



## Dignità del lavoro, clausole generali e discrezionalità del giudice

DI MARIO CERBONE\*

**Abstract** - *Starting from the jurisprudence, the paper focuses the issue of dignity of employees. It states the power of the judge is an important factor in the employment relationship framework. It analyses the general clauses and criticises a legislative process that does not consider such a judge's role. On the contrary, in the perspective of the author, just a judicial process drives toward a protection of employees' dignity.*

**Riassunto** - *Il saggio si propone di indagare il tema della dignità del lavoro a partire dall'approccio giurisprudenziale, nella convinzione che la discrezionalità valutativa del giudice costituisca un fattore non eliminabile di composizione sistematica del quadro regolativo. Rifuggendo, in senso critico, dai processi di tipizzazione legislativa sempre più incalzanti negli ultimi anni, riguardanti istituti cruciali nello svolgimento del rapporto di lavoro subordinato, come il licenziamento, l'autore riprende la ampia e articolata elaborazione in tema di clausole generali per ricavarne rimedi interpretativi utili al fine di assicurare la concretizzazione della dignità nei rapporti di lavoro.*

**Keywords** *human dignity of employees; role of a judge; general clauses*

**Parole chiave** *dignità dei lavoratori; ruolo del giudice; clausole generali*

**Sommario:** *1. Qualche indicazione di metodo sull'utilità dell'approccio giurisprudenziale. – 2. Processi di tipizzazione legislativa e ruolo del giudice. – 3. Il potere del giudice di concretizzare le fattispecie aperte e indeterminate: il ricorso alle clausole generali. – 4. Segue: ... per la tutela della sicurezza dei lavoratori. – 5. Segue: ... per la tutela antidiscriminatoria. – 6. Clausole generali e controllo in sede giurisdizionale della decisione del giudice. – 7. Segue: il sindacato della Corte di Cassazione ex art. 360 c.p.c. – 8. La dignità del lavoro quale valore da assicurare nella logica processuale delle tecniche di tutela giurisdizionale.*

### 1. QUALCHE INDICAZIONE DI METODO SULL'UTILITÀ DELL'APPROCCIO GIURISPRUDENZIALE

Il presente contributo intende affrontare il tema della dignità del lavoro a partire dalla giurisprudenza: segnatamente, dal ruolo del giudice e dalla discrezionalità valutativa che questi è in grado di sviluppare quando è chiamato a definire questioni interpretative che invol-

---

\* Ricercatore di Diritto del lavoro dell'Università degli Studi del Sannio.

gono diritti fondamentali della persona che lavora. L'approccio giurisprudenziale consente di definire il non facile inquadramento concettuale della dignità nei rapporti di lavoro, le ricadute concrete di essa sullo svolgimento del rapporto, i punti aperti del relativo sistema di tutela e, al tempo stesso, svolge una ineliminabile funzione di composizione sistematica e di razionalizzazione del quadro regolativo. Del resto, negli ultimi mesi, la normativa emergenziale scaturita dalla pandemia da *Covid-19* ha notevolmente rinfocolato il dibattito, più in generale, sulla dignità umana quale principio generatore e di intelligibilità di tutti i diritti fondamentali, e quindi anche di quelli dei lavoratori, mettendo in risalto i rischi di affievolimento per le garanzie di tutela innanzi alla strategia di prevenzione intrapresa dal Governo con i recenti provvedimenti normativi<sup>1</sup>. Anche in questa inedita prospettiva, il tema della dignità del lavoro merita pertanto di essere attentamente indagato.

Se, da un lato, la dottrina è attenta a rimarcare la pluralità di significati che la dignità di volta in volta assume, univoca mi sembra, dall'altro lato, la necessità di fondare l'analisi imprescindibilmente su una valutazione che scaturisca dalle sentenze dei giudici<sup>2</sup>. Ciò nella consapevolezza che non è comunque agevole trovare una collocazione istituzionale stabile all'interno del nostro ordinamento per il *valore* della dignità umana e ancor di più lo è rispetto ai rapporti di lavoro. Dottrina e giurisprudenza sottolineano infatti come essa sia caratterizzata da una perenne eccedenza assiologica rispetto alle nor-

<sup>1</sup> Si fa riferimento ai decreti-legge e ai D.P.C.M. emanati nella fase del c.d. *lockdown*: per un'attenta ricostruzione delle norme nell'intreccio con i diritti fondamentali, v. A. BELLAVISTA, *Normativa emergenziale e diritti fondamentali*, in O. BONARDI, U. CARABELLI, M. D'ONGHIA, L. ZOPPOLI (a cura di), *Covid-19 e diritti dei lavoratori*, Ediesse, Roma, 2020, 37 ss. Al riguardo, tra i costituzionalisti, molto critica la posizione di V. BALDINI, *Dignità umana e normativa emergenziale: (in)osservanza di un paradigma formale o (colpevole...) elusione di un parametro (anche) sostanziale? Aspetti problematici di un difficile equilibrio*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), 2020, 165 ss.

<sup>2</sup> L'articolata analisi di M.L. VALLAURI, *L'argomento della "dignità umana" nella giurisprudenza in materia di danno alla persona del lavoratore*, in *Giorn. dir. lav. rel. Ind.*, 2010, 659, prende le mosse dalla giurisprudenza di merito e di legittimità in tema di danno non patrimoniale sofferto dal lavoratore.

me giuridiche che vi danno attuazione e tale eccedenza ne determina una condizione di permanente “mobilità” sul piano argomentativo<sup>3</sup>.

## 2. PROCESSI DI TIPIZZAZIONE LEGISLATIVA E RUOLO DEL GIUDICE

Il quesito di fondo sull’interazione del giudice rispetto alla categoria della dignità del lavoro si presenta estremamente complicato anche perché, negli ultimi anni, l’interprete si è trovato ad assistere ad un peculiare processo legislativo che potremmo definire di «tipizzazione incalzante»: un processo che muove in direzione diametralmente opposta al riconoscimento della centralità del giudice nella regolazione delle questioni del lavoro. Si è sviluppato, con radicata convinzione, un approccio del legislatore proteso a proporre enunciati normativi sempre più di dettaglio, nella direzione di comprimere lo spazio discrezionale attribuito per natura al giudice. In alcuni casi, ciò è avvenuto in maniera quasi deliberata, come se azzerare (o anche soltanto attenuare) l’elemento discrezionale del giudice costituisse una espressa finalità, idonea a ridurre l’incertezza del diritto, per i datori di lavoro come per i prestatori di lavoro.

La risposta legislativa su vari istituti del rapporto di lavoro subordinato, in particolare sul licenziamento, muove in questa descritta direzione di acclarata compressione della discrezionalità valutativa del giudice.

Si rinvengono almeno tre aree che, logicamente accomunate, esprimono adeguatamente siffatta tendenza legislativa.

La prima è quella segnata dalle previsioni del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, nella parte in cui predefinisce il criterio di determinazione dell’ammontare dell’indennità in caso di licenziamento illegittimo. Non è un caso che la Corte costituzionale, con la nota pronuncia 8 novembre 2018, n. 194, abbia ben presto messo a nudo le contro-

---

<sup>3</sup> Secondo A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, 1991, 347 «la dignità dell’uomo è il *con-fine* delle libertà costituzionalmente protette, proprio perché – a ben vedere – essa costituisce l’unico vero *fine* che esse possono e devono perseguire».

indicazioni di siffatte direzioni regolative, recuperando, in via sistematica e con tutte le implicazioni interpretative che ne derivano, spazio al momento giudiziale<sup>4</sup>.

Nella stessa logica si è mossa la previsione normativa di cui all'art. 3, comma 2, dello stesso d.lgs. n. 23/2015, dove il legislatore arriva ad escludere ogni valutazione giudiziale circa la sproporzione del licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo soggettivo «nelle ipotesi di licenziamento ... in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore». Si tratta di uno snodo della disciplina dei licenziamenti davvero complicato che è ancora una volta l'elaborazione giurisprudenziale ad incaricarsi di sistemare, nel corso del tempo e con non poche difficoltà, su piani concettuali meno distanti dal riconoscimento della discrezionalità giudiziale.

La terza area, attinente al lavoro pubblico «privatizzato», esprime anch'essa una spiccata tendenza del legislatore – che va avanti da almeno dieci anni a questa parte (a partire dall'emanazione del d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150) – a intervenire comprimendo lo spazio di decisione del giudice. Si pensi alla rivisitazione della parte disciplinare del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, operata prima dal d.lgs. n. 150/2009 e poi da ultimo dal d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75<sup>5</sup>, ed in

---

<sup>4</sup> La pronuncia della Corte costituzionale offre tanti profili di interesse per la dottrina e, conseguentemente, il dibattito è molto ampio e articolato. Ai nostri fini, cfr., in particolare, i contributi di A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *Dir. lav. merc.*, 2019, 219 ss.; C. CESTER, *Il Jobs Act sotto la scure della Corte costituzionale: tutto da rifare?*, in *Lav. giur.*, 2019, 163 ss.; M. MAGNANI, *Il "Jobs Act" e la Corte costituzionale. Riflessioni su Corte cost. n. 194/2018*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, 1 ss.; L. MARIUCCI, *Tra prudenza e coraggio: i licenziamenti dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, 235 ss.; M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, 285 ss.; G. PROIA, *Le tutele contro i licenziamenti dopo la pronuncia della Corte costituzionale*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, 197 ss.; G. ZILIO GRANDI, *Prime riflessioni a caldo sulla sentenza della Corte costituzionale n. 194/2018*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2018, 1 ss.

<sup>5</sup> L'apparato sanzionatorio è stato ritoccato diverse volte nel corso degli ultimi anni: il riferimento è, in particolare, alle modifiche introdotte dal d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 (e dal d.lgs. 20 luglio 2017, n. 118), in materia di licenziamento disciplinare, e dal d.lgs. 25 maggio 2017,

particolare alle previsioni normative in tema di licenziamento disciplinare. La disposizione di cui all'art. 55-*quater*, ad esempio, più volte rimaneggiata, riguardante le ipotesi della «falsa attestazione della presenza in servizio» del dipendente pubblico, per le quali la legge stabilisce l'applicazione «comunque» del licenziamento disciplinare, esprime in maniera paradigmatica le tensioni scaturenti da previsioni normative così rigide rispetto ai principi-cardine dell'elaborazione giurisprudenziale sulla proporzionalità della sanzione disciplinare e sull'adempimento degli oneri probatori in ordine agli elementi soggettivi delle condotte censurate<sup>6</sup>.

### 3. IL POTERE DEL GIUDICE DI CONCRETIZZARE LE FATTISPECIE APERTE E INDETERMINATE: IL RICORSO ALLE CLAUSOLE GENERALI

In questo scenario legislativo, il rapporto trilaterale tra legge/giurisprudenza/categoria concettuale della dignità del lavoro e dei lavoratori rischia effettivamente di subire pericolose oscillazioni.

Per tentare di entrare in questa delicata combinazione interpretativa, può essere utile richiamare gli studi sulla categoria delle clausole generali, che impegnano in maniera trasversale il diritto del lavoro e il diritto civile. La dottrina giuslavoristica ha dedicato molti contributi al tema delle clausole generali e alla rilevanza della dignità del lavo-

---

n. 75, con il capo VII dedicato alla “responsabilità disciplinare”. Il d.lgs. n. 75/2017 introduce *ex novo* le fattispecie di licenziamento disciplinare di cui alle lettere *f-bis*, *f-ter*, *f-quater*, *f-quinquies*) dell'art. 55-*quater*, d.lgs. n. 165/2001. Per il resto, vengono mantenute le ulteriori ipotesi già contemplate dalla originaria formulazione della norma (risalente al d.lgs. n. 150/2009) oltre ad altri casi introdotti dalla novella del 2016 (il d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116 ha introdotto il comma 1-*bis* dell'art. 55-*quater*, in tema di “falsa attestazione della presenza in servizio”, dando attuazione all'art. 17, comma 1, lett. s della legge delega n. 124/2015) e del 2017: il decreto n. 116 è stato ulteriormente aggiornato mediante il d.lgs. 20 luglio 2017, n. 118, emanato al fine di adeguarsi ai rilievi mossi dalla sentenza della Corte costituzionale n. 251/2016.

<sup>6</sup> Sul tema, sia consentito il rinvio a M. CERBONE, *Le nuove regole in materia di licenziamento del dipendente pubblico: fattispecie e tutele*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2020, 145 ss. V. altresì S. MAINARDI, *Il licenziamento disciplinare per falsa attestazione di presenza in servizio*, in *Giorn. dir. amm.*, 2016, 587 ss.

ro e dei lavoratori<sup>7</sup>, non trascurando di assumere anche posizioni critiche<sup>8</sup>.

L'elaborazione sulle clausole generali offre alcuni rimedi interpretativi che possono essere presi in considerazione ai fini della nostra specifica riflessione. Nel fare ciò, mi pare necessario accogliere – restando anche in questo caso le indicazioni della dottrina – un'accezione ampia, e non restrittiva, di «clausola generale». Intenderei riferirmi a «formulazioni elastiche»<sup>9</sup>, quale schema generale che contiene al suo interno aspetti fondamentali dei diritti della persona del lavoratore. Accogliere un'accezione ampia di clausola generale significa dunque rifarsi ad una formulazione normativa che ha necessariamente bisogno della cooperazione e dell'intervento del giudice e della sua integrazione valutativa per completarsi<sup>10</sup>. Anche perché la norma da applicare non è quasi mai integralmente determinata dalla legge e quindi, per la parte carente, le decisioni del giudice contengono elementi creativi che dipendono dalla sua scelta, cioè dalla sua volontà discrezionale<sup>11</sup>. Ogni disposizione normativa presenta infatti un contenuto precettivo compreso in un intervallo di interpretazioni plausi-

<sup>7</sup> Cfr. le relazioni di G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*; P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, tutte in A.A. V.V., *Clausole generali e rapporti di lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Università La Sapienza di Roma, 29-30 maggio 2014, Giuffrè, Milano, 2015, rispettivamente, 5, 63 e 203; quanto al profilo della dignità del lavoro, cfr. le relazioni di G. DE SIMONE, *La dignità del lavoro tra legge e contratto* e M. TIRABOSCHI, *Mercati, Regole, Valori*, entrambe in A.A.V.V., *Persona e lavoro tra tutele e mercato*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro Aidlass, Università degli Studi di Udine, 13-14 giugno 2019, Giuffrè, Milano, in corso di pubblicazione.

<sup>8</sup> V. la ricostruzione del dibattito offerta da G. FRANZA, *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2019, 152 ss.

<sup>9</sup> Così S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 712. Tra i giuslavoristi, G. FRANZA, *Il valore del precedente e la tutela dell'affidamento nel diritto del lavoro*, cit., 152, ragionando nella logica del precedente giurisprudenziale, distingue le clausole generali in senso stretto dalle norme c.d. generali o aperte o a contenuto o precetto generico.

<sup>10</sup> In questi termini, R. DEL PUNTA, *Il giudice e i problemi dell'interpretazione: una prospettiva giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 373 ss.

<sup>11</sup> G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, 167.

bili e quindi ha una maggiore o minore potenzialità di esprimere una norma differenziata nel contenuto proprio *secondo l'opzione interpretativa del giudice*<sup>12</sup>.

Pertanto, se, da un lato, la tipizzazione incalzante innanzi prospettata fa pensare a scenari interpretativi problematici (sui quali in prosieguo ci intratterremo quanto ai rimedi), vanno, di converso, ribadite talune tendenze ascrivibili al campo delle tecniche regolative del diritto del lavoro, che coesistono tuttora con i richiamati tentativi di adozione di tecniche rigide e decontestualizzate di intervento normativo. E l'applicazione concreta dello schema della clausola elastica è facilmente "leggibile" nell'esperienza applicativa del diritto del lavoro.

A tal riguardo, è sufficiente soffermarsi rapidamente su due aree "sensibili" della tutela lavoristica: la sicurezza del lavoro, soprattutto per gli aspetti attinenti alla tutela della personalità morale del lavoratore, e la tutela antidiscriminatoria.

#### 4. SEGUE: ... PER LA TUTELA DELLA SICUREZZA DEI LAVORATORI

Quanto alla prospettiva della sicurezza del lavoro, la centralità del giudice discende (potrebbe dirsi) storicamente dalla fondamentale elaborazione giurisprudenziale che, facendo leva sull'art. 2087 c.c., ha edificato il sistema di protezione e sicurezza negli ambienti di lavoro intorno al principio della massima sicurezza tecnologica. In forza di tale principio, alcuna esimente o attenuante né di ordine organizzativo né di ordine economico è ammissibile per restringere i confini dell'obbligo di sicurezza e sottrarsi agli adempimenti di prevenzione conseguenti alle evoluzioni organizzative e tecnologiche riguardanti i rischi correlati al lavoro. Si tratta di un principio che esprime adeguatamente il rapporto che si viene ad instaurare tra il giudice e la "norma generale", quale è da considerarsi a tutti gli effetti l'art. 2087 c.c., che è in grado di esplicitare una funzione di ade-

---

<sup>12</sup> Così Cass., sez. lav., 12 agosto 2009, n. 18247.

guamento permanente dell'ordinamento rispetto alla sottostante realtà socio-economica<sup>13</sup>.

Ma la funzione del giudice è accentuata anche quando si tratta di valutare se, e in quale misura, sia consentito ricondurre all'interno della tutela assicurativa per le malattie professionali le ipotesi di *disturbi di natura psichica* occorsi al lavoratore, a condizione che questi siano causati da specifiche e particolari condizioni dell'attività e dell'organizzazione del lavoro. Qui ci si muove in un ambito di difficile delimitazione, anche per le sollecitazioni provenienti dal fenomeno del *mobbing* nei rapporti di lavoro, fenomeno normativamente ancora bisognoso di supporto, ma dal punto di vista giurisprudenziale molto vivo<sup>14</sup>.

Proprio la incerta collocazione dei rischi derivanti dal *mobbing* ha consentito di sviluppare un ragionamento, più ampio, sulla elasticità della nozione di "rischio professionale", a partire dalla ormai nota vicenda interpretativa, risolta da un'importante sentenza del Consiglio di Stato (risalente al 17 marzo 2009, n. 1576), concernente la Circolare Inail del 17 dicembre 2003, n. 71, su «Disturbi psichici da costrittività organizzativa sul lavoro. Rischio tutelato e diagnosi di malattia professionale. Modalità di trattazione delle pratiche».

Il richiamo a quella vicenda interpretativa può essere utile per la nostra analisi.

L'Inail aveva determinato un allargamento del concetto di «rischio tecnopatologico assicurativamente rilevante», ricomprendendovi non soltanto quello collegato alla nocività delle lavorazioni, tabellate e non, ma anche quello «riconducibile a particolari condizioni dell'attività e

---

<sup>13</sup> Cfr. G. NATULLO, *Il quadro normativo dal Codice civile al Codice della sicurezza sul lavoro. Dalla Massima sicurezza possibile alla Massima sicurezza effettivamente applicata?* e P. ALBI, *Sicurezza sul lavoro e sistema civile (art. 2087 c.c.)*, che distingue tra "norma generale" e "clausola generale", criticando la riconducibilità dell'art. 2087 c.c. nell'alveo delle clausole generali: entrambi i contributi in G. NATULLO (a cura di), *Sicurezza sul lavoro*, in *Nuova giurisprudenza di diritto civile e commerciale*, Collana fondata da W. Bigiavi, Wolters Kluwer Italia-Utet, Milano, 2015, rispettivamente, 3 e 145.

<sup>14</sup> Per l'inquadramento giuridico del *mobbing*, sia consentito il rinvio a M. CERBONE, *Mobbing* (Voce), in *Enc. dir.*, Annali VIII, 2015, 617 ss.



dell'organizzazione aziendale»<sup>15</sup>. Tale lettura interpretativa non è stata tuttavia accolta dalla richiamata giurisprudenza amministrativa, a motivo del fatto che il superamento del “sistema tabellare”, a favore di un “sistema misto”, non mette in discussione il principio del “rischio professionale”, identificato in relazione allo svolgimento dell'attività lavorativa. La tutela assicurativa continua a riferirsi sempre e soltanto a quelle malattie contratte *nell'esercizio delle lavorazioni*, specificate nelle tabelle o diverse da quelle comprese nelle tabelle, ma sempre che si tratti di malattie delle quali sia comunque dimostrata la causa di lavoro. In conseguenza, è possibile riconoscere la tutela in casi di disturbi psichici soltanto se questi ultimi risultino legati alle caratteristiche della lavorazione, non certo se derivino dal comportamento del datore di lavoro<sup>16</sup>, che assuma, per esempio, condotte vessatorie e/o persecutorie nei confronti del lavoratore (come avviene nel caso del *mobbing*). Se si accreditasse tale lettura (che si potrebbe definire) estensiva, ne risulterebbe stravolto lo stesso concetto di “rapporto assicurativo” in ambito lavorativo, a motivo principalmente della presenza dell'elemento psicologico-volontaristico, che farebbe venire meno l'elemento aleatorio collegato al rischio. Alla stregua di siffatti orientamenti, il criterio determinativo del rischio rimane pur sempre legato alla «enucleabilità di un segmento del ciclo produttivo e non anche ad una fase dell'iniziativa imprenditoriale, che costituisce il presupposto immanente e generale dell'intera attività produttiva, qual è l'organizzazione del lavoro»<sup>17</sup>. Quest'ultima resta dunque disomogenea dal punto di vista concettuale rispetto all'attuale criterio legale di determinazione del rischio e, pertanto, al di fuori della possibilità di integrazione analogica. In definitiva, soltanto il legislatore ha facoltà di ampliare l'ambito del ri-

---

<sup>15</sup> Nell'allegato 1, paragrafo 3, della predetta Circolare, si riportano le più frequenti situazioni di “costrittività organizzativa”, intesa quale insieme delle condizioni di rischio che si creano “per incongruenze del processo organizzativo”.

<sup>16</sup> P. LAMBERTUCCI, *Sicurezza sul lavoro e rischi psico-sociali: profili giuridici*, in *Dir. lav. merc.*, 2010, 364 ss.

<sup>17</sup> Così Cons. St. 17 marzo 2009, n. 1576.

schio assicurato e considerare malattie professionali patologie collegate, in via generale, all'organizzazione aziendale del lavoro.

La questione in realtà è tuttora aperta, soprattutto se si valorizza una distinzione funzionale, che si rintraccia nel quadro normativo vigente, molto rilevante ai fini dell'indagine sul rischio professionale: la distinzione tra il piano dell'accertamento giudiziario, in caso di controversia tra l'assicurato e l'Istituto preposto, e il piano dell'accertamento amministrativo, demandato all'Inail in caso di denuncia della malattia professionale<sup>18</sup>. La distinzione tra i due piani infatti potrebbe disvelare interessanti scenari dell'assestamento tra giudice, autorità amministrativa e quadro delle norme.

Come opportunamente precisato in dottrina, occorre assumere una posizione più articolata. Nella fase dell'accertamento amministrativo, l'Inail riveste un ruolo istituzionale che è ben diverso da quello di mera "controparte" del lavoratore-denunciante, posizione che assume invece nel processo. In forza del precetto costituzionale di cui all'art. 38 Cost., l'Istituto è cioè tenuto ad adempiere a irrinunciabili oneri di collaborazione ai fini probatori. Ciò significa che, innanzi ad una denuncia del lavoratore riguardante disturbi psichici da «costrittività organizzativa sul lavoro», l'Istituto non potrà che dare corso alla sua attività di supporto istruttorio al lavoratore medesimo, sotto il profilo medico ed ispettivo, così come avviene per qualsiasi altra malattia non tabellata<sup>19</sup>. In sede processuale, invece, l'Istituto riacquisterà il suo ruolo di "controparte", in contrapposizione al lavoratore ricorrente.

Ora, è evidente che questo singolare sdoppiamento delle funzioni dell'Inail, scaturente dalla mancata definizione in via legislativa dell'ambito del "rischio assicurativo" rispetto ai "nuovi rischi", per quanto interessante sul piano sistematico non può che determinare

<sup>18</sup> S. GIUBBONI, *L'Inail e il mobbing*, in *Riv. dir. secur. soc.*, 2005, 570.

<sup>19</sup> Come precisato sempre da S. GIUBBONI, *L'Inail e il mobbing*, cit., 571, l'apporto dell'Inail consisterà nella raccolta di tutti gli elementi integrativi utili all'istruzione della pratica, sotto il profilo medico ed ispettivo. È evidente che l'Istituto non debba (e non possa) comunque sostituirsi al lavoratore denunciante, al quale spetta di fornire adeguati elementi di sostegno probatorio dei fatti su cui fonda la propria domanda di prestazione previdenziale.

inevitabilmente un corto-circuito, dovendo l'Inail, nella veste procesuale di soggetto resistente, muovere per forza di cose nella direzione di valorizzare elementi istruttori di segno contrario rispetto a quelli fondati sulla origine "lavorativa" della malattia denunciata.

Questa ricostruzione, tuttavia, benché implichi il discutibile sdoppiamento di cui sopra, serve a mettere in discussione l'impostazione logico-giuridica della giurisprudenza amministrativa, refrattaria ad un'interpretazione "evolutiva" delle norme di riferimento. Serve comunque ad offrire un'altra prospettiva dell'intervento giudiziale in generale, magari valorizzabile in una prospettiva *de iure condendo*, che presupporrebbe però un più adeguato raccordo tra giudice e attività dell'autorità amministrativa come innanzi rappresentata.

La scelta di includere o meno le patologie sofferte dal lavoratore nell'alveo della tutela assicurativa non potrà che dipendere dagli esiti della predetta integrazione dei due piani dell'accertamento. In tal guisa, la sistemazione interpretativa risponderebbe più efficacemente alla logica di fondo dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, nell'ottica costituzionale di assicurare «sollievo ai lavoratori da situazioni qualificate di bisogno sociale»<sup>20</sup>, come previsto dall'art. 38 Cost.

##### 5. SEGUE: ... PER LA TUTELA ANTIDISCRIMINATORIA

Quanto alla tutela antidiscriminatoria, l'apporto del giudice è ancor più decisivo. In questo caso, la centralità del giudice si coglie a partire dalla prima fase del processo, quella deputata alla comparizione delle parti e al tentativo di conciliazione della lite insorta.

La sequenza logico-giuridica dei passaggi che vengono contemplati nella udienza di cui all'art. 420 c.p.c. esalta l'apporto del magistrato, ben oltre la finalità di deflazione del contenzioso.

L'intervento del giudice è proiettato alla valutazione della condotta delle parti in causa e a tale valutazione il legislatore conferisce molta

---

<sup>20</sup> Così ancora S. GIUBBONI, *L'Inail e il mobbing*, cit., 570; su posizioni diverse, P. LAMBERTUCCI, *Sicurezza sul lavoro*, cit., 367.

importanza non solo ai fini del regime delle spese processuali ma anche e soprattutto quale argomento di prova “ai fini del giudizio”.

Il giudice esercita una funzione “creativa” del diritto anche nella fase in cui tenta e promuove la conciliazione. In una prima lettura del testo normativo dell’art. 420 c.p.c. (come noto, novellato nel 2010 e successivamente nel 2013), le potenzialità del tentativo giudiziale sono state ampiamente sottovalutate. Il rilievo di tale peculiare attività del giudice, a ben vedere, non è da leggere soltanto nella prospettiva meramente deflattiva del contenzioso innanzi richiamata, ma ha una valenza più ampia, connaturata alle caratteristiche del processo del lavoro e che incrocia la specificità dell’accertamento della discriminazione nel lavoro.

La discriminazione contiene strutturalmente una porzione intangibile, di natura emotiva e soggettiva, che rileva ai fini della valutazione giudiziale e/o comunque non è impermeabile rispetto alla valutazione strettamente tecnico-giuridica operata dal magistrato attenendosi alla impostazione oggettiva della discriminazione. Il magistrato è chiamato, proprio nella fase in cui tenta di conciliare la lite, a connettere queste due dimensioni, quella oggettiva e quella soggettiva.

Il fatto che si sia consolidata una teoria oggettiva dell’atto discriminatorio non implica affatto un azzeramento degli aspetti soggettivi delle condotte assunte, tanto del datore di lavoro quanto del lavoratore. Il processo di oggettivizzazione della discriminazione non elide la componente soggettiva della medesima ma più semplicemente la sposta dal lato della argomentazione del giudice rafforzandone ancor di più la posizione. Quest’ultimo elemento rifluisce nel percorso logico-argomentativo del giudice, che si fonderà, a questo punto, anche sugli elementi che le parti avranno offerto con il proprio comportamento processuale in sede di interrogatorio libero e nella correlata fase del tentativo di conciliazione. Ma l’apporto del giudice è visibile anche su altro versante, strettamente legato alla concreta possibilità che il suo intervento circoscriva la sfera da sottrarre alla negoziabilità/disponibilità delle parti andando a svolgere *una funzione di distillazione assiologica dei diritti fondamentali del lavoratore*, vittima

della discriminazione, assolutamente necessitata, irrinunciabile, capace di isolare il nucleo intangibile e indisponibile dei diritti della persona da quelle propagazioni invece sottoponibili a transazione<sup>21</sup>. Sotto questo aspetto, la protezione dei diritti fondamentali del lavoratore assurge a vincolo positivo della giustificazione della decisione giurisdizionale, estendendosi «al profilo valoriale della decisione»<sup>22</sup>.

In questo specifico caso, la centralità del giudice viene a definirsi dall'intersezione che l'ordinamento determina fra il carattere indeterminato e aperto della nozione di discriminazione e la affermazione della tecnica di intervento rigida e decontestualizzata, refrattaria ad ogni valutazione esterna, quale quella della nullità degli atti censurati. Ed infatti, a conferma dell'incrocio fra tecniche, valga il regime giuridico previsto per le ipotesi di licenziamento discriminatorio, saldamente radicato sul rimedio "reintegratorio".

La delimitazione nozionale di cui all'art. 25 d.lgs. n. 198/2006 (per le discriminazioni di genere) affida al giudice la scelta dell'opzione più coerente con la determinazione dell'effetto pregiudizievole e non c'è dubbio che, in questa delicata operazione giudiziale, il prudente apprezzamento del magistrato debba fondarsi anche sugli aspetti soggettivi come delineati nella fase processuale: in questo consiste il perimetro del «decidibile» da parte del giudice, che implica che la sua attività debba essere considerata non puramente conoscitiva ma decisionale in senso stretto<sup>23</sup>. Tale funzione *maieutica* dell'intervento del giudice che tenta la conciliazione – che nasce in una logica relazionale con le parti del processo – assurge ad evidenza quando il magistrato è in grado di formulare la «proposta transattiva o conciliativa alle parti», una proposta vale a dire che, proprio perché nasce in una

<sup>21</sup> Mi sembra utile richiamare quanto già proposto in M. CERBONE, *Le discriminazioni di genere nei rapporti di lavoro: tecniche processuali di tutela e contenuto intangibile dei diritti*, in [www.dirittifondamentali.it](http://www.dirittifondamentali.it), in corso di pubblicazione, dove riprendevo lo schema argomentativo proposto da F. CASUCCI, *Il sistema giuridico «proporzionale» nel diritto privato comunitario*, Esi, Napoli, 2001, 478.

<sup>22</sup> Così L. NOGLER, *Agorà. L'interpretazione giudiziale del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 114 ss.

<sup>23</sup> S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, cit., 65.

logica relazionale con le parti del processo, raccoglie e incorpora gli elementi provenienti dalle medesime. Qui il processo introspettivo e relazionale viene a definirsi nella compiutezza della proposta giudiziale che incrocia direttamente il contenuto intangibile essenziale dei diritti dei lavoratori colpiti dal comportamento discriminatorio. L'ordinamento chiama il magistrato ad effettuare il bilanciamento dei contrapposti interessi affidandogli quella normale discrezionalità in base al contesto, ma allo stesso tempo questa attività conduce il magistrato ad esternare alle parti l'area indisponibile alla negoziazione, in quanto essenziale alla tutela di un diritto fondamentale. In tal guisa, l'attività giurisprudenziale rivela la sua correlazione funzionale all'affermazione della decisione quale risposta al bisogno della persona.

L'intervento del giudice nella veste di "conciliatore", del resto, gioca una fase anche attiva e propositiva rispetto alle soluzioni delle controversie, nel momento in cui il magistrato concorra ad ipotesi transattive, che vadano a collocarsi al di fuori del perimetro dello scambio contrattuale, fondandosi (oltre che sull'autorevolezza del giudice) sulla intrinseca componente attiva e positiva che l'ordinamento antidiscriminatorio ad esso affida<sup>24</sup>.

Questa varietà di approcci del giudice conferma la assoluta fallacia di operazioni legislative che ne riducano forzosamente l'ambito di operatività. Al contrario, la valorizzazione dell'intervento giudiziale non può che favorire l'instaurarsi di una tutela effettiva<sup>25</sup>.

## 6. CLAUSOLE GENERALI E CONTROLLO IN SEDE GIURISDIZIONALE DELLA DECISIONE DEL GIUDICE

In questa prospettiva, è possibile utilizzare quello che è il rimedio specifico che viene fuori proprio dall'elaborazione dottrinale sulle

<sup>24</sup> A.M. SOCCI, *L'arbitrato e la conciliazione nel lavoro pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 2011, 7-8.

<sup>25</sup> Sulla "specialità" e sulla "effettività" delle tecniche di tutela nel diritto del lavoro, v. R. SANTUCCI, *Quel che resta della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro: un colpo mortale all'effettività del diritto leso*, in *Dir. merc. lav.*, 2016, 219 ss.

clausole generali, e cioè la possibilità del controllo in sede di impugnazione giurisdizionale della scelta effettuata dal giudice che applica la clausola generale. Sicché si potrebbero sterilizzare gli effetti negativi che preoccupano il legislatore di oggi, nei termini innanzi accennati di variabilità delle decisioni giurisprudenziali, andando così a fissare il principio della controllabilità della «scelta di valore» effettuata dal giudice di merito nel momento in cui fa applicazione della norma che contiene una clausola generale. L'opinione prevalente in dottrina – benché il dibattito sia molto articolato anche tra gli studiosi del diritto processuale civile – attribuisce al giudice di legittimità, cioè alla Suprema Corte di Cassazione, il potere di effettuare, in forza del principio di *nomofilachia*, un controllo *diretto* e *pieno* sulle scelte di valore effettuate dai giudici di merito nel fare applicazione di norme che contengano clausole generali e quindi anche del giudizio in senso lato sussuntivo del «fatto» nella «norma»<sup>26</sup>. La disposizione normativa interpretata esprime inizialmente una norma plausibile, ma è l'estrinsecarsi della funzione di *nomofilachia* devoluta alla Corte di Cassazione che «fa sì che il contenuto di quella norma si precisa progressivamente mediante puntualizzazioni, a carattere generale ed astratto, che fa la giurisprudenza fino alla formazione di quello che viene definito come diritto vivente»<sup>27</sup>.

#### 7. SEGUE: IL SINDACATO DELLA CORTE DI CASSAZIONE EX ART. 360 C.P.C.

Sempre attingendo dall'elaborazione dottrinale può allora ritenersi che il sindacato della Cassazione possa esercitarsi ai sensi e per gli effetti dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3<sup>28</sup>: facendo uso della clausola generale «si pongono nella premessa maggiore del sillogismo (giudiziale) i parametri e il risultato dell'analisi sui parametri (di giudizio).

<sup>26</sup> Sulla funzione di *nomofilachia* v. G. IANNIRUBERTO, *Nomofilachia della Cassazione e autonomia collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 511 ss. V. altresì V. NUZZO, *La norma oltre la legge*, Satira Editrice, Napoli, 2012, sp. 31 ss.

<sup>27</sup> Così Cass., sez. lav., 15 aprile 2005, n. 7838.

<sup>28</sup> E. FABIANI, *Clausola generale*, Voce, in *Enc. dir.*, 2012, 240.

Perciò quando il giudice di merito sbaglia, in questa fase, non commette un errore di fatto ma di diritto»<sup>29</sup>.

In questo modo, la Cassazione finisce per esercitare altresì una funzione di «specificazione» dell'indeterminatezza propria dei termini o sintagmi che connotano la clausola generale, guidando o comunque orientando i giudici di merito nella valutazione necessaria per poter applicare, caso per caso, una norma contenente una clausola generale ed assicurando uniformità di interpretazione della legge.

L'utilizzo di siffatti rimedi consente infine di enucleare ancora un'altra funzione che compete nel nostro sistema alla Cassazione, segnatamente quanto alla specifica prospettiva di formazione del «diritto vivente»: da intendersi non soltanto in senso tecnico-giuridico, quale risultato interpretativo della giurisprudenza consolidata<sup>30</sup>, ma anche in senso sociologico, quale istanza che viene dal contesto sociale e che non è costituita in un assetto normativo<sup>31</sup>.

Si risponderebbe in tal guisa all'esigenza immanente nel nostro ordinamento di assicurare un continuo aggiornamento storico-giuridico che è tipico dell'utilizzo di clausole generali.

#### **8. LA DIGNITÀ DEL LAVORO QUALE VALORE DA ASSICURARE NELLA LOGICA PROCESSUALE DELLE TECNICHE DI TUTELA GIUSLAVORISTICHE**

La riflessione sulle clausole generali/elastiche – avviata, come detto, sulla premessa di farvi rientrare il concetto di dignità del lavoro – consente di arrivare ad un assestamento interpretativo di estremo interesse per il diritto del lavoro. Un assestamento interpretativo radicato su due pilastri: da un lato, sul carattere irrinunciabile del ricorso alla clausola generale quale «tecnica legislativa di formulazione della norma che consente la continua specificazione delle molteplici possibilità di attuazione di un principio, operando contemporaneamente

<sup>29</sup> Così G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, cit., 36, che riprende l'elaborazione di S. PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Giuffrè, Milano, 2013, 93.

<sup>30</sup> Cass. sez. lav. 23 marzo 2018, n. 7305; in dottrina, v. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 159.

<sup>31</sup> Così E. FABIANI, *Clausola generale*, cit., 252.



come criterio di controllo della compatibilità tra principi e regole»<sup>32</sup>; dall'altro lato, sull'esercizio, anch'esso imprescindibile, della funzione *nomofilattica* che l'ordinamento affida alla Cassazione, nei termini innanzi tratteggiati. Entrambe le direzioni interpretative rimandano alla centralità dell'accertamento giudiziale e ne segnano un'intrinseca caratteristica, quella di accertamento che si coglie appieno soltanto nel divenire della logica processuale (quella che potremmo definire una sorta di *processualità* delle tecniche di intervento giudiziale) e che attribuisce al giudice il compito di determinare il criterio di contemperamento fra gli interessi contrapposti.

È indubbio allora che l'estrema complessità delle relazioni di lavoro non possa che consigliare l'adozione di tecniche di tutela improntate alla ricerca, in senso dialogico e dinamico, del bilanciamento adeguato tra i contrapposti interessi<sup>33</sup>: in questa prospettiva, è sicuramente necessario stabilire, in maniera affidabile, i confini dell'intervento giudiziale al fine di impedire che i pregiudizi, le abitudini mentali, le categorie dogmatiche dell'interprete convertano il dialogo in un monologo<sup>34</sup>. Ma non è pensabile che si possa occupare lo spazio riservato alla clausola generale, né tanto meno che lo si possa fare con interventi puntuali e con enunciati legislativi di dettaglio. Lo è ancor di meno se l'obiettivo finale dell'ordinamento è quello di assicurare che la concretizzazione della dignità del lavoro – nelle modalità in cui emerge nel momento giudiziale – avvenga all'esito di un processo valutativo sì discrezionale ma che si riveli sempre adeguatamente vigilato e controllato, nell'ottica di garantire uniformità delle decisioni ed effettività delle tutele.

*Single blind reviews: (June 26<sup>th</sup>, 2020 ) and (June 26<sup>th</sup>, 2020 ); accepted June 29<sup>th</sup>, 2020; s - On line July, 1<sup>st</sup> 2020 - Words 5698 - Characters 40673*

<sup>32</sup> P. PERLINGIERI, P. FEMIA, *Realtà sociale e ordinamento giuridico*, in P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Esi, Napoli, 2000, 20.

<sup>33</sup> E. FABIANI, *Clausola generale*, cit., 212 ss.

<sup>34</sup> L. MENGONI, *Teoria generale dell'ermeneutica ed ermeneutica giuridica*, in ID., *Ermeneutica e dogmatica giuridica. Saggi*, Giuffrè, Milano, 1996, 11 ss.