



Numero 3 / 2022

Nicola De Marinis

**Contenzioso del lavoro e prevedibilità dal punto di
vista dell'organizzazione**

Contenzioso del lavoro e prevedibilità dal punto di vista dell'organizzazione

Nicola De Marinis

Il tema richiamato nel titolo qui emarginato che siamo chiamati ad affrontare in questo confronto tra operatori direttamente coinvolti nell'una e nell'altra delle posizioni che la stessa problematica ci assegna evoca quella relazione tra sistema imprenditoriale e giurisprudenza del lavoro rivelatasi irta di difficoltà, essendosi caratterizzata nel senso dell'intervento del giudice sui precari equilibri che inducono nel rapporto e nel mercato del lavoro le soluzioni tempo per tempo date alle alternative che rispettivamente connotano quegli ambiti: organizzazione/subordinazione da un lato, stabilità/flessibilità dall'altro.

E' stato così all'origine del diritto del lavoro post-costituzionale in cui la giurisprudenza è stata chiamata a consolidare la costruzione legislativa del modello social-tipico del lavoro subordinato, da costituirsi alle dirette dipendenze dell'utilizzatore effettivo della prestazione, a tempo indeterminato e recedibile unilateralmente da parte del datore di lavoro solo nella ricorrenza di una ragione giustificativa tipizzata, sia pur solo sulla base di clausole generali, per legge.

Più marcata, per essere rimessa alla giurisprudenza la definizione dell'atteggiarsi in concreto, nell'ambito del rapporto di lavoro, dei limiti posti dallo Statuto dei lavoratori all'esercizio dei poteri datoriali, è l'impronta da questa lasciata nel seguire ed alimentare l'onda lunga della stagione statutaria segnata dalla puntuale attuazione dell'obiettivo del riequilibrio della relazione autorità/soggezione all'interno del rapporto di lavoro perseguito dal legislatore, rispetto alla quale il sistema imprenditoriale non ha potuto che adeguarsi all'imprevedibilità della giustizia del caso concreto.

E ad analoga rassegnazione il mondo delle imprese si è visto costretto a fronte della resistenza opposta dalla giurisprudenza al sostegno legislativo che dai primi anni 2000 è stato offerto alle istanze provenienti da quel mondo di liberalizzazione del mercato del lavoro indotte dapprima dalla terziarizzazione dell'economia, che promuovendo la creazione di un mercato dei servizi ha determinato l'esternalizzazione di segmenti dei

processi produttivi estranei al core business e dei suoi addetti trasformati in collaboratori autonomi e sottratti allo statuto protettivo della subordinazione e successivamente dalla globalizzazione dell'economia che, esasperando la competitività su un mercato assunto a dimensione mondiale, richiedeva flessibilità ai fini di una risposta tempestiva alle oscillazioni della domanda.

Emblematica è la vicenda relativa alla disciplina di riforma del contratto a termine di cui alla legge n. 368 del 2001, che ha visto imprevedibilmente la giurisprudenza disattendere le stesse previsioni di legge e applicare la sanzione della nullità con conseguente conversione a tempo indeterminato del rapporto, sul presupposto della ribadita ontologica diversità tra contratto a tempo indeterminato o al contratto a termine, fondata sulla temporaneità dell'occasione di lavoro, spingendosi fino al punto di travolgere piani di ristrutturazione aziendale concordati in sede collettiva da imprese primarie, quali Ferrovie dello Stato S.p.A. e Poste Italiane S.p.A. ed il legislatore ripiegare sulla modifica del solo sistema sanzionatorio con il prevedere, con l'art. 32 della legge n. 183/2010, il riconoscimento, in caso di conversione del rapporto a seguito della nullità del contratto a termine comunque dichiarata in sede giudiziale, di un risarcimento forfettario del danno fino ad un massimo di dodici mensilità.

Non diversamente si è verificato con riguardo al contratto a progetto disciplinato dagli artt. 61 e ss. del d.lgs. n. 273/2003 (la c.d. legge Biagi), avendo la giurisprudenza disconosciuto la valenza qualificatoria del progetto sancita per legge e la sua idoneità a dare consistenza ad una figura atipica di rapporto di lavoro alternativa al lavoro subordinato così da indurre il legislatore alla riforma dell'istituto con l'adeguare agli invalsi orientamenti giurisprudenziali della nuova disciplina dell'istituto introdotta dalla legge Monti-Fornero n. 92/2012.

Non a caso si è a questo punto posto esplicitamente il problema della prevedibilità degli esiti del contenzioso del lavoro ed il legislatore lo ha sollevato sul nodo centrale della disciplina garantistica del diritto del lavoro dato dal regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo che, già riformato dalla richiamata legge n. 92/2012 con il circoscrivere l'ambito di operatività della sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro per attribuire rilievo prioritario alla nuova sanzione dell'indennità risarcitoria la cui misura definita per legge tra un minimo ed un massimo era rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, viene modificato - al di là di alcune precisazioni circa l'ambito

di efficacia delle due distinte sanzioni, già inciso dalla giurisprudenza nel pronunziarsi sulla legge Monti-Fornero (il richiamo è all'interpretazione restrittiva della locuzione "fatto materiale" la cui riferibilità al lavoratore comportava l'applicazione in caso di licenziamento disciplinare dichiarato illegittimo della sanzione indennitaria in luogo della reintegrazione - con riguardo a tale specifico profilo, intervenendo il d.lgs. n. 23 del 2015 nel senso della determinazione legale della misura dell'indennità fissata in due mensilità per ogni anno di anzianità di servizio fino ad un massimo di ventiquattro mensilità, trasferendo, in sostanza, la tutela del lavoratore sul terreno del mercato del lavoro con il dare impulso alle politiche attive del lavoro.

L'obiettivo era appunto quello di rendere certi i costi del contenzioso con riguardo al tema fondamentale del licenziamento e rendere disponibili anche su questo versante margini di flessibilità alle imprese, in coerenza con la ratio complessiva del "Jobs Act" mirata, appunto, a giocare sulla "flessibilità a tutto campo", da quella praticata ai poli estremi del rapporto, ingresso e uscita, alla flessibilità organizzativa diretta ad investire anche la fase di svolgimento dello stesso, dalle mansioni ai controlli dell'attività lavorativa, le chance di modernizzazione del sistema produttivo. Tentativo poi culminato nell'introduzione con la l. n. 81/2017 dell'istituto del lavoro agile che, nel rimettere alla volontà delle parti del rapporto la definizione delle regole relative allo svolgimento della prestazione in modalità agile e nel determinare, con l'inclusione nel rapporto di una prestazione resa "da remoto", eccedente gli schemi organizzativi e relazionali indotti dal contesto della fabbrica, la rottura dell'unità di tempo, di luogo e di azione che ha connotato il modello social-tipico di lavoro subordinato, vale a disarticolare l'assetto gerarchico del rapporto di lavoro subordinato e a dare concretezza alla transizione verso forme alternative di organizzazione della prestazione delineata dalla stessa norma.

In un primo tempo la giurisprudenza è sembrata condividere questo nuovo paradigma del diritto del lavoro tornando a ribadire opzioni interpretative come quella emblematica accolta dalla Corte di Cassazione con la sentenza n. 25201 del 7 dicembre 2016, per la quale il licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrebbe essere legittimamente intimato a fronte di qualsiasi determinazione del datore di lavoro che implichi una modifica dell'organizzazione aziendale tale da riverberare sulla posizione del lavoratore rendendola eccedentaria, a prescindere, dunque, dalla ragione determinante il disposto riassetto organizzativo, così discostandosi dall'orientamento nel frattempo invalso per il

quale quel licenziamento doveva ritenersi ammissibile solo ove motivato “dalla necessità di fronteggiare sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva o di sostenere notevoli spese di carattere straordinario”.

Opzione che imponeva la considerazione ai fini della giustificatezza del licenziamento di ragioni idonee ad attribuire rilevanza nell’ambito del rapporto obbligatorio alla garanzia di libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost. ed ai poteri di organizzazione dell’imprenditore che valgono a definire in favore di questi un ambito di discrezionalità piena, cui rimandano le determinazioni in ordine al se, al quanto al come e al dove della produzione.

Ma tale stagione si è ben presto esaurita.

Determinante in tal senso è stato l’allarme sociale destato da vicende, quali la condizione di esclusione da ogni forma di protezione sociale dei lavoratori della c.d. gig economy ed in particolare dei riders, operanti tramite piattaforma informatica e riguardati come dipendenti dell’algoritmo che quelle piattaforme governa o il licenziamento collettivo comunicato da una multinazionale ai lavoratori tramite un messaggio di posta elettronica, accomunate dal timore di un futuro di gestione tecnologica del lavoro, già ora associato all’idea dello sfruttamento del lavoro e della mortificazione della dignità umana.

In effetti, dietro queste vicende la maggioranza dell’opinione pubblica ha finito per intravedere lo sviluppo di un processo di progressiva erosione dell’area dei diritti dei lavoratori, che dal drastico ridimensionamento del regime sanzionatorio dei licenziamenti illegittimi attraverso il sostanziale superamento della tutela reintegratoria in favore di una tutela indennitaria, per di più, di modesta entità risaliva a ritroso spingendosi a ridefinire in termini espansivi lo stesso potere di recesso del datore di lavoro e vi ha rinvenuto ragioni di sostegno ad un’azione volta ad arginare tale deriva, addirittura attraverso un ritorno al passato e oltre.

E così è stato, a muovere dalla demolizione del mito, alimentato dal Jobs Act renziano, della prevedibilità dei costi del contenzioso del lavoro.

La Corte costituzionale con la sentenza n. 194 dell’8.11.2018 dichiarava l’incostituzionalità dell’art. 3, primo comma, del d.lgs. n. 23 del 2015 limitatamente alle parole “di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio” così appunto

giungendo a sconfessare l'opzione accolta dal Jobs Act di strutturare la misura risarcitorio-compensativa, introdotta a soppiantare quasi integralmente la reintegrazione nel posto di lavoro e tale da implicare, anche a fronte dell'illegittimo esercizio del potere datoriale di recesso, la cessazione del rapporto di lavoro, in modo da ancorare quella misura ad un unico parametro oggettivo, dato appunto dall'anzianità di servizio, tale da escludere ogni possibilità di personalizzazione del risarcimento del danno.

E da qui la Corte costituzionale ha proceduto nella sua opera di riscrittura del regime sanzionatorio dettato dalla legge Monti-Fornero con riguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In un primo tempo, con la sentenza del 7 aprile 2021 n. 59 il Giudice delle leggi è addivenuto a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20.5.1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge 28.6.2012, n. 92 nella parte in cui prevedeva che il giudice, quando avesse accertato la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo "può altresì applicare" - invece che "applica altresì" - la disciplina di cui al medesimo art. 18, comma 4, così sancendo l'obbligatorietà, per il giudice, dell'applicazione nell'ipotesi considerata (all'epoca l'accertata "manifesta" insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo) della sanzione della reintegrazione attenuata. In un secondo tempo, con la sentenza del 19 maggio 2022, n. 125, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della l. 20.5.1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lett. b), della legge 28.6.2012, n. 92, limitatamente alla parola "manifesta", così venendo a modificare, con una sentenza manipolativa a carattere ablativo, implicante la cancellazione di singole parole contenute nel testo, il contenuto della disposizione predetta introdotta a seguito della riforma Monti-Fornero nella parte in cui prevedeva che affinché trovasse applicazione il regime sanzionatorio della reintegra attenuata di cui al comma 4 del novellato art. 18, in luogo dell'indennità risarcitoria prevista dal successivo comma 5, sia necessario un *quid pluris* dato dalla dimostrazione dell'essere l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, appunto "manifesta".

Ciò è valso ad innescare l'effetto moltiplicatore dell'azione nomofilattica della Corte di Cassazione che, inseritasi nel solco del revisionismo del Giudice delle leggi - dopo aver sancito, con la sentenza n. 11665 dell'11.4.2022, l'ammissibilità, ai fini dell'applicazione,

ai sensi del comma 4 del medesimo art. 18 nuovo testo, della reintegrazione, della sussunzione di ipotesi di inadempimento non espressamente contemplate dai contratti collettivi come soggette a sanzioni meramente conservative nell'ambito di disposizioni del medesimo contenuto recate dal codice disciplinare di cui ai suddetti contratti e formulate quali clausole generali e, perciò, idonee ad includere fattispecie ulteriori – è giunta a ritenere, pur a fronte della riespansione dell'ambito di operatività della reintegrazione, ciò insufficiente, per non trovare la reintegrazione applicazione generalizzata ad ogni ipotesi di illegittimità del licenziamento, a confermare il carattere di stabilità dei rapporti di lavoro soggetti al nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo e a differire alla cessazione del rapporto il *dies a quo* del decorso, fino ad ora ammesso nel corso del rapporto, del termine quinquennale di prescrizione dei crediti del lavoro.

Il che chiude definitivamente la prospettiva della prevedibilità del contenzioso del lavoro, risultando, in relazione al predetto arresto giurisprudenziale, estesa a dismisura l'imprevedibilità dell'esito di controversie riesumate dall'oblio in cui le aveva relegate quel principio di civiltà giuridica finora operante dato dalla certezza dei rapporti giuridici.