Adalberto Perulli (*)

EFFICIENT BREACH, VALORI DEL MERCATO E TUTELA DELLA STABILITÀ. IL CONTROLLO DEL GIUDICE NEI LICENZIAMENTI ECONOMICI IN ITALIA, FRANCIA E SPAGNA (**)

«E nudo, cioè morto, dovrà essere anche il giudice,
sì che, direttamente esaminando, anima di fronte ad anima,
sùbito dopo la morte, senza tutto quell'accompagnamento di parenti,
senza tutto quell'apparato che in terra circonda la gente, giusto sia il giudizio»
Platone, *Gorgia*, LXXIX

SOMMARIO: 1. Il controllo giudiziario del licenziamento economico e la sua critica. — 2. La valutazione della ragione economica: i sincretismi giudiziari. — 3. Le tendenze recenti: evitamento del controllo giudiziario e monetizzazione del recesso. — 4. Verso una nuova tirannia dei valori economici.

1. — *Il controllo giudiziario del licenziamento economico e la sua critica* — Il tema del controllo giudiziale del licenziamento e, in particolare, del licenziamento per motivo economico, rappresenta una delle questioni più sensibili nell'attuale scenario del diritto del lavoro italiano ed europeo. La delicatezza della materia, ancor più enfatizzata dall'attuale crisi economica e dai suoi effetti drammatici sul piano sociale e occupazionale, richiama subito un confronto, che negli ultimi anni si è fatto sempre più serrato e teso, tra il diritto del lavoro (la sua dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi princìpi) e le ragioni dell'economia. Per comprendere i motivi profondi di questa tensione dobbiamo ricordare come il diritto del lavoro abbia costruito, soprattutto nei sistemi nazionali ma anche a livello internazionale ed europeo, un poderoso meccanismo di controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte di gestione, che si inscrive in un più generale processo di dif-

(*) Professore ordinario di Diritto del lavoro nell'Università di Venezia «Cà Foscari».

(**) Questo saggio sviluppa i contenuti di una relazione presentata dall'Autore al Seminario euromediterraneo su «Il licenziamento di fronte alla sfida della crisi economica», Pescara, Università «G. D'Annunzio», 13 e 14 aprile 2012.

ferenziazione sistemica del *nomos* giuridico rispetto a quello economico. Sottoponendo a controllo l'esercizio delle prerogative unilaterali dell'imprenditore, il diritto del lavoro ha contrastato, più o meno efficacemente, un duplice postulato di base dell'economia neoclassica: da un lato, l'applicazione indifferenziata della logica economica a tutti gli universi d'azione (1), compreso quello giuridico (2); dall'altro, l'«inconoscibilità» del processo che porta gli attori economici, per definizione razionali, a realizzare una dinamica virtuosa degli interessi e, per questa via, a realizzare il bene generale della società. Il postulato esclude in radice sia un intervento della legge sia, *a fortiori*, un controllo giudiziale sulla razionalità economica dell'imprenditore: per usare una metafora ancora in uso nella dottrina francese, l'imprenditore è *seul juge* delle proprie scelte di gestione e delle circostanze che lo determinano a cessare il rapporto di lavoro, posto che «nessuna norma di legge lo obbliga a mantenere la propria attività al solo fine di assicurare al personale la stabilità del loro impiego», secondo quando statuito nel celebre *ârret Brinon* (3).

Il postulato dell'inconoscibilità e dell'intangibilità della razionalità economica sta alla base del *laisser faire* e della meccanica che fa funzionare l'*homo oeconomicus* all'interno di una totalità che fonda la razionalità delle sue scelte egoistiche (4). Battuto in breccia dalla legislazione giuslavoristica, che ha sottoposto il potere del datore di lavoro a un'esigenza di giustificazione razionale (5), e dalla giurisprudenza pratica,

(1) Cfr. P. Bourdieu, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Seuil, Paris, 1994, p. 159, che ricorda come l'economismo dimentica che la stessa economia si è costruita a partire da un processo di diffrenziazione rispetto alle leggi dell'economia domestica.

(2) G. Teubner, *Diritto policontesturale*, La città del sole, Napoli, 1999, pp. 33 ss.

(3) Cass. Soc. 31 maggio 1956, Dalloz, 1958, p. 21, con nota di G. Levasseur.

(4) Cfr. la magistrale sintesi di M. Foucault: «La razionalità economica risulta dunque non solo circondata da, ma addirittura fondata sull'inconoscibilità della totalità del processo. L'*homo oeconomicus* è la sola isola di razionalità possibile all'interno di un processo economico il cui carattere incontrollabile non contesta, ma al contrario fonda, la razionalità del comportamento atomistico dell'*homo oeconomicus*. Il mondo economico, insomma, è per natura opaco, non totalizzabile»; lezione del 23 marzo 1979, *Nascita della biopolitica*, Corso al Collège de France (1978-1979), trad. it. Feltrinelli, Milano, 2005, pp. 231 s.

(5) Cfr., da ultimo, E. Gragnoli, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in q. *Riv.*, 2011, pp. 511 ss., nell'ambito di un'argomentazione volta a dimostrare che, in termini giuridici, il potere, oltre a dovere essere esercitato «in modo leale», p. 535, «è un'autorità regolata e razionale», p. 541.

poco incline a interiorizzare gli imperativi di flessibilità e pronta ad adottare, al contrario, una postura garantistica divergente con la linea di modernizzazione propugnata dalla Commissione europea (6), il postulato è stato rinvigorito dall'analisi economica del diritto, che richiede la sostituzione del controllo giudiziale con un mero filtro monetario. Questa prospettiva è del tutto coerente con la tesi espressa dalla dottrina giuseconomica della «rottura efficace del contratto» (*efficient breach of contract*) (7), secondo la quale la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno, senza imporre la *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria. Applicata alla materia del licenziamento, la dottrina della rottura efficiente segue le ragioni imponderabili della razionalità economica, giustifica qualunque motivo opportunistico di recesso nell'interesse dell'impresa e conduce alla mera monetizzazione del recesso, come se il bene-lavoro fosse una qualsiasi merce, traducibile in un prezzo, escludendo qualsiasi argomento di natura assiologica a favore del rispetto della norma. L'analisi economica del diritto alla Posner consapevolmente riduce la complessa dimensione valoriale della stabilità del rapporto di lavoro a un puro calcolo finanziario, sostenendo che «il costo che l'imprenditore deve sopportare per giustificare il licenziamento di un lavoratore eccede i benefici che il lavoratore trae dalla protezione contro il licenziamento derivante dalla sua specializzazione professionale (*firm-specific human capital*)», onde l'extra costo per l'imprenditore rappresenta un *labor cost* imputato al lavoratore in termini di minore retribuzione (8). Da qui il primato dell'*employment at will* come fattore razionale contro ogni forma di *job security* diversa dal *firm-specific human*

(6) Cfr. M. Rodríguez-Piñero e Bravo-Ferrer, *Control judicial y despido*, in *Relaciones Laborales*, 2010, 10, pp. 1 ss., con un giudizio, relativo alla giurisprudenza spagnola, che ben può essere esteso a Francia e Italia.

(7) Cfr. R.A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Wolters Kluwer, 2007, pp. 119 s. e 127 s.; A. Schwartz, D. Markovits, *The Myth of Efficient Breach*, (2010), *Faculty Scholarship Series*, Paper 93, Yale Law School.

(8) Cfr. R.A. Posner, *op. cit.*, pp. 348 s. Questo curioso argomento è stato recentemente ripreso, tal quale, da A. Ichino e A Alesina sulle colonne del *Corriere della Sera*, senza peraltro preoccuparsi di spiegare come sia possibile, nel nostro ordinamento, che l'imprenditore addossi al lavoratore il costo della disciplina protettiva posto che i livelli della retribuzione sono frutto di contrattazione collettiva e assistiti dalla garanzia dell'art. 36 Cost.

capital di cui il lavoratore sia in possesso. La dimensione occupazionale dell'impresa, in tal prospettiva, viene rappresentata come una mera variabile di aggiustamento al servizio di una logica di profitto, anche a breve termine, nell'ambito di una visione al contempo amorale, opportunistica e legalmente riduzionistica della regolazione dei poteri imprenditoriali (nel senso che riduce il sistema giuridico di regolazione del potere economico a un sistema di prezzi e di mere convenienze) (9). Invero, se ciò che rileva nella valutazione della giustificazione del licenziamento economico è solo la «perdita attesa» dalla prosecuzione del rapporto, secondo una valutazione che spetta unicamente all'imprenditore e non può essere demandata al controllo del giudice, la logica dell'*efficient breach* e del *severance pay* assorbe ogni valutazione, di ordine extra-economico, fondata sulla funzione sociale del lavoro a beneficio della tutela della persona e della sua dignità. In termini tecnici, questa visione indebitamente assorbe la *causa giuridica* del licenziamento nella *ragione economica* dello stesso, laddove il sistema attuale consiste nel definire, grazie a una felice combinazione tra legge e giurisprudenza, le cause ammissibili del licenziamento economico e a sottomettere a posteriori l'atto unilaterale del datore al controllo del giudice (10).

In questa prospettiva di *law and economics*, e spostando il discorso sul piano dei rimedi, l'ordinamento adotta il paradigma del diritto angloamericano, ove la *specific performance* rappresenta l'eccezione alla regola dei *damages remedies*, fatti salvi i soli casi in cui il prezzo di mercato del bene sia difficile da determinare perché infungibile (11). L'ufficio del giudice si riduce a un *one-shot deal*, a un atto di mera ricognizione «notarile» di una posta economica più o meno predeterminata, laddove, al contrario, nell'ordinamento di *civil law* la misura risarcitoria deve operare come congegno di chiusura del sistema tutte le volte in cui il legislatore non si sia preoccupato di tutelare con una specifica previsione un determinato diritto: come accade, appunto, nel caso di licenziamento illegittimo (e in altre fattispecie in cui la legge dispone una tutela ripristinatoria-satisfattiva) (12). Si tratta della soluzione, opposta a

(9) Per la critica, nella dottrina francese, v. di recente P. Lokiec, A. Lyon-Caen, *Contre la violation efficace du droit du licenciement*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2012, n. 1532, pp. 6 ss.

(10) Cfr. P. Waquet, *Quelques souvenirs sur les conditions dans lesquelles la jurisprudence sur les licenciements économiques s'est édifiée*, in *Droit ouvrier*, 2012, pp. 86 ss.

(11) R.A. Posner, *op. cit.*, p. 131.

(12) È noto che nel diritto del lavoro convivono tecniche di tutela diversificate: forme di tutela risarcitorio-compensativa o per equivalente (risarcimento del

quella propugnata dalla dottrina dell'*efficient breach*, del risarcimento in forma specifica o per equivalente, offerta dalla reintegrazione (art. 18 Stat. lav.), di cui la Cassazione a Sezione Unite ha sottolineato la coerenza sistematica sia con i princìpi generali dell'ordinamento, sia con il diritto del lavoratore al proprio posto, protetto dagli artt. 1, 4 e 35 Cost.; diritto che «subirebbe una sostanziale espropriazione se ridotto in via di regola al diritto a una somma» (13). La Cassazione non poteva esprime meglio l'avversione per la soluzione patrocinata dall'*efficient breach*, secondo un ragionamento applicabile anche ad altri ordinamenti che non conoscono una diposizione analoga all'art. 18 Stat. lav. ma giungono al medesimo risultato in virtù della pronuncia di nullità/inesistenza del recesso, cui può far seguito, su richiesta del lavoratore, la reintegrazione in azienda (14).

A ben vedere, il postulato economico in esame, oltre che sulla filo-

---

danno), costitutiva (invalidazione degli atti illegittimi del datore di lavoro), come forme tipiche del diritto comune, e forme di tutela specifica a vocazione ripristinatoria (come l'art. 18) rivolte a garantire la soddisfazione in natura e reale dei diritti violati, in cui peraltro la tutela economica non è affatto esclusa, ma convive con la tutela ripristinatoria. Quindi il diritto del lavoro intrattiene con la tutela risarcitoria un rapporto ambivalente: da una parte, v'è un chiaro privilegio per le forme di tutela speciale, come nel caso della tutela reale che rimuova gli effetti dell'evento dannoso (tipico il caso del licenziamento) o per una tutela preventiva che eviti la produzione dell'evento dannoso (funzione preventiva dell'art. 2087 cod. civ.); dall'altra il diritto del lavoro deve fare i conti con il principio di effettività delle tutele, subendo un inevitabile *decalage* verso la tutela risarcitoria. Vale rammentare, comunque, che la Cassazione a Sezioni Unite 10 gennaio 2006, n. 141, con un'approfondita analisi sistematica ha affermato che la tutela in forma specifica è il cardine della protezione apprestata dal nostro ordinamento in tema di responsabilità contrattuale o extracontrattuale, mentre soltanto in via subordinata ed eventuale questa può ridursi al risarcimento del danno; cfr., sul punto, per i profili giuslavoristici, V. Speziale, *Situazioni delle parti e tutela in forma specifica nel rapporto di lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 23/2004. Più in generale, sui rimedi restitutori, risarcitori e satisfattivi, cfr. la recente opera di S. Mazzamuto, A. Plaia, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Giappichelli, Torino, 2012.

(13) Cass., Ss.Uu., 10 gennaio 2006, n. 141.

(14) La reintegrazione sarà pronunciata salvi casi di impossibilità, in particolare nel caso di chiusura dello stabilimento o del sito, o di assenza di impiego disponibile tale da permettere la reintegrazione; cfr. P. Lokiec, *Droit du travail*, tomo I, *Les relations individuelles de travail*, Puf, Paris, 2011, pp. 3906 ss.; D. Métin, *Le conflit de logiques: la logique patronale face aux imperatifs du droit des travailleurs*, in *Rev. droit trav.*, 2012, pp. 73 ss.; in giurisprudenza, cfr. il recente caso *Sas Vivéo France*, con cui la *Cour d'Appel* di Parigi 12 maggio 2012 ha dichiarato nulli i licenziamenti intimati per inesistenza del motivo economico, disponendo la reintegrazione dei lavoratori.

sofia liberista della «meccanica degli interessi» governata dalla mano invisibile, e quindi sottratta a ogni interventismo pubblico, si basa su tre argomenti, rispettivamente di ordine pragmatico, dogmatico e sociale.

Secondo l'argomento pragmatico il giudice non ha la competenza economico-gestionale necessaria per realizzare un controllo efficiente delle ragioni sottese al licenziamento per motivo oggettivo. Per questo, seguendo la dottrina giuseconomica, conviene escludere il controllo del giudice, fonte di imprevedibilità e insicurezza, sostituendolo con un filtro monetario, che renda calcolabile *ex ante* il costo del recesso. In realtà questo tipo di argomenti pragmatici sono fuorvianti, sia perché confondono tra competenza economico-gestionale e competenza tecnico-giuridica (ed è quest'ultima, non la prima, che serve al giudice per realizzare il controllo di legalità del recesso), sia perché lo stesso ordinamento giuridico può colmare questo genere di asimmetrie informative, come accade laddove, nell'ambito delle procedure di licenziamento economico regolate dal diritto francese, si consente il ricorso a esperti-contabili indipendenti chiamati a chiarire le problematiche sottese al recesso sia ai rappresentanti del personale sia allo stesso giudice.

Il secondo argomento è dogmatico: il giudice, esercitando il controllo, tende a fare un cattivo uso dei princìpi giuridici che governano l'equilibrio tra i valori contemplati dall'ordinamento l'iniziativa economica privata (libertà di intraprendere), da un lato, e la tutela del lavoratore, dall'altro. Secondo questa prospettiva, il giudice non è legittimato a sottoporre il potere economico a un vaglio di razionalità, né a controllare in maniera approfondita il motivo oggettivo del licenziamento, cioè – secondo una formula abusata – a «sindacare il merito» del provvedimento; e quando lo fa eccede i suoi poteri, vìola il principio costituzionale di iniziativa economica, onde il controllo sulle prerogative imprenditoriali di gestione finisce per essere un modo per imporre addirittura l'ideologia del giudice o la sua visione politica (15). Il giudice può, al massimo, controllare la sussistenza del motivo economico, e che la sua esistenza non nasconda una frode alla legge o una discriminazione, ma non può assolutamente apprezzare la pertinenza economica del motivo (16).

(15) Per tutti, nella dottrina italiana, M. Persiani, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, pp. 1 ss.

(16) Cfr., nella dottrina francese, G. Canivet, *L'approche économique du droit par la chambre sociale de la Cour de cassation*, in *Droit soc.*, 2005, p. 951; Ph. Langlois, *Le respect de la loi en droit du travail*, Dalloz, 1997, Chron., p. 45.

In realtà, anche la critica dogmatica è del tutto infondata. Sorda alla tradizione ermeneutica, espressione di un giuspositivismo legalista che vorrebbe ridurre l'atto del giudicare a un sillogismo, la critica dogmatica si sgretola di fronte all'autorità dell'argomento filosofico-giuridico di Kojève, laddove, analizzando l'imparzialità del terzo, dimostra come l'intervento del giudice non può, per definizione, essere disinteressato, nella misura in cui il suo atto modificando oggettivamente il mondo modifica oggettivamente anche l'attore che di quel mondo è parte (17). Se il giudice, attraverso la sua attività, è necessariamente parte di un processo ermeneutico di modificazione del mondo, fuorviante risulta essere la risalente visione oppositiva fra un controllo giudiziario di mera legittimità, che dovrebbe preservare il *milieu* economico dalla visione soggettiva del giudice, e un controllo di merito, o di opportunità, che quel dato economico penetra e seleziona; visione recepita nell'insegnamento che ammette solo il primo tipo di controllo (sull'effettività della scelta economica, *id est* i fatti allegati dal datore di lavoro e sul nesso di causalità fra questa e il licenziamento), negando il secondo (18). In realtà l'ordinamento giuridico, in tutti i paesi considerati, richiedendo la necessaria presenza di *ragioni* che legittimano il licenziamento, non esclude affatto il controllo sulla realtà, congruità e serietà dei motivi addotti dall'imprenditore, consentendo al giudice di vagliare quelle ragioni tanto sotto il profilo della loro concreta sussistenza, tanto sotto il profilo della loro intrinseca razionalità strumentale e valoriale. E nel processo che porta il giudice a valutare la sussistenza della causale giustificativa, «il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione addotta, il che equivale a riconoscere che legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi» (19). Vedremo, peraltro, come tale penetrazione del controllo sulle ragioni economiche non equivale a una violazione delle prerogative costituzionalmente garantite della libertà economica, trovando un suo preciso fondamento giuridico

(17) A. Kojéve, *Esquisse d'une phénoménologie du droit*, Gallimard, Paris, 1981, p. 78: «*le Juge est donc toujours "interessé". Directement ou indirectement il profite toujours de son intervention, ou est lésé par elle. En fait il n'y a pas de Juge "désintéressé"*». Già Platone, nel *Gorgia*, LXXIX, ravvisa la condizione indispensabile della decisione giusta nella messa a nudo del giudice, che con la sola anima giudica un'altra anima: un morto, isolato dalle influenze terrene del corpo, della passione, del sentimento, dei desideri.

(18) Cfr., ad es., nella manualistica italiana più recente, O. Mazzotta, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2011, p. 519.

(19) Così G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli e G. Ferraro (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 8.

nell'applicazione del principio di razionalità/proporzionalità al potere dell'imprenditore, secondo un indirizzo presente in molti ordinamenti, anche di *common law* (20).

Il terzo argomento è di carattere sociale/morale: il controllo giudiziale sui licenziamenti, oltre a essere diseconomico, è *antisociale* perché produce un impatto negativo sull'occupazione e conduce a un mercato del lavoro «duale» (secondo la fortunata tesi *insiders/outsiders*). Seguendo questa critica – la più corrosiva per le ragioni «sociali» del diritto del lavoro –, le imprese non assumono con contratti a tempo indeterminato perché le norme di protezione dell'impiego (l'*Employment protection legislation*) sono troppo rigide e consentono un'interpretazione giurisprudenziale invasiva delle prerogative manageriali. Per giustificare questa critica vengono impiegati argomenti macroeconomici, e soprattutto valorizzati in funzione precettiva gli «indici» di attrattività economica elaborati dalle organizzazioni internazionali (Banca mondiale, Ocse ecc.) che classificano i paesi in ragione del livello di *Employment protection legislation* (indici che, peraltro, non prendono in considerazione proprio le dinamiche regolative conseguenti all'interpretazione giudiziale delle norme) (21).

La conseguenza è sempre la stessa: i giudici non devono «immischiarsi» nella decisione imprenditoriale, limitando il loro ufficio a casi estremi, ad esempio di licenziamento discriminatorio (fattispecie in concreto fantomatica, almeno negli ordinamenti in esame); o comunque riducendo il loro potere di controllo a quello che in Francia si chiama *détournement de pouvoir*. Meglio ancora se l'intervento del giudice viene del tutto escluso e sostituito con altri congegni più funzionali alla dinamica del mercato del lavoro: meccanismi incitativi, come quello del *bonus/malus* previsto nelle varie proposte di *contratto di lavoro unico*, che

(20) Cfr. P.Y. Verkindt, *Le raisonnable en droit du travail*, in B. Teyssié (diretto da), *Standards, Principes et Méthodes en Droit du Travail*, Economica, Paris, 2011, pp. 43 ss.; F. Bousez, *La proportionnalité en droit du travail*, *ivi*, pp. 121 ss. In una prospettiva solo parzialmente diversa, ma convergente nella critica alla tesi dell'illegittimità di un controllo di merito, si pone L. Nogler, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle «Clausole generali» in materia di diritto del lavoro*, p. 932, secondo il quale, in presenza di diritti fondamentali di preminente importanza rispetto al principio di libertà d'iniziativa economica, «il legislatore ben può prevedere che il giudice possa ingerirsi anche nell'opportunità, organizzativa e/o economica, delle decisioni adottate».

(21) Cfr. R. Dalmasso, T. Kirat, *Comparer, mesurer, classer: l'art périlleux de la leximétrie du licenciement*, in *Travail et emploi*, 2009, pp. 33 ss.

fondendo Cti e Ctd sopprime le procedure di licenziamento lunghe e costose.

A questo genere di argomenti, cui è possibile opporre la perdurante assenza di evidenze empiriche capaci di dimostrare una correlazione tra protezione dell'impiego e occupazione, è stata fornita una secca risposta da parte della *Cour d'Appel* di Parigi, chiamata a valutare la coerenza di una tipologia contrattuale flessibile (*Contrat nouvelle embauches*, Cne) con quanto previsto dalla Convenzione n. 158 dell'Oil e, in particolare, se la drastica riduzione delle tutele in materia di licenziamento, prevista da quel tipo negoziale, fosse proporzionata rispetto al fine perseguito dal legislatore (incremento dell'occupazione): nella lotta contro la disoccupazione, scrivono i giudici francesi, «*la protection des salariés dans leur emploi semble être un moyen aussi* pertinent *que les facilités données aux employeurs pour les licencier et il est pour le moins paradoxal d'encourager les embauches en facilitant les licenciements*» (22).

Peraltro, proprio la «chimera» del contratto di lavoro unico ha rappresentato, e *pour cause*, una delle proposte più dibattute, negli ultimi anni, nei paesi in esame: in Francia, sulla base dei rapporti Blanchard-Tirole (23) e Cahuc-Kramarz (24); in Spagna con la *Propuesta para la reactivación laboral en España* sottoscritta da 100 economisti e ampiamente dibattuta dalla dottrina giuslavoristica (25); in Italia con le proposte Boeri-Garibaldi e Ichino, sulle quali pareva orientarsi il governo Monti all'inizio del 2012 per realizzare la riforma del mercato del lavoro (26).

---

(22) C.A. Paris, 6 luglio 2007, n. 06/06992, Dalloz, 2007, AJ 1961, obs. A. Astaix; cfr. E. Dockès, *Le juge et les politiques de l'emploi*, in *Droit soc.*, 2007, pp. 913 ss.

(23) O. Blanchard, J. Tirole, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, Rapport du Cae n. 44, La Documentation française, 2003; Idem, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, in q. *Riv.*, 2004, I, pp. 161 ss.

(24) Cfr. P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarieté à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, La Documentation française, 2005; P. Cahuc, F. Kramarz, *Le contrat de travail unique, clef de voute de la sécurité sociale professionnelle*, in A. Jeammaud (diretto da), *Le droit du travail confronté à l'économie*, Dalloz, 2005, p. 55.

(25) Cfr. J.M. Goerlich Peset, *Contrato único o reforma del despido por causas empresariales?*, in *Relaciones Laborales*, 1, 2010; L.J. Forteza, *Elogio y crítica jurídica a la propuesta del contrato de trabajo único*, in *Relaciones Laborales*, 1, 2010; M. Rodríguez-Piñero, *Sobre el contrato de trabajo único*, in *Relaciones Laborales*, 10, 2009; M.C. Rodríguez-Piñero Royo, *Algunos aspectos jurídicos de la propuesta de contrato único*, in *Relaciones Laborales*, 1, 2010.

(26) Su cui v. F. Carinci, *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto*, 2012; A. Perulli, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*, 2012.

2. — *La valutazione della ragione economica: i sincretismi giudiziari* — A queste critiche, che tendono a preservare intatto il postulato di matrice economica sulla non conoscibilità del processo economico e sulla sua intrinseca razionalità, il diritto del lavoro ha progressivamente contrapposto un diverso modello: quello della conoscibilità e valutabilità delle ragioni che muovono le decisioni dell'imprenditore. È importante evidenziare come questa diversa prospettiva si fondi su una visione pluralistica della ragione economica, che oppone alla concezione neoclassica standard una logica di comprensione dei diversi valori e razionalità sociali in presenza, ammettendo la loro valutazione e il loro contemperamento, irriducibile a una mera meccanica «quantificazione» degli interessi (27). Riprendendo le categorie di Boltanski e Thevenot, lo spazio dell'interazione sociale sottoposto all'imperativo di giustificazione comprende la grandezza *industriale*, caratterizzata dall'efficacia economica, la grandezza del *mercato*, misurata dal profitto e dalla competitività, la grandezza *domestica*, ove primeggia il valore della fiducia, e la grandezza *civica*, basata sul rispetto dei diritti fondamentali (28). Il controllo del licenziamento economico interseca queste diverse grandezze, che lo sottraggono alla tirannia dei valori riducibile a una giustificazione puramente efficientistica; ciascuna di queste razionalità, tra cui spicca quella economica, rivendica la propria universalità, ma il politeismo valoriale è «affrontabile solo aprendo alle diverse razionalità in conflitto, cioè decostruendo/ricostruendo mediante una teoria del diritto dei conflitti tra i diversi discorsi» (29). Questo percorso decostruttivo, che tutti i sistemi in esame hanno compiuto, dimostra l'esistenza, al di là delle diverse tradizioni e tecniche normative impiegate, di un substrato giuridico-culturale comune, di una *concordanza* nell'approccio teorico-pratico che si consolida, in particolare, attraverso *sincretismi metodologici giudiziari*. Lo sviluppo di questi sincretismi è stato possibile, prima di tutto, grazie alla penetrazione di un valore, condensato in un principio, quello della *tutela dei diritti fondamentali del lavoratore*, che nel caso della regolazione del licenziamento si è concretizzato nel principio di *stabilità* dell'impiego. In Spagna il diritto della stabilità dell'impiego è

(27) Cfr. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail: une raison pluraliste*, in *Rev. droit trav.*, 2011, pp. 618 ss.

(28) L. Boltanski, L. Thevenot, *De la justification. Les économies de la grandeur*, Gallimard, Paris, 1991; per una ripresa del modello delle «grandezze», in una prospettiva giuridica, S. Leader, *Three faces of justice and the management of change*, in *Modern law review*, 6, 2000, pp. 55 s.

(29) P. Perulli, *Il dio contratto*, Einaudi, Torino, 2012, p. 55.

stato affermato dalla sentenza del *Tribunal Constitucional* n. 20/1994, secondo la quale «*la inexistencia de una reacción adecuada contra el despido o cese debilitaría peligrosamente la consistencia del derecho al trabajo y vaciaría al Derecho que lo regula de su función tuitiva, dentro del ámbito de lo social como característica esencial del Estado de Derecho*». Nel diritto italiano il valore della stabilità dell'impiego, di ascendenza costituzionale (art. 4 Cost.) (30), è riaffermato dalla giurisprudenza della Suprema Corte a giustificazione del controllo sulle ragioni del licenziamento e dell'attitudine del giudice a selezionare le ragioni economiche che costituiscono giustificato motivo oggettivo da quelle che invece non ne integrano gli estremi (31). Nel sistema francese il diritto *à l'emploi* ha ricevuto consacrazione costituzionale (32) e benché il *Conseil constitutionnel* sembri partire dalla nozione di libertà di intraprendere per verificare l'eventuale lesione sproporzionata del principio, la logica della conciliazione tra valori dimostra l'inesistenza di una gerarchia tra libertà d'impresa e diritto al lavoro a beneficio del primo, onde le ragioni della stabilità ben possono desumersi dai princìpi fondamentali dell'ordinamento, nonché dalle pronuncie della Corte europea dei diritti dell'uomo sul «*droit à gagner sa vie par le travail*», che secondo la dottrina d'oltralpe producono naturalmente effetti diretti sulla disciplina nazionale del licenziamento per motivi economici (33). Il valore della stabilità si è introiettato nel tessuto normativo e di questo tessuto si è nutrito, contribuendo attraverso l'interpretazione giurisprudenziale a fornire un senso e una prospettiva valoriale al quadro legaltipico, altrimenti anodino e piuttosto neutro, costituito in tutti i paesi considerati dalla presenza di limiti *esterni e interni* al potere dell'imprenditore: limiti *esterni*, in quanto fanno rinvio appunto a diritti del lavoratore che non possono essere compressi, o non possono essere compressi oltre una certa misura (secondo il principio di proporziona-

(30) Cfr. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i «princìpi costituzionali»*, in *Dir. lav. rel. ind*, 2007, pp. 611 ss.

(31) «Stante il principio della stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato e pur nei limiti del controllo giudiziale limitato ai presupposti di legittimità, al fine di integrare il giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, non è sufficiente un generico programma di riduzione dei costi; infatti la norma pretende ragioni che giustifichino il licenziamento, cioè cause che con il loro peso si impongano sulla esigenza di stabilità e, come tali, siano serie e non convenientemente eludibili»: Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012.

(32) Cons. Const. 28 maggio 1983, n. 84-456.

(33) Cfr. J.-P. Marguenaud, J. Mouly, *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droit de l'Homme*, Dalloz, 2006, Chron. p. 477.

lità), dalle decisioni datoriali; esemplare resta, a questo proposito, il dispositivo-faro del diritto del lavoro francese (art. L. 1121-1 del *Code du travail* – di seguito *C. trav.*), che sanziona con la nullità la violazione da parte del datore di un diritto o di una libertà fondamentale del lavoratore (34). Limiti *interni*, in quanto collegati alla logica di funzionamento dell'organizzazione produttiva e del lavoro, e al suo regolare funzionamento (per riprendere la definizione di giustificato motivo oggettivo in vigore nel sistema italiano), ossia – come si esprime il *Tribunal Supremo* spagnolo – a standard plausibili e ragionevoli «*en términos de gestion empresarial*», dedotti dall'esperienza del «*buen comerciante*» (35). Questo valore della stabilità si è quindi inverato negli ordinamenti grazie a due dinamiche concorrenti: la legge, che ha realizzato l'inquadramento legale tipico del potere di licenziamento, altrimenti libero e arbitrario; l'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale che sulla base di quel materiale normativo ha rimodellato il controllo giudiziale e la sua capacità di penetrazione, mobilitando *il principio di razionalità/proporzionalità nelle sue diverse articolazioni: adeguatezza causale, necessità, ponderazione e bilanciamento dei diversi interessi in gioco* (36).

In relazione all'applicazione giurisprudenziale delle norme che, negli ordinamenti in esame, fondano il controllo sulle ragioni del licenziamento economico, è necessario rammentare le nozioni di base su cui interviene l'operazione di valutazione giudiziale. Mi riferisco, per la legge italiana, al giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604/66, vale a dire le ragioni relative all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento; nella legge francese, all'art. L. 1233-3 del *C. trav.*, ossia il motivo «non inerente alla persona del lavoratore, che implica una soppressione o trasformazione dell'impiego o una modificazione, rifiutata dal lavoratore, di un elemento essenziale del contratto, conseguente, *in particolare*, a difficoltà

(34) «*Nul ne peut apporter aux droits des personnes et aux libertés individuelles et collectives de restrictions qui ne seraient pas justifiées par la nature de la tâche à accomplir ni proportionnées au but recherché*»; la norma costituisce il principale canale di accesso dei diritti fondamentali nel rapporto di lavoro: cfr. G. Lyon-Caen, *Les libertés publiques et l'emploi*, La Documentation française, 1991, p. 149.

(35) Sts 2 marzo 2009.

(36) Cfr. A. Perulli, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind*, 2005; Idem, *Rationalité et contrôle des pouvoirs de l'employeur*, in *Rev. droit trav.*, 2006, pp. 83 ss.; A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006.

economiche o a mutazioni tecnologiche» (37), cui devono aggiungersi i motivi, di creazione giurisprudenziale, relativi alla salvaguardia della competitività dell'impresa e alla cessazione dell'attività; nell'ordinamento spagnolo, alle cause economiche del licenziamento e alle cause produttive, organizzative e tecniche, relative così come riviste dalla legge n. 35/2010 (che ha unificato le cause del licenziamento collettivo e di quello individuale, ampliando la nozione di causa economica) e dalla recente riforma del 2012.

Orbene, queste nozioni di per sé anodine e neutre, prendono corpo e senso sotto l'azione del principio di razionalità/proporzionalità, che rappresenta il vettore principale del sincretismo metodologico emergente dall'analisi comparata. Il licenziamento viene vagliato non solo alla luce di un principio di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini (secondo un canone di razionalità strumentale dell'agire), ma anche di necessità e di ponderazione degli interessi (secondo un canone di razionalità assiologica dell'agire): in questa luce, il giudice seleziona le ragioni economiche ammissibili a far retrocedere il diritto alla stabilità dell'impiego. Infatti, contrariamente a quanto postulato dall'analisi economica del diritto, non tutte le ragioni economiche sono «buone ragioni», idonee a giustificare il licenziamento. Per esempio, in Francia come in Italia e in Spagna i giudici ritengono non siano soddisfatti i requisiti del licenziamento economico in presenza di ragioni relative a un mero *risparmio di costi* (38), o una riorganizzazione volta all'incremento (e non alla sola salvaguardia) della *competitività aziendale* (39). Se in Francia il licenziamento destinato a ridurre i costi è giudicato estraneo alla lista delle ragioni ammissibili di recesso, e non costituisce, di conseguenza, un motivo economico di licenziamento, significa che il giudice, nel-

(37) Il *Code* precisa che la giustificazione può riguardare «*notamment*» le difficoltà economiche o i mutamenti tecnologici, onde la lista non è tassativa, altre ragioni potendo essere individuate dalla giurisprudenza.

(38) La giurisprudenza francese ha decretato l'abbandono della concezione dell'imprenditore *seul juge* con una sentenza della Cass. Soc. 2 aprile 1997, n. 94-43165, con la quale ha statuito l'illegittimità del licenziamento di un dipendente ritenuto troppo costoso, pur a fronte di una perdita aziendale documentata di 100.000 franchi; cfr. R. Dalmasso, *Essai sur le concept de licenciement économique. Étude comparée des droits français et italien*, in *Lgdj*, Parigi, 2009, pp. 339 s.

(39) Introducendo questo nuovo motivo di licenziamento, a mezza via tra la difficoltà economica e il mutamento tecnologico previsti dalla legge, la giurisprudenza ha inteso limitarne l'operatività ai soli casi di necessaria salvaguardia della competitività dell'impresa: cfr. R. Dalmasso, *op. cit.*, p. 285.

l'ambito del controllo, seleziona i fatti economici alla luce di una valutazione più o meno stringente della tipizzazione legislativa, allo stesso modo del giudice spagnolo, il quale, per ammettere la legittimità del licenziamento richiede la prova di difficoltà aziendali tanto immanenti e gravi da mettere in gioco «*el salvamento*» dell'impresa (40). Il *Tribunal Supremo* ravvisa, infatti, la difficoltà nel buon andamento dell'impresa quando siano provate perdite rilevanti e continuative, di talché con il licenziamento «*se reducen directamente los costes de funcionamiento de la impresa, aumentando con ello las posibilidades sde superacion de su situation negativa*». Del pari, in Italia, il licenziamento per riorganizzazione aziendale è consentito, ma non per mero intento di incremento dei profitti, in quanto il giustificato motivo deve essere determinato «non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti» (41). Allo stesso modo, in Francia, la riorganizzazione dell'impresa deve risultare necessaria per salvaguardare la competitività dell'impresa, onde l'imprenditore è sì libero di scegliere tra più soluzioni possibili, ma a condizione che ciascuna di queste sia pertinente e adeguata rispetto al fine perseguito: dunque non costituisce un atto necessario alla «*sauvegarde de la compétitivité*» la modifica dell'orario realizzata per rispondere alle esigenze dei clienti, o la riorganizzazione per diminuire i margini salariali, o per aumentare il profitto. Pervero, a partire dal celebre caso *Sat* (2000), seguito da *Pages Jaunes* (2006), la salvaguardia della competitività è stata riconosciuta anche a fronte di una minaccia non attuale, tanto che la Corte, nella motivazione di quest'ultima sentenza, afferma che i licenziamenti erano «intervenuti per prevenire delle difficoltà economiche a venire» (42). Su questa formulazione si è aperto un serrato confronto dottrinale, polarizzato tra chi riteneva ormai aperta la via per un controllo più «leggero» dei licenziamenti economici e chi sosteneva, al contrario, perseguibile un vaglio approfondito della causa economica; e in quest'ultimo senso pare essersi subito espressa la giurisprudenza, precisando che per

(40) Cfr. J.L. Goñi Sein, *El regime de los despidos economicos y del «despido exprés» tra la Ley n. 35/2010, de reforma laboral*, in *Relaciones Laborales*, 14/2011, pp. 11 ss.

(41) Cass. n. 12514/2004 e, di recente, n. 19616/2011.

(42) Cass. Soc. 11 gennaio 2006, n. 04-46201, in *Droit soc.*, 2006, p. 138, obs. J.-E. Ray.

aversi una causa seria la minaccia alla competitività deve essere oggettiva, provata e «pesare» sull'andamento competitivo dell'azienda (43).

Riemergono, in questi sincretismi giudiziari, i profili di un controllo di proporzionalità, tanto con riferimento all'adeguatezza del mezzo rispetto al fine, tanto della necessità dell'atto di recesso, che viene ad assumere i contorni di una causa grave dal punto di vista economico o tecnico-produttivo; rispetto a questa ragione il legislatore spagnolo richiede(va) espressamente il carattere razionale della decisione imprenditoriale, dovendo il datore «*acreditar la concurrencia de alguna de las causas señaladas y justificar que de la mismas se deduce la razonabilidad de la decision extintiva*» (art. 51.1 *Estatuto de los Trabajadores* – di seguito *ET* – nel testo riformato dalla legge n. 35/2010). Evidentemente i sincretismi giudiziari in esame esprimono la consapevolezza che dietro l'esercizio dei poteri datoriali si agita un conflitto di valori, condensato nelle formule legislative sulle ragioni economiche, e dunque, nell'ordine del diritto, la necessità di una loro composizione, di cui il giudice è il principale e insostituibile attore (44). Con tale attività, il giudice non attua tanto un controllo di opportunità delle scelte aziendali, quanto di legalità, nell'accezione più pregnante del termine, comprensiva non solo della loro effettività e non pretestuosità, ma anche del principio di proporzionalità che giustifica il ricorso ai parametri valutativi dell'adeguatezza, delle necessità e dell'impiego del mezzo più mite e meno lesivo dell'interesse (diritto) postergato.

Questa attività di selezione giudiziaria delle ragioni economiche è potenzialmente più ampia e discrezionale laddove, come in Italia e in Spagna prima della riforma del 2010, il legislatore lascia maggiormente indeterminata la nozione di giustificato motivo, consentendo di fatto alla magistratura un'opera creativa, o quantomeno di specificazione della regola: così in Spagna, a fronte di una causa economica definita genericamente nei termini «*situation economica negativa de la impresa*» (art. 51 *ET*), i giudici hanno elaborato una serie di indici al fine di precisare che detta situazione sia «oggettiva, reale, sufficiente e attuale», che la causa allegata sia «permanente e di entità sufficiente per incidere negativamente sul risultato economico»; mentre in Francia (e in Spagna dopo la riforma del 2010) i testi normativi, definendo con maggiore pre-

(43) Cass. 21 febbraio 2007, n. 04-48795. Cfr., anche per i necessari riferimenti al dibattito dottrinale, R. Dalmasso, *op. cit.*, pp. 407 ss.

(44) Cfr. A. Lyon-Caen, *Notes sur le pouvoir de direction et son contrôle*, in *Mélanges dédiés au Président Michel Despax*, 2002, p. 104.

cisione la nozione di ragione economica, circoscrivono maggiormente la libertà del giudice nell'opera di sussunzione della fattispecie. L'analiticità delle cause di licenziamento per motivo economico non equivale, tuttavia, necessariamente, a un alleggerimento dell'intervento giudiziario. In Francia, la magistratura è chiamata non solo a verificare la sussistenza della causa, così come tipizzata dal legislatore, ma anche a verificarne il carattere reale (oggettivo, esistente ed esatto del motivo) e serio (cioè sufficientemente importante). In questo modo, attraverso il controllo della *cause réelle et sérieuse*, il motivo economico viene sottoposto a un vaglio ancor più penetrante, consentendo l'opera di selezione causale calibrata sul principio di proporzionalità. Sul carattere *réelle et sérieuse* della causa il controllo si biforca: da un lato, concerne la realtà materiale (così, ad esempio, non sussiste una *cause réelle* se l'imprenditore ha fatto ricorso sistematicamente a Cdd per coprire il posto del lavoratore licenziato); dall'altro riguarda la realtà dell'elemento causale, attinente alle difficoltà economiche o alla minaccia della competitività dell'impresa. Questo elemento causale viene quindi filtrato attraverso il criterio della serietà della ragione, vale a dire la sua gravità e importanza, onde, nonostante il riconoscimento della causa in termini di realtà, è possibile negare la legittimità del licenziamento per carenza in punto di serietà dello stesso. Talvolta la realtà e la serietà del motivo si confondono: così quando la Corte afferma che «né la realizzazione di una cifra di affari minore né la decrescita dei benefici realizzati nello stesso periodo sono sufficienti a caratterizzare la realtà delle difficoltà economiche allegate» (45), ove è evidente che i fatti allegati sono reali, provati ed esatti, ma le difficoltà non sono state giudicare serie, e quindi tali da rendere il licenziamento realmente necessario.

In questa luce, che enfatizza il carattere di estrema necessarietà dell'atto di recesso, si comprende anche la creazione per via giurisprudenziale del principio di *repêchage*, in Francia più correttamente detto di *reclassement* (anch'esso di origine pretoria ma in seguito consacrato dall'art. L. 1233-4 del *C. trav.*), che spezza il nesso di causalità puramente economica tra motivo oggettivo e licenziamento, contribuendo a connotare quest'ultimo come una *extrema ratio* (46). L'esistenza di un causa reale e seria è subordinata alla dimostrazione da parte dell'imprenditore

(45) Cass. 10 luglio 1999; vedi, per altre esemplificazioni, E. Peskine, C. Wolmark, *Droit du Travail*, Dalloz, 2012, p. 413.

(46) Riconduce il *repêchage* al principio di proporzionalità L. Nogler, *Prime considerazioni sulle «clausole generali»*, cit., p. 931.

dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore licenziato, in Francia anche al di fuori del perimetro aziendale (gruppo) e nazionale (estero).

3. — *Le tendenze recenti: evitamento del controllo giudiziario e monetizzazione del recesso* — Progressivamente, sotto la spinta dell'imperativo economico della flessibilità e delle critiche di vario ordine (pragmatico, dogmatico e sociale) nei confronti dell'ufficio del giudice, il controllo giudiziario è stato fatto oggetto di una strategia di «evitamento», diretto o, più spesso indiretto, in tutti gli ordinamenti considerati, mediante tecniche diverse. Una di queste può essere definita di «decausalizzazione» del recesso, talora con effetti molto gravi in termini di scollamento tra il dato formale e la realtà regolata: tipico il caso spagnolo che ha visto l'impiego surrettizio, da parte del datore, del licenziamento disciplinare *in vece* del licenziamento economico per beneficiare di una via rapida di estinzione del rapporto, grazie all'introduzione (a opera della legge n. 45/2002) del *despido exprés* (art. 56.2 *ET*), poi esteso con la riforma del 2010 che ne ha incrementato l'impiego con riferimento alle cause oggettive. Questo istituto, configurabile nei termini di un «*despido libre o desistimiento unilateral indemnizado*», applicabile al licenziamento disciplinare, consente all'imprenditore di evitare il contenzioso (e quindi il controllo giudiziario) indennizzando il lavoratore illegittimamente licenziato, seppure a un costo più elevato di quanto previsto in caso di licenziamento economico (47). In Francia, altri strumenti di evitamento del controllo giudiziale sono stati mobilitati per consentire all'impresa di sciogliere il vincolo contrattuale senza ricorrere al licenziamento per motivo economico. Con la legge di «modernizzazione» del mercato del lavoro (25 giugno 2008) è stato introdotto un nuovo istituto, la *rupture conventionnelle*: una sorta di scioglimento del rapporto per mutuo consenso grazie al quale il prestatore riceve un'indennità corrispondente, come minimo, all'indennità prevista dalla legge in caso di licenziamento (art. L. 1237-13 *C. trav.*), potendo altresì fruire dell'indennità di disoccupazione. Le parti sociali, che hanno per prime ideato il meccanismo della *rupture convenitionnelle* con l'Accordo interprofessionale dell'11 gennaio 2008, ne hanno significativamente sottolineato la funzione di «securizzazione», quale mezzo per «*sécuriser les conditions dans lequelles*

(47) Cfr. A. Desdentado Bonete, A. De La Puebla Pinilla, *La reforma del despido en la Ley 35/2010*, in I. Garcia-Perrote Escalin e J. Mercader Uguina (diretto da), *La reforma del mercado del trabajo. Ley n. 35/2010 de 17 septiembre*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 68.

l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie»; ove la «securizzazione» riguarda, soprattutto, la sottrazione del prodotto della contrattualizzazione del recesso al controllo giudiziario (48). La *rupture conventionnelle*, non applicabile in caso di licenziamenti collettivi che richiedono la predisposizione di un piano di salvaguardia dell'occupazione (art. L. 1237-16 *C. trav.*), consente – unica fra tutte le modalità di scioglimento consensuale del contratto di lavoro – la non applicazione della disciplina sul licenziamento per motivo economico, con buona pace dell'orientamento giurisprudenziale che, da molti anni, riteneva invece applicabili dette regole ogni qualvolta la rottura del vincolo intervenisse per un motivo economico. Di conseguenza, gli imprenditori utilizzano questo strumento come «sostituto funzionale» del licenziamento, evitando ogni controllo giudiziario sui motivi del recesso. L'istituto, facilmente strumentalizzabile con intenti fraudolenti (49), è stato oggetto dapprima di una circolare ministeriale che ne indagava i possibili effetti in termini di *detournement des régles du licenciement pour motif économique* (Dgt n. 2008-11), e in seguito di una pronuncia della Cassazione del 9 marzo 2011 con cui la *Chambre social* impone di contabilizzare le *ruptures conventionnelles* al fine di determinare la soglia richiesta dalla legge per attivare la procedura di licenziamento per motivi economici. Resta comunque controversa, nonostante la chiara indicazione della legge in senso contrario (alinea 2, art. L. 1233-3 *C. trav.*), la questione se sia possibile l'integrazione della *rupture conventionnelle* nell'ambito della procedura di licenziamento per motivo economico (50), nonché se possa darsi corso agli effetti demolitori della nullità della *rupture* (con conseguente diritto del lavoratore alla reintegrazione) in caso di impiego abusivo o fraudolento dell'istituto (51).

In Italia, strategie di evitamento del controllo giudiziario sull'esercizio dei poteri datoriali sono state messe in campo con una normativa di carattere generale rivolta allo stesso *officium* del giudice. L'art. 30 del

(48) Cfr. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse de doctorat Mention droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2009, p. 515.

(49) Cfr. A. Fabre, *Ruptures conventionnelles et suppressions d'emplois pour motif économique: possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi?*, in *Rev. droit trav.*, 2010, pp. 369 ss.

(50) Cfr. J.M. Béraud, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique: un rapport à décrypter*, in *Rev. droit trav.*, 2011, pp. 226 ss.

(51) Cfr. G. Couturier, *Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée?*, in *Rev. droit trav.*, 2009, p. 205.

Collegato lavoro (legge n. 183/2010) stabilisce infatti che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge […] contengono clausole generali, ivi comprese le norme in tema di […] recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai prìncipi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente». Recependo e reiterando la criticabile distinzione tra controllo di merito e legittimità, il legislatore, appellandosi a imprecisati «princìpi generali dell'ordinamento», ha chiaramente inteso richiamare il giudice al rispetto di limiti «interni» al proprio ufficio, andando ben al di là – nonostante le apparenze – del *self-restraint* di solito affermato dalla stessa giurisprudenza (52). Si tratta di un tentativo legislativo, probabilmente destinato all'insuccesso, di orientare il giudice verso una visione assai modesta del controllo di legittimità, che dovrebbe essere limitato alla verifica di due elementi: da un lato, la sussistenza materiale della causa (qualunque essa sia), onde prevale la valutazione della causa/ragione/motivo economico sulla circostanza che si tratti di una causa giusta o di un motivo *giustificato*); dall'altro, la verifica del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere. Ritorniamo quindi a una concezione ristretta della natura e della funzione del sindacato giudiziario, che non deve investire le motivazioni dell'atto di esercizio del potere imprenditoriale. Di fatto, il disposto censura l'atteggiamento selettivo della giurisprudenza che, in materia di giustificato motivo oggettivo, richiede una «seria ragione di utile gestione dell'impresa» o «un'effettiva necessità di riduzione dei costi» e non una finalità di mero accrescimento del profitto, onde il licenziamento viene vagliato alla luce di una reale necessità organizzativa. È evidente, infatti, che in questi casi il giudice, nell'interpretare la norma elastica, opera un'integrazione/specificazione del suo contenuto, trasformando la logica puramente individualistico-mercantile dell'*homo oeconomicus* in una funzionale alle esigenze dell'organizzazione (mettendo quindi in evidenza limiti interni) e maggiormente rispettosa dei diritti fondamentali del lavoratore.

(52) Cfr. E. Ghera, L. Valente, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 866; *contra*, A. Vallebona, *Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro*, in A. Minervini, *Il Collegato alla finanziaria all'indomani del messaggio presidenziale: le controversie di lavoro*, Jovene, Napoli, 2011, p. 1, per il quale «la disposizione non è innovativa, ma recepisce l'orientamento generalmente seguito dalla giurisprudenza».

La norma pone una serie di questioni, che non possono essere affrontate in questa sede, relative sia all'opportunità e utilità di un simile disposto, sia alla sua legittimità costituzionale, che non sono state ancora approfondite e attentamente vagliate (53).

Sul piano della disciplina sostanziale sul licenziamento, vale rilevare l'attivismo del legislatore attraverso la norma di cui all'art. 8 della legge n. 148/2011, che abilita la contrattazione collettiva aziendale (cd. di prossimità) a intervenire in funzione derogatoria (anche) sulla disciplina del recesso (specificamente sulle «conseguenze del recesso dal rapporto di lavoro»), bypassando il controllo giudiziario (54). Con questa previsione, tuttavia, il legislatore apre, forse inconsapevolmente, un ampio fronte di controllo giudiziario, non già sulle ragioni del licenziamento ma sulla razionalità (*id est* coerenza rispetto al fine) della contrattazione di prossimità funzionalizzata (55), su cui è opportuno fin d'ora richiamare l'attenzione della stessa magistratura. Ma la via maestra, seguita dal legislatore, punta alla riforma dell'art. 18 Stat. lav., contemplata nel d.d.l. Monti-Fornero, che riguarda tanto il fronte del controllo quanto quello dei rimedi nei confronti del licenziamento illegittimo. La riforma, aprendo una breccia al principio della stabilità reale del posto di lavoro, abilita il giudice, in caso di licenziamento economico, a *scegliere* tra la reintegrazione e l'indennizzo. Nei primissimi commenti (56), la novità è stata vista con preoccupazione, in quanto il legislatore avrebbe utilizzato concetti vaghi e oscuri, paventandosi un ruolo del giudice ancora più ampio e un esito del giudizio ancora più incerto di oggi. In realtà, le cose stanno diversamente. Certo, non ha prevalso la logica della predeterminazione del costo del licenziamento, presente, ad esempio, nella originaria proposta sul contratto unico (nella versione Ichino); questa ipotesi, finalizzata alla completa «sterilizzazione» dell'ufficio del giudice, non è stata accolta, e il licenziamento per motivo economico continuerà a essere un atto ap-

(53) A eccezione del saggio di G. Ferraro, *op. cit.*, p. 15, e di L. Nogler, *op. ult. cit.*

(54) Esprime dubbi sull'applicabilità dell'art. 8 alla reintegrazione disciplinata dall'art. 18 Stat. lav. A. Maresca, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011*, n. 138, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 21.

(55) Per questo profilo rinvio ad A. Perulli, V. Speziale, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148, e la «Rivoluzione di Agosto» del Diritto del lavoro*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 132/2011; *contra*, R. Pessi, *Ancora sull'articolo 8 della seconda manovra estiva. Quali spazi per la contrattazione di prossimità?*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 57.

(56) V., ad esempio, G. Falasca e M. Prioschi, in *Il Sole 24 Ore*, 10 aprile 2012.

prezzabile, nelle sue ragioni, da parte del giudice, così come accade in tutti i paesi europei (anche la recente riforma del mercato del lavoro spagnola non ha accolto la proposta del contratto unico). L'innovazione non riguarda quindi il *controllo del giudice*, e la sua latitudine, che rimarrà tale, quanto i *rimedi* su cui il prestatore potrà fare affidamento. Il giudice potrà scegliere tra reintegrare il lavoratore o disporre un indennizzo. Ma in questa scelta la sua discrezionalità non sarà così ampia come può sembrare a prima vista; né il legislatore ha usato a tal fine espressioni oscure. La distinzione presuppone semplicemente un distinguo tra il concetto di licenziamento invalido perché il giustificato motivo *non sussiste*, in quanto – come si esprime il legislatore della riforma – «non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo», e il licenziamento invalido per «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» (art. 14 del d.d.l. del Governo). Orbene, il primo caso si avrà quando la motivazione del licenziamento riguarda una ragione economica in sé esistente, ma non integrante, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo: ad esempio, nel caso in cui il licenziamento sia disposto per un motivo di riduzione di costi, o per incremento del profitto; fattispecie che, come abbiamo visto, la giurisprudenza comunemente ritiene non rientranti nella nozione di ragione legittimante il recesso. In tale evenienza non sussiste il giustificato motivo, pur sussistendo un motivo economico (la riduzione dei costi o l'incremento del profitto non sono fittizi): la conseguenza sarà l'indennizzo del lavoratore (da un minimo di 12 a un massimo di 24 mensilità). Diverso il caso della «manifesta insussistenza», ove è lo stesso fatto produttivo-organizzativo posto a base del licenziamento che in realtà non sussiste: ad esempio, viene disposto un licenziamento per soppressione della funzione, ma in realtà tale funzione è mantenuta in ambito aziendale; o per una riorganizzazione aziendale, ma in assenza di una vera e propria difficoltà economica cui far fronte. Qui non solo non sussiste il giustificato motivo oggettivo, ma neppure è apprezzabile la ragione economica in sé considerata (manca la soppressione della funzione; manca la difficoltà aziendale): è evidente che la conseguenza dovrà essere più onerosa per l'impresa, che per giustificare il recesso ha proposto una falsa rappresentazione della realtà. Il rimedio potrà (ma si legge *dovrà*) essere la reintegrazione del lavoratore. Questa interpretazione trova un parallelo nel modello francese, ove la giurisprudenza, come abbiamo visto, distingue tra inesistenza del motivo economico e deficit di serietà dello stesso, sancendo quest'ultima fattispecie con la nullità/inesistenza dell'atto. In sostanza, facendo un buon uso dei

princìpi generali e della ormai consolidata giurisprudenza sul licenziamento per motivo economico, la riforma – pur registrando un innegabile regresso nella tutela del prestatore – potrebbe entrare a regime su binari ben saldi e conosciuti.

L'ordinamento che ha conosciuto il più penetrante intervento legislativo sul controllo giudiziario del licenziamento economico è senz'altro la Spagna, con le due riforme intervenute nel 2010 e nel 2012.

La riforma del lavoro del 2010 ridefinisce la nozione di causa economica di licenziamento, facendo probabilmente uscire di scena il principio del licenziamento come *ultima ratio*, intimabile, secondo gli orientamenti della giurisprudenza spagnola, solo nei casi estremi ove è in gioco la sopravvivenza dell'impresa.

Con riferimento alle *cause economiche*, queste giustificano il licenziamento se permettono di «preservare o favorire la posizione competitiva dell'impresa sul mercato»; mentre le *cause tecniche, organizzative o produttive* giustificano il licenziamento quando prevengono «una evoluzione negativa dell'impresa o per migliorare la sua situazione grazie a una migliore organizzazione delle sue risorse, che favorisce la sua competitività sul mercato e una migliore risposta alle esigenze della domanda». Qui il punto da sottolineare è, da un lato, la piena legittimità del licenziamento che *favorisca* e non solo preservi la competitività dell'impresa (come invece richiesto in Francia), e, dall'altro, il carattere *preventivo* del licenziamento, che assume i connotati di un normale strumento di gestione dell'impresa (diversamente dall'Italia, che con riferimento all'ipotesi della riorganizzazione aziendale richiede una reale – cioè attuale – difficoltà non contingente, cui l'impresa è chiamata a far fronte, che *imponga* la riduzione del personale). Il legislatore ha inteso inoltre limitare direttamente il potere del giudice, stabilendo che la ragionevolezza del licenziamento deve rivestire un carattere «minimo» (art. 51.6 *ET*). Sin qui, tuttavia, il giudice continua a valutare il carattere *ragionevole* del licenziamento, benché preventivo, onde, se da un lato possiamo osservare un notevole ampliamento dei confini della fattispecie, dall'altro non viene tuttavia completamente revocato in causa il controllo giudiziale sulla razionalità del comportamento dell'*homo oeconomicus*.

La riforma del 2012 batte in breccia proprio questa attitudine del controllo giudiziario. Con la riformulazione della nozione di causa economica, viene espressamente abolito il controllo di razionalità (nel senso che la l'imprenditore non è più tenuto a «*justificar la razonabilidad de la decision extintiva para preservar o favorecer su posicion competitiva en el mercado*»). La reazione a una giurisprudenza considerata fonte di instabilità

e incertezza non poteva essere più netta. Inoltre, il legislatore dispone che la causa economica, qualificata ora come situazione economica negativa, come l'esistenza di perdite attuali o previste, o la persistente diminuzione del reddito o delle vendite, deve intendersi «*en todo caso*» averata laddove detta diminuzione *si sia verificata durante tre trimestri consecutivi*. Con questo stringente riferimento temporale il nuovo licenziamento per motivi oggettivi offre una maggiore flessibilità e, soprattutto, certezza per il datore di lavoro, che potrà limitarsi a provare una perdita nell'ambito dei tre trimestri consecutivi per poter licenziare per motivo economico corrispondendo al lavoratore un indennizzo prefissato in 20 giorni del salario per anno di anzianità con un tetto massimo di 12 mensilità.

Di fronte al nuovo approccio del legislatore ci si può chiedere se il giudice, allorquando verifichi la persistente diminuzione del reddito o delle vendite per nove mesi consecutivi, debba *necessariamente* valutare sussistente la causa economica, ovvero possa valutare, caso per caso, se la perdita persistente abbia un impatto modesto o addirittura insignificante in proporzione alla quantità del fatturato aziendale. Si faccia l'esempio di una società che fattura 10 milioni di euro all'anno: potrebbe giustificare il licenziamento per causa economica, secondo la nuova formulazione dell'art. 51.1 *ET*, allegando e provando una diminuzione di reddito o di vendita di soli 100 euro nell'arco di tre trimestri consecutivi?

Sarebbe in questo caso il giudice costretto a convalidare l'estinzione del contratto? Chiaramente questa è l'intenzione del legislatore; tuttavia, tale soluzione deve fare i conti con il principio di carattere generale che impone al giudice di valutare in ogni caso la *proporzionalità degli interessi in gioco*.

4. — *Verso una nuova tirannia dei valori economici* — L'analisi sin qui condotta ha consentito di verificare la sussistenza di importanti sincretismi metodologici nell'attività di interpretazione giudiziale delle ragioni economiche di licenziamento in tutti i paesi considerati. La magistratura non si limita a una verifica della sussistenza dei presupposti di legittimità dell'atto secondo una lettura meccanicistica del testo di legge, come se il giudice fosse null'altro che la «*bouche de la loi*», bensì sulla base di un approfondito vaglio degli standard socialtipici di comportamento imprenditoriale, in ragione della adeguatezza causale (la razionalità strumentale dell'atto), e dei valori dell'ordinamento (la razionalità assiologica dell'atto). Da questa valutazione qualitativa dello spazio

normativo e delle sue componenti, il diritto del lavoro trae le conseguenze in ordine alla «sostenibilità sociale» dell'efficienza dell'impresa capitalistica e del suo comportamento sul mercato del lavoro. Se, da un lato, il controllo giudiziale alla luce dei princìpi di razionalità e proporzionalità consente di penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri assiologici plurali (espressi da standard, da criteri di «normalità» sociale, da diritti fondamentali), dall'altro, apre un problema di sicurezza giuridica nella misura in cui rinuncia alla tirannia dei valori economici e all'idea di pre-calcolabilità come unica forma di comprensione del mondo, che riduce l'uomo, in tutte le sue attività, ad animale condizionato da un comportamento prevedibile (57). Infatti, benché costruito attorno a standard di comportamento, il diritto del lavoro esprime la tensione verso schemi di razionalità assiologicamente orientata, irriducibile alle categorie del mercato o alle «grandezze» economiche e organizzative, introducendo variabili o «grandezze civiche» che spiazzano l'utilitarismo individualista e introducono l'incertezza valutativa (58).

Proprio per questo, il diritto del lavoro è oggetto, da qualche tempo, di una costante e sempre più tenace pressione, condotta dal pensiero neoliberista, verso forme di riduzione sistemica della sua complessità qualitativa, per approdare a una sorta di semplificazione normativa basata sulla riduzione del diritto a un sistema di prezzi.

Questo processo di cambiamento, che investe in particolare le modalità del controllo giudiziario e (soprattutto nel nostro ordinamento) la sfera dei rimedi al licenziamento illegittimo, non può essere descritto in termini riduttivi, come semplice risultante di una diversa visione *tecnica* del diritto e delle sue applicazioni o metodologie, ma va svelato nei suoi aspetti più profondi e antropologicamente inquietanti. La «quantificazione del diritto» del lavoro può essere pienamente compresa solo se collocata nell'ambito dell'emersione di un mercato totale (59), in cui l'economia, che in origine apparteneva all'ordinamento privato (l'*oïcos nomos*), è diventata principio ordinatore della società civile. Una società in cui cambia profondamente sia il riconoscimento della titolarità for-

(57) H. Arendt, *The human condition*, trad. it., *Vita activa*, Bompiani, Milano, 1966.

(58) Cfr. T. Sachs, *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'economie*, Thèse de doctorat Mention Droit Privé, Université Paris Ouest Nanterre La Défense, 24 ottobre 2009.

(59) L'espressione «mercato totale» è usata, ad esempio, da. A. Supiot, *L'esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Seuil, Paris, 2010.

male dei diritti sociali (l'*entitlement*), sia, soprattutto, l'effettività del loro godimento (l'*endowement*). Le proposte di modifica della legislazione sui licenziamenti, volte a evitare il controllo giudiziario sui motivi del recesso e la sua sostituzione con un filtro puramente monetario, sono una buona esemplificazione di questo processo di riconduzione circolare agli imperativi del «funzionamento» del mercato. Il modello quantitativo segue la logica «chi inquina paga», e nelle visioni più illuminate e generose della quantificazione del diritto del lavoro (quelle che vanno sotto il nome di *flexicurity*) il costo delle esternalità negative prodotte dall'impresa dovrebbe finanziare il costo sociale del recesso, segnatamente mediante dispositivi di accompagnamento del lavoratore verso un nuovo impiego (60). L'effetto è quello di una sostanziale *deregulation*, funzionale alla potenza dei mercati globali. Nella stessa prospettiva riduzionistica si collocano i tentativi di depotenziare l'ambito della valutazione giudiziale in merito all'esercizio dei poteri datoriali, su cui si è focalizzata da qualche tempo l'attenzione del nostro legislatore (cfr. art. 30, comma 1, legge n. 183/2010) (61). Questo modello, che esprime la razionalità microeconomico-utilitaristica tipica dell'*homo oeconomicus*, generalizza la formalizzazione matematica dei rapporti umani misurabili in termini di flussi e di *stock*, ossia una scienza quantificata del comportamento umano modellato dalla forma monetaria dello scambio (62). Si tratta, naturalmente, di un modello globale. Come ha scritto un filosofo francese, questo paradigma conduce a rappresentare l'economia non più come infrastruttura, nella misura in cui non esiste più economia ma «ecotecnia», strutturazione del mondo come spazio reticolare dell'organizzazione capitalistica, mondialista e monopolista (63).

La corrente di pensiero in esame semplicemente ignora le esternalità positive prodotte dalla legislazione sociale in genere, e dal diritto del lavoro in particolare. La quantificazione del diritto del lavoro depotenzia le aspirazioni ideali che stanno alla base dei diritti sociali e dissolve la tensione verso una giustificazione razionale-assiologica dei poteri

(60) Questo modello nasce in Francia, con il famoso rapporto di due economisti al ministero dell'Economia: cfr. P. Cahuc, F. Kramarz, *De la précarieté à la mobilité: vers une sécurité sociale professionnelle*, La Documentation francaise, 2004.

Vedi, in Italia, il *Disegno di legge per la transizione a un regime di flexecurity* n. 1481, primo firmatario P. Ichino, del 25 marzo 2009.

(61) Su cui cfr. G. Ferraro, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. Cinelli, G. Ferraro, *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2011, pp. 3 ss.

(62) Cfr. C. Laval, *L'homme économique*, Gallimard, Paris, 2007, p. 335.

(63) J.-L. Nancy, *Le Sens du monde*, Galilée, Paris, 1993, p. 127.

economici. In altri termini, la riduzione del diritto a un sistema mercantile governato dai prezzi (ossia da norme ridotte a prezzi), impedisce di concepire la legislazione del lavoro non come costo, bensì quale fonte di vantaggi che, benché non misurabili, sono comunque economicamente apprezzabili (64).

Il controllo giudiziario, alla luce di un'interpretazione non riduttiva dei parametri legali di legittimità del licenziamento economico, esprime un *valore riconosciuto dal sistema giuridico* che entra in conflitto con l'analisi economica del diritto (*rectius*, con i criteri dell'efficacia economica del diritto del lavoro) (65), senza per questo perdere il contenuto di verità e di praticabilità nell'ambito dell'ordinamento. Ma proprio per questo, la prospettiva della riduzione del controllo a mera tecnica «quantitativa» (se non quella della sua sostituzione con meccanismo di filtraggio monetario) potrebbe al fine risultare vittoriosa, con il suo portato di nichilismo giuridico e di riduzione della complessità assiologica su cui si è fondata l'utopia del diritto del lavoro.

(64) Cfr. A. Lyon-Caen, J. Affichard, in A. Lyon-Caen, A. Perulli, *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2010.

(65) Cfr. J.-F. Cesaro, *L'analyse économique du droit et le droit du travail*, in B. Teyssié, *Standards, Principes et Méthodes en droit du travail*, Economica, Paris, 2011, p. 203.