

La Costituzione come argomento. Giudici del lavoro e “interpretazione costituzionalmente orientata”

di Pasqualino Albi

Sommario: 1. Una specie di introduzione. - 2. Le stesse cose ritornano. - 3. Inversione di rotta?

1. *Una specie di introduzione*

E un vero e proprio atto di sfida anche solo tentare di individuare in una ormai vasta e variegata esperienza giurisprudenziale il quadro delle ipotesi nelle quali l'argomento della Costituzione abbia guidato l'interpretazione dei giudici del lavoro ed orientato il difficile sentiero dell'applicazione.

Non è solo l'indagine su una così vasta congerie di fattispecie a disarmare le buone intenzioni di chi pure aspira a svolgere il ruolo di interprete, quanto piuttosto la convinzione (nell'auspicio che essa non sia una mera precomprensione) che il diritto del lavoro, nella sua dimensione in-veratasi nel diritto vivente, è la più approfondita declinazione dei principi costituzionali conosciuta dal diritto dei privati.

Molte sono le obiezioni che possono muoversi rispetto a tale ultima affermazione, anzitutto quella di genericità nell'evocazione dei principi, quando si è consapevoli che nel nostro caso essi hanno giocato un ruolo decisivo nella protezione di una parte del rapporto: il lavoratore subordinato. E dunque quanto meno improprio evocare i principi in una sorta di dimensione valoriale apparentemente generica ma nella sostanza monistica, posto che la lezione costituzionale sta tutta nella capacità di operare una valutazione comparativa di *rationes* funzionali che tendono naturalmente a contrapporsi e che, collocate nel cerchio superprimario, sono invece destinate a coesistere, a trovare un equilibrio che è affidato, pur in diversa misura, ai legislatori quanto ai giudici.

Invero – superandosi così l'obiezione appena formulata – la declinazione dei principi costituzionali nel diritto del lavoro può certamente

ricondersi alla ricerca di un siffatto equilibrio, che nel nostro caso trova forse le parole per dirlo (e per essere compreso) nella polivalenza (e nella polifunzionalità) dell'eguaglianza o, se si preferisce, nel complesso intreccio fra l'eguaglianza formale e l'eguaglianza sostanziale.

Se dunque si cerca una chiave di lettura per decifrare l'argomento della Costituzione nell'interpretazione dei giudici del lavoro, occorrerà affidarsi alla parola eguaglianza, alla sua naturale tensione ideologica, alla sua straordinaria forza evocativa, certo non immune da tentazioni valoriali monistiche ma che, osservate con il necessario distacco nel lungo fluire dell'applicazione, appaiono come trascurabili incidenti di percorso – oggetto talvolta di letture a caldo esasperanti ed inclini più alla polarizzazione che al pensiero riflessivo della dottrina – o come necessari snodi logici verso la ricerca di un nuovo equilibrio ermeneutico.

Con ogni probabilità i segni oggi più visibili dell'interpretazione costituzionalmente orientata non sono apparsi nell'immediatezza ma si sono rivelati a distanza di decenni.

Il giuslavorista che oggi sfogli il libro V del codice civile potrà accorgersi del lavoro silenzioso che si è compiuto sotto i nostri occhi, al punto che forse solo la lettura a voce alta di molte disposizioni ed alla presenza di un ascoltatore attento ai dettagli quanto disinteressato al diritto potrà rivelare l'abissale distanza che separa il testo normativo dalla sua interpretazione, le originarie intenzioni del codificatore – ormai ridotte a tracce verbali o a reperti di studio – ed il diritto vivente.

L'elaborazione giurisprudenziale su questo piano ha certo operato sul piano dell'interpretazione adeguatrice, attraverso una pluralità di tecniche, spesso fra loro combinate: dalla non casuale sottovalutazione linguistica di un termine o di una pluralità di termini, alla rilettura del significato di altri termini, dalla nuova collocazione sistematica di intere disposizioni alla ridefinizione della *ratio* di ampi frammenti del *corpus* normativo.

Molte di tali operazioni non sono avvenute affatto seguendo il percorso del giudice delle leggi, ma sono state avviate nell'*hortus conclusus* del giudizio ordinario; né può dirsi che tali operazioni siano sempre state esplicitate al punto da rendere necessario dedicarvi un significativo apporto argomentativo.

E non sono certo mancate le ipotesi in cui al fiorire di forti contrasti dottrinari sulla ricollocazione sistematica di una disposizione codicistica ha fatto da contraltare l'*aplomb* giurisprudenziale rispetto a quei contrasti e la pragmaticità delle soluzioni adottate in sede applicativa: è il caso, che assume valenza paradigmatica, dell'art. 2077 c.c. e dunque della ricerca di un fondamento dell'inderogabilità del contratto collettivo, coltivato su terreni diversi dalla giurisprudenza del lavoro e dalla dottrina.

2. *Le stesse cose ritornano*

Non è certo sul terreno di una dovuta interpretazione adeguatrice che i percorsi della giurisprudenza si rivelano interessanti – nel senso di problematici – per la dottrina.

Questo non impedisce di esprimere un senso di gratitudine per la mutazione genetica che la giurisprudenza del lavoro è riuscita ad imprimere al libro V del codice civile, nonché a quei frammenti della legislazione di epoca corporativa di cui fu decretata una difficile e controversa sopravvivenza.

Tuttavia è sui punti di tensione che attengono al principio di eguaglianza quale fondamento costituzionale del diritto del lavoro che invece può apprezzarsi l'utilità (nel senso di criticità da sciogliere e ricondurre a sistema) e l'attualità del discorso giurisprudenziale.

Ed in effetti in questo contributo sembrerebbe poco utile dimostrare che l'interpretazione costituzionalmente orientata dei giudici del lavoro si è fatta portatrice di un pur precario equilibrio nelle dinamiche interne al rapporto ed è riuscita nel complesso a scongiurare ogni tentazione monistica; non è infatti difficile mettere in luce che alla costruzione dell'onere di *repêchage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha fatto da contraltare l'ammissibilità delle eccezioni di *aliunde perceptum* e *percipiendum*, che in tema di tutela della professionalità del lavoratore la rigida reazione sul versante del danno da demansionamento va osservata in relazione alla sempre maggiore duttilità con cui viene ad essere definita l'equivalenza professionale o, ancora, che l'interesse alla conservazione del posto di lavoro ha reso possibili i c.d. patti di dequalificazione.

L'enucleazione di ipotesi in cui le tecniche argomentative utilizzate dai giudici del lavoro possono essere rappresentate come costituzionalmente orientate è sostanzialmente indefinita e, ci sembra, la giurisprudenza ha già detto tutto ciò che poteva dire, restituendo alla dottrina quegli interrogativi sistematici che quest'ultima ha il compito di sciogliere.

Vi è tuttavia un nodo critico che occorre almeno tentare di rappresentare: come il principio di eguaglianza viene introiettato nel rapporto, avuto riguardo all'effettività dei diritti del lavoratore.

La questione che si intende qui affrontare attiene dunque alle modalità con le quali l'eguaglianza è stata innestata dalla giurisprudenza nel tessuto del rapporto di lavoro e alle conseguenze che ne sono derivate sul piano dell'effettività dei diritti del lavoratore.

È quasi ovvio che l'indagine finisca per trovare il proprio epicentro nell'area della stabilità del rapporto di lavoro e delle connessioni di questa con il tema dell'effettività dei diritti del lavoratore nel rapporto.

In nome dell'eguaglianza, i giudici del lavoro hanno portato a compimento l'opera avviata dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 63 del 1966¹, individuando così l'epicentro dell'eguaglianza nella stabilità del rapporto di lavoro quale strumento per l'effettività dei diritti del lavoratore.

Sul punto è necessario ripercorrere, pur con pochi accenni, il quadro evolutivo della giurisprudenza.

Come è noto la Consulta con la sentenza sopra citata ha dichiarato l'illegittimità costituzionale degli artt. 2948 n. 4, 2955 n. 2, 2956 n. 1, c.c., nelle parti in cui lasciano decorrere il termine di prescrizione in co-stanza di rapporto: una soluzione questa che muove dall'art. 36 Cost., ed in ragione del regime di stabilità del rapporto di lavoro si articola nei seguenti principali snodi argomentativi: 1) la garanzia costituzionale non impone di per sé l'imprescrittibilità; 2) occorre distinguere il diritto primario alla retribuzione (imprescrittibile) e il diritto secondario al salario periodico (prescrittibile); 3) il lavoratore è ostacolato in fatto e non in diritto ad esercitare i propri diritti in quanto teme il licenziamento; 4) il termine di prescrizione non decorre dunque in costanza di rapporto (Pera 1995, p. 218).

L'argomentazione adottata da tale decisione sarà il fondamento delle sentenze successive, in base alle quali si affermerà la decorrenza in co-stanza di rapporto nell'ambito del lavoro nella pubblica amministrazione², del lavoro presso le casse di risparmio³ e, infine, nell'ambito dei rapporti di lavoro cui si applica l'art. 18 st. lav.⁴.

Con le sentenze nn. 40, 41, 42, 43, 44, 45 del 1979 la Corte costituzionale ha ribadito che il parametro per la decorrenza in costanza di rapporto rimane quello della stabilità, ma non nel senso dell'applicabilità o meno dell'art. 18 st. lav., quanto nel senso della valutazione, caso per caso, del grado di stabilità del rapporto di lavoro interessato⁵.

Questa impostazione si prestava ad essere utilizzata a doppi fini: ritenere stabile un rapporto cui non si applica l'art. 18 st. lav., ritenere instabile anche un rapporto cui si applica l'art. 18 st. lav. (Novella 2007, p. 569 ss.).

La soluzione adottata dalla giurisprudenza costituzionale ha posto senza dubbio la necessità di individuare i rapporti di lavoro stabili al fine

¹ In *FI*, 1966, I, c. 985.

² C. cost. n. 143/1969, in *MGL*, 1969, p. 391.

³ C. cost. n. 86/1971, in *MGL*, 1971, p. 120 per i tratti di stabilità di tali posti di lavoro.

⁴ C. cost. n. 174/1972, in *RGL*, 1973, II, p. 17.

⁵ V. C. cost. n. 40 del 1979 in *GC*, 1979, p. 338.

di individuare l'effettivo raggio di azione della decorrenza o meno della prescrizione in costanza di rapporto.

Come è noto, la giurisprudenza prevalente ha accolto una nozione forte di stabilità: «è stabile ogni rapporto che indipendentemente dal carattere pubblico o privato del datore di lavoro, subordini la legittimità e l'efficacia della risoluzione alla sussistenza di circostanze obiettive e predeterminate e, sul piano processuale, affidi al giudice il sindacato su tali circostanze e la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo»⁶.

In giurisprudenza è diffusa ed argomentata la convinzione che il presupposto della stabilità debba essere accertato in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto nel suo svolgimento e non alla stregua della qualificazione giudiziale *ex post* della fattispecie⁷. Rileva pertanto la configurazione del rapporto nel suo svolgimento e non l'effettiva disciplina garantistica che avrebbe dovuto regolarlo. I termini non decorrono quindi né in caso di rapporti di lavoro simulati, né in caso di rapporti di lavoro di fatto, né se i requisiti dimensionali per l'applicazione dell'art. 18 sono incerti e mutevoli⁸; ancora, è irrilevante che il rapporto si sia svolto a tempo indeterminato per un lungo periodo ed alle dipendenze di un datore di lavoro particolarmente qualificato per le sue finalità istituzionali e, come tale, idoneo a creare un clima sereno per il lavoratore⁹.

Non mancano precedenti che mostrano un maggior grado di elasticità, affermando che la stabilità non è necessariamente legata all'applicazione della tutela reintegratoria, ma è sufficiente che il lavoratore goda di garanzie di stabilità simili o equivalenti eventualmente anche pattuite *ad hoc*¹⁰.

Un profondo mutamento si profila per la decorrenza dei termini di prescrizione dopo la riforma dell'art. 18 st. lav. operata dalla l. n. 92/2012.

In dottrina si afferma, in prevalenza, che, con la riforma, la "rimozione integrale" degli effetti del licenziamento è ristretta alle sole situazioni di radicale nullità del negozio di recesso, escludendosi tale

⁶ Cass., s.u., 12 aprile 1976, in *FI*, 1976, I, p. 915; Cass. 20 giugno 1997, n. 5494, in *RIDL*, 1998, II, p. 165.

⁷ Cass., s.u., 28 marzo 2012, n. 4942, in *RFI*, 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1456; Cass., 19 gennaio 2011, n. 1147, in *OGI*, 2011, I, p. 470; Cass. 21 maggio 2007, n. 11736, in *RCDL*, 2007, p. 763; Cass. 23 aprile 2002, n. 5934, in *NGL*, 2002, p. 678.

⁸ Cass. 22 giugno 2004, n. 11644, in *RFI*, 2004, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1828; Cass. 23 gennaio 2009, n. 1717, in *RFI*, 2009, voce *Prescrizione e decadenza*, n. 34.

⁹ Cass. 19 settembre 2011, n. 17399, in *RGL*, 2012, II, p. 58.

¹⁰ Cass. 22 giugno 2006, n. 14461 in *NGL*, 2007, p. 141; Cass. 23 giugno 2003, n. 9968, in *RFI*, 2003, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1901.

carattere per la tutela esclusivamente indennitaria e, invero, anche per il regime di reintegrazione attenuata. Quest'ultimo infatti non è tecnicamente idoneo a rimuovere integralmente gli effetti del licenziamento, essendo la ricostruzione del rapporto, per il passato, limitata ad un risarcimento, di cui è fissata *a priori* la soglia massima, che prescinde dalla effettiva durata della rottura della continuità dell'occupazione (Mazzotta 2013b, p. 243; Vallebona 2012, p. 920). Ne deriva che il rapporto di lavoro ha perduto con la riforma del 2012 i rigorosi requisiti di stabilità prefigurati dalla giurisprudenza e dunque i termini di prescrizione dei crediti di lavoro – sulla base della regola fissata dalla Corte costituzionale nel lontano 1966 – sono destinati a non correre in costanza di rapporto.

Si registra peraltro un'opinione di segno contrario, secondo cui, pur ritenendosi prevalente la tutela economica su quella reintegratoria, le modifiche dell'art. 18 st. lav. possono continuare a tutelare il lavoratore in modo tale da consentire la decorrenza della prescrizione in costanza di rapporto di lavoro; egli si rende conto dell'incertezza in cui cadrà la giurisprudenza, per superare la quale si imporrebbe un intervento del legislatore (Maresca 2012).

Dal quadro descritto emergono alcuni degli elementi fondativi della stabilità del rapporto di lavoro ma, al tempo stesso, una ricostruzione che ha il grave difetto di rappresentare la debolezza contrattuale del lavoratore come preclusiva all'esercizio dei diritti in costanza di rapporto.

Viene così indicato un canale privilegiato che ha origini antiche e che è stato storicamente ricondotto alla radice del *metus* o a quella della minorata libertà – o, ancora, all'inferiorità – del lavoratore durante il rapporto.

Il riferimento è alla giurisprudenza maturata fin dagli anni '30 del secolo scorso nel vigore dell'art. 17 r.d.l. n. 1825 del 1924, che distingueva fra l'invalidità degli atti dispositivi in costanza di rapporto e la piena validità ove questi intervenissero dopo la cessazione del rapporto. Secondo tale orientamento, alla cessazione del rapporto di lavoro verrebbe meno lo stato di inferiorità che caratterizza la posizione del lavoratore durante il rapporto, quanto meno sul versante delle “minori remore” a rivendicare le “giuste spettanze” avendo ormai il lavoratore “perduto il posto di lavoro” (Novella 2009, p. 262; Voza 2007, p. 60 ss.)

Ora l'approccio critico che la dottrina contemporanea (per un quadro delle varie posizioni, Novella 2009, p. 262 ss.) dimostra verso tale orientamento giurisprudenziale, maturato in un quadro normativo profondamente diverso da quello attuale, non sembra irresistibile se l'obiettivo è quello di individuare una discontinuità storica.

Occorre prendere atto che, pur nel mutato contesto, la debolezza contrattuale del lavoratore viene identicamente riprodotta in una spirale inibitoria all'esercizio dei diritti in costanza di rapporto.

Questa innegabile constatazione – e dunque la percezione di una costante che attraversa quasi un secolo di storia – trova la sua spiegazione nella rappresentazione di un diritto del lavoro che, a fronte dell'inadempimento del datore di lavoro, non riesce a garantire al lavoratore pieno ed effettivo esercizio dei diritti nel rapporto di lavoro, finendo per imporre a quest'ultimo di far valere le proprie pretese dopo la cessazione del rapporto.

Questa impostazione trova dunque il proprio solido riferimento nella giurisprudenza costituzionale che ha stabilito che, nei rapporti non assistiti da stabilità, la prescrizione decorre dalla cessazione del rapporto e negli sviluppi successivi della giurisprudenza lavoristica.

Si tratta di una conclusione che esprime la chiara convinzione di una ineliminabile disegualianza delle parti nel rapporto di lavoro giacché al lavoratore sembra precluso ciò che è sempre possibile al creditore a fronte dell'inadempimento del debitore: poiché, ai sensi dell'art. 2935 c.c., la decorrenza della prescrizione indica il momento in cui "il diritto può essere fatto valere", se ne deve trarre la conseguenza che il lavoratore può esercitare i propri diritti solo quando il rapporto obbligatorio si è estinto.

Così le correnti dottrinarie e giurisprudenziali del diritto del lavoro post-costituzionale si snoderanno verso la protezione della debolezza del lavoratore in nome dell'eguaglianza, senza accorgersi che l'eguaglianza – acquisita, promessa, realizzata – è ben poco senza la libertà, una libertà che farà fatica ad affermarsi nel cuore del rapporto di lavoro subordinato, dovendo accettare la supremazia dei poteri del datore di lavoro e fare propria l'idea che, solo dopo la cessazione del rapporto, i diritti potranno trovare spazio per essere "esercitati" nell'ottica "secondaria" della pretesa risarcitoria.

Ed è sulla cessazione del rapporto che dunque l'intero discorso giuslavoristico sull'effettività dei diritti ha finito per ruotare: la disciplina limitativa dei licenziamenti è stata la chiave di volta per affermare, mediante i potenziali effetti derivanti dall'illegittimità del recesso datoriale, la forza dei diritti del lavoratore nel cuore di un rapporto in atto.

La forza del rimedio prefigurato dal legislatore contro il licenziamento illegittimo si è dunque riverberata sulla tenuta complessiva dei diritti del lavoratore da far valere dentro il rapporto: da ciò l'assunto se-condo cui in un rapporto assistito da stabilità reale il livello di effettività dei diritti del lavoratore raggiunge una più alta intensità, che invece si ri-

duce notevolmente – fino quasi a potersi dissolvere – nei rapporti assistiti da stabilità obbligatoria (in relazione ai quali non a caso la prescrizione dei crediti retributivi del lavoratore decorrono dalla cessazione del rapporto), ovvero soggetti a libera recedibilità (Napoli 2002, p. 11; Mazzotta 2007, p. 40; Tullini 2008, p. 438).

E, in questa prospettiva, una solida protezione contro il licenziamento è una sorta di “norma di chiusura del Diritto del lavoro” giacché, si aggiunge, la mancanza di una efficace regolamentazione contro il licenziamento illegittimo e «la minaccia di una possibile interruzione del rapporto a costi contenuti e senza obblighi ripristinatori del contratto, rendono di fatto inagibili molti diritti essenziali del lavoratore durante il rapporto» (Speziale 2012, p. 535; pur da una diversa angolazione, v. Valentini 2008, p. XIII).

Invero, pur considerate le maggiori garanzie offerte al lavoratore dall’ordinamento a fronte del licenziamento illegittimo nell’area di applicazione dell’art. 18 st. lav. rispetto a quelle prefigurate dall’art. 8, l. n. 604/1966, occorre prendere atto che l’effettività dei diritti del lavoratore nel rapporto in corso di esecuzione non è data – o non è (e forse non è mai stata) garantita – dalla stabilità reale, posto che l’erosione della norma inderogabile e l’estensione dell’area dismissiva dei diritti del lavoratore riguardano tutti i rapporti di lavoro, assistiti o meno dalla tutela reintegratoria.

Invero la sorprendente minor forza dell’assunto secondo cui il rimedio reintegratorio si riverbera sulla tenuta dei diritti del lavoratore nel rapporto può trovare la propria spiegazione nella progressiva opera di mitigazione cui il congegno prefigurato dall’art. 18 st. lav. è stato sottoposto dalla giurisprudenza (de Angelis 2012, p. 906 ss., partic. p. 910). E vale qui l’intuizione di Massimo D’Antona quando afferma che non è il caso di stupirsi se l’ordine di reintegrazione rimane sovente inascoltato: l’Autore aveva colto lucidamente le ragioni per le quali proprio tale tendenza non rappresentava uno scandalo in ragione di una cultura giuridica diffidente e circospetta di fronte ai problemi esecutivi delle condanne ad un fare o ad un non fare (D’Antona 1979, p. 2).

Dell’art. 18 st. [lav. si](#) è dunque progressivamente offerta una chiave di lettura mitigante, diretta ad addolcirne le asperità al punto che la giurista che più si era avvicinata all’epicentro del sisma reintegratorio (Ballestrero 1975) ha più recentemente messo in luce che la stabilità viene ormai osservata e declinata sempre meno come un valore e sempre più come un costo e dunque come un problema (Ballestrero 2007).

Mentre il giurista che aveva posto l’accento sulla metodologia rimediale nel diritto del lavoro si era avveduto, in tempi non sospetti – nei

quali ancora si celebrava con una certa fierezza la forza del rimedio statutario – che la reintegrazione non è in grado di ripristinare la funzionalità del rapporto (Ghera 1979, p. 317 ss.) e, a distanza di molti anni, è giunto alla conclusione che, anche nell'area attratta dall'art. 18 st. lav., i diritti relativi al rapporto di lavoro sono segnati da “una tutela di tipo debole” in cui tendono a prevalere «tecniche risarcitorie compensative della perdita del posto di lavoro» (Ghera 1992, p. 346; cfr. Romagnoli 1990, p. 527, secondo cui occorre «rassegnarsi all'idea che la stabilità del rapporto di lavoro garantita dall'ordine di reintegra è, più che altro, immaginaria»).

Ed invero la tutela reintegratoria ha finito per essere una sorta di “tutela iper-obbligatoria” (Carinci 2003, p. 39) o una “super tutela” obbligatoria (de Angelis 2001, p. 126), secondo una logica ed una prospettiva “monetarista”, che l'ha dunque «indebolita nella sua intrinseca forza attrattiva, rendendola ancor più esposta a critiche e riserve relative alla sua gestione ed applicazione processuale, estremamente incerta, defatigante, costosa» (Carinci 2003, p. 39).

Molti elementi cospirano dunque nella direzione di far ritenere non del tutto fondata l'assimilazione fra stabilità del rapporto di lavoro ed effettività dei diritti del lavoratore e non è un caso che, in una sorta di processo circolare viziato, la tendenza mitigante della tutela reintegratoria trovi la propria ultima ed autentica ragione in una cultura giuridica diffidente e sospettosa verso la centralità dell'adempimento degli obblighi del datore di lavoro nel cuore del rapporto obbligatorio.

Inoltre l'assimilazione tra stabilità del rapporto ed effettività dei diritti del lavoratore non affronta due fondamentali nodi critici.

In primo luogo l'effettività piena (o alta) dei diritti del lavoratore non può essere garantita solo nei rapporti di lavoro assistiti da stabilità reale, dovendo altrimenti assumersi un contrasto palese con il principio di eguaglianza: un conto è infatti differenziare la tutela contro i licenziamenti avuto riguardo ai requisiti dimensionali dell'organizzazione datoriale, come è storicamente avvenuto, altro conto è sostenere che i diritti del lavoratore nel rapporto debbano rispondere ad un diverso grado di intensità in ragione di diversi requisiti dimensionali dell'organizzazione datoriale: tale considerazione è fattuale e non giuridica, è una presa d'atto che tuttavia non indica un percorso ermeneutico soddisfacente.

In secondo luogo, considerata l'acquisizione, esplicitata dalla giurisprudenza costituzionale, secondo cui, come si metterà in rilievo oltre (§ 3), la reintegrazione non è costituzionalmente imposta, occorre fare i conti con l'ipotesi, tutt'altro che remota, che, per via normativa, si rea-

lizzi il superamento o l'eliminazione della tutela reintegratoria¹¹. Alla luce dell'assunto qui esaminato ne dovrebbe derivare la compromissione dell'effettività dei diritti dei lavoratori per quei rapporti cui siffatta tutela era originariamente applicabile: se così fosse l'intera storia del diritto del lavoro e la sua evoluzione futura dovrebbero essere affidate alle sorti della tutela reintegratoria contro i licenziamenti illegittimi. Tutela reintegratoria, che, dunque, invece di essere regola confermativa della trama giuslavoristica sull'effettività dei diritti, sarebbe una sorta di anomalia sistematica che, da sola, ha retto, come un ponteggio precario, l'intero impianto di garanzie dei diritti del lavoratore (e solo per i rapporti di lavoro attratti nel campo di applicazione dell'art. 18 st. lav.) e che, una volta rimossa dall'ordinamento, lo lascerebbe precipitare al suolo.

Occorre dunque prendere atto della debolezza e dell'ambiguità dell'assunto, secondo cui l'effettività dei diritti del lavoratore trova il proprio fondamento nella stabilità del rapporto di lavoro.

Queste considerazioni non hanno certo lo scopo di sminuire il senso ultimo della tutela reintegratoria ma, al contrario:

a) di prendere atto che il processo di indebolimento del terribile rimedio è il frutto di una accezione debole del rapporto di lavoro, che ha finito per contaminare di sé la *ratio* originaria della disposizione statutaria e che non ha mai fatto i conti con il diritto delle obbligazioni, preferendo invocare la supremazia dei poteri datoriali quale sostrato irriducibile di una diversità genetica del rapporto di lavoro dal rapporto obbligatorio in senso generale;

b) di mettere in luce che l'effettività alta o piena dei diritti del lavoratore nel rapporto di lavoro non può in alcun modo riguardare solo i rapporti assistiti da una tutela più energica contro i licenziamenti illegittimi, pur essendo evidente, anche solo per ragioni intuitive, che una siffatta tutela dà maggiore forza alla tutela dei diritti nel rapporto in corso di esecuzione e sol perché, parafrasando Mancini (Mancini 1975, p. 240), il poco è meglio del niente; tale rilievo non sembra tuttavia idoneo a soddisfare le *rationes* funzionali del discorso giuslavoristico sull'effettività dei diritti.

Non v'è dubbio che il legame stabilità del rapporto – garanzie dei diritti rappresenta una sorta di delicato equilibrio che si è costruito nel corso di una faticosa elaborazione che appartiene alla storicità del diritto del lavoro.

Vi è un modello che è venuto consolidandosi nell'esperienza storica (e dunque giurisprudenziale) degli ultimi cinquant'anni e che esprime, al tempo stesso, la debolezza del contratto e la forza della tutela del posto di lavoro, una forza proiettata, dunque, sull'estinzione del rapporto.

La critica che si intende muovere a questo modello, a condizioni invariate, può essere così rappresentata: è evidente che se della stabilità si vuole valorizzare la capacità di incidere beneficamente sulla tenuta dei diritti del lavoratore nel rapporto di lavoro se ne deve assumere la cifra contrattuale, essendo necessario operarne la riconduzione alla responsabilità per inadempimento delle obbligazioni: in tal senso la tutela reintegratoria è solo la conferma della pulsione del diritto delle obbligazioni verso l'adempimento degli obblighi, pulsione che non v'è ragione alcuna di negare nel rapporto di lavoro, quale che sia il sistema di tutele predisposto dal legislatore contro il licenziamento illegittimo.

Ben più complessa è invece la questione che attiene al mutamento del modello sopra descritto e, in particolare, all'ipotesi che la stabilità del rapporto di lavoro sia oggetto di un processo regressivo, finalizzato dunque al superamento o alla eliminazione della tutela reintegratoria.

La stabilità del rapporto di lavoro, come si è messo in luce, proprio nell'ambito del modello descritto, ha operato, con i grandi e profondi limiti sopra indicati, come presupposto dell'effettività dei diritti del lavoratore nell'attuazione del rapporto, un'effettività dimidiata, che evoca una sorta di specialità del diritto del lavoro alla cui base si colloca il compromesso sistematico fra debolezza contrattuale del lavoratore e tutela forte del posto di lavoro.

Ciò premesso, ove la stabilità del rapporto di lavoro fosse in varie guise superata e dunque eliminata o oggetto di un disegno normativo recessivo (Alessi 2004, p. 31) senza un complessivo ripensamento del sistema delle tutele giuslavoristiche o, come direbbe Mancini, «senza nulla sostituirvi» (Mancini 1975, p. 240), dovrebbe giungersi alla paradossale conclusione – proprio in ragione del modello giuslavoristico inveratosi nel diritto vivente – che i diritti del lavoratore siano destinati a perdere la propria effettività, percorrendo il piano inclinato del dissolvimento e della degradazione verso mere concessioni unilaterali del titolare dei poteri di supremazia.

Orbene, laddove la stabilità, proprio perché costituzionalmente non necessitata, scomparisse dall'orizzonte normativo aprendo le porte ad una sorta di ritorno alla libera recedibilità, si determinerebbe una profonda frattura sistematica nel diritto del lavoro, che riguarderebbe proprio il modello sopra descritto di cui sarebbe messa in chiaro risalto la parabola involutiva.

La ricomposizione di tale frattura presupporrebbe una radicale revisione del modello originario.

3. *Inversione di rotta?*

Quando si ricorda che la decisione della Corte Costituzionale n. 46/2000¹² afferma che l'art. 18 st. lav. è solo uno dei possibili paradigmi attuativi del diritto al lavoro, ci si dimentica di indicare – e come si potrebbe? – quali sono gli altri paradigmi: per la semplice ragione che questi non esistono nel nostro ordinamento.

Da qui deriva il sovraccarico funzionale dell'art. 18 st. lav., chiamato a supplire alle gravi carenze di un ordinamento che è riuscito a negare l'universalismo della protezione sociale scolpita nel suo Dna (Ales 2000, p. 38).

A ben poco sono serviti gli sforzi della dottrina di ridefinire la portata dell'art. 4 Cost. (Calcaterra 2008, p. 2) e allo stesso destino non si sottraggono i tentativi di avviare una riflessione su una rinnovata accezione di stabilità che sia in grado di coniugare flessibilità e sicurezza (De Simone 2010, p. 377 ss.; Izzi 2007, p. 327 ss.; Giubboni, 2011, p. 265 ss.): un'accezione che non riesce a sottrarsi alle intemperie del diritto dell'Unione europea, alle contraddizioni e alle ambiguità che lo attraversano e ai suoi più recenti sviluppi, caratterizzati da una «palese correzione in senso anti-sociale, con conseguente effetto corrosivo per i sistemi nazionali di diritto del lavoro» (Perulli 2011, p. 211).

Si tratta di sforzi e tentativi che hanno trovato di fronte a sé la chiusura radicale di un sistema giuridico propenso ad accogliere ed accreditare gli assunti indimostrati dell'analisi economica del diritto, piuttosto che a rimeditare sé stesso alla luce dei principi costituzionali.

Con ogni probabilità la riforma del 2012 (l. n. 92/2012) intuisce l'esigenza di una profonda rivisitazione del modello tradizionale ma non riesce a metterla a fuoco: la proclamata svolta dell'universalismo delle tutele non si è affatto inverata ed è forse la consapevolezza del difficile obiettivo che ha spinto il legislatore ad un compromesso (Treu 2012, p. 50) che si è tradotto in uno stallo ermeneutico.

Il punto di caduta finale dell'intero ragionamento è determinato dalla considerazione che lo stallo ermeneutico è destinato a tradursi in uno stallo sistematico: il modello storicamente determinato nel diritto vi-

¹² In *FI*, 2000, I, c. 1401.

vente sopravvive a se stesso, portando con sé i gravi limiti che abbiamo descritto, limiti che sono destinati ad accentuarsi, rendendo ancora più fragile l'effettività dei diritti del lavoratore nel rapporto.

Le considerazioni fin qui svolte non ci impediscono di intravedere un diverso percorso che deve muovere dalla distinzione fra *contratto* e *mercato* collocata in un contesto più ampio.

Sul primo versante occorre mettere in rilievo che la debolezza del contratto di lavoro può essere contrastata muovendo dal principio costituzionale di eguaglianza e attribuendo centralità alla pari dignità sociale.

La scelta del contratto come fonte del vincolo che lega il lavoratore ed il datore di lavoro trova una sua razionale giustificazione nell'eguaglianza davanti alla legge. Il principio di eguaglianza in senso formale indica una eguale libertà di tutti gli esseri umani (Rescigno 1999, p. 89 ss.).

Invocare l'accezione formale di eguaglianza per esprimere il legame fra persona e contratto di lavoro non significa ovviamente trascurare che l'eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.) è il fondamento stesso del diritto del lavoro. L'eguaglianza sostanziale infatti si dispiega nel rapporto di lavoro per rimuovere le differenze che limitano la libertà e l'eguaglianza e che impediscono il pieno sviluppo della persona umana (Mazzotta 2013a, p. 154).

Orbene non solo nel diritto del lavoro non vi è contraddizione fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale, ma esiste una via di comunicazione fra di esse: la "pari dignità sociale" enunciata nell'*incipit* dell'art. 3 Cost.

Nella pari dignità sociale si trova scolpito il legame fra eguaglianza e libertà quali presupposti per il pieno sviluppo della persona umana e viene posta una "cerniera" fra primo e secondo comma della citata disposizione costituzionale, fra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale (Ferrara 1974, p. 1087 ss.).

Nel contesto delineato deve condividersi la riflessione di chi mette in luce che «se si vuole davvero confermare ed anzi rilanciare il contratto alla base del diritto del lavoro occorre vedere con chiarezza che lo schema contrattuale utilizzabile non può essere ricondotto ad un (ipotetico) diritto dei contratti acontestualizzato» (Zoppoli 2011, p. 202) e che il ricorso alla fattispecie contrattuale deve essere «bilanciata dalla tutela della dignità sociale, che ancora richiede il ricorso in una certa misura alla norma inderogabile» (Zoppoli 2010, p. 70).

Sul secondo versante, e dunque oltre il rapporto di lavoro, invece non è sufficiente evocare il diritto al lavoro, ma occorre individuare altri referenti costituzionali di ridefinizione del sistema giuslavoristico.

Nel procedere in questa direzione è necessario operare in una prospettiva unificante, secondo distinzioni e non secondo fratture. E proprio la mancanza di un siffatta prospettiva che rende la riflessione sul diritto al lavoro espressione di una sorta di conflittualità pervasiva con il diritto del lavoro, come se il secondo fosse un sorta di ostacolo all'inveramento del primo, secondo sviluppi argomentativi che rivelano eccessiva genericità e contaminazioni ideologiche (Liso 2009, p. 150).

Il tratto unificante fra contratto e mercato può essere invece ricercato nella pari dignità sociale sancita dall'art. 3 Cost., del quale può intravedersi una chiara esplicitazione nell'art. 36, comma 1, Cost.

Quest'ultima disposizione, nell'individuare il carattere della sufficienza della retribuzione sottende, come la parte che indica il tutto, il diritto del lavoratore ad una esistenza libera e dignitosa che esprime, dunque, la pari dignità sociale nella trama lavoristica.

Tale diritto proietta la propria capacità di pretesa sia nella dimensione del contratto sia in quella del mercato: nel primo caso trova come propria controparte il datore di lavoro, nel secondo caso i pubblici poteri, collocandosi dunque in una dimensione esterna al vincolo contrattuale. Fra le due dimensioni non vi sono affatto barriere o separazioni ma forti legami al punto che può ipotizzarsi un assetto che privilegia la scelta di dare maggiore intensità alla prima dimensione anche su temi che potrebbero trovare una propria collocazione nella seconda.

Che nell'art. 36 Cost., comma 1, Cost., vi sia un tratto che eccede la dimensione contrattuale lo si desume dalle difficoltà di inquadramento che fin dall'inizio hanno accompagnato la riflessione sul parametro della sufficienza (Pera 1961, p. 416), al punto che «ha prevalso il criterio di proporzionalità e di adeguatezza della retribuzione in relazione alla causa di scambio, che ha assorbito quello della sufficienza, generalmente dato per scontato» (Montuschi 2009, p. 160; cfr. Liso 1998, p. 219; Ricci 2012).

Orbene, oltre le difficoltà dell'individuazione del parametro di sufficienza retributiva, non si colgono ostacoli a cogliere la trama del diritto ad una esistenza libera e dignitosa lungo quel ponte che collega gli artt. 3 e 36 Cost. (Montuschi 2009, p. 163), né ad ammettere, sulla scorta di una intuizione dogmatica maturata proprio nel solco dell'art. 36 Cost., che sia possibile distinguere fra protezioni di *status* e protezioni riconducibili esclusivamente al contratto (Zoppoli 2011, p. 201; Id. 1991, p. 279 ss.).

Sia nella dimensione del contratto che in quella del mercato si può dunque riconoscere l'esistenza del diritto della persona che lavora, o che aspira a lavorare, ad una esistenza libera e dignitosa.

Alla luce delle riflessioni condotte possiamo individuare due vasi comunicanti nei quali si colloca il diritto ad una esistenza libera e dignitosa:

nel rapporto obbligatorio, tale diritto rivendica spazi di libertà da ogni vincolo autoritario e di assoggettamento, e pretende l'attuazione degli obblighi che gravano sul datore di lavoro e dunque l'effettività dei diritti, senza alcun affievolimento o portata riduzionistica che discenda da improponibili supremazie dei poteri di una delle parti del rapporto; al tempo stesso tale diritto esprime la *ratio* solidaristica ampiamente conosciuta dal diritto del lavoro.

Quando invece si colloca oltre il rapporto di lavoro, tale diritto trova il proprio necessario referente nei pubblici poteri ed intende vivere nella dimensione del mercato, senza che da ciò derivi la pretesa di erodere la forte carica giuridica del rapporto secondo discutibili operazioni di scambio o di cessioni di sovranità dal diritto al mercato. Nel mercato, il diritto all'esistenza libera e dignitosa rivendica la propria natura universalistica e si fa portatore del diritto di lavorare come diritto della persona sociale, un diritto che non conosce le barriere degli aggettivi ma che è in grado di decifrare le esigenze di protezione sociale che hanno storicamente determinato il diritto del lavoro e la sua evoluzione in nome del lavoro subordinato, connotato dunque da una dipendenza che ha rivendicato libertà e preteso eguaglianza in egual misura.

Il diritto al lavoro, quale diritto sociale, è destinato ad operare come premessa necessaria (Nogler 2009, p. 437) del diritto ad una esistenza libera e dignitosa, che esprime dunque, nella dimensione dinamica, la libertà e la dignità della persona umana proiettata nel lavoro: sia nella dimensione del contratto sia nella dimensione esterna a questo.

Se si intendono ridisegnare i confini della stabilità del rapporto di lavoro, occorre muovere dalla duplice dimensione del diritto della persona che lavora o che aspira a lavorare ad una esistenza libera e dignitosa: il tema della stabilità del rapporto di lavoro presuppone dunque un complessivo ripensamento del modello giuslavoristico e non parziali interventi normativi.

I due vasi comunicanti presuppongono un sapiente dosaggio della linfa vitale del principio di eguaglianza, senza il quale ogni progetto di riforma è destinato ad assumere connotazioni eversive – un diritto del lavoro che abdica a ogni istanza protettiva in nome della libertà di impresa – o di mera conservazione dell'esistente – un diritto del lavoro insensibile al mutamento e che guarda allo specchio la propria immagine ormai sbiadita.

Riferimenti bibliografici

- Ales E. (2000), *La reintegrazione trent'anni dopo: un nuovo caso di archeologia giuridica*, in *DL*, p. 38.
- Alessi C. (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano: Giuffrè.
- Ballestrero M.V. (1975), *I licenziamenti*, Milano: Franco Angeli.
- Ballestrero M.V. (2007), *Il valore e il costo della stabilità*, in Ballestrero M.V. (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino: Giappichelli, p. 3 ss.
- Calcaterra L. (2008), *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it., n. 58/2008.
- Carinci F. (2003), *Discutendo intorno all'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, I, p. 39.
- D'Antona M. (1979), *La reintegrazione nel posto di lavoro – Art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, Padova: Cedam.
- de Angelis L. (2001), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e la tutela reae nel posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, in *RIDL*, I, p. 126.
- de Angelis L. (2012), *Efficienza ed effettività nelle recenti riforme della giustizia del lavoro*, in Nogler L., Corazza L. (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber Amicorum Marcello Pedrazzoli, Milano: Franco Angeli, p. 906.
- De Simone G. (2010), *Precarietà vs stabilità. Ma che genere di stabilità?*, in *LD*, p. 377.
- Ferrara G. (1974), *La pari dignità sociale (appunti per una ricostruzione)*, in *Scritti in onore di G. Chiarelli*, II, Milano: Giuffrè, p. 1087.
- Ghera E. (1979), *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *DLRI*, p. 317.
- Ghera E. (1992), *Le tecniche di tutela*, in Garilli A., Mazzamuto S. (a cura di), *Lo statuto dei lavoratori (1970-1990)*, Napoli: Jovene, p. 346.
- Giubboni S. (2011), *La protezione dei lavoratori non-standard nel diritto dell'unione europea*, in *RGL*, I, p. 265.
- Izzi D. (2007), *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, p. 327.
- Liso F. (1998), *Autonomia collettiva e occupazione*, in *DLRI*, p. 219.
- Liso F. (2009), *Il diritto al lavoro*, in *DLRI*, p. 150.
- Mancini G.F. (1975), *Commento all'art. 4*, in Branca G. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Bologna-Roma: Zanichelli-Foro italiano.
- Maresca A. (2012), *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 st. lav.*, in *RIDL*, I, p. 415.
- Mazzotta O. (2007), *La reintegrazione nel posto di lavoro: ideologie e tecniche della stabilità*, in Ballestrero M.V. (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Torino: Giappichelli, p. 40.
- Mazzotta O. (2013a), *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, in Iudica G., Zatti P. (a cura di), *Trattato di diritto privato*, V ed., Milano: Giuffrè.
- Mazzotta O. (2013b), *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 st. lav.*, in Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O. (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Torino: Giappichelli, p. 243.
- Montuschi L. (2009), *La Costituzione e i lavori*, in *RIDL*, I, p. 160.
- Napoli M. (2002), *I licenziamenti individuali. Elogio della stabilità*, in *QDLRI*, n. 26, p. 11.

- Nogler L. (2009), *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica fondata sul lavoro?*, in *DLRI*, p. 437.
- Novella M. (2007), *Le rinunce e le transazioni del lavoratore*, in Bessone M., *Trattato di diritto privato*, XXIV, *Il lavoro subordinato*, a cura di F. Carinci, t. III, *Il rapporto individuale di lavoro: estinzione e garanzie dei diritti*, coord. S. Mainardi, Torino: Giappichelli, p. 569.
- Novella M. (2009), *L'inderogabilità nel diritto del lavoro*, Milano: Giuffrè, 2009.
- Pera G. (1961), *La determinazione della retribuzione giusta e sufficiente ad opera del giudice*, in *MGL*, p. 416.
- Pera G. (1995), voce *Prescrizione nel diritto del lavoro*, in *DDP*, sez. comm, vol. XI, Torino: Utet, p. 218.
- Perulli A. (2011), *La nuova regolazione tra effettività e sostenibilità*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, I, Napoli: Jovene, p. 211.
- Rescigno G.U. (1999), *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana*, in *Principio di eguaglianza e principio di legalità nella pluralità degli ordinamenti giuridici*, Padova: Cedam, p. 89.
- Ricci G. (2012), *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, Torino: Giappichelli.
- Romagnoli U. (1990), *Piccole imprese e grandi traumi*, in *LD*, p. 527.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale fra diritto ed economia*, in *RIDL*, I, p. 535.
- Treu T. (2012), *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".it, n. 155/2012.
- Tullini P. (2008), *Indisponibilità dei diritti dei lavoratori: dalla tecnica al principio e ritorno*, in *DLRI*, p. 438.
- Valentini V. (2008), *Licenziamento e reintegrazione*, Torino: Giappichelli.
- Vallebona A. (2012), *Istituzioni di diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro*, Padova: Cedam.
- Voza R. (2007), *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, Cacucci.
- Zoppoli L. (1991), *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli: Esi, 1991.
- Zoppoli L. (2010), *Le rughe dello Statuto e le maschere del futuro*, in *LD*, p. 70.
- Zoppoli L. (2011), *Contratto, contrattualizzazione, contrattualismo: la marcia indietro del diritto del lavoro*, in *RIDL*, I, p. 202.