



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 11-12/2016

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe, Fabrizio Cerioni.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Chiara Magrì, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano, Virginio Vitullo.

Il senso aggiornato (e forse svuotato) dell'art. 41 Cost. alla luce delle riletture legislative e giurisprudenziali degli ultimi anni. Commento alla sentenza della Cassazione n. 25201/2016

di Romina Raponi¹

SOMMARIO: 1. Dalla modifica dell'art. 18 alla pronuncia della Cassazione 25201/2016.- 2. La pronuncia della Cassazione quale riflesso della decostituzionalizzazione del diritto al lavoro.- 3. Il processo di smantellamento dell'art. 41 Cost. a partire da Maastricht.- 4. L'attualità dell'art. 41 Cost.

Abstract

Già a partire dalla modifica di "prima generazione" all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori apportata dalla Legge Fornero (e comunque meno stringente di quella poi introdotta successivamente con il "jobs act"), era facile prevedere quelle che sarebbero state le probabili modalità di risoluzione delle controversie ad opera della magistratura, esattamente nei termini confermati da una delle ultime pronunce della Corte di Cassazione, ossia la n. 25201 del 7.12.2016, che di tale prima versione dell'art.18 "ristretto" ha fatto applicazione.

¹ Il lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

1. Dalla modifica dell'art. 18 alla pronuncia della Cassazione 25201/2016

Già a partire dalla modifica di "prima generazione" all'art. 18 dello Statuto dei Lavoratori apportata dalla Legge Fornero (e comunque meno stringente di quella poi introdotta successivamente con il "jobs act"), era facile prevedere quelle che sarebbero state le probabili modalità di risoluzione delle controversie ad opera della magistratura, esattamente nei termini confermati da una delle ultime pronunce della Corte di Cassazione, ossia la n. 25201 del 7.12.2016, che di tale prima versione dell'art.18 "ristretto" ha fatto applicazione.

Si ricorderà che con tale "prima" riforma dell'art. 18, l. n. 300/1970, realizzata tramite l'art. 1, comma 42, l. n. 92/2012, sono state graduate le tutele applicabili al licenziamento disciplinare illegittimo — e, più in generale, al recesso illegittimo — e, consequenzialmente, il giudice è tenuto dapprima a verificare se il comportamento del lavoratore integri una giusta causa di licenziamento, alla luce delle nozioni di cui all'art. 2119 c.c. e all'art. 3, l. n. 604/1966 e, una volta accertata l'illegittimità del recesso, ad individuare la tutela da applicare al lavoratore secondo quanto previsto dall'art. 18, l. n. 300/1970 (limitando a ipotesi residuali ed eccezionali la "reintegra").

La nuova formulazione dell'art. 18, introducendo il legittimo licenziamento individuale per "motivi economici" ("oggettivo"), cioè dovuto a esigenze organizzative dell'impresa praticamente insindacabili, comportava una gravosa "inversione dell'onere della prova" proprio nella sfera di fatti di cui, al lavoratore, sarebbe stata preclusa la minima conoscibilità, arrestando i poteri istruttori del giudice di fronte a insindacabili decisioni aziendali.

Sarebbe stato, cioè, il lavoratore a dover dimostrare, nella disciplina allora introdotta e poi aggravata dal jobs act, il carattere discriminatorio, la natura disciplinare "dissimulata", ovvero

la "manifesta" insussistenza dei fatti posti a fondamento del licenziamento; più concretamente, poi, qualunque ragione "economico-aziendale" o "tecnico-aziendale", e quindi attinente alla necessità di riorganizzare o innovare, sarebbe stata probabilmente considerata valida "fino a prova contraria", e comunque difficilmente sindacabile da parte del giudice sulla base della normale expertise di quest'ultimo.

1.1. La pronuncia della Cassazione n. 25201 del 7.12.2016 non solo conferma tale analisi, ma evidenzia una "rilettura" del ruolo dell'iniziativa economica prima nell'ambito dei rapporti sociali, e poi nell'ambito interno all'impresa.

Infatti, l'onere della prova non solo è invertito a discapito del lavoratore, ma sin anche eliminato laddove dovesse ancora residualmente gravare sul datore di lavoro e ciò avviene attraverso un'interpretazione "novativa" dell'art. 41 Cost. (ben lontana da quanto i Costituenti avevano inteso), in base alla quale la libertà di iniziativa economica giustifica qualunque decisione relativa alla gestione e all'assetto dell'impresa. E ciò, sia che attenga al superamento di una fase di crisi economica (già considerata dalla disciplina dei "licenziamenti collettivi"), sia, in modo ben più esteso ed intenso, che tale decisione gestionale attenga ad una presunta miglior organizzazione dell'impresa, bastando l'enunciazione del fine di voler conservare o migliorare la propria posizione di mercato a coinvolgere qualsiasi posizione di lavoro individuale.

1.2. Dall'art. 41 Cost. quindi, la Cassazione fa derivare un potere così ampio (con relative scelte di merito gestionali su cui il Giudice non potrebbe in alcun modo interferire) che giunge a ricomprendere anche la decisione di eliminare singoli dipendenti divenuti superflui, esattamente come qualunque altro mezzo di produzione/merce immesso nel ciclo produttivo.

Se poi, da tali scelte, emerge come finalità principale giustificativa quella di mantenere o massimizzare il livello di profitto, anziché quella

(che in passato era considerata dalla disciplina sui licenziamenti economici collettivi) di costituire un rimedio "di ultima istanza" ad una crisi congiunturale del settore o dell'intera economia nazionale, in connessione alla ben diversa prospettiva di conservare l'esistenza dell'impresa e di rimanere sul mercato, questo rimane solo un dettaglio.

Comunque, afferma la Cassazione, nella vera "innovazione sistemica" che caratterizza il decum, questa diversa e praticamente illimitata finalità del licenziamento, risulterebbe assolutamente legittima, perché questo rispecchierebbe le regole del mercato di cui l'imprenditore si assume il relativo rischio.

1.3. Solo per completezza va evidenziato che, nel caso esaminato, il datore di lavoro era una impresa con un fatturato di circa 10 milioni di euro l'anno, che aveva licenziato un solo dipendente (adducendo la necessità di soppressione della carica di direttore operativo dovuto all'esigenza tecnica di rendere più snella la catena di comando e quindi la gestione aziendale).

Viene quindi da domandarsi se effettivamente la riorganizzazione potesse essere effettuata solo e soltanto licenziando il dipendente. Questione su cui, tra l'altro, il Giudice (contrariamente a quanto lo stesso sostiene in sentenza) era tenuto ad indagare, dovendosi ritenere che il potere di accertamento istruttorio sussista sempre quando si tratta di accertare la veridicità-manifesta logicità delle motivazioni addotte dal datore di lavoro (dovendo, il Giudice, perseguire in primis il bene superiore costituzionalmente garantito della tutela del lavoratore) sul piano dell'onere della prova che su quest'ultimo inevitabilmente incombe.

L'accertamento della veridicità e, in stretta connessione, della logicità delle motivazioni "economiche" addotte in sede di licenziamento individuale, infatti, si estendono naturalmente a

definire uno scenario di "fatti", ordinariamente conoscibili all'interno del processo.

Tra questi, oltretutto, vi sono elementi storico-aziendali di varia natura, che possono rendere il licenziamento quantomeno contraddittorio, in termini di lealtà cooperativa dell'imprenditore con i sistemi pubblici di "incentivazione": si pensi alle imprese che addivengono ad accordi con gli enti locali, o con organismi coinvolgenti vari livelli territoriali di governo, per ottenere finanziamenti pubblici all'apertura e all'esercizio di determinate attività sul territorio in cambio dell'impegno a mantenere determinati livelli occupazionali.

1.4. La decisione della Corte di Cassazione, invece, recepisce quelle che erano state le argomentazioni dell'impresa che riassumevano pedissequamente un più recente orientamento giurisprudenziale a cui la Cassazione dichiara espressamente di aderire "al fine di consolidarlo" (rispetto all'orientamento giurisprudenziale degli anni passati che, invece, era maggiormente e costituzionalmente orientato alla tutela del lavoratore).

In base all'orientamento ora recepito, non risulta (più) legittimo far derivare dall'art. 41 il principio per il quale l'organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisca un dato modificabile solo in presenza di un andamento negativo dell'impresa: divengono ora rilevanti i fini di una più proficua configurazione dell'apparato produttivo, dandosi preminente rilievo al naturale interesse, del datore di lavoro, ad ottimizzare l'efficienza e la competitività (Cass. n. 10672 del _ 2007; Cass. n. 12094 del 2007, Cass. n. 9310 del 2001).

Secondo la Cassazione, infatti, (che probabilmente senza rendersene conto fa una analisi in termini microeconomici, nel lungo periodo e in un regime di concorrenza) l'impresa che ha il maggior costo unitario di produzione è destinata ad essere espulsa dal mercato" (Cass. n. 13516 del 2016; Cass. n. 15082 del 2016).

Da qui l'opportunità di licenziare anche un singolo dipendente soprattutto se tale mancato licenziamento potrebbe compromettere la stabilità del posto di lavoro di tutti gli altri dipendenti.

Una analisi che però, evidenzia rilevanti lacune perché non si pone alcun interrogativo sul perché tale costo unitario dell'unità produttiva possa essersi innalzato; non vi è alcun tentativo di avere una visione più ampia che tenga conto dell'intero sistema economico nazionale ed ei vari fattori che attengono a ragioni fiscali, valutarie e monetarie; insomma la sentenza omette ogni valutazione di ordine macroeconomico - e di cedimento della domanda interna- che non può essere percepito e compreso a livello "microeconomico".

1.5. Risolvendo il problema dell'efficienza e del "costo del lavoro per unità di prodotto" (CLUP; in inglese *Unit Labour Cost* -ULC) – e quindi della "produttività"- in termini microeconomici, senza porsi il problema se questa situazione possa essere "sistemica" e, dunque, applicabile ad ogni settore produttivo e giustificare in ogni caso qualsiasi licenziamento individuale, la Cassazione afferma che sarebbe addirittura incompatibile con l'art. 41 co. 1° Cost. l'assunto secondo cui il datore di lavoro dovrebbe provare la necessità della contrazione dei costi e, quindi, l'esistenza di sfavorevoli contingenze di mercato: dovrebbe essere sufficiente una sua autonoma scelta in tal senso.

Per l'appunto, da un lato, non sarebbe possibile distinguere, quanto alle ragioni economiche a sostegno della decisione imprenditoriale "tra quelle determinate da fattori esterni all'impresa, o di mercato, e quelle inerenti alla gestione dell'impresa, o volte ad una organizzazione più conveniente per un incremento del profitto" (Cass. n. 5777 del 2003) e, dall'altro, anche ove fosse possibile, non spetta al giudice entrare nel merito delle decisioni assunte dall'imprenditore (Cass. n. 23620 del 2015).

1.6. Secondo la Cassazione, inoltre, il principio della *extrema ratio* secondo cui la scelta che legittima l'uso del licenziamento dovrebbe essere "socialmente opportuna" non è "costituzionalmente imposta". In assenza di una specifica indicazione normativa, la tutela del lavoro garantita dalla Costituzione non consente di ritenere precettivamente imposto che, nel dilemma tra una migliore gestione aziendale ed il recesso da un singolo rapporto di lavoro, l'imprenditore possa optare per la seconda soluzione solo a condizione che debba fare fronte a sfavorevoli e non contingenti situazioni di crisi.

La Cassazione, poi, pare suggerire anche uno specifico tracciato al legislatore ove aggiunge che l'art. 41, co. 3, Cost., riserva al legislatore il compito di determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.

Nella scelta tra una più efficiente gestione aziendale ed il sacrificio di una singola posizione lavorativa, il legislatore non necessariamente deve seguire la strada di inibire il licenziamento individuale, ma potrebbe anche diversamente ritenere che l'interesse collettivo dell'occupazione possa essere meglio perseguito salvaguardando la capacità gestionale delle Imprese di fare fronte alla concorrenza nei mercati e che il beneficio attuale per un lavoratore a detrimento dell'efficienza produttiva possa piuttosto tradursi in un pregiudizio futuro per un numero maggiore di essi.

Fermo restando il vincolo invalicabile per cui l'iniziativa economica privata non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, essa "è libera" (art. 41, co. 1, Cost.) e, quindi, spetta all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto (che è lo scopo lecito per il quale intraprende).

Dunque, nel complesso, la Cassazione pare abbracciare l'idea, di origine Comunitaria (si ricordi a tal proposito quanto "suggerito" all'Italia nella ormai nota lettera del 5 agosto 2011 della BCE), e attuata con ancor più convinzione dal jobs act, che la flessibilità del rapporto di lavoro vada intensificata perché solo tale flessibilità consentirebbe di aumentare il livello dell'occupazione.

Ora, è risaputo che questa teoria risale alla impostazione ideologico-economica c.d. "neoclassica", cioè neo-liberista e monetarista, ed è basata sulla ipotesi del riequilibrio naturale del livello di occupazione in funzione del perfetto operare della legge della domanda e dell'offerta, senza che vi siano interferenze da parte dell'intervento statale e dell'azione sindacale.

Ma al di là della condivisibilità o meno di tale teoria, che comunque, oggi, risulta ampiamente contestata anche dalla più autorevole dottrina economica, in ormai innumerevoli studi, e dallo stesso FMI non hanno potuto negare i risultati fallimentari della sua applicazione in ogni parte del mondo e, ancor più, all'interno dell'eurozona, quello che certamente non si può negare è che essa risulta con assoluta immediatezza contraria al modello socio-economico accolto in Costituzione.

2. La pronuncia della Cassazione quale riflesso della decostituzionalizzazione del diritto al lavoro

Alla luce di questa pronuncia della Cassazione si ha dunque la conferma del processo di smantellamento politico (prima di tutto), legislativo e giurisprudenziale della Costituzione e delle sue norme fondamentali, volte alla tutela del lavoro, in nome di un dettato normativo e di principi ritenuti superiori alla Costituzione stessa (i Trattati UE), impregnati di una ideologia pervasiva che impone un continuo "adeguamento" delle costituzioni democratiche e dei sistemi legislativi nazionali.

L'ideologia che sottende i Trattati, infatti, si basa sul controllo dell'inflazione, in funzione di "produttività" e "competitività", realizzabile (solo) attraverso una sempre maggiore flessibilità del lavoro, attuata attraverso il processo dell'aumento della disoccupazione e la conseguente deflazione salariale; il che è innegabilmente l'antitesi della nostra carta Costituzionale che invece stabilisce quale primo principio inderogabile il lavoro, la tutela del lavoro da cui consegue la salvaguardia della dignità umana, la credibilità della competitività di fronte al bene comune e all'utilità sociale.

Tralasciando ulteriori considerazioni sulle modifiche dell'art. 18 che renderebbero questa analisi eccessivamente prolissa, occorre però cercare di comprendere come, giunti ad un livello di destrutturazione della tutela oggettivamente risultante dagli artt. 1, 4 e 36 Cost., si è tentato di modificare o di svuotare di significato (rispetto a quello originario attribuito ad esso dai Costituenti) l'art. 41.

Ebbene, la sentenza della Cassazione rivede, per superarli, (non si sa se consapevolmente o per mera accettazione acritica di teorie economiche neo-liberiste, soggette, ora più che mai, ad una stringente critica scientifica) aspetti che erano stati oggetto di vivace dibattito in sede costituente.

Infatti quando tale decisione sostiene che non è imposto dalla Costituzione che il licenziamento sia adottabile solo quale extrema ratio e solo quando sia un costo socialmente inevitabile, nega proprio le linee fondamentali che portarono all'attuale formulazione dell'art. 41 Cost. Una formulazione che era stata raccordata con la natura coesistente della Costituzione economica di costituire lo strumento indispensabile per realizzare la "piena occupazione" conforme agli artt. 1 e 4 della stessa Costituzione.

In base alla formulazione dell'art. 41, è vero che l'iniziativa economica privata è libera, ma il secondo comma precisa che tale attività non può

svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

2.1. Ma cosa intendevano esattamente i costituenti? Intendevano che "L'impresa privata costituisce la regola, in quanto non leda l'interesse pubblico: su questo piano deve essere costituzionalmente garantita la libertà d'iniziativa economica" (1 ottobre 1946, seduta della terza Sottocommissione della Commissione per la Costituzione - Francesco Dominè).

Ed i Costituenti erano talmente consapevoli che la formulazione dell'articolo sulla libertà di iniziativa economica fosse strettamente dipendente anche dall'impostazione costituzionale circa l'intervento dello Stato nell'economia che rimandano la discussione sull'art. 41 ad un momento in cui tale impostazione fosse definita (3 ottobre 1946 - Emilio Paolo Taviani).

Ma il nesso imprescindibile tra la libera iniziativa economica e l'utilità sociale legata al lavoro (inteso sia come diritto al lavoro, che come diritto ad una retribuzione dignitosa) viene rimarcato da Togliatti nella seduta del 3 ottobre 1946: *"Quando infatti si dice ...che ogni cittadino ha diritto al minimo indispensabile di mezzi di sussistenza, ecc., e poi si aggiunge che a tal fine il cittadino è libero di svolgere un'attività economica nel modo che più gli aggrada, è evidente che la seconda affermazione contraddice pienamente con la prima, e la contraddice in modo tale da renderla una irrisione. Quando si lasciano le persone libere di svolgere quella attività che loro aggrada, cioè si asserisce e sancisce il principio della piena libertà economica, è evidente che non si garantisce ad ogni cittadino, come è detto nel primo comma, il diritto al minimo indispensabile di mezzi di sussistenza. Si garantisce invece la disoccupazione periodica in un paese industrialmente evoluto. È evidente che soltanto negando la seconda proposizione, che è la formulazione dell'astratto principio liberale delle Costituzioni del secolo scorso, soltanto affermando il principio dell'intervento dello Stato per regolare l'attività economica,*

secondo un metodo, un corso differente da quello dell'economia capitalistica liberale pura; soltanto facendo questo passo, si può dare un minimo di garanzia al diritto ai mezzi di sussistenza, al lavoro, al riposo, alla assicurazione sociale".

Aldo Moro chiarisce ancora che: *"...è effettivamente insostenibile la concezione liberale in materia economica, in quanto vi è necessità di un controllo in funzione dell'ordinamento più completo dell'economia mondiale, anche e soprattutto per raggiungere il maggiore benessere possibile. Quando si dice controllo della economia, non si intende però che lo Stato debba essere gestore di tutte le attività economiche, ma ci si riferisce allo Stato nella complessità dei suoi poteri e quindi in gran parte allo Stato che non esclude le iniziative individuali, ma le coordina, le disciplina e le orienta... Non è possibile permettere che gli egoismi si affermino, ma è necessario porre la barriera dell'interesse collettivo come un orientamento e un controllo di carattere giuridico. Ed è nell'ambito di questo controllo che lo Stato permetterà delle iniziative individuali, finché rientrino nell'ordinamento generale, di svolgersi liberamente"* (controllo dello Stato ribadito anche il 5 marzo 1947 da Renzo Laconi).

Ed infine, nella seduta 11 marzo 1947, La Pira, riferendosi ad un libro del Renard, aggiunge: *"l'impresa va concepita in maniera istituzionale, non secondo la categoria del contratto di diritto privato, ma secondo, invece, quella visione finalistica per cui tutti coloro, che collaborano ad una comunità di lavoro, sono membri, sia pure con diverse funzioni, di quest'unica comunità che trascende l'interesse dei singoli; quindi gli strumenti di produzione si proporzionano a questa concezione: e allora avete una concezione della proprietà, che pur essendo presidio della libertà umana, tuttavia diventa strumento di questa opera collettiva, quindi dà una dignità al lavoratore, che non è più un salariato, ma, come le Encicliche pontificie ricordano, deve tendere a diventare il consociato, il compartecipe di questa comunità di lavoro. Quindi se guardiamo alla realtà economica e vediamo tutte queste imprese, e le vediamo in senso*

cooperativo — vedi i richiami agli articoli 42 e 43 — vediamo questa grande famiglia umana che nel campo produttivo crea queste cellule vive, attraverso le quali viene risolta la questione sociale: le comunità di lavoro”.

2.2. Quindi la libera iniziativa economica privata è libera anche perché costituisce esplicazione della dignità dell'uomo il quale deve essere messo in condizione (assumendosene anche il relativo rischio) di creare e produrre; ed infatti nessun limite è in effetti rinvenibile nell'art. 41 in tal senso.

Ma se la libera iniziativa economica è lasciata agire in base alle regole di un mercato senza freni, soprattutto se la naturale tendenza è quella di portare alla formazione di monopoli ed oligopoli nell'ambito dei quali il lavoratore perde ogni potere contrattuale, l'intervento dello Stato è giustificato dalla necessità di tutelare l'utilità sociale.

Nel momento in cui la libera iniziativa economica comporta l'impiego di risorse lavorative, subentrano dunque, secondo l'intenzione dei Costituenti, anche altri fattori costituzionalmente tutelati tra cui il diritto al lavoro e alla remunerazione adeguata, nonché la tutela della dignità del lavoratore che col proprio apporto contribuisce anche al successo dell'imprenditore. In ragione di ciò si giustificano i limiti che possono essere imposti dallo Stato all'attività economica derivanti dall'utilità sociale, secondo un indirizzo che possa garantire il massimo rendimento per tutta la collettività (oltre ad avere anche un effetto redistributivo di risorse).

3. Il processo di smantellamento dell'art. 41 Cost. a partire da Maastricht

Ma il concetto così inteso di utilità sociale ha incominciato ad essere messo in discussione dall'impianto europeo più orientato, per l'ideologia economica ad esso sottesa di cui si è

accennato, alla tutela della competitività a qualunque costo.

Ed in recepimento di tale impianto, è stato messo in discussione anche nell'ambito nazionale.

L'espressione costituzionale dell'art. 41 (svincolata da una lettura combinata con gli artt 1, 4, 35 e 36 Cost.) ha cominciato, così, ad essere considerata troppo generica ed indeterminata, così che spetterebbe alla libera "discrezionalità" del legislatore il potere di stabilire cosa sia conforme e cosa contrasti con l'utilità sociale (esattamente quello che hanno ritenuto i Giudici nella sentenza qui esaminata).

Ma è evidente che la formulazione così proposta dai Costituenti non era considerata affatto generica i quali mai avrebbero attribuito al legislatore il potere di intervenire per favorire una libertà di iniziativa economica che conducesse a risultati in contrasto con l'utilità sociale. I Costituenti, cioè, non avrebbero mai inteso attribuire al legislatore, contestualmente, la libertà di decidere discrezionalmente cosa si debba intendere per utilità sociale a seconda di mutevoli indirizzi determinati, come ben spiega Kalecky in "Political Aspects of Full Employment", dal prevedibile revanchismo del "capitale" (la parte naturalmente "più forte"), rivalutato alla luce della prevalenza di trattati internazionali economici completamente estranei all'impostazione costituzionale.

3.1. Tra i "nuovi" costituzionalisti legati alla prevalenza del modello economico neo-liberista dei trattati europei, Giuliano Amato, ha proposto una nuova interpretazione dell'art. 41 che ponesse rimedio alla scarsa considerazione avuta dai Costituenti per il mercato e per i meccanismi benefici spiegati dalla teoria dell'efficienza dei mercati liberi e concorrenziali che dagli anni Ottanta ha iniziato a dominare tra gli economisti.

Sempre secondo Amato, se questa teoria fosse stata conosciuta (ma in realtà era ben nota, proprio perché niente affatto nuova, sebbene "pre-

valente" prima della Costituzione del 1948 e consapevolmente respinta dalla Carta), i Costituenti non avrebbero guardato l'economia di mercato col sospetto che traspare dalle parole usate nell'articolo 41, ma avrebbero avuto un approccio diverso perché la teoria avrebbe dimostrato che un mercato concorrenziale, liberato da intrusioni statali, produce spontaneamente risultati che sono socialmente utili, quali la stabilità del sistema economico e un'ottima allocazione delle risorse.

E, su questa linea, aggiunge Padoa Schioppa, se avessero saputo che il mercato « ha in sé la capacità di raggiungere i fini di sicurezza, libertà, dignità umana, retribuzione proporzionale alla qualità e quantità del lavoro, che la Costituzione enuncia », i Costituenti avrebbero capito che solo eccezionalmente sono necessari interventi pubblici volti a limitarne la libertà in nome dell'utilità sociale.

Di qui la proposta di aggiornare l'interpretazione dell'art. 41, rileggendolo alla luce della teoria dell'efficienza dei mercati liberi e concorrenziali, che ha condotto all'emanazione della legge antitrust ma che non ha esaurito le spinte innovative.

Negli anni immediatamente successivi al Trattato di Maastricht, Natalino Irti, apre un dibattito sull'evoluzione interpretativa dell'art. 41 Cost. e, contestualmente, sulla compatibilità dei "programmi e controlli" previsti al terzo comma con i principi dell'economia sociale di mercato comunitaria che tuttavia non si trasforma immediatamente in esigenza di procedere ad una revisione dell'art. 41 Cost.

3.2. Dalla XI Legislatura in poi vengono presentati tredici progetti in materia di riforma dell'art. 41 Cost. che, però, nella maggior parte dei casi non superano la soglia della Commissione Affari costituzionali.

Il Governo Berlusconi, ha proposto una riforma costituzionale - parallelamente a quella dell'art. 81 Cost. che ha poi portato all'introduzione del

principio del pareggio di bilancio nella Carta costituzionale con L. 1/12 - che ricomprendeva una rivisitazione dell'art. 41 (C. 4144, Modifiche agli articoli 41, 97 e 118, comma quarto, della Costituzione, presentato alla Camera il 7 marzo 2011), il cui procedimento si è interrotto alla Camera dei Deputati, il 19 ottobre 2011, proprio perché avrebbe comportato una revisione della Carta costituzionale più ampia di quella che si voleva far credere, cioè solo apparentemente circoscritta alla libertà di iniziativa economica.

Ma la proposta di modifica è stata preceduta da diversi interventi normativi, invariabilmente connessi alle "riforme strutturali" che ci imponeva l'adesione all'UE e la "sfida della globalizzazione", che comunque hanno mirato a indebolirne la portata.

Il motivo di tali interventi è sempre lo stesso: si ritiene (a torto, alla luce dell'ordine logico seguito dai Costituenti che privilegiarono la pregiudiziale fissazione del principio lavoristico) che l'art. 41 della Costituzione sia la norma su cui poggia l'intervento dello Stato nell'economia, e che definisce il rapporto fra iniziativa economica ed intervento dei poteri pubblici.

Qualunque mutazione di tale rapporto contribuisce a modificare quello dello Stato sociale.

3.3. Ed è indubitabile che tale rapporto si sia modificato in funzione della espansione del diritto dell'Unione europea: la sentenza della Cassazione esaminata è solo una chiara rappresentazione di quali possano essere gli esiti, sulla costituzione materiale, di una riforma, diretta o "indiretta", dell'art. 41 Cost. in senso "concorrenziale", quindi finalizzata a rimuovere ogni residuo ostacolo verso l'istituzione di un sistema basato su una economia liberale.

Giuseppe Guarino ha affermato che la disciplina costituzionale si è dimostrata in grado di governare processi economici molto diversi tra loro e raggruppabili in tre fasi di natura omogenea: una prima fase, di applicazione "liberi-

sta", nei confronti dell'esterno, fino al 1960; una seconda di "amministrativizzazione" dal 1960 al 1990; e, infine, una terza fase che ha inizio nel 1990 e che è definita come "liberista di mercato".

Nonostante queste trasformazioni, l'articolo 41 Cost. è rimasto identico ma ha cambiato contenuto perché è cambiata la Costituzione materiale per effetto, in particolare, dei trattati comunitari.

Che pure la modifica dell'art. 41 proposta dal Governo Berlusconi fosse dettata dalla necessità di adeguare il sistema costituzionale ai principi stabiliti nei Trattati emerge chiaramente nella relazione illustrativa al disegno di legge A.C. 4144 presentato in data 7 marzo 2011 ove si legge che si ritiene necessario "eliminare le incertezze e le contraddizioni presenti nell'attuale formulazione dell'articolo 41" allo scopo di "ridurre la capacità dirigistica dello Stato nell'economia per favorire l'avvento di condizioni giuridico-istituzionali adeguate alla struttura di un mercato moderno ed efficace". Si trattava, cioè, di una riforma volta a neutralizzare i residui ostacoli interpretativi dell'art. 41 Cost. ai fini di una sua mera acquiescenza ai principi della costituzione economica europea. Ma come anticipato non è/era necessaria la riforma costituzionale per modificare il comune sentire rispetto al principio voluto dai costituenti relativamente all'art. 41. Come dichiarato da Di Plinio "Non è necessario che l'Europa si faccia Stato perché moneta unica e patto di stabilità trasformino in modo irreversibile le costituzioni nazionali".

E questo è ancora più evidente oggi, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona e l'adesione al Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla governance nell'Unione economica e monetaria.

3.4. Proprio in questa linea di rilettura europeista, si è tentato in ogni modo di rivedere il sen-

so dell'art. 41 nel tempo, attraverso diverse e "mere" leggi.

E ciò nonostante l'esistenza di un principio in base al quale nessuna "costituzione materiale" (ossia un'evoluzione sostanzialmente de facto e affidata ai "rapporti di forza" che si instaurano all'interno del conflitto sociale distributivo) possa eludere la non revisionabilità (ex art.139 Cost.) dei principi fondamentali della Costituzione "formale", di cui l'art.41 è un diretto riflesso.

Solo a titolo di esempio, si citano diverse fonti, tutte subordinate a quella costituzionale (e lo rimangono quand'anche, cioè, fosse ipotizzabile la "revisione" costituzionale del principio lavoristico insito nel concetto di "utilità sociale"), che hanno avuto come fine quello di limitare il potere di intervento dello Stato nell'economia e ampliare la sfera della libertà di iniziativa economica apparentemente bilanciata dalla tutela dei consumatori.

E, quindi, ad esempio, il D.Lgs. n. 114/98 (all'art. 2, rubricato "Libertà di impresa e libertà di circolazione delle merci").

Come pure il DL n. 112/08, recante disposizioni urgenti per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività, la stabilizzazione della finanza pubblica e la perequazione tributaria, in cui scompare ogni riferimento alle limitazioni "sociali" dell'art. 41 Cost..

Ulteriore richiamo diretto all'art. 41 Cost. si trova anche nel provvedimento normativo recante "Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo (c.d. Manovra bis- DL n. 138/11), ma anche in questo caso (art. 3) si richiama la disposizione inserita nel disegno di legge di riforma costituzionale dello stesso art. 41 Cost. disponendo che l'ordinamento repubblicano si adegui al principio in base al quale "l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere" ed occorre individuare tassativamente i casi di legittimità di detto principio. Tali casi sono "limitati" a specifi-

che ipotesi, tra cui la previsione di vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e gli obblighi internazionali, ovvero che comunque comportino effetti sulla finanza pubblica.

Successivamente, il richiamo all'art. 41 della Carta lo si ritrova anche all'art. 1 della L. n. 180/11, normativa con la quale il legislatore definisce lo "statuto delle imprese e dell'imprenditore al fine di assicurare lo sviluppo della persona attraverso il valore del lavoro, sia esso svolto in forma autonoma che d'impresa, e di garantire la libertà di iniziativa economica privata in conformità agli articoli 35 e 41 della Costituzione". Nel secondo comma si qualificano tali principi come "norme fondamentali di riforma economico-sociale della Repubblica e principi dell'ordinamento giuridico dello Stato" aventi "lo scopo di garantire la piena applicazione della comunicazione della Commissione europea del 25 giugno 2008 recante «Una corsia preferenziale per la piccola impresa - Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)», e la coerenza delle normative adottate dallo Stato e dalle regioni con i provvedimenti dell'Unione europea in materia di concreta applicazione della medesima". Comunicazione che verrà recepita all'art. 1, al comma quinto.

Infine si può citare il provvedimento legislativo c.d. "crescitalia" DL n. 1/12, che, all'art. 1, introduce una serie di norme con l'obiettivo di favorire la liberalizzazione delle attività economiche e di ridurre gli oneri amministrativi sulle imprese. L'art. 1 esordisce richiamando l'art. 3 del DL 138/11 sopra ricordato per l'individuazione delle norme che, "in attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea", possano essere abrogate da regolamenti governativi di delegificazione.

Viene anche stabilito che l'emanazione di tali regolamenti deve avvenire nel rispetto dei commi primo e secondo dell'art. 1 del provvedimento c.d. "crescitalia" e secondo i principi e i criteri direttivi stabiliti all'art. 34 del provvedimento legislativo c.d. "salva-italia" (DL 201/11 convertito con modifiche nella Legge n. 214/11 recante "Disposizioni urgenti per la crescita, l'equità ed il consolidamento dei conti pubblici"). A cui si aggiunge l'art. 1 del DL n. 1/12 che individua una serie di parametri normativi che riguardano trasversalmente tutto l'art. 41 Cost.

Non ci si sofferma certo sulla legittimità dei regolamenti di delegificazione autorizzati per mezzo di decreto-legge, ma certamente non pare troppo velato l'intento di voler procedere ad una delegificazione in attesa della revisione dell'art. 41 della Costituzione.

3.5. Se a tutto questo si affiancano le modifiche dell'art. 18 risulta ancora più chiaro il pronunciamento della Cassazione.

Per cercare di comprendere quale fosse l'intenzione perseguita dal legislatore con la (prima) modifica dell'art. 18, l. n. 300/1970, basta fare riferimento ai lavori preparatori della l. n. 92/2012 (che ha anticipato la modifica dell'art. 18 poi "portata a compimento" dalla successiva versione uscita dal jobs act e dalla generale configurazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato come contratto di durata risolvibile, su un piano contrattuale di eguaglianza formale, in ogni momento da ciascuna delle parti).

Al riguardo, viene precisato che la l. n. 92/2012 si propone di «adeguare alle esigenze del mutato contesto di riferimento la disciplina del licenziamento».

Infatti, prima della riforma del 2012, per il caso di licenziamento "illegittimo", era prevista solo la tutela in forma specifica (cioè la "reintegra"), mentre dopo il 2012 ad una ristretta tutela reintegratoria è stata affiancata quella indennitaria,

ossia un modo per adeguare la regolamentazione dei licenziamenti al mutato contesto economico accrescendo la flessibilità in uscita rispetto alla disciplina previgente.

È chiara la gerarchia di valori alla quale si è rifatto il legislatore ordinario con la modifica dell'art. 18, l. n. 300/1970: mentre prima i giudici del lavoro tutelavano maggiormente il lavoratore, ora tutelano le imprese in favore dell'introduzione e della espansione del lavoro flessibile, aderendo (per "fatto notorio" si deve presumere) alla teoria del legame diretto tra maggior flessibilità "in uscita" e espansione della domanda di lavoro (cioè dell'opportunità di trovare o ri-trovare l'occupazione) da parte del sistema delle imprese.

Una teoria che si scontra non solo con la menzionata critica scientifica sempre più diffusa, ma anche con i dati della insostenibile disoccupazione strutturale derivata dal paradigma "liberalizzatore", specialmente se letti correttamente: cioè avendo riguardo ai fenomeni di part-time involontario dilagante e allo scivolamento delle prevalenti forme di lavoro precario nell'alveo dei sempre più numerosi working poors, in una situazione sociale che assimila disoccupati e occupati "a singhiozzo" (v., tra l'altro, il dilagare dei c.d. "voucher") alla stessa irrisolvibile debolezza contrattuale dei disoccupati.

3.6. Tra l'altro, quando in passato è stata chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del referendum abrogativo dell'art. 18 -nella originaria versione introdotta dalla legge n. 300/1970 - la Corte Costituzionale (C. cost. 7 febbraio 2000, n. 46) ha affermato, non senza una certa assertività sbrigativa, che tale norma e, quindi, la reintegrazione nel posto di lavoro, non rappresenta l'unico possibile paradigma attuativo del diritto al lavoro previsto dagli artt. 4 e 35 Cost.

Quand'anche l'art. 18, l. n. 300/1970 fosse stato abrogato, infatti, il sistema di tutela avverso il licenziamento illegittimo sarebbe rimasto con-

forme alla Costituzione in conseguenza del permanere della tutela obbligatoria (che risolve la "sanzione" del licenziamento illegittimo sul mero piano indennitario-risarcitorio) di cui alla l. n. 604/1966 (ossia la Legge che è stata al centro del dibattito della pronuncia della Cassazione e, anch'essa, svuotata di significato).

Tutela che, però, perde di significato proprio con l'ausilio della giurisprudenza, che ha finito per dare una applicazione delle norme vigenti non più orientata in base alle norme costituzionali che si sono viste, ma in base ad una visione ormai svuotata dell'art. 41, in ragione di continui interventi meramente legislativi, tesi ad affermare, negli anni, la libera iniziativa economica e la flessibilità del lavoro parallelamente all'esclusione di qualsiasi intervento dello Stato nell'economia.

4. L'attualità dell'art. 41 Cost.

Eppure l'art. 41 non ha mai perso di attualità e l'interrogativo su quali debbano essere i limiti all'iniziativa economica, laddove contrasti con l'utilità sociale, si ripropone, oggi, ancor più attuale, alla luce delle spinte dichiaratamente neo-liberiste indotte dall'Unione Europea, che sottintende esattamente questo paradigma del mercato del lavoro con l'ossessivo richiamo alle "riforme strutturali".

Certamente appare in contrasto con l'utilità sociale una politica che asseconi unicamente la dinamica distributiva tipica di un mercato libero e concorrenziale che si risolve, in realtà, nella prevalenza della struttura oligopolistica (i c.d. "poteri di fatto") e nella suddivisione della relativa rendita tra (sempre meno) soggetti di grande impresa, che "fanno" il mercato e prede-terminano unilateralmente il livello dell'occupazione a loro conveniente, sempre più in posizione di forza rispetto all'offerta di lavoro.

Se un libero mercato concorrenziale ha la capacità di raggiungere spontaneamente i suoi fini distributivi (ottimo-allocativi), allora non do-

vrebbe contrastare con l'utilità sociale una politica che agevoli la dinamica distributiva (un mercato che assicura un'ottima allocazione delle risorse dovrebbe garantire anche un'ottima distribuzione delle ricchezze).

Ma i fatti dimostrano che ciò non avviene.

4.1. Inoltre, il concetto di utilità sociale è correlato a quello di costo sociale.

Ogni scelta politica implica costi che la società deve sostenere. Ma quando una scelta favorisce senza una ragione valida una minoranza caricandone i costi su una maggioranza, certamente non può dirsi di utilità sociale. Anzi si dovrà dire, usando le parole della Costituzione, che la scelta contrasta con l'utilità sociale.

I dati statistici dimostrano che le scelte legislative suggerite dalla *supply-side economics* hanno causato un sostanziale trasferimento di ricchezza dai più poveri ai più ricchi (e in mano a un numero anche limitato di ricchi), il che rende poco attendibile la teoria sulla quale quella politica si è basata. E induce quanto meno a domandarsi se possano dirsi conformi all'utilità comune o, il che è lo stesso, all'utilità sociale scelte legislative che favoriscano l'arricchimento di una minoranza della popolazione a spese di una larga maggioranza.

4.2. Questa è anche la ragione per rivalutare il ruolo dell'art. 41 Cost. che è stato posto in ombra dalle letture riduttive che vedono in esso soltanto una norma che garantisce la libera iniziativa economica o la libertà della concorrenza. I Costituenti invece, lo hanno formulato consapevoli che, nell'interesse generale, le disuguaglianze economiche dovessero essere riequilibrare in modo da garantire a tutti l'effettivo godimento dei diritti previsti dalla Costituzione: diritto al lavoro, a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro prestato, a una tutela in caso di disoccupazione, malattia o vecchiaia.

Erano consapevoli che un'economia di mercato, lasciata libera di sviluppare le sue dinamiche

distributive, tende alla formazione di situazioni di monopolio/oligopolio che si riverberano in danno dei singoli lavoratori; tende ad aumentare più che a riequilibrare le disuguaglianze, precludendo così a molti l'effettivo godimento di quei diritti costituzionalmente sanciti.

4.3. Da questa consapevolezza nasce l'art. 41, che esprime la volontà di mantenere l'Italia in un'economia di mercato, ma impone allo Stato d'intervenire quando il mercato produca risultati contrastanti con l'utilità sociale, vale a dire con l'utilità comune, che non è l'utilità di una sola parte della società. Impone cioè una politica economica, e conseguentemente legislativa, che dia attuazione al compito, assegnato alla Repubblica dall'art. 3, comma 2º, cost., di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano di fatto l'eguaglianza e la libertà dei cittadini.

Perciò si può dire che l'art. 41 costituisca l'architrave della costituzione economica che sostiene o rende effettive altre norme costituzionali: quali l'art. 4 che prevede il diritto al lavoro di ogni cittadino, o l'art. 36, comma 1º, che prevede il diritto di ogni lavoratore a una retribuzione proporzionata alla quantità e alla qualità del suo lavoro o l'art. 53, comma 2º, che impone il criterio della progressività del sistema tributario.

Se si tocca l'architrave, e si rilegge l'art. 41 alla luce della teoria dell'efficienza dei mercati liberi e concorrenziali, evidentemente queste norme rimarranno prive di un'adeguata attuazione.

Bibliografia e riferimenti:

- Verbali dell'Assemblea Costituente reperibili su:
<http://www.nascitacostituzione.it/costituzione2.htm>;
- Luciano Barra Caracciolo, Euro e/o Democrazia Costituzionale, Dike 2013;
- Luciano Barra Caracciolo, La Costituzione nella Palude, Imprimatur 2015;

- Raponi Romina, Finanziamenti Comunitari condizionalità senza frontiere, *Imprimatur* 2016;
- Giuliano Amato, Per una nuova costituzione economica, a cura di G. della Cananea e G. Napolitano, Bologna, Il Mulino, 1998;
- Padoa-Schioppa, Il governo dell'economia, Bologna, 1997;
- G. Di Plinio, La costituzione economica europea e il progetto di Trattato costituzionale, in J. Pérez Royo et al. (cur.), *Derecho Constitucional para el Siglo XXI*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2006, t. I, 2489 ss.;
- I. Pernice, F.C. Mayer, La Costituzione integrata dell'Europa, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma, 2003, pp. 43 e ss;
- Filippo Zatti - Riflessioni sull'art. 41 Cost.:la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione su:
http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/images/stories/pdf/documenti_forum/paper/0339_zatti.pdf;
- Ester Villa: «Sussistenza» e «insussistenza» del fatto nel licenziamento disciplinare su *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, fasc.4, 2015, pag. 661;
- Giuseppe Guarino -Cfr. Camera dei Deputati, Resoconto stenografico della I Commissione, seduta del 21 aprile 1999, p. 7;
- M. Aragiusto, Dinamiche e regole della concorrenza, Padova, 2006, pp. 20-21;
- C. Rossano, Riserva di legge ex art. 41 Cost. e accordi economici collettivi, in *Rassegna di diritto pubblico*, 1963, p. 679;
- A. Maresca, Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei Lavoratori, *q. Riv.*, 2012, I, 415 ss.;
- R. De Luca Tamajo, Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura, *q. Riv.*, 2012, II, 1076 ss.;
- F. Carinci, Il legislatore e il giudice: l'imprevidente innovatore ed il prudente conservatore (in occasione di T. Bologna, ord. 15 ottobre 2012), *ADL*, 2012, 783 ss..