
*Relazione del Convegno
di presentazione della Rivista
“La legge n. 604 del 1966 a cinquanta anni
dalla sua apparizione”*

Parma, 26 febbraio 2016

Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti

Dismissals and the Law: an (old) question about limits

Lorenzo Zoppoli

Prof. Ordinario di diritto del lavoro dell'Università di Napoli Federico II

ABSTRACT

In occasione dei cinquant'anni della legge 15 luglio 1966 n.604 l'A. analizza la dialettica tra iura e leges nella disciplina dei licenziamenti. La tesi sostenuta è che la riforma del 1966 introduce un nuovo principio (la necessaria giustificazione del licenziamento) ma senza intaccare alcuni importanti principi del passato rinvenibili nel codice civile del 1942. Nel periodo compreso tra il 1970 e il 1990 il legislatore tocca in parte i vecchi principi, ma non per tutti. Restano fuori ad esempio milioni di dipendenti delle piccole imprese (in Italia circa il 90%). Con il Jobs Act la legge intraprende una strada che riconduce al codice civile del 1942, ma senza considerare che il principio introdotto nel 1966 è ormai tutelato da norme di rango costituzionale e dalla stessa legge generale dei contratti.

Parole chiave: Licenziamenti, legge 604/1966, Jobs Act

On occasion of the fifty-year anniversary of the first Italian Act on dismissals (Law 15.7.1966 n° 604), the Author analyses the dialectic between iura and leges in this matter. The proposed thesis is that the 1966 Reform introduced a new principle (the justification of dismissals), without repealing some important principles of the past enshrined in the Civil Code of 1942. In the period 1970-1990, law intervened on some of those principles, even though not for all the workers since millions of workers of the small enterprises were not interested by that reform (in Italy small enterprises are about 90% of the total). Nowadays the so-called Jobs Act tries to come back to the Civil Code, although it does not take into consideration that the principle of the justification of dismissals is currently protected by Constitutional laws and also by the general law of the contracts.

Keywords: Dismissals; Law 604/66; Jobs Act

SOMMARIO

1. Il paradigma originario: zero stabilità e tutela della libertà di impresa. – 2. La svolta del 1966 e le sue deboli radici nella giurisprudenza della Corte costituzionale. – 3. La sopravvivenza del paradigma originario dopo la legge 604. – 4. Gli equilibri ordinamentali negli anni '70 e '80 e la cauta evoluzione giurisprudenziale. – 5. L'apparente progresso nella legislazione degli anni '90 e il ritorno della temporaneità/precarietà. – 6. Mercato e tutela del contraente debole: le presunte novità dei tempi moderni. – 7. Cosa resta nelle ultime riforme della legislazione degli anni '60. – 8. Limiti invalicabili per legislatori di ieri e di oggi.

1. *Il paradigma originario: zero stabilità e tutela della libertà di impresa*

Prima del 1966 nella legislazione italiana non esisteva il licenziamento, come istituto generale riguardante il contratto di lavoro. Esisteva naturalmente il recesso, un negozio “astratto”¹, istituto generale del diritto civile, regolato però in modo speciale dal codice, sulla falsariga della legge sull'impiego privato del 1924. E, come si sa, l'unico limite al potere di recesso (ordinario, fermo restando quello straordinario o in tronco) dei contraenti consisteva nell'obbligo di dare un preavviso. Un limite normativo blando, ma teoricamente basato su più di un principio/argomento, ognuno dotato di grande solidità formale e sostanziale.

Sotto il profilo formale si riteneva che il preavviso fosse l'unica possibile restrizione al principio (ottocentesco) secondo cui nessuno può restare vincolato in perpetuo da un impegno contrattuale (art. 1628/1865 c.c.)².

Inoltre, essendo il contratto di lavoro *ontologicamente* connotato dal carattere fiduciario e infungibile della prestazione lavorativa nonché dall'infungibilità della cooperazione creditoria, ogni altro eventuale vincolo legislativo sarebbe stato ineffettivo, *tamquam non esset*.

¹ Nell'uso di questa nozione bisogna essere ben prudenti, contestandosene non da ora la correttezza concettuale. A metà del secolo scorso il recesso dal contratto di lavoro poteva considerarsi astratto in quanto “libero” (cioè senza necessità di una motivazione) e quindi non soggetta a sindacato giurisdizionale sulla motivazione.

² Mentre in generale “i contratti non possono essere revocati che per mutuo consenso o per cause autorizzate dalla legge” (art. 1123, c.c. 1865): v. M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in L. RIVA SANSEVERINO e G. MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1971, 593. La questione fu ancora oggetto di acceso dibattito nelle giornate di studio Aidlass di Torino del 16-17 maggio 1987 su *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari* (Giuffrè, Milano, 1988) a partire dalle relazioni introduttive di Matteo Dell'Olio e (soprat-tutto) Fabio Mazziotti.

Dal punto di vista sostanziale si può poi ricordare un'efficace (e nota) argomentazione del Barassi del 1917³, secondo cui era necessario evitare il controllo giudiziario sulle cause del licenziamento, "cioè una forma di inquisizione che può degenerare fino a diventare tirannica e che non si sa ... quanto sia compatibile con la necessaria autonomia, di cui i capi di azienda sono gelosissimi"⁴.

Mettendo insieme i tre principi/argomenti viene fuori il paradigma originario della disciplina dei licenziamenti nel diritto del lavoro in formazione: temporaneità del vincolo contrattuale a garanzia della libertà dei contraenti; incoercibilità degli obblighi di fare infungibili a garanzia della libertà del creditore della prestazione lavorativa; pericolosità del controllo giudiziario per la libertà dell'imprenditore. Un paradigma che, partendo dall'astrazione del negozio, approda alla tutela di un interesse quanto mai concreto, l'interesse alla libertà dell'impresa di disporre liberamente della forza-lavoro utilizzata. Per converso era pressoché nulla la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto (*melius* del contratto) di lavoro⁵.

La legge n. 604/1966 – avvalendosi di un solo precedente del 1963, incentrato su una fattispecie caratterizzata da una condizione particolare, contingente⁶ e potentemente evocativa di valori tradizionali ("la famiglia"⁷: il licenziamento delle lavoratrici a causa di matrimonio viene infatti sanzionato dalla l. n. 7 con la nullità – irrompe prepotentemente su questo paradigma. Innanzitutto "nomina" l'atto giuridico, strappandogli la maschera di "negozio astratto". In secondo luogo inserisce molti altri vincoli al potere di recesso del datore di lavoro oltre il preavviso: vincoli formali, procedurali e motivazionali. In terzo

³ L. BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Giuffrè, Milano, 1917, II, 836.

⁴ Questo assunto di Barassi è ritenuto fondamentale anche da O. MAZZOTTA, *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, Torino, 34; e, ancor prima, M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Lavoro, diritto, mutamento sociale*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 17.

⁵ Cui è dedicato l'importante saggio-monografia di Persiani prima citato.

⁶ Il licenziamento si presume disposto per causa di matrimonio "nel periodo intercorrente dal giorno delle richieste delle pubblicazioni di matrimonio, in quanto segua la celebrazione, a un anno dopo la celebrazione stessa". La legge del 1963 è poi confluita nell'art. 35 del t.u. sulle pari opportunità uomo donna, n. 198 del 2006.

⁷ Sulla cui rilevanza generale oggi v. utilmente *Famiglia, lavoro, diritto: combinazioni possibili*, in *Lav.dir.*, 2001, n. 1 (monografico a cura di L. CALAFÀ e D. GOTTARDI). Più di recente v. anche D. GOTTARDI (a cura di), *La conciliazione delle esigenze di cura, vita e lavoro*, Giappichelli, Torino, 2016.

luogo rende sempre invocabile il controllo giudiziario, per di più addossando *ex lege* al datore di lavoro l'onere della prova della motivazione del licenziamento.

Sembra una svolta senza precedenti. Come è stata possibile? E soprattutto era veramente una svolta irreversibile? Il paradigma era stato totalmente smentito e superato dal legislatore? Le *leges* avevano prevalso sugli *iura*⁸?

2. *La svolta del 1966 e le sue deboli radici nella giurisprudenza della Corte costituzionale.*

In effetti i paradigmi non li rovescia il legislatore. Non bastano tre parole per cambiare culture e strutture di potere ben radicate⁹. Perciò occorre ricordare brevemente la lunga marcia che porta alla legge n. 604. Blocco dei licenziamenti post-bellico, sequenza di accordi interconfederali (recepiti anche in d.P.R. ex l. 741/59), diritto internazionale (soprattutto la Carta sociale europea, che, approvata nel 1961, già conteneva indicazioni circa la promozione di un'occupazione "stabile", poi, con il noto art. 24 della medesima Carta riveduta nel 1996, ulteriormente definite e rafforzate), dottrina che da tempo si affannava a criticare tutti gli argomenti posti a base del paradigma originario, un'importante sentenza della Corte costituzionale (45/65).

In particolare la Corte costituzionale, pur sollecitata dalla dottrina, era apparsa assai in difficoltà ad accogliere l'eccezione di incostituzionalità dell'art. 2118 c.c. per contrasto con l'art. 4 Cost. La Corte sottolinea però il superamento ordinamentale del principio della libera recedibilità e l'esigenza (rinvenibile nell'«indirizzo politico di progressiva garanzia del diritto al lavoro») che «il legislatore nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale adegui, sulla base delle valutazioni di sua competenza, la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro, e circondi di doverose garanzie – particolarmente per quanto riguarda i principi fondamentali di libertà sindacale, politica e religiosa – e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti»¹⁰.

⁸ Userò molto in questa riflessione tale contrapposizione dialettica riprendendola, più o meno inalterata, dall'efficace scritto di A. CESSARI, *Iura e Leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Riv. dir. lav.*, 1979, 77 ss. (anche se per Cessari gli *iura* erano altri rispetto a quelli cui io faccio riferimento: v. soprattutto 89 ss. e spec. 97-98).

⁹ V. M. DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 281/2015.

¹⁰ Il riferimento è sempre a Corte cost. 9 giugno 1965, n. 45.

Considerate queste prospettazioni così blande ad opera della Corte costituzionale¹¹, si possono anche meglio comprendere alcune scelte della l. 604, come la debole proceduralizzazione amministrativa del ricorso al licenziamento (art. 7) o l'esclusione dall'ambito di applicazione della legge dei licenziamenti per riduzione di personale (art. 11)¹². E più chiara appare la radice di una distinzione, destinata a durare ed estendersi, tra licenziamenti discriminatori nulli (art. 4) e licenziamenti privi di giusta causa o giustificato motivo considerati annullabili (artt. 3 e 6), con una diversificazione del regime dell'invalidità che sarebbe meno spiegabile se il licenziamento arbitrario fosse in aperto contrasto con una norma costituzionale. Invece più a ridosso degli equilibri raggiunti negli accordi interconfederali è la scelta di prevedere il regime della tutela obbligatoria, con un'indennità compresa tra un minimo di 5 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione (art. 8), e di escludere dal campo di applicazione della legge «i datori di lavoro che occupano fino a 35 dipendenti» (art. 11) nonché i lavoratori che non abbiano la qualifica di impiegato o operaio (cioè i lavoratori domestici e i dirigenti¹³, i lavoratori in prova (art. 10) e quelli che abbiano maturato i requisiti pensionistici o che comunque abbiano più di 65 anni (art. 11).

Con tutti i suoi limiti, la legge del 1966 segna per la regolamentazione del licenziamento la fine dell'epoca della libera recedibilità ed il passaggio ad un regime di diritto speciale nel quale, per dirla ancora con le parole della Corte costituzionale del 1965, «il potere illimitato del datore di lavoro di recedere dal rapporto a tempo indeterminato non costituisce più un principio generale del nostro ordinamento». Secondo la Corte, l'art. 2118 sarebbe «aspetto particolare di una disciplina che, in quanto riguarda tutti i contratti di durata a tempo indeterminato, non concede la dovuta rilevanza alla peculiare natura del rapporto di lavoro ed alla posizione del lavoratore nell'impresa»; la norma può perciò essere dal legislatore «progressivamente ristretta nella sua sfera di effi-

¹¹ V. L. ZOPPOLI, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *Dir. merc. lav.*, 2000, 418 ss.

¹² Che ha poi dato la stura ad una copiosa giurisprudenza diretta a definirne la nozione sotto molteplici aspetti: v. U. CARABELLI, *Crisi, impresa e lavoro*, Cacucci, Bari, 1991; M.G. GAROFALO, *Eccedenze di personale e conflitto*, e S. MAGRINI, *Licenziamenti individuali e collettivi: separatezza e convergenza delle tutele*, in *Licenziamenti collettivi e mobilità*, Atti giornate studio Aidlass 26-27 gennaio 1990, Giuffrè, Milano, 1991.

¹³ Agli apprendisti la legge verrà poi estesa in via interpretativa da un'importante sentenza della Corte cost., 28 novembre 1973, n. 169. Per i dirigenti la questione dei limiti legali ha avuto una storia molto più complessa: vedila riassunta in A. ZOPPOLI, voce *Dirigente (privato e pubblico)*, in *Enc. Dir. Annali*, V, 2012, 535 ss.

cacia», anche perché «l'evoluzione legislativa viene sollecitata [...] da raccomandazioni internazionali» e gli accordi sindacali in materia stipulati in quegli anni «dimostrano che le condizioni economico-sociali del Paese consentono una nuova disciplina».

Dunque una sentenza importante, ma molto prudente. Tre affermazioni in particolare, e con il senno di poi, sembrano proprio preparare il terreno su cui si poggeranno le deboli fondamenta della nuova disciplina del licenziamento: a) i vincoli al licenziamento non hanno un chiaro riscontro nella Costituzione italiana; b) essi possono essere introdotti dal legislatore in quanto vincoli ad un potere del datore di lavoro, ma non sarebbero insiti nella disciplina comune dei contratti a tempo indeterminato; c) è più una sensibilità politico-sociale che un dovere a “consigliare” un'evoluzione legislativa che tenga conto delle dinamiche negoziali sindacali e degli sviluppi degli ordinamenti giuridici sovranazionali. Nessuna delle tre affermazioni appare giuridicamente inconfutabile e nemmeno sufficientemente solida. Perciò si può dire che sin dalle origini la Corte dà un significativo contributo all'edificazione di un nuovo paradigma giuridico del licenziamento dalle basi concettuali e tecniche incerte, che appaiono distaccarsi con difficoltà da una tradizione codicistica che ancora non ha digerito l'innesto dell'imprenditore nel diritto dei contratti e che, in modo pur confuso e contraddittorio, cominciano però a registrare nuove sintonie tra la parte più innovativa dei principi costituzionali e i movimenti della società e della cultura giuridica mondiale.

Alla fine si può concordare con chi ritenne¹⁴ che il legislatore della 604 non fece altro che prendere in qualche modo atto che il paradigma su cui si basava il codice civile del 1942 era “già” in crisi (in effetti nel processo di modernizzazione complessiva tra il 1942 e il 1966 l'Italia compie un balzo che va ben oltre i 24 anni di calendario). E, senza nessuna “improvvisa frattura”¹⁵, adeguò in una certa misura il diritto dello Stato a quanto stava avvenendo da tempo nella cultura giuridica, politica, sociale, fino a lambire i più alti valori costituzionali. Si guardò bene però dal fare salti nel buio, lasciando ad esempio in vigore il modello codicistico che si applicava tale e quale a tutti i datori di lavoro con meno di 35 dipendenti (cioè ben oltre il 90% delle imprese italiane). Si apre così un capitolo di enorme interesse per riflettere sui rapporti tra il licenziamento e la legge, ovvero sui limiti che incontra la legge nell'innovare la disciplina di questo istituto. Riflessioni dalle quali forse si possono trarre utili insegnamenti anche per l'oggi.

¹⁴ V. per tutti il lucido giudizio di A. CESSARI, *op. cit.*, 98.

¹⁵ A. CESSARI, *op. loc. ult. cit.*

3. La sopravvivenza del paradigma originario dopo la legge 604

Il legislatore nel 1966 – ma in fondo, come tra breve si dirà, anche nei successivi 50 anni – evitò di fare davvero i conti con gli argomenti su cui erano basati gli *iura* ancora invocati alla vigilia del 1966. Col senno di poi si rivela davvero fondata un'osservazione generale formulata proprio con riguardo alla disciplina dei licenziamenti: “il valore di ogni norma di diritto positivo corre dal polo della validità formale al polo dell'effettività. I modi di quest'ultima sono essenzialmente determinati dai principi generali e, tra essi, soprattutto dagli *iura*: dai principi non scritti”¹⁶. Il problema sta nell'individuare gli *iura* capaci davvero di incidere sull'effettività delle norme di diritto positivo. A ben vedere gli *iura* in materia di licenziamento attengono ancora ai tre elementi originari: carattere fiduciario dei rapporti di lavoro, incoercibilità degli obblighi di fare infungibili ed eccezionalità del controllo giudiziario. Questi “principi” sono rimasti per tanti versi dentro il nuovo paradigma inaugurato nel 1966. Certamente all'atto dell'approvazione della l. 604, che, rispettosissima degli equilibri espressi dagli accordi interconfederali, conservava, come s'è visto, un rapporto ambiguo con gli artt. 2118 e 2119 c.c., il legislatore optava per un meccanismo sanzionatorio alquanto blando e lasciava fuori dal suo campo di applicazione non solo le piccole imprese, ma anche vari soggetti e, soprattutto, i licenziamenti collettivi.

Pure dopo però, quando la legge n. 604 fu potentemente – seppure a sorpresa e ancora confusamente – integrata dallo Statuto dei lavoratori, i tre pilastri del paradigma ottocentesco rimasero in piedi, affiancati da altre costruzioni legislative e giudiziarie, magari meno alla ribalta, ma continuando a svolgere una funzione frenante di grandissima rilevanza pratica e teorica (anche se i teorici non attribuirono loro tutto il peso che sarebbe stato giusto attribuire).

L'analisi potrebbe e dovrebbe essere molto approfondita. Mi limito a menzionare tre aspetti di grande rilievo: giusta causa¹⁷; tutela reale e non effettiva (o materiale)¹⁸ dalla limitata applicazione¹⁹; orientamento riduzionista del-

¹⁶ Ancora A. CESSARI, *op.cit.*, 98.

¹⁷ Da ultimo, anche per ampi riferimenti alla giurisprudenza degli ultimi venti anni, C. MURENA, *Fiducia e subordinazione. Il lavoro bancario*, Giappichelli, Torino, 2016.

¹⁸ Al riguardo mi appaiono ancora efficacissime le parole di Gino Giugni alle giornate Aidlass del 1987 (cit. in nota 2): «C'è da noi un'eccedenza di tutela, costituita appunto dalla reintegrazione. E credo che se il diritto del lavoro ha un senso come diritto autonomo speciale ... in cui si possono inventare liberamente soluzioni diverse da quelle tradizionali del diritto civile, una volta accertato che è difficile dubitare del fatto che il lavoratore oltre che l'interesse al salario abbia anche l'interesse alla continuità del lavoro, siano ammissibili dispositivi a tutela di questo specifico interesse. E quindi sia prevista la reintegrazione di *carattere materiale*. Se

l'ambito del controllo giudiziario, ma anche poco propenso a favorire altri tipi di controllo sulla veridicità delle motivazioni del licenziamento (salvo il contropotere sindacale, di recente divenuto avallo con scarse contropartite)²⁰.

Una sintesi efficace ed equilibrata di questi sviluppi si può leggere ancora nelle belle pagine di Massimo D'Antona del 1979²¹: regolare il licenziamento come un istituto che bilancia i poteri in azienda può essere realistico e moderno, ma non porta a fare i conti con tutti gli antichi *iura*, che rimangono vitali tanto nella realtà dei rapporti sociali quanto nella cultura giuridica.

Invece la temporaneità del vincolo contrattuale veniva progressivamente superata, soprattutto grazie al legislatore, che già nel 1962 aveva in verità espresso una preferenza per i contratti a tempo indeterminato. Una scelta molto moderna, ma, come si vedrà, tutt'altro che irreversibile. Una scelta però che, oggettivamente, stringendo le maglie delle assunzioni a termine (con un crescente contributo di una giurisprudenza piuttosto incline ad interpretare con severità la legge n. 230/1962), rendeva sempre più cruciale il bilanciamento degli interessi da tutelare con riguardo alla flessibilità in uscita. Perché non c'è dubbio che, com'è stato di recente evidenziato²², c'è un chiaro nesso regolativo tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita.

l'art. 18 ha raggiunto lo scopo? La domanda posta con riferimento al testo normativo non avrebbe senso; essa va posta con riferimento alla storia normativa successiva. Considerando questi 15 anni di storia interpretativa successiva, mi pare che Dell'Olio e Mazziotti concordano su questo punto ed io concordo con loro, *l'art. 18 non ha raggiunto lo scopo*. E quello che è chiamato reintegrazione effettivamente non è reintegrazione e la stabilità reale è stabilità reale ma non è stabilità material» (*op.cit.*, 190-191).

¹⁹ V., per tutti, G. DE SIMONE, *Quale stabilità per chi: la giustificazione delle tutele differenziate*, in M.V. BALLESTRERO (a cura di), *op.cit.*, 53 ss.

²⁰ Da ultimi v. S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012; M.V. BALLESTRERO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell'art. 18 Stat.lav.*, in *Lav.dir.*, 2013, 559 ss.; U. GARGIULO, *Il licenziamento economico alla luce del novellato art. 18*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 87 ss.; A. VISCOMI, *Il licenziamento individuale per motivi economici: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in M. RUSCIANO– L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"– Collective Volumes – 3/2014*, 133 ss.; E. GRAGNOLI, *Il licenziamento individuale per riduzione di personale e le novità normative*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1062 ss. Né il riferimento a serietà, effettività e non pretestuosità, attualità e stabilità della causale economica (su cui v. anche L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in R. DE LUCA TAMAJO-F. BIANCHI D'URSO, *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006, 70 ss.) vale a rendere assai più stringente il controllo giudiziario in materia.

²¹ *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova.

²² P. SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, ESI, Napoli, 2013.

4. *Gli equilibri ordinamentali negli anni '70 e '80 e la cauta evoluzione giurisprudenziale*

In realtà gli anni '70 e '80 sono stati anni in cui si è giocata la grande battaglia sugli equilibri ordinamentali in materia di licenziamento un vero e proprio “punto di rottura” dell'intero diritto del lavoro (e non solo). Una battaglia di cui è stata protagonista soprattutto la giurisprudenza, con scarsi contributi del legislatore ma anche della contrattazione collettiva.

Non è facile dar conto di una mole di contenzioso immane. Si può dire, con enorme approssimazione, che la giurisprudenza, seppure a fatica, ha con prudenza fatto evolvere i troppo timidi equilibri su cui era basata la l. 604 su tanti punti, anche importanti. Ambiti e soggetti esclusi²³, intrecci con altri istituti (prescrizione)²⁴, estensione dei limiti per tipologia di licenziamento (orale, disciplinare e collettivo non rispettoso delle procedure)²⁵, regime pro-

²³ Cfr., fra le altre, Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427; Cass. 23 novembre 1990, n. 11311; Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398; Corte cost. 23 aprile 1998, n. 143, relative al licenziamento intimato nelle imprese di minori dimensioni (v. altresì Corte Cost. 7 Febbraio 2000, n. 46 e 6 febbraio 2003, n. 41); Corte cost. 3 aprile 1987, n. 96 e 23 luglio 1991, n. 364, con riguardo al personale marittimo navigante; Corte cost. 31 gennaio 1991, n. 41 per il personale aereo; nuovamente Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427, nonché 1 luglio 1992, n. 309 per i dirigenti; Corte cost. 14 luglio 1971, n. 174 e 7 luglio 1986, n. 176, in relazione ai lavoratori ultrasessantacinquenni non pensionanti od in possesso dei requisiti di legge per aver diritto alla pensione di vecchiaia, nonché Corte cost. 18 giugno 1986, n. 137 e Cass. 23 novembre 1990, n. 11311 in riferimento al licenziamento della donna lavoratrice al compimento del sessantesimo anno di età; ancora, la già citata Corte cost. 28 novembre 1973, n. 169, riguardante gli apprendisti.

²⁴ V. sp. Corte cost. 10 giugno 1966, n. 63 (ma anche 20 novembre 1969, n. 143; 29 aprile, 1971, n. 86; 12 dicembre 1972, n. 174; cfr., altresì, fra le pronunce di legittimità, Cass., Sez. Un., 12 aprile 1976, n. 1268, in *Mass. giur. lav.*, 1976, n. 190; Cass. Sez.Un. 13 febbraio 1984, n. 1073, in *Or. giur. lav.*, 1984, 950; Cass. 26 agosto 1986, n. 5232; e, ancora, Cass. 8 novembre 1995, n. 11615, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 429, con nota di C. ZOLI; Cass. 12 gennaio 2002, n. 325, in *Foro it.*, 2002, I, 1027; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23227, in *Mass. giust. civ.*, 2004, 12; Cass. 23 gennaio 2009, n. 1717, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 160; Cass. 28 marzo 2012, n. 4942, in *Mass. giust. civ.*, 2012, 3, 409.

²⁵ Con riguardo al licenziamento orale, oltre a Corte Cost. 23 novembre 1994, n. 398, si segnalano quelle pronunce di legittimità che sanciscono la nullità (talune parlano di “radicale inefficacia”) del licenziamento non comunicato per iscritto: tra le altre, Cass., Sez.Un., 18 ottobre 1982, n. 5394, in *Giust. civ.*, 1983, I, 869; Cass. 28 gennaio 1987, n. 829; Cass. 29 novembre 1996, n. 10697; Cass. 4 giugno 1999, n. 5519; Cass. 27 febbraio 2003, n. 3022; Cass. 20 maggio 2005, n. 10651; Cass. 27 agosto 2007, n. 18087; Cass. 1 agosto 2007, n. 16955; Cass. 21 settembre 2011, n. 19236; Cass. 10 settembre 2012, n. 15106, consultabili in *Dejure*. Ancora, si richiama quell'orientamento che sottrae il licenziamento non intimato per iscritto

batorio²⁶. Ma nonostante gli sforzi la giurisprudenza non è riuscita ad intaccare

all'applicazione del termine di decadenza di sessanta giorni: tra le altre, Cass., Sez. Un., 18 ottobre, 1982, n. 5394, cit.; Cass. 23 novembre 1982, n. 6313, in *Mass. giust. civ.*, 1982, 10-11; Cass., Sez.Un., 2 marzo 1987, n. 2180, in *Giust. civ.*, 1987, I, 1055; Cass. 10 luglio 1991, n. 7610, in *Not. giur. lav.*, 1991, 616; Cass. 29 novembre 1996, n. 10697, cit.; Cass. 4 giugno 1999, n. 5519, cit.; Cass. 21 marzo 2000, n. 3345, in *Not. giur. lav.*, 2000, 485 (v. altresì, in tal senso, la recentissima Cass. 9 novembre 2015, n. 22825, in *Mass. giust. civ.*, 2015). Con riguardo al licenziamento disciplinare, v., in relazione, in particolare, all'estensione applicativa delle garanzie ex art. 7 Stat. lav., Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204, nonché Cass. 7 novembre 1983, n. 6579, in *Foro it.*, 1984, I, 999, e, soprattutto, Cass., Sez.Un., 1 giugno 1987, n. 4823, in *Foro it.*, 1987, I, 2031. Ancora, si segnalano quelle pronunce che ricollegano alla mancata attuazione delle garanzie statutarie la nullità del licenziamento, o, comunque, l'applicabilità della tutela reale: Cass. 22 gennaio 1991, n. 542, in *Foro it.*, 1992, 1142; Cass. 25 settembre 1991, n. 9993, in *Or. giur. lav.*, 1992, 674 (v. altresì Cass. 27 agosto 2002, n. 12579 e 19 gennaio 2005, n. 996). In relazione, infine, al licenziamento collettivo, v., con riguardo alla l. 223/1991, quelle pronunce orientate verso il rigoroso rispetto della regolarità formale della procedura: tra le altre, Cass. 18 novembre 1997, n. 11465, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 627, con nota di M.L. VALLAURI; Cass. 21 luglio 1998, n. 7169, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 692; Cass., Sez. Un., 22 aprile 1998, n. 4121, in *Foro it.*, 1998, I, 2125; Cass., Sez. Un., 13 giugno 2000, n. 419, in *Lav. giur.*, 2001, 247, con nota di G. FERRAÙ; Cass., Sez. Un., 27 giugno 2000, n. 461, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, II, con nota di M. PAPALEONI; Cass. 2 marzo 2009, n. 5032, in *Diritto&Giustizia online*, 2009. Precedentemente all'entrata in vigore della l. 223, la giurisprudenza di legittimità propendeva, tendenzialmente, per la conversione del licenziamento "intimato come" collettivo in licenziamenti individuali plurimi in caso di vizi procedurali attinenti al coinvolgimento degli attori sindacali (contra, ad es., Cass. 28 ottobre 1999, n. 6399, in *Mass. giust. civ.*, 1983, 9; in senso più ampio, v. Cass. 6 febbraio 1987, n. 1230, in *Mass. giust. civ.*, 1987, 2; Cass. 22 dicembre 1976, n. 4723, in *Or. giur. lav.*, 1977, 1219) con applicabilità, dunque, del relativo regime, mentre alla violazione dei criteri di scelta stabiliti dagli accordi interconfederali conseguiva il diritto al risarcimento del danno (cfr., tra le altre, Cass. 3 settembre 1980, n. 5086; Cass. 12 novembre 1980, n. 6066; Cass. 17 novembre 1980, n. 6127; Cass. 13 febbraio 1982, n. 922; Cass. 20 marzo 1985, n. 2056; Cass. 6 dicembre 1985, n. 6157; Cass. 18 gennaio 1986, n. 324; Cass. 6 febbraio 1987, n. 1230, consultabili in *Dejure* – ma v., in senso più rigido, maggiormente garantista per i lavoratori, alcune pronunce di merito quali Pret. Roma 18 dicembre 1979, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 1011; Trib. Milano 29 settembre 1984, in *Lav.80*, 1985, 274). V. anche quelle pronunce che subordinano esplicitamente la «validità ed efficacia» del licenziamento collettivo per riduzione di personale al rispetto tanto dei criteri di scelta quanto del preventivo esperimento delle procedure conciliative (ad es. Cass. 28 novembre 1984, n. 6212, in *Mass. giust. civ.*, 1984, 11).

²⁶ V. Corte Cost. 14 luglio 1971, n. 174 e 7 luglio 1986, n. 176 sull'applicabilità, in particolare, dell'art. 5 l. 604/66 ai lavoratori che abbiano compiuto il sessantacinquesimo anno di età e non siano pensionati o in possesso dei requisiti di legge per avere diritto alla pensione di vecchiaia. Cfr. altresì quelle sentenze che pongono in capo al datore l'onere di provare i requisiti dimensionali dell'impresa al fine di escludere l'applicabilità della tutela reale, in particolare Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Giust. civ.*, 2007, 5, I, 1239, e, ancor prima, Cass. 16 novembre 1978, n. 5320, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, 98; Cass. 9 ottobre 1980, n. 5423, in

davvero i due pilastri della fiduciarità e dell'incoercibilità degli obblighi di fare. Mentre, alla fin dei conti, il controllo giudiziario ha sempre di buon grado aggirato la questione della "tirannia" verso l'imprenditore. Cedendo spesso e volentieri il passo al controllo sindacale²⁷, non sempre efficace e talora collusivo.

Un discorso a parte meriterebbe forse la giurisprudenza costituzionale, che, come si è visto, porta sin dall'inizio molte responsabilità nella distruzione/costruzione dei principi di diritto in materia. Anche qui, con una brutale sintesi, si può dire che, piaccia o non piaccia, la Corte ha sempre accuratamente evitato di porsi all'avanguardia, avallando le scelte legislative via via maturate. Non so se sarà così in futuro. Ma, sulla scorta dell'esperienza di mezzo secolo, dalla Corte costituzionale non c'è da attendersi in materia stravolgenti delle scelte legislative. Almeno fino a che esse si pongono in sintonia con l'evoluzione dell'ordinamento giuridico, peraltro sempre più multilivello e policentrico²⁸.

A tal riguardo sia consentita una precisazione di carattere generale. Mi pare difficile che la questione del giudizio di conformità delle innovazioni legislative a principi e regole costituzionali possa essere risolta in modo convincente e innovativo solo partendo da brillanti ricostruzioni che, peraltro condivisibilmente, distinguono la Carta costituzionale e l'ordinamento costituzionale, considerando il secondo la risultante dell'interazione del testo costituzionale con il contesto normativo – non "necessariamente e formalmente costituzionale" – e con il "contesto politico-sociale e politico-culturale, entro cui si produ-

Mass. giust. civ., 1980, 10; Cass. 1° settembre 1999, n. 613, in *Or. giur. lav.*, 1999, I, 176 e Cass. 17 maggio 2002, n. 7227, in *Giur.it.*, 2003, 456 (in tal senso, più di recente, v. altresì Cass. 11 febbraio 2014, n. 3026, in *Mass. giust. civ.*, 2014, nonché Cass. 19 gennaio 2016, n. 819, in *Diritto&Giustizia*, 2016, 20 gennaio). Si segnalano, da ultimo, anche quelle sentenze che, in materia di licenziamento orale, nel caso di contrasto tra la prospettazione del dipendente e quella del datore di lavoro, che deduca la sussistenza di dimissioni del primo, precisano come sul prestatore gravi solo l'onere di dimostrare l'esistenza del rapporto di lavoro e la sua estromissione dallo stesso, mentre sul datore ricade la prova dei fatti su cui si fonda la sua eccezione: *ex multis*, Cass. 13 aprile 2000, n. 4760; Cass. 20 novembre 2000, n. 14977; Cass. 8 novembre 2004, n. 21250; Cass. 13 aprile 2005, n. 7614; Cass. 20 maggio 2005, n. 10651, cit.; Cass. 27 agosto 2007, n. 18087, cit.; Cass. 11 giugno 2010, n. 14082; Cass. 21 settembre 2011, n. 19236, cit.; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22542; Cass. 5 maggio 2015, n. 8927, tutte consultabili in *Dejure*.

²⁷ V. G. NATULLO, *Il licenziamento collettivo. Interessi, procedure, tutele*, Giuffrè, Milano, 2004.

²⁸ Per riflessioni recenti v. S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 246/2015; A. ZOPPOLI, *Rilevanza costituzionale della tutela reale e tecnica del bilanciamento nel contratto a tutele crescenti*, in *Dir. lav. merc.*, 2015, 291 ss.

ce il riconoscimento dei principi costituzionali fondamentali”²⁹. Il parametro per valutare la costituzionalità di una disciplina non può, infatti, che rimanere un testo normativo di rango costituzionale, da ricostruire tenendo conto di tutti i circuiti, anche parzialmente nuovi o inediti, che possono incidere su quel testo e che non possono certo essere ricondotti più solo alle fonti legislative nazionali, ma devono tenere appunto conto degli intrecci tra ordinamenti di diversa ampiezza, del dialogo tra le alte Corti, persino del mutamento delle categorie giuridiche che incidono sui significati testuali. Ma il giudizio di costituzionalità non può prescindere dall’individuazione di un enunciato normativo di rango costituzionale da assumere a parametro della motivazione. La legislazione ordinaria non può portare a modifiche dell’ordinamento costituzionale che non siano compatibili con gli enunciati di rango costituzionale, pur ricostruiti tenendo separati i “cristalli del formalismo legale dal magma della pratica giuridica vivente”³⁰.

5. *L’apparente progresso nella legislazione degli anni ’90 e il ritorno della temporaneità/precarietà*

Dagli inizi degli anni ’90 in effetti torna in campo il legislatore, anche per evitare iniziative popolari sull’art. 18 Stat.lav. dall’esito incerto (ma, sulla scorta dei malumori globali dei primi anni ’90 verso l’*establishment* dell’epoca, pericolosamente incline ad ampliare i vincoli al potere di licenziare) o eccessive sanzioni da parte della Cee, ormai spazientita quanto alla disciplina dei licenziamenti collettivi.

La nuova risposta legislativa ruota in fondo ancora intorno agli equilibri della l. 604. Si generalizza la tutela obbligatoria, alzando la soglia numerica delle imprese comprese nella tutela reale senza però toccare la nozione statutaria di unità produttiva. Un bizantinismo sempre più scriteriato, ma avallato an-

²⁹ Si allude alle note teorie di Augusto Barbera (da ultimo riassunte nella voce *Costituzione della Repubblica italiana*, in *Enc. dir., Annali*, VIII, Giuffrè, Milano, 2015, 265), riprese da ultimo da F. ROSELLI, *Le nuove tutele contro i licenziamenti illegittimi. Incidenza sull’ordinamento costituzionale?*, in *Giust. civ.*, 2015, 746.

³⁰ P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, 2015, La Terza, Roma-Bari, 80, cit. da F. ROSELLI, *op.cit.*, 748. Ma v. anche R. BIN, *Che cos’è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2007, 11 ss.; O. CHESSA, *Cos’è la Costituzione*, in *Quad. cost.*, 2008, 441 ss.; A. BARBERA, *Ordinamento costituzionale e carte costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2010, 311 ss.; R. DICKMANN, *Costituzione e contesto costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2010, 37 ss.; G. AZZARITI, *Il costituzionalismo moderno può sopravvivere?*, La Terza, Roma-Bari, 2013.

cora una volta dalla Corte Costituzionale³¹. Che fa il paio con la facoltà riconosciuta al lavoratore di monetizzare la tutela reale. Mentre la “questione fiduciaria” resta in balia delle incertezze giurisprudenziali.

Quanto al licenziamento collettivo, la legge del 1991 valorizza procedure e controlli sindacali, lasciando spazio ad un’acausalità sintonica con la marginalizzazione del controllo giudiziario (che infatti si appunterà su requisiti formali/procedurali)³². Per il resto la tutela pragmatica contro la disoccupazione causata dalle crisi d’impresa si incentra sempre più sulla Cassa integrazione e, invenzione preziosa, sulle liste di mobilità corredate di relativa (lunga) indennità.

Sembra così che si esca dagli anni ’80 con equilibri legislativi più avanzati a tutela dell’interesse alla conservazione del posto di lavoro. Ma è un’illusione: il paradigma originario resta ed è anzi più forte, perché il modello generalizzato nelle imprese private è quello della tutela obbligatoria. Dopo il ’90 la tutela reale infatti copre più lavoratori solo perché le poche grandi imprese rispetto alle tante piccole occupano un numero proporzionalmente più grande di dipendenti. Ma aveva visto giusto chi in quegli anni aveva cominciato a parlare di una cittadella fortificata³³: la tutela reale riguardava comunque una minoranza di cittadini, escludendo piccoli imprenditori e occupati nelle piccole imprese, parasubordinati in crescita e, ovviamente, disoccupati, inoccupati, ecc.

L’interesse alla conservazione del posto di lavoro viene tutelato in modo abbastanza serio solo per una minoranza. Una minoranza protetta dai sindacati e dalla sinistra, ma che, in un’Italia ormai in declino, appare sempre più come un’area privilegiata e non come un’avanguardia di più avanzate conquiste da generalizzare. Un tema ghiottissimo per costruirci le fortune di una maggioranza di centro-destra. Che diventa ancora più “ghiotto” quando il diritto del lavoro ingloba, agli inizi degli anni ’90, anche un’ampia fetta del pubblico impiego, suscitando attese miracolistiche che svaniranno nel successivo decennio³⁴.

³¹ V. G. DE SIMONE, *op. loc. ult. cit.*

³² V. per tutti G. FERRARO, *I licenziamenti collettivi nel Jobs Act*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, n. 14, 2015, 101 ss.; G. NATULLO, *Tutele collettive versus tutele individuali nella riforma dei licenziamenti collettivi (L. n. 92/12)*, in *Studi in memoria di Gianni Garofalo*, Cacucci, Bari, 2015; M. CERBONE, *Accordi sindacali e ruolo del giudice nella nuova disciplina dei licenziamenti collettivi*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 435 ss.; S. BRUN, *op.cit.*

³³ V. B. TRENTIN, *La città del lavoro: sinistra e crisi del fordismo*, Feltrinelli, Milano, 1998.

³⁴ Ancor oggi ci si affanna in questa area ad adeguare le leggi in tema di licenziamento

Stupisce poco allora che dagli inizi del nuovo millennio l'obiettivo dei liberisti di ogni colore diventi l'art. 18 St. lav., una vera e propria sineddoche che in una confusa furia iconoclasta, alimentata ad arte dai mass-media, può trascinarsi pure la legge 604. In realtà sul punto specifico i risultati per il centro-destra, al governo del paese per quasi un ventennio, saranno magri proprio sul piano legislativo. Sostanzialmente una progressiva formalizzazione del permanere degli elementi dell'originario paradigma che convive con una sempre più intoccabile legge n. 604. Tuttavia è quanto basta per mantenere viva la prospettiva di un ritorno al passato.

Anche perché intanto fa passi avanti una vera novità, il progressivo recupero dell'unico elemento dell'originario paradigma giuslavoristico che si era davvero offuscato: la temporaneità del vincolo contrattuale, che, a partire dal 2001 (ma con una decisa accelerazione dal 2012³⁵, torna soprattutto come valore per l'imprenditore sempre più garantito dal legislatore. In un contratto di lavoro di nuovo molto sbilanciato, ma che serve a dare qualche prospettiva occupazionale agli *outsiders* esclusi dalla cittadella.

6. Mercato e tutela del contraente debole: le presunte novità dei tempi moderni.

Proprio il recupero di questo pilastro del paradigma originario stupisce più degli altri. Stupisce, in particolare, per il modo in cui sta penetrando nella riflessione dottrinale più moderna, cioè quella che si pone con più convinzione il problema di una stretta aderenza della regolazione legislativa alla realtà, richiamandosi ad una concezione di marxiana memoria secondo cui il diritto è solo una sovrastruttura³⁶. Ora la realtà degli odierni rapporti di lavoro sarebbe

quando ad essere diversi sono gli *iura*. Da ultimo v. A. Boscati, *Il campo di applicazione del d.lgs. 23/2015 e il nodo del pubblico impiego*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, Padova, 2016, 143 ss.; L. FIORILLO, *La tutela da licenziamento nel lavoro pubblico contrattualizzato: la Cassazione applica il nuovo testo dell'art. 18 l. n. 300/1970, una parte (minoritaria) della giurisprudenza di merito dissente*, note a Cass. 26 novembre 2015, n. 24157 e a Trib. Roma 1 dicembre 2015, in *Dir. lav. merc.*, 2016, 1.

³⁵ Solo con la legge n. 92/2012 infatti comincia a venire davvero meno il controllo giudiziario sulla ragione dell'apposizione del termine.

³⁶ B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. CARUSO-G. FONTANA (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto tra costituzionalisti e giuslavoristi*, Il Mulino, Bologna, 2015 (ma già in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.INT- 111/2014).

sempre meno espressiva di un bisogno di tutela dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro per ragioni tecnologiche, organizzative, di apertura dei mercati globali, di composizione socio-culturale della forza lavoro³⁷. Chi guarda al riflesso giuridico, conclude: “sembra in definitiva profilarsi il superamento della contrapposizione tra parti contrattuali, forte e debole. Entrambi i soggetti del rapporto di lavoro appaiono deboli per cause diverse: uno per la posizione socio-economica; l'altro per le difficoltà di sopravvivenza nel mercato”³⁸. Proprio tali considerazioni possono avere una portata sistematica dirompente sotto il profilo giuridico se solo si considera che la “debolezza” contrattuale nella riflessione teorica come nella argomentazione giurisprudenziale ha una valenza transtipica in grado di alterare in profondità gradualità e incisività delle tutele generali e/o speciali.

Al riguardo, se proprio vogliamo cimentarci con categorie extragiuridiche, sono allora necessarie alcune precisazioni generali, anche a costo di qualche digressione.

Si può cominciare con dire che il diritto è sì una sovrastruttura, ma non nel senso che è irrilevante nel condizionare i rapporti socio-economici o che viene meccanicisticamente determinato da altre dinamiche. Il diritto è una sovrastruttura perché non corrisponde perfettamente alla realtà socio-economica, non la esaurisce, non la spiega. È frutto di equilibri che si determinano altrove, cioè fuori del mondo delle norme; è uno dei possibili strumenti della politica, che può essere utilizzato in molteplici direzioni e con modalità diverse, risultando diversamente efficace ed effettivo. In questi termini chi potrebbe dar torto al filosofo tedesco? Ma dire che il diritto *in quanto sovrastruttura* deve adeguarsi alla realtà socio-economica, deve esserne una scrittura pedissequa, deve “mimare” il mercato non ha niente a che vedere con il pensiero marxiano³⁹. È una prescrizione di un'altra corrente di pensiero della scienza economica, nota come analisi economica del diritto e nemmeno la esaurisce. Infatti, la interpreta in un'accezione ultraliberista, secondo cui l'unica fonte del diritto deve essere la *lex mercatoria*.

Si tratta di una posizione legittima e rispettabile. Ma occorre essere chiari:

³⁷ Così B. CARUSO, *op. loc. cit.* Ma anche L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, in L. CORAZZA-R. ROMEI (a cura di), *Il diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 139 ss., almeno nella prima parte del saggio.

³⁸ F. ROSELLI, *op. cit.*, 754.

³⁹ Forse neanche con quello rivisitato dai più accaniti “strutturalisti” alla Louis Althusser. Per una recente rivisitazione del dibattito su soggettivismo e strutturalismo nella teoria e pratica marxista v. A. BADIOU, M. GAUCHET, *Che fare? Dialogo sul comunismo, il capitalismo e il futuro della democrazia?*, in *Micromega*, 2016, n. 1, 21 ss.

in tema di licenziamento così si torna di filato al Barassi del 1917. Essendo oggi ancora meno dubbio che una disciplina vincolistica del licenziamento, che comporta un controllo esterno da parte di un organo giudiziario o da parte di qualche altra autorità “terza”, sia “compatibile con la necessaria autonomia, di cui i capi di azienda sono gelosissimi”. Dopo cinquant’anni dall’approvazione della legge n. 604 è ben chiaro che questa compatibilità non c’è e non ci può essere. La questione concettuale che incide sul baricentro delle tutele contrattuali continua però ad essere questa: quale spazio riconoscere all’interesse datoriale di poter recedere *ad nutum*? E dinanzi a questa domanda non si può sostenere che il datore di lavoro/impresa oggi è contraente debole perché “esposto ai rischi del mercato”. Questa è semplicemente la scoperta dell’acqua calda, non ha nemmeno un barlume di novità. Ben diverso è dire che nel diritto dei contratti in generale sta prendendo piede da una ventina d’anni una generale riconsiderazione dei contratti asimmetrici nei quali non solo il consumatore ma anche l’imprenditore può assumere le fattezze del contraente debole⁴⁰. Ma si tratta di evoluzioni che riguardano essenzialmente la disciplina dei soggetti nel mercato, evoluzioni complesse, da seguire con attenzione a dinamiche specifiche riguardanti la “dipendenza economica” generata dai mercati e i suoi riflessi sulle “asimmetrie giuridicamente rilevanti”. Tutto ciò poco ha a che vedere con una relazione ancora tipicamente “asimmetrica” come quella tra lavoratore e datore di lavoro/impresa.

In questo specifico ambito sarebbe assurdo non tener conto inoltre del fatto che l’ordinamento giuridico italiano non ha ignorato né ignora la necessità di intervenire con tutele *ad hoc* quando l’impresa si trova in condizioni di difficoltà sui mercati. Si tratta di situazioni anomale e transitorie, dovute a crisi o turbolenze che possono essere fisiologiche o patologiche e che aprono la strada ad interventi di vario genere, ivi compresa la Cassa integrazione, il prepensionamento, il credito agevolato, ecc. Se, con riguardo a questa faccia del problema, si vuole mettere in risalto che le risorse pubbliche (e private) destinabili a tali interventi sono sempre più scarse, si può cogliere una parziale verità e quindi osservare che l’impresa in condizione di debolezza “economica” è meno tutelata che in passato e quindi sarà costretta a disfarsi più facilmente dei suoi dipendenti. Ma questa problematica non incide sulla perdurante “asimmetria” all’interno del contratto di lavoro; piuttosto rivela una prefe-

⁴⁰ E. ROPPO, intervento al convegno *Squilibrio contrattuale e tutela del contraente debole*, Roma 20 ottobre 2010, Aula Magna della Corte di Cassazione (consultabile in rete). Tra l’altro al riguardo si segnala preliminarmente come “il tema da affrontare è di enorme respiro ed impone di ripensare come possa il diritto dei contratti spostare il suo asse dall’idea di libertà a quella di giustizia (contrattuale)”.

renza verso la tutela dei cittadini disoccupati (alla quale probabilmente è possibile destinare meno risorse anche perché i tagli a risorse di carattere assistenziale vengono meglio tollerati dall'opinione pubblica e dai sindacati) anziché verso la difesa di posti di lavoro esistenti ma in bilico, una difesa che di certo impone tutele più onerose.

E a poco rileva che, sul versante delle imprese in salute, si moltiplichino contesti aziendali in cui i rapporti sono spersonalizzati o il licenziamento come *extrema ratio* fa parte delle politiche aziendali. Da un lato è proprio la "spersonalizzazione" che, eliminando qualunque rilevanza anche biunivoca della fiducia, richiede regole a tutela di interessi meritevoli di tutela (quello alla conservazione del posto di lavoro sicuramente lo è). Al massimo ci sarebbe da chiedersi se funzioni ancora in modo equilibrato il rapporto fiduciario (personalizzato) nelle realtà di piccole imprese⁴¹ dove il licenziamento in Italia non è mai stato granché vincolato e, dopo il *Jobs Act*, lo è ancor meno⁴².

Dall'altro lato, si può essere certo lieti che in un numero crescente di imprese si sposino filosofie gestionali in cui il lavoro umano è una risorsa da coltivare fino in fondo⁴³. Ma ciò non toglie che la rottura unilaterale del contratto possa essere una vicenda traumatica e non condivisa tra le parti e che «l'interesse alla conservazione del posto può acquistare rilievo, ed ottenere ... rilievo, solo in quanto contrapposto all'interesse del datore di lavoro»⁴⁴.

Ciò detto penso anch'io che l'interesse alla conservazione del posto di lavoro, moderatamente declinato come tutela della stabilità, oggi assuma e debba assumere connotati diversi da quelli di 50 anni fa. Indubbiamente "la precarietà non è una categoria astratta, statica, giuridicamente definibile, ma va costruita a ridosso dello specifico modo di lavorare e al tipo di contratto non standard che accompagna il lavoratore precario in carne e ossa"⁴⁵. E questo sacrosanto rilievo può indurre ad articolare i rimedi contro la precarietà, adeguando norme e tutele alle condizioni soggettive e oggettive, spesso determi-

⁴¹ L. GAETA, *op. cit.*, 155.

⁴² V. F. SANTONI, *Il campo di applicazione della disciplina dei licenziamenti nel d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, n. 14, 2015, 126 ss.

⁴³ Lo rileva B. CARUSO, *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 265/2015, 25 ss.; ma v. anche RAOUL C.D. NACAMULLI, *Modelli organizzativi ad alta performance e sindacati: i contratti di produttività di seconda generazione*, in *Dir. lav. merc.*, 2014, 437 ss.; nonché le equilibrate considerazioni tratte dall'esperienza quotidiana di E. RISSO, *La lotta di classe per il benessere organizzativo*, ne *l'Unità* del 14.2.2016.

⁴⁴ M. PERSIANI, *op. cit.*, 603.

⁴⁵ B. CARUSO, *Nuove traiettorie*, cit., 19.

nate dalle dinamiche di mercato. E relativizzando la nozione di “stabilità” meritevole di tutela.

Da qui però a sostenere che il diritto del lavoro possa restare lo stesso, anzi, godere di una lunga vita come sistema giuridico alla ricerca di nuovi bilanciamenti tra interessi, diritti fondamentali ed esigenze dell’impresa, marginalizzando la tutela dell’interesse alla conservazione del posto/contratto di lavoro (*id est* della stabilità) mi pare che ce ne corra. Né è il caso di inneggiare a nuovi paradigmi se la stabilità assume nel mondo giuridico le fattezze di un “disvalore”⁴⁶. Si tratta soltanto della riesumazione o resurrezione del vecchio paradigma. O forse solo della liberazione di un vecchio malato da bende e stampelle che ne vincolavano i movimenti liberi. Servirà a restituirgli la giovinezza?

7. Cosa resta nelle ultime riforme della legislazione degli anni '60

Arriviamo così alla contemporaneità. Ormai il legislatore di oggi ha poco in comune con quello del 1966. Diciamo che essenzialmente fa fatica a cancellarlo. Tant’è che, dopo due riforme (2012/2015) esplicitamente dirette a ridurre la tutela dell’interesse alla conservazione del posto di lavoro e, meno esplicitamente, volte a recuperare l’originario paradigma in materia, infuria la polemica su quanto le recenti leggi, incentrate sui meccanismi sanzionatori, abbiano inciso su procedure, causali, ambiti definiti direttamente o indirettamente dalla l. 604. Se devo ancora dire qualcosa in punto di sintesi, mi pare che non si siano eliminati i capisaldi di quella regolazione, ma si è dato vita ad ulteriori complessità sistemiche che dovrebbero – il condizionale è d’obbligo proprio per la complessità di qualsiasi intervento legislativo – avviare un progressivo superamento di limiti davvero incisivi al licenziamento.

Particolarmente significativi mi sembrano 5 aspetti:

a) La nuova regolazione (tanto nel 2012 quanto nel 2015) si basa su una evidente enfaticizzazione del “fatto materiale” posto a base del licenziamento, che, ideata per ridurre al minimo il controllo giudiziario sul recesso, finisce per “avvitare” la normativa in una serie di contraddizioni giuridiche e logiche⁴⁷. Per uscire dalle contraddizioni e recuperare una qualche razionalità si

⁴⁶ Mi pare concordi nelle sue ultime riflessioni anche A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti è la forma comune dei rapporti di lavoro*, in L. FIORILLO-A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 39-40, in precedenza incline ad enfatizzare gli equilibri di un nuovo paradigma aperto o irrobustito con il *Jobs Act*. V. anche L. GAETA, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ V. L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel*

parla di giudizi “bifasici”⁴⁸ o, addirittura, “trifasici”, in cui l’apprrezzamento della legittimità del licenziamento passerebbe attraverso una valutazione distinta: della materiale sussistenza del fatto posto a base del licenziamento; della sua conformità a tutti i requisiti o presupposti previsti dalla legge; dell’individuazione della tipologia/entità della sanzione che avrebbe una regolazione autonoma di carattere tanto sostanziale quanto processuale. Non è qui il caso di entrare nei dettagli. Già però questa prospettazione mi pare emblematica delle vie tortuose seguite per liberare l’impresa dal controllo giudiziario⁴⁹.

b) Il d.lgs. 23/2015 mira poi a dare una rilevanza parziale al parametro della proporzionalità (di matrice codicistica: art. 2106) per valutare la fondatezza del licenziamento disciplinare, mettendo a dura prova sia i profili sistematici (la proporzionalità resterebbe per la liceità del licenziamento ma non rileverebbe ai fini della sanzione reintegratoria)⁵⁰ sia quelli di costituzionalità⁵¹. Giusto il percorso opposto a quello che ha portato la Corte Costituzionale nel 1982 ad applicare principi di civiltà giuridica alla fattispecie.

c) Sempre il d.lgs. n. 23/2015 prevede che l’insussistenza del fatto posto a base del licenziamento debba essere provata direttamente dal lavoratore in palese deroga all’onere della prova di cui all’art. 5, legge n. 604⁵². Di questa in-

d.lgs. n. 23 del 2015, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto a “tutele crescenti”*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, 2015, n. 14, 33 ss.; P. TULLINI, *La decisione del giudice tra allegazioni e onere della prova. Questioni aperte dopo la riforma dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Lav. dir.*, 2014, 435 ss.

⁴⁸ V. R. DE LUCA TAMAJO, *Licenziamento disciplinare, clausole elastiche, “fatto” contestato*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 276 ss.; C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP CSDL E “Massimo D’Antona”.IT – 273/2015*, 49-53; *contra* L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo*, cit.

⁴⁹ Non deve allora stupire una decisione come quella di Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, che equipara l’insussistenza del fatto contestato al «caso del fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione».

⁵⁰ V. ancora L. NOGLER, *op.cit.*; *contra*, ma talora problematicamente, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 310 ss.; M. MAGNANI, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il c.d. contratto a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 256/2015*; A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in M.T. CARINCI-A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 74 ss.

⁵¹ M. BARBIERI, *Il licenziamento nello schema di decreto del Jobs Act*, in *Il Jobs Act: quale progetto per il diritto del lavoro?*, Atti del convegno di studi tenuto alla Camera dei Deputati il 15 febbraio 2015, Roma, 2015.

⁵² V. ancora L. NOGLER, *op. loc. cit.*; P. SORDI, *Contratto di lavoro a tutele crescenti: la distribuzione degli oneri probatori nelle cause di impugnazione del licenziamento disciplinare*,

novazione si alleggerisce la portata, sostenendo che l'attenuazione dell'onere della prova riguarderebbe solo i meccanismi sanzionatori. Ancora una volta però si sottovaluta che proprio le sanzioni sono la chiave di volta dell'intera disciplina. Sembra il massimo dell'ipocrisia, anche se l'errore nasce dal voler addossare ad una delle parti la prova di un fatto che non esiste.

d) L'ampliarsi delle differenziazioni irrazionali: in particolare quella tra contratti stipulati prima e dopo il 7 marzo 2015 (che si aggiunge alle tutele parallele malamente giustificate in passato). Né può sostenersi che qui soccorre quella giurisprudenza che ritiene legittime differenziazioni di regime giuridico di prestazioni ad esempio previdenziali *ratione temporis*. Qui si tratta infatti di situazioni coeve, che coesistono in un medesimo tempo storico (due lavoratori che fanno le medesime cose presso uno stesso datore di lavoro con contratto di lavoro a tempo indeterminato) ma tutelati in modo difforme quanto al medesimo interesse alla conservazione del posto/contratto di lavoro solo perché uno assunto prima e l'altro dopo il 7 marzo 2015. E nemmeno vale il parallelo con le tante esperienze di modifiche legislative con conservazione di precedenti trattamenti – come nel caso delle co.co.co. all'atto dell'introduzione delle co.co.pro⁵³ – che o sono legate all'introduzione di nuovi tipi contrattuali (e il *catic non* è un nuovo tipo contrattuale) oppure riguardano situazioni sorte nella previgente disciplina e destinate ad esaurirsi entro un lasso di tempo limitato (e non è il nostro caso in cui la disparità può protrarsi anche per 50 anni⁵⁴).

e) Infine l'abbattimento delle tutele su *tutti* i licenziamenti economici fa venire meno la reintegrazione per i controlli procedurali sui licenziamenti collettivi: in tal modo risalta la necessità di irrigidire il controllo sui presupposti causali dei licenziamenti, per i quali, non essendo prevista una specifica sanzione nell'art. 10, d.lgs. 23/2015, potrebbe secondo alcuni riproporsi la sanzione civilistica della nullità o quella reintegratoria per insussistenza del fatto⁵⁵.

È evidente che l'obiettivo perseguito dal legislatore degli ultimi anni è sostanzialmente quello di tenere il più possibile lontano il giudice dal controllo sui presupposti del licenziamento e di ridurre al minimo il costo di un licenziamento arbitrario: con spregio però sia dell'equilibrio del singolo contratto

in *Giust. civ.*, 2015, 763 ss.; M. RUSCIANO, *Una riflessione d'insieme*, in *Quad. Arg. dir. lav.*, n. 14, 2015, 199 ss.

⁵³ Per tale esempio v. da ultimo, anche per ulteriori riferimenti, M. PALLINI, *Dal contratto unico al contratto a tutele crescenti*, in G. ZILIO GRANDI-M. BIASI (a cura di), *op.cit.*, 82.

⁵⁴ V., con particolare efficacia, E. GRAGNOLI, *op.cit.*, 1078-1079.

⁵⁵ V. M. BARBIERI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi economici e il licenziamento collettivo*, in M.T. CARINCI-A. TURSI (a cura di), *Jobs Act. Il contratto*, *cit.*, spec. 130.

sia della razionalità sistemica sotto il profilo giuridico⁵⁶. Perciò direi che il legislatore dell'oggi è più attento ad autolimitarsi che a limitare un potere datoriale secondo i principi scritti a chiare lettere nelle tavole della legge nazionali ed internazionali. Gli antichi *iura*, seppure in modo opaco, vincono ancora intorno “al polo dell'effettività”.

8. Limiti invalicabili per legislatori di ieri e di oggi

Dello spirito legislativo del 1966, sopravvissuto forse fino ai primi anni '90, ci si può chiedere ancora se si è incarnato in un legislatore debole, poco coraggioso, o se si è davvero trovato a fare inutilmente i conti con principi eterni, intramontabili, inattaccabili, limiti che si propongono e si riproporranno per qualunque legislatore.

Non è una domanda facile e non può rispondere solo il giurista. Occorrerebbero storici, politologi, sociologi. E comunque si tratta di un bilancio quasi impossibile se è vero che “la memoria, introducendo il passato nel presente senza alterarlo, qual era nel momento in cui era esso il presente, sopprime ... quella grande dimensione del Tempo secondo la quale si attua la vita”⁵⁷. Da giuslavorista di oggi mi sento però di dire che la disciplina del licenziamento finisce per essere sovraccaricata di funzioni e valori se viene affrontata in modo atomistico, in una logica riguardante solo la disciplina di un contratto tra due individui. I giuslavoristi hanno praticato una strada ibrida, ponendo l'istituto ad un crocicchio in cui si affollano e sovrappongono principi economici, principi del diritto dei contratti, del diritto dell'impresa e del diritto costituzionale. Non hanno aiutato né il legislatore né le parti sociali e forse alla fin fine nemmeno la giurisprudenza. Poi sono stati quasi travolti dall'economicismo, cioè da una contaminazione con una scienza rispettabilissima ma non meno fallace di quella giuridica⁵⁸ anche se più in sintonia con la nuova politi-

⁵⁶ Al riguardo non mi pare ci sia nulla di più incisivo delle parole (forse le ultime) di Mario Napoli: “la piena razionalità dell'art. 18 è stata da me più volte argomentata. L'art. 18 nella formulazione originaria prevedeva la restituzione del posto e il risarcimento del danno. La restituzione del posto significa far rivivere il rapporto di lavoro interrotto ingiustificatamente. Cosa c'è di più razionale?”: *Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo*, in M. NAPOLI, *Diritto del lavoro in trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 2014, XII.

⁵⁷ M. PROUST, *Alla ricerca del tempo perduto*, Einaudi, Torino, 2008, 2317.

⁵⁸ V. T. G. ASH, *Se l'economia assomiglia alla medicina, ne la Repubblica* del 5 febbraio 2016. Sui rapporti tra economia e diritto del lavoro v., da ultimo, i contributi di F. CARINCI,

ca mondiale ed europea. Forse la vitalità dell'originario paradigma giuridico in materia di licenziamento, che si riaffaccia con prepotenza oggi, è soltanto il segno di una società e di un'economia che non hanno trovato istituzioni e regole per rendere effettivo il valore di una solidarietà ampiamente condivisa, l'unica che può far penetrare nella cultura e nei costumi di un popolo vincoli posti a chi detiene e gestisce poteri reali.

Ma dobbiamo chiederci: se il legislatore di ieri non ha davvero ribaltato il paradigma originario in materia di licenziamento, quello di oggi ha il potere di ripristinarlo? La verità è che il legislatore nazionale, statale, centrale oggi è ancora meno potente di ieri. Permangono norme internazionali, culture giuridiche, sindacali, popolari, persino gestionali, nonché veri e propri poteri regolativi che non sono in sintonia con il paradigma originario della libera recedibilità dal contratto di lavoro, che sacrifica del tutto l'interesse del lavoratore alla conservazione dello specifico posto/contratto di lavoro⁵⁹. Così la legge del 1966, tuttora in vigore sebbene con profondi rimaneggiamenti, – con la sua portata innovativa rispetto al paradigma originario, ma anche con i suoi limiti intrinseci e tutte le sue stratificate superfetazioni successive – rischia di essere un ingombrante semilavorato suscettibile di alimentare speranze o, al contrario, di generare attese, frustrazioni e persino reazioni popolari⁶⁰. E intanto si moltiplicano *leges* senza o contra o “alla ricerca” di *iura*.

E in questa ricerca potrebbero risultare rivitalizzati i principi generali del diritto dei contratti, proprio quelli da molti invocati prima della l. 604, ma dai connotati alquanto mutati essendo trascorsi anche per loro i cinquant'anni. Ormai infatti, come inizialmente si diceva, nel diritto civile non esiste più il

Brevi riflessioni sul rapporto tra diritto ed economia; R. DE LUCA TAMAJO, *Le prospettive della ricerca e nuove frontiere*; R. DEL PUNTA, *Le difficoltà del monitoraggio delle politiche del lavoro e il contributo dei giuslavoristi*; M. MARAZZA, *L'impatto delle riforme del lavoro nell'analisi giuridica dei dati sull'occupazione*; L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro dalle ideologie alla numerologia? L'insostenibile pesantezza delle politiche, del diritto e dei tecnici del diritto*: tutti a cura di M. BROLLO e M. MARAZZA in *Diritto del lavoro e mercato*, *Quaderni Arg. dir. lav.*, n. 13, 2015; v anche, di recente, A. VISCOMI, *Logiche economiche e regole giuridiche: note giuslavoristiche per un confronto interdisciplinare*, in *Dir. lav. merc.*, 2013, 537 ss. e M. RUSCIANO, *Diritti dei lavoratori e mutamenti economico-produttivi*, ESI, Napoli, 2014.

⁵⁹ Questo sacrificio lo riconoscono in tanti: per tutti v. C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, cit. Molti però sono i segnali da cui si può dedurre che rimane vitale il bisogno di tutela di quell'interesse: v., particolarmente significativa, Trib. Roma 18 settembre 2014, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 623 ss., con nota di M. TALARICO, che applica la tutela reale di diritto comune a piccole aziende alle quali di certo non si applica l'art. 18.

⁶⁰ V., da ultima, la Carta dei diritti universali della Cgil, che rilancia politiche del diritto giustamente ispirate agli anni '60/'70.

recesso come negozio astratto e, anzi, si ricostruiscono vincoli e controlli tarati su varie tipologie di recesso, libero o vincolato che sia. Ma non è che il recesso libero sia sottratto al controllo giudiziario, ché anzi il giudice può comunque verificare che il suo esercizio non configuri un abuso del diritto specie nei contratti dove una delle parti ha fattezze di maggiore debolezza⁶¹. E ove siano riscontrati i presupposti dell'abuso, la Cassazione prevede che ci debba essere un congruo risarcimento per la parte danneggiata, difficilmente riconducibile alla risibile entità (almeno per le imprese più grandi) prevista per l'indennità di licenziamento privo di motivazione dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015 per i primi anni dalla assunzione con catuc. E nel diritto civile nemmeno si esclude che la reazione giuridica ad un recesso illegittimo equiparabile ad un mancato recesso possa giungere alla continuazione del rapporto con gli originari termini e condizioni.

Dinanzi a queste nuove incongruenze, si potrebbe allora impedire al lavoratore di impugnare il licenziamento non per violazione della specifica disciplina ma per violazione del generale principio dell'abuso del diritto? Qualcuno sostiene, con riferimento all'uso generale delle categorie civilistiche nel diritto del lavoro, che, pur restando quelli "gli snodi e le infrastrutture" (secondo l'insegnamento di Mengoni), «esse hanno una funzione strumentale e cioè servono a colmare le lacune del sistema e a spiegare fatti e valori dell'esperienza concreta ma non possono sovrapporsi ad essa e ingabbiare o ingessare la materia sempre mutevole oggetto della nostra disciplina e quindi a proporre soluzioni interpretative in contrasto con la normativa lavoristica che è pur sempre speciale»⁶². Ma come si fa a non rilevare un contrasto con l'art. 3

⁶¹ V. Cass. civ., sez. III, 18 settembre 2009, n. 20106. Si tratta della sentenza su cui è incentrato il convegno citato in nota 40.

⁶² G. SANTORO-PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro riformate*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 288/2016, p. 48. Un concetto simile, anche se con un diverso giudizio di valore, esprime U. Romagnoli (*La cultura giuslavoristica di sinistra sembra colpita da afasia, mentre quella di destra guadagna spazi*, in www.insightweb.it, 2015) scrivendo che "il diritto del lavoro non ha mai cessato di soggiornare in territori assiduamente frequentati dalla mono-cultura della giusprivatistica, secondo la quale il lavoro avrebbe bussato alla porta della storia giuridica per farsi avvolgere nel cellophane delle categorie tecnico-concettuali del diritto dei contratti tra privati". Sulla tematica, che accompagna da sempre la nostra materia, avevo già espresso il mio parere in L. ZOPPOLI, *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro italiano*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, (cui rinvio anche per ulteriori citazioni di carattere generale), ritenendo che si dovesse recuperare una integrale prospettiva contrattuale nel senso però di un contratto contestualizzato e riletto alla luce dei valori costituzionali. Sulla stessa lunghezza d'onda v. A. VISCOMI, *Autonomia privata tra funzione e utilità sociale: prospettive giuslavoristiche*, in *Dir. lav. merc.*,

Cost. di una disciplina speciale in materia di licenziamento che preveda rimedi pur risarcitori potenzialmente inferiori a quanto previsto dalla disciplina generale del diritto civile, in virtù del quale il risarcimento deve essere proporzionato al danno causato all'altra parte e quindi parametrato alle condizioni contrattuali e patrimoniali dei contraenti?⁶³. E se fosse oggi il diritto civile più in sintonia con una specialità del contratto di lavoro che affonda le sue radici nei principi e valori costituzionali pure rivisitati in un contesto europeo e internazionale?

Cosicché i 50 anni trascorsi dalla legge n. 604/1966 ci dovrebbero portare a concludere constatando che il diritto del lavoro, anziché rinunciare alla sua vocazione garantistica, potrebbe provare a recuperarla nell'originario alveo civilistico mitigando con il ricorso a nuove categorie civilistiche un affidamento pressoché esclusivo della sua specialità ad una integrale copertura costituzionale che sembrava incontestabile. Potrebbe essere un *dejà vu*. Oppure un modo per garantire tutele omogenee a tutti coloro che prestano il proprio lavoro mediante un contratto di scambio avente ad oggetto l'erogazione di energie lavorative. Mi pare però difficile che il legislatore possa astenersi dal reintervenire in una logica di maggiore equilibrio sistematico, attestandosi sugli interventi realizzati negli ultimi anni che finiscono per tutelare il contraente quasi sempre più forte in concreto (lasciando pure impregiudicata la questione della ridefinizione del contraente debole in astratto)⁶⁴. Se infatti si affida al

2012, 441 ss. Invece contrappongono ancora oggi approccio costituzionale e approccio civilistico G. FERRARO, *op.cit.*, 107 ss. e M. RUSCIANO, *op. cit.*, 194 ss. In occasione delle giornate di studio Aidlass del 2014 hanno riesaminato sotto diverse prospettive l'utilizzazione delle clausole generali di matrice civilistica nel diritto del lavoro anche G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*; P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*; S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*: tutti in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 3 ss.

⁶³ Si pensi al caso verificatosi già nell'autunno 2015 di un lavoratore assunto con catic dopo essere stato indotto a dimettersi da un precedente contratto a termine di discreta durata proprio dall'offerta di assunzione a tempo indeterminato (v. *Primo assunto col Jobs Act e licenziato: "Altro che tutele crescenti"*, ne *la Repubblica* del 14 novembre 2015). Licenziato dopo pochi mesi per ragioni economiche dal nuovo datore di lavoro di certo non vedrebbe tutelato il suo interesse a conservare il contratto di lavoro con la mera corresponsione dell'indennità di pochi mesi, che tra l'altro gli spetterebbe solo in caso di illegittimità del licenziamento.

⁶⁴ R. ROMEI, *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2015, 557 ss., evidenziando la «profonda» cesura col passato che si è avuta, a partire dalla l. 92/2012, attraverso la «rottura della corrispondenza biunivoca tra legittimità del licenziamento e requisiti sostanziali e procedurali previsti dalla legge» (563), precisa come il nuovo assetto delineato dal *Jobs Act*, in particolare, porti a dover riconsiderare la tutela del-

giudice e non alla legge l'individuazione della fattispecie in cui l'interesse alla conservazione del posto/contratto di lavoro merita tutela, si cambia sistema giuridico. E l'esigenza di certezze, avanzata soprattutto dalle imprese, si allontana, potendosi produrre un esito di tutela molto legato all'apprezzamento delle situazioni contingenti. Meglio sarebbe allora dare sistematicità e coerenza alla sanzione per l'abuso del diritto di recesso in generale, assumendo un parametro che possa valere per un'ampia gamma di tipologie contrattuali.

Qui però torna la necessità di tenere conto dei vincoli costituzionali complessivi. Se non esiste un obbligo di *restitutio in integrum* del contraente illegittimamente privato della relazione contrattuale, esistono però dei parametri per la sanzione del licenziamento arbitrario, che va tuttora considerato *contra legem* e *contra iura*. Al riguardo mi pare che siamo ancora lontani dall'aver definito un sistema sanzionatorio equilibrato, ma sufficientemente duttile, che sia in grado di rendere effettiva la tutela del lavoratore contro il licenziamento privo di un'adeguata motivazione.

l'occupazione su un piano più che altro *extracontrattuale*, nel passaggio, cioè, da una riflessione sulla validità del licenziamento alla valutazione in merito all'efficacia (da verificare) del circuito che inizia con la corresponsione dell'indennità, passa per la Naspi e dovrebbe chiudersi con una ricollocazione del lavoratore sul mercato del lavoro in tempi ragionevoli. Si può anche concordare con la necessità di imboccare con maggiore decisione nuove traiettorie a tutela dell'occupazione, ma questo poco riguarda, e lascia impregiudicata, la questione della tutela giuridica dell'interesse di ciascun lavoratore alla conservazione del contratto di lavoro in essere sub specie di un sistema sanzionatorio che sia un deterrente adeguato al licenziamento arbitrario (vietato) prima ancora che un ristoro del danno illegittimamente provocato all'altro contraente.

