

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 5 - dicembre 2011

SICUREZZA, LIBERTÀ E DIGNITÀ
NEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

Federico Siotto

SICUREZZA, LIBERTÀ E DIGNITÀ NEL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE*

Federico Siotto

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
nell'Università di Siena*

Il tema classico del licenziamento individuale costituisce oggetto della presente analisi giuridica attraverso la relazione tra norme/principi costituzionali e rapporti interpretati. Nel conflitto tra potere organizzativo dell'imprenditore e interesse del lavoratore all'integrità della condizione di occupato, il controllo giudiziale può avere un ruolo fondamentale mediante la cosiddetta reintegrazione nel posto di lavoro o tramite forme di tutela idonee ad impedire che l'attività economica produca un «danno» alla sfera personale dei soggetti coinvolti nel processo produttivo. Il contributo si propone di verificare se, sul piano teorico e giurisprudenziale, data la rilevanza e legittimità della libera iniziativa economica, il secondo precetto contenuto nel capoverso dell'art.41 Cost., possa considerarsi norma giustificativa non solo della tutela reintegratoria del posto di lavoro ma di un più generale controllo giudiziale sulla attività di impresa.

This paper focuses on the classic issue of individual dismissal in terms of the relationship between constitutional principles and

* Nella stesura definitiva del testo non è stato possibile esaminare la specifica disposizione legislativa (*rectius* governativa, la c.d. Manovra *bis*) (art.8, c.2, lett. *e*), d.l. 13.8.2011, n.138, conv. con modif. in l. 14.9.2011, n.148), grazie alla quale si è introdotta la possibilità, per la contrattazione collettiva aziendale o territoriale, di modificare la disciplina legale sulle «conseguenze del recesso», determinando potenziali e pericolose interferenze con la norma cardine sul regime sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo, il famigerato art.18 dello st. lav. Il deciso intervento di tipo *regulatory* è apparso da subito in contrasto con l'*inscriptio* dell'articolo di carattere *auxiliary* o *promoting* («Sostegno contrattazione collettiva di prossimità») e ha trovato la ferma opposizione delle parti sociali, che con l'Accordo Interconfederale del 28.6.2011, firmato unitariamente e definitivamente dalle maggiori organizzazioni datoriali e sindacali il 21.09.2011, hanno deciso di non dare seguito alla facoltà attribuita dall'art.8.

contract law. The balance between the employer's power and the worker's interest in keeping his job is regulated by judicial decisions, which is done under two sets of laws: those covering reinstatement and measures protecting employees against personal 'damage' during the production process. Both by following a normative approach and by examining case law, the essay aims to determine whether the second part of paragraph two of Article 41 of the Constitution could be interpreted as a key rule to justify reinstatement and judicial control of the exercise of economic freedom.

Sommario

1. Il fondamento del potere di licenziare: una sfida per il giuslavorista
2. La garanzia della personalità del lavoratore al e nel rapporto di lavoro
3. Il licenziamento come negozio causale
4. Dall'autonomia contrattuale all'art. 41 della Costituzione
5. La misura e la funzione dei diritti della personalità
6. Tutela preventiva del «danno» e controllo giudiziale sull'attività di impresa

1. Il fondamento del potere di licenziare: una sfida per il giuslavorista

Il punto di inizio di questa riflessione è costituito da una delle più belle sfide per il giurista del lavoro, la ricerca del fondamento del potere di licenziare. Il percorso si articola su più livelli di osservazione e, nello specifico, affronta tre grandi nuclei di discussione tra loro strettamente connessi.

Il primo concerne le interazioni tra la categoria classica del recesso del datore di lavoro nel rapporto a tempo indeterminato e la chiave interpretativa di matrice costituzionale costituita dalla garanzia della personalità del prestatore *alla e nella* relazione di lavoro. Il secondo nucleo attiene al tentativo di individuare, tra le infrastrutture e gli snodi del diritto civile, quelle regole necessarie per inquadrare l'istituto del licenziamento individuale nel novero dei negozi causali, con la finalità di correggere, alla luce delle norme costituzionali, l'impiego arbitrario dello strumento che risolve il legame lavorativo. Infine, il terzo si concentra sul ruolo del controllo giudiziale nel conflitto/bilanciamento tra potere organizzativo dell'imprenditore e interesse del lavoratore all'integrità della condizione di occupato.

Il contributo si propone di verificare se, sul piano teorico e giurisprudenziale, data la rilevanza e legittimità della libera iniziativa economica, il secondo precetto contenuto nel capoverso dell'art.41 Cost., possa considerarsi norma giustificativa non solo della tutela reintegratoria del posto di lavoro ma di un più ragionevole controllo giudiziario sulla attività di impresa. Del resto l'organizzazione del processo produttivo trova valido fondamento nell'autonomia contrattuale che è lo strumento giuridico fondamentale per la definizione dei rapporti con i lavoratori, ma egualmente trova un significativo limite nella clausola di garanzia costituzionale dei valori personalistici (libertà, dignità e sicurezza), la quale, oltre ad autorizzare il legislatore a prevedere forme di tutela preventiva del «danno», può rappresentare un valido parametro di riferimento giudiziario per risolvere la dialettica tra soggetti implicati nel processo produttivo.

Le tradizionali strumentazioni fornite dall'ordinamento giuridico hanno consentito di assimilare lo schema del recesso

nel rapporto di lavoro alla fattispecie regolamentata dall'art. 1373 c.c.¹, la quale configura il mezzo tipico con cui – anche nei contratti di durata come quello di lavoro subordinato – ciascuna parte può determinare la cessazione del vincolo contrattuale (comma 2). Il richiamo sistematico operato dall'art. 2118, rubricato recesso dal contratto a tempo indeterminato, ma anche dall'art. 2119, dedicato al recesso per giusta causa, ha contribuito a disegnare un principio di simmetria tra licenziamento e dimissioni. Infatti, la formula utilizzata («ciascuno dei contraenti») ha legalizzato la prevalenza economica del datore di lavoro², rendendo la «licenza di licenziare»³ una sorta di diritto potestativo⁴ il cui esercizio ha

¹ CARNELUTTI, *Del licenziamento nella locazione d'opera a tempo indeterminato*, in *Riv. dir. civ.*, 1911, I, 389 ss.; BARASSI, *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano, 1901, 919, secondo cui il recesso è la «rivocazione del contratto per pura e semplice volontà di una delle parti»; MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione della fattispecie. Il recesso ordinario*, vol. I, Milano, 1962, 205 ss.; ID., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Il recesso straordinario*, vol. II, Milano, 1965, 45 ss. Secondo l'analisi proposta da questo autore la separazione tra la disciplina del recesso con preavviso e quella del recesso senza preavviso dovrebbe essere ricondotta alla distinzione concettuale tra volontà dotata in quanto tale di efficacia estintiva (recesso ordinario) e volontà dotata di efficacia estintiva solo in presenza di eventi esterni ad essa (recesso straordinario). Nonostante tale impianto sia stato superato dall'evoluzione della legislazione speciale (cfr. lo stesso MANCINI, *sub art.18*, in GHEZZI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, MANCINI, *Statuto dei lavoratori*, in *Commentario al codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Roma, 1972, spec. 256), la configurazione del recesso straordinario come limite all'autonomia privata che si estrinseca nel potere di recedere in via ordinaria, si è sovrapposta all'idea di negozio giuridico contrassegnato da limiti esterni e a carattere pubblicistico posti dalla Costituzione all'agire discrezionale dei soggetti privati.

² GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 37-38, secondo cui la regola del recesso *ad nutum*, fondata su di una parità formale dei contraenti e non anche sostanziale «legalizzava, rafforzandola, la prevalenza del datore di lavoro (...) l'attribuzione da parte della legge di un potere di licenziare in qualsiasi momento, e per qualsiasi motivo, poteva tradurre la subordinazione economica del prestatore di lavoro in una completa soggezione personale».

(³) GHEZZI, ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, III ed., Bologna, 1995, 325 ss.

(⁴) SANTORO-PASSARELLI F., *Nozioni di diritto del lavoro*, XXXV ed., Napoli, 1987, 252 e 264; BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, vol. I, Torino, 1987, pp. 335-336 e pp. 369-370; *Contra* la configurazione come diritto potestativo, MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, 13-14; NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007,

permesso al soggetto recedente – attraverso atto unilaterale a contenuto patrimoniale (art.1324 c.c.) e recettizio (artt.1334⁵ e 1335⁶ c.c.) – di determinare liberamente il momento estintivo degli effetti del contratto di lavoro senza termine⁷. Per lungo tempo, conseguenza rilevante di un simile modo di disporre della norma è stata la preclusione del controllo da parte del giudice sull'uso del potere di recesso⁸.

616-617 e 657, secondo cui è più corretto parlare di un «potere formativo sostanziale (stragiudiziale) di porre fine al rapporto», inteso come potere *causale* di recesso «che consiste nella possibilità di attribuire rilevanza – se del caso in modo “procedimentalizzato” – a precisi fatti (la giusta causa e il giustificato motivo) al fine di provocare l'estinzione del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato».

⁵ *Ex multis*, Cass., sez. lav., 1 settembre 2006, n. 18911, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2006, 1219, con nota di PERONE, *Un discutibile caso di «apparenza del diritto» in danno del lavoratore: il licenziamento «soggettivamente legittimo»*, secondo cui il licenziamento, quale negozio unilaterale recettizio, è assoggettato alla norma dell'art. 1334 c.c. e pertanto produce effetto nel momento in cui il lavoratore riceve l'intimazione da parte del datore di lavoro, con la conseguenza che la verifica e le condizioni che legittimano l'esercizio del potere di recesso deve essere compiuta con riferimento al momento in cui detto negozio unilaterale si è perfezionato.

⁶ Cass., sez. lav., 18 settembre 2009, n. 20272, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 349, con nota di COMANDÈ, *Prima di tutto l'ambiente di lavoro: giusta causa di licenziamento per i «molestatori»*, dove in tema di consegna dell'atto di licenziamento nell'ambito del luogo di lavoro, il rifiuto del destinatario di riceverlo non esclude che la comunicazione debba ritenersi regolarmente avvenuta, trattandosi di un atto unilaterale recettizio che non sfugge al principio generale per cui il rifiuto della prestazione da parte del destinatario non può risolversi a danno dell'obbligato, ed alla regola della presunzione di conoscenza dell'atto desumibile dall'art. 1335 c.c. In senso conforme Cass., sez. lav., 3 novembre 2008, n. 26390, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 570, con nota di BORZAGA, *I recenti orientamenti della Cassazione con riguardo alla regolarità della comunicazione degli addebiti disciplinari e alla legittimità del licenziamento conseguentemente irrogato*; T. Trapani, 20 giugno 2008, in *Giur. mer.*, 2008, 11, 2850.

⁷ La dottrina attribuisce all'atto unilaterale il carattere dell'irretroattività, dal momento che «l'effetto estintivo collegato alla sua comunicazione non può che prodursi successivamente alla manifestazione di volontà, essendo questa un'ovvia implicazione della *irripetibilità* delle energie lavorative spese», così MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, II ed., Milano, 2005, 624-625.

⁸ NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 15.

Come noto, l'impostazione codicistica delineata con il cd. recesso *ad nutum* (art. 2118 c.c.)⁹, che subordina la legittimità dell'atto alla sola concessione di un congruo preavviso all'altra parte, conserva ormai una funzione residuale tra le forme di risoluzione del contratto messe in atto dal datore di lavoro, in quanto una serie di interventi legislativi in materia (l. n.604/1966; l. n.300/1970; l. n.108/1990) hanno sottoposto il potere del datore di lavoro (imprenditore e non) a limitazioni di carattere formale e sostanziale. La revisione dell'assetto codicistico è stata indirizzata a rendere effettivamente paritaria la posizione delle parti di fronte all'esercizio del potere risolutivo del rapporto¹⁰ e a ridimensionare l'astrattezza del negozio di recesso così congegnato¹¹. Del resto, già prima delle modifiche legislative, la dottrina più attenta¹² aveva messo in luce la crisi del principio di eguaglianza formale tra le parti in ordine all'estinzione per recesso ordinario, evidenziando altresì la

⁹ Mirabili rimangono le considerazioni sull'art. 2118 c.c. di NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso ad nutum dell'imprenditore*, in *Riv. giur. lav.*, 1954, I, 281 ss. ora in ID., *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 1055 ss.

¹⁰ A riprova di ciò, si veda l'orientamento giurisprudenziale indirizzato a far sì che il datore di lavoro, comunque, debba improntare la sua azione alle regole di correttezza, in base agli artt. 1175 e 1375 c.c., che devono sempre regolare i rapporti tra le parti di un contratto. Di recente, Cass., sez. lav., 28 marzo 2011, n. 7046, in www.guidaaldiritto.ilsole24ore.com; per indirizzi più risalenti, Cass., sez. lav., 22 ottobre 1998, n. 10514, in *Foro it.*, 1999, I, 1891, con nota di FABIANI, *Sindacato delta Corte di cassazione sulle norme elastiche e giusta causa di licenziamento*; Cass., sez. lav., 22 aprile 2000, n. 5299, in *Foro it.*, 2003, I, 1847, con nota di FABIANI, *Orientamenti della Cassazione sul controllo delle clausole generali, con particolare riguardo alla giusta causa di licenziamento*. Così anche GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, VI ed., Napoli, 1996, 967, che ricorda come si discuta se, pur in assenza di previsione legale o pattizia, sia sempre possibile recedere, previo congruo preavviso, da un contratto a tempo indeterminato – a causa della necessaria temporaneità dei vincoli obbligatori – ma nel rispetto del limite della buona fede *ex art. 1375 c.c.*

¹¹ Per una configurazione in termini di negozio astratto o a-causale, si veda la posizione risalente di ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, 38 e 153 ss.; più di recente, NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 16-17. Si veda Cass., Sez. Un., 2 agosto 2002, n.11633, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 27, con nota di MANNACIO, *Recesso in periodo di prova e assunzione obbligatoria*.

¹² GIUGNI, *Verso il tramonto del recesso ad nutum dell'imprenditore. La disciplina interconfederale dei licenziamenti nell'industria*, in *Riv. dir. lav.*, 1953, I, 201 ss.

diversa importanza che la temporaneità dei vincoli obbligatori riveste per i soggetti: «se, infatti, per il lavoratore subordinato (...) la perpetuità del rapporto implica una penetrante compressione della libertà individuale, per gli opposti contraenti un vincolo obbligatorio nel tempo si risolve tutt'al più in un impaccio, in una remora posta alla libertà di iniziativa economica intrinseca alla loro condizione di imprenditori. (...) Quel che del contraente viene messo a repentaglio, in altre parole, è, da un lato, la persona (...), dall'altro, il patrimonio»¹⁵. L'idea è stata, però, sottoposta a critica da chi ha sostenuto che, nel difficile equilibrio tra *ratio* evolutiva dell'istituto e tecnica tradizionale codicistica, il tentativo di dare dignità ad un principio generale di *favor* per il debitore della prestazione rischia di essere fuorviante in quanto legittima la contestazione giudiziale sul potere risolutivo «soltanto se esercitato dal lato del soggetto titolare dell'organismo di lavoro»¹⁴. Il rilievo può apparire condivisibile, in linea teorica, laddove si paventi un'alterazione funzionale dell'obbligazione, intesa come modello per essenza paritario, ma sembra trascurare che «i debitori della normativa del codice sono di regola gli operatori economici e i creditori spesso sono i prestatori di lavoro subordinato»¹⁵. La diversità di valore che le parti assegnano al rapporto, specie per quel che riguarda il lavoro subordinato, opera su livelli diversi che attengono sia alla «penuria di lavoro» nel mercato¹⁶, sia alla difficoltà per il

¹⁵ MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione*, cit., 338. Impostazione accolta da GHERA, *Diritto del lavoro*, XVI ed., Bari, 2003, 345, secondo cui «collocare, dunque, i due contraenti del contratto di lavoro sullo stesso piano, ovvero differenziare le loro posizioni, sottoponendo il potere di recesso del datore di lavoro a limitazioni, rappresenta una scelta del legislatore, finalizzata alla realizzazione di precise opzioni di politica del diritto».

¹⁴ GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione: riflessioni storico-critiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 6.

¹⁵ RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXIX, Milano, 1979, 176; BRECCIA, *Le obbligazioni*, Milano, 1991, 5.

¹⁶ Questo concetto è alla base della cd. «coscienza della scarsità» del lavoratore salariato, espresso da PERLMAN, *A Theory of Labour Movement*, New York, 1949, 237, tr. it., GIUGNI (a cura di), *Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, Firenze, 1956, e *Per una teoria dell'azione sindacale*, Roma, 1980, 221; GIUGNI, *Introduzione alla tr. it., Ideologia e pratica dell'azione sindacale*, cit., 19, 22-24.

prestatore di far valere i propri diritti, derivanti dal contratto o dalla legge, per paura di perdere l'impiego¹⁷.

Ad onor del vero anche tali argomentazioni critiche verso l'incondizionata recedibilità *ex parte creditoris* (datore di lavoro) sono state oggetto di puntuali obiezioni¹⁸ riassumibili nella carenza di omogeneità giustificativa, atteso che il piano formale delle differenti situazioni giuridiche protette rispetto all'estinzione del vincolo contrattuale¹⁹ e il versante concreto dell'appartenenza del lavoratore, *capite deminutus*, ad un «gruppo di scarsità», risultano connotati da un palese vizio di contraddittorietà: il lavoratore è contemporaneamente rappresentato come soggetto libero di recedere e come contraente sottoprotetto e succube dell'altrui illimitato potere di recesso. Tale presupposto di disparità economica fra le parti di un rapporto obbligatorio non è esclusivo e tipico del contratto di lavoro, essendovi numerose altre fattispecie in cui la posizione di un contraente, in quanto più debole, è considerata meritevole di tutela dall'ordinamento²⁰. In ciò si coglie la specificità di determinati rapporti obbligatori in cui un soggetto è direttamente implicato nell'adempimento della prestazione²¹. La tipizzazione *ex art. 2094 c.c.* di una formula contrattuale "sbilanciata" è compensata da misure di limitazione al potere di supremazia di una parte, anch'esso riconosciuto dalle disposizioni del codice civile (artt. 2086²² e 2104, comma 2²³ c.c.). In linea con tale

¹⁷ Entrambi i motivi sono ben rappresentati da MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione*, cit., 339.

¹⁸ GRANDI, *Licenziamento e reintegrazione*, cit., 7.

¹⁹ MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.e.c.a.*, Lussemburgo, 1958, 232.

²⁰ MAZZOTTA, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, 42: «il diritto del lavoro ed il diritto privato crescono insieme ed insieme sviluppano antidoti, correttivi, riletture se non vere e proprie rifondazioni delle proprie branche specifiche, che sembrano in qualche momento orientare verso l'elaborazione di una sorta di «diritto comune», nel cui ambito concetti e principi dell'uno e dell'altro sembrano mutuamente interscambiabili».

²¹ SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1967, 336, il quale, andando oltre l'idea di *favor praestatoris*, vede nell'intervento della legge il riconoscimento del valore primario della persona del lavoratore.

²² ROMAGNOLI, *Per una rilettura dell'art. 2086 c.c.*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, 1048. Dello stesso ROMAGNOLI, in chiave storica si veda *Autorità e democrazia in azienda*, in *Pol. Dir.*, 1971, 531 ss.

condizione, nel caso della figura del recesso legale, con riferimento al licenziamento nel contratto di lavoro subordinato, si assegna al potere datoriale un connotato specifico di deroga all'ordinario consenso delle parti per la costituzione, la modifica e l'estinzione di rapporti obbligatori (art. 1372 c.c.).

2. La garanzia della personalità del lavoratore *al* e *nel* rapporto di lavoro

La disciplina giuridica del licenziamento, infatti, si segnala per una peculiarità: la sospensione del campo di operatività della stretta logica di scambio. La configurazione teorica del recesso, costruita su rilievi formali, quali la manifestazione di volontà diretta alla cessazione del vincolo contrattuale e l'eventuale presenza di un elemento esterno (giustificato motivo/giusta causa)²⁴, incarna la classica visione "neutrale" delle relazioni di lavoro. Il sistema delle norme sull'estinzione del rapporto di lavoro subordinato²⁵ non sembra essere adeguatamente

²³ GRANDI, *Riflessioni sul dovere d'obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Arg. dir. lav.*, 2004, 725.

²⁴ Si discute se il recesso possa rimanere al di fuori della disciplina contrattuale, configurandosi conseguentemente come autonoma causa estintiva (MANCINI, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro. Individuazione*, cit., 210), o se, invece, possa essere concepito come forma di espressione della *voluntas* dei contraenti, (solo) da essi, pertanto, disciplinata (GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, 122-125).

²⁵ MAZZIOTTI, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO, vol. 15, t.1, II ed., Torino, 2004, 467-468: «La cessazione del rapporto di lavoro, come di ogni altro rapporto obbligatorio, può essere satisfattiva, o estinzione in senso proprio, quando il rapporto si estingue con piena realizzazione dello scopo contrattuale; o risolutiva, quando l'estinzione del rapporto avviene prima che lo scopo contrattuale sia stato realizzato», ricalcando una distinzione operata da GRECO, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, 374. In dottrina, però, non vi è concordia su questa bipartizione, cfr. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di «lavoro subordinato»*, in DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1995, 1041. Peraltro, è opportuno segnalare che dopo l'affermata equipollenza, sul piano delle impugnazioni, del termine finale apposto al contratto e del licenziamento (art. 32, comma 3, lett. a) l. n.183/2010), pur rimanendo distinti sul piano formale, il recesso del datore di lavoro e la cessazione temporale della prestazione sembrano essere coincidenti sul piano sostanziale in quanto vicende estintive degne di parità normativa

rappresentato da uno schema di recesso così disegnato, perché il semplice esercizio del potere organizzativo del datore diviene il presupposto di fatto per l'applicazione dell'istituto, in modo indipendente rispetto ai correttivi contrattuali²⁶ e legislativi²⁷. Un approccio che rimanga nel solco del diritto dei contratti consente di osservare il potere di recesso non più «come potere originario rientrante nella sfera dell'*agere licere* del soggetto datore, ma come potere al medesimo derivante da una specifica norma di legge»²⁸, subordinandone le modalità di attuazione al rispetto di altri limiti, posti a salvaguardia di un'autentica corrispettività delle prestazioni²⁹. Del resto il licenziamento «è una vicenda che fa parte della dinamica dei rapporti di lavoro nell'impresa e i rimedi al licenziamento ingiusto debbono conseguentemente inserirsi in quella stessa dinamica, non espropriando il datore di lavoro dei suoi poteri (...), ma *condizionando* nel modo più energico le sue decisioni»³⁰.

I tentativi messi in campo, fin dagli anni '50, da una parte della dottrina³¹ al fine di superare il modello del licenziamento *ad*

²⁶ Limiti al potere di licenziare furono introdotti tramite la contrattazione collettiva, a partire dall'accordo interconfederale del 1947, successivamente con gli accordi interconfederali del 1950 (uno sui licenziamenti individuali, l'altro sui licenziamenti collettivi per riduzione del personale), e infine con due accordi del 1965. Cfr. ZANGARI, voce *Licenziamento*, in *Enc. dir.*, vol. XXIV, Milano, 1974, 650 ss.; GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, cit., 47 ss.

²⁷ Per una ricostruzione critica sul potere di recesso unilaterale, cfr. FERGOLA, *La teoria del recesso e il rapporto di lavoro*, Milano, 1985, 15 ss. L'autore ricorda come l'impostazione classica sul recesso nel rapporto di lavoro sia priva di un reale fondamento storico e teorico, in quanto le ragioni della propria presenza come categoria dogmatica sono ascrivibili ad un arbitrario accostamento di regole giuridiche tra loro eterogenee (202); i rilievi in questione, in precedenza, erano stati segnalati da DI MAJO-GIACQUINTO, *Recesso unilaterale e principio di esecuzione*, in *Riv. dir. comm.*, 1963, II, 124.

²⁸ DE MARINIS, *Potere datoriale di recesso e diritto del lavoratore alla conservazione del posto*, Torino, 1995, 14 e 22.

²⁹ TREU, *Onerosità e corrispettività nel rapporto di lavoro*, Milano, 1968, 195 ss.; ZOPPOLI, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, 15 ss.

³⁰ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro. Art. 18 dello Statuto di lavoratori*, in CARUSO-SCIARRA, *Opere*, vol. III, *Scritti sul diritto del lavoro*, t. 1, *Licenziamento individuale*, Milano, 2000, 40.

³¹ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. Lav.*, 1954, I, 170 ss.; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Milano, 1955, 85 ss.; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milano, 1958, 37 ss.

nutum e la concezione che intrinsecamente lo presuppone, hanno trovato una eco, seppur parziale, nella giurisprudenza della Corte Costituzionale³². Come dimostrano le questioni di legittimità sollevate in relazione all'art. 2118 c.c., l'entrata in vigore della Costituzione repubblicana ha contribuito sensibilmente ad innescare un processo di «rilettura» della normativa esistente. In proposito, le sollecitazioni della Corte³³ e di una parte minoritaria, ma estremamente autorevole, degli interpreti hanno riproposto con forza un interrogativo centrale e tuttora attuale: il significato del fatto- lavoro, nelle varie accezioni che la Carta costituzionale presenta, ha una rilevanza tale da ipotizzare una generale garanzia della personalità del lavoratore *al e nel* rapporto di lavoro?

Il problema di fondo è costituito dalla individuazione di una serie di criteri grazie a cui poter affermare che il potere di recesso e la relativa validità dell'atto, attraverso cui si estrinseca, possano essere interpretati alla stregua dei nuovi valori costituzionalizzati. La ridefinizione complessiva dell'autonomia negoziale dei privati, in funzione dei limiti introdotti dalla dimensione costituzionale

³² Corte cost. 24 gennaio 1958, n. 7, secondo cui «sembra veramente eccessivo ritenere che l'art. 2118 c.c., il quale regola una sola specie di rapporto di lavoro, quello a tempo indeterminato (mentre altre specie, a tempo determinato, e pertanto senza libertà di recesso, sono altrettanto lecite e diffuse), consacrino un principio fondamentale ed assoluto, di ordine pubblico, cui non si potrebbe derogare, mentre è noto che possono farlo e lo fanno largamente, come si è visto, i contratti collettivi, anche dopo che è venuto meno l'ordinamento corporativo», in <http://www.cortecostituzionale.it>; Corte cost. 9 giugno 1965, n.45, in *Riv. giur. lav.*, 1965, II, 155, con nota di NATOLI, *Ancora sul diritto al lavoro e licenziamento ad nutum*, dove si invita il legislatore ad adeguare nel quadro della politica prescritta dalla norma costituzionale «la disciplina dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato al fine intimo di assicurare a tutti la continuità del lavoro», circondando «di doverose garanzie e di opportuni temperamenti i casi in cui si renda necessario far luogo a licenziamenti».

³³ Corte cost. 18 luglio 1989, n. 427, in *Riv. giur. lav.*, 1989, II, 195, secondo cui «la sfera di operatività dell'art. 2118 del c.c., dopo gli interventi del legislatore in tema di licenziamento (leggi n. 604 del 1966 e n. 300 del 1970) ispirati anche a raccomandazioni internazionali (sessioni della Conferenza internazionale del lavoro) (sentenza n. 2 del 1986), ed i numerosi accordi sindacali che sono intervenuti e continuamente intervengono in materia, si è molto ridotta e la norma non è più, quindi, una regola del nostro ordinamento di efficacia generale».

del fenomeno giuridico (in questo caso il rapporto di lavoro)³⁴, è stata una delle grandi novità di quella linea interpretativa che ha declinato l'intervento legislativo nella disciplina dei rapporti economici³⁵ come espressione di una generale «istanza sociale» di riequilibrio tra situazioni solo formalmente paritarie. Detto altrimenti, la tensione ideale di ispirazione costituzionalista ha condotto un filone progressista³⁶ ad adeguare l'armamentario concettuale giuridico sul licenziamento ai valori introdotti nel '48.

Su altro versante, impostazioni più tradizionali³⁷ si sono indirizzate a contenere il valore aggiunto della Costituzione, specie con riferimento alle norme programmatiche, valorizzando esclusivamente l'evoluzione normativa delle legislazioni vincolistiche come traduzione in concreto di assetti di interessi mutati per la diversa considerazione delle istanze sociali. Tale posizione dottrinale si basa sull'ipotesi che «la Costituzione non impone, in sé, un determinato regime limitativo dei licenziamenti, tutto essendo demandato alle libere scelte politiche del legislatore. In altre parole, può dirsi che questo regime limitativo non è costituzionalizzato»³⁸.

Nonostante le pronunce della Corte costituzionale abbiano escluso forme di licenziamento illegittime *al fine di assicurare a tutti la continuità del lavoro*, dall'altro lato non si è agganciato tale scopo a specifiche norme costituzionali immediatamente precettive. La direttiva ermeneutica che emerge dalle motivazioni delle sentenze è quella dell'*interpositio legislatoris*, per cui si devolve a quest'ultimo la definizione di un modello utile a

³⁴ DI MAJO, *Limiti ai poteri privati nell'esercizio dell'impresa*, in *Riv. giur. lav.*, 1983, I, 341 ss.

³⁵ BARCELLONA, *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, 26; LUCIANI, *La produzione economica privata nel sistema costituzionale*, Padova, 1983, 73.

³⁶ MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, cit., 170 ss.; CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, 1952, 161; NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 53 ss.; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., 149 ss.; D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 96 ss.

³⁷ PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 3 ss.; PERSIANI, *Il contratto di lavoro come contratto di organizzazione*, Roma, 1962, 41.

³⁸ PERA, voce *Licenziamenti*, I) *Licenziamenti individuali*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XIX, Roma, 1988, 6.

realizzare il contenimento della libertà di recesso del datore in relazione ai tempi e ai modi dettati dalla situazione economica generale³⁹. Un elemento di rottura rispetto agli indirizzi consolidati si registra in un'ordinanza della Consulta, in cui si asserisce con chiarezza «una garanzia costituzionale al solo diritto di non subire un licenziamento arbitrario»⁴⁰. Sulla scorta di questa posizione, si è intravisto nella copertura costituzionale un «riconoscimento della “libertà positiva”»⁴¹, ovvero di un uguale «diritto di lavorare», che richiede una legislazione atta ad impedire «l'abuso della posizione di potere del datore di lavoro»⁴².

Questo angolo prospettico adottato dai giudici di legittimità costituzionale consente di cogliere il profilo dinamico del licenziamento, inteso come espressione di un'autorità privata⁴³ o

³⁹ Corte cost. 14 gennaio 1986, n. 2, in *Giur. cost.*, 1986, I, 9, con nota di PERA, *Per i licenziamenti provveda il legislatore*, 235; Corte cost., 18 luglio 1989, n. 427, cit.; Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, in *Riv. giur. lav.*, 2000, 174 ss. e cfr., ICHINO, *La Corte costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni suoi precedenti)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, I, 353 ss.

⁴⁰ Corte cost., ord. 10 febbraio 2006, n.56, in <http://www.cortecostituzionale.it>.

⁴¹ BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in ID., *La stabilità nel diritto vivente. Saggi su licenziamenti e dintorni (2007-2009)*, Torino, 2009, 10; in tal senso, già GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*.INT - 46/2006, 12-13, dove l'autore ricorda come è ascrivibile a questo significato del diritto al lavoro, l'implicazione – ormai ricavata, dopo un iniziale orientamento in senso contrario, anche dalla Corte costituzionale – che esso comporti «il diritto dei lavoratori (subordinati) a non essere arbitrariamente licenziati, ovvero il principio che in tanto il licenziamento possa essere legittimamente intimato, in quanto sia sorretto da una giusta causa o da un giustificato motivo. Tale diritto – cui la Carta sociale europea rivista (all'art. 24) e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (all'art. 30) dedicano un'autonoma enunciazione – deve ovviamente potersi risolvere in quello ad una tutela adeguata in caso di licenziamento “ingiusto”».

⁴² D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. giur. lav., suppl.*, 1999, 17-18.

⁴³ Secondo la felice dizione che intitola il volume di BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 4: «La netta giustapposizione tra diritto privato e diritto pubblico con riferimento ai termini dell'autonomia e dell'autorità può tuttavia suscitare un primo motivo di dubbio se si consideri che anche il diritto privato conosce il fenomeno dell'autorità, quale *potere di imporre giuridicamente ad altri le proprie decisioni*. (...) non si tratta semplicemente della soggezione alla norma

di un potere privato⁴⁴, cioè «come atto cogente» da inquadrare non esclusivamente tra le «vicende dell'autonomia negoziale, ma in quelle della libertà di iniziativa economica e dell'attività organizzativa che ne costituisce estrinsecazione»⁴⁵. Si tratta di un significativo cambio di rotta che suggerisce una considerazione normativa più ampia del fenomeno osservato nella sua qualità di *procedimento* e non solo nel momento statico dell'espulsione. Si è affermata, anche in dottrina, una visione più aperta dello schema negoziale del licenziamento, protesa a cogliere il rilevante peso dell'autonomia organizzativa dell'imprenditore⁴⁶ a scapito dell'amministrazione consensuale delle parti. Inoltre, è opportuno rimarcare che, sebbene l'organizzazione del processo produttivo trovi un valido fondamento nell'autonomia contrattuale, questo strumento giuridico, decisivo per la definizione dei rapporti con i lavoratori, non può costituire la dimensione esclusiva della rilevanza costituzionale dell'attività di impresa. Sovrapporre la situazione giuridica sostanziale garantita dall'art. 41 Cost. – libertà di iniziativa economica – con i mezzi mediante i quali essa è esercitata – autonomia contrattuale – significa compiere un errore prospettico. Proprio con riferimento al licenziamento individuale occorre una corretta definizione del rapporto tra limiti alla libertà imprenditoriale e limiti all'autonomia negoziale, ma per poter operare una simile distinzione è opportuno confrontarsi con l'«ossatura» normativa del potere di licenziare.

deliberata da altri, ma della soggezione ad altrui poteri decisionali di vario contenuto, che si estrinsecano anche in specifici atti dispositivi».

⁴⁴ LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, I, Torino, 1970, 87.

⁴⁵ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 87. *Contra* MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, cit., 24: «Il potere aziendale, specie imprenditoriale, si presenta come supremazia di fatto al momento della stipulazione del contratto, e a delimitare lo stesso intervengono le leggi di tutela e la contrattazione collettiva. Ma una volta concluso il contratto, il datore, (...), è ad esso vincolato, con la preclusione di esercizio degli stessi poteri di organizzazione – aziendali in senso stretto – che possano avere ripercussioni sui rapporti individuali di lavoro».

⁴⁶ TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 43.

3. Il licenziamento come negozio causale

Il carattere tassativo delle ipotesi di recesso legale⁴⁷, ovvero la tipicità della fattispecie del licenziamento, assolve al compito di circoscrivere l'ambito di applicazione del potere eccezionale, attribuito al singolo, di incidere unilateralmente, e con effetti sfavorevoli, nella sfera giuridica della controparte di un rapporto consensuale⁴⁸. Secondo questa logica, il versante dell'analisi che concerne l'attività organizzativa dell'imprenditore induce a prendere in considerazione le norme che stabiliscono i presupposti e le condizioni di rilevanza. La legittimità dell'atto di esercizio del potere di licenziare deve essere valutata in relazione alla posizione del destinatario di tale misura, per registrare le eventuali deviazioni messe in atto dal comportamento del soggetto agente in relazione alla struttura giuridica dell'atto unilaterale. In altre parole, i profili che incidono sul nucleo interno del potere datoriale e che comportano l'adeguamento dell'attività, che ne è espressione, a determinati canoni normativi, ricavabili dall'ordinamento, costituisce l'oggetto su cui focalizzare l'attenzione. Il potere di recesso del datore di lavoro, in linea con quanto evidenziato, appare relativamente libero, ma il carattere discrezionale che lo caratterizza non può meramente coincidere con le necessità organizzative dell'azienda. Infatti, un'analisi della struttura del negozio di recesso mette in luce come lo stesso, per sua natura, non sia escluso dalle norme generali relative alla causa dei negozi giuridici. Pertanto, sebbene la ragione giustificativa si venga a determinare con riferimento al potere di organizzazione dell'impresa, essa non può essere il frutto di una pura astrazione, necessitando invece di un confronto con le più attuali elaborazioni in tema di causalità.

⁴⁷ Sulla considerazione che il recesso convenzionale abbia perso il suo peso, poiché nella maggior parte dei casi esso trova la propria fonte direttamente nella legge, che ne detta le modalità di esercizio, cfr. DE NOVA, voce *Recesso*, in *Dig. civ.*, vol. XVI, Torino, 1997, 316; ROSELLI, VII) *Recesso dal contratto*, in CHECCHINI, COSTANZA, FRANZONI, GENTILI, MORELLO, ROSELLI E VETTORI (a cura di), *Il contratto in generale*, vol. XIII, t. V, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 2002.

⁴⁸ NATOLI, *Sui limiti legali e convenzionali della facoltà di recesso*, cit., 1061 ss.; MENGONI, *La stabilità dell'impiego*, cit., 231.

In proposito uno dei nodi interpretativi più significativi, specie per le ricadute sistematiche, è rappresentato dalla possibilità di qualificare il licenziamento come *negozio causale*⁴⁹. Se, in generale, è ammissibile sostenere che non solo il contratto (art. 1325, n.2, c.c.), ma anche l'atto unilaterale (arg. ex art. 1324 c.c.) debba essere conforme alla causa lecita attribuitagli dall'ordinamento (artt. 1343 c.c., 1418 c.c.) e che per gli atti di esercizio dei poteri datoriali la causa tipica sia da intendersi come sintesi degli interessi concretamente perseguiti⁵⁰, si può affermare che ogni espressione datoriale diretta ad un fine diverso risulterebbe priva della sua giustificazione tipica e quindi illecita: proprio la disciplina protettiva dei lavoratori subordinati contro forme illegittime di recesso da parte del datore devono essere

⁴⁹ Per un approfondimento sul punto, cfr. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale*, cit., 1046 ss. Ad un piano diverso attiene il principio di giustificazione, generalizzato con gli artt.1 e 3, l. n.604/1966 e con l'art.1, l. n.108/1990 (che modifica i primi due commi dell'art. 18, l. n.300/1970) che individua *ab externo* i presupposti di legittimità del licenziamento. In tal senso, PERA, *Commento all'art. 18*, in *Commento alla Statuto dei diritto dei lavoratori*, a cura di ASSANTI e PERA, Padova, 1972, 195 - 196, a parere del quale «la sussistenza in concreto di una g.c. o di un g.m. condiziona la sussistenza del potere di recesso, la mancanza di giustificazione inficia in radice il negozio che non risolve legittimamente il rapporto con le conseguenze che rigorosamente ne derivano»; ID., *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 167. Per il criterio della *necessaria giustificazione del licenziamento*, cfr. Corte cost., 7 febbraio 2000, n. 46, cit.

⁵⁰ Secondo la nota ricostruzione in termini di «causa in concreto» di FERRI G.B., *Causa e tipo del negozio giuridico*, Milano, 1966, 345 ss.; ID., *Motivi, presupposizione e l'idea di meritevolezza*, in *Europa e diritto privato*, 2009, 360; GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., 762; BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., 453 ss.; in giurisprudenza, Cass., sez. III, 8 maggio 2006, n. 10490, in *Giust. civ.*, 2007, I, 1985 con nota di IZZI, *La causa del contratto come funzione economico-individuale*. Notevoli rimangono le perplessità connesse all'esatta individuazione della causa nell'atto di recesso, in parte derivate dalla più ampia difficoltà di spiegare l'istituto della causa del negozio giuridico. Secondo un'impostazione abbastanza recente, la causa del licenziamento consisterebbe nella realizzazione dell'interesse tecnico-organizzativo del datore, così M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato. Ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive)*, Padova, 2005, 115 ss., alla quale va il merito di aver collegato il tema del giustificato motivo oggettivo allo schema dell'abuso del diritto, inteso come limite funzionale o interno che richiede la coincidenza tra scopo astratto e interesse concreto perseguito dal titolare (117).

mirate a sanzionare l'elusione dell'applicazione di una norma imperativa (art. 1344 c.c.)⁵¹.

Senza ripercorrere l'intenso dibattito che ha interessato parte della dottrina giuslavoristica sul fondamento causale del potere di licenziare, in questa sede si può solo avanzare un'ipotesi ricostruttiva che, abbracciando l'approccio della *funzione economico-individuale* sottesa all'atto, recupera una lettura causale del controllo sui poteri datoriali⁵². Questa teoria ha il

⁵¹ Per l'applicazione delle regole sul negozio in frode alla legge anche agli atti unilaterali in forza dell'art. 1324 c.c., cfr. MORELLO, voce *Negozio giuridico*, VI) *Negozio in frode alla legge*, in *Dig. civ.*, vol. VIII, Torino, 1992, 505; *contra* DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, 238 ss. Si pensi ad es. al licenziamento intimato ad un lavoratore che ha deciso di promuovere un'azione giudiziaria verso il datore di lavoro, quello finalizzato al solo obiettivo di aggirare il sistema delle assunzioni obbligatorie o quello avvenuto per "ribellione" al provvedimento di trasferimento. Cfr. Cass., sez. lav., 11 maggio 2011, n.10343, in *Diritto & Giustizia*, 19 maggio 2011, caso in cui l'autista straniero che lavora in Italia senza essere residente non ha l'obbligo di convertire la sua licenza di guida estera ed è, quindi, ingiustificato il licenziamento se motivato proprio dal mancato conseguimento della patente italiana; Cass., sez. lav., 9 luglio 2009, n. 16155, in *Riv. giur. lav.*, 2010, II, 59 ss., con nota di GRAGNOLI, *La nozione di licenziamento ritorsivo e le possibili motivazioni del recesso*, spec. 63: «Se il recesso è frutto della volontà di estromettere un prestatore di opere per il legittimo esercizio di un potere o di un diritto riconosciuto dall'ordinamento, ricorre un intento intimidatorio, sufficiente per l'illiceità del motivo, che deve essere accomunato a quello discriminatorio. Se il prestatore di opere è licenziato perché rifiuta una proposta contrattuale, come è nelle sue prerogative, non interessa stabilire quale sia la proposta e perché non sia stata accettata. Il recesso per rappresaglia ha motivo illecito perché tale è la caratteristica qualificante della ritorsione, nel suo essere una iniqua risposta a una determinazione lecita del dipendente e, quindi, un odioso strumento volto a conculcare la libertà, in qualunque modo si manifesti il suo esercizio e, per altro verso, a prescindere dallo specifico intento dell'imprenditore. Quindi, il licenziamento per ritorsione per la mancata accettazione di una proposta negoziale è nullo per illiceità del motivo».

⁵² In tal modo, si sottrae la lettura *causale* a quelle critiche che l'hanno ridotta ad un travisamento dei concetti di giusta causa e di giustificato motivo, intesi come presupposto della causa del recesso, in quanto motivi oggettivi e tipizzati di esso (così TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale*, cit., 1052). Da qui, se ne è ricavata anche la inconciliabilità tra il fatto che la legge ricolleggi al licenziamento illegittimo la sanzione dell'annullabilità (art. 18, l. n. 300/1970), e, non invece, in coerenza con quanto ipotizzato, la nullità del negozio per contrarietà a norme imperative o per illiceità della causa (art. 1418 c.c.). Sul punto, peraltro, autorevole interpretazione ritiene applicabile ai licenziamenti la disposizione sulla frode alla legge (art. 1344 c.c.), proprio «grazie alla qualificazione, nell'area della tutela reale, della normativa protettiva

pregio di chiarire i controversi rapporti tra causa, motivi e tipo ed ha il vantaggio di riproporre un'analisi più circoscritta della criticata⁵³ tecnica dei limiti interni⁵⁴ allo schema del licenziamento.

Mentre la causa del recesso datoriale attiene all'operazione complessiva e all'interesse concreto che con essa è possibile realizzare, i motivi, invece, sono le ragioni private e spesso inesprese per cui il medesimo datore di lavoro intende estromettere il lavoratore. Contemporaneamente, le opportune distinzioni tra gli elementi citati consentono di differenziare la causa, intesa come concetto dinamico attinente al temperamento degli interessi delle parti, dal tipo, visto come concetto statico che descrive la struttura della forma licenziamento individuata dal legislatore. La conseguenza più immediata della puntualizzazione concettuale tra causa e tipo è che il controllo sulla causa non deve essere limitato ai contratti atipici, bensì vale anche per quelli tipici. Inoltre, come evidenzia una parte della dottrina⁵⁵, secondo questa nuova interpretazione, sulla causa del negozio possono essere effettuati almeno tre tipi di controllo giudiziale: il controllo sulla meritevolezza dell'interesse perseguito dalle parti, il controllo circa l'esistenza della causa in concreto e, infine, il controllo sulla liceità della causa⁵⁶.

come imperativa. Una conclusione giustificata sia dai principi costituzionali che ispirano la normativa stessa sia dal dato, per così dire, di diritto vivente, secondo cui l'annullabilità prevista dall'art. 18 St. lav. viene interpretata dalla giurisprudenza, sostanzialmente, come una nullità», NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 620;

⁵³ PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, Padova, 1971, 599; PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 3.

⁵⁴ CESSARI, *Iura e leges nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Studi in onore di C. Grassetti*, vol. I, Milano, 1980, 366-367; ID., *Concezione «causale» del controllo dei poteri dell'imprenditore*, in CESSARI e DE LUCA TAMAJO (a cura di), *Dal garantismo al controllo*, Milano, 1982, 105 ss.

⁵⁵ BIGLIAZZI GERI, BRECCIA, BUSNELLI, NATOLI, *Diritto civile*, cit., 706.

⁵⁶ La vicenda giuridica del licenziamento, vista anche come tutela di interessi patrimoniali e non del lavoratore, si inserisce a pieno titolo nella cornice generale delle relazioni tra poteri privati e controllo giudiziale su di essi. Cfr. BARCELLONA, *Prospettive del diritto civile nella disciplina dei poteri decisionali del privato*, in Appendice a *Gli istituti fondamentali del diritto privato*, Napoli, 1972, il quale cerca di configurare strumentazioni utili per consentire la verifica

Questo taglio interpretativo orientato allo schema causale dell'atto rende applicabili nei confronti del licenziamento le norme degli artt. 1343, 1344 e 1345⁵⁷ c.c. Prescindendo dalla prima e dall'ultima ipotesi, si può ragionevolmente affermare, quale conseguenza dell'art. 1344, l'ammissibilità della dichiarazione di nullità del licenziamento perché in frode alla legge⁵⁸. Si va così delineando la possibilità che il recesso sia annullato *ex art.* 1344 c.c. in quanto tale forma di illiceità si verifica tutte le volte in cui il licenziamento, nell'ambito di un'operazione economica complessa, sia "praticamente" diretto ad eludere le normative poste a presidio della personalità del lavoratore⁵⁹. L'interprete è spinto, per questa via, a non considerare lecita la causa di un atto unilaterale per il solo fatto della possibilità di ricomprendere questo in un'ipotesi legale tipica: la violazione indiretta di norme imperative è il risultato di

giudiziale sugli atti di esercizio del potere privato, quali: 1) la causa negoziale in funzione di *test* per la complessiva operazione economica del contratto o dell'atto unilaterale; 2) i limiti interni del diritto soggettivo; 3) le clausole generali vincolanti per gli atti privati quanto al fine o al risultato; oppure la procedimentalizzazione dei poteri in forza di precetti costituzionali immediatamente operativi. Si pensi anche alla fattispecie dell'abuso di potere, inteso in senso funzionale – proprio perché ricondotto ad una patologia della causa – come principio generale dell'ordinamento e limite generale di tutti gli atti di esercizio datoriale (a prescindere dalla specifiche ipotesi previste dalla legge). Questa figura impiegata da una parte della giurisprudenza che, pur in assenza di qualsiasi previsione normativa, ammette il lavoratore licenziato *ad nutum* durante il periodo di prova a provare che – ad es. per la brevità del periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione – il licenziamento non è avvenuto per mancato superamento della prova, ma per altre ragioni. Cfr. Cass., sez. lav., 22 marzo 1999, n. 2228, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 802, con nota di MONACO, *Patto di prova e schemi civilistici*; App. Milano, 27 maggio 2003, in *Or. giur. lav.*, 2003, I, 441 ss.

⁵⁷ MENGONI, *La stabilità dell'impiego*, cit., 236; PERA, *La sindacabilità dei motivi in sede giurisdizionale*, in *Giusta causa e giustificati motivi nei licenziamenti individuali*, Università di Firenze, Milano, 1967, 193.

⁵⁸ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 619-620, con la precisazione che l'Autore, pur ammettendo il divieto della frode alla legge, lo descrive come limite esterno al potere di licenziare in virtù di una considerazione prevalente di vincoli legislativi (norme imperative) che si collocano fuori dal rapporto contrattuale di lavoro.

⁵⁹ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, ult. cit., 639; BOLEGO, *Il licenziamento discriminatorio tra motivo illecito e frode alla legge*, in *Diritto del lavoro e società multiculturali*, scritti raccolti da VISCOMI, Napoli, 2011, spec. 695-699.

un collegamento tra negozi che in sé considerati non sono illeciti ma che possono essere *reputati* tali in ragione della loro preordinazione all'elusione di norme che vietano un determinato comportamento suscettibile di frode. Infatti, con le lenti di un osservatore pratico, si può essere più sensibili alla consistenza dell'affare avvalendosi dell'intero armamentario sistematico: si manifesta l'immanenza di un limite (garanzia della persona del lavoratore), ma anche la necessità di chiarirne la sua portata in relazione ai beni giuridici tutelati costituzionalmente (libertà di iniziativa economica). Infatti, è in forza di una forzata strumentalizzazione che il datore di lavoro riesce ad utilizzare il licenziamento legittimo, in quanto sorretto da una ragione giustificatrice, per il perseguimento di uno scopo illecito. Tuttavia, il controllo giudiziale non può essere confinato alla verifica della legittimità della serie di atti che conducono a sciogliere il rapporto contrattuale, bensì si dovrà concentrare sullo scopo ultimo ed effettivo della sequenza negoziale posta in essere dal datore di lavoro. La frode alla legge opera, dunque, per chi riconosca la valenza correttiva di questo mezzo, come misura razionale di salvaguardia interna al potere di licenziare e non come un ampliamento delle disposizioni proibitive legali⁶⁰. Si tratta di accertare se la determinazione del datore metta in chiaro rilievo l'assunzione di costi e di rischi apprezzabili che attestino che la scelta operata non sia riducibile alla sola motivazione elusiva (ricercare l'effettività di tale scelta) e non produca, altresì, un «danno» alla sfera personale dei soggetti coinvolti nel

⁶⁰ GIACOBBE, voce *Frode alla legge*, in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1969, 76; BRECCIA, X) *Frode alla legge*, in *Il contratto in generale*, a cura di ALPA, BRECCIA e LISERRE, vol. XIII, t. III, in *Trattato di diritto privato*, diretto da BESSONE, Torino, 1999, 258. Sullo specifico piano dell'efficacia, il licenziamento nullo, perché in frode alla legge, sarebbe improduttivo di effetti ed inidoneo ad incidere sulla continuità del rapporto in base alle regole sulla *nullità di diritto comune* (TULLINI, *La cd. tutela reale di diritto comune*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1990, 103 ss.). In realtà, secondo l'art. 18, l. n.300/1970, come modificato dall'art.1, l. 108/1990, la vicenda successiva al licenziamento invalido è ormai considerata unitariamente ed è reso omogeneo il titolo delle attribuzioni patrimoniali: ciò ha contribuito a risolvere la questione della qualificazione del licenziamento invalido come nullo o annullabile, propendendo per la soluzione della nullità dell'atto, ma inteso come non avvenuto ad ogni effetto e come non interruttivo della stabilità giuridica del rapporto (regime speciale).

processo produttivo (arg. ex art. 8, l. n.604/1966; art.18, comma 5, l. n.300/1970). D'altra parte, di fronte a tale situazione giuridica di bilanciamento tra interessi contrapposti non può che rilevare la *norma di collegamento*⁶¹ dell'art.41 Cost., in relazione alla quale diventa risolutivo indagare l'idoneità del dettato a canalizzare la precettività di altre regole volte a tutelare la personalità del lavoratore.

4. Dall'autonomia contrattuale all'art. 41 della Costituzione

Fino ad ora si è proceduto evitando di «tirare per la giacca»⁶² uno dei principi cardine della parte prima della Costituzione, l'art. 41, in quanto, da sempre, al centro di troppe contese giuridiche che toccano l'individuo, le sue libertà ed il mercato, con connotazioni ora più inclini ad una decisa vocazione sociale dell'assetto economico-giuridico nazionale, ora più vicine al fondamento liberale che la ispira. Prima, però, di “tornare alla Costituzione”, si potrebbe adottare una metodologia propria del matematico, utilizzando il cd. ragionamento per assurdo, con lo scopo precipuo di mettere in luce la difficoltà di analizzare l'istituto del licenziamento esulando dalla «relazione intercorrente tra norme (principi) costituzionali e rapporti interprivati»⁶³. L'ipotesi prende le mosse da una scissione tra premessa concettuale sui principi espressi nell'art. 41 della Costituzione e zona di operatività delle vigenti regole in materia di cessazione del rapporto di lavoro (termine maggiore). Rispetto alla seconda, che è il solo momento che conferisce immediato rilievo giuridico allo specifico fenomeno del recesso unilaterale del datore di lavoro, la prima, ovvero il ragionamento generale sui precetti contenuti nell'art. 41 Cost., dovrebbe ritenersi indipendente e ininfluyente sulla struttura dell'istituto classico del licenziamento individuale (termine medio). Di conseguenza, non si ravviserebbe un legame tra il semplice atto che scrive la parola fine sul contratto di lavoro e le limitazioni costituzionali sulla

⁶¹ LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, cit., 139.

⁶² CINTIOLI, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il “diritto della crisi”*, in *Dir. e soc.*, 2009, 373.

⁶³ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 594.

libertà di intraprendere iniziative economiche, atteso che i due dispositivi attengono a piani differenti dell'autonomia negoziale dell'imprenditore. Il discorso troverebbe significative conferme nel fatto che i vincoli legislativi in materia di recesso dal rapporto di lavoro non avrebbero un diretto aggancio costituzionale, bensì una chiara giustificazione nella ragione economica⁶⁴ di distribuire al meglio il rischio delle sopravvenienze negative fra imprenditore e lavoratore⁶⁵ (conclusione).

L'esito della ricostruzione, improntato sull'utilità o meno dell'interruzione del contratto di lavoro, pone in evidenza come la disciplina della facoltà di licenziare e dei relativi limiti non sono altro che la traduzione in concreto di quei rapporti economici definiti dalla Carta costituzionale, o meglio, rappresentano le due facce della medesima medaglia delineata nell'art. 41: il recesso come potere di autotutela e libertà organizzativa dell'imprenditore, ma anche come rimedio alla prosecuzione del rapporto sottoposto ad un controllo di adeguatezza del mezzo rispetto alla funzione⁶⁶.

La norma costituzionale che sancisce la libertà di "fare impresa" è uno dei principi basilari della c.d. Costituzione economica⁶⁷, dell'insieme cioè delle disposizioni costituzionali

⁶⁴ In senso critico, DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, a cura di MAZZOTTA, Torino, 2008, 27 ss.; PERULLI, *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in *Ragioni del licenziamento*, cit., 55 ss.

⁶⁵ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Trattato di diritto civile comm.*, XXVI, vol. I, Milano, 2000, 375.

⁶⁶ BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, II ed., vol. III, Milano, 2000, 740.

⁶⁷ La bibliografia sul tema è molto ampia. Tra i contributi più significativi si possono menzionare, PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963; SPAGNUOLO VIGORITA, *L'iniziativa economica privata nel diritto pubblico*, Napoli, 1959; CHELI, *Libertà e limiti dell'iniziativa economica privata nella giurisprudenza della Corte costituzionale e nella dottrina*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1960, I, 260 ss.; BARBERA, *Le leggi di piano e sistema delle fonti*, Milano, 1968; BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 582 ss.; GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977, 177 ss.; MORBIDELLI, voce *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XVII, Roma, 1989, 1 ss.; AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, in *Quad. cost.*, 1992, 7 ss.; GUARINO, *Pubblico e privato nell'economia. La sovranità tra Costituzione ed istituzioni comunitarie*, in *Quad. cost.*, 1992, 21 ss.; PACE, *Problematica delle libertà costituzionali. Parte speciale*, Padova,

che si riferiscono al cittadino come proprietario, investitore, risparmiatore, imprenditore: tale sezione, già all'epoca dell'Assemblea Costituente frutto del compromesso tra ideologie diverse (ideologie di sinistra, dottrina sociale del cattolicesimo, liberismo economico), risulta essere anche oggi una tra le più controverse della Carta costituzionale, tanto da non destare meraviglia il fatto che si sia paventata una revisione del relativo testo⁶⁸.

La norma in questione è l'art. 41, comma 1, Cost., che afferma che «*L'iniziativa economica privata è libera*»: tale libertà, riconosciuta ai privati, è libertà di disporre di risorse, materiali e umane, libertà di organizzare l'attività produttiva nel modo che si ritiene più opportuno e, infine, libertà dei privati di definire dal punto di vista pratico l'ambito specifico in cui porre in essere la produzione (in particolare quali siano i beni da produrre, quale sia la zona in cui collocare i locali aziendali, quali dovrebbero essere la qualità e la quantità di merce da produrre)⁶⁹. Infatti, come già affermato dalla Corte Costituzionale, «*nella locuzione "iniziativa economica" devono comprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un'azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa*»⁷⁰, anche se non sono mancati, nella dottrina costituzionalistica, pareri discordanti in merito⁷¹.

1992, 457 ss.; IRTI (a cura di), *L'ordine giuridico del mercato*, V ed, Roma-Bari, 2004.

⁶⁸ Da parte del Ministro dell'Economia, GIULIO TREMONTI, intervistato dal vicedirettore del Sole 24 Ore, ALBERTO ORIOLI, alla 4ª festa nazionale della Cisl a Levico Terme (TN). RESCIGNO, *Art. 41 Cost.: tra proposte di "demagogica ipocrisia" e controproposte "inadeguate"*, in *La Repubblica*, 17 febbraio 2011; AZZARITI, *L'attacco all'art.41 Cost: l'ideologia d'impresa contro la Costituzione*, in *Il Manifesto*, 2 febbraio 2011.

⁶⁹ Cass., sez. lav., 30 marzo 2006, n. 7536, in *Not. giur. lav.*, 2006, 500, dove si ribadisce che il datore ha il diritto di organizzare la propria azienda e, nell'ambito del potere organizzativo, di mutare gli strumenti di lavoro, adeguandoli alle esigenze produttive e di mercato.

⁷⁰ Corte cost. 30 dicembre 1958, n.78, in *Giur. Cost.*, 1958, 979; Cass., sez. lav., 24 settembre 2010, n. 20232, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 9, 1262, dove, nel caso in cui sia accertata la totale cessazione dell'attività imprenditoriale da parte del datore di lavoro, «la legittimità del licenziamento intimato ai lavoratori per giustificato motivo oggettivo non è esclusa né dal fatto che lo stabilimento sede dell'impresa non sia stato immediatamente alienato o altrimenti dismesso (...), né dal fatto che uno o pochi altri dipendenti siano stati mantenuti in servizio

La libertà di iniziativa economica, che può manifestarsi come libertà del singolo, ma anche come libertà collettiva (in caso ad esempio di impresa sociale, di cui all'art. 2247 e ss. c.c.), presuppone il riconoscimento di altri diritti dei privati, alcuni dei quali garantiti a livello costituzionale (si pensi, ad esempio, al diritto al lavoro, di cui all'art. 4 Cost.⁷² e all'art. 35 Cost.); presuppone la libertà contrattuale, essendo il contratto lo strumento attraverso il quale il soggetto che pone in essere l'attività economica si procura, da un lato, la disponibilità delle risorse da utilizzare nel processo produttivo e, dall'altro, colloca il prodotto sul mercato; presuppone che sia legittimo il contratto che prevede lo scambio tra una prestazione di lavoro di un soggetto (lavoratore subordinato) e retribuzione da parte dell'imprenditore (art. 36 Cost.), a cui consegue l'appropriazione del prodotto da parte di quest'ultimo.

Tuttavia, secondo un noto insegnamento⁷³, la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. non si esaurisce nell'esercizio del diritto di proprietà e della libertà contrattuale, ma è un fattore aggiuntivo, dato dall'uso congiunto di una somma di diritti e di libertà al fine di esercitare un'attività economica che sia finalizzata alla produzione o allo scambio di

per il compimento delle pratiche relative alla suddetta cessazione dell'attività, non essendo sindacabile nel quadro della libertà d'iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. le ragioni dei licenziamenti dovuti a cessazione dell'attività».

⁷¹ BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 595.

⁷² MANCINI, *Commento all'art. 4 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1975, 199 ss.; per una significativa valorizzazione del diritto al lavoro, Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 215 ss., con nota di CANNATI, *Sul lavoratore non grava l'onere della prova circa l'esistenza del requisito dimensionale previsto dall'art. 18 St. lav.*; Cass., sez. lav., (ord.) 28 gennaio 2011, n. 2112, punti 9 e ss., in *Mas. giur. lav.*, 2011, 49, con nota di VALLEBONA, *Lavoro a termine illegittimo per il collegato lavoro 2010: l'indennità per il periodo fino alla sentenza*; cfr. Relazione tematica n. 2, Uff. Mass. Cass., *Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010 alla luce della giurisprudenza comunitaria, CEDU, costituzionale e di legittimità*, spec. 12 ss., www.cortedicassazione.it; SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé*, in *Pol. dir.*, 1995, 3 ss.; per una visione più cauta, APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale*, Milano, 2005, 107 ss.

⁷³ GALGANO, *Libertà dei privati: la libertà economica*, in ID., *Il diritto privato fra Codice e Costituzione*, Bologna, 1980, 126.

beni e di servizi; ciò, ad esempio, caratterizza l'imprenditore, rispetto al mero proprietario degli strumenti di produzione, come colui che combina i fattori per la creazione di nuova ricchezza, come l'organizzatore del processo produttivo, come colui che mette in azione il sistema economico⁷⁴: in questo senso si esprime l'art. 2082 c.c., che afferma che l'imprenditore «*esercita professionalmente una attività economica organizzata*» e l'art. 2060 c.c., che afferma che «*Il lavoro è tutelato in tutte le sue forme organizzative ed esecutive*».

In riferimento a ciò va, tuttavia, sottolineato che quanto stabilito all'art. 41 Cost. non è ritenuto efficace solo nei confronti delle "imprese" e comunque non opera solo in riferimento all'"imprenditore" così come definito all'art. 2082 c.c.: il principio della «*libertà di iniziativa economica*», infatti, ben si presta ad essere interpretato in maniera estensiva⁷⁵, ricomprendendo nel suo alveo non solo le attività di impresa propriamente dette, ma anche tutte le attività rientranti nell'iniziativa economica privata, quindi anche attività non esercitate professionalmente o non organizzate, e dunque ogni attività di rilevanza economica, seppur non svolta nella forma dell'impresa, è comunque tutelabile e di rilevanza costituzionale.

Tale libertà organizzativa, creativa di nuova ricchezza, non è tuttavia insindacabile in maniera assoluta: a tale principio generale, fanno eccezione i limiti posti da altri principi costituzionali e dalle normative di legge, discendenti da questi ultimi, che mettono in atto tali limiti dal punto di vista pratico (ad esempio, alla normativa in materia fiscale, alla normativa giuslavoristica, alle norme che tutelano il diritto d'autore e i segni distintivi dell'impresa ecc.: in questo senso, la libertà di svolgere un'attività economica implica il dovere di pagare le tasse, di trattare e retribuire dignitosamente i lavoratori, di non utilizzare a propria assoluta discrezione, ad esempio a fini pubblicitari, segni distintivi altrui): a tal proposito si veda il comma 2 dello

⁷⁴ GALGANO, *Commento all'art. 41*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA, Bologna-Roma, 1982, 3.

⁷⁵ GIANNINI, *Diritto pubblico dell'economia*, cit., 176-178, secondo il quale il primo comma dell'art. 41 Cost. rappresenta una garanzia costituzionale del diritto di impresa come diritto del privato, non solo nel senso di avviare un'attività e, quindi, come atto di investimento, ma anche di gestione e svolgimento dell'attività economica.

stesso art. 41 Cost., che, citando il concetto di «*utilità sociale*» e riallacciandosi appunto ad altri diritti e valori costituzionalmente garantiti, afferma che l'iniziativa economica privata «*non può svolgersi (...) in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*».

Da questa premessa ne consegue che quando si interpreta l'intero iter procedimentale che attiene al licenziamento, si può dichiarare che esso trovi la sua ulteriore giustificazione nell'art. 41 Cost., a condizione, però, che la stessa norma costituzionale sia letta, alla luce del comma 2, nella sua fase di applicazione.

In via preliminare, determinato il raggio di operatività, più o meno ampio, della fattispecie *iniziativa economica*⁷⁶, di cui al primo comma dell'art. 41 Cost., bisogna necessariamente affrontare uno snodo teorico di non secondaria importanza per la comprensione della situazione giuridica soggettiva relativa al prestatore di lavoro e segnatamente quello relativo alla possibilità di distinguere (utilmente) la disciplina giuridica riconnessa dall'art. 41 Cost. alla iniziativa economica, di cui al primo comma, da quella (disciplina) dettata per lo svolgimento della stessa iniziativa, di cui al secondo comma dello medesimo articolo. Per semplificare la questione, «l'alternativa sembrerebbe porsi fra una lettura più separata ed una più coordinata fra i diversi commi dell'art. 41, prefigurando un livello di protezione nel primo caso differenziato, nel secondo caso uniforme all'interno della libertà di iniziativa economica privata»⁷⁷.

Il principale contributo della tesi più sensibile ad una disamina congiunta dei commi dell'art. 41 Cost. sottolinea l'impossibilità di separare l'originario diritto di iniziativa economica di cui il singolo sarebbe titolare nel nostro sistema giuridico costituzionale dai concreti atti di esercizio successivi. Come osservato, il tentativo di *reductio ad absurdum* degli assunti che sostengono l'esclusione delle attività economiche di svolgimento dell'originario atto di iniziativa dal novero dei comportamenti coperti dal diritto di cui all'art. 41 Cost., cozza

⁷⁶ ESPOSITO, *La Costituzione italiana*, Padova, 1954, 184.

⁷⁷ Secondo un condivisibile approccio di PEDRINI, *Note preliminari ad uno studio sui diritti costituzionali economici*, 18 gennaio 2010, 27, www.forumcostituzionale.itsite/images/stories/pdf/0172_pedrini.pdf.

con le scelte del Costituente di apporre ad essi dei limiti piuttosto penetranti, anche attraverso previsioni di legge⁷⁸.

In tale direzione, i maggiori progressi in termini ermeneutici, parzialmente seguiti anche sul piano giurisprudenziale, si riferiscono a quell'interpretazione sistematica che connette le formulazioni del secondo comma dell'art. 41 Cost. ad altre disposizioni della Carta fondamentale. Senza entrare nel più complesso discorso relativo alla *utilità sociale*⁷⁹, la quale, in effetti, difficilmente si presta ad essere declinata in modo specifico secondo altre disposizioni costituzionali, sembra più opportuno concentrare la riflessione sugli obblighi gravanti sul titolare della libertà di iniziativa economica rispetto alla *sicurezza*, alla *libertà* ed alla *dignità umana*⁸⁰, le quali ben possono rappresentare altrettante situazioni giuridiche costituzionali attive. In altre parole, i limiti alla libera iniziativa economica di cui al secondo comma dell'art. 41 Cost. altro non sarebbero se non il versante passivo di altri diritti costituzionali direttamente azionabili⁸¹. La libera iniziativa economica non può essere tale da rappresentare la negazione dei diritti della personalità del lavoratore. Del resto, il sistema di regole che presidia i licenziamenti illegittimi è concepito per perseguire

⁷⁸ SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, 474: «il legislatore si prefigge di contenere il potere, altrimenti discrezionale, di licenziamento entro limiti rigorosi (di modo che) il recesso del datore di lavoro cessa di essere un atto libero, ed astratto dalla sua causale, per assumere la fisionomia diversa, e tipica, del licenziamento giustificato».

⁷⁹ NATOLI, *Limiti costituzionali dell'autonomia privata*, cit., 103-104; Corte cost., 15 maggio 1990, n.241, in *Rass. dir. civ.*, 1991, 613; Corte cost., 19 dicembre 1990, n.548, in *Giur. cost.*, 1990, 3147.

⁸⁰ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, in *Dir. lav.*, 1956, I, 3 ss., ora in *Id.*, *Diritti fondamentali e categorie generali. Scritti di Ugo Natoli*, Milano, 1993, 431 ss.

⁸¹ BELVISO, *Il concetto di «iniziativa economica privata» nella Costituzione*, in *Riv. dir. civ.*, 1961, I, 153; MICCO, *Lavoro e utilità sociale nella Costituzione*, Torino, 1966; DE ANGELIS, *Spunti civilistici in tema di prestazione di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 1973, I, 235 ss.; CHIARLONI, *Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1978, 1494. *Contra* MINERVINI, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, 618; GALGANO, *L'imprenditore*, Bologna-Roma, 1971, 96-97; *Id.*, *La libertà di iniziativa economica privata nel sistema delle libertà costituzionali*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, diretto da GALGANO, vol. I, *La costituzione economica*, Padova, 1977, 511; MANCINI, *Commento all'art. 4 Cost.*, cit., 242-243.

obiettivi non tanto di efficienza economica, ma piuttosto di attuazione dei valori positivizzati nel testo costituzionale e, comunque, di interessi che trascendono la sfera dei singoli operatori economici.

5. La misura e la funzione dei diritti della personalità

Il sistema costituzionale ha introdotto disposizioni molto pregnanti sulla libertà del cittadino e del lavoratore, la cui garanzia, come è noto, non opera solo nei confronti dello Stato, ma anche verso tutti i soggetti pubblici e privati. Proprio la esplicita tutela riconosciuta, in via generale, dall'art. 2 Cost. trova significative conferme nell'art. 41 dove i profili della libertà assumono molteplici manifestazioni della personalità dell'individuo. Il tenore apparentemente contrastante dell'art. 41 Cost. che, da una parte, riconosce come libertà individuale l'iniziativa economica privata e, dall'altra, ne subordina lo svolgimento al rispetto di valori generali (utilità sociale) e personalistici (sicurezza, libertà e dignità) ha dato ádito a svariati tentativi di sintesi armonica. In campo giuslavoristico, uno dei migliori contributi in materia di licenziamento individuale⁸² ha cercato di interpretare il secondo comma dell'art. 41 scomponendolo in due precetti, dotati di *ratio* di tutela differenziate. In particolare, la novità di questa linea esegetica ravvisa nel precetto di *garanzia della persona* l'autentico *limite esterno* all'iniziativa economica privata: si ribadisce un orientamento che ha stabilito che in capo all'imprenditore non si pone più il generico obbligo di tutela, bensì la condizione all'esercizio dei suoi poteri, in particolare di licenziare, nel rispetto assoluto della personalità del lavoratore⁸⁵.

Nell'elencazione dei limiti di cui al comma 2, dell'art. 41 Cost., la sicurezza presenta le maggiori difficoltà di inquadramento, testimoniate da deboli riscontri anche in sede giurisprudenziale. Sebbene, tradizionalmente, sia stata intesa restrittivamente come tutela dell'integrità fisica⁸⁴, secondo

⁸² D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 98.

⁸⁵ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., 434.

⁸⁴ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, ult. cit., 440.

un'accezione evolutiva la stessa può essere qualificata, in senso più ampio, come «garanzia di disporre in ogni tempo dei mezzi necessari alla propria esistenza ed all'esistenza della propria famiglia»⁸⁵. Aderendo a questa seconda impostazione, emerge immediatamente il collegamento funzionale con il vincolante principio di sufficienza racchiuso nell'art. 36 Cost. e con le conseguenze più stringenti che ciò comporta in termini di tutela giudiziale. Ciononostante la prospettiva di una diseguaglianza di fatto dei poteri in gioco si apprezza maggiormente in relazione agli altri due valori della dignità e della libertà⁸⁶.

La dignità⁸⁷, intesa come sintesi della «posizione complessiva dell'individuo nella comunità sociale quale membro della stessa», è stata raramente invocata dalla Cassazione⁸⁸ e invece più volte richiamata dalla Corte costituzionale⁸⁹, secondo il tipo generale descritto precettivamente dall'art. 3 Cost., per rafforzare l'impianto garantistico dettato dalla procedura del licenziamento

⁸⁵ BALDASSARRE, voce *Iniziativa economica privata*, cit., 602; SMURAGLIA, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, cit., 59; NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., 445.

⁸⁶ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 602, per il quale «la libertà e la dignità umana (...) impongono la previsione legislativa di una serie di limiti dettati dal coinvolgimento della personalità umana nella vicenda del licenziamento»; ID., *Cosa significa che l'Italia è una Repubblica «fondata sul lavoro»?», in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2009, 436.*

⁸⁷ Cfr. in generale, VENEZIANI, *Il lavoro tra l'ethos del diritto ed il pathos della dignità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2010, spec. 276 ss., dove si affronta il ruolo della giurisprudenza costituzionale sul concetto di *dignità*.

⁸⁸ Cass., sez. lav., 21 marzo 1998, n. 3000, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 811, con nota di PERA, *Sulla giustificazione del licenziamento del dirigente*, secondo cui l'unico limite giustificativo alla possibilità di licenziare un dirigente (sottoposto alla disciplina dell'art. 2118 c.c.) deriva dal necessario rispetto della dignità umana ex art.41, comma 2, Cost., senza poter fare riferimento alle equiparazioni di trattamento con i dipendenti effettuate dalla contrattazione collettiva.

⁸⁹ Corte cost. 14 luglio 1971, n. 174, in [http://www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it;); Corte cost. 30 novembre 1982, n. 204, in *Foro It.*, 1982, I, 2981; Corte cost. 7 luglio 1986, n. 176, in *Foro It.*, 1986, I, 2085; Corte cost. 25 luglio 1989, n. 427, cit.; Corte cost. 23 luglio 1991, n. 364, in *Dir. lav.*, 1992, II, 39; Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 3, con nota di PERA, *Il licenziamento viziato nella forma da parte del piccolo datore di lavoro: una sentenza contraddittoria*.

– regole di forma⁹⁰ e comunicazione dei motivi⁹¹ – con lo scopo di valorizzare la partecipazione effettiva al procedimento ed assicurare il contributo e il confronto dialettico fra gli interessati in vista dell'adozione del provvedimento finale.

Un rilievo altrettanto centrale assume la libertà, intesa come capacità del soggetto di dispiegare la sua personalità nel rapporto contrattuale, assumendo fisionomia proteiforme nelle varie fasi del rapporto di lavoro, dalla nascita alla cessazione passando per lo svolgimento. Il fatto che la persona/lavoratore sia direttamente coinvolta nel rapporto, in special modo nel momento espulsivo, e quindi esposta a rischi particolarmente sensibili (si pensi ad esempio alla lesione della sua identità nel caso di un licenziamento discriminatorio) ha innescato, a livello legislativo e contrattuale, l'esigenza di una tutela più penetrante (si pensi all'apparato sanzionatorio nelle ipotesi di licenziamento nullo). In misura ancora maggiore rileva il valore della libertà, laddove l'attività svolta dal prestatore di lavoro costituisca la principale forma di sostentamento e di espressione della sua professionalità. Su questi profili (retribuzione e professionalità) le vicende estintive del rapporto di lavoro acquistano un peso determinante nella dinamica della giustificazione⁹². In sostanza, alla tutela della

⁹⁰ *Ex multis*, Cass., sez. lav., 11 giugno 2008, n. 15496, in *Mass. giust. civ.*, 2008, 6, 925; Cass., sez. lav., 22 marzo 2010, n. 6845, in *Mass. giust. civ.*, 2010, 3, 412.

⁹¹ Cass., sez. lav., 20 dicembre 2006, n. 27197, in *Mass. giust. civ.*, 2006, 12,, dove il recesso in questione non può risultare privo di qualsiasi giustificazione sociale perché concretizzantesi unicamente in condotte lesive, nella loro oggettività, della personalità del dirigente e, al fine di accertare la configurabilità del diritto del dirigente all'indennità supplementare di preavviso, «l'ingiustificatezza del recesso datoriale può evincersi da una incompleta o inveritiera comunicazione dei motivi di licenziamento ovvero da un'infondata contestazione degli addebiti, potendo tali condotte rendere quantomeno più disagevole la verifica che il recesso sia eziologicamente riconducibile a condotte discriminatorie ovvero prive di adeguatezza sociale».

⁹² Basti pensare che la retribuzione costituisce il parametro base per determinare indennità e risarcimenti in caso di licenziamento ingiustificato (Cass., sez. lav., 27 ottobre 2009, n. 22649, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2009, 1037, con nota di BORDONE, *Licenziamento illegittimo e risarcimento del danno: la retribuzione globale di fatto*), mentre la professionalità ha un peso consistente per valutare il demansionamento, in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo come *extrema ratio* (Cass., sez. lav. 22 agosto 2006, n. 18269, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, 43, con nota di FABBRI, *Legittimità dell'accordo di demansionamento*

posizione passiva del prestatore di lavoro si accompagna la protezione e la garanzia del lato attivo, con ricadute incisive sui dettati legislativi e sulle tecniche di interpretazione. La *garanzia della personalità del prestatore*⁹⁵ è divenuta il fondamento di gran parte dell'apparato protettivo in materia lavoristica (si pensi alla funzione di norma di chiusura dell'art. 2087 c.c.) e non si traduce solo nella difesa del contraente debole, ma significa anche eliminare gli ostacoli che impediscono lo sviluppo della persona e creare le condizioni più favorevoli perché possa compiutamente esprimersi (si pensi all'art. 4, l. n.604/1966, «indipendentemente dalla motivazione addotta», all'art. 15, l. n.300/1970, ecc.). Una posizione non secondaria è rivestita dallo stretto collegamento tra i diritti di libertà e i c.d. diritti sociali (diritto di sciopero e libertà sindacale)⁹⁴, grazie a cui il lavoratore si autodetermina, svincolandosi da tutti quei fattori che possono risolversi in situazioni di svantaggio, di limitazione della sfera personale e di diseguaglianza (ex art.3, comma 2, Cost.).

In questo quadro complessivo, i valori costituzionali così descritti, pur presentandosi come limiti, apparentemente esterni, posti dall'ordinamento a garanzia di beni giuridici di particolare rango⁹⁵, «attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio perché incorporate, ai sensi dell'art. 1374 c.c (ed, eventualmente, dell'art.1339 c.c.), nel regolamento contrattuale del rapporto di lavoro»⁹⁶. Non vi è dubbio che gli interessi delle parti contrapposte siano frequentemente in conflitto proprio su questo piano e come non

e adesione esplicita del lavoratore; in generale, cfr. BRUN, I licenziamenti per motivi economici, in Giorn. dir. lav. rel. ind., 2008, 661 ss.).

⁹⁵ SMURAGLIA, *La persona del prestatore nel rapporto di lavoro*, cit., 331.

⁹⁴ NATOLI, *Sicurezza, libertà, dignità del lavoratore nell'impresa*, cit., 447. L'importanza di questo collegamento è dimostrata dall'intera vicenda che ha interessato alcuni stabilimenti della Fiat (Pomigliano, Mirafiori, e più di recente le ex carrozzerie Bertone) in merito al rinnovo (separato) dei relativi contratti aziendali, i quali hanno riproposto un intenso dibattito sul contemporaneo tra la libertà d'impresa (art. 41 Cost.) ed il diritto di sciopero (art. 40 Cost.) proprio intorno a due clausole contrattuali di «esigibilità» (punti 14 e 15) contenute nell'accordo capostipite sottoscritto nello stabilimento "Gian Battista Vico" di Pomigliano d'Arco, poi riproposte nel contratto di Mirafiori.

⁹⁵ Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170, con nota di PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto inabile*.

⁹⁶ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 594.

si può pretendere, da parte dei lavoratori, un esercizio indiscriminato della propria libertà nell'ambiente di lavoro, così i datori di lavoro non possono invocare in ogni momento i propri poteri per limitare ed escludere i diritti dei dipendenti, al di là di quanto richiedano le necessità funzionali dell'apparato produttivo⁹⁷. L'individuazione dell'esatta linea di demarcazione tra l'esercizio del diritto e l'abuso è problema tra i più ardui, ma può trovare solide soluzioni nel costante riferimento ai principi generali dell'ordinamento, riletti secondo l'approccio *causale*, ed ai valori ricavabili dalle più importanti norme costituzionali precettive, recuperate dal *collegamento normativo* ex art.41, comma 2, Cost.

A tal proposito, la ricostruzione secondo tali coordinate consente di svincolare il discorso dall'inevitabile confronto con quelli che vengono definiti i presupposti per l'esercizio legittimo del potere di recesso, in particolare con il giustificato motivo oggettivo⁹⁸ di licenziamento come delineato dall'art. 3, l.

⁹⁷ Cass., sez. lav., 10 luglio 2009, n. 16196, in *Mass. giust. civ.*, 2009, 7-8, 1078, secondo cui «le norme poste dagli artt. 2 e 3, l. n. 300/1970, a tutela della libertà e dignità del lavoratore, delimitano la sfera di intervento di persone preposte dal datore di lavoro a difesa dei suoi interessi con specifiche attribuzioni nell'ambito dell'azienda (rispettivamente con poteri di polizia giudiziaria e di controllo della prestazione lavorativa), ma non escludono il potere dell'imprenditore ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c., di controllare direttamente o mediante la propria organizzazione gerarchica o anche attraverso personale esterno – costituito in ipotesi da dipendenti di una agenzia investigativa – l'adempimento delle prestazioni lavorative e quindi di accertare mancanze specifiche dei dipendenti già commesse o in corso di esecuzione, e ciò indipendentemente dalle modalità del controllo, che può avvenire anche occultamente senza che vi ostino né il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione dei rapporti né il divieto di cui all'art. 4 della stessa l. n. 300/1970, riferito esclusivamente all'uso di apparecchiature per il controllo a distanza».

⁹⁸ Senza nessuna pretesa esaustiva, cfr. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 699 ss.; FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, 323 ss.; BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 131 ss.; DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'instabile equilibrio tra le ragioni dell'impresa e i diritti dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 19 ss.; STOLFA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: i nodi irrisolti e le soluzioni possibili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 103 ss.; GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, in *Trattato di diritto*

n.604/1966 («ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»). Infatti, l'idea di negozio causale si colloca su un livello strutturale della fattispecie che trascende la tradizionale interpretazione di questa disposizione, orientata a definire la portata dei limiti all'iniziativa economica che deriverebbero da essa. Il licenziamento, dunque, sarà valido non solo quando i fatti posti a fondamento del suo esercizio rientrino nelle fattispecie astratte descritte dalle norme⁹⁹ ma anche quando l'interesse che l'operazione è destinata a soddisfare in concreto è collegato allo strumento a tal fine utilizzato, quale programma idoneo a compiere quello scopo¹⁰⁰.

Del resto, se l'assetto organizzativo e produttivo dell'impresa rimette alla "libera" valutazione del datore di lavoro ogni valutazione circa l'opportunità di interventi modificativi che comunque siano giustificati da ragioni oggettive (un giustificato motivo oggettivo), è altrettanto vero che, la libertà di iniziativa economica privata "non può svolgersi in contrasto" con la clausola costituzionale rappresentata dai valori personalistici.

Questo limite "costituzionalmente prefissato", secondo una recente pronuncia della Suprema Corte¹⁰¹ trova riscontro «nella legislazione del lavoro in varie circostanze caratterizzate dalla necessità di tutelare diritti fondamentali del lavoratore, tra cui quello avente per oggetto la conservazione del posto di lavoro,

commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da GALGANO, vol. IX, Padova 2006, 32 ss.; SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente» sulle regole interpretative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 652-653; CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 621 ss.; ID., *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Napoli, 2009.

⁹⁹ Secondo la nota ricostruzione di NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 55.

¹⁰⁰ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 603: «Alla forma scritta del licenziamento, prescritta dall'art. 2, comma 1, l. n. 604/1966 (che si applica anche ai dirigenti) la Corte cost. attribuisce un'essenziale valore – ovvero una garanzia informata al rispetto della personalità umana, indice "del valore spettante al lavoro nella moderna società industriale" che esige di essere rispettato anche laddove, "proprio a causa del più diretto rapporto con il datore di lavoro, questi finisca per trascurare elementi formali"», che riprende Corte cost. 7 luglio 1986, n. 176, cit., e Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398, cit.

¹⁰¹ Cass., sez. lav., 27 ottobre 2010, n. 21967, in *Guida al diritto*, 2010, 49-50, 54.

rispetto al quale la l. n.604 del 1966, e più specificamente l'art. 18 della l. n.300/1970 (cui deve aggiungersi l'art. 30 della Carta di Nizza, comunitarizzata con il Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, in vigore dal 1 gennaio 2009 e l'art. 24 della Carta sociale europea, rivista) stabiliscono il principio – di rango costituzionale – della salvaguardia del diritto alla tutela contro ogni licenziamento privo di giusta causa o di giustificato motivo». In altri termini, nel ridisegnare la nozione di licenziamento illegittimo, vincoli di carattere costituzionale impongono in via eteronoma gli elementi necessari per reputarlo «giustificato», così sottraendo alle parti individuali (e alla logica di mercato) la delimitazione del suo significato.

6. Tutela preventiva del «danno» e controllo giudiziale sull'attività di impresa

L'ordinamento attribuisce all'interesse del prestatore di lavoro la basilare garanzia di non essere estromesso ingiustificatamente ma ad essa accompagna anche un complesso sistema rimediale (sia pure connotato ancora da una sorta di «parallelismo delle sanzioni») che riconosce la possibilità di adire un organo imparziale per ottenere un risarcimento in denaro o in altra forma riparatoria a seguito del licenziamento illegittimo. A tal proposito, proprio grazie allo Statuto dei lavoratori (l. n.300/1970), le nuove tecniche di difesa dei diritti da esso predisposte hanno consentito alla reintegrazione¹⁰² di occupare un ruolo dominante come sanzione del licenziamento illegittimo e quale strumento di attuazione (garanzia dell'effettività) del diritto del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro¹⁰³.

In effetti, accanto alle forme di tutela risarcitoria-compensativa o per equivalente (riparazione del danno) e costitutiva (invalidazione degli atti illegittimi del datore di

¹⁰² D'ANTONA, voce *Tutela reale nel posto di lavoro*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXXI, Roma, 1994, 1 ss., ora in CARUSO-SCIARRA, *Opere*, vol. III, *Scritti sul diritto del lavoro*, t. 1, *Licenziamento individuale*, Milano, 2000, 430 ss.

¹⁰³ Per considerazioni più disincantate, cfr. MONTUSCHI, *Attualità della sanzione civile nel diritto del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 1195.

lavoro) tipiche del diritto comune¹⁰⁴, la presenza di forme di tutela specifica (in particolare gli artt. 18 e 28) rivolte a garantire la soddisfazione in natura dei diritti dei lavoratori e dei sindacati nell'impresa, è una caratteristica essenziale della l. n.300/1970¹⁰⁵. In altri termini, il vero snodo significativo dell'intero diritto del lavoro è rappresentato dalle modalità con cui la frontiera risarcitoria *lato sensu* si misura con le lesioni dei diritti inviolabili della persona del lavoratore, specie nella fase espulsiva dal rapporto di lavoro. Nonostante l'ampia «zona d'ombra» giurisprudenziale che contraddistingue l'idea di «danno» alla persona¹⁰⁶, sulle orme della migliore dottrina, si può sostenere che è necessario aggiornare l'idea di lesione di diritti del lavoratore¹⁰⁷ al «nuovo sistema di valori introdotto dalla Costituzione e imperniato sull'individuazione di una serie di valori personali (sicurezza, libertà, dignità umana, integrità fisica, salute), la cui tutela deve essere privilegiata rispetto alla protezione dei beni patrimoniali»¹⁰⁸.

Il ragionamento su questa tipologia di interessi protetti – di solito, ma non sempre, di natura non patrimoniale – richiama senza dubbio il ruolo della discussa teoria della *Drittwirkung*, la quale, attraverso il regolamento contrattuale¹⁰⁹, funzionerebbe da

¹⁰⁴ GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1979, 305 ss.; DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987, 158 ss.; VALLEBONA, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, 53 ss.; MONTUSCHI, *Rimedi e tutele nel rapporto di lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 1997, 3 ss.

¹⁰⁵ GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1991, 633 ss. Più in generale, si veda sempre GHERA, *L'esecuzione diretta ed indiretta sul diritto del lavoro*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, vol. II, Napoli, 1989, 1077 ss.; DI MAJO, *Forme e tecniche di tutela*, in *Foro It.*, 1989, V, 132 ss.

¹⁰⁶ MONTUSCHI, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 1994, I, 317 ss.; PEDRAZZOLI, *Lesioni di beni della persona e risarcibilità del danno nei rapporti di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1995, 269 ss.

¹⁰⁷ NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 287 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Danni alla persona e danno morale*, in *Riv. dir. priv.*, 2008, 463 ss.

¹⁰⁸ BUSNELLI, *Diritto alla salute e tutela risarcitoria*, in BUSNELLI e BRECCIA (a cura di), *Tutela della salute e diritto privato*, Milano, 1978, 526-527.

¹⁰⁹ In tal senso, NOGLER, *La «deriva» risarcitoria della tutela dei diritti inviolabili della persona del lavoratore dipendente*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2006, spec. 69 ss.

medium tra i diritti fondamentali evocati ed il rapporto interpretato¹¹⁰. È ovvio che non è possibile approfondire una tematica molto complessa come quella citata, tuttavia è opportuno ricordare che nel caso in cui un lavoratore pretenda di applicare una norma sul diritto fondamentale come parametro oggettivo del comportamento del datore, ciò non significa rimuovere i diritti fondamentali di cui è a sua volta portatore colui che ha posto in essere l'atto di licenziamento¹¹¹. Il giudice, in tale quadro di riferimento, chiamato a sindacare il recesso del datore, dovrebbe operare un bilanciamento¹¹² tra contrapposti diritti fondamentali, entrambi propri di soggetti privati, alla ricerca di un ragionevole e proporzionato punto di contemperamento.

La difficoltà maggiore per l'organo giudicante consiste, con tutta evidenza, in un controllo diffuso di costituzionalità o più correttamente in una tecnica di ponderazione di interessi che entrano in conflitto l'uno con l'altro: la «libertà di lavorare» come espressione del più generale principio di solidarietà sociale, intesa alla stregua di garanzia per la dignità sociale e professionale del lavoratore, ed il principio di libertà di organizzazione e di gestione dell'impresa, da declinarsi secondo il paradigma infungibile dell'utile impiego di manodopera. Ciò vuol dire che le corti, pur rimanendo ancorate ad uno stretto giudizio di legalità, dovrebbero effettuare una comparazione in concreto tra l'esercizio di libera iniziativa economica e le modalità attraverso cui si è estrinsecata. Fino a che punto la lesione di un diritto inviolabile può essere tutelato con prestazioni risarcitorie? Ma, soprattutto, fino a che punto la lesione della posizione del lavoratore che difende la legittima continuità del vincolo contrattuale può incidere sull'esercizio del potere del datore di

¹¹⁰ MENGONI, *Le obbligazioni*, in *I cinquant'anni del codice civile*, I, *Relazioni*, Milano, 1993, 248; ID., *L'argomentazione nel diritto costituzionale*, in *Ermeneutica*

e dogmatica giuridica. Saggi, Milano, 1996, 115 ss., spec. 126.

¹¹¹ NOGLER, *Danni personali e rapporto di lavoro*, cit., 297-298, nt.41.

¹¹² Più in generale, per un quadro di teoria generale del diritto sul *balancing test*, si veda ALEXY, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002, 131 ss.; ID., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars interpretandi*, 2005, 97 ss.

proseguire la propria iniziativa economica, estinguendo quella specifica prestazione di lavoro?

Una risposta univoca a questi interrogativi non è verosimile. Di sicuro la funzione argomentativa svolta, da una parte, dal licenziamento come negozio causale e, dall'altra, dai diritti della personalità come posizioni soggettive direttamente azionabili in giudizio, ai sensi dell'art. 1374 c.c, consentono di spiegare, all'interno delle regole che governano la logica del contratto di lavoro, quelle operazioni interpretative che adeguano le disposizioni legislative al diritto vivente.

Un'attenta analisi del fenomeno giuridico, secondo preziose direttive ermeneutiche¹¹³, potrebbe mettere in evidenza come tale interpretazione si traduca sostanzialmente in un duplice ordine di limitazioni per il licenziamento: 1) quelle che rappresentano i *confini esterni* del potere dell'imprenditore, al di là dei quali quel potere di recesso non trova fondamento, e che operano quando di fronte alla libera iniziativa privata si frappone un diritto soggettivo di altro soggetto di rango uguale o prevalente; 2) quelle che incidono sul *nucleo interno* del potere datoriale¹¹⁴ e che comportano l'adeguamento dell'attività, che ne è espressione, ad una gerarchia assiologica mobile¹¹⁵ desunta in via sistematica¹¹⁶. Secondo tale ottica, la clausola di garanzia dei

¹¹³ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 105.

¹¹⁴ In tale direzione, assumono un profilo specifico le *clausole generali*, cfr. MONTUSCHI, *L'applicazione giurisprudenziale del principio di correttezza e di buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Lav. dir.*, 1996, 150, il quale ricorda che: «La libertà dell'imprenditore è sicuramente insindacabile in relazione all'*an*. Differente è invece la questione concernente l'attuazione della scelta deliberata e il corretto governo delle regole, legali o contrattuali, che quella scelta impone. Sul piano teorico la distinzione appare netta: su quello pratico, si potrà convenire che la verifica, quanto al rispetto dei c.d. limiti esterni, finisce per coinvolgere, in una certa misura (al solo scopo di compiere un'analisi preliminare e del tutto strumentale), anche il merito della scelta complessiva, sulla quale il sindacato giudiziario scivola, senza minimamente incidere»; *Contra* PERSIANI, 1995, *Diritto del lavoro e razionalità*, in *Arg. dir. lav.*, 1995, 34 ss.; ID., *Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 138.

¹¹⁵ GUASTINI, *Teoria e ideologia dell'interpretazione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2006, 776; ID., *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, 302-304; ID., *Principi del diritto e discrezionalità giudiziale*, in *Dir. pub.*, 1998, 651 ss.

¹¹⁶ Lungo tale ipotesi metodologica si colloca la poderosa ricostruzione di DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, spec. 256 ss.

valori personalistici (libertà, dignità e sicurezza), oltre che autorizzare il legislatore a prevedere forme di tutela preventiva del «danno», potrebbe rappresentare un valido parametro di riferimento per l'autorità giudiziaria idoneo a risolvere la dialettica tra libertà di iniziativa economica e libertà dei soggetti implicati nel processo produttivo. La normativa ordinaria che limita il potere di licenziamento conferisce un significato specifico a quello che appare come un limite di liceità e rilevanza dell'attività di impresa. Le regole sulla giustificatezza delle motivazioni, le disposizioni procedurali che incidono sull'efficacia del provvedimento, i divieti di licenziare in determinati periodi o in particolari ipotesi, costituiscono nel complesso non solo un sistema di invalidità negoziali, ma un vincolo per l'attività organizzativa dell'imprenditore.

Ma il *framework* più ampio in cui tali disposizioni si trovano ad operare è quello stabilito dai principi europei di parità di trattamento e di effettività della tutela – in particolare, gli artt. 20, 21, 30 e 47 della Carta di Nizza¹¹⁷, comunitarizzata con il Trattato di Lisbona; artt. 1, 24, 26 e 27 della Carta sociale europea rivista – e dai consolidati valori costituzionali di ragionevolezza¹¹⁸ e di garanzia del rimedio giurisdizionale (artt. 3, comma 2, 24, 111, 117, comma 1, Cost.). Alla luce di queste importanti fonti sovranazionali e nazionali, si rafforza quella considerazione, ancora attuale, di chi ha visto nella tutela ripristinatoria delle condizioni materiali e giuridiche del lavoratore (art. 18 l. n.300/1970) illegittimamente licenziato non soltanto un interesse contrattuale all'esecuzione della prestazione¹¹⁹, bensì la difesa di un bene giuridico già nel

¹¹⁷ Per un confronto tra Carta di Nizza e Costituzione, cfr. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 58/2008.

¹¹⁸)DE LUCA TAMAJO, *Giurisprudenza costituzionale e diritto del rapporto di lavoro*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale 1 luglio 1989-31 dicembre 2005*, Roma, 2006, 45 ss.; PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2005, 1 ss.; Cass., sez. lav., 19 agosto 2004, n. 16260, in *Mass. giust. civ.*, 2004, n.7-8, .

¹¹⁹ Così NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 660, per il quale l'inquadramento contrattuale del potere di licenziamento, e la prospettiva positiva del diritto a lavorare in capo a qualsiasi titolare di un contratto di lavoro subordinato, consentono, da un lato, di superare la presunta

patrimonio di ciascun prestatore¹²⁰. La prospettiva adottata conduce alla posizione, avvalorata da un'importante sentenza delle Sezioni Unite¹²¹, che riscontra nella tutela in forma specifica (arg. ex art. 2058 c.c.)¹²², specie per quelle situazioni soggettive sguarnite di tutela reale, il riferimento sistematico sicuro che permetterebbe l'individuazione di una sanzione più adeguata ed efficace a fronte della semplice garanzia risarcitoria per equivalente, meno certa e affidabile.

Si tratta di un'opinabile linea interpretativa, tutta da verificare nel campo sperimentale del diritto del lavoro, dove, tra l'altro non è inutile per il giurista passare a volte a considerare la funzione effettivamente assolta dall'istituto giuridico (licenziamento) nella reale dinamica dei rapporti di lavoro. «Sarà così condotto fuori da quella considerazione formale e strutturale che è tipica della scienza giuridica per entrare invece nel campo

irriducibilità dell'art. 18 St. lav. ai rimedi relativi alle disfunzionalità del rapporto contrattuale, e, dall'altro lato, di attribuire una portata normativa (di diritto comune) all'ordine di reintegrazione, distinto dall'accertamento della sussistenza del rapporto di lavoro. Con l'unica precisazione che lo stesso art. 18 riconnette al contratto, in via dell'art. 1374 c.c. – riprendendo così (se non i contenuti sostanziali) la soluzione tecnica di fondo prospettata da D'Antona – la particolarità del 5° c. ovvero il diritto alla monetizzazione della reintegra».

¹²⁰ D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 117. L'autore sottolinea come «l'estromissione dal posto di lavoro, quando ne sia stata accertata l'illegittimità, configura una violazione dell'obbligo di comportamento che l'art. 41 Cost. impone all'imprenditore, ed è un *illicito* che ha tutte le caratteristiche del "danno" di cui parla l'art. 41 cpv.: per questo non va solo risarcito, *prima di tutto deve cessare*».

¹²¹ Cass., Sez. Un., 10 gennaio 2006, n. 141, cit.; Cass., sez. lav., (ord.) 28 gennaio 2011, n. 2112, cit., la quale solleva la questione di legittimità costituzionale sul virtuale equivalente monetario individuato dall'art. 32, comma 5, l. n.183/2010 – un'indennità onnicomprensiva nella misura compresa tra un minimo di 2,5 ed un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto – segnalando tratti di insufficienza e sproporzione nella tutela economica predisposta, tali da determinare un contrasto con «i principi di ragionevolezza nonché di effettività del rimedio giurisdizionale» (artt. 3, comma 2, 24, 111, 117, comma 1 Cost., art. 6 CEDU) oltre che una lesione del «diritto al lavoro» (art. 4 Cost.). Cfr. Relazione tematica n. 2, Uff. Mass. Cass., Problematiche interpretative dell'art. 32, commi 5-7, della legge n. 183/2010, cit., spec. 31 ss., www.cortedicassazione.it.

¹²² Forse, sarebbe stato più corretto applicare il combinato disposto degli artt. 1218 e 1256 c.c., cfr. MENGONI, *Intervento*, in MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di vol. I, Napoli, 1989, 151-153; PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 20.

storico e sociologico, ma questa escursione non gli sarà inutile per un miglior apprezzamento della realtà sociale anche dal punto di vista giuridico»¹²⁵.

¹²⁵ ASCARELLI, *Funzioni economiche e istituti giuridici nella tecnica dell'interpretazione*, in *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Milano, 1952, 55. Secondo SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il «diritto vivente»*, cit., 656-657, l'interazione continua tra dinamiche economiche, organizzative e sociali e produzione del diritto, condiziona il processo interpretativo in una duplice dimensione. «La prima, quella «forte», deriva dalla incorporazione nel diritto positivo dei valori prodotti dalle dinamiche sociali, quando si sono tradotti in disposizioni delle fonti comunitarie, della legge o del contratto collettivo, oppure quando *trovano riscontro nella Costituzione* o nei Trattati europei. (...) La seconda dimensione, quella «debole», deriva dalla influenza che la realtà sociale esercita sulle tecniche di interpretazione. Quest'ultima interviene sulla individuazione del "senso" da attribuire ad una disposizione in relazione alla ricostruzione della *ratio* di una particolare normativa, all'analisi delle conseguenze sociali derivanti dall'applicazione di una regola, alla coerenza con i valori fondamentali del mondo del lavoro e così via».