



Numero 3 / 2021

Adalberto Perulli

**Il “trattico” della Corte costituzionale sulla disciplina
licenziamento. Dalla *law&economics* ai principi di tutela
del lavoro**

Il “trittico” della Corte costituzionale sulla disciplina licenziamento. Dalla *law&economics* ai principi di tutela del lavoro.

Adalberto Perulli

Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università Ca' Foscari Venezia

1. Nello scenario di un diritto del lavoro sempre più orientato ad accogliere le istanze imprenditoriali della flessibilità in uscita, le sentenze della Corte costituzionale n. 194/2018, n. 150/2020 e n. 59/2021 in materia di licenziamento illegittimo forniscono un “trittico” in parziale controtendenza, che riporta nella sfera normativa del lavoro i concetti di “dignità” e di “riconoscimento”, a lungo trascurati da una produzione legislativa improntata ad una logica di *law&economics* refrattaria ad ogni richiamo ai principi etico-sociali di tutela del lavoro. La disciplina del licenziamento rappresenta, sotto questo profilo, la migliore cartina di tornasole per decifrare come il nuovo ordine economico esprima relazioni umane fondate su principi di razionalità strumentale, espungendo dai rapporti giuridici interpersonali ogni istanza morale di riconoscimento. Con queste sentenze, che in vario modo riconoscono il *vulnus* costituzionale arrecato dal progetto normativo di progressiva erosione delle tutele dell'art. 18 St. lav., il Giudice delle leggi non ha certo invertito radicalmente la logica normativa sottesa ai processi di trasformazione della disciplina in senso economico; tuttavia ha esercitato un significativo intervento sull'assetto della materia, ridefinendo alla luce dei principi di tutela del lavoro alcuni punti delle due “storiche” riforme della norma statutaria (legge Fornero del 2012 e Jobs Act del 2015).

Nell'affrontare questo “trittico” si possono adottare almeno due diverse posture: l'una esegetica ed analitica, volta ad indagare i singoli profili tecnico-giuridici della materia, nell'ottica prettamente positivista di identificazione dei prodotti normativi delle sentenze; l'altra più valutativa e teorica, in relazione al contributo fornito della Corte nel riportare al centro della riflessione giuslavoristica la dimensione assiologica della disciplina di tutela del licenziamento, e quindi la rilevanza del “trittico” rispetto alle vicende di un diritto del lavoro segnato dal primato della razionalità strumentale tipica della *law&economics* ed irriducibile ad ogni prospettiva valoriale che non sia quella della pura efficienza economica. Difatti, questa prospettiva meramente efficientistica, esplicitando le premesse per un mutamento di paradigma del diritto del lavoro in senso chiaramente neo-liberale, ha cercato di rendere il licenziamento un semplice atto di gestione aziendale dotato di un costo predeterminabile *ex ante*; un atto comunque idoneo, benchè illegittimo, a raggiungere l'obiettivo della “separazione” che pone la parola fine al rapporto di lavoro.

Le considerazioni che seguono trascurano le questioni più squisitamente esegetiche del “trittico” e si collocano in una prospettiva di osservazione dell'impalcatura valoriale che la Corte ha opportunamente rivitalizzato attraverso una analisi dell'“esercizio arbitrario del potere di licenziamento alla luce dell'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale” (C. Cost. 59/2021 punto 9), vale a dire in una relazione intersoggettiva in cui la violazione della norma – l'esercizio arbitrario del potere – equivale, in realtà, alla radicale negazione degli atti di riconoscimento su cui, invece, si fonda la possibilità/capacità del sistema a rispondere agli imperativi morali, oltre che giuridici, posti dalla Costituzione in relazione alla tutela del lavoro in tutte le sue forme.

Con il “trittico” in esame la Corte ha ricondotto il discorso regolativo sul licenziamento entro coordinate più equilibrate di contemperamento tra razionalità ed interessi confliggenti, in cui la *ratio legis* viene rispettata - e non potrebbe essere altrimenti, posto che la tutela costituzionale del lavoro non impone al legislatore di apprestare sempre e comunque il rimedio più stringente della reintegrazione nel posto di lavoro -, ma la legge viene vagliata alla luce dei principi costituzionali di tutela del lavoro, con una particolare attenzione all'applicazione del principio di ragionevolezza, vale a dire ad “un indice commisurato a criteri di valore condivisi”, come ha scritto di recente Nicolò Lipari nel suo *Elogio della giustizia*.

2. La prima parte del trittico è rappresentata dalla sentenza n. 194/2018, con cui la Corte ha dichiarato incostituzionale la norma del *Jobs act* (art. 3 d.lgs. 23/2015) nella parte in cui prevedeva un meccanismo di quantificazione dell'indennità dovuta in caso di licenziamento illegittimo non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, sì da rendere l'indennità stessa una forma di “liquidazione legale forfetizzata e standardizzata”, in conformità al criterio direttivo della legge di delegazione consistente nel prevedere un indennizzo economico “certo”.

A giudizio della Corte, che accoglieva il terzo dei profili di violazione dell'art. 3 Cost. prospettati dal rimettente, tale modello di tutela contrasta “con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse” (punto 11 della sentenza). L'incapacità della norma di trattare in termini differenziali situazioni che richiedono una “personalizzazione” del danno si somma ad un secondo profilo di illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, che riguarda il contrasto della norma “con il principio di ragionevolezza, sotto il profilo dell'idoneità dell'indennità medesima a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente” (quarto profilo di violazione dell'art. 3 Cost. prospettato dal rimettente).

Diversamente dal punto precedente, in cui la lesione del principio di eguaglianza emerge dalla semplice applicazione dello schema logico delle omogeneità/eterogeneità delle situazioni poste a raffronto, sviluppandosi, quindi, secondo un ragionamento di razionalità formale, con il richiamo alla ragionevolezza la Corte procede ad un giudizio più complesso, che si snoda attorno ai cardini tipici della proporzionalità *sub specie* di congruenza, pertinenza, adeguatezza, con cui il Giudice delle leggi accerta se la misura del mezzo sia correttamente calibrata rispetto al duplice fine della disciplina del licenziamento illegittimo: da un lato la capacità della norma di ristorare adeguatamente il pregiudizio subito (funzione riparatorio-compensativa del danno sofferto), dall'altro la capacità dissuasiva nei confronti del datore di lavoro. Ma non basta, perché la Corte mobilita anche la tecnica del bilanciamento, giungendo ad affermare che il denunciato art. 3, comma 1, “non realizza un adeguato componimento degli interessi in gioco: la libertà dell'organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro”.

Con questo passaggio argomentativo, la sentenza n. 194 si colloca consapevolmente sul piano più avanzato del giudizio di costituzionalità della norma secondo parametri di valutazione fortemente intrisi di razionalità rispetto al valore. Il bilanciamento è operato, infatti, lungo i due assi valoriali su cui si fonda l'intera materia del diritto del lavoro, vale a dire la libertà di organizzazione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica privata (benchè la Corte non richiami qui l'art. 41, comma 1, Cost.), e la tutela del posto di lavoro: la libertà d'impresa non viene esercitata correttamente (in modo proporzionato al

fine), nella misura in cui il diritto del lavoratore ad una tutela efficace risulta eccessivamente compressa, al punto da risultare “incompatibile con il principio di ragionevolezza”.

3. Tracciando una linea di continuità rispetto a quanto affermato con la decisione n. 194, la sentenza 150/2020 ha dichiarato l’incostituzionalità dell’art. 4, d. lgs. 23/2015, nella parte in cui, nella determinazione dell’indennità minima da corrispondere al lavoratore in caso di licenziamento illegittimo per vizi formali o procedurali, fa esclusivo riferimento all’anzianità di servizio. Anche in questo caso la Corte ha mobilitato e valorizzato un corredo di elementi assiologici legati alla persona del lavoratore e alle sue esigenze di una tutela adeguata, rimarcando il valore del contraddittorio e delle scansioni procedurali previste dall’art. 7 St. lav. rispetto alla “sfera morale e professionale del lavoratore” (punto 8). Anche in questo caso emerge, nella relazione intersoggettiva disegnata dalla norma, una carenza di riconoscimento implicita, invece, nella disciplina statutaria, nella misura in cui l’esercizio del potere disciplinare deve rispettare limiti non solo procedurali ma modelli di azione improntati alla tutela della persona. In questa prospettiva il Giudice delle leggi ha sottolineato il valore della motivazione e l’offesa arrecata alla “dignità del lavoratore” esposto alla sanzione espulsiva “senza avere adeguata cognizione delle ragioni che la giustificano”.

Questi valori personalistici di rilievo costituzionale costituiscono all’evidenza la trama giustificativa per incardinare la disciplina del licenziamento “nel rispetto dei principi di eguaglianza e ragionevolezza”, così da garantire al lavoratore una tutela adeguata; esigenze di tutela che vengono disattese adottando un meccanismo di calcolo rigido ed uniforme, che “non attua un equilibrato temperamento tra gli interessi in gioco” (punto 10), denotando l’irragionevolezza intrinseca del criterio adottato dal legislatore (punto 11.3). Come dire, insomma, che il disvalore giuridico del licenziamento non può esaurirsi nella sanzione costituita dal mero calcolo aritmetico dell’anzianità di servizio. Un meccanismo di tal fatta non compensa il pregiudizio arrecato dall’inosservanza di garanzie fondamentali e neppure rappresenta una sanzione efficace, atta a dissuadere il datore di lavoro dal violare le garanzie di legge e ad indirizzarlo entro coordinate di azione non puramente egocentriche, ma rispettose dell’altrui sfera giuridico-morale. Per questo il disposto sottoposto al vaglio della Corte appare lesivo del principio di tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (artt. 4 e 35 Cost.).

3. Il “trittico” viene completato con la più recente sentenza n. 59/2021, con cui la Corte evidenzia la “disarmonia” sistematica della disposizione della legge Fornero in materia di licenziamento per GMO nella misura in cui attribuisce al rimedio della reintegrazione un carattere meramente facoltativo, a fronte della concomitante vigenza, a parità sostanziale di situazioni giuridiche (l’insussistenza del fatto), di un obbligo di reintegrazione in caso di licenziamento per giusta causa o GMS.

Anche in questo caso giova sottolineare la trama assiologica che sorregge la sentenza, centrata sui valori di tutela del lavoro quale baricentro su cui testare la ragionevolezza della disposizione sottoposta al vaglio del Giudice delle leggi. Il richiamo della Corte agli artt. 4 e 35 Cost., apparentemente secondario rispetto al tema principale della violazione del principio di eguaglianza *ex art 3 Cost.*, riveste, in realtà, un ruolo cruciale nell’economia del *decisum*, nella misura in cui la rilevata “disarmonia” sistematica e la conseguente disparità di trattamento si traduce, nuovamente, in un *vulnus* al diritto al lavoro e alla tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.). Il riconoscimento della rilevanza della persona, della sua dignità, e dei suoi nessi fondativi con la libertà sociale - la libertà che

hegelianamente nasce dal “riconoscimento” intersoggettivo - costituiscono quindi l’architrave assiologico su cui la Corte poggia la decisione, disvelando la disarmonia del disposto non in termini di pura razionalità formale, ma per le conseguenze che quella disarmonia produce sul diritto al lavoro come diritto fondamentale della persona. Lungi dal richiudersi in una considerazione puramente giuridico-formale della razionalità legislativa, la Corte mette in relazione stringente quella disarmonia normativa con le condizioni materiali della persona, esposta - in quanto lavoratore - a quella “vicenda traumatica” che riguarda il suo essere nel mondo ed incide sulla sua dignità, sicurezza, libertà (art. 41 Cost.). Difatti, la disarmonia rilevata dalla Corte consegna il lavoratore ingiustamente licenziato ad un destino incerto, che può consistere nella reintegrazione sul posto di lavoro *oppure* in un semplice indennizzo, che non costituisce, in realtà, una vera e propria tutela per equivalente. Peraltro, tale imponderabile scelta tra tutela reintegratoria e indennitaria viene affidata al giudice senza alcun criterio idoneo a governare la discrezionalità decisionale, onde alla disarmonia interna al sistema della legge 92/2012 si aggiunge una irragionevolezza “intrinseca del criterio distintivo adottato, che conduce a ulteriori e ingiustificate disparità di trattamento”.

4. Soffermiamoci ora su alcuni aspetti per così dire *meta-positivi* che consentono di condurre il discorso su questo “trittico” ad un più alto livello di astrazione, fornendo, al contempo, una visione prospettica, per cercare di comprendere quali sono le implicazioni sistemiche che possiamo trarre dagli orientamenti della Corte nel “cuore pulsante” del diritto del lavoro, id est la disciplina del licenziamento illegittimo.

Per cogliere il senso profondo di questo percorso dobbiamo, tuttavia, ritornare con il pensiero critico ad una fase precedente il Jobs Act e la stessa riforma Fornero; dobbiamo tornare indietro di almeno un ventennio, quando è iniziato un processo di progressiva (ma decisiva) “sussunzione” del diritto del lavoro entro la sfera di compatibilità espressa da una razionalità puramente economica, anche in relazione a mutamenti strutturali della società – la globalizzazione, i cambiamenti dei mercati e dei sistemi produttivi indotti anche dalla innovazione tecnologica, il mutamento del quadro istituzionale di regolazione dei processi economici, la fine delle politiche keynesiane, ecc. –, per poi consolidarsi nel decennio successivo.

Questa progressiva trasformazione trova la sua compiuta espressione già nel Rapporto dell’OCSE (del 1994) nel quale istituti fondamentali del diritto del lavoro (quali la regolazione della disciplina in tema di licenziamenti e la contrattazione collettiva centralizzata) vengono individuati come fattori distorsivi di un mercato del lavoro eccessivamente rigido e, di conseguenza, quale causa di disoccupazione ed inefficienza. Da quel momento, il *mainstream* economico ha identificato nel diritto del lavoro il principale responsabile della disoccupazione e della segmentazione del mercato del lavoro, esercitando una continua pressione sui governi nazionali affinché adottassero “riforme strutturali” all’insegna della riduzione delle tutele del lavoro. Di conseguenza, anche ai giuristi del lavoro è toccato in sorte ciò che Gaetano Azzariti, nel suo ultimo libro *Diritto o barbarie*, ha riferito ai “poveri costituzionalisti” passati dal ruolo di saggi che interpretano la legge suprema agendo “in modo razionale rispetto al valore” a quello di tecnici al servizio di parti politiche che agiscono “in modo razionale rispetto agli scopi”; ma si potrebbe anche impiegare il crudo linguaggio, espressione piuttosto di nichilismo giuridico, impiegato da Natalino Irti quando parla di una realtà del diritto che viene assunta dalla tecno-economia e di una scienza giuridica che “cade” in analisi economica, in misura di costi e benefici dell’una o dell’altra decisione normativa.

E' evidente che in questo processo di disancoramento del diritto del lavoro dalla propria assiologia, dalle proprie coordinate di valore, si sono consumati, più o meno consapevolmente, una serie di "tradimenti costituzionali", che hanno modificato profondamente lo scenario non solo giuridico ma anche sociale e culturale, affermando una razionalità normativa puramente strumentale, funzionale all'efficienza economica, in cui il diritto ha cessato di svolgere il ruolo di terzo (*à la* Kojève) e si lasciato sedurre dalla logica economica per diventare macchina calcolabile.

Questo processo di trasformazione del diritto (e del diritto del lavoro in particolare) in un sistema eminentemente calcolabile di costi e di benefici per l'impresa ha negato in radice la condizione pre-normativa, preliminare ai rapporti sociali mediati dal mercato, vale a dire la relazione intersoggettiva di "riconoscimento" che veicola i valori della dignità, dell'eguaglianza e della solidarietà anche rispetto all'agire economico; di conseguenza il diritto del lavoro ha smarrito la propria vocazione di diritto realmente pluralista, capace di bilanciare valori ed interessi contrapposti, attraverso mediazioni condivise e accettate non solo dal parlamento o dal governo, ma dal sentire diffuso della comunità, in termini di *giustizia sociale*.

In base a quella logica sradicata dai valori di tutela del lavoro, ed eliminata ogni componente extra-monetaria dalla valutazione del "posto di lavoro", il licenziamento (salvi i rari casi di licenziamento discriminatorio o nullo per motivo illecito determinante) è diventato un mero atto di gestione ampiamente calcolabile come "costo aziendale" (un atto di "separazione" associato ad un *firing cost* nel gergo dell'analisi economica del diritto), mentre con la moltiplicazione dei rapporti atipici e precari si è spezzato il nesso tra lavoro, dignità umana e cittadinanza sociale.

Questo percorso presentava un grave difetto metodologico (vale a dire l'idea che la tutela reale producesse un blocco nelle dinamiche del mercato del lavoro) e ha prodotto un conflitto sregolato (cioè non ordinato entro le coordinate costituzionali del diritto del lavoro). Al punto che una delle più importanti organizzazioni economiche mondiali (il Fondo Monetario), dopo avere per anni ha propugnato una maggiore flessibilità dei rapporti di lavoro come strumento per la modernizzazione del diritto e per la crescita economica, abbia infine ammesso che "le riforme che rendono più agevole il licenziamento dei lavoratori a tempo indeterminato non hanno mediamente effetti statisticamente significativi sull'occupazione e sulle altre variabili macroeconomiche" (FMI – *World Economic Outlook April 2016*, 115). Analoghe conclusioni sono state espresse dall'OCSE, che ha sostenuto come "la maggior parte degli studi empirici che analizzano gli effetti a medio lungo termine delle riforme di flessibilizzazione del lavoro suggerisce che esse hanno un impatto nullo o marginalmente positivo sui livelli di occupazione nel lungo periodo" (OCSE – *Employment Outlook 2016*).

Progressivamente, lo smarrimento assiologico che aveva ridotto il diritto a mera struttura calcolante, servente della razionalità economica, ha iniziato a riattivare la propria razionalità valoriale, guardando nuovamente al sistema economico-produttivo in senso sociale, solidaristico e inclusivo: un sistema in cui le attività economiche non si fondano sull'egoismo e sull'utilitarismo, ma su relazioni di mutuo rispetto e riconoscimento, le quali, pur antecedenti al mercato, vengono mediate dal diritto costituzionale e ricondotte nella struttura istituzionale dei rapporti economici. E qui interviene il ruolo davvero strategico dei valori azionati nel trittico della Corte costituzionale, che fa uscire il diritto del lavoro dal sonno antropologico indotto dalla *law&economics* e riporta il discorso sul diritto del lavoro entro le coordinate sistemiche dei diritti fondamentali della persona umana, rispetto al quale

il legislatore deve apprestare *specifiche tutele*, perché la Costituzione attribuisce al lavoro lo scopo di realizzare il pieno sviluppo della personalità dell'individuo.

In relazione alla disciplina dei licenziamenti individuali, la Corte, nel trittico (ma soprattutto nella sentenza n. 194), afferma che la Costituzione tutela l'interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro, comporta il forte coinvolgimento della personalità umana, protegge la sua dignità, correggere un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro e garantisce l'esercizio di diritti fondamentali del lavoratore. In questa riattivazione della grammatica assiologica la Corte mobilita anche fonti sovranazionali (come l'art. 24 della Carta sociale europea) che impongono che la tutela risarcitoria in caso di licenziamento ingiustificato sia congrua nel risarcire il pregiudizio e tale da svolgere una *funzione dissuasiva e sanzionatoria* rispetto all'esercizio illegittimo del potere di recesso. Concetti, questi, che si collocano agli antipodi rispetto alla logica della rottura efficiente del contratto propugnata dall'analisi economica del diritto.

La Corte, inoltre, ha valorizzato i profili assiologici del lavoro garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, con principi estensibili anche alla Carta sociale europea a cui la prima si ispira e ne costituisce il completamento. I giudici costituzionali, infatti, hanno affermato la necessità di una lettura sinergica tra fonti, affinché sia assicurata la massima salvaguardia dei diritti a livello sistemico, nella connessione inscindibile tra i principi e i diritti costituzionali e quelli riconosciuti dalle Carte, arricchiti dal diritto secondario, tra loro complementari e armonici, che la Corte intende salvaguardare in una prospettiva di massima espansione.

Si è in presenza, come è evidente, di una riaffermazione "forte" dei profili valoriali del diritto del lavoro. Oltre a muoversi in una logica per nulla assimilabile ad una visione prevalentemente economica, la Corte richiama la dimensione morale e sociale del lavoro e l'idea di libertà ed eguaglianza sostanziale in precedenza descritta. Diamo in conclusione la parola alla Corte: nella declinazione dei principi della Costituzione il bilanciamento tra valori, interessi e diritti viene effettuato mettendo in risalto il "particolare valore che la Costituzione attribuisce al lavoro (artt. 1, c. 1, 4 e 35)" (sentenza n. 194). Infatti, secondo la Corte, il licenziamento è un evento "in sé sempre traumatico", un "disvalore" che impone la "necessaria giustificazione del recesso" e l'impiego di tecniche di tutela "anche in chiave esclusivamente monetaria" (così la sentenza n. 59/2021). La relativa disciplina tutela "l'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione" e comporta il "forte coinvolgimento della persona umana", e per questo protegge "la (sua) dignità", correggendo "un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro" per garantire l'esercizio dei diritti "di libertà sindacale politica e religiosa" (sentenze nn. 194 e 59).

Un tale dispiegamento di razionalità assiologica da parte della Corte ci riporta al punto di partenza di queste riflessioni: dopo anni di fredda applicazione di principi tecno-economici da parte dell'analisi economica del diritto, i valori della persona e della sua dignità tornano ad illuminare un orizzonte di giustizia sociale che la nostra Costituzione ha oggettivato, pur nella sua relatività storica, e che il *logos* diritto del lavoro continua, nonostante tutto, a perseguire.