riv. it. dir. lav. » 2012, I, 620. In generale sulla legge n. 92 del 2012 cfr. per tutti: P. Sordi, C. Papetti, A. Palladini, G. Mimmo, I. Fedele, L. Di Paola, in La riforma del lavoro, Milano 2013; AA. VV., Il nuovo mercato del lavoro (dalla riforma Fornero alla legge di stabilità), M. Cinelli, G. Ferraro e O. Mazzotta (a cura di), Torino 2013.

(48) Sul punto cfr. S. Magrini, Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18), in « Arg. dir. lav. » 2012, 535 e ss., che evidenzia anche in modo succinto, e nello stesso tempo chiaro, tutti i molti punti della riforma Fornero suscettibili di severa critica.

(49) Il criterio della «manifesta insussistenza» della ragione oggettiva del licenziamento è stato severamente criticato da M. Tatarelli, Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo, in La riforma del lavoro, in « Guida norm. » 2012, 51, che rimarca come il suddetto criterio contraddica il comune rilievo secondo cui il motivo economico o esiste o non esiste, non essendo suscettibile di graduazione, diversamente dalla condotta umana, che può essere più o meno grave, sia sotto il profilo fattuale che psicologico.

Sottolinea ancora come la mancata indicazione nella legge di qualsiasi parametro selettivo volto a differenziare «la infondatezza» dalla «manifesta infondatezza» della giustificazione del licenziamento genera l'incertezza e l'imprevedibilità e con esse il pericolo che, in assenza di criteri legali, il potere del giudice si possa trasformare in arbitrio: Vidiri, La riforma Fornero cit., 647 e nt. 69, per il quale tali conseguenze possono paventarsi soprattutto nei casi in cui la legittimità della condotta datoriale appaia di difficile accertamento in fatto ed in diritto come allorquando si debba provare il *repechage* nel licenziamento individuale per crisi aziendale. Con specifico riferimento al dibattito sulla natura giuridica del giustificato motivo oggettivo e sui conseguenziali effetti sul controllo giudiziale cfr. R. Cosio, Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella riforma del lavoro, in Il lavoro nella giurisprudenza 2013, 255 e ss.

(50) Cfr. sul punto Vidiri, La riforma Fornero cit., 624, ed ancora A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori, in « Riv. it. dir. lav. » 2012, 449, secondo cui il problema più acuto in materia di licenziamento è quello della incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro sia nel caso del licenziamento disciplinare che in quello del licenziamento per giustificato motivo oggettivo perché in ambedue i casi la discrezionalità del giudice è «molto ampia e spesso imprescrutabile».

(51) Osserva Magnani, Il giudice e la legge cit., 779, che le prime decisioni dei giudici di merito in tema di licenziamento disciplinare sembrano optare per il rimedio reintegratorio anche se l'autrice precisa come il suo giudizio sia basato su un filone giurisprudenziale non ancora significativo.

(52) Sul punto vedi amplius Magrini, Quer pasticciaccio brutto cit., 535-536, che qualifica tale tentativo un «po' patetico» perché nessun giudice ha mai disatteso apertamente un dovere così ovvio.

(53) Sui numerosi dubbi interpretativi che nascono dalla lettura dell'art. 18, co. 4, st. lav. cfr. più diffusamente Vidiri, La riforma Fornero cit., 635-642; P. Sordi, in La Riforma del lavoro cit., 290-295; R. Galardi, Il licenziamento disciplinare, in AA.VV., Il nuovo mercato del lavoro, 277-298.

(54) Già in epoca risalente ha segnalato la presenza nei contratti collettivi di vere e proprie riserve mentali, con conseguente mancanza di una volontà da interpretare: G. Giugni, Appunti sulla interpretazione del contratto collettivo, in « Riv. dir. lav. » 1957, II, 180-181. In argomento più di recente tra gli altri: L. Montuschi, Criteri per l'interpretazione del contratto collettivo, in Flammia (a cura di), Nuovi contributi per l'interpretazione del contratto collettivo di lavoro, Roma 2000, 53, per l'assunto che quando la clausola è dubbia l'incertezza dipende spesso dalla volontà delle parti collettive, forse per aggirare uno ostacolo non altrimenti superabile; Vidiri, L'interpretazione del contratto collettivo nel settore privato e pubblico, in « Riv. it. dir. lav. » 2003, I, 81 e ss., per l'osservazione che ad una soddisfacente soluzione delle tradizionali problematiche in materia sindacale si potrebbe pervenire attraverso un intervento legislativo (previa modifica dell'art. 39 Cost.) che segni un significativo passaggio dal contratto collettivo fondato sulla rappresentanza (in senso tecnico-giuridico) al contratto collettivo fondato invece sulla rappresentatività estesa alla intera forza lavoro nell'ambito della categoria, comprensiva quindi degli iscritti e non iscritti al sindacato, con l'effetto dell'acquisizione da parte della contrattazione del carattere e della natura di fonte eteronoma con il superamento delle elaborazioni dottrinarie formatesi per mezzo secolo su di un «diritto sindacale transitorio».

(55) Sulle problematiche in esame cfr. il risalente, ma ancora di estrema attualità, saggio di F. Carnelutti, La certezza del diritto, pubblicato nella « Riv. dir. civ. » 1943, XX, 81 e ss. - e che ora può leggersi nel volume su Lopez De Onate, La certezza del diritto cit., 193-206 - il quale afferma che « se v'è un settore del diritto rispetto al quale la certezza assume un valore di primo piano, questo è il diritto penale; così alto valore da avere ispirato quel riconoscimento legislativo del principio *nullum crimen sine lege* » (pagina 195).

(56) Sulle correnti teoriche contro la certezza del diritto cfr. amplius: Lopez De Onate, La certezza del diritto cit., 81-97, per il quale secondo la scuola del diritto libero «al diritto non è attribuito il carattere di valore, che è alla base di ogni orientamento di tipo classico intorno al diritto (anche se di questo presupposto di carattere speculativo non appaia che rarissimamente una chiara consapevolezza), ma, invece, quello di funzione mediante la quale è possibile il raggiungimento di un fine di natura squisitamente politica, nel senso più tecnico e specifico del termine» (pagina 85).

(57) Rimarca Magnani, Il giudice e la legge cit., 777, come sia sufficientemente scontato - tanto da incontrare il consenso

di tutti i contraddittori - che il ricorso alla interpretazione costituzionale orientata non debba avallare un soggettivismo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore. Pericolo questo che può però - è bene evidenziarlo - essere alimentato da correnti di pensiero: che evocano per il giudice la necessità di inervare direttamente la Costituzione, guardando ad essa come ad «una bussola» per un approccio alla interpretazione ed applicazione del diritto del lavoro «a favore della classe lavoratrice»; che evidenziano come nella discussione sul rapporto tra giudici, legge e Costituzione si dovrebbe distinguere soltanto tra giudici più o meno consapevoli «della politicità del loro ruolo», o se si preferisce tra preparati ed impreparati, innovatori e conservatori; e che identificano l'essenza «del ruolo politico e della centralità costituzionale del giudice del lavoro» nell'esprimersi «in una opera di continua tensione dialettica nei confronti del potere politico» (cfr. amplius sul giudice del lavoro e sulla sua attività ermeneutica R. Rivero, *Il volto del giudice del lavoro e la Costituzione*, in « Riv. it. dir. lav. » 2014, I, 157 e ss.).

In contrario rivendica una coscienza laica del giudice, che si esprima in una «neutralità» interpretativa del dato normativo e contestualmente

in un doveroso rispetto del principio costituzionale della «terzietà» e della «imparzialità» nello svolgimento delle sue funzioni: Vidiri, *Nuovo rito sui licenziamenti cit.*, 2014, I, 17 e ss. e spec. 45-48, ed in precedenza sul punto I d., *Giusto processo, accertamento della verità materiale ed «imparzialità» del giudice*, in « Riv. dir. proc. » 2012, 1547; Id., *Creatività del giudice cit.*, 1204 e ss. Guarda pure ad un giudice del lavoro, affezionato come sempre alla propria missione, ma anche «più laico»: R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture del sistema*, in « Riv. it. dir. lav. » 2012, I, 478-479, il quale osserva ancora puntualmente in *Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici di magistratura democratica*, ivi, 726, che la interpretazione adeguatrice (che compete ai giudici) «deve costantemente guardarsi dal rischio di far dire alla Costituzione cioè che è invece frutto di personali e pur legittime opzioni interpretative. E questo, a maggior ragione, in considerazione della oggettiva difficoltà di tracciare tale confine».

(58) Sulla mediazione delle forze governative tra contrapposte organizzazioni sindacali e sugli effetti limitativi delle funzioni del Parlamento a seguito di politiche neo-contrattualistiche cfr. per tutti: A. Cessari, *Pluralismo, neo-corporativismo e neo-contrattualismo*, in « Riv. it. dir. lav. » 1983, I, 186, e sui due accordi triangolari del 31 luglio 1992 e 23 luglio 1993, M. Roccella, *Azione sindacale e politica dei redditi: appunti sull'accordo triangolare del 23 luglio 1993*, in « Riv. giur. lav. » 1993, 263 e ss. In argomento e più in generale cfr.: Vidiri, *Poteri del sindacato ed efficacia della contrattazione collettiva*, in « Giust. civ. » 1995, II, 437-438.

(59) Per l'art. 8 della legge n. 148/2011 i cosiddetti contratti di prossimità, oltre a regolare le materie ad essi delegate espressamente dai contratti collettivi nazionali di lavoro o dalla legge, possono ora, in una ottica di accrescimento della loro operatività, disciplinare le specifiche materie espressamente indicate nel co. 2, anche in deroga alla legge ed ai contratti collettivi nazionali, restando sempre fermo il «rispetto della Costituzione», nonché dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro.

(60) Sulla contrattazione a doppio livello cfr. Vidiri, *L'art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in « Riv. it. dir. lav. » 2013, I, 109 e ss.; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di illegittimità costituzionale*, in « Gior. dir. lav. rel. ind. » 2012, 479 e ss.; D. Garofalo, *Gli accordi territoriali*, in questa rivista 2012, 171 e ss.; R. De Luca Tamajo, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionali dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in « Arg. dir. lav. » 2011, 19 e ss.

(61) La sentenza 12 luglio 1996 n. 244 della Corte costituzionale si legge anche in « Foro it. » 1996, I, 2968, con ampia nota redazionale. Per la valorizzazione della «effettività» dell'azione sindacale come criterio di identificazione della rappresentatività negoziale in precedenza: Corte cost. 4 dicembre 1995, n. 492, ivi 1996, I, 5, con nota di G. Amoroso, *Nuovo intervento della Corte costituzionale sulla nozione di «maggiore rappresentatività» delle associazioni sindacali e possibili riflessi sull'art. 19 dello statuto dei lavoratori*.

(62) Cfr. al riguardo ex plurimis: Cass. 5 agosto 2010, n. 18260; Cass. 27 agosto 2002, n. 12584, in « Riv. dir. lav. » 2003, II, 482, con nota di M. Vincieri, *In merito ai criteri di costituzione delle rappresentanze sindacali aziendali*; Cass. 20 aprile 2002, n. 5765, ivi 426, con nota di G. Boni, *R.s.a. r.s.u. e diritto di assemblea: il difficile coordinamento tra gli artt. 19 e 20 st. lav., il protocollo del 1993 e il referendum del 1995*.

(63) Per una esame sui problemi di difficile approccio relativi alla interpretazione delle clausole generali nel diritto europeo, cfr. per tutti D. Memmo, *Le clausole generali nel diritto privato europeo: su un recente dibattito della dottrina tedesca in prospettiva romanistica*, in « Contratto e impresa » 2008, 50 e ss.

(64) In generale per l'affermazione che nelle relazioni industriali e nella conduzione delle trattative con i sindacati vada rispettato il principio di correttezza e buona fede mentre vada vietato ogni atto discriminatorio, cfr. in giurisprudenza: Cass. 20 agosto 2013, n. 19252 nonché Cass. 9 gennaio 2008, n. 212, in « Riv. it. dir. lav. » 2008, II, 528, con nota di M. D. Ferrara, *Legittimazione attiva ex art. 28 st. lav. e costituzione della r.s.a.: la nozione di «nazionalità» della organizzazione sindacale e la funzione «gestionale» del contratto collettivo*, cui adde, sempre in tema di trattative sindacali, tra le altre: Cass. 14 febbraio 2004, n. 2857, ivi, 2004, II, 731, con nota di A. Pardini, *Sul rifiuto dell'imprenditore di trattare a tavoli separati*, ed in questa rivista 2004, 338, con nota di F. Lunardon, *L'art. 28 dello statuto dei lavoratori e i rapporti intersindacali*; Cass. 30 luglio 1993, n. 8518, in « Riv. it. dir. lav. » 1994, II, 303, con nota di A. Pizzoferrato, *Contenuto e limiti del diritto alla trattativa nel settore pubblico*.

Sempre in giurisprudenza da ultimo vedi: Trib. Brescia 4 febbraio 2014, ivi, 2014, II, 2002, annotata da G. Pacchiana Parravicini, *Hic sunt leones: l'art. 19 st. lav. al banco di prova di un sindacato diverso dalla Fiom*, in « Riv. it. dir. lav. » 2014, 33, 205-212, ed ancora da F. Scarpelli, *La prima giurisprudenza sul «nuovo» art. 19 st. lav.: si conferma l'incertezza del quadro normativo*, in « Riv. it. dir. lav. » 2014, I, 212-218 che, a dimostrazione della incompletezza della disciplina sulle relazioni sindacali, rimarca come il c.d. Testo unico sulla Rappresentanza nel settore industriale del 10 gennaio 2014 - che contiene una disposizione di attuazione della sentenza n. 231 del 2013 della Corte costituzionale - abbia una rilevanza ad oggi ristretta all'ambito delle imprese industriali rappresentate dalla Confindustria, per cui è evidente che fuori dall'ambito di operatività dell'accordo interconfederale continueranno a porsi i problemi di sempre. Dimostra con indiscutibile chiarezza come il criterio selettivo prodotto dalla modifica additiva del luglio 2013 non sia in grado di dare una soluzione appagante al problema della rappresentanza in azienda - potendo essere declinato in sede interpretativa in vario modo e creando così incertezze ulteriori in materia di relazione industriali - proprio il già citato decreto del Tribunale di Brescia che, come è stato correttamente osservato (così Pacchiana Parravicini, op. cit., 206), fa dire alla Corte costituzionale che la partecipazione alla trattativa non è di per sé sufficiente alla nomina della r.s.a., dovendo essere integrata dal requisito della maggiore rappresentatività del sindacato seduto al tavolo.

(65) Per un più ampio richiamo al pensiero di A. Trabucchi, cfr. V. Scalisi, *Fonti-Teoria-Metodo. Alla ricerca della «regola giuridica» nell'epoca della postmodernità*, Milano 2012, 435 e ss.

(66) In tali termini Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari 2001, 12, che aggiunge testualmente che si determina così una sorta di scissione all'interno della società e dello stesso individuo perché «politica e diritto non lasciano la fissa e stabile casa» mentre «l'economia prende casa ovunque si offrano mercato e guadagno».

(67) Sul rapporto tra le alte Corti di Giustizia Europee vedi le due sintetiche e chiare Prefazioni alle due successive edizioni al libro *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano 2011 e 2013, a cura di R. Foglia e di R. Cosio, che accostano detto rapporto ai Tribunali di Babele.

(68) Ricorda G. Alpa, *La certezza del diritto nella età della incertezza*, in «Lezioni magistrali», collana già citata, Napoli 2006, 56-57, che la Carta europea dei diritti dell'uomo usa in due occasioni il valore della certezza: a proposito della libertà, coniugandola con la sicurezza (art. 5), e a proposito del processo giusto (art. 6); e rammenta altresì che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha ampliato l'applicazione del principio, creando in via interpretativa: 1. un «ordine pubblico» di confini europei; 2. una base costituzionale ai diritti fondamentali; 3. la legittimazione alla creazione pretoria di regole giuridiche.