

TUTELA REALE E REINTEGRAZIONE AI TEMPI DELLA FLESSIBILITA'

*di Rocco D'Urso**

L'annosa questione del licenziamento illegittimo e delle sue conseguenze nell'area della stabilità reale manifesta ancora una perdurante attualità. Nel tempo del mercato del lavoro flessibile si chiede al Legislatore di intervenire anche sulla rigida disciplina dei licenziamenti. L'art. 18 e il suo dogma sono messi sempre più in discussione.

E' possibile pensare ad un qualcosa di diverso dalla reintegrazione senza che per ciò solo si riduca la tutela del lavoratore? O vi è una vera e propria "copertura costituzionale" della norma? E tale dibattito è utile o può essere svolto in maniera più proficua?

L'elaborato, partendo da un resoconto generale della disciplina dei licenziamenti, cerca di dare una risposta convincente a tali quesiti, auspicando un ripensamento del sistema alla luce del diritto del lavoro del terzo millennio.

Sommario: 1. Il sistema delle tutele nel licenziamento individuale illegittimo. 2. La pretesa copertura costituzionale dell'art. 18 Stat. lav.. 3. La tutela reale oggi: è il massimo della tutela?

1. Il sistema delle tutele nel licenziamento individuale illegittimo

La tematica connessa alle conseguenze del licenziamento illegittimo appare di pregnante rilevanza specie in riferimento al significato che assume il lavoro nella nostra società: il lavoro visto come mezzo di riscatto dell'uomo, ma anche come luogo in cui questi può sviluppare la sua personalità; il lavoro come strumento che permette concretamente la realizzazione di una

esistenza libera e dignitosa, che consente l'eliminazione delle diseguaglianze sociali, che offre alla persona la possibilità di svolgere un'attività che concorra al progresso materiale e spirituale della società.

L'insieme di questi rilievi è presente già nei principi fondamentali dell'ordinamento di cui alla Carta Costituzionale.

"L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro" - recita l'art. 1; "E' compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese" - stabilisce l'art. 3, comma 2; "La Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto" - afferma il comma 1 dell'art. 4 della Costituzione.

La parola lavoro e il diritto al lavoro sono, quindi, nell'ottica del legislatore meritevoli della massima considerazione e della massima tutela, tenuto conto dei

* Laurea Magistrale in Giurisprudenza conseguita a Bari il 23 ottobre 2009, con la concessione della lode. Dalla tesi di laurea: *La tutela reale e la reintegrazione nel posto di lavoro.*

risvolti immediati in termini di diritti di libertà, uguaglianza e democrazia. Senza la tutela del lavoro le fondamenta di un ordinamento democratico non sarebbero salde. Senza una compiuta legislazione lavoristica la Costituzione non può dirsi attuata.

Le politiche del lavoro non possono non tener conto di questa architettura costituzionale. Esse devono tendere non solo a contrastare la disoccupazione, ma anche a riequilibrare l'assetto degli interessi in gioco in modo da garantire un equilibrio delle posizioni delle parti contraenti. Diritto al lavoro vuol dire anche diritto al mantenimento del proprio posto di lavoro in presenza di condizioni logiche e razionali. Diritto al lavoro vuol dire anche rifiuto della logica commerciale e prettamente contrattuale del rapporto di lavoro.

In tema di recesso dal contratto di lavoro il primo e determinante passo in tal senso è costituito dal superamento del principio della libera recedibilità, caro ai codici liberali, di cui all'art. 2118 del cod. civ.: il legislatore del '42 presume le parti contrattuali in situazione di parità, attribuendo ad entrambe la facoltà di recedere dal rapporto in qualunque tempo e senza la necessità di alcun tipo di giustificazione.

Alla luce dell'assetto costituzionale appare evidente la contrarietà di una normativa del genere rispetto ai principi ivi enunciati. Ed infatti la prima strada percorsa dal legislatore ordinario, sotto l'impulso della Consulta¹, è quella che impone innanzitutto l'obbligo della giustificazione del licenziamento; successivamente si prevede a favore del lavoratore licenziato senza giustificazione la tutela di tipo obbligatorio: dopo la legge 1966 n. 604 e successive modifiche, dinanzi alla dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento intimato senza una giusta

causa o un giustificato motivo, al datore di lavoro è demandata la decisione di riassumere il lavoratore o, alternativamente, di versare allo stesso una indennità a titolo di risarcimento del danno. In sostanza la recedibilità c.d. *ad nutum* cede il passo ad un principio di giustificazione dei licenziamenti, che meglio si confà ai dettami costituzionali.

Il salto di qualità nel sistema delle tutele opponibili al licenziamento invalido, avviene però qualche anno dopo con lo Statuto dei Lavoratori. Frutto di grandi lotte sindacali e operaie, l'art. 18 della legge 1970 n. 300, così come modificato dalla legge 108/90, dispone una tutela di tipo reale applicabile ai datori di lavoro occupanti più di 15 lavoratori (più di cinque se imprenditori agricoli) nell'unità produttiva o nello stesso comune o più di 60 lavoratori complessivi: il giudice che dichiara invalido il licenziamento condanna il datore al risarcimento del danno stabilendo un'indennità commisurata alle retribuzioni globali di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione.

La differenza rispetto alla tutela obbligatoria è di immediata evidenza: la previsione di una tutela in forma specifica offre al lavoratore tutto ciò di cui ha bisogno, garantendogli in linea di principio la possibilità di tornare a ricoprire quel posto di lavoro. Per di più, il datore è condannato a versare al lavoratore l'equivalente delle retribuzioni globali di fatto dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegra. Sembra, in definitiva, che con tale previsione si raggiunga il punto più alto di tutela per il lavoratore: tornare indietro vorrebbe dire regredire ad uno stato di civiltà primigenio e inferiore.

2. La pretesa copertura costituzionale dell'art. 18 Stat. lav.

¹ Corte Cost. n. 45/1965, in FI, 1965, I, 1118.

Quando si discorre dei meccanismi di reazione ai licenziamenti ingiustificati si gioca una partita accessissima e avvincente, non immune da prese di posizione ideologiche. A coloro che esaltano il ruolo dell'art. 18 Stat. all'interno del sistema di garanzia contro il licenziamento illegittimo, si oppone chi, in maniera del tutto opposta sminuisce, quasi "smitizza" il contenuto della tutela; da chi ha ritenuto l'art. 18 una "bomba"² esplosa che avrebbe radicalmente mutato il sistema delle tutele del lavoro subordinato, si passa a coloro che, in maniera del tutto opposta, si pongono ad esso in netto contrasto, sminuendone il significato.

La *ratio* della legge è, come appare evidente, quella di contemperare, attraverso la ricerca di un difficile bilanciamento di interessi, la pretesa del datore di lavoro di poter gestire autonomamente la propria attività nell'esercizio della libertà d'impresa garantita dall'art. 41 Cost. (anche rispetto ad un atto "drastico" come il licenziamento) e l'esigenza del lavoratore di prestare la propria opera senza essere, al contempo, alla mercè di un datore "tiranno" e "intoccabile", arbitro della vita del lavoratore. Il punto di equilibrio è costituito dalla dimensione aziendale: il legislatore, non volendo eccessivamente incidere sulle piccole imprese, individua la soglia al di sotto della quale non si applica la tutela

² Fino a parlare di un "diritto di lavorare" in capo al lavoratore licenziato. L'espressione è già presente nel titolo dello scritto di S. CHIARLONI, Dal diritto alla retribuzione al diritto di lavorare, in Riv. trim. dir. proc. civ., 1978, p. 1461; L. CAVALLARO, Costituzioni e diritto al lavoro. Un'interpretazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, in RIDL., 2003, p. 227 ss., manifesta l'idea secondo cui la reintegrazione avrebbe trasformato il "diritto al lavoro" da diritto civile di libertà a "diritto sociale di cittadinanza", categoria di diritti che avrebbe come correlato l'obbligo dello Stato di porre in essere quei comportamenti positivi che ne possono assicurare l'attuazione. L'autore sottolinea, però, che tale trasformazione si sarebbe attuata stabilendo un obbligo "non già a carico dello Stato ... ma a carico del datore di lavoro privato".

reale, innanzitutto perché troppo onerosa, poi perché invasiva per un sistema, come quello delle piccole organizzazioni produttive, basato sul rapporto fiduciario di conoscenza e reciproca riconoscenza tra le parti contrattuali in causa.

Si tocca il *punctum dolens*, però, quando si mette in discussione a livello ontologico la tutela reale e il diritto alla reintegrazione. E' pensabile un ordinamento senza di essi? E' ammissibile ripensare l'intero sistema prescindendo dall'art. 18 Stat. lav.?

Nell'ottica delle tutele punto fermo deve per forza di cose considerarsi che l'art. 18, con la previsione del diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, certamente rappresenta per il lavoratore la forma di tutela più grande che egli possa, in linea di principio, ottenere. Questo dato di fatto deve essere pacifico. La previsione di una tutela in forma specifica è in linea con l'art. 24 della Costituzione, norma che ha una portata che va oltre il piano meramente processuale del diritto di azione e difesa, interessando, invece, anche il piano sostanziale dell'effettività ed adeguatezza al diritto della tutela³.

Se ci si fermasse alla soglia minima del risarcimento per equivalente si realizzerebbe un inammissibile *vulnus* nel sistema dell'art. 24 Cost. Il paradigma reintegratorio, già presente in relazione alla responsabilità contrattuale nell'art. 1218 c.c. e nell'art. 2058 c.c. in relazione alla responsabilità aquiliana, è in linea con l'idea già sviluppata da eminenti processualisti a inizio '900 secondo cui il processo deve fornire al soggetto per quanto è possibile "tutto quello e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire"⁴.

³ La valenza dell'art. 24 nei termini surriferiti costituisce ormai un dato acquisito dell'analisi giuridica in materia, v. per tutti L.P. COMOGLIO, Giurisdizione e processo nel quadro delle garanzie costituzionali, in RTDPC, 1994, 1070 ss..

⁴ Secondo il celebre insegnamento di G. CHIOVENDA, Principi di diritto processuale civile, Napoli, 1923, 3 ed., 81.

Al contempo, però, bisogna tener conto delle sentenze della Consulta. Escluso sin a partire dalla famosa sentenza n. 45 del 1965 e per un quarantennio⁵ che l'art. 4 integri un vero e proprio diritto alla conservazione del posto di lavoro, il banco di prova è stato la sentenza n. 46 del 2000, con la quale la Corte è stata chiamata a valutare l'ammissibilità del referendum avente come finalità l'abrogazione dell'art. 18 dello Statuto⁶.

La Corte lo ha ritenuto ammissibile, come ha fatto anche per un'altra iniziativa referendaria volta ad estenderne stavolta l'applicazione in modo generalizzato⁷.

Si legge espressamente nella sentenza che è da escludere che la disposizione di cui all'art. 18 "concreti l'unico paradigma attuativo dei principi costituzionali".

Anche la sentenza n. 41 del 2003 ci offre importanti indicazioni: si afferma che "la materia dei licenziamenti individuali è oggi regolata, in presenza degli artt. 4 e 35 Cost., in base al principio della necessaria giustificazione del recesso e del potere di adire il giudice, riconosciuto al lavoratore, in caso di licenziamento arbitrario". In ciò solo si sostanzia, secondo la Consulta, la "copertura" costituzionale.

D'altro canto in una recente sentenza del 2006 la Cassazione Sezioni Unite, intervenendo con un revirement in tema di onere della prova del requisito dimensionale, non manca di criticare l'indirizzo che ravvisa nella tutela obbligatoria la regola e nella tutela reale l'eccezione, in quanto già nel sistema generale, come esplicitato dall'art. 2058 c.c. e ricavabile dall'art. 24 Cost., la regola è la

⁵ Corte Cost. 19 giugno 1975, n. 152, in *Giur. Cost.*, 1975, 1389; Corte Cost. 8 luglio 1975, n. 189, in *Giur. Cost.*, 1975, 1514; Corte Cost. 1986, n. 2, in *Giur. Cost.*, 1986, 9.

⁶ Corte Cost. 2000 n. 46, in *FI*, 2000, I, c. 1401, con nota di M. DE LUCA, *Tutela reale contro i licenziamenti e referendum: dieci anni dopo*.

⁷ Corte Cost. 6 febbraio 2003, n. 41, in *Giur. Cost.*, 2003, 276 con nota di V. MAIO, *Ammissibilità del referendum in tema di reintegrazione nel posto di lavoro*.

tutela specifica, mentre l'eccezione è quella per equivalente. Tale schema, sempre secondo il ragionamento della Corte, dovrebbe valere a maggior ragione nel diritto del lavoro, in considerazione della protezione che il lavoratore ha in virtù di un presunto diritto soggettivo al posto di lavoro ex artt. 1, 4, 35 Cost..

Come appare evidente il dibattito sulla copertura costituzionale dell'art. 18, lungi dall'essere assopito e scontato, appare sempre in fermento. Il rapporto di lavoro esula dalla mera dimensione economico-contrattuale e coinvolge valori di rango costituzionale. La Consulta ci ingiunge di cercare un qualcosa di oltre alla tutela reale e di questo dobbiamo tenerne conto. Al contempo, però, non possiamo regredire ad un livello di tutela simile a quello della legge 604/66 e dobbiamo, di conseguenza, interrogarci sulla effettività ed attualità di una tutela come quella di cui si discute, dibattito certamente più proficuo e concreto se condotto alla luce del diritto del lavoro dei giorni nostri.

3. La tutela reale oggi: è il massimo della tutela?

Parlare di tutela reale del posto di lavoro ai tempi della flessibilità può apparire anacronistico, quasi blasfemo. In un mondo sempre più globale in cui la competitività delle imprese è un dogma non sconfessabile, si dice che una disciplina giuridica del rapporto di lavoro troppo rigida costituisca un ostacolo alla occupazione e alle possibilità di crescita delle imprese.

La flessibilità su cui si concentra l'attenzione degli operatori è innanzitutto quella in entrata, realizzata attraverso la previsione di strumenti contrattuali snelli ed efficienti rispetto agli obiettivi imprenditoriali, come è avvenuto in Italia attraverso la c.d. legge Biagi. Al contempo, però, è chiaro che in tale contesto ad essere

chiamata in causa sia anche la flessibilità c.d. in uscita, espressione con cui si richiama la necessità di alleggerire i rigidi vincoli derivanti dalle discipline dei licenziamenti.

Quale Giano Bifronte, la flessibilità in entrata richiama e mette in crisi la rigidità in uscita. Si rivolge alla disciplina dei licenziamenti l'accusa di essere un freno all'economia e di segmentare il mercato del lavoro non permettendo ai disoccupati di rientrarvi⁸; il nuovo paradigma di azione nelle politiche del lavoro è la c.d. "flexicurity"⁹: il neologismo allude alla ricerca di un punto di equilibrio tra un

⁸ Vedi in tal senso la proposta della Commissione europea del giugno 2007, il cui assunto di fondo si basa sulla Relazione sull'occupazione in Europa del 2006: vi si legge che l'esistenza di una regolamentazione troppo rigidamente protettiva dell'occupazione tende a ridurre il dinamismo del mercato del lavoro, aggravando le prospettive di lavoro delle donne, dei giovani e dei lavoratori anziani; che una deregolamentazione marginale che mantiene praticamente intatte le rigide regole applicabili ai contratti standard tende a favorire la segmentazione dei mercati del lavoro e influisce negativamente sulla produttività. Sulla stessa linea d'onda è il rapporto di novembre 2003 dell'Employment Taskforce presieduta da Wim Kok. L'Employment Taskforce, composta da esperti di diversi Stati membri e istituita allo scopo di individuare la "via maestra" per il potenziamento delle capacità della Seo di determinare un innalzamento dei tassi d'occupazione, ha presentato alla Commissione europea il rapporto Jobs, Jobs, Jobs – Creating more employment in Europe il 26 novembre 2003.

⁹ Con tale termine si individua innanzitutto la strategia in tema di flessibilità in entrata. Al contempo, però, dalle spiegazioni contenute in diversi atti della Strategia europea per l'occupazione (vedi le relazioni comuni sull'occupazione del 2002, p. 46 e del 2003-2004, p. 94, oltre che la comunicazione della Commissione del 2003, Migliorare la qualità del lavoro: un'analisi degli ultimi progressi (Com. 2003-728 def., 16) e il rapporto della Taskforce europea per l'occupazione, p. 28) si evince l'esigenza di aggiornare tale concetto per renderlo dinamico e permettergli di investire anche il rapporto di lavoro: tutela contro i licenziamenti ingiustificati, sostegno in caso di perdita del posto di lavoro, protezione dell'occupazione.

mercato del lavoro deregolamentato e più libero e un'occupazione non per questo meno sicura o più precaria da un punto di vista qualitativo. In sostanza la flessibilità non dovrebbe tradursi in precarietà e dequalificazione del rapporto di lavoro ad un livello "di inizio " 900". Però il passo ormai è stato compiuto e la flessibilità è comunque il motore che deve spingere verso il ripensamento del sistema.

Al contempo sul versante dell'hard law comunitario l'opera interpretativa della Corte di Giustizia, mancando una disciplina di protezione dai licenziamenti di carattere generale, offre un contributo importante all'interprete. La Corte non ha mancato in diverse occasioni di riconoscere valore di principio giuridico vincolante alla dichiarazione sulla normalità dei contratti a tempo indeterminato e l'eccezionalità degli altri tipi contrattuali, come ad esempio i contratti a termine¹⁰. L'affermazione di tale principio può farci tirare un sospiro di sollievo, e comunque può rappresentare un punto fermo della flessibilità unita alla sicurezza, implicando la necessità di una giustificazione obiettiva e razionale delle misure che tendono a rendere flessibile il mercato del lavoro.

Ciò che è indubbio, comunque, è che la crisi della stabilità reale e della tutela in forma specifica è provata e profonda. Il sistema della reintegrazione è eroso dall'esterno¹¹ a causa del continuo restringimento della sua area di applicazione, causato, oltre che dai limiti

¹⁰ D. IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in LD, 2007, 356. Vedi ad es. Cgce 4 luglio 2006, causa C-212/04, Konstantinos Adeneler e a. v. Ellinikos Organismos Galaktos (Elog) (reperibile su www.curia.eu.int), in cui la Corte fu sollecitata a chiarire il significato della clausola dell'accordo quadro sulla prevenzione degli abusi sulla successione dei contratti a tempo determinato contenuta nella direttiva n. 99/70 sui contratti a termine; vedi anche Cgce 22 novembre 2005, causa c-144/04, Werner Mangold v. Rudiger Helm, reperibile sul sito www.curia.eu.int.

¹¹ M.V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in LD, 2007, fasc. 3, 389 ss..

dimensionali che l'attuale legislazione consente in vario modo di tenere molto bassi, dal numero crescente di rapporti di lavoro flessibile totalmente esclusi dalla tutela contro i licenziamenti. Che spazio resta alla disciplina di cui all'art. 18 Stat. lav. nel terzo millennio se questa si applica ad un contratto standard come quello a tempo indeterminato? La domanda è d'obbligo. E la risposta sembrerebbe abbastanza ovvia, cioè nessuno spazio. Il rischio, serio e concreto, è quello di un nuovo caso di archeologia giuridica.

In tale contesto appare allora più proficuo, piuttosto che dibattere sulla questione ancestrale "art. 18 sì, art. 18 no", interrogarsi invece sulle sfide che il diritto del lavoro dell'oggi ci pone davanti. E quindi, innanzitutto, cercare di realizzare un sistema che permetta, nell'alveo della flessibilità, di cercare la stabilità, un sistema che prefigura ed esige un nuovo modello di welfare in cui lo Stato si faccia garante, non solo economicamente, contro i rischi terribili insiti nell'alternanza lavoro-non lavoro, offrendo a ciascuno l'opportunità di delineare un proprio progetto di vita¹².

E' questa la via maestra da seguire, in linea sia con la libertà d'esercizio d'impresa, sia col diritto al lavoro di cui alla Carta costituzionale. E' necessario offrire una maggiore sicurezza dei percorsi professionali, aumentare la protezione degli atipici, sviluppare politiche attive del mercato del lavoro capaci di incrementare le opportunità occupazionali, modulare le prestazioni sociali in modo da soddisfare le esigenze primarie delle persone che cambiano occupazione o lasciano temporaneamente il mercato del lavoro¹³(13). Bisogna non guardare solo alla

disciplina che pone vincoli ai licenziamenti, ma piuttosto promuovere l'occupabilità, attivare servizi per l'impiego e erogare prestazioni sociali ai disoccupati.

In questo contesto anche il dibattito sull'art. 18 L. 1970, n. 300 può essere sdrammatizzato. Persa in parte la centralità nel sistema, la tutela reale e il diritto alla reintegrazione restano una specie di posto al sole cui il sistema può tendere, senza richiedere passi indietro. Il principio ivi recepito è di grande civiltà giuridica, una pietra miliare di cui l'umanità seriamente può andar fiera. Vanno mitigati, piuttosto, gli effetti distorsivi derivanti dalle storture del sistema, come, ad esempio, l'eccessiva durata del processo del lavoro, incubo degli imprenditori, serio motivo di avversione della tutela reale; non perché il sistema è attuato male significa che bisogna abbatterlo dalle fondamenta. Ferme le basi, l'architettura va invece migliorata per far sì che il principio trovi applicazione coerente, giusta e razionale.

¹² In tal senso N. DE MARINIS, *Tutela reale avverso i licenziamenti e lavoro flessibile: un'alternativa di sistema*, in AA. VV., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti Delle Giornate Di Studio di Diritto del Lavoro di Venezia, Milano, 2008.

¹³ In questi termini, M.R. PINERO, B. FERRER, *Per una flexi-security virtuosa*, in LD, 2008, fasc. 2, 345.