

Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*

Alessandro Garilli

1. L'attualità dei valori fondativi del diritto del lavoro. 121
2. Il tracciato evolutivo della materia: la costante tensione tra diritti sociali e libertà economiche. 124
3. Il bilanciamento tra i principi costituzionali di solidarietà e di efficienza del mercato. Politica legislativa e controllo di razionalità del sistema normativo. 128
4. L'analisi economica applicata al diritto del lavoro. Il correttivo al costo certo per il licenziamento illegittimo secondo la Corte costituzionale e la posizione eterodossa del Comitato europeo dei diritti sociali. 129
5. Qualche notazione sul *revirement* neo liberista della giurisprudenza in materia di licenziamento economico. 135

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 412/2020

1. L'attualità dei valori fondativi del diritto del lavoro.

Da un ventennio (o poco più) parte della dottrina italiana, prima timidamente e con voci isolate, via via sempre più insistentemente, ha criticato lo statuto epistemologico del diritto del lavoro (da qui in poi DL), ritenendo che i suoi valori tradizionali, che ne giustificano una preponderante finalizzazione anti-mercato, non sono in grado di governare le profonde trasformazioni del sistema produttivo (e più in generale del contesto socio-economico) in conseguenza della globalizzazione e delle coeve rivoluzioni tecnologiche³⁰⁰.

La critica più severa³⁰¹ prende le mosse da «un'identikit del tipico giuslavorista no-market» alla base della cui formazione, ispirata all'elaborazione giuslavorista weimeriana di Hugo Sinzheimer e della scuola di Francoforte³⁰², è posta «un'eticità anti-individualistica e anti-utilitaristica e una correlata (anche se, sovente, implicita) antropologia della "diversità" del lavoratore subordinato». Si rimprovera a tale dottrina l'affermazione di una netta separazione tra le considerazioni di diritto, connotate dai valori, e quelle di economia, giudicate tendenzialmente estranee alla materia (il che ha portato talora a teorizzare l'autonomia del diritto del lavoro); una lettura del contratto di lavoro subordinato in termini di contrapposizione strutturale di interessi, sì da espungere dalla sua causa la collaborazione tra le parti; una concezione della retribuzione ancorata al tempo di lavoro, e il più possibile distante dal risultato; un vigoroso contrasto agli abusi dei poteri datoriali e in particolare di quello di licenziamento (con una netta predilezione, a livello rimediabile, per la tutela ripristinatoria-reintegratoria); una protezione di marca paternalistica, costruita attorno al principio di inderogabilità; una latente freddezza nei confronti delle politiche attive, giudicate nella migliore delle ipotesi come palliativi; un'idea tendenzialmente conflittuale dell'azione collettiva, con una speculare svalutazione della filosofia partecipativa. Il lavorista tipo sarebbe fondamentalmente rimasto fermo alla concezione marxista del rapporto capitale – lavoro, che lo avrebbe condotto ad un'interpretazione dei diritti fondamentali della Costituzione secondo un sistema rigido di valori "superiori", e dichiarazioni di inferiorità nei confronti del diritto di libertà economica. Egli non avrebbe tenuto conto che, come affermato da Schmitt, «è compito del

³⁰⁰ Ampio e variegato è il dibattito sviluppatosi in dottrina sulle ripercussioni che le trasformazioni (micro e macro) economiche e le politiche finanziarie dell'UE hanno prodotto sui fondamenti del diritto del lavoro e sulla regolazione legale dei suoi istituti: senza pretesa di completezza, tra le molte voci, cfr. B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. CARUSO e G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015; R. DEL PUNTA, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2001, 3; *Id.*, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *LD*, 2013, 37; *Id.*, *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 395/2019; ; L. NOGLER, *Tecnica e subordinazione nel tempo della vita*, in *DLRI*, 2015, 337; M. PEDRAZZOLI, *Assiologia del lavoro e fondamento lavoristico della Repubblica*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, vol. I, Jovene, Napoli, 2011, 187; A. PERULLI *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un nuovo paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO e A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 3; F. SCARPELLI, *La formazione del giurista del lavoro tra paternalismo delle tutele, autonomia delle parti sociali, politica del diritto*, in O. ROSSELLI (a cura di) *La dimensione sociale del fenomeno giuridico*, Esi, Napoli, 2007; V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in M. P. IADICICCO e V. NUZZO (a cura di) *Le riforme del diritto del lavoro. Politiche e tecniche normative*, *QDLM*, 2016, 33; 7; G. SANTORO PASSARELLI, *Crisi economica globale e valori fondanti del diritto del lavoro*, in *DLM*, 2012, 425. Per un confronto tra i diversi punti di vista cfr. L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, in *LD*, 2016, 585 e R. DEL PUNTA e B. CARUSO, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, *ivi*, 645. La prospettiva europea è centrata da SUPLOT, *Au-delà de l'emploi. Transformation du travail et devenir du droit du travail en Europe*, Flammarion, Paris, 1999.

³⁰¹ È quella di R. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, *cit.*, da cui sono tratti i brani successivi.

³⁰² Cfr. l'antologia degli scritti di E. FRAENKEL, O. KAHN FREUND, K. KORSCH, F. NEUMANN e H. SINZHEIMER, in G. ARRIGO e G. VARDARO (a cura di), *Laboratorio Weimr*, Edizioni Lavoro, Roma, 1982.

legislatore e delle leggi... stabilire la mediazione tramite regole misurabili e applicabili e impedire il terrore dell'attuazione immediata e automatica dei valori»³⁰³.

Che ci sia ancora qualche esponente della materia legato a un DL sviluppatosi nel contesto organizzativo taylorista-fordista, e incapace di storicizzare i valori adattandoli ai mutamenti sociali ed economici, può essere vero. Tuttavia tale corrente di pensiero ha svolto un ruolo marginale nell'evoluzione del DL se non forse, e solo in parte, sul finire degli anni '60 e nei primi '70 del novecento, quando grazie a questa dottrina i diritti di libertà sono entrati nelle fabbriche³⁰⁴. Solo in parte perché quella stagione – dello statuto dei lavoratori e del processo del lavoro – si è piuttosto sviluppata attraverso l'apporto di altra dottrina che, partendo dall'elaborazione dell'autonomia sindacale libera da condizionamenti statuali, perviene alla necessità di una legislazione di sostegno all'attività dei sindacati rappresentativi³⁰⁵.

Se poi la critica è rivolta, più in generale, al codice epistemologico del DL a me sembra quanto meno ingenerosa. In primo luogo perché trascura l'apporto del DL all'evoluzione politica e sociale del Paese: va a suo merito l'aver dato dignità alla persona che lavora con vincolo di dipendenza, considerandola cittadino *pleno iure* anche nei confronti del datore di lavoro. Almeno questo tributo lo si deve. Come affermato da Otto Kahn Freund, formatosi alla scuola di Sinzheimer, ma che quegli insegnamenti filtrerà nell'esperienza di common law, «l'oggetto principale del diritto del lavoro è sempre stato, e mi azzardo a dire che sempre sarà, di costituire una forza di bilanciamento atta a compensare le disuguaglianze di potere contrattuale che è inerente, e tale non può non essere, al rapporto di lavoro»³⁰⁶. Dunque il contratto individuale è la cellula del DL, ma di esso viene messa in rilievo la carica di illiberalità e di disuguaglianza che è compito del DL rimuovere o quantomeno attenuare. Si può discutere se la nozione formale di subordinazione sia ancora in grado di reggere l'impatto determinato dai nuovi lavori, dalla frammentazione della figura del datore di lavoro³⁰⁷ e dalle più moderne forme di organizzazione del lavoro (quale quella c.d. a

³⁰³ C. SCHMITT, *La tirannia dei valori, Riflessioni di un giurista sulla filosofia dei valori*, a cura di GURISATTI e con un saggio di VOLPI, Adelphi, Milano, 2008, 67.

³⁰⁴ Il riferimento è alla dottrina di ispirazione marxista raccolta intorno alla *Rivista giuridica del lavoro* dalla metà degli anni cinquanta del '900, la cui linea di politica del diritto è efficacemente sintetizzata da G. F. MANCINI, *Lo statuto dei lavoratori dopo le lotte operaie del 1969*, in *Pol. dir.*, 1970, 190 e in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino, Bologna 1976, 187, nonché alla corrente di magistratura che si esprimeva attraverso *Quale giustizia*. Tra i giudici emblematica era la posizione di CANOSA, *Storia di un pretore*, Einaudi, 1978.

³⁰⁵ Sulle origini della linea promozionale, G. GIUGNI, G. F. MANCINI, *Per una cultura sindacale in Italia*, in *Il Mulino*, 1954, n. 27, 28 ss.; G. GIUGNI, *Introduzione* alla prima edizione italiana di S. PERLMAN, *A theory of the Labor Movement* con il titolo *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, La nuova Italia, Firenze, 1966, ripubblicato e arricchito di una presentazione dello stesso Giugni con il titolo *Per una teoria dell'azione sindacale*, Edizioni lavoro, Roma, 1980. Cfr. inoltre sulla formazione e le ideologie sottese allo Statuto dei lavoratori, le osservazioni critiche di G. TARELLO in *Appendice* alla seconda edizione di *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Edizioni di comunità, Milano, 1972, 145 ss.; T. TREU, *Il sindacato fuori dalla Costituzione: riconoscimento e rappresentatività*, in *Jus*, 1975, 199 ss.; M. GRANDI, *Conflitto industriale e nuove politiche di tutela del lavoro*, in *DL*, 1984, I, 98 ss.; M. RUSCIANO, *Conflitto industriale e modelli di politica del diritto*, in *PD*, 1984, 317 ss.

³⁰⁶ O. KAHN FREUND, *Labour and the Law*, Stevens, London, II ed., 1977, 6.

³⁰⁷ Il fenomeno riguarda sia le forme tradizionali (e discusse) di codatorialità – su cui vedi gli atti delle *giornate di studio dell'Aidlass, Frammentazione organizzativa e lavoro: rapporti individuali e collettivi*, svoltesi a Cassino il 18 e 19 maggio 2017, Giuffrè, Milano, 2018 – sia le prestazioni rese attraverso la piattaforma: si fa l'esempio del dovere di garantire la sicurezza del lavoro che può fare capo all'utilizzatore del servizio se questo è in grado di controllare la modalità e i luoghi di svolgimento della prestazione, come nel caso di servizi di pulizia dei locali del cliente. Sul tema cfr. da ultimo, A. DONINI, *Il lavoro attraverso le piattaforme digitali*, BUP, Bologna, 2019, 48 ss.

cervello³⁰⁸), e se quindi non occorra un'attività manutentiva della fattispecie, o sia necessario configurare a latere di quella "tradizionale" nuove nozioni, o ancora assumere la prospettiva rimediata per graduare le tutele in relazione agli interessi in gioco delle parti³⁰⁹. Ma resta comunque lo squilibrio contrattuale (di potere), più o meno intenso, più o meno corretto dall'introduzione di forme di partecipazione e di valorizzazione delle *capabilities*³¹⁰ che si vorrebbero inserire tra gli obblighi contrattuali enfatizzando l'elemento collaborativo (fino a considerarlo causa del contratto³¹¹). Del resto, siamo sicuri che le radicali trasformazioni del paradigma organizzativo siano un passo avanti verso l'emancipazione e l'autonomia dei lavoratori, e quindi verso la loro libertà individuale, o invece non preludano all'«ennesima forma di dominio, ancora più avido, spietato e diffuso», all'«invasione ... dei pochi spazi rimasti di autonomia e di riservatezza»?³¹² Va aggiunto che non tutto il lavoro è di qualità e non si può disconoscere che vecchie e nuove forme di sfruttamento siano presenti nel mercato³¹³. Frammentazione e polarizzazione si riflettono nei diversi modelli contrattuali a cui si applicano regimi differenziati non sempre coerenti con il principio di eguaglianza, se intesa nel senso di cui all'art. 3, comma 2, Cost.³¹⁴ Entra qui in gioco il tema del lavoro flessibile e precario³¹⁵ (che incrocia il fenomeno sempre più diffuso dei *working*

³⁰⁸ La metafora del cervello evoca un'organizzazione in grado di funzionare in maniera flessibile e creativa, favorendo nel contempo processi di apprendimento tra i lavoratori. Cfr. G. MORGAN, *Images. Le metafore dell'organizzazione*, V ed., Franco Angeli, Milano, 2015

³⁰⁹ Sulla crisi della fattispecie cfr. A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Giuffrè, Milano, 1982; U. MATTEI, *I rimedi*, in *Trattato di diritto civile* diretto da R. SACCO, Utet, Torino, 2001; S. MAZZAMUTO, A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2012, 16. Per l'applicazione della teoria alla tutela dei nuovi lavori cfr. T. TREU, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, in *LD.*, 2017, 3/4, 367 ss. e *Trasformazioni del lavoro: sfide per i sistemi nazionali di diritto del lavoro e di sicurezza sociale*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 371/2018.

³¹⁰ L'"approccio delle capacità" – secondo il fulcro teorico elaborato da AMARTYA SEN (tra le tante opere, cfr. *L'idea di giustizia*, Mondadori, Milano, 2009, 240 ss.) e sviluppato da MARTHA CRAVEN NUSSBAUM (*Creare capacità. Liberarsi dalla dittatura del Pil*, Il mulino, Bologna, 2014, 177 ss.) - per riprogettare il diritto del lavoro su basi di liberalismo sociale proiettato nelle politiche di formazione personalizzata, che coniughi le aspirazioni di vita del soggetto con il suo inserimento socio-professionale, è da qualche tempo in voga presso una parte dei giuslavoristi: B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability"*, in *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV congresso nazionale dell'Aidlass, Giuffrè, Milano, 2007; R. DEL PUNTA, *Labour Law and the Capability Approach*, in *IJCLIR*, vol. 32, 2016, 383; *Id.*, *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, cit., p. 24 ss. SEN definisce "capabilities" (tradotto capacità o capacitazioni) l'insieme delle risorse relazionali di cui una persona dispone, congiunto con le sue capacità di fruirne e quindi di impiegarlo operativamente; nella letteratura viene spesso anche indicato con il concetto di *capitale sociale*, come sintesi degli aspetti materiali e immateriali della relazione tra persona e contesto.

³¹¹ Già in questo senso E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 1993, 50, che individua la collaborazione come causa del tipo negoziale del contratto di lavoro subordinato, ma dalla prospettiva dell'aspettativa del datore di lavoro creditore al risultato della prestazione e quale riflesso dell'organizzazione nell'obbligazione del lavoro.

³¹² È l'interrogativo, ancora senza risposta, che solleva Z. BAUMAN, *L'arte della vita*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2009, 161.

³¹³ La composizione della forza lavoro digitale in cui sono presenti attività complesse che richiedono professionalità medie o elevate e prestazioni svolte offline da soggetti a bassa o nulla qualificazione (Gig Economy) è emblematica di come la segmentazione del lavoro sia una costante indipendente dalle trasformazioni produttive. Sull'impatto delle tecnologie digitali sull'organizzazione del lavoro e sulle discipline del diritto del lavoro, da ultimo, cfr. E. DAGNINO, *Dalla fisica all'algoritmo: una prospettiva di analisi giuslavoristica*, Adapt, Bergamo, 2019.

³¹⁴ G. FONTANA, *Il problema dell'uguaglianza e il diritto del lavoro flessibile*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 398/2019.

³¹⁵ Cfr. Z. BAUMAN, *Modernità liquida*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2014, 186-187: «La precarietà è il tratto distintivo della condizione preliminare di tutto il resto: la qualità di vita, e in particolare quella derivante dal lavoro e dall'occupazione ... I lavori sicuri in aziende sicure sembrano ormai un ricordo del passato; né esistono specializzazioni ed esperienze che, una volta acquisite, possano garantire un posto di lavoro certo e, soprattutto, duraturo. Nessuno può ragionevolmente pensare di essere al riparo ... dalle capricciose ma irresistibili pressioni della "competizione", della "produttività" e dell'"efficienza". "Flessibilità" è la parola d'ordine del giorno». Sulle "molte facce della flessibilità", cfr. L. GALLINO, *Il costo umano della flessibilità*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2001 e *Il lavoro non è una merce. Contro la flessibilità*, Editori Laterza, Roma – Bari, 2007, 122. Dai dati Istat risulta che a dicembre 2019 i precari ammontavano a 3.123.000. È affermazione condivisa che il sistema economico italiano crei soprattutto «lavoro povero, precario, più nei servizi a

*poor*³¹⁶), su cui il legislatore si è da tempo esercitato nel tentativo (spesso maldestro) di coniugare esigenze delle imprese, incremento dell'occupazione e tutela dei lavoratori. Non solo: le nuove e più sottili forme di dipendenza (o in molti casi di sfruttamento), effetto delle innovazioni tecnologiche, richiedono l'adozione di sanzioni anti elusive nei confronti di datori di lavoro che si avvalgono dello schermo del contratto di lavoro autonomo; è avvertita cioè l'esigenza – fatta propria dal legislatore con l'art. 2 del d. lgs. n. 81 del 2015 - di assicurare una protezione equivalente a quella prevista per il lavoro subordinato (o comunque una protezione adeguata) anche a soggetti in condizione di debolezza economica «operanti in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea»³¹⁷. In conclusione, cambiano i modelli e le tecniche, ma al fondo la funzione del DL resta sempre quella di predisporre una rete protettiva che corregga l'asimmetria contrattuale e tuteli i valori fondamentali dell'esistenza umana: la libertà, la dignità e l'uguaglianza³¹⁸. Certo si sono aggiunte altre esigenze che il DL deve affrontare e risolvere: dalla tutela dei bisogni primari estesa a tutti i cittadini e agli immigrati regolari, alla rete di interventi nel settore della formazione che favoriscano lo sviluppo delle professionalità e la valorizzazione delle differenze, e via dicendo. Ma le nuove eterogenee esigenze non intaccano, ma anzi arricchiscono il nucleo fondativo dei valori originari del DL.

2. Il tracciato evolutivo della materia: la costante tensione tra diritti sociali e libertà economiche.

La marginalità della dottrina anti mercato appare evidente nelle trasformazioni del DL degli anni '80 e '90, ascrivibili a una revisione critica della materia in funzione dei mutamenti del sistema economico-produttivo determinati dalle innovazioni tecnologiche e dalla globalizzazione. Fondamentale nel tracciare l'indirizzo di politica del diritto è la relazione di Giugni al VII congresso nazionale dell'Aidlass del 1982³¹⁹. Essa prende atto della fine della stagione del garantismo forte, il cui centro era il rapporto tra potere e libertà, riequilibrato attraverso l'introduzione di quello che enfaticamente fu chiamato il doppio contropotere, individuale e collettivo: il primo con le disposizioni a tutela della libertà e dignità dei lavoratori, a cui vengono conferiti diritti che operano come limite esterno alla libertà d'impresa; il secondo promuovendo l'attività sindacale nei luoghi di lavoro di soggetti dotati di rappresentatività e garantendone l'effettività di esercizio con uno specifico procedimento giudiziario di carattere sommario. Era il modello del conflitto industriale, in cui la tradizione socialista (o social riformista) si combinava con concezioni competitive e

basso valore aggiunto che nella manifattura innovativa, e quindi marginale in rapporto alla grande trasformazione digitale in atto... La nuova emigrazione è anche una fuga dal lavoro di bassa qualità»: R. MANIA, *Lavoro, le ricette fallite*, in *la Repubblica* di venerdì 31 gennaio 2020.

³¹⁶ M. TUFO, *The Working Poor in the European Union*, in *Italian Labour Law e-Journal*, vol. 12, 2019.

³¹⁷ Così Cass., 24 gennaio 2020, n. 1663, in D&G, 2020, 27 gennaio, con nota di SICCARDI, che sembra applicare la prospettiva rimediabile nell'interpretazione dell'art. 2 del d. lgs. 81/2015, qualificato «norma di disciplina» e non «nuova fattispecie». Ne consegue un'applicazione ampia dell'etero-organizzazione (anche con riferimento al testo anteriore alla novella di cui al d.l. 101/2019, conv. nella l. 128/2019): quando questa, «accompagnata dalla personalità e dalla continuità della prestazione, è marcata al punto da rendere il collaboratore comparabile ad un lavoratore dipendente, si impone una protezione equivalente e, quindi, il rimedio dell'applicazione integrale della disciplina del lavoro subordinato» (punto 26 della motivazione).

³¹⁸ In questo senso M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, in *RIDL*, 2019, 279 ss.

³¹⁹ G. GIUGNI, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, in *DLRI*, 1982, 373 ss.

antagonistiche del pensiero liberale nell'ottica del pluralismo conflittuale³²⁰. Ad esso viene contrapposto e troverà applicazione nella prassi delle relazioni sindacali un nuovo paradigma caratterizzato per un verso dalla partecipazione degli attori sociali alle decisioni di carattere politico-economico (concertazione – neo corporativismo) e per l'altro dalla c.d. deregolazione contrattata, in cui la norma inderogabile pur restando quale tecnica generale di tutela, viene resa cedevole, consentendosi alla contrattazione di apportarvi deroghe anche peggiorative (o di integrarne o sostituirla il contenuto)³²¹. Vengono messi in discussione il rigido apparato antifraudolento (ad es. contratto a termine) e garantismi inutili o sproporzionati rispetto al risultato conseguito, ma si ritiene necessario estendere la copertura agli strati sommersi o semisommersi e ai lavoratori che ne sono privi pur versando in condizioni di debolezza socio-economica. «La direttiva ideale ... è di costruire un diritto del lavoro che sia partecipe dei valori della cultura industriale, che sia in grado cioè di coniugare gli obiettivi di socialità con gli obiettivi di efficienza». Questa è un principio regolativo per la composizione dei contrasti sociali che richiede un DL riformato in condizione di governare la società a struttura sempre più complessa, senza intaccarne il corredo di valori.

Il cambiamento delle politiche del lavoro, prospettato da Giugni e (in buona parte) attuato dal legislatore, fu condiviso dalla larga maggioranza della dottrina anche se non mancarono voci dissenzienti.

Il nuovo ciclo non sarà però facile da governare, e alle soglie degli anni 2000 il modello entra in crisi: sia per le altalenanti rotture dei rapporti tra i tre grandi sindacati, a cui era assegnato il ruolo di intermediazione, non sanabili in assenza di regole legali sulla rappresentanza e sull'efficacia del contratto collettivo³²², sia per il mutamento del quadro politico³²³. E prende corpo una nuova dottrina che intende farsi carico di valori alternativi rispetto a quelli che hanno concorso all'evoluzione della materia.

Il DL – si sostiene – non può assolvere più alla sola funzione di proteggere la persona del lavoratore dall'autorità del suo datore di lavoro, assegnando prevalentemente alle parti sociali la saldatura tra la tutela del lavoratore e l'efficienza organizzativa. Anche le esigenze del datore di lavoro, che è l'altro soggetto della relazione di lavoro, devono essere integrate nel discorso giuslavoristico, in quanto anch'egli è portatore di valori³²⁴. Il contratto non può essere rappresentato ricorrendo allo schema causale della subordinazione a cui si accompagna una tutela unidirezionale, giacché in esso confluiscono, secondo il principio di eguaglianza formale, gli interessi di entrambe le parti, o meglio entrano in gioco almeno due diritti fondamentali che devono tra loro essere integrati. Occorre dunque sottolineare l'elemento collaborativo che superi la subalternità del lavoratore e

³²⁰ H.A. CLEGG, A. FLANDERS, A. FOX, *La contesa industriale. Contrattazione, conflitto, potere nella scuola di Oxford*, Edizioni lavoro, Roma, 1981. La rielaborazione su basi liberal-sociali della teoria della lotta di classe di Marx nelle società industriali è di R. Dharendorf, *Classi e conflitto di classe nella società industriale*, Laterza, 1963; ID., *Il conflitto sociale nella modernità*, Laterza, Bari, 1989.

³²¹ M. GRANDI, *Conflitto industriale e nuove politiche di tutela del lavoro*, in DL, 1984, I, 98 ss.; M. RUSCIANO, *Conflitto industriale e modelli di politica del diritto*, in PD, 1984, 317 ss.; G. GIUGNI, *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, in DLRI, 1985, 53 ss.; ID., *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in DLRI, 1986, 317 ss.

³²² Sulla crisi del sindacalismo storico come metafora della crisi del diritto del lavoro cfr. G. GHEZZI, U. ROMAGNOLI, *Il diritto sindacale*, IV ed., Zanichelli, Bologna, 1997, 76; F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il diritto sindacale*, VI ed., Utet, Torino, 2013, 121; CELLA, *Il sindacato*, Laterza, Bari, 1999.

³²³ M. V. BALLESTRETO, *Diritto sindacale*, VI ed., Giappichelli, Torino, 2018, 84 ss.

³²⁴ M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in ADL, 2000, 15.

ne garantisca spazi di autonomia rispetto alla legge e alla contrattazione collettiva, quindi assumendo quale obiettivo di fondo la soggettivazione del lavoratore, da considerare come il più profondo tra i valori sottesi alla materia. In una prospettiva più ampia si assume che la cultura giuslavoristica dovrebbe rinunciare a rappresentare una visione del mondo alternativa ed emancipatoria in senso forte, e lavorare invece dentro il mercato assorbendone le istanze³²⁵.

Sul piano delle proposte operative, l'ispirazione alle riforme legislative che verranno attuate dagli anni 2000 si rinviene in un documento (intitolato Libro bianco sul mercato del lavoro) presentato nell'ottobre 2001 dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali in cui si delinea un significativo cambiamento delle tecniche regolatorie³²⁶. L'analisi prende le mosse dal contesto economico, e propone ricette concrete. Si afferma che la competitività internazionale, il basso tasso di occupazione e i mutamenti nell'organizzazione del lavoro spingono verso la valorizzazione delle capacità dell'individuo e la conseguente trasformazione del rapporto di lavoro³²⁷. Ciò induce a sperimentare nuove forme di regolazione, rendendo possibili assetti regolatori effettivamente conformi agli interessi del singolo lavoratore ed alle specifiche aspettative in lui riposte dal datore di lavoro, nel contesto d'un adeguato controllo sociale. L'asimmetria contrattuale non deve perciò comportare la vanificazione dell'autonomia individuale, che invece, se opportunamente assistita con l'intervento di organismi terzi, può esplicare effetti qualificatori del rapporto e derogatori-dispositivi dei diritti. Le tutele vanno rimodulate, riducendo quelle che confliggono con le esigenze di flessibilità organizzativa ma estendendone alcune minime anche fuori dal rapporto subordinato (i c.d. insiders)³²⁸. È dunque lo Statuto dei lavoratori che viene messo in discussione perché, a dire dei fautori della linea liberista sostenuta dai governi Berlusconi, eccessivamente garantista e per di più soltanto a tutela dei lavoratori della media-grande impresa³²⁹. Alle "norme leggere" di disciplina del rapporto di lavoro va accompagnato uno scudo protettivo nel mercato da attuarsi mediante politiche attive (formazione, servizi per l'impiego) rivolte a migliorare l'occupabilità, secondo il modello coniato in sede di UE della flessicurezza³³⁰. Vanno sostenute forme di welfare aziendale e ammortizzatori gestiti da enti bilaterali. Dal punto di vista della contrattazione collettiva l'esigenza di incrementare la produttività richiede maggiori margini di manovra a livello aziendale dove deve essere consentita la derogabilità in peggio delle clausole del contratto nazionale

³²⁵ R. DEL PUNTA, *Valori del diritto del lavoro e economia di mercato*, cit., 17.

³²⁶ Cfr. A. GARILLI, *Il rapporto tra le fonti nel nuovo diritto del lavoro*, in *DML*, 2017, 407 ss. (qui 415 ss.).

³²⁷ Per un'analisi delle conseguenze sul DL della globalizzazione, dei cambiamenti dei sistemi produttivi e delle politiche economico-finanziarie dell'Unione Europea, cfr. V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, cit.

³²⁸ Evidente l'ispirazione del documento alle tesi di P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, 1996.

³²⁹ Cfr. M. V. BALLESTRERO, *Quarant'anni e li dimostra tutti*, in *LD*, 2010, 27, che critica («non condivido l'idea di estendere diritti ad alcuni per ridurli ad altri») il documento e le coeve proposte di parte della dottrina (da Treu e Biagi a Boeri Garibalidi e a Ichino) di sostituire lo Statuto dei lavoratori con un corpo normativo che preveda, a seconda dell'intensità della dipendenza socio-economica, una tutela progressiva costruita per geometrie variabili. Di altro tenore – e cioè nel senso di mantenere inalterate le tutele statutarie per il lavoro subordinato, estendendo alle collaborazioni coordinate e continuative alcune norme di protezione e garanzia – sono le proposte (pur ideologicamente diverse) di "ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro" elaborate da P. ALLEVA e M. D'ANTONA nel quadro di una riforma complessiva del mercato del lavoro formulata dal gruppo di lavoro della Consulta giuridica della CGIL, in G. GHEZZI (a cura di), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un Testo Unico*, Ediesse, Roma, 1998.

³³⁰ M. V. BALLESTRERO, *Declinazioni di flexicurity*, in *Lav. dir.*, 2012, 441 ss.; B. CARUSO, C. MASSIMIANI, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *DLM.*, 2007, 457 ss. M. RODRIGUEZ PINERO, B. FERRER, *Globalizzazione, flessicurezza e crisi economica*, in *RGL*, 2013, I, 521 ss.; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, 1 ss.; T. TREU *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *DLRI*, 2013, 597.

e finanche delle norme di legge. Tale progetto ha costituito il filo rosso che lega i più significativi provvedimenti legislativi emanati nel periodo recente e senza soluzione di continuità tra governi di centro-destra, tecnici e di centro-sinistra.

La dottrina che critica l'attaccamento ai valori fondativi della materia propone che anche il DL scelga una terza via – che in qualche modo si collega al noto manifesto per la rifondazione della socialdemocrazia di Antony Giddens, ispiratore della politica blayreina³³¹ - che rivendichi le ragioni di un nuovo equilibrio – la delineaazione dei termini del quale, si dice, sarà l'impresa del futuro – tra l'eredità socialdemocratica e la cultura mercatista coltivata da vari filoni di pensiero, tra cui anche quello ordoliberal di cui si tessono le lodi³³². Occorre pertanto confrontarsi con il nuovo indirizzo politico culturale fondato sulla conciliazione tra mercato (non in senso naturalistico, ma come ordina istituzionale) e giustizia sociale; un modello di economia sociale di mercato che ha trovato consacrazione nel TFUE, nel cui art. 151 in cui le misure a protezione e miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, per lo sviluppo dell'occupazione e la lotta all'emarginazione devono tenere conto della "necessità di mantenere la competitività dell'economia dell'Unione". Una prospettiva che, va ricordato, presenta un'ambiguità di fondo: in quanto espressione dell'ordoliberalismo tedesco - considerato da Michel Foucault come un modello biopolitico manipolatorio e perciò più pericoloso di quello liberale classico³³³ - essa tende all'assoggettamento di tutta la vita sociale all'imperativo economico, e quindi è tale da non potersi considerare valido riferimento teorico del diritto del lavoro. E che non è stata in grado fin qui di dare risposte convincenti al malessere determinato dalla situazione socio-economica generale; anzi sono aumentate le disuguaglianze, e l'indignazione di massa è sfociata nel rifiuto di larghi strati sociali della democrazia rappresentativa e nell'adesione acritica a forme di populismo sovranista. Comunque, anche a voler ritenere che sia l'unica soluzione possibile in un'economia capitalista³³⁴, la terza via può essere attuata con strumenti d'intervento e tecniche regolative che incidono diversamente sul rapporto tra diritti sociali e libertà economiche. Ed è sulla sua trasposizione in norme giuridiche che il giurista deve confrontarsi, tenendo ferma la barra sui principi costituzionali e sul Modello Sociale Europeo indicato dalla Carta dei diritti fondamentali, nonché su diritti riconosciuti dalla Carta sociale europea (che entrano nel nostro ordinamento quali norme interposte).

³³¹ A. GIDDENS, *La terza via. Manifesto per la rifondazione della socialdemocrazia*, con Prefazione di PRODI, il Saggiatore, Milano, 1999.

³³² È il modello economico social liberale sviluppatosi in Germania negli anni '30 del '900 attorno alla figura di Walter Eucken, assumendo poi il nome di Scuola di Friburgo e la denominazione di ordoliberalismo dal titolo della rivista *Ordo*, fondata sempre da Eucken e il cui primo numero uscì nel 1948. Un liberalismo che vuole essere diverso da quello ottocentesco e che si propone di garantire la libertà di mercato, ma anche la giustizia sociale, nella convinzione che la realizzazione dell'individuo possa aversi solo se vengono garantite la libertà di impresa, di mercato e la proprietà privata. Cfr. W. RÖPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*, il Mulino, Bologna, 2004; W. OSWALT, *Il liberalismo egualitario contro la concentrazione del potere economico: l'ordoliberalismo di Walter Eucken*, in *www.i-lex.it*, n. 21, maggio 2014.

³³³ M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica. Corso al Collège de France (1978-1979)*, Feltrinelli, Milano, 2005.

³³⁴ Il rapporto tra andamento dell'economia e tutele di chi lavora è sottolineato da M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e sistema di produzione capitalistico*, cit.

3. Il bilanciamento tra i principi costituzionali di solidarietà e di efficienza del mercato. Politica legislativa e controllo di razionalità del sistema normativo.

Credo si possa affermare che il fondamento su cui si regge l'economia sociale di mercato è il contemperamento tra i principi³³⁵ di solidarietà, collegata al rispetto della dignità della persona, e di libertà d'impresa. La solidarietà, ha affermato Mengoni³³⁶, «ha una dimensione collettiva, prende corpo e si definisce in connessione con lo sviluppo dell'economia di mercato, nell'ambito della quale oppone dialetticamente l'equità al principio di efficienza». È «un principio giuridico oggettivo che comanda a chi esercita un diritto di libertà di tenere conto anche del bene comune nel senso esplicito dall'art. 41 Cost.» E a cui la Carta dei diritti fondamentali dà specifico risalto nel suo titolo IV. La solidarietà è immanente alla giustizia e concorre a determinare il concetto di *aequa libertas*. Certamente, così come è da ritenere fallace la dottrina che anteponeva tutti i diritti sociali relativi al lavoro alla libertà di impresa, parimenti non si può concordare con chi afferma la piena parificazione di questa libertà a tutti i valori inerenti alla persona del lavoratore. Di questi vi è sicuramente un nocciolo duro intangibile – e quindi non soggetto a bilanciamento – che può ascrivere ai diritti fondamentali alla libertà e dignità personale (art. 41, co. 2), ai divieti di discriminazioni, alla tutela della salute, alla retribuzione sufficiente. Sicché il bilanciamento riguarda altri principi come il diritto al lavoro, inteso nel senso di tutela del posto di lavoro, o, per quanto riguarda l'azione sociale dello Stato, l'assistenza sociale³³⁷.

Da ciò consegue che è compito del DL sottoporre a vaglio critico le scelte operate dal legislatore, sia per verificarne la conformità ai principi costituzionali, declinati in chiave multilivello, sia per ricercare la corretta interpretazione della norma vigente. E se con riguardo alle prime la elasticità dei principi attenua il vincolo costituito dal testo normativo e quello rappresentato dalla dogmatica giuridica in quanto si sviluppa, come detto, attraverso il bilanciamento di beni e interessi (e dei valori sottostanti dinamicamente considerati in ragione dei mutamenti dell'assetto dei rapporti economico-politici)³³⁸; nella seconda l'argomentazione pratica – vale a dire il controllo di razionalità sulle conseguenze delle scelte corrispondenti – va integrata in un processo circolare con la dogmatica, attraverso la quale le valutazioni normative vengono analizzate e ordinate secondo le loro connessioni logiche, cioè dal punto di vista della razionalità del sistema normativo,

³³⁵ Come è noto la distinzione tra valori (con carattere assiologico e teleologico) e principi (con connotazione deontica) è sottile e non comporta un'alterità assoluta tra le due entità (J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, a cura di L. CEPPA, Laterza, Roma – Bari, 2013, 285 s.). È comunque ritenuto più utile, per le esigenze di garanzia della certezza del diritto, passare dal modello dei valori a quello dei principi (R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, il Mulino, Bologna, 2012, 170). Precisa G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, il Mulino, Bologna, 2008, 2006, che, mentre i valori rappresentano beni finali, ponendosi come mete da raggiungere attraverso «attività teleologicamente orientate», i principi si presentano come beni iniziali, bisognosi di essere realizzati attraverso «attività consequenzialmente determinate». Secondo E. BETTI, *Interpretazione della legge e degli atti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1971, 205 ss. l'«eccedenza di contenuto deontologico» degli enunciati normativi di principio, senza metterne in discussione la portata normativa, consente loro di svolgere un ruolo essenziale nell'interpretazione e nell'integrazione del diritto, garantendo l'apertura del sistema normativo alle istanze etiche provenienti dalla società.

³³⁶ L. MENGONI, *I diritti sociali*, ADL, 1998, spec. 8 ss. e ivi riferimenti al pensiero di Habermas sul rapporto tra solidarietà e giustizia.

³³⁷ L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi costituzionali*, in Aidlass, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Venezia 25-26 maggio 2007, Giuffrè, Milano, 2008, 56.

³³⁸ Cfr. L. MENGONI, *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Giuffrè, Milano, 1996, 115. Critico nei confronti della tecnica del bilanciamento inteso quale «metavalore» mediante il quale selezionare i valori è V. BAVARO, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista materiale (per una critica della dottrina del bilanciamento)*, in RIDL, 2019, I, 175.

che non necessariamente coincide con le ragioni fatte valere da punti di vista extrasistematici, pur se fondate sull'opinione o di tutti o della grande maggioranza o dei sapienti³³⁹.

Ma è proprio su queste tecniche interpretative che si condensa lo scontro in dottrina, giacché esse sono messe in discussione (o quanto meno sono corrette e ricondotte ad una dimensione unidirezionale) dall'applicazione nella legislazione del lavoro delle politiche neo-liberiste e monetariste³⁴⁰, messe in campo per gestire la crisi economico-finanziaria (che ha causato un aumento vertiginoso del debito sovrano) e contenere la spesa pubblica attraverso interventi imposti dall'UE agli Stati (e all'Italia in particolare) consistenti non solo nel pareggio di bilancio e nel fiscal compact, ma anche (soprattutto) nella riduzione delle tutele dei lavoratori (licenziamenti, estensioni dei poteri datoriali di gestione, libertà di contrattazione a livello aziendale) quale strumento per favorire produttività e competitività delle imprese. Ciò perché al primato delle ragioni dell'economia si accompagna la valutazione e l'interpretazione della legge in termini di efficienza, cioè *pro business*³⁴¹. Il tema è quello dell'applicazione al DL della teoria della *Law and Economics*, secondo la quale ogni regola va ricondotta al calcolo di utilità (e non di razionalità nel senso sopra considerato), in quanto fondamento e metro di misura della sua legittimità: da qui l'assioma del costo certo che le imprese dovrebbero sopportare per la rottura del contratto, applicazione monodirezionale della teoria dell'*efficient breach of contract*, che riduce il diritto a mero calcolo di interessi³⁴². Nelle sue estreme conseguenze la riduzione del diritto a mero calcolo di utilità conduce a risultati aberranti, quali la negazione dei diritti sociali perché distruggono l'ordine di libertà garantito dai diritti civili (per il Nobel Hayek) o la giustificazione (in spregio dell'art. 5 della Dichiarazione dei diritti dell'uomo) della tortura quando «le poste in gioco sono abbastanza elevate»³⁴³.

4. L'analisi economica applicata al diritto del lavoro. Il correttivo al costo certo per il licenziamento illegittimo secondo la Corte costituzionale e la posizione eterodossa del Comitato europeo dei diritti sociali.

Questa teoria ha trovato convinti sostenitori presso una parte della dottrina lavoristica. Tra questa spiccano le tesi di Pietro Ichino, che, in estrema sintesi, sostiene che il concetto di efficienza del mercato individuato dalle analisi economiche, va riferito «a un obiettivo che incorpora» i valori costituzionali, primo tra tutti il diritto al lavoro, «nessuno dei quali potrebbe essere perseguito con successo in un mercato del lavoro inefficiente»³⁴⁴. Tra le tante applicazioni indicate

³³⁹ L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, ora in *Diritto e valori*, il Mulino, Bologna, 1985, 53 ss.

³⁴⁰ Per un'analisi comparata, anche se per lo più riferita al contesto nord-americano, cfr. B. E. KAUFMAN, *Il contributo al diritto del lavoro della analisi economica secondo l'approccio neoclassico e istituzionale*, in *DRI*, n. 2, 2009, 272 ss.

³⁴¹ V. la critica di M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell'evoluzione del diritto del lavoro*, in *Jus*, 2008, 68: «Bisogna avere il coraggio di affermare che la cultura economica che continua a delegittimare la legislazione del lavoro mira a indebolire il fondamento della Repubblica riposto nel lavoro, e ad alterare il carattere di economia sociale di mercato e di Stato sociale democratico pluriclasse».

³⁴² R. A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, New York, 2007, 119 s. e la critica di A. Supiot, *Homo juridicus*, Bruno Mondadori, Milano, 16 e 134.

³⁴³ POSNER citato da SUPIOT, op. cit., 234.

³⁴⁴ Vero è che «l'efficienza del mercato del lavoro risponde anche ad un essenziale valore lavorista» (così R. Del Punta, B. Caruso, *Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta*, cit., 654); ma il nodo problematico sta nel fatto se a tale valore vada conferita autorità di primato rispetto agli altri posti a presidio della persona del lavoratore. Sul conflitto insanabile tra i principi dell'analisi economica del diritto e quello dello stato costituzionale di diritto si rinvia a A. SUPIOT, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard, Paris, 2015.

dall'Autore³⁴⁵ merita di essere ricordata, perché sottoposta a controllo di razionalità giuridica dalla Corte costituzionale, la proposta di una riforma legislativa volta a negare il controllo giudiziario sulla legittimità del licenziamento economico, ed invece a lasciare libero il datore di lavoro di scegliere tra l'addossarsi il costo del licenziamento (legislativamente prestabilito), ovvero di mantenere la diseconomia conseguente alla continuazione del rapporto che genera inefficienza³⁴⁶. Modificata dal legislatore del Jobs Act (alla cui elaborazione lo studioso ha partecipato in veste di autorevole parlamentare del PD), la tesi, depurata dal meccanismo automatico, è posta alla base della riforma delle sanzioni per il licenziamento illegittimo introdotta con il d. Lgs. 23/2015, in cui l'entità dell'indennizzo a favore del lavoratore è predeterminato in misura fissa e crescente in relazione agli anni di servizio, senza alcuna discrezionalità valutativa da parte del giudice.

Ma la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale ha scardinato l'assioma del costo certo che le imprese dovrebbero sopportare per la rottura del contratto³⁴⁷.

La sentenza anzitutto conferma la compatibilità di una tutela solo economica con il diritto al lavoro, che tuttavia la stessa Corte qualifica «fondamentale diritto di libertà della persona umana»; compatibilità che è difficile da accettare quando, come nel caso del licenziamento disciplinare ingiustificato, non sussista alcuna necessità di bilanciamento tra gli artt. 4 e 41 Cost., essendo qui in gioco non scelte relative alla produttività dell'impresa, ma la tutela della dignità della persona del lavoratore, lesa dall'attribuzione di una grave condotta rivelatasi inesistente. Ma l'opinione della Corte è sul punto granitica, senza alcuna distinzione tra i tipi di licenziamento: fin dagli anni 70 essa ha affermato che la tutela reintegratoria non ha copertura costituzionale, e neppure nelle fonti sovranazionali: in particolare l'art. 24 della Carta sociale europea afferma il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» (primo comma). Di guisa che l'art. 18 dello St. lav., pur essendo «indubbiamente manifestazione di quell'indirizzo di progressiva garanzia del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore, non concreta l'unico possibile paradigma attuativo dei principi medesimi»³⁴⁸, restando la scelta

³⁴⁵ Vedile in P. ICHINO, *Il diritto del lavoro e i modelli economici*, in *LD*, 1998, 309 ss. ed inoltre dello stesso A., *Il dialogo tra economia e diritto del lavoro*, in *RIDL*, 2001, I, 165 ss. e *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in *ADL*, 2006, 454 ss.

³⁴⁶ P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, già diretto da A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, continuato da P. SCHLESINGER, Giuffrè, Milano, 2003, 435 ss.

³⁴⁷ Sulla sentenza vi è un ampio dibattito, con commenti adesivi e contrari in cui spesso prevale, com'è ovvio, la componente ideologica. Cfr., *ex aliis*, A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester su alcuni profili delle tutele contro i licenziamenti illegittimi dopo la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale*, in M. TREMOLADA, A. TOPO (a cura di) *Le tutele del lavoro nelle trasformazioni dell'impresa, Liber amicorum Carlo Cester*, Cacucci, Bari, 2019, 957; M.V. BALLESTRERO, *La Corte costituzionale censura il d.lgs. n. 23/2015. Ma crescono davvero le tutele dopo l'intervento della Corte?*, in *LD*, 2019, 2, 243 ss.; F. CARINCI, *All'indomani della Corte cost. n. 194/2018*, in *ADL*, 2019, 477; R. DE LUCA TAMAJO, *La sentenza costituzionale 194 del 2018 sulla quantificazione dell'indennizzo per licenziamento illegittimo*, in *DLM*, 2018, 3, 634; P. ICHINO, *Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l'indennizzo nella sentenza della Consulta*, in *RIDL*, 2018, II, 1050; M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema*, *ivi*, 1059.; G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015: one step forward two step back*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 382/2018. A. MARESCA, *Licenziamento ingiustificato e indennizzo del lavoratore dopo la Corte cost. 194/2018*, in *DRI*, 2019, 228; A. ZOPPOLI, *La Consulta interviene sul Jobs Act ma ne evita il cuore: il nuovo bilanciamento nella disciplina del licenziamento*, in *DLM*, 2019, 2, 219; L. ZOPPOLI, *Il licenziamento "de-costituzionalizzato": con la sentenza n. 194/2018 la Consulta argina, ma non architetta*, in *DRI*, 2019, 1, p. 277.

³⁴⁸ Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46.

sui mezzi di tutela affidata alla discrezionalità del legislatore³⁴⁹ e sottoposta al necessario ragionevole contenimento della pluralità di interessi costituzionali concorrenti. Al fondo della questione c'è sempre il tema del potere del datore di lavoro e dei suoi limiti: un potere che si manifesta in tutta la sua crudezza proprio quando si dà luogo al licenziamento. Per questo una parte della dottrina – quella più garantista³⁵⁰ – ha espresso un giudizio negativo sulla legge che marginalizza la reintegrazione al licenziamento discriminatorio e a pochi altri casi, pur doverosamente ammettendo che la questione è di politica legislativa e non va posta sul piano della legittimità costituzionale.

Entrando nell'esame della censura di costituzionalità della sanzione monetaria, la Corte afferma che questa ha natura di rimedio risarcitorio, costituendo il licenziamento un atto illecito adottato in violazione dell'art. 1 della legge n. 604 del 1966³⁵¹. Come tale, deve articolarsi nel rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza, che sono violati quando la liquidazione legale è forfettizzata e standardizzata in quanto ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Il principio di eguaglianza è dalla legge disatteso a causa dell'«ingiustificata omologazione di situazioni diverse» in quanto l'indennità è «uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità a fronte di altri fattori che incidono sull'entità del pregiudizio causato dall'ingiustificato licenziamento e conseguentemente sulla misura del risarcimento». Quello di ragionevolezza giacché la sanzione è inidonea a costituire un «adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore» e un'«adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente». E l'operazione di conformazione della sanzione al danno subito dal lavoratore non può che essere condotta dal giudice, al quale è assegnato il compito di graduare l'indennità nell'ambito della forbice tra minimo e massimo predeterminato dalla legge. Per evitare che l'ineludibile discrezionalità del giudice scada in arbitrio, la Corte aggancia la valutazione del danno ai criteri, che si aggiungono a quello dell'anzianità, «desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti)».

La Corte sottolinea la non conformità del meccanismo sanzionatorio “secco”, cioè ancorato al principio del costo certo, all'art. 24 della Carta sociale europea – le cui norme operano quale parametro interposto di legittimità costituzionalità della legge³⁵² - che afferma «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» (primo comma, lettera b), e che nell'interpretazione del Comitato europeo dei diritti sociali

³⁴⁹ Corte cost, 28 dicembre 1970, n. 194; 26 maggio 1976, n. 129; 16 dicembre 1980, n. 189.

³⁵⁰ M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro, art. 18 Statuto dei Lavoratori*, Cedam, 1979, spec. Cap. 12; M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *I licenziamenti individuali, QDLRI*, n. 26, 2002.

³⁵¹ In questo senso C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato, Trattato di diritto del lavoro*, diretto da F. CARINCI e M. PERSIANI, Cedam, Padova, 2017, 1125.

³⁵² Cfr. il punto 14 del considerato in diritto in cui si afferma che la Corte ha già ritenuto la Carta sociale europea idonea «a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e ha anche riconosciuto l'autorevolezza delle decisioni del Comitato, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018). A ben vedere, l'art. 24, che si ispira alla già citata Convenzione OIL n. 158 del 1982, specifica sul piano internazionale, in armonia con l'art. 35, terzo comma, Cost. e con riguardo al licenziamento ingiustificato, l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato da questa Corte sulla base del parametro costituzionale interno dell'art. 3 Cost. Si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite (sentenza n. 317 del 2009, punto 7. del Considerato in diritto, secondo cui “[i] risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo”».

comporta che la sanzione sia conforme ai canoni di adeguatezza, effettività, proporzionalità e dissuasività³⁵³. Secondo una delle due decisioni del Comitato (citate dalla Corte), non risponde a questi requisiti l'apposizione di un tetto al risarcimento (che non consente la sua commisurazione alla perdita subita)³⁵⁴. Ma la Consulta non si spinge a tanto, individuando nell'art. 41 Cost. una sorta di controlimite alla rovescia e quindi affermando che il tetto «fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento ... realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro». Anche la sanzione indennitaria, dunque, contrariamente a quanto ritenuto dal Comitato europeo dei diritti sociali, è sottoposta alla regola ermeneutica del bilanciamento; cosicché il risarcimento non è necessariamente riparatorio dell'intero pregiudizio subito dal danneggiato, in quanto deve «realizzare un adeguato contemperamento degli interessi in conflitto (sentenze n. 235 del 2014, n. 303 del 2011, n. 482 del 2000, n. 132 del 1985)». Sicché il bilanciamento va condotto alla luce del principio di ragionevolezza, nel senso che la tutela economica deve «costituire un adeguato ristoro del danno prodotto ... dal licenziamento», e «un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare ingiustamente», senza comprimere «l'interesse del lavoratore in misura eccessiva». Del resto, decidere diversamente avrebbe significato scardinare una regola da sempre presente nelle discipline della tutela di tipo risarcitorio, aprendo la strada a possibili, arbitrari eccessi giurisprudenziali. Non va peraltro dimenticato che la legge n. 96/2018 - a cui la Corte estende la declaratoria di incostituzionalità - ha aumentato la soglia minima e il tetto massimo del risarcimento (a sei e a trentasei mensilità), assicurando una copertura del danno subito piena fino a diciotto anni di servizio e che comunque la commisurazione all'anzianità può essere corretta dagli altri criteri, quali l'età e le condizioni del lavoratore. Resta da vedere se siano egualmente adeguati i plafond, assai più contenuti, previsti per le «piccole imprese» dall'art. 9 e per i vizi formali e procedurali dall'art. 4 del d. lgs. n. 23 del 2015.³⁵⁵

Ma questi argomenti (impliciti nella sentenza) non sono stati sufficienti a fare modificare il principio di diritto formulato dal Comitato che, con una recentissima decisione, ha esaminato il regime di tutela obbligatoria previsto dal d. lgs. n. 23 del 2015 e valutato il meccanismo di indennizzo, pur nella versione corretta dalla Consulta, non conforme alla Carta dei diritti sociali³⁵⁶. Nello specifico, ha ritenuto che, al di fuori dei residui casi in cui è prevista la reintegrazione (sia piena che attenuata) l'indennizzo per i licenziamenti illegittimi, individuali e collettivi³⁵⁷, «non copre le perdite finanziarie effettivamente subite, dal momento che il suo importo è limitato» a un

³⁵³ Cfr. le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali *Finnish Society of Social Rights v. Finland* Complaint No. 107/2014 e No. 106/2014, in *questionegiustizia.it* del 22 marzo 2017.

³⁵⁴ Cfr. la sopracit. decisione del Comitato europeo dei diritti sociali No. 106/2014, la quale – con riferimento a una legge della Finlandia che aveva fissato il tetto di 24 mesi al risarcimento – ha ritenuto illegittimo «qualunque tetto nella misura della compensazione che precluda la valutazione di danni e renda non dissuasiva la sanzione», ostacolando l'effettiva valutazione del danno.

³⁵⁵ Al primo caso trova applicazione la correzione operata dalla Corte, giacché la disposizione richiama espressamente l'art. 3, comma 1, dichiarato incostituzionale; non così il secondo, per cui Trib. Bari, ord. 18 aprile 2019, in *G.U.*, I, 4 dicembre 2019, ha rimesso la questione davanti alla Corte.

³⁵⁶ European Committee of Social Rights, Decision on the merits, Adoption: 11 September 2019; Notification: 10 OCTOBER 2019; Publicity: 11 February 2020, *Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL) v. Italy*, Complaint No. 158/2017.

³⁵⁷ Il Tribunale di Milano, ord. 5 agosto 2019, in *DRI*, 2019, 4, 1208, con nota di V. FERRANTE e in *RIDL*, 2019, II, 533, con nota di G. BURRAGATO, e la Corte di Appello di Napoli, ordd. 18 settembre 2019, in *Labor*, 27 dicembre 2019, con nota di M. TURRIN, hanno sollevato numerose questioni pregiudiziali, comunitarie e costituzionali (la Corte napoletana) relative alle tutele per i licenziamenti collettivi illegittimi, che su alcuni punti fanno leva sull'art. 24 della Carta sociale europea e sulle citate decisioni del Comitato dei diritti sociali (oltre che dell'art. 30 della Carta di Nizza, applicabile all'istituto in quanto direttamente regolato dall'UE con la direttiva 98/59/CE).

predeterminato numero di mensilità, che si riduce addirittura a sei (o a tre per vizi di forma e di procedura) nelle piccole imprese. L'importo, anche nella misura massima (di 24 o 36 mensilità), non permette «di ottenere una riparazione adeguata, proporzionale al pregiudizio subito e di carattere (natura) tale da dissuadere il ricorso ai licenziamenti illegali». Aggiunge il Comitato che il risarcimento per ulteriori danni o la sanzione della nullità, secondo le regole della responsabilità civile e dell'art. 1418 cc, è limitato a casi specifici e non frequenti, che attengono alle modalità del licenziamento (e non al suo solo essere illegittimo) e alle conseguenze di queste sull'integrità fisio-psichica, nonché sulla vita privata e di relazione del lavoratore, o ancora quando il recesso abbia carattere di rappsaglia. Infine la violazione dell'art. 24 della Carta viene estesa all'istituto dell'offerta di conciliazione secondo cui il datore di lavoro, a prescindere da ogni valutazione sulla giustificazione del licenziamento, con il pagamento immediato di una ridotta indennità non soggetta ad imposizione fiscale, induce il lavoratore a non proporre ricorso al giudice. Si tratta invero di uno strumento che incentiva la mercantilizzazione del lavoro e che viola il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione legata all'inadempimento o ad esigenze organizzative aziendali³⁵⁸.

Il vero è che la sentenza della Corte costituzionale del 2018 ha indiscutibile carattere compromissorio³⁵⁹: l'esigenza di non turbare un assetto della tutela risarcitoria consolidato da lungo tempo e la scelta di non mettere in discussione la politica neo liberista, l'ha condotta ad applicare solo parzialmente il principio secondo cui l'indennità risarcitoria deve adempiere alla funzione di integrale compensazione del pregiudizio subito dal lavoratore e di effettiva dissuasione per il datore di lavoro ad effettuare licenziamenti illegittimi. I criteri di valutazione dell'adeguatezza della sanzione economica non sono perciò coerenti con i principi costituzionali filtrati dalla Carta sociale europea³⁶⁰. Vedremo se la Consulta tornerà sui propri passi. Quantomeno dovrà, se investita della questione, dichiarare l'incostituzionalità dell'offerta di conciliazione in quanto questa, lungi dal dissuadere, favorisce i licenziamenti illegittimi con la complicità dello Stato. Ma, a parte questo istituto, è forse possibile superare il (parziale) contrasto tra la Corte e il Comitato in via interpretativa dell'enunciato normativo di cui all'art. 3, comma 1, del d. lgs. n. 23 del 2015, attraverso l'applicazione del ricordato principio di razionalità-coerenza del sistema normativo.

A ben vedere, infatti, la violazione della Carta non consiste tanto nella predisposizione di tetti all'indennità – previsti nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati europei³⁶¹ – ma nel

³⁵⁸ Cfr. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in RIDL, 2015, 215; L. MARIUCCI, *Culture e dottrine del giuslavorismo*, cit., 604

³⁵⁹ Che emerge anche dalla dichiarazione di non fondatezza della disparità di trattamento tra gli assunti in data anteriore e quelli alla data di entrata in vigore della legge e quindi della coesistenza *ratione temporis* dell'art. 18 St. lav. e del d. lgs. n. 23/2015; disparità che la Corte giustifica richiamando l'obiettivo indicato nella legge delega di incrementare l'occupazione (specie a tempo indeterminato), dando per scontato che la riduzione delle tutele nei casi di licenziamento illegittimo favorisca «le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro». Forse la Corte avrebbe dovuto indagare più a fondo su tale assioma e analizzare i dati statistici da cui l'equazione non sembra così certa come declamato dai promotori del Jobs Act. Cfr. G. FONTANA, *La Corte costituzionale e il decreto n. 23/2015*, cit.

³⁶⁰ *Contra*, per una valutazione complessivamente positiva, anche se non esente da rilievi critici, A. BELLAVISTA, *Discutendo con Carlo Cester*, cit. 970.

³⁶¹ Non a caso nel giudizio si è costituito il governo francese, difendendo la propria disciplina in materia di indennizzo –oggetto di reclamo pendente da parte della CGT-FO - assai simile a quella italiana in quanto prevede che l'entità della somma dovuta al lavoratore sia crescente con l'anzianità di servizio entro un montante minimo e massimo predeterminato, la cui misura è diversa a seconda di imprese con meno o più di undici dipendenti. Il sistema è stato modificato in tal senso con un'ordinanza del 2017 a seguito della

considerarla una forfettizzazione del danno per la perdita del posto di lavoro e delle retribuzioni che esclude la risarcibilità di danni ulteriori (patrimoniali e no) che trovino causa nel licenziamento in sé, ammettendosi soltanto la risarcibilità degli eventuali danni conseguenza delle modalità del comportamento datoriale³⁶². Secondo la giurisprudenza infatti è autonomamente risarcibile solo il danno che deriva dal comportamento ingiurioso, persecutorio, vessatorio o da inottemperanza all'ordine di reintegrazione³⁶³. Di guisa che nella generalità dei casi i tetti sono invalicabili. È questa l'opinione della stessa Corte costituzionale espressa nella sentenza in commento e desunta dalla «volontà del legislatore di predeterminare compiutamente le conseguenze del licenziamento illegittimo, in conformità al principio e criterio direttivo dettato dalla legge di delegazione di prevedere un indennizzo economico 'certo'». Argomento questo che non giustifica, ma anzi avvalorata il contrasto con l'art. 24 della Carta dei diritti sociali, e che non preclude la possibilità di pervenire da parte dei giudici ad un'interpretazione coerente con la decisione del Comitato sulla base dell'elemento letterale della disposizione, che non definisce l'indennità onnicomprensiva (diversamente dall'art. 18, comma 5, St. lav.) e della sua doppia natura: afflittiva comminatoria, in funzione punitiva del datore di lavoro per avere esercitato il recesso in modo illegittimo, e risarcitoria (come riconosciuto dalla Corte costituzionale) che, come tale, deve conformarsi alla regola generale sulla responsabilità civile di integrale riparazione e di equivalenza del risarcimento al pregiudizio cagionato al danneggiato. Vero è che la regola non ha copertura costituzionale, ma la deroga deve tuttavia garantire l'adeguatezza del risarcimento³⁶⁴, e così non è secondo i rilievi formulati dal Comitato. Pertanto, al lavoratore dovrebbe essere consentito di allegare e provare in giudizio di avere subito un maggior danno (anche se) direttamente ascrivibile al licenziamento.

Décision n° 2015-715 DC del 5 agosto 2015 del Conseil constitutionnel il quale aveva ritenuto contrario al principio di eguaglianza davanti alla legge il precedente meccanismo che aveva ancorato le variazioni dell'indennizzo, oltre che all'anzianità del lavoratore nell'impresa, al numero di dipendenti da questa occupati distinguendo tra imprese con meno di venti, da venti a duecentonovantanove, da trecento e oltre. Quest'ultimo criterio, secondo il Consiglio, a differenza dell'anzianità di servizio, non presenta alcun legame con il pregiudizio subito dal lavoratore. La correzione apportata attenua, ma non elimina il criterio dimensionale, rendendolo comunque più ragionevole in quanto separa la micro impresa dalle altre. Plaude alla sentenza del Conseil constitutionnel, la cui argomentazione è diametralmente opposta a quella della nostra Corte, P. ICHINO, *Licenziamenti: quando la consulta pecca di provincialismo*, in www.pietroichino.it

³⁶² Cfr. in questo senso M.G. MATTAROLO, *Le conseguenze risarcitorie ed indennitarie del licenziamento illegittimo*, in F. CARINCI, C. CESTER (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015*, Adapt e-Book series, n. 46/2015, 128; A. TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *RIDL*, 2003, 302. *Contra*, ritenendo che l'indennità include il solo risarcimento forfettizzato del danno patrimoniale M.T. CARINCI, *La Corte costituzionale n. 194/2018 ridisegna le tutele economiche per il licenziamento individuale ingiustificato nel "Jobs Act", e oltre*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n. 378/2018,19; V. SPEZIALE, *La sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale sul contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2019, II, 3.

³⁶³ In giurisprudenza il principio è pacifico: Cass,19 novembre 2015, n. 23686, in *GD*, 2015, 49-50, 60; Cass.,17 dicembre 2007, n. 26561 in *D&L*, 2008, 1, 271, con nota di G. BULGARINI D'ELCI; Cass.,18 aprile 2013, n. 9073, in *GC Mass.*, 2013 (che riconosce il danno alla professionalità causato dal ritardo nella reintegra); Trib. Roma, 22 aprile 2015, in *Ilgiuslavorista.it*, 15 giugno 2015.

³⁶⁴ Il principio è richiamato dalla sentenza 194 del 2018, in cui si ricorda che «la regola generale di integralità della riparazione e di equivalenza della stessa al pregiudizio cagionato al danneggiato non ha copertura costituzionale (sentenza n. 148 del 1999), purché sia garantita l'adeguatezza del risarcimento (sentenze n. 199 del 2005 e n. 420 del 1991)» (sentenza n. 303 del 2011, punto 3.3.1. del Considerato in diritto). Cfr. anche, sulla questione di costituzionalità dell'indennità per i casi di conversione del contratto a tempo determinato, Corte cost. 11 novembre 2011, n. 303, in *DRI*, 2011, 4, 1102, con nota di A. BOLLANI, *RIDL*, 2012, II, 252, con nota di L. ZAPPALÀ, *GC*, 2012, 1, 553, con nota di R. ROMEI.

5. Qualche notazione sul *revirement* neo liberista della giurisprudenza in materia di licenziamento economico.

Mantenendo la barra dell'analisi sul tema dei licenziamenti, che ben può assurgere a cartina di tornasole delle trasformazioni del DL, qualche osservazione meritano le attuali tendenze della giurisprudenza di legittimità sulla interpretazione della nozione di g.m.o., nonché su alcuni tratti della disciplina limitativa della reintegrazione prevista per tale fattispecie, per verificare (anche qui) fino a che punto e con quali tecniche i giudici abbiano assecondato le pulsioni neo-liberiste e corretto le incoerenze logico-giuridiche contenute nelle disposizioni normative³⁶⁵.

Anzitutto, l'integrazione dell'analisi economica nel ragionamento giuridico spicca nelle più recenti interpretazioni della nozione generale che il legislatore del 1966 ha introdotto per giustificare il licenziamento economico individuale. Secondo l'orientamento della Cassazione, inaugurato nel 2016 con una decisione assunta previo concerto tra le due sezioni lavoro, la fattispecie legittimante il recesso va individuata non più soltanto «nell'andamento economico negativo dell'azienda», ma anche in ragioni organizzative «dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività», in quanto la tutela costituzionale del lavoro e della dignità dei lavoratori non può comprimere le libere scelte imprenditoriali di riorganizzazione dell'impresa, né frenare gli obiettivi di profitto, competitività, produttività, che anzi rappresentano essi stessi un bene per l'intera collettività³⁶⁶. Questa interpretazione – che enfatizza la lettera dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966 - attribuisce valore alla concorrenza che eleva a criterio di interpretazione della normativa, ponendosi sul solco della giurisprudenza della Corte di giustizia secondo cui le libertà economiche consentono limitazioni ai diritti fondamentali dei lavoratori e dei loro sindacati³⁶⁷. Il bilanciamento tra gli uni e gli altri si presenta dunque rovesciato rispetto a quello effettuato alla luce della tradizione costituzionale italiana. I limiti al potere datoriale sono esterni alla libertà di impresa e costituiti dalla effettività e non pretestuosità delle (insindacabili) ragioni addotte dall'imprenditore, dal nesso causale tra il riassetto organizzativo e la soppressione del posto di lavoro³⁶⁸, nonché dall'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse (*repechage*); elemento quest'ultimo di antico conio giurisprudenziale che, inespresso a livello normativo, ma considerato costitutivo della fattispecie, trova giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, sempre legata ad esigenze organizzative, e che non può essere condizionata da finalità

³⁶⁵ In argomento cfr. M.T. CARINCI, *Licenziamento per g.m.o. e obbligo di repechage*, in *RGL*, 2018, I, 459; C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *RIDL*, 2017, I, 153; A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2017, 85; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo "organizzativo": la fattispecie*, in *DRI*, 2017, 1, 61; P. TOSI, E. PUCCETTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: un equilibrio fragile*, in *ADL*, 2018, 3, 759. Sulle difficoltà di un'adeguata collocazione sistematica della disciplina introdotta dalla riforma dell'art. 18 St. lav., cfr. O. MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, n.159/2012, 5.

³⁶⁶ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, in *RGL*, 2017, II, 257, con nota di G. NATULLO, *La Cassazione delimita il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; e in *RCP*, 2017, 1228B, con nota di M. CORRIAS, *Licenziamenti per giustificato motivo oggettivo e interessi dell'imprenditore tra «situazioni sfavorevoli», «risparmio dei costi» e «incremento dei profitti»*; Cass., 22 novembre 2018, n. 30259, in *D&G* 2018.

³⁶⁷ M. V. BALLESTRETO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia bilancia il diritto di sciopero*, in *LD*, 2008, 2, 376

³⁶⁸ Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, in *GC Mass.*, 2019.

espulsive legate alla persona del lavoratore. E i giudici hanno rafforzato l'obbligo estendendolo alle mansioni di livello inferiore rispetto a quello di appartenenza del lavoratore e ponendo a carico del datore di lavoro l'onere di allegazione e prova della impossibilità del "ripescaggio". Come dire che la concezione del licenziamento come *extrema ratio* si sposta dal sindacato sulle ragioni economiche alla persona del lavoratore³⁶⁹. Ma anche qui la tutela del prestatore cede di fronte alle esigenze dell'impresa quando l'adibizione ad altre mansioni, pur possibile, si presenti come «irragionevole», sia perché necessita di «rilevanti modifiche organizzative ovvero comportanti ampliamenti di organico o innovazioni strutturali», sia, con riferimento a mansioni inferiori, nel caso in cui la posizione libera in azienda richieda (e venga al riguardo fornita specifica prova) una formazione mirata a colmare le lacune professionali del lavoratore³⁷⁰. Aspetto quest'ultimo che deve ritenersi superato dall'attuale art. 2103: deve infatti ritenersi che l'obbligo di *repechage* vada equiparato all'ipotesi di *ius variandi in peius* disposto dal datore di lavoro a seguito di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» in cui il mutamento delle mansioni deve essere «accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo» posto a carico del datore. Non sembra discutibile infatti che l'adibizione a mansioni inferiori, anche se nella disposizione è collegata all'esercizio del potere datoriale, persegue anche la finalità di tutelare il lavoratore evitandogli la perdita del posto, ed è perciò funzionalmente riconducibile al *repechage*³⁷¹.

Ridefinita la fattispecie alla luce dell'interesse dell'impresa ritenuto funzionale alla tutela dell'occupazione³⁷², i giudici intervengono altresì sull'ambito di applicazione della sanzione reintegratoria, cimentandosi sull'anodina frase contenuta nel comma 7 del novellato art. 18, secondo cui il giudice «può ... applicare» la tutela reale «nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». Il correttivo alla monetizzazione del licenziamento illegittimo è stato, come noto, frutto di un compromesso tra le eterogenee forze politiche che componevano la maggioranza del governo "tecnico" in carica nel 2012.

³⁶⁹ Cass., 20 ottobre 2017, n. 24882, in *GC Mass*, 2018: l'elemento «dell'impossibilità di reimpiego in altre posizioni di lavoro e/o con diverse mansioni ... se pure normativamente inespresso nella formulazione testuale dell'art. 3 l. n. 604/1966, trova la sua giustificazione sia sul piano dei valori, nella prospettiva del licenziamento come *extrema ratio* all'interno di un ordinamento che tutela il lavoro già a livello costituzionale, limitando, per converso, l'iniziativa economica privata, ove il suo esercizio risulti in contrasto con la dignità umana (art. 41, comma 2°, Cost.); sia come riflesso logico del carattere effettivo e non pretestuoso che deve accompagnare la scelta tecnico-organizzativa del datore di lavoro, la quale, siccome univocamente diretta al conseguimento delle ragioni proprie dell'impresa, non può riconoscere il condizionamento di finalità espulsive diversamente legate alla persona del lavoratore. *Contra*, ritenendo non più invocabile il *repechage* dopo la riforma del 2015, M. PERSIANI, *Giustificato motivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *ADL*, 2017, 138.

³⁷⁰ Cass., 3 dicembre 2019, n. 31520, in *MGC*, 2020, e n. 31521, in *D&G*, 4 dicembre 2019, con nota di D. SATTÀ MAZZONE; in entrambe le sentenze è però precisato che il principio è applicato con riferimento al vecchio testo dell'art. 2013 c.c.

³⁷¹ Sostengono che la novella all'art. 2103 c.c. abbia codificato il *repêchage* in mansioni inferiori F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *W.P.CSDLE "Massimo D'Antona*. It., n. 257/15, 9; F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n.81/15*, in *DLM*, 2015, 511 *Contra*, C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 150. Per Trib. Roma, 24 luglio 2017, in *GC.com*, 15 gennaio 2018 la nuova disciplina non ha innovato l'interpretazione consolidata secondo cui l'onere di *repechage* in mansioni del livello immediatamente inferiore è escluso se il datore di lavoro dovesse sostenere i costi della formazione professionale necessari al reimpiego nelle posizioni disponibili.

³⁷² Ma è un'affermazione contestata nel rapporto OCSE, 2016, pag. 126 "La maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio-lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro, suggeriscono che esse hanno un impatto nullo o limitato sui livelli di occupazione nel lungo periodo".

Un correttivo però (volutamente?) confuso, il cui intendimento era sembrato comunque quello di limitare ulteriormente l'area della reintegrazione rispetto a quanto previsto per il licenziamento disciplinare³⁷³. L'enunciato è sembrato tanto irragionevole da proporre un'interpretazione correttiva che facesse ritenere il può pleonastico, o da intendersi come deve; altrimenti la norma sarebbe stata incostituzionale per l'esorbitante discrezionalità rimessa al giudice³⁷⁴. Gli approdi della giurisprudenza sono ancora incerti, sia per l'esatto significato da attribuire alla parola manifesta³⁷⁵, sia nell'ammettere margini di discrezionalità del giudice nell'applicazione del tipo di sanzione. In particolare, sotto quest'ultimo profilo, un indirizzo della Cassazione, ritenuto il dato letterale ineludibile, integra la lacuna normativa (e cioè la mancata individuazione delle ipotesi in cui il giudice dispone la reintegrazione) applicando l'art.2058 c.c., secondo cui il risarcimento in forma specifica può essere negato quando sia eccessivamente oneroso per il debitore. Si afferma che «il ricorso ai principi generali del diritto civile permette di configurare un parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale del giudice, consentendogli di valutare – per la scelta del regime sanzionatorio da applicare – se la tutela reintegratoria sia, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa. Una eventuale accertata eccessiva onerosità di ripristinare il rapporto di lavoro può consentire, dunque, al giudice di optare – nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei due requisiti costitutivi del licenziamento – per la tutela indennitaria»³⁷⁶. È evidente l'adesione della Corte alla ricordata teoria dei costi di transazione,

³⁷³ Netta ed univoca è stata la presa di posizione della giurisprudenza nell'estendere la tutela reintegratoria alle ipotesi in cui il fatto posto a fondamento del recesso sia insussistente non solo nella sua materialità (come espressamente previsto dal d.lgs. 23/2015 nell'inane tentativo di non consentire interpretazioni estensive), ma anche sotto il profilo giuridico. Cfr., per tutte, Cass., 8 maggio 2019, n. 12174, in *RIDL*, 2019, II, 494, con nota di R. DEL PUNTA, *Ancora sul regime del licenziamento disciplinare ingiustificato: le nuove messe a punto della Cassazione*. Secondo la Corte «una lettura costituzionalmente orientata della norma» impone «che qualsivoglia giudizio di responsabilità, in qualunque campo del diritto punitivo venga espresso, richiede per il fatto materiale ascritto, dal punto di vista soggettivo, la riferibilità dello stesso all'agente e, da quello oggettivo, la riconducibilità del medesimo nell'ambito delle azioni giuridicamente apprezzabili come fonte di responsabilità».

³⁷⁴ Ritengono obbligatoria la reintegra: T. TREU, *Riequilibrio delle tutele e flexsecurity*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI, (a cura di), *NLCC, La nuova riforma del lavoro, Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, Milano, 2012, 34; A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, I, 785, secondo cui questa è la sola interpretazione conforme alla Costituzione; G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., 70; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *RIDL*, 2012, I, 558; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I 443. *Contra*, C. PISANI, *Il regime sanzionatorio del licenziamento alla deriva del diritto liquido*, in *RIDL*, I, 2019, 353.

³⁷⁵ Secondo un orientamento giurisprudenziale che sembra prevalere essa deve intendersi come «chiara, evidente e facilmente verificabile (sul piano probatorio) assenza dei presupposti di legittimità del recesso»: Cass., 25 giugno 2018, n. 16702, *MGC*, 2016. Ma nel processo ciò che rileva ai fini del giudizio è la certezza della prova e non delle difficoltà della sua acquisizione; in questo senso cfr. F. CARINCI, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *LG.*, 2012, 529; M. PERSIANI, in A. VALLEBONA (a cura di), *L'ingiustificata qualifica del licenziamento, Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, 67-68, per il quale «l'espressione "manifesta" (...) non ha, a ben vedere, alcun significato», posto che «le esigenze aziendali che giustificano il licenziamento o esistono, o no». È pertanto preferibile, per dare un senso alla frase, ritenere che, nell'interpretazione dei giudici, la "manifesta insussistenza" vada intesa nel senso che dall'istruttoria probatoria emerga «la chiara pretestuosità del recesso»: così Cass., 11 novembre 2019, n. 29105, in *GC Mass*, 2019.

³⁷⁶ Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, in *ADL*, 3, 2018, 769 con commento adesivo di TOSI, PUCETTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit.; Cass., 3 febbraio 2020, n. 2366, in *rassegnadiritto lavoro.it*, 7 febbraio 2020. *Contra*, Cass., 14 luglio 2017, n. 17528, in *GLav*, 2017, n. 36, 36.

Cass., 13 marzo 2019, n. 7167, in *ADL*, 4, 2019, 840, con nota di A. QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post fornero: conferme e ripensamenti della giurisprudenza di cassazione*; si legge in motivazione: «l'espressione "può altresì applicare", che compare al principio della disposizione in esame, non assegna al giudice un margine ulteriore di discrezionalità (tra

sganciata da ogni considerazione sulla asimmetria dei soggetti coinvolti e quindi del diverso grado di sopportabilità del sacrificio causato, per l'uno dalla perdita del lavoro e per l'altro da una mera *difficultas* nel dare esecuzione al risarcimento in forma specifica ascrivibile alla condotta datoriale. Peraltro, il generico richiamo alle modifiche apportate alla struttura organizzativa dell'impresa non giustifica il rigetto della domanda di reintegrazione, che invece richiede la prova a carico del datore di lavoro di un costo «largamente sproporzionato rispetto all'entità economica del danno e al vantaggio concretamente apportato al danneggiato»³⁷⁷. Di conseguenza, il datore di lavoro dovrebbe sostenere sia la spesa per la riqualificazione del lavoratore, se necessaria in caso di suo ripescaggio, sia quella concernente gli opportuni adattamenti organizzativi sempre che l'una e l'altra siano ragionevoli, e quindi non eccessivamente onerosi, con riguardo alle dimensioni e alle caratteristiche dell'impresa³⁷⁸. Resta il fatto che, pur così corretta, l'applicazione della regola indicata dall'art. 2058 c.c.si risolve o in un giudizio che si sovrappone a quello sull'ingiustificatezza del licenziamento per mancato assolvimento del *repechage*, o, coniugandosi con la lettura rigorosa (ma giuridicamente labile) dell'aggettivo manifesta, introduce un «criterio – la non eccessiva onerosità del rimedio ripristinatorio – normativamente non previsto» e per di più «basato sull'apprezzamento personale del singolo giudice»³⁷⁹, e sottratto «al sindacato di legittimità, ove sorretto ... da motivazione plausibile»³⁸⁰. Ciò che il legislatore voleva perseguire – certezza del regime sanzionatorio e del costo del recesso – viene così paradossalmente sacrificato – con una palese eterogenesi dei fini - sull'altare di interpretazioni che danno valenza prioritaria alla libertà di impresa rispetto ai principi di solidarietà, di dignità e di tutela del diritto al lavoro³⁸¹.

La tendenza regressiva del DL è stata descritta nei termini di un piano inclinato inevitabile a fronte dei vincoli concorrenziali globali³⁸². Resta da vedere se la produttività si implementa con maggiore flessibilità del lavoro e con l'attribuzione di maggiori poteri al datore e conseguente riduzione delle tutele. In ogni caso, al lavorista resta il compito di condurre questa trasformazione salvaguardando i diritti fondamentali della persona del lavoratore con gli strumenti interpretativi che la scienza giuridica gli offre. Non è poco.

casi reputati meritevoli della più severa sanzione per la loro estrema gravità e casi che, pur rivelandosi compresi anch'essi nell'identico e comune ambito di eccezione, non siano considerati tali), posto che, ove il fatto sia caratterizzato dalla "manifesta insussistenza", è unica, e soltanto applicabile, la protezione del lavoratore rappresentata dalla disciplina di cui al comma 4».

³⁷⁷ Così C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V *La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1994, 189

³⁷⁸ In questo senso, ma con riguardo all'obbligo di *repechage* in caso di sopravvenuta idoneità fisica al lavoro, e quindi ai sensi dell'art. 5 della Direttiva 2000/78/CE, secondo un'interpretazione costituzionalmente orientata, Cass., 19 dicembre 2019, n. 34132, in *D&G.*, 20 dicembre.

³⁷⁹ A. QUAINI, *La reintegrazione nel licenziamento per motivo oggettivo ex art. 18 post fornero*, cit., 851.

³⁸⁰ Cass., 3 febbraio 2020, n. 2366, cit.

³⁸¹ Trib. Ravenna, ord. 7 febbraio 2020, in *Labor*, n. 6/19, con breve nota di S. D'ASCOLA, ha rimesso alla Corte costituzionale la questione di legittimità dell'art. 18, comma 7, ritenendo che la disposizione, nella parte in cui attribuisce al giudice la facoltà e non l'obbligo di disporre la reintegrazione, violi gli artt. 3, 41, 24 e 111 Cost.

³⁸² R. DE LUCA TAMAJO, *Concorrenza e diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *L'idea del diritto del lavoro. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, 2016, Cedam, 19.