

LA RIFORMA DEI LICENZIAMENTI E I DIRITTI FONDAMENTALI DEI LAVORATORI

*Relazione di Pietro Ichino al Convegno del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro
“Domenico Napoletano” – Pescara, 11 maggio 2012 (*)*

Sommario: Riassunto. - 1. Premessa. Il difficile passaggio dall’“equilibrio mediterraneo” a un equilibrio più evoluto. - 2. Perché il discorso sui diritti fondamentali del lavoratore non può prescindere dallo studio degli effetti pratici delle norme legislative sul funzionamento del mercato. - 3. La “riduzione bilanciata” dell’incisività della riforma sul versante dei licenziamenti e su quello del contrasto al precariato. - 4. L’evoluzione del disegno della riforma nella fase del confronto tra Governo e parti sociali. - 5. L’allineamento (problematico e imperfetto) al modello tedesco. - 6. Il testo del disegno di legge n. 3249 oggi all’esame del Senato e la sua logica interna, tra *property* e *liability rule*. - 7. La questione del giustificato motivo oggettivo: nell’ordinamento vigente. - 8. *Segue*. Nel progetto governativo di riforma della disciplina della materia. - 9. Il vincolo derivante dall’articolo 30 della Carta dei Diritti Fondamentali e il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali. - 10. La novità sostanziale in tema di scarso rendimento imputabile a imperizia o negligenza. - 11. I diritti fondamentali della persona nel mutamento di equilibrio generale del mercato del lavoro: rilevanza dell’approccio comparatistico. - 12. *Segue*. Le (superabili) censure di incostituzionalità che vengono mosse al nuovo articolo 18 St. lav. - 13. Considerazioni conclusive: Il sentiero stretto del ritorno alla crescita economica passa anche per l’armonizzazione del nostro ordinamento del lavoro rispetto ai migliori modelli europei.

Riassunto

Il discorso prende le mosse dall’intendimento espresso dal Governo Monti fin dal suo insediamento, nel senso di spostare il mercato del lavoro italiano dall’equilibrio proprio del c.d. “modello mediterraneo” – caratterizzato da alta vischiosità e flussi molto ridotti tra disoccupazione e occupazione – a un equilibrio caratterizzato da maggiore fluidità e dinamicità. Nella premessa (§ 1) si sottolinea il rilievo che tale mutamento di equilibrio di per sé può assumere ai fini dell’effettività dei diritti fondamentali nel mercato del lavoro.

Nella **prima parte** della relazione (§§ 2-4) viene quindi esaminato il progetto di riforma elaborato dal Governo a questo scopo e in particolare il profondo mutamento di contenuto da esso subito nel corso del confronto con le parti sociali durato dal gennaio al marzo del 2012, con la conseguenza di una riduzione della sua incisività sia sul versante della nuova disciplina dei licenziamenti sia su quella delle misure volte al riassorbimento del lavoro precario nell’area del lavoro regolare a tempo indeterminato.

La **seconda parte** della relazione (§§ 5-10) si concentra sulla nuova disciplina dei licenziamenti, sottolineando come questa, nonostante il mutamento rispetto al progetto originario e la conseguente delusione di molte aspettative, segni tuttavia un passaggio netto da un ordinamento – quale quello basato sul vecchio testo dell’art. 18 St. lav. – centrato sostanzialmente su di una *property rule*, a un ordinamento centrato, come lo sono tutti gli altri ordinamenti europei, essenzialmente su di una *liability rule*. Nel nuovo regime la sanzione della reintegrazione è tendenzialmente riservata ai casi di licenziamento per motivo illecito.

Nella **terza e ultima parte** della relazione (§§ 11-13) il merito del progetto viene discusso sotto diversi profili. Per quel che riguarda la sua idoneità a conseguire lo scopo perseguito dal Governo, si sottolinea il fatto che per la prima volta da quarant’anni viene messa in cantiere una riforma che non opera soltanto “al margine”, cioè non investe soltanto il lavoro periferico, ma punta al nucleo centrale del diritto del lavoro, proponendosi di spostare l’equilibrio centrale della disciplina. Vengono altresì individuati alcuni difetti di ideazione e di linguaggio ben riconoscibili nel progetto, non tali tuttavia da giustificare un giudizio complessivamente negativo su di esso. Sotto il profilo della compatibilità con la Costituzione e con le norme sovranazionali che regolano la materia si sostiene la piena idoneità della nuova disciplina dei licenziamenti a superare il vaglio delle Corti superiori. Infine, sul piano delle scelte generali di politica economica necessarie per superare la grave crisi che il Paese sta attraversando, si sottolinea come il passaggio dalla centralità della *property rule* a quella della *liability rule* in materia di licenziamento e la connessa riforma degli ammortizzatori sociali costituiscano due misure che – pur nei limiti in cui sono state adottate nel disegno di legge del Governo – si muovono comunque nella direzione giusta per armonizzare l’ordinamento italiano rispetto al resto d’Europa e contribuire a superare la chiusura del Paese agli investimenti stranieri.

(*) Questo scritto è destinato al *Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, ed. Franco Angeli.

1. – Premessa. Il difficile passaggio dall’“equilibrio mediterraneo” a un equilibrio più evoluto

La riforma del diritto del lavoro e del welfare sulla quale il Governo e il Parlamento in queste settimane si stanno cimentando si propone l’obiettivo ambizioso di contribuire a spostare il nostro ordinamento dall’equilibrio proprio del modello mediterraneo all’equilibrio proprio del modello nord-europeo. Dalla sicurezza del lavoro costruita essenzialmente su di un legame molto forte tra il lavoratore e l’azienda, alla sicurezza costruita su di una forte assistenza al lavoratore nel mercato, ovvero nel passaggio dal vecchio al nuovo posto di lavoro.

Per comprendere meglio questo intendimento di politica del lavoro, consideriamo l’immagine impressionante che il grafico riportato qui sotto ⁽¹⁾ dà della situazione attuale del mercato del lavoro italiano, in rapporto a quello dei 14 più importanti Paesi dell’Ocse.

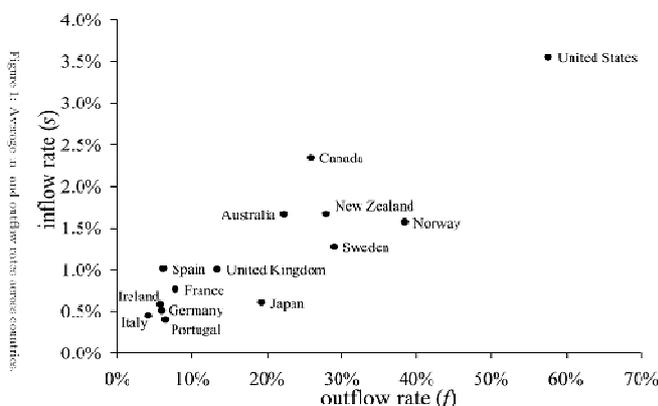
Quanto è più brutto essere disoccupati in Italia

la correlazione tra fluidità in ingresso e in uscita nei paesi dell’Ocse

Fonte: OCSE 2008

Asse verticale:
percentuale media mensile di passaggi da occupazione a disoccupazione rispetto al totale degli occupati

Asse orizzontale:
percentuale media mensile di passaggi da disoccupazione a occupazione rispetto al totale dei disoccupati



Il grafico illustra la correlazione stretta esistente in questi 14 Paesi economicamente avanzati tra il flusso mensile dei passaggi dalla condizione di disoccupato a quella di occupato (asse orizzontale) e il flusso inverso, dei passaggi mensili da occupato a disoccupato (asse verticale). A un estremo della diagonale, in alto a destra, troviamo gli USA, con il loro quasi 60% del totale dei disoccupati che ogni mese escono da tale condizione per passare a quella di occupati, e il loro 3,5% di occupati che ogni mese perdono il lavoro per assumere (brevemente) la condizione di disoccupati. Nella zona intermedia troviamo i Paesi scandinavi, con circa un terzo dei disoccupati che ogni mese trova lavoro e circa l’1,5% degli occupati che ogni mese rimane senza lavoro. All’estremo in basso a sinistra troviamo il nostro Paese, con il suo misero 5% del totale dei disoccupati che ogni mese riesce a trovare un lavoro, e il suo altrettanto esiguo 0,4% degli occupati che ogni mese perde tale propria posizione. Questi stessi dati spiegano la diversa qualità della disoccupazione nel nostro Paese rispetto agli altri: la metà di essa (48,5%) è costituita da *long term unemployed*, cioè disoccupazione che dura da più di un anno, a fronte del 32,6% britannico, del 16,6% svedese e del 29% statunitense ⁽²⁾.

Un altro dato molto preoccupante è quello del troppo basso tasso di occupazione italiano (56,9% della popolazione in età lavorativa, a fronte del 69,5% britannico, del 70,6% svedese e del 66,7% statunitense) ⁽³⁾, che rispecchia l’altissimo numero di italiani “scoraggiati”: quelli che, pur

⁽¹⁾ Tratto da M. Elsby, B. Hobijn, A. Şahin, *Unemployment Dynamics in the OECD*, 2009. Devo a Maurizio Baussola l’osservazione che i dati su cui il grafico è costruito rispecchiano soltanto i flussi da disoccupazione a occupazione e viceversa, ma non i flussi da occupazione a inattività (cioè l’uscita delle persone dalla forza-lavoro) e viceversa.

⁽²⁾ Dati OCSE 2010. È interessante osservare come anche nella Repubblica Federale Tedesca, che nel diagramma proposto viene subito dopo l’Italia tra i Paesi più vicini all’origine degli assi, i disoccupati di lunga durata siano molto vicini alla metà del totale: 47,4%.

⁽³⁾ Dati Eurostat 2011; il dato statunitense è invece ancora quello riferito al 2010.

essendo interessati a lavorare, non si attivano neppure per cercare un'occupazione (e non vengono pertanto classificati neppure come disoccupati), perché non hanno alcuna speranza di trovarla. Non che in Italia il lavoro non si trovi; ma lo trovano quasi tutto i già occupati: la mobilità è quasi tutta da posto a posto; chi è fuori resta fuori più a lungo che in qualsiasi altro Paese, esclusa soltanto la Grecia. Nell'affrontare il tema dell'impatto della riforma del lavoro sui diritti fondamentali dei lavoratori non possiamo ignorare questi dati; a meno che vogliamo limitare il discorso ai lavoratori che un lavoro regolare ce l'hanno, ignorando quelli che sono rimasti (o sono finiti) fuori dalla cittadella.

Il diagramma riportato sopra traduce in un'immagine sintetica eloquente l'insieme di questioni politiche e giuridico-costituzionali che il *policy-maker* italiano deve affrontare. È l'immagine del cosiddetto "equilibrio mediterraneo", che caratterizza il nostro Paese, nel quale perdere il posto di lavoro è più pericoloso di quanto non lo sia nei Paesi caratterizzati da equilibri diversi, perché è più difficile trovarne un altro; quindi il licenziamento è considerato socialmente più dannoso di quanto non sia in altri Paesi; contro il licenziamento stesso l'ordinamento giuridico e la cultura dominante erigono barriere più alte che altrove; le barriere più alte a loro volta fanno sì che l'essere licenziati porti con sé, nella percezione diffusa, uno stigma peggiore in capo al lavoratore licenziato rispetto a quanto accade negli altri Paesi; questo stigma più gravemente negativo costituisce a sua volta motivo per una maggiore severità dei giudici nel valutare la giustificazione del licenziamento; donde un fattore di ulteriore maggior rigidità della disciplina dei licenziamenti nel nostro diritto vivente, a parità di contenuto formale della norma rispetto agli altri ordinamenti. Un circolo causale che spiega perché dove è più difficile perdere il posto la disoccupazione fa più paura; e perché, dunque, un eccesso di rigidità della disciplina dei licenziamenti può tipicamente generare una situazione corrispondente al modello fondato sul conflitto di interessi tra *insiders* e *outsiders*. Esso spiega, inoltre, perché due norme in materia di controllo giudiziale sul motivo del licenziamento di identico contenuto, in due Paesi diversi, possano produrre effetti pratici molto diversi tra loro.

Lo stesso circolo causale spiega infine perché gli italiani hanno, del proprio mercato del lavoro, un'immagine che ne fa una sorta di buco nero, di trappola infernale dalla quale tenersi alla larga: tutto, fuorché un luogo dove si può trovare un buon lavoro; e tanto meno un luogo al quale il lavoratore possa attingere, con una reale possibilità di scelta, la propria forza contrattuale nei confronti della controparte. Proprio questo è l'argomento più forte contro la riforma proposta dal Governo: con un mercato del lavoro asfittico qual è oggi quello italiano, la riforma non si può fare. Ora, il nostro mercato del lavoro soffre, sì, di una domanda di lavoro debole rispetto agli altri maggiori Paesi europei, soprattutto in questa congiuntura che vede l'Italia messa peggio dei propri partner; ma è pur vero che, anche in questo periodo di crisi economica, nel nostro Paese si stipulano ogni anno molti milioni di contratti di lavoro subordinato. La tabella che segue ne fornisce la ripartizione fra nord, centro e sud del Paese.

IL FLUSSO DEI NUOVI CONTRATTI DI LAVORO SUBORDINATO IN ITALIA

	NORD	CENTRO	SUD
2010	4.128.632	2.430.977	3.573.730
1° sem. 2011	2.173.577	1.272.194	1.878.542

Fonte: Min. Lav., Sistema Informativo delle Comunicazioni Obbligatorie

Vero è che, se si disaggregano questi dati, ne risulta solo un quinto di contratti a tempo indeterminato. Ma anche solo questo è un bel numero, se si considera che le persone rimaste nello stesso periodo senza il posto per crisi occupazionali aziendali si misurano con uno o due zeri di meno. Per non parlare delle centinaia di migliaia di *skill shortages*: i posti di lavoro che restano permanentemente scoperti per mancanza di manodopera con le attitudini richieste (dei quali il censimento di Unioncamere mostra come ve ne siano in tutti i settori e per tutti i livelli e i comparti professionali). Per esempio: nel Veneto – la regione che fornisce i dati più aggiornati, completi e analitici – tra l’ottobre 2010 e il settembre 2011 gli assunti a tempo indeterminato sono stati 145.600 e gli *skill shortages* 45.000. Nel corso del 2011, coloro che hanno perso il posto per licenziamenti collettivi sono stati 11.807; e per licenziamenti individuali (quasi tutti in imprese sotto i 16 dipendenti) 22.671. Dunque: nella stessa regione, pur in un periodo di grave crisi, per ogni licenziato sono stati stipulati quattro contratti a tempo indeterminato e se ne sarebbe potuto stipulare uno e mezzo in più, se i servizi fossero stati in grado di sfruttare, con le necessarie iniziative di riqualificazione mirata, il giacimento occupazionale costituito dagli *skill shortages*. Ancora nel Veneto, negli ultimi anni, quattro persone su dieci che hanno perso il posto lo hanno ritrovato in tre mesi, otto su dieci lo hanno ritrovato entro un anno. È all’incirca la stessa cosa che emerge, da una ricerca della Banca d’Italia su dati Inps per il periodo 1998-2005, in riferimento all’intero territorio nazionale: anche da quei dati risulta che otto italiani su dieci che perdevano il lavoro lo ritrovavano entro un anno (che è comunque un tempo di rioccupazione nettamente maggiore rispetto a quanto accade nei Paesi collocati in posizione più lontana dall’origine degli assi nel grafico riportato all’inizio) ⁽⁴⁾. La differenza più rilevante, fra prima e dopo lo scoppio della grande crisi, è che appare peggiorato il rapporto tra assunzioni a tempo indeterminato e a termine, o comunque con contratti precari.

QUANTO TEMPO OCCORRE PER RITROVARE IL LAVORO IN ITALIA

mesi	lav. 15-35 totale	tempo pieno e indeterminato	lav. 36-60 totale	tempo pieno e indeterminato
entro il 2° mese	27,1%	25,6%	25,6%	24,2%
entro il 4° mese	42,3%	40,2%	41,8%	39,0%
entro il 6° mese	54,0%	52,2%	55,8%	53,1%
entro il 12° mese	83,3%	81,3%	76,5%	76,2%
entro il 18° mese	92,8%	91,5%	83,9%	84,8%
entro il 24° mese	96,8%	96,0%	88,0%	89,5%

Fonte: Inps, in rif. a unemployment spells incominciati in Italia tra feb. 1998 e nov. 2001
 Il dato indica la percentuale dei lavoratori di ciascuna categoria **che hanno trovato la nuova occupazione entro il tempo indicato nella prima colonna, tra il 1998 e il 2005**

Se le cose stanno così, come si giustifica il fatto che diamo normalmente per scontata la prospettiva di molti anni di cassa integrazione per chi perde il posto? Per esempio: in quello stesso Veneto nel quale sono stati stipulati 145.600 contratti a tempo indeterminato nel corso dell’ultimo anno, ci sono due aziende – la Iar Siltal di Bassano del Grappa e la Finmek di Padova - dove poche

⁽⁴⁾ Si osservi che questo dato concernente il tempo medio necessario a chi perde il posto per trovare una nuova occupazione non contraddice affatto il dato emergente dal grafico Ocse proposto all’inizio, secondo il quale soltanto meno di metà del totale dei disoccupati ogni anno ritrova un’occupazione: l’80% dei ricollocati secondo i dati Inps-Banca d’Italia è calcolato su coloro che hanno perso il posto nell’anno, mentre il 50% dei ricollocati secondo i dati Ocse è calcolato sul totale dei disoccupati. La differenza è data dai *long term unemployed* (nota 2).

centinaia di lavoratori sono in cassa integrazione da sette anni. Non è forse questo il segno di un modo profondamente sbagliato di affrontare il problema della perdita del posto di lavoro nel nostro Paese?

La scienza economica non ci offre alcuna evidenza del fatto che l'“equilibrio mediterraneo” determini di per sé tassi di *disoccupazione* più elevati rispetto all'equilibrio tipico dei Paesi nord-europei o a quello di tipo statunitense. Ma una qualche correlazione tra la maggiore vischiosità del mercato del lavoro e tassi di *occupazione* più bassi c'è: come si è appena visto, i Paesi che nel diagramma proposto all'inizio si collocano più vicini all'origine degli assi hanno tassi di occupazione più bassi rispetto ai Paesi che si collocano all'estremo opposto o nella parte centrale del diagramma (è il fenomeno dell'assenza dal mercato del lavoro per “scoraggiamento”). E soprattutto la posizione di ciascun Paese lungo quella diagonale influisce in modo molto netto sulla *qualità* della sua disoccupazione (che – come si è visto – per quelli più vicini all'origine degli assi è in maggior proporzione disoccupazione di lunga durata), sull'allocazione delle risorse umane nel tessuto produttivo (dove il mercato è più vischioso i lavoratori sono trattenuti più a lungo alle dipendenze di aziende nelle quali il loro lavoro è valorizzato meno di quanto potrebbe, o non è valorizzato affatto: fenomeno che si manifesta al massimo grado nel caso della Cassa integrazione “a perdere”) e sull'apertura del sistema agli investimenti diretti esteri (nessun nesso causale è stato dimostrato, ma una qualche correlazione inversa tra grado di vischiosità del mercato del lavoro e attrattività del Paese per gli investimenti diretti esteri è abbastanza evidente).

Potrebbe obiettarsi che gli indici di mobilità e di flessibilità del nostro mercato del lavoro collocano l'Italia in linea con la media dei Paesi dell'Occidente; ma questi indici per un verso comprendono la mobilità diretta da impresa a impresa (quindi tutta interna all'area degli occupati), che è cosa ovviamente diversa dalla mobilità tra disoccupazione e occupazione; per altro verso rappresentano – un po' come il “pollo di Trilussa” – la media tra una metà del tessuto produttivo vischiosissima, quella dei protetti, e una metà molto fluida, quella dei poco o per nulla protetti, nella quale un milione di persone hanno perso il lavoro nel corso di questi quattro anni di crisi, quasi tutte senza preavviso e senza alcun sostegno del reddito degno di questo nome. E gli investitori esteri osservano che, per attingere alla flessibilità offerta da questa seconda metà del tessuto produttivo, occorre avere un *know-how* particolare di cui dispongono soltanto gli operatori indigeni: quello necessario per dedurre una prestazione di lavoro sostanzialmente dipendente in un contratto di collaborazione autonoma o di associazione in partecipazione, o per dedurre in un contratto di appalto di servizi prestazioni che sono sostanzialmente di manodopera. L'immagine che gli operatori stranieri hanno dell'Italia, per questo aspetto, è quella di un Paese bizantino, del quale è impossibile capire dal di fuori la logica interna di funzionamento. Anche questo grave e diffusissimo difetto di trasparenza costituisce un ostacolo grave all'afflusso di quegli investimenti diretti esteri che potrebbero costituire oggi la risorsa più importante cui attingere per far ripartire la nostra economia; e che invece affluiscono in Italia nella misura più bassa rispetto a tutti gli altri Paesi europei, esclusa soltanto la Grecia.

2. – Perché il discorso sui diritti fondamentali del lavoratore non può prescindere dallo studio degli effetti pratici delle norme legislative sul funzionamento del mercato

Le premesse contenute nel paragrafo che precede sono indispensabili per comprendere il cambiamento dell'equilibrio generale del mercato del lavoro italiano che il Governo intende perseguire con il disegno di legge mirato alla riforma della disciplina dei licenziamenti, degli ammortizzatori sociali e dei rapporti di lavoro a termine. Il riferimento a quei dati – o agli altri dati meglio elaborati di cui sia possibile disporre sugli stessi fenomeni – è indispensabile per qualsiasi discussione seria, quale quella cui è dedicato il nostro convegno, circa l'incidenza di una riforma di questo genere sui diritti fondamentali, e in particolare sul diritto al lavoro. Discutere di diritti fondamentali significa discutere del modo in cui sono applicate norme sovranazionali e costituzionali, cioè norme di rango superiore rispetto alla legge ordinaria; e la conformità di questa a quelle non è mai valutabile soltanto sulla base della sua formulazione testuale e del suo contenuto

formale, poiché la valutazione non può mai prescindere dal suo effetto pratico. Questo è il motivo per cui il giuslavorista, se vuol fare un buon lavoro *giuridico* sulle questioni di conformità tra legge ordinaria e norme sovraordinate in materia di mercato del lavoro, farebbe bene a valersi sempre anche dell'assistenza di qualche economista esperto della stessa materia.

D'altra parte, l'effetto pratico di determinate norme che regolano i licenziamenti è diverso a seconda di come funzionano gli ammortizzatori sociali e i servizi nel mercato del lavoro. Ed esso a sua volta influenza la propensione delle imprese al ricorso ai tipi contrattuali di lavoro alternativi rispetto al contratto a tempo indeterminato: qualsiasi compressione della facoltà imprenditoriale di aggiustamento degli organici costituisce infatti un incentivo a ingaggiare i lavoratori in forme diverse dal contratto regolare a tempo indeterminato. Non è un caso che nei ripetuti richiami rivolti in questi ultimi tempi all'Italia dai vertici dell'Unione Europea il tema del necessario temperamento della rigidità della disciplina dei licenziamenti nel rapporto di lavoro regolare a tempo indeterminato sia stato coniugato con il tema del superamento del dualismo fra protetti e non protetti, caratteristico del nostro tessuto produttivo ⁽⁵⁾.

Per quest'ultimo aspetto può persino considerarsi scorretto un discorso circa l'impatto della riforma sui diritti fondamentali della persona, che sia limitato al solo capitolo della disciplina del recesso dell'imprenditore: se un diritto fondamentale è in gioco in una modifica della disciplina dei licenziamenti che oggi in Italia si applica a metà della forza-lavoro, a maggior ragione quello stesso diritto fondamentale è permanentemente in gioco nell'altra metà della forza-lavoro sostanzialmente dipendente, dove quella disciplina non si applica affatto. E la valutazione della riforma, alla stregua del criterio della protezione dei diritti fondamentali, non può non tener conto dell'idoneità della riforma stessa ad ampliare il campo di applicazione della protezione della sicurezza economica e professionale del lavoratore.

3. – La “riduzione bilanciata” dell'incisività della riforma sul versante dei licenziamenti e su quello del contrasto al precariato

Tutto si tiene. E si tiene così strettamente, che negli ultimi mesi abbiamo assistito a una significativa evoluzione del progetto del Governo, nel quale la riduzione della portata della riforma dei licenziamenti in un primo tempo si è accompagnata a una riduzione dell'intervento anche sul versante del sostegno del reddito e dei servizi di assistenza ai lavoratori nel mercato; in un secondo tempo è stata puntigliosamente “compensata” anche da una simmetrica riduzione della portata delle misure di contrasto al forme di lavoro precario.

Stretto come in una morsa tra la rivendicazione da parte della sinistra politica e sindacale di un recupero almeno parziale della rigidità originaria della protezione della stabilità del lavoro regolare e la rivendicazione da parte delle imprese e di una parte del centrodestra di una netta attenuazione del contrasto alle forme di lavoro precario, il Governo ha finito coll'acconsentire a una

⁽⁵⁾ V. soprattutto *Valutazione del programma nazionale di riforma e del programma di stabilità 2011 dell'Italia*, documento di lavoro dei servizi della Commissione Europea, Bruxelles, 7 giugno 2011: “Il PNR [del Governo italiano] non affronta il problema del dualismo del mercato del lavoro perché, secondo le autorità, l'Italia non ne risentirebbe più di altri paesi dell'UE. Tuttavia un dualismo esiste tra lavoratori con contratti a durata indeterminata e lavoratori con una protezione limitata, se non del tutto inesistente, dal rischio di disoccupazione. Non sono tanto i lavoratori con contratti a tempo determinato, che rappresentano una percentuale dell'occupazione totale prossima alla media dell'UE (13%), ad essere scarsamente protetti, bensì piuttosto i lavoratori registrati ufficialmente come autonomi ma in realtà in una relazione di lavoro subordinato come tutte le altre (i cosiddetti para-subordinati o collaboratori). Le loro possibilità di essere riconosciuti come dipendenti o di diventare veri lavoratori autonomi sono molto inferiori alle possibilità dei lavoratori con contratti a tempo determinato di ottenere un contratto permanente. In realtà, una protezione rigida dal licenziamento, anche tramite un'applicazione molto restrittiva dei licenziamenti collettivi e dei licenziamenti per ragioni economiche, scoraggia l'assunzione di lavoratori permanenti e pertanto aumenta il ricorso a contratti più flessibili, anche di lavoro para-subordinato. [...]”. Spunti nello stesso senso si trovano nel rapporto della Commissione Europea *Employment in Europe 2010*.

riduzione bilanciata di incisività della riforma, sui due versanti. Col risultato che si è in parte sacrificato l'intendimento – enunciato in modo molto netto nel discorso programmatico del nuovo premier in Senato del 17 novembre 2011 – di voltar pagina rispetto al dualismo fra protetti e non protetti caratteristico del nostro sistema attuale: di quell'intendimento, nel disegno di legge resta pur sempre una cospicua traccia costituita da alcune disposizioni volte allo “sfrondamento” della giungla dei contratti di lavoro non stabile e dalle rilevanti restrizioni in materia di contratto a termine; ma l'applicazione delle nuove norme volte a impedire l'utilizzazione dei contratti di collaborazione autonoma in situazioni di sostanziale dipendenza del lavoratore dall'impresa è rinviata di un anno; e sono in molti a vedere un rischio di proroga ulteriore, alle calende greche.

Colpisce la prontezza con cui da sinistra si è accettato questo rinvio ⁽⁶⁾: si è accettato cioè di sacrificare le misure di contrasto al precariato sull'altare di una difesa considerata prioritaria delle vecchie protezioni degli *insiders*: pur di difendere con le unghie e coi denti fino all'ultima virgola quelle vecchie protezioni, indicate come oggetto di un diritto fondamentale dei lavoratori, non si è esitato ad abbandonare al loro destino molte centinaia di migliaia di collaboratori autonomi continuativi, in forma di “lavoro a progetto” o di “partita Iva”, in situazione di monocommittenza e a basso reddito, quindi di sostanziale dipendenza nei confronti delle imprese per le quali essi lavorano ⁽⁷⁾. Tutti soggetti che, evidentemente, di quei diritti fondamentali possono fare a meno.

Mai come in questo caso è risultato evidente che il cosiddetto “precariato”, contro il quale si spendono – soprattutto da sinistra – fiumi di parole, è l'altra faccia della protezione della stabilità dei lavoratori regolari. Mai come oggi, proprio in conseguenza di questa vicenda politica, è apparsa evidente l'impossibilità di estendere quella protezione, lasciandola inalterata o modificandola soltanto marginalmente, a tutta l'area del lavoro sostanzialmente dipendente. Se dunque il diritto del lavoro italiano vuole liberarsi della propria cattiva coscienza, esso non potrà non tornare ad affrontare la questione del dualismo delle tutele, che non può certo dirsi compiutamente risolta dal disegno di legge in esame.

4. – L'evoluzione del disegno della riforma nella fase del confronto tra Governo e parti sociali

Per la cronaca di questi ultimi quattro mesi, le cose si sono svolte così. Alla fine di gennaio il ministro del Lavoro ha presentato alle parti sociali l'abbozzo di un progetto che prevedeva la sperimentazione, destinata a svolgersi nelle regioni dove fossero stati stipulati appositi accordi-quadro, di un nuovo regime ispirato ai principi della *flexsecurity*, applicabile alle nuove assunzioni nelle imprese interessate alla sperimentazione stessa: questo avrebbe consentito, per un verso, di mettere a frutto la disponibilità, spontaneamente manifestata dalle Regioni e dalle imprese interessate, a farsi carico di rilevanti oneri per il sostegno del reddito e per l'assistenza intensiva (mediante l'ingaggio delle migliori agenzie di *outplacement*) ai lavoratori licenziati; per altro verso, di sperimentare un nuovo diritto del lavoro semplificato (il riferimento, in quella fase, era al testo unico in 70 articoli proposto nel d.d.l. n. 1873/2009), disegnato per essere agevolmente applicabile a tutta l'area del lavoro sostanzialmente dipendente (assai più ampia di quella del lavoro oggi qualificato come “subordinato”), senza innescare le ansie e le tensioni inevitabilmente prodotte da una riforma che riguardi anche i rapporti di lavoro regolari già in essere, e i compromessi necessari per superare quelle tensioni. Tra i pregi di questa soluzione ci sarebbe stato anche quello di consentire che i nuovi “ammortizzatori” potessero essere costruiti con la necessaria gradualità; e di evitare una riduzione del grado di stabilità dei rapporti di lavoro esistenti, in un periodo come quello attuale di grave recessione, facendo sì che la nuova disciplina dei licenziamenti incominciasse gradualmente a essere sperimentata negli anni a venire, via via che la necessità del recesso si fosse

⁽⁶⁾ Cfr. l'articolo del responsabile nazionale Pd per l'Economia, Stefano Fassina, su *l'Unità* del 10 aprile 2012: “[...] Che fare per migliorare il testo [del disegno di legge Fornero - *n.d.r.*]? Eliminare la contribuzione aggiuntiva sul contratto a tempo determinato e introdurre un tetto alla quota di tali contratti sul totale dei contratti di lavoro; eliminare la trasformazione *ex lege* delle committenze prevalenti [...]”.

⁽⁷⁾ Il cui numero è indicato in 1.442.227 sulla base delle ultime elaborazioni dell'Isfol sui dati Inps e Istat.

presentata nei nuovi rapporti costituiti da qui in avanti. Senonché a questo primo progetto una delle confederazioni sindacali maggiori, la Cisl, ne ha contrapposto - in via ufficiosa e riservata, in un primo tempo - uno drasticamente alternativo: quello di una modifica un po' meno incisiva dell'articolo 18 dello Statuto del 1970, ma con effetti estesi a *tutti* i rapporti di lavoro, anche a quelli già in essere.

La proposta avanzata in quella fase della trattativa dalla Cisl può riassumersi così: attrazione della materia del licenziamento individuale per motivo oggettivo nell'area di applicazione della disciplina del licenziamento collettivo, con predisposizione di una procedura di esame congiunto in sede sindacale adeguatamente ridotta; modifica dell'articolo 18, con attribuzione al giudice, nel caso di giudizio negativo circa la validità del licenziamento, della facoltà di condannare il datore di lavoro alla reintegrazione, oppure al solo indennizzo, secondo il modello tedesco.

La scelta del Governo di accogliere la proposta della Cisl ha comportato verso la metà di febbraio che il fuoco del confronto politico si sia spostato su di un progetto molto più ambizioso (per non dire temerario) quanto all'ampiezza del campo immediato di applicazione, ma più limitato per quel che riguarda la portata innovativa circa il sistema di protezione della sicurezza economica e professionale dei lavoratori dipendenti. Nell'ultima settimana di marzo, poi, la pressione esercitata sul Governo dall'ala sinistra della sua maggioranza ha portato a una significativa riduzione della portata innovativa della novella dell'articolo 18 St. lav., che a sua volta ha poi portato all'accoglimento della richiesta dell'ala destra, di un rinvio dell'entrata in vigore delle norme in materia di collaborazioni autonome e di una riduzione dell'incisività delle norme in materia di contratti a termine ⁽⁸⁾ (rimane, comunque, un rilevante sfrondamento dei tipi contrattuali diversi da quello normale a tempo indeterminato).

Dai mille piccoli e grandi compromessi politici che accompagnano l'evoluzione del disegno di legge risulta un testo scritto alla vecchia maniera: ipertrofico, complicato, non leggibile se non dagli addetti ai lavori ⁽⁹⁾, in diverse sue parti ispirato a una cultura giuslavoristica vecchia, tendente alla massima possibile legificazione del rapporto di lavoro, pronta ad aumentare i costi di transazione in 99 rapporti, pur di impedire un abuso nel centesimo. Non ci si rende conto che la semplificazione delle regole produce un aumento di efficienza del sistema, che a sua volta si traduce in una maggiore domanda di lavoro (perché la complicazione è di per sé un costo); e che una domanda di lavoro più forte costituisce una protezione dei lavoratori contro quel possibile abuso assai migliore di quanto sia la protezione offerta dallo strumento normativo. Perché non c'è legge, giudice, avvocato o ispettore del lavoro, che possa dare al lavoratore una protezione migliore dei suoi diritti fondamentali di dignità e libertà, oltre che dei suoi interessi economici e professionali, rispetto alla protezione data dalla possibilità di lasciare l'azienda che lo tratta male per un'altra che gli offre un trattamento migliore.

Soffre di ipertrofia e qualche astrusità anche il nuovo testo dell'articolo 18. Ma qui, almeno, la filosofia del legislatore è diversa: qui - come mi propongo di mostrare nelle pagine che seguono - sotto un linguaggio legislativo un po' *rétro*, si osserva un impegno concreto a ridurre sul piano sostanziale la vecchia ingessatura e a compiere un vero mutamento di regime.

5. – L'allineamento (problematico e imperfetto) al modello tedesco

Veniamo dunque a esaminare la nuova disciplina dei licenziamenti risultante dall'intenso lavoro politico di questi ultimi quattro mesi. I temperamenti progressivamente apportati al disegno della nuova normativa su questa materia non la derubricano affatto a un mero intervento di "manutenzione", come si è voluto far credere da chi era interessato a minimizzarne la portata apparente. Si tratta pur sempre di una riforma assai incisiva, mirata ad allineare il nostro

⁽⁸⁾ V. nota 6.

⁽⁹⁾ Certo, non rispettoso delle *guidelines* fornite con il *Decalogue for Smart Regulation* (Stoccolma, 12 novembre 2009) dal High Level Group of Independent Stakeholders on Administrative Burdens incaricato di redigerle dal Presidente della UE.

ordinamento, per quel che riguarda il grado di protezione della stabilità del lavoro regolare, a quello tedesco. Non tanto per quel che riguarda la *law in the code*, quanto soprattutto per quel che riguarda la *law in action*, il diritto vivente.

In Germania la legge lascia al giudice, nel caso di valutazione negativa circa la legittimità del licenziamento, la scelta tra la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro – che deve però essere disposta solo quando vi siano prospettive di ripresa di una utile collaborazione tra le parti - e l'indennizzo, che può arrivare a un massimo di 18 mensilità.

Nel perseguire l'obiettivo di allineare per questo aspetto l'ordinamento italiano a quello tedesco, il Governo ha ben presente come a norme di legge simili possano corrispondere applicazioni giurisprudenziali profondamente diverse (anche per effetto del circolo causale di cui si è detto nel § 1); e in particolare ha ben presente la diversità tra la situazione d'oltralpe, nella quale i giudici del lavoro esercitano l'ampia discrezionalità attribuita loro dalla norma scritta limitando la reintegrazione coattiva a meno del 10 per cento dei casi di sentenza negativa circa la validità del licenziamento, e la situazione nella quale invece i giudici del lavoro potrebbero essere chiamati a esercitare la stessa discrezionalità qui da noi, essendo abituati da decenni a disporre la reintegrazione in *tutti* i casi di licenziamento ritenuto ingiustificato. Il Governo non si accontenta, dunque, si preoccupa di indirizzare l'applicazione della nuova norma il più possibile in direzione del modello costituito dalla *law in action* tedesca, nel quale la sanzione indennitaria è di fatto la regola e la reintegrazione ha carattere eccezionale.

In una prima stesura del progetto di legge (mai pubblicata, ma che incomincia a circolare ufficiosamente intorno alla metà di marzo) la regola è posta in modo molto semplice: il giudice dispone la reintegrazione e il risarcimento, secondo la vecchia disposizione, in tutti i casi in cui accerta la nullità del licenziamento per discriminazione o altro motivo illecito determinante, o per una delle altre circostanze cui la legge oggi riconnette automaticamente la nullità del recesso del datore; negli altri casi, si applica soltanto la sanzione dell'indennizzo. A questa formulazione viene opposta dalla sinistra politica e sindacale la difficoltà per la persona discriminata di adempiere l'onere della prova, che su di essa graverebbe, circa il motivo illecito del licenziamento (difficoltà peraltro attenuata dall'orientamento giurisprudenziale consolidato, che consente l'accertamento del motivo illecito anche soltanto sulla base di una presunzione semplice desunta dalle circostanze): le tre settimane che precedono la presentazione al Senato dell'atto di iniziativa legislativa vedono dunque il Governo impegnato nel negoziato su di una nuova formulazione che garantisca meglio il lavoratore contro il licenziamento per motivo illecito, senza però che questo allarghi la discrezionalità del giudice al punto da consentire che la reintegrazione torni a essere di fatto la sanzione più diffusamente applicata.

6. – Il testo del disegno di legge n. 3249 oggi all'esame del Senato e la sua logica interna, tra *property* e *liability rule*

A grandi linee, la soluzione contenuta nel disegno di legge presentato al Senato il 5 aprile scorso può essere sintetizzata in questa gradazione della sanzione applicabile in materia di licenziamento ritenuto dal giudice illegittimo o non sufficientemente giustificato:

– si riconferma l'*apparato sanzionatorio oggi in vigore*, ovvero reintegrazione più risarcimento del danno commisurato al lavoro perduto per effetto del licenziamento e comunque non inferiore a 5 mensilità, escluso il solo *aliunde perceptum*, per il caso del motivo discriminatorio o comunque illecito e le altre cause di nullità tipizzate dalle leggi vigenti (commi da 1 a 3 e comma 7 ultima parte del nuovo testo dell'articolo 18, come modificato dall'articolo 14; la norma continua ad applicarsi nelle aziende di qualsiasi dimensione);

– si prevede la *reintegrazione* più “*indennità risarcitoria*” ⁽¹⁰⁾ – commisurata al lavoro perduto per effetto del licenziamento, escluso l’*aliunde perceptum* e quanto percepibile con la normale diligenza, senza il limite minimo delle 5 mensilità e con un limite massimo di 12 – per il caso in cui la radicale insussistenza del fatto con cui il licenziamento è motivato possa far pensare a un motivo occulto illecito o di mero arbitrio (comma 4 e comma 7 del nuovo art. 18, nei quali vengono peraltro disposti alcuni circoscritti ampliamenti del campo di applicazione della sanzione, di cui dirò appresso);

– si prevede la *sola* “*indennità risarcitoria onnicomprensiva*” in misura compresa tra il minimo di 12 mensilità e il massimo di 24, determinata in relazione all’anzianità di servizio, alle dimensioni dell’impresa e al comportamento delle parti, per tutti gli altri casi di ritenuta insufficienza del motivo soggettivo od oggettivo addotto dal datore, nonché per i casi di licenziamento collettivo affetto da vizio procedurale (comma 5 e comma 7 del nuovo art. 18 St. lav., nonché comma 3 dell’art. 15 del d.d.l.);

– si prevede infine la *sola* “*indennità risarcitoria onnicomprensiva*” *ridotta*, in misura compresa tra il minimo di 6 e il massimo di 12 mensilità, per i casi di licenziamento affetto da vizi formali (comma 6 del nuovo art. 18).

Non è certo questa la sede opportuna per una esegesi puntuale di ciascuna disposizione contenuta nella nuova complessa disciplina in esame; anche perché l’*iter* parlamentare è ancora nel pieno del suo svolgimento e il testo legislativo è ancora suscettibile di modifiche. Tuttavia possono forse essere di qualche interesse alcune osservazioni sulla logica interna a questo nuovo articolo 18 e sugli intendimenti che hanno portato alla sua formulazione attuale.

A questo nuovo assetto della disciplina proposto nel disegno di legge viene diffusamente imputata una incoerenza logica: se il licenziamento è illegittimo – si obietta ⁽¹¹⁾ – perché mai l’ordinamento dovrebbe, in una parte dei casi, rinunciare a rimuoverne radicalmente gli effetti con la reintegrazione e il risarcimento integrale del danno che ne è conseguito al lavoratore?

Il disegno del Governo – ispirato come si è detto al modello tedesco nei suoi risultati giurisprudenziali effettivi – è quello di una disciplina che faccia della sanzione indennitaria la regola generale e di quella reintegratoria un rimedio straordinario, riservato a una ristretta minoranza di casi: l’idea è che essa debba essere riservata ai casi nei quali sia in gioco la dignità, l’onorabilità o la libertà morale del lavoratore, mentre la sanzione indennitaria è riservata in via ordinaria ai casi nei quali il motivo economico-organizzativo addotto dall’imprenditore sia ritenuto sussistente, ancorché non sufficiente per giustificare il licenziamento; oppure a quelli nei quali il motivo sia ritenuto insussistente ma non si ravvisino indizi di discriminazione, oppure – secondo il criterio applicato in Germania - la reintegrazione, nelle circostanze date, sia ritenuta dal giudice non suscettibile di produrre una ripresa utile della collaborazione; oppure, infine, ai casi in cui il lavoratore stesso abbia concorso con la propria colpa – ancorché non tale da giustificare pienamente la massima sanzione disciplinare – a causare lo scioglimento del rapporto. In altre parole la reintegrazione, come *property rule* ⁽¹²⁾, viene di regola riservata ai casi in cui sia in gioco un diritto

⁽¹⁰⁾ L’espressione “*indennità risarcitoria*”, significativamente diversa da quella usata nel primo comma – “risarcimento del danno” – è stata scelta per significare che l’erogazione è di natura, appunto, risarcitoria, con conseguente sua esenzione dall’imposta sul reddito, anche se essa non è commisurata precisamente al danno consistente nel lucro cessato nel periodo tra il licenziamento e la reintegrazione.

⁽¹¹⁾ Così U. Romagnoli, nell’intervista cit. nella nota 33.

⁽¹²⁾ Mi riferisco qui alla distinzione tra *property*, *liability* e *inalienability rules*, nell’accezione in cui questi termini sono utilizzati nella teoria generale proposta da G. Calabresi e A. Douglas Melamed, *Property rules, liability rules and inalienability. A view of the Cathedral*, Harvard Law Review, 1972, pp. 1089-1128: teoria che, nata in riferimento ai sistemi di *common law*, è tuttavia pienamente applicabile – e applicata in sede dottrinale – anche a quelli di *civil law*. Si osservi che nel concetto di *property rule* rientrano non soltanto regole inerenti alla tutela della proprietà, ma anche regole proprie del diritto delle obbligazioni e dei contratti (v. in proposito nota 9). Per l’applicazione di questa distinzione – secondo l’approccio di *law & economics* – alla materia dei licenziamenti, in riferimento sia a sistemi di *common law* sia a sistemi di *civil law*, v. ultimamente i due articoli di Marco Mazzoldi e Matteo Rizzoli, *Articolo 18 e*

assoluto della persona; l'indennizzo, come *liability rule* ⁽¹³⁾, ai casi in cui sia in gioco soltanto un interesse economico e professionale del lavoratore, rispetto al quale sia congrua una responsabilizzazione del debitore commisurata all'entità di quell'interesse economico e professionale secondo l'*id quod plerumque accidit*. Si osservi in proposito come la teoria generale abbia da tempo mostrato la piena compatibilità di entrambi i tipi di regole, al pari delle *inalienability rules*, sia con le esigenze proprie della protezione di diritti assoluti, sia con quelle proprie della protezione di diritti di credito; sia con la disciplina di rapporti proprietari, sia con quella di rapporti contrattuali ⁽¹⁴⁾. Questo riferimento alla teoria generale, insieme al fatto che una ripartizione analoga del campo di applicazione della regola dell'un tipo e dell'altro, in materia di protezione della stabilità del posto di lavoro regolare, sia praticata non solo in Germania, ma anche in numerosi altri ordinamenti europei, dovrebbe tranquillizzare i giuslavoristi nostrani preoccupati per la tenuta costituzionale di questo nuovo assetto della disciplina (su questo punto torneremo nel § 12).

A questa sistemazione concettuale del nuovo *ius condendum* si obietterà da parte di qualcuno che la perdita del posto di lavoro lede sempre il diritto fondamentale al lavoro. Ma se così fosse, non si comprenderebbe come possa tollerarsi il regime di tutela meramente obbligatoria nelle aziende escluse dal campo di applicazione dell'articolo 18. Inoltre non dovrebbe essere ammesso il licenziamento in funzione di un interesse meramente economico dell'impresa: l'idea che il licenziamento di per sé leda il diritto fondamentale al lavoro collide con la regola che consente il recesso come conseguenza di una scelta gestionale aziendale dettata da esigenze organizzative o di risparmio di costi. La verità è che quell'obiezione corrisponde a una concezione del rapporto di

forme di Tutela. Cosa cambia con la riforma, e Articolo 18: da una regola di proprietà ad una di responsabilità, pubblicati sul sito *IMille* nell'aprile scorso (www.imille.org/2012/04/art-18-forme-di-tutela-cosa-cambia-con-la-riforma/), dove si trova anche il link al secondo articolo): ivi alcuni riferimenti alla letteratura precedente di *law & economics* in argomento.

⁽¹³⁾ Che la sanzione reintegratoria, come applicata in Italia in forza dell'art. 18 St. lav., vada ascritta alla categoria delle *property rules*, secondo la distinzione di teoria generale di cui alla nota precedente, viene negato nell'appello firmato nel marzo scorso, con Umberto Romagnoli, da un gruppo di altri giuslavoristi facenti capo alla rivista *Lavoro e diritto*, in difesa della struttura fondamentale della disciplina attuale dei licenziamenti: "Se un licenziamento è illegittimo, l'articolo 18 dispone che quell'atto sia rimosso, come accade quando si fa abbattere l'opera costruita da un vicino lesiva del diritto di proprietà del confinante e come accade in tutte le forme di inadempimento contrattuale, in cui è il creditore adempiente che può scegliere tra esecuzione del contratto e risarcimento dei danni". Gli autori di questo documento non considerano però che – secondo la teoria generale, come si è visto nella nota precedente – anche nel diritto dei contratti ben possono trovarsi *property rules*, e persino *inalienability rules*: non è forse tale, per esempio, il divieto di cedere parti del proprio corpo? Né considerano, per altro verso, che in riferimento alla durata del contratto, dal Codice Napoleone in poi, il principio generale è quello che vieta il vincolo perpetuo e pertanto garantisce a ciascuna delle parti la facoltà di recesso dal contratto a tempo indeterminato; mentre la regola di cui all'articolo 18, applicata anche al licenziamento per motivo economico-organizzativo, ha fin qui generato di fatto una situazione molto vicina alla irrecidibilità dal contratto se non nella forma del licenziamento collettivo. Questo è un effetto della combinazione tra i costi esorbitanti della soccombenza, derivanti dall'applicazione dell'articolo 18, e l'ineliminabile elevatissimo grado di aleatorietà dell'esito del giudizio, dovuto all'indeterminatezza della nozione di giustificato motivo oggettivo (devo rinviare, su questo punto, al mio scritto *La stabilità del lavoro e il valore dell'uguaglianza*, in *Ridl*, 2005, I, pp. 7-31).

⁽¹⁴⁾ Così, per esempio, l'ordinamento protegge il diritto di proprietà contro il furto con una *property rule* (la sanzione penale comminata al ladro, l'obbligo di restituzione), contro l'esproprio pubblico con un insieme di *liability rules*, consistenti in procedure poste a tutela dell'interesse legittimo e in un risarcimento a carico dell'amministrazione espropriante. Allo stesso modo, sia la disciplina legale di un rapporto contrattuale, sia il regolamento contrattuale di un condominio possono stabilire sia regole di tipo proprietario (*restitutio in integrum*), sia regole che legittimano il sacrificio dell'interesse di una parte imponendo all'altra un indennizzo predeterminato. Per altro verso, l'ordinamento può proteggere un diritto assoluto della persona, a seconda dei casi, con *inalienability*, *property*, o *liability rules*: per esempio, il diritto di libertà della persona è protetto in parte dalla inalienabilità, in parte da una *property rule* (posso sovraneamente disporre della mia libertà di movimento mediante un contratto di lavoro), in parte da una *liability rule* (quando la libertà sia stata indebitamente sacrificata dall'amministrazione della giustizia); i diritti all'immagine, al nome e alla riservatezza sono fondamentalmente protetti da un insieme di *property rules*, mentre i diritti di libertà di pensiero, politica e religiosa sono sempre protetti da una *inalienability rule*.

lavoro ispirata all'idea della *job property*, che mal si concilia con il principio dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali e con la stessa regola del giustificato motivo oggettivo.

Se guardiamo più da vicino la nuova normativa in gestazione, possiamo individuare in alcuni dettagli della sua tessitura altrettanti aspetti ulteriori di coerenza con la costruzione concettuale qui proposta.

In tema di *licenziamento disciplinare*, la comminatoria della reintegrazione è principalmente riservata al caso della radicale "insussistenza del fatto contestato": al caso, cioè, nel quale il datore abbia imputato al/la dipendente una mancanza che non è stata da lui/lei commessa. Ciò che è leso ingiustamente da un licenziamento così motivato non sono soltanto un interesse professionale e un interesse economico, ma prima ancora l'onorabilità della persona: donde la ragion d'essere dell'applicazione di una *property rule*. Ben diverso è il caso – di gran lunga il più frequente nella nostra casistica giudiziaria – in cui la mancanza risulti effettivamente commessa dalla persona che ne è stata imputata, ma sia ritenuta dal giudice non così grave da giustificare il licenziamento, oppure il licenziamento sia ritenuto viziato da un difetto di immediatezza. Qui a determinare il "sinistro" - considerandosi come tale il licenziamento disciplinare ingiustificato - concorre una colpa del lavoratore; ed è questo a giustificare l'applicazione di una sanzione di natura soltanto pecuniaria. (In questo ordine di idee è meno facile spiegare la comminatoria della reintegrazione per i casi in cui la mancanza contestata ed effettivamente commessa sia tipizzata nel contratto collettivo applicabile come suscettibile di essere sanzionata con un provvedimento meno grave, di natura conservativa; ma è anche vero che proprio la tipizzazione contrattuale, in questo caso, riduce drasticamente l'incertezza della disciplina applicabile, fornendo al datore di lavoro un'indicazione sicura cui attenersi) ⁽¹⁵⁾.

Nella stessa logica si colloca l'applicazione della sola sanzione pecuniaria – da sei a dodici mensilità – nel caso del licenziamento che il giudice abbia ritenuto sostanzialmente giustificato, ma che sia affetto da un vizio formale diverso dalla mancanza totale della forma scritta: per esempio un difetto di motivazione, oppure del procedimento disciplinare, oppure ancora del procedimento di esame congiunto preventivo istituito per il licenziamento motivato da ragioni economiche od organizzative (sesto comma del nuovo articolo 18). Qui, laddove il licenziamento sia sostanzialmente giustificato, non è in gioco la lesione di alcun diritto assoluto della persona: la sanzione pecuniaria appare dunque appropriata in relazione alla funzione specifica di responsabilizzare il datore di lavoro circa il rispetto di un procedimento imposto per l'esercizio di una sua prerogativa.

Più complesso è il discorso in riferimento al licenziamento per motivo oggettivo, ovvero dettato da esigenze di natura economico-organizzativa, oggetto del settimo comma del nuovo articolo 18. Qui la logica interna alla nuova disciplina si esprime in una disposizione che consente al giudice di disporre la reintegrazione nel caso in cui la "manifesta insussistenza" del motivo addotto dal datore a giustificazione del licenziamento induca a ritenere probabile – ancorché non provato al di là di ogni ragionevole dubbio – il motivo discriminatorio o altrimenti illecito.

⁽¹⁵⁾ In riferimento a questa parte della nuova disciplina, in materia di licenziamento disciplinare, è stata duramente contestata da parte imprenditoriale un'alterazione del testo del quarto comma del nuovo articolo 18, rispetto al testo approvato dal Consiglio dei Ministri del 23 marzo, che consentirebbe al giudice di applicare la sanzione della reintegrazione in tutti i casi in cui fosse ritenuta più adeguata una sanzione conservativa, in applicazione del principio di proporzionalità di cui all'art. 2106 c.c.: v. l'articolo del direttore generale di Confindustria G. Galli sul *Sole 24 Ore* del 15 aprile, la cui tesi è stata poi corroborata da un articolo di R. De Luca Tamajo e A. Maresca sullo stesso quotidiano del 17 aprile e da uno di S. Magrini su *Milano Finanza* del 4 maggio. Difende invece la nuova formulazione, sulla base della stessa lettura della modifica ma per ragioni specularmente opposte, L. Mariucci su *l'Unità* cit. nella nota 26. L'alterazione verrà con molta probabilità rimossa, con ripristino della formulazione originaria o con l'adozione di una formulazione che riproduca sostanzialmente il contenuto pratico della formulazione originaria, mediante un emendamento che verrà introdotto in prima lettura in Senato, motivato proprio con l'intendimento del legislatore di riservare – di regola - la reintegrazione ai soli casi di licenziamento disciplinare nei quali la mancanza contestata non sussista.

L'aggettivo "manifesta" è stato fortemente criticato, come termine atecnico, privo di un apprezzabile contenuto giuridico ⁽¹⁶⁾; forse, però, un contenuto giuridico in questa espressione, collocata in questo contesto, può essere riconosciuto sulla base della riflessione sulla nozione di giustificato motivo oggettivo esposta nel paragrafo che segue.

7. – La questione del giustificato motivo oggettivo: nell'ordinamento vigente

Una ricognizione attenta mostra la profonda differenza che corre tra la natura del giustificato motivo soggettivo di licenziamento e di quello oggettivo. Il primo è sempre costituito da un fatto *passato*, già accaduto: la mancanza contestata ⁽¹⁷⁾. Il secondo, invece, è la previsione di un fatto *futuro* suscettibile di alterare gravemente l'equilibrio economico su cui il rapporto di lavoro si fonda: la perdita attesa, che il datore paventa come conseguenza della prosecuzione del rapporto contrattuale ⁽¹⁸⁾.

Basti, per convincersene, considerare quelli che vengono comunemente indicati e valutati come motivi oggettivi di licenziamento: il bilancio aziendale in rosso, la riduzione della domanda espressa dal mercato, la possibilità di sostituire il lavoratore con una macchina che costa meno, il fatto che al lavoratore stesso sia stata tolta la patente di guida, la soppressione del singolo posto di lavoro: questi, come ciascuno degli altri "fatti" comunemente adottati per la giustificazione oggettiva di un licenziamento, sono tutte circostanze rilevanti ai fini di quella giustificazione *soltanto in quanto esse siano destinate a perdurare* nel prossimo futuro e a produrre una perdita aziendale. È infatti evidente che se vi fosse la prospettiva a breve di un ritorno degli utili, o di una ripresa della domanda per i beni o servizi alla cui produzione il lavoratore è addetto, o di un utile *repêchage* del lavoratore stesso in altra funzione produttiva, o di un recupero da parte sua della patente temporaneamente ritirata, o di ricostituzione del posto temporaneamente soppresso, il fatto storico adottato dal datore perderebbe, in parte o del tutto, la propria rilevanza ai fini della giustificazione del licenziamento.

Si può discutere – ed è questa una questione relevantissima, sul piano teorico come su quello pratico - se nella perdita attesa che può giustificare il licenziamento rientri o no anche il costo-opportunità (ovvero la minore utilità attesa dalla prestazione del lavoratore rispetto alla migliore delle alternative possibili, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di possibilità di sostituzione del lavoratore con un altro) ⁽¹⁹⁾. Si può inoltre discutere se per giustificare il

⁽¹⁶⁾ V. in proposito nota 26.

⁽¹⁷⁾ Più precisamente (secondo la sistemazione concettuale che ho proposto ne *Il contratto di lavoro*, vol. III, Milano, 2003, § 517), il motivo immediato del licenziamento è costituito dalla mancanza imputata al lavoratore, mentre l'interesse cui il provvedimento risponde è essenzialmente quello a un effetto di deterrenza nei confronti dell'insieme del personale dipendente presente e futuro.

⁽¹⁸⁾ Ho dedicato molte pagine del trattato cit. nella nota precedente (§ 516) alla dimostrazione del fatto che la "scelta gestionale" compiuta dall'imprenditore e i fatti immediatamente conseguenti non potrebbero avere alcun rilievo ai fini della giustificazione del licenziamento, senza una loro precisa congruenza con una perdita attesa: congruenza che – nel nostro regime attuale – spetta sempre al giudice controllare, così sovrapponendo la propria valutazione in proposito a quella dello stesso imprenditore. A questo proposito Riccardo Del Punta, cui ho sottoposto una bozza provvisoria di questa relazione, mi rivolge questa osservazione critica: "Come spesso fai – ricorda che sono il tuo recensore – tu parti da una premessa che rappresenta la tua opzione, poi vai avanti dando per scontata quella premessa e così ai livelli finali del ragionamento ci si trova davanti un risultato non so quanto corrispondente alla realtà: nel caso, se uno si distrae un attimo, arriva a pensare che già l'attuale normativa accolga il tuo concetto del *firing cost*". Ora, la mia premessa secondo cui il giustificato motivo oggettivo consiste sostanzialmente – già secondo lo *ius conditum* - nell'attesa di una perdita non è mai stata confutata da alcuno (ciò di cui si è discusso è solo l'entità della perdita attesa necessaria perché si configuri il g.m.: v. nota 20). E neppure è stata confutata – bensì semmai confermata: v. nota 32 – la mia tesi secondo cui il modo in cui oggi la regola del g.m.o. viene di fatto applicata confligge irreparabilmente con il principio dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali; e qui siamo ancora sul piano dello *ius conditum*. Così stando le cose, l'uso della tecnica del *severance cost* come filtro delle scelte imprenditoriali a me sembra la sola che possa conciliare la limitazione della facoltà di licenziamento per motivo oggettivo con quel principio costituzionale; ma qui il discorso evidentemente si sposta sul piano dello *ius condendum*.

⁽¹⁹⁾ Sul concetto di costo-opportunità e sul rilievo che esso assume in materia di giustificazione oggettiva del licenziamento, rinvio per brevità al mio scritto citato nella nota precedente, partic. pp. 439-441 (ivi anche

licenziamento sia sufficiente una perdita attesa di qualsiasi entità, oppure sia necessario che la perdita stessa superi una determinata soglia (con conseguente attribuzione al contratto di lavoro di un contenuto assicurativo, con accollo all'impresa del rischio di perdita fino a una determinata soglia) ⁽²⁰⁾. Ma è difficile dissentire su questo punto: il "motivo oggettivo" che giustifica il licenziamento può logicamente essere, in ultima analisi, soltanto l'attesa di una perdita.

Orbene, mentre un fatto accaduto è sempre di per sé suscettibile di dimostrazione in giudizio mediante documenti, testimoni, o confessione del lavoratore, altrettanto non può dirsi di un fatto futuro, che può essere oggetto soltanto di una valutazione prognostica. Se dunque il giustificato motivo oggettivo è costituito dalla ragionevole previsione di un evento futuro, occorre convenire che la decisione del giudice in questo campo non si fonda sulla dimostrazione di un fatto accaduto, ma sulla valutazione del giudice stesso circa la ragionevolezza di quella previsione nonché circa la gravità dell'evento previsto. Se consideriamo l'ineliminabile opinabilità di questa valutazione e l'assoluta indeterminatezza del grado di gravità dell'evento previsto (cioè dell'ammontare della perdita attesa) necessario per la giustificazione del licenziamento, comprendiamo facilmente il perché dell'elevatissimo grado di aleatorietà dei giudizi in materia di licenziamento individuale per motivo oggettivo. Aleatorietà che, combinata con i costi elevatissimi della reintegrazione e del connesso risarcimento senza limiti massimi di entità, ha generato fin qui la sostanziale impraticabilità di questo genere di licenziamento individuale, salvi soltanto i casi di particolare evidenza del fatto che il rapporto fosse destinato a proseguire in perdita, quali quelli di impossibilità sopravvenuta totale della prestazione, di chiusura di un intero reparto, oppure di bilancio gravemente in rosso ⁽²¹⁾. A questa constatazione è scorretto contrapporre l'esiguo numero delle sentenze nelle quali di fatto si applica l'articolo 18 ⁽²²⁾, perché all'esiguità di quel numero non corrisponde affatto un basso tasso di effettività della norma, bensì, tutt'al contrario, l'esiguità del

l'argomentazione a sostegno della tesi secondo cui lo stesso costo-opportunità deve considerarsi ricompreso nella nozione di perdita attesa rilevante ai fini della giustificazione del licenziamento, già nell'ordinamento oggi vigente), e a M. Novella, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione giuridico-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Ridl*, 2007, II, pp. 990-999.

⁽²⁰⁾ La tesi secondo cui il licenziamento sarebbe giustificato da una perdita attesa anche di entità minima – dovendosi ritenere vietato soltanto il licenziamento che configuri un abuso di diritto – è sostenuta da M.T. Carinci, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro*, Padova, 2005; in giurisprudenza v., nello stesso senso, T. Palermo 17 maggio 2007, in *Ridl*, 2007, II, p. 990 (cui si riferisce il commento di M. Novella cit. nella nota prec.), e ultimamente Cass. 24 febbraio 2012 n. 2874, *GLav*, 2012, n. 15, p. 31, dove si nega "che sia rilevante la modestia del risparmio [perseguito con il licenziamento] in rapporto al bilancio aziendale, in quanto [...] ogni risparmio che sia in esso attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificat". Per la tesi secondo cui invece – in forza del contenuto assicurativo inderogabilmente attribuito al rapporto di lavoro dalla disciplina del licenziamento per motivo oggettivo – la perdita attesa non giustifica il recesso del datore se non supera una soglia, oggi lasciata alla determinazione del giudice caso per caso, v. quanto esposto nel mio scritto cit. nelle note 17 e 18, § 516.

⁽²¹⁾ È ben vero che anche nell'area di applicazione dell'art. 18 si è registrato qualche caso di licenziamento individuale per soppressione del posto, sulla base dell'orientamento giurisprudenziale che lo consente; ma è anche vero che gli effetti di questo orientamento sono stati fortemente ridimensionati dalla giurisprudenza che vieta il licenziamento per motivi economici in tutti i casi nei quali sia possibile il c.d. *repêchage* del lavoratore in altra posizione.

⁽²²⁾ V. in questo senso ultimamente, tra gli altri, l'interessante saggio di L. Cavallaro, cit. nella nota 44, p. 72, dove si osserva che "nel biennio 2003-2004 le sentenze in materia di impugnativa di licenziamento sono state 2359", di cui 61 su 100 sfavorevoli all'imprenditore. Lo stesso L.C. – valente giudice del lavoro nella non facile sede palermitana –, peraltro, subito dopo mostra di ben conoscere la teoria dell'autoselezione delle parti litiganti, dalla quale si trae che il numero delle sentenze emanate in applicazione di una norma non misura affatto il tasso di effettività della norma stessa; e, più precisamente, che il numero delle controversie giudiziali e la ripartizione delle sentenze tra favorevoli e contrarie all'una o all'altra parte dipendono rispettivamente dall'informazione di cui ciascuna di esse dispone circa l'esito probabile del giudizio e dalla relativa asimmetria (in argomento, assai prima e più autorevolmente del saggio di A. e P. Ichino e altri del 1998 citato da L.C., v. soprattutto G.L. Priest, B. Klein, *The Selection of Disputes for Litigation*, in *Journal of Legal Studies*, 1984, pp. 1-55; J. Waldfogel, *The Selection Hypothesis and the Relationship between Trial and Plaintiff Victory*, in *Journal of Political Economy*, 1995, pp. 229-260). Ma, se così è, che senso ha citare l'esiguo numero di sentenze per trarne argomento nel senso della scarsa incidenza pratica della norma di cui esse costituiscono l'applicazione?

numero degli imprenditori disposti a correre il rischio connesso alla sua applicazione giudiziale recedendo dal rapporto di lavoro con i propri dipendenti.

Questo è il motivo per cui in Italia, nell'area in cui si applica l'articolo 18, il cosiddetto "aggiustamento fine" degli organici è pressoché sconosciuto, se non nella forma dell'omesso rimpiazzo dei dipendenti che escono spontaneamente, o per limiti di età. Quando quest'ultimo rimedio non basta, da noi l'aggiustamento avviene per lo più in ritardo rispetto al manifestarsi della necessità e in forma "esplosiva", cioè nella forma del licenziamento collettivo, per lo più quando i bilanci sono già in rosso. In un sistema economico sano l'aggiustamento degli organici deve poter essere praticato per prevenire la crisi aziendale, non soltanto quando la crisi aziendale è già in atto.

Per avere una immediata e sintetica percezione dell'aleatorietà del giudizio in materia di motivo oggettivo di licenziamento, nel nostro diritto vivente attuale, leggiamo la massima ufficiale di una sentenza recentissima della Cassazione già citata poc'anzi ⁽²³⁾, che ben riassume gli orientamenti giurisprudenziali dominanti in argomento:

*"Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo si verifica ogni volta che si presenta la **necessità di sopprimere determinati posti di lavoro** a causa di scelte attinenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa con conseguente e **inevitabile** licenziamento dei lavoratori che ricoprono detti posti e che **non possano essere impiegati altrimenti**. Rientra, pertanto, nella previsione di cui alla seconda parte dell'art.3 della legge 15 luglio 1966 n. 604 l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore, **non pretestuosamente e non semplicemente per un incremento di profitto**, bensì per far fronte a **sfavorevoli situazioni – non meramente contingenti – influenti in modo decisivo** sulla normale attività produttiva, ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, senza che sia rilevante la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, in quanto, una volta **accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi**, in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in esso attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificata."*

Dove le parole evidenziate in grassetto mostrano gli spazi di possibile sovrapposizione alla valutazione dell'imprenditore di una valutazione giudiziale i cui criteri sono del tutto indeterminati: mi riferisco innanzitutto alla valutazione circa l'"inevitabilità" della soppressione del posto di lavoro (il criterio della c.d. *extrema ratio*), circa il fatto che il lavoratore interessato non possa essere impiegato altrimenti (il c.d. *repêchage*), circa il fatto che la situazione sfavorevole non sia "meramente contingente" ma destinata a perdurare nel tempo (quanto deve estendersi il perdurare previsto per giustificare il licenziamento?), circa il fatto che la contrazione dei costi sia "effettivamente necessaria".

Va sottolineata, in particolare, l'inaffidabilità di un criterio giurisprudenziale tra i più apparentemente semplici e chiari nel loro contenuto e che ricorrono con maggiore frequenza nei nostri repertori: quello secondo cui è consentita la soppressione del posto di lavoro, ma non la sostituzione del lavoratore in quel medesimo posto. Le prime righe della massima sopra riportata sembrerebbero riconfermare questo criterio; ma, nel caso concreto, la sentenza ha cassato una doppia conforme di merito (di Ancona) che, in applicazione del criterio stesso, aveva annullato il licenziamento di una lavoratrice sul presupposto che essa era stata sostituita con una apprendista: mentre i giudici di merito hanno ritenuto che si trattasse di sostituzione la Cassazione ha evidentemente ritenuto che si trattasse di soppressione di un posto di lavoro ordinario con contestuale o successiva costituzione di un posto di apprendistato. Una questione sostanzialmente identica si può porre in riferimento al caso del licenziamento dell'impiegato monoglotta seguito dall'assunzione di uno che conosce l'inglese, o di uno senza patente di guida seguito dall'assunzione di uno patentato. È evidente l'amplissima discrezionalità del giudice nello stabilire,

⁽²³⁾ Cass. n. 2874/2012 cit. nella nota 20.

caso per caso, se si è trattato di *soppressione* di un posto di lavoro con contestuale creazione di un posto diverso, oppure di *sostituzione* di un lavoratore con un altro più produttivo (o meno costoso). La stessa questione si ripresenta in tutti gli altri casi di scioglimento di un rapporto con successiva costituzione di un altro rapporto: si può sempre sostenere che ci sia stata sostituzione; ma c'è anche quasi sempre una differenza tra le caratteristiche dei due lavoratori interessati (o dei due rapporti contrattuali) in conseguenza della quale si può sostenere che si tratti di soppressione del rapporto di un tipo seguito dalla costituzione di un rapporto diverso. Dove sta il limite di rilevanza della differenza, al di là del quale si deve parlare di soppressione, mentre al di qua si deve parlare di sostituzione? E chi stabilisce quel limite?

Quale che sia la risposta a questi interrogativi, è comunque evidente che, quando da questa risposta dipende l'esito della controversia, ciò significa che nella controversia stessa non è in gioco alcun diritto fondamentale della persona: non si vedrebbe altrimenti perché la protezione di quel diritto dovrebbe dipendere dalla qualificazione della scelta gestionale aziendale in termini di sostituzione piuttosto che di soppressione del posto.

8. – Segue. Nel progetto governativo di riforma della disciplina della materia

Alla luce delle considerazioni proposte nel paragrafo che precede – ammesso che esse siano in grado di produrne alcuna – è forse possibile individuare più facilmente la ragion d'essere, nonché definire meglio il contenuto pratico, della disciplina del licenziamento per motivo oggettivo contenuta nel disegno di legge del Governo. Quando si riconosca che il giustificato motivo oggettivo non è un fatto accaduto, come tale suscettibile di dimostrazione, ma consiste essenzialmente in una valutazione *de futuro*, avente per oggetto l'entità di una perdita attesa, è facile comprendere la scelta del legislatore consistente nel distinguere i tre casi che seguono.

(a) In primo luogo il caso in cui è del tutto *evidente la ragionevolezza della scelta datoriale di licenziare* – per esempio, a causa dell'impossibilità totale sopravvenuta della prestazione, della chiusura definitiva di un reparto dell'azienda, ecc. –, caso nel quale (assai discutibilmente - v. *infra* in questo paragrafo - ma inequivocabilmente) l'ordinamento non riconosce al lavoratore il diritto ad alcun indennizzo.

(c) All'estremo opposto, il caso in cui appare *evidente l'insussistenza del motivo economico-organizzativo* addotto dal datore a sostegno del licenziamento: si pensi al caso in cui il motivo indicato dovrebbe consistere in una perdita di commesse, della quale tuttavia non vi sia traccia presente né alcun segno premonitore; oppure al caso in cui il motivo indicato dovrebbe consistere nel fatto che il lavoratore non abbia la patente di guida, ma sia evidente che questa non può essere in alcun modo necessaria nella sua posizione di lavoro, trattandosi di lavoro del tutto sedentario. Qui l'evidenza della pretestuosità del motivo indicato dal datore può indurre il giudice a sospettare la sussistenza, invece che di un motivo oggettivo, di un motivo illecito. Quando vi sia qualche indizio in tal senso (anche se questo non basti per ritenere il motivo illecito dimostrato) il giudice può disporre la reintegrazione: questo è esattamente il senso dell'ormai famoso compromesso raggiunto tra i capi della maggioranza a Palazzo Chigi nella notte tra il 19 e il 20 marzo.

(b) tra i due poli estremi sta la vastissima zona dei possibili motivi economico-organizzativi, cioè delle *situazioni nelle quali ci si può ragionevolmente attendere una qualche perdita*, anche in termini di costo-opportunità, in conseguenza della prosecuzione del singolo rapporto di lavoro, ma il fondamento di tale prognosi negativa e l'entità della perdita non sono suscettibili di precisa dimostrazione in giudizio (dove fino a oggi l'impraticabilità di fatto – per eccessiva aleatorietà dell'esito della verifica giudiziale – del licenziamento per g.m.o. in quest'area). Il legislatore intende da qui in avanti rimuovere l'ostacolo all'"aggiustamento fine" degli organici e/o alla sua tempestività; la nuova norma, dunque, prevede che, come di fatto accade in quasi tutti gli altri ordinamenti europei (e anche nel nostro, almeno in linea di principio, in materia di licenziamenti collettivi), il filtro delle scelte imprenditoriali non sia costituito tanto dalla valutazione del giudice, per lo più inaffidabile dal punto di vista dell'economia aziendale, circa la fondatezza della valutazione dell'imprenditore e la sufficiente gravità della perdita attesa, quanto piuttosto *i*) da un

serio esame congiunto della questione in sede sindacale-amministrativa⁽²⁴⁾; e *ii*) dal costo dell'indennizzo posto a carico dell'imprenditore stesso: quello che nel linguaggio internazionale delle relazioni industriali è chiamato il *severance cost* (se non vi è motivo di ritenere che il vero motivo sia illecito, e l'imprenditore è disposto a sobbarcarsi un determinato indennizzo, questo significa – in applicazione del c.d. *revelation principle*⁽²⁵⁾ - che la perdita attesa, attualizzata a oggi, è effettivamente da lui prevista in misura superiore all'indennizzo stesso).

Se si legge in questo modo il settimo comma del nuovo articolo 18, appare chiaro, innanzitutto, il significato dell'espressione "manifesta insussistenza" ivi contenuta: essa serve a delimitare i casi eccezionali del tipo (c), nei quali l'insussistenza del giustificato motivo appare con netta evidenza in giudizio, distinguendola da quelli incomparabilmente più numerosi del tipo (b), nei quali la perdita attesa potrebbe non essere di entità sufficiente a giustificare il licenziamento, ma il giudice solitamente non ha gli strumenti necessari per sovrapporre alla valutazione dell'imprenditore una propria valutazione più attendibile. Contro l'utilizzazione, qui, dell'espressione "manifesta insussistenza" si è detto che essa è atecnica e inappropriata in un testo legislativo⁽²⁶⁾; ma tale essa non è, se si considera che con essa si è voluto stabilire un discrimine tra la vasta area delle possibili ragioni oggettive sulle quali il giudice non è in grado di sovrapporre la propria valutazione a quella dell'imprenditore (e che pertanto è bene siano filtrate dall'esame congiunto in sede sindacale-amministrativa e dal *severance cost*, piuttosto che dal sindacato giudiziale) e l'area assai più limitata nella quale la pretestuosità dei motivi adottati è evidente, risultandone la presunzione di un motivo illecito che tuttavia non può considerarsi di per sé altrettanto evidente. In altre parole, con quell'espressione si è parzialmente modificato il regime dell'onere della prova circa la giustificazione oggettiva del licenziamento: si è, cioè, sancito che dove l'imprenditore sia in grado di dimostrare l'esistenza, ma non precisamente l'entità della perdita attesa (anche in termini di costo-opportunità), il licenziamento deve essere considerato comunque valido, essendo a quel punto affidato all'indennizzo stabilito dal giudice la funzione di "filtro automatico" della scelta gestionale, rispettoso della sua insindacabilità.

All'utilizzazione dell'espressione "manifesta insussistenza" si è inoltre obiettato che essa richiama una valutazione eminentemente soggettiva: "Quello che per me è manifestamente insussistente, per il mio vicino di stanza non lo sarà. Una lotteria che scarica sulla giurisprudenza quella che dovrebbe essere una responsabilità politica"⁽²⁷⁾; ma non si considera che con la norma così come è formulata nel nuovo testo l'area di incertezza circa l'applicazione della reintegrazione viene delimitata in corrispondenza con la marginale zona di confine nella quale si può discutere, appunto, di *evidente pretestuosità* o no del motivo addotto dall'imprenditore. Fino a oggi, invece, la

⁽²⁴⁾ La principale obiezione che viene mossa all'istituzione di questa procedura, da parte imprenditoriale, riguarda la possibilità che il lavoratore interessato, secondo una ben nota e molto diffusa prassi, si "metta in malattia" nel corso della procedura per paralizzare gli effetti del possibile licenziamento (v. in proposito S. Magrini, *Un consiglio, teniamoci stretto il vecchio art. 18*, su *Milano Finanza* del 4 maggio 2012). Per impedire questo abuso la norma verrà emendata con il ripristino della previsione – contenuta in una versione precedente all'ultima del disegno di legge - che il licenziamento adottato al termine del procedimento produca i propri effetti dalla data di comunicazione di inizio del procedimento.

⁽²⁵⁾ Il *revelation principle*, studiato nella teoria dei giochi, è quello che consente di individuare l'utilità o disutilità di qualsiasi cosa per un soggetto, osservando quanto il soggetto stesso è disposto a offrire per acquisire il bene o evitare la fonte di pregiudizio (in *Wikipedia* ne trovo questa definizione, probabilmente più corretta, ma meno perspicua per noi giuristi: "To any Bayesian Nash equilibrium of a game of incomplete information, there exists a payoff-equivalent revelation mechanism that has an equilibrium where the players truthfully report their types").

⁽²⁶⁾ V. per tutti, in questo senso, F. Carinci, *Complimenti, dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, relazione introduttiva al convegno svoltosi a Roma il 13 aprile 2012, p. 36 del dattiloscritto: "l'attributo 'manifesta' enfatizza, più che rinforzare, il sostantivo 'insussistenza': riguarda la percezione, non la sostanza dei fatti, che esistono o non esistono". Nello stesso senso L. Mariucci, *Sul reintegro rispettare lo Stato di diritto*, su *l'Unità* del 26 aprile 2012; e, pur nel contesto di un discorso di segno diametralmente opposto, S. Magrini, cit. nella nota 24.

⁽²⁷⁾ Dichiarazione di Rita Sanlorenzo, giudice del lavoro torinese, riportata dal *Corriere della Sera* il 7 aprile 2012, a seguito della presentazione al Senato del d.d.l. n. 3249/2012.

reintegrazione è dipesa da una sorta di “lotteria” nell’area, enormemente più estesa, che comprende tutti i casi in cui il giudice deve esprimersi sull’entità della perdita attesa; ovvero nella quasi totalità dei casi di licenziamento motivato con ragioni economico-organizzative.

La lettura proposta del comma 7 spiega, inoltre, perché in esso, in riferimento al caso (c), a differenza della norma analoga contenuta nel comma 4 in riferimento al licenziamento disciplinare, il legislatore affidi – con l’ormai famoso “può” – alla discrezionalità del giudice la scelta tra la reintegrazione e il solo indennizzo; è infatti soltanto il giudice che può valutare, in ciascun caso concreto, se la mancanza di alcuna evidenza della perdita attesa indicata dall’imprenditore possa o no considerarsi indizio di un motivo illecito del licenziamento. Che se, invece, del motivo illecito il giudice non ravvisasse comunque alcun indizio, a quel punto non vi sarebbe motivo di applicare la *property rule* invece della *liability rule*, la quale da qui in avanti costituirà la regola ordinaria in questa materia. Il riferimento al modello tedesco consente di attribuire a quel “può” anche un’ulteriore funzione: come in Germania, anche in Italia il giudice dovrà verificare che sussistano, nelle circostanze concrete, possibilità effettive di utile ripresa della collaborazione tra le parti.

A questo punto sorge un’obiezione più che legittima. Se le cose stanno così, perché non applicare il filtro automatico del *severance cost* fin dal momento originario del licenziamento, imponendo comunque all’imprenditore l’indennizzo nel momento stesso in cui egli intima al dipendente il licenziamento per motivo oggettivo, così evitando la controversia giudiziale in tutti i casi in cui il lavoratore non ritenga di poter prospettare un motivo illecito e neppure il ricorrere del caso della “manifesta insussistenza” del giustificato motivo, sopra indicato *sub* (c)? Obiezione tanto più fondata, questa, in quanto appare difficilissimo (a me sembra addirittura impossibile) spiegare perché il lavoratore privato senza sua colpa del posto di lavoro debba ricevere un indennizzo nel caso (b) e debba invece rimanere con un pugno di mosche in mano nel caso (a), cioè in quello nel quale vi è una particolare evidenza della prognosi per cui la prosecuzione del rapporto genererebbe una perdita idonea a giustificare il licenziamento. È questo il motivo per cui in alcuni altri disegni di legge presentati nel corso di questa legislatura si prevede che il *severance cost* scatti automaticamente, per effetto della sola qualificazione del licenziamento come “economico”⁽²⁸⁾. Soluzione, questa, della quale si è discusso nel corso del confronto tra Governo e parti sociali sulla riforma che qui ci occupa; l’idea dell’indennizzo dovuto in ogni caso è stata però scartata, sia per l’opposizione – peraltro non insuperabile – di Confindustria, sia in forza di una lettura, a mio avviso non condivisibile, dell’articolo 30 della Carta dei Diritti Fondamentali.

9. - Il vincolo derivante dall’articolo 30 della Carta dei Diritti Fondamentali e il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali

La tesi accolta dagli estensori del testo del nuovo articolo 18 St. lav., contenuto nel disegno di legge del Governo, è che l’articolo 30 della Carta di Nizza⁽²⁹⁾ imporrebbe il controllo giudiziale anche sull’eventuale motivo economico del licenziamento⁽³⁰⁾. A me sembra che le cose non stiano così.

⁽²⁸⁾ Il riferimento è ai progetti di legge presentati al Senato l’11 novembre 2009, n. 1873 (Ichino e altri), e il 5 febbraio 2010, n. 2000 (Nerozzi e altri); e a quelli presentati alla Camera il 24 febbraio 2010, n. 3251 (Bobba e Mosca), e il 7 aprile 2011 n. 4277 (Della Vedova e Raisi).

⁽²⁹⁾ Art. 30 della Carta di Nizza: “Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali”.

⁽³⁰⁾ Questa tesi è sostenuta ultimamente da T. Treu, *L’articolo 18 degli altri*, su *Europa*, 15 marzo 2012 (può leggersi anche in www.pietroichino.it/?p=20158): “In Europa vige il principio, sancito nella Carta dei diritti fondamentali (art. 30), che il licenziamento deve essere giustificato da motivi oggettivi e accertabili. Questo significa che il lavoratore licenziato ha il diritto a che la giustificatezza o meno del licenziamento sia accertata da un terzo imparziale, giudice o arbitro. Non è ammissibile monetizzare questo diritto come ritiene chi anche in Italia propone che basti pagare una indennità per evitare il controllo giudiziale sulle motivazioni del licenziamento. Questo è un principio essenziale del modello sociale europeo. Non è invece uniforme in Europa il sistema delle sanzioni conseguenti a un licenziamento ingiustificato; è solo necessario che si prevedano sanzioni adeguate ed effettive”. Nello stesso senso F. Carinci,

Questa norma non vincola affatto il legislatore nazionale a istituire un controllo giudiziale sul merito delle scelte imprenditoriali di gestione aziendale, bensì impone – questo sì – che il lavoratore sia tutelato contro il licenziamento arbitrario, discriminatorio, o comunque dettato da motivi illeciti. La norma, comunque, nulla dice circa la sanzione che deve essere comminata dalla legge nazionale per il licenziamento in ipotesi “ingiustificato”, consentendo pacificamente che la sanzione stessa consista soltanto in un indennizzo monetario, come accade nella quasi totalità degli ordinamenti europei. Quand’anche, dunque, la Carta di Nizza imponesse un controllo giudiziale esteso al merito delle scelte di gestione aziendale, esso consentirebbe comunque che a un esito negativo del controllo giudiziale consegua per il lavoratore soltanto il diritto a un congruo indennizzo monetario. Se questo è vero, non si vede come possa essere considerato incompatibile con questa norma sovranazionale un ordinamento statale che preveda un indennizzo monetario *in qualsiasi caso di licenziamento per motivo economico od organizzativo*, riservando al giudice la sola funzione di controllare che tale motivo non ne nasconda uno di natura discriminatoria o di rappresaglia: per il lavoratore è evidentemente meglio avere diritto all’indennizzo in ogni caso, piuttosto che avervi diritto soltanto in caso di esito positivo di una – solitamente complessa e costosa – controversia giudiziale ⁽³¹⁾.

D’altra parte, se come si è visto il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste, in ultima analisi, nella perdita attesa dal datore di lavoro per effetto della prosecuzione del rapporto, non si vede davvero quale “filtro” delle scelte gestionali dell’imprenditore possa considerarsi più efficace nell’interesse dei lavoratori rispetto a un *severance cost* pari alla perdita attesa che il legislatore ritenga idonea a giustificare lo scioglimento del rapporto (restando ovviamente al giudice la funzione di accertare, anche mediante presunzioni semplici, che dietro il motivo economico-organizzativo non se ne nasconda uno discriminatorio o di rappresaglia antisindacale: nel qual caso si applicherà la reintegrazione). Per questo motivo non riesco a comprendere la preferenza espressa da Cisl e Uil, nel corso del confronto tra Governo e parti sociali su questa riforma, per la soluzione dell’indennizzo all’esito del giudizio, rispetto alla soluzione dell’indennizzo automatico.

Il “filtro automatico” costituito dal *severance cost* costituisce anche, per altro verso, la forma di limitazione del licenziamento economico più rispettosa del principio di insindacabilità delle scelte gestionali dell’imprenditore. Pochi rilevano la contraddizione fra questo principio e la regola del sindacato giudiziale sul motivo economico-organizzativo di licenziamento, così come essa è stata diffusamente applicata fino a oggi e con tutti i corollari che la giurisprudenza ne ha tratto: basti pensare al *repêchage*, che implica con tutta evidenza la sovrapposizione di una scelta gestionale del giudice a quella dell’imprenditore ⁽³²⁾. Ora, si osservi come nel disegno di legge del Governo questo principio di insindacabilità sia ribadito con particolare incisività nel secondo comma dell’articolo 14 ⁽³³⁾: questo, a mio avviso, deve indurre a preferire, tra le interpretazioni possibili

“Provaci ancora Sam”: ripartendo dall’art. 18 dello Statuto, in *Ridl*, 2012, I, p. 55, dove è citata una pronuncia in senso conforme della Cassazione francese.

⁽³¹⁾ Per una più compiuta argomentazione su questo punto rinvio al mio scritto su *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti*, in *Ridl*, 2006, I, 353-374, e in R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006, 129-148.

⁽³²⁾ Cfr. in proposito M. Novella, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell’imprenditore*, in *Ridl*, 2004, II, 791-806. V. inoltre in proposito la mia opinione contrapposta a quella di L. Cavallaro nei rispettivi commenti a Cass. 5 marzo 2003 n. 3259, in *Ridl*, 2003, II, 690-694. Sulla contraddizione tra la regola del controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo e il principio di insindacabilità, con particolare riferimento agli orientamenti giurisprudenziali in materia di soppressione del posto di lavoro/sostituzione del lavoratore, nonché di criteri di scelta del lavoratore da licenziare, rinvio al mio libro già citato *Il contratto di lavoro*, vol. III, § 516 e ivi particolarmente 453-461.

⁽³³⁾ Ciò che è duramente criticato da Umberto Romagnoli in una recente intervista a *Rassegna sindacale* (5-11 aprile 2012, n. 11): “l’obiettivo sottotraccia, non dichiarato perché è un passo indietro di cent’anni, contro il dettato costituzionale e anche contro la stessa Costituzione europea, è che la motivazione data dal datore di lavoro quando riguarda l’andamento della gestione dell’azienda è insindacabile”. Senonché questa stessa insindacabilità è ribadita, in linea di principio, in modo costante dalla nostra giurisprudenza lungo tutto l’arco dell’ultimo mezzo secolo.

della regola del sindacato giudiziale sul giustificato motivo oggettivo, quella meno intrusiva, e che al tempo stesso faccia valere un limite ragionevole alle scelte dell'imprenditore in funzione della salvaguardia del contenuto assicurativo insito in ogni rapporto di lavoro subordinato.

Anche quest'ultimo argomento rafforza l'idea che, nell'amplessima area (b), compresa tra le ipotesi estreme sopra indicate con (a) e (c), il legislatore non abbia inteso qualificare il licenziamento come "illegittimo", bensì soltanto come soggetto al "filtro" dell'indennizzo di cui si è detto.

10. – La novità in tema di scarso rendimento imputabile a imperizia o negligenza

Il disegno di legge n. 3249 non affronta espressamente una questione di grande rilievo pratico: quella del licenziamento per scarso rendimento imputabile a imperizia o negligenza, che si può scomporre in una pluralità di sotto-questioni: come debba determinarsi il livello di rendimento dovuto; se e quando il difetto del rendimento dovuto debba qualificarsi come inadempimento; laddove esso debba qualificarsi come inadempimento, come debba distinguersi l'inadempimento colpevole da quello incolpevole e se quest'ultimo debba qualificarsi come mancanza disciplinare oppure come possibile motivo oggettivo del licenziamento; laddove invece esso non debba qualificarsi come inadempimento, se e quando esso possa nondimeno costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

La questione è sfiorata nella prima parte del comma 7 del nuovo art. 18, dove si precisa che deve applicarsi la reintegrazione nel caso di licenziamento in violazione della norma speciale posta a tutela dei lavoratori la cui capacità di svolgere le proprie mansioni si sia ridotta per infortunio o malattia in corso di rapporto (art. 4, comma 4, della l. 12 marzo 1999 n. 68) ⁽³⁴⁾, oppure in violazione della norma speciale che vieta il licenziamento dei disabili assunti in virtù di tale loro condizione, la cui capacità di lavoro si sia ridotta ulteriormente in costanza di rapporto ⁽³⁵⁾ (art 10, comma 3, della stessa legge). Ma la particolarità dei casi qui contemplati – nei quali la riduzione del rendimento è causata da un'infermità del lavoratore già in precedenza accertata – impedisce di fare riferimento a questa disposizione molto specifica per la soluzione del caso generale dello scarso rendimento dovuto, invece, a imperizia o negligenza.

Nell'ordinamento vigente la grave difficoltà per l'impresa che intenda licenziare il *low performer* nasce dal fatto che, anche nell'ipotesi in cui possa dimostrarsi in giudizio il difetto di rendimento, è sempre molto difficile dimostrare che esso sia dovuto a colpa del lavoratore; e, anche quando sia possibile convincerne il giudice, può sempre accadere che questi non ravvisi un grado di colpa abbastanza grave per giustificare la sanzione massima. Ancor maggiori sono le incertezze nel caso in cui l'impresa intenda battere la strada del licenziamento per motivo oggettivo: dove essa rinunci a far valere una colpa del lavoratore, è assai alta la probabilità che il difetto di rendimento venga considerato rientrante nel normale "rischio d'impresa"; e si sono visti anche casi in cui il licenziamento intimato per motivo oggettivo è stato annullato in quanto "sostanzialmente disciplinare" e pertanto viziato sul piano formale. Sia nell'un caso (contestazione della negligenza), sia nell'altro (imputazione del difetto di rendimento a imperizia), l'ineliminabile incertezza dell'esito della verifica giudiziale, combinata con il costo elevatissimo della possibile soccombenza in virtù dell'applicazione dell'articolo 18 nella sua vecchia formulazione, ha fin qui determinato una delle anomalie che caratterizzano la nostra *law in action* rispetto a tutti gli altri ordinamenti: una sostanziale impossibilità del licenziamento per scarso rendimento.

Nel nuovo regime delineato dal disegno di legge n. 3249 questa anomalia è destinata, se non a scomparire del tutto, almeno a ridursi notevolmente. In presenza di una situazione di obiettivo

⁽³⁴⁾ Dove si distingue il caso in cui l'infortunio o malattia causante la riduzione di capacità lavorativa sia imputabile a colpa del datore, nel quale il licenziamento è sempre vietato, dagli altri casi, nei quali deve applicarsi la regola del *repêchage*.

⁽³⁵⁾ Salvo che l'apposita commissione abbia accertato la "definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda".

notevole e costante difetto del rendimento individuale rispetto alla norma (che nella maggior parte dei casi è facilmente dimostrabile, sulla base di indici di vario genere), situazione nella quale è dunque evidente almeno la “sussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, il giudice si troverà di fronte a questa alternativa precisa, in applicazione del comma 7 del nuovo art. 18: ritenere quel fatto senz’altro sufficiente a dimostrare pienamente la sussistenza del giustificato motivo di licenziamento, respingendo quindi l’impugnazione, oppure non ritenerlo senz’altro sufficiente, condannando quindi il datore all’indennizzo. In quest’ultimo caso, come accade in tutti gli altri ordinamenti europei, il filtro della scelta imprenditoriale sarà costituito dal *severance cost*, che dovrà essere determinato tra la misura minima delle 12 mensilità e la massima delle 24. Questo significa in pratica che il difetto di rendimento sarà di fatto suscettibile di indurre l’imprenditore al licenziamento quando il costo-opportunità per l’azienda generi una perdita attesa, attualizzata, di entità pari a un’annualità di retribuzione per il lavoratore assunto da poco tempo, via via crescente fino a un massimo di due annualità, al crescere dell’anzianità di servizio (assai meglio sarebbe stato, a mio avviso, ridurre il limite minimo in relazione alle anzianità di servizio minime e aumentare il limite massimo per le anzianità più alte: non è affatto escluso che ci si possa arrivare nel prossimo futuro, sulla base delle prime esperienze applicative del nuovo regime).

Vero è che in questo caso il lavoratore potrebbe, come si è visto, impugnare il licenziamento intimato per motivo oggettivo allegando – paradossalmente – elementi atti a evidenziare l’imputabilità del difetto di rendimento a negligenza, per sostenere che la motivazione oggettiva nasconderebbe in realtà una motivazione disciplinare: ciò che, a norma dell’ultimo periodo del comma 7, potrebbe determinare la condanna dell’impresa alla reintegrazione. Questa eventualità può essere però agevolmente neutralizzata dal datore di lavoro con l’attivare al tempo stesso il procedimento proprio del licenziamento economico (art. 7 della legge n. 604/1966) e il procedimento disciplinare (art. 7 St. lav.), motivando quindi lo stesso licenziamento sia sul piano oggettivo, sia in subordine sul piano disciplinare, o viceversa. Problema, quest’ultimo, che il datore di lavoro non deve affrontare in Germania, dove la c.d. “nozione ontologica del licenziamento disciplinare” non ha corso e dove vige la regola per cui, in caso di scarso rendimento, il lavoratore deve essere una prima volta ammonito dal datore, e perdurando il difetto della prestazione può – previo esame congiunto del caso con il sindacato – essere senz’altro licenziato.

Già mi immagino che la lettura del nuovo art. 18 St. lav. qui proposta indurrà qualcuno, a sinistra, a rinfocolare le proteste contro di essa. Ma se vogliamo attribuire un senso concreto alla parola d’ordine della rivalutazione del merito, di cui molti – a destra quanto a sinistra – amano riempirsi la bocca purché essa resti un’enunciazione astratta, dobbiamo ammettere la necessità di stabilire una soglia di costo-opportunità oltre la quale anche un ordinamento molto protettivo come il nostro deve consentire che l’*outsider* più bravo contenda il posto di lavoro all’*insider* poco produttivo. Con questa nuova norma la soglia viene comunque fissata a un livello abbastanza alto perché l’Italia conservi la sua posizione al vertice della graduatoria dei Paesi a più alta protezione della stabilità del lavoro; ma la situazione non sarà più quella di una sostanziale *job property* garantita dall’assenza di qualsiasi limite al possibile *severance cost*. Non c’è dubbio che questa svolta porti con sé, in qualche misura, un maggiore *stress* da esame per i lavoratori subordinati; ma la rivalutazione del merito non si concilia con il rifiuto di qualsiasi *stress* da esame. Sarà comunque uno *stress* assai inferiore rispetto a quello cui sono sottoposte oggi molte centinaia di migliaia di collaboratori autonomi in posizione di sostanziale dipendenza dall’impresa per la quale lavorano. Se vogliamo che il diritto del lavoro si ponga in condizione di riassorbire nella propria grande famiglia questa grande massa di figliastri finora esclusi, dobbiamo accettare che quello *stress* sia, almeno tendenzialmente, ripartito su tutti in eguale misura.

11. – I diritti fondamentali della persona nel mutamento di equilibrio generale del mercato del lavoro: rilevanza dell’approccio comparatistico

Questa riforma produrrà davvero il mutamento di equilibrio generale del nostro mercato del lavoro di cui si è parlato all’inizio e che il Governo si propone di conseguire? Credo che uno

spostamento nella direzione voluta dal Governo e dal Parlamento – anche se nella sola misura della distanza che oggi separa il nostro ordinamento, per questo aspetto, da quello tedesco – ci sarà effettivamente, purché si verifichino due condizioni. Innanzitutto, che nel prosieguo dell’*iter* parlamentare il testo del nuovo articolo 18 non venga alterato nei punti cruciali che mi sono proposto di indicare, dai quali dipende la limitazione del campo di applicazione della reintegrazione ai soli casi in cui è effettivamente in gioco un diritto assoluto della persona che lavora e, per il resto, il passaggio da un regime di *job property* in capo al lavoratore a un regime di *liability* dell’impresa. Ma è necessario altresì che l’inequivoca volontà del legislatore su questo punto venga recepita nella giurisprudenza e più in generale nella nostra cultura giuslavoristica. Questo convegno può offrire l’occasione per un’interessante verifica circa la disponibilità di studiosi, giudici, avvocati, sindacalisti, consulenti e ispettori del lavoro ad assecondare la svolta perseguita oggi dal legislatore.

Chi si oppone a questa svolta fa leva sull’inconciliabilità, in materia di licenziamenti, della *liability rule* con alcune norme costituzionali e sovranazionali; ed è evidente come tale ipotizzato contrasto possa motivare interpretazioni della nuova disciplina nettamente divergenti rispetto all’intendimento del legislatore, oppure interventi della Corte costituzionale volti a ripristinare lo *status quo ante*. Per questo è di grande importanza il discorso sui diritti fondamentali, e più specificamente sulla capacità della nuova disciplina di reggere, per questo aspetto, al vaglio di conformità a quelle norme di rango superiore.

A questo proposito va osservato preliminarmente quanto sia difficile, sul piano logico, sostenere che l’applicazione in materia di licenziamento del lavoratore dipendente di una *liability rule* possa davvero ledere diritti fondamentali. Se per diritti fondamentali intendiamo quei diritti assoluti della persona che sono sanciti negli ordinamenti sovranazionali e tutelati nella generalità dei Paesi dell’Unione europea, non possiamo non considerare che in tutti questi Paesi – tolta la sola Italia – è proprio una *liability rule* quella che domina nella disciplina dei licenziamenti (essendo la reintegrazione coattiva nel posto di lavoro, nei Paesi che conoscono questa sanzione, limitata di fatto ai casi di licenziamento dettato da motivi illeciti). I nove milioni di lavoratori italiani - tre milioni e mezzo di dipendenti pubblici e poco più di cinque e mezzo di dipendenti privati - che godono della protezione dell’art. 18 St. lav. costituiscono meno del 3 per cento della forza-lavoro complessiva dell’Unione europea: chi può ragionevolmente sostenere che il restante 97 per cento lavori in condizioni lesive dei diritti fondamentali della persona?

Da argomenti come quello fondato sulla comparazione internazionale siamo soliti difenderci opponendo la particolarità delle condizioni del mercato del lavoro italiano rispetto al resto d’Europa, e in particolare il fatto che “da noi il lavoro manca”. Senonché i dati proposti in apertura di questa relazione mostrano quanto poco sia vero che la domanda di lavoro da noi “non ci sia”. Certo, essa potrebbe essere molto più vivace e abbondante, ma quella che noi percepiamo come “assenza di lavoro” è in realtà un’altra cosa: è la peculiare situazione di difficoltà nella quale si trova chi è disoccupato in Italia, dovuta alla straordinaria vischiosità del nostro mercato del lavoro. È questa vischiosità, cioè il circolo vizioso di cui abbiamo parlato all’inizio, e non il difetto di domanda di lavoro che trasforma metà della nostra disoccupazione in una terribile piaga sociale, quella dei disoccupati di lunga durata ⁽³⁶⁾; e fa sì che il licenziamento rischi di produrre, con una esclusione non solo temporanea dal tessuto produttivo, quella stessa lesione grave del diritto costituzionale al lavoro di cui soffre in permanenza quasi metà dei nostri disoccupati. Anche quando la domanda di lavoro aumenterà, per l’auspicabile effetto di un ritorno degli investimenti esteri a sud delle Alpi, se il grado di vischiosità del nostro mercato del lavoro rimarrà inalterato anche il tasso di disoccupazione di lunga durata rimarrà inalterato; e i disoccupati e i precari italiani continueranno a percepire una difficoltà molto maggiore rispetto ai loro omologhi degli altri maggiori Paesi europei a entrare nella cittadella del lavoro regolare ⁽³⁷⁾.

⁽³⁶⁾ V. § 1 e ivi nota 2.

⁽³⁷⁾ Questo è l’aspetto del problema che mi sembra non sia colto nell’ultimo saggio di Stefano Fassina, *Il lavoro prima di tutto*, Donzelli, 2012, dove in realtà viene trattata prima di tutto, e in via quasi esclusiva, la questione del rilancio

Ancora, dagli argomenti fondati sulla comparazione internazionale ci difendiamo sovente sostenendo che “la qualità e cultura dei nostri imprenditori è mediamente inferiore rispetto a quella dell’imprenditoria d’oltralpe”; il che giustificherebbe la maggiore severità e intrusività del nostro diritto del lavoro. In realtà, di questa pretesa peggiore qualità media dei nostri capitani d’industria rispetto a quelli degli altri Paesi europei non vi è alcuna evidenza attendibile, salvo il noto “nanismo” caratteristico della nostra fauna imprenditoriale; ma, quand’anche le cose stessero così, il rimedio migliore consisterebbe evidentemente nello spalancare le porte del nostro sistema al meglio dell’imprenditoria straniera. Ora gli operatori stranieri ci avvertono, invece, che il nostro Paese è reso meno attrattivo per loro non soltanto dal malfunzionamento delle nostre amministrazioni e delle nostre infrastrutture, ma anche dal disallineamento della nostra legislazione del lavoro rispetto al resto d’Europa (in particolare, dall’impossibilità di predeterminare il *severance cost* per il caso di necessità di aggiustamento degli organici), oltre che dalla sua peculiare complessità e illeggibilità⁽³⁸⁾. Oggi l’apertura agli investimenti diretti esteri - ai quali siamo più chiusi ora di quanto siamo mai stati nell’ultimo mezzo secolo⁽³⁹⁾ - costituisce la leva di gran lunga più importante sulla quale possiamo agire non solo per aumentare la domanda di lavoro, ma anche per aumentare la produttività e con essa il livello del trattamento dei lavoratori.

12. – Segue. Le (superabili) censure di incostituzionalità che vengono mosse al nuovo articolo 18 St. lav.

Per venire più specificamente a principi e regole della nostra Costituzione, i profili di contrasto con la nuova disciplina del licenziamento che sono stati prospettati nei primi commenti al disegno di legge⁽⁴⁰⁾ sono tre: la lesione del diritto di libertà e dignità della persona, la lesione del diritto al lavoro e la lesione del principio di parità di trattamento tra lavoratori licenziati cui venga riconosciuta, in situazioni simili, la tutela reintegratoria o la sola tutela indennitaria.

Quanto al primo punto – libertà e dignità della persona -, la protezione che il disegno di legge n. 3249 offre contro i licenziamenti discriminatori o di rappresaglia, oltre che contro i licenziamenti disciplinari fondati su imputazioni risultate totalmente infondate, mi sembra basti ampiamente a soddisfare il precetto costituzionale. Su questo punto in molti hanno sottolineato il pericolo che la discriminazione “passi” nascosta sotto il motivo oggettivo del licenziamento; ma i giudici del lavoro hanno mostrato di essere perfettamente in grado di individuare la discriminazione antisindacale, nel procedimento di cui all’art. 28 St. lav., anche quando questa era dissimulata sotto i motivi asettici adottati dall’imprenditore per un trasferimento, per una promozione a categoria superiore, per la distribuzione di un premio retributivo, ecc.: in una infinità di casi, insomma, nei quali non operava la protezione predisposta dall’art. 18. Perché dunque, gli stessi giudici non dovrebbero essere in grado di individuare la discriminazione, all’occorrenza fondandosi presuntivamente su indizi e circostanze, anche dove essa è attuata con un licenziamento? Per altro verso, sarebbe disastroso se dovessimo considerare costituzionalmente vincolata una disciplina della materia che – come si è osservato nel § 7 – produce un sistematico ritardo nell’aggiustamento degli organici delle imprese, motivata soltanto con l’intendimento di impedire il rischio che in un caso su mille o diecimila il giudice possa lasciarsi sfuggire la discriminazione perpetrata.

della crescita economica, mentre viene negato ogni fondamento alla teoria *insider/outsider* e alle politiche del lavoro *supply-side* vengono riservate soltanto alcune poche pagine finali. Col che parrebbe che il titolo più appropriato del saggio dovesse essere, semmai, *La crescita prima di tutto (il lavoro seguirà)*.

⁽³⁸⁾ V. in proposito le proposte presentate dal Comitato Investitori Esteri di Confindustria nel corso del convegno svoltosi a Milano il 12 aprile 2012, che possono leggersi in questa pagina web: <http://www.pietroichino.it/?p=20741>.

⁽³⁹⁾ Se l’Italia, invece che collocarsi al penultimo posto nella graduatoria Europea per capacità di attirare investimenti stranieri, fosse stata allineata per questo aspetto a un Paese mediano come l’Olanda, nel quinquennio precedente alla crisi (2004-2008) essa avrebbe avuto un flusso annuo aggiuntivo di investimenti in entrata pari a 57,6 miliardi di euro, che a sua volta avrebbe significato molte centinaia di migliaia di posti di lavoro in più.

⁽⁴⁰⁾ Oltre ai commenti di F. Carinci e L. Mariucci cit. nella nota 25 e a quello di U. Romagnoli cit. nella nota 33, v. M. Papaleoni, *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: “Mons tremuit et mus parietur”* (per ora in dattiloscritto, aprile 2012).

Quanto al secondo punto, la Consulta ha più volte ribadito che il diritto al lavoro sancito dall'articolo 4 Cost. non si identifica affatto con una pretesa necessità costituzionale della tutela della stabilità del lavoro per mezzo di una *property rule*; e ha quindi affermato in più occasioni l'ampia discrezionalità del legislatore nella scelta della tecnica normativa con cui proteggere la stabilità del lavoratore⁽⁴¹⁾. Per altro verso, una maggiore fluidità del mercato del lavoro ripartisce, sì, su di un maggior numero di persone, insieme alla maggiore facilità del licenziamento, il rischio di lesione di un interesse di natura economica e professionale. Ma questa lesione – a differenza dell'esclusione permanente dal tessuto produttivo – è suscettibile di rimedio mediante un più robusto indennizzo e sostegno del reddito nel passaggio dalla vecchia alla nuova occupazione. Se a tutto questo aggiungiamo che – come si è visto nel § 2 - l'altra faccia della *property rule* applicabile ai nove milioni di lavoratori italiani regolari stabili è costituita dal difetto parziale o totale di protezione per altrettanti lavoratori italiani in posizione di sostanziale dipendenza⁽⁴²⁾, non facciamo fatica a renderci conto del fatto che, in realtà, il pregiudizio quantitativamente e qualitativamente maggiore per i diritti fondamentali della persona, e per la stabilità del lavoro, viene dalla legislazione attualmente in vigore, e ai danni dei *peripheral workers*; non certo dalle modifiche dell'articolo 18 delineate nel progetto del Governo, ai danni dei *core workers*.

Sul terzo possibile profilo di incostituzionalità della nuova disciplina, costituito dalla disparità di trattamento che si instaurerebbe tra il lavoratore che beneficia della reintegrazione e quello che beneficia soltanto dell'indennizzo, non posso che richiamare quanto già osservato nel § 6. Chi sostiene questa censura osserva che il licenziamento non può essere illegittimo a metà: “se è illegittimo, è illegittimo”; e tutti coloro che lo subiscono devono essere trattati alla stessa maniera⁽⁴³⁾. Senonché l'illegittimità può dipendere dalla lesione di interessi molto diversi tra loro. Consideriamo, per esempio, i due casi in cui il licenziamento sia ritenuto illegittimo, rispettivamente, perché discriminatorio, o soltanto per difetto del motivo economico addotto dall'imprenditore: solo nel primo caso, non nel secondo, viene lesa la dignità e/o la libertà morale di chi è stato privato del posto di lavoro. Consideriamo, ancora, la differenza tra il caso di una persona licenziata per una mancanza mai commessa (per il quale, a norma del comma 4 del nuovo art. 18, viene comminata reintegrazione) e il caso di una persona licenziata per una mancanza accertata, ma ritenuta dal giudice insufficiente per giustificare la massima sanzione: nel secondo caso, a differenza del primo, come si è visto a suo luogo, c'è quanto meno un concorso di colpa del lavoratore nella causazione del “sinistro”. Diversi tra loro, infine, sono anche gli interessi in gioco nel caso della persona licenziata per una mancanza mai commessa (dove la reintegrazione è obbligatoria) e in quello della persona licenziata per un motivo economico rivelatosi del tutto insussistente (dove la reintegrazione, come si è visto nel § 9, è soltanto possibile): nel primo caso viene sempre lesa, in qualche misura, l'onorabilità della persona, mentre nel secondo caso è per lo

⁽⁴¹⁾ Per una rassegna della giurisprudenza costituzionale su questo punto – che esordisce con la sentenza n. 45 del 1965, per arrivare alla n. 46/2000 che ammise l'iniziativa referendaria dei radicali volta a sostituire drasticamente la sanzione reintegratoria con quella indennitaria – rinvio al mio scritto su *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti*, cit. nella nota 31. Alle sentenze menzionate adde la n. 351/2008, della stessa Corte, che ha sancito la necessità della reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato soltanto in riferimento al settore pubblico, in considerazione dell'interesse pubblico all'azzeramento dell'interferenza illecita nello svolgimento della funzione (ciò su cui, peraltro, ci sarebbe molto da dire): ma la ha sancita precisando esplicitamente che la stessa esigenza non sussiste nel settore privato.

⁽⁴²⁾ Nella vicenda del negoziato politico da cui è nato il d.d.l. n. 3249/2012 questo nesso è risultato evidentissimo: abbiamo visto, infatti (§§ 3 e 4, e ivi particolarmente nota 6), come la sinistra politica e sindacale abbia premuto con gran forza sul Governo per ottenere il ripristino della possibilità di reintegrazione per il licenziamento disciplinare o economico dei lavoratori subordinati regolari, offrendo in cambio il rinvio del riassorbimento nell'area di applicazione del diritto del lavoro di centinaia di migliaia di collaboratori autonomi in posizione di sostanziale dipendenza.

⁽⁴³⁾ Così Umberto Romagnoli nell'intervista cit. nella nota 33: “Non è ammissibile che la motivazione allegata dalla controparte sia decisiva ai fini della sanzione. C'è una sperequazione di trattamento. Si viola il principio di eguaglianza che percorre la parte introduttiva fondamentale della Costituzione. [...] Non c'è dubbio [che qui si profili un aspetto di incostituzionalità del disegno di legge n. 3249 – *n.d.r.*]. Perché di fronte a situazioni eguali il trattamento è diverso.”

più lesa soltanto un interesse economico-professionale; salvo che il giudice ravvisi nella manifesta insussistenza del motivo oggettivo la conferma di un sospetto di discriminazione: ciò che lo indurrà a disporre la reintegrazione, proprio perché ravviserà una possibile lesione della dignità o della libertà morale della persona.

Abbiamo piuttosto rilevato (§ 8) un'altra disparità di trattamento tra situazioni identiche, dal punto di vista della persona che lavora: questa riceve un indennizzo (o addirittura la reintegrazione) se il giudice ritiene che non si configuri un motivo oggettivo sufficiente per giustificare il licenziamento, e resta invece senza nulla se il giudice ritiene che il motivo oggettivo sufficiente ci sia. In entrambi i casi la persona in questione non ha alcuna colpa, e in entrambi i casi ha la stessa identica necessità di un sostegno economico per affrontare la ricerca della nuova occupazione in condizioni di relativa sicurezza; ma l'ordinamento le riserva un trattamento nettamente migliore se essa ha la "fortuna" che il licenziamento sia ritenuto ingiustificato. Qui la differenza di trattamento può superare il vaglio di costituzionalità soltanto perché una diversità di situazioni c'è sull'altro versante del rapporto: quello dell'azienda. Ma, come ho già detto, a me parrebbe assai più opportuno e coerente con la logica della riforma che l'indennizzo fosse dovuto in tutti i casi di licenziamento per motivo economico-organizzativo.

13. – Considerazioni conclusive: Il sentiero stretto del ritorno alla crescita economica passa anche per l'armonizzazione del nostro ordinamento del lavoro rispetto ai migliori modelli europei

È uscito recentemente un brillante *pamphlet* in difesa della disciplina dei licenziamenti oggi vigente (e non solo di quella)⁽⁴⁴⁾, nel quale vengono contrapposti due modelli di politica economica, qualificati come *rigorista* e *liberista* il primo, come *sviluppista* il secondo. Il primo, quello rigorista e liberista, caratterizzato da un ruolo dello Stato tendenzialmente ridotto, con tassi corrispondentemente ridotti di indebitamento pubblico e di prelievo fiscale, nonché con tendenza alla riduzione della regolazione di fonte statale dei rapporti di lavoro e al decentramento della contrattazione collettiva. Il secondo, quello sviluppista, caratterizzato invece da un forte ruolo attivo dello Stato nella produzione e offerta a prezzo politico di beni e servizi di utilità pubblica, con tassi corrispondentemente alti di indebitamento pubblico e di prelievo fiscale, nonché con tendenza a una regolazione più rigida dei rapporti di lavoro e alla rigida inderogabilità del contratto collettivo nazionale; il tutto in funzione di sostegno keynesiano alla crescita⁽⁴⁵⁾ e di incremento dell'uguaglianza sostanziale tra i cittadini (o quanto meno di riduzione della disuguaglianza). In questa bipartizione il nostro articolo 18 dello Statuto del 1970 è indicato come elemento essenziale del secondo modello, che opera (congiuntamente alla rigidità salariale garantita dalla centralizzazione della contrattazione collettiva) essenzialmente in funzione di "argine contro quelle forme di 'concorrenza hobbesiana' che potrebbero indurre il sistema economico a scivolare verso derive deflazionistiche"⁽⁴⁶⁾.

Ci sarebbe molto da dire – ma questo non sarebbe il luogo opportuno per farlo – sulla contrapposizione oggi molto in voga tra "rigorismo" e "sviluppismo". Mi limito soltanto a sottolineare la difficoltà di utilizzare questo schema in riferimento alla situazione gravemente critica che il nostro Paese sta affrontando. Con duemila miliardi di debito pubblico e il rischio imminente di *default* dello Stato, non vedo come potremmo scegliere di indebitarci ancora di più in nome dello

⁽⁴⁴⁾ L. Cavallaro, *A cosa serve l'articolo 18*, Manifestolibri, Roma, 2012.

⁽⁴⁵⁾ Qui vedo un'incoerenza nel discorso di L.C.: secondo la ricetta keynesiana, l'inflazione nelle crisi congiunturali ha essenzialmente la funzione di produrre una riduzione generalizzata dei salari reali, per contrastare l'effetto di rigidità dei salari nominali verso il basso che oggi è un tipico prodotto della regola di rigida inderogabilità dei contratti collettivi nazionali, coniugata con la protezione della stabilità dei posti di lavoro. Mi sembra dunque molto discutibile l'idea secondo cui da un J.M. Keynes redivivo oggi in Italia dovremmo attenderci una presa di posizione a favore della centralizzazione della contrattazione collettiva e della conservazione dell'articolo 18 nella sua formulazione originaria.

⁽⁴⁶⁾ Op. ult. cit., pp. 94-95, dove l'A. prosegue qualificando l'art. 18 come "Un argine puramente 'passivo', beninteso, e proprio perciò non immune da difetti. Ma pur sempre un argine, in attesa che qualcuno si inventi qualcosa di meglio".

sviluppo (vedo, invece, una contraddizione tra il prendersela con la finanza internazionale e il predicare contemporaneamente l'indebitamento pubblico, che per un verso presuppone la finanza stessa, per altro verso ne allarga gli spazi d'ingerenza nelle scelte dello Stato). La realtà è che per uscire dalla crisi economica e finanziaria che ci attanaglia non abbiamo altra scelta se non quella di mantenere i nostri impegni verso l'Europa e di operare perché l'Europa medesima – oltre a proteggerci dal rischio di *default* - avvii quella politica espansiva che oggi noi da soli, avendo fatto per decenni le cicale, non possiamo più permetterci. Nel frattempo, oltre a vendere la parte male utilizzata del patrimonio dello Stato per ridurre il debito, dobbiamo approfittare del vincolo imposto dalla crisi per liberarci il più rapidamente possibile degli sprechi e inefficienze enormi che appesantiscono le nostre amministrazioni pubbliche, per poter ridurre le tasse; e porci di nuovo in grado di intercettare gli investimenti e i buoni piani industriali nel mercato globale dei capitali: abbiamo visto (§ 11) come questa sia l'unica leva su cui possiamo agire per accelerare il ritorno del Paese alla crescita. Quest'ultimo punto implica, insieme a diverse altre cose, anche semplificare la nostra caotica e ipertrofica legislazione del lavoro, razionalizzarla e armonizzarla rispetto al resto d'Europa.

Ora, sul terreno della semplificazione e dell'innovazione nel linguaggio legislativo – come ho già detto (§ 4) – purtroppo non mi sembra che il disegno di legge n. 3249 dia alcun contributo positivo. Su quello dell'armonizzazione europea e della razionalizzazione dei contenuti, invece, il contributo è notevole. Nonostante la “riduzione bilanciata” di incisività della riforma sui suoi due versanti – quello della disciplina dei licenziamenti e quello del contrasto al precariato –, della quale ho parlato in apertura di questa relazione, e l'insufficienza del suo contenuto per quel che riguarda i servizi nel mercato, resta il fatto che per la prima volta essa affronta i nodi centrali del nostro diritto del lavoro, dopo quarant'anni nei quali quasi tutti gli interventi legislativi si sono limitati a intervenire al margine, sui rapporti di lavoro periferici. Per la prima volta il disegno di legge a cui il Senato sta lavorando affronta concretamente la questione del dualismo del nostro tessuto produttivo, cioè dell'*apartheid* fra protetti e non protetti. Per la prima volta esso si propone di superare un'anomalia molto rilevante della nostra disciplina dei licenziamenti rispetto al resto degli ordinamenti europei (pur conservando all'Italia la posizione di testa nella graduatoria dei Paesi più protettivi d'Europa). Dopo quindici anni nei quali si è parlato molto della riforma e universalizzazione degli ammortizzatori sociali senza combinare nulla, per la prima volta esso compie infine un passo concreto molto importante in questa direzione, istituendo un'unica assicurazione contro la disoccupazione uguale per tutti i lavoratori dipendenti e riconducendo la Cassa integrazione guadagni alla sua funzione originaria: quella di tenere i lavoratori legati all'impresa nelle situazioni di difficoltà temporanea, per evitare la dispersione di professionalità quando vi è la ragionevole prospettiva della ripresa del lavoro nella stessa impresa.

Su questo terreno si poteva, certo, fare di più e meglio. Ma c'era anche un forte rischio di non far nulla; e a me sembra che sarebbe stato molto peggio.

Ora la cosa più importante è che il cambio di regime in materia di licenziamenti – più precisamente il passaggio dal regime centrato sulla *property rule* a quello centrato sulla *liability rule* - avvenga in modo sereno, senza incertezze e soprattutto senza lasciar intravedere prospettive di possibile ritorno indietro. Altrimenti correremmo il rischio di rimanere in mezzo al guado più dello stretto necessario, generando sfiducia da parte degli imprenditori circa l'effettività e affidabilità del mutamento di equilibrio che stiamo perseguendo e così privandoci dei vantaggi di questa operazione in termini di maggiore propensione degli imprenditori stessi a investire nel nostro Paese e ad assumere i propri dipendenti a tempo indeterminato, quindi anche in termini di riassorbimento del lavoro precario nell'area del lavoro regolare. Solitamente non brilliamo per capacità di valorizzare le nostre scelte di governo facendo su di esse gioco di squadra, facendo prevalere l'interesse del Paese su quelli di parte. Ma in diverse occasioni si è visto che sappiamo dare il meglio nei momenti di massimo pericolo. E Dio sa quanto quello attuale lo sia.