

PIETRO ICHINO

## LA STABILITÀ DEL LAVORO E IL VALORE DELL'UGUAGLIANZA

Relazione al convegno dell'Accademia dei Lincei su "Il nuovo volto del diritto italiano del lavoro"  
Roma, 13-14 dicembre 2004

Sommario: 1. Un quesito cruciale in tema di uguaglianza: è giusto licenziare il lavoratore inefficiente? - 2. La stabilità del rapporto di lavoro come garanzia dell'eguaglianza. - 3. Eguaglianza vs. parità di trattamento. La questione dell'incentivo all'impegno individuale. - 4. Uguaglianza e parità di trattamento vs. libertà di impresa. - 5. Il licenziamento del lavoratore inefficiente alla luce dei tre principi costituzionali. - 6. La stabilità del lavoro regolare come fattore di diseguaglianza. - 7. La crisi del vecchio dispositivo egualitario. - 8. *Segue*. Un meccanismo ostile verso i più sfortunati. - 9. Come si incarna una opzione egualitaria "rawlsiana" nel sistema occidentale di mercato del XXI secolo.

### 1. Un quesito cruciale in tema di uguaglianza: è giusto licenziare il lavoratore inefficiente?

È stata pubblicata recentemente una sentenza della Corte di Cassazione in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che si presta molto bene come punto di partenza per una riflessione sul ruolo – forse più importante di quello comunemente riconosciuto - che il principio di uguaglianza gioca nel nostro diritto del lavoro e in particolare nel nostro diritto vivente in materia di licenziamento <sup>(1)</sup>. Il caso può schematicamente riassumersi così: le cameriere di un grande albergo sono capaci di rassettare normalmente ciascuna 30 stanze al giorno; una cameriera, per cause indipendenti dalla sua volontà, da qualche tempo riesce a rassettare soltanto 15; per questo viene licenziata. Il licenziamento può considerarsi giustificato, a norma dell'art. 3 della legge n. 604/1966 (o delle regole molto simili in vigore negli altri Paesi europei e ora nella nuova Costituzione dell'Unione Europea)?

Se cerchiamo nei repertori di giurisprudenza dell'ultimo decennio una regola a cui ancorare la soluzione del problema, ne troviamo diverse e tra loro contrastanti. Possiamo schematicamente ricondurle alle cinque massime seguenti:

- A. il licenziamento è *giustificato* se è necessario per ridurre una perdita aziendale; *ingiustificato* se mira ad aumentare il profitto <sup>(2)</sup>;
- B. il licenziamento è *senz'altro giustificato*, perché non si può imporre all'imprenditore di tenere in vita un rapporto che si svolge in perdita <sup>(3)</sup>; e anche il "costo-opportunità" –

---

<sup>(1)</sup> Cass. 5 marzo 2003 n. 3250, che può leggersi in *RIDL*, 2003, II, p. 689, con un commento del giudice del lavoro L. CAVALLARO e uno mio.

<sup>(2)</sup> V. sostanzialmente in questo senso, tra le altre, Cass. n. 6067/1994, Cass. n. 11646/1998 e Cass. n. 12514/2004, ora in *RIDL*, 2004, I, 838, con un mio commento critico. In senso contrario v. ultimamente Cass. 2 agosto 2004 n. 14744, per ora inedita, dove la Corte ha affermato l'insufficienza del bilancio aziendale in perdita per giustificare il licenziamento (questo era stato ritenuto giustificato dal giudice di primo grado, poi annullato da quello di secondo grado). Per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e dottrinali, oltre che per le indicazioni bibliografiche relative alle sentenze citate in questa e nelle note seguenti, rinvio alla più ampia trattazione della questione del giustificato motivo oggettivo di licenziamento svolta nel mio *Il contratto di lavoro*, vol. III, Milano, 2003, pp. 435-467.

<sup>(3)</sup> V. sostanzialmente in questo senso, tra le altre, Cass. n. 6067/1994 e Cass. n. 6621/1995.

cioè, nel nostro caso, la differenza di produttività tra la lavoratrice in questione e la migliore lavoratrice disponibile per sostituirla - costituisce di per sé una perdita;

- C. il licenziamento è *senz'altro giustificato*, perché il rendimento della lavoratrice è nettamente inferiore al rendimento normale, che è il rendimento dovuto per contratto <sup>(4)</sup>;
- D. il licenziamento è *senz'altro ingiustificato*, perché il rischio delle variazioni incolpevoli di rendimento è a carico dell'impresa <sup>(5)</sup>;
- E. il licenziamento è *giustificato* se l'impresa sopprime il posto di lavoro; *ingiustificato* se sostituisce la lavoratrice con un'altra <sup>(6)</sup>.

Queste massime giurisprudenziali corrispondono abbastanza bene alle massime di buon senso comune – anche queste contrastanti fra loro - con le quali la questione viene solitamente trattata e risolta dall'uomo della strada. Quando in lui prevalgono pulsioni di destra, gli udiamo solitamente dire: “l'impresa non è un ente di assistenza o beneficenza: non si può obbligare l'impresa a lavorare in perdita”; oppure: “se posso sostituire un lavoratore con una macchina, perché mai non potrei sostituirlo con un altro lavoratore più efficiente?”; oppure ancora: “l'impresa offre un trattamento standard per ottenere una prestazione standard; se la prestazione è sotto lo standard l'impresa deve poter licenziare, altrimenti fallisce”. Quando invece nell'uomo della strada prevalgono pulsioni di sinistra, gli udiamo dire: “il padrone non può tastare i muscoli al lavoratore, non può guardargli in bocca per controllarne la dentatura, come si fa con un cavallo; non può scegliersi il lavoratore più forte, più intelligente, più bello e più simpatico”; oppure: “sostituire un lavoratore con un altro significa mettere i lavoratori in concorrenza tra loro: è giusto che il diritto impedisca una guerra tra poveri”.

Se il buon senso comune fornisce indicazioni tra loro diametralmente opposte, per la soluzione del nostro problema, non è di maggiore aiuto il riferimento alla norma legislativa che disciplina la materia: di primo acchito parrebbe trarsene argomento a sostegno delle massime più permissive, ma è facile convincersi che quell'argomento prova troppo e conduce a un'interpretazione della norma sicuramente sbagliata.

Nell'art. 3 della legge n. 604/1966 si legge che “il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un *notevole inadempimento degli obblighi contrattuali* del prestatore di lavoro”: se nella nozione di inadempimento a cui la legge fa riferimento potesse ricomprendersi senz'altro anche l'inadempimento incolpevole, questa parte della norma potrebbe offrire un solido fondamento alla massima C. Ma la stessa norma può offrire fondamento anche alla massima B: il testo legislativo prosegue infatti consentendo il licenziamento per “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al *regolare funzionamento* di essa”: dunque – potrebbe ritenersi – il licenziamento è consentito in tutti i casi in cui il rapporto si svolga in perdita per l'impresa, poiché lo svolgersi in perdita non può considerarsi conforme al “regolare funzionamento” aziendale. Senonché è agevole osservare che – una volta esclusi i casi di licenziamento per motivo illecito (discriminatorio, capriccioso, o per rappresaglia), che sono oggetto del divieto di cui all'art. 4 della legge, e i casi di licenziamento disciplinare – l'imprenditore che licenzia un dipendente lo fa *sempre* perché il bilancio preventivo della prosecuzione di quel rapporto contrattuale è in

<sup>(4)</sup> V. sostanzialmente in questo senso, tra le altre, Cass. n. 3633/1994.

<sup>(5)</sup> Questo è l'orientamento giurisprudenziale che si esprime nella sentenza Cass. n. 3250/2003, cit. nella nota 1, nella quale esso è assoggettato al solo temperamento della legittimità del licenziamento nel caso di impossibilità assoluta e totale della prestazione lavorativa; sostanzialmente nello stesso senso v. Cass. n. 1421/1996.

<sup>(6)</sup> È questa la massima che compare con la frequenza di gran lunga maggiore nelle sentenze in materia di g.m.o. di licenziamento: v. tra le altre Cass. n. 3899/2001 e Cass. n. 88/2002.

perdita. Se dunque fosse sufficiente una perdita attesa qualsiasi, anche di entità minima, per giustificare il licenziamento, questo comporterebbe uno svuotamento pressoché totale del significato della norma in esame. Deve pertanto convenirsi che non basta una perdita attesa *qualsiasi* per giustificare oggettivamente il licenziamento <sup>(7)</sup>.

Se dall'art. 3 della L. n. 604/1966 non può trarsi argomento univoco a sostegno delle massime B e C, ancor più difficile è trarne argomento a sostegno della massima A, poiché la norma fa riferimento soltanto all'organizzazione produttiva e non alla contabilità dell'impresa (bilancio societario in attivo o in perdita). E ancor più difficile è trarne qualsiasi argomento a sostegno delle massime D ed E.

Queste ultime, peraltro, sono quelle ricorrenti con frequenza nettamente maggiore nella nostra giurisprudenza: occorre dunque interrogarsi sul perché di questo orientamento giurisprudenziale dominante. Una possibile risposta si trova considerando una delle funzioni più rilevanti svolte *di fatto* dal diritto del lavoro: la garanzia dell'eguaglianza tra i lavoratori.

## 2. La stabilità del rapporto di lavoro come garanzia dell'eguaglianza

Alcuni istituti tradizionalmente propri del diritto del lavoro – e di quello italiano in particolare – sembrano creati allo scopo principale di produrre un effetto di eguagliamento fra i lavoratori, facendo sì che la determinazione iniziale del trattamento in sede di negoziazione individuale prescindano il più possibile dalla produttività effettiva del singolo e proteggendo, nei limiti del possibile, i più deboli contro successive riduzioni, motivate dal manifestarsi di difetti di produttività. In particolare, l'insieme di questi istituti fa leva sull'asimmetria informativa per cui il datore di lavoro al momento dell'assunzione conosce male le capacità del lavoratore (soprattutto – ma non soltanto – quando questi sia un giovane al primo impiego): il meccanismo protettivo tende, per così dire, a coltivare quella asimmetria informativa, ostacolando tutto quanto può ridurla, nella fase della costituzione del rapporto (con l'effetto che il trattamento contrattuale deve essere fissato *ex ante*, sulla base della produttività media attesa “di categoria”); tende poi a impedire l'aggiustamento successivo in costanza del rapporto stabilizzato.

Considerato in questa luce, il contratto di lavoro funziona come una sorta di polizza assicurativa, accollando all'impresa il rischio dell'inefficienza futura (non causata da colpa osservabile) e producendo così un effetto di eguagliamento tra i lavoratori.

Svolgono, in maggiore o minore misura, la funzione di impedire la conoscibilità *ex ante* delle qualità produttive del lavoratore:

- la regola del *collocamento al lavoro sulla base di “richiesta numerica” per categoria e qualifica*, richiesta presentata dal datore di lavoro all'organizzazione sindacale (clausola di *closed shop* nelle sue versioni più severe *pre-entry* e *labour pool c. s.*) oppure all'ufficio di collocamento pubblico, il quale procede all'avviamento sulla base di graduatorie basate soltanto sull'anzianità di iscrizione alla lista e dei carichi di famiglia; è questa una regola che, nella seconda versione, è rimasta in vigore nel nostro Paese come norma generale - ancorché limitata da numerose eccezioni e di fatto larghissimamente disapplicata - fino al 1991; si applica tuttora per il collocamento obbligatorio dei disabili;

- la *disciplina limitativa del patto di prova* e in particolare la relativa limitazione temporale inderogabile;

- la *disciplina limitativa del contratto a tempo determinato e del lavoro temporaneo tramite agenzia*, che impedisce l'uso del rapporto a termine come un lungo periodo di prova;

---

<sup>(7)</sup> Rinvio ancora al mio scritto citato nella nota 2 per una più estesa argomentazione a sostegno di questa affermazione.

- i *divieti di indagine del datore di lavoro* sulle opinioni e la vita privata del lavoratore, sui suoi precedenti penali, sulle sue malattie e il suo stato di salute.

Svolgono invece la funzione di impedire l'aggiustamento *ex post* del trattamento alle qualità produttive del lavoratore, conosciute dal datore di lavoro in costanza di rapporto:

- i *meccanismi di progressione di carriera riferiti alla sola anzianità di servizio* (promozione automatica), diffusamente previsti dalla contrattazione collettiva;

- i *meccanismi di progressione retributiva automatica riferiti all'anzianità di servizio* (scatti di anzianità), questi pure diffusamente previsti dalla contrattazione collettiva;

- in generale, tutte le *regole che privilegiano la seniority* nella scelta dei lavoratori da sospendere dal lavoro, collocare in mobilità o comunque licenziare (*last in first out*): sono le regole che hanno la massima diffusione su scala mondiale;

- la *disciplina limitativa dei licenziamenti*, nella misura in cui essa impedisce al datore di lavoro di sostituire il lavoratore che si rivela in concreto meno capace di adattarsi agli *shock* tecnologici, o di sostituire quello che in qualsiasi altro modo si rivela o diventa meno produttivo per cause inerenti alla sua persona, come accade alla cameriera sfortunata nel caso da cui abbiamo preso le mosse.

Le ultime due massime giurisprudenziali individuate nel primo paragrafo, in materia di giustificato motivo obbiettivo di licenziamento (*D*: è vietato licenziare l'inefficiente incolpevole; *E*: è vietato licenziare il lavoratore per sostituirlo con un altro lavoratore) si inseriscono perfettamente nel meccanismo tendente a garantire l'efficacia della scelta preventiva per l'eguaglianza. Questa – finché non se ne trovi un'altra più convincente – può dunque essere indicata come la loro ragion d'essere fondamentale, che si traduce in giustificazione sul piano giuridico positivo alla luce del principio sancito dal secondo comma dell'art. 3 della nostra Costituzione: quello che impone alla Repubblica di adoperarsi per rimuovere gli ostacoli all'eguaglianza sostanziale tra i cittadini, cioè per costruire l'eguaglianza tra diseguali.

Questa chiave di lettura del diritto del lavoro presenta alcune notevoli assonanze con la teoria della giustizia basata sulla “preferenza *a priori* per l'eguaglianza”, proposta da John RAWLS all'inizio degli anni '70<sup>(8)</sup>. L'idea del filosofo statunitense è che - in una situazione originaria nella quale gli individui, liberi e razionali, ignorino la propria posizione concreta (il “velo dell'ignoranza”), cioè non conoscano le dotazioni e posizioni sociali riservate a ciascuno di loro in un futuro incerto (la “lotteria naturale”), ma ben conoscano la propria avversione al rischio di trovarsi tra i diseredati e gli esclusi dal benessere - essi siano indotti dal proprio interesse egoisticamente inteso, prima ancora e indipendentemente da eventuali motivi etici, a scegliere di darsi contrattualmente un assetto sociale ispirato a un principio di eguaglianza, che si concreta in regole di massima uniformità nella distribuzione dei diritti fondamentali e che consente eventuali disuguaglianze nella distribuzione di diritti e risorse soltanto quando queste operino in favore di chi risulti in concreto svantaggiato, al fine di ridurne lo svantaggio<sup>(9)</sup>. L'ordinamento fondato su tale principio si propone dunque di perseguire l'uguaglianza nonostante le diversità di dotazioni e di posizioni sociali destinate a determinarsi via via in concreto, anzi contrastando tale diversità sul nascere, oppure contrastandone gli effetti differenziatori sul piano della ricchezza e del benessere.

<sup>(8)</sup> J. RAWLS, *A Theory of Justice*, 1971. tr. it. a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982.

<sup>(9)</sup> “... noi non facciamo altro che riunire in una sola concezione un insieme di condizioni ... che, dopo opportuna riflessione, siamo pronti a riconoscere come ragionevoli. ... Un modo di guardare all'idea della posizione originaria è ... quello di vederla come un artificio espositivo che riassume il significato di queste condizioni e ci aiuta a trarne le conseguenze” (op. cit. nella nota prec., p. 35 dell'edizione italiana).

Possiamo pensare al diritto del lavoro come a un meccanismo che - attraverso gli istituti e le norme che abbiamo sopra considerato - tende a far sì che le condizioni contrattuali siano negoziate, con effetti tendenzialmente stabili, in una situazione di ignoranza o forzata indifferenza circa le dotazioni e qualità dei singoli lavoratori, analoga a quella che RAWLS nel suo paradigma assume come “situazione originaria” caratterizzata dal “velo dell’ignoranza”. L’assimilazione, per questo aspetto, del meccanismo fondato sull’insieme di quegli istituti al paradigma rawlsiano consente di individuare una giustificazione razionale di questa parte del diritto del lavoro, a sé stante e autonoma rispetto alle altre che pure sono state individuate dagli studiosi di economia del lavoro <sup>(10)</sup>: di considerare cioè come ragion d’essere del diritto del lavoro, almeno nella sua parte qui considerata, una preferenza *a priori* per l’eguaglianza, derivante a sua volta dall’avversione al rischio che connota la generalità degli esseri umani e si manifesta nella loro preferenza per soluzioni di tipo *lato sensu* “assicurativo”, quando essi si trovano sotto il “velo dell’ignoranza” riguardo alla propria situazione futura e alle dotazioni di cui disporranno.

Va detto subito che l’assimilazione del dispositivo giuslavoristico sopra evidenziato al paradigma rawlsiano è possibile solo al prezzo di una banalizzazione di quest’ultimo e della obliterazione di alcuni aspetti assai rilevanti della teoria della giustizia proposta dal filosofo statunitense. Innanzitutto, egli teorizza un sistema che garantisca non tanto una parità nella distribuzione delle risorse materiali, quanto una equa parità nella distribuzione delle opportunità, ovvero delle aspettative che ciascun individuo può ragionevolmente e attivamente coltivare. Inoltre, costituisce parte integrante di quella teoria anche un “principio di differenza” col quale egli giustifica una differenziazione dei trattamenti volta a consentire la valorizzazione della maggiore produttività dei più dotati, quando questa valorizzazione riporti congruamente anche a vantaggio dei meno dotati <sup>(11)</sup>. In altre parole, l’opzione rawlsiana per l’uguaglianza non può intendersi in senso statico, ma deve essere vista dinamicamente, tenendosi conto dei meccanismi che determinano la risposta del sistema economico alle regole via via impostegli. Nella situazione originaria a cui RAWLS fa riferimento il “velo dell’ignoranza” copre soltanto gli esiti della lotteria naturale e sociale, non i meccanismi generali secondo i quali il sistema funziona <sup>(12)</sup>. Su questo punto torneremo nell’ultima parte del discorso; in questa parte iniziale, l’assimilazione del dispositivo giuslavoristico al paradigma rawlsiano – per quanto approssimativa e criticabile sul piano della lettura corretta del filosofo statunitense – è utile per individuare e sottolineare una ragion d’essere fondamentale del diritto del lavoro europeo continentale, nella sua configurazione che ha dominato per tutta la seconda metà del secolo XX.

---

<sup>(10)</sup> Per un censimento di queste possibili giustificazioni razionali rinvio ancora, per brevità, al primo capitolo del mio *Il contratto di lavoro*, cit. nella nota 2.

<sup>(11)</sup> Il “principio di differenza”, è inteso da RAWLS nel senso di “un accordo per considerare la distribuzione delle doti naturali come un patrimonio comune e per suddividere i benefici di questa distribuzione, qualunque essa sia”. Egli precisa in proposito che “Coloro che sono stati favoriti dalla natura, chiunque essi siano, possono trarre vantaggio dalla loro buona sorte solo a patto che migliorino la situazione di coloro che ne sono rimasti esclusi. Coloro che sono naturalmente avvantaggiati non devono ottenere dei benefici solo perché sono più dotati, ma soltanto allo scopo di coprire i costi della loro educazione e della loro formazione professionale e di usare il loro talento per favorire anche i meno fortunati. Nessuno merita né le sue maggiori capacità naturali né una migliore posizione di partenza nella società. Ma ciò non implica che si devono eliminare queste distinzioni. Esiste un modo di considerarle. La struttura fondamentale può essere modificata in modo che questi fatti contingenti operino per il bene dei meno fortunati” (op. cit., pag. 98 dell’ed. italiana). Per una ampia discussione in proposito v. ultimamente C. ARNSPERGER, P. VAN PARIJS, *Quanta diseguaglianza possiamo accettare?*, Bologna, il Mulino, 2003, e ivi particolarmente il cap. V, “variazioni sul tema di Rawls”, pp. 67-81.

<sup>(12)</sup> In questo senso M. FERRERA ha parlato, in un recente seminario organizzato dal Dipartimento di Studi del Lavoro dell’Università di Milano, di una “ignoranza illuminata dalle cognizioni fornite dalle scienze sociali”.

### 3. Eguaglianza vs. parità di trattamento. La questione dell'incentivo all'impegno individuale

Il principio di eguagliamento che può vedersi sotteso al dispositivo giuslavoristico sopra descritto è soltanto uno dei principi fondamentali a cui il diritto del lavoro si è proposto di dare attuazione nell'ultimo mezzo secolo: altro e ben diverso è il principio di parità di trattamento - fatto proprio dagli ordinamenti internazionali, dall'ordinamento comunitario e da tutti gli ordinamenti nazionali moderni - che si compendia nell'espressione *equal treatment for work of comparable worth*. Mentre con il primo si persegue l'eguaglianza tra le persone in quanto tali, indipendentemente dalla loro produttività, con il secondo si persegue la precisa commisurazione del trattamento al "valore" della prestazione lavorativa: è il principio che nella nostra Costituzione è sancito dall'art. 36, nella parte in cui esso prevede appunto il proporzionamento della retribuzione del lavoratore "alla quantità e qualità del suo lavoro".

Il principio del pari trattamento per prestazioni di pari valore comporta, sì, il divieto di considerare alcune differenze tra le persone, donde l'eguaglianza di trattamento nonostante quelle differenze; ma comporta anche che siano ben considerate le differenze di valore della prestazione lavorativa, donde la corrispondente *disuguaglianza*: un effetto opposto a quello cui tende il dispositivo giuslavoristico esaminato nel paragrafo precedente. E questa disuguaglianza non è riconducibile al "principio di differenza" rawlsiano<sup>(13)</sup>, perché essa è consentita o addirittura perseguita come valore *in sé*, indipendentemente dalla sua idoneità a produrre indirettamente effetti benefici per i soggetti più svantaggiati.

Il discorso, poi, si complica se consideriamo che questa disuguaglianza è, certo, in larga parte determinata dalla dotazione originaria di ciascun lavoratore, ma in parte anche dal suo impegno. E la linea di confine tra le due parti sovente non è facilmente determinabile; ancor meno è dimostrabile in sede giudiziale. Il principio di parità di trattamento inteso nel senso della commisurazione svolge dunque, proprio attraverso la disuguaglianza che esso produce, anche una funzione non facilmente sostituibile di incentivo all'impegno individuale.

La realtà è che tutti gli ordinamenti giuslavoristici nazionali, a ben vedere, fanno propri entrambi i principi - di eguagliamento e di commisurazione -, pur tra loro contrastanti, postulando un contemperamento tra di essi. Ciascun ordinamento li coniuga in modo diverso, privilegiando in varia misura l'uno o l'altro, secondo scelte che hanno sovente nel tempo un andamento pendolare; ma la dialettica tra i due principi è sempre presente e facilmente osservabile. Ed è facilmente riconducibile a quella dialettica il dibattito tra "sinistra" e "destra" giuslavoristiche: la prima - sia essa ispirata a ideali di matrice marxista, cattolica, o di altro genere - schierata tradizionalmente in difesa dei meccanismi produttivi di una uguaglianza *a priori* e pertanto limitativi della concorrenza tra i lavoratori sul piano della maggiore produttività, la seconda schierata tradizionalmente in difesa della commisurazione del trattamento alla quantità e qualità della prestazione, nonché delle prerogative del *management* in questo campo.

### 4. Uguaglianza e parità di trattamento vs. libertà di impresa

Un terzo principio fondamentale col quale occorre fare i conti nella nostra materia è quello della libertà di impresa, mediante il quale la nostra Costituzione (art. 41) colloca

---

<sup>(13)</sup> V. ancora nota 11.

l'intero sistema nel contesto dell'economia di mercato occidentale. Principio, questo, da cui la giurisprudenza giuslavoristica desume in modo fermissimo, almeno sul piano teorico astratto, la regola dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali di gestione aziendale, ivi comprese quelle inerenti all'organizzazione del lavoro.

Il principio di libertà di impresa non è di per sé incompatibile con il principio egualitario di cui all'art. 3 Cost.; in particolare, non è di per sé incompatibile con il dispositivo giuslavoristico che a quest'ultimo principio si ispira e dà attuazione nelle forme che abbiamo esaminato sopra: nulla vieta di pensare a un imprenditore del tutto libero di intraprendere, salvo che per il vincolo di doversi avvalere di una forza lavoro assunta "a scatola chiusa" e retribuita secondo un criterio uniforme riferito alla produttività media. Quel dispositivo entra tuttavia in tensione con la regola dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali là dove esso attiva un controllo giudiziale sulla perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto di lavoro, ovvero sul bilancio preventivo del rapporto stesso, ai fini dell'accertamento del motivo oggettivo del licenziamento: quanto più questo controllo si sovrappone alla valutazione discrezionale dell'imprenditore circa la produttività del rapporto e i relativi costi-opportunità, tanto più la regola dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali ne risulta disattesa.

Qualche tensione si determina anche tra il principio di libertà di impresa e il principio di parità di trattamento o di commisurazione, quando l'attuazione di quest'ultimo comporti il sovrapporsi della valutazione comparativa del giudice a quella dell'imprenditore sulla produttività ("quantità e qualità") delle prestazioni lavorative.

## 5. Il licenziamento del lavoratore inefficiente alla luce dei tre principi costituzionali

Torniamo alle cinque massime giurisprudenziali in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, dalle quali abbiamo preso le mosse. Per facilitare il ragionamento su di esse può essere utile un minimo di formalizzazione del loro contenuto pratico, mediante l'uso di simboli algebrici. Chiamiamo dunque:

$\theta_i$  il numero di stanze rassetate dalla cameriera del cui licenziamento si discute,

$\theta_n$  il numero di stanze rassetate *normalmente* dalle cameriere dell'albergo,

ovvero il rendimento normale.

Abbiamo visto nel § 1 che - se si escludono i motivi illeciti (discriminatori, di capriccio o di rappresaglia) e il motivo disciplinare, cioè la colpa della lavoratrice - l'imprenditore che licenzia un dipendente lo fa *sempre* perché il bilancio preventivo della prosecuzione di quel rapporto contrattuale è in perdita; e questo accade soltanto se effettivamente si riduce il suo fabbisogno di lavoro e/o se il mantenere in servizio la cameriera comporta per lui un costo-opportunità, essendo possibile sostituirla con un'altra più efficiente. Questo è il caso da cui abbiamo preso le mosse, nel quale il rendimento della cameriera è sceso, senza sua colpa, sotto il rendimento normale:

$$\theta_i < \theta_n$$

Quando questo accade, una parte (minoritaria) della giurisprudenza

- ritiene il licenziamento giustificato, secondo la massima A, a condizione che il bilancio aziendale sia in perdita;

- ritiene che il licenziamento sia giustificato in ogni caso, secondo la massima B, poiché ciò significa che il singolo rapporto di lavoro è in perdita, e tanto basta;

- ritiene che il licenziamento sia giustificato in ogni caso, secondo la massima C, poiché  $\theta_n$  è la prestazione dovuta, al di sotto della quale è sempre ravvisabile l'inadempimento, ancorché incolpevole.

Esaminiamo queste prime tre massime alla luce dei tre principi sopra individuati: quello dell'eguagliamento, quello della commisurazione e quello della libertà di impresa.

La massima A – quella secondo cui, perché il licenziamento sia giustificato, è sufficiente che il bilancio aziendale sia in perdita – non sembra riconducibile a nessuno dei tre principi costituzionali considerati, ponendosi invece in grave contrasto con ciascuno di essi. In un mercato concorrenziale <sup>(14)</sup> il bilancio aziendale può essere in pareggio o in attivo solo in quanto l'imprenditore si attivi costantemente per eliminare i singoli rapporti che si svolgono in perdita *prima* che vada in rosso l'intero bilancio aziendale; impedire all'imprenditore di attivarsi per prevenire lo sbilancio, consentendogli di attivarsi soltanto quando lo sbilancio si sia ormai verificato, contrasta dunque innanzitutto con il principio di libertà di impresa. Ma quella massima contrasta altresì con il principio di commisurazione, per la parte in cui inibisce indiscriminatamente il licenziamento (differenziazione del trattamento in relazione alla quantità/qualità della prestazione) all'impresa con bilancio in attivo e, simmetricamente, contrasta con quello di eguagliamento per la parte in cui lo consente indiscriminatamente all'impresa con bilancio in perdita.

La massima B – quella secondo cui per la legittimità del licenziamento basta che sia in perdita il bilancio preventivo del singolo rapporto di lavoro – trova agevolmente un fondamento nel principio di libertà di impresa e in quello di commisurazione: il legittimo titolare dell'impresa può fare quello che ritiene necessario per ridurre i costi e incrementare l'utile; donde, almeno tendenzialmente, un premio per i dipendenti più efficienti. Ma questa massima porta con sé un sacrificio netto del principio di eguagliamento.

La massima C - secondo cui per la legittimità del licenziamento basta che la prestazione lavorativa sia meno produttiva del normale, configurandosi così comunque un inadempimento – trova il suo fondamento principale nel principio di commisurazione: può essere licenziato il lavoratore obiettivamente inadempiente, intendendosi per tale quello il cui rendimento si colloca al di sotto dello standard obiettivamente dovuto. A ben vedere, questa massima attribuisce rilievo all'evento passato o presente (l'inadempimento verificatosi), in quanto fonte di ragionevole previsione di un evento futuro (la perdita attesa): per questo aspetto, dunque, essa si pone in armonia anche con il principio di libertà di impresa al pari della massima B. Ma, al pari della massima B, essa produce un sacrificio netto del principio di “eguagliamento” <sup>(15)</sup>.

Quanto alle ultime due massime – secondo le quali, rispettivamente, può essere licenziato per inefficienza soltanto il lavoratore che ne sia colpevole (D) ed è vietato licenziare il lavoratore per sostituirlo con uno più efficiente (E) – esse trovano invece, come si è visto nel secondo paragrafo, il loro fondamento costituzionale nel principio di “eguagliamento”; il principio di commisurazione è applicato soltanto in riferimento all'impegno profuso

---

<sup>(14)</sup> Diversa è la posizione del monopolista, che può permettersi di mantenere stabilmente rapporti di lavoro produttivi di perdite, quando queste sono coperte dalla rendita derivante per lui dall'assenza di concorrenza. Questa considerazione potrebbe costituire argomento per l'applicabilità della massima A all'impresa operante in regime di monopolio. Non mi risulta, tuttavia, che né in Italia né altrove siano mai state emanate sentenze tendenti a differenziare il criterio di valutazione del licenziamento economico a seconda della struttura monopolistica o concorrenziale del mercato dei beni o dei servizi in cui opera l'impresa.

<sup>(15)</sup> Il sacrificio del principio di eguagliamento portato dalla massima C può ridursi se la nozione di “inadempimento notevole”, cui fa riferimento l'art. 3 della legge n. 604/1966, viene interpretata (non nel senso della necessità di una differenza “apprezzabile”, ma) nel senso della necessità che la differenza  $\theta_i < \theta_n$  assuma un valore particolarmente elevato. In questo caso il risultato pratico dell'applicazione della massima C può avvicinarsi, fino a coincidere, con quello delle massime D ed E, secondo la lettura e applicazione che ne viene proposta *infra* in questo paragrafo.

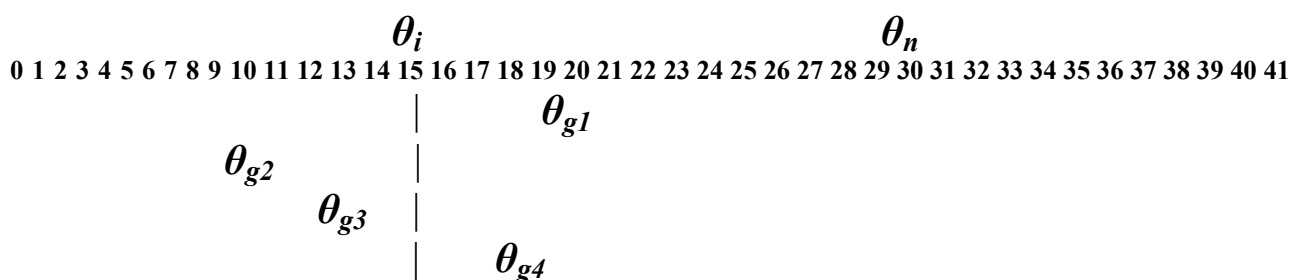


Nel caso della cameriera d'albergo che abbiamo assunto come banco di prova del ragionamento, dunque, non può negarsi l'esistenza di un numero minimo giornaliero di stanze rassettate, al di sotto del quale la lavoratrice può essere licenziata. Il divieto di sostituzione della cameriera con una più efficiente, pertanto, non può essere *assoluto*: la legittimità o no della sostituzione dipende dall'entità della differenza di produttività tra le due ( $\theta_n - \theta_i$ ), che è quanto dire dall'entità del costo-opportunità che prevedibilmente grava sull'albergatore in conseguenza della prosecuzione del rapporto; e dall'opinione del giudice circa la collocazione di  $\theta_g$ , che è quanto dire dal modo in cui il giudice stesso nel caso concreto contempera il principio di eguagliamento con gli altri due.

Ora, immaginiamo un plausibile svolgimento della vicenda giudiziale conseguente all'impugnazione del licenziamento. Ipotizziamo, ad esempio, che in un primo tempo il giudice della fase cautelare ritenga sufficiente, per giustificare il licenziamento, la riduzione permanente di un terzo della capacità lavorativa ( $\theta_{g1}$ ), quindi a maggior ragione la riduzione della metà verificatasi nel nostro caso ( $\theta_i$ ); ma che in seguito, nel giudizio di merito di primo grado, un altro giudice ritenga invece necessaria una riduzione permanente della capacità lavorativa di almeno due terzi ( $\theta_{g2}$ ) e conseguentemente annulli il licenziamento, ordinando la reintegrazione della cameriera nel suo posto. Il rapporto di lavoro riprende, con la perdita conseguente a carico dell'albergo, eventualmente aumentata dal fatto che nel frattempo è stata assunta un'altra cameriera in sostituzione di quella inefficiente, per cui la prestazione di quest'ultima, a questo punto, è del tutto superflua. Ipotizziamo poi che anche il giudice d'appello ritenga necessaria, per giustificare il licenziamento, una riduzione permanente del rendimento superiore alla metà ( $\theta_{g3}$ ) e che però questa sentenza venga annullata in Cassazione, con rinvio a un nuovo giudice di merito, che alla fine dia ragione all'impresa ( $\theta_{g4}$ ).

---

figura 2



$\theta_{g1}$  = esito del giudizio cautelare (impugnazione respinta)

$\theta_{g2}$  = esito del giudizio di merito di 1° grado (licenziamento annullato)

$\theta_{g3}$  = esito del giudizio d'appello (licenziamento annullato)

$\theta_{g4}$  = esito del giudizio di rinvio, in seguito a cassazione della sent. d'appello (licenziamento convalidato)

---

Secondo un orientamento giurisprudenziale che ha prevalso incontrastato per un ventennio – e che solo ultimamente è stato disatteso da alcune sentenze di Cassazione <sup>(17)</sup> - circa l'interpretazione e applicazione dell'art. 18 St. lav., retribuzioni e contributi previdenziali pagati dall'impresa nel lungo periodo che può intercorrere tra la sentenza di merito di primo

---

<sup>(17)</sup>è Cass. n. 8263/2000.

grado, ad essa sfavorevole, e l'ultima sentenza, di segno contrario, non possono essere recuperati, neppure se durante l'intero periodo la cameriera è stata lasciata del tutto inattiva: l'impresa può star contenta se riesce a recuperare quanto pagato a titolo di risarcimento del danno per il periodo intercorso tra il licenziamento e la prima sentenza di merito.

Le cose, ovviamente, vanno peggio per il datore di lavoro se è la sentenza  $\theta_{g2}$  o la  $\theta_{g3}$  ad arrivare per ultima: in questo caso, non gli sarà servito a nulla ottenere la sentenza favorevole  $\theta_{g1}$  o la  $\theta_{g4}$  in una fase intermedia, poiché alla fine, oltre a reintegrare la cameriera nel suo posto di lavoro, egli dovrà anche risarcirla di tutte le retribuzioni perdute dalla data del licenziamento, nonché pagare i relativi contributi previdenziali e le sanzioni per la tardività del versamento.

In altre parole: per effetto del particolare apparato sanzionatorio disposto dall'art. 18 St. lav., così come esso è stato fin qui prevalentemente interpretato e applicato, al datore di lavoro basta incontrare il giudice più severo anche una sola volta per subire una perdita cospicua, indipendentemente dall'esito finale della causa. Questo fa sì che egli determini le sue scelte, in materia di licenziamento, facendo riferimento non all'orientamento giurisprudenziale medio, ma agli orientamenti giurisprudenziali più severi (nel nostro caso  $\theta_{g2}$  e  $\theta_{g3}$ ), ovvero a quelli che attribuiscono il maggior peso al principio di eguagliamento rispetto a quello di commisurazione e a quello della libertà dell'imprenditore nella scelta dei dipendenti più efficienti.

## 6. La stabilità del lavoro regolare come fattore di disegualianza

Proprio in riferimento al principio di eguaglianza, tuttavia, il vecchio meccanismo egualitario del nostro diritto del lavoro, incardinato sulla nozione di giustificato motivo di licenziamento e di contenuto assicurativo del rapporto, illustrata nelle pagine che precedono, presenta alcuni difetti immediatamente evidenti.

Innanzitutto, a causa della discrezionalità lasciata al giudice nella determinazione della soglia di perdita attesa idonea a giustificare il licenziamento, quel meccanismo opera di fatto in modi diseguali da zona a zona: nel caso da cui abbiamo preso le mosse, alla cameriera tocca una sorte diversa a seconda dell'orientamento del giudice del luogo in cui si trova l'albergo, poiché ogni giudice ha una propria idea circa la soglia minima delle stanze rassettate (più precisamente: il valore della differenza  $\theta_n - \theta_i$ ), al di sotto della quale può scattare il licenziamento. E la stessa alea si ripropone in sede di Cassazione: basti considerare che, come si è visto, ciascuna delle cinque massime sopra proposte è ben rappresentata, ancorché con frequenza differente, nella giurisprudenza di legittimità più recente.

In secondo luogo, anche là dove la decisione sia affidata al giudice più egualitarista, come pure si è visto, può sempre accadere che la soglia venga superata (perché il divieto di sostituzione non può essere assoluto) e che la lavoratrice incolpevole sia pertanto licenziata legittimamente, senza alcun indennizzo: per una stanza rassettata in più o in meno, la nostra cameriera d'albergo può salvarsi o perdere tutto. Sotto il profilo della "preferenza *ex ante* per l'uguaglianza", cui dovrebbe fondamentalmente ispirarsi quel meccanismo, qui c'è evidentemente qualche cosa che non collima perfettamente: proprio la cameriera che risulta più gravemente perdente alla lotteria della vita viene abbandonata a se stessa, senza che il costo da lei sopportato per l'espulsione dal posto di lavoro venga in alcun modo internalizzato nel bilancio dell'impresa.

Sempre sotto il profilo del principio di eguaglianza, il vecchio meccanismo presenta anche alcuni altri difetti, meno immediatamente evidenti, ma in realtà più gravi di quelli testé individuati:

- più il lavoro regolare è stabile, più è difficile per il disoccupato, il precario e l'irregolare uscire dalla loro posizione: in altre parole, la protezione della stabilità rischia di generare il fenomeno del mercato del lavoro duale, diviso in compartimenti tra loro poco o nulla comunicanti;

- inoltre, il lavoratore meno efficiente che, nonostante la protezione contro il licenziamento offertagli dal sistema, perde il posto si trova a negoziare una prestazione della quale è ormai conoscibile la produttività  $\theta_i$  inferiore a  $\theta_n$ : cioè una prestazione che si colloca, rispetto alla categoria di appartenenza, visibilmente nella parte inferiore alla media; in questo caso lo standard minimo inderogabile di trattamento determinato in riferimento alla produttività normale  $\theta_n$  si ritorce contro il lavoratore, esponendolo al rischio di disoccupazione di lunga durata; in altre parole, il meccanismo di eguagliamento si trasforma per lui in meccanismo di esclusione (la nostra cameriera d'albergo, se il giudice riterrà giustificato il licenziamento, troverà un nuovo posto di lavoro con difficoltà tanto maggiore quanto più rigido è il dispositivo giuslavoristico che la ha protetta fino a quel momento);

- infine, in un mercato caratterizzato dall'asimmetria informativa circa la qualità delle prestazioni lavorative offerte, di cui si è detto nel § 2, se è consentito ai lavoratori (che sanno di essere) più efficienti di collocarsi al di fuori dell'area di applicazione della protezione, essi tendono a farlo, avendo un forte incentivo a sottrarsi al meccanismo egualitario: il fenomeno può manifestarsi sotto forma di spostamento dall'area del lavoro subordinato a quella del lavoro autonomo <sup>(18)</sup>, oppure sotto forma di spostamento dal paese con tasso di rigidità della protezione del lavoro più elevato a quello con tasso inferiore (è quanto accade, ad esempio, nel mercato del lavoro universitario tra Europa continentale e U.S.A.); in questo caso il meccanismo egualitario si riduce a un meccanismo di solidarietà tra i soli più deboli e aumentano le disuguaglianze tra questi e i lavoratori professionalmente più forti <sup>(19)</sup>.

In un sistema di mercato nel quale l'ordinamento non possa offrire una garanzia assoluta contro il rischio di disoccupazione o di occupazione irregolare, e che non possa impedire la fuga dei più forti dall'area protetta, il vecchio modello di protezione del lavoro produce dunque anche effetti che si conciliano molto male con l'ideale egualitario.

## 7. La crisi del diritto del lavoro egualitario

Sta di fatto che negli ordinamenti europei si assiste, nell'ultimo quindicennio, a una tendenza generale al depotenziamento, più o meno marcato, di una parte consistente delle istituzioni giuslavoristiche egualitaristiche. Per ciò che riguarda, in particolare, l'ordinamento italiano, questa tendenza caratterizza l'evoluzione del diritto del lavoro già da un quarto di secolo, senza però investire la disciplina del licenziamento, la quale anzi, nello stesso periodo, è stata semmai irrobustita:

- dalla prima metà degli anni '80 ha incominciato a essere gradualmente depotenziata la regola del collocamento su richiesta numerica, fino alla sua abrogazione totale avvenuta nel 1991;

<sup>(18)</sup> Si registra infatti una forte correlazione tra grado di rigidità della protezione del lavoro e tasso di lavoro autonomo: v. in proposito OCDE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, giugno 1999, e ivi particolarmente p. 81 ("les résultats ... confirment qu'une législation pour la protection de l'emploi stricte est un facteur important de développement de l'emploi indépendant"), la tabella 2.10 alla p. 85 e il grafico 2.2 alla p. 78.

<sup>(19)</sup> Questo fenomeno è descritto da G.A. AKERLOF nel suo notissimo saggio *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, in *The Quarterly Journal of Economics*, 1970, pp. 488-500.

- dalla fine degli anni '70 ha incominciato a essere gradualmente flessibilizzata la disciplina limitativa del contratto a termine; nel 2001 è stata emanata una riforma della materia fortemente liberalizzatrice, almeno negli intendimenti del legislatore;

- dal 1997 è consentita la fornitura di lavoro temporaneo da parte di agenzie specializzate; dal 2003 questa è consentita in tutti i casi nei quali è consentita l'assunzione a termine; di fatto il lavoro temporaneo tramite agenzia è largamente utilizzato in sostituzione del patto di prova;

- dall'inizio degli anni '80 l'ordinamento ha previsto come forma normale di ingresso dei giovani nel mercato del lavoro un rapporto di lavoro a termine, fosse esso denominato apprendistato, contratto di formazione e lavoro, oppure – con la riforma del 2003 – “contratto di inserimento”.

All'esito di questa fase di esame delle qualità del lavoratore, solo quello che risulta essere più efficiente ed affidabile riesce ad accedere alla cittadella del lavoro stabile; il più debole si impantana nella palude del lavoro precario. È facile prevedere che il processo di liberalizzazione del lavoro temporaneo, se la disciplina dei licenziamenti resterà inalterata, accentuerà il carattere duale del mercato: assisteremo, cioè, a un aumento delle disuguaglianze tra i lavoratori <sup>(20)</sup>.

### **8. Segue. Un meccanismo ostile ai più sfortunati**

Sotto il “velo dell'ignoranza” circa le proprie dotazioni personali e la propria situazione effettiva nel mercato, ma non circa i meccanismi generali di funzionamento del mercato stesso <sup>(21)</sup>, quale assetto preferisce il lavoratore occidentale del XXI secolo, che teme di risultare perdente alla lotteria naturale o a quella sociale e vuole ridurre il proprio rischio al minimo, in un tessuto produttivo in continuo movimento ed esposto agli shock più svariati?

Egli potrebbe forse preferire un sistema che offrisse al più debole una garanzia di stabilità assoluta del posto di lavoro, anche a costo di un “premio di assicurazione” elevatissimo, purché non fosse consentito ai più forti sottrarsi alla mutua assicurazione e fosse reso trascurabile per tutti il rischio della disoccupazione o del lavoro irregolare. Il problema, qui, nasce dal fatto che è molto difficile costruire un sistema con queste caratteristiche, che non abbia anche le altre caratteristiche assai indesiderabili dei sistemi collettivisti sperimentati nell'Europa orientale nel secolo scorso. E si osservi come queste altre caratteristiche - tra le quali una drastica compressione delle possibilità di sviluppo economico e di conseguente miglioramento delle condizioni e aspettative anche dei più svantaggiati – allontanino notevolmente questo sistema dal modello ideale rawlsiano, nel quale gioca un ruolo assai importante l'incentivo alle persone più produttive, quando la ricchezza da loro prodotta possa essere utilizzata per il miglioramento delle condizioni delle persone più svantaggiate <sup>(22)</sup>.

Quello che invece appare indiscutibile è che il nostro lavoratore rawlsiano non può preferire un sistema del tipo di quello vigente oggi in Italia, il quale di fatto rinuncia a costruire l'uguaglianza tra i diseguali mediante i servizi nel mercato del lavoro, proponendosi di costruirla soltanto mediante un meccanismo assicurativo inderogabile difettoso: esso offre, sì, a molti un contratto di lavoro-polizza assicurativa con massimale di copertura molto

---

<sup>(20)</sup> È vero che, in Italia, l'area di applicazione del vecchio sistema protettivo sarebbe destinata ad ampliarsi se trovasse applicazione rigorosa e generalizzata la nuova norma (d.lgs. n. 276/2003, art. 69) la quale impone la trasformazione in rapporti di lavoro subordinato ordinario tutti i rapporti di collaborazione autonoma continuativa a tempo indeterminato. Ma i primi dati disponibili sugli effetti di questa norma, a un anno dalla sua emanazione, non autorizzano alcun ottimismo in proposito.

<sup>(21)</sup> V. in proposito nota 12.

<sup>(22)</sup> V. in proposito nota 11.

elevato, ma non è in grado di impedire una vasta area di disoccupazione e lavoro irregolare, dalla quale è difficile uscire (perché dove è più stabile il lavoro regolare è anche più stabile la posizione del disoccupato e quella dell'irregolare): in Italia oggi è questa la posizione di almeno *un quarto* della forza lavoro; per non parlare dei milioni di potenziali lavoratori giovani, donne o anziani, che neppure si affacciano al mercato perché disperano del tutto di trovarvi un'occasione di lavoro concretamente praticabile (il tasso di occupazione italiano, per queste categorie, è nettamente inferiore rispetto alla media europea). Né il nostro lavoratore rawlsiano può preferire un sistema come il nostro attuale che, nonostante il suddetto meccanismo assicurativo, espone comunque chi si rivela notevolmente più debole e inefficiente della media al rischio di perdere il posto di lavoro senza alcun indennizzo, collocandosi a questo punto visibilmente nella metà meno produttiva della sua categoria e cadendo quindi nella trappola della disoccupazione di lunga durata. Un sistema nel quale, oltretutto, quest'ultima evenienza può verificarsi con maggiore o minore probabilità da zona a zona, a seconda dell'orientamento personale del giudice territorialmente competente.

### **9. Come si incarna una opzione egualitaria “rawlsiana” nel sistema occidentale di mercato del XXI secolo**

Dal punto di vista del paradigma rawlsiano, deve convenirsi che

- il più sfortunato sta meglio se è la legge, piuttosto che il singolo giudice, a fissare e dosare il contenuto assicurativo del contratto di lavoro secondo criteri generali: sta meglio, cioè, se – fermo restando il controllo giudiziale contro il licenziamento discriminatorio - il “filtro” del licenziamento per motivi economici è costituito da un congruo indennizzo dovuto *in ogni caso* e non da una valutazione giudiziale circa la bontà del motivo del licenziamento, cui può conseguire la perdita incolpevole del posto senza alcun indennizzo;
- il più sfortunato sta meglio se il meccanismo assicurativo inderogabile offertogli dall'ordinamento ha carattere rigorosamente universale, accomunando deboli e forti in un unico sistema solidaristico, senza possibilità per i più forti di sottrarsi e senza esclusione dei più deboli: egli può essere dunque interessato a sacrificare una parte della copertura assicurativa, se questo è necessario per ampliare la platea degli assicurati verso l'alto, ma anche verso il basso, con una limitazione rigorosa dei contratti a termine;
- la garanzia migliore di benessere per chi risulta perdente alla lotteria naturale e sociale è data comunque da un sistema di servizi di istruzione, formazione, informazione e assistenza nel mercato del lavoro capace di ridurre il più possibile, fino ad azzerare, il suo deficit di dotazione iniziale o il suo handicap, preesistente o sopravvenuto.

Nel contesto economico globale in cui oggi ci collochiamo, una buona prospettiva per i “perdenti” potrebbe dunque essere garantita da un ordinamento che, innanzitutto istituisse una rete universale di sicurezza costituita da un sistema di servizi scolastici, di formazione mirata agli sbocchi occupazionali effettivamente possibili, di informazione e orientamento professionale, di assistenza alla mobilità geografica, di ricerca intensiva della nuova occupazione, oltre che di sostegno del reddito per la durata del periodo di disoccupazione, tanto più intensi e attivi quanto più debole è la posizione della persona interessata: cioè mobilitati efficacemente per neutralizzare il suo deficit naturale di competitività, anche al costo di un ingente prelievo dal prodotto nazionale lordo, necessario per il finanziamento di tali servizi. Sul piano della disciplina del rapporto individuale, quell'ordinamento dovrebbe invece offrire a chiunque lavori continuativamente e prevalentemente per un unico datore di lavoro o committente, quale che sia la forma del rapporto stesso, un contratto con contenuto assicurativo più ridotto rispetto a quello oggi offerto dal regime italiano di tutela reale (salva

la protezione contro le discriminazioni), ma in un sistema di mutua assicurazione veramente universale, suscettibile di applicarsi sia ai più forti, che oggi riescono a sottrarvisi, sia ai più deboli, che oggi ne sono esclusi. Un ordinamento siffatto assicurerebbe alla generalità dei lavoratori in posizione di sostanziale dipendenza dal datore di lavoro o committente periodi relativamente lunghi di lavoro ragionevolmente protetto, in alternanza con periodi di disoccupazione brevi e ben assistiti, preceduti da una separazione non traumatica dall'azienda: una separazione, cioè, accompagnata da un congruo indennizzo, dovuto *in ogni caso*, per il danno intrinsecamente inerente alla perdita del posto, proporzionato all'anzianità di servizio e in parte convertibile in un preavviso di lunghezza variabile a scelta del lavoratore. Il licenziamento sarebbe disincentivato e "filtrato", oltre che dal suddetto indennizzo, da un meccanismo di assicurazione contro la disoccupazione finanziato dall'azienda stessa con un contributo crescente al crescere del numero dei licenziamenti <sup>(23)</sup>.

Nel caso da cui abbiamo preso le mosse, applicandosi un meccanismo di protezione di questo tipo, la cameriera divenuta inefficiente avrebbe una probabilità di essere licenziata tanto maggiore quanto minore è la sua anzianità, stante il costo corrispondentemente minore per l'impresa e la maggiore perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto; se licenziata, però, essa riceverebbe automaticamente – cioè senza mettere di mezzo giudici e avvocati – un indennizzo adeguato per la perdita del posto a carico dell'albergo (ciò che nel nostro sistema attuale non è previsto), potendo lei stessa scegliere se incassarlo tutto subito o convertirlo parzialmente in retribuzione corrente, con corrispondente differimento della cessazione del rapporto di lavoro; avrebbe la prospettiva di essere presa in carico da un sistema di servizi finanziato anche dall'impresa con un contributo proporzionale alla frequenza dei licenziamenti operati, capace di riqualificarla in funzione di una nuova occupazione nella quale la sua menomazione pesi di meno o non pesi affatto (centralinista, addetta a un servizio di portineria o *reception*, ecc.), senza perdita rilevante di reddito nel periodo necessario al passaggio; avrebbe più facilità di ritrovare un'occupazione meglio compatibile con il suo handicap, in un mercato del lavoro più fluido.

È questo il modello sperimentato con notevole successo (anche se con costi molto elevati per l'erario: fino al 3% del reddito nazionale nei periodi di congiuntura sfavorevole) nell'ultimo mezzo secolo nei Paesi nord-europei, e in quelli scandinavi in particolare: i Paesi dove gli ultimi della fila stanno meglio, rispetto a qualsiasi altro Paese del mondo. Ed è questo probabilmente oggi l'unico modo che si offre anche a noi per realizzare un sistema di protezione del lavoro capace di conciliare tra loro i principi di eguaglianza, di commisurazione e di libertà d'impresa. Sempreché un'opzione siffatta sia ancora all'ordine del giorno.

---

<sup>(23)</sup> Il riferimento più interessante, su questo punto, è alla recente proposta di riforma della disciplina dei licenziamenti elaborata da O. BLANCHARD e J. TIROLE in riferimento all'ordinamento francese (*Contours of employment protection reform*, 2003, tr. it. in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, fasc. 2), consistente essenzialmente nel porre a carico dell'impresa: *a)* il danno della perdita del posto, che dovrà essere indennizzato mediante una congrua buonuscita (meglio se in parte convertibile a scelta del lavoratore in preavviso lavorato); *b)* il danno del restare disoccupato, che dovrà essere indennizzato mediante un meccanismo assicurativo finanziato dall'impresa stessa, con premio crescente in riferimento alla frequenza dei licenziamenti. Gli Autori sottolineano come questo assetto della disciplina della materia non sia di per sé riduttivo della stabilità garantita ai lavoratori regolari dalle discipline attualmente vigenti nell'Europa continentale, neppure da quelle più rigide: il grado di protezione offerto – e quindi l'entità del contenuto assicurativo del rapporto di lavoro – dipende essenzialmente dall'entità del costo del licenziamento (cui corrisponde la soglia al di sotto della quale la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto rientra nel rischio posto a carico dell'impresa).

LA STABILITÀ DEL LAVORO E IL VALORE DELL'UGUAGLIANZA - Riassunto - L'A. prende spunto dalla notevole varietà degli orientamenti giurisprudenziali in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, per interrogarsi sul loro fondamento legislativo e osservare che proprio l'orientamento dominante appare quello più lontano dal contenuto letterale della norma che regola la materia. Esso appare invece coerente con la funzione più rilevante svolta di fatto dal diritto del lavoro nell'ultimo mezzo secolo: la garanzia dell'uguaglianza di trattamento dei lavoratori, indipendentemente dalle differenze di rendimento tra di essi. Questa funzione, corrispondente al principio di eguagliamento di cui all'art. 3 Cost., deve tuttavia essere temperata con il principio di commisurazione del trattamento al valore della prestazione, di cui all'art. 36 Cost., e con quello di libertà di impresa di cui all'art. 41 Cost.: da questo temperamento, secondo l'A., nasce la nozione di giustificato motivo di licenziamento, cardine dell'intero sistema del diritto del lavoro. Sul piano dello *ius condendum*, l'A. osserva poi come le caratteristiche del mercato del lavoro attuale facciano sì che il vecchio meccanismo protettivo produca anche effetti nettamente contrari al principio di eguagliamento tra i lavoratori; e ne trae argomento a sostegno di una riforma del meccanismo stesso, di cui traccia le linee essenziali.

JOB SECURITY AND THE VALUE OF EQUALITY - Summary - The Author moves from the remarkable variety of the courts' decisions about the justification of dismissal for economic reasons; he then examines their legislative ground and points out that it is just the maxim that prevails in the case-law books is the least coherent with the literal content of the norm regulating this matter in the Italian law. On the other hand, the same maxim appears, on the contrary, coherent with the most relevant function effectively exerted by labour law in the last half century: the guarantee of parity of treatment among workers, notwithstanding independently of the differences among their performances. This function, which in the Italian law corresponds to the principle of equalization set by Sect. 3 of the Constitution, must be balanced with the principle of equal treatment for work of comparable worth, which in the Italian law is based on the Sect. 36 of the Constitution, and with the principle of liberty of enterprise, set by Constitution Sect. 41: from this balance, according to the A., the notion of objective dismissal justification, keystone of the whole labour law system, arises. On the level of the reform of the matter, the A. observes that the labour market characteristics cause the old protection mechanism to produce also some effects that clash with the workers' equalization principle; and from this observation he draws an argument in favour of a reform of this mechanism, whose essential contents are outlined in the last part of the essay.