



Dipartimento di Scienze Giuridiche

Dottorato di ricerca in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale- Curriculum diritto del lavoro

xxx ciclo

Coordinatore Prof. Enrico Del Prato

Tesi di dottorato

LA DIGNITÀ DEL LAVORATORE E LA RIDUZIONE
DELLE TUTELE NEI LICENZIAMENTI ILLEGITTIMI

Dottoranda

Dr.ssa Isabella Scalisi

Tutor

Prof.ssa Ginevra Galli

Anno accademico

2016/2017

INDICE

Introduzione

CAPITOLO I

IL LAVORO COME DIMENSIONE DELL'ESISTENZA UMANA E LA SUA FONDAZIONE ETICA

1. Fondazione etica del lavoro	pag. 1
2. Dimensione etica del lavoro	pag.12
3. Etica delle professioni	pag.15
4. L'uomo soggetto del lavoro e le minacce alla dignità del lavoratore	pag. 21
5. Fondazione etica dei diritti dei lavoratori	pag. 25
6. La giusta retribuzione e la tutela sociale dei lavoratori	pag. 27
7. La nascita del diritto del lavoro e la nuova globalizzazione	pag. 30
8. La funzione di garanzia del diritto del lavoro in Italia	pag. 34
9. La fondazione etica del diritto del lavoro: il codice di Camaldoli	pag. 36

CAPITOLO II

DALLE GARANZIE DELLA COSTITUZIONE ALLA DESTRUTTURAZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO: LA DRASTICA RIDUZIONE DELLE TUTELE NELLA RECENTE NORMATIVA

1. La Costituzione italiana del 1948: i valori della dignità umana e del lavoro	pag. 45
--	---------

2. Il diritto ad ottenere il posto di lavoro e il diritto alla sua conservazione	pag. 58
3. La destrutturazione del diritto del lavoro sin dagli anni 90	pag. 64
4. La normativa del licenziamento disciplinare dalla riforma Fornero al Jobs Act	pag. 68
4.1. Il ritorno del fatto materiale nel D.L.vo 23/2015	pag. 72
4.2. Licenziamento illegittimo senza il rispetto del principio di proporzionalità	pag. 74
5. La normativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dalla riforma Fornero al Jobs Act	pag. 80
5.1 Orientamenti giurisprudenziali	pag. 84
5.2 L'oggetto della valutazione del giudice	pag. 91
5.3 Due tipologie di vizi nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo	pag. 95
5.4 L'assolvimento dell'obbligo di repechage a favore della conservazione del posto di lavoro	pag. 96

CAPITOLO III

IL DIRITTO CIVILE E IL DIRITTO DEL LAVORO: LA PERDITA DELLA FUNZIONE DI GARANZIA DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. Il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro come tutela per eccellenza	pag. 102
2. I principi di diritto comune nei contratti: il principio di stabilità del contratto	pag. 105
3. La reintegrazione in forma specifica di diritto comune e la necessaria causalità dei licenziamenti	pag. 107
4. Abuso del diritto e buona fede	pag. 112
5. Lo scioglimento del vincolo contrattuale e lo scioglimento del contratto di lavoro	pag. 118
6. Indennità e risarcimento in diritto civile:	

in particolare l'attuale indennità risarcitoria corrisposta al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo	pag. 122
---	----------

CAPITOLO IV

LA PERDITA DI SPECIALITÀ DEL DIRITTO DEL LAVORO E IL RITORNO AI RIMEDI GENERALI DEL DIRITTO CIVILE

1. La tutela reale, la tutela obbligatoria e la tutela di diritto comune	pag. 133
2. La tutela di diritto comune dalla legge Fornero ad oggi	pag. 141
3. Impiego delle categorie civilistiche generali nei licenziamenti illegittimi: le nullità civilistiche e i licenziamenti occulti, pretestuosi o in frode alla legge	pag. 144
3.1 Il licenziamento per motivo illecito determinante	pag. 147
3.2 Il licenziamento per ritorsione o rappresaglia	pag. 149
3.3 Il licenziamento con causa illecita	pag. 152
3.4 Il licenziamento in frode alla legge	pag. 155
4. Il potere del giudice di procedere d'ufficio per tutelare valori costituzionalmente rilevanti e il nuovo risarcimento da lesione della dignità umana	pag. 158
5. Profili di incostituzionalità del D.L.vo 23 del 2015	pag. 163
5.1 Il primo sospetto di incostituzionalità verso l'art.3 della Costituzione	pag. 164
5.2 Il secondo sospetto di incostituzionalità verso l'art.3 della Costituzione	pag. 167
5.3 Il terzo sospetto di incostituzionalità verso l'art.3 della Costituzione	pag. 170
5.4 Il quarto sospetto di incostituzionalità verso gli artt. 4 e 35 della Costituzione	pag. 172
5.5 Il quinto sospetto di incostituzionalità verso l'art. 117 della Costituzione	pag. 174

Conclusioni

Bibliografia

Giurisprudenza

Fonti

INTRODUZIONE

La prospettiva di indagine condotta dalla ricerca ha ad oggetto il tema della notevole riduzione delle tutele per i lavoratori e la conseguente forte lesione della loro dignità umana. E' innegabile che i concetti di dignità e di lavoro sono inestricabili tra loro, perché il lavoratore è parte debole nel contratto di lavoro ed è dunque facilmente soggetto ad abusi.

Si è voluta focalizzare la ricerca sulla riduzione delle tutele nei licenziamenti illegittimi soprattutto dopo l'emanazione del Jobs Act, ma in effetti il diritto del lavoro è stato danneggiato in ogni suo aspetto già da molti anni.

In Europa l'apertura dei mercati al fenomeno della globalizzazione e il prevalere del dominio dei capitali finanziari hanno introdotto i concetti di flessibilità finalizzata alla riduzione dei costi per l'impresa, condizionando la normativa italiana, che si è dovuta adeguare ai dettami europei.

Al fine di meglio comprendere come siamo giunti ad avere oggi in Italia una normativa giuslavoristica sospettata di illegittimità costituzionale, si è voluto procedere proprio dall'importanza del lavoro e dalla preminenza del valore della dignità umana nella nostra Costituzione.

Nel primo capitolo brevemente si espongono alcuni concetti

fondamentali che riguardano la fondazione etica del lavoro e dei diritti dei lavoratori, l'inscindibile legame tra lavoro e dignità della persona, legame poi recepito pienamente dalla nostra Costituzione, nella quale la dignità umana ha un ruolo di assoluta centralità.

Si sostiene con fermezza che il fondamento etico del diritto del lavoro è nella dignità umana, la quale fa da stella polare in tutta la materia giuslavoristica.

Il punto di partenza sono i riferimenti alla dignità nella nostra Costituzione e le disposizioni che tutelano il lavoro come bene giuridico; c'è stato un dibattito dottrinale dal quale è emerso che non trattasi di diritto ad ottenere un'occupazione, ma di un diritto alla stabilità del posto di lavoro: si cerca di dimostrare che è proprio la stabilità ad essere garantita dalla Costituzione.

L'importanza che il legislatore costituente ha voluto dare alla dignità, alla libertà e all'uguaglianza verrà sentita dal legislatore ordinario degli anni settanta, che emana lo Statuto dei lavoratori, rispettando la fonte sovraordinata della Carta Costituzionale.

Da allora il principio del *favor prestatoris* ha caratterizzato, fino al 2012, l'intero ordinamento giuridico del lavoro e si sostanzia nella particolare tutela che, nel contratto individuale di lavoro, viene accordata al contraente più debole, e cioè al prestatore di lavoro, come conseguenza della necessità di riequilibrare il diverso peso contrattuale delle parti.

Purtroppo, poi, nei decenni successivi tali valori saranno espulsi dal

diritto del lavoro, per dare attuazione a direttive europee che danno la precedenza al florido sviluppo dei mercati finanziari e delle banche.

Nel secondo capitolo si è voluta descrivere la destrutturazione del diritto del lavoro, il quale negli ultimi anni perde la sua specialità, la sua essenza, che era quella di difendere la parte contrattualmente debole nel contratto di lavoro e di tutelare la dignità e la libertà della persona del lavoratore.

Fino a quasi venti anni dopo l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori abbiamo un rafforzamento delle garanzie individuali. Successivamente invece inizia una vera e propria erosione dei diritti dei lavoratori e si verifica una flessione delle norme inderogabili, pilastri del diritto del lavoro.

Si assiste a una costante riduzione delle tutele in caso di licenziamento illegittimo, con una normativa che non garantisce più integralmente i diritti del lavoratore, soprattutto con la legge Fornero e poi col Jobs Act. Da una breve disamina dei licenziamenti disciplinari si evidenzia come si è giunti alla irragionevolezza della normativa, abolendo il principio di proporzionalità della sanzione al fatto commesso dal lavoratore. Si può essere licenziati anche per un fatto inventato o per un fatto commesso, ma di lieve entità, venendo così colpita oltre la sfera economica del lavoratore anche quella sociale e compromessa la sfera della sua dignità.

Il Jobs Act inoltre riduce notevolmente il campo di applicazione della tutela reale a favore di quella indennitaria, come risulta essere al

momento in tutti i casi di licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dichiarati illegittimi dal giudice del lavoro.

Nel terzo capitolo si evidenzia il confronto tra il livello di tutela accordato al lavoratore dal diritto del lavoro rispetto a quello previsto dal codice civile per le parti contrattuali; ne risulta che la tutela di diritto comune è superiore rispetto a quella prevista dalle norme giuslavoristiche vigenti.

Nel quarto capitolo, invece, vediamo come sia parte della dottrina che parte degli operatori del diritto si stanno impegnando ad individuare nuove vie di tutela per i lavoratori illegittimamente licenziati nei rimedi generali di diritto civile e nelle c.d. nullità civilistiche: nullità della causa o del motivo, frode alla legge, abuso del diritto nei recessi illegittimi.

Pur avendo una Carta costituzionale dal 1948, ci si rivolge ad alcuni istituti del Codice civile del 1942, poiché i valori della Costituzione, tutti grandiosi e pienamente rispettosi della dignità umana, non vengono più trasfusi nella normativa.

Nel 2015 il legislatore giunge all'emanazione del Jobs Act, ma è questa una normativa giuslavoristica che dà adito sempre più a forti sospetti di illegittimità costituzionale.

Nel 2017 i Tribunali, in primo grado di giudizio, iniziano a sospendere il giudizio e a rimettere gli atti alla Corte Costituzionale, dichiarando rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale di alcuni articoli del D.L.vo 23 del 2015.

CAPITOLO I

IL LAVORO COME DIMENSIONE DELL'ESISTENZA UMANA E LA SUA FONDAZIONE ETICA

1. Fondazione etica del lavoro

Da circa un ventennio in Italia e in Europa è cambiato il modo di intendere il diritto del lavoro, il quale viene utilizzato come mezzo per raggiungere l'efficienza economica del sistema produttivo e come mezzo di risoluzione dei problemi dell'economia internazionale.

In tale mutata concezione il diritto del lavoro non può più operare quel bilanciamento di interessi tra l'iniziativa economica e i diritti sociali per il quale era nato; le norme della recente legislazione giuslavoristica non attribuiscono più posizioni soggettive tese ad esprimere valori fatti propri dalla società nel corso dei secoli e poi riconosciuti settant'anni fa dalla nostra Costituzione.

In questo contesto viene rinnegata in modo evidente e irrazionale la stessa specificità del diritto, estinguendo quasi del tutto *"la sua dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi"*¹.

Ecco perché è importante rivedere i concetti di fondazione etica del lavoro e di dignità della persona, in considerazione del fatto che il lavoro è svolto da persone.

Il lavoro non vale solo per i beni e i servizi che produce né solo perché è fonte di reddito delle famiglie; sono altrettanto importanti gli aspetti soggettivi del lavoro.

In particolare il lavoro consente al lavoratore di realizzare se stesso, di contribuire

¹ Cf. A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice sui licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in RGL, 2012, 3, pag.561 e segg. Secondo la teoria dell'*efficient breach of contract*, che l'autore critica aspramente, la norma giuridica deve poter essere violata dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza che sia dovuta la *specific performance* (il risarcimento in forma specifica).

a promuovere il progresso della società , di creare reti di solidarietà tra uomini e donne, tra padri e figli, tra chi ha risorse finanziarie e chi ha capacità di iniziativa economica e sociale e chiede di essere sostenuto ².

Quando la Costituzione italiana proclama in apertura che la Repubblica è fondata sul lavoro, non enuncia soltanto una formula impegnativa e altisonante, ma promuove una vera e propria rivoluzione culturale.

L'idea è quella di coniugare le istanze soggettive con gli interessi collettivi, i diritti del singolo con i diritti di tutti, in sostanza il bene personale con il bene comune³

Il lavoro costituisce una dimensione fondamentale dell'esistenza dell'uomo.

Esso è e resterà ancora a lungo lo strumento fondamentale per assicurare la sussistenza delle persone, nonché un modo valido per essere cittadini e uomini liberi. Il lavoro costituisce luogo di partecipazione sociale e mezzo di costruzione della società.

L'uomo, mediante il lavoro, si procura le possibilità per una vita dignitosa, per sé e per la propria famiglia, e contribuisce al continuo progresso delle scienze e della tecnica e allo sviluppo culturale, sociale, economico e morale della società ⁴.

L'ovvia constatazione che dietro i numeri dell'economia, contenuti nelle statistiche sull'occupazione e sul lavoro, vi sono persone in carne ed ossa con i loro bisogni, le loro esigenze, le loro paure, le loro speranze non è sempre pacificamente accettata.

² Cf. F. TOTARO, Lavoro in *"Dizionario delle idee politiche"*, E. Berti e G. Campanini, Ave Ed. Roma, 1993, pagg. 427-438.

³ Sul concetto di bene comune vedi M. SCALISI, *Etica e giustizia, imperativi del bene comune*, in "Bioetica e cultura" XXI/2 (Luglio-Dicembre) 2012, pagg.27-32; e M. SCALISI, *Educare al bene comune*, 17 febbraio 2011, in <http://www.meic.net/index.php?id=1662>

⁴ Cf. L. CASELLI et al., *Umanizzare l'economia*, Cacucci Ed. Bari, 1999, pag. 22 e segg.

Oggi, in economia, sempre più i processi fanno premio sugli uomini; le persone nella migliore delle ipotesi restano sullo sfondo. Ma i processi economici senza uomini e donne rischiano di diventare processi economici senza etica⁵.

È facile constatare che tra lavoro (a volte inesistente, altre volte aleatorio, altre volte perduto) ed esperienze di vita delle singole persone si stanno producendo fratture preoccupanti, quasi di tipo esistenziale.

Per molte persone e le loro famiglie il lavoro non è tale da garantire un'esistenza dignitosa, come vuole invece garantire la Costituzione italiana all'art. 36. Ciò fa diminuire l'integrazione sociale e provoca fenomeni di frantumazione e isolamento, contrariamente al principio fondamentale di solidarietà sociale ed economica ben enunciato nell'art. 2 della legge fondamentale.

Come già evidenziava Von Hayek, all'inizio degli anni '60, il lavoro a rischio genera anche una "perdita o razionamento di libertà"⁶, libertà che la Repubblica si impegna a rendere possibile nella sua effettiva realizzazione come enunciato nell'art.3, comma 2.

Chi non ha più il lavoro o teme di perderlo soffre sotto il profilo socio-psicologico e la sofferenza si ricollega non soltanto alla perdita di reddito, ma piuttosto alla perdita di status, di capacità di fare, di apprendere ed anche di dignità⁷, valore fondamentale protetto da più norme costituzionali (art.3, art.36 e art.41 Cost.).

Non basta però avere un lavoro qualsiasi. Occorre che il lavoro sia dignitoso, capace di valorizzare le capacità e le potenzialità di ciascuno, in grado di fornire le condizioni per un progetto di vita affidabile.

⁵ Cf. P. RICOEUR, *La persona*, Morcelliana Brescia, 1997, pag. 25 e segg.

⁶ Cf. F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il saggiatore, Milano 1989, pag.183 e segg.

⁷ Cf. E. DE RICCARDIS, *Libertà e sviluppo. Dal lavoro produttivo alla persona produttrice di senso*, in "Libertà democratiche e sviluppo", a cura di M. Signore e L. Cucurachi, Pensa Multimedia Editore, Lecce, 2012, pagg. 133-143.

Oggi la parola d'ordine in campo economico è “flessibilità” . Si pensa che per garantire un lavoro adeguato ai nuovi tempi sia necessario ricorrere alla flessibilità come modello dinamico di attività lavorativa, ma la parola flessibilità è una parola carica di grande ambiguità, poiché si è rivelata essere non uguale per tutti sia in Italia che in Europa.

Per i soggetti forti , con elevate dotazioni di risorse , può essere occasione di crescita e di arricchimento attraverso la diversità delle esperienze . Per i soggetti deboli la flessibilità rischia di essere una condanna.

Dietro di essa stanno forme di vera e propria precarietà : lavoro a termine senza sapere cosa succederà dopo, part-time non scelto, ma subito, lavoro precario senza possibilità di sviluppo professionale ⁸.

Per i giovani programmare il futuro è sempre più problematico. Le coppie procrastinano il matrimonio e la nascita del primo figlio. Per molte donne le garanzie e le sicurezze, tanto in entrata quanto in uscita dal mercato del lavoro, continuano a rimanere problematiche. Per gli *over 50* il rischio di esclusione dal mercato del lavoro è una ipotesi realistica e non infrequente.

Nel contempo aumentano le disuguaglianze e le discriminazioni. Sono colpiti i più deboli, i meno dotati, i meno capaci di iniziativa personale. Tra non lavoro ed esclusione i confini diventano progressivamente più labili. Il lavoro remunerato (anche stabile) non sempre è garanzia contro l'indigenza . Infine dal lavoro non scaturiscono automaticamente solidarietà e socialità. Emergono in non pochi casi dinamiche di contrapposizione e chiusure corporative.

⁸ Cf. S. ZAMAGNI, *Lavoro, occupazione, economia civile*, in “Ripensare il lavoro” L. Caselli ed, EDB Bologna, 1998, pagg. 45-66.

Allora è necessario uno sforzo di rivalutazione generale del lavoro, quale perno di una convivenza solidale tra persone che operano per accrescere le risorse disponibili, nella prospettiva di una loro più equa distribuzione⁹.

In quest'ottica il lavoro non è fine a se stesso, ma diventa fattore di crescita sociale ed umana, sia a livello personale che comunitario.

Mai come in questo tempo occorre rimettere all'ordine del giorno il fondamento etico, politico, sociale oltre che economico del lavoro, ponendolo al centro della ricerca del bene comune.

Viene spontaneo chiedersi se etica e lavoro possono stare insieme, in particolare se l'etica rappresenta il fondamento dell'economia e quindi del modo di intendere il lavoro. Per rispondere bisogna chiarire i termini della questione e le modalità del rapporto tra etica e lavoro.

Innanzitutto è importante definire l'etica. Come sappiamo etica deriva dal greco *ethos*, che indica l'abitudine, il comportamento dell'uomo sempre proteso al bene che attraverso la pratica costante di azioni buone diventa virtù.

Secondo Aristotele virtuoso non si nasce, ma si diventa, attraverso un costante esercizio del comportamento proteso verso il bene. Il nostro carattere e la nostra identità, come soggetti morali, da un lato dipendono dall'essenza che ci costituisce come esseri umani, dall'altro dipendono dalle azioni che quotidianamente compiamo. Sviluppando un buon carattere, secondo Aristotele, possiamo diventare felici¹⁰.

⁹ Cf. L. CASELLI, *La vita buona nell'economia e nella società*, Edizioni Lavoro Roma, 2012, pag. 30 e segg.

¹⁰ Cf B. GIOVANOLA, *Etica e economia*, in "Un'economia per l'uomo" L. Bilardo e E. Bordello, Ed Studium Roma, 2011, pag. 149 e segg.

In questa ottica è di tutta evidenza che l'etica, prima di essere una riflessione sulle regole morali, è una riflessione su ciò che è buono, al fine di giungere alla felicità. E la felicità per l'uomo non consiste in un momento preciso della propria storia, ma nell'interezza della vita e richiede la realizzazione di un insieme di facoltà, capacità e possibilità.

L'etica, dunque, si configura come una riflessione sulle modalità per realizzare una vita buona e diventare una persona buona, che persegue costantemente il bene.

L'attributo "morale" di una azione assume quindi un duplice significato. Può significare "moralmente qualificato" e fa riferimento alle condizioni di moralità date dalla conoscenza e dalla volontà libera. Può significare "moralmente buono" e fa riferimento agli elementi costitutivi della moralità dell'atto: in quanto l'oggetto dell'atto è un "bene morale" l'atto è buono; in quanto l'oggetto dell'atto è un "male morale" l'atto è cattivo; in quanto l'oggetto dell'atto non è un "bene morale" né un "male morale" l'atto è indifferente¹¹.

L'economia, nella idea di Aristotele, sappiamo che rappresenta una parte dell'etica, poiché se l'etica è una riflessione sull'intera vita umana, l'economia è la riflessione su una parte specifica della vita dell'uomo, quella propria dell'amministrazione della casa: l' "*oikonomia*".

In particolare, Aristotele nell'Etica Nicomachea afferma: "Una sola specie di acquisto è parte naturale dell'amministrazione domestica: quella che si deve

¹¹ Cf. M. COZZOLI, *Etica teologale*, Ed San Paolo Torino, 2010, pagg. 41-50

praticare per raccogliere i mezzi necessari alla vita e utili alla comunità politica e familiare”¹².

Questo passo offre, a mio parere, un importante criterio interpretativo dell’economia e del lavoro: il lavoro è finalizzato a procurare i beni necessari per l’uomo e tali beni non hanno valore in sé, bensì assumono valore in base all’uso che ne viene fatto, non solo dal singolo individuo, ma anche dalla prima comunità di vita sociale che è la famiglia, e poi dall’intera società.

L’economia, e quindi il lavoro, pur avendo leggi proprie e autonome, non possono diventare autoreferenziali, perché in questo modo metterebbero a rischio non solo il bene della società, ma anche la dignità del lavoratore e il bene dell’economia stessa.

Da qui l’importanza di pensare l’economia alla luce dell’etica e di leggere ogni discorso sull’economia e sul lavoro all’interno di una società delle persone, “la politica”, che però deve essere retta non da leggi economiche o mercantili, ma appunto da criteri etici e politici¹³.

Naturalmente nel corso della storia questa idea etica della vita e dell’economia è stata sottoposta a numerose revisioni critiche. In particolare si è pensato che economia e lavoro dovessero andare oltre i confini della politica ed emanciparsi fino a diventare autonomi ed egemoni rispetto al resto della società.

Comunemente si è soliti attribuire ad Adam Smith questa trasformazione culturale, soprattutto per l’idea di economia politica come disciplina autonoma. La sua opera “L’indagine sui principi e le cause della ricchezza delle nazioni” del

¹² Cf. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di C. Natali, Laterza Roma-Bari, 1999, pag. 189 e segg.

¹³ Cf. ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di C. Natali, Laterza Roma-Bari, 1999, pag. 189 e segg.

1776 è stata considerata il modello della centralità dell'interesse individuale su quello collettivo, la creazione della ricchezza invece è stata vista il movente e il fine stesso dell'economia. In questa ottica il lavoro veniva pensato come puro strumento di realizzazione di questo obiettivo generale ¹⁴.

Certo il pensiero di Smith è molto più complesso. Non è questo il luogo per riconoscere che il rapporto che egli individua tra interesse individuale, perseguimento dell'interesse collettivo e accrescimento della ricchezza va molto al di là di una lettura puramente utilitaristica del lavoro e dell'economia. Secondo Smith la ricchezza che dobbiamo perseguire è certamente una ricchezza indirizzata al raggiungimento di un benessere materiale, ma questo obiettivo è in vista di un fine più grande, quello del raggiungimento di un maggiore benessere sociale in termini di libertà e dignità umana.

Con Karl Marx si afferma, come noto, una forte critica all'economia di mercato, al capitalismo e soprattutto all'idea di proprietà. Marx ritiene che il lavoro è per l'uomo un mezzo di realizzazione di se stesso, una oggettivizzazione del suo operato, perché attraverso la sua opera l'uomo crea oggetti, dando forma a cose informi. Quindi nella filosofia marxiana di per sé il lavoro conduce l'uomo a realizzarsi, ma il problema è che nel capitalismo il lavoro diventa strumento di alienazione del lavoratore, perché il lavoro è posseduto dal capitalista. Da qui la condanna del regime capitalistico e della proprietà privata. In un parte della sua riflessione Marx afferma che occorre smettere di considerare il lavoro come fa l'economia politica, cioè come strumento di alienazione umana, e considerarlo invece all'interno di una idea di economia che vede la ricchezza come ricchezza di

¹⁴ Cf. A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, A. Biagiotti e T. Biagiotti, UTET Torino, 2013, pag. 10 e segg

bisogni umani, laddove il bisogno più alto di un uomo è “l’altro uomo”. Riaffiora quindi l’idea di una dimensione socio-relazionale del lavoro ¹⁵.

L’epoca contemporanea ha teorizzato una progressiva separazione tra etica e lavoro, affermando la naturale autosufficienza dell’economia dalle ragioni etiche e promuovendo un concetto del lavoro puramente funzionale ad obiettivi di utilità ed efficienza. E di fronte ai fallimenti del mercato si è a volte argomentata come soluzione la possibilità di ricorrere ad un intervento dell’etica dall’esterno, quasi in una ottica salvifica, da vero “*deus ex machina*”.

In realtà si ritiene che il rapporto tra etica e lavoro sia un rapporto connaturale ed ineludibile. Esiste tra loro una comune radice, che consiste nella nozione di razionalità, la quale abbraccia entrambi e li costringe, in un certo senso, ad agire insieme.

Quando si parla di rapporto tra etica e lavoro, bisogna capire a quale modello di etica ci si riferisce. Il filone utilitarista ha sempre rappresentato il filone tradizionale dell’economia politica moderna. La sua idea che il benessere collettivo deriva dalla somma degli interessi individuali ha segnato e tuttora segna il modo di pensare di grande parte dell’ economia politica.

Jeremy Bentham, come è noto, elabora il concetto classico di utilità nell’economia e nel lavoro: è buono ciò che è utile¹⁶.

Pertanto c’è una preminenza di ciò che è buono, perché utile, su ciò che è giusto. E agisce bene chi massimizza la propria utilità. Il pensiero utilitarista ravvisa in

¹⁵ Cf. K. MARX, *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Einaudi, Torino, 1968, pag. 12 e segg.

¹⁶ Cf. F. ZANUSO in *Dizionario delle idee politiche*, E. Berti e G. Campanini, Ave Ed Roma, 1993, pagg. 931-936

sostanza nel perseguimento dell'utilità il criterio base, poiché razionale e argomentabile, dell'agire umano, in particolare nel mondo del lavoro.

Dal punto di vista antropologico coerentemente prevale una concezione edonistica e economicistica, in virtù della quale l'uomo realizza se stesso trasformando il mondo circostante e fruendone in base ai suoi bisogni e ai suoi desideri ¹⁷.

Oltre l'utilitarismo, di recente si è andato affermando, anche riguardo all'economia, il pensiero della giustizia di John Rawls e la sua idea di un nuovo rapporto tra efficienza ed equità. Per Rawls è buono ciò che è giusto e la giustizia è la prima virtù delle istituzioni sociali. In questa ottica la dignità di ogni persona è un valore fondamentale da difendere e promuovere da parte delle istituzioni.

Senza entrare in una analisi approfondita, Rawls elabora una teoria della giustizia alternativa a quella utilitaristica e richiama il ruolo delle istituzioni in ordine alla promozione della giustizia sociale, al fine di coniugare nel modo migliore equità ed efficienza anche sul piano delle dinamiche del lavoro.

La giustizia per Rawls non nasce da un calcolo di interessi bensì da una opzione "apriori" che trova la sua ragione ultima nel suo porsi come generalmente valida e universalmente argomentabile.

Il fondamentale kantismo di Rawls implica che l'uomo abbia una dignità e non abbia un prezzo, anche nell'ambito del lavoro ¹⁸.

Amartya Sen riprende le idee di Rawls contro l'utilitarismo e propone una riflessione che recupera il paradigma classico del rapporto tra economia ed etica in una ottica neoaristotelica.

¹⁷ Cf. F. ZANUSO in *Dizionario delle idee politiche*, E. Berti e G. Campanini, Ave Ed Roma, 1993, pagg. 931-936

¹⁸ Cf. J. RAWLS, *Una teoria per la giustizia*, tr. It., Feltrinelli Milano, 2004, pag. 21 e segg.

Sen individua due differenti origini dell'economia: quella etica e quella tecnologica. La prima è rintracciabile già negli studi aristotelici. La seconda compare soprattutto in epoca moderna e si caratterizza per il crescente tecnicismo e la sua pretesa di autoreferenzialità.

Per Sen lo sviluppo economico è uno sviluppo nella direzione dell'aumento della libertà delle persone e la giustizia deve promuovere eguali capacità di base per tutti i cittadini, per un migliore standard di vita.

In questa ottica il lavoro recupera la sua piena dimensione etica e di mezzo per raggiungere il benessere individuale e sociale ¹⁹.

La dottrina sociale della Chiesa cattolica ha sviluppato un ricco e complesso pensiero sul rapporto tra economia, lavoro ed etica. Dalla enciclica di Leone XIII "Rerum Novarum" fino ai più recenti documenti pontifici "Populorum Progressio" (Paolo VI), "Centesimus Annus" e "Laborem Exercens" (Giovanni Paolo II), "Caritas in veritate" (Benedetto XVI) si può parlare di un vero corpo dottrinale che costituisce un sistema articolato e organico di pensiero in ambito sociale ²⁰.

La Chiesa, con questi e altri documenti, non rivendica soluzioni tecniche o programmi economici e politici, ma si propone l'obiettivo di riaffermare il valore della dignità dell'uomo, affinché sia rispettato e promosso sempre e in ogni parte del mondo.

Il principio fondamentale che viene affermato riguardo al lavoro è che "il lavoro è per l'uomo e non l'uomo per il lavoro" ²¹.

¹⁹ Cf. A. SEN, *Lo sviluppo e la libertà*, Mondadori Milano, 2000, pag. 15 e segg.

²⁰ Cf. P. ONELLO DONI, *Dottrina sociale della Chiesa*, in "Dizionario delle idee politiche", E. Berti e G. Campanini ed, Ave Ed Roma, 1993, pp.229-246.

²¹ Cf. GIOVANNI PAOLO II, *Laborem exercens*, San Paolo, Milano, 2001, cap II, n.6.

Per la dottrina sociale della Chiesa, inscindibilmente connesso al tema del lavoro è quello della promozione della dignità umana. Il lavoro, per essere dignitoso, dovrà sempre rispettare e promuovere la libera soggettività del lavoratore.

Infine lo sviluppo integrale e la dignità della persona costituiscono per la dottrina sociale della Chiesa i principi regolatori dell'impresa ²².

2. Dimensione etica del lavoro

A questo punto è necessario dire qualcosa sulla dimensione etica del lavoro. A ben vedere si possono individuare nel lavoro almeno tre requisiti fondamentali.

Prima di tutto il lavoro è in relazione con la dimensione umana del soggetto: il lavoro esprime e realizza la personalità dell'individuo. Lo scopo del lavoro, di qualunque lavoro, rimane l'uomo stesso. Si potrebbe parlare del requisito dell'autenticità .

In secondo luogo il lavoro è in relazione con il mondo esteriore: il lavoro deve essere in grado di dare ordine e forma alle cose trasformandole in oggetti sia disponibili che affidabili. Il lavoro è la fonte prima di ogni bene prodotto. Si potrebbe parlare del requisito dell'efficacia.

In terzo luogo il lavoro del singolo è in relazione con gli altri soggetti che lavorano, in modo tale da generare condivisione e partecipazione: il lavoro esprime il riconoscimento tangibile di una comune condizione umana. Il lavoro

²² Cf. P. ONELLO DONI, *Dottrina sociale della Chiesa*, in "Dizionario delle idee politiche", E. Berti e G. Campanini ed, Ave Ed Roma, 1993, pp.229-246.

costituisce strumento essenziale per la costruzione e la crescita di ogni società. Si potrebbe parlare del requisito della socialità ²³.

Quando si parla di dimensione etica del lavoro si intende la propensione a valutare il lavoro come attività significativa e umanizzante per il soggetto che lo svolge.

Da qui deriva l'impegno a realizzare per chiunque le condizioni di un lavoro degno e positivo, soprattutto là dove queste condizioni siano carenti.

Si tratta in particolare di promuovere sempre un modello di lavoro che rispetti la dignità di chi lo svolge e lo realizzi sul piano umano.

Ma quando si parla di dimensione etica del lavoro occorre evidenziare anche un altro aspetto fondamentale: la scelta di acquisire e realizzare le attitudini e le virtù morali del tipo di lavoro che si svolge.

In altre parole è necessario definire, oltre ad una etica del lavoro anche un'etica nel lavoro. Cosa si vuol dire? Si può rispondere con le parole di uno scrittore del 1500, T. Garzoni, che nella sua opera "La piazza universale di tutte le professioni del mondo", mentre illustra un notevole catalogo di mestieri, ci offre qualche esempio divertente e istruttivo.

Prendiamo, come egli dice, il mestiere del corriere. Quale è la sua virtù ? Consiste nel non simulare di essere stato derubato per appropriarsi della merce da portare al destinatario. È una virtù di onestà: il corriere non deve appropriarsi della merce che trasporta.

Ma questa virtù non è una abilità. E quale è l'abilità del corriere? Consiste nel recapitare la merce nelle migliori condizioni e nel più breve tempo possibile.

²³ Cf. F. TOTARO, Lavoro in "Dizionario delle idee politiche", E. Berti e G. Campanini ed, Ave Ed. Roma, 1993, pp 427-438.

La capacità di coniugare la virtù dell'onestà con l'abilità dell'efficienza e del tempo caratterizza la qualità di un buon corriere e lo fa apprezzare nella considerazione generale della società ²⁴.

Questo esempio chiarisce bene il significato di etica nel lavoro.

Chi lavora esprime una dimensione etica che attraversa tutte le attività che lo coinvolgono, sia sul piano della moralità propria del lavoro sia nel raggiungimento degli obiettivi di efficienza e di efficacia produttiva.

Prescindere da questa valutazione generale significa ricondurre il lavoro ad una logica argomentativa astratta, riservata ad analisi puramente speculative.

Il lavoro richiede invece di coniugare costantemente la competenza professionale con un'etica della responsabilità che coinvolge direttamente la coscienza personale.

²⁴ T. GARZONI, *La piazza universale di tutte le professioni del mondo*, a cura di P. Cherchi B. Collina, I Millenni, G. Einaudi ed Torino, 1996, p. 305 e segg.

3. Etica delle professioni

Il tema della “coscienza”, come criterio per valutare la bontà di un’azione sul piano del lavoro, apre necessariamente il discorso sull’etica delle professioni, intesa come ricerca del giusto rapporto tra il dovere morale di un’azione e l’esercizio della professione.

È chiaramente illusorio voler dare fondamento morale alla vita sociale, prescindendo dalla considerazione e dall’analisi delle attività professionali, perché sono proprio queste ad imprimere, insieme ad altri ambiti e settori sociali, il volto morale alla società, in quanto coinvolgono direttamente le persone, che vivono nel rispetto del codice deontologico delle rispettive professioni.

La parola tedesca *beruf* esprime molto bene l’idea di un’etica delle professioni. Con questa parola infatti si afferma che ogni lavoro, soprattutto quello intellettuale, ha una connotazione naturale configurabile nella triade “professione, vocazione, missione”.

Nel lavoro l’uomo sperimenta il senso di quella responsabilità morale che richiama al dovere della competenza, al primato della intelligenza e alla promozione della solidarietà sociale.

Attraverso il lavoro l’uomo può affermare la superiorità dell’etica sulla tecnica, della persona sulle cose, dell’intelligenza sulla materia²⁵.

È noto che il sociologo tedesco Max Weber, nella sua opera classica “L’etica protestante e lo spirito del capitalismo”, ha utilizzato il termine *beruf* per indicare il nesso tra la professione e specifici contenuti di fede e di morale.

²⁵ Cf. M. PARONETTO-VALIER, *Competenza e responsabilità*, Studium ed Roma, 2002, pag.88 e segg.

Nella ricca e argomentata analisi di Weber il rapporto dell'uomo con il lavoro si attua attraverso le forme della missione e del dovere.

M. Weber prende in esame i protestanti e il loro grande successo economico a partire dal Cinquecento. Il termine chiave per capire questo fenomeno è proprio il termine tedesco *beruf* (vocazione). In particolare nella religione protestante la salvezza è decretata da Dio (giustificazione per fede) e non si ottiene in virtù delle proprie opere.

Un indizio per capire se si sarà o meno salvati è il successo professionale che si ha nel corso della vita: dal successo nel lavoro si può avvertire il proprio essere graditi a Dio. Da ciò nasce, secondo Weber²⁶, il capitalismo moderno e non già da particolari condizioni materiali, storiche ed economiche, come sosteneva Marx. Questa concezione di Weber ha strutturato l'idea della professione come volano dell'economia e dello sviluppo della società.

Diversi decenni dopo Ernest Greenwood ha il merito di individuare i caratteri fondamentali delle professioni²⁷.

Egli individua cinque attributi essenziali che distinguono la professione da altri lavori.

Il primo è costituito da un sapere di tipo scientifico appreso nelle università e nelle scuole superiori: cioè un sistema coerente di conoscenze teoriche. Il secondo è l'autorità professionale: il non professionista lavora per gli acquirenti (*customers*), il professionista per i clienti (*clients*). Mentre l'acquirente è capace di scegliere

²⁶ Vedi M. WEBER, *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Tubingen Leipzig 1905, trad. it. BUR, Classici, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1991, pag. 40 e segg.

²⁷ Cf. E. GREENWOOD, *Attributes of a profession*, in "Social Work", 2, n. 3, luglio 1957, tradotto in italiano da Emilio D'Orazio e pubblicato nella rivista "etica degli affari e delle professioni" n.2, 1993, pagg.58-66.

liberamente i beni e i servizi che desidera, il cliente si affida al professionista che consiglia cosa è bene per il cliente.

Il terzo attributo è costituito dal riconoscimento della comunità. Ogni professione deve convincere la comunità circa la propria utilità sociale.

Se la comunità riconosce il valore della professione, concede ad essa di adottare specifiche procedure di reclutamento e garanzie per il riconoscimento dei titoli, ed è disposta anche a concedere protezione giuridica: infatti, chiunque esercita una professione senza permesso è passibile di pena.

Altresì, la comunità può concedere alla professione una serie di privilegi: ad esempio la riservatezza (segreto professionale per medici e avvocati) o l'immunità dal giudizio della comunità per questioni tecniche (la prestazione di un professionista può essere valutata solo da un suo pari).

Il quarto attributo è il codice di comportamento che ha il compito di evitare gli abusi derivanti dalla autorità del professionista nella sfera dei rapporti con i clienti, con i colleghi e con la collettività nel suo insieme. A tale riguardo, Greenwood sostiene che: *“attraverso il proprio codice etico, l'impegno della professione nei confronti del benessere sociale diventa una questione pubblica, con ciò assicurandosi la continua fiducia della comunità”*.

L'ultimo e quinto attributo è costituito dalla cultura professionale fondata su comuni valori, norme e simboli. I valori sociali di una professione, secondo Greenwood, sono le sue credenze basilari e fondamentali che ne giustificano la stessa esistenza. Il più importante, tra questi, è costituito dal beneficio alla comunità reso attraverso l'esercizio della professione. Ciò significa che la società può accordare ai professionisti delle deroghe ai doveri che discendono dai valori

comunemente condivisi. Ma questo esonero non può consentire loro di passare sopra le richieste della moralità generale.

È molto interessante che questo capitolo sull'etica delle professioni e sul loro ruolo nella società è stato sviluppato in modo sistematico nel codice di Camaldoli, da molti ritenuto la base della nostra Costituzione e di cui si tratterà più avanti, dove al capitolo 68 si può leggere che "tutte le categorie di lavoratori hanno dei doveri verso la società, in ragione della pari dignità e della funzione sociale di ogni genere di lavoro;

nelle professioni che richiedono l'esercizio di attività intellettuali (e tra queste, le professioni libere e quelle tecniche) appare prevalente il carattere di servizio reso alle altre categorie di lavoratori e alla comunità, rispetto al lavoro svolto a semplici fini personali;

per loro natura le professioni che richiedono l'esercizio delle facoltà intellettuali esigono un elevato livello di libertà, che impedisce e anzi sconsiglia ogni controllo; questo però facilita le deviazioni e l'irresponsabilità individuale"²⁸.

Discende da tali principi che le associazioni e i corpi professionali, nel tutelare gli interessi particolari dei propri associati, debbono considerarsi al servizio della comunità e non di partiti, di classi o di gruppi particolari, ivi compresi quelli dei propri associati; fra i compiti accessori degli Ordini e delle associazioni professionali, oltre al perfezionamento tecnico e alla preparazione professionale, deve porsi la formazione e lo sviluppo di un'etica e di una deontologia professionale, al fine di rendere sempre meglio consapevoli i loro membri dell'alta

²⁸ Vedi *I codici di Malines e di Camaldoli*, Civitas edizioni, Firenze, 1982

funzione e delle correlative responsabilità spettanti alla tecnica e alla professione per realizzare i fini dell'ordine e della giustizia sociali ²⁹.

Questa riflessione che il codice di Camaldoli dedicò alle professioni in vista della allora nascente democrazia repubblicana portò un importante contributo dottrinale al ruolo che esse avrebbero da lì a poco ricoperto nella costruzione del nuovo assetto istituzionale.

Appare degno di nota rilevare che il codice di Camaldoli intese sottolineare in particolare come la necessaria libertà e autonomia dei professionisti e la legittima tutela dei loro interessi avrebbero dovuto essere coniugate con la tutela dell'interesse pubblico, connesso alla loro responsabilità sociale.

A più di settanta anni dalla sua elaborazione si ritiene che il significato di queste affermazioni mantenga intatto il suo valore e la sua attualità e ci induca a riscoprire una indispensabile fondazione etica nella definizione del ruolo e delle caratteristiche del lavoro, non solo professionale, dell'epoca moderna.

È vero che, sotto il profilo della cultura dominante, l'evoluzione del sistema del lavoro ha comportato un cambiamento di mentalità così che il perseguimento dell'interesse comune ha subito di fatto drastici ridimensionamenti a vantaggio dell'esaltazione degli interessi privati (dei singoli, delle lobbies o dei gruppi di potere). La logica della competizione e del conflitto sembra prevalere su quella della solidarietà e del perseguimento del bene comune. Non può non vedersi in ciò anche l'effetto di un certo modo di intendere le relazioni economiche all'interno del contesto sociale. Ciò rischia di riflettersi anche nel mondo delle professioni.

²⁹ Cf. *I codici di Malines e di Camaldoli*, Civitas edizioni, Firenze, 1982, pag. 130 e segg.

È, infine, necessario sottolineare che il processo di globalizzazione in atto ha determinato l'ingresso nel mercato internazionale di nuovi attori (pensiamo, ad esempio, alla Cina e all'India), che lanciano oggi una pesante sfida all'occidente e all'Europa, a volte veicolata da un filone di pensiero che di fronte alle questioni etiche prende pericolose scorciatoie.

In questo senso il richiamo ad un'etica condivisa delle professioni può garantire il giusto orientamento, affinché questo processo di attualizzazione e innovazione non diventi un percorso sterile e lesivo della dignità umana.

Per questo appaiono particolarmente valide le parole che P. Ricoeur e J.P. Changeux rivolgevano negli anni Novanta agli uomini delle professioni, quando richiamaavano la necessità di un recupero del senso etico del lavoro.

In particolare i due illustri uomini francesi, di cui uno filosofo e l'altro scienziato, affermavano che i professionisti dovevano avere stima e cura di sé per essere capaci di agire secondo principi e criteri etici; essi dovevano, poi, avere attenzione all'altro per farlo partecipe della stessa umanità e dignità; ed infine, essi dovevano avere rispetto dell'istituzione per contribuire al perseguimento dei fini dell'ordinamento costituzionale³⁰.

Queste affermazioni richiamano ad una dimensione alta del ruolo del lavoro professionale, perfettamente corrispondente alla grande responsabilità che ne deriva sul piano sociale ed umano.

³⁰ J.P. CHANGEUX e P. RICOEUR, *La natura e la regola*, Raffaello Cortina ed., Milano, 1999, pag. 43 e segg.

4. L'uomo soggetto del lavoro e le minacce alla dignità del lavoratore

L'uomo è una persona, cioè è soggetto morale di diritti e doveri, capace di agire in modo razionale e capace di decidere di sé per realizzare se stesso³¹.

Come persona, l'uomo è “soggetto del lavoro”. Egli, quando lavora, compie varie azioni appartenenti al processo del lavoro, ma mantiene intatta la sua dignità e la sua soggettività rispetto al lavoro. Infatti i risultati del lavoro dell'uomo, indipendentemente dal loro contenuto oggettivo, devono servire alla realizzazione della sua umanità e alla valorizzazione della sua dignità³².

Non c'è, infatti, alcun dubbio che il lavoro umano abbia sempre un valore etico, il quale, senza mezzi termini e direttamente, rimane legato al fatto che colui che lo compie è una persona umana, titolare di diritti e dignità in se stessa.

L'età antica introdusse tra gli uomini una propria tipica differenziazione in ceti a seconda del tipo di lavoro che eseguivano. Il lavoro che richiedeva da parte del lavoratore l'impiego delle forze fisiche era considerato indegno degli uomini liberi, e alla sua esecuzione venivano, perciò, destinati gli schiavi.

L'uomo, nel corso della storia, ha operato progressivamente una fondamentale trasformazione di questi concetti, affermando il valore eminente del lavoro umano e la dignità sovrastante dell'uomo rispetto al lavoro.

In una tale concezione sparisce quasi il fondamento stesso dell'antica differenziazione degli uomini in ceti sociali, a seconda del genere di lavoro da essi eseguito. Ciò non vuol dire che il lavoro umano, dal punto di vista oggettivo, non

³¹ Vedi P.RICOEUR, *Travail et parole*, Edizioni Du Seuil, Paris, 1955

³² Vedi P.RICOEUR, *Travail et parole*, Edizioni Du Seuil, Paris, 1955

possa e non debba essere in alcun modo differenziato. Ciò vuol dire semplicemente che il primo fondamento del valore del lavoro è l'uomo stesso³³.

Dato questo modo di intendere, e supponendo che vari lavori compiuti dagli uomini possano avere un maggiore o minore valore oggettivo, è bene tuttavia porre in evidenza che ognuno di essi si misura soprattutto con il metro della dignità dell'uomo che lavora.

Inoltre, indipendentemente dal lavoro che ogni uomo compie, e supponendo che esso costituisca uno scopo alle volte molto impegnativo del suo operare, questo scopo non possiede mai un significato indipendente e sovrastante il lavoratore.

In ultima analisi, lo scopo del lavoro, di qualunque lavoro eseguito dall'uomo - fosse pure il lavoro più «di servizio», monotono o emarginante - rimane sempre l'uomo stesso.

Nella prima metà del secolo XIX si è diffuso un modo di intendere il lavoro che lo qualifica come merce. Secondo queste idee, il lavoro era sempre inteso e trattato come una «merce», che il lavoratore vende al datore di lavoro, sia di carattere privato che di carattere pubblico, e di cui questi può disporre liberamente in ragione di superiori esigenze di profitto o di interesse economico.

Questo modo di concepire il lavoro è stato diffuso, in particolare, nella prima metà del secolo XIX. In seguito le esplicite formulazioni di questo tipo sono pressoché sparite, cedendo ad un modo più umano di pensare e di valutare il lavoro. L'interazione fra il lavoratore e l'insieme degli strumenti e dei mezzi di produzione ha dato luogo all'evolversi di nuove forme di capitalismo, dove si sono

³³ Cf. S. ZAMAGNI, *Lavoro, occupazione, economia civile*, in *Ripensare il lavoro: proposte per la Chiesa e per la società*, L.Caselli, Ed. Dehoniane, Bologna, 1998, pag. 45 e segg.

inseriti altri elementi socio-economici, dall'opera dei sindacati all'intervento sociale dello Stato, fino all'apparire di grandi imprese transnazionali³⁴.

Ancora oggi, purtroppo, il pericolo di trattare il lavoro come una merce *sui generis* o come una anonima «forza» necessaria alla produzione (si parla spesso di «forza-lavoro») continua ad esistere.

Inoltre sembra prevalere rispetto alla tradizionale economia di lavoro una economia finanziaria, di fatto svincolata da ogni diretto rapporto con il lavoratore e con ragioni etiche condivise³⁵.

Si deve con disagio registrare che la tutela sociale del diritto al lavoro del lavoratore ha subito una grave regressione nei tempi più recenti ed ha provocato situazioni di pericolosa precarietà strutturale e sociale.

Il legislatore ha, negli ultimi anni, passivamente seguito questa scelta di economia del lavoro, non ponendo più quegli argini giuridici e normativi a difesa del lavoratore, che pure sono richiamati in modo chiaro nella Costituzione.

L'importanza di difendere i giusti diritti di chi lavora e tutelarne una condizione di vita dignitosa ha, d'altra parte, dato nuovo slancio all'azione di solidarietà tra i lavoratori nelle diverse forme di associazioni di categoria e di sindacati³⁶.

Sono nate nuove idee che hanno arricchito la formazione di modalità più umane del lavoro. Non di rado i lavoratori partecipano alla gestione ed al controllo della produttività delle imprese. Per il tramite di specifiche associazioni, essi influiscono sulle condizioni del lavoro e della remunerazione, come anche sulla legislazione sociale.

³⁴ Cf. S. ZAMAGNI, *Lavoro, occupazione, economia civile*, in *Ripensare il lavoro: proposte per la Chiesa e per la società*, L.Caselli, Ed. Dehoniane, Bologna, 1998, pag.45 e segg.

³⁵ Cf. L. CASELLI et al., *Umanizzare l'economia*, Cacucci editore, Bari, 1999, pag. 22 e segg.

³⁶ Cf. S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Laterza, Roma e Bari, 2014, pag.27 e segg.

Le nuove leggi in materia di lavoro hanno ridotto oggettivamente le tutele sociali dei lavoratori, in ragione di un accelerato processo di ammodernamento e di flessibilità del sistema economico.

Questo meccanismo, unito alla forte spinta alla competizione, come vuole il fenomeno mondiale della globalizzazione, ha condizionato fortemente la garanzia sociale del lavoratore, sottoponendolo a una vera e propria esautorazione di fondamentali diritti sociali e individuali che la dottrina giuridica ha il dovere di analizzare e risolvere.

In molti casi il risultato di queste azioni legislative e normative ha comportato una violazione della dignità del lavoro umano e della dignità del lavoratore: sia perché vengono limitate le possibilità del lavoro - con la piaga della disoccupazione - sia perché vengono svalutati il lavoro ed i diritti che da esso scaturiscono, specialmente il diritto al giusto salario e alla sicurezza della persona del lavoratore e della sua famiglia.

5. Fondazione etica dei diritti dei lavoratori

Il lavoro appartiene alla dignità umana ed è anche sorgente di diritti da parte del lavoratore.

Questi diritti devono essere esaminati nel vasto contesto dell'insieme dei diritti dell'uomo, molti dei quali sono proclamati da varie costituzioni internazionali e sempre maggiormente garantiti dai singoli Stati per i propri cittadini. Il rispetto di questo insieme di diritti dell'uomo costituisce la condizione fondamentale per l'affermarsi della giustizia e della pace nel mondo contemporaneo ³⁷.

I diritti umani che scaturiscono dal lavoro rientrano, come detto, nel più vasto contesto dei fondamentali diritti della persona. Tuttavia, nell'ambito di questo contesto, essi hanno un carattere specifico, rispondente alla specifica natura del lavoro umano, e proprio secondo questo carattere occorre guardarli.

Il lavoro costituisce un diritto, ma è anche un dovere individuale e sociale. L'uomo deve lavorare sia per il fatto della sua stessa umanità, sia per il suo mantenimento e il suo progresso. L'uomo ha necessità di lavorare per riguardo agli altri oltre che per se stesso, specialmente per riguardo alla propria famiglia, ma anche alla società alla quale appartiene e alla grande famiglia del genere umano. Tutto ciò costituisce l'obbligo morale del lavoro, inteso nella sua ampia accezione.

Ed è precisamente il riguardo per i diritti oggettivi del lavoratore - di ogni tipo di lavoratore: manuale, intellettuale, industriale, agricolo, ecc. - che deve costituire

³⁷ Sul concetto di giustizia vedi M. SCALISI, *Educare alla giustizia*, 12 ottobre 2011, in <http://www.meicroma.it/articolo.aspx?id=20>

l'adeguato e fondamentale criterio della formazione di tutta la politica economica di uno Stato e della legislazione giuslavoristica.

Il legislatore e lo Stato devono realizzare politiche economiche e sociali che rispettano i diritti del lavoratore e garantiscono il pieno svolgimento dei processi lavorativi nell'ambito di tutele sociali ed economiche garantite.

6. La giusta retribuzione e la tutela sociale dei lavoratori

Il problema-chiave dell'etica sociale è quello della giusta remunerazione per il lavoro che viene eseguito. Non c'è nel contesto attuale un altro modo più importante per realizzare la giustizia nei rapporti lavoratore-datore di lavoro, di quello costituito appunto dalla giusta remunerazione del lavoro.

Indipendentemente dal fatto che questo lavoro si effettui nel sistema economico privato oppure in un sistema di tipo pubblico o misto, il rapporto tra il datore di lavoro e il lavoratore si risolve in base alla retribuzione, cioè mediante la giusta remunerazione del lavoro che è stato eseguito.

In ogni sistema lavorativo il salario, cioè la remunerazione del lavoro, rimane una via concreta, attraverso la quale la stragrande maggioranza degli uomini può accedere a quei beni che sono destinati all'uso comune: sia i beni della natura, sia quelli che sono frutto della produzione umana. Gli uni e gli altri diventano accessibili al lavoratore grazie al salario.

Di qui, proprio il giusto salario diventa la concreta verifica della giustizia di tutto il sistema socio-economico e, ad ogni modo, del suo giusto funzionamento. Non è questa l'unica verifica, ma è particolarmente importante ed è, in un certo senso, la verifica-chiave. Questa verifica riguarda soprattutto il lavoratore. Una giusta remunerazione del lavoratore garantisce la sua sussistenza, la sua dignità, la sua libertà, il suo futuro e quello della sua famiglia.

Tale retribuzione può realizzarsi sia per il tramite del salario vero e proprio, sia per il tramite di altri provvedimenti sociali, come assegni familiari o contributi

sociali, che devono corrispondere alle effettive necessità personali e familiari del lavoratore, in modo che egli possa far fronte a tutte quelle situazioni di bisogno sociale che potrebbero insorgere nella vita. Purtroppo oggi l'ordinamento europeo ha sviluppato il concetto di salario minimo legale che nella sua applicazione accentuerà le situazioni di povertà, togliendo a milioni di famiglie il diritto ad una esistenza libera e dignitosa, a cui ogni cittadino italiano ha diritto in base all'art.36 della nostra Carta costituzionale.

In tale contesto si deve sottolineare che, in via generale, occorre organizzare e adattare tutto il processo lavorativo in modo che vengano rispettate le esigenze della persona e le sue forme di vita, innanzitutto della sua vita familiare.

Nell'ambito di questi diritti principali si sviluppa tutto un sistema di diritti particolari, che decidono della corretta impostazione di rapporti tra il lavoratore e il datore di lavoro. Tra questi diritti va tenuto presente quello ad ambienti di lavoro ed a processi produttivi, che non rechino pregiudizio alla sanità fisica dei lavoratori e non ledano la loro integrità morale. E anche il rispetto di orari di lavoro adeguati alle necessità del lavoratore, rispettosi delle sue condizioni di salute e di vita, come da tutela costituzionale ex art. 36, comma 3, Costituzione³⁸.

Il lavoro ha come sua caratteristica quella di unire gli uomini, ed in ciò consiste la sua forza sociale: la forza di costruire una comunità. Alla luce di questa fondamentale struttura di ogni lavoro l'unione degli uomini per assicurarsi i diritti che loro spettano, nata dalle necessità del lavoro, rimane un fattore costruttivo e non distruttivo di ordine sociale e di solidarietà, da cui non è possibile prescindere.

³⁸ Vedi T. TREU, *Commento all'art.36 della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di G.Branca, t.I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979

La vita economico-sociale è come un sistema di «vasi comunicanti» ed a questo sistema deve adattarsi ogni attività sociale che ha come scopo quello di salvaguardare i diritti di chi lavora.

7. La nascita del diritto del lavoro e la minaccia della globalizzazione

La storia del lavoro è anche storia di regole e leggi, norme e regolamenti attuativi imposti dallo Stato o frutto di autoregolazione sociale delle grandi organizzazioni di rappresentanza sociale.

Tali regole hanno consentito il superamento della visione economicistica del lavoro inteso come semplice merce.

Nella prima parte della industrializzazione la prestazione da lavoro dipendente era regolata solo dal diritto dei beni nella forma del contratto di locazione.

Il diritto del lavoro nasce a seguito della presa d'atto da parte degli ordinamenti giuridici della "questione sociale", cioè del lavoro prestato, ma non regolato, perché lasciato all'arbitrio del potere di regolazione del datore di lavoro.

Il diritto del lavoro si è affermato in Europa mediante un processo di incrocio con la trasformazione dello stato liberale di diritto in stato democratico pluriclasse e in stato sociale.

La regolazione del lavoro ha consentito la fondazione di un paradigma relazionale -il contratto di lavoro- che conteneva le premesse per il superamento della visione riduttiva dello scambio tra prestazione lavorativa e retribuzione ³⁹. Sembrò necessaria una normativa *ad hoc* che, oltre a comporre gli interessi contrapposti nel contratto di lavoro, prendesse in considerazione i valori in gioco e tutelasse la parte debole del rapporto contrattuale: il prestatore di lavoro.

³⁹ Cf. F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, casa editrice Jovene, Napoli, 1974, pag. 35

Il diritto del lavoro edificato sulla base di una triplice direzione, come l'eguaglianza, che postula valutazioni eguali per situazioni eguali⁴⁰, come la giusta retribuzione, che riconosce la retribuzione proporzionata alla qualità e quantità della prestazione secondo i parametri della giustizia commutativa e come anche la previdenza sociale, che definisce le misure di protezione sociale in ordine a infortuni, malattia, vecchiaia, disoccupazione, in attuazione delle tutele previste dalla nostra Costituzione⁴¹, è oggi sottoposto alla triplice sfida della globalizzazione, delle tecnologie informatiche e della terziarizzazione dell'economia.

La globalizzazione, intesa come creazione di un mercato competitivo su scala mondiale, pone in evidenza il confronto tra sistemi in cui vi è una forte regolazione del lavoro e sistemi che per l'assenza di regole riescono a produrre a costi inferiori.

Da qui nasce la messa in discussione delle regole, imputate di essere la maggiore causa del deficit di vivacità economica del nostro sistema produttivo.

Ma può la globalizzazione postulare la scomparsa del sistema regolativo del lavoro per far emergere le uniche regole ammesse ossia quelle del mercato?

Chi scopre la superiorità del mercato a seguito della globalizzazione non tiene conto del fatto che il diritto del lavoro intende regolare proprio il fenomeno del lavoro subordinato nell'economia di mercato postulando il mercato stesso.

Il diritto del lavoro non ha l'obiettivo di scardinare l'impresa e le sue regole. Al contrario il diritto del lavoro e il sindacalismo (quale versione sociale e aggregata

⁴⁰ Cf. U. ROMAGNOLI, *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997, pag. 542

⁴¹ Cf. M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, CEDAM, Padova, 2014, pag.13 e segg.

di tale diritto) si sono mossi sempre in una dimensione riformista di tutela dell'economia di mercato.

Considerare adesso la globalizzazione come occasione per la messa in discussione di quel grande patto di civiltà che il mondo delle imprese ha stipulato con il mondo del lavoro, proprio attraverso l'istituto del diritto del lavoro, significa immaginare il ritorno ad una anomalia del sistema economico, ad un vero arretramento della civiltà industriale come esisteva nelle prime forme di industrializzazione capitalistica, tipica della Londra dei primi del '900.

D'altra parte occorre pensare che gli stessi stati emergenti, primi beneficiari in termini economici e di sviluppo della globalizzazione, dovranno prima o poi porsi obiettivi di regolazione sociale se vorranno superare lo stato di sfruttamento e di degrado sociale.

Ciò dovrà avvenire anche con il sostegno e la collaborazione del mondo avanzato sia attraverso clausole sociali capaci di integrare la liberalizzazione mondiale del commercio, sia mediante il rilancio delle istituzioni internazionali in materia di lavoro.

In Europa gli standard protettivi sociali avevano raggiunto livelli molto elevati, in quanto la regolazione del lavoro è stata considerata un significativo indicatore di benessere sociale da conseguire a livello politico.

Abbandonare questa strada, come si sta già facendo da qualche anno per recepire le direttive dell'Unione europea, costituirebbe un esempio negativo che riporterebbe indietro la lancetta dell'orologio delle tutele sociali ai periodi di sfruttamento della prima industrializzazione (es. il lavoro giovanile e infantile, quello femminile, i disumani orari di lavoro).

L'avvento delle tecnologie informatiche ha provocato una straordinaria trasformazione delle strutture produttive, i cui valori preminenti sono dati dal sapere tecnico e dal primato della comunicazione.

Ma questi mutamenti sono tali da far immaginare addirittura una “fine del lavoro umano” ? In realtà le nuove tecnologie, mentre non hanno fatto venir meno i grandi apparati industriali, hanno contemporaneamente favorito il diffondersi delle piccole e medie imprese artigianali e industriali.

L'emergere di nuovi profili professionali e il mutamento sociale che ne è derivato impongono al diritto del lavoro e al sindacato nuove direzioni di tutela e un adeguamento normativo, non certo il superamento delle ragioni della regolazione sociale.

Le nuove tecnologie hanno anche interessato il contenuto tecnico del lavoro in settori tradizionali (il settore commerciale, bancario, delle libere professioni), favorendo il processo creativo dell'impresa, con una forte valorizzazione di nuove professionalità emergenti e di lavori autonomi.

Ora la terziarizzazione postula un allargamento, non una riduzione degli spazi regolativi del diritto del lavoro.

Le tre trasformazioni ossia la globalizzazione, le nuove tecnologie e la terziarizzazione pongono al diritto del lavoro nuove sfide che devono spingere ad un nuovo riassetto.

L'obiettivo della qualità totale e la sollecitazione della competizione a livello ormai globale devono costituire nuovi valori da considerare non solo per il funzionamento dell'impresa, ma anche per la regolamentazione del diritto del lavoro.

8. La funzione di garanzia del diritto del lavoro in Italia

In Italia si è arrivati dopo più di un secolo a un vero e proprio diritto del lavoro, inteso come quel complesso di norme che disciplinano il rapporto di lavoro e che tutelano, oltre l'interesse economico, anche la libertà, la dignità e la personalità morale del lavoratore.

Il diritto del lavoro inizia a svilupparsi verso la fine del XIX secolo quando finalmente il modello antropologico dell'individualismo proprietario inizia ad essere temperato dalle norme giuslavoristiche. Luigi Mengoni ha messo in risalto il collegamento tra queste e l'antropologia, affermando che "...il diritto del lavoro instaura l'antropologia definitiva del diritto moderno, fissata nell'art.1 della Costituzione del 1947, che proclama essere il nostro ordinamento fondato sul lavoro" ⁴².

Sulla stessa linea di pensiero leggiamo in Mazziotti che il fine del diritto del lavoro deve essere quello di attenuare gli effetti deleteri della subordinazione, specie quelli che incidono sulla libertà, sulla dignità e sulla sicurezza umana del prestatore di lavoro, perché la dipendenza del lavoratore dal datore di lavoro significa "...la messa a disposizione della stessa persona del lavoratore" ⁴³.

Ne consegue che il carattere fondamentale del diritto del lavoro è costituito dalla funzione di garanzia che esso svolge; ciò spiega anche la presenza rilevante di norme inderogabili.

⁴² Cf. L. MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1982, pagg.1117 e segg

⁴³ Cf. F. MAZZIOTTI, *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, casa editrice Jovene, Napoli, 1974, pag.74.

Illustri giuslavoristi come il Mengoni hanno visto la subordinazione nel contratto di lavoro non tanto come una subordinazione tecnica, ma "...soprattutto ed essenzialmente una subordinazione personale e comporta quindi poteri e obblighi caratteristici che non si riscontrano in alcun altro rapporto contrattuale"⁴⁴.

Mentre nella generalità dei contratti privatistici le parti, in considerazione della loro effettiva parità, sono libere di determinare autonomamente il contenuto, invece nel contratto di lavoro il rapporto tra le parti è regolato quasi interamente dalla legge mediante norme vincolanti e inderogabili.

Non è possibile stipulare un contratto di lavoro subordinato e allo stesso tempo stabilire un regolamento del rapporto in deroga alle norme imperative di legge e dei contratti collettivi (ad es. per la retribuzione e per le ferie), se non per convenire clausole più favorevoli per il lavoratore (la cosiddetta *derogatio in melius*). Inderogabilità significa dunque che le tutele previste dall'ordinamento non sono rinunciabili, neanche per un accordo scritto tra le parti.

L'inderogabilità è "*lo strumento che aiuta a riequilibrare l'asimmetria di potere socio-economico tra imprenditore e lavoratori ed è questa la caratteristica che ha fatto, e in parte fa ancora, la specialità del diritto del lavoro*"⁴⁵.

Inderogabilità da qualche anno seriamente compromessa per l'introduzione dell'art.8 della legge 148 del 2011 sui contratti collettivi di prossimità, in base al quale il contratto aziendale può derogare *in peius* alle disposizioni di legge e ai contratti collettivi nazionali di lavoro. Non esiste però un divieto nel corpo della norma alla *derogatio in melius*, che quindi può essere attuata.

⁴⁴ Cf. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV. *Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA*, Milano, 1965, pag.436.

⁴⁵ Cf. R. SANLORENZO- C. PONTERIO, *E lo chiamano lavoro*, edizioni Gruppo Abele, collana I ricci, 2015, pag. 29.

9. La fondazione etica del diritto del lavoro: il Codice di Camaldoli

Nel diritto del lavoro, in particolare, quale disciplina giuridica edificata a "misura d'uomo"⁴⁶, le proiezioni del principio di dignità risultano essere potenzialmente innumerevoli, dal momento che, al di là del suo espresso richiamo in specifiche disposizioni, la dignità della persona che lavora può essere considerata come autonomo centro orientativo della materia giuslavoristica.

Il presupposto per assicurare al lavoratore il godimento dei suoi diritti fondamentali si ritiene essere la "centralità del rapporto di lavoro tendenzialmente a tempo indeterminato con garanzia di stabilità, che assicuri un reddito continuativo, funzionale agli scopi indicati nell'art. 36, comma 1, Cost. Senza tale presupposto tutti i diritti elencati vengono vanificati e possono tradursi solo in sporadiche e comunque inadeguate azioni risarcitorie"⁴⁷.

Nel Codice Civile del 1942 possiamo trovare una disposizione giuslavoristica riguardante l'integrità psico-fisica e la personalità morale del lavoratore, che contribuisce a delineare il quadro normativo posto a tutela della sua sfera personale, in particolar modo a tutela della sua dignità. L'art. 2087 c.c. impone al datore di lavoro di *"adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale del lavoratore"*; e la personalità morale non è altro che la dignità del lavoratore, come pochi anni dopo potrà meglio

⁴⁶ Cf. U. ROMAGNOLI, *Un diritto a misura d'uomo*, in Rivista critica di diritto privato, 1989, n.1-4, pag. 285 ss.

⁴⁷ Cf. A. PROTO PISANI, *Diritto del lavoro, dignità della vita*, in Foro italiano, 2007, parte V, col.6

comprendersi dal combinato disposto di alcuni precetti costituzionali, quali l'art.2 e l'art. 41, comma 2.

I valori di cui è impregnato il diritto del lavoro sono maggiormente codificati nella nostra Carta Costituzionale entrata in vigore il 1° gennaio 1948.

Il necessario rapporto che deve intercorrere tra economia ed etica, soprattutto in tema di lavoro, trova una rilevante formulazione concettuale nella stesura di un documento redatto poco prima della nostra Costituzione: il Codice di Camaldoli.

Questo Codice fu il frutto più maturo della riflessione teorica di un giovane gruppo di intellettuali cattolici che negli anni della fine della seconda guerra mondiale si riunirono a Camaldoli, in Toscana, per riflettere sui principali problemi di ordine politico ed istituzionale che il Paese, ormai sulla via del collasso, doveva affrontare per la sua ricostruzione.

La struttura del Codice di Camaldoli comprende una introduzione di carattere fondativo e sette nuclei tematici⁴⁸.

Nella parte introduttiva, intitolata “Premesse sul fondamento spirituale della vita sociale” si ribadisce la centralità della persona umana come valore indisponibile che precede qualsiasi pretesa da parte dello Stato.

I sette nuclei tematici del Codice includono i grandi temi su cui si deve fondare la Costituzione di un Paese democratico: lo Stato, la famiglia, l’educazione, il lavoro, la destinazione e la proprietà dei beni materiali, la loro produzione e il loro scambio, l’attività economica pubblica e la vita internazionale.

⁴⁸ Principali redattori del Codice furono: Giuseppe Capograssi, Ludovico Montini, Gesualdo Nosengo, Sergio Paronetto, Pasquale Saraceno ed Ezio Vanoni. Essi si avvalsero della competenza e della consulenza di due teologi: mons. Emilio Guano, vice assistente del Movimento Laureati di Azione Cattolica, e P. Ulpiano López, gesuita e docente presso l'Università Gregoriana di Roma. I lavori furono seguiti da mons. Bernareggi, vescovo di Bergamo e assistente generale del Movimento Laureati, fino a quando le comunicazioni furono possibili, e da mons. Montini, già assistente della FUCI e sostituto presso la Segreteria di Stato della Santa Sede.

La parte destinata alla vita economica è strutturata su otto principi fondamentali:

1) la dignità della persona umana, che esige una bene ordinata libertà del singolo anche in campo economico; 2) l'uguaglianza dei diritti di carattere personale, nonostante le profonde differenze individuali provenienti dal diverso grado di intelligenza, abilità, forza fisica, capacità del singolo; 3) la solidarietà ovvero il dovere di collaborare anche in campo economico al raggiungimento del fine comune della società; 4) la destinazione primaria dei beni materiali a vantaggio di tutti gli uomini; 5) la possibilità di retribuzione nei diversi modi legittimi, fra i quali preminente è il lavoro; 6) il libero commercio dei beni nel rispetto della giustizia commutativa; 7) il rispetto delle esigenze di giustizia nella remunerazione del lavoro; 8) il rispetto della giustizia distributiva e legale nell'intervento dello Stato.

In particolare il quarto capitolo del Codice di Camaldoli si intitola "Diritto al lavoro; sua dignità", nel quale si afferma, tra le altre cose, che *"...il lavoro...ha una sua dignità che non può essere sminuita né dalla fatica che esso comporta né dalle particolari modalità con le quali esso deve essere svolto. Le nobili prerogative del lavoro, la sua funzione al tempo stesso individuale e sociale, il fatto che il rapporto di lavoro riguarda direttamente la persona umana, possono richiedere interventi della comunità..... Detti interventi sono giustificati da esigenze che attengono alla funzione individuale e sociale assolta dal lavoro e non soltanto da rilevanti, seppure opinabili, motivi di rilevanza economica"* ed ancora *"una società bene ordinata deve dare perciò a ciascun uomo la possibilità*

di esplicare nel lavoro la sua energia e di conseguire un reddito sufficiente alla necessità proprie e della propria famiglia"⁴⁹.

Dal Codice emerge inoltre il concetto che il lavoro è un mezzo di elevazione e di perfezionamento della persona, che il lavoro è un atto personale nel quale ogni lavoratore esprime se stesso, la sua personalità e in questo modo si qualifica. La manifestazione personale del lavoro (nelle varie professioni e mestieri) serve all'uomo e lo rende libero. Ogni lavoro ha uguale dignità.

Il Codice di Camaldoli vuole essere soprattutto un codice «sociale», centrato sull'elaborazione pratica del concetto di giustizia sociale. In quanto tale, esso si pone come ispirazione per un vero e proprio programma politico e mira esclusivamente al chiarimento e alla migliore formulazione del pensiero sociale ed economico per la vita della comunità. La sua eco fu notevole, soprattutto tra i Padri costituenti, in occasione della elaborazione del Titolo III della Parte II della Costituzione, e anche tra la classe dirigente dell'epoca, influenzandone in modo rilevante le scelte di politica economica⁵⁰.

Il Codice di Camaldoli costituì il testo base sul quale si orientarono i politici cattolici nella stesura delle norme costituzionali⁵¹.

Le assonanze più forti, in materia economica, tra gli enunciati del Codice di Camaldoli e il dibattito in Assemblea Costituente possono essere individuati negli interventi alla III Sottocommissione, che si occupò specificatamente dei rapporti

⁴⁹ Cf. CODICE DI CAMALDOLI, Capitolo IV, *Diritto al lavoro; sua dignità*, redatto da E. VANONI, P. SARACENO e S. PARONETTO

⁵⁰ Cf. G. FRANCHI, Il codice di Camaldoli, Ezio Vanoni e la nuova terza Via, in www.rivista.ssef.it, 1 ss.

⁵¹ Cf. P. E. TAVIANI, *La svolta di Camaldoli*, in *Civitas*, luglio-agosto 1984, 3.

economici ⁵². Particolarmente emblematiche furono le relazioni di Taviani, Fanfani e La Pira, che meritano essere qui ricordate.

La relazione di Taviani si concentrò su due punti essenziali: uno, di ordine assai generale, dato da una venatura spiccatamente antindividualista, l'altro da una concezione personalistica del diritto proprietario, il quale diventava garanzia di libertà e strumento di promozione della dignità di ciascuna persona. Partendo dalla premessa che *"la base individualistica va superata affermando che la società ha il diritto di regolare i rapporti, allo scopo di garantire quelle che sono le funzioni del diritto di proprietà"*, Taviani concludeva nel senso che *"la società può indirizzare la proprietà a rispondere alla sua funzione sociale"* ⁵³.

L'obiettivo più significativo del disegno tracciato da Taviani era la facilitazione del più largo e generale accesso alla proprietà, soprattutto dei beni primari, per garantire l'essenziale spazio di libertà alla persona. In definitiva, al pari degli estensori del Codice, Taviani riteneva che occorreva passare da un individualismo proprietario alla responsabilità sociale della proprietà.

Fanfani, invece, introdusse in III Sottocommissione la discussione sul controllo sociale dell'attività economica, sottolineando la necessità di inserire nella

⁵² L'Assemblea Costituente si pose il problema di come condurre i lavori e decise di affidare ad una commissione ristretta, la c.d. Commissione dei 75, il compito di redigere un progetto unitario di Costituzione. La Commissione dei 75 si suddivise in ulteriori tre sottocommissioni che avrebbero dovuto redigere ciascuna una parte del progetto: una sui rapporti civili e politici, una sui rapporti economici ed etico-sociali, una sull'ordinamento dello Stato. Presentate le relazioni delle tre sottocommissioni il 27 agosto, il 9 settembre 1946 cominciò la discussione nella Commissione dei 75 la quale, per coordinare ed omogeneizzare le relazioni, dette vita ad un comitato redazionale, detto Comitato dei Diciotto, il 29 novembre 1946. Il progetto fu presentato il 31 gennaio 1947 e la discussione in aula iniziò il 4 marzo 1947. Sui lavori dell'Assemblea Costituente si rinvia a P. CALAMANDREI, Cenni introduttivi sulla Costituente e sui suoi lavori, P. CALAMANDREI-LEVI (diretto da), Commentario sistematico alla Costituzione italiana, , vol. I, Firenze, 1950.

⁵³ Cf. P. BARUCCI, *Il dibattito sulla Costituzione economica*, in *Democrazia Cristiana e Costituente nella società del dopoguerra: bilancio storiografico e prospettive di ricerca: atti del Convegno tenuto a Milano il 26-28 gennaio 1979*, a cura di G. Rossini, Roma, ed. Cinque Lune, 1980, vol.II pag 701

Costituzione «uno o più articoli i quali stabiliscano che senza un controllo sociale dell'attività economica non è possibile realizzare il benessere di tutti i cittadini»⁵⁴.

A tal riguardo, non si può non ricordare come il tema del controllo e del coordinamento dell'attività economica, grazie anche all'essenziale apporto di Ezio Vanoni, avesse caratterizzato gli enunciati del Codice. Naturalmente questo controllo doveva essere esercitato in un regime di piena libertà politica e non di imposizione autoritaria dello Stato.

Con La Pira il valore del lavoro come diritto di ogni persona e bene della società venne formulato con lucido rigore dottrinale e applicativo, soprattutto riguardo alla concezione del lavoro come cerniera tra etica ed economia.

In particolare La Pira propose un articolo in tema di diritto del lavoro che riprendendo e condensando l'enunciato dell'art. 55 del Codice di Camaldoli così recitava: *“ogni cittadino ha diritto al lavoro e ha il dovere di svolgere una attività ed esplicare una funzione idonea allo sviluppo economico, culturale, morale e spirituale della società, conformemente alla propria possibilità o alla propria scelta”*⁵⁵.

Nell'impostazione del Codice e nelle successive proposte dei Costituenti cattolici si avverte l'esigenza di una struttura economica nuova, nella quale predisporre le condizioni necessarie per consentire a ciascuno il libero dispiegarsi di tutte le proprie capacità e di ricevere poi la retribuzione corrispondente al suo rendimento sociale.

⁵⁴ Camera dei Deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., vol. VIII, 2280

⁵⁵ Camera dei Deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, cit., vol. VI, 495

Ciò conduce a porre come principio generale di valutazione e criterio fondamentale della retribuzione “il lavoro”, nel quale si afferma la personalità di ognuno e si realizza il suo contributo al bene comune.

Questo comporta insieme il dovere del lavoro e il diritto al lavoro, che sia meglio idoneo alle proprie naturali capacità. Il diritto-dovere al lavoro, poi, implica la creazione di una struttura economica non più basata sul concetto quantitativo di ricchezza, ma sull’idea della dignità della persona umana e di una migliore distribuzione della ricchezza stessa.

In questa ottica l’intervento dello Stato deve essere finalizzato (art. 86 del Codice di Camaldoli ad opera congiunta di Paronetto, Saraceno e Vanoni) alla creazione di condizioni di occupazione, alla nascita di un sistema di «prestazioni integrative» che tuteli i lavoratori in caso di disoccupazione, infortunio o malattia, alla realizzazione di un adeguato sistema pensionistico, al controllo sulla dislocazione territoriale delle industrie, alla correzione delle eccessive disparità economiche attraverso il controllo sull’uso, la trasmissione o la distribuzione dei beni di consumo, alla regolamentazione dell’attività produttiva in situazione di non concorrenza e alla tutela dei risparmi.

Non può, infine, non osservarsi come gli amici di Camaldoli riuscirono ad imprimere alla Costituzione quell’anima sociale che poi avrebbe condotto alla nascita e allo sviluppo dello Stato sociale ed imprenditore che ha caratterizzato la vita economica del nostro Paese per circa cinquant'anni. A questa concezione dello Stato debbono certamente attribuirsi numerose conquiste o pietre miliari, dal punto di vista “sociale”, che, forse, gli estensori del Codice avevano già prefigurato. Si pensi, ad esempio, alla nascita dello Statuto dei lavoratori, alla

tutela del lavoro femminile, alla creazione del servizio sanitario nazionale, alla tutela del diritto allo studio.

Lo smantellamento dello Stato sociale, anche a seguito delle sue deficienze organizzative e delle sue derive clientelari, e la sua sostituzione con lo “Stato minimo” debbono, in ogni caso, far riflettere circa la capacità di quest’ultimo di realizzare i fini sociali solennemente proclamati dalla Costituzione, atteso che «appena qualcosa sembra non andare per il verso giusto è pur sempre facile, e quasi “naturale”, l’invocazione dell’intervento pubblico nel privato non potendosi chiedere ciò che non gli “compete”»⁵⁶.

In particolare, la crisi economica ha reso nuovamente attuali, e per lo più condivise, l’esigenza di regolazione pubblica delle attività economiche, soprattutto allo scopo di rimuovere le situazioni che impediscono la sussistenza di condizioni per tutelare il diritto al lavoro di ogni cittadino.

Tali interventi, tuttavia, corrispondono alla vera anima sociale della Costituzione solo «dando prova, in una sorta di rovesciamento della presunzione, della capacità concreta di realizzare gli obiettivi di fondo comunque irrinunciabili e riassumibili, in estrema sintesi, nella promozione della sicurezza, della libertà e della dignità umana dei tanti che ne avevano, e ne hanno ancora bisogno e sono, e continuano ad essere meri testimoni passivi di (cioè esclusi da) uno spettacolo, la vita, nel quale i protagonisti, e le stesse comparse, sono altri e neanche, forse, i più»⁵⁷.

L’importanza della tutela nella società del “diritto al lavoro”, realizzato in forma concreta e non solamente dottrinarica, rappresenta il discrimine della applicazione

⁵⁶ Cf. F. GABRIELE, *Conclusioni*, in G. RIVOSACCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell’economia e diritti fondamentali nell’Unione europea*, Bari, 2010, pag. 202.

⁵⁷ F. GABRIELE, *Conclusioni*, in G. RIVOSACCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell’economia e diritti fondamentali nell’Unione europea*, Bari, 2010, pag. 203

o meno di quella idealità sociale verso la giustizia che costituisce il nucleo più rilevante del Codice di Camaldoli.

Come già evidenziava l'economista Von Hayek ⁵⁸, all'inizio degli anni '60, il lavoro a rischio o che si perde genera anche una "perdita o razionamento della libertà".

Certamente non si può disconoscere che un'epoca di organizzazione del lavoro è tramontata e che il lavoro si è trasformato. Le esigenze di maggiore flessibilità e l'attuazione delle politiche della *flexicurity* hanno contribuito alla diffusione di un lavoro permanentemente in bilico, tale da non consentire a chi lo sperimenta una sufficiente sicurezza sul suo domani. Occorre domandarsi se la flessibilità, per quanto ormai connaturata nella nuova realtà del lavoro, non sia diventata in sé un mito quasi intoccabile e se non debba, invece, essere rimessa in discussione. Numerose analisi critiche recenti portano, infatti, a riconsiderare i pregi della stabilità nei rapporti di lavoro, cui è associata una maggiore capacità di valorizzare le risorse umane.

Il Codice di Camaldoli, che ho voluto richiamare in questa parte della tesi, aveva una connotazione di grande rilievo sociale e morale in ordine al tema del lavoro. Questo Codice era all'insegna della dignità della persona e non della centralità del dato economico.

In questo senso l'analisi sul piano giuridico dei nuovi problemi che stanno sorgendo intorno al diritto del lavoro può trovare un valido fondamento etico e normativo in questo Codice, che così tanto ha influenzato la struttura della nostra Costituzione.

⁵⁸ Cf. F. VON HAYEK, *Legge, legislazione e libertà*, Il saggiatore, Milano, 1989, pag.183 e segg.

CAPITOLO II

DALLE GARANZIE DELLA COSTITUZIONE ALLA DESTRUTTURAZIONE DEL DIRITTO DEL LAVORO E ALLA DRASTICA RIDUZIONE DELLE SUE TUTELE

1. La Costituzione italiana del 1948: i valori della dignità umana e del lavoro

Nella Costituzione italiana il valore della dignità della persona non ha un riconoscimento come diritto autonomo, non vi è una formulazione positiva: questo non incide sulla forza di tale valore, perché in alcuni articoli possiamo facilmente trovare dei riferimenti alla dignità della persona anche in stretta correlazione col valore della libertà e col principio di uguaglianza.

Il concetto di dignità viene associato a quello di eguaglianza nell'art.3, mentre in altri articoli, come il 36 e il 41, viene associato a quello di libertà. La nostra Costituzione venne promulgata il 22 dicembre del 1947, dopo gli orrori della seconda guerra mondiale che si concretizzarono nella persecuzione ed eliminazione fisica di sei milioni di persone di religione ebraica e di quattro milioni di disabili, di rom ed altre minoranze etniche. In quegli anni lo sterminio venne reso possibile da norme giuridiche emanate dal governo tedesco che imponevano la degradazione della persona umana, togliendo a quelle persone i loro diritti fondamentali ed anche la loro dignità.

La dignità non è un principio da contemplare, ma è l'essenza stessa della persona umana, alla quale devono riconoscersi i diritti fondamentali e l'esercizio reale di tali diritti.

Nel 1944 l'OIL (Organizzazione internazionale del Lavoro) approvò una Dichiarazione che segnò poi il percorso per le altre e la base per le Carte Costituzionali successive e in un passo così recita "*...tutti gli esseri umani...hanno diritto di perseguire il loro progresso materiale e il loro sviluppo spirituale nella libertà e nella dignità...*"⁵⁹.

Ecco perché, nel primo dopoguerra, al fine di tutelare la persona in tutti i suoi diritti fondamentali, si introducono in molte Carte costituzionali garanzie solide di protezione dei cittadini sia singolarmente considerati che collettivamente nelle varie realtà sociali. In alcune Carte costituzionali viene introdotta la dignità della persona in apertura quasi come un diritto autonomo, capostipite di tutti gli altri diritti fondamentali della persona. Nella Costituzione tedesca ad esempio l'art.1 sancisce l'intangibilità della dignità dell'uomo ed il dovere di ogni potere statale di tutelarla *in primis*⁶⁰; nella Costituzione del Portogallo si stabilisce "Il Portogallo è una Repubblica sovrana fondata sui principi della dignità umana e della volontà del popolo".

Nella nostra Costituzione non vi è un articolo simile all'art.1 di quella tedesca o portoghese, ma vi sono sicuramente dei riferimenti espliciti in alcune disposizioni. In particolare la Costituzione italiana riconosce importanza primaria alla persona umana, la cui essenza è la dignità e la libertà, e al lavoro, che colloca la persona nella dimensione sociale e gli fornisce i mezzi per condurre un'esistenza libera e dignitosa⁶¹.

⁵⁹ Cf. OIL-Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obbiettivi dell'organizzazione internazionale del lavoro, adottata dalla Conferenza internazionale del lavoro nella sua ventiseiesima sessione il 10 maggio 1944, Filadelfia

⁶⁰ Cf. F. BERARDO, *La dignità umana è intangibile: il dibattito costituente sull'art.1 del Grundgesetz*, in Quaderni Costituzionali, 2006, pagg.387 e segg.

⁶¹ Cf. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, 2012, pag.185.

Per Becchi la dignità è un valore relativo che riguarda la concreta collocazione della persona nel tessuto sociale ⁶².

Il primo articolo della nostra Carta costituzionale in cui compare la parola dignità è l'art. 3 "Tutti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali dinanzi alla legge...", inevitabilmente associata al principio di eguaglianza. L'eguaglianza di cui trattasi è sostanziale, perché al comma 2 dello stesso articolo si richiede chiaramente la rimozione degli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana; molti giuristi hanno visto in questo comma, nel favorire il pieno sviluppo della persona umana, la tutela della dignità della persona ⁶³.

Il discorso dell'illustre Calamandrei agli studenti resta la migliore interpretazione del 2 comma dell'art.3, egli così insegna: *"...è compito di rimuovere gli ostacoli che impediscono il pieno sviluppo della persona umana: quindi dare lavoro a tutti, dare una scuola a tutti, dare a tutti gli uomini dignità di uomo. Soltanto quando questo sarà raggiunto si potrà veramente dire che la formula contenuta nell'articolo primo: L'Italia è una repubblica democratica fondata sul lavoro, corrisponderà alla realtà. Perché fino a che non c'è questa possibilità per ogni uomo di lavorare e di studiare e di trarre sicurezza dal proprio lavoro i mezzi per vivere da uomo, non solo la nostra Repubblica non si potrà chiamare fondata sul lavoro, ma non si potrà chiamare neanche democrazia, perché una democrazia in cui non ci sia questa uguaglianza di fatto, in cui ci sia soltanto un'uguaglianza di diritto, è una democrazia puramente formale, non è una democrazia in cui tutti i cittadini veramente siano messi in grado di concorrere*

⁶² Cf. P. BECCHI, *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, Milano, 2009, pag.37

⁶³ Cf. A. RUGGERI - A. SPADARO, *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del Diritto*, n.3, 1991, pag.347.

alla vita della società, di portare il loro miglior contributo...a questo progresso continuo di tutta la società" ⁶⁴.

Mezzo secolo dopo Rodotà descrive l'art. 3 della Costituzione con il concetto di eguaglianza formale al primo comma che coincide con la necessaria indifferenza del soggetto rispetto ad una serie di dati, senza la quale si realizzerebbero delle forme discriminatorie.

E per il secondo comma egli concorda sulla rimozione degli ostacoli di fatto che impediscono la realizzazione effettiva dell'eguaglianza⁶⁵.

Oramai è pacifico nella giurisprudenza costituzionale che il principio personalista trova piena attuazione solo nella tutela della dignità umana.

Nell'art. 2 si dichiara che la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo sia come singolo sia nelle formazioni sociali, si dichiara che la persona va protetta nella sua dignità, perché è soggetto di diritti inviolabili e che, per realizzare questa protezione, esistono dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale ossia una collaborazione costante tra tutti i tipi di istituzioni a tutela della dignità delle persone.

Tutta la recente giurisprudenza costituzionale, nonché quella di legittimità, quando usa il termine dignità della persona, fa sempre riferimento agli artt. 2 e 3 della Costituzione.

È interessante notare come il legislatore costituente ha dato una indicazione essenziale agli italiani, quando ha indicato il fondamento dello Stato italiano "L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro"; i padri costituenti

⁶⁴ Cf. P. CALAMANDREI, *Discorso agli studenti milanesi del 6 gennaio 1955*, Milano, pag.1

⁶⁵ Cf. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, pag. 147.

attribuirono carattere fondativo al lavoro⁶⁶ tanto da inserirlo nel primo articolo della Costituzione, articolo tuttora vigente.

Un articolo che unisce lavoro, libertà e dignità è il 36, in cui al primo comma enuncia *"Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa"*.

È un articolo chiaro, diretto, che non avrebbe bisogno di interpretazioni, se non fosse per il fatto che oggi venga ignorato e disatteso dal legislatore.

Questo articolo ha lo scopo di assicurare alle persone che lavorano un'autonomia di vita, che non consiste soltanto nell'assicurare il minimo che basta alla sopravvivenza e alla sussistenza, ma intende assicurare una libertà di vivere la propria vita e quella della propria famiglia, in modo tale che lo stesso stile di vita della famiglia del lavoratore e della persona che lavora sia di livello dignitoso; una retribuzione quindi che non deve consentire la compromissione della dignità delle persone né, di conseguenza, compromettere in alcun modo i loro diritti fondamentali. Eppure circa 17 anni fa in Italia accadde una cosa che non teneva conto della dignità umana: nel passaggio dalla lira all'euro gli stipendi e i salari persero metà del loro potere d'acquisto, essendo la legge che applicò la conversione sospetta di incostituzionalità verso l'art. 36 della Costituzione, laddove si comprometteva l'esistenza libera e dignitosa dei lavoratori. A restituire la possibilità di condurre un'esistenza dignitosa non si è mai provveduto, né con aumenti stipendiali tali da ripristinare il precedente potere d'acquisto delle retribuzioni, né con una corrispondente riduzione dell'orario di lavoro.

⁶⁶ Cf. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, pag. 190.

Le disposizioni che si riferiscono espressamente alla dignità vanno certamente lette in un'unica ottica, in integrazione tra loro.

Oltre ai riferimenti espliciti negli artt. 3, 36 e 41, non mancano "numerosi riferimenti impliciti contenuti nel testo costituzionale, tra i quali si possono richiamare: l'art.13, comma 1, l'art.19, l'art. 22, l'art.29, comma1 e l'art.32. Tali prescrizioni rafforzano la spinta costituzionale in favore della tutela della dignità, riferita all'uomo in quanto singolo individuo, a cui si affianca anche una specifica tutela dell'uomo concepito all'interno delle formazioni sociali" ⁶⁷.

Talvolta la dignità umana appare indirettamente come valore sotteso al riconoscimento di un diritto fondamentale, nel senso che la sua tutela emerge a motivo delle garanzie poste intorno alle limitazioni, formulate dal legislatore, all'esercizio dei diritti medesimi.

In ordine alla libertà personale definita inviolabile dall'art. 13 Cost., ad esempio, la subordinazione della misura di restrizione alla previsione legale (commi 1 e 2) è dalla Corte Costituzionale ⁶⁸ giustificata col fatto che essa è potenzialmente lesiva della dignità dell'uomo, la cui tutela è assunta a motivazione anche delle garanzie normative introdotte in ordine alle modalità di esecuzione delle perquisizioni ed ispezioni personali ⁶⁹.

La tutela della dignità è inoltre il motivo delle condizioni entro cui sono possibili le restrizioni della libertà e segretezza della corrispondenza di cui all'art. 15, comma 2, poiché considerata come rispetto del potere assoluto della persona sulla

⁶⁷ Cf. A. PIROZZOLI, *Il valore costituzionale della dignità, Un profilo giurisprudenziale*, in *Rassegna parlamentare*, 2007, n. 2, pag.333.

⁶⁸ Cf. sentenza Corte Costituzionale del 23 marzo 1966, n. 26 in Banca dati Pluris

⁶⁹ Cf. sentenza Corte Costituzionale del 22 novembre 2000, n. 526 in Banca dati Pluris

sua sfera di intimità⁷⁰; la tutela della dignità è valore sottostante alla inviolabilità del domicilio di cui all'art. 14 Cost., inteso come ambito in cui si svolge lo spazio vitale, e quindi intimo, dell'individuo.

La tutela della dignità è, infine, posta esplicitamente come limite all'interesse che muove l'azione pubblica nell'ambito della tutela della salute, all'art. 32, comma 2, Cost., secondo il quale l'imposizione legale di trattamenti sanitari, pur possibile a tutela della salute pubblica, trova un vincolo nel rispetto della persona umana⁷¹.

L'interpretazione della Corte costituzionale ci vuol dire anche che la protezione della dignità è un limite ai diritti e libertà fondamentali nell'aspetto dinamico del loro esercizio. Possiamo vederlo ad esempio nel diritto alla libera manifestazione del pensiero ex art. 21 Cost. e nel diritto alla libertà di religione ex art. 19 Cost., definendo il limite del buon costume, al quale entrambe le libertà sono sottoposte, sempre e comunque tramite la tutela della dignità⁷².

La dignità è un bene immateriale, è un "bene spirituale, che appartiene ad ogni persona: è un attributo della persona e non deriva dalla posizione sociale che essa occupa" o dai beni che possiede. È proprio la dignità che ci definisce per quello che siamo, nella nostra umanità, nel nostro essere persone. Altri due aspetti sono tipici della persona umana: la razionalità e la moralità. Ricordiamo tutti Aristotele quando afferma che "l'uomo è un animale razionale" (distinguendoci così dagli animali) e Kant, per il quale la nostra essenza è la moralità⁷³.

Si è convinti che la dignità è qualche cosa che ci definisce in modo più esclusivo e profondo rispetto alla razionalità e alla moralità.

⁷⁰ Cf. sentenza Corte Costituzionale del 23 luglio 1991, n. 366 in Banca dati Pluris

⁷¹ Cf. sentenza Corte Costituzionale del 2 maggio 1994, n. 218 in Banca dati Pluris

⁷² Cf. sentenza Corte Costituzionale del 17 settembre 2000, n. 293 in Banca dati Pluris

⁷³ Vedi U. VINCENTI, *Diritti e dignità umana*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2009, pagg.7 e segg.

Si potrebbe ben dire che se all'uomo fosse tolta la razionalità e persino in aggiunta la moralità, gli resterebbe qualcos'altro: la dignità.

Ecco perché la dignità della persona "non può, in alcun caso, essere annullata dal giudizio sociale delle altre persone, dai comportamenti dei pubblici poteri e dalle scelte operate dal legislatore in materia di diritti fondamentali"⁷⁴.

La dignità umana è il fondamento costituzionale di tutti i diritti strettamente connessi alla persona, è il nucleo intoccabile della persona; di conseguenza dovrebbero essere vietati comportamenti che arrechino umiliazione e degrado per la persona, per il suo onore, per il suo decoro, per le sue condizioni di vita. Lo "stretto legame che intercorre tra garanzia della dignità e tutela della personalità fa sì che il principio di dignità rappresenti un valore universale.....riguarda tutte le persone"⁷⁵.

Il valore della dignità della persona è il principio cui si ispirano le norme contenute nella Costituzione italiana sia per i diritti civili che per i diritti sociali ed economici. Carlo Esposito in un suo scritto sosteneva che la Costituzione repubblicana "non afferma solo il principio della pari dignità di ogni cittadino, ma della sovrana dignità di tutti i cittadini" ⁷⁶.

Il primo esempio che viene in evidenza leggendo la prima parte della nostra Carta costituzionale è come sostenuto da G. Rolla che *"la dignità influisce sulle modalità di limitazione della libertà personale e sul sistema delle pene....le limitazioni all'esercizio dei diritti inerenti alla persona umana si debbono, inoltre, attenere a criteri di ragionevolezza, nel senso che debbono essere tali da non comprimerlo oltre misura, cioè oltre ciò che è essenziale ed indispensabile per*

⁷⁴ Cf. G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, vol.I, Giuffrè, Milano, 2014, pag.44

⁷⁵ Cf. G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, vol.I, Giuffrè, Milano, 2014, pag.45

⁷⁶ Cf. C. ESPOSITO, *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954, pag. 9

esercitare tale diritto. Il principio di proporzionalità, applicato al sistema delle pene e delle limitazioni della libertà personale, impone il soddisfacimento di tre essenziali requisiti: a) la legittimità dei fini perseguiti b) la sussistenza di un'effettiva relazione tra il contenuto della limitazione e le sue finalità c) il carattere non irragionevole, arbitrario o inutilmente oppressivo del limite. Si può quindi affermare che il principio generale di proporzionalità sia funzionale alla salvaguardia della dignità umana..."⁷⁷.

In una sentenza del 2016 la Suprema Corte ribadisce che permane il sindacato giurisdizionale sulla proporzionalità della sanzione rispetto al fatto addebitato. Esplicita meglio il concetto affermando che "la proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi è, infatti, regola valida per tutto il diritto punitivo (sanzioni penali, amministrative ex lege n.689 del 1981, ecc.) e risulta trasfusa per l'illecito disciplinare nell'art.2106 c.c., con conseguente possibilità per il giudice di annullamento della sanzione "eccessiva", proprio per il divieto di automatismi sanzionatori, non essendo, in definitiva, possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente consequenziali ad illeciti disciplinari" ⁷⁸. Ed invece due anni fa si è giunti al Jobs act, al D.L.vo 23 del 2015 in cui all'art.3 comma 2 si afferma anche che ".....resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento....", si afferma che non deve esserci proporzione tra la sanzione del licenziamento e il fatto commesso, creando quindi una norma caratterizzata dall'irragionevolezza ⁷⁹.

⁷⁷ Cf. G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, vol.I, Giuffré, Milano, 2014, pag.46

⁷⁸ Cf. Corte di Cassazione sentenza n.17355 del 25 agosto 2016 e sentenza n. 10950 del 2016 in Banca dati Pluris

⁷⁹ Cf. A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in Gior.dir.lav.rel.ind., 2005, pag.1 e segg.

Ritornando alla dignità sempre il Rolla afferma che *"...il principio della dignità incide sul sistema delle relazioni economiche: non solo perché non sono ammissibili forme o modalità dell'esercizio dell'economia privata che danneggino la dignità umana ovvero si deve garantire al lavoratore una retribuzione sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa; ma anche in quanto si richiedono politiche economiche tali da non privare la persona di quel livello minimo di benessere e di capacità economica oltre il quale essa si troverebbe nell'impossibilità di poter comunque soddisfare i propri bisogni di base, vedendo di conseguenza compromessa la propria dignità"*⁸⁰. La persona e la sua inviolabile dignità in una civiltà giuridica devono essere la misura giuridica delle politiche economiche ⁸¹.

Nell'articolo 41 della Costituzione *"L'iniziativa economica privata è libera. Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana"* notiamo come la dignità costituisce un limite di ordine negativo al libero esercizio e svolgimento dell'iniziativa economica privata. Insieme ad essa troviamo il limite della sicurezza, della libertà e dell'utilità sociale, che nel loro insieme si traducono in un divieto di trattamenti umilianti e degradanti per coloro che prestano la propria opera in collaborazione o subordinazione a chi esercita la libertà di iniziativa economica ⁸².

Soffermandosi anche solo un momento a pensare cosa impegnano il datore di lavoro e il lavoratore viene subito in evidenza la grande differenza di beni coinvolti nel rapporto di lavoro; il datore di lavoro impegna infatti il suo patrimonio, ma il lavoratore impegna la sua persona.

⁸⁰ Cf. G. ROLLA, *Il sistema costituzionale italiano*, vol.I, Giuffré, Milano, 2014, pag.46

⁸¹ Cf. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, pag. 153

⁸² Cf. P.F. GROSSI, *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Diritto e società*, 2008, n.1, pag.33

Gli atti dell'imprenditore nell'esercizio dell'impresa non possono svolgersi in contrasto con l'utilità sociale; questo significa che devono essere rispettati dei fini sociali, tra cui rientra certamente l'occupazione, la stabilità del posto di lavoro.

Il "non può svolgersi ...in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana" è una tutela della persona del lavoratore pensata dal legislatore costituente. Il diritto alla sicurezza è il diritto a disporre sempre dei mezzi necessari all'esistenza del lavoratore e della sua famiglia⁸³, risultando evidente il collegamento funzionale con il principio della retribuzione sufficiente contenuto nell'art. 36 della Costituzione.

Il diritto alla libertà non è solo quello di poter scegliere una attività lavorativa, ma anche una pretesa del lavoratore di dispiegare la sua personalità nel rapporto di lavoro, una pretesa alla libera determinazione delle proprie doti fisiche ed intellettuali⁸⁴.

Il valore dignità umana del 2° comma dell'art.41 viene espressamente citato in riferimento al danno nel contesto lavorativo e viene posto come limite all'esercizio della libertà di iniziativa economica privata, come spesso ribadito dalla giurisprudenza costituzionale⁸⁵.

È evidente la prevalenza del valore dignità rispetto a quello della libertà economica, la quale non deve porsi in contrasto con la dignità della persona del lavoratore; inoltre l'art. 41 Cost. ci dice molto di più quando "*....sottolinea la predominanza del valore etico del lavoro, non solo per il richiamo alla dignità*

⁸³ Cf. U. NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in Dir.Lav., 1956, pag.10; C. SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag.59

⁸⁴ Vedi A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in ED, vol. XII, Milano, 1971, pag.602

⁸⁵ Cf. B. VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 2010, pag.276 e segg.

umana, ma anche per il riferimento alla sicurezza e alla libertà. Insomma, ancora una volta, si è colta l'occasione per riaffermare il valore del lavoro e per indicarlo come uno dei valori fondamentali dello Stato, davanti al quale, altri valori e interessi, pur formalmente riconosciuti, devono cedere il passo" ⁸⁶.

Sorge quindi spontaneo pensare ad un rapporto di complementarità tra l'art.41 e l'art.4 della Costituzione, poiché il diritto al lavoro può esserci solo se viene esercitata una iniziativa economica privata. L'imprenditore però nella gestione dell'impresa non deve porre in essere atti o comportamenti lesivi di tali valori, solo il legislatore potrà prevedere nuovi limiti in favore del prestatore di lavoro ed anche specifiche tutele⁸⁷.

In ogni caso deve esserci un rispetto delle più importanti norme costituzionali precettive da parte del legislatore del lavoro, in tal caso sia dell'art. 4 che è situato nella parte della Costituzione denominata "Principi fondamentali" sia del secondo comma dell'art.41 , situato invece nella parte intitolata "Rapporti economici".

I valori costituzionali contenuti nell'art. 41, 2 comma, secondo una parte della dottrina *"attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio perché incorporate ai sensi dell'art.1374 c.c. nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro"*⁸⁸.

A tal proposito è rilevante ricordare una famosa sentenza della Corte di Cassazione, che il civilista prof. Alpa⁸⁹ successivamente definì "un manifesto in materia di dignità", in cui si afferma che *"la dignità del lavoratore è*

⁸⁶ Cf. C. SMURAGLIA, *Il lavoro nella Costituzione*, in Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 2007, n.2, pag. 431

⁸⁷ Cf. U. NATOLI, *Sicurezza , libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in Dir. lav., 1956, I, pag. 5

⁸⁸ Cf. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2007, pag. 594

⁸⁹ Cf. G. ALPA, *Dignità. Usi giurisprudenziali e confini concettuali*, in Nuova giurisprudenza civile commentata, 1997, p.426

l'estrinsecazione della persona umana nella caratteristica che le è propria di ordinare le sue azioni al più alto grado di compimento, in vista di uno scopo comune, quale sviluppo del consorzio di vita economica, sociale e spirituale in cui vive, affinamento della propria coscienza e capacità di esteriorizzare, anche solo con il comportamento, il principio di elevazione morale, insito in ogni uomo. La prestazione di lavoro è impossibile in una condizione di disprezzo di essa, di disprezzo della persona che la rende, di disprezzo degli uomini che vi attendono, e, quindi, in una condizione di costrizione ad eseguirla senza dignità e libertà" ⁹⁰.

Nel datore di lavoro sono concentrati il potere direttivo, il potere di controllo e il potere disciplinare, si può quindi creare facilmente una situazione di dominio sul prestatore di lavoro che può mettere a repentaglio la libertà e la dignità della persona ⁹¹.

In effetti nessun altro contratto riguarda in modo così completo la totalità della persona umana, l'esigenza di tutela da parte del legislatore deve essere prevalente⁹².

Negli ultimi anni in Italia, in particolare dalla riforma Fornero, è stato spezzato il nesso fondamentale tra lavoro e dignità; le ragioni dei mercati finanziari e della globalizzazione hanno indotto il legislatore a prediligere gli imprenditori, sacrificando i diritti che i lavoratori avevano conquistato in più di un secolo, riducendo le persone a cose utili ai fini della produzione, tornando di fatto indietro nel tempo all'epoca dei totalitarismi del XX secolo⁹³.

⁹⁰ Cf. Sentenza Corte di Cassazione 29.11.1985, n.5977 in Banca dati Pluris

⁹¹ Cf. M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 1999, n.2, pag.310

⁹² Cf. M. NAPOLI, *Il lavoro e le regole. C'è un futuro per il diritto del lavoro?*, in *Jus*, 1998, pag.53

⁹³ Cf. S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012, pag. 189

2. Il diritto ad ottenere il posto di lavoro e il diritto alla conservazione del posto di lavoro

La maggior parte della dottrina, pur considerando che non esiste un diritto al posto di lavoro garantito dall'art. 4 della nostra Costituzione, ha tuttavia individuato un diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro⁹⁴. Di conseguenza quell'obbligo dell'imprenditore che emerge dall'art. 41, 2 comma, Cost. di rispettare anche la sicurezza del lavoratore deve certamente essere inteso soprattutto come *"garanzia di poter, in ogni tempo, disporre dei mezzi necessari alla propria esistenza ed a quella della propria famiglia.....a non vedersi privare parzialmente o totalmente della possibilità di determinare, nei modi costituzionalmente garantiti, la propria personalità"*⁹⁵.

L'autorevole Crisafulli, interpretando l'art. 4 della Costituzione, aveva scorto due significati nell'espressione "diritto al lavoro"; lo intendeva come libertà di lavorare e allo stesso tempo come diritto alla conservazione del posto di lavoro. Distingueva inoltre il diritto ad ottenere il posto di lavoro, che non è un diritto soggettivo ossia una pretesa del cittadino ad ottenere dallo Stato un posto di lavoro, dal diritto alla conservazione del posto di lavoro, sicuramente tutelato costituzionalmente, *"...per coloro che l'occupazione l'abbiano in precedenza ottenuta"*⁹⁶. Inoltre per il grande costituzionalista l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro è proprio *"un interesse costituzionalmente*

⁹⁴ Cf. E. GHERA, *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Jovene, Napoli, 1989, pagg. 1081-1082

⁹⁵ Cf. A. BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in ED, vol. XII, Milano, 1971, pag.602

⁹⁶ Cf. V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Giuffrè, Milano, 1952, pag.145 e segg

protetto, concretandosi in una situazione soggettiva di vantaggio, giuridicamente garantita ad ogni cittadino nei confronti dello stesso legislatore ordinario"⁹⁷.

Un anno prima della legge 604 del 1966 ci fu una sentenza della Corte Costituzionale in cui si affermava che l'art. 4 Cost., pur essendo una norma che non garantisce a ciascun cittadino il conseguimento di un'occupazione e nemmeno quello alla conservazione del posto, tuttavia il legislatore è tenuto ad adeguare la normativa del rapporto di lavoro all'art. 4.

Ecco che, proprio, con la sentenza n. 45 del 6 giugno 1965 la Corte Costituzionale invitava il legislatore ad *"adeguare, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine ultimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro"*⁹⁸.

Molte altre sentenze erano in linea con questa⁹⁹, perché i Giudici delle leggi hanno costantemente rinviato al legislatore ordinario il compito di apprestare una tutela ai lavoratori rispondente al dettato dell'art. 4, 1 comma, Cost., al fine proprio di promuovere le condizioni che rendano effettivo tale diritto costituzionale.

La Consulta ha avuto un ruolo determinante per l'emanazione di leggi come la n.604 del 1966 e come lo Statuto dei Lavoratori¹⁰⁰.

E proprio l'art.18 dello Statuto dei Lavoratori rappresenta la svolta nel regime delle tutele, perché da allora al lavoratore ingiustamente licenziato si accorda la conservazione del posto di lavoro, tramite la tutela reale ossia la reintegrazione nel posto di lavoro. Si va oltre quel risarcimento economico, la cd. tutela obbligatoria,

⁹⁷ Cf. V. CRISAFULLI, *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985, pag. 301

⁹⁸ Vedi Corte Costituzionale sentenza n. 45 del 6 giugno 1965 in RGL, 1965, II, pag.155

⁹⁹ Vedi Corte Costituzionale sentenza n.3 del 1957 e sentenza n.194 del 1976 in Banca Dati Pluris

¹⁰⁰ Vedi su questo ruolo della Consulta M. PAPALEONI, *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, 1991, pag.13

già riconosciuto al lavoratore licenziato qualche anno prima dalla legge n.604 del 1966.

Sicuramente nei primi quattro decenni dall'entrata in vigore della Costituzione la Consulta era ancora memore dell'impegno che la Repubblica si era assunta col *"...promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto"* (art. 4, comma 1, Cost.), il diritto al lavoro. Una formula che, se anche non rappresenta il riconoscimento di un diritto positivo al cittadino ad ottenere un posto di lavoro dallo Stato, dovrebbe valere almeno a garantire l'esigibilità del diritto al lavoro in negativo, ossia contro scelte di politica economica di tipo regressivo, come è accaduto nel 2012 con la Riforma Fornero e nel 2015 con l'entrata in vigore del Jobs Act, che hanno tolto la maggior parte delle tutele e hanno leso la dignità del lavoratore. Affermava Francesco Santoro Passarelli che *"se tutti gli altri contratti riguardano l'avere delle parti....il contratto di lavoro riguarda ancora l'avere per l'imprenditore, ma per il lavoratore riguarda e garantisce l'essere, il bene che è condizione dell'avere e di ogni altro bene"*¹⁰¹.

Poiché il contratto di lavoro riguarda l'essere, cioè la persona del prestatore di lavoro, non stupisce di poter riconoscere il fondamento etico del diritto del lavoro nella dignità della persona. Ecco perché la normativa giuslavoristica ha recepito sin dalle sue origini un'idea protezionistica del lavoratore, che è sia parte contrattuale debole, ma anche persona esposta al rischio di degradazioni e discriminazioni per il rapporto con l'imprenditore-datore di lavoro che, inevitabilmente, nell'esercizio dei suoi poteri organizzativi, direttivi, di controllo e

¹⁰¹ Cf. F. SANTORO PASSARELLI, *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48 pag.3 ed ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1959, pag.1071.

disciplinari può ledere in vari modi e in varie intensità la dignità della persona-prestatore di lavoro ¹⁰².

I contratti di scambio esistenti sul mercato non necessitano di tutele e garanzie come richiede invece il contratto di lavoro in cui è rilevante il principio della personalità, in quanto il lavoratore deve mettere a disposizione la propria persona e nel far questo la sfera personale può subire dei danni. Risultando evidente questo coinvolgimento della persona e delle relative possibili conseguenze a suo danno, il diritto del lavoro fornisce al rapporto di lavoro un sistema di effetti giuridici "*finalizzati alla tutela della libertà e della dignità della persona attratta nel vincolo della subordinazione*"¹⁰³.

Il Romagnoli definisce la normativa giuslavoristica anzitutto come un diritto ragionevole, il quale nasce "per contemperare i conflitti di interessi e reprimere i soprusi" ¹⁰⁴.

Il principio del *favor prestatoris* ha caratterizzato fino ai primi mesi del 2012 l'intero ordinamento giuridico del lavoro e si sostanzia nella particolare tutela che, nel contratto individuale di lavoro, viene accordata al contraente più debole, e cioè al prestatore di lavoro, come conseguenza della necessità di riequilibrare il diverso peso contrattuale delle parti. L'affermazione più generale è contenuta nell'art. 35 Cost. al primo comma "La Repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni", informando tutta la regolamentazione costituzionale. Il suo presupposto è la subordinazione socio-economica del lavoratore, che si traduce in

¹⁰² Vedi M. GRANDI, *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2006, n.3, pag.707; G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Politica del diritto*, 2003, pag.57

¹⁰³ Cf. M. GRANDI, *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, 1992, 2, pag. 315

¹⁰⁴ Cf. U. ROMAGNOLI, in *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, 2009, Roma, Donzelli, pag. 186 e segg.

una disparità negoziale a vantaggio dell'imprenditore. Oltre che nella Costituzione, il principio è affermato anche in numerose disposizioni delle leggi ordinarie come, ad esempio, il principio della invalidità delle rinunzie e delle transazioni stipulate durante il rapporto di lavoro (art. 2113 c.c.).

Ed è affermato dall'art.18 della legge 300 del 1970 (ancora in vigore per alcuni lavoratori), in base al quale la reintegrazione nel posto di lavoro in seguito ad un licenziamento illegittimo conferisce una particolare forza alla stabilità del posto di lavoro.

Solo nel 2012 si inizia a scalfire questa stabilità fino a scardinarla quasi del tutto con l'entrata in vigore del Jobs Act nel 2015.

La reintegrazione, istituto giuslavoristico corrispondente alla tutela in forma specifica del diritto comune, è l'unica tutela in grado di ripristinare una posizione soggettiva lesa: si pensò alla reintegrazione perché i padri del diritto del lavoro pensarono che solo questa potesse compensare i valori protetti dalla Costituzione, non certo potrebbe farlo un mero risarcimento del danno. Nel 2006 lo conferma la Suprema Corte a sezioni unite, affermando che *"...il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt.1, 4 e 35 Cost. subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma"*¹⁰⁵.

Quindi si può ben asserire che la stabilità del posto di lavoro è un valore costituzionale espressione del bilanciamento tra la protezione accordata all'iniziativa economica e la protezione accordata sia al lavoro che al lavoratore

¹⁰⁵ Vedi sentenza Corte di Cassazione S.U. del 10.1.2006, n.141 in Banca dati Pluris

dagli artt. 1, 4, 35 e 41, 2° comma. Da questo discende il diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro¹⁰⁶.

Per quanto detto quindi ed anche perché il lavoro riguarda la persona del lavoratore ed è la base della sua esistenza, il "sostrato esistenziale" dice Nogler, è doverosa e imprescindibile una valutazione rigorosa delle causali di recesso¹⁰⁷.

¹⁰⁶ Cf. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, DLRI, 2007, pag.593; P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013, pag.43 e segg.

¹⁰⁷ Cf. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, DLRI, 2007, pag. 602 e segg.

3. La destrutturazione del diritto del lavoro sin dagli anni novanta

Il progressivo smantellamento del diritto del lavoro viene attuato sin dagli anni novanta. Da allora il lavoro diviene precario, spesso mal retribuito; diviene un lavoro che non è più in grado di rendere libere e dignitose le esistenze dei lavoratori e delle loro famiglie.

Nel 1997 il lavoro interinale (*ad interim*, provvisorio) viene reso legale dalla legge n.196 nel cd. pacchetto Treu: è il primo attacco ad uno dei pilastri del nostro ordinamento secondo cui è datore di lavoro chi utilizza le prestazioni del lavoratore. Si spezza il rapporto diretto tra datore di lavoro e lavoratore: l'oggetto del contratto, la prestazione di lavoro, è di fatto reso merce e come tale può essere oggetto di compravendita e perfino di scambio (es. il distacco, le esternalizzazioni).

Il lavoratore non ha più una precisa controparte contrattuale per poter esigere trattamenti migliori. Si realizza il sogno degli imprenditori di non avere dipendenti propri, di non avere il fastidio di dover rispettare i loro diritti.

Eppure esiste nella nostra Costituzione l'art. 35 che impegna la Repubblica italiana a tutelare il lavoro "in tutte le sue forme ed applicazioni"¹⁰⁸.

Lo smantellamento della normativa giuslavoristica avviene secondo una tecnica ben precisa, da alcuni giuristi chiamata "*Fracking*" ovvero la frantumazione sotterranea delle regole poste in attuazione della Costituzione con la generale

¹⁰⁸ Cf. Costituzione della Repubblica Italiana, art. 35, in Banca Dati Pluris

svalorizzazione del lavoro in tutte le sue forme e una marcata tendenza a "lasciar soccombere il giusto sotto l'ambizione di perseguire l'utile"¹⁰⁹.

Dopo l'introduzione del lavoro interinale, abbiamo la legge Biagi, il D.L.vo 276/2003, che istituisce nuove tipologie contrattuali tutte precarie, nonché, nell'ambito della cessione del ramo d'azienda, l'identificazione di quest'ultimo al momento del trasferimento, senza garanzie per i lavoratori.

Nasce un'altra forma di lavoro, la "parasubordinazione", estrapolandone i caratteri da due aggettivi contenuti in una norma processuale (art.409 n.3 c.p.c.), che parla di opera continuativa e coordinata: un *tertium genus* che però è più vicino al lavoro autonomo, quindi quasi senza tutele (pochissime in caso malattia, gravidanza ed infortunio). La prova del nove è proprio quando si arriva in giudizio e il giudice del lavoro non può applicare alcuno dei diritti del lavoro se non disconoscendo quell'anomalo rapporto di lavoro e qualificandolo come subordinato.

La riduzione delle garanzie contro i licenziamenti illegittimi ha raggiunto il suo apice nel 2015 con i decreti attuativi del Jobs Act. Tra il testo della legge delega, la legge n. 183 del 10 dicembre 2014, e il testo approvato in via definitiva c'è stato un cambiamento nella funzione e nella natura del contratto di lavoro a tutele crescenti talmente rilevante da far percepire ai lavoratori e ai cittadini un raggruppamento ben architettato, tanto che, come sostiene il Mariucci, "la formula del contratto a

¹⁰⁹ Cf. R.SANLORENZO- C.PONTERIO, *E lo chiamano lavoro*, edizioni Gruppo Abele, collana I ricci, 2015, pagg. 63-64. Nel libro i due magistrati parlano anche dell'attacco sistematico all'art.18 dello Statuto dei lavoratori, ricordando bene che i mass-media presentano da anni oramai le riforme del diritto del lavoro mentendo al pubblico, ai cittadini, a tutti. Nel caso dell'art.18 veniva enunciato nelle testate dei quotidiani nazionali "ce lo abbiamo solo noi in Europa" quando invece non è così.

tutele crescenti è del tutto arbitraria e va derubricata in contratto a tutele ridotte"¹¹⁰.

Il legislatore ci propose questo passaggio inevitabile ad un nuovo diritto del lavoro come l'unica strada per realizzare un mercato del lavoro più equo ed efficiente. In realtà tutti sapevano che il dominio dei regimi di governance a legittimazione tecnocratica ci impongono delle direttive per legiferare al di fuori delle garanzie del costituzionalismo democratico e della nostra stessa Costituzione¹¹¹, privilegiando i grandi interessi dei mercati finanziari e dei banchieri. L'Italia ha accettato addirittura di cedere la sovranità nazionale alle autorità politiche o non politiche di livello sovranazionale.

Alcuni giuristi ne hanno studiato le tecniche e i limiti, nonché le garanzie dei sopravvenuti assetti¹¹². Le riforme legislative realizzate nel nostro Paese devono seguire dettami sovranazionali spesso in modo informale e raramente in modo formale; su questo aspetto è interessante lo studio del Chieco¹¹³.

In dottrina Zoppoli mette ben in evidenza il collegamento tra la cessione di sovranità nazionale, gradualmente e silenziosamente avvenuta nel corso degli ultimi anni, e le riforme Fornero e il Jobs Act. Egli sostiene che *"...la legge - fonte eteronoma, ma tradizionalmente frutto di scelte riconducibili alla autonoma espressione di sovranità nazionale - diviene in qualche misura eterodiretta, al punto da incorporare formalmente il riferimento agli indirizzi sovranazionali (v.soprattutto la L.92/2012 e la L.183/2014)....In sostanza se la legge è sempre*

¹¹⁰ Cf. L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in Quaderni Rassegna Sindacale, n.1/2015, pag.36.

¹¹¹ Cf. A. BAGNAI, in *Quale Europa? Crisi economica e partecipazione democratica*, a cura di V.Lucchese, Collana fedelmente, edizioni Tau, Perugia, 2016, pag. 113.

¹¹² Cf. D. GOTTARDI, *Riforme strutturali e prospettiva europea di flexicurity: andata e ritorno*, in Lavoro e Diritto, Il Mulino, 2015, pag.239 e segg.

¹¹³ Vedi P. CHIECO, *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, DLRI, 2015, pag. 359 e segg.

meno frutto di autonomia nell'esercizio delle sintesi politiche, l'autonomia collettiva non può più perseguire fini liberamente scelti..."¹¹⁴.

Se ne può quindi dedurre che se i lavoratori ed i sindacati non sono più liberi, poiché devono perseguire fini loro imposti da poteri sovranazionali, allora anche la loro dignità ne risulta calpestata.

In questo scenario oramai pienamente reale, con le conseguenze già viste di drastica riduzione delle tutele per i lavoratori, di aumento della disoccupazione e dello stato di povertà, un giurista, il Delfino, propone un altro punto di vista, affermando che, se si potessero applicare direttamente le norme dei trattati europei sul dialogo sociale, potremmo ritornare alla situazione in cui c'era la concertazione tra il Governo e le parti sociali ¹¹⁵.

Al fine di evidenziare meglio la drastica riduzione delle tutele è interessante vedere l'evoluzione normativa nei licenziamenti disciplinari e in quelli per giustificato motivo oggettivo.

¹¹⁴ Cf. L. ZOPPOLI, *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT-284/2015, pag. 5.

L'autore fa presente che per la legge Fornero abbiamo un cenno rapido nell'art.1, comma1, lett. c quando si accenna al "mutato contesto di riferimento", cui deve adeguarsi la disciplina del licenziamento e per la legge delega 183/2014 abbiamo invece un riferimento generico sulla necessità di garantire coerenze "con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo" ed uno esplicito alla "coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali". Zoppoli vede in questo la sottomissione italiana verso le "vere o presunte Autorità europee".

¹¹⁵ Cf. M. DELFINO, *Note su Jobs Act, flexicurity e ordinamenti sovranazionali*, in DLM, 2015, pag. 507 e segg.

4. La normativa del licenziamento disciplinare dalla riforma Fornero al Jobs Act

Il licenziamento disciplinare è una tipologia di recesso del datore di lavoro che comprende sia il licenziamento per giustificato motivo soggettivo previsto dall'art.3 della legge 604 del 1966 (licenziamento con preavviso avvenuto in seguito ad un "notevole inadempimento") sia il licenziamento per giusta causa previsto dall'art. 2119 del codice civile (licenziamento senza preavviso causato da un comportamento del lavoratore talmente grave da non consentire, nemmeno in via temporanea, la prosecuzione del rapporto di lavoro). Tali licenziamenti sono definiti anche per colpa o per inadempimento del lavoratore.

La giurisprudenza prevalente considera sempre di natura disciplinare il licenziamento per giusta causa ossia quello intimato in seguito ad una condotta colpevole del lavoratore.

A seguito dell'entrata in vigore del Decreto legislativo n.23 del 2015 in tema di "contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti", attuativo della legge delega n.183 del 2014 (c.d. Jobs Act), l'ordinamento applica sanzioni diverse a seconda che il licenziamento riguardi i lavoratori assunti prima o dopo il 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del D.L.vo n.23/2015.

L'art.18 della legge 300 del 1970, come modificato dalla legge di riforma del mercato del lavoro la n.92 del 2012, e l'art. 8 della legge 604 del 1966, così come sostituito dall'art.2 della legge 108 del 1990, disciplinano le conseguenze di un licenziamento illegittimo .

Ai fini dell'applicazione della normativa si deve però distinguere tra imprese sino a 15 dipendenti (le cd. piccole imprese) e imprese dai 16 dipendenti in su.

Nel primo caso il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla riassunzione del lavoratore entro il termine di tre giorni oppure a versargli un risarcimento (c.d. tutela obbligatoria).

Nel secondo caso l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012 (cd. legge Fornero), ha continuato a consentire la tutela reale o reintegratoria (debole) nei casi di "*insussistenza del fatto contestato*" o quando si poteva comminare al lavoratore una sanzione conservativa "*sulla base dei contratti collettivi e dei codici disciplinari applicabili*" e si era invece intimata la sanzione espulsiva, mentre riconosce un diritto alla tutela indennitaria (forte), da 12 a 24 mensilità, nelle ipotesi di mancanza di un giustificato motivo soggettivo o di una giusta causa.

Legando il diritto ad ottenere la reintegrazione nel posto di lavoro all'insussistenza del fatto contestato dal datore di lavoro, divenne subito importante definire la natura del fatto contestato.

Si formarono due filoni principali in dottrina¹¹⁶: i sostenitori del fatto materiale¹¹⁷ e quelli del fatto giuridico¹¹⁸. Mentre il fatto materiale era da considerarsi

¹¹⁶ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art.18 Statuto dei Lavoratori. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in Arg. Dir. Lav., n. 4-5/2012, pag. 799 ;G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art.18 dello Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in Riv.It.Dir.Lav., 2014, 1, pag.287; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art.18:una chiave di lettura*, in Riv.it.dir.lav.,2012, I, pagg.1064 e segg.

¹¹⁷ M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in Arg.Dir.Lav, 2013, 1, pagg. 6-11; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo:le modifiche dell'art.18 Statuto dei Lavoratori*, in Riv.It.Dir.Lav., 2012,1, pag.443

¹¹⁸ L. NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in Dir.Lav.Rel.Ind., 2012, 4, pagg. 684-685; E. GHERA, *Sull'ingiustificatezza del licenziamento*, in Riv.giur.lav.,2014, I, pag.425 e segg.

puramente come comportamento o azione intesi in senso oggettivo e svincolati da altri elementi, il fatto c.d. giuridico era invece comprensivo sia dell'elemento oggettivo che di quello soggettivo ossia degli elementi della responsabilità, dell'imputabilità, della colpa, della rilevanza disciplinare ed altri ancora.

Ben presto la giurisprudenza di merito dimostrò un orientamento quasi uniforme: era a favore del "fatto giuridico", dell'inadempimento colpevole. Provando infatti ad immaginare di voler considerare solo il fatto materiale si rischiava di dare al datore di lavoro la totale libertà di estinguere il rapporto di lavoro per qualsiasi tipo di motivo, anche e soprattutto pretestuoso. Sarebbe stato sufficiente un semplice fatto sia di scarsissima che addirittura di nessuna rilevanza disciplinare, affinché il datore di lavoro potesse intimare il licenziamento, restando al lavoratore solo la tutela indennitaria.

Poiché questo aberrante risultato era sembrato ingiusto ai giudici, allora questi affermarono che il fatto in tali casi dovesse essere ritenuto insussistente. Il giurista Roverso cita l'esempio di contestazione di un furto e che questo debba ritenersi insussistente non solo se "...non fosse stato mai materialmente commesso dal lavoratore, ma anche se l'impossessamento del bene fosse avvenuto a seguito di autorizzazione oppure per errore o in stato d'incoscienza o per forza maggiore.....o fosse di infima entità..."¹¹⁹.

Questa linea di pensiero finora è confermata dalla Suprema Corte in varie sentenze¹²⁰, in particolare la Corte di Cassazione così si esprime "*l'insussistenza del fatto contestato di cui all'art.18 dello Statuto dei Lavoratori, come modificato*

¹¹⁹ R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in *Questione Giustizia*, n. 3 del 2015, pag.18

¹²⁰ Vedi sentenze Cassazione 6 novembre 2014 n. 23669 e Cassazione 13 ottobre 2015 n. 20540 in *Banca Dati Pluris*

dall'art.1, comma 42, della legge n.92 del 2012 (cd. legge Fornero), comprende l'ipotesi del fatto sussistente, ma privo del carattere di illiceità, sicché in tale ipotesi si applica la tutela reintegratoria, senza che rilevi la diversa questione della proporzionalità tra sanzione espulsiva e fatto di modesta illiceità.....In altre parole la completa irrilevanza giuridica del fatto (pur accertato) equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell'art. 18, quarto comma..."¹²¹.

Inoltre la Corte nella stessa sentenza del 20 settembre 2016 afferma che la minore o maggiore gravità del fatto contestato, ritenuto però sussistente, poiché implica un giudizio di proporzionalità, non consente l'applicazione delle tutela cd. reale; poi continua sostenendo che *"...non può ammettersi che per tale via possa essere sempre soggetto alla tutela indennitaria un licenziamento basato su fatti (pur sussistenti, ma) di rilievo disciplinare sostanzialmente inapprezzabile"*¹²².

Da ciò si può desumere che se il fatto contestato non è un'infrazione disciplinare allora è insussistente proprio dal punto di vista disciplinare e quindi il lavoratore dovrebbe avere la reintegrazione nel posto di lavoro.

¹²¹ Cf Cassazione 20 settembre 2016 n.18418 in Banca Dati Pluris

¹²² Cf Cassazione 20 settembre 2016 n.18418 in Banca Dati Pluris

4.1 Il ritorno del fatto materiale nel D.L.vo 23 del 7 marzo 2015

Le sentenze della Corte di Cassazione finora citate sono del 2015 e del 2016, si riferiscono quindi ai ricorsi introdotti prima del Jobs Act.

Nell'art. 3, 2° comma, del D.L.vo 23 del 2015, si dice che la reintegrazione può ordinarsi esclusivamente in caso di "insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento". Viene accolta la teoria del fatto materiale, di cui una parte della dottrina era sostenitrice dopo la legge Fornero¹²³.

Nell'accogliere la teoria del fatto materiale possono verificarsi conseguenze inique. Può dunque accadere questo: il datore di lavoro attribuisce al lavoratore un fatto materiale vero di lievissima entità (es. aver fatto un ritardo di quattro minuti), però gli applica la massima sanzione disciplinare. La mancanza di elemento soggettivo, la mancanza di antigiuridicità, l'assenza di rilevanza disciplinare del fatto o la mancanza di gravità del fatto potrebbero portare al licenziamento con la sola tutela indennitaria, poiché un fatto esiste (es. il ritardo di quattro minuti all'inizio dell'orario di lavoro), per quanto solo nella sua dimensione materiale.

Avverrà che un lavoratore, non responsabile sul piano soggettivo o cui sia stato attribuito un fatto irrilevante, potrà essere licenziato e ricevere solo uno scarso indennizzo (di poche mensilità), anziché la reintegrazione nel posto di lavoro.

¹²³ Cf. M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in Arg.Dir.Lav, 2013, 1, pagg. 6-11; A.MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art.18 Statuto dei Lavoratori*, in Riv.It.Dir.Lav., 2012,1, pag.443

In dottrina F. Carinci sostiene che "a fronte del paradosso che il fatto contestato risulta sussistente, pur nel caso in cui sia poco rilevante, come per un ritardo di pochi minuti o di un furto di modico valore, una volta che non siano in grado di trovargli una sanzione conservativa puntuale, i fautori del "fatto materiale" ricorrono alla frode alla legge, mentre i fautori del "fatto giuridico" fanno uso del criterio di proporzionalità per ricondurlo comunque ad una sanzione conservativa"¹²⁴.

Parte della dottrina si è subito chiesta se questo esito della legge è in contrasto con la nostra Costituzione¹²⁵, molti hanno definito immediatamente questa previsione normativa manifestamente irrazionale, in stridente contrasto con l'art.3 Cost. e con l'art. 39 Cost., ma anche con l'art.1455 del codice civile (Importanza dell'inadempimento. *Il contratto non si può risolvere se l'inadempimento di una delle parti ha scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra*) e con l'art. 2106 c.c. (Sanzioni disciplinari. *L'inosservanza delle disposizioni contenute nei due articoli precedenti può dar luogo all'applicazione di sanzioni disciplinari, secondo la gravità dell'infrazione*) che restano pienamente in vigore.

La disposizione normativa risulta in modo evidente manifestamente irragionevole, essendo ontologicamente immanente al sistema disciplinare la valutazione della proporzionalità tra infrazione e sanzione, secondo l'art. 2106 c.c., norma mai abrogata e tuttora in vigore.

¹²⁴ Cf. F.CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.L.vo 23 del 2015*, Working Paper Adapt, n.176/2015, pag.8

¹²⁵ Vedi S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, WP CSDLE Massimo D'Antona 246/2015, pag.12 e segg.

4.2 Licenziamento illegittimo senza il rispetto del principio di proporzionalità

Inoltre dopo la contestazione di un fatto materiale puro e semplice (es. un ritardo di due-quattro minuti) verrà non considerata la proporzione tra il lievissimo inadempimento del lavoratore e la sanzione applicata, come afferma il comma 2 dell'art. 3 del D.L.vo 23 del 2015 ("resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento").

Questo significa che se il codice disciplinare prevede per quell'inadempimento o infrazione una sanzione conservativa (ad es. una sospensione di 4 gg) e viene invece intimato dal datore di lavoro il licenziamento, il giudice potrà solo dichiarare l'illegittimità del licenziamento e non potrà accordare la reintegrazione nel posto di lavoro, a meno che il giudice riconosca in quel licenziamento illegittimo un caso di licenziamento illecito, discriminatorio o addirittura pretestuoso.

Inoltre il giudice potrà sollevare l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 3, comma 2, del Jobs Act, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, nella parte in cui non prevede la possibilità di reintegrazione nel posto di lavoro quando il fatto contestato al lavoratore rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili. La norma contenuta nell'art.3, comma 2, è, ad avviso di chi scrive, fortemente sospettata di incostituzionalità perché chiaramente irrazionale e perché viola il principio di eguaglianza previsto dall'art.3 della nostra Costituzione nell'imporre al giudice di trattare allo stesso modo situazioni che

possono essere sostanzialmente molto diverse, come meglio sarà trattato più avanti.

Cosa accadrebbe dunque nel caso di un ritardo di due minuti?

È questo un inadempimento quasi irrilevante¹²⁶ sul piano disciplinare, che al massimo può provocare la comminazione della sanzione conservativa di minore gravità (es. rimprovero scritto). Se invece il datore di lavoro intimasse il licenziamento allora il giudice potrebbe riconoscere che trattasi di un licenziamento per motivo illecito, che sia quindi un licenziamento pretestuoso¹²⁷ o addirittura di un licenziamento nullo per frode alla legge ex art.1344 c.c.¹²⁸ (che è certamente applicabile anche agli atti unilaterali, quali nel caso il recesso datoriale, per l'estensione operata dall'art.1324 c.c.).

Secondo V. Speciale la contestazione di un fatto lecito o privo di qualsiasi rilievo disciplinare "sarebbe diretto a bypassare il controllo sulla giustificazione dell'atto di recesso - prescindendo da comportamenti riconducibili a giusta causa o a giustificato motivo soggettivo - e ad evitare comunque la sanzione reintegratoria (perché il comportamento addebitato al lavoratore effettivamente esiste)" , in quanto, "nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che

¹²⁶ Vedi F.CARINCI, *Un contratto alla ricerca della sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, a cura di F.Carinci- M.Tiraboschi, ADAPT Labour Studies, e-book series n.37, 2015, pag.71 e segg

¹²⁷ Vedi B.CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT, 2015, pagg.18 e 19 laddove si riferisce al caso del licenziamento disciplinare intimato "per ragione capricciosa o evidentemente cavillosa e risibile"

¹²⁸ Cf.R.RIVERSO, *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi intermedi*, in Riv.It.Dir.Lav., 2013, II, pag.973; G.BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, pag.60

attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare"¹²⁹.

Dopo il Jobs Act sembrerebbe che al giudice resti solo la possibilità di dichiarare che il licenziamento è illegittimo e applicare la tutela indennitaria nella misura prevista dal D.Lvo 23/2015, art.3, comma 1 ossia da 4 a 24 mensilità, secondo gli anni di servizio; il giudice viene privato della sua discrezionalità valutativa, della possibilità di esprimere il suo giudizio; si bandisce il controllo di proporzionalità della sanzione rispetto all'inadempimento, rendendo la norma immediatamente irrazionale e quindi ingiusta, inoltre sospetta di incostituzionalità, come si illustrerà più avanti nella trattazione.

La tutela indennitaria è legata nel suo ammontare necessariamente agli anni di servizio prestati, per cui il ruolo del giudice viene limitato ad una pura operazione matematica obbligata, alla moltiplicazione di due mensilità per il numero di anni di servizio, con il limite ulteriore che oltre i dodici anni di anzianità di servizio la tutela indennitaria è uguale per tutti (quindi al massimo 2 per 12)¹³⁰.

Il giudice non può quindi esprimere valutazioni di proporzionalità, vale a dire di ragionevolezza; la norma contenuta nell'art.3, comma 2, è chiaramente irrazionale e viola il principio di eguaglianza previsto dall'art.3 della nostra Costituzione nell'imporre al giudice di trattare allo stesso modo situazioni che possono essere sostanzialmente molto diverse.

Il legislatore inoltre in questa norma ha voluto dare importanza solo alla dimensione economica, ha dimenticato completamente quel valore fondamentale

¹²⁹ Cf. V.SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -2015.pag 30

¹³⁰ Vedi M.MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, (un commento provvisorio alla schema del decreto) in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -236/2015

di cui si trattava nella prima parte di questo lavoro e citato più di una volta nella nostra Costituzione: la dignità della persona¹³¹.

La scelta del legislatore in favore della quasi totale monetizzazione nei casi di licenziamento illegittimo non solo non tutela più la parte contrattualmente debole, ma non crea nemmeno un ragionevole bilanciamento tra gli interessi contrapposti delle parti. L'unica vera tutela è per il datore di lavoro, al quale si è attribuito "il potere di accusare un lavoratore di un illecito personale grave o gravissimo, di cui quest'ultimo potrebbe non essere minimamente responsabile; e pagare per questo soltanto un piccolo costo fisso, già preventivato; nel cui calcolo non hanno alcun rilievo l'entità dell'accusa rivolta, gli effetti prodotti, la mancanza di colpevolezza, ma sola l'anzianità di servizio dell'accusato" ¹³².

Persino la Cassazione a Sezioni Unite lo aveva ribadito nella famosa sentenza n.141 del 2006 " ...il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1,4 e 35 Cost. subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma"¹³³.

Certo abbiamo anche delle recenti sentenze della Corte di Cassazione a sostegno del principio di proporzionalità, nonostante fossimo vicinissimi all'entrata in vigore del D.L.vo 23 del 2015, come il caso della sentenza n. 2692 dell'11 febbraio 2015. Il caso riguardava un lavoratore che si era rivolto verso il suo superiore con parole offensive e volgari, in quanto aveva subito una strana denuncia a carattere vessatorio. La Corte d'Appello aveva confermato il licenziamento, invece la Corte di Cassazione ribalta la situazione ed invita il

¹³¹ Cf. G. ZILIO GRANDI, *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento legittimo e art.41, 2° comma, Cost.*, in *Giur.It.*, 1991,2, pag.84

¹³² Cf. R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel cd Jobs Act*, in *Questione Giustizia*, n. 3 del 2015, pag.22

¹³³ Cf. sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 10 gennaio 2006, n.141 in *Banca Dati Pluris*

giudice di merito ad una valutazione di proporzionalità e ad applicare una sanzione conservativa come previsto dal contratto collettivo. La Suprema Corte inoltre coglie l'occasione per ricordare a tutti che la sanzione espulsiva comporta conseguenze che incidono sulla vita delle persone e delle loro famiglie, quindi sui valori costituzionalmente protetti¹³⁴.

Un'altra sentenza del 30 novembre 2015 n. 24367 ha evidenziato come il giudizio valutativo del giudice di merito che applica le clausole generali come quella dell'art.2119 c.c. "...deve rispettare criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali e dalla disciplina particolare (anche collettiva) in cui la fattispecie si colloca (cfr. per tutte, Cass. n. 25144 del 2010, Cass. n. 6498 del 2012)..."¹³⁵. Nel 2016 la Suprema Corte nella sentenza n.10950 così statuisce in riferimento ai poteri del giudice "...deve essere svolto anche d'ufficio l'apprezzamento relativo alla proporzionalità tra sanzione e illecito disciplinare..."¹³⁶

Il fatto che la normativa abbia dato questo notevole potere al datore di lavoro pone al contempo il lavoratore in una posizione di ulteriore soggezione e di notevole debolezza: questo si ripercuote inevitabilmente su tutto il sistema di legalità del lavoro, indebolendo tutta la normativa del lavoro nella sua effettività. Il diritto del lavoro perde la sua funzione di tutela della parte debole del contratto di lavoro, il lavoratore, e perde la sua specialità.

Questa funzione di tutela era il motivo per cui era sorto un diritto del lavoro, per cui si era creata una normativa speciale distaccata da quella civilistica. Infatti, poiché nelle norme civilistiche sui contratti emerge in modo chiaro il principio di

¹³⁴ Vedi Corte di Cassazione sentenza n. 2692 dell'11 febbraio 2015, in Foro it., 2015, 3,1, pag.808

¹³⁵ Vedi Corte di Cassazione sentenza n. 24367 del 30 novembre 2015 in Banca Dati Pluris

¹³⁶ Vedi Corte di Cassazione sentenza n. 10950 del 26 maggio 2016 in Banca Dati Pluris

parità contrattuale tra i due contraenti, che vengono posti sullo stesso piano per quel che riguarda i diritti e i doveri, dopo aver riconosciuto la particolare debolezza della posizione del lavoratore, si era creata una apposita disciplina che tutelasse tale posizione.

Si è sicuramente tornati indietro nel tempo, prima dello Statuto dei Lavoratori; inoltre, il lavoratore che oggi si trova in tale situazione di notevole soggezione non cercherà di rivendicare qualcosa sindacalmente per paura di essere licenziato, né tantomeno farà istanze rivolte ad ottenere modifiche del luogo di lavoro attinenti alla sicurezza del lavoro, né per ottenere miglioramenti della propria professionalità. Questa normativa ha compromesso fortemente la libertà della persona del lavoratore e di conseguenza la sua dignità.

Oltre quindi la riduzione delle tutele che può riscontrarsi dal dato normativo, come continueremo a vedere nello svolgimento di questo lavoro, vi è una consequenziale perdita, per riduzione dell'autodeterminazione dei lavoratori di poter accedere ad altre tutele rimaste in vigore, per la paura, chiedendo ciò che loro spetta, di perdere il posto di lavoro; tutto questo perché il licenziamento, spesso illegittimo, è estremamente favorito nei modi di realizzazione e nei costi esigui dalla normativa del Jobs Act.

Si evidenzia che oramai non ci sono più sanzioni realmente dissuasive verso i datori di lavoro, come prevede l'art. 24 della Carta Sociale europea riferendosi ad un congruo indennizzo o ad altra adeguata riparazione per i lavoratori licenziati senza un valido motivo, come meglio si tratterà più avanti.

5. La normativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dalla riforma Fornero al Jobs Act

La riduzione delle tutele nei licenziamenti è avvenuta anche e soprattutto nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (definito anche licenziamento economico); è questo, infatti, il recesso del datore di lavoro determinato "da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", in base all'art.3 della legge 604/66. Ed è anche quello, aggiunge la giurisprudenza di legittimità, conseguente "...a riassetti organizzativi finalizzati ad un ridimensionamento dei costi, purché non siano pretestuosi e strumentali, ma volti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti..." ¹³⁷ .

Il legislatore del 2015 riconosce una prevalenza delle esigenze dell'impresa ex art.41 Costituzione (la libertà di iniziativa economica privata è un diritto garantito costituzionalmente) rispetto a quella del lavoratore alla conservazione del posto; l'imprenditore è libero di determinare l'assetto aziendale che ritiene più idoneo. La stessa nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ex art.3 della legge 604 del 1966 evoca e comporta inevitabilmente un obbligo di motivazione da parte del datore di lavoro delle sue scelte e conseguentemente un controllo sulle medesime da parte del giudice.

È vero che in omaggio all'art.41 Cost. il sindacato del giudice dovrebbe fermarsi al controllo del nesso di causalità, in realtà, invece, si estende inevitabilmente alle scelte del datore di lavoro e l'obbligo di *repechage*, creato dalla giurisprudenza e

¹³⁷ C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione Giustizia*, rivista *on line* in www.questionegiustizia.it, sezione Giurisprudenza e Documenti, dell'08.02.2017

non dalla legge, ma che è considerato diritto vivente ¹³⁸, ne costituisce in un certo senso una conferma (è l'obbligo di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo) ¹³⁹.

Quindi i tre elementi che rendono legittimo un licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono: il giustificato motivo, il nesso di causalità, la soppressione del posto e l'obbligo di repectage.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è quello reso necessario da esigenze organizzative che si impongono al datore stesso e che siano verificabili secondo criteri, non solo di effettività, ma di razionalità e di serietà.

Dopo l'entrata in vigore del D.L.vo n.23 del 7.3.2015, per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo che risulti illegittimo non è prevista altra forma di tutela che quella indennitaria, così infatti recita l'art.3, comma 1 : "Salvo quanto disposto dal comma 2, nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo....il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità" ¹⁴⁰.

Si limita notevolmente la discrezionalità del giudice nell'applicazione ed interpretazione della norma al punto da escludere in radice ogni spazio valutativo. Il giudice non è più l'interprete della norma, ma un funzionario statale costretto ad emettere una semplice sentenza a contenuto dichiarativo, che riconosce una situazione di fatto verificatasi.

¹³⁸ Cf. G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*, in *Diritto Relazioni Industriali*, n.1/XXIII-2013, pag.7

¹³⁹ Vedi sentenza Corte di Cassazione n. 5592 del 2016 (concernente anche l'onere di allegazione) in Banca Dati Pluris

¹⁴⁰ Vedi D.L.vo n.23 del 2015, art.3 comma 2 in Banca Dati Pluris

Inoltre, poiché l'indennizzo è predeterminato in maniera fissa e lascia spazio solo a calcoli aritmetici, il giudice non potrà avvalersi del criterio razionale dell'equità, al fine di determinarne l'ammontare, come invece continua a fare per tutti gli altri indennizzi di diritto civile.

Il giudice potrà solo dichiarare l'illegittimità del licenziamento e non potrà accordare la reintegrazione nel posto di lavoro, a meno che il giudice riconosca in quel licenziamento illegittimo un caso di licenziamento illecito, discriminatorio o addirittura pretestuoso. Questi ultimi casi verranno esaminati più avanti.

5.1 Orientamenti giurisprudenziali

Il primo orientamento, quello esistente da più anni, individua i requisiti del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella ricorrenza di situazioni sfavorevoli non contingenti che impongono scelte per l'azienda verso una gestione economica, onde la necessità di sopprimere determinati posti di lavoro.

Il licenziamento non può avvenire per incremento dei profitti, ma solo per effettive esigenze di riduzione dei costi. Ne consegue che il licenziamento è un'*extrema ratio*, come sostenuto anche da alcune tesi dottrinali accolte da questa giurisprudenza, ed è quindi legittimo solo se inevitabile. Secondo questo orientamento la scelta che legittima l'uso del licenziamento dovrebbe sempre essere socialmente opportuna.

Si ritiene opportuno citare brevemente alcune sentenze della Suprema Corte appartenenti a questo primo orientamento:

Nella n.5173 del 2015 viene chiaramente statuito che non sono giustificative le ragioni addotte dal datore di lavoro quando fanno riferimento ad un vago ridimensionamento dell'impresa e che questo *"...non può essere meramente strumentale a un incremento del profitto, ma deve essere diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti. Spetta quindi al datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostrare la concreta riferibilità del licenziamento individuale a iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo organizzativo, e non ad un mero incremento dei profitti, nonché di dimostrare*

*l'impossibilità di utilizzare il lavoratore stesso in altre mansioni equivalenti a quelle esercitate prima della ristrutturazione aziendale"*¹⁴¹.

In altra sentenza del 2015, la n.12242, si afferma che non si verifica un giustificato motivo oggettivo di licenziamento in caso di ingresso in azienda di nuovi soci cui vengono assegnate delle mansioni che prima svolgeva il lavoratore licenziato e *"...La circostanza che i predetti soggetti, a prescindere dalla configurabilità o meno in capo ad essi della qualifica di soci lavoratori, siano impiegati nello svolgimento delle mansioni in precedenza svolte dal prestatore licenziato esclude che il riassetto organizzativo, posto dal datore di lavoro alla base dell'intimato licenziamento, sia diretto a fronteggiare situazioni sfavorevoli e non contingenti, idonee a influire sulla normale attività produttiva, imponendo una effettiva riduzione dei costi..."*¹⁴².

La Suprema Corte ha spesso tracciato un confine netto tra le scelte imprenditoriali a valle e le ragioni del riassetto organizzativo a monte come nella sentenza appena citata. In particolare così si esprimono i giudici di legittimità, affermando che *"...l'operazione di riassetto costituisce infatti la conclusione del processo organizzativo, ma non la ragione dello stesso, che, per imporsi sull'esigenza di stabilità, deve essere seria, oggettiva e non convenientemente eludibile....."*¹⁴³.

Spesso, infatti, accade che anche gli operatori del diritto confondono le ragioni a monte, le quali dovrebbero avere caratteri di oggettività al fine di essere posti a verifica giudiziale di legittimità, e le scelte a valle, comprensive degli obiettivi perseguiti dall'imprenditore, i quali sono invece soggettivi, discrezionali ed estranei alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo.

¹⁴¹ Vedi Corte di Cassazione n. 5173 del 16 marzo 2015 in Banca Dati Pluris

¹⁴² Vedi Corte di Cassazione n. 12242 del 12 giugno 2015 in Banca Dati Pluris

¹⁴³ Vedi Corte di Cassazione n. 12242 del 12 giugno 2015 in Banca Dati Pluris

Proprio le ragioni a monte, quelle ex art.3 della L.604/66, rientrano nel controllo del giudice, in quanto facenti parte dei presupposti di legittimità del recesso.

È posto a carico del datore di lavoro l'onere di dedurre e di dimostrare l'effettiva sussistenza delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto.

Il giudice di merito deve controllare l'effettività del riassetto organizzativo operato e deve escluderne la pretestuosità.

Nella sentenza anzidetta, in cui un nuovo assunto (entrato come socio lavoratore) svolge le mansioni della dipendente licenziata, le ragioni che hanno determinato l'operazione di riassetto non sono state né provate né indicate dalla società ricorrente, infatti *"...nessun fondamento obiettivo, neppure di ordine economico è stato prospettato.....sicché non può ritenersi sussistente il giustificato motivo obiettivo di licenziamento"*. Ne risulta che il ridimensionamento dell'attività è meramente strumentale all'incremento del profitto.

Nella stessa sentenza inoltre, a proposito dell'art.30 della legge 183 del 2010 viene precisato che *"..tale disposizione, espressamente richiamando i principi generali dell'ordinamento, ribadisce infatti che devono operare anche quelli costituzionali posti a tutela del lavoro, nonché l'esigenza di stabilità che la disciplina dei licenziamenti (in specie quella operante all'epoca del licenziamento in questione) perseguiva, sicché non ha eliminato la necessità che le valutazioni -tecniche, organizzative e produttive- insindacabili nel merito siano pur sempre quelle che traggono le premesse dall'organizzazione produttiva e dalla situazione obiettiva nella quale esse si inseriscono, sulla quale si ripercuotono necessariamente i loro effetti. In tema di licenziamento per giustificato motivo obiettivo resta quindi insindacabile nell'an e nel quomodo la scelta effettuata dall'imprenditore per*

intervenire in relazione alle esigenze obiettive che si presentino nell'impresa, solo potendosene vagliare il rapporto di causa-effetto con le ripercussioni sui rapporti di lavoro, ma il fondamento giustificativo cui esse assolvono deve essere comunque oggettivamente verificabile"¹⁴⁴.

Un requisito di legittimità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo è la soppressione del posto di lavoro, intesa come posizione lavorativa, che necessariamente deve avvenire in seguito alla diversa organizzazione dell'impresa e "*...non in forza di un atto arbitrario del datore di lavoro..*"; inoltre viene statuito nella stessa sentenza "*...non è vietata la ricerca del profitto mediante la riduzione del costo del lavoro o di altri fattori produttivi, ma (è vietato) il perseguire tale profitto con l'abbattimento del costo del lavoro realizzato mediante il puro e semplice licenziamento di un dipendente che non sia stato determinato da un effettivo mutamento dell'organizzazione aziendale, ciò che si verifica, invece, quando la posizione del lavoratore all'interno dell'azienda sia rimasta sostanzialmente immutata e semplicemente attribuita ad un nuovo assunto, magari più giovane e/o più disponibile ad accettare peggiori condizioni retributive e di inquadramento contrattuale...*"¹⁴⁵.

Per questo primo orientamento la concreta individuazione dei requisiti di legittimità del licenziamento spetta al giudice, il quale è tenuto a conformarsi ai principi generali dell'ordinamento e agli *standards* valutativi riscontrabili nella realtà sociale, sempre e comunque nella cornice dei beni tutelati dalla Costituzione. Ecco perché se si verifica una crisi d'impresa, pur non essendo

¹⁴⁴ Cf. sentenza Corte di Cassazione n. 12242 del 2015 in Banca Dati Pluris e cf. A.PICCININI, C.PONTERIO, *La controriforma del lavoro*, in *Questione Giustizia*, n.3, 2010, pag.1 e segg.

¹⁴⁵ Vedi Corte di Cassazione n. 13516 del 1 luglio 2016 in Banca Dati Pluris

questa nominata dalla previsione normativa dell'art.3 della legge 604 del 1966 come requisito di legittimità del recesso, il giudice potrà tenerne conto.

Esiste invece un secondo orientamento giurisprudenziale, per il quale le ragioni inerenti all'attività produttiva possono derivare oltre che da esigenze di mercato anche da riorganizzazioni e ristrutturazioni decise dall'imprenditore nell'esercizio della sua libertà di iniziativa economica a prescindere dalle finalità.

Quindi vanno bene anche quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti, a differenza del primo orientamento.

L'unico argine previsto è che la soppressione del posto consegua in modo oggettivo all'intervento riorganizzativo adottato e non sia atto arbitrario del datore di lavoro, altrimenti ci troveremmo di fronte ad un licenziamento arbitrario o pretestuoso. Il licenziamento arbitrario *"... è quello non sorretto da alcun motivo...ovvero sorretto da un motivo che si dimostri pretestuoso e quindi non corrispondente alla realtà, di talché la sua ragione debba essere rinvenuta unicamente nell'intento di liberarsi della persona...."*¹⁴⁶.

La giurisprudenza della Corte di Cassazione, con la sentenza del 7 dicembre 2016, n.25201, ha di recente ammesso la legittimità dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo per le mere scelte organizzative del datore di lavoro – senza profili di economicità –, ma non ha in alcun modo individuato le «ragioni organizzative del licenziamento», in tal modo elevando la soppressione del posto a rango di primo presupposto del giustificato motivo oggettivo, senza preoccuparsi di verificare le ragioni del riassetto organizzativo che sono alla base

¹⁴⁶ Vedi sentenza Corte di Cassazione n.14604 del 2001 in Banca Dati Pluris

della soppressione del posto e che pur sempre ne condizionano la legittimità secondo la lettera dell'articolo 3 della legge n. 604/1966.

Questa sentenza segue certamente il secondo orientamento giurisprudenziale, aumentando notevolmente la distanza di visione giuridica rispetto al primo.

La Corte territoriale aveva ritenuto ingiustificato il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto mancava la prova da parte del datore di lavoro di far fronte a sfavorevoli situazioni non meramente contingenti e di aver sostenuto spese di carattere straordinario, residuando come unica motivazione la riduzione dei costi e il mero incremento del profitto.

Invece la Corte di Cassazione afferma che *"...Ai fini della legittimità del licenziamento individuale intimato per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art.3 della legge n.604 del 1966, l'andamento economico dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro deve necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa; ove però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario ed in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla*

*manca di veridicità e sulla pretestuosità della causalità addotta dall'imprenditore"*¹⁴⁷.

Purtroppo in questa sentenza il riassetto organizzativo sembra coincidere con la soppressione di una determinata posizione lavorativa, quando invece il *prius* o causale della soppressione del posto è il riassetto organizzativo, mentre il *posterius* è proprio la soppressione del posto¹⁴⁸.

Questa sequenza causale la ritroviamo qualche mese prima nella sentenza n.19185 del 2016 della Suprema Corte¹⁴⁹, per cui risulta prevalente da parte dei giudici l'accertamento dell'effettività del riassetto organizzativo tramite criteri oggettivi, al fine di verificare che la conseguenza diretta del riassetto in esame è la soppressione del posto.

Sicuramente i giudici di legittimità questa volta hanno dato maggiore rilevanza alla libertà imprenditoriale rispetto alla tutela del lavoro e all'interesse dei lavoratori alla stabilità del posto di lavoro, da intendersi come tutela del diritto a non essere licenziati se non quando ricorre un giustificato motivo: diversamente non si tiene conto della dignità della persona del lavoratore¹⁵⁰.

Secondo la giurista Ponterio è stato effettuato un solo controllo di effettività delle ragioni organizzative e non anche il controllo della eventuale pretestuosità del licenziamento.

Può accadere infatti che, controllando solo l'effettività di un riassetto organizzativo, prescindendo da criteri e parametri oggettivi, si possa dare al datore

¹⁴⁷ Vedi sentenza Corte di Cassazione n.25201 del 7 dicembre 2016 in Banca dati Pluris

¹⁴⁸ Cf. G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, in Quaderni del CSDNR Roma n. 2017/1, pag.3

¹⁴⁹ Vedi sentenza Cassazione 28 settembre 2016, n. 19185 in Banca Dati Pluris

¹⁵⁰ Cf. C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione Giustizia*, rivista on line in www.questionegiustizia.it, sezione Giurisprudenza e Documenti, dell'08.02.2017

di lavoro la possibilità di sopprimere con assoluta discrezionalità i posti di lavoro;
si potrebbe anche giungere a consentire un licenziamento *ad nutum* mascherato ed
inoltre privo della onerosità.

5.2 L'oggetto della valutazione del giudice

In base al primo orientamento il giudice può valutare la sussistenza e l'entità della crisi aziendale, quale necessaria situazione sfavorevole non contingente, e l'efficacia determinativa causale della stessa rispetto al riassetto organizzativo comportante la soppressione dei posti di lavoro.

In base al secondo orientamento, di fronte alla soppressione di posti di lavoro, il giudice dovrebbe fermarsi al controllo di effettività, prendere semplicemente atto della volontà datoriale, tradottasi in quella scelta organizzativa (art.3 legge 604/66).

Tratti comuni ad entrambi gli orientamenti sono: il controllo del giudice sull'effettività della decisione imprenditoriale e di conseguenza la non pretestuosità del riassetto organizzativo; il controllo sull'esistenza del nesso causale tra l'accertata ragione inerente l'attività produttiva ossia l'organizzazione del lavoro come addotta dall'imprenditore e la soppressione del posto di lavoro del lavoratore licenziato.

La Corte di Cassazione, quindi, enuclea i punti in base ai quali la scelta del datore di eliminare una posizione lavorativa risulta legittima:

- una diversa organizzazione tecnico-produttiva che abbia reso determinate mansioni obsolete o comunque non più utili o, ad ogni modo, da abbandonarsi in virtù di insindacabile scelta aziendale (c.d. soppressione atecnica)

- l'esternalizzazione di determinate mansioni, che, pur reputate ancora necessarie, vengano però lasciate a personale di imprese esterne ¹⁵¹ ;
- la soppressione d'un intero reparto o la riduzione del numero dei suoi addetti, rivelatosi sovrabbondante per l'impegno richiesto ¹⁵²;
- una diversa ripartizione di date mansioni fra il personale in servizio, attuata a fini di più economica ed efficiente gestione aziendale, nel senso che, invece di essere assegnate a un solo dipendente, date mansioni possono essere suddivise fra più lavoratori, ognuno dei quali se le vedrà aggiungere a quelle già espletate: il risultato finale fa emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente ¹⁵³.

È interessante notare che un orientamento misto tra i due sopra descritti potrebbe essere quello della Corte di Cassazione nella sentenza dell'1.9.2016, n. 14021. Prima del ricorso alla Suprema Corte accadeva, nel novembre 2014, che la Corte d'appello respingeva il reclamo di un'azienda e reintegrava il lavoratore: un autista.

Nel caso di licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, allorquando il giustificato motivo oggettivo si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del dipendente (o dei dipendenti) da licenziare per il datore di lavoro non è totalmente libera: essa, infatti, risulta limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza e di buona fede, cui deve essere informato, ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., ogni

¹⁵¹ Cass. n.18416 del 2013 in Banca Dati Pluris

¹⁵² Cass. n. 18409 del 2016; Cass. n. 6501 del 2016 in Banca Dati Pluris

¹⁵³ Cass. n.14306 del 2016; Cass. n. 19185 del 2016 in Banca Dati Pluris

comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il recesso di una di esse.

Sia il tribunale di Cagliari che la Corte d'Appello avevano ritenuto ingiustificato il licenziamento perché la società non aveva operato le sue scelte circa il personale da licenziare alla stregua dei criteri di cui all'art. 5 della L. n. 223 del 1991 che, pur dettata per i licenziamenti collettivi, trovava applicazione in via analogica (carichi di famiglia, anzianità, etc.).

La Corte di Cassazione riconosce l'illegittimità del licenziamento, ma accoglie il ricorso per la reintegrazione. Quindi al lavoratore viene corrisposta solo una indennità risarcitoria (art.18 ,7° comma) ¹⁵⁴.

Purtroppo dopo il D.L.vo 23/2015 il giudice viene fortemente limitato nelle sue funzioni. Si può sintetizzare nel seguente modo:

☞ il giudice potrà solo dichiarare l'illegittimità del licenziamento e non potrà accordare la reintegrazione nel posto di lavoro, a meno che il giudice riconosca in quel licenziamento illegittimo un caso di recesso occulto ossia un recesso che nasconde un vero caso di licenziamento illecito, discriminatorio o addirittura pretestuoso.

☞ Può anche dichiararlo nullo per frode alla legge ex art.1344 c.c. poiché ci dice V. Speciale *“nonostante il mezzo impiegato sia lecito, è illecito il risultato che attraverso l'abuso del mezzo e la distorsione della sua funzione ordinaria si vuole in concreto realizzare”*¹⁵⁵, utilizzando una espressione della Suprema Corte ¹⁵⁶.

¹⁵⁴ Vedi sentenza Corte di Cassazione n.14021 dell'1.9.2016 in Banca Dati Pluris

¹⁵⁵ Cf.V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -2015,pag. 30

¹⁵⁶ Vedi Corte di Cassazione sentenza n.1523 del 20.01.2010 in Banca Dati Pluris

Casi tipici sono proprio i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo in luogo di quelli disciplinari, che, qualora intimati, esporrebbero il datore di lavoro al rischio di una reintegrazione nel posto di lavoro.

5.3 Due tipologie di vizi nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

1) L'illegittimità del licenziamento, ove il datore, onerato della prova, non dimostri la sussistenza del giustificato motivo oggettivo

2) la nullità ex artt.1418, 1343, 1344 e 1345 qualora il lavoratore, onerato nel tal caso della prova, riuscisse a dimostrare l'insussistenza della ragione economica e l'uso distorto del potere di recesso da parte del datore di lavoro.

Ci sono inoltre i licenziamenti pretestuosi e quelli occulti.

Tra i recessi occulti troviamo anche il licenziamento "*occultamente*" disciplinare, il cui caso-tipo è il seguente:

- il licenziamento viene adottato adducendo fatti che rientrerebbero nel giustificato motivo oggettivo, ma il datore di lavoro non riesce a provare in giudizio la sussistenza del giustificato motivo oggettivo;
 - al contempo il lavoratore sostiene, invece, nel suo ricorso che il licenziamento è dovuto a ragioni disciplinari che il datore di lavoro non ha provveduto a contestargli;
 - il lavoratore deve provare che sussisteva un inadempimento contiguo al licenziamento e che pertanto quest'ultimo è "*occultamente*" di natura disciplinare.
- Se questa sequenza va a buon fine in giudizio allora il giudice dovrà dichiarare nullo il licenziamento per aver aggirato una norma imperativa, l'art.3 L.604/66, e dovrà disporre la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore.

5.4 L'assolvimento dell'obbligo di repechage a tutela della conservazione del posto di lavoro

È importante ricordare il *favor* della giurisprudenza di legittimità per la conservazione del posto di lavoro.

Partendo quindi da una recente sentenza di fine 2016 si ritiene utile un breve *excursus* che provi l'orientamento della Suprema Corte a salvaguardare il posto di lavoro e la dignità del lavoratore, quando non venga adempiuto l'onere di repechage da parte del datore di lavoro.

La Cassazione nella sentenza n. 22798 del 2016 ¹⁵⁷ afferma che è illegittimo licenziare un dipendente se l'azienda, pur non potendolo reimpiegare nelle stesso grado, ma in diverse mansioni, può invece tenerlo con un grado più basso, sempre che questi ovviamente voglia. In pratica, anche a costo di essere demansionato, il lavoratore ha diritto a conservare il posto.

Se il dipendente contesta il licenziamento, il datore di lavoro deve dimostrare di non averlo potuto reimpiegare in altri compiti (è il cosiddetto obbligo di ripescaggio o, per usare il termine in lingua francese, repechage).

Quest'obbligo non va inteso in senso formale, nel senso di un reimpiego con lo stesso "grado" e posizione maturata in passato, poiché anche a costo di inquadrare il lavoratore in una mansione inferiore, l'azienda deve cercare di mantenere il posto al proprio dipendente.

Secondo l'orientamento tradizionale il licenziamento per riduzione del personale sarebbe legittimo solo se non sia possibile impiegare il lavoratore

¹⁵⁷ Cf. Corte di Cassazione sentenza n. 22798 del 9 novembre 2016 in Banca Dati Pluris

in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte, ma di pari grado ossia equivalenti. Questa interpretazione è stata via via abbandonata: ora si tende invece a privilegiare la conservazione del lavoro, con la conseguenza che, anche a costo di assegnare l'interessato a una posizione più «bassa» (demansionamento) e quindi con un trattamento inferiore anche dal punto di vista della busta paga, il datore deve cercare di tenerlo in azienda per quanto possibile. Anche se ciò significa comprimere e sacrificare la professionalità maturata dal lavoratore negli anni. Resta fermo il diritto del dipendente di non accettare il demansionamento e, in tal caso, l'azienda è allora libera di procedere al licenziamento.

Pertanto il licenziamento si giustifica solo se l'attività del lavoratore sia ineseguibile e non sia possibile assegnarlo a mansioni equivalenti o inferiori, sempre che – in tale ultimo caso – sussista un consenso del lavoratore. In altre parole, il datore, prima di intimare il licenziamento, deve cercare soluzioni alternative e, se esse comportino l'assegnazione a mansioni inferiori, dovrà comunicare al dipendente il possibile demansionamento: solo se la soluzione alternativa non viene accettata, il datore è libero di licenziarlo.

Si riporta una sentenza con caso-tipo:

Corte di Cassazione, sez. Lavoro, sentenza 21 luglio – 9 novembre 2016, n. 22798

Presidente Nobile – Relatore Amendola

Svolgimento del processo

1.- Con sentenza del 19 settembre 2013 la Corte di Appello di Firenze, in riforma della decisione di primo grado, ha dichiarato illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a M.S. in data (omissis) dalla Varvarito Lavori Srl, condannando quest'ultima alla reintegrazione del dipendente, oltre alle pronunce patrimoniali consequenziali limitate, quanto al risarcimento del

danno, nella somma pari ad otto mensilità della retribuzione globale di fatto per un importo mensile di Euro 2.525,96, oltre accessori e spese.

La Corte territoriale, pur condividendo la valutazione fatta dal primo giudice in ordine al venir meno della necessità di personale addetto alla conduzione di macchine escavatrici, ha tuttavia rilevato che i libri matricola denotavano nuove assunzioni di manovali e che il M. aveva espressamente segnalato nell'atto introduttivo la circostanza delle nuove assunzioni e la mancata offerta di compiti equivalenti o anche di livello inferiore; ne ha tratto il convincimento che fosse mancata "ogni prova dell'impossibilità di repechage" con conseguente illegittimità del licenziamento.

2.- Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la Varvarito Lavori Srl con due motivi.

3.- Con il primo motivo di ricorso si denuncia violazione dell'art. 2103 c.c. "nel merito della presunta violazione del cd. obbligo di repechage e comunque contraddittorietà della sentenza su di un punto decisivo della controversia".

Si sostiene che l'obbligo di repechage gravante sul datore di lavoro "non si estenda anche alle mansioni inferiori a quelle del lavoratore licenziato". In correlazione si ravvisa una contraddittorietà della motivazione laddove si riferisce a nuove assunzioni, pacificamente riguardanti la mansione di manovale e quindi sicuramente mansione inferiore rispetto a quelle dell'inquadramento contrattuale di appartenenza del M. .

La censura è infondata.

Come noto, condizione di legittimità di un licenziamento disposto per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, a mente dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966, è anche l'impossibilità di utilizzazione del lavoratore destinatario della risoluzione del rapporto in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte.

Pacifico che la verifica della possibilità del cd. repechage vada condotta con riferimento a mansioni equivalenti.

Più controverso se tale verifica debba investire anche la possibilità di adibizione a mansioni inferiori, frapponendosi ad essa l'ostacolo dell'inderogabilità della norma contenuta nel secondo comma dell'art. 2103 c.c. – nel testo pro tempore

vigente, antecedente alla riformulazione introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015 – che comminava la nullità di ogni patto contrario a quanto stabilito dal primo comma della disposizione codicistica citata.

In tale sviluppo risulta fondamentale la pronuncia delle Sezioni Unite di questa Corte (sent. n. 7755 del 1998), secondo cui la sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa possono giustificare oggettivamente il recesso del datore di lavoro dal rapporto di lavoro subordinato, ai sensi della L. n. 604 del 1966, artt. 1 e 3, a condizione che risulti ineseguibile l'attività svolta in concreto dal prestatore e che non sia possibile assegnare il lavoratore a mansioni equivalenti ai sensi dell'art. 2103 c.c. ed eventualmente inferiori, in difetto di altre soluzioni. Secondo il Supremo Collegio le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro sono prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del prestatore, rilevandosi già all'epoca che “ad una non rigida interpretazione dell'art. 2103 c.c. inducono le maggiori e notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro”.

Il principio è stato ribadito in successive pronunce che hanno valorizzato come l'assegnazione a mansioni inferiori del lavoratore divenuto fisicamente inidoneo costituisce un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, adeguamento che deve essere sorretto, oltre che dall'interesse, anche dal consenso del prestatore (Cass. n. 15500 del 2009; Cass. n. 18535 del 2013).

Sull'aspetto del ruolo della volontà del lavoratore nella vicenda risolutiva sempre di recente (Cass. n. 10018 del 2016) si è precisato che, poiché la inidoneità del prestatore giustifica il recesso solo nell'ipotesi in cui le energie lavorative residue non possano essere utilizzate altrimenti nell'impresa, anche in mansioni inferiori, il datore, prima di intimare il licenziamento, è tenuto a ricercare possibili soluzioni alternative e, ove le stesse comportino l'assegnazione a mansioni inferiori, a prospettare al prestatore il demansionamento, divenendo libero di recedere dal rapporto solo qualora la soluzione alternativa non venga accettata.

Gli esposti principi, affermati in caso di sopravvenuta infermità permanente con conseguente impossibilità della prestazione, hanno trovato ingresso anche in altre ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (v. Cass. n. 21579 del 2008). Così in una ipotesi di soppressione, a seguito della riorganizzazione

aziendale, del posto di lavoro si è statuito che “l’art. 2103 c.c. si interpreta alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un’organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la ratio di numerosi interventi normativi, sicché, ove il demansionamento rappresenti l’unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale” (Cass. n. 23698 del 2015).

Ancor più di recente si è ribadito che le ragioni poste a fondamento della ricordata pronuncia delle Sezioni Unite n.7755 del 1998 conservano piena validità anche nell’ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente a soppressione del posto di lavoro in conseguenza di riorganizzazione aziendale; anche in questa ultima ipotesi è infatti ravvisabile una nuova situazione di fatto (inerente al nuovo assetto dell’impresa anziché alla sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore) legittimante il consequenziale adeguamento del contratto, così come identiche sono le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro (prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore); al contempo analoghi devono ritenersi i limiti alla rilevanza della utilizzabilità del lavoratore in mansioni inferiori, da individuarsi nel rispetto dell’assetto organizzativo dell’impresa insindacabilmente stabilito dall’imprenditore e nel consenso del lavoratore all’adibizione a tali mansioni (in termini Cass. n. 4509 del 2016, conf. a Cass. n. 21579/2008 cit.).

*Alla stregua degli esposti insegnamenti il mezzo di gravame fondato sull’assunto, errato in diritto, secondo cui l’obbligo di *repechage* gravante sul datore di lavoro “non si estenda anche alle mansioni inferiori a quelle del lavoratore licenziato”, non può che essere respinto, atteso che, come riportato nello storico della lite, il lavoratore aveva segnalato sin dall’atto introduttivo del giudizio la circostanza delle nuove assunzioni di manovali e la mancata offerta datoriale di compiti equivalenti o anche di livello inferiore e che, nel corso del giudizio medesimo, tali*

fatti – secondo la Corte territoriale – avevano trovato conferma, concludendo la violazione dell'obbligo di repechage. La Corte di Cassazione rigetta il ricorso

CAPITOLO III

IL DIRITTO CIVILE E IL DIRITTO DEL LAVORO: LA PERDITA DELLA FUNZIONE DI GARANZIA DEL DIRITTO DEL LAVORO

1. Il rimedio della reintegrazione nel posto di lavoro come tutela per eccellenza

I rimedi proposti dalla normativa del 2015 non tutelano più la parte debole del contratto di lavoro: il prestatore di lavoro.

Il vero rimedio era proprio la reintegrazione introdotta con l'art.18 della legge n.300 del 1970 e poi in parte eliminata con il 5° comma dello stesso articolo come novellato dalla legge n.92 del 2012 e quasi del tutto cancellata con gli artt. 3 e 4 del D.L.vo 7 marzo 2015, n.23.

È interessante ricordare che da millenni la "*restitutio in integrum*" è la principale e generale conseguenza della privazione illegittima di un qualunque bene.

Nel diritto romano la "*in integrum restitutio*" era il provvedimento del magistrato con il quale si annullava un effetto giuridico pregiudizievole, ripristinando il preesistente stato di diritto.

Con tale istituto si attuava e si attua la giustizia, nel pieno riconoscimento dei principi millenari su cui si fonda la nostra civiltà.

L'ordinamento giuridico ed il processo hanno il fine di realizzare la giustizia e non certo negarla, eluderla o persino oltraggiarla.

Platone sosteneva che nessuna vita umana ha più valore se l'ingiustizia diventa normale, se il torto fatto a qualcuno non appare come il torto fatto a ciascuno, un'offesa a quei basilari rapporti di valore su cui si fonda l'esercizio di una vita degna del nome umana.

Secondo Platone il concetto di giustizia si concretizza nel rispetto del "dovuto" a ciascuno. Il "dovuto" come sinonimo del giusto lo ritroviamo più volte leggendo il primo libro della sua opera "la Repubblica": nelle parole del vecchio Cefalo, in relazione ai depositi ricevuti o ai debiti, si esprime chiaramente il concetto che giusto è restituire il dovuto.

Platone attribuisce questa formula al poeta Simonide per il quale "giusto è dare a ciascuno ciò che gli è dovuto" ¹⁵⁸.

Dal mondo greco a quello romano non cambia il concetto di giustizia; il grande Cicerone, richiamando Platone e Aristotele, nel terzo libro del *De re publica* affronta il tema della giustizia nella città e definisce la giustizia come "*la virtù che dà a ciascuno il suo perché conserva l'uguaglianza fra tutti...*" e che è l'unica virtù a non starsene "*isolata di per sé né nascosta*" perché "*tutta emerge all'esterno*", si manifesta pubblicamente e socialmente tra gli altri: è una virtù sociale ¹⁵⁹. Qualche secolo dopo nel famoso brocardo di Ulpiano, giurista romano del III sec. d.C. , troviamo la sintesi della lezione ciceroniana "*Honeste vivere, neminem laedere, suum cuique tribuere*". L'imperatore Giustiniano, autore del Digesto e del *Corpus iuris civilis* recepisce interamente il prezioso brocardo definendo così la giustizia "*Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*".

¹⁵⁸ Cf. PLATONE, *Repubblica*, I, 331E, in Platone - Tutti gli scritti, a cura di G. REALE, Bompiani, Milano, 2001, pag. 1086. Reale a tal proposito commenta che tale affermazione di Platone non è mai stata ritrovata nei frammenti di Simonide.

¹⁵⁹ Cf. CICERONE, *De re publica*, II, 43, 69, 2008, edizioni Ciranna

Molti grandi giuslavoristi hanno difeso la tutela reintegratoria come istituto giuridico giusto, perché correttivo dello squilibrio contrattuale tra le parti; merita però di essere ricordata la forte difesa da parte del prof. Massimo D'Antona *"È lecito affermare che la tutela reintegratoria costituisce l'unica risposta possibile ai bisogni di tutela che l'abuso del potere di licenziamento mette in evidenza; l'unica coerente sia con l'ampia ridefinizione del potere organizzativo dell'imprenditore che l'evoluzione della legislazione e della contrattazione collettiva ha portato con sé...sia con la più generale esigenza di una rigorosa effettività degli interventi legislativi sul mercato del lavoro. Retrocedere, anche surrettiziamente, verso un sistema di garanzia risarcitoria, restituendo all'imprenditore l'ultima parola nella vicenda del licenziamento....costituirebbe un sintomo grave. Ripercorrendo il lungo cammino che ha portato l'ordinamento italiano a realizzare - con più di venti anni di ritardo sulla costituzione - un dignitoso livello di tutela giuridica contro i licenziamenti arbitrari, non si può fare a meno di aggiungere....che ogni passo indietro sarebbe certo una sconfitta per il movimento operaio, ma, ancor più, una sconfitta per la civiltà giuridica di questo paese"*¹⁶⁰.

Di recente anche la Suprema Corte con la sentenza n.141 del 2006, a Sezioni Unite, ha statuito che la tutela in forma specifica è il cardine della protezione apprestata dal nostro ordinamento in tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, mentre soltanto in via subordinata ed eventuale essa può ridursi al risarcimento del danno ¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cf. M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, pag.13

¹⁶¹ Vedi sentenza Corte di Cassazione S.U. n. 141 del 2006

2. I princìpi di diritto comune dei contratti: il principio della stabilità del contratto

Il nostro ordinamento giuridico si fonda sulla tendenziale stabilità del contratto, principio che ricaviamo *in primis* dall'art.1372 del codice civile "il contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge".

I contratti che più ci interessano ai fini della tesi che si propone sono i contratti con prestazioni corrispettive (detti anche sinallagmatici).

Sono tali secondo la definizione corrente della dottrina prevalente ¹⁶²quei contratti dai quali sorgono, nell'una e nell'altra parte, obblighi e diritti a prestazioni reciproche, collegate tra loro da un rapporto di interdipendenza. La loro caratteristica è proprio il cd. sinallagma (il cui significato della parola greca da cui deriva è "vincolare insieme"), il quale indica una reciprocità, nel senso che la prestazione di una parte è causa dell'altra¹⁶³. Tali contratti sono sempre onerosi.

Per questi contratti è la legge a regolare le ipotesi di scioglimento dei vincoli contrattuali: per "rescissione" in seguito ad anomalie all'atto della loro formazione (artt. 1447-1452 c.c.); per risoluzione per inadempimento (artt. 1453-1462 c.c.), per impossibilità sopravvenuta (artt. 1463-1466 c.c.) e infine per eccessiva onerosità, con ciò confermandosi sia il principio di stabilità del contratto che di tassatività delle ipotesi di suo scioglimento.

¹⁶² Cf. F.GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2004, pag. 812; P.PERLINGERI, *Manuale di diritto civile*, ESI, Napoli, 1997, pag. 462; A.TORRENTE-P.SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, Giuffré, Milano, 1995, pag. 456

¹⁶³ Cf. F.SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Casa editrice Jovene, Napoli, 1973, pag.225

Nel codice civile del 1942 venne introdotta una sola eccezione ai suddetti princìpi nell'art. 2118, il cd. recesso *ad nutum*, secondo il quale il contratto di lavoro a tempo indeterminato può essere liberamente risolto in ogni momento e senza costi per il datore di lavoro.

Tale norma era in continuità con l'art.1628 del precedente codice civile del 1865, il quale vietava la perpetuità della locazione di "*operae*". È importante notare come nel codice civile del 1942 prevale la stabilità dei vincoli contrattuali con la sola deroga sopraesposta del recesso *ad nutum* per il contratto di lavoro.

La stabilità dei contratti a prestazioni corrispettive può desumersi sia dall'art.1453 c.c., secondo il quale la parte adempiente "può a sua scelta chiedere l'adempimento...salvo in ogni caso il risarcimento del danno", sia dall'art.2058, comma 1, c.c. che consente al danneggiato di richiedere "la reintegrazione in forma specifica, qualora sia in tutto o in parte possibile" .

Da quanto esposto discende che l'illegittima risoluzione del contratto non consente l'estinzione del rapporto.

3. La reintegrazione in forma specifica di diritto comune e la necessaria causalità dei licenziamenti

Interessante e degna di attenzione è la vicenda dell'inadempimento sia dell'obbligazione ex art.1218 sia dei contratti a prestazioni corrispettive ex art.1453¹⁶⁴.

Il ripristino del rapporto e la reintegrazione in forma specifica ex art.2058 c.c. sono considerati nel diritto comune due normali rimedi conseguenti alla illegittima privazione di un bene, di un servizio o di una utilità previsti nel contratto. Addirittura lo stesso codice civile prevede l'azione di reintegrazione per chi sia stato privato del possesso di una cosa contro la sua volontà o che sia impedito nella pacifica attività di godimento di un bene (artt.1168 e 1169 c.c.).

L'obbligazione succedanea di ripristino è un ordinario vincolo obbligatorio, la cui precettività deve essere affidata al mezzo di tutela in forma specifica, prima ancora che al rimedio risarcitorio.

La natura coercitiva del ripristino e della reintegrazione assumono caratteri dogmatici imprescindibili nell'applicazione pratica dell'apparato sanzionatorio dell'inadempimento: infatti, contravvenendo a tali principi, il rischio sarebbe quello di delegittimare il grado di effettività dei rimedi a disposizione nell'ambito della disciplina contrattualistica.

¹⁶⁴ Si riporta il comma 1 dell'art.1453 del c.c. **Risolubilità del contratto per inadempimento.** Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno.

Il diritto al ripristino del rapporto contrattuale rientra in maniera ineludibile tra i rimedi contro l'inadempimento, rappresentando un caso di adempimento successivo che si atteggia quale naturale sviluppo, in forma rimediale, dell'originaria pretesa alla corretta esecuzione del contratto.

È apparso subito evidente a tutti i giuristi il contrasto stridente con la Costituzione, in particolare con l'art.3, per contrasto al principio di uguaglianza in esso enunciato, della libera e incondizionata recedibilità del contratto di lavoro e la insostenibilità, in uno stato di diritto, della sopravvivenza dell'unica eccezione al principio generale della stabilità dei contratti, introdotta con il 5° comma dell'art.18 della legge 300/70, modificato dalla legge Fornero e con gli artt. 3 e 4 del D.l.vo n.23/2015, per cui si può attuare un licenziamento illegittimo dietro corresponsione di una esigua indennità al lavoratore.

Prima della riforma Fornero l'art.18 dello Statuto dei lavoratori offriva una preziosa tutela in caso di licenziamenti illegittimi o nulli: la reintegrazione nel posto di lavoro. Tale norma era in linea con la tutela prevista in regime di diritto comune dei contratti, ma prevista anche per la responsabilità extracontrattuale, la reintegrazione in forma specifica in base all'art.2058 c.c.

I licenziamenti illegittimi sono quelli privi dei requisiti di legittimità previsti dalla legge e dalla giurisprudenza di legittimità. A tal proposito è stata fondamentale una legge del 1966 la n.604, la quale all'art.3 ha stabilito delle fattispecie causali inderogabili per i licenziamenti: il giustificato motivo oggettivo e il giustificato motivo soggettivo. Tali cause non devono essere facilmente eludibili dal datore di lavoro, altrimenti si vanifica la tutela prevista dalla legge per il lavoratore ¹⁶⁵.

¹⁶⁵ Vedi sentenza Corte di Cassazione n. 15157 dell'11 luglio 2011 in Banca Dati Pluris

Giuristi come Cessari , Mancini e Natoli avevano sostenuto la tesi della necessaria "causalità" anche del licenziamento¹⁶⁶, argomentando che ampia autonomia è riconosciuta alle parti nella conclusione dei contratti (e le norme sui contratti si applicano anche ai negozi unilaterali in base all'art.1324 -tra i quali la risoluzione del rapporto di lavoro- "purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela secondo l'ordinamento giuridico" art. 1322 c.c.) e che dalle norme generali relative alla causa dei negozi giuridici non è escluso il negozio di recesso¹⁶⁷.

La stessa giurisprudenza ha determinato in termini di principio generale l'obbligo di legare il recesso ad una circostanziata fattispecie causale inderogabile.

Molto utile in tal senso una decisione nel merito del Tribunale di Trento. In particolare, il giudice del lavoro, nell'ordinanza del 9 aprile 2015 (est.Flaim), ci fornisce un'esauriente motivazione per dichiarare la nullità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per violazione degli artt.1343 e 1345 c.c.. Il giudice ha definito arbitrario il recesso del datore di lavoro *".....determinato unicamente dalla finalità di espellere il lavoratore dal contesto lavorativo senza che vi siano, neppure nelle originarie convinzioni del datore, ragioni giustificative, né di ordine oggettivo, né di natura soggettiva"* ed ha inoltre evidenziato come *"nell'ambito del licenziamento causale (che riguarda la pressoché generalità dei rapporti di lavoro subordinato) lo scopo tipico del recesso (la sua causa astratta) consiste non già nella mera estinzione del rapporto di lavoro, ma nel suo scioglimento in presenza di ragioni o tecnico-*

¹⁶⁶ Vedi A. CESSARI, *Concezione causale del controllo dei poteri dell'imprenditore*, in A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di) *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982, pag.105 e segg.;

A. CESSARI, *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in Riv.Dir.Lav., 1979, I, pag. 77 e segg.

¹⁶⁷ Cf. U. NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in Riv.Giu.lav., 1954, pag. 1061 e segg.

produttivo-organizzative (oggettive) o disciplinari (soggettive)" e che "quindi la discrezionalità del datore di lavoro si deve esplicare sempre in coerenza con la causa del negozio di recesso, di talché il lavoratore può eccepire in sede giurisdizionale la nullità del recesso, allegando e provando la contraddizione tra scopo tipico del recesso (la causa propriamente detta o causa astratta ex art. 1325, n. 2 c.c.), da un lato, e lo scopo del singolo recesso (la cd. causa in concreto, secondo la nozione ormai consolidata in dottrina), nonché l'intento soggettivo dell'autore (il motivo), dall'altro" ¹⁶⁸.

È molto interessante ed utile ai fini della presente ricerca evidenziare che la Corte di Cassazione nella sentenza n. 20106 del 2009 ha riconosciuto l'abuso di diritto in ambito contrattuale, rilevando che la posizione dominante di uno dei due contraenti (quindi la disparità delle parti contrattuali), traducendosi in posizione di supremazia di una di esse e di eventuale dipendenza, anche economica, dell'altra, è foriera di comportamenti abusivi, posti in essere per raggiungere i fini che si è prefissata.

In particolare la Corte ha stabilito che il recesso dal contratto, soprattutto nelle ipotesi di disparità di condizione contrattuale, non può assolutamente risultare arbitrario, dovendo ascriversi ad una circostanziata attinenza causale nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., ciò in quanto qualsiasi atto di autonomia privata che superi tali principi direttivi concretizzerebbe un chiaro abuso del diritto.

In tale ambito spetta al giudice verificare se la parte, nell'esercizio della facoltà che lo schema negoziale le riconosce, abbia rispettato i principi generali di

¹⁶⁸ Cf. C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, Questioni Giustizia, 3/2015, pag. 29

correttezza e di buona fede oggettiva, richiedendo che i medesimi dettami siano rivisitati alla luce dei principi costituzionali e della stessa qualificazione dei diritti soggettivi assoluti.

Nella sentenza così la Corte si esprime " *...nessun dubbio che le scelte decisionali in materia economica non siano oggetto di sindacato giurisdizionale, rientrando nelle prerogative dell'imprenditore operante nel mercato, che si assume il rischio economico delle scelte effettuate. Ma, in questo contesto, l'esercizio del potere contrattuale riconosciutogli dall'autonomia privata, deve essere posto in essere nel rispetto di determinati canoni generali - quali quelli appunto della buona fede oggettiva, della lealtà dei comportamenti e della correttezza, alla luce dei quali devono essere interpretati gli stessi atti di autonomia contrattuale...*"¹⁶⁹.

Nel caso di specie, quindi, secondo la Cassazione, la Corte di merito avrebbe dovuto valutare se il recesso *ad nutum*, previsto dalle condizioni contrattuali, era stato attuato con modalità e per perseguire fini diversi ed ulteriori rispetto a quelli consentiti.

Inoltre, poiché si verte in tema di interessi contrapposti di cui erano portatrici le parti, il punto rilevante è quello della proporzionalità dei mezzi usati.

"*In ipotesi, poi, di eventuale e provata disparità di forze tra i contraenti, la verifica giudiziale del carattere abusivo o meno del recesso deve essere più ampia e rigorosa, e può prescindere dal dolo e dalla specifica intenzione di nuocere: elementi questi tipici degli atti emulativi, ma non delle fattispecie di abuso di potere contrattuale o di dipendenza economica*"¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Cf. Corte di Cassazione sentenza n.20106 del 2009 in Banca Dati Pluris

¹⁷⁰ Cf. Corte di Cassazione sentenza n.20106 del 2009 in Banca Dati Pluris

4. Abuso del diritto e buona fede

Ci si è chiesti quali sono i limiti che derivano dall'operatività del principio di buona fede nel suo rapporto col principio alla libertà di recesso, di cui eventualmente gode il contraente più forte in un rapporto di durata a tempo indeterminato. È importante delineare l'esatto rapporto e la reciproca estensione dei diversi istituti della buona fede (oggettiva) e dell'abuso del diritto. Tali questioni sono state affrontate da una recente sentenza "manifesto" della Suprema Corte¹⁷¹.

Il caso riguardava la presunta abusività del diritto di libero recesso esercitato dalla **Renault Italia S.p.a.** in danno dei concessionari, così come previsto da alcune clausole dello stesso contratto di concessione di vendita. Partendo da un'analisi della fattispecie concreta, dunque, la Cassazione seguiva un iter logico-giuridico tramite il quale la buona fede oggettiva era divenuta un "autonomo dovere giuridico, espressione di un generale principio di solidarietà sociale", capace "di imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra", arrivando così a statuire che *"disporre di un potere non è condizione sufficiente di un suo legittimo esercizio se, nella situazione data, la patologia del rapporto può essere superata facendo ricorso a rimedi che incidono sugli interessi contrapposti in modo più proporzionato"*.

¹⁷¹Cf. Corte di Cassazione sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106, in Contratti, n.1 del 2010, pagg. 5 e ss., con commento di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, e in Foro it., 2010, I, c. 95, con commento di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*

Di conseguenza per la Corte di Cassazione il potere di recesso *ad nutum* non può tramutarsi in un potere di recesso arbitrario o *ad libitum*. Ne consegue un pieno riconoscimento alla buona fede esecutiva di funzione di limite, in base al quale valutare la legittimità delle modalità di esercizio del potere discrezionale da parte del contraente che ne è titolare.

In questa sentenza viene data inoltre una definizione di abuso del diritto, qualificando quest'ultimo come "criterio rivelatore della violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva" i cui elementi costitutivi sarebbero dati: dalla titolarità di un diritto soggettivo in capo al singolo; dalla possibilità che lo stesso diritto sia in concreto esercitato secondo una pluralità di modalità; dalla censurabilità delle modalità di esercizio in concreto prescelte e dalla circostanza che dalle stesse derivi un sacrificio sproporzionato in danno della parte non titolare della posizione giuridica.

Anche in un'ordinanza della Corte Costituzionale si afferma con estrema chiarezza l'esistenza di "una garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario"¹⁷².

In dottrina, invece, si è proceduto con maggiore precisione a specificare il diverso ambito di azione e la differente utilità che i due istituti hanno nell'ordinamento. Pertanto, pur affondando l'abuso del diritto le sue radici nella buona fede, esso attiene al profilo della funzione del potere (o diritto) attribuito al singolo e ricorre allorché tale potere (o diritto) sia esercitato "essenzialmente (se non unicamente) per conseguire un risultato diverso da quello che costituisce l'utilità garantita dall'ordinamento".

¹⁷² Vedi Corte Costituzionale ordinanza 10 febbraio 2006, n. 56 in <http://www.cortecostituzionale.it>

L'applicabilità del criterio della buona fede oggettiva anche all'esercizio del potere di licenziare sembra ormai opinione consolidata, essendo stata superata la tesi negativa, secondo cui il principio di correttezza e buona fede avrebbe rilievo nella fase dell'esecuzione del contratto e non anche in quella estintiva¹⁷³.

È importante vedere i concetti di buona fede, correttezza e abuso del diritto, in quanto ogni volta che si verifica un licenziamento arbitrario o pretestuoso il giudice del lavoro può servirsene per dichiarare nullo quel licenziamento ed applicare la tutela reale di diritto comune ossia la reintegrazione in forma specifica. Inoltre, mentre per la buona fede e la correttezza abbiamo due norme nel codice civile, che sono gli artt.1175 e 1375, per l'abuso del diritto è cosa ben diversa.

Ci tiene ad evidenziare la dottrina più sensibile a questo strumento giuridico che l'abuso del diritto è categoria elaborata in sede dottrinale e giurisprudenziale in assenza di riconoscimento del nostro ordinamento giuridico da parte di una specifica norma di carattere generale. Questo è accaduto perché nella cultura giuridica dominante degli anni '20 e '30, e comunque nel periodo precedente la promulgazione del nostro attuale Codice Civile del 1942, l'abuso del diritto era una nozione prevalentemente etico-morale e non era quindi prevista alcuna sanzione. Questo contesto culturale non fece approdare in una norma del Codice Civile una norma della Relazione ministeriale, l'art.7, il quale prevedeva una disposizione normativa chiara e lineare sull'abuso del diritto "Nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto

¹⁷³ Cf. M.R. MORELLI, *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede obiettiva" ed "abuso del diritto"* (nota a sentenza Cassazione del 21.05.1975, n. 2014), in *Giust.civ.*, 1975, 2, pag.1700 e segg.

Vedi C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007; M.P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006

medesimo gli è stato riconosciuto" ¹⁷⁴. Nonostante la mancanza di una previsione espressa sull'abuso del diritto, come invece esiste in altri ordinamenti europei ¹⁷⁵, la dottrina ha cercato ugualmente di ricavarne un principio generale ¹⁷⁶. Per la giurisprudenza maggioritaria l'abuso del diritto si traduce in un esercizio del diritto non conforme alla finalità che l'ordinamento ha assegnato in astratto allo stesso. La Corte di Cassazione ha ben chiarito che per abuso del diritto si deve intendere l'esercizio di un diritto (legittimo e riconosciuto dalla normativa) finalizzato alla realizzazione di un obiettivo in contrasto con quello meritevole di tutela protetto dal nostro ordinamento giuridico ¹⁷⁷, principio contenuto nell'art.1322 c.c.; l'interesse meritevole di tutela nel caso di un recesso datoriale, di un licenziamento, non è infatti il mero scioglimento del vincolo contrattuale, ma senza alcun dubbio lo scioglimento del vincolo supportato da un motivo ragionevole e, pertanto, meritevole di tutela. Per questo si giunse al concetto di giustificato motivo introdotto nella legge n.604 del 1966, in quanto il giustificato motivo soggettivo o oggettivo è un istituto ragionevole, che pone dei limiti al mero arbitrio della parte forte, tutelando al contempo la parte debole, il lavoratore. In base a quanto appena affermato il licenziamento illegittimo costituirebbe un abuso del potere di licenziare, di cui il giudice dovrebbe tenere conto nel suo

¹⁷⁴ Vedi *Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile*, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, in *Collana studi storici e giuridici*, diretta da G.Alpa e R. Mazzei, 2010, ed. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato-Libreria dello Stato

¹⁷⁵ Vedi il codice civile tedesco che al § 226 BGB afferma "L'esercizio del diritto è inammissibile se può avere il solo scopo di provocare danni ad altri", il cui fondamento normativo è nei principi di buona fede e correttezza riferendosi al comportamento del titolare del diritto.

¹⁷⁶ Vedi C.SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, pagg 1 e ss; M. MESSINA, *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003, pag.85; P.RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pag.205 e segg. R.SACCO, *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile vol. 2. La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, diretto da R.SACCO, Torino 2001, pag. 287 e segg.

¹⁷⁷ Vedi *Relazione Tematica della Cassazione del 10 settembre 2010 dal titolo "Buona fede come fonte di integrazione dello statuto negoziale: il ruolo del giudice nel governo del contratto in"* http://cortedicassazione.it/Documenti/Relazione%20116_2010.pdf

giudizio valutativo e cercare di individuare se trattasi di licenziamento arbitrario o pretestuoso. Il recesso arbitrario è quello dettato da un mero capriccio del datore di lavoro, che si concretizza in un abuso del diritto, in quanto devia dall'interesse meritevole di tutela per il quale il diritto di recesso può essere esercitato.

L'arbitrio è il difetto di motivi ragionevoli dell'agire ¹⁷⁸.

In dottrina Maria Teresa Carinci ha per prima ricollegato il concetto di abuso del diritto all'istituto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; la giuslavorista sostiene che debba esserci coincidenza tra causa astratta e interesse concreto perseguito dal datore di lavoro nell'attuare il licenziamento ¹⁷⁹.

Si ricava dal nostro ordinamento l'esistenza del diritto dei lavoratori subordinati a non essere arbitrariamente licenziati ¹⁸⁰.

Proprio per rimediare a questi notevoli abusi del diritto il legislatore del 1970 con l'art.18 dello Statuto dei Lavoratori aveva creato l'istituto della tutela reale ossia la reintegrazione nel posto di lavoro. Quasi tutta la dottrina negli anni aveva raggiunto la convinzione dello squilibrio contrattuale esistente nei contratti di lavoro, il Mazziotti affermava che "...il potere.. imprenditoriale, si presenta come supremazia di fatto al momento della stipulazione del contratto, e a delimitare lo stesso intervengono le leggi di tutela e la contrattazione collettiva. Ma una volta concluso il contratto, il datore di lavoro.....è ad esso vincolato, con la preclusione

¹⁷⁸ Cf. P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in Riv. dir. civ., 1965, I, pag.230

¹⁷⁹ Cf. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol.XXXVI, Padova, 2005, pag.115 e segg.

¹⁸⁰ Vedi S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona. INT-46/2006; vedi M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in Lavoro e diritto, Il Mulino, n.3/2007, pag. 389 e segg.; R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, ed. Jovene, Napoli, 1990

di esercizio degli stessi poteri di organizzazione - aziendali in senso stretto- che possono avere ripercussioni sui rapporti individuali di lavoro"¹⁸¹.

¹⁸¹ Cf. F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Collana Diritto e società, Liguori ed., Napoli, 1982, pag.24

5. Lo scioglimento del vincolo contrattuale e lo scioglimento del contratto di lavoro

L'ordinamento di diritto comune consente solo alle parti la possibilità di scioglimento del vincolo contrattuale (ex art.1372 c.c. per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge) e solo le parti sono in via generale legittimate, ex art.1321 c.c., a costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale": ai giudici spetta il controllo di legalità sull'operato negoziale delle parti¹⁸².

Tale aspetto è suffragato dal fatto che il mutuo consenso al fine di sciogliere il contratto ex art.1372 c.c. nei fatti conferma il valore del vincolo contrattuale intercorso tra le parti, accentuando l'esclusività vincolante per i contraenti.

Infatti lo stesso mutuo consenso deve essere qualificato come un contratto autonomo tramite il quale le stesse parti ne estinguono uno precedente, mutando il vincolo contrattuale originario attraverso una traslazione obbligatoria e confermando, al contempo, la liberazione dal relativo vincolo contrattuale.

Del resto l'esistenza stessa del sinallagma a fondamento del rapporto negoziale e la necessità che lo stesso debba essere attuale e privo di vizi in tutta la fase esecutiva del contratto, rende ancora più forte quanto affermato dall'art.1372: sinallagma significa mutualità, anche nella fase risolutoria del contratto, nella quale la volontà delle parti modifica in maniera bilaterale il negozio, dando vita ad un nuovo contratto di natura solutoria e liberatoria, con contenuto uguale, ma

¹⁸² Nel nostro ordinamento il giudice non è chiamato solo ad applicare la legge, ma può legittimamente dubitare di essa alla luce della Costituzione, sollevando questione di legittimità dinanzi alla Corte Costituzionale ove ravvisi un contrasto tra la norma da applicare ed i principi e i valori della Carta fondamentale. È la sola "obiezione" per lui possibile nei confronti del diritto positivo: l'eccezione di legittimità costituzionale.

contrario a quello del contratto originario. L'argomentazione risulta più incisiva se poniamo l'attenzione sul fatto che, dopo lo scioglimento, le parti (e soltanto le parti) potranno invocare la risoluzione per inadempimento relativamente al contratto solutorio e non per quello estinto.

Risulta quindi evidente che solo le parti hanno la facoltà di gestire il negozio nelle diverse fasi, compresa quella patologica o estintiva.

Il potere del giudice si configura come potere di accertamento della condotta delle parti e dichiarativo sotto il profilo sostanziale. Gli effetti della risoluzione, esercitata ai sensi dell'art.1453 c.c., in seguito alla sentenza di accoglimento della domanda giudiziale, decorrono sin dal momento della proposizione della domanda stessa; ha effetto retroattivo tra le parti (art.1458 c.c.).

In palese contrasto con i principi dello stato di diritto liberale e con la normativa sui contratti contenuta nel nostro codice civile, l'art.18 della legge 300 del 1970, al comma 5, così come modificato dalla legge Fornero, prevede che "il giudice nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro, dichiara risolto il rapporto di lavoro...e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto"; anche negli articoli 3 e 4 del D.L.vo 23 del 2015 ritroviamo la stessa affermazione "...il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità.....".

In base a queste normative la risoluzione del rapporto di lavoro non solo può essere disposta dal giudice, ma anche nel solo caso in cui lo stesso abbia accertato e dichiarato illegittimo il licenziamento intimato dal "contraente forte".

Se solo torniamo indietro nel tempo ci accorgiamo di aver perso la conquista del 1966 e del 1970; fu proprio la legge n.604 del 1966 ad estendere la previsione dell'art. 1372 c.c. anche al contratto di lavoro con la norma che consente lo scioglimento solo per colpa grave costituente giusta causa o per notevole inadempimento che dà luogo al giustificato motivo soggettivo.

Nel contratto di lavoro ad una delle parti contrattuali viene attribuito il potere disciplinare, comprensivo del potere di recesso, al fine di rendere possibile l'esatto adempimento della prestazione dovuta dal lavoratore: solo questo però giustifica l'asimmetria tra le posizioni contrattuali, rendendo parte forte il datore di lavoro.

In dottrina Terzi sostiene che "le finalità e il contenuto di questo potere, che realizza la supremazia di una parte sull'altra, devono quindi essere circoscritti alla funzione strettamente strumentale della realizzazione dell'interesse per il quale essi sono accordati"¹⁸³.

Ecco perché si era arrivati alla norma contenuta nell'art.18 della legge 300 del 1970: il licenziamento se illegittimo ha come conseguenza la "*restitutio in integrum*" ossia la reintegrazione nel posto di lavoro, per controbilanciare la supremazia di una parte contrattuale, quella datoriale.

Dopo più di venti anni dall'entrata in vigore della Costituzione veniva stabilito un dignitoso livello di tutela giuridica contro i licenziamenti arbitrari. Oggi non abbiamo più ciò che era stato riconosciuto da un precedente legislatore, ma la

¹⁸³ Cf. A. TERZI, *La nuova disciplina dei licenziamenti e le categorie del diritto civile. Una nuova stagione per il diritto del lavoro?*, in *Questione Giustizia*, 2015, 4, in cui la giurista propone di prendere i rimedi del diritto comune dei contratti per trovare soluzioni più ragionevoli nel diritto.

persona ha sempre la sua dignità e l'Italia è sempre una Repubblica democratica fondata sul lavoro.

6. Indennità e risarcimento in diritto civile: in particolare l'attuale indennità risarcitoria corrisposta al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo

Riguardo invece alla indennità prevista dalla recente normativa giuslavoristica, in particolare quella dell'art. 3, comma 1, è bene aggiungere una osservazione. Ogni inadempimento contrattuale e ogni illegittima risoluzione comportano anche l'integrale risarcimento del danno, sia patrimoniale - comprensivo del lucro cessante e del danno emergente ai sensi dell'art.1223 c.c. e nei casi di cui agli artt.1479, 1480, 1489, 1492, 1497 c.c. - che non patrimoniale ex art.2059 c.c.; invece al lavoratore che subisce un licenziamento illegittimo spetta solamente una indennità, consistente in un numero predeterminato di mensilità (da 2 a 24) dal carattere decisamente esiguo (certamente in contrasto con l'ordinamento europeo come meglio specificato più avanti) e sicuramente non dissuasivo verso il datore di lavoro.

Dunque al titolare di un contratto di lavoro a tempo indeterminato, nel caso di illegittima risoluzione, non spetta l'integrale risarcimento dei danni, diversamente da ogni altro titolare di contratto di durata a prestazioni corrispettive.

Se dunque il recesso illegittimo ha causato al lavoratore un rilevante danno patrimoniale per i diversi anni di disoccupazione, per la perdita dei contributi previdenziali, per la perdita dell'abitazione presa in locazione, in quanto non in grado di pagare l'affitto etc, ovvero un danno non patrimoniale alla integrità psicofisica che la condizione di emarginazione economico-sociale e la miseria può avergli arrecato, ebbene nulla verrà risarcito al lavoratore, che avrà solo una indennità esigua.

Risulta palese a questo punto il trattamento discriminatorio riservato al lavoratore rispetto ai titolari di tutti gli altri contratti a prestazioni corrispettive, con forti dubbi di incostituzionalità verso l'art.3 Cost. come sarà detto meglio più avanti.

Tale limitazione del diritto al pieno risarcimento del danno in ambito giuslavoristico, a differenza di come avviene in termini civilistici in base all'art.1223 c.c., concretizza di fatto un'inversione della logica sistematica della disciplina generale in tema di contratti che non ha precedenti nel diritto civile e che si pone in aperto contrasto con gli artt. 3, 4 e 36 della Costituzione.

La logica sistematica del Codice Civile, così come quella della normativa ad esso complementare, è sempre stata quella di riallineare gli squilibri sinallagmatici congeniti alla formazione del contratto, la maggior parte delle volte dovuti alla posizione di maggiore o minore capacità economico/cognitiva delle parti negoziali. Un esempio degli ultimi anni è la tutela introdotta dal Codice del Consumo che detta una normativa specificamente applicabile ai contratti tra figure squilibrate sotto il profilo dell'accesso alla contrattazione: il consumatore (parte debole) e il professionista (parte privilegiata).

Ecco perché, a parere di chi scrive, la traslazione dal risarcimento all'indennizzo, in caso di licenziamento illegittimo, comporta un'eccezione riduttiva che non può trovare accoglimento nel sistema normativo dei contratti, in tema di principi regolatori e di applicazione pratica.

Infatti la tutela risarcitoria, in termini di danno emergente e lucro cessante, viene accordata tanto in tema di inadempimento contrattuale (art 1218, 1223, 1453 c.c.),

quanto in tema di responsabilità extracontrattuale (art. 2043 c.c. e art.2056 c.c.)¹⁸⁴, senza essere estesa ad una particolare categoria di contratti, quali quelli di lavoro subordinato.

Proseguendo su questa linea si arriva ad un'aberrazione giuridica: accordare una tutela risarcitoria maggiore alla responsabilità extracontrattuale rispetto a quella contrattuale in materia di lavoro. L'aberrazione risulta ancor più evidente se solo ci soffermiamo a pensare al maggior valore che il legislatore conferisce al vincolo contrattuale rispetto a quello extracontrattuale (più favorevoli termini di prescrizione in ambito contrattuale e onere della prova semplificato per la parte *in bonis* del contratto rispetto al soggetto leso da un fatto illecito).

Accettare, dunque, la traslazione da risarcimento, inteso nella sua completezza di danno emergente e lucro cessante, a indennità nelle ipotesi di licenziamento illegittimo, significa negare la stessa natura contrattuale del contratto di lavoro (di per sé impossibile per evidenti ragioni tautologiche).

Lo strumento rimediale previsto dall'art.3 del D.L.vo 23 del 2015 per giunta non è affatto assimilabile alla categoria civilistica della tutela per equivalente monetario, che parte della dottrina civilistica predilige fortemente rispetto alla tutela in forma specifica, poiché la considera il miglior tipo di ristoro, l'unico in grado di riparare integralmente il danno.

Infatti questa dottrina ritiene che con la tutela in forma specifica non potrebbe essere riparata la perdita di utilità subita dal danneggiato nel periodo di tempo compreso tra l'evento dannoso e la riparazione dello stesso; cosa che invece si riesce a fare per equivalente, ovvero con la monetizzazione, sempre comprensiva

¹⁸⁴ Art.2056 c.c. VALUTAZIONE DEI DANNI. Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223,1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso.

del danno emergente e del lucro cessante¹⁸⁵, purché l'importo sia congruo e commisurato al danno, in base alla valutazione equitativa del giudice ex art. 1226 c.c.

Sicuramente l'indennità prevista dall'art.3, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015 non può considerarsi una tutela per equivalente, in quanto l'equivalenza dovrebbe riferirsi ad una somma idonea a risarcire l'ingiusta perdita del posto di lavoro, nelle due dimensioni del danno emergente e del lucro cessante, ed a risarcire la lesione della dignità della persona, come ben descritta nella prima parte di questa tesi. Manca inoltre la valutazione equitativa del giudice perché l'ammontare viene predeterminato dalla legge (due mensilità per gli anni di servizio, per un massimo predefinito di dodici anni).

Nel nostro sistema giuridico di diritto civile l'indennità o indennizzo è il pagamento dovuto ad un soggetto per un pregiudizio da lui subito che, però, consegue ad un atto lecito e, quindi, non a responsabilità civile. In questo l'indennizzo si differenzia dal risarcimento, che è invece dovuto per un danno ossia un pregiudizio conseguente ad atto illecito e come tale fonte di responsabilità civile. Il caso tipico di indennizzo è quello previsto in caso di espropriazione per motivi di interesse generale, in cui il giudice valuta l'entità della somma da corrispondere al proprietario espropriato per il sacrificio del suo diritto (deve costituire un serio ristoro afferma la giurisprudenza).

Nel caso dell'art.3, comma 1, l'indennità consegue ad un atto illegittimo, contrariamente ai principi generali del diritto civile, ed è inoltre sottratta al

¹⁸⁵ Cf. A. DE CUPIS, *Il danno: teoria generale della responsabilità civile*, vol.II, Giuffrè, Milano, 1979. pagg.328 ss.

giudizio di equità del giudice che è oramai da decenni connaturato all'istituto giuridico dell'indennizzo.

Il legislatore ha usato appositamente il termine indennità, altrimenti avrebbe dovuto usare il termine risarcimento, ma con tutte le conseguenze sopradette a carico del datore di lavoro. Avvalendosi nella norma, contenuta nell'art.3, comma 1, del termine "indennità", al fine di seguire la natura giuridica di questo istituto avrebbe almeno dovuto lasciare la valutazione equitativa da parte del giudice.

Inoltre un risarcimento sarebbe di certo notevolmente superiore ad una indennità.

Il legislatore ha stravolto i principi civilistici per dare una notevole libertà di licenziamento al datore di lavoro, parte sicuramente forte del rapporto contrattuale di lavoro e che dal 2015 sosterrà costi irrisori per i licenziamenti effettuati.

Tale indennità prevista dal Jobs Act, inoltre, era apparsa nella sua misura inadeguata anche allo stesso Parlamento, che aveva chiesto al Governo di aumentare nella sua entità. Il Governo disattese la richiesta; abbiamo quindi oggi nei contratti di lavoro a tutele crescenti una indennità per il licenziamento illegittimo che rappresenta una tutela di gran lunga inferiore rispetto a quella offerta dal diritto comune per il recesso nei contratti.

In Europa prevale oramai la monetizzazione del licenziamento rispetto alle tutele reintegratorie, ma l'Italia è certamente tra gli Stati che meno garantiscono il lavoratore, sono molti infatti i giuristi che non ritengono adeguato il nostro indennizzo compreso tra le 2 e le 24 mensilità, quando deve compensare un licenziamento illegittimo¹⁸⁶. In Francia, ad esempio, tale indennizzo non è mai inferiore a dodici mesi di retribuzione, in Inghilterra si può ottenere una somma

¹⁸⁶ Cf. F. MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Giuffrè, Milano, 2014, pag.287

aggiuntiva, c.d. *compensatory award*, nel caso di licenziamenti avvenuti per responsabilità del datore di lavoro.

Il problema che si è verificato in Italia per i lavoratori riguarda non solo il fatto che il rimedio indennitario prevalga su quello reintegratorio, ma anche quello della misura dell'indennizzo.

Persino la giurisprudenza di legittimità, la Cassazione a Sezioni Unite lo aveva ben ribadito nella famosa sentenza n.141 del 2006 " *...il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1,4 e 35 Cost. subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma*"¹⁸⁷.

Proprio soffermandoci sulla misura possiamo facilmente notare che il regime sanzionatorio del Jobs Act è in contrasto con l'art. 30¹⁸⁸ della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, detta anche Carta di Nizza, del 7.12.2000 e con l'art. 24¹⁸⁹ della Carta sociale europea del 1961, entrata in vigore nel 1999¹⁹⁰; non possiede i requisiti suggeriti dalle fonti europee che fanno propri i canoni di effettività e di congruità dell'indennizzo in rapporto al danno subito della perdita del posto di lavoro.

¹⁸⁷ Cf. Vedi sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 10 gennaio 2006, n.141 in Banca Dati Pluris

¹⁸⁸ **Articolo 30 - Tutela in caso di licenziamento ingiustificato.** Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali

¹⁸⁹ **Articolo 24 - Diritto ad una tutela in caso di licenziamento**

Per assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad una tutela in caso di licenziamento, le Parti s'impegnano a riconoscere:

a) il diritto dei lavoratori di non essere licenziati senza un valido motivo legato alle loro attitudini o alla loro condotta o basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa, dello stabilimento o del servizio;

b) il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione.

A tal fine, le Parti si impegnano a garantire che un lavoratore, il quale ritenga di essere stato oggetto di una misura di licenziamento senza un valido motivo, possa avere un diritto di ricorso contro questa misura davanti ad un organo imparziale.

¹⁹⁰ Cf. M.V.BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, LD, 2015, pag.49

L'indennità dell'art.3 del D.L.Vo 23 del 2015 non offre una tutela economica adeguata a risarcire la perdita di un bene come il posto di lavoro, protetto in modo assai rilevante dalla nostra Costituzione come si è dimostrato in precedenza.

Non è certamente ritenuta dissuasiva nei confronti del datore di lavoro, non è conforme al diritto fondamentale del lavoratore di essere adeguatamente tutelato contro ogni licenziamento illegittimo, privo di una giustificazione¹⁹¹.

Anche l'OIL si è espresso in favore di indennizzi adeguati nei licenziamenti illegittimi con l'art.10 della Convenzione n.158 del 1982¹⁹², prevedendo che, qualora il giudice o gli organismi competenti a giudicare l'atto di licenziamento *"non hanno il potere di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre il reintegro del lavoratore, o non ritengono che ciò sia possibile nella situazione data, dovranno essere abilitati ad ordinare il versamento di un indennizzo adeguato o ogni altra forma di riparazione considerata come appropriata"*; singolare il fatto che tale convenzione non sia stata ratificata dall'Italia e non può dunque aver rilievo nel nostro ordinamento. Ci fa però notare l'Orlandini come *"il dialogo tra gli organismi deputati a garantire il rispetto dei diritti fondamentali"*¹⁹³, che, come quelli contenuti nella Convenzione dell'OIL, non hanno natura pienamente giurisdizionale, possa tuttavia favorire una circolazione di standard di tutela anche oltre i limiti formali di applicazione che caratterizzano i singoli strumenti utilizzati.

¹⁹¹ Cf. P.CHIECO, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al XVIII Congresso Aidlass, Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multi livello, Foggia, 28-30 maggio 2015, pagg. 78 e segg. in www.aidlass.it

¹⁹² Cf. Convenzione ILO n.158/1982, in particolare l'art.10 *"If the bodies referred to in Article 8 of this Convention find that termination is unjustified and if they are not empowered or do not find it practicable, in accordance with national law and practice, to declare the termination invalid and/or order or propose reinstatement of the worker, they shall be empowered to order payment of adequate compensation or such other relief as may be deemed appropriate"*

¹⁹³ Cf. G. ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale dir.lav.rel.ind.*, 2012, pag.625

Inoltre nella normativa italiana c'è un'aggravante: il giudice non può esercitare il suo potere discrezionale nell'irrogazione della sanzione, poiché col Jobs Act si è voluta escludere la valutazione del giudice sulla sproporzione del licenziamento come sanzione disciplinare rispetto al comportamento addebitato al lavoratore o al fatto da lui commesso (come meglio spiegato precedentemente nel paragrafo in cui si tratta del licenziamento disciplinare). Vi è anche un'altra pesante criticità ossia l'indennità predeterminata dalla legge, che toglie al giudice la possibilità di esercitare il suo giudizio equitativo nella determinazione dell'ammontare.

Per capire il valore di queste fonti europee val la pena brevemente ricordare la loro natura. La Carta di Nizza, in base all'art.6 del Trattato di Lisbona del 2009, ha un rango giuridico equipollente a quello dei Trattati internazionali, con carattere vincolante per le istituzioni e per gli organi dell'Unione, nonché per gli Stati membri, per cui il giudice di merito che non ritenga conforme la normativa italiana a quella sovranazionale, può rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità in base agli artt.11 e 117, comma 1, della Costituzione, norme per l'appunto riguardanti la limitazione di sovranità dell'ordinamento giuridico italiano in favore di quello dell'Unione europea.

La Carta sociale europea ha natura di atto di diritto internazionale; in Italia è stata ratificata nel 1999 ed è entrata in vigore nello stesso anno. Da allora le norme interne che contrastano con la Carta sociale europea sono da considerarsi incostituzionali per violazione della Costituzione, in virtù dell'art.117, comma 1, della Costituzione ed espone inoltre l'Italia a procedure di infrazione.

È importante tenere in considerazione anche le decisioni del Comitato europeo dei diritti sociali (Ecsr), organo europeo che vigila sull'osservanza delle disposizioni della Carta sociale europea da parte degli Stati membri¹⁹⁴.

Il Comitato ha ribadito fortemente il principio di effettività (*effectiveness*), per il quale la sanzione per la violazione di un diritto del lavoratore deve avere il carattere dell'adequatezza, dell'effettività e della dissuasività ovvero essere tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro.

Con due distinte conclusioni del 31 gennaio 2017 in risposta ai reclami n.106/2014 e n.107/2014 verso la Finlandia, il Comitato europeo dei diritti sociali, nell'interpretare l'articolo 24 della Carta sociale europea, ha stabilito importanti punti fermi in materia di licenziamento del lavoratore e di sanzioni per il licenziamento illegittimo.

Entrambi i casi erano stati sollevati da reclamo collettivo della *Finnish Society of Social Rights*, che aveva lamentato la violazione dell'art. 24 della Carta in relazione alle norme nazionali finlandesi, riguardanti sia le condizioni per intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia la responsabilità del datore di lavoro in caso di recesso illegittimo¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Il Comitato europeo dei diritti sociali è un organo europeo istituito dall'art.25 della Carta sociale europea. Ogni anno gli Stati parte inviano un rapporto che indica il modo in cui essi hanno implementato le disposizioni della Carta sociale europea. Ciascun rapporto riguarda solo alcune delle disposizioni accettate. Più specificatamente, gli articoli sono divisi per gruppi tematici: gruppo I, impiego, formazione e pari opportunità; gruppo II, salute, sicurezza sociale e protezione sociale; gruppo III, diritti dei lavoratori; gruppo IV, bambini, famiglie e migranti.

Il Comitato esamina i rapporti e decide se la situazione nel Paese in questione sia o meno in conformità con ciascuna delle disposizioni contenute nella Carta. Le decisioni del Comitato sono chiamate *conclusioni* e vengono pubblicate alla fine di ogni anno. Se uno Stato non intraprende alcuna azione a seguito di una conclusione del Comitato europeo dei diritti sociali in cui viene indicata non conformità con la Carta, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa adotta una risoluzione con la quale chiede allo Stato coinvolto di modificare la situazione a livello del quadro normativo o adottando specifiche politiche pubbliche.

¹⁹⁵ Cf. F. BUFFA, *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *Questione Giustizia*, Osservatorio internazionale, del 22.03.2017

In uno dei due casi il Comitato ha riscontrato una violazione della Carta in relazione alla tutela accordata ai lavoratori illegittimamente licenziati, in ragione della mancata previsione della reintegra e della limitazione legale della misura dell'indennità risarcitoria.

Il Comitato afferma che l'indennizzo per il recesso illegittimo deve essere "*...of a high enough level to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee....*" e quindi, per rispettare la Carta sociale europea, ai dipendenti licenziati senza giustificato motivo deve essere concesso un adeguato indennizzo o altro adeguato rimedio.

Nella stesura della conclusione il Comitato specifica come deve essere una compensazione adeguata, quali istituti giuridici e quali elementi debbano essere presenti:

- il rimborso delle perdite economiche subite tra la data di licenziamento e la decisione del ricorso;
- la possibilità di reintegrazione;
- la compensazione ad un livello sufficientemente elevato per dissuadere il datore di lavoro e risarcire il danno subito dal dipendente ("*compensation at a level high enough to dissuade the employer and make good the damage suffered by the employee*").

Dal corpo della decisione del Comitato si comprende facilmente che qualsiasi limite risarcitorio preclusivo di una «compensation» commisurata alla perdita subita e sufficientemente dissuasiva è in contrasto con la Carta sociale europea, salvo che il limite riguardi il solo danno patrimoniale e la parte lesa, nel caso

proprio il lavoratore illegittimamente licenziato, possa ottenere attraverso altri rimedi il ristoro del danno non patrimoniale.

Ecco perché il limite massimo dell'indennizzo previsto dalla legge può portare a situazioni in cui il risarcimento attribuito non è commisurato alla perdita subita: ne risulta che il «*plafonnement*» dell'indennità integra una violazione dell'art. 24 della Carta sociale europea¹⁹⁶

In conclusione, gli strumenti internazionali stabiliscono vari principi rilevanti in materia di tutela del lavoratore avverso i licenziamenti illegittimi, imponendo da un lato il rispetto del principio di parità di trattamento, dall'altro lato il principio di adeguatezza ed effettività della tutela, aspetti questi che implicano da parte del giudice una valutazione di proporzionalità della sanzione rispetto ai fatti in relazione alla situazione concreta, tenuto conto di situazioni comparabili.

Non possiamo non ricordare in questo contesto che anche la contrattazione di prossimità in deroga, autorizzata dall'art.8 della Legge 148/2011 a derogare in *peius*, incontra un limite nell'art.2 bis della stessa legge che impone alle parti sociali di rispettare la Costituzione italiana e le normative comunitarie, nonché i vincoli derivanti dalle convenzioni internazionali sul lavoro: tutte fonti del diritto che salvaguardano i diritti del lavoratore (tra cui la congruità del rimedio in caso di licenziamento illegittimo), la sua libertà e la sua dignità¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Vedi Corte di Cassazione sentenza n. 18418 del 2016 in Banca Dati Pluris

¹⁹⁷ Cf. C. CESTER, *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Ipsoa, 2012, pag.408 e segg.

CAPITOLO IV

LA PERDITA DI SPECIALITÀ DEL DIRITTO DEL LAVORO E IL RITORNO AI RIMEDI GENERALI DEL DIRITTO CIVILE

1. La tutela reale, la tutela obbligatoria e la tutela di diritto comune

Viene rinnegata oggi la particolare natura del contratto di lavoro, riconosciuto peculiare, in quanto la stessa normativa giuslavoristica aveva assunto il carattere di specialità a partire dallo Statuto dei lavoratori "Norme a tutela della libertà e della dignità dei lavoratori..." nel 1970: il diritto del lavoro si distaccava per alcuni istituti dal diritto comune al fine di meglio gestire lo squilibrio contrattuale che inevitabilmente veniva a crearsi nel contratto di lavoro tra imprenditore da una parte e prestatore di lavoro dall'altra.

Al lavoratore, per la sua particolare posizione soggettiva ritenuta più che mai meritevole di tutela, venivano riconosciute molte garanzie, proprio per la posizione di parte debole. Da due anni certamente, ma anche più, se partiamo dalla legge Fornero, la parte tutelata è quella "forte", il datore di lavoro, al quale viene riconosciuta la facoltà *ad libitum* di interrompere un rapporto contrattuale attraverso la semplice corresponsione di una esigua indennità.

È risaputo che di fronte a situazioni di squilibrio di potere contrattuale lasciare alle parti la completa libertà di determinare il contenuto del contratto significa non tanto consentire alle parti di raggiungere il migliore assetto di interessi possibile,

quanto, soprattutto, agevolare il contraente forte: *a fortiori* nel contratto di lavoro, in cui l'assetto rimediale invece di essere rafforzato in favore del contraente debole, il lavoratore, viene svilito a indennità di esiguo importo, derubricando di fatto il rapporto di lavoro in un terzo *genus* di responsabilità, certamente più debole rispetto a quella contrattuale ed anche a quella extracontrattuale.

Sembrerebbe che il legislatore abbia dimenticato la ragione stessa della nascita del diritto del lavoro ossia la tutela della parte debole del contratto, in attuazione dei principi fondamentali della Costituzione¹⁹⁸, come ben descritto nella prima parte di questo elaborato e come evidenziato dal giurista Delli Priscoli : *"Già a partire all'incirca dagli anni settanta, parallelamente all'entrata in vigore del c.d. statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970, n. 300, che riconosce agli stessi importanti diritti), su impulso della dottrina, si era cominciato ad avvertire in maniera sempre più pressante l'insufficienza delle norme poste a tutela dell'equilibrio contrattuale del codice civile in alcune ipotesi in cui i contratti fossero conclusi dall'imprenditore - considerato contraente "forte" - con altri soggetti, c.d. contraenti "deboli", diversi dal lavoratore. Si iniziava cioè ad acquistare la consapevolezza che le teorie che avevano esaltato l'autonomia delle parti nella determinazione del contenuto del contratto, sul presupposto che le stesse fossero i migliori arbitri dei loro interessi, non fossero più soddisfacenti di fronte a fenomeni, sempre più frequenti, in cui una delle parti disponga di un potere contrattuale nettamente maggiore rispetto all'altra non per ragioni riguardanti le condizioni contingenti in cui è avvenuta la stipula del singolo contratto (ad esempio lo stato di pericolo di uno dei due contraenti) ma in*

¹⁹⁸ Cf. P. ICHINO, *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti* (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n.36 e su alcuni suoi precedenti), in Riv.it.dir.lav., 2006, I, pag.353 e segg.

*virtù dell'esperienza, delle conoscenze delle condizioni di mercato, delle capacità di condurre le trattative, tutte capacità che normalmente ineriscono allo status di imprenditore, che è quel soggetto che esercita professionalmente, ovvero in maniera stabile e non occasionale, un'attività economica, e che dunque svolge un lavoro che lo porta naturalmente a concludere contratti con una frequenza ben maggiore rispetto ad altri soggetti"*¹⁹⁹.

Ecco perché dunque la tutela reintegratoria costituisce l'unica risposta possibile ai bisogni di tutela che l'abuso del potere di licenziamento mette in evidenza.

La reintegrazione del lavoratore dovrebbe essere inquadrata alla stregua di un'ordinaria tutela rimediale da accordarsi al contratto di lavoro esattamente come si consente di mantenere in vita gli altri contratti con la tutela in forma specifica²⁰⁰ nelle ipotesi di inadempimento (art.1453 c.c.).

Il rimedio generale della tutela in forma specifica rappresenta la regola per il risarcimento del danno ex art. 2058, comma 1, c.c., mentre il risarcimento per equivalente costituisce l'eccezione, come prevede il 2° comma dello stesso 2058.

In questo elaborato, al fine di dare un pronto strumento di tutela al lavoratore nei casi di licenziamenti illegittimi, si vorrebbe suggerire ai giudici del lavoro di poter applicare ai contratti di lavoro la normativa generale di diritto comune in tema di contratti, finché resta in vigore il Jobs Act. Di gran lunga migliore appare l'intervento del legislatore per l'abrogazione del D.L.vo 23 del 2015, a causa dei forti sospetti di incostituzionalità da cui è affetto, e per il ripristino dell'art.18 dello Statuto dei Lavoratori nella formulazione originaria.

¹⁹⁹ Cf. L. DELLI PRISCOLI, *La diversa protezione di consumatore e imprenditore "debole" e il principio di uguaglianza*, in paper presentato al Convegno "La protezione dei soggetti deboli tra equità ed efficienza", Roma, Università di Roma Tre, 10 febbraio 2012, pagg.1-15

²⁰⁰ Cf. R. RIVERSO, *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel Jobs Act*, in *Questione di Giustizia* 3/2015, pag.16

L'estromissione illegittima dal posto di lavoro, infatti, configura una violazione dell'obbligo di comportamento che l'art.41 della Costituzione impone all'imprenditore ed è perciò un illecito che concretizza il danno di cui parla l'art.41, 2° comma, il quale " non va solo risarcito, prima di tutto deve cessare" come sostiene autorevole dottrina ²⁰¹.

Le tutele del lavoratore illegittimamente licenziato non sono più idonee a garantire integralmente i suoi diritti, poiché il legislatore nel corso degli ultimi decenni ha voluto privilegiare l'aspetto economico del diritto del lavoro piuttosto che quello sociale.

Come ben descritto nella prima parte di questa tesi, la Costituzione riconosce il diritto al lavoro come bene giuridico primario del lavoratore e l'art.18 dello Statuto dei Lavoratori proprio dal 1970 iniziò a rappresentare l'attuazione della garanzia tutelata dalla Carta costituzionale, come strumento di riequilibrio dei poteri tra le parti nel contratto di lavoro, dove risultava evidente che il lavoratore fosse la parte contrattualmente debole.

Tra lo Statuto dei lavoratori del 1970 e la legge 108 del 1990 si può ben dire che la reintegrazione in forma specifica costituiva la tutela principale per il lavoratore. La garanzia era diretta quando veniva attuata con l'ordine di ripristino della funzionalità del rapporto di lavoro ed era indiretta quando prevedeva il diritto del lavoratore alle retribuzioni, quale sanzione per l'inottemperanza del datore di lavoro all'ordine del giudice di ripristinare la funzionalità del rapporto (poiché trattasi di obblighi di *facere* caratterizzati dall'incoercibilità).

²⁰¹ Cf. M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, pag.117

Questa sanzione rappresentava una misura di coercizione indiretta per sopperire alla mancanza nell'ordinamento giuslavoristico della coercibilità dell'obbligo del datore di lavoro di far lavorare il lavoratore: per un ventennio abbiamo avuto senza dubbio la supremazia della reintegrazione in forma specifica sul risarcimento per equivalente, nel rispetto dei principi generali del diritto comune in tema di responsabilità contrattuale, ma soprattutto dei valori presenti nella nostra Costituzione: il lavoro, la libertà, l'uguaglianza, la dignità della persona, l'esistenza libera e dignitosa.

Con l'art.18 della legge n.300 del 1970 veniva introdotta nella legislazione giuslavoristica la c.d. tutela reale imperniata sul trio sequenziale: invalidità del licenziamento, reintegrazione nel posto di lavoro, controllo giudiziale delle controversie²⁰².

La suddetta tutela reale ricomprendeva due modelli sanzionatori: quello indennitario-restitutorio diretto alla riparazione del danno già verificatosi nella sfera patrimoniale del lavoratore e in base al quale quest'ultimo aveva diritto al risarcimento del danno ed alle retribuzioni; quello reintegratorio-inibitorio, il quale prediligeva l'elemento del pregiudizio irreparabile che l'abuso del diritto da parte del datore di lavoro aveva provocato nella sfera personalistica del lavoratore. Questo tipo di tutela presupponeva che il rapporto di lavoro non venisse considerato mai validamente interrotto, si ricostituiva però tramite la sentenza del giudice contenente l'ordine rivolto al datore di lavoro di porre fine all'estromissione illecita, al fine di evitare che il pregiudizio nei confronti del

²⁰² Cf. M. NAPOLI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in RIDL, 2003, I, pag.21

lavoratore si aggravasse (nel caso fosse proseguita la situazione antigiuridica); era sospeso invece il sinallagma funzionale del contratto di lavoro.

Dal 1990 si inizia ad introdurre il concetto, ma anche la possibilità di monetizzazione della tutela in caso di licenziamento: viene data al lavoratore la facoltà di scegliere una indennità sostitutiva dell'importo di quindici mensilità di retribuzione globale di fatto alla possibilità di essere reintegrato nel posto di lavoro: la tutela per equivalente si affianca a quella della reintegrazione in forma specifica²⁰³, su questo val la pena ricordare il monito di Ghera secondo il quale *"...la previsione legislativa di un simile strumento sanzionatorio....sembra evidenziare, ancora una volta,lo spostamento della finalità della reintegrazione e, nel complesso, della stessa tutela dei licenziamenti illegittimi, dall'area ripristinatoria (adempimento specifico) all'area risarcitoria (monetizzazione compensativa del danno e/o punitiva dell'illecito"*.

L'orientamento dottrinario maggioritario²⁰⁴ di allora definì l'indennità sostitutiva della reintegrazione una obbligazione con facoltà alternativa in capo al creditore, il cui adempimento produce, anche con l'estinzione dell'obbligazione di reintegrare il lavoratore nel posto, la cessazione del rapporto di lavoro per sopravvenuta mancanza dello scopo.

L'indennità sostitutiva, visto la predeterminazione del suo ammontare (15 mensilità), è una vera e propria sanzione che colpisce il fatto illecito del licenziamento illegittimo ed è alternativa rispetto alla sanzione principale che è la

²⁰³ Cf. E.GHERA, *Le tecniche di tutela:Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in DLRI, 1999, pag.644

²⁰⁴ Cf. E.GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria:il licenziamento*, in LD, 1992, pag.464; L. NOGLER, *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, 25-26 maggio 2007, Giuffrè, 2008, pag.14

reintegrazione. Quindi ne consegue che non serve a ristorare un danno, ma è una somma compensatoria per il bene giuridico a cui si rinuncia: il posto di lavoro. Negli anni novanta alcuni in dottrina sollevarono dubbi di incostituzionalità per violazione degli artt. 4 e 35 della Costituzione, ma la Corte Costituzionale li superò, affermando che il lavoratore poteva decidere liberamente di rinunciare al diritto del posto di lavoro, in alternativa alla tutela della prevista indennità sostitutiva²⁰⁵.

La legge 108 del 1990 introduce anche le eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*, di cui si è avvalsa in seguito anche la legge Fornero. Al fine di meglio comprendere le due eccezioni si potrebbe partire dalla sentenza che dichiara invalido il licenziamento, in base alla quale il lavoratore ha diritto ad essere reintegrato nel posto di lavoro. Supponiamo che il datore resti inadempiente: questi sa di non poter essere fisicamente costretto a reintegrare il lavoratore. Inoltre il lavoratore nelle more del procedimento ha trovato un altro lavoro presso terzi. Ipotizziamo anche che il lavoratore rivendichi le retribuzioni, accadrà che, trattandosi di risarcimento del danno, il datore di lavoro potrà eccepire, anche per le somme maturate post sentenza del giudice del lavoro, le eccezioni di *aliunde perceptum et percipiendum*. Le conseguenze erano: non solo veniva a mancare l'effettiva reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, ma sarebbe stato possibile, in caso di accoglimento delle eccezioni *de quo*, di non corrispondergli alcuna somma.

Di fronte a questo scenario la maggior parte della dottrina prendeva atto della diminuzione delle tutele per il lavoratore, le affermazioni di Garofalo ci

²⁰⁵ Vedi Corte Cost. 2 aprile 1992, n.160, in NGL 1992, pag.242; Corte Cost. 22 luglio 1996, n.291, in NGL, 1996, pag.576

presentano uno svuotamento della tutela reale *"...infatti più passa il tempo dal licenziamento e/o dalla sentenza, senza che la reintegrazione sia avvenuta, più è probabile che il lavoratore si sia occupato altrove o, se si vuole, più ha avuto chances per farlo"*²⁰⁶.

Invece Ghera pensava che l'art.18, pur in questa nuova formulazione, apprestasse pur sempre una tutela di tipo "forte" in quanto si è in presenza di *"una indennità avente natura risarcitoria, ma funzione almeno bivalente: indennitaria o di riparazione per l'equivalente del danno conseguente al licenziamento ingiustificato o comunque illegittimo; e satisfattivo e di riparazione in natura dell'inadempimento dell'obbligazione retributiva conseguente alla mancata reintegrazione....così congegnata l'indennità assolve...altresì ad una funzione compulsiva dell'adempimento specifico della reintegrazione"*²⁰⁷.

²⁰⁶ Cf. M.G. GAROFALO, *La nuova disciplina dei licenziamenti individuali: prime osservazioni*, in RGL, parte I, 1990, pag.189

²⁰⁷ Cf. E. GHERA, *Tutela reale e tutela obbligatoria: il licenziamento*, in LD, 1992, pagg.470-471

2. La tutela di diritto comune dalla legge Fornero ad oggi

Con la riforma Fornero è quasi venuto meno il ricorso alla c.d. tutela reale di diritto comune, ovvero quel regime di tutela che trovava applicazione, a prescindere dai requisiti dimensionali dell'azienda, nei casi di nullità, o meglio inefficacia, del licenziamento, con conseguente diritto del lavoratore al ripristino totale della sua situazione prima del recesso datoriale. Tale regime di tutela poneva nel nulla il licenziamento, *tamquam non esset*, e ricostituiva il rapporto di lavoro senza soluzione di continuità, con conseguente diritto del lavoratore illegittimamente licenziato alla corresponsione delle retribuzioni *medio tempore* maturate. È importante ricordare cosa accadeva perché ci è utile ai fini della nostra ricostruzione: esisteva quindi, prima della legge Fornero, una tutela sostanzialmente reintegratoria anche nei confronti di quei dipendenti che, pur essendo in imprese con meno di 15 dipendenti, in ipotesi di nullità del licenziamento, avrebbero diversamente ottenuto solo la tutela meramente indennitaria di cui all'art. 8 della legge n. 604 del 1966.

Per qualche anno abbiamo avuto nel nostro ordinamento un diverso regime di tutela, nella sostanza di carattere reale, ma ben distinto da quello di cui all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, definito "di diritto comune", in quanto assoggettato alle generali norme civilistiche in tema di nullità ed inefficacia. Venivano ricondotte in questo regime sanzionatorio le ipotesi di licenziamento nullo, quali ad esempio: per motivo illecito, in frode alla legge, intimato a causa di matrimonio o nel periodo di interdizione per maternità; quelle di licenziamento inefficace per difetto di forma o per omessa comunicazione dei motivi.

Con il nuovo art. 18 dello Statuto dei Lavoratori, riscritto in seguito alla legge n.92 del 2012 (cd. legge Fornero), tutte le ipotesi prima assoggettate alla suddetta tutela reale di diritto comune, sono state ricondotte nel primo comma dell'art. 18, co. 1, in forza della clausola che dispone l'applicazione della tutela reale piena, oltre che nelle ipotesi tipizzate dalla norma, anche negli «altri casi di nullità previsti dalla legge».

Da tale nuova formulazione dell'art.18 ne è derivata la sostanziale scomparsa della tutela reale di diritto comune, in ragione del fatto che tutte le suindicate ipotesi sono state ricondotte nell'art. 18, co. 1, Statuto dei lavoratori, ad eccezione del difetto di motivazione che è sanzionato solo con la tutela indennitaria (art. 18, co. 6, St. lav.)²⁰⁸.

Con l'entrata in vigore del D.L.vo 23/2015 la tutela reale di diritto comune la possiamo ritrovare al di fuori di quei casi di nullità "espressamente" previsti dalla legge, cui si riferisce il comma 1 dell'art.2. La suddetta tutela si realizza nella triade di nullità del recesso, di prosecuzione del contratto di lavoro e del diritto del lavoratore a tutte le retribuzioni percepite, in conformità ai principi della *mora credendi* secondo la normativa del nostro codice civile sui contratti, secondo parte della dottrina²⁰⁹.

Per altra corrente dottrinarina invece la sanzione della nullità non consente diverse qualificazioni, poiché è sempre diretta alla tutela di diritti di rango costituzionale.

²⁰⁸ Cf. A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012, 362 ss. secondo il quale le ipotesi di motivo illecito, frode alla legge, nonché altre fattispecie di nullità del recesso vengono ricondotte al co. 1 dell'art. 18 St. lav come novellato dalla legge Fornero; O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016, pag.709

²⁰⁹ Cf. A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n.22 e n.23*, Giappichelli, Torino, 2015, pag. 43; V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, 1992, Bari, Cacucci, pag. 296 e segg.

Quindi in ogni licenziamento nullo si avrà sempre come sanzione la reintegrazione di diritto speciale, pur in assenza di un esplicito riferimento a tale rimedio sanzionatorio²¹⁰.

²¹⁰ Cf. M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel jobs Act*, in Arg.Dir.Lav., 2015, pag.335 e segg.

3. Impiego delle categorie civilistiche generali nei licenziamenti illegittimi: le nullità civilistiche per i licenziamenti occulti, pretestuosi o in frode alla legge e la tutela reale di diritto comune

Quando il giudice del lavoro dichiara illegittimo un licenziamento è fondamentale non confondere due situazioni giuridiche²¹¹:

1) la situazione in cui manca la giustificazione del licenziamento, che proprio per questo viene dichiarato illegittimo dal giudice, da cui consegue il rimedio sanzionatorio dell'indennità a carico del datore di lavoro, secondo l'art. 3, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015.

In tale situazione, poiché, secondo le norme di diritto comune dei contratti, l'illegittima risoluzione conduce sempre al diritto a chiedere l'adempimento del contratto ex art.1453 c.c. salvo, in alternativa, l'integrale risarcimento del danno, il giudice potrebbe applicare questa normativa sui contratti in generale, se il lavoratore chiedesse il ripristino del vincolo contrattuale in base allo stesso art.1453 c.c.²¹²;

2) la situazione invece che si verifica quando il recesso è riconducibile ad una pretestuosità o ad un uso distorto dei poteri del datore di lavoro, che giunge fino all'abuso del diritto (nel senso precedentemente spiegato), il quale elude una norma imperativa o elude una norma inderogabile di legge, da cui consegue la nullità del licenziamento e il fatto che il lavoratore dovrà essere reintegrato nel posto di lavoro ai sensi dell'art.2, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015 oppure

²¹¹ Vedi P. ICHINO, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo oggettivo con il motivo illecito*, in Riv.It.Dir.Lav., 2013, II, pag.271

²¹² Cf. V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -2015.pag. 25

secondo la tutela reale di diritto comune, dipende dalla teoria alla quale si preferisce aderire²¹³.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo assume i caratteri del recesso occulto quando dissimula un motivo pretestuoso o fraudolento, che viene ben in evidenza in seguito alla verifica del giudice della mancanza delle ragioni economiche ed organizzative che avrebbero dovuto giustificare il licenziamento. A tal punto il magistrato dovrebbe procedere alla riqualificazione del vizio e della relativa sanzione, per cui se, su domanda del lavoratore, verrà accertata la natura occulta del recesso allora il giudice potrà procedere con la sanzione della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro. Si tratterebbe infatti di licenziamento pretestuoso che implica un grave abuso del potere di licenziare²¹⁴. Per la giurisprudenza maggioritaria l'abuso del diritto si traduce in un esercizio del diritto non conforme alla finalità che l'ordinamento ha assegnato in astratto allo stesso.

La Corte di Cassazione ha ben chiarito che per abuso del diritto si deve intendere "l'esercizio di un diritto (legittimo e riconosciuto dalla normativa) finalizzato alla realizzazione di un obiettivo in contrasto con quello meritevole di tutela da parte dell'ordinamento"²¹⁵, come si era spiegato meglio in precedenza.

Il giudice di merito potrà dunque agire in tal senso: o dichiarare inefficace il recesso realizzato abusando del diritto oppure dichiararlo nullo per una delle nullità civilistiche e poi condannare il datore di lavoro alla reintegrazione del

²¹³ Cf. A.PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L.FIORILLO, A.PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n.22 e n.23*, Giappichelli, Torino, 2015, pag.42 e segg.

²¹⁴ Cf. L.PERINA- S.VISONÀ, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art.18*, in *La riforma del mercato del lavoro, Il nuovo diritto del lavoro*, vol.IV, diretto da L.FIORILLO - A.PERULLI, Giappichelli, Torino, 2014, pag.226

²¹⁵ Cf. Sentenza Corte di Cassazione n.20106 del 18.09.2009 in Banca Dati Pluris

lavoratore nel posto di lavoro in base alla tutela reale di diritto comune; o ancora dichiararlo nullo in base agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge e dunque reintegrarlo, in base all'art.2, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015.

3.1 Il licenziamento per motivo illecito determinante

Nella legge Fornero si evoca in modo esplicito l'art.1345 c.c. e quindi il licenziamento determinato da motivo illecito determinante viene colpito da nullità.

Il D.l.vo 23 del 2015 non menziona più l'art.1345 c.c. e pertanto la nullità non risulta più espressamente prevista.

Per il regime generale delle nullità ex artt. 1324 e 1418, 2 comma, c.c. il licenziamento per motivo illecito determinante deve considerarsi nullo.

L'art.1418 al comma 2 stabilisce che "producono nullità del contratto.... l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art.1345 c.c....".

Questa norma ha una portata fortemente inderogabile, perché non fa salva una diversa disposizione di legge. Inoltre il licenziamento per motivo illecito determinante, che poi coincide quasi sempre con quello per ritorsione o rappresaglia, non è riconducibile al giustificato motivo oggettivo né al soggettivo, ed inoltre provoca la lesione della dignità del lavoratore analogamente a quello discriminatorio. Nel silenzio della nuova normativa il licenziamento per motivo illecito determinante va considerato nullo come quello discriminatorio.

Interessante quindi citare un'ordinanza del Tribunale di Milano del 2014, in cui un apparente licenziamento per giustificato motivo oggettivo viene considerato dal giudice privo di giustificazione e, dopo la riqualificazione del vizio, viene riconosciuto come licenziamento discriminatorio determinato però da motivo di ritorsione: *"Il licenziamento deve, così, ritenersi discriminatorio, in quanto*

determinato esclusivamente da motivo di ritorsione, e quindi nullo. Alla declaratoria di nullità del licenziamento segue, quindi, la condanna della convenuta alla reintegrazione della parte ricorrente nel proprio posto di lavoro ed al pagamento in suo favore delle retribuzioni non corrisposte dalla data del licenziamento a quella della reintegrazione, come in parte dispositiva. Ed invero, il licenziamento discriminatorio in quanto ritorsivo è nullo e quindi inidoneo a produrre effetti, a prescindere dal requisito dimensionale dell'impresa, come ritenuto costantemente dalla giurisprudenza di legittimità (vedi sent. Cass.S.L. n. 15093 del 2009), determinando il diritto del lavoratore alla reintegrazione ed al pagamento di tutte le retribuzioni arretrate sino alla reintegra, oggi in applicazione dell'art.18, commi 1,2 e 3, Statuto dei lavoratori e succ.mod...."²¹⁶.

In base alle leggi sull'onere della prova il lavoratore dovrà dimostrare l'esistenza di un motivo illecito determinante ed esclusivo posto a base del licenziamento e questo al fine di poter ottenere la tutela reale prevista dall'art.2 del D.l.vo 23 del 2015 per il licenziamento affetto da nullità .

²¹⁶ Vedi Ordinanza del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, del 27.06.2014, est. Di Lorenzo, in Banca Dati Pluris

3.2 Il licenziamento per ritorsione o rappresaglia

Il licenziamento per ritorsione o rappresaglia non è riconducibile al giustificato motivo oggettivo né a quello soggettivo; il D.L.vo 23 del 2015 non lo menziona, ma va sicuramente considerato nullo ai sensi degli artt. 1324 e 1418, 2 comma, c.c. al pari del licenziamento discriminatorio²¹⁷.

Secondo la Corte di Cassazione nel 2011 *"il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta - assimilabile a quello discriminatorio, vietato dagli artt. 4 della legge n. 604 del 1966, 15 della legge n. 300 del 1970 e 3 della legge n. 108 del 1990 - costituisce l'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona ad esso legata e pertanto accomunata nella reazione, con conseguente nullità del licenziamento, quando il motivo ritorsivo sia stato l'unico determinante e sempre che il lavoratore ne abbia fornito prova, anche con presunzioni"*²¹⁸.

Un'altra sentenza della Cassazione, la n.6282 del 2011, afferma che *"il divieto di licenziamento discriminatorio – sancito dall'art. 4 della l. n. 604/66, dall'art. 15 Statuto, dall'art. 3 l. 108/90 – è suscettibile di interpretazione estensiva sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o per rappresaglia, che costituisce cioè l'ingiusta ed arbitraria reazione, quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essenzialmente quindi di natura*

²¹⁷ Cf. G. SANTORO PASSARELLI, *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 288/2016, pag. 46

²¹⁸ Vedi sentenza Corte di Cassazione n.17087 del 2011 in Banca Dati Pluris. Nella specie, la sentenza impugnata è stata cassata dalla Suprema Corte, la quale ha valutato come ritorsivo il licenziamento disciplinare della figlia rispetto alle rivendicazioni del padre, dipendente della medesima impresa, e al successivo contenzioso insorto

*vendicativa. In tali casi, tuttavia, è necessario dimostrare che il recesso sia stato determinato esclusivamente dall'intento ritorsivo»*²¹⁹.

Recentemente, invece, in un'ordinanza del Tribunale di Bari del 2015 troviamo un caso di manifesta insussistenza delle ragioni oggettive del licenziamento. Era stato scritto nel ricorso di una riorganizzazione al fine di contenere i costi, ma, poiché la lavoratrice aveva in passato recente promosso vertenza verso il datore di lavoro, il giudice ha riscontrato il carattere punitivo del licenziamento, per ritorsione alle iniziative giudiziarie della ricorrente²²⁰.

In conclusione si può affermare che la ritorsione - quando non è provocata da una situazione riconducibile alla discriminazione - è riconducibile al motivo illecito.

Alcune volte la giurisprudenza ha separato queste categorie, altre volte le ha sovrapposte come nella sentenza n.16155 del 2009 in cui si enuncia che "*...varie ipotesi di licenziamento discriminatorio, contenute nelle citate disposizioni, costituiscono specificazione della più ampia fattispecie del licenziamento viziato da motivo illecito, riconducibile alla generale previsione codicistica dell'atto unilaterale nullo ai sensi dell'art.1345 c.c. (in relazione all'art.1324 c.c.), e, dall'altro, sulla considerazione che in tale generale ed ampia previsione è certamente da comprendere il licenziamento intimato per ritorsione e rappresaglia, pur esso in qualche modo implicante una illecita discriminazione, intesa in senso lato, del lavoratore licenziato rispetto agli altri dipendenti....*"²²¹.

Secondo altra giurisprudenza, come nella recente sentenza della Cassazione n.6575 del 5 aprile 2016, la discriminazione non è riconducibile alla fattispecie

²¹⁹ Vedi sentenza Corte di Cassazione n. 6282 del 2011 in Banca Dati Pluris

²²⁰ Vedi Ordinanza Tribunale di Bari del 3.4.2015 est .Pazienza, in Banca Dati Pluris

²²¹ Vedi sentenza Corte di Cassazione 9 luglio 2009, n.16155, in Banca Dati Pluris

del motivo illecito determinante, in quanto non è necessario che il motivo discriminatorio sia esclusivo e determinante ²²².

Interessante leggere la prima pronuncia di merito su un licenziamento di un lavoratore assunto quando era già in vigore il decreto 23 del 2015: la sentenza del Tribunale di Roma del 24 giugno 2016 sul licenziamento ritorsivo. La condotta del datore di lavoro è stata univocamente motivata da un intento ritorsivo, perché il licenziamento è stato intimato in presenza di precedenti sanzioni conservative ed in assenza di ulteriori fatti idonei a giustificare il recesso. Di conseguenza sia che lo si consideri ritorsivo, come parte della categoria del licenziamento discriminatorio, sia che lo si consideri nullo per motivo illecito determinante la conseguenza disposta è sempre la nullità del recesso ai sensi dell'art.2 del D.L.vo 23/2015 e la sanzione è la reintegrazione nel posto di lavoro ²²³, oltre il risarcimento del danno conseguito al licenziamento e al pagamento di una indennità.

²²² Vedi Sentenza Corte di Cassazione 5 aprile 2016, n.6575, in Banca Dati Pluris

²²³ Vedi Sentenza del Tribunale di Roma n.4517 del 24 giugno 2016 est.Leone, in Banca Dati Pluris

3.3 Il licenziamento con causa illecita

La causa del contratto e del negozio giuridico è illecita in base all'art.1343 c.c. quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico e al buon costume.

Nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il motivo fosse completamente inesistente, si avrebbe un abuso del potere datoriale di recesso ossia un uso distorto del potere azionato per una causale diversa da quella consentita da norma imperative: in tal caso, dunque, la causa concreta dell'atto di recesso, la funzione giuridica dello stesso, sarebbe contraria alla norma imperativa contenuta nell'art.3 della legge 604 del 1966, che esige l'esistenza di un giustificato motivo²²⁴.

Per meglio comprendere la "causa" nel contratto di lavoro ci è utile sia la giurisprudenza di merito che la dottrina.

Il giudice del lavoro del Tribunale di Trento, nell'ordinanza del 9 aprile 2015 proc.n.37 (est.Flaim), ci fornisce un'esauriente motivazione per dichiarare la nullità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo per violazione degli artt.1343 e 1345 del codice civile. Il giudice ha definito arbitrario il recesso del datore di lavoro *".....determinato unicamente dalla finalità di espellere il lavoratore dal contesto lavorativo senza che vi siano, neppure nelle originarie convinzioni del datore, ragioni giustificative, né di ordine oggettivo, né di natura soggettiva"* ed ha inoltre evidenziato come *"nell'ambito del licenziamento causale (che riguarda la pressoché generalità dei rapporti di lavoro subordinato) lo scopo tipico del recesso (la sua causa astratta) consiste non già nella mera*

²²⁴ C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n.604 del 1966 al d.lgs n.23 del 2015*, in Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo, pagg.21-22

estinzione del rapporto di lavoro, ma nel suo scioglimento in presenza di ragioni o tecnico- produttivo - organizzative (oggettive) o disciplinari (soggettive)" e che "quindi la discrezionalità del datore di lavoro si deve esplicitare sempre in coerenza con la causa del negozio di recesso, di talché il lavoratore può eccepire in sede giurisdizionale la nullità del recesso, allegando e provando la contraddizione tra scopo tipico del recesso (la causa propriamente detta o causa astratta ex art. 1325, n. 2 c.c.), da un lato, e lo scopo del singolo recesso (la cd. causa in concreto, secondo la nozione ormai consolidata in dottrina), nonché l'intento soggettivo dell'autore (il motivo), dall'altro" ²²⁵. Un'altra conferma, dunque, sulla possibilità per il lavoratore, in caso di licenziamento illegittimo per mancanza della giustificazione del recesso, di eccepire la nullità civilistica. Certamente ricade su di lui l'onere della prova: in questo caso deve provare che lo scopo tipico del recesso (la causa astratta) è in contraddizione con lo scopo del recesso del caso concreto (la causa in concreto ossia l'intento soggettivo del datore di lavoro).

In dottrina, invece, abbiamo M.T. Carinci che in riferimento alla verifica effettuata dai giudici nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, sostiene che questi non fanno altro che realizzare *"un controllo della corrispondenza fra causa concreta del singolo atto di esercizio del diritto potestativo e causa astratta prefigurata dalla legge, cioè della corrispondenza fra gli interessi che l'atto di volta in volta mira a soddisfare e gli interessi ai quali, valutandoli come meritevoli, l'ordinamento riconosce tutela"*²²⁶.

²²⁵ Cf. C. PONTERIO, *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, Questioni Giustizia, 3/2015, pag. 29

²²⁶ Cf. M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore*

Anche Bolego, non discostandosi dalla linea di pensiero della sopracitata giurisprudenza di merito, ci tiene a ribadire che *"ogni singolo negozio possiede una propria causa, che trae origine dalla scopo tipico previsto dal legislatore, ma si concretizza attraverso l'obiettivizzazione dello scopo specifico voluto"* dal datore di lavoro ²²⁷.

Ecco perché altri in dottrina hanno addirittura sostenuto che nel licenziamento ritorsivo, il motivo della vendetta pervade la stessa causa del negozio di recesso, in quanto ne costituisce lo scopo specifico (o causa in concreto): di conseguenza si può classificare tale licenziamento come nullo per illiceità della causa concreta in base all'art.1343 c.c., pur in assenza del requisito della esclusività, che invece il legislatore richiede per il motivo illecito determinante ²²⁸.

Come ritiene parte della dottrina ²²⁹ si potranno effettuare almeno tre tipi di controllo giudiziale: il controllo sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dalla parte datoriale, il controllo sull'esistenza della causa in concreto ed infine il controllo sulla liceità della causa.

Possiamo dunque affermare che il licenziamento potrà essere considerato nullo per illiceità della causa qualora sia abusivo, in quanto si ravvisi in esso il carattere dell'arbitrarietà.

di lavoro, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol.XXXVI, Padova, 2005, pag.125

²²⁷ Cf. G. BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Cedam, 2012, pag.34

²²⁸ Cf. G.PASSAGNOLI, *Il contratto illecito*, in G.VETTORI (a cura di), *Regolamento*, vol.II, in Trattato del contratto, diretto da V.ROPPO, Milano, 2006, pag.473 e segg.

²²⁹ Vedi L. BIGLIAZZI GERI, F.D. BUSNELLI, U.BRECCIA, U. NATOLI, *Diritto civile*, UTET, Torino, 1986, pag.706

3.4 Il licenziamento in frode alla legge

Una parte della dottrina ci dice che può configurarsi un licenziamento in frode alla legge (negozio in frode alla legge ex art.1344 c.c.) che ha come conseguenza la nullità e quindi la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro ²³⁰.

Ci sono dei casi di licenziamenti in frode alla legge riconosciuti dalla giurisprudenza di legittimità come quello del licenziamento del lavoratore in prova, intimato dal datore di lavoro che vuole eludere la normativa riguardante le assunzioni obbligatorie²³¹. Questa è sicuramente un'ipotesi di nullità civilistica, poiché non si tratta di individuare gli estremi di un licenziamento, quali la giusta causa e il giustificato motivo (come recita l'art.3, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015).

Un caso di licenziamento in frode alla legge può verificarsi quando il datore di lavoro licenzia per giustificato motivo oggettivo invece che per motivi disciplinari. Se il datore di lavoro, infatti, mettesse in atto un licenziamento disciplinare con alla base un fatto che risulti, in sede di accertamento, insussistente, rischierebbe la reintegrazione del lavoratore; scrivendo invece una lettera di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, se anche non fossero accertate le ragioni oggettive ex art.3 legge 604/66, il giudice dovrebbe dichiarare l'illegittimità del licenziamento, cui conseguirebbe soltanto l'indennità, secondo il decreto 23 del 2015 attualmente in vigore. È evidente che il datore di lavoro vuole aggirare la norma che impone la reintegrazione in caso di insussistenza del

²³⁰ Cf. A.PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in L.FIORILLO, A.PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n.22 e n.23*, Giappichelli, Torino,2015, pag. 41 e segg.

²³¹ Vedi sentenza Corte di Cassazione n. 21965 del 27.10.2010

fatto oggetto di contestazione, al fine di ottenere in modo illecito un regime sanzionatorio a lui stesso più favorevole²³². Allora il giudice deve andare oltre, riqualificando l'atto di recesso in termini di atto elusivo di una norma imperativa: la norma in questione è l'art.3, comma 2, del D.l.vo n.23 del 2015, che prevede la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro se in giudizio viene dimostrata l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore.

Agli occhi dell'interprete avremo dunque inizialmente un'apparenza di conformità al diritto, quando in realtà il datore di lavoro vuol perseguire un risultato contrario al diritto. In dottrina molti sostengono la teoria del recesso in frode alla legge²³³, mentre alcuni preferiscono parlare di abuso del diritto di licenziare, essendoci spesso tra i due istituti una "latente similitudine"²³⁴.

Nel novembre 2016 con ordinanza n.687 il Tribunale di Vicenza ha dichiarato la nullità di un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, perché intimato in frode alla legge ex art. 1344 c.c. ed ha quindi applicato la tutela reintegratoria prevista dal comma 1 dell'art.18 Statuto dei Lavoratori, come modificato dalla legge n.92 del 2012. Il giudice del lavoro aveva ravvisato una complessa fattispecie elusiva volta ad ottenere la sostituzione della lavoratrice licenziata con altra lavoratrice, la cui assunzione avrebbe portato per il datore di lavoro il beneficio contributivo introdotto dall'art.1, commi 118-124 della legge n.190 del

²³² Cf. M. MISCIONE, *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*, pagg.749 e segg.; C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutela crescenti»*, Cedam, Padova, 2015, pagg. 90 e segg.

²³³ Cf. E. NAVARRETTA, *Art.1344 c.c.- Contratto in frode alla legge*, in Commentario del Codice civile, diretto da E. GABRIELLI, Vol.3 dei Contratti in generale a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Giappichelli, Torino, 2011, pag.680; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in RIDL, 2015, I, pag.433 e segg.

²³⁴ Cf. C. RESTIVO, *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, pagg 283-284

2014 (normativa introdotta in funzione della promozione dell'occupazione stabile).

Inoltre poteva evidenziarsi l'identità delle mansioni assegnate ed effettivamente svolte (non si era verificata la soppressione del posto). Il datore di lavoro non era riuscito a dare la prova del motivo oggettivo addotto e quindi il giudice avrebbe dovuto dichiarare l'illegittimità del licenziamento con le conseguenze risarcitorie previste dall'art.18, 4° o 5° comma, come modificato dalla legge Fornero. Invece il giudice del Tribunale di Vicenza indaga ulteriormente e sancisce una nullità del licenziamento, ai sensi degli artt. 1418 e 1344 c.c., applicando la cd. tutela reale "piena" di cui al comma 1 dell'art.18, modificato dalla legge Fornero. E' importante notare che non solo è stato individuato un comportamento in frode alla legge, ma è stato messo in evidenza un utilizzo del potere di recesso per finalità completamente differenti da quelle per cui tale potere è riconosciuto dall'ordinamento giuridico al datore di lavoro²³⁵, realizzato anche in modo arbitrario (irragionevole) ossia con "abuso del diritto".

²³⁵ Vedi M.VITALI, *Il licenziamento nullo per illiceità della causa o frode alla legge*, nella rivista *Questione Giustizia* on line, sezione Giurisprudenza e documenti, in data 11 ottobre 2017

4. Il potere del giudice di procedere d'ufficio per tutelare i valori costituzionalmente rilevanti e il nuovo risarcimento da lesione della dignità umana

Quando il recesso è riconducibile ad un uso distorto dei poteri del datore di lavoro, il quale elude una norma imperativa o elude una norma inderogabile di legge, da cui consegue la nullità del licenziamento, come nei casi appena illustrati di recessi occulti o pretestuosi, il giudice potrà dichiarare il licenziamento nullo.

Si può a buona ragione aggiungere che il giudice ha il potere di procedere d'ufficio nel rilevare la nullità del licenziamento quando si tratta di tutelare valori costituzionalmente rilevanti, come ci indica la stessa giurisprudenza di legittimità nella famosa sentenza a Sezioni Unite del 12 dicembre 2014, n. 26242, secondo la quale *".....il potere del giudice di rilevare la nullità....è essenziale al perseguimento di interessi che possono addirittura coincidere con valori costituzionalmente rilevanti, quali il corretto funzionamento del mercato (art.41 Cost.) e l'uguaglianza quantomeno formale tra contraenti forti e deboli (art.3 Cost.)..."*²³⁶.

Oltre la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, il giudice può anche concedere un risarcimento del danno non patrimoniale, che si intende qui denominare "danno da lesione della dignità umana"; è infatti la dignità della persona un valore costituzionalmente protetto, come ben descritto in precedenza.

Nel corso degli ultimi anni la giurisprudenza di legittimità, basandosi su sentenze della Corte Costituzionale, come la n. 233 dell'11.07.2003, ha riconosciuto il

²³⁶ Vedi sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite n.26242 del 12.12.2014 in Banca Dati Pluris

danno non patrimoniale non solo come danno morale soggettivo, ma anche come danno da ingiusta lesione di valori inerenti alla persona, quando questi valori sono di rilievo costituzionale²³⁷.

Nella sentenza n.18210 del 2008 la Cassazione enuncia un principio di diritto, in base al quale si deve risarcire ex art.2059 *"...il danno non patrimoniale derivante da ogni ingiusta lesione di un valore inerente alla persona umana, specie se di rilevanza costituzionale..."*²³⁸.

Qualche mese dopo in una famosa sentenza a Sezioni Unite la Corte afferma che abbiamo solo due categorie di danni: il danno patrimoniale e il danno non patrimoniale. Proprio con riferimento a quest'ultimo una lettura dell'art.2059 alla luce della nostra Carta costituzionale ci conduce al risarcimento integrale del danno, anche al di fuori dei casi espressamente previsti dalla legge, nel caso di lesione di diritti inviolabili della persona tutelati dalla Costituzione e della sua dignità, preservata dagli artt. 2 , 3 e 41, comma 2, Cost.²³⁹.

La Suprema Corte specifica, nella stessa sentenza, che il risarcimento del danno non patrimoniale è dovuto sia in caso di responsabilità contrattuale che extracontrattuale, e quindi anche nel contratto di lavoro.

Secondo questa giurisprudenza la lesione della dignità personale, secondo la tutela che riscontriamo negli artt. 2 e 3 della Costituzione, dà luogo ad un risarcimento del danno non patrimoniale. Finalmente si assiste nel mondo giuridico ad un riconoscimento della dignità come diritto autonomo, che, se leso, provoca un risarcimento del danno. C'è senza dubbio un diritto costituzionale di ogni persona

²³⁷ Vedi sentenze della Corte di Cassazione civile, sez III, n.8827 e 8828 del 31 maggio 2003 in Banca Dati Pluris

²³⁸ Vedi sentenza Corte di Cassazione n. 18210 del 3 luglio 2008 in Banca Dati Pluris

²³⁹ Vedi sentenza Corte di Cassazione, Sezioni Unite, n.26972 dell'11 novembre 2008 in Banca Dati Pluris, confermata dalla n.24844 del 2010 e dalla n. 11950 del 2013.

a vedere rispettata la propria dignità umana, a tale diritto corrisponde un dovere giuridico di rispetto del valore umano e costituzionale della dignità.

Se riportiamo questa giurisprudenza ai licenziamenti illegittimi sopradescritti ci accorgiamo che il carattere pretestuoso o arbitrario, di ritorsione o di rappresaglia del licenziamento illegittimo conduce inevitabilmente ad una lesione della dignità del lavoratore.

Questo avviene sia quando gli è negato di conoscere il vero motivo del licenziamento come in quello pretestuoso, sia quando subisce la vendetta del datore di lavoro nel licenziamento ritorsivo o per rappresaglia, come anche nel licenziamento discriminatorio, ma comunque in tutti i casi di licenziamento illegittimo, in cui manca la giusta causa o il giustificato motivo di licenziamento.

È interessante notare cosa avviene nel licenziamento ingiurioso, nel quale è pacifico che esiste un danno non patrimoniale che va risarcito ²⁴⁰.

La Corte di Cassazione con sentenza n. 30668 del 30.12.2011 ha confermato la decisione della Corte d'Appello di Roma che aveva liquidato, oltre al danno biologico e al danno morale conseguenti alla lesione dell'integrità psicofisica discendente dal licenziamento, anche un'ulteriore somma a titolo di danno morale in correlazione con il carattere ingiurioso del licenziamento, per i danni all'immagine, alla reputazione e all'immagine professionale.

Certamente anche dopo un licenziamento illegittimo, in cui manchi il giustificato motivo o in un licenziamento pretestuoso o di rappresaglia avremo i danni all'immagine, alla reputazione e all'immagine professionale, oltre che alla dignità.

²⁴⁰ Vedi Corte di Cassazione sentenza n.11432 del 16 maggio 2006 in Banca Dati Pluris; riguarda il licenziamento ingiurioso cui consegue un diritto al risarcimento del danno ex art.2043,

Immaginiamo un lavoratore illegittimamente licenziato in seguito ad un recesso datoriale privo degli estremi del giustificato motivo soggettivo o oggettivo, cui viene corrisposta un'indennità secondo l'art. 3 comma 1 del D.L.vo 23 del 2015. Innanzitutto i colleghi lo considereranno come un lavoratore che ha commesso una mancanza talmente grave da dar luogo al licenziamento, quando invece gli estremi non ricorrono; dunque il lavoratore non è colpevole, ma viene considerato tale agli occhi degli altri. La stessa cosa avviene in famiglia, quando il lavoratore non saprà fornire al coniuge, ai figli e agli altri familiari la vera motivazione del suo licenziamento; la stessa cosa poi verso i vicini di casa e gli amici. Per non parlare inoltre della difficoltà nel trovare un'altra occupazione in qualità di "licenziato", seppur illegittimamente. Ecco dunque che i danni all'immagine, alla reputazione e all'immagine professionale ci sono tutti. Ci sono anche i danni derivanti dalla perdita di ogni risorsa economica che lo condurranno inevitabilmente allo sfratto o al sequestro della casa da parte della banca per mancato pagamento di alcune rate del mutuo ipotecario.

Come potrà sentirsi quel lavoratore? La sua dignità è stata certamente lesa. Ed a questo punto si aggiunge anche il risarcimento del danno per la lesione della dignità umana ex art. 41, 2 comma, Costituzione (si ricorda che tutta la nostra Carta costituzionale è costruita sul principio personalistico). La nuova normativa del lavoro vuole ridurre tutti questi ingenti risarcimenti del danno, che sarebbe giusto corrispondere ad un lavoratore illegittimamente licenziato, ad una forfetizzazione, che si delinea in un ambiguo istituto di neo creazione: l'indennità dal valore predeterminato per legge. Infatti, come già spiegato più chiaramente in precedenza, il concetto di indennità presume una valutazione discrezionale del

giudice e consegue ad un fatto lecito, mentre il risarcimento del danno concerne un ristoro completo di tutti i danni, patrimoniali e non patrimoniali, conseguendo ad un fatto illecito. Nell'indennità prevista dall'art.3, comma 1, del D.L.vo 23/2015 non abbiamo né l'una né l'altra situazione, ma un ibrido creato *ad hoc* per rendere risibile il prezzo di un licenziamento al fine di favorire l'imprenditore, parte contrattuale forte.

A parere di chi scrive ben potrà quindi il giudice valutare l'entità del danno non patrimoniale da lesione della dignità della persona del lavoratore e concedere il relativo risarcimento a quest'ultimo in tutti i casi di licenziamenti illegittimi.

In particolare il giudice potrà concedere al lavoratore il risarcimento per danni morali da lesione della dignità umana ex artt. 2 e 41, 2 comma, Costituzione:

- 1) in tutti i casi di licenziamento illegittimo in cui il datore di lavoro non sia riuscito a dimostrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento;
- 2) nei casi di licenziamento illegittimo in cui, dopo che il datore di lavoro non sia riuscito a dimostrare il giustificato motivo di licenziamento, anche il lavoratore non sia riuscito a dimostrare in giudizio il motivo disciplinare che rende quel licenziamento occulto e che il datore non volle contestare al lavoratore, temendo la reintegrazione dello stesso;
- 3) nei casi di nullità dei licenziamenti occulti o pretestuosi rilevati dal giudice del lavoro, cui segue la reintegrazione del lavoratore per tutela reale di diritto comune e il risarcimento del danno, a cui si aggiungerà il risarcimento del danno non patrimoniale da lesione della dignità umana della persona del lavoratore.

5. Profili di incostituzionalità del D.L.vo 23 del 2015

Nel corso di questo elaborato si è potuto vedere con chiarezza che il diritto del lavoro ha perso molto della sua specialità, quella specialità che era sorta per meglio garantire il lavoratore rispetto alla normativa dei contratti di diritto civile.

Questo risulta quanto mai evidente se provassimo ad immaginare l'applicazione dei principi civilistici ai sensi dell'art.1218 e segg. del codice civile (in materia di responsabilità contrattuale): la tutela civilistica del lavoratore è certamente superiore a quella approntata dalla normativa giuslavoristica.

Vale la pena riassumerla per meglio ricordare quali grandi conquiste si erano ottenute dopo decenni di lotte sociali: innanzitutto la reintegrazione nel posto di lavoro del lavoratore come tutela per ogni licenziamento illegittimo; in secondo luogo una serie di tutele accessorie come la messa in mora del datore di lavoro che faceva persistere l'obbligazione retributiva; infatti, dopo la ricostituzione del sinallagma funzionale del rapporto di lavoro, il datore di lavoro era tenuto ad adempiere all'esatta prestazione ossia alla corresponsione di tutte le retribuzioni maturate dal lavoratore nelle more, tra l'altro sempre esigibili; infine l'adempimento tardivo del datore di lavoro avrebbe potuto legittimare il lavoratore alla pretesa del risarcimento danni, in aggiunta all'obbligazione principale. In tale situazione avevamo per i lavoratori una piena tutela.

Con il Jobs Act il lavoratore subordinato che viene illegittimamente licenziato, di fronte alla perdita del posto di lavoro, otterrà in base all'art.3, comma 1, d.l.vo 23 del 2015, soltanto un rimedio indennitario esiguo e inadeguato alla riparazione del danno, così come ben dimostrato in precedenza, citando la Carta dei diritti

fondamentali dell'Unione Europea e la Carta sociale europea. Inoltre l'attuale indennità prevista dal Jobs Act è una tutela ridottissima e sicuramente rappresenta una deroga in *peius* rispetto ad i criteri rimediali generali del diritto civile quali la tutela in forma specifica, che costituisce la regola per il risarcimento del danno ex art.2058 c.c., essendo invece l'eccezione il risarcimento per equivalente.

Si vuole inoltre evidenziare che l'indennità prevista dal Jobs Act risulterebbe estremamente esigua anche rispetto al risarcimento per equivalente previsto dalla tutela di diritto comune.

Premesso quanto appena detto, la tesi cui si vuol giungere in questo lavoro è quella dei forti sospetti di incostituzionalità del D.L.vo n.23 del 2015 per contrasto con vari articoli della Costituzione italiana, considerati sia autonomamente che in correlazione tra loro.

5.1 Il primo sospetto di incostituzionalità verso l'art.3 della Costituzione

Il primo sospetto di incostituzionalità emerge dall'art.3, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015 quando prevede una indennità di importo esiguo per contrasto con il principio di uguaglianza previsto dall'art.3 della nostra Costituzione.

Tale articolo della Costituzione, infatti, stabilisce l'uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge e attribuisce alla Repubblica il compito di "rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto, la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" .

L'affermazione di una responsabilità della Repubblica per la realizzazione dell'eguaglianza sostanziale acquista importanza nella nostra Costituzione per la presenza di un certo numero di disposizioni che prevedono e disciplinano diritti sociali, il cui livello di protezione e di specificazione è poi differentemente graduato. La presenza dei diritti sociali, accanto ai diritti di libertà, ha costituito il nucleo di novità rispetto al precedente Statuto Albertino ed essi formano la struttura portante di una precisa idea di società, nella quale gli interventi a favore dei soggetti in condizioni di svantaggio devono essere tesi costantemente a ridurre le differenze sociali, ma sono posti anche a fondamento della garanzia della realizzazione delle potenzialità dei cittadini e della loro dignità personale e sociale ²⁴¹.

Proprio negli anni settanta i diritti sociali iniziano ad essere collegati al principio di personalità e di solidarietà dell'art.2 della Costituzione, iniziando così una vera forma di tutela tramite l'emanazione di leggi rispettose della dignità e della libertà della persona (non a caso lo Statuto dei lavoratori ha come titolo "Norme sulla tutela della libertà e della dignità dei lavoratori").

Questo significa che l'ordinamento giuridico e la giurisdizione non possono avallare trattamenti discriminatori tra il cittadino titolare di un contratto di lavoro e tutti gli altri titolari di un diverso contratto a prestazioni corrispettive di durata, quanto alle conseguenze di illegittima risoluzione e del risarcimento dei danni. Tale disparità tra cittadini titolari di contratti a prestazioni corrispettive è stata dimostrata in un paragrafo precedente, ecco perché in queste conclusioni è possibile affermare con certezza che la tutela di tipo indennitario prevista

²⁴¹ CF. A. ALBANESE, *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Questione Giustizia* n.3/2015, pag. 1.

dall'art.3, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015, contabilizzata in un minimo di 4 mensilità e in un massimo di 24 mensilità, è in proporzione di gran lunga inferiore a quella garantita dalle norme di diritto comune sui contratti.

Si possono certamente citare degli esempi quali il prestatore d'opera che ottiene ristoro completo in seguito al danno da libero recesso del committente (art.2227 c.c.) e il mandatario nel contratto di mandato oneroso, quando il mandante revoca il mandato senza giusta causa (art.1723, 2 comma, c.c.), ma il fatto fondamentale è che il ristoro adeguato costituisce un rimedio presente in tutti i contratti, pur nella considerazione della parità contrattuale, sia quando si realizza la tutela in forma specifica sia quando viene disposto un risarcimento per equivalente, ad eccezione dei contratti di lavoro; solo questi mancano di un'adeguata tutela per la parte contrattualmente debole.

L'indennità del Jobs Act per il licenziamento illegittimo sarebbe dovuta essere molto più consistente ed adeguata: il fatto che non sia così fa emergere una mancanza di uguaglianza sostanziale tra tutti i contraenti dei contratti a prestazioni corrispettive, quindi risulta giustificato il dubbio sulla incostituzionalità della norma giuslavoristica per contrasto con l'art. 3 della Costituzione.

5.2 Il secondo sospetto di incostituzionalità verso l'art.3 della Costituzione

La violazione del principio di uguaglianza emerge anche dall'art.1 del D.L.vo 23 del 2015 che, nell'individuare il campo di applicazione della normativa, in riferimento ai contratti stipulati successivamente al 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del decreto stesso, afferma una continuità di applicazione dell'art.18 dello Statuto dei Lavoratori e dell'art.8 della legge 604 del 1966 a tutti i lavoratori assunti prima del 7 marzo. È interessante notare che al momento in Italia coesistono tre distinte discipline che regolano i licenziamenti.

L'esclusione, quasi totale, della tutela reale trova applicazione in base al D.L.vo 23/2015 in relazione a tutti i nuovi assunti con il contratto a tutele crescenti ed altresì in relazione ai vecchi assunti (art. 1, co. 3) nel solo caso in cui il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato, effettuate successivamente all'entrata in vigore del decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'articolo 18, 8 c. e 9 c., Statuto dei lavoratori; mentre a tutti gli altri dipendenti privati si applica l'art.18 dello Statuto dei lavoratori, come novellato dalla legge Fornero (Legge 92/2012) e per i dipendenti pubblici il testo originale dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori.

La disciplina dunque sancisce una differenziazione nel trattamento normativo garantito a lavoratori, senza che sia individuabile la *ratio* giustificatrice del contrasto con l'art. 3 Cost., rilevando solo la natura del datore di lavoro o, in modo assolutamente irrazionale, il mero dato formale concernente la data di assunzione, aspetti questi estrinseci alla prestazione lavorativa (pur essendo

nell'ambito del medesimo tipo contrattuale) e al fatto posto alla base del licenziamento qualsiasi esso sia (oggettivo o soggettivo, individuale o collettivo).

La fattuale coesistenza all'interno della stessa organizzazione del lavoro di dipendenti sottoposti a diverse normative e a diverse tutele evidenzia una disparità di trattamento, una profonda disuguaglianza, difficilmente giustificabile: e non basta affermare che il «fluire del tempo possa costituire un valido elemento di diversificazione delle situazioni giuridiche»²⁴², in quanto rispetto al fatto disciplinarmente rilevante o alle ragioni alla base di un licenziamento economico la situazione dei lavoratori soggetti a diverse tutele è in tutto identica ed il fluire del tempo non riguarda la situazione posta a fondamento del recesso (ma solo il momento genetico del rapporto, il cosiddetto sinallagma genetico), così come la data di assunzione è solo un dato accidentale che non è idoneo a diversificare un rapporto di lavoro da un altro rapporto di lavoro, essendoci in ogni profilo sostanziale una vera parità. La sola data di assunzione determina dunque una differenziazione di situazioni simili in modo irragionevole, risultandone una disparità di trattamento contrastante col principio di uguaglianza sostanziale.

Ci sono quindi nel mondo del lavoro privato tutele differenziate, sanzioni diverse anche a fronte di licenziamenti identici in ogni loro elemento sia per la motivazione che per la data di intimazione, solo perché i lavoratori sono stati assunti in data diverse ossia prima e dopo il 7 marzo 2015.

Il riferimento è anche ai licenziamenti individuali plurimi o collettivi nella medesima azienda intimati per ragioni economiche, ma in realtà riguarda anche i licenziamenti per giustificato motivo soggettivo intimati nei confronti di più

²⁴²Vedi C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, relazione al corso La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, 13-15 aprile 2015

lavoratori subordinati che abbiano congiuntamente compiuto la stessa condotta di rilevanza disciplinare e che, rispetto ad identiche normative disciplinari e alla stessa infrazione (ad es. un ritardo di pochissimi minuti) posta in essere in uno stesso contesto temporale, si vedranno applicare sanzioni diverse solo perché assunti poco prima del 7 marzo 2015 oppure dal giorno dopo in poi.

5.3 Il terzo sospetto di incostituzionalità verso l'art.3 della Costituzione

Dopo il Jobs Act sembrerebbe che al giudice resti solo la possibilità di dichiarare che il licenziamento è illegittimo e applicare la tutela indennitaria nella misura prevista dal D.Lvo 23/2015, art.3, comma 1 ossia da 4 a 24 mensilità, secondo gli anni di servizio; il giudice viene privato della sua discrezionalità valutativa, della possibilità di esprimere il suo giudizio, cosa che precedentemente esercitava, nonostante i vincoli stabiliti dai criteri di norme come l'art.8 della legge 604 del 1966 e l'art.18 dello Statuto dei lavoratori, novellato dalla legge 92 del 2012; si bandisce il controllo di proporzionalità della sanzione all'inadempimento. L'indennità è legata nel suo ammontare necessariamente agli anni di servizio prestati, per cui il ruolo del giudice viene limitato a quello di esecutore di una pura operazione matematica ossia alla moltiplicazione di due mensilità per il numero di anni di servizio, con il limite ulteriore che oltre i dodici anni di anzianità di servizio la tutela indennitaria è uguale per tutti (quindi al massimo 2 per 12)²⁴³.

Il giudice non può quindi esprimere valutazioni di proporzionalità, vale a dire di ragionevolezza, perché gli viene imposto di eseguire un automatismo.

Ricordiamo ciò che era stato detto nella prima parte di questo lavoro a proposito degli automatismi: essi non sono ammessi nel nostro ordinamento giuridico come ribadisce la stessa Corte di Cassazione nel 2016 *"la proporzionalità della sanzione disciplinare rispetto ai fatti commessi è, infatti, regola valida per tutto il diritto punitivo (sanzioni penali, amministrative ex lege n.689 del 1981, ecc.) e risulta trasfusa per l'illecito disciplinare nell'art.2106 c.c., con conseguente*

²⁴³ M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, (un commento provvisorio alla schema del decreto) in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -236/2015

*possibilità per il giudice di annullamento della sanzione "eccessiva", proprio per il divieto di automatismi sanzionatori, non essendo, in definitiva, possibile introdurre, con legge o con contratto, sanzioni disciplinari automaticamente consequenziali ad illeciti disciplinari"*²⁴⁴.

Alla luce di quanto appena detto, la norma contenuta nell'art.3, comma 2, del D.L.vo 23/2015 è chiaramente irrazionale e viola il principio di eguaglianza previsto dall'art.3 della nostra Costituzione nell'imporre al giudice di trattare allo stesso modo situazioni che possono essere sostanzialmente molto diverse; possiamo infatti avere lavoratori licenziati con provvedimenti affetti da illegittimità abnormi e provvedimenti contenenti vizi meramente formali: oggi tutti irragionevolmente tutelati con una indennità esigua e di ammontare predeterminato dalla legge.

²⁴⁴ Cf Corte di Cassazione sentenza n.17355 del 25 agosto 2016 in Banca Dati Pluris

5.4 Il quarto sospetto di incostituzionalità verso gli artt. 4 e 35 della Costituzione

Nel 2017 il Tribunale di Roma, III sezione Lavoro, statuisce che l'art. 4 e l'art. 35 della nostra Costituzione non possono ritenersi inverati nel D.L.vo 23 del 2015 che *"sostanzialmente valuta il diritto al lavoro, come strumento di realizzazione della persona e mezzo di emancipazione sociale ed economico, con una quantificazione tanto modesta ed evanescente, in comparazione con la normativa ex lege 92/2012 ancora vigente, ed oltretutto fissa e crescente in base al parametro della mera anzianità; quasi un ripristino di fatto della libertà assoluta di licenziamento (la cui contrarietà alla Costituzione è espressamente affermata nella sentenza n.36/2000 della Corte Costituzionale) che annulla l'effetto vincolistico derivante dall'esistenza di fattispecie autorizzatorie inderogabili (giusta causa e giustificato motivo).*

Le tutele dei licenziamenti, inoltre, hanno una rilevanza che va ben oltre la specifica vicenda del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, poiché sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro. Di più: una tutela efficace nei confronti di un licenziamento ipoteticamente ingiustificato - diritto non a caso espressamente sancito a livello internazionale...- protegge le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc..

Il sistema del Jobs Act.....è all'opposto costruito su una consapevole rottura del principio di uguaglianza e solidarietà nei luoghi di lavoro che non può non spiegare i propri effetti anche sugli altri diritti dei lavoratori costituzionalmente tutelati...." ²⁴⁵.

Si è voluto citare parte del testo della recente ordinanza del Tribunale di Roma, in quanto esprime al meglio la questione di legittimità costituzionale del D.Lvo 23 del 2015.

Il bilanciamento normativo effettuato dal giudice del lavoro di Roma ha tenuto conto, come doveva, dell'esistenza delle fonti normative superiori, soprattutto della nostra Costituzione; inoltre ha guardato alla realtà dei valori in conflitto e alla situazione reale che si trovava a giudicare.

L'art.3, comma 2, della Costituzione è da alcuni giuristi ²⁴⁶ considerato la stella polare per il giudice del lavoro, perché induce a guardare anche gli effetti dell'applicazione delle norme ossia l'impatto che esse possono esplicare sulle persone.

²⁴⁵ Vedi Ordinanza del Tribunale di Roma, III sezione Lavoro, del 26.07.2017, est. Maria Giulia Cosentino, in Banca Dati Pluris

²⁴⁶ Cf. R. RIVERSO, *Contro la disuguaglianza ripartire dalla realtà*, in *Questione Giustizia* n.2 del 2017, pag. 33

5.5 Il quinto sospetto di incostituzionalità verso l'art. 117 della Costituzione

La Repubblica italiana ha da tempo accettato, nell'esercizio della sua potestà legislativa sovrana, i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea e dai trattati internazionali, che sono divenute norme interposte e parametri di costituzionalità del diritto interno ²⁴⁷, in conformità alle previsioni dell'art.117 della Costituzione.

Lo stesso Jobs Act è stato legiferato per obbedire ad una raccomandazione del Consiglio dell'Unione europea dell' 8.7.2014 oltre che ad una strana lettera inviata dalla Banca centrale europea al Governo italiano nello stesso luglio 2014.

È a tutti evidente che il rango giuridico della Carta di Nizza e della Carta sociale europea è ben superiore sia alla raccomandazione sopracitata che alla strana lettera di cui parlarono i notiziari dell'epoca, cui il Governo subito si attenne, giungendo, pochi mesi dopo, alla legge delega 183 del 2014.

Sarebbe quindi giuridicamente irrazionale, scorretto e irregolare conformare il diritto interno ad una raccomandazione e ad una lettera piuttosto che a fonti del diritto sovraordinate come la Carta di Nizza e la Carta sociale europea.

La Carta di Nizza, in base all'art.6 del Trattato di Lisbona, ha un rango giuridico equipollente a quello dei Trattati, per cui il giudice di merito che non ritenga conforme la normativa italiana a quella sovranazionale, può rimettere alla Corte Costituzionale la questione di legittimità in base agli artt.11 e 117, comma 1, della Costituzione, norme per l'appunto riguardanti la limitazione di sovranità dell'ordinamento giuridico italiano in favore di quello dell'Unione europea.

²⁴⁷ Vedi sentenze Corte Costituzionale n.348 del 2007 e n. 349 del 2007 in Banca Dati Pluris

La Carta sociale europea, entrata in vigore nel 1999, ha natura di atto di diritto internazionale. Da allora le norme interne che contrastano con la Carta sociale europea sono da considerarsi incostituzionali per violazione della Costituzione²⁴⁸, in virtù dell'art.117, comma 1, esponendo inoltre l'Italia a procedure di infrazione da parte dell'Unione europea.

La tutela di tipo indennitario prevista dall'art.3, comma 1, del D.L.vo 23 del 2015, contabilizzata in un minimo di 4 mensilità e in un massimo di 24 mensilità, non rappresenta certamente un indennizzo congruo come stabilito dall'art.24 della Carta sociale europea. Si ha dunque una violazione dell'art.24.

Anche la Carta di Nizza all'art.30, intitolato "*Tutela in caso di licenziamento ingiustificato*", afferma che "Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".

Ecco perché i sospetti di incostituzionalità per contrasto con l'art.117 non risultano manifestamente infondati.

²⁴⁸ Vedi sentenza della Corte Costituzionale n.178 del 2015 in Banca Dati Pluris

CONCLUSIONI

Al fine di meglio comprendere come sia stato possibile, oggi, giungere ad una normativa giuslavoristica dai forti sospetti di incostituzionalità, nel lavoro svolto si è ritenuto fondamentale partire da un breve *excursus* sul rapporto tra etica e lavoro, considerato un rapporto connaturale ed ineludibile. Esiste tra loro una comune radice, che consiste nella nozione di razionalità, che abbraccia entrambi e li costringe, in un certo senso, ad agire insieme.

Non c'è, infatti, alcun dubbio che il lavoro umano abbia sempre un valore etico, principalmente per il fatto che colui che lo svolge è una persona umana, titolare di diritti e dignità in se stessa. Questi valori fondamentali e caratterizzanti l'identità del popolo italiano vengono riconosciuti nel Codice di Camaldoli e subito dopo vengono recepiti dalla nostra Costituzione del 1948, importantissima fonte del diritto.

In particolare la Costituzione italiana riconosce importanza primaria sia alla persona umana, la cui essenza è la dignità e la libertà, sia al lavoro, che colloca la persona nella dimensione sociale e gli fornisce i mezzi per condurre un'esistenza libera e dignitosa. La dignità è un valore fondamentale protetto da più norme costituzionali (art.3, art.36, art.41) e così il lavoro (artt.1, 4 e 35), ecco perché il legislatore non può mai emanare una normativa che non tenga conto della protezione di questi valori, che sono inseriti tra le norme costituzionali, tra le prime norme, nella parte della Costituzione intitolata "I principi fondamentali".

Qualche anno dopo l'entrata in vigore della Costituzione fu emanata una normativa giuslavoristica che, oltre a comporre gli interessi contrapposti nel contratto di lavoro, prendeva in considerazione i valori in gioco e tutelava la parte debole del rapporto contrattuale: il prestatore di lavoro.

Si raggiunse realmente una vera tutela per i lavoratori con la legge 300 del 1970, che consentiva la reintegrazione nel posto di lavoro in seguito ad un licenziamento illegittimo, conferendo una particolare forza alla stabilità del posto di lavoro.

La reintegrazione nel posto di lavoro, istituto giuslavoristico corrispondente alla tutela in forma specifica del diritto comune, è l'unica tutela in grado di ripristinare la posizione soggettiva lesa del lavoratore: i padri del diritto del lavoro pensarono che solo la reintegrazione potesse realizzare l'espressione dei valori fondamentali protetti dalla Costituzione, non certo poteva farlo un mero risarcimento del danno.

Nel 2006 la Corte di Cassazione a Sezioni Unite lo afferma autorevolmente nella famosa sentenza n.141 " ...il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost. subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto ad una somma". Solo nel 2012 si inizia a scalfire questa stabilità fino a scardinarla quasi del tutto con l'entrata in vigore del Jobs Act.

Le modifiche apportate alla disciplina dei licenziamenti introducono un apparato sanzionatorio, tendenzialmente indennitario, che vorrebbe essere automatico e predeterminato, nell'ottica complessiva di impedire sempre di più la sostituzione della valutazione del giudice a quella dell'imprenditore.

La Cassazione continua ad esprimere, come nella sentenza n.18418 del 2016, una chiara linea sfavorevole alla tutela indennitaria.

Inoltre si dimostra come, eliminando dalla normativa giuslavoristica la proporzionalità della sanzione all'infrazione, viene compromesso il criterio di ragionevolezza della norma, in accordo con la giurisprudenza di legittimità, quando invece tutto il nostro ordinamento giuridico sia penale che civile è improntato alla proporzionalità delle sanzioni ed alla loro adeguatezza, escludendo gli automatismi sanzionatori.

Dopo il Jobs Act sembrerebbe che al giudice resti solo la possibilità di dichiarare che il licenziamento è illegittimo e applicare la tutela indennitaria nella misura prevista dal D.L.vo 23/2015, art.3, comma 1; il giudice viene privato della sua discrezionalità valutativa, della possibilità di esprimere il suo giudizio; si bandisce il controllo di proporzionalità della sanzione rispetto all'inadempimento. La tutela indennitaria è legata nel suo ammontare necessariamente agli anni di servizio prestati, per cui il ruolo del giudice viene limitato ad un esecutore di una pura operazione matematica obbligata.

Il giudice non può quindi esprimere valutazioni della fattispecie e neanche valutazioni di proporzionalità, vale a dire di ragionevolezza; la norma contenuta nell'art.3 è chiaramente irrazionale e viola il principio di eguaglianza previsto dall'art.3 della nostra Costituzione nell'imporre al giudice di trattare allo stesso modo situazioni che possono essere sostanzialmente molto diverse, facendo nascere forti sospetti di incostituzionalità.

Il nuovo assetto di tutele inevitabilmente condurrà gli operatori del diritto ad individuare nuove vie di tutela per i lavoratori illegittimamente licenziati, come potrebbero essere i rimedi generali di diritto civile: le cd. nullità civilistiche ex art.1418, 2° comma, relative alla illiceità della causa o del motivo, la frode alla legge e l'abuso del diritto, poiché tutelano maggiormente i lavoratori, nonché la tutela di diritto comune.

Resterà decisivo il momento interpretativo che appartiene alla magistratura, nonostante il legislatore abbia seriamente provato a ridurre la funzione valutativa e discrezionale del giudice del lavoro, al fine di non ostacolare la scelta da parte del datore di lavoro di una sanzione sproporzionata al fatto commesso dal lavoratore, quale per l'appunto il licenziamento che, in tale evenienza, si connota *ab origine* come illegittimo. Il giudice è tenuto ad indagare meglio nel caso il licenziamento sia addirittura pretestuoso, discriminatorio o in frode alla legge.

Poiché il legislatore sembra aver dimenticato la Costituzione come fonte del diritto sovraordinata alla legge ordinaria, la dottrina e la giurisprudenza iniziano ad applicare gli istituti del Codice civile, una raccolta normativa del 1942, precedente la stessa Costituzione.

I primi giudici del lavoro iniziano dal 2017 a sollevare la questione di incostituzionalità di alcuni articoli del D.L.vo 23 del 2015, per contrarietà a varie norme costituzionali.

Dalla ricerca che si è condotta è anche emerso che il giudice ha il potere di procedere d'ufficio nel rilevare la nullità del licenziamento quando si tratta di tutelare valori costituzionalmente rilevanti, come da sentenza a Sezioni

Unite della Suprema Corte n.26242 del 2014.

Quando invece si avvarrà delle nullità civilistiche e della reintegrazione in forma specifica, quando disporrà la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, il giudice potrà anche concedere un risarcimento del danno non patrimoniale, in particolare lo si è voluto chiamare per la prima volta "il danno da lesione della dignità della persona" , perché la dignità umana è un valore costituzionalmente protetto, valore ben descritto nella prima parte di questa ricerca.

Si auspica un intervento della Corte Costituzionale per ricondurre presto la normativa giuslavoristica ai doverosi parametri di legittimità costituzionale che sono tipici di una civiltà giuridica come quella italiana.

E per concludere si vuol, a tal proposito, ricordare una dichiarazione della stessa Corte Costituzionale nella sentenza n. 356 del 1996 che così afferma *"In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali"*²⁴⁹.

²⁴⁹ Cf. sentenza Corte Costituzionale n.356 del 1996 in Banca Dati Pluris

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE A., *Il modello sociale costituzionale e la sua attuazione in tempo di crisi*, in *Questione Giustizia* n.3/2015

ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, a cura di C. Natali, Laterza Roma-Bari, 1999

BAGNAI A., in *Quale Europa? Crisi economica e partecipazione democratica*, a cura di V. Lucchese, Collana fedelmente, edizioni Tau, Perugia, 2016

BALDASSARRE A., voce *Iniziativa economica privata*, in *ED*, vol. XII, Milano, 1971

BALLESTRERO M.V., *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lavoro e diritto*, Il Mulino, n.3/2007

BARUCCI P., *Il dibattito sulla Costituzione economica*, in *Democrazia Cristiana e Costituente nella società del dopoguerra: bilancio storiografico e prospettive di ricerca: atti del Convegno tenuto a Milano il 26-28 gennaio 1979*, a cura di G.Rossini, Roma, ed. Cinque Lune, 1980, vol.II

BECCHI P., *Il principio di dignità umana*, Morcelliana, Milano, 2009

BERARDO F., *La dignità umana è intangibile:il dibattito costituente sull'art.1 del Grundgesetz*, in *Quaderni Costituzionali*, 2006

BOLEGO G., *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011

BUFFA F., *Due decisioni importanti del Comitato europeo dei diritti sociali in materia di licenziamento*, in *Questione Giustizia*, Osservatorio internazionale, del 22.03.2017

CALAMANDREI P., *Discorso agli studenti milanesi del 6 gennaio 1955*, Milano

CARINCI F., *Il licenziamento disciplinare all'indomani del D.L.vo 23 del 2015*, Working Paper Adapt, n.176/2015

CARINCI F., *Un contratto alla ricerca della sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (ai sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni*, a cura di F.Carinci- M.Tiraboschi, ADAPT Labour Studies, e-book series n.37, 2015

CARINCI M.T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, vol.XXXVI, Padova, 2005

CARUSO B., *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona" IT, 2015

CASELLI L., *La vita buona nell'economia e nella società.*, Edizioni Lavoro Roma, 2012

CASELLI L.et al., *Umanizzare l'economia*, Cacucci editore, Bari,1999

CELENTANO C., *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, relazione al corso La disciplina dei licenziamenti: un primo bilancio, organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, 13-15 aprile 2015

CESSARI A., *Concezione causale del controllo dei poteri dell'imprenditore*, in A. CESSARI, R. DE LUCA TAMAJO (a cura di) *Dal garantismo al controllo*, Giuffrè, Milano, 1982

CESSARI A., *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in Riv.Dir.Lav., I, 1979

CESTER C., *Trasformazione e conversione dei contratti di lavoro e conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro*, in F.CARINCI (a cura di), Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011, Ipsoa, 2012

CHANGEUX J.P. e RICOEUR P., *La natura e la regola*, Raffaello Cortina ed., Milano, 1999

CHIECO P., *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori*, relazione al XVIII Congresso Aidlass, Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento multi livello, Foggia, 28-30 maggio 2015, in www.aidlass.it

CHIECO P., *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, DLRI, 2015

CICERONE, *De re publica*, II, 43, 69, 2008, edizioni Ciranna

COZZOLI M., *Etica teologale*, Ed S. Paolo, Torino, 2010

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

CRISAFULLI V., *Stato, popolo e governo. Illusioni e delusioni costituzionali*, Giuffrè, Milano, 1985

D'ANTONA M., *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979, pag.13

DE CUPIS A., *Il danno:teoria generale della responsabilità civile*, vol.II, Giuffrè, Milano, 1979

DELFINO M., *Note su Jobs Act, flexicurity e ordinamenti sovranazionali*, in DLM, 2015

DELLI PRISCOLI L., *La diversa protezione di consumatore e imprenditore "debole" e il principio di uguaglianza*, in paper presentato al Convegno "La protezione dei soggetti deboli tra equità ed efficienza", Roma, Università di Roma Tre, 10 febbraio 2012, pagg.1-15

DE LUCA TAMAJO R., *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art.18:una chiave di lettura*, in Riv.it.dir.lav.,2012, I

DE RICCARDIS E., *Libertà e sviluppo. Dal lavoro produttivo alla persona produttrice di senso*, in "Libertà democratiche e sviluppo", a cura di M. Signore e L. Cucurachi, Pensa Multimedia Editore, Lecce, 2012

ESPOSITO C., *La Costituzione italiana. Saggi*, Cedam, Padova, 1954

FIORILLO L., *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L.FIORILLO, A.PERULLI (a cura di), in Contratto a tutele crescenti e Naspi- Decreti legislativi 4 marzo 2015, n.22 e 23, Torino, Giappichelli, pag. 43 e segg

FONTANA G., *Problemi applicativi del'art.18 dello Statuto dei Lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in Riv.It. Dir.Lav., 2014, 1, pag.287; isa

FRANCHI G., *Il codice di Camaldoli, Ezio Vanoni e la nuova terza Via*, in www.rivista.ssef.it

GABRIELE F., *Conclusioni*, in G. RIVOSECCHI, M. ZUPPETTA (a cura di), *Governo dell'economia e diritti fondamentali nell'Unione europea*, Bari,2010, pag. 202.

GARZONI T., *La piazza universale di tutte le professioni del mondo*, a cura di P. Cherchi B. Collina, I Millenni, G. Einaudi ed Torino, 1996

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2000

GHERA E., *L'esecuzione diretta ed indiretta nel diritto del lavoro*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, II, Jovene, Napoli, 1989, pagg.1081-1082

GHERA E., *Le tecniche di tutela:Statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in DLRI, 1999

GHERA E., *Tutela reale e tutela obbligatoria:il licenziamento*, in LD, 1992

GIOVANOLA B., *Etica e economia*, in “Un’economia per l’uomo” L. Bilardo e E. Bordello, Ed Studium Roma , 2011

GIOVANNI PAOLO II, *Laborem exercens*, San Paolo, Milano, 2001, cap II, n.6

GIUBBONI S., *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona. INT-46/2006

GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, WP CSDLE Massimo D'Antona 246/2015.

GOTTARDI D., *Riforme strutturali e prospettiva europea di flexicurity:andata e ritorno*, in Lavoro e Diritto, 2015

GRANDI M., *Lavoro e valori: note sulla prospettiva assiologica di Luigi Mengoni*, in Argomenti di diritto del lavoro, 2006, n.3

GRANDI M., *Persona e contratto di lavoro. Riflessioni storico-critiche sul lavoro come oggetto del contratto di lavoro*, in Argomenti di diritto del lavoro, 1999, n.2

GREENWOOD E., *Attributes of a profession*, in “Social Work”, 2, n. 3, luglio 1957, tradotto in italiano da Emilio D’Orazio e pubblicato nella rivista “etica degli affari e delle professioni ” n.2, 1993

GROSSI P.F., *La dignità nella Costituzione italiana*, in *Diritto e società*, 2008, n.1

ICHINO P., *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo oggettivo con il motivo illecito*, in Riv.It.Dir.Lav., 2013, II

ICHINO P., *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti* (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n.36 e su alcuni suoi precedenti), in Riv.it.dir.lav., 2006, I

MALZANI F., *Ambiente di lavoro e tutela della persona*, Giuffrè, Milano,2014

MARAZZA M., *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, (un commento provvisorio alla schema del decreto) in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -236/2015

MAZZOTTA O., *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2016

MARESCA A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art.18 Statuto dei Lavoratori*, in Riv.It.Dir.Lav., 2012,1

MARIUCCI L., *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, in Quaderni Rassegna Sindacale, n.1, 2015

MARTINES M.P., *Teorie e prassi sull'abuso del diritto*, Cedam, Padova, 2006

MARX K., *Manoscritti economico-filosofici del 1844*, Einaudi, Torino, 1968

MAZZIOTTI F., *Contenuto ed effetti del contratto di lavoro*, casa editrice Jovene, Napoli, 1974.

MENGONI L., *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV. Il contratto di lavoro nel diritto dei paesi membri della CECA, Milano, 1965

MENGONI L., *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1982

MESSINA M., *L'abuso del diritto*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2003

MISCIONE M., *Tutele crescenti: un'ipotesi di rinnovamento del diritto del lavoro*

MORELLI M.R., *In margine ad un'ipotesi di collegamento tra "buona fede obiettiva" ed "abuso del diritto"* (nota a sentenza Cassazione del 21.05.1975, n. 2014), in Giust.civ., 2,1975

NAPOLI M., *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in RIDL, 2003, I

NATOLI U., *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in Dir.Lav., 1956

NATOLI U., *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in Riv.Giu.lav., 1954

NAVARRETTA E., *Art.1344 c.c.- Contratto in frode alla legge*, in Commentario del Codice civile, diretto da E. GABRIELLI, Vol.3 dei Contratti in generale a cura di E. NAVARRETTA e A. ORESTANO, Torino, 2011

NOGLER L., *La disciplina dei licenziamenti individuali*, DLRI, 2007

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, 25-26 maggio 2007, Giuffr , 2008

ONELLO DONI P., *Dottrina sociale della Chiesa*, in "Dizionario delle idee politiche", E. Berti e G. Campanini ed, Ave Ed Roma, 1993

ORLANDINI G., *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale Dir.lav.rel.ind.*, 2012

PAPALEONI M., *La fine del libero licenziamento*, Franco Angeli, 1991

PARONETTO-VALIER M., *Competenza e responsabilit *, Studium ed Roma, 2002

PASSAGNOLI G., *Il contratto illecito*, in G.VETTORI (a cura di), *Regolamento*, vol.II, in *Trattato del contratto*, diretto da V.ROPPO, Milano, 2006

PERINA L.- S.VISON ', *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo:dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art.18*, in *La riforma del mercato del lavoro, Il nuovo diritto del lavoro*, vol. IV, diretto da L.FIORILLO -A.PERULLI, Giappichelli, Torino, 2014

PERLINGERI P., *Manuale di diritto civile*, Napoli, 1997

PERSIANI M., *Diritto della previdenza sociale*, CEDAM, Padova, 2014

PERSIANI M., *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg.Dir.Lav.*, 2013, 1

PERULLI A., *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art.18 Statuto dei Lavoratori. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg.Dir. Lav.* 2012, 4-5

PERULLI A., *La disciplina del licenziamento individuale nel contratto a tutele crescenti. Profili critici*, in *RIDL*, 2015, I

PERULLI A., *Razionalit  e proporzionalit  nel diritto del lavoro*, in *Giornale dir.lav.rel.ind.*, 2005

PICCININI A., PONTERIO C., *La controriforma del lavoro*, in *Questione Giustizia* 2010, n.3

PIEPOLI G., *Dignit  e autonomia privata*, in *Politica del diritto*, 2003

PIROZZOLI A., *Il valore costituzionale della dignità*, Un profilo giurisprudenziale, in *Rassegna parlamentare*, 2007, n. 2

PLATONE, *Repubblica*, I, 331E, in *Platone - Tutti gli scritti*, a cura di G. REALE, Bompiani, Milano, 2001

PONTERIO C., *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Questione Giustizia*, rivista *on line* in www.questionegiustizia.it, sezione Giurisprudenza e Documenti, dell'08.02.2017

PONTERIO C., *Licenziamento illegittimo per assenza di giustificato motivo oggettivo e licenziamento pretestuoso*, *Questioni Giustizia*, 3/2015

PROTO PISANI A., *Diritto del lavoro, dignità della vita*, in *Foro italiano*, 2007, parte V, colonna 6

J. RAWLS, *Una teoria per la giustizia*, tr. It., Feltrinelli Milano, 2004

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, I

RESTIVO C., *Contributo ad una teoria dell'abuso del diritto*, Giuffrè, Milano, 2007

RICOEUR P., *La persona*, Morcelliana, Brescia, 1997

RIVERSO R., *Contro la disuguaglianza ripartire dalla realtà*, in *Questione Giustizia* n.2 del 2017

RIVERSO R., *I licenziamenti disciplinari: irrazionalità normative e rimedi intermedi*, in *Riv.It.Dir.Lav.*, 2013, II

RIVERSO R., *La nuova disciplina dei licenziamenti disciplinari nel Jobs Act*, in *Questione di Giustizia* 3/2015, pag.16

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2012

RODOTÀ S., *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014

ROLLA G., *Il sistema costituzionale italiano*, vol.I, Giuffrè, Milano, 2014

ROMAGNOLI U., in *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, 2009, Roma, Donzelli, pag. 186 ss

ROMAGNOLI U., *Il diritto del lavoro nel prisma del principio di eguaglianza*, in *Riv. Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1997

RUGGERI A.- SPADARO A., *Dignità dell'uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Politica del Diritto*, n.3, 1991

SALVI C., voce *Abuso del diritto*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988

SACCO R., *L'esercizio e l'abuso del diritto*, in *Trattato di diritto civile vol. 2. La parte generale del diritto civile. Il diritto soggettivo*, diretto da R. SACCO, Torino 2001

SANLORENZO R.- PONTERIO C., *E lo chiamano lavoro*, edizioni Gruppo Abele, collana I ricci, 2015

SANTORO PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*, Casa editrice Jovene, Napoli, 1973

SANTORO PASSARELLI F., *Spirito del diritto del lavoro*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Catania*, 1947-48 pag.3 ed ora in *Saggi di diritto civile*, Napoli, 1959

SANTORO PASSARELLI G., *Appunti sulla funzione delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro dopo il Jobs Act*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT - 288/2016

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*, in *Diritto Relazioni Industriali*, n.1/XXIII-2013

SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo:dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, in *Quaderni del CSDNR Roma* n. 1, 2017

SARACINI P., *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Napoli, Editoriale scientifica, 2013

SCALISI M., *Educare al bene comune*, 17 febbraio 2011, in <http://www.meic.net/index.php?id=1662>

SCALISI M., *Educare alla giustizia*, 12 ottobre 2011, in <http://www.meicroma.it/articolo.aspx?id=20>

M. SCALISI, *Etica e giustizia, imperativi del bene comune*, in "Bioetica e cultura" XXI/2 (Luglio-Dicembre), 2012

SCOGNAMIGLIO R., *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990

SEN A., *Lo sviluppo e la libertà*, Mondadori, Milano, 2000

SMITH A., *La ricchezza delle nazioni*, A. Biagiotti e T. Biagiotti, UTET Torino, 2013

SMURAGLIA C., *Il lavoro nella Costituzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, n.2

SMURAGLIA C., *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, pag. 59

SPEZIALE V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP CSDLE Massimo D'Antona, IT -2015

SPEZIALE V., *Mora del creditore e contratto di lavoro*, 1992, Bari, Cacucci,

TAVIANI, *La svolta di Camaldoli*, in *Civitas*, luglio-agosto 1984, 3

TERZI A., *La nuova disciplina dei licenziamenti e le categorie del diritto civile. Una nuova stagione per il diritto del lavoro?*, in *Questione Giustizia*, 2015, 4

TORRENTE A.- SCHLESINGER P., *Manuale di diritto privato*, Milano, 1997

TOTARO F., *Lavoro in "Dizionario delle idee politiche"*, E. Berti e G. Campanini ed, Ave Ed. Roma, 1993

TREU T., *Commento all'art.36 della Costituzione, Rapporti economici*, a cura di G. Branca, t.I, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979

VALLEBONA A., *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2012

VINCENTI U., *Diritti e dignità umana*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2009

VITALI M., *Il licenziamento nullo per illiceità della causa o frode alla legge*, nella rivista *Questione Giustizia on line*, sezione *Giurisprudenza e documenti*, in data 11 ottobre 2017

VON HAYEK F., *Legge, legislazione e libertà*, Il saggiatore, Milano 1989

WEBER M., *L'etica protestante e lo spirito del capitalismo*, Tubingen Leipzig 1905, trad it. BUR, Classici, Biblioteca Universale Rizzoli, Milano, 1991

ZAMAGNI S., *Lavoro, occupazione, economia civile*, in *Ripensare il lavoro: proposte per la Chiesa e per la società*, L.Caselli, Ed. Dehoniane, Bologna, 1998

ZANUSO F., in *Dizionario delle idee politiche*, E. Berti e G. Campanini, Ave Ed Roma, 1993

ZILIO GRANDI G., *Anche la dignità umana ha un prezzo: licenziamento legittimo e art.41, 2° comma, Cost.*, in *Giur.It.*, 1991,2

ZOLI C., *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n.604 del 1966 al d.lgs n.23 del 2015*, in Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo,

ZOLI C., *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto «a tutela crescenti»*, Cedam, 2015

ZOPPOLI L., *Le fonti (dopo il Jobs Act): autonomia ed eteronomia a confronto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT-284/2015

GIURISPRUDENZA DI MERITO

Ordinanza del Tribunale di Milano, Sezione Lavoro, del 27.06.2014, est. Di Lorenzo, in Banca Dati Pluris

Ordinanza Tribunale di Bari del 3.4.2015 est .Pazienza, in Banca Dati Pluris

Sentenza del Tribunale di Roma n. 4517 del 24 giugno 2016 est. Leone, in Banca Dati Pluris

Ordinanza del Tribunale di Vicenza, I sezione Lavoro, n. 687 del 04.07.2016, est. Campo, in Banca Dati Pluris

Ordinanza del Tribunale di Roma, III sezione Lavoro, del 26.07.2017, est. Cosentino, in Banca Dati Pluris

GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ

Corte di Cassazione n.5977 del 29 novembre 1985 in Banca dati Pluris

Corte di Cassazione n.14604 del 20 novembre 2001 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione civile, sez III, n.8827 e 8828 del 31 maggio 2003 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione S.U. n. 141 del 10.1.2006 in Banca dati Pluris

Corte di Cassazione n.11432 del 16 maggio 2006 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 18210 del 3 luglio 2008 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione S.U. n.26972 dell'11 novembre 2008 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 16155 del 9 luglio 2009 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.20106 del 18 settembre 2009 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione sentenza del 18 settembre 2009, n. 20106, in Contratti, n.1 del 2010, pagg. 5 e ss., con commento di G. D'AMICO, *Recesso ad nutum, buona fede e abuso del diritto*, e in Foro it., 2010, I, c. 95, con commento di A. PALMIERI-R. PARDOLESI, *Della serie "a volte ritornano": l'abuso del diritto alla riscossa*

Corte di Cassazione n.1523 del 20 gennaio 2010 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 21965 del 27 ottobre 2010 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 6282 del 18 marzo 2011 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 15157 dell'11 luglio 2011 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.18416 dell'1 agosto 2013 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 23669 del 6 novembre 2014 in Banca dati Pluris

Corte di Cassazione a S.U. n.26242 del 12 dicembre 2014 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 20540 del 13 ottobre 2015 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 2692 dell'11 febbraio 2015, in Foro it., 2015, 3,1

Corte di Cassazione n. 24367 del 30 novembre 2015 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 5173 del 16 marzo 2015 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 12242 del 12 giugno 2015 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 13516 dell'1 luglio 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.25201 del 7 dicembre 2016 in Banca dati Pluris

Corte di Cassazione n. 18409 del 20 settembre 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 6501 del 4 aprile 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.14306 del 13 luglio 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 19185 del 28 settembre 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 5592 del 22 marzo 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.14021 dell'1 settembre 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.22798 del 9 novembre 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 6575 del 5 aprile 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n.17355 del 25 agosto 2016 in Banca dati Pluris

Corte di Cassazione n. 18418 del 20 settembre 2016 in Banca Dati Pluris

Corte di Cassazione n. 10950 del 26 maggio 2016 in Banca Dati Pluris

GIURISPRUDENZA CORTE COSTITUZIONALE

sentenza Corte Costituzionale n.3 del 1957 in Banca dati Pluris

sentenza Corte Costituzionale n. 45 del 6 giugno 1965 in RGL, 1965, II, pag.155

sentenza Corte Costituzionale n. 26 del 23 marzo 1966 in Banca dati Pluris

sentenza Corte Costituzionale n.194 del 1976 in Banca dati Pluris

sentenza Corte Costituzionale n.366 del 23 luglio 1991 in Banca dati Pluris

sentenza Corte Costituzionale n. 160 del 2 aprile 1992, in NGL 1992, pag.242

sentenza Corte Costituzionale n.218 del 2 maggio 1994 in Banca dati Pluris

sentenza Corte Costituzionale n. 291 del 22 luglio 1996, in NGL, 1996, pag.576

sentenza Corte Costituzionale n. 526 del 22 novembre 2000 in Banca dati Pluris

sentenza Corte Costituzionale n.293 del 17 settembre 2000 in Banca dati Pluris

ordinanza Corte Costituzionale n.56 del 10 febbraio 2006 in
<http://www.cortecostituzionale.it>

sentenze Corte Costituzionale n.348 e n. 349 del 24.10.2007 in Banca Dati Pluris

FONTI GIURIDICHE NAZIONALI

CODICE DI CAMALDOLI, Capitolo IV, *Diritto al lavoro;sua dignità*, redatto da E.Vanoni, P. Saraceno e S. Paronetto

I codici di Malines e di Camaldoli, Civitas edizioni, Firenze, 1982

Il Codice Civile del 1942

La Costituzione della Repubblica italiana del 1948

Camera dei Deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblée Costituente*, vol. VIII, 2280

Camera dei Deputati, *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente*, vol. VI, 495

Relazione del Ministro Guardasigilli al Codice Civile, riproduzione anastatica della G.U. del 4 aprile 1942, in *Collana studi storici e giuridici*, diretta da G.Alpa e R. Mazzei, 2010, ed. Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato-Libreria dello Stato

FONTI GIURIDICHE INTERNAZIONALI

Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza) del 2000

Carta sociale europea del 1999

Convenzione ILO n.158/1982

Trattato di Lisbona del 2009

SIGLE E ABBREVIAZIONI

Arg.Dir.Lav	Argomenti di Diritto del Lavoro
art.	articolo
c.c.	codice civile
DLM	Diritto Lavori Mercati
DLRI	Diritto del lavoro e relazioni industriali
D.L.vo	Decreto legislativo
Gior.dir.lav.rel.ind	Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali
Giust.civ.	Giustizia civile
LD	Lavoro e diritto
NGL	Notiziario di Giurisprudenza del Lavoro
Riv.It.Dir.Lav.	Rivista italiana di Diritto del Lavoro
RIDL	Rivista italiana di Diritto del Lavoro
RGL	Rivista Giuridica del Lavoro
Riv.Giu.lav.	Rivista Giuridica del Lavoro
Sent.	sentenza
WP	Working Papers