



Recebido em: 21.08.2018
 Aceito em: 26.10.2018

DOI: <http://doi.org/10.33239/rt dh.v1i1.4>

1 Professor titular de Direito do Trabalho na Universidade de Cagliari, na Itália

<https://orcid.org/0000-0002-6170-5421>



This work is licensed under a Creative Commons Attribution 4.0 International License.

Licenciamento, direito del lavoro e ideologia

Demissão, direito do trabalho e ideologia

Dismissal, labor law and ideology

Gianni Loy¹

RIASSUNTO:

In distinte fasi storiche, almeno tre, il Diritto del lavoro si è interrogato sulla disciplina da applicare al licenziamento, o al recesso. Una breve rilettura di queste tre fasi consente di mettere in evidenza le relazioni intercorrenti tra la norma e l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, cioè le "costruzioni giuridiche" che hanno accompagnato la sua evoluzione. Prenderò in considerazione la fase delle origini, quella post-costituzionale e ovviamente la fase attuale. Lo farò cercando di cogliere il nesso con le ideologie del tempo per arrivare alla conclusione che, in definitiva, il problema di fondo, che è quello scegliere il modello preferibile, è sempre lo stesso ed è incentrato sul riconoscimento della asimmetria della parti nel rapporto di lavoro, ed in particolare nel momento del recesso. Si potrà osservare come il Diritto del lavoro, in questa materia, risulti fortemente tributario dal predominio di ideologie esterne ad esso.

PAROLE CHIAVE: Diritto del Lavoro. Rapporto di Lavoro. Licenziamento. Asimmetria. Ideologia.

RESUMO

Em distintas fases históricas, pelo menos três, o Direito do Trabalho foi interrogado sobre a disciplina a ser aplicada à demissão ou ao recesso. Uma breve leitura dessas três fases consente de colocar em evidência as relações intercorrentes entre a norma e a elaboração doutrinária e jurisprudencial, isto é as "construções jurídicas" que acompanharam a sua evolução. Tomarei em consideração as fase das origens, a fase pós-constitucional e obviamente a fase atual. Eu o farei procurando colher o nexo com as ideologias do tempo para alcançar a conclusão que, fundamentalmente, o problema de fundo, que é o de escolher o modelo preferido, é sempre o mesmo e é focalizado no reconhecimento da assimetria das partes na relação de trabalho, e em particular no momento da demissão. Poder-se-á observar como o Direito do Trabalho, nesta matéria, resulta densamente tributário do predomínio de ideologias externas a ele.

PALAVRAS-CHAVE: Direito do Trabalho. Relação de Trabalho. Demissão. Assimetria. Ideologia.

ABSTRACT

In distinct historical phases, at least in three of them, Labor Law has been questioned about which discipline to apply to the dismissal or to the withdrawal. A brief reading of these three phases intends to evidence the intercurrent relations between the norm and doctrinal and jurisprudential elaborations, that is, the "legal constructions" that have accompanied their evolution. I will take into consideration the origins phase, the post-constitutional phase and obviously the current phase. I will seek to grasp the link between the ideologies of the time in order to reach the conclusion that fundamentally the key issue, which is the choice for the preferred model, is always the same and focuses itself on the recognition of asymmetry between the parties in a labor relation, particularly in the moment of withdrawal. It will be possible to observe how Labor Law, in this matter, is strongly tributary to the predominance of ideologies external to it.

KEYWORDS: Labor law. Work Relations. Dismissal. Asymmetry. Ideology.

INTRODUZIONE: ALLE ORIGINI DELLA SIMMETRIA NEL CONTRATTO DI LAVORO. UNA OPZIONE IDEOLOGICA

Il tema può essere aperto ricordando il grido di dolore lanciato da Mario Napoli all'indomani dello "sfregio" subito dalla stabilità reale a partire dalla riforma Fornero (NAPOLI, 2014, p. XI ss).

Si è trattato di una denuncia severa e rigorosa da parte di un appassionato studioso che, come egli stesso proclama, ha "passato una vita per chiarire la portata del sistema di stabilità reale" (NAPOLI, 2014, p. XII). Tuttavia, sia per l'affetto che in molti abbiamo sempre nutrito per lui, sia per la coincidenza del declino dell'istituto della stabilità reale con quello della vita terrena di Mario, molti hanno preferito cogliere, in quel suo testamento, il vigore della passione piuttosto che l'energia della razionalità.

Quasi che quella denuncia nascesse dalla sofferenza di veder crollare il proprio castello, piuttosto che dalla preoccupazione che una "delegittimazione culturale e politica del Diritto del lavoro" (NAPOLI, 2014, p. XI) conduca, fatalmente, ad un arretramento delle condizioni di vita e della livello di civiltà di cui le società occidentali si fanno vanto, sino a costituire un rischio per lo stesso equilibrio democratico della Repubblica (RUSCIANO, 2016, p. 953 ss.).

La disciplina del licenziamento ha costituito, da sempre, la cartina di tornasole della vitalità, dei tormenti, ed anche delle ambiguità del Diritto del lavoro. Il potere di recedere unilateralmente costituisce la modalità suprema di affermazione del predominio di una delle due parti del contratto. Il potere di recesso unilaterale, infatti, può mettere a tacere, in maniera definitiva, ogni altro reclamo avanzato dalla parte debole. Tale potere, paventando l'estinzione del rapporto, ha la forza di imporre la rinuncia ad altri diritti e l'acquiescenza all'abuso.

Il contratto d'opera, in prima battuta, è stato ascritto, indistintamente, al novero degli altri contratti privati. Si pretendeva che la garanzia offerta dalla libertà di contratto fosse in grado di assicurare i diritti e le aspettative derivanti dal contratto stesso, senza necessità che lo Stato si immischiasse. Ma è stato presto evidente che così non era!



L'asimmetria, prontamente constatata e stigmatizzata a livello sociale, è stata subito presa in considerazione, anche a livello giuridico, proprio sotto il profilo della libertà di recesso, o se si vuole del potere unilaterale di licenziare *ad nutum*, all'interno del diritto comune dei contratti sinallagmatici, cioè di un diritto ispirato, in principio, alla più rigida simmetria. Le soluzioni proposte dalla dottrina prevalente per giustificare il potere di recesso *ad nutum*, e che poi si sono affermate, sono incentrate su motivazioni squisitamente giuridiche. Barassi ha giustificato tale potere, con particolare riferimento alla *locatio operarum* a tempo determinato, con la natura fiduciaria del rapporto, Carnelutti, da parte sua, è ricorso all'analogia con la locazione delle cose, schivando l'obiezione di una possibile "ripugnanza morale a parificare l'uomo alle cose" (CARNELUTTI, 1911, p. 397). Ciò che più mi preme porre in evidenza, al riguardo, è il fatto che quel dibattito prenda le mosse da constatazioni di ordine economico e sociale, etico.

Il dibattito, infatti, è originato dalla presa di coscienza della profonda diseguaglianza tra le parti del contratto, derivante da una attenta osservazione del mercato del lavoro, dei fenomeni economici e sociali e dai riflessi dell'atto giuridico sulla condizione esistenziale delle persone. Si tratta di una analisi attenta, soprattutto da parte di alcuni, perché si spinge sino a dettagliare la misura del rischio che il lavoratore deve sopportare, a seconda della attività lavorativa svolta. Perché "il domestico, anche se licenziato, trova facilmente un nuovo servizio perché il numero delle persone che si danno al servizio domestico va ogni giorno diminuendo ... mentre ... le difficoltà sono ben maggiori pei commessi. Il loro numero va aumentando a misura che l'istruzione si diffonde e se sono licenziati dal loro padrone riesce loro tanto più difficile il collocarsi" (LAURENT, 1900, p. 431-432). Anticipazioni della moderna analisi economica del diritto?

Sia la dottrina del nascente Diritto del lavoro che la giurisprudenza, a questo punto, si dividono. Si affaccia una articolazione di posizioni tra chi nega il diritto del libero recesso da parte del padrone (LAURENT, 1900, p. 431-432), chi ritiene di temperare il danno subito dalla parte debole riconoscendo al lavoratore licenziato il diritto al preavviso o ad una indennità, come fa una parte della giurisprudenza, o chi, come si è detto, riconosce la libertà di recesso all'interno del rapporto a tempo determinato (BARASSI, 1901, p. 830 ss.).



In questa sede non interessa tanto descrivere la tematica, peraltro minuziosamente approfondita da Mario Napoli. Preme, piuttosto, sottolineare gli aspetti relativi al superamento, sulla base del ricorso a principi generali, dell'apparente simmetria tra padrone e domestico introdotta dall'art. 1628 del codice civile sulla scia dell'art. 1870 del codice napoleonico. Posto che la direttiva di ordine pubblico di cui all'art. 1628, come ricorda Mario Napoli, era dettata in funzione della libertà del lavoratore (NAPOLI, 1980, p. 64), il fatto che il padrone possa obbligarsi a mantenere in servizio i domestici per tutta la vita non si pone in contrasto con tale norma.

La simmetria, in realtà, è soltanto apparente; perché, “nel primo caso il domestico aliena la sua libertà, perché è lui che serve, nel secondo caso il padrone non aliena la sua libertà, perché non è lui che serve” e, di conseguenza, l'art. 1628 non fonda alcun divieto, per il padrone, di obbligarsi a tenere dei domestici per tutta la vita (NAPOLI, 1980, p. 64). L'asimmetria verrà successivamente ribadita, in termini sostanzialmente analoghi, dalla dottrina successiva. Giorgio Ghezzi rileva che mentre il lavoratore soffre “una compressione della libertà personale”, per il datore di lavoro si tratta, invece, di una “limitazione della libertà di iniziativa economica” (GHEZZI, p. 338). Federico Mancini, dal canto suo, ritiene inammissibile la simmetria in quanto vengono messi a repentaglio “da un lato la persona e dall'altro il patrimonio” (MANCINI, 1962, p. 338).

Quella parte della dottrina e della giurisprudenza che spingono lo sguardo oltre il formale equilibrio disegnato dalla norma, lo fanno prendendo atto, dichiarandolo, del contesto socio economico. L'opportunità, o la necessità, di guardare all'economia, evidentemente, non sono acquisizioni recenti, esse sono insite nel DNA del Diritto del lavoro.

La presa di coscienza dei fenomeni economici, dei loro risvolti sociali, nonché dell'iniziale indifferenza del legislatore, tuttavia, non suggeriscono una risposta univoca. E' sufficiente riflettere sulle motivazioni, almeno in parte sicuramente metagiuridiche, che giustificano le teorie avanzate dai principali interpreti dell'epoca.

Barassi prende atto, e se ne duole, della triste condizione dell'operaio, sia per quanto attiene alla (mancata) stabilità del rapporto di lavoro, ma anche per la penosità ed il rischio che esso comporta. Ma dichiara, *malgré soi*, di non poter infrangere le rigide regole imposte dal diritto privato. Non essendo insensibile al problema, tuttavia, auspica che alla sicurezza, in



tutti i sensi, del lavoratore, possa provvedere lo Stato, adottando misure da confinare, almeno prevalentemente, nel diritto pubblico. Pur non potendo ignorare che le riforme, “de iure condendo”, potrebbero anche riguardare il diritto comune, egli, “da buon conservatore”, come lo definisce Mario Napoli (1980. p. 70), scongiura tale ipotesi. Si possono intravedere, in questa chiave di lettura, non poche similitudini con le ragioni di chi, oggi, invoca una maggior flessibilità in tema di licenziamento auspicando, allo stesso tempo, che il lavoratore possa soddisfare “altrove”, nel mercato del lavoro o mediante altri strumenti di carattere previdenziale o assistenziale, la propria aspirazione alla sicurezza.

Non meno positivista appare l’approccio di un altro dei principali fautori della libertà di licenziamento *ad nutum*, Carnelutti. Per lui, come si è detto, l’unica ragione ostativa al ricorso all’analogia con la locazione potrebbe essere rappresentata dalla ripugnanza morale a parificare l’uomo alle cose. Ma la ritiene una “*pruderie eccessiva*” (CARNELUTTI, 1911, p. 397). Egli, con l’aggiunta di una nota di pragmatismo, fa il seguente ragionamento: siccome, nei fatti, tutti finiscono per arrivare allo stesso risultato per vie traverse, accettare il ricorso all’analogia con la regola dell’art. 1609 del codice civile, non solo è la soluzione più sincera, ma anche la più efficace. Si tratta di un ragionamento che, ancor oggi, risulta per alcuni affascinante.

Di segno diametralmente opposto il ragionamento di Laurent, un precursore di quanti ritengono che il bisogno di sicurezza del lavoratore non sia venuto meno (LOI, 2001). Egli sulla base del presupposto costituito dalla disparità sociale ed economica delle parti, riteneva giustificato il ricorso ai principi di equità e di giustizia, o il ricorso alla categoria dell’abuso del diritto, al fine di compensare, almeno parzialmente, lo svantaggio della parte debole del rapporto di lavoro.

1 PRIMO TEMPO: IL LEGISLATORE CANCELLA L’ASIMMETRIA, MA QUESTA SI RIAFFERMA NEL DIRITTO AL LAVORO SANCITO DALLA COSTITUZIONE REPUBBLICANA

Il codice civile del 1942 formalizza le acquisizioni della dottrina favorevole al riconoscimento del diritto di licenziamento *ad nutum* e le consacra in una norma che, disciplinando unitariamente il recesso, riconosce perfetta simmetria di posizione tra



l'imprenditore ed il lavoratore subordinato. Si tratta di una formulazione che registra i rapporti di forza che si erano consolidati nel paese e gli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che meglio li avevano rappresentati. Una norma formalmente equidistante ma che, in realtà, favorisce il padronato che, da un'interpretazione favorevole alla piena disponibilità del potere di licenziamento *ad nutum*, poteva trarre indubbi vantaggi (BALLESTRERO, 1974, p. 23; MANCINI, 1937, p. 05).

L'apparente simmetria contenuta nella formulazione degli art. 2118 e 2119, che penalizza gli appartenenti alla classe lavoratrice, è ben presto messa in crisi dall'entrata in vigore della Costituzione repubblicana.

La formulazione del codice civile in materia di recesso rimarrà ancora a lungo invariata, ma comincerà a farsi strada, seppur faticosamente, l'idea che la proclamazione del Diritto al lavoro rappresenti una pietra angolare, destinata a portare frutti sia sotto il profilo dell'interpretazione della legislazione ordinaria, costituzionalmente orientata, sia quale punto di riferimento per quei nuovi "costruttori" che, in ossequio all'impegno derivante dall'art. 3 Cost., sono chiamati a rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (LOY, 2009, p. 197 ss.).

La mancata protezione contro il licenziamento illegittimo costituisce sicuramente un ostacolo alla concretizzazione del Diritto al lavoro. Eppure, al momento, è venuta meno persino quella nozione di licenziamento giustificato che aveva cominciato a fare la sua comparsa nel primo scorcio del secolo.

Le ragioni che hanno portato alla formulazione della norma Costituzionale con l'occhio rivolto all'interesse della classe lavoratrice e, conseguentemente, alla limitazione delle prerogative imprenditoriali a favore di questi ultimi (di cui l'art. 35 costituisce il punto di riferimento e l'art. 41 indica la misura), sono evidentemente ispirate, ad una scelta ideale, ad un programma, o ad un'utopia, che è quella di ritenere che sia giunto il tempo di promuovere le condizioni per far sì che le classi più svantaggiate possano essere affrancate sino al raggiungimento della piena, vera, uguaglianza.

Obiiettivo, questo, incompatibile con il permanere del principio codicistico della simmetria delle parti nel recesso, espresso con la sprezzante formula del diritto di licenziare *ad nutum*,



con un il semplice cenno del capo, che non si arresta neppure difronte al motivo discriminatorio.

La maturazione di una nuova coscienza giuridica si intreccia con la maturazione della coscienza comune ed è accelerata dai fatti e dai conflitti. Il licenziamento di Santihia nel 1951, dovuto a motivi esplicitamente discriminatori, non troverà, sul piano giuridico, una risposta in grado di rimediare all'evidente *vulnus* di un principio che si va radicando nelle coscienze, ma provoca indignazione e fa maturare l'esigenza di incominciare a dare attuazione al principio del Diritto al lavoro (e non solo ad esso) mediante una legislazione che impedisca almeno le forme più odiose del licenziamento discriminatorio. Il primo banco di prova sarà la legge che sancisce la nullità del licenziamento intimato per ragioni di matrimonio.

Il principio costituzionale del Diritto al lavoro, per quanto riguarda la limitazione della libertà di licenziamento, si afferma per effetto dell'evoluzione della coscienza sociale e per effetto del conflitto, anch'esso ormai costituzionalmente garantito. E' l'autonomia collettiva, infatti, a concordare i primi limiti al potere di licenziamento nella grande impresa privata. In tal modo riprende a vivere, a dispetto della imparziale formulazione degli art. 2018 e 2119, quella asimmetria tra licenziamento e dimissioni di cui già si ragionava all'inizio del secolo.

Oggi, è facile cogliere l'inconciliabilità tra il principio contenuto nell'art. 4 Cost. e l'indiscriminata libertà di recesso sancita dal codice civile; eppure la strada della lettura costituzionalmente orientata di quelle norme, nonostante l'autorevolezza di chi la predicava, non è stata facile.

Vi era chi, come Natoli, intendeva l'art. 4, come "diritto alla conservazione del posto" (NATOLI, 1955, p. 57). L'art. 4, secondo un orientamento di politica del diritto autorevolmente rappresentato anche da Mortati e da Smuraglia riteneva che l'art. 4 della Costituzione non solo prescrivesse al legislatore adozione di provvedimenti attuativi di quel principio ma contenesse anche un divieto per i privati di adottare provvedimenti che negassero o compromettessero lo scopo indicato nella norma costituzionale (MORTATI, 1953, p. 79; SMURAGLIA, 1958, p. 143).

Evidentemente, per il clima dell'epoca, non era facile "aggirare" la libertà di licenziamento con la sola utilizzazione di strumenti interpretativi "anche tecnicamente validi" (BALLESTRERO, 1974, p. 44). Lo stesso Federico Mancini, all'epoca, riteneva che l'art. 4 della



Costituzione fosse non tanto in contraddizione quanto “eterogeneo” rispetto alla disciplina del recesso disegnata dagli art. 2118 e 2119 del codice civile. Pertanto, concludeva che se anche “il legislatore modificasse l’art. 2118, le norme relative non potrebbero trovare nel secondo (*cioè nell’art. 4 Cost.*) la legittimazione costituzionale” (MANCINI, 1962, p. 362).

Ovviamente, il dissenso di Mancini rispetto a tale linea di politica del diritto riguardava la tecnica interpretativa e non la finalità. Egli stesso, infatti, in relazione a due delle ipotesi sul tappeto (introdurre un controllo sui motivi, oppure temperare l’assoluta libertà di recesso con la previsione di un correttivo patrimoniale) optava decisamente per la prima, ritenendo che tale scelta potesse costituire “una premessa per ulteriori sviluppi sulla strada della stabilità reale” (MANCINI, 1962, p. 346).

La corrente “costituzionalista”, pertanto, non riuscì ad imporsi. Assai più proficuo fu l’altro filone, quello che, attraverso il conflitto ed i conseguenti accordi collettivi, costruì il modello che sarebbe stato poi recepito dal legislatore del 1966.

Poiché, in questa sede, ciò che interessa è il rapporto tra Diritto al lavoro e disciplina del licenziamento, è opportuno sottolineare che la derivazione costituzionale della disciplina limitativa del libero recesso fa riferimento, e presuppone, accanto al richiamo ad altri valori, una precisa visione dell’economia di mercato. Visione che, per Mortati, “presuppone la convinzione che l’equilibrio nel mercato del lavoro non si possa attendere dallo spontaneo giuoco dei fattori che operano a determinarlo” (MORTATI, 1972, p. 252) ed implica (anche in considerazione della professione religiosa dell’autore) una critica alla teoria liberista coerente ed ispirata agli orientamenti già presenti, e destinati a consolidarsi, nella dottrina sociale della chiesa. Il dibattito giuridico, in altri termini, si sviluppava, più o meno, secondo le tecniche proprie della disciplina, ma era fortemente condizionato dal *pre-giudizio* degli autori. Essi proiettavano nelle rispettive argomentazioni giuridiche, con maggiore o minore intensità, le proprie convinzioni ideologiche e le proprie passioni ideali.

Richiamo ciò, per smentire gli ammonimenti di chi, da qualche tempo, non cessa di invitare i giuslavoristi a non ignorare l’economia, dimenticando che, proprio al contrario, il Diritto del lavoro è nato ed è cresciuto all’interno delle acque, spesso turbolente, dell’economia; solo che il più delle volte, ben lungi dall’asseccarle, si è contrapposto alle



pretese di quelle teorie economiche che avrebbero voluto concedere briglia sciolta alle ai pretesi meccanismi spontanei del mercato.

A dimostrazione di ciò, visto che ho fatto prevalente riferimento ad una dottrina “progressista”, mi sembra interessante richiamare anche talune delle argomentazioni, anch’esse ispirate alle teorie economiche, di chi, invece, riteneva che l’art. 4 della Costituzione, pur consacrando il “diritto al lavoro” quale principio, non postulasse alcun intervento da parte dello Stato.

Mazziotti, ad esempio, riprendendo un ben più vecchia idea ereditata dal tempo del primo capitalismo¹ non esitava ad affermare che il più coerente strumento di attuazione del diritto al lavoro fosse il totale abbandono dell’economia alla libertà di mercato; di un mercato che, spontaneamente e virtuosamente, avrebbe conseguito l’obiettivo costituzionale del “diritto al lavoro”².

Non può non vedersi come l’interpretazione del giurista, in entrambi i casi, postuli un’opzione ideologia e suggerisca l’applicazione di una differente teoria economica, dall’inoperosa contemplazione dei virtuosi effetti delle regole del mercato, alla necessità di un interventismo statale volti a correggere gli effetti non coerenti con il programma indicato dall’art. 4 Cost.

Il richiamo all’art. 4 Cost è corroborato, e trova un fondamento tecnico, nell’art. 41 Cost. Tale norma, dopo aver affermato la libertà di iniziativa economia, ne tratteggia i limiti. Essa “non può svolgersi in contrasto con l’utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”. Si tratta solo di stabilire se il potere di recesso ingiustificato, così come disciplinato dall’art. 2118 possa “offendere” uno o più dei limiti indicati dalla norma costituzionale. L’indiscriminata libertà di licenziamento, secondo un orientamento sostenuto soprattutto da autorevoli costituzionalisti, contrasterebbe con il diritto del lavoratore alla sicurezza. Il termine sicurezza riferito al lavoratore, infatti, dev’essere inteso come sicurezza della propria esistenza. Essa consiste nella “garanzia di

¹ “El capital, abandonado a su libre y espontánea acción se invierte forzosamente en dar trabajo y pago de salarios” (FERRAN 1882, p. 91).

² MAZZIOTTI, 1956 p. 59 e 69. In senso analogo: D’EUFEMIA, 1958, p. 25 ss. “Se la Repubblica dovesse attuare il diritto al lavoro di tutti i cittadini solo moltiplicando posti di lavoro dipendente lo Stato finirebbe...per divenire uno stato collettivistico, non molto diverso da quello sovietico, il che certo non corrisponde ai principi della costituzione” (MAZZIOTTI, 1973, p. 338 ss).



potere in ogni tempo disporre dei mezzi necessari per la propria esistenza e quella della propria famiglia”; il lavoratore licenziato senza giustificazione si troverebbe nelle condizioni di non poter tutelare, nei modi costituzionalmente garantiti la propria personalità (BALDASSARRE, p. 602). Pertanto, si può sostenere che nel diritto al lavoro“ rientri anche il diritto alla conservazione del posto di lavoro per coloro che l’occupazione l’abbiano in precedenza ottenuta”(CRISAFULLI, 1952, p. 145)³ e che l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro rappresenti “un interesse costituzionalmente protetto”(CRISAFULLI, 1952, p. 145).

La prima giurisprudenza costituzionale non ha accolto l’idea che il combinato degli art. 4 e 41 Cost. possano avere efficacia immediata ai sensi dell’art. 1374 del codice civile, che obbliga le parti anche alle conseguenze che dal contratto derivano secondo la legge o, in mancanza, secondo gli usi e l’equità. La Corte costituzionale, tuttavia, nel 1965, pur confermando che al lavoratore non è riconosciuto un diritto soggettivo, immediatamente azionabile, alla conservazione del posto, ha invitato il legislatore ad “adeguare la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del posto di lavoro” e di circondare di “doverose garanzie” e di “opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti” (CORT COST, 1965, p. 661). La sentenza precede di poco la stagione dell’interventismo legislativo che, nel 1966, spezzerà la simmetria tra licenziamento e dimissioni imposta codice civile del 1942.

Successivamente all’introduzione della legislazione limitativa dei licenziamenti individuali, la teoria della derivazione costituzionale del diritto alla conservazione del posto di lavoro trova nuovi adepti. Tutti hanno ben chiara la distinzione tra il diritto ad ottenere un posto di lavoro ed il diritto a conservarlo. Nel secondo caso, “il diritto a non essere arbitrariamente privato del proprio posto di lavoro è perfettamente concepibile”, come dirà più tardi D’Antona (1979, p. 110), perché sarebbe in contrasto con l’interesse alla “sicurezza” tutelato proprio dall’art. 41 Cost.

Non tutti, ovviamente, seguono tale impostazione. Giuseppe Pera, invertendo i due poli della disposizione costituzionale, anziché partire dalla libertà dell’impresa per poi

³ Secondo cui l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro rappresenta “un interesse costituzionalmente protetto”(CRISAFULLI, 1952, p. 161).



individuare i limiti indicati dal capoverso, parte invece da questi ultimi per affermare che “questo interesse del lavoratore non può essere tutelato oltre il limite superato il quale verrebbero in gioco o in questione quelle scelte rispetto alle quali vale la garanzia costituzionale di libertà” (PERA, 2007, p. 199). Vorrebbe far credere, cioè, che esista un livello di garanzia costituzionale, immutabile, a favore della libertà di impresa e che l’interesse del lavoratore alla tutela della sua dignità e della sua sicurezza trovi un limite nella libertà d’impresa. Ma non è così: ad essere “flessibili” non sono il diritto alla dignità o alla sicurezza del lavoratore, che vengono indicati quali limiti, bensì l’ampiezza della libertà di impresa che tali limiti non può travalicare.

Se si presta attenzione alla “matrice più generale della tutela delle libertà e dignità del lavoratore contenute nell’art. 41, 2° comma Cost.” è evidente che “il potenziale elemento lesivo di tali beni, da assoggettare a limiti, è individuato nell’iniziativa privata *tout court*, cioè direttamente nel potere dell’imprenditore, a prescindere dalle forme giuridiche in cui si esplichino” (TREU, 1974, p. 43 ss.).

L’art. 41 Cost., nel riconoscere la libertà d’iniziativa privata, fonda, evidentemente, anche il potere di licenziamento da parte del datore di lavoro, solo che vi sarebbe un “limite interno al suo esercizio, connaturato alla funzione stessa per la quale i relativi poteri sono giuridicamente riconosciuti” (GAROFALO, 2008-2009). In realtà, è riduttivo affermare che il diritto del lavoratore alla sicurezza, o alla dignità (le locuzioni del cpv dell’art. 41 Cost. esprimono un valore complessivo nel loro insieme) costituisca un limite interno all’esercizio del potere del datore di lavoro. Neppure il riferimento alla tecnica del bilanciamento (D’ANTONA, 1979, p. 70; NOGLER, 200)⁴, in questo caso, sembra convincente. Il bilanciamento presuppone che gli interessi da comparare siano collocati allo stesso livello nella gerarchia dei principi. Ma in questo caso così non è. Nonostante il diverso avviso di una autorevole dottrina, la libertà di impresa non si trova sullo stesso piano dei diritti assoluti della persona richiamati dal cpv dell’art. 41 Cost.. E’ vero che non si tratta di diritti intangibili, perché anche “i diritti fondamentali sono sempre intrinsecamente limitati, anche quelli enunciati nella carta costituzionale” (MENGONI, 1998, p. 8). Ma è altrettanto vero che la formulazione della norma

⁴ Contra, DI MAJO, 1970, p. 523. Nonché PROTO PISANI, 2006, p. 147.



afferma, inequivocabilmente, che la sicurezza, la libertà e la dignità umana “limitano” la libertà d’iniziativa privata, o le modalità del suo esercizio, al pari della “utilità sociale”.

La tecnica del bilanciamento tra i principi, nella teoria di Alexis, costituisce il punto di arrivo di un percorso che presuppone una valutazione dell’idoneità e della necessità dell’adozione di una misura, nonché la mancanza di strumenti alternativi idonei a conseguire l’effetto desiderato. Solo in ultima analisi, cioè quando la realizzazione di un principio può essere realizzato solo a spese dell’altro, occorre procedere ad un bilanciamento, ispirato sostanzialmente al principio di proporzionalità e retto dalla regola per cui «quanto più intenso si presenta un intervento in un diritto fondamentale più devono pesare i motivi giustificativi» (ALEXY, 2002, p. 42). Ma non va dimenticato, come ricorda Mengoni, che il processo di bilanciamento tra due principi, non necessariamente determina un “contemperamento dell’uno con l’altro”, esso può anche concludersi con l’affermare “la prevalenza dell’uno o dell’altro” (MENGONI, 1998, p. 8).

In questo caso, a mio avviso, l’operazione ermeneutica non richiede una comparazione. Occorre, semmai, delimitare il contenuto del precetto contenuto nel cpv. Per far ciò, occorre individuare e circoscrivere i diritti che integrano il concetto di “sicurezza”, di “dignità” o di utilità sociale”. Se si ritiene che la formula costituzionale comprenda il diritto a non essere licenziati arbitrariamente, cioè che il licenziamento arbitrario offende la dignità della persona, è evidente che una norma che consentisse il licenziamento arbitrario sarebbe in contrasto con il dettato costituzionale. Non ci sarebbero principi da bilanciare per il semplice motivo che il legislatore costituzionale ha già, inequivocabilmente, stabilito la prevalenza del diritto alla sicurezza ed alla dignità, rispetto a quello della libertà di impresa. Nessun dubbio, quindi, sul fatto che il licenziamento arbitrario non possa trovare legittimazione all’interno dei principi costituzionali per contrasto con gli art. 4 e 41. Cost.

Altro discorso merita il diritto dell’imprenditore, costituzionalmente garantito dall’art. 41 Cost, a recedere dal contratto in presenza di una giustificazione legata, ad esempio, all’impossibilità, all’inadempimento della controparte, all’organizzazione dell’impresa, etc. Tale diritto, infatti, non soccombe di fronte al diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro che, come si è visto, è insuperabile solo in riferimento al licenziamento arbitrario, ma neppure prevale. L’art. 18, come ricordava D’Antona, “ha tradotto nel



linguaggio del diritto ... l'idea che esiste e deve essere difeso, un diritto del lavoratore alla conservazione del suo concreto posto di lavoro"⁵, ha riaffermato, in altri termini, il principio per cui il diritto al lavoro di derivazione costituzionale è, essenzialmente, un diritto alla stabilità.

Da ciò consegue, innanzitutto, che la vera, ed unica, tutela contro il licenziamento illegittimo, come asserisce Mario Napoli, è quella che garantisce la conservazione del posto del lavoro, cioè la stabilità reale. I sistemi che consentono gli effetti estintivi del licenziamento illegittimo, accompagnati da un risarcimento, svolgono una semplice funzione dissuasoria ma non tutelano affatto il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e, tantomeno, possono essere considerati strumenti attuativi dei principi costituzionali di cui si è detto. Tali sistemi, per alcuni versi, si pongono persino in contrasto con i principi generali dei contratti, configurandosi quale legge speciale. Non vi è niente di più razionale, come ha fortemente sostenuto Mario Napoli anche nei suoi ultimi scritti, dell'impedire che un atto illegittimo possa produrre effetti. Non è un caso che l'effetto estintivo dell'atto illegittimo si ponga come legge speciale e trovi fondamento, paradossalmente, nella sentenza con la quale il giudice, proprio mentre constata l'illegittimità dell'atto, consente che esso produca effetti.

In secondo luogo, a fronte del diritto alla stabilità di cui si è detto, il contrapposto diritto di recesso garantito dall'art. 41 dovrà essere giustificato alla luce dei principi generali della ragionevolezza e della proporzionalità. Principi che comportano differenti strumenti interpretativi a seconda delle ragioni che giustificano il licenziamento. Non è la stessa cosa, ad esempio, valutare la gravità dell'inadempimento o le ragioni dell'impresa, ed altra cosa ancora stabilire fattispecie astratte che, nel rispetto dei principi generali, escludano in ogni caso la tutela reintegratoria.

Ineludibile, in ogni caso, è il riferimento all'importanza del bene tutelato. Posto che la disciplina limitativa dei licenziamenti illegittimi è espressione del diritto al lavoro di cui all'art. 4 Cost., il legislatore ha il compito di indicare i criteri per la giustificazione del licenziamento ed il giudice di valutare, nel concreto, la fattispecie.

⁵ Recentemente richiamato da Carlo Smuraglia, *Art. 18, storia di battaglie per i diritti*, in <<http://www.anpi.it/articoli/1254/art-18-storia-di-battaglie-per-i-diritti>>.



Il diritto alla conservazione del posto del lavoro, in un diverso contesto storico, proprio sotto il profilo della tutela della stabilità reale, è stato esaltato, poi difeso, ed oggi persino esecrato. In realtà, l'opzione ideologica che lo ha sostenuto, difeso, e che oggi lo avversa, è quella che, volta per volta, ha prevalso. Le recenti riforme legislative, quelle che Mario Napoli avverte come uno sfregio, non sono l'esito di un temporale estivo, bensì l'esito di una pluridecennale opposizione allo Statuto dei lavoratori e, soprattutto, al suo art. 18. Opposizione che oggi, dopo una lunga serie di sconfitte sui diversi piani nei quali si è articolato il confronto, non si dimentichi il referendum del 2000, finalmente ha trionfato.

2 SECONDO TEMPO: IL LEGISLATORE DI NUOVO ALL'ATTACCO: A) LA RISPOSTA "INTERNA" CON GLI STRUMENTI DEL DIRITTO.

MI piace introdurre questa seconda parte, la più attuale, con una affermazione che, ad un certo punto del ragionamento, compare nella monografia di Mario Napoli del 1980. Si tratta di una frase, pronunciata molti anni prima da J.H. von Kirchmann (1938), che Mario Napoli così interpreta: "Se è vero che tre parole del legislatore possono distruggere intere costruzioni giuridiche (ed è questo il rischio professionale del giurista non coperto da assicurazione) può essere altresì vero che le costruzioni giuridiche consolidate finiscano per distruggere le tre parole" (NAPOLI, 1980, p. 56).

Uno scontro tra poteri dello Stato, in definitiva. E se l'obiettivo è quello di "distruggere" una costruzione giuridica o una norma legale, è evidente che il risultato potrebbe non ammettere mediazioni. Non si tratta di una novità, "quando si discute di questioni che hanno un qualche valenza ideologica – ammoniva Mengoni (1998, p. 428), – si crea tensione tra i giudici". Negli ultimi tempi, tuttavia, lo scontro ha superato il livello della normale dialettica ed ha assunto i toni di un vero e proprio braccio di ferro tra il potere legislativo ed il potere giudiziario, rappresentato da una giurisprudenza che, "nell'effettuare una operazione di riequilibrio correttivo", esercitando "il potere di modificare o integrare il contratto per garantire l'equo temperamento delle parti o per prevenire e reprimere l'abuso del diritto" (LOI, 2016, p. 198) ha finito per mettersi in contrasto con l'opzione ideologica espressa dal legislatore di turno.



Di qui la reazione del legislatore che, almeno a partire dal 2010, ha cercato in tutti i modi di limitare il potere discrezionale del giudice: per un verso, limitando il suo potere di accertare il presupposto di legittimità dell'atto e, quindi, impedendogli di entrare nel merito delle valutazioni tecniche organizzative e produttive e, per altro verso, imponendogli di attenersi alla tipizzazione delle cause di licenziamento contenute nei contratti collettivi applicabili o nei contratti individuali "certificati"⁶.

Sono le tre parole del legislatore che intendono distruggere, unitamente alla norma del 1970, anche una costruzione giuridica. La costruzione giuridica, tuttavia, può a sua volta reagire, grazie al richiamo dei principi generali dell'ordinamento che il legislatore del 2010, evidentemente, non può omettere. Così accade che una parte della giurisprudenza potrebbe vanificare l'intento del legislatore quanto afferma, ad esempio, che per "insussistenza del fatto contestato" si debba intendere non già l'insussistenza materiale, bensì l'insussistenza giuridica. Per la verità, la riforma del licenziamento introdotta nel 2012 con la c.d. Legge Fornero segna un momentaneo arretramento nella acclarata strategia di riduzione della discrezionalità del giudice in materia di licenziamento, sino al punto di stabilire che, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in caso di "manifesta insussistenza del fatto", il giudice "può" disporre, in luogo della tutela risarcitoria, la reintegrazione nel posto di lavoro, seppure nella sua variante "debole" che fissa un limite massimo di 12 mensilità dell'indennità risarcitoria dovuta al lavoratore. La dottrina più apprezzabile, e con essa lo stesso Mario Napoli, ritiene che la locuzione "può" debba essere "funzionalmente equiparata al *deve*" (NAPOLI, 2014, p. XIII). Si è trattato, in ogni caso, di un arretramento transitorio, dovuto essenzialmente al fatto che quella provvisoria restituzione di discrezionalità al giudice era, in quel momento, indispensabile per il raggiungimento della mediazione tra le parti sociali senza della quale l'approvazione della Riforma sarebbe stata incerta.

Ma una volta inferto il primo colpo all'art. 18, e dopo aver preso atto della possibile resistenza della giurisprudenza, il legislatore, con altre tre parole, ha a sua volta ridimensionato il potere (o se si vuole il contro-potere) della giurisprudenza. In primo luogo, ha tolto ai giudici il potere di stabilire l'entità del risarcimento nell'ambito dei limiti massimi indicati dal legislatore. In secondo luogo, ha precluso ai giudici l'esercizio di prerogative che,

⁶ L. n. 183, 2010, art. 30.



tradizionalmente, hanno fatto parte del suo bagaglio professionale. Con la nuova riforma, il c.d. Jobs Act, entrata in vigore nel marzo 2015 nel licenziamento privo di giustificato motivo o di giusta causa, la reintegrazione è ammessa solo nel caso che “sia direttamente dimostrata in giudizio l’insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore”. La formulazione è simile a quella già contenuta nella Legge Fornero ma, al fine di evitare ogni malinteso interpretativo, il legislatore, con una formula particolarmente brutale, esplicitamente afferma che “resta estranea ogni valutazione circa la *sproporzione* del licenziamento”. Non è mio compito entrare nello specifico del tema. Mi preme solo evidenziarne il significato: il giudice, anche se rileva che il licenziamento sia assolutamente sproporzionato rispetto al fatto materiale addebitato al lavoratore, deve, in ogni caso, “dichiarare estinto il rapporto di lavoro dalla data del licenziamento”.

Mario Napoli, ignaro delle ulteriori, e più recenti, tre parole del legislatore, immagina che ai fautori di una più intensa (e possibilmente reale) tutela del licenziamento ingiustificato, rimangano due strade da percorrere: una interna, ovvero la “costruzione giuridica” incentrata soprattutto sull’interpretazione, e l’altra esterna, da giocare a viso aperto sul terreno dello scontro tra le ideologie che suggeriscono differenziate tecniche di intervento (o di non intervento) in presenza di un licenziamento illegittimo.

Una parte della dottrina, probabilmente confidando proprio nella tradizione che riconosce al giudice un potere di “riequilibrio correttivo”, finalizzato “all’equo contemperamento delle parti” (LOI, 2016, p. 198), si è sentita garantita dal richiamo esplicito (o implicito) ai principi generali ed ha forse sottovalutato gli effetti della più recente disciplina in materia di licenziamento. Si tratta di una autorevole dottrina, impegnata a valorizzare strumenti di contrasto alla tendenza liquidatoria delle tutele dei lavoratori, che rivaluta proprio le norme a contenuto variabile, quelle che consentono alla giurisprudenza di essere una vera e propria fonte di diritto, siano esse principi, o clausole elastiche, la “buona fede”, l’abuso del diritto, la proporzionalità, la ragionevolezza..., cioè le “costruzioni giuridiche” cui faceva e, concretamene, continua a far riferimento Mario Napoli. Proprio muovendosi all’interno di questo terreno egli afferma che il legislatore “viola il principio di ragionevolezza, non rispettando la coerenza interna della disciplina e la coerenza del sistema sul quale incidono le nuove disposizioni (il riferimento, ovviamente, è alla legge Fornero) violando gli



art. 3, comma 1, 24 e 35, comma 1 Cost” (NAPOLI, 2014, p. XII). Nello specifico, ribadisce che “la restituzione del posto significa far rivivere il rapporto di lavoro interrotto ingiustificatamente” e si chiede: “cosa c’è di più razionale?” (NAPOLI, 2014, p. XII). E non ha tutti i torti, se è vero che, come si è detto, che l’estinzione del rapporto viene dichiarata dal giudice proprio nel momento in cui accerta che il licenziamento non è giustificato.

Si è affermato che il principio di ragionevolezza e proporzionalità, in fase di espansione, sia diventato, anche nel Diritto del lavoro, “il fondamentale strumento da utilizzare nella risoluzione dei conflitti” (LOI, 2016, p. 2), al fine di “orientare il giudice quando debba determinare il contenuto di una nozione variabile del diritto” (LOI, 2016, p. 3).

Alcune norme contenute nella riforma del licenziamento, tuttavia, dimostrano l’insofferenza del potere legislativo proprio nei confronti di quel giudice che, traendo linfa dai principi generali, godrebbe di una “ampia misura di discrezionalità nella scelta dei significati possibili della norma” da interpretare (GENTILI, 2010, p. XVII).

Nel primo caso, il legislatore fa riferimento proprio all’ipotesi in cui le norme da interpretare “contengano clausole generali”⁷. Si tratta di un terreno scivoloso che ostacola l’avvento del modello giudiziario vagheggiato dal legislatore, cioè di un modello che, operando secondo il sistema binario dell’informatica, produca il minimo di complicazioni per l’efficienza del sistema o, se si vuole, per far sì che il diritto concreto, quello delle sentenze, corrisponda fedelmente all’intento del legislatore (nel senso dell’ideologia che lo ispira) senza il rischio che venga manipolato, o stravolto, dall’opera dell’interprete. Il legislatore, come si è visto, non ha formalmente intaccato il potere (sarebbe meglio dire *il diritto*) del giudice di far riferimento ai principi generali, ma il messaggio è chiaro.

Nella strategia generale sottesa al dominio l’importanza del possesso di palla è evidente. Un potere giudiziario che riesca a ritagliarsi uno spazio nel processo di creazione del diritto diventa un ostacolo sia alle pretese di governo assoluto del principe, preoccupazione

⁷ Legge 183/2010, art. 30. In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente.



dell'origine, che alle pretese monopolistiche di interessi economici, preoccupazione odierna. E poiché le clausole generali, le norme elastiche, i principi generali e quant'altro di indeterminato sia alla portata del potere giudicante, si configura quale tecnica ed allo stesso tempo quale legittimazione di un potere non più soltanto dichiarativo, ecco che tali strumenti finiscono per acquistare un rilievo di straordinaria importanza nelle strategie di evoluzione del sistema.

Il secondo esempio è certamente più imbarazzante. In relazione all'accertamento del fatto posto a base del licenziamento, il legislatore preclude, tassativamente, al giudice la possibilità di far ricorso al criterio della proporzionalità nella valutazione del caso concreto. Ora, si da il caso che la proporzionalità, normalmente associata alla ragionevolezza (ragionevolezza e proporzionalità) e che secondo la dottrina, altro non è che "una declinazione della ragionevolezza" (LOI, 2016, p. 3), costituisce un principio generale dell'ordinamento. Anzi, un "principio costituzionale globale e ... tratto caratterizzante dei moderni sistemi costituzionali" (LOI, 2016, p. 4).

Verrebbe meno, quindi, una delle costruzioni giuridiche che ispirano il giudizio di costituzionalità delle leggi e che, nell'ambito del Diritto del lavoro, garantiscono il principio di uguaglianza e consentono la correzione dello squilibrio tra le parti.

Detto ciò, si prospettano solo due possibili soluzioni: o la norma che (nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo soggettivo) pretende di cancellare il principio di ragionevolezza e proporzionalità è incostituzionale oppure, se non lo fosse, d'ora in avanti dovremmo abituarci all'idea che, almeno nell'ambito del licenziamento disciplinare, non operano i principi generali.

Precludere al giudice il controllo di proporzionalità, tuttavia, significa ripristinare un regime di licenziamento arbitrario. Fatte salve le ipotesi di nullità, di discriminazione o di mancanza della forma scritta, infatti, la reintegrazione sarebbe esclusa sulla base della mera sussistenza di un fatto materiale che potrebbe essere totalmente privo di sussistenza sul piano giuridico. Si tratta di un fatto materiale che il giudice può e deve prendere in considerazione per stabilire, in base al criterio di proporzionalità, la sussistenza di un giustificato motivo di licenziamento ma la cui gravità, subito dopo, diventerebbe totalmente irrilevante al fine della decisione sulla sanzione applicabile.



Il principio di proporzionalità, oltreché esplicitamente negato nell'ambito del licenziamento per giustificato motivo soggettivo, viene di fatto eroso, sotto il profilo sia della qualità che della quantità, anche nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il giudice, anche in presenza di un motivo assolutamente pretestuoso, non potrà far altro che condannare al pagamento di una sanzione economica, peraltro prestabilita. In sostanza, potremo trovarci di fronte ad un licenziamento, sostanzialmente arbitrario, dove al giudice sia riconosciuto solo il limitato potere di esonerare dal pagamento della tariffa prefissata i datori di lavoro che dimostrino l'effettiva sussistenza di ragioni giustificatrici. Tutto il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha caratterizzato ultimo mezzo secolo può andare in archivio, la costruzione della teoria della "*extrema ratio*" verrebbe prima rovesciata e, quindi, resa inutile. Rovesciata alla luce della Riforma Fornero, che consente ad una parte della dottrina di affermare che "*extrema ratio*" non sarebbe più il licenziamento, bensì la reintegrazione, che potrà essere imposta solo come estremo rimedio in caso di totale mancanza di alternative (VALLEBONA, 2012). Resa inutile, ovviamene, con l'introduzione del contratto a tutele crescenti che cancella ogni possibile ipotesi di reintegrazione in caso di licenziamento economico.

Ce n'è abbastanza perché una costruzione giuridica ispirata ai principi dell'ordinamento prosegua il suo impegno, sul filo della migliore tradizione, alla ricerca di strumenti idonei a distruggere le ultime tre parole del legislatore⁸.

CONCLUSIONE. TERZO TEMPO: ALLA RICERCA DI UNA SOLUZIONE FINALE?

La riforma del licenziamento possiede un innegabile valore simbolico. Dopo un assedio durato quasi mezzo secolo, gli oppositori hanno espugnato il fortino che, ostinatamente ed orgogliosamente, issava il vessillo dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Fortino che ha resistito a tanti altri assalti, ma non all'ultimo.

La guerra, in realtà, era già stata persa. L'ideologia liberista si era, si è, già imposta, modificando, a poco a poco, il sistema ereditato dal secolo scorso. Paradossalmente, o meglio,

⁸ Si vedano per tutti, i contributi comparsi in Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro. Per i 30 anni di Lavoro e diritto In **Lavoro e Diritto**, 2016, n. 4, pp. 567 ss.



con una certa dose di ipocrisia, abbiamo preteso di modificare il contenuto delle norme senza modificarne la rubrica. Le diseguaglianze prosperano, le tutele regrediscono, i lavoratori ritornano alla mercé del padrone, le nuove tecnologie accentuano la subordinazione reale, si lavora di più e si guadagna di meno. Ma, allo stesso tempo, pretendiamo di poterci ancora definire (se mai davvero lo siamo stati) uno Stato sociale ispirato ai valori dell'uguaglianza e della solidarietà ed intitoliamo le riforme alla "modernità" ed alla "crescita delle tutele".

Nel novecento, il Diritto del lavoro aveva contribuito ad una più equa (o per lo meno ritenuta tale) ripartizione del rischio tra padrone, lavoratore e Stato; è stato raggiunto un discreto livello di sicurezza, rapportato sia allo *status* di lavoratore che a quello di cittadino⁹. Contrariamente all'odierna pretesa (o promessa), quella sicurezza è stata il frutto di un'evoluzione legislativa che ha interessato sia il rapporto di lavoro che il mercato del lavoro e, più in generale, le riforme sociali dello Stato del benessere (*welfare*).

La tutela contro il licenziamento illegittimo, nel senso del diritto alla reintegrazione, costituisce una forma simbolica, paradigmatica, di quell'epoca. Ha spesso costituito la chiave di accesso ai diritti di cittadinanza che il legislatore ha voluto riconoscere al cittadino, alla persona, anche all'interno del rapporto di subordinazione mediante il quale accetta, o è costretto ad accettare, il dominio della controparte.

Il Diritto del lavoro, alla fine dei conti, altro non è che il complesso di regole che disciplina, a livello sia individuale che collettivo, i rapporti che traggono origine dal fenomeno, essenzialmente (ma non solo) economico, dello scambio che ne costituisce il presupposto.

Regole che, per lungo tempo, sono state caratterizzate da un intento progressista, o riformatore, nell'accezione storica che tali termini possedevano sino al recente passato. Trattandosi pur sempre di una tecnica, tuttavia, non dubito, assieme a Bavaro ed a tanti altri, del fatto che sia Diritto del lavoro anche quello, che si va affermando, di stampo neo-liberale (BAVARO, 2016, p. 707 ss.). Ma non può negarsi che il Diritto del lavoro abbia anche una storia, che abbia un'anima. Non si può negare che sia nato per un perché e con una finalità, e che questa nobile finalità abbia suscitato, nel corso del tempo, passioni e conflitti. C'è stato, anzi,

⁹ "Nel nostro ordinamento, il giudice deve sottoporre il licenziamento per gmo ad un controllo di ragionevolezza e proporzionalità e deve, in presenza di criteri dettati dalla legge, quanto mai vaghi e imprecisi, calcolare, il costo assicurativo del rischio del licenziamento, distribuendone il carico parzialmente al datore di lavoro e al lavoratore e, seppur indirettamente, alla collettività. (LOI, 2013, p. 481 ss).



un momento nel quale il Diritto al lavoro si è configurato proprio come un Diritto al conflitto, ad un conflitto capace di far progredire la democrazia. La Costituzione repubblicana, ad esempio con il riconoscimento del diritto di sciopero ne conserva gli indizi.

Ora, siccome tutto scorre, tutto questo non c'è più. Qualcuno può dolersene, qualcun altro esultare. Non si può fingere, tuttavia, che si tratti, che sia trattato, di un'evoluzione naturale. Tantomeno si può pretendere che i nuovi principi ispiratori possano cancellare due secoli di storia. La spiegazione della recente evoluzione del Diritto del lavoro non può essere ricercata esclusivamente all'interno del sistema stesso, proprio perché non si è trattato, se non in misura limitata, di una evoluzione naturale, bensì di una colonizzazione. E' stata imposta, dall'esterno, l'adozione di regole che non confliggano più con interessi, oggi ritenuti prevalenti, di altri soggetti che, con diverse aspettative e con differenti ruoli, partecipano alla *Comédie humaine* che non smettiamo di rappresentare.

Le regole che il Diritto del lavoro, sino a qualche decennio orsono, era ancora in grado di imporre, erano regole e manifestazioni collettive che i suoi cultori ascrivevano a valori di civiltà; regole che da altri, tuttavia, erano considerate limitazioni dei diritti o delle libertà rivendicate nei confronti dello Stato. Numerosi economisti, a quel tempo, le ascrivevano al novero dei "lacci e laccioli", delle trappole che, a loro dire, imbavagliavano l'economia, impedivano la crescita economica e, con essa, il benessere collettivo.

Cosa c'è di strano se quei signori, una volta acquisito il potere di influenzare i decisori politici, e quindi il legislatore, hanno imposto la cancellazione di regole che consideravano contrarie ai loro interessi?

Stentiamo a prendere atto, una volta per tutte, del fatto che son cambiati i punti di riferimento, che altra stella cavalca lo *zenith* del cielo, che altri principi governano la società. Ma non si tratta, come si cerca di far credere, in maniera quasi caricaturale, che il cambiamento sia dovuto alle esigenze dell'economia. Si tratta di una semplificazione che camuffa la realtà. L'economia, non esiste! Così come non esiste il lavoro - secondo quell'insegnamento di Mengoni (2004, p. 9), tanto caro a Mario Napoli, - bensì esistono gli uomini che lavorano, è altrettanto vero che non esiste l'economia: esistono le teorie economiche.



Recentemente, un giuslavorista appassionato dell'economia, ha così sintetizzato il ruolo dell'economista: "gli economisti non fanno riferimento a un insieme di valori: si limitano a studiare quali valori una società decide di promuovere e quali strumenti sono adatti a conseguirli (nel senso di minimizzare i costi in relazione a ciascun risultato conseguito) (ICHINO, 2017). Mi sembra un bel passo avanti rispetto alla visione di una economia senz'anima e senza cuore che mira semplicemente alla massimizzazione del profitto. La parte più significativa dell'affermazione di Ichino non riguarda tanto la seconda parte dell'enunciato, cioè l'individuazione degli strumenti adatti a conseguire l'obiettivo, che appartiene alla tecnica della disciplina, quanto la premessa, e cioè la scelta di quali valori "una società decide di promuovere". Tale scelta non appartiene né all'armamentario degli economisti, né a quello dei giuslavoristi. Si tratta di un patrimonio, pre-giuridico e pre-economico, costituito da un insieme di valori e di idee finalizzato ad orientare i comportamenti sociali, economici o politici degli individui, in definitiva da un'ideologia.

Il fatto che l'ideologia, in quanto ispirata al sentimento ed alla fede, secondo l'insegnamento Pareto, sia una teoria non scientifica, è del tutto irrilevante. Il vero problema, in una fase storica che vede vacillare i principi che hanno ispirato i modelli politici e giuridici sopravvissuti al cambio del secolo, è proprio quello di ridefinire il quadro di valori che ispirano gli artefici del complesso di norme destinate a regolare i rapporti sociali e, per quanto ci riguarda, i rapporti di lavoro. La disciplina del licenziamento introdotta nel 1970 con l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, non è affatto un accidente della storia, è la traduzione normativa, frutto di una complessa elaborazione dell'idea, allora vincente, che l'interesse del lavoratore alla stabilità dovesse prevalere sull'interesse del datore di lavoro a disporre liberamente dei mezzi di produzione. C'entravano il sentimento e la fede? Può darsi. Credo di sì. Il ministro socialista Brodolini, mentre era impegnato nella elaborazione della legge, durante un'assemblea di lavoratori in una fabbrica occupata, poco prima di morire, affermò che di fronte al conflitto tra padrone ed operai si sarebbe schierato, senza tentennamenti, dalla parte dei lavoratori. Ed il ministro del lavoro democristiano Donat Cattin, impegnato a difesa dei valori sociali cristiani, portò a termine, con convinzione, il lavoro avviato da Brodolini, dichiarando di ispirarsi proprio a quei valori.



Quando quel patrimonio di valori non appartiene più alla maggioranza, o a chi esercita il potere, quando altri interessi prevalgono, il sistema normativo prodotto da quei valori incomincia a soffrire, si indebolisce, muore.

Ciò non impedisce che intellettuali che avevano sostenuto quel sistema, ivi compresa la stabilità reale (a meno che, nel frattempo, non siano evoluti i loro riferimenti ideali), continuino a sostenerlo e si rammarichino del fatto che la storia del Diritto del lavoro abbia imboccato un altro cammino.

E' normale che ciò comporti la critica delle teorie che pretendono di portare a termine, al più presto, lo smantellamento del sistema giuridico che limitava i poteri datoriali in funzione della tutela dei lavoratori. Soprattutto che comporti la critica degli interessi e delle ideologie che sostengono tali teorie.

Tutto ciò, con la polemica innescata da Ichino nei confronti di quei lavoristi che, a suo dire, ignorano l'economia del lavoro e denunciano la subordinazione del Diritto del lavoro all'economia di mercato o al pensiero economico, non c'entra proprio niente. Peraltro, basterebbe rileggere alcune delle pagine della monografia che Maria Vittoria Ballestrero (una delle principali imputate) dedicata al licenziamento, per darsi conto dell'attenzione prestata, e non da oggi, proprio alla "discussione sul rapporto tra economia, sociologia e diritto" ed alla ricerca di "risposte alle proprie domande per altre direzioni d'indagine, al di fuori di una scienza giuridica che tradizionalmente definisce il diritto 'come tale', ... al di fuori di ogni verifica, ed esaurisce la conoscenza nel culto del dato normativo, isolato dal contesto economico-sociale e, quindi, da altre dimensioni della conoscenza" (BALLESTRERO, 1964, p. 11).

Insomma, la perpetua cantilena secondo la quale i giuslavoristi non possono ignorare l'economia, è priva di senso. La verità è che, volenti o nolenti, non l'hanno mai ignorata e che non possono ignorarla. Si prenda atto, una volta per tutte, che siamo in presenza di una sorta di metonimia: quanto si utilizza il termine "economia" o "economisti", si vuole intendere, evidentemente, l'idea dominante che impone i cambiamenti cui assistiamo, i rapporti di potere che li impongono, non certo i colleghi che, come ricorda Ichino, "si limitano a studiare quali valori una società decide di promuovere". Non vi è alcuna sottovalutazione e tantomeno alcun disprezzo né nei confronti della scienza economica, né nei confronti dei suoi cultori.



A molti, tuttavia, interessa proprio comprendere *quali siano i valori che una società decide di promuovere*, cioè se debba prevalere l'interesse alla sicurezza del lavoratore o la libertà di impresa, se il rischio debba essere ripartito solo tra Stato e lavoratore o debba essere esteso, e in che misura, anche all'impresa. Se le politiche degli Stati debbano essere improntate alla solidarietà o alla competizione. Come possa essere garantita la dignità del lavoro. A molti, piace prendere partito, passeggiare sulla *rive glauques*, non limitarsi a mettere in scena copioni altrui ma esporre i propri auspici, nella speranza che il Diritto del lavoro che verrà possa incorporare anche qualcuno dei valori che ciascuno di noi, per sentimento o per fede, porta con sé.

Si tratta di temi che si snodano, prevalentemente, al di fuori dell'ambito scientifico propriamente detto, appartenenti ad una categoria in disuso e guardata con sospetto: l'ideologia. Temi rispetto ai quali hanno diritto di parola tutti, non soltanto gli addetti ai lavori, inclusi coloro che si ispirano al sentimento ed alla fede: ad una fede. Temi che dovrebbero trovare ispirazione nei principi disseminati nella Carta costituzionale.

Per quanto riguarda la polemica in corso, due aspetti mi paiono meritevoli di attenzione.

Il primo riguarda la tendenza, subdola e suadente, a modificare l'oggetto della disciplina, così da trasformare, surrettiziamente, il Diritto del lavoro in diritto del mercato del lavoro, che è altra cosa. La piena occupazione è certamente una finalità idonea a concretizzare il diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Cost., ma i diritti fondamentali dei lavoratori, quelli che offrono concretezza alla dignità, a partire da un salario minimo che consenta una vita libera e dignitosa, non possono venir sacrificati sull'altare della piena occupazione. Una società dove tutti siano occupati, ma con condizioni di lavoro miserevoli, per quanto affascinante, non appartiene alla mia visione di società. Credo non trovi posto neppure nell'orizzonte costituzionale.

Il secondo aspetto, a sua volta debitore del primo, è costituito dall'enfasi, davvero eccessiva, con al quale si guarda all'efficienza del mercato del lavoro. Si afferma che il concetto di "efficienza del mercato del lavoro" è riferito ad un obiettivo che incorpora i valori costituzionali cui facciamo riferimento in ambito lavoristico. E sin qui si potrebbe anche convenire, se significa che uno strumento efficiente è più idoneo al conseguimento del risultato rispetto ad uno meno efficiente. Ma poi si esagera, quando si afferma che nessuno



dei valori costituzionali “potrebbe essere raggiunto con successo in un mercato del lavoro inefficiente”, o quando si afferma che sia “impossibile difendere la dignità del lavoratore, la sua libertà effettiva, il suo diritto al lavoro, in un mercato caratterizzato da alta disoccupazione o da grave difficoltà di incontro tra domanda ed offerta” (ICHINO, 2017). Sarà anche suggestivo, ma non corrisponde a verità. Perché il Diritto, e mi dispiace se qualche economista non apprezzi la sottigliezza, conosce altri strumenti, assolutamente indipendenti dall’efficienza del mercato del lavoro, idonei a tutelare il diritto. Peraltro, l’efficienza del mercato del lavoro rimane, pur sempre, un elemento strumentale rispetto ai valori. La presenza di un elevato tasso di occupazione o un efficiente sistema di incontro tra domanda ed offerta del lavoro, infatti, non garantiscono affatto la realizzazione del disegno costituzionale, cioè che a tutti i lavoratori siano realmente riconosciuti, per qualità e quantità, i diritti auspicati dal legislatore costituzionale.

Mi preoccupa, pertanto, che un elemento strumentale, l’efficienza, priva di esistenza autonoma, poiché può essere apprezzata solo se rapportata ad una finalità, possa affrancarsi dai suoi tratti genetici, trasformarsi ed incominciare a vivere di vita propria, come il robot, che si emancipa. Sarei cauto nel riconoscere all’efficienza del mercato del lavoro la qualità di “valore” che “risponde anche ad un essenziale valore lavorista quale il diritto al lavoro sancito dall’art. 4 cost” (DEL PUNTA, 2016, p. 654). Non vorrei che il termine valore sia impiegato nella stessa accezione immediatamente attribuita al diritto al lavoro e che possa concorrere sullo stesso piano con i “valori”, nel senso di principi e di diritti, così da poterne limitare la loro espansione. Il richiamo all’efficienza, del resto, non è affatto nuovo per i giuslavoristi. Nel corso del dibattito precedente all’emanazione della legge sul divieto di licenziamento per matrimonio, Giuseppe Pera, non potendo negare l’ispirazione del provvedimento ai principi costituzionali, trovò il modo di criticare la soluzione prospettata dal proprio sulla base della sua efficienza. A sostegno della propria tesi contraria all’introduzione di un divieto legale di licenziamento per motivi di matrimonio sanzionato con la nullità, scriveva che “le leggi migliori, sono quelle che in qualche modo si coordinano con la naturale spinta egoistica dei soggetti; per converso, meglio si assicura l’effettività di un comportamento conforme a certi principi, quando in senso contrario non operano altre spinte economicamente rilevanti” (PERA, 2007, p. 83). Il ragionamento, è esplicitamente ispirato alla “identificazione della spinta



economica determinante ... che spinge i datori di lavoro “alla estromissione delle lavoratrici coniugate”¹⁰. La soluzione alternativa a quella adottata dal legislatore, sempre ispirata al ragionamento economico, sarebbe quella di “disporre la integrale mutualizzazione di quegli oneri”. Ciò, secondo l’ipotesi di Pera, avrebbe potuto provocare “una sostanziale scomparsa del deprecato fenomeno come fenomeno di massa” senza necessità di sancire legislativamente la nullità delle clausole di nubilito e la illiceità dei licenziamenti per matrimonio. La differenza di prospettiva rispetto a quanti, invece, invocavano la necessità di sancire legislativamente l’illiceità di quei licenziamenti perché “contrastano con i principi fondamentali dell’ordinamento giuridico che assicurano a tutti i cittadini il diritto alla formazione della famiglia e, in particolare, garantiscono alla donna lavoratrice l’adempimento della sua essenziale funzione familiare”¹¹ è evidente ed anticipa un delle discrepanze di fondo dell’attuale dibattito.

La verità è che quando parliamo di Diritto del lavoro, e la disciplina del licenziamento ne costituisce una delle sue peculiari espressioni, dobbiamo aver sempre ben presente il suo profondo impatto con i valori sociali nel loro complesso. Come noi guardiamo al di fuori della nostra materia, altri, da altro versante, guardano alla nostra Costituzione ed alla nostra disciplina, «Perché quando non si lavora, o si lavora male, si lavora poco o si lavora troppo, è la democrazia che entra in crisi» (PAPA FRANCESCO, 2017). E’ il Papa ad affermarlo, facendo esplicito riferimento all’art. 1 della Costituzione, perchè “togliere il lavoro alla gente o sfruttare la gente con lavoro indegno o malpagato o come sia, è anticostituzionale”. Da qui l’invito a “guardare senza paura, ma con responsabilità, alle trasformazioni tecnologiche dell’economia e della vita” e a “non rassegnarsi all’ideologia che sta prendendo piede ovunque” (PAPA FRANCESCO, 2017).

¹⁰ Cioè agli “oneri non trascurabili” consistenti nel trattamento economico spettante alla lavoratrice nel periodo di sospensione che, specialmente nel settori impiegatizio, gravano sul datore di lavoro. (PERA, 2007, p. 81).

¹¹ Come ribadito dal parere del CNEL n. 44-28 del 24 maggio 1962.



RIFERIMENTI

ALEXY, R. Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali. In: La Torre M., Spadaro A., (a cura di), **La ragionevolezza nel diritto**. Torino: Giappichelli. 2002.

BALDASSARRE, A. *Iniziativa economica privata*. In **Enciclopedia del diritto**, vol. XXI. Milano: Giuffré.

BALLESTRERO, M.V. **I licenziamenti**. Angeli: Milano, 1974.

BARASSI, L. **Il contratto di lavoro**. Milano: 1901.

BAVARO, V. Appunti su scienza e politica sul diritto del lavoro. In **Lavoro e diritto**, n. 4/2016, pp. 707 ss.

CARNELUTTI, F. Del licenziamento nelle locazioni d'opera a tempo indeterminato. In **Riv. Dir. Comm.**, 1911.

CORTE COSTITUZIONALE, 26 maggio 1965, n. 45. In **GC**, 1965.

CRISAFULLI, V. **La Costituzione e le sue disposizioni di principio**. Milano: Giuffrè, 1952.

D'ANTONA, M. Reintegrazione nel posto di lavoro, **Cedam**. Padova: 1979.

D'EUFEMIA, G. **Le situazioni soggettive de lavoratore dipendente**. Milano: 1958.

DE FERRAN, I. M. **Cartas a un arrepentido de la Internacional. El comunismo, el derecho al trabajo, la libertad del trabajo**. Madrid: Gutemberg, 1882.



DEL PUNTA, R; CARUSO, B. Il diritto del lavoro e l'autonomia perduta. In **Lavoro e diritto**, n. 4/2016.

DI MAJO, A. Sindacato di legittimità o sindacato di merito sui licenziamenti cd. tecnologici? In **GM**, 1970.

Ichino P. Perché i giuslavoristi non possono ignorare l'economia del lavoro. in **Pietro Ichino.it**, 27 mais 2017.

GAROFALO, R. **Recesso dal rapporto e tutela del lavoratore, la specialità del Diritto del lavoro**. Tesi di dottorato di ricerca, 2008-2009.

GENTILI, A. Prefazione. In Velluzzi V. **Le clausole generali**. Semantica e politica del diritto. Giuffrè, 2010, XVII.

GHEZZI, G. **Il recesso**, I.

LAURENT, F. **Principi di diritto civile**. Milano: 1900.

LOI, P. **La sicurezza, diritto e fondamento dei diritti nel rapporto di lavoro**. Torino: Giappichelli, 2001.

LOI, P. Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro. In **Rivista Giuridica del lavoro e della Previdenza sociale**, 2013, n. 3.

LOI P. **Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro**. Torino: Giappichelli, 2016.

LOY, G. Una repubblica fondata sul lavoro. In **Dir.lav.rel.ind.**, 2009, p. 197 ss.



MANCINI, F. **Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro**. Torino: Giappicchelli, 2016.

_____. **Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro**. Milano: Giuffrè, 1962.

_____. **Il recesso unilaterale nel contratto di lavoro, in Giusta causa e giustificati motivi nel licenziamento individuale**. Milano: Giuffrè, 1967.

MAZZIOTTI, M. **Il diritto al lavoro**. Milano: 1956.

_____. Lavoro (diritto costituzionale), in **Enciclopedia del diritto**, vol. XXIII. Milano: Giuffrè, 1973.

MENGONI, L. **Il contratto di lavoro**, (a cura di Napoli M.). Milano: Vita e Pensiero, 2004.

_____. **Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà, in Costituzione, lavoro, pluralismo sociale** (a cura di Mario Napoli). Milano: 1998, p. 8.

MORTATI, C. Il diritto al lavoro secondo la Costituzione della Repubblica (Natura giuridica, efficacia, garanzie). In **Atti della Commissione parlamentare d'inchiesta sulla disoccupazione, Roma, 1953**, vol. IV, t. I.

_____. Il lavoro nella Costituzione. In **Dir. lav.**, 1954, I, 149 ssgg., ora in Raccolta di scritti. Milano: Giuffrè, 1972.

NAPOLI, M. **Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo, in Napoli M., Diritto del lavoro in trasformazione**. Torino: Giappicchelli, 2014.

_____. La stabilità reale del rapporto di lavoro. Milano: Angeli, 1980.



NATOLI, U. **Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro**: Introduzione. Milano: Giuffrè, 1955.

NOGLER, L. La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i <<principi>> costituzionali. In **Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro**. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia, 26-26 maggio 2007, Giuffrè, 2008, 14.

PAPA FRANCESCO. **Discorso ai lavoratori**. Genova, 27 maggio 2017.

PERA, G. Divieto di licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio, in *Diritto del lavoro*, 1962, p. 353. Ora in: **Scritti di Giuseppe Pera**. Milano: Giuffrè, 2007.

_____. Il licenziamento nell'interesse dell'impresa. Relazione alle Giornate di studio Aidlass, Firenze 27-28 aprile 1968. Ora in **Scritti di Giuseppe Pera**, Giuffrè, 2007.

Rusciano M., Legificare la contrattazione per delegificare e semplificare il diritto del lavoro. In **"Lavoro e Diritto"**, n. 4/2016, p. 953 ss.

PISANI, A. Le ragioni di un distacco. In **FI**, 2006.

SMURAGLIA C. **La costituzione ed il sistema del Diritto del lavoro**. Milano: 1958.

TREU, T. **Condotta antisindacale e atti discriminatori**. Milano: 1974, p. 43 ss.

UNIVERSITÀ DI BOLOGNA. **Autonomia e subordinazione del diritto del lavoro**. Per i 30 anni di Lavoro e diritto, in *Lavoro e Diritto*, 2016, n. 4, pp. 567 ss.

VALLEBONA, A. **La riforma del lavoro 2012**. Torino: Giappichelli, 2012.



VON KIRCHMANN, J.H. **La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza** (Die Werthlosigkeit der jurisprudenz als Wissenschaft). Stutgarnewd, Kohlhammer, 1938, trad.



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/).

