

Patrizia Tullini
**Stabilità del rapporto di lavoro
e ruolo del giudice***

Sommario: **1.** La flessibilità della norma lavoristica e la ristrutturazione del paradigma di controllo del giudice. Oltre la riforma dell'apparato sanzionatorio. **2.** I tipi legali del licenziamento e l'attività giudiziale di qualificazione giuridica. **3.** La stabilità del rapporto di lavoro tra legislazione e giurisdizione.

1. La flessibilità della norma lavoristica e la ristrutturazione del paradigma di controllo del giudice. Oltre la riforma dell'apparato sanzionatorio

La flessibilità della norma lavoristica è stata ricercata nel diritto del lavoro recente, quello del nuovo secolo, con diverse strategie legislative. Attraverso la valorizzazione dell'autonomia individuale e il rinforzo della capacità dispositiva del lavoratore all'interno di procedure di validazione e di certificazione della volontà; con il potenziamento dei mezzi alternativi alla giurisdizione per la risoluzione delle controversie di lavoro (spec. conciliazione, arbitrato: cfr. l. 183/2010); con il *coup de théâtre* dell'art. 8, l. 148/2011 (ma qualcuno lo definirebbe “un colpo di mano”)¹ inteso ad abilitare una contrattazione collettiva derogatoria *in pejus* a livello locale o di prossimità che – nel contesto d'una “confusa situazione”² – ambisce a svolgere un ruolo significativo di ri-regolazione flessibile della disciplina del lavoro.

* Il testo riproduce, con l'aggiunta delle note, l'intervento al Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei sul tema “La riforma del diritto del lavoro”, Roma, 2-3 maggio 2013.

¹ Sottolinea “lo shock provocato dall'improvvisa sortita legislativa” e le reazioni preoccupate della dottrina DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell'art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *ADL*, 2012, p. 21.

² Il rilievo è di MARIUCCI, *Contratto e contrattazione collettiva oggi*, in *LD*, 2013, p. 26 e, in termini quasi coincidenti, DEL PUNTA, *Cronache da una transizione confusa (su l'art. 8 l. n. 148/2011 e dintorni)*, *ivi*, 2012, p. 31; LASSANDARI, *Dopo l'accordo del 28 giugno 2011 (e l'art. 8 della l. n. 148): incertezze, contraddizioni, fragilità*, *ivi*, 2012, p. 55.

Resta, poi, segnatamente nella riforma del 2012, una linea politica della flessibilità che punta – quanto meno nelle intenzioni o nelle conseguenze – a ri-definire il ruolo del giudice e il modello di controllo dei poteri datoriali, sotto il duplice profilo sostanziale e processuale. È innegabile il contributo della giurisprudenza del lavoro alla creazione, e soprattutto alla manutenzione nel tempo, del garantismo individuale quale connotato tipico della disciplina lavorista³. Un garantismo statico, specialmente improntato all'interferenza negativa dei diritti individuali dei lavoratori rispetto alla libertà d'impresa: qualcosa che può essere interpretato come la coda lunga di quella stagione dei diritti che ha rappresentato forse il maggior investimento politico e culturale nella seconda metà del Novecento⁴.

Ciò che più (mi) colpisce, infatti, se si considera la l. 92/2012, non è tanto il recupero di efficacia dell'esercizio dei poteri datoriali – detto altrimenti, il ridimensionamento delle conseguenze sanzionatorie degli atti illegittimi di gestione dei rapporti di lavoro – quanto piuttosto la “ristrutturazione” del paradigma di controllo giudiziale. O meglio, l'ipotesi legislativa d'una risistemazione dei percorsi ermeneutico-valutativi, posto che la riforma del lavoro è ancora troppo recente per consentire bilanci o minime congetture sui risultati applicativi. Oggetto dell'interpretazione giudiziale non è solo l'enunciato normativo, ma quel singolare *mix* esperienziale che sostanzia il c.d. diritto vivente⁵, nel quale si saldano assetti istituzionali, giudizi di valore e quotidiane prassi applicative: un contesto che ha una propria tenace resistenza, derivante

³ Come riconosce NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura Editrice, 2012, p. 5, anche se l'A. ritiene che nell'attività giudiziale “è pure emersa la difficoltà di trovare approdi stabili, in grado di resistere ai condizionamenti delle contrapposte ideologie”. In tema cfr. spec. SPECIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il “diritto vivente” sulle regole interpretative*, in DLRI, 2008, p. 613 ss.

⁴ Sul ruolo della giurisprudenza del lavoro nell'attuale panorama legislativo cfr. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in RIDL, 2012, I, p. 461 ss., che ha dato avvio al dibattito nella sezione Agorà della medesima Rivista, con i contributi di RIVERSO-PONTERIO, *Quale giudice del lavoro?*, *ivi*, 2012, I, 720 ss.; ABIGNENTE, *Note in margine ad un interessante dibattito*, *ivi*, 2012, I, p. 729 ss.; ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, *ivi*, 2013, I, p. 233 ss.; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico fra metodo e merito*, *ivi*, 2013, I, p. 235 ss.; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un “manifesto ermeneutico”*, *ivi*, 2013, I, p. 245 ss.; MELIADÒ, *Il giudice del lavoro fra ordine giuridico e criticità sociale*, *ivi*, 2013, I, p. 489 ss.; VENEZIANI, *Il giudice del lavoro ed i valori del sistema giuridico*, *ivi*, 2013, I, p. 505 ss.; MAGNANI, *Il giudice e la legge*, *ivi*, 2013, I, p. 777 ss.

⁵ Secondo la definizione di LIPARI, *Il ruolo del giudice nella crisi delle fonti del diritto*, in RTDPC, 2009, p. 482, che trae da ciò l'idea dell'interpretazione giuridica “come fatto essenzialmente comunitario”.

tra l'altro da una sedimentazione di lungo periodo, ed è al contempo troppo ricco e variegato per consentire facili semplificazioni⁶.

E, in questa prospettiva, si può sommessamente dissentire dalla maggior parte dei commentatori che sottolinea come la nuova formula normativa della stabilità riguardi esclusivamente la ri-modulazione delle tecniche sanzionatorie e dei rimedi, restando peraltro intatte, non solo le causali di legge⁷, ma anche le regole interpretative e probatorie sin qui seguite dalla giurisprudenza nell'accertamento dell'illegittimità del licenziamento. Quasi a voler tranquillizzare, secondo una logica di riduzione dell'impatto (che, per motivi diversi, in termini argomentativi è adottata tanto dai fautori quanto dai critici) sul fatto che le ricadute della riforma del 2012 resteranno comunque confinate nell'area rimediabile, senza poter toccare i profili sostanziali e di sistema.

Ciò che s'intende tuttavia osservare è che il mancato intervento sul dettato formale delle fattispecie del recesso (che è un dato indiscutibile), non esclude la possibilità che si verifichi una rideterminazione indiretta o riflessa (e non meno incisiva) delle condizioni di legittimità per l'esercizio del potere datoriale. Prenderne atto non significa per nulla concedere al legislatore della riforma uno spazio maggiore di quello che ha già conquistato, né tanto meno scoraggiare gli sforzi di un'abile virtù interpretativa per contenere gli effetti depressivi della tutela del lavoratore, ma implica e vuole suggerire un altro piano di riflessione sull'approccio di politica del diritto⁸.

⁶ Per l'analisi d'un campione significativo delle pronunce post-riforma cfr. DE SALVIA (a cura di), in BARBIERI-DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della Legge Fornero*, Cacucci, 2013, p. 107 ss.; FERRARESI, *L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 338 ss.

⁷ La tesi dell'immutabilità delle causali è autorevolmente ribadita, ad es., da TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, p. 37; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI-DALFINO, *op. cit.*, p. II ss.; SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, p. 234; DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in *RIDL*, 2013, I, p. II ss.; SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, *ivi*, 2012, I, p. 552; VALLEBONA, *la riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, p. 56. Ritiene che "la strada maestra (...) sarebbe stata quella di intervenire non sull'apparato sanzionatorio costituito dall'art. 18, ma sulle causali che legittimano il licenziamento", MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 420 ss.

⁸ Per un approfondimento sul punto v. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 153 ss.

In complesso, non c'è dubbio che la ri-modulazione dei rimedi sia già avvenuta e in numerosi ambiti del diritto del lavoro l'apparato sanzionatorio di tipo reale sia progressivamente arretrato. Per avere un buon indicatore di tendenza basta pensare alla caduta della tutela ripristinatoria (piena) in relazione al contratto a termine illegittimo. Si è passati dall'utilizzo prevalente della conversione, intesa come ricostruzione effettiva ed integrale del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, ad un meccanismo rimediale misto – che prevede la riammissione in servizio e un ristoro economico del pregiudizio sopportato dal lavoratore nella forma dell'indennità onnicomprensiva, oltre tutto forfetizzata – la cui coerenza, adeguatezza e ragionevolezza è stata sostenuta in più occasioni dalla Corte costituzionale⁹, e da ultimo confermata dalla l. 92/2012 con una norma d'interpretazione autentica (cfr. art. 1, co. 13).

Il passaggio dalla tutela reale a quella obbligatoria ha dei riverberi profondi sul contenuto e persino sulla natura del diritto individuale coinvolto, ma prima ancora di preoccuparsi della morfologia sanzionatoria e del suo tasso di effettività, occorre che il giudice riconosca l'essere di quel diritto, e quindi il fondamento (che esprime la *meritevolezza*) della protezione giuridica. La riforma del 2012 sembra intercettare il potere giudiziale su questa strada: anziché prevedere una riduzione diretta e immediata dei diritti del lavoratore, è determinata ad incidere sullo spazio d'intervento e sulle prerogative di accertamento del giudice.

Il diritto alla reintegra nel posto di lavoro è scomparso? Certo, non lo è: si può continuare a ritenere che, pur nel quadro d'un assetto plurale e decrescente dei rimedi, la massima sanzione restitutiva conservi tuttora (laddove resiste) la sua essenziale finalità deterrente¹⁰. Ma, se è vero che la reintegrazione non è scomparsa, è divenuta tuttavia più inattuabile e il percorso giurisdizionale più accidentato, perché incanalato dentro passaggi obbligati che stabiliscono nuove condizioni di gradualità nel fondamento stesso della tutela.

⁹ Così, in relazione al regime sanzionatorio dell'art. 32, co. 5-7, l. n. 183/2010, C. Cost. 11 novembre 2011 n. 303; C. cost., ord., 3 maggio 2012 n. 112. Per un'estensione del regime indennitario dell'art. 32, co. 5, l. n. 183/2010 anche in caso d'illegittimità della somministrazione di lavoro a termine cfr. Cass. 17 gennaio 2013 n. 1148, in *DRI*, 2013, p. 497, con nota di PANIZZA e in *RGL*, 2013, I, 195, con nota di SALVAGNI.

¹⁰ “La possibilità della reintegrazione mantiene alla norma il suo valore di deterrente”: TREU, *op. cit.*, p. 35.

Il nesso – non solo ideale, ma persino testuale – tra questo modo d'intendere l'attività del giudice e le anticipazioni contenute nel Collegato Lavoro del 2010 risulta evidente, e non si è mancato di sottolinearlo. Quel decalogo di prescrizioni generali per l'esercizio della funzione giudiziaria dettato dall'art. 30, l. 183/2010 – di tenore quasi-pedagogico e più o meno vincolante, a seconda delle opinioni – sembra aver trovato nella successiva riforma del 2012 una messa in opera strettamente consequenziale specie sul terreno in precedenza solo sfiorato, sebbene fortemente sottinteso, dei licenziamenti individuali¹¹.

L'affermazione richiederebbe una verifica più approfondita e argomentata, ma vanno quanto meno segnalate alcune implicazioni, quelle più rilevanti.

2. *I tipi legali del licenziamento e l'attività giudiziale di qualificazione giuridica*

La prima questione attiene alla nuova scala tipologica del licenziamento – che in una prospettiva esegetica rischia di apparire sin troppo allungata¹² – come conseguenza della disaggregazione della categoria unitaria dell'illegittimità prevista dal vecchio testo dell'art. 18 St. lav.

Per quanto s'è letto nella cronistoria dei lavori e degli studi preparatori, uno dei principali obiettivi della revisione normativa doveva essere la semplificazione e l'accorpamento in due tipi di recesso: quello per ragioni inerenti alla persona del lavoratore e quello intimato per ragioni economiche¹³. Viceversa, la l. 92/2012 ricorre, da un lato, alla tipizzazione autonoma (nel senso proprio di “nuova” tipicità normativa) di alcune particolari figure di licenziamento illegittimo (ad es., per superamento del periodo di comporto; per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore)¹⁴ e, per altro verso,

¹¹ La tesi secondo cui le prescrizioni dell'art. 30, l. n. 183/2010 intendevano incidere soprattutto sul licenziamento è stata sostenuta da FERRARO, *Poteri imprenditoriali e nuovo ruolo della magistratura del lavoro nelle più recenti riforme*, in BASENGHI-RUSSO (a cura di), *Giustizia del lavoro ed effettività dei diritti*, Giappichelli, 2012, p. 7.

¹² ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, 2012, p. 131 ss., che individua “ben 18 diversi tipi di licenziamento”.

¹³ Una distinzione tra licenziamento disciplinare ed economico introdotta per motivi “invero più contingenti che convincenti”, secondo TREU, *op. loc. cit.*

¹⁴ Cfr. PESSI, *I licenziamenti per motivi economici*, in corso di pubblicazione in *ADL*, 2013, n. 4/5, secondo cui la novella in tema di recesso per inidoneità psico-fisica del lavoratore attua sem-

crea – almeno sul piano descrittivo – una tavola di tipi legali che è funzionale al *décalage* delle sanzioni applicabili¹⁵.

È probabile che la proposta di riformulare le ragioni giustificative del potere datoriale sia stata espressamente esclusa durante l'*iter* legislativo¹⁶, eppure l'autonoma identità riconosciuta ai singoli meccanismi rimediali finisce per conformare in termini giuridici altrettante fattispecie di recesso illegittimo. Soprattutto, la corrispondenza biunivoca tra fattispecie e sanzioni viene stabilita in modo fisso e tassativo, eccetto che per quel “può applicare” in riferimento alla reintegra disposta dal giudice per l'insussistenza del motivo oggettivo che, nonostante i molteplici esercizi ermeneutici, presenta una sfumatura ancora piuttosto oscura (cfr. art. 18, co. 7, St. lav.) (v. *infra* n. 3).

La costruzione legislativa per tipi è destinata naturalmente ad incidere sulla prerogativa d'individuazione e di qualificazione giuridica, nonché sull'eventuale attività di ri-qualificazione dell'atto estintivo: quella che, un po' impropriamente, si descrive come una “conversione” della causale ed è ammessa d'ufficio, ad iniziativa del giudice, secondo l'indirizzo interpretativo sinora acquisito che considera la giusta causa e il giustificato motivo alla stregua di meri titoli di comportamenti ugualmente idonei a legittimare la cessazione del rapporto di lavoro¹⁷.

Da questo punto di vista, non riesce a persuadere e a coinvolgere fino in fondo il serrato dibattito dottrinale – che ha ormai raggiunto apici di finezza semantica e concettuale – su come debba interpretarsi il presupposto sostanziale del recesso che il giudice è tenuto ad accertare: è un fatto materiale, un mero accadimento della realtà, un fatto giuridico? E il “fatto” posto alla base del licenziamento, come richiamato dalla l. 92/2012, rinvia ad una nozione diversa e/o distinta rispetto a quella di “ragione” secondo l'art. 3, l. 604/1966¹⁸.

plicemente la “legificazione di un orientamento giurisprudenziale costante”, mentre l'altra fattispecie risulterebbe affiancata “solo ai fini dell'identificazione del regime sanzionatorio applicabile”.

¹⁵ Con maggiori argomentazioni cf. TULLINI, *op. cit.*, p. 153 ss.

¹⁶ Come precisa TREU, *op. cit.*, p. 37 e nota 82.

¹⁷ Cfr., tra le numerose pronunce, Cass., sez. lav., 13 dicembre 2010 n. 25144, in *Mass. Fi.* 2010, p. 1077; Cass., sez. lav., 17 gennaio 2008 n. 837, in *NGL*, 2008, p. 624; App. Milano, 4 novembre 2009, in *D&L*, 2010, p. 268, con nota di MAIORANA. Lo stesso principio di conservazione è stato applicato nell'ipotesi di ri-qualificazione del licenziamento per giusta causa e giustificato motivo oggettivo, Cass., sez. lav., 14 giugno 2005 n. 12781.

¹⁸ Si concentrano sull'interpretazione del “fatto posto alla base del licenziamento”, ad es., PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, p. I ss.; CARINCI F., *Il nodo gordiano del licenziamento disciplinare*, *ivi*, 2012, p. 1115 ss.; ID., *Ripensando*

L'impressione è che il legislatore intenda alludere al criterio di giudizio sul presupposto sostanziale del potere estintivo ("fatto" o "ragione", che sia). Ciò che cambia non è l'oggetto dell'accertamento ("cosa" il giudice deve accertare), quanto piuttosto dovrebbe mutare l'agibilità della prerogativa di valutazione/qualificazione e, in questo senso, l'atteggiamento del giudice.

E infatti, secondo la riforma del 2012, sarà anzitutto il titolare del potere a scegliere il tipo legale del licenziamento da intimare, allegando la sussistenza in concreto d'una determinata figura giuridica. Non a caso, il nuovo dettato dell'art. 18 St. lav. allude costantemente al giustificato motivo e alla giusta causa per come sono "addotti dal datore di lavoro" (cfr. co. 4 e 5).

Nella prima fase del procedimento di controllo, il ricorrere o meno della causale di legge – posto che il legislatore non evoca mai espressamente la categoria dell'illegittimità del recesso – viene dichiarato in base all'esistenza o meno del fatto-presupposto (così come allegato dal datore di lavoro), senza che ciò comporti alcuna attività di qualificazione da parte del giudice. Una volta riconosciuta la base materiale dell'atto estintivo, l'indagine dovrà poi proseguire per riscontrare gli estremi della giusta causa o del giustificato motivo e condurre all'applicazione della corrispondente sanzione economica.

L'opinione prevalente ritiene che, a questo punto, il giudice recuperi appieno la sua prerogativa di valutazione/qualificazione giuridica del fatto che è stato "addotto" dalla parte recedente al fine di accertare la giusta causa o il giustificato motivo e, di conseguenza, dichiarare la legittimità o meno del licenziamento (salvo l'eventuale vincolo posto dalla contrattazione collettiva per quello di natura disciplinare)¹⁹.

A ben guardare, però, anche in quest'ultima fase il ricorrere o meno della causale di legge non rileva tanto sul piano della qualificazione giuridica

il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ivi, 2013, spec. 493 ss.; PERULLI, Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi, ivi, 2012, p. 785 ss.; PEZZUTO, Brevi note sull'insussistenza del fatto, nel licenziamento disciplinare, in base al testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970 siccome modificato dalla legge n. 92 del 2012 ("Legge Fornero"), ivi, 2013, p. 276 ss.; VALLEBONA, Fatto e qualificazione del fatto: una distinzione elementare indigesta, in MGL, 2012, p. 955; RIVERSO, Alla ricerca del fatto nel licenziamento disciplinare, in C.S.D.L.E "Massimo D'Antona", Il dibattito della riforma italiana sul mercato del lavoro, 22 novembre 2012. Per un'esauritiva ricostruzione di tutte le ipotesi interpretative in campo, v. BARBIERI, op. cit., p. 33 ss.

¹⁹ Cfr., ad es., Trib. Genova 11 aprile 2013, inedita, secondo cui nelle "altre ipotesi" (diverse da quelle previste dalla contrattazione collettiva) "il Giudice si riappropria del suo pieno potere di valutazione del fatto, potendo andare a verificare se l'inadempimento costituisce o meno giusta causa o giustificato motivo soggettivo". Ove pervenga ad un giudizio d'inesistenza della causale, dovrà applicare la tutela indennitaria.

o della legittimità dell'atto estintivo, ma solo ai fini dell'individuazione della sanzione (ed eventualmente per la determinazione del periodo di preavviso). Il giudice si limita a confermare il licenziamento per com'è stato intimato dal datore e a dichiarare risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data dell'intimazione, liquidando l'indennità dovuta. Così, la definizione delle nuove soglie economiche per il ristoro da corrispondere al lavoratore tende ad allontanare e sganciare il rimedio dalla verifica sulla fondatezza e sulla giustificazione del recesso.

L'operazione viene spiegata di solito con il sillogismo secondo cui il licenziamento sarebbe da ritenersi illegittimo, anche se la protezione accordata al lavoratore risulta circoscritta al solo ristoro economico²⁰. Ma, rovesciando il discorso, si potrebbe dire – in modo persino più coerente al nuovo dato testuale – che l'atto estintivo viene confermato dal giudice come legittimo sin dalla data dell'intimazione, benché produttivo di danni indennizzabili. In termini concettuali, l'esercizio del recesso sarebbe da inquadrare nella figura dell'atto lecito e dannoso.

L'intenzione del legislatore appare comunque abbastanza chiara: la “conferma” del licenziamento disposta ai sensi dell'art. 18, co. 5, St. lav. è destinata a sottrarre l'uso del potere datoriale al controllo del giudice e alla sua attività di qualificazione e/o ri-qualificazione giuridica. Tanto più che non avrebbe senso ipotizzare un'eventuale ri-qualificazione – che risponde al principio generale di conservazione dell'atto giuridico – se è vero che nell'ipotesi considerata è già stato stabilito a monte che il licenziamento dev'essere conservato, con tutti i suoi effetti tipici.

Questo paradigma di controllo – che limita l'intervento del giudice rispetto all'individuazione della fattispecie giuridica, ritenendolo evidentemente troppo discrezionale – potrebbe giocare anche a svantaggio del datore di lavoro, specie in relazione all'ipotesi del licenziamento di natura disciplinare. Nella misura in cui l'accertamento dell'insussistenza del fatto-presupposto, per come è stato “addotto” dalla parte recedente, consente di far scattare immediatamente la reintegrazione, escludendo la possibilità d'un intervento di ri-qualificazione in base ad una diversa (magari minore) fattispecie giuridica che reclama una correlata applicazione del principio di proporzionalità.

Così, per tentare un esempio semplice e didascalico: quando il contratto

²⁰ PERSIANI, *op. cit.*, p. 19.

collettivo preveda la massima sanzione espulsiva per la rissa all'interno dei luoghi di lavoro, mentre per il medesimo comportamento posto in essere all'esterno contempla la minore sanzione del licenziamento con preavviso²¹, la mancata (o insufficiente) prova delle circostanze fattuali relative all'ipotesi più grave non dovrebbe più ammettere, a rigore, la "conversione" della causale e la conservazione dell'atto estintivo, ma condurre direttamente all'applicazione della reintegra.

Allo stesso modo, la rigidità immessa nel procedimento giudiziale d'individuazione della causale potrebbe immediatamente determinare il ripristino del rapporto di lavoro quando non tutti i presupposti di fatto allegati dal datore, ma solo alcuni di questi, risultino pienamente provati e accertati in giudizio. Sinora, invece, la giurisprudenza ha ritenuto che l'insussistenza di taluni fatti contestati (o la mancata prova della loro sussistenza) non potesse precludere "di ritenere ugualmente giustificato il recesso, così sostituendosi al giudizio formulato dal datore". E ciò, in quanto i fatti posti alla base del recesso sono sempre "sottoposti al controllo del giudice indipendentemente da qualunque giudizio che il datore di lavoro possa avere eventualmente espresso" ai fini della sua volontà risolutiva²².

3. *La stabilità del rapporto di lavoro tra legislazione e giurisdizione*

La revisione del modello di controllo, che tende a vincolare il giudice del lavoro all'uso di automatismi procedurali, ha la sua giustificazione politico-normativa nell'esigenza di ridurre l'incertezza e, nondimeno, nella salvaguardia della capacità predittiva dell'impresa attraverso il calcolo anticipato dei costi connessi all'uso del potere di recesso²³. Non si tratterebbe, dunque,

²¹ Cfr., ad es., art. 10, Titolo VII, CCNL 20 gennaio 2008 per l'industria metalmeccanica privata.

²² Così Cass., sez. lav., 26 luglio 2010 n. 17514, che ha negato la tesi secondo cui l'accertata insussistenza di alcuni fatti addebitati e considerati gravi nella contestazione disciplinare "precluderebbe al giudice la possibilità di ritenere ugualmente giustificato il recesso, così sostituendosi al giudizio di proporzionalità formulato dal datore di lavoro".

²³ Cfr. in modo emblematico VIDIRI, *La riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 620, che richiama studi giuridico-sociologici sulla calcolabilità del diritto per permettere "a ciascun soggetto di un rapporto economico di valutare i vantaggi e gli svantaggi delle scelte da operare"; FERRARESI, *Il licenziamento per motivi oggettivi*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, 2012,

d'un contenimento del ruolo del giudice nelle controversie in materia di licenziamenti illegittimi, ma (solo) del contenimento dell'incertezza giuridica.

A poco serve discutere, tuttavia, se la riforma del 2012 abbia davvero diminuito o viceversa accresciuto il tasso d'incertezza nell'applicazione delle regole del licenziamento: le opinioni e le percezioni, com'è noto, sono molto diverse e variamente argomentate²⁴. A nessuno sfugge, in ogni caso, l'impatto potenziale sugli equilibri micro/macro della disciplina lavoristica e sulle sue prospettive di sviluppo. Nonostante si ritenga scontata la tesi del controllo di mera legittimità sull'esercizio dei poteri datoriali, è innegabile (e ormai di comune convinzione) che l'intervento giudiziale abbia sin qui inglobato – con maggiore o minore accentuazione – una valutazione di razionalità, di proporzionalità, di correttezza, sino ad arrivare in determinati momenti storici alla verifica sulla ragionevolezza e sul rispetto della parità di trattamento²⁵. La decisione aziendale – anche quando è di natura tecnico-organizzativa e di pertinenza esclusiva del datore di lavoro – comporta pur sempre una selezione tra opzioni diverse, e il ruolo del giudice non si arresta alla verifica dell'astratta conformità legale di tale scelta ma ne considera gli effetti e le conseguenze concrete.

Questa dimensione del controllo giudiziale, per la verità, non è del tutto compressa o scomparsa nella riforma del 2012, quanto piuttosto risulta “spostata” dal piano della (verifica di) legittimità del potere a quello dei rimedi

p. 261, secondo cui “il legislatore non ha inteso flessibilizzare il regime del licenziamento per motivi economici”, ma solo modificare il sistema sanzionatorio, per “una più facile previsione dei costi correlati al recesso”.

²⁴ Propendono decisamente per la tesi dell'accresciuta incertezza per effetto della riforma, ad es., Tosi, *L'improbabile equilibrio tra rigidità “in entrata” e flessibilità “in uscita” nella legge n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro*, in *ADL*, 2012, p. 831 ss.; VIDIRI, *op. cit.*, p. 617 ss., secondo il quale la riforma “rappresenta un significativo momento della costante e veloce corsa verso un diritto incerto e, pertanto, foriero di una ‘giurisprudenza anarchica’” (p. 620). Sui diversi risvolti del tema cfr. NADALET, *La certezza del diritto nella riforma del mercato del lavoro*, in *LD*, 2013, p. 59 ss.

²⁵ Come osserva FERRARO, *op. cit.*, p. 9 ss., “in alcune fasi storico-normative, e almeno con riferimento a alcuni istituti” lo stesso legislatore ha consentito al giudice di superare i limiti del controllo di legittimità e ammesso un'indagine di merito. Si spinge più oltre NUZZO, *op. cit.*, p. 5, secondo cui “dall'analisi delle pronunce giurisprudenziali in tema di recesso emerge la sensazione di una grande rilevanza (...) delle valutazioni soggettive del giudice-interprete. D'altronde nella verifica dei percorsi ermeneutici (...) non si può negare una certa schizofrenia metodologica ed una conseguente instabilità interpretativa”.

applicabili. Valutazione e ponderazione degli interessi coinvolti giocano, da un lato, in relazione alle caratteristiche soggettive (ad es., l'anzianità del lavoratore) e, dall'altro, con riguardo alla consistenza dell'attività economica e al numero dei dipendenti occupati; nonché – per citare testualmente – in considerazione “del comportamento e delle condizioni delle parti” (cfr. art. 18, co. 5, St. lav.), da leggersi probabilmente come riferimento alle condizioni materiali delle parti medesime.

In questa prospettiva potrebbe acquistare un significato compiuto anche l'improvvida e ambivalente sortita legislativa che riconosce al giudice la facoltà di applicare o meno la sanzione di tipo reale nel caso d'infondatezza totale del recesso per giustificato motivo oggettivo (art. 18, co. 7, St. lav.). Il senso politico che in prevalenza si attribuisce a tale disposto riguarda la marginalizzazione della reintegra nell'ambito del sistema sanzionatorio²⁶, mentre non è improbabile – se è consentito azzardare un'ulteriore decrittazione del testo – che il legislatore intendesse rivolgere al giudice un invito o un monito a spostare il suo giudizio in chiave di valore dalla fattispecie al rimedio da applicare.

Ciò significa, allora, che la ponderazione giudiziale degli interessi coinvolti, sebbene debba esplicitarsi entro parametri economici minimi e massimi, deve comunque realizzare una più stretta connessione tra il riconoscimento astratto del diritto individuale e la concretezza del bisogno, finendo per assumere una cifra o una finalità equitativa. Certo, resta un controllo equitativo esterno – di tipo compensativo – secondo indici estrinseci che lasciano intatta la libertà economica del datore di lavoro. In altre parole, si tratta d'un intervento giudiziale con una forte attitudine omeostatica, nulla a che vedere con l'ambizioso richiamo (contenuto nei principi-guida della l. 92/2012) all'idea di un'equità normativa che dovrebbe governare la redistribuzione delle tutele *in/out* nel mercato del lavoro.

La riforma del lavoro del 2012 introduce indubbiamente una disconti-

²⁶ Così VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., p. 59, secondo cui la sanzione reale richiederebbe un duplice vaglio giudiziale riferito alla manifesta insussistenza del motivo oggettivo e alla specifica motivazione circa il “ritenuto transito dal regime sanzionatorio normale a quello eccezionale”; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, p. 625; MARESCA, *op. cit.*, p. 442 ss., che concorda sulla tassatività delle ipotesi in cui opera la reintegra. *Contra* SANTORO PASSARELLI G., *Il licenziamento per giustificato motivo*, cit., p. 238, che “a dispetto dell'interpretazione letterale” ritiene vi sia l'obbligo del giudice di applicare la reintegra nell'ipotesi d'insussistenza del fatto alla base del recesso. Per l'incostituzionalità della previsione v. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, p. 90 ss.

nuità, un mutamento di paradigma che implica una diversa ripartizione di potere giuridico-sociale tra il legislatore, il giudice e l'impresa²⁷. Va detto semplicemente e nel modo meno enfatico possibile: è iniziata una fase cruciale per i diritti del lavoro, come del resto suggerisce la valenza simbolica intrinseca alla riscrittura dell'art. 18 St. lav.²⁸. Ma proprio perché nuova, non può attingere passivamente alla retorica del passato: come accade quando – questo è ancora un tema retorico classico – si insiste sull'eccessiva discrezionalità e sull'insicurezza generata dagli orientamenti giurisprudenziali; quando si paventa il rischio di protagonismo o di soggettivismo da parte del giudice, o più esplicitamente, si lamenta una neutralizzazione della ragione politico-legislativa a vantaggio di quella ermeneutico-valutativa.

C'è da ristabilire un codice di comunicazione tra legislazione e giurisprudizione, anziché rivendicare – secondo un'impostazione piuttosto diffusa – una più netta azione di regolamento dei reciproci confini. Sarebbe infatti un'opzione ben poco realistica e feconda, considerato che la giurisprudenza è da tempo partecipe del processo di produzione del diritto come fonte extra-legislativa, ma è ormai entrata – non solo di fatto – anche nel recinto proibito delle fonti ufficiali, quelle del diritto europeo prima ancora che del diritto nazionale²⁹.

La portata del fenomeno ha già innescato un percorso, molto controverso (e dibattuto tra teoria e cronaca giudiziaria), di assestamento del quadro democratico dei poteri costituzionali³⁰. Non occorre qui richiamare il filo

²⁷ Più radicale ROMAGNOLI, *La transizione infinita verso la flessibilità buona*, in *LD*, 2013, p. 155 ss., che ravvisa nel “massacro dell'art. 18” il passaggio obbligato verso la “conquista dell'egemonia culturale” della libertà dell'agire economico.

²⁸ Cfr. BALLESTRERO, *Habemus legem!*, in *questa Rivista*, 2012, p. 235, che ribadisce il significato della tutela reale in termini di “una conquista di civiltà (giuridica e non)”.

²⁹ Cfr. in argomento GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto*, *Lectio magistralis*, Università Suor Orsola Benincasa, Napoli, 20 dicembre 2007, www.unisob.na.it; LI-PARI, *Il ruolo del giudice*, cit., p. 479 ss. e, per una riclassificazione delle fonti “per effetto delle molte novità intervenute sul piano legislativo e costituzionale”, PIZZORUSSO, *Fonti del diritto*, 2° ed., Zanichelli, 2011, p. 139 ss. In una prospettiva teorico-generale cfr. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione*, in *Ars interpretandi*, XVI-2011, p. 19 ss., che sottolinea il ribaltamento del rapporto tra fonti e attività interpretativa, in quanto “sono gli stessi interpreti a stabilire attraverso l'interpretazione cosa sia fonte e a determinare di volta in volta il grado di preattività”.

³⁰ Il tema è ampiamente discusso in dottrina: cfr., ad es., AZZARITI, *Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell'Europa politica*, in *RDC*, 2009, p. 3 ss.; ID., *Brevi note sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in

intessuto da una riflessione, tanto ampia quanto trasversale rispetto ai diversi settori dell'ordinamento, che privilegia – si può ben dire, *bon gré mal gré* – l'integrazione reciproca e consapevole di entrambi i formanti (legislazione e giurisdizione)³¹, purché nel contesto di valori fondamentali e di scelte condivise. Ne consegue un'assunzione di responsabilità intrinsecamente politiche anche da parte della giurisprudenza – sul punto sembrano superate le maggiori resistenze – tenuto conto che lo stesso legislatore ricorre con sempre maggior frequenza a meccanismi di delega (esplicita o meno) e l'intervento della magistratura finisce per supplire a ritardi o vuoti regolativi e situazioni di blocco normativo. Davanti ai giudici stanno la molteplicità dei conflitti di valore che attendono soluzione, le istanze rappresentative da selezionare e da filtrare, le domande sociali da sistematizzare entro le categorie esistenti con metodi interpretativi trasparenti ed una corretta argomentazione logico-giuridica.

Oltre tutto, non si può negare che, quando la funzione giudiziaria assicura la compatibilità dell'agire privato con l'ordinamento giuridico e il complesso dei suoi principi fondativi, contribuisce a mantenere le condizioni di base della democrazia.

Abstract

L'autore ritiene che la principale innovazione della l. 92/2012 in materia di licenziamenti consista, non tanto nell'emarginazione della sanzione reintegratoria, ma piuttosto nella ristrutturazione del paradigma di controllo del giudice sui poteri imprenditoriali. Il ridimensionamento del sistema sanzionatorio di natura reale è già avvenuto in diversi ambiti del diritto del lavoro; in aggiunta, la riforma del 2012 sottrae al giudice del lavoro quote consistenti della sua prerogativa di qualificazione giuridica del licenziamento che è intrinseca al controllo di legalità del potere datoriale. Spetta al datore di lavoro, infatti, la scelta del tipo legale di recesso da intimare al lavoratore e, quando l'atto risolutivo risulti privo di giustificazione, viene confermato come le-

GHERA, PACE (a cura di), *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009, p. 147 ss.

³¹ Il dibattito è in corso da tempo nei diversi ambiti scientifici, specie con riguardo alla *global community of courts* e alla tutela dei diritti fondamentali: cfr., con diverse prospettive, CARTABIA, *La Corte costituzionale nella nuova età dei diritti*, in Il Mulino, 2013, 2, p. 364 ss.; RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, spec. p. 54 ss.; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, p. 22 ss.; LIPARI, *Giurisprudenza costituzionale e fonti del diritto*, in RTDPC, 2006, p. 1047 ss. Per il punto di vista giuslavorista cfr. CARUSO, *op. cit.*, spec. p. 255 ss.

gittimo *ab origine* benché produttivo di danni indennizzabili. La riforma del 2012 rispecchia una nuova, diversa distribuzione di potere giuridico-sociale tra il legislatore, il giudice e l'impresa ed apre una fase cruciale per i diritti del lavoro. Anziché proseguire nella linea politica della riduzione del ruolo giudiziale nei conflitti di lavoro, serve – secondo l'autore – la definizione d'un nuovo codice di comunicazione tra legislazione e giurisdizione che tenga conto dell'integrazione dei due formanti nella produzione delle regole del lavoro.

The Author assumes that the main innovation of law 92/2012 in the field of dismissals consists not only in the marginalitation of reinstatement sanction, but mostly in the restructuring of the court control paradigm about employer's powers. The downsizing of the real sanction system has already happened in several areas of labour law; in addition, the 2012 reform remove to employment tribunal large part of its prerogative about dismissals investigation and classification which are into the legal control of employer's power. In fact, it's up to the employer the choice of the statutory dismissal's type and, when the act is without justification, it is declared legitimate *ab origine* though productive of damage compensations. The reform of 2012 reflects a new, different distribution of legal and social power between the legislator, the court and the company and opens a crucial phase for labour rights. Rather than the policy of reducing the judicial role in labour disputes, it requires – according to the author – to define a new communication code between legislation and jurisdiction which takes into account the integration of the two formants in the labour rules.