

il NUOVO DIRITTO del LAVORO

diretto da **Luigi Fiorillo** e **Adalberto Perulli**

Luigi Fiorillo - Adalberto Perulli (a cura di)

Contratto a tutele crescenti e Naspi

Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23



G. Giappichelli Editore

 iamia Libreria

Capitolo Primo

Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?

di Adalberto Perulli

SOMMARIO: 1. Premessa: le prospettive dell'analisi. – 2. Un discorso sul diritto del lavoro alla luce del *Jobs Act*: nasce un “nuovo paradigma” o prevale la continuità con la precedente struttura disciplinare? – 3. Dalla *flexicurity* al contratto di lavoro a tutele crescenti. – 4. Il contratto a tutele crescenti: il modello europeo ... – 5. ... e le incoerenze del modello italiano. – 6. Il contratto a tutele crescenti e la nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi. Primi spunti esegetici in tema di indennizzo, fatto materiale, e onere della prova. – 7. *Segue*. Il licenziamento discriminatorio, nullo e la questione della “pretestuosità”. – 8. I licenziamenti collettivi. Problemi di ordine costituzionale. Rispetto dei requisiti della legge delega e utilizzo di concetti “atecnici”. – 9. L'abrogazione della preventiva procedura di conciliazione per i nuovi assunti. – 10. Eliminazione del rito Fornero e disparità di trattamento. – 11. Osservazioni conclusive.

1. Premessa: le prospettive dell'analisi

La materia di cui ci occupiamo in questo volume, per l'importanza del tema e per la profondità dei cambiamenti in atto, merita almeno due diverse prospettive analitiche. La prima indagine è di carattere epistemologico: guarda, cioè, alla struttura logica e alla metodologia della riforma, ai suoi riflessi sistematici e, in sostanza, alle prospettive che apre al diritto del lavoro inteso come “campo teorico” di una disciplina scientifica; si tratta, in questa prospettiva, di svolgere un discorso sulle categorie fondanti il diritto del lavoro così come rimodellato dalle norme del *Jobs Act*. L'altra dimensione analitica assume il consueto carattere ricostruttivo-esegetico, e si sofferma sugli snodi interpretativi principali e sulle problematiche di ordine applicativo che la riforma porta con sé, nei vari ambiti di incidenza.

2. *Un discorso sul diritto del lavoro alla luce del Jobs Act: nasce un “nuovo paradigma” o prevale la continuità con la precedente struttura disciplinaria?*

Il diritto del lavoro, contrariamente a quanto spesso si afferma, non ha mai reso assoluti i propri fondamenti assiologici: sin dalle sue origini, e a tutte le latitudini, è una materia convenzionale e reversibile: molti anni fa un Maestro francese, Gerard LYON-CAEN, parlava, evocando VICO, di una “*Pénélope devenue juriste*”¹, e un giurista inglese, Simon DEAKIN definisce le soluzioni apprestate dal diritto del lavoro come “*space-and time-specific*”². È evidente che la riforma di cui discutiamo oggi (il c.d. *Jobs Act*) e in particolare la nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi, principale baricentro della materia, partecipi a questa natura precaria e reversibile delle tutele.

Ciò detto in ordine alla natura intrinsecamente mutevole degli assetti normativi storicamente dati, non si può certo minimizzare o relativizzare la portata dirompente che, almeno *prima facie* – e scontando i problemi interpretativi ed applicativi di cui si dirà in seguito – il *Jobs Act* sembra assumere per il diritto del lavoro italiano. La riforma in atto, per certi versi, può essere accostata a ciò che nell’ambito dei mutamenti e delle rivoluzioni scientifiche viene definito come **cambiamento di paradigma scientifico**. Cos’è un paradigma scientifico? Secondo l’impostazione epistemologica di Thomas Kuhn con questo concetto si designano le regole ammesse e interiorizzate come “norme” dalla comunità scientifica in un determinato momento storico, onde la scienza si sviluppa come “scienza normale”, cioè al contempo normalizzata e normativa³. Nell’ambito di tale “scienza normale” convergono idee, teorie e prassi comunemente accettate come valide dalla comunità scientifica, concepite come strumenti efficaci a disposizione dello scienziato per risolvere singoli problemi. Il paradigma, in questa accezione, rispecchia la logica secondo cui all’interno di una data comunità scientifica si costruisce una matrice disciplinare, e si identificano le risposte che attraverso questa disciplina si possono fornire ai problemi emergenti. Quando la scienza normale non è più in grado di fornire risposte adeguate ai problemi che l’analisi presenta, quel paradigma è obsoleto, ed è quindi destinato ad entrare in crisi per essere sostituito con un nuovo paradigma. Peraltro, secondo la visione kuhniana – e diversamente da quanto sostiene Karl Popper nella sua *Logica della scoperta scientifica* – il progresso scientifico non è mai cumulativo, ma procede secondo una successione di “momenti critici” in cui vengono ricostruite su nuove basi l’insieme delle questioni poste e dei pro-

¹ G. LYON-CAEN, *Le droit du travail. Une technique réversible*, Dalloz, Paris, 1995.

² S. DEAKIN, *The Contribution of Labour Law to Economic and Human Development*, in G. DAVIDOV, B. LANGILLE (eds.), *The Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011, p. 174.

³ Cfr. T. KUHN, *The Structure of Scientific Revolutions*, 1962, trad. it. *La struttura delle rivoluzioni scientifiche*, Einaudi, Torino, 1995; dello stesso Autore cfr. *La tensione essenziale: cambiamenti e continuità nella scienza*, Einaudi, Torino, 1985.

blemi formulati, e dove si ridefiniscono le procedure e i metodi della loro soluzione; onde il cambiamento di paradigma può davvero comportare, anche sotto il profilo della fondazione epistemologica della materia, un mutamento capace di coinvolgere i profili più essenziali e remoti della precedente “matrice disciplinare”.

Non v'è dubbio che il *Jobs Act* può essere letto come il prodotto di un cambio di paradigma normativo del diritto del lavoro⁴. Un mutamento di paradigma lungamente preparato ed annunciato nell'ambito di una complessiva e profonda redistribuzione del potere sociale ed economico a vantaggio dell'impresa e del mercato, che caratterizza il “meta-potere economico” e la conseguente “decostruzione del diritto” a livello nazionale e su scala globale⁵. Un cambiamento di paradigma che sottende l'idea secondo la quale il “vecchio diritto del lavoro” di novecentesca memoria non risponde più alle sollecitazioni economiche e sociali della società post moderna e post industriale, in cui sono mutati i problemi cui la “scienza normale” deve attendere, e che riguardano non tanto l'originaria funzione di riequilibrio degli assetti di potere nel rapporto di lavoro quanto la massimizzazione del benessere secondo i postulati dell'analisi economica del diritto, o la soluzione dei gravi effetti sociali posti dalla crescente disoccupazione, o ancora la riconduzione adeguatrice degli istituti giuslavoristici al nuovo valore attribuito nella società al mercato e all'impresa. Sotto la spinta di molteplici vettori, di cui oltre discuteremo, la riforma in esame sembra sovvertire il precedente assetto sistematico della materia, fondato sulla tutela statutaria del posto di lavoro e delle condizioni di lavoro e professionali, abbracciando chiaramente ed apertamente, per la prima volta nella storia del diritto del lavoro italiano, una prospettiva di *flexicurity*, in cui si vorrebbe far coesistere (almeno in teoria) minori garanzie nel rapporto di lavoro e più estese tutele del prestatore sul mercato.

Le minori garanzie, rispetto alla disciplina fissata nel 1970 dallo Statuto dei lavoratori, riguardano principalmente la materia dei licenziamenti, di cui ci occuperemo diffusamente nel presente volume, ma altre novità sono attese con riguardo alla flessibilità funzionale (in particolare la materia delle mansioni) e al potere di controllo a distanza. L'art. 1, co. 7, lett. e) della legge delega prefigura infatti una «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri

⁴ Di “paradigma giuslavoristico” parlano, ad esempio G. CAZZETTA, *Giuslavoristi e costruzione della memoria nell'Italia repubblicana*, e soprattutto P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana*, entrambi in G.G. BALANDI, G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e Lavoro nell'Italia Repubblicana*, Materiali dell'incontro di studio di Ferrara, Giuffrè, Milano, 24 ottobre 2008, rispettivamente pp. 13 e 23, nota 1 (ove si precisa che un'applicazione sistematica della nozione di paradigma alla disciplina giuridica non sembra ancora corrente); ma già M. D'ANTONA, in *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in ID., *Opere*, a cura di B. Caruso, S. Sciarra, vol. I, Giuffrè, Milano, 2000, p. 53 ss., suggeriva di impiegare il concetto di paradigma per comprendere i mutamenti nei modelli di diritto del lavoro.

⁵ U. BECK, *Macht und Gegenmacht in globalen Zeitalter*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 2002, trad. it. *Potere e contropotere nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2010.

oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento». In sostanza, il legislatore delegato è chiamato ad infrangere il limite legislativo alla derogabilità della disciplina protettiva di cui all'art. 2103 c.c. (così come modificato dall'art. 13 St. lav.), la cui portata – stante la genericità del disposto – potrebbe essere limitata ad una pura e semplice giuridificazione di orientamenti già presenti nel diritto vivente, ovvero estendersi ad un più radicale attribuzione al datore di facoltà unilaterali (*ius variandi*) in senso peggiorativo (demansionamento) anche in assenza di esuberi di personale⁶. In tal senso, lo schema di decreto legislativo attualmente circolante sembra avvalorare questa seconda prospettiva riformatrice, facendo riferimento ad una generica «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore», senza previsione di alcun “parametro oggettivo” cui commisurare la scelta gestionale (art. 55 dello schema di decreto). Quanto ai controlli a distanza, l'art. 1, co. 7, lett. f) della legge delega regola la «revisione della disciplina dei controlli a distanza sugli impianti e sugli strumenti di lavoro, tenendo conto dell'evoluzione tecnologica e contemperando le esigenze produttive ed organizzative dell'impresa con la tutela della dignità e riservatezza del lavoratore».

In questo nuovo paradigma giuslavoristico, caratterizzato dalla sostanziale cancellazione della tutela reale del posto di lavoro di cui all'art. 18 St. lav., nonché dalla revisione di normative sostanziali a tutela della persona che hanno riflettuto, dallo Statuto in avanti, l'assetto assiologico della materia, si realizza poi, fatalmente, un “effetto domino” che riguarda l'intera dimensione attuativa della relazione intersoggettiva, a tutto vantaggio dell'autorità dell'impresa nell'amministrazione del rapporto⁷. Onde il cambiamento di paradigma, se riguardato alla luce dei riflessi che il decisivo regresso di tutela in tema di licenziamento determinerà sull'insieme delle posizioni giuridiche soggettive del rapporto di lavoro, appare davvero impressionante, per i riflessi sistemici che può produrre (sotto il profilo della disciplina positiva) e per la necessità di ripensare, all'interno della comunità scientifica, i punti cardinali della regolamentazione, nonché, più in generale, il ruolo e la funzione del diritto del lavoro nell'attuale contesto sociale ed economico (sotto il profilo della riflessione dottrinale e critico-ricostruttiva).

Le più estese tutele del prestatore nel mercato del lavoro sono invece affidate alla riforma degli ammortizzatori sociali e alle politiche attive del lavoro. La logica che sembra muovere il legislatore è quella di ridurre l'incidenza del sostegno al reddito in costanza di rapporto di lavoro mediante l'istituto della Cassa integrazione (in particolare nei casi di crisi aziendali definitive, che non permettono il

⁶ Cfr. V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, Relazione tenuta a Bertinoro “Dialoghi di diritto del lavoro tra cielo e mare”, 10^a ed., 23-24 ottobre 2014.

⁷ Cfr. A. TURSI, *L'articolo 18 e il “contratto a tutele crescenti”*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 927.

recupero dei posti di lavoro soppressi), rendendo universale il sostegno al reddito con l'istituto della Nuova assicurazione sociale per l'impiego (Naspi), che allarga la platea dei beneficiari attraverso la fissazione di requisiti meno stringenti (possono ottenerla il 97,2% degli assicurati e viene concessa anche ai lavoratori atipici prima esclusi dal sussidio di disoccupazione). Il nuovo strumento è volto ad indurre il beneficiario ad attivarsi alla ricerca di nuova occupazione, prevedendosi una riduzione del 3% al mese a partire dal quarto, mentre la sua concessione è condizionata alla partecipazione ad iniziative di attivazione o riqualificazione professionale; sono inoltre previsti incentivi alla rioccupazione, come l'incentivo all'autoimprenditorialità. Il quadro generale dovrebbe essere completato dalla riforma delle politiche attive del lavoro, che «prevedano la promozione di un collegamento tra misure di sostegno al reddito della persona inoccupata o disoccupata e misure volte al suo inserimento nel tessuto produttivo, anche attraverso la conclusione di accordi per la ricollocazione» (art. 1, co. 4, lett. p), legge n. 183/2014); nonché, come centro di gravità del nuovo sistema di *flexicurity*, dall'istituzione di una Agenzia nazionale per l'occupazione, che dovrebbe realizzare il razionale raccordo gestionale tra servizi per l'impiego, politiche attive e (nuova) assicurazione sociale.

Si tratta allora di capire se il mutamento di paradigma in corso, per quanto profondo, continui ad assegnare al diritto del lavoro una reale funzione di bilanciamento/contemperamento degli interessi nel complesso rapporto evolutivo tra iniziativa economica e diritti sociali, ovvero se il classico valore garantistico del diritto del lavoro (e delle Carte costituzionali cui esso si ispira) – che altri ha identificato con la fase “metafisica” del diritto del lavoro⁸ – sia definitivamente tramontato e il rapporto di lavoro si atteggi come un normale rapporto di mercato. E siccome la riforma è facilmente soggetta a critiche ideologiche, vi sarà chi sottolineerà, in positivo, i benefici in termini sociali/occupazionali e la perdurante funzione di contemperamento che il diritto del lavoro svolge, e chi invece enfatizzerà gli aspetti negativi e decostruttivi/ablativi, in termini di diritti, della riforma stessa, finendo per assumere un atteggiamento “catastrofista” nei confronti della materia e del suo futuro.

Nuovi scenari regolativi prendono il posto delle vecchie certezze fondate sui “diritti”, a tutto vantaggio di prerogative per definizioni mobili, instabili e procedurali, declinate secondo inediti scenari di soddisfazione dei bisogni e degli interessi individuali e collettivi (come nel modello delle *capabilities* e dei nuovi diritti sociali “procedurali”). È vero che il diritto del lavoro continua a risultare essenziale per garantire il rispetto dei valori costituzionali di tutela del lavoro, e che il giudice riveste il ruolo di «estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale» (sono parole di Oronzo Mazzotta). Tuttavia il diritto del lavoro, la sua funzione e i termini della mediazione sociale e

⁸ R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, n. 1, 2013, p. 37 ss.

culturale che esso implica, si stanno progressivamente alterando a favore dell'interesse dell'impresa, del mercato e delle sue logiche puramente economiche. In questa dialettica le forze dell'ordinamento hanno prodotto significative oscillazioni e finanche vistosi mutamenti di prospettiva, in una direzione legislativa volta a premiare le esigenze dell'attore economico, assunto a nuovo "valore fondativo" della società contemporanea, nel quadro di un più generale riassetto dei poteri sociali ed economici che caratterizza l'attuale scenario globale⁹.

La tesi di fondo che può essere sostenuta, al riguardo, attiene al progressivo assoggettamento del diritto del lavoro ad una nuova "tirannia" dei valori economici, che si sviluppa lungo alcune assi prescrittive, direttamente collegate alla finalità di "liberare" le prerogative imprenditoriali dai lacci e laccioli in cui il diritto del lavoro le aveva progressivamente costrette. È necessario analizzare seriamente questi vettori di trasformazione profonda del diritto del lavoro, pena il limitarsi a ripetere le consuete banalizzazioni, di stampo più giornalistico che scientifico – benché, purtroppo, ormai assai diffuse anche in ambito accademico – secondo le quali il cambio di paradigma sarebbe imposto dalla necessità di superare la crisi economica, creare più posti di lavoro, offrire maggiori tutele a chi non le ha, ecc.: una serie di luoghi comuni privi di sostanziale fondamento scientifico, basati su una visione di fondo piuttosto elementare, che può essere, *grosso modo*, ricondotta alla vulgata neoliberalista e alle sue ricette di politica economica. Lo stesso modello di *flexicurity*, su cui ci soffermeremo tra breve, deve essere indagato nella sua struttura ideale e nella sua pratica applicabilità al contesto giuridico di riferimento, pena sposare una acritica visione del mutamento normativo che mobilita, in mancanza d'altro, un modello esplicativo capace, in astratto, di fornire una veste accettabile, anche sotto il profilo concettuale, al cambio di paradigma; un modo, insomma, per "vestire" con un abito elegante la pura e semplice riduzione delle tutele nel rapporto di lavoro che il nuovo paradigma indubbiamente comporta.

Questo tipo di analisi non può essere evitato, se si intende utilizzare, come qui si pretende di fare, il concetto di mutamento di paradigma non in senso allusivo o descritto, ma in senso scientifico. Il cambio di paradigma, infatti, è necessariamente associato ad una ridefinizione della matrice disciplinare del diritto, dei suoi fondamenti e delle sue funzioni, vale a dire alla costruzione di nuova "scienza normale", che si discosta, per fondamento assiologico, per strumentazione tecnica, per obiettivi e per problemi da risolvere nel "campo teorico" considerato, dalla precedente "scienza normale", di stampo novecentesco, considerata ormai inservibile e superata. Se questa analisi non viene fatta, la critica al nuovo modello appare specularmente rozza e superficiale, affidata vuoi ad un discorso puramente "politico" (nel senso più spicciolo e contingente del termine) vuoi ad una critica "ideologica", che basa i suoi strali distruttivi su di una lettura del nuovo paradigma alla lu-

⁹ Tra le analisi più recenti ed interessanti, nell'ambito della dottrina anglosassone, cfr. R. DUKES, *The Labour Constitution. The Enduring Idea of Labour Law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

ce dei vecchi strumenti, dimostrandosi quindi inadeguata alla stessa funzione critica, la quale, se vuole essere efficace, deve invece accettare la sfida del nuovo paradigma, rimanere sul piano dell'analisi giuridica e disvelare, entro le coordinate del nuovo diritto del lavoro, i punti deboli, le contraddizioni e le aporie del neo-paradigma.

Vediamo quindi quali sono i principali vettori che hanno influenzato, in questi anni, il diritto del lavoro nella sua essenziale configurazione statutaria, portandolo, per approssimazioni successive, a dotarsi di una nuova filosofia d'azione e a servirsi di una nuovo armamentario concettuale.

Il primo asse riguarda la concezione della norma giuridica nel suo contenuto precettivo e nella sua dimensione rimediale: come è noto, la tesi maggiormente affermata in ambito economico sostiene che la rigidità delle tutele apprestate dal sistema giuslavoristico, in particolare quelle in materia di licenziamento, produce effetti negativi in termini di occupazione e di segmentazione del mercato del lavoro (il famoso asserito dualismo *insiders/outside*). Che il controllo giudiziale della legittimità del licenziamento e le sanzioni previste per il licenziamento illegittimo costituiscano un'indebita invasione nell'area dei poteri riservati al datore di lavoro, tali da scoraggiare se non impedire, nuove assunzioni¹⁰, è diventato dapprima un *leit-motiv* ricorrente, per poi trasformarsi in una verità indimostrata del nuovo conformismo dottrinale.

Fa da *pendant* a questa tesi quella per cui il diritto del lavoro, avendo sviluppato una ipertrofica attitudine protettiva, appare troppo complesso, illeggibile, voluminoso, in una parola "obeso", e per questo deve essere semplificato, ridotto, razionalizzato; questa razionalizzazione fa spesso rima con deregolamentazione: il passo è breve per un *decalage* tra i due concetti. Ma viene allora spontaneo chiedersi: al di là del senso comune e della vulgata neolibera, quali sono i presupposti teorici che sorreggono questa visione e impongono al diritto del lavoro di modernizzarsi, cambiando il proprio stesso paradigma scientifico?

Ad un livello più elevato di astrazione, può dirsi a mio avviso che il retroterra culturale di questa visione della norma affonda le sue radici in quella che potremmo chiamare la *declinazione giuslavoristica dell'analisi economica del diritto* (AED), modello di pensiero, un tempo totalmente estraneo alla materia, che si basa su alcuni postulati di valore espressi con minore o maggior consapevolezza e sofisticazione teorica dalla dottrina e dallo stesso legislatore. Non è questa la sede per approfondire e illustrare compiutamente i principi e le implicazioni dell'AED. È sufficiente rilevare che l'applicazione dell'AED al diritto del lavoro implica una serie di differenze nel tradizionale modo di procedere del ragionamento giuridico, di cui vorrei ricordare alcune importanti prospettive.

La prima riguarda l'interpretazione del diritto, che deve essere *orientata alle conseguenze*. Il diritto del lavoro viene così sottoposto ad una progressiva "valu-

¹⁰ Così M. PERSIANI, *Premessa*, in M. PERSIANI, S. LIEBMAN, *Il nuovo diritto del mercato del lavoro*, Utet, Torino, 2013, p. 9.

tazione” volta a verificare se gli strumenti concettuali/dogmatici con cui opera (per esempio la nozione di licenziamento, o la nozione di limite al potere datoriale, ecc.) producono o meno effetti positivi (in termini di aumento del benessere complessivo) collegabili ai relativi istituti, ovvero se detti istituti siano fonte di effetti negativi o apprezzati come tali¹¹. Si prenda, ad esempio, proprio la materia del licenziamento: se nella “scienza normale” cresciuta all’ombra dell’art. 18 St. lav. veniva valorizzata la funzione di argine all’arbitrio datoriale svolta dalla norma che impone la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato, l’interpretazione orientata alle conseguenze sposta l’attenzione sulle disfunzioni che questa tutela produce in termini occupazionali, onde la funzione della norma deve mutare e sviluppare nuove finalità, coerenti con l’esigenza di prevenire inefficienze produttive a discapito dell’investimento in risorse umane (e quindi in nuova occupazione). In questo nuovo scenario è ovvio che il diritto del lavoro vede mutare sensibilmente alcune sue componenti finalistiche di base, e da diritto di riequilibrio dei poteri nel rapporto diventa strumento, impiegabile a livello microeconomico ma con valenze aggregate di livello macroeconomico, di stimolo della domanda. È necessario soffermarsi attentamente su questo primo, fondamentale pilastro del nuovo paradigma giuslavoristico, che viene valutato al pari di ogni sistema normativo, tradizionalmente refrattario a giudizi valutativi esogeni e chiuso in una logica di autoreferenzialità delle strategie giuridiche e dei loro effetti. I sistemi giuridici, compreso quello del lavoro, sono ormai assoggettati a molteplici processi di valutazione straordinamentale, secondo *rationes* improntate a diversi approcci di *policy analysis* o di *law and economics* volti a rilevare e a giudicare gli effetti del diritto sul mondo reale. Esistono filoni dell’analisi economica che dimostrano come il livello e il tipo di sviluppo di un Paese dipenda dal tipo di istituzioni che governano l’interazione umana, con impatti molto diversi sulla *performance* e il livello di efficienza del sistema economico. Sono gli stessi sistemi giuridici a concepire in termini nuovi il monitoraggio interno e reciproco degli effetti prevedibili delle legislazioni adottate, secondo una logica di *benchmarking* volta ad evidenziare le buone prassi normative, le quali altro non sono che l’esito di un processo selettivo di valutazione coordinato a livello comparato e/o sovranazionale (tipico il metodo aperto di coordinamento). Questa valutazione del diritto avviene generalmente senza porsi nessun interrogativo critico circa la capacità delle scienze sociali e della stessa economia a realizzare questo tipo di valutazione.

In realtà, l’ossessione economica per la valutazione del diritto sottende una visione riduttiva della funzione giuridica, e non trova univoco riscontro nella stessa letteratura economica sui costi transattivi. Secondo una letteratura che tiene in debito conto la dimensione cognitivo-percettiva della giustizia, i costi di transizione sarebbero legati anche alle difficoltà nel valutare l’*equità* in uno scambio da parte

¹¹ Sul tema della valutazione del diritto del lavoro cfr. A. LYON-CAEN-A. PERULLI (a cura di), *Valutare il diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 2000.

degli agenti coinvolti, ove per equità deve intendersi la percezione che i risultati, le decisioni e i procedimenti messi in atto siano corretti. Già OUCHI definiva costo di transazione «qualsiasi attività intrapresa dalle parti per verificare che il valore dato e ricevuto sia in accordo con le aspettative ... (queste attività) sono necessarie per creare una percezione di equità tra le parti di una transazione»¹². L'equità viene così posta al centro dell'analisi dei costi di transazione, onde la finalità dell'analisi è l'ottimizzazione delle percezioni di giustizia relativamente al risultato di uno scambio o del processo con cui il risultato viene valutato. La motivazione di questa visione equitativa dei costi di transazione rimane economica: infatti una percezione di iniquità può produrre effetti indesiderati sotto il profilo della razionalità dei comportamenti e dei processi economici, sotto forma di riduzione dell'impegno, attivazione di meccanismi di *exit* o di *voice*, comportamenti opportunistici, ecc. Ne consegue che se i meccanismi di regolazione e di *governance* si limitano – secondo la visione tradizionale – ad essere funzionali alla soluzione più efficiente dei conflitti reali o potenziali, questi meccanismi andranno incontro a fallimenti nella misura in cui non rispettano i requisiti socio-psicologici della percezione della giustizia nelle transazioni.

La seconda implicazione di fondo lo spostamento determinato dall'AED da una prospettiva fondata sull'equilibrio e il contemperamento tra contrapposti interessi (quello dell'impresa da un lato e quello della persona che lavora dall'altro) ad una visione basata sul fondamentalismo del mercato, inteso come spazio moralmente libero¹³, da cui l'idea che «il diritto deve essere in linea di principio costruito in modo da massimizzare il benessere, prescindendo dal modo in cui il benessere viene distribuito»¹⁴. In una parola, il concetto si può esprimere con il passaggio dal primato dell'equità al primato dell'efficienza. Scartato ogni profilo valoriale di giustizia distributiva, il diritto del lavoro partecipa, al pari degli altri sottosistemi normativi, all'ideale di massimizzazione, veicolato dall'utilitarismo neo-liberista con tratti assai più marcati rispetto al generico *laissez-faire* di matrice ottocentesca, e traducibile con l'apprestamento di nuove regole di massimizzazione. Tali norme non sono più volte a strutturare le condotte del datore di lavoro in funzione di contemperamento con i diritti fondamentali del prestatore, ma solo a fissare i confini delle azioni consentite: le quali, se producono risultati “ingiusti” a livello di singolo rapporto di lavoro (un licenziamento illegittimo, un mutamento di mansioni non coerente con la professionalità del lavoratore, ecc.) si giustificano comunque in termini di “aggregazioni di benessere” e vanno corrette non già nell'ambito della relazione intersoggettiva ma a livello sistemico, per il mezzo di ap-

¹² W.G. OUCHI, *Markets, Bureaucracies, and Clans*, Cornell University, New York, 1980.

¹³ Una “*morally free zone*” secondo l'espressione di D. GAUTHIER, *Morals by Agreement*, Oxford University Press, Oxford, 1986, cap. 4.

¹⁴ F. DENOZZA, *Il modello dell'analisi economica del diritto: come si spiega il successo di una tanto debole teoria?*, in *Riv. dir. comm.*, 2013, p. 48.

parati e tecniche specializzate in una funzione redistributiva (ad esempio gli apparati di *welfare* e, in prospettiva, i nuovi istituti della *flexicurity*, che infatti spostano le tutele dal rapporto al mercato).

Entrambe le prospettive descritte soffrono di gravi debolezze teoriche. Come è ben noto l'equazione meno tutele = maggiore occupazione è del tutto indimostrata sul piano scientifico. La stessa importanza dell'abolizione dell'art. 18 St. viene revocata in dubbio, proprio nei giorni in cui si è realizzata, da un economista del calibro di Luigi Zingales, il quale ricorda che il maggiore problema dell'Italia non è la mancanza di flessibilità del lavoro, ma quella del capitale, invocando l'eliminazione "dell'art. 18 degli imprenditori" (vale a dire rendere possibile la riallocazione del credito, la riallocazione del capitale di rischio, la riallocazione del controllo e l'uscita delle imprese inefficienti)¹⁵. Anche la sostituzione dell'equità con l'efficienza risulta inaccettabile, e così la pretesa di scindere gli aspetti allocativi da quelli distributivi, ovvero di sottrarre il mercato ad ogni valutazione in termini di giustizia; del pari destituito di fondamento è il dogma per il cui il perseguimento dell'interesse egoistico individuale si traduce in un aumento aggregato del benessere collettivo.

Questi fattori critici, che non è il caso in questa sede di approfondire, minano alla base la credibilità del nuovo paradigma giuslavoristico, benché il credito di cui esso già gode è indubbiamente crescente nella società contemporanea, adusa a ravvisare nel "vecchio diritto del lavoro" un insieme ormai inservibile di valori tramontati con il novecento. Poco importa se l'AED è giusta o sbagliata; quel che conta è che la sua filosofia sta prevalendo sulla base dell'accettazione di una serie di credenze indimostrate (come quella secondo cui la flessibilità crea occupazione, o fa aumentare la produttività delle imprese): a dimostrazione che «le credenze non sono accettate comunemente perché sono evidenti; piuttosto, sembrano evidenti perché sono comunemente accettate»¹⁶.

Al contempo, l'AED incide profondamente sulla disciplina del contratto (e degli atti unilaterali), del quale non viene affatto valorizzata «la funzione di strumento per garantire il principio morale per cui le promesse effettuate (o gli accordi presi) devono essere rispettati»¹⁷: sul piano dei rimedi, si determina così una netta inversione di tendenza a favore della teorica degli *inadempimenti efficienti* (*efficient breach*) e dei meccanismi di ristoro monetari, con conseguente evitamento della discrezionalità giudiziale. In questa logica si spiega il mutamento di prospettiva nella disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo, ormai del tutto spostata su una struttura rimediale di indennizzo che ben poco ha a che vedere con il principio della *giustificazione* degli atti unilaterali del datore di lavoro e, soprat-

¹⁵ L. ZINGALES, *Ma quando arriva la flessibilità del capitale?*, in *Il Sole 24 Ore*, domenica 15 marzo 2015, p. 20.

¹⁶ S. AMSTERDAMSKI, voce *Certezza/dubbio*, in *Enciclopedia Einaudi*, vol. II, Einaudi, Torino, 1977, p. 975.

¹⁷ F. DENOZZA, *op. cit.*, p. 46 s.

tutto, con il principio giuridico-morale *pacta sunt servanda*. Infatti, benché la reintegrazione non sia certo considerabile come l'unico rimedio contro il licenziamento illegittimo, la diffusione di soli rimedi indennitari, specie se di modico importo, non tiene in debito conto la circostanza per cui l'obbligazione – non solo nel diritto del lavoro, ma nell'intero diritto civile – è funzionale anzitutto a soddisfare l'interesse in vista della quale è sorta, e perciò il suo oggetto non è puramente e semplicemente interscambiabile con un surrogato monetario.

Anche questo elemento trasformativo rappresenta un importante tassello nel cambio di paradigma in corso, che va indagato e compreso sin nelle sue più recondite giustificazioni. Il diritto del lavoro ha costruito infatti un importante meccanismo di controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte di gestione che si iscrive in un più generale processo di differenziazione sistemica del *nomos* giuridico rispetto a quello economico. Sottoponendo a controllo l'esercizio delle prerogative unilaterali dell'imprenditore, il diritto del lavoro ha contrastato un duplice postulato di base dell'economia neoclassica: da un lato l'applicazione indifferenziata della logica economica a tutti gli universi d'azione¹⁸, compreso quello giuridico¹⁹, 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. Condizionato dalla legislazione giuslavoristica, che ha sottoposto il potere del datore di lavoro ad un'esigenza di giustificazione razionale²⁰, e dalla giurisprudenza pratica, pronta ad adottare una postura garantistica divergente con la linea di "modernizzazione" del diritto del lavoro²¹, il postulato dell'individualismo metodologico è stato rinvigorito dall'AED, che richiede la sostituzione del controllo giudiziale con un mero surrogato patrimoniale. Questa prospettiva è del tutto coerente con la tesi della "rottura efficace del contratto" (*efficient breach of contract*)²² secondo cui la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico,

¹⁸ Cfr. P. BORDIEU, *Raisons pratiques. Sur la théorie de l'action*, Seuil, Paris, 1994, p. 159, che ricorda, con estrema acutezza, come l'economismo dimentichi che la stessa economia si è costruita a partire da un processo di differenziazione rispetto alle leggi dell'economia domestica.

¹⁹ G. TEUBNER, *Diritto policontesturale*, La Città del Sole, Napoli, 1999, p. 33 ss.

²⁰ Cfr. da ultimo E. GRAGNOLI, *Considerazioni preliminari sui poteri del datore di lavoro e sul loro fondamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, p. 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.

²¹ Cfr. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, *Control sudicia y despido*, in *Relaciones Laborales*, n. 10, 2010, p. 1 ss., con un giudizio, relativo alla giurisprudenza spagnola, che ben può essere esteso a Francia e Italia.

²² Cfr. R.A. POSNER, *Economic Analysis of Law*, Aspen Publishers, Wolters Kluwer New York, 2007, p. 119 s. e 127 s.; A. SCHWARTZ, D. MARKOVITS, *The Myth of Efficient Breach*, in *Faculty Scholarship Series*, Paper 93, Yale Law School, 2010.

senza applicazione di *punitive damages* e, tantomeno di *specific performance* (esecuzione in forma specifica), onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria. Sulla scorta di questi argomenti, e in un clima culturale di progressiva messa in discussione del ruolo del giudice in funzione di esigenze di efficienza e calcolabilità delle scelte aziendali, recenti dibattiti dottrinali hanno messo in luce il pregiudizio ideologico di cui si renderebbe responsabile la magistratura del lavoro, la quale si connoterebbe per una certa “diversità” nella misura in cui orienterebbe le proprie scelte nella direzione di valorizzare la difesa dei diritti dei lavoratori, trascurando l’ampiezza dello scenario in cui devono giocarsi le singole scelte decisionali. Il giudice del lavoro, a causa della intrinseca parzialità della disciplina lavoristica, avrebbe maturato un’errata percezione di sé quale garante dei diritti dei lavoratori, riducendo le garanzie di terzietà e laicità che dovrebbero connotare la funzione giurisdizionale; auspicandosi, di conseguenza, un giudice “un po’ meno diverso”, “più laico”, ossia più incline ad interiorizzare, accanto alle ragioni di ordine sociale, le ragioni dell’economia²³.

Ho discusso altrove queste tesi, mettendone in luce alcune contraddizioni di fondo, sia in termini di diversità del giudice del lavoro rispetto alle funzioni svolte dalla magistratura in altri campi del diritto, sia con riferimento alle stesse scelte legislative in materia contrattuale (con particolare riferimento al diritto dei consumatori e alla disciplina di *consumer welfare*). Sarebbe inutile ricordare, in senso critico, che in tutti i campi del diritto e non solo nel diritto del lavoro è la coscienza del giudice ad orientare la sua scienza, posto che quest’ultima non è mai neutrale rispetto ai valori; ovvero ribadire, con il padre del decisionismo, che la decisione giudiziaria consiste «nella rimozione autoritaria di un dubbio»²⁴. Vale piuttosto qui sottolineare, al di là della reversibilità dell’assunto qui criticato, che il governo efficiente delle transazioni non passa, secondo i postulati dell’AED, attraverso la funzione giudiziale, e ciò basti a collocare anche tale tassello nel più ampio mosaico disciplinare che connota il cambiamento di paradigma giuslavoristico. Non a caso la creazione di argini normativi all’incertezza applicativa informa l’attività del legislatore del *Jobs Act*, come testimoniato dall’inedito disposto finalizzato alla «abrogazione delle norme interessate da rilevanti contrasti interpretativi, giurisprudenziali o amministrativi» (art. 1, legge n. 183/2014).

Altri elementi del neo-paradigma potrebbero essere analizzati alla luce di ulteriori postulati della AED nella sua declinazione giuslavoristica. Basti pensare al

²³ Cfr. R. DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 461, nonché, con riferimento al dibattito che ne è generato, U. ROMAGNOLI, *Le parole sono pietre*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 233; O. MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 235; B. CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 245; M. MAGNANI, *Il giudice e la legge*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 777.

²⁴ Sono parole di C. SCHMITT, *Il custode della costituzione*, trad. it. a cura di A. Caracciolo, Giuffrè, Milano, 1981, p. 75.

primato della giustizia commutativa, che oblitera ogni riguardo per la persona e per i suoi valori di fondo. Nei modelli di ispirazione AED questo profilo colpisce, in particolare, la dimensione collettiva del diritto del lavoro, il cui principale strumento di azione – la contrattazione collettiva – viene addirittura considerata non più compatibile con le esigenze del sistema economico, proprio perché svolge un ruolo di complicazione dell'agire massimizzante tipico dell'*homo oeconomicus*²⁵.

È evidente come l'azione sinergica delle direttrici di AED sin qui descritte ridefinisca, in misura sensibile, gli spazi di valutazione giudiziale della discrezionalità datoriale in funzione della tutela del prestatore di lavoro. Si tratta, peraltro di tendenze che penetrano nel tessuto normativo in modo non del tutto lineare, presentando, anzi, alcuni non secondari tratti di ambiguità, nonché una serie di controtendenze di cui il diritto vivente, pur nelle sue diverse componenti ed orientamenti, rappresenta il naturale sismografo.

Abbiamo toccato quindi la radice profonda del cambiamento di paradigma: la critica economica al diritto del lavoro, che in quanto rigido, obeso e assoggettato a un penetrante controllo giudiziario, viene accusato – a torto o a ragione – di perturbare negativamente la fluidità, il dinamismo, il funzionamento del mercato del lavoro. Questo argomento si nutre di alcuni elementi suggestivi, certo discutibili, ma spesso presenti nel dibattito, tanto scientifico quanto politico: si pensi, ad esempio, all'argomento comparativo. I buoni risultati in termini di tasso di disoccupazione di alcuni paesi (5% in Germania, il 5,9 negli USA, il 6,6 in Danimarca) conducono inevitabilmente a voler trasporre quelle esperienze in Italia, alla ricerca di un nuovo e più affidabile modello o paradigma di diritto del lavoro.

Sarebbe comunque errato, anche da parte dei critici del nuovo paradigma, limitarsi a rilevare l'indimostrabilità e/o controllabilità empirica delle teorie economiche. Questo esercizio, più volte svolto anche dalla dottrina giuslavoristica con dozzina di dati²⁶, non produce risultati incisivi sulle linee di politica del diritto per la semplice ragione che è la stessa crisi del moderno neo-positivismo a revocare la fiducia nel dogma della conoscenza oggettiva della realtà, emergendo al contrario, sia nel campo delle scienze naturali sia in quello delle scienze giuridiche, un criterio d'azione fondato sulla comparazione delle diverse teorie al fine di identificare delle "buone ragioni" (alla Boudon) per giustificare una scelta²⁷. Come dire che la

²⁵ La dottrina americana teorizza addirittura di eliminare la contrattazione collettiva quale attributo del sindacato: cfr. B.I. SACHS, *The Unbundled Union: Politicks Without Collective Bargaining*, in *Yale Law Journal*, 2013, p. 150 ss.

²⁶ Cfr. ad esempio V. SPEZIALE, *Giusta causa e giustificato motivo dopo la riforma dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *WP CSDLE- "Massimo D'Antona".IT*, n. 165, 2012; A. PERULLI, V. SPEZIALE, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione di Agosto" del Diritto del lavoro*, in *WP CSDLE- "Massimo D'Antona".IT*, n. 132, 2011; A. LASSANDARI, *Re-evaluating Labour Law*, in A. LYON-CAEN, A. PERULLI, *op. cit.*, p. 93 ss.

²⁷ Cfr. V. VILLA, *Teorie della scienza giuridica e teorie delle scienze naturali. Modelli ed analogie*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 150.

scienza giuridica procede meno tramite la falsificazione delle affermazioni erronee (alla Popper) e più per negoziazione del consenso tra i membri della comunità scientifica. Deregolare il mercato del lavoro, al fine di creare le condizioni per una maggiore occupazione, appare quindi, in questa prospettiva, una “buona ragione”, sempre più accettata nell’ambito della comunità dei giuslavoristi. Lo stesso atteggiamento delle istituzioni internazionali, in particolare la Banca Centrale Europea, il FMI e la CE (la c.d. Troika), si colloca su quest’asse di ragionamento, seppure le ricette concordate con certi Paesi europei, come il Portogallo, la Grecia e la Spagna sembrano più imposte che effettivamente frutto di un reale negoziato. Non occorre ricordare che proprio questi protocolli di riforma strutturale del mercato del lavoro riguardano soprattutto la materia dei licenziamenti, ma anche la flessibilità in entrata, come dimostra l’ordinamento spagnolo, che ha ulteriormente liberalizzato i contratti a termini riducendo sensibilmente, al contempo, le garanzie in materia di recesso, e come dimostra la stessa esperienza italiana, in cui entrambi i fronti della flessibilità sono stati presi di mira del *Jobs Act*.

Accanto a questi plurimi elementi di riflessione, è necessario porre l’attenzione su un ulteriore fattore che spiega il senso del cambiamento ed offre un quadro analitico prezioso per comprendere i presupposti del nuovo paradigma. Con l’evoluzione di un’economia tipicamente concorrenziale e di un *mainstream* economico “standard” sempre più diffuso, la protezione delle persone attraverso la tutela del posto di lavoro è apparso – con le parole di un premio Nobel – un vero e proprio «errore strategico, anche se comprensibile»²⁸. Proteggere le persone, in questa prospettiva, significa favorire misure di sostegno al reddito durante le fasi di disoccupazione, strumenti efficaci per la riqualificazione professionale e un accesso preferenziale alla sanità, istruzione e altri servizi di base. Questa rete di sicurezza, prosegue Michael Spence, sarà sempre vista «come un surrogato imperfetto della protezione del posto di lavoro e della sicurezza dell’impiego, ma la protezione migliore per le persone a lungo termine è un’economia dove la domanda di manodopera è solida e in crescita, un’economia che crea grandi quantità di nuovi posti di lavoro produttivi»²⁹. Questa interazione fra dinamismo economico e tutela della persona sta ridefinendo i termini del rapporto fondativo per i sistemi di diritto del lavoro, tra *libertà e sicurezza*, finendo per mettere in crisi il modello culturale della tutela rigida del posto di lavoro a tutto vantaggio di meccanismi di compensazione monetaria affiancati da politiche passive e attive volte al ricollocamento mirato delle persone³⁰. Da alcuni anni, infatti, è emerso in Europa un modello, la *flexicurity*, definita dalla Commissione europea come la migliore politica

²⁸ M. SPENCE, *The Next Convergence. The Future of Economic Growth in a Multispeed World*, trad. it. *La convergenza inevitabile. Una via globale per uscire dalla crisi*, Laterza, Roma-Bari, 2012, p. 89 s.

²⁹ M. SPENCE, *op. cit.*, p. 90.

³⁰ Cfr. A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 247 ss.

per modernizzare il mercato del lavoro, accelerare il ritmo delle riforme, ridurre la segmentazione del mercato del lavoro, sostenere l'eguaglianza di genere e rendere fruttuose le transizioni professionali. In questo modello flessibilità e sicurezza non costituiscono concetti oppositivi, ma complementari, che segnano lo spostamento dalla sicurezza dell'impiego stabile nell'impresa (*job security*) verso la sicurezza delle politiche occupazionali e di nuovi diritti sociali fuori dall'impresa (*employment security*). La rottura con il passato è epocale, ed ha implicazioni profonde sul modello di diritto del lavoro di riferimento che non possono essere – come invece spesso accade – banalizzate, almeno da parte della dottrina. All'interno di questo neo-modello – che in realtà affonda le sue radici culturali nel rapporto Supiot del 1999³¹ – inizia ad essere discussa una nuova tipologia contrattuale, denominata contratto di lavoro “unico” o contratto di lavoro a tutele crescenti; questo *single employment contract* lanciato dalla CE nell'ambito delle strategie di Europa 2020, dovrebbe assorbire la flessibilità al margine, ridurre la segmentazione, rilanciare il contratto a tempo indeterminato con una tutela crescente (ma non solo in tema di tutele del licenziamento).

È da qui che dobbiamo partire per comprendere sino in fondo il cambio di paradigma attuato dal *Jobs Act*, verificandone la coerenza o, al contrario, le eventuali criticità e ambiguità.

3. Dalla flexicurity al contratto di lavoro a tutele crescenti

È stato scritto da uno dei più influenti sociologi contemporanei che il lavoro, assieme alla famiglia, ha garantito l'accesso ai contesti principali dell'attività sociale³². Il tramonto dell'era della cittadinanza industriale e l'avvento della società del rischio, in cui l'occupazione ha perduto le certezze e le funzioni protettive di un tempo ha reso fluidi i confini tra lavoro e non lavoro, e all'uniformità del fordismo si affianca un mercato del lavoro flessibile e plurale, nell'ambito di un più ampio squilibrio di potere tra le parti del contratto di lavoro e tra le organizzazioni che ne tutelano i rispettivi interessi³³. In questo nuovo scenario l'occupazione diviene sempre meno capace di assicurare alle persone i “beni primari” che fondano le «basi sociali del rispetto di sé»³⁴. Ancor meno l'occupazione garantisce alle persone di perseguire quel modello di giustizia fondato sulle *capabilities*, che valuta le situazioni individuali non in base alle risorse od ai beni primari che ciascuno possiede, ma alla libertà – effettivamente goduta – di scegliere la vita che si ha

³¹ Cfr. A. SUPIOT, *Au-delà de l'emploi*, Flammarion, Paris, 1999, trad it. *Il futuro del lavoro*, Carocci, Roma, 2003, p. 42.

³² U. BECK, *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, Carocci, Roma, 2000, p. 200.

³³ U. BECK, *La società del rischio*, cit., p. 211.

³⁴ J. RAWLS, *A Theory of Justice*, trad it. *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2008.

motivo di apprezzare, ove l'enfasi è posta sulla «capacità individuale di acquisire varie combinazioni alternative di funzionamenti»³⁵. Nelle descritte condizioni di incertezza economica e sociale, le nuove tecniche di regolazione del mercato del lavoro non possono basarsi esclusivamente sulla stabilità dell'occupazione, ma devono tendere, piuttosto, a garantire uno status professionale nella discontinuità dei lavori svolti dalla persona corso del tempo: l'originalità di tale modello consiste quindi «nell'aggiungere all'organizzazione statica della relazione di lavoro un'organizzazione dinamica delle transazioni tra situazioni di lavoro successive», secondo il motto «proteggere il lavoratore, non il posto di lavoro»³⁶. Dal “contratto di attività” teorizzato negli anni '80 da Jean Boissonat ai “*droits de tirage sociaux*” proposti dal Rapporto Supiot, sino alla promozione dell'investimento pubblico e privato in “capitale sociale”, riferito alle reti fiduciarie alle quali gli individui possono attingere per un sostegno sociale³⁷, la ricerca della neo-sicurezza si fonda sulla mobilità sociale e sui diritti sociali transizionali³⁸: risposte capaci di riconciliare gli elementi di un diritto del lavoro tradizionalmente garantista – sintetizzabili nell'idea di “sicurezza” – con una serie di nuovi obiettivi – sussunti nell'etichetta di “flessibilità” – riguardanti l'adattabilità e l'impiegabilità (attuale e potenziale) della mano d'opera³⁹. Questo modello di *flexicurity* può declinarsi in diverse guise, anche se gli obiettivi rimangono gli stessi: dotare il lavoratore flessibile di uno “statuto protettivo transizionale”, rendere certa la sicurezza della persona sul mercato del lavoro, promuovere una sicurezza sociale professionale compatibile con la discontinuità dei tragitti professionali. Studi condotti in sede ILO e OECD sui paesi che adottano sistemi di *flexicurity* sembrano indicare un ulteriore possibile vantaggio del modello: la flessibilità ricercata dalle imprese e quella richiesta dai lavoratori appaiono assai più complementari di quanto accada nei sistemi ad elevata flessibilità o, all'opposto, ad elevata rigidità nella regolazione del mercato del lavoro⁴⁰. Del pari, evidenze empiriche dimostrerebbero che sistemi fondati sulla *flexicurity* forniscono performance più elevate nella strategia di perseguimento di *decent job*, confermando che un certo grado di mobilità, se protetta,

³⁵ Cfr. A. SEN, *Inequality Reexamined*, trad. it. *La diseguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1992.

³⁶ Cfr. A. SUPIOT, *op. cit.*, p. 42.

³⁷ Cfr. A. GIDDENS, *The Third Way and its Critics*, trad. it. *Cogliere l'occasione*, Carocci, Roma, 2000; ID., *Europe in the Global Age*, trad. it. *L'europa nell'età globale*, Laterza, Roma-Bari, 2007, p. 30, riconosce l'importanza della flessicurezza, ma anche il suo limite, consistente nell'entrare in gioco solo quando una persona perde il lavoro, mentre «vanno perseguite anche politiche che aiutino le persone ancora prima che perdano il lavoro».

³⁸ Cfr. B. GAZIER, *Vers un nouveau modèle social*, Flammarion, Paris, 2005.

³⁹ Sul celebre modello danese v., fra i tanti, Per K. MADSEN, *Flexicurity through Labour Market Policies and Institutions in Denmark*, in P. AUER, S. CASES (eds.), *Employment Stability in a Age of Flexibility*, ILO, Geneva, 2003.

⁴⁰ Cfr. P. AUER, *Security and Labour Markets: Combining Flexibility with Security for Decent Work*, in *Economic and Labour Market Papers*, ILO, 2007.

è più desiderabile per la sicurezza dei lavoratori e raggiunge risultati migliori rispetto a sistemi basati su flessibilità non protetta o, al contrario, su eccessiva stabilità dell'impiego⁴¹.

Tuttavia, la prospettiva della *flexicurity* non è affatto esente da acute problematiche, peraltro ben conosciute in letteratura. Ciò che appare discutibile, di quel modello, è soprattutto l'idea che l'*Employment Protection Legislation* (EPL) costituisca il principale problema del mercato del lavoro, la cui soluzione richiede una riduzione delle tutele, specie in materia di licenziamento economico. Questo assunto sconta, da un lato, la mancanza di evidenze empiriche circa l'effettivo impatto della EPL sui livelli di disoccupazione⁴², dall'altro l'impiego di "indicatori" largamente imprecisi e finanche fuorvianti⁴³, in quanto – per esempio – non tengono conto della giurisprudenza ma solo del dato legislativo⁴⁴. Peraltro, se la liberalizzazione del licenziamento non viene accompagnata da condizioni di mercato in grado di assorbire i lavoratori entrati nella parte attiva del loro "ciclo di vita", i tassi di disoccupazione rimarrebbero sicuramente tali per un lungo periodo, facendo venir meno l'efficacia del modello classico di *flexicurity*⁴⁵.

La stessa attrattività delle politiche di *flexicurity* sembra essere messa empiricamente in discussione sulla base di ricerche empiriche relative ai primi anni di crisi economica. I risultati dimostrano che i paesi promotori della *flexicurity* presentano un tasso di disoccupazione nettamente più basso, ma hanno subito un aumento del tasso maggiore rispetto al gruppo continentale. Più precisamente la disoccupazione giovanile è aumentata in maniera più netta nel *cluster* della *flexicurity*, rispetto a quello continentale, mentre vi è stata una diminuzione della disoccupazione femminile⁴⁶. Inoltre, sia i paesi continentali sia quelli aderenti a pro-

⁴¹ P. AUER, *op. cit.*, p. 11.

⁴² Cfr. Ad esempio NICKELL, *Unemployment and Labour Market Rigidity: Europe versus North America*, in *Journal of Economic Perspectives*, n. 11, 1997; più di recente LYARD, NICKELL, JACKMAN, *Unemployment: Macroeconomic Performance and the Labour Market*, 2nd ed., Oxford University Press, Cambridge, MA, 2005.

⁴³ Cfr. A. LASSANDARI, *op. cit.*

⁴⁴ Cfr. R. DALMASSO, T. KIRAT, *Comparer, mesurer, choisir: l'art périlleux de la leximétrie du licenciement*, in *Travail et Emploi*, 2009, p. 33 ss.

⁴⁵ Laconicamente P. AUER, *op. loc. cit.*, afferma che «il mondo della ricerca è stato unanime nel criticare, tra l'altro, la natura fuorviante del concetto, in particolare la distanza tra la retorica e le questioni sostanziali e la confusione della definizione, il fatto di "vendere" l'occupabilità come sicurezza occupazionale all'interno del concetto di *flexicurity*, di avere finalità nascoste quali la deregolamentazione e di essere insidiosa, socialmente disequilibrata e poco contestualizzata, inoltre, di non considerare il compromesso tra i diversi elementi che la compongono».

⁴⁶ Si veda P. KONGSHØJ MADSEN, *Reagire alla tempesta. La flexicurity danese e la crisi*, in *Dir. rel. ind.*, n. 1, 2011, p. 78 ss., in cui si precisa che nel giugno 2008 la Danimarca registrava il più basso tasso di disoccupazione nell'Unione Europea mentre nel luglio 2010 risultava sesta nella corrispondente classifica. La Danimarca è il paese in cui la disoccupazione è aumentata sia in termini relativi che assoluti: i termini relativi la Danimarca è stata superata solo dagli Stati Baltici e dall'Irlanda, perché è entrata nel periodo di recessione con un livello molto basso di disoccupazione, men-

grammi di *flexicurity* hanno utilizzato solo marginalmente lo strumento dei licenziamenti, facendo ampio ricorso alla riduzione dell'orario di lavoro, benché proprio i paesi scandinavi abbiano registrato un incremento dei lavoratori licenziati⁴⁷. In Germania, per esempio, la gestione equilibrata della banca delle ore prima della crisi, ha evitato la distruzione di 1,2 milioni di posti di lavoro tra il 2008 ed il 2009. Il governo tedesco si è avvalso, inoltre, dell'istituto del *training* al posto del licenziamento: attraverso tale sistema viene offerta formazione durante le ore non lavorate alle persone coinvolte nel *Kurzarbeit* (lavoro a tempo ridotto), mentre il servizio per l'impiego paga totalmente i contributi per la sicurezza sociale ed i costi per la formazione.

La supremazia delle politiche tedesche e dei paesi continentali, che combinano una più elevata tutela dell'occupazione con la possibilità di misure interne sovvenzionate, in maniera diversa rispetto alla politiche tipicamente danesi, caratterizzate da una limitata protezione dell'occupazione con misure di tutela per i disoccupati in caso di licenziamento, ha portato le aziende a dover fronteggiare impegni economici immediati più alti, ma i guadagni nel lungo periodo superano i costi. Non a caso le indicazioni del Consiglio europeo per la gestione della crisi suggerivano di «mantenere l'occupazione, dove possibile, per esempio attraverso il sostegno alle imprese che forniscono alternative al licenziamento quali modelli di lavoro flessibile e adeguamenti temporanei all'orario di lavoro, dove applicabili, e altre forme di flessibilità interna fra le imprese. Questo aiuterà a mitigare gli impatti sociali alla crisi e a prevenire la perdita di capitale umano specializzato delle aziende»⁴⁸.

Consimili critiche, e la relativa messa in discussione del modello in esame, non ha impedito che si facesse strada con insistenza, in una prospettiva tutta interna al percorso europeo sulla *flexicurity*, «la proposta di una legislazione “a fasi”, tale da incrementare le tutele dei lavoratori nell'evolversi del rapporto di lavoro, senza garanzie iniziali di stabilità del posto»⁴⁹. L'idea di un Contratto a Tutele Crescenti, o *Single Employment Contract (SEC)* si colloca proprio in questo contesto, come strumento “europeo” per combattere la segmentazione dei mercati dei lavori di alcuni paesi membri. Nell'ambito di alcune iniziative della strategia “Europa 2020”, quali “*Youth on the Move*” e “*An Agenda for New Skills and Jobs*”, la Commissione ha aperto un dibattito sull'introduzione di un *Single Employment Contract*, ovvero di un uso esteso di un nuovo contratto a tempo indeterminato nei mercati di lavoro molto segmentati, con particolare riferimento (ma non solo)

tre in termini assoluti è al settimo posto dopo gli Stati Baltici, la Spagna, l'Irlanda, gli USA e la Slovacchia.

⁴⁷ Cfr. R. PESSI, *Riflessioni sull'occupazione: Italia ed Europa*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, p. 315 ss.

⁴⁸ Cfr. *Flexicurity in times of crisis*, European Council Resolution, 2009, p. 2.

⁴⁹ S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in *Trattato di diritto privato dell'unione europea*, diretto da G. Ajani, G.A. Benacchio, vol. V, *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra, B. Caruso, Giappichelli, Torino, 2009, p. 21.

ai giovani lavoratori tra i 15 e i 29 anni, che registrano il più alto tasso di contratti a tempo determinato nell'Europa a 27⁵⁰.

L'intuizione originaria del contratto di lavoro unico nasce dall'elaborazione di alcuni economisti francesi, che suggeriscono la creazione di un "système unique de protection de l'emploi"⁵¹ e di un "contrat de travail unique"⁵². L'obiettivo è duplice: si tratta di ridurre il grado di segmentazione che affetta il mercato del lavoro, e al contempo di attenuare le tutele che caratterizzano il contratto di lavoro standard, specie con riguardo alla materia dei licenziamenti per motivi economici. In una prospettiva di "causalità economica", la segmentazione del mercato del lavoro viene presentata quale risultato di una troppo stringente tutela accordata agli *insiders*, che conduce a moltiplicare le tipologie di lavoro atipico per introdurre flessibilità numerica come surrogato di una troppo bassa flessibilità in uscita.

La riduzione di un eccessivo pluralismo tipologico, emblema della precarizzazione del mercato del lavoro, e la sua ricomposizione in un singolo contenitore contrattuale, viene dunque "scambiata" con una maggiore flessibilità in uscita, garantita, a sua volta, da congegni di *flexicurity*. I termini dello scambio sono coerenti con l'attuale tendenza, presente in tutti gli ordinamenti del sud dell'Europa, a ridurre il controllo giudiziario sui licenziamenti economici, attenuando le conseguenze ripristinatorie e/o risarcitorie del licenziamento illegittimo. Una prospettiva, quest'ultima, coltivata con soluzioni tecniche diverse, ma sostanzialmente convergenti, dal legislatore francese, che con la legge 25 giugno 2008 ha introdotto l'istituto della *rupture conventionnelle* al precipuo fine di consentire all'imprenditore la soppressione dei posti di lavoro senza dover sottostare agli obblighi legali in materia di licenziamento economico⁵³; dal legislatore spagnolo, il quale, per contrastare una giurisprudenza cangiante, fonte di instabilità ed incertezza⁵⁴, ha inizialmente introdotto l'istituto del *despido improcedente* ed in seguito ha ridotto sia il controllo del giudice, limitato a verificare un "minimo" di razionalità economico-gestionale (art. 56.6 ET)⁵⁵, sia l'entità dell'indennizzo in caso di licenziamento

⁵⁰ Cfr. *Employment in Europe 2010*, chapter 3, at <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=738&langId=en&pubId=593>, ove ulteriori dettagli sulla segmentazione del mercato del lavoro.

⁵¹ Cfr. O. BLANCHARD, J. TIROLE, *Protection de l'emploi et procédures de licenciement*, La documentation française, Paris, 2003.

⁵² Cfr. P. CAHUC, F. KRAMARZ, *De la precarietà à la mobilité: vers une Sécurité sociale professionnelle*, La documentation française, Paris, 2004.

⁵³ Cfr. A. FABRE, *Ruptures conventionnelles et suppressions d'emploi pour motif économique: possibilité offerte par la loi ou fraude à la loi?*, in *Revue de droit du travail*, 2010, p. 369 ss.; sul rapporto tra *rupture conventionnelle* et regoolazione del licenziamento economico cfr. J.M. BÉRAUD, *Ruptures conventionnelles et droit du licenciement économique: un rapport à décrypter*, in *Revue de droit du travail*, 2011, p. 226 ss.

⁵⁴ Cfr. J.M. GOERLICH PESET, *Flexiguridad y estabilidad en el empleo*, in *Teoría y Derecho*, 2008, p. 52 ss.

⁵⁵ Cfr. E. MARTIN PUEBLA, *Le motif économique de licenciement, Espagne*, in *Revue de droit du travail*, 2010, p. 664 ss.

ingiustificato (*Real Decreto-ley* n. 3/2012). Lo stesso governo italiano aveva inizialmente dichiarato di voler imboccare la via del Contratto Unico, giungendo però, con la riforma Monti-Fornero, solo a modificare parzialmente l'art. 18 St. lav. Facendo della reintegrazione un'eccezione rispetto alle conseguenze meramente indennitarie del recesso illegittimo, comminabile solo in caso di "manifesta infondatezza" dei motivi addotti, senza tuttavia alcuna reale riduzione delle tipologie contrattuali, e senza alcun rafforzamento delle tutele sul mercato del lavoro, il governo si arenò in mezzo al guado, producendo un esito complessivo che scontentava un po' tutti.

4. Il contratto a tutele crescenti: il modello europeo ...

Approfondiamo dunque la prospettiva del contratto a tutele crescenti secondo il modello propugnato dall'Unione Europea, definendolo come il contratto di lavoro a tempo indeterminato che comporta una *entry phase* sufficientemente lunga, caratterizzata da un aumento graduale dei diritti in base all'anzianità, seguita da una successiva *stability phase*, volto a costituire una valida ed effettiva alternativa rispetto all'uso di contratti temporanei. Questa è la ragione principale che ha spinto la Commissione europea ad aprire un dibattito sull'introduzione di un "contratto unico", auspicando una riduzione delle tipologie contrattuali atipiche ed incentivando l'impiego prolungato di contratti a tempo indeterminato. Inoltre, il contratto a tutele crescenti potrebbe superare la criticità, tipica dei contratti a tempo determinato, consistente nel disincentivare lavoratori e aziende nell'impegno a migliorare la produttività, la specificità produttiva e gli investimenti: se i rapporti di lavoro venissero trasformati in *SEC*, questo genere di investimenti sarebbero incentivati, e con essi stimolata la produttività.

Secondo il modello europeo, la protezione dei lavoratori assunti con un contratto a tutele crescenti può essere economica e normativa, a seconda delle caratteristiche dei singoli ordinamenti. Il *contratto a tutele crescenti* prevede e disciplina anzitutto la compensazione economica in caso di licenziamento, modulabile in relazione all'anzianità di servizio, compresa fra una misura minima nella *entry phase* ed una massima nella *stability phase*. La previsione di un'indennità modulabile in base ad un criterio di *bonus/malus* dovrebbe disincentivare le imprese dall'abusare della libertà di licenziamento. Nella prospettiva della Commissione europea il momento in cui la fase di ingresso lascia spazio alla stabilità può variare in base alle peculiarità delle singole legislazioni, ma l'inserimento all'interno dell'impresa e l'aumento dei diritti dovrà comunque avvenire in modo graduale, onde evitare differenze sostanziali tra le due fasi e ridurre in tal modo l'opportunismo aziendale consistente nel licenziare il prestatore prima della fase di stabilizzazione.

Anche il livello complessivo di protezione dell'impiego risulta variabile a seconda delle specificità dei sistemi nazionali e dei vincoli politico-sindacali. Un primo scenario contempla una sostanziale riduzione della EPL (mantenendo come ba-

se inderogabile la protezione forte contro il solo licenziamento discriminatorio, e la cautela del preavviso), ed una focalizzazione delle tutele mediante indennità economiche. In un simile contesto il ruolo delle istituzioni del mercato del lavoro per l'accesso ai sussidi di disoccupazione e alle politiche attive appare essenziale per garantire al lavoratore il necessario livello di protezione in caso di licenziamento e dovrebbe essere progettato con accordi integrati di *flexicurity*. In un secondo scenario, relativo a paesi con un tasso elevato di EPL la cui riduzione difficilmente potrebbe coesistere con investimenti in altre forme di tutela (anche considerate le caratteristiche dei sistemi fiscali), il contratto a tutele crescenti dovrebbe prevedere un più elevato livello di protezione, comunque variabile nel corso del rapporto ed un ragionevole periodo di prova, al termine del quale il rapporto contrattuale viene confermato. Durante il periodo di prova, entrambe le parti possono recedere dal contratto, senza la possibilità di ricorrere al giudice, con un livello di protezione legale minima, ma comunque definita nel rispetto della Convenzione n. 158 dell'OIL. A seguito del periodo di prova, il rapporto di lavoro potrà essere confermato; durante la fase di ingresso al lavoratore protetto da una serie di diritti crescenti (in termini di periodo di preavviso e di indennità per licenziamento) sarà comunque preclusa la possibilità di rivolgersi al giudice. Infine, nella fase di stabilità, il livello della protezione legale raggiunge quello previsto dalla EPL vigente per i contratti a tempo indeterminato. In un terzo possibile scenario, il livello di EPL è pari a quello previsto dalla normativa per i contratti a tempo indeterminato per la totalità del periodo confermato. In tutti gli scenari considerati, oltre ai diritti e alle indennità previste, il contratto a tutele crescenti dovrebbe includere l'accumulo di altre garanzie di *flexicurity*, come i sussidi di disoccupazione in caso di licenziamento e le altre forme di *welfare to work*, i diritti pensionistici, i diritti alla formazione (*Monetary Training Accounts*) accumulati nel corso del rapporto. I rapporti di lavoro che attualmente prevedono l'utilizzo di contratti a tempo determinato sono in genere caratterizzati dal fatto che le parti non hanno alcun incentivo a impegnarsi nel compiere un investimento specifico nel lavoro per aumentare la produttività e/o la professionalità. Con la loro trasformazione in *contratto a tutele crescenti*, il primo effetto atteso riguarda l'incentivo di ambo le parti a realizzare investimenti di tal genere: per esempio il lavoratore potrebbe essere più disponibile alla mobilità o decidere di impegnarsi per migliorare la sua qualifica, aggiungendo valore al proprio lavoro, mentre il datore potrebbe investire in formazione *on-the-job*. Dal punto di vista dei lavoratori, il *contratto a tutele crescenti* non dovrebbe aumentare la precarietà, applicandosi solo ai nuovi contratti, che sono in gran parte contratti a tempo determinato, disponendo un chiaro patto di stabilità; per l'impresa non comporterebbe un aumento dei costi medi attesi di licenziamento perché il tasso di perdita dei posti di lavoro dovrebbe essere minore rispetto a quello della legislazione vigente. Un altro importante vantaggio dal punto di vista dell'impresa è rappresentato dalla riduzione dell'alea del giudizio in caso di licenziamento grazie alla computabilità dei costi di scioglimento unilaterale del vincolo: aumentando la trasparenza e diminuendo

l'incertezza, questo tipo di contratto garantisce la capacità dell'impresa di aggiustare la forza lavoro in ragione delle necessità aziendali, creando un senso di sicurezza che influenza positivamente l'attitudine a nuove assunzioni. In sostanza, nell'ottica della Commissione europea, il contratto a tutele crescenti non apporta nuove rigidità al mercato del lavoro perché prevede solo degli incentivi per le imprese, incoraggia la creazione di nuove aziende e dunque offre nuove opportunità lavorative, incentiva l'impresa ed il lavoratore per investire in produttività, valorizza il capitale umano accumulato *on the job* che di per sé rappresenta un forte deterrente al licenziamento. Contribuendo a stabilizzare le carriere, tale fattispecie potrebbe aiutare l'emancipazione dei giovani ed aumentare la sostenibilità del sistema pensionistico (con un basso tasso di disoccupazione e con risparmi maggiori).

Nella visione europea, il *contratto a tutele crescenti* non sostituisce le altre tipologie contrattuali, applicandosi ai nuovi contratti e non a quelli già conclusi. Ciò dovrebbe generare un aumento di flessibilità in tutto il mercato del lavoro e non solo in una sua porzione, contrastando ulteriormente il dualismo; a pieno regime, il *contratto a tutele crescenti* dovrebbe divenire l'unico (o prevalente) contratto di lavoro subordinato. Alcuni incentivi per facilitare questa transizione possono essere programmati dal legislatore. Anzitutto, dal punto di vista dell'impresa, i costi associati al *SEC* dovrebbero essere minori se comparati alle altre forme di contratto a tempo indeterminato, onde l'assunzione risulti meno costosa rispetto ai contratti temporanei. In un periodo di transizione, questo obiettivo potrebbe essere raggiunto con una differenziazione mirata dei contributi sociali. Allo stesso modo, ed in via permanente, i costi associati ai contratti a tempo determinato dovrebbero aumentare in modo che i datori di lavoro abbiano pochi incentivi ad assumere a termine, optando per il *SEC*. Rendere il contratto a tutele crescenti più attraente per i datori di lavoro spingerebbe ad utilizzare contratti a tempo determinato solo in caso di effettiva necessità. Peraltro, questi incentivi potrebbero essere resi disponibili a condizione che le imprese contribuiscano effettivamente all'aumento dei livelli occupazionali.

5. ... e le incoerenze del modello italiano

Il contratto a tutele crescenti ha trovato accoglienza nel dibattito politico-sindacale italiano grazie alle linee di riforma del disegno di legge n. 1418 (ad iniziativa del senatore Pietro Ichino ed altri)⁵⁶, ambiziosa risposta al dualismo che caratterizza il mercato del lavoro italiano, raffigurato con la nota metafora della "*citadella degli inclusi*" opposta all'"*esercito di esclusi*"⁵⁷. Il disegno di legge si

⁵⁶ D.d.l. 25 marzo 2009.

⁵⁷ Sul disegno di legge in esame cfr. D. GOTTARDI, *Osservazioni alla proposta di Pietro Ichino*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, p. 114 ss.

proponeva di contemperare le contrapposte esigenze di flessibilità del datore di lavoro e di sicurezza dei lavoratori ispirandosi ai sistemi nord-europei, con un *mix* calibrato di legge e di contratto collettivo (cfr. art. 2, co. 1). La finalità espressamente dichiarata era di «conciliare il massimo possibile di flessibilità per le strutture produttive ... con il massimo possibile di sicurezza e pari opportunità per tutti i lavoratori», i quali possono fruire di un'occupazione a tempo indeterminato ove esiste una «posizione di sostanziale dipendenza dall'azienda» (art. 2, co. 1, lett. a).

Il fulcro della riforma è l'introduzione del c.d. *contratto collettivo di transizione al nuovo sistema di protezione del lavoro*, previsto dall'art. 2, con il quale «un gruppo di imprese e una o più organizzazioni sindacali» ... «istituiscono un ente bilaterale a gestione paritetica, oppure un consorzio fra le imprese stesse, al fine di garantire ai lavoratori nuovi assunti, nel caso di perdita del posto, sostegno del reddito e assistenza intensiva nel mercato del lavoro secondo standard non inferiori a quelli indicati all'art. 3». Tale sistema di protezione, applicabile nei confronti dei lavoratori assunti da un determinato momento in poi, può essere applicato anche nei confronti di tutti i rapporti già costituiti alle dipendenze di un'impresa, purché esso sia sottoscritto, alternativamente «a) da un'organizzazione sindacale o coalizione di organizzazioni sindacali che, nella più recente elezione di rappresentanti sindacali estesa alla generalità dei lavoratori dipendenti dell'impresa, entro l'ultimo triennio abbia conseguito complessivamente più della metà dei voti espressi; b) da una organizzazione sindacale o coalizione di organizzazioni sindacali che, pur non rispondendo al requisito di cui alla lettera a), abbia sottoposto la pattuizione collettiva a referendum preventivo tra tutti i dipendenti dell'azienda ed abbia ottenuto un numero di voti favorevoli complessivamente superiori alla metà dei voti espressi» (art. 2, co. 4). All'art. 3 del disegno di legge viene disciplinato il contratto di ricollocazione al lavoro tra l'ente bilaterale o consorzio ed il lavoratore, applicabile ai dipendenti che abbiano superato un anno di anzianità, licenziati per giustificato motivo oggettivo, o per motivo disciplinare dichiarato illegittimo in sede giudiziale, nei confronti dei quali valgono i meccanismi del contratto di transizione.

Un altro modello di contratto a tutele crescenti è stato prospettato in Italia da Boeri e Garibaldi, secondo un'impostazione, ripresa da altri disegni di legge (p.d.l. n. 2630/2009 e d.d.l. n. 2000/2010), che – diversamente dalla proposta di Ichino – prevedeva una fase di inserimento triennale con tutela indennitaria, ed una fase di consolidamento in cui il rapporto acquisisce l'ordinaria stabilità, obbligatoria o reale, prevista dalla normativa vigente⁵⁸.

Dichiarando analoghe finalità di politica occupazionale, il p.d.l. n. 263/2009 sul CUIF (contratto unico d'inserimento formativo) e il d.d.l. n. 2000/2010 sul CUI (contratto unico d'ingresso) prevedono l'introduzione di un nuovo strumento contrattuale, che si candida a diventare la forma tipica di prima assunzione alle di-

⁵⁸ In argomento cfr. P. TULLINI, *Proposte di revisione della disciplina del lavoro flessibile*, in G. CIOCCA (a cura di), *Le trasformazioni del mercato del lavoro*, EUM, Macerata, 2011, p. 35; A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, cit., p. 278 ss.

pendenze del medesimo datore di lavoro, assorbendo le preesistenti figure contrattuali e ricomponendole in uno schema giuridico unitario. In realtà, le proposte in esame non prevedono la creazione di un nuovo tipo legale, bensì una «modalità o percorso agevolato di accesso, in grado di riassumere in sé i vantaggi della flessibilità e di porsi in alternativa rispetto all'universo frastagliato del lavoro atipico»⁵⁹. Nel dettaglio, la finalità riduzionista comune alle proposte si declina in guisa assai differente: nel caso del CUIF è prevista l'abrogazione espressa di molti contratti atipici che affastellano il mercato del lavoro (art. 2, co. 6, d.d.l. n. 2630/2009), onde il contratto unico si pone in alternativa finanche ai contratti con finalità formative; il CUI, invece, pur candidandosi a diventare la figura idealtipica di prima assunzione, non modifica la normativa in essere, mentre l'effetto di *reductio ad unum* viene raggiunto grazie alla maggiore attrattività per l'impresa del CUI rispetto al contratto a tempo determinato, garantendo di «far fruttare l'investimento di risorse nel lavoratore, consentendone il mantenimento in azienda»⁶⁰. Elementi di convergenza emergono, invece, con riferimento alla filosofia di *flexicurity* sottesa ad entrambi i progetti, espressa, tuttavia, con minor coerenza e progettualità europea rispetto alla proposta di Ichino, specie per quanto concerne il rafforzamento delle tutele sul mercato del lavoro. La struttura «bifasica»⁶¹ dello schema contrattuale esplicita infatti la logica di stabilità progressiva, con un gradiente crescente di protezione contro il licenziamento individuale: nella fase iniziale del rapporto – che si tratti del periodo di «abilitazione» (CUIF) o della «fase di ingresso» (CUI) – in caso di licenziamento per motivi economici le garanzie di stabilità sono ridotte (opera la sola tutela obbligatoria), mentre risultano innalzate le tutele di mercato. In particolare, rispetto alle forme di flessibilità in entrata oggi disponibili, il CUI offre al lavoratore una tutela più intensa, nella forma di indennità di licenziamento rapportata alla durata del rapporto, laddove il CUIF prevede un più rigido regime di recesso per giusta causa (art. 6), rinviando per le tutele sul mercato ad una futura riforma complessiva degli ammortizzatori sociali (art. 10).

Alla luce della disamina vuoi del modello propugnato a livello europeo, vuoi delle traduzioni proposte a livello nazionale, dobbiamo domandarci se il *Jobs Act* abbia saputo raccogliere con coerenza ed equilibrio la sfida della *flexicurity* come progetto complessivo di riforma del mercato del lavoro, che richiede un'attitudine radicale al cambiamento in punto di *trade off* fra flessibilità in entrata, flessibilità in uscita, tutela del reddito e politiche attive del lavoro.

La risposta è certamente più negativa che positiva: vediamo perché. Anzitutto, il contratto a tutele crescenti introdotto dal d.lgs. n. 23/2015 si discosta dallo schema tipologico e funzionale discusso a livello europeo. Il legislatore italiano, piuttosto che porsi in sintonia con questa prospettiva di *flexicurity*, sembra perseguire obiettivi di mera flessibilità del lavoro, portando alle estreme conseguenze un

⁵⁹ Così P. TULLINI, *op. cit.*, p. 37.

⁶⁰ Relazione illustrativa al d.d.l. n. 2000/2010.

⁶¹ Così P. TULLINI, *op. loc. cit.*

cisce il superamento del contratto a progetto, dall'altro il co. 2 della medesima norma statuisce che «resta salvo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c.», ripristinando in tal modo una situazione pre-legge Biagi, con un evidente regresso in termini di tutela⁶⁶. Se questi elementi di ambiguità non verranno chiariti e superati, una prima ipotesi grava sull'introduzione del contratto a tutele crescenti e sullo stesso mutamento di paradigma che esso comporta per il diritto del lavoro italiano: la sua (in)coerenza rispetto al modello europeo.

Lo sforzo del governo di collegare all'attivazione di questi contratti importanti esoneri dal versamento dei contributi previdenziali a carico del datore di lavoro, nel limite massimo di 80,60 euro su base annua, non può ritenersi, a tal fine, sufficiente: non solo perché si tratta di una misura temporanea, prevista dal 1 gennaio al 31 dicembre 2015, ma soprattutto perché non è concepibile realizzare la finalità prevista dai documenti europei se non si realizza in modo sistematico e regolativo un preciso raccordo sistematico tra il contratto a tutele crescenti e le tipologie atipiche, in chiave di forte riduzione della precarietà.

Ma l'incoerenza del contratto a tutele crescenti riguarda non solo il delicato rapporto con gli altri contratti flessibili, ma anche il concetto stesso di "tutele crescenti". Quest'ultime, così come apprestate dal legislatore con il d.lgs. n. 23/2015, non sono affatto crescenti, né in senso qualitativo, giacché con lo scorrere del tempo non v'è alcuna tutela che aumenta (nel senso *accrescitivo di garanzie*, vuoi quantitative), ma solo un aumento dell'indennizzo in ragione della maggiore anzianità del prestatore. È vero, come si è ricordato (*retro*, par. 4), che il modello europeo lascia aperte diverse possibilità quanto alla predisposizione delle tutele crescenti, ma è indubbio che il legislatore italiano ha tradito il senso della fattispecie, la quale, con il trascorrere del tempo, dovrebbe tendere a raggiungere una *stability phase* con *tutele giuridiche piene o rafforzate*. Ma v'è di più. Questa diversa modulazione delle tutele tra *entry* e *stability phase* è strettamente correlata ad un ulteriore profilo critico, che attiene al collegamento tra tutele crescenti e protezione del lavoratore sul mercato del lavoro. Nel modello di contratto a tutele crescenti presentato da Pietro Ichino, ad esempio, si prevede l'erogazione di un trattamento complementare per un massimo di quattro anni, pari al 90% dell'ultima retribuzione per il primo anno, all'80% per il secondo, al 70% per il terzo e al 60% per il quarto. Questo sistema, ispirato all'esperienza danese, fa sì che anche qualora il soggetto rimanga privo di occupazione per quattro anni, la retribuzione complessiva dovuta sarà pari a tre annualità. Il legislatore italiano è pienamente consapevole di tale stretta correlazione; tant'è che ha deciso di promulgare "in coppia" due decreti attuativi, l'uno sul contratto a tutele crescenti, l'altro sulla nuova Assicurazione Sociale per l'impiego (Naspi), con l'intendimento di far corrispondere alla nuova fattispecie il contrappeso di un miglior sostegno al reddito in caso

⁶⁶ Cfr. A. PERULLI, *Il falso superamento dei cococo nel Jobs Act*, in *NelMerito*, 6 marzo 2015, e le problematiche considerazioni di T. TREU, *Jobs Act: il riordino dei tipi contrattuali*, in corso di pubblicazione in *Ricerche Giuridiche*, 2015.

di disoccupazione⁶⁷. Tuttavia, la lettura del d.lgs. n. 22/2015 lascia aperti molti interrogativi, che dimostrano come i “piccoli passi” del legislatore italiano non solo marcano una distanza siderale con le migliori esperienze del nord-europa, ma, paradossalmente, pongono la questione del reale o solo illusorio ampliamento delle garanzie del prestatore sul mercato del lavoro; al punto che i “piccoli passi” potrebbero rivelarsi, altresì, passi di gambero⁶⁸.

Anzitutto il previsto innalzamento del periodo di copertura della Naspi, da 18 a 24 mesi, non è strutturale, ma opererà solo fino al 2017: dopodiché, per gli eventi di disoccupazione, la copertura massima ritorna ad allinearsi sui 18 mesi, ben al di sotto, quindi, di quanto prevede un efficiente modello di *flexicurity*. In secondo luogo, il decreto n. 22/2015 non realizza affatto l’auspicata, vera universalizzazione delle tutele: basti pensare, da un lato, al fatto che non è prevista l’estensione della Naspi alle pause lavorative predeterminate nei contratti a *part-time* verticale, dall’altro che il decreto delegato disattende completamente i principi di delega, i quali enfatizzavano l’implementazione di una parificazione delle tutele per tutti i prestatori, compresi quelli autonomi economicamente dipendenti. Infatti, viene introdotta per le collaborazioni un’indennità diversa dalla Naspi, denominata *Dis-Coll*, che differisce per requisiti, durata e finanziamento dalla Assicurazione Sociale per l’Impegno ed è prevista solo in via sperimentale per il 2015.

Infine, è la stessa misura del sussidio che appare recessiva, quanto meno sul medio termine. Infatti la Naspi viene ridotta del 3% al mese a partire dal quarto mese, con la conseguenza che una situazione di disoccupazione protratta per 12 mesi vede una decurtazione progressiva del 27% contro una riduzione dell’Aspi fissa al 15%: ciò denota una regressione di quasi il 50% del sussidio, onde non si comprende in cosa consista l’aumento delle tutele del lavoratore sul mercato del lavoro rispetto alla situazione previgente. Complessivamente, ben può dirsi che si tratta di una riforma quantomeno incompleta, che «rischia di svuotare, già nel breve periodo, la stessa coerenza sistematica del disegno riformatore del 2014»⁶⁹. A ciò deve aggiungersi – ma il punto non è certo ultimo quanto ad importanza – l’interrogativo che pesa come un macigno sul terzo tassello del *Jobs Act*, quello che dovrebbe riguardare la riforma dei servizi per l’impiego in una logica di *flexicurity*. L’intreccio tra politiche attive e passive disegnato dalla legge delega lascia alquanto a desiderare. Basti pensare che la prevista creazione di un’Agenzia nazionale per l’occupazione, vero e proprio fulcro di un nuovo sistema in cui si realizza «il collegamento tra misure di sostegno al reddito della persona inoccupata o disoccupata e misure volte al suo inserimento nel tessuto produttivo» (art. 1, co. 4, lett. p) della legge n. 183/2014), si deve realizzare «senza nuovi o maggiori oneri

⁶⁷ Sottolinea giustamente tale aspetto F. NATALINI, in questo volume.

⁶⁸ Gli aspetti problematici di questa incompleta riforma sono stati ben approfonditi in questo volume dai contributi di P. BOZZAO e F. NATALINI.

⁶⁹ Così P. BOZZAO, nel suo contributo al presente volume.

a carico della finanza pubblica» e «con le risorse umane, finanziarie e strumentali già disponibili a legislazione vigente» (art. 1, co. 4, lett. c). Qui il rischio non è tanto di creare un nuovo “carrozone pubblico”, fonte di inefficienze e confusione normativa – come è già stato da più parti sottolineato – quanto di ispirarsi velleitariamente al modello tedesco (ove operano, nell’ambito dell’Agenzia Federale del lavoro, circa 100.000 addetti) senza alcun chiarimento in merito alla dotazione organica che dovrà presumibilmente essere assegnata alla nuova Agenzia nazionale, nonché in ordine ai prevedibili fabbisogni organizzativi e di funzionamento (anche per sedi, strutture, ecc.).

L’assistenza attiva del lavoratore nella ricerca della nuova occupazione dovrebbe essere garantita, infine, dal nuovo contratto di ricollocazione (art. 17 del d.lgs. n. 22/2015). Come è stato correttamente osservato, per comprendere se tale strumento rappresenti davvero un efficiente mezzo di ricollocazione del lavoratore sul mercato, si dovrà attendere un periodo di concreta sperimentazione⁷⁰; solo in tal modo si potrà dire se il cantiere ancora aperto della *flexicurity* all’italiana si sia dotato di un meccanismo capace effettivamente di rimediare alla perdita del posto di lavoro. Certo, l’impegno è quello di offrire una tutela “secondo le migliori tecniche del settore”: un’obbligazione di mezzi, e non di risultato, benché sia proprio quest’ultimo il fine sperato dal legislatore.

In conclusione, il contratto a tutele crescenti ha ben poco a che fare con il modello di *flexicurity* propugnato a livello europeo⁷¹. A dispetto del suo nome, si tratta, molto più semplicemente, di una profonda riforma della disciplina dei licenziamenti illegittimi, sia individuali sia collettivi, che trova applicazione ai rapporti di lavoro stipulati a far data dall’entrata in vigore del decreto n. 23/2015; una fattispecie di contratto a tempo indeterminato dalle tutele fortemente ridotte cui non consegue, sul piano della protezione del lavoratore sul mercato, alcun reale e strutturale avanzamento rispetto al modello previgente per quanto attiene alle politiche passive, ed una “promessa” ancora alquanto vaga ed incerta di modernizzazione dei servizi per l’impiego per quanto attiene alle politiche attive.

6. *Il contratto a tutele crescenti e la nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi. Primi spunti esegetici in tema di indennizzo, fatto materiale, e onere della prova*

La riforma del *Jobs Act* consegna all’interprete del contratto “a tutele crescenti” nuove questioni interpretative, pur in una logica di marginalizzazione della

⁷⁰ F. NATALINI, in questo volume.

⁷¹ Di “molteplici inganni” rispetto agli orientamenti europei in materia di *flexicurity* parla L. MARIUCCI, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in *WP CSDLE-“Massimo D’Antona”.IT*, Collective Volumes, n. 3, 2014.

reintegrazione e di una ulteriore riduzione del protagonismo giudiziale, che tuttavia – già qualcuno osserva – difficilmente potrà attuarsi “più di tanto”⁷².

La legge delega dispone infatti per le nuove assunzioni, da realizzarsi con il “contratto di lavoro a tutele crescenti”, una drastica limitazione del diritto alla reintegrazione, la quale, del tutto esclusa per i licenziamenti economici – ove risulta rimpiazzata da un indennizzo monetario crescente con l’anzianità di servizio –, viene fortemente limitata (se non del tutto marginalizzata) nell’ambito dei licenziamenti per motivi soggettivi. In sintesi, secondo la legge delega, la tutela reintegratoria risulterà operante solo in caso di licenziamento nullo e discriminatorio, nonché per «specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato», quest’ultime da individuare legislativamente (art. 7, lett. c), legge n. 183/2014) e non, come sarebbe stato preferibile, mediante il rinvio alle tipizzazioni della contrattazione collettiva⁷³. L’orientamento, già di per sé restrittivo, è stato ulteriormente irrigidito dal legislatore delegato, il quale, discostandosi *in parte qua* dai criteri di delega, ha infine ridotto la (pluralistica) tipizzazione indicata dalla legge delega ad una sola fattispecie generale, costituita dalla «insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore» (art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015). La discrezionalità valutativa del giudice, ancora molto ampia dopo la Riforma Fornero, si riduce, di conseguenza, sia sotto il profilo della scelta del tipo di tutela (reintegrazione o indennizzo), sia per quanto attiene al *quantum* di monetizzazione del recesso ingiustificato.

Sorge a questo punto una questione di carattere generale, che merita attenta considerazione sistematica anche con riferimento al diritto sovranazionale. Nel nuovo paradigma giuslavoristico la tutela ripristinatoria è sostanzialmente azzerata (salvi i casi collegati essenzialmente alla dimensione discriminatoria o pretestuosa che l’atto unilaterale di recesso dissimula) a favore di una tutela indennitaria predeterminata e crescente in ragione dell’anzianità di importo pari a due mensilità dell’ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità. Questa alternativa rimediata apprestata dal legislatore non è *de plano* riconducibile alla categoria civilistica della tutela per equivalente monetario. Non può certo dirsi *tutela per equivalente* (ove l’equivalente deve riguardare una somma congruente con l’ingiusta perdita del posto di lavoro) l’indennità prevista dall’art. 3, co. 1, al punto che lo stesso Parlamento – nel parere approvato dalla Commissione Lavoro – chiedeva al Governo di provvedere a «incrementare la misura minima e massima delle indennità dovute in caso di licenziamento per giustificato motivo o giusta causa».

I sistemi di diritto del lavoro europei – cui questa riforma intende ispirarsi – offrono sul punto soluzioni assai più garantiste, pur nel quadro di una sostanziale re-

⁷² Cfr. F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, fasc. 1.

⁷³ L’autonomia collettiva già esplica un’importante funzione regolativa predeterminando le ipotesi di inadempimento sanzionabili con provvedimenti conservativi, a fronte dei quali l’irrogazione del licenziamento comporta la reintegrazione.

sidualità dei rimedi ripristinatori. Si prenda, ad esempio, il diritto del lavoro francese: qui vige il principio del ristoro integrale di tutti i danni subiti dal lavoratore in conseguenza del licenziamento illegittimo, che comunque non è inferiore ad un anno di salario⁷⁴. Lo stesso principio informa l'assai liberale Regno Unito, laddove attraverso i rimedi della *common law* azionabili avanti le Corti ordinarie, il lavoratore illegittimamente licenziato può aspirare al *compensatory award*, nella misura in cui il pregiudizio risarcito sia attribuibile al comportamento del datore di lavoro, sulla base di un parametro di "giustizia ed equità"⁷⁵. La questione che si pone, allora, riguarda la stessa adeguatezza del rimedio indennitario previsto dal legislatore italiano rispetto a quanto previsto dall'art. 30 della Carta di Nizza sui Diritti fondamentali dell'Unione Europea, il quale stabilisce «il diritto di ogni lavoratore alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali»; norma, quest'ultima, da leggersi in combinato disposto con l'art. 52 della stessa Carta, ai sensi del quale «eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà». La problematica non riguarda, come è stato correttamente osservato, una possibile collisione del disposto con la normativa europea sotto il profilo della compatibilità dell'indennizzo quale mezzo di reazione apprestato dall'ordinamento interno in caso di licenziamento illegittimo⁷⁶. Il problema è un altro, e attiene alla *misura* dell'indennizzo: sorge in sostanza il fondato dubbio che la limitazione del diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, realizzata dal decreto in esame con la previsione di un'indennità risarcitoria fortemente attenuata, sia tale da non garantire il "contenuto essenziale" di quel diritto. E ciò tanto più considerando che, in virtù della nuova formulazione della norma, viene del tutto escluso il potere discrezionale del giudice in merito alla modulazione dell'indennizzo in ragione del caso concreto, e delle diverse *rationes agendi* del datore di lavoro⁷⁷.

Un secondo profilo critico riguarda la dimensione normativa del "fatto" la cui insussistenza abilita il giudice ad impiegare il rimedio ripristinatorio. Il riferimento al concetto di "fatto materiale", impiegato dal legislatore al fine di chiarire i contorni della discrezionalità giudiziaria nell'apprezzamento del fatto contestato al lavoratore, sembra esaurire definitivamente la *querelle* dottrinale e giurisprudenziale circa l'interpretazione da attribuire al concetto di "fatto" di cui all'art. 18 St. lav., nella formulazione introdotta con la Riforma Fornero⁷⁸ e avvallata dagli *obi-*

⁷⁴ E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, 7^a ed., Dalloz, Paris, 2013, p. 361.

⁷⁵ Cfr. L. RATTI, *I licenziamenti in Gran Bretagna*, in M. PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, Franco Angeli, Milano, 2014, p. 145.

⁷⁶ L. FIORILLO, nel suo contributo in questo volume.

⁷⁷ Cfr. anche M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema di decreto)*, in WP CSDLE- "Massimo D'Antona".IT, n. 236, 2014, p. 13.

⁷⁸ Cfr. la ricostruzione di S. SAMBATTI in questo volume.

ter dicta contenuti nella recente pronuncia della Cass. n. 23669/2014. È vero, infatti, che la prima pronuncia della Suprema Corte sul punto ha affermato che la verifica giudiziaria sulla sussistenza/insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento deve essere svolta “senza margini per valutazioni discrezionali” in relazione all’esistenza o meno del fatto, il quale deve intendersi come “fatto materiale”, con conseguente eliminazione di ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato⁷⁹. Ma non è affatto detto che l’interpretazione fornita in questo *obiter dictum* sia destinata a chiudere un conflitto interpretativo molto acceso sia in dottrina sia nell’ambito della magistratura di merito; non a caso, proprio su questa sentenza si è già riaperta una *querelle* tra quanti, a tutela dell’interesse dell’impresa, sono pronti «a sottolineare che la Cassazione aveva avvalorato una lettura restrittiva della tutela reintegratoria, e quelli *pro-labour* impegnati a ridimensionarne la portata»⁸⁰. Resta comunque, al fondo di quella pronuncia, l’impressione che la fattispecie fosse fortemente condizionata dalla circostanza per cui il “fatto” di cui si discuteva era già identificato come “materiale” (l’incarico dato dal direttore ai sottoposti di svolgere determinate attività), onde «una volta ravvisato insussistente tale fatto, le divisioni interpretative a monte perdono rilevanza», posto che il dibattito dottrinale riguarda la riconducibilità all’insussistenza del fatto dell’insussistenza della sola componente soggettiva (nella sussistenza di quella materiale), ma non anche la «doverosa applicazione della formula legislativa al caso in cui il fatto materiale non sia stato in assoluto commesso o comunque non sia stato commesso dal lavoratore che ne era stato accusato»⁸¹.

In realtà, l’asserita «vittoria del fatto materiale»⁸² nella formulazione dell’art. 3, co. 2, potrebbe trasformarsi in una mezza “vittoria di Pirro”. Vale anzitutto rilevare come la nozione di “fatto materiale” impiegata dal legislatore delegato sia – per usare un eufemismo – del tutto *atecnica*⁸³, in quanto il fatto di cui trattasi, lungi dall’essere solo “materiale” è inevitabilmente connotato giuridicamente: non tanto perché è produttivo di effetti giuridici, quanto perché *produce effetti* in quanto è *giuridico*. Nonostante le opinioni contrarie, rimango infatti dell’idea che la corretta impostazione del problema, sotto il profilo di teoria generale, porta a concludere che il diritto non conosce il significato del fatto «se non per quel tanto di significato che è riconducibile alla norma valutante»⁸⁴, che nel nostro caso è rappresentata dall’art. 3 della legge n. 604/1966, alla luce della quale ogni “fatto” deve

⁷⁹ Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Giur. it.*, dicembre 2014, con nota di L. FIORILLO.

⁸⁰ Così R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione sul nuovo (eppur già vecchio) art. 18*, in corso di pubblicazione in *Riv. it. dir. lav.*

⁸¹ R. DEL PUNTA, *Il primo intervento della Cassazione*, cit.

⁸² Così S. SAMBATI in questo volume.

⁸³ In tal senso anche T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida lav.*, n. 3, 2015, p. 13.

⁸⁴ Cfr. N. IRTI, *Rilevanza giuridica*, in *ID.*, *Norme e fatti*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 53.

essere valutato ai fini della sua qualificazione in termini di giusta causa o giustificato motivo di recesso⁸⁵.

A parte ciò, e pur ammettendo che il legislatore del 2015 abbia, con quel concetto *atecnico*, voluto sottolineare la propria volontà di isolare la componente materiale del fatto, per imputare ad esso l'effetto giuridico, vale rilevare come la norma, riferendosi al fatto nella sua dimensione puramente fenomenologica ed obiettiva, aggiunge immediatamente dopo l'aggettivo "*contestato*", il quale inevitabilmente colora il fatto stesso di componenti e corredi ambientali: rinvia, cioè, ad un concetto di "fatto" comprensivo anche dell'imputabilità⁸⁶ e dell'elemento psicologico-soggettivo, che non può essere espunto dalla nozione di "fatto" pena il venir meno della necessaria qualificazione del fatto come "inadempimento" colpevole, ai sensi dell'art. 3, legge n. 604/1966. Di conseguenza, nonostante la pretesa semantica del legislatore di impiegare nel testo la dizione "fatto materiale", l'interprete non può che rilevare come il fatto posto a fondamento del licenziamento dev'essere inteso in senso giuridico, cioè come inadempimento contrattuale e, dunque, come mancato o inesatto adempimento imputabile al lavoratore, e quindi – innegabilmente – come "fatto giuridico". Ciò a maggior ragione considerando che il co. 2 dell'art. 3 del decreto legislativo ha ad oggetto esclusivamente i licenziamenti per giustificato motivo soggettivo e per giusta causa, dunque i licenziamenti "ontologicamente" disciplinari, e non anche i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, i quali, fra le varie causali che possono essere poste a fondamento di un provvedimento espulsivo, rappresentano le ipotesi le quali, astrattamente, si prestano maggiormente ad una valutazione meramente fenomenologica/materiale del fatto. Vale insomma ribadire, anche alla luce della nuova formulazione del disposto, che il giudice, nell'ambito della sua essenziale funzione di applicazione della legge, dovrà necessariamente operare un processo di qualificazione del fatto, il che implica un giudizio storico, interpretativo, classificatorio, alla luce dell'immutato art. 3 della legge n. 604/1966.

Resta inteso, ovviamente, che in questa valutazione del fatto non potrà più essere svolta una valutazione di proporzionalità *ex art. 2106 c.c.* Se ne deve dedurre, *prima facie*, che «qualunque tipo di comportamento rilevante sotto il profilo disciplinare e imputato al lavoratore può essere causa del suo licenziamento che, ove si accerti sia inidoneo a configurarne gli estremi, non potrà dare ingresso alla tutela reale», ma solo alla tutela indennitaria⁸⁷. In tal modo, l'inadempimento di lieve o lievissima

⁸⁵ Ho sviluppato diffusamente questo punto in A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, p. 785 ss.

⁸⁶ Cfr. da ultimo l'ordinanza del Trib. Brescia 16 gennaio 2015, in cui il GL Laura Corazza osserva: «Ed allora, il comportamento sanzionato non può costituire giusta causa di recesso perché non commesso dal ricorrente con coscienza e volontà. Manca, in altri termini, il fatto contestato, inteso come fatto "imputabile" al lavoratore»; in dottrina, nel senso del testo, M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, cit.

⁸⁷ L. FIORILLO, in questo volume.

entità (si pensi ad un ritardo di pochi minuti) può essere sempre causa di licenziamento senza tutela reale, ma solo indennitaria, in quanto, quel comportamento consiste in un fatto materialmente sussistente (il ritardo, non importa di quale entità).

Appare evidente come tale soluzione legislativa si connoti per un elevato tasso di irrazionalità, nella misura in cui equipara, *quoad effectum*, e senza alcuna possibilità di graduazione dei rimedi, un provvedimento espulsivo per un fatto di effimero valore (il ritardo di pochi minuti) ed un licenziamento che, pur non integrando gli estremi della giusta causa, è invece portatore di un diverso (e ben più grave) disvalore (un'assenza ingiustificata di tre giorni), tant'è che viene sanzionato, con provvedimento conservativo, dal codice disciplinare aziendale⁸⁸. In entrambi i casi scatterà la medesima sanzione, quella indennitaria, peraltro senza possibilità di modulazione in considerazione della singola fattispecie concreta. Se un prestatore viene licenziato per grave insubordinazione, mentre in realtà si tratta di futili motivi, ciò non basterà a fargli guadagnare la tutela ripristinatoria/reintegratoria nella misura in cui quel fatto *contestato*, materialmente, sussiste. Per reagire all'irrazionalità di tale impianto sanzionatorio sono possibili due rimedi interpretativi. Il primo si muove nell'ambito della *ratio* legislativa che esclude tassativamente la reintegrazione a fronte della non insussistenza del fatto materiale contestato; si tratta della apprezzabile soluzione proposta da Luigi Fiorillo in questo volume, consistente nell'applicare, a fronte di un licenziamento irrogato per un comportamento contestato per il quale il codice disciplinare preveda una sanzione conservativa, il risarcimento del danno *ex art.* 1218 c.c. ss. per violazione, da parte del datore, dell'obbligo di osservare le disposizioni del contratto collettivo. A parte l'esperibilità di questo rimedio civilistico generale – la cui praticabilità potrebbe scontrarsi con l'eccezione, sollevabile dal datore, dell'avvenuto assorbimento di ogni tutela in caso di licenziamento illegittimo con la sanzione prevista dalla legge –, una seconda e più radicale prospettiva potrebbe delinearsi, ma solo con riferimento al licenziamento comminato per futili motivi, laddove, in astratto, il fatto contestato sia rilevante perché connesso ad un comportamento materialmente sussistente e disciplinarmente rilevante. In tal caso, pur essendo negata al giudice una valutazione di proporzionalità *ex art.* 2106 c.c., si potrebbe sostenere che l'entità assai trascurabile del comportamento materiale posto in essere (nell'esempio fatto, il ritardo di pochi minuti) ne fa venir meno la stessa rilevanza disciplinare (e la sua "contestabilità", secondo quando dispone l'art. 3, co. 2), di tal che potrà dirsi che nel caso di specie è stata provata direttamente in giudizio l'inesistenza del fatto materiale *contestato* (cioè rilevante disciplinarmente); ovvero che, pur essendo presente nella realtà il fatto materiale, il licenziamento appare comunque *pretestuoso*, con applicazione della tutela reintegratoria⁸⁹.

⁸⁸ Esprime un "forte dubbio di razionalità" della norma M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, cit.

⁸⁹ Cfr. L. PERINA, S. VISONÀ, i quali, con riferimento all'art. 18 nella versione novellata dalla legge n. 92/2012, scrivevano che «laddove invece il fatto non abbia rilevanza disciplinare (licenziamento

Un terzo profilo di interesse tipicamente esegetico riguarda l'utilizzo dell'avverbio "direttamente" contenuto nell'art. 3, co. 2 del decreto legislativo, ove si ammette la possibilità della reintegra nel posto di lavoro in caso di dimostrazione in giudizio da parte del lavoratore dell'effettiva insussistenza del fatto materiale contestato nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o giusta causa.

Tale espressione si presta ad una duplice lettura, comunque non soddisfacente. Secondo una prima prospettazione, fondata su un'interpretazione strettamente letterale, l'avverbio potrebbe essere inteso nel senso che il lavoratore è chiamato a fornire la dimostrazione dell'insussistenza del fatto contestato *direttamente* nel giudizio d'impugnativa del licenziamento. Ma in tal senso l'aggiunta dell'avverbio verrebbe destituita di significato ed utilità in quanto non si vede in quale altra sede, se non in quella giurisdizionale, il lavoratore che asserisca di esser stato illegittimamente licenziamento possa dimostrare l'invalidità del provvedimento espulsivo⁹⁰.

Seguendo una diversa prospettiva esegetica si potrebbe invece ravvisare nell'impiego dell'avverbio "direttamente" una linea di continuità con l'aggettivo "manifestata" che accompagna l'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo nella formulazione dell'art. 18, co. 7, St. lav. di cui alla Riforma Fornero. Ciò in quanto, in entrambi i casi il legislatore abbia inteso sanzionare con la reintegra le ipotesi in cui il licenziamento risulti *ictu oculi* ingiustificato ovvero, secondo alcuni dei commentatori della legge n. 92/2012, illegittimo unicamente anche solo dagli atti dimessi in giudizio, senza necessità di alcuna istruttoria.

Se l'uso di quell'aggettivo aveva generato un acceso dibattito dottrinale circa il significato da attribuirgli e la valenza eventualmente diversificatoria rispetto alla semplice "insussistenza del fatto" di cui all'art. 18, co. 4, con riguardo al licenziamento disciplinare, l'attuale formulazione del decreto delegato potrebbe essere foriera di altrettante discussioni semantiche. Al punto che sembrano esserci tutte le premesse per poter replicare, anche in merito a tale nuova riforma del mercato del lavoro, le osservazioni critiche mosse con riguardo alla legge n. 92/2012: talune che stigmatizzavano l'aggettivo "manifestata" come un "infortunio linguistico" in cui legislatore è incappato⁹¹, altre che esortavano invece un necessario ridimensionamento del valore semantico dell'espressione, per "evidente impossibilità" di attribuirvi un significato⁹².

per pochi minuti di ritardo) di tal che possa ritenersi pretestuoso, si applica il comma 4 – e sempre che non sia configurabile il motivo illecito ex art. 18 comma 1».

⁹⁰ Opta per il "non significato" della locuzione "direttamente" C. PISANI, *Il nuovo regime di tutela per il licenziamento ingiustificato*, in AA.VV., *Jobs Act e Licenziamenti*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 36.

⁹¹ Cfr. F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in *Lav. giur.*, 2012, il quale ha sottolineato come il predetto termine riguardi unicamente la percezione dei fatti e non la loro sostanza ed esistenza.

⁹² V. SPEZIALE, *Giusta causa*, cit.

Infine, la formulazione della norma potrebbe essere interpretata in relazione al riparto dell'onere probatorio, e al principio di cui all'art. 5, legge n. 604/1966, secondo cui spetta al datore di lavoro dimostrare la sussistenza dei requisiti di legittimità del licenziamento. Stando al tenore letterale, infatti, sembrerebbe che la concessione della reintegrazione venga subordinata alla dimostrazione da parte del lavoratore dell'insussistenza del fatto a lui contestato, non potendosi ritenere che tale onere probatorio ricada sul datore di lavoro, essendo quest'ultimo portatore di un interesse giuridico opposto. Seguendo tale impostazione il lavoratore dovrebbe offrire *direttamente* la prova negativa dell'insussistenza del fatto, e cioè in via diretta, escludendosi il ricorso alla prova indiretta di carattere presuntivo di cui all'art. 2727 c.c. Aderendo a tale prospettazione la reintegrazione verrebbe ancor di più emarginata, nel solco dell'intento legislativo di ridurre l'impiego della sanzione reale e di promuovere quella meramente indennitaria.

Una scelta interpretativa di tal fatta contribuisce a delineare un quadro normativo sempre più gravoso per il lavoratore, il quale, oltre a vedersi ridotte sensibilmente le tutele sia sostanziali che processuali in ipotesi di licenziamento illegittimo, risulta onerato di ulteriori incombenzi probatori.

Stando così le cose, ai fini dell'applicazione della reintegrazione, infatti, non sarebbe più sufficiente la carenza delle allegazioni probatorie datoriali in merito alla sussistenza del fatto posto alla base del licenziamento, bensì verrebbe richiesta al lavoratore la prova negativa dell'insussistenza dello stesso. Con la conseguenza che, se fino ad ora in ipotesi di insufficienti prove datoriali, veniva *de plano* concessa la reintegra, oggi, invece, il lavoratore non avrebbe diritto ad essere riammesso sul posto di lavoro, qualora non abbia fornito la prova della insussistenza del fatto, anche nel caso in cui il datore non abbia palesemente adempiuto agli oneri probatori di cui all'art. 5, legge n. 604/1966.

Il legislatore ha perso nuovamente l'occasione di far chiarezza su un aspetto che aveva già fatto discutere all'entrata in vigore della Riforma Fornero. Già all'epoca, infatti, ci si era chiesti, stante il silenzio normativo, se il lavoratore potesse limitarsi a chiedere l'accertamento del difetto di giustificazione o dovesse altresì allegare e provare i relativi fatti. Preferibile, perché maggiormente aderente al tessuto normativo, era stata la soluzione dottrinale che onerava il lavoratore solo della formulazione della domanda di accertamento dell'ingiustificatezza e del carattere sanzionatorio del recesso, senza gravarlo ulteriormente della relativa prova, in quanto l'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo erano e sono tuttora espressamente oggetto dell'onere probatorio del datore di lavoro ai sensi dell'art. 5, legge n. 604/1966, e non del lavoratore⁹³. Il decreto delegato, invece, sembra voler-

⁹³ In tal senso cfr. V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I; ID., *Giusta causa*, cit.; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012; A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013.

si distaccare dal disposto normativo e dall'orientamento sino ad ora pressoché unanime e tale aspetto del *Jobs Act* apre una questione in rapporto al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. A titolo esemplificativo, due lavoratori, l'uno assunto prima dell'entrata in vigore del decreto, l'altro assunto successivamente, qualora venissero entrambi licenziati per il medesimo illecito disciplinare, sarebbero potenzialmente destinatari di due distinti regimi probatori e, di conseguenza, sanzionatori. Con riguardo al lavoratore precedentemente assunto, il difetto di allegazione probatoria datoriale circa la dimostrazione della sussistenza dell'illecito disciplinare sarebbe di per sé sufficiente per fa scattare il regime reintegratorio. Diversamente, con riferimento al lavoratore assunto successivamente all'entrata in vigore del decreto, in ipotesi del medesimo difetto di allegazione probatoria datoriale, qualora il ricorrente non fosse in grado di dimostrare l'insussistenza dell'illecito disciplinare, peraltro nella sua componente meramente materiale e non altresì giuridica (eventualmente adducendo che si tratta di un adempimento a lui non imputabile), sarebbe destinatario di una tutela meramente indennitaria.

Dunque, riepilogando, due diversi lavoratori contestualmente licenziati per il medesimo addebito disciplinare, senza che però il datore sia in grado di dimostrare in giudizio la sussistenza del fatto contestato, sarebbero soggetti a due diversi regimi sulla base del momento della loro assunzione, utilizzato come unico criterio spartiacque: il lavoratore assunto prima, infatti, godrà pur sempre della reintegra, a prescindere da quanto da lui allegato al ricorso; il lavoratore neo assunto fruirà della reintegra solo nel caso in cui dimostri “*direttamente*” l'insussistenza del fatto, diversamente beneficerà della tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3, co. 1. Si tratta di un'evidente ed immotivata disparità di trattamento, non radicata su effettive ragioni di minor o maggior meritevolezza di tutela.

In conclusione, ed al fine di evitare profili di incostituzionalità della norma, risulta preferibile optare per un'interpretazione in linea con quanto dispone l'art. 5, legge n. 604/1966, e ritenere che il datore di lavoro debba provare, nell'ambito degli estremi giustificativi del recesso, anzitutto la sussistenza del fatto contestato, mentre, laddove tale onere probatorio risulti disatteso, scatti la reintegrazione, essendo stata provata (in mancanza di prova contraria) l'insussistenza del fatto.

7. Segue. Il licenziamento discriminatorio, nullo e la questione della “pretestuosità”

L'impianto rimediabile delineato dal d.lgs. n. 23/2015 condurrà, inevitabilmente, ad un nuovo regime regolativo nella tutela in caso di licenziamento illegittimo. Si tratta, come abbiamo argomentato (*retro*), del più evidente segnale di cambio di paradigma nel diritto del lavoro italiano, con effetti a lungo termine impreveduti ed imprevedibili. Tuttavia, e senza sposare in questa sede opzioni interpretative volte a negare l'incontestabile – benché discutibile – dato legislativo, la normativa apprestata potrebbe non raggiungere pienamente lo scopo, in ragione della perduran-

te funzione di controllo giudiziario in punto di giustificato motivo e di giusta causa del licenziamento, che il legislatore non ha affatto soppresso (rendendola rilevante non ai fini della scelta tra rimedi, ma pur sempre ai fini della qualificazione del comportamento datoriale). Come dire che il cambiamento di paradigma potrebbe non essersi realizzato completamente, almeno sotto questo particolare profilo, lasciando spazio al risorgere di pertugi interpretativi volti a mantenere, per quanto possibile, aperta la possibilità di applicare la tutela reale, sia pur nel quadro di una sua drastica riduzione.

Anzitutto, si tratterà di saggiare, nel diritto vivente, la possibile tendenza espansiva dell'area del licenziamento discriminatorio. Storicamente, infatti, il licenziamento per motivi discriminatori ha fatto rarissimi ingressi nelle aule di giustizia; ma tale difficoltà di accesso non escludeva, ed anzi consentiva comunque, la massima sanzione in caso di licenziamento illegittimo, grazie all'originaria funzione dell'art. 18 St. lav., la quale rendeva in qualche modo inutile la ricerca in positivo del "reale" motivo del recesso bastando al lavoratore l'accertamento in negativo della generica insussistenza dei giusti motivi dell'atto. Oggi, con il superamento della tutela reintegratoria nei casi di "ordinaria" ingiustificatezza del recesso, la sanzione ripristinatoria potrebbe essere parzialmente recuperata nell'ambito di una più attenta considerazione (in positivo) dei motivi discriminatori dell'agire datoriale; e ciò non tanto perché si debba ritenere discriminatorio ogni licenziamento ingiustificato⁹⁴, quanto in ragione della tendenza alla valorizzazione legislativa del comportamento discriminatorio nella sua valenza oggettiva e non psicologico-soggettiva, nonché al riconoscimento di un regime probatorio agevolato nel caso rilevi un rischio tutelato dalla legislazione antidiscriminatoria⁹⁵. Si tratterà, inoltre, di valutare la progressiva estensione del concetto di discriminazione a fattispecie non "tipizzate" dall'art. 15 St. lav., stante il principio di atipicità delle situazioni discriminatorie relative a fattispecie di gestione del personale e la valenza solo esemplificativa dell'indicazione dei motivi discriminatori di cui all'art. 15, a fronte del preminente rilievo di garantire in ogni direzione il bene alla pari dignità sociale⁹⁶.

In secondo luogo si tratta di definire l'ambito di applicazione della disciplina della nullità, nelle sue possibili diverse articolazioni e qualificazioni (nullità "espressamente" prevista dalla legge, nullità di diritto comune). La norma di cui all'art. 2, co. 1, d.lgs. 23 sembra discostarsi dall'art. 18, co. 1, nella formulazione rivisitata dalla legge Fornero, in quanto si riferisce unicamente ai casi di nullità

⁹⁴ Secondo la tesi, rimasta minoritaria, di M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity all'italiana a confronto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 527 ss.

⁹⁵ Cfr. il saggio di V. BRINO in questo volume.

⁹⁶ Mi riferisco all'insegnamento di G. GHEZZI, *sub art. 15*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979 e di L. MONTUSCHI, *sub artt. 15 e 16*, *ivi*, p. 45 ss.; per una ragionata rassegna della giurisprudenza sul punto, chiaramente improntata ad un allargamento del catalogo delle discriminazioni vietate, cfr. A. AMOROSO, V. DI CERBO, A. MARESCA, *Diritto del lavoro*, vol. II, 4ª ed., Giuffrè, Milano, 2014, p. 643.

“espressamente previsti dalla legge”, mentre l’art. 18, co. 1, con formula assai più articolata, indica (in modo non esaustivo) alcune ipotesi di licenziamento nullo, prevede una clausola di chiusura che richiama tutti gli altri casi di nullità previsti dall’ordinamento, ed infine contempla espressamente il motivo illecito determinante di cui all’art. 1345 c.c.

Secondo una prima opzione ermeneutica si potrebbe ritenere, sulla base di una enfaticizzazione del significato dell’avverbio “espressamente” contenuto nella nuova norma, nonché della prevalenza della disciplina speciale su quella generale, che il campo di applicazione della nullità sia stato sensibilmente ristretto, deducendone altresì l’inutilizzabilità degli ordinari rimedi civilistici oltre i casi tassativamente indicati dalla legge di licenziamento nullo (i casi “espressamente” previsti dalla legge). In tal prospettiva si è scritto che il richiamo dell’art. 1418 c.c. all’art. 1345 c.c. «è generico, cioè stabilisce una equiparazione “di categoria” fra causa e motivo illecito, ai fini della nullità», laddove invece «le ipotesi rilevanti per la nullità del licenziamento alla stregua del decreto devono essere specificamente previste nella loro identità»⁹⁷. Tale interpretazione letterale, che rigorosamente restringe il campo di applicazione della nullità e, conseguentemente, il rimedio reintegratorio previsto dall’art. 2, co. 1, deve tuttavia essere attentamente vagliata, e contemperata con esigenze di interpretazione sistematica, la cui obliterazione potrebbe condurre a risultati aberranti. In particolare, la cennata prospettiva interpretativa non tiene conto dei differenti “campi di applicazione” della disciplina applicabile al “licenziamento illegittimo” nel contratto a tutele crescenti (art. 1, co. 1), giungendo, indebitamente, ad estendere il campo di applicazione relativo al rimedio indennitario – che attiene ai «casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa»: art. 3, co. 1 – ai casi di licenziamento nullo non “espressamente” previsti dalla legge (secondo quanto dispone l’art. 2, co. 1). Si tratta, con riferimento a tali casi, di fattispecie in cui la nullità, pur non “espressamente” prevista dalla legge con specifico riferimento alla materia del licenziamento, deriva dall’applicazione dei principi generali del diritto civile, ovvero dalle norme di cui agli artt. 1418 c.c., 1343 c.c. e 1345 c.c.; si tratta, altresì, di fattispecie non riconducibili alla mancanza di giustificazione del licenziamento ai sensi dell’art. 3, co. 2, in quanto le situazioni inquadrabili in siffatte norme civilistiche si connotano per una *diversa categoria di disvalore giuridico*, di volta in volta consistente nella contrarietà a norme imperative (art. 1418 c.c.), nell’illiceità della causa (art. 1343 c.c.), nell’illiceità del motivo (art. 1345 c.c.) e, infine, nella fronde alla legge (quando l’atto «costituisce il mezzo per eludere l’applicazione di una norma imperativa»: art. 1344 c.c.). È del tutto evidente che queste norme civilistiche non possono essere invocate, ai fini di un surrettizio recupero della tutela reale, a fronte di un licenziamento rispetto al quale risulta accertato che non ricorrono gli estremi

⁹⁷ T. TREU, *Jobs Act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, cit., p. 14; L. FIORILLO, in questo volume.

della giusta causa o del giustificato motivo, giacché tali fattispecie di licenziamento ingiustificato sono espressamente regolate dal campo di applicazione dell'art. 3, co. 1, onde «non si può invocare la frode alla legge o la illiceità della causa in quanto quell'atto non elude alcuna finalità sostanziale della legge stessa»⁹⁸. Il problema è un altro: *Quid* delle situazioni in cui, a prescindere dall'accertamento dell'assenza di giusta causa o giustificato motivo, l'atto di recesso integra di estremi della nullità civilistica? Alcuni esempi chiariranno la questione. Si prenda un licenziamento intimato per causa di trasferimento d'azienda in violazione dell'art. 2112 c.c.: quest'ultimo non prevede «espressamente» la nullità del licenziamento, ma è evidente, pena il ridurre il disposto ad una norma «imperfetta» e quindi del tutto inutile, che la sua violazione determina la nullità del recesso per contrarietà a norma imperativa (art. 1418 c.c.), essendo prevista per legge l'inconfigurabilità quale motivo di licenziamento del mutamento soggettivo della parte datoriale⁹⁹. In tal caso non si discute di un licenziamento per il quale «risulta accertato che non ricorrono gli estremi» della giusta causa o del giustificato motivo ma di un'autonoma fattispecie di licenziamento vietato dalla legge, pur senza previsione di un'espressa sanzione di nullità; onde sarebbe del tutto errato, sotto il profilo sistematico, applicare a tale fattispecie il campo di applicazione dell'art. 3, co. 1. Lo stesso dicasi con riferimento alla nullità sancita dall'art. 1344 c.c. (frode alla legge): sposando la tesi dell'assorbimento di ogni ipotesi di nullità del recesso non «espressamente» prevista dalla legge nell'alveo della tutela indennitaria, si giungerebbe alla conclusione per cui il licenziamento del lavoratore in prova posto in essere al solo fine di eludere la normativa in materia di assunzioni obbligatorie – fattispecie attualmente qualificato dalla giurisprudenza come licenziamento in frode alla legge¹⁰⁰ – rimarrebbe sanzionato con una semplice indennità, come previsto dall'art. 3, co. 1, d.lgs. n. 23, e non con la reintegrazione; il che appare incongruo, posto che, anche in tal caso, il campo di applicazione dell'art. 3, co. 1, non rileva, trattandosi di un'ipotesi di nullità civilistica e non di mancanza degli «estremi» del licenziamento (giustificato motivo o per giusta causa). Ancora: si consideri il caso del lavoratore licenziato prima di un trasferimento d'azienda a cui sia seguita la sua immediata riassunzione da parte del cessionario, con conseguente aggiramento sia della regola della responsabilità solidale, sia del diritto del dipendente alla conservazione del medesimo trattamento economico. Anche in tal caso sarebbe del tutto errato pretendere di escludere l'invocabilità del rimedio civilistico della nullità per frode alla legge (art. 1344 c.c.), e di applicare invece l'art. 3, co. 1, per il

⁹⁸ Così, correttamente, L. FIORILLO, in questo volume.

⁹⁹ Cass. 28 febbraio 2012, n. 3041, secondo la quale «in un fatto come quello odierno, vale a dire di licenziamento basatosi unicamente sul fatto del trasferimento, deve riconoscersi la nullità del recesso per violazione della norma imperativa contenuta nell'art. 2112 c.c. comma 4; tale nullità comporta la prosecuzione del rapporto nei confronti del cessionario»; nello stesso senso già Cass. 6 marzo 1998, n. 2521; Trib. Firenze 29 novembre 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2002, p. 390. In dottrina cfr. M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, 3ª ed., Cedam, Padova, 2006.

¹⁰⁰ Cass. 27 ottobre 2010, in *Guida al diritto*, 2010, pp. 49-50.

semplice ma decisivo motivo che il comportamento datoriale qui non rileva sotto il profilo della presenza degli “estremi” del licenziamento (giusta causa o giustificato motivo) ma sotto un diverso profilo di invalidità, cui consegue una diversa tecnica di tutela. Passando alla categoria del “motivo illecito” (art. 1345 c.c.), si pensi al caso di un licenziamento intimato a causa della domanda o della fruizione dei congedi parentali o familiari, ipotesi comunemente riconducibile al motivo illecito determinante. Sarebbe incongruo, in un caso di tal fatta, ritenere applicabile la tutela indennitaria dell’art. 3, co. 1, riconoscendo al licenziamento piena operatività quanto ad effetti: il recesso è invece radicalmente nullo perché il disvalore dell’atto attiene non già alla mancanza di una giustificazione secondo i parametri della giusta causa o del giustificato motivo (ove opera il campo di applicazione dell’art. 3, co. 1), bensì ai motivi e agli interessi datoriali per cui l’atto è stato compiuto.

In tutti questi casi, quindi, non si può certo sostenere l’assorbimento nella disciplina di cui all’art. 3, co. 1, che riguarda l’inesistenza degli estremi legittimi di licenziamento, ma non le ipotesi in cui il motivo o la causa dell’atto sono viziati da nullità civilistica; onde troverà applicazione la c.d. tutela reale di diritto comune, il cui campo di applicazione, confluito nell’art. 18, co. 1 (così come novellato dalla legge n. 92/2012)¹⁰¹, rivive oggi al di fuori dei casi di nullità “espressamente” previsti dalla legge (art. 3, co. 1).

In sostanza, non è affatto detto che la nuova formulazione sia più restrittiva e

¹⁰¹ Con la Riforma Fornero sono pressoché scomparse le ipotesi sino a tal momento assoggettate alla c.d. tutela reale di diritto comune, ovvero quel regime di tutela che trovava applicazione, a prescindere dai requisiti dimensionali dell’azienda, nei casi di nullità, *rectius* inefficacia, del licenziamento, con conseguente diritto del lavoratore alla ricostituzione dello *status quo ante* il recesso datoriale. Tale regime di tutela permetteva dunque di porre nel nulla il licenziamento, *tamquam non esset*, e ricostituire il rapporto di lavoro senza soluzione di continuità, con conseguente diritto del lavoratore illegittimamente licenziato alla corresponsione delle retribuzioni *medio tempore* maturate. In tal maniera l’ordinamento giuridico apprestava la una tutela sostanzialmente reintegratoria anche nei confronti di quei dipendenti che, per difetto dei requisiti dimensionali del proprio datore, in ipotesi di nullità del licenziamento avrebbero potuto godere della tutela meramente indennitaria di cui all’art. 8, legge n. 604/1966. Si è così creato un diverso regime di tutela, nella sostanza di carattere reale ma distinto da quello di cui all’art. 18 St. lav. e definito “di diritto comune” perché assoggettato alle generali norme civilistiche in tema di nullità ed inefficacia. A titolo esemplificativo venivano ricondotte entro l’alveo di tale regime sanzionatorio le ipotesi di licenziamento nullo: per motivo illecito, in frode alla legge, intimato a causa di matrimonio, intimato nel periodo di interdizione per maternità, inefficace per difetto di forma, inefficace per omessa comunicazione dei motivi. Con la riscrittura dell’art. 18 St. lav., avvenuta ad opera della legge n. 92/2012, tutte le ipotesi precedentemente assoggettate nel cono d’ombra della suddetta tutela reale di diritto comune, sono state ricondotte nella previsione dell’art. 18, co. 1, St. lav. in forza della clausola che dispone l’applicazione della tutela reale piena, oltre che nelle ipotesi tipizzate dalla norma, anche negli “*altri casi di nullità previsti dalla legge*”.

Da tale circostanza è conseguita la sostanziale scomparsa della tutela reale di diritto comune, in ragione del fatto che tutte le suindicate ipotesi sono state ricondotte nell’art. 18, co. 1, St. lav., ad eccezione del difetto di motivazione che è sanzionato solo con la tutela indennitaria (art. 18, co. 6, St. lav.). Cfr. in tal senso A. VALLEBONA, *Breviario di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 362 ss. secondo il quale le ipotesi di motivo illecito, frode alla legge nonché altre fattispecie di nullità del recesso vengono ricondotte al co. 1 dell’art. 18 St. lav.

che non consenta l'impiego delle categorie civilistiche generali¹⁰². Invero, affermare il carattere di "unicità" del rimedio della reintegrazione e dedurne l'irrelevanza "di altri principi generali utilizzabili allo stesso fine" contiene un evidente salto logico: un conto è affermare la generalità del rimedio indennitario (che è indiscutibile), altra cosa è estendere quel rimedio (che riguarda unicamente i casi di ingiustificatezza, cioè mancanza di giusta causa o giustificato motivo *ex art. 3, legge n. 604/1966*) a fattispecie che nulla hanno a che vedere con la mancanza di giustificazione, riguardando invece ipotesi di nullità non "espressamente" previste dalla legge, ma comunque ricavabili dai principi generali dell'ordinamento. L'errore di impostazione di questa visione è palese: si confonde il rimedio che disciplina la mancanza di giustificazione (indennità) con il rimedio civilistico (nullità) che si applica quando il recesso è riconducibile ad un uso distorto del potere, volto cioè a violare una norma imperativa, ovvero a eludere una disposizione inderogabile di legge. Questa prospettiva potrebbe aprire qualche breccia perfino nella apparente impossibilità di applicare la tutela reintegratoria in caso di licenziamento comminato per giustificato motivo oggettivo, benché del tutto inesistente¹⁰³. Ancora una volta non dobbiamo trascurare che la riforma ha ribadito il principio per cui licenziamento rimane nella sua struttura logico-giuridica un atto causale, necessariamente sorretto da un giustificato motivo oggettivo (art. 3, legge n. 604/1966), onde la magistratura continuerà la propria attività di controllo circa la sussistenza di valide ragioni economiche ed organizzative, in mancanza delle quali il recesso potrebbe dissimulare un motivo pretestuoso o fraudolento, che merita la riqualificazione del vizio e della relativa sanzione. Come dire che il controllo dei motivi del licenziamento potrebbe continuare a veicolare l'opzione reintegratoria almeno in quei casi in cui il giudice accerti, su domanda del lavoratore, la natura "occulta" del recesso¹⁰⁴, ovvero se il licenziamento assume le caratteristiche della "pretestuosità", espressione sintetica volta a designare «che vi è stato da parte datoriale un uso distorto del potere di licenziamento, ossia un grave abuso del potere di licenziare, ossia una sorta di abuso del diritto»¹⁰⁵. Il giudice, in sostanza potrebbe valorizzare la distinzione tra un comune vizio di illegittimità del recesso (difetto di motivazione, insussistenza del giustificato motivo) e il vizio consistente nell'aver

¹⁰² Per un'ampia trattazione del tema cfr. V. BRINO in questo volume.

¹⁰³ Cfr. L. FIORILLO, in questo volume.

¹⁰⁴ In termini, seppure con riferimento alla disciplina dell'art. 18 nella versione novellata dalla legge n. 92/2012, C. CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi della tutela reale*, in F. CARINCI, M. MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 32; V. SPEZIALE, *Giusta causa*, cit., p. 24.

¹⁰⁵ Cfr. L. PERINA, S. VISONÀ, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Il nuovo diritto del lavoro. La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, Giappichelli, Torino, 2014, p. 226; l'argomento degli Autori è stato svolto con riferimento alla disciplina introdotta con la legge n. 92/2012, ma il nucleo concettuale del ragionamento rimane valido anche con riferimento alla disciplina introdotta con il d.lgs. n. 22/2015.

in mala fede esternato un *motivo pretestuoso*, anche indipendentemente dalla fattispecie di frode alla legge o di motivo illecito determinante. Tale possibilità, già prevista dall'art. 18, co. 7, St. lav., non può certo essere esclusa dalla riforma del *Jobs Act*, che, pur negando in caso di mancanza di giustificato motivo il rimedio della reintegrazione, non elimina, di converso, la possibilità della diversa qualificazione giudiziale dell'atto di recesso; in tal caso, in base alle regole generali sull'onere della prova (art. 2697 c.c.) spetterà al lavoratore dimostrare che l'atto datoriale è fondato su motivi diversi e pretestuosi, ad esempio *lato sensu* disciplinari (benché occultati).

8. I licenziamenti collettivi. Problemi di ordine costituzionale. Rispetto dei requisiti della legge delega e utilizzo di concetti "atecnici"

La formulazione dell'art. 1, co. 7, lett. c), legge n. 183/2014 solleva alcuni dubbi di costituzionalità in rapporto ai requisiti di cui la legge delega deve essere dotata ai sensi dell'art. 76 Cost. Tale norma costituzionale, infatti, stabilisce che l'esercizio della funzione legislativa può essere delegata al Governo esclusivamente «con determinazione di principi e i criteri direttivi (...) e per oggetti definiti». La legge delega deve individuare il perimetro entro il quale il Governo, quale organo esecutivo, possa eccezionalmente legiferare. Diversamente, qualora venisse deliberatamente attribuito al Governo il potere di legiferare, scevro da vincoli, ne verrebbero irrimediabilmente vulnerati i valori costituzionali ed il fondamentale principio di divisione dei poteri.

La legge delega svolge una triplice funzione, in quanto è fondamento, limite ed orizzonte ermeneutico della legge delegata. Fondamento in quanto ne costituisce il presupposto, limite perché funge da perimetro del potere legislativo delegato che il Governo può esercitare ed, infine, orizzonte ermeneutico, essendo lo strumento con il quale vengono impresse la *ratio* e le direttive della legge delegata.

Il contenuto della legge delega, peraltro, richiede uno sforzo anche in chiave sistematica e teleologica, in quanto deve saper coordinare il testo con il contesto giuridico-normativo in cui si inserisce e con la *ratio* ad esso sottesa. Da ciò ne consegue l'importanza della precisione e della specificità con cui l'oggetto della legge delegata deve esser definito.

Orbene, è evidente che il richiamo nel predetto art. 1, lett. c), legge n. 183/2014 alle espressioni atecniche di "licenziamenti economici" è eccessivamente generico, in quanto vengono veicolati in un testo normativo concetti i quali non trovano nell'attuale ordinamento giuridico una specifica e compiuta definizione normativa. Concetti, dunque, volutamente generici e non sufficientemente precisi, tali da ragionevolmente indurre a ritenere non integrati i requisiti di cui all'art. 76 Cost. che devono necessariamente connotare una legge delega.

Anche qualora si ammettesse che l'oggetto possa esser definito dalla legge delega *per relationem*, comunque il testo della legge n. 183/2014 pare non risponde-

re adeguatamente al dettato costituzionale perché mancherebbero nel tessuto normativo una o più disposizioni da intendersi richiamate e che possano definire con dovuta precisione tanto il concetto di licenziamento economico quanto quello di licenziamento disciplinare.

Stante la genericità del concetto di licenziamento economico invocato dalla predetta norma, ne discendono forti dubbi circa la legittimazione del Governo a innovare anche la disciplina in materia di licenziamenti collettivi, non essendo previsto alcunché di esplicito nel testo della legge delega. Ma quand'anche si ritenesse che la tematica dei licenziamenti collettivi sia ricompresa nel perimetro delineato dalla legge delega, non può che stupire l'assimilazione realizzata dall'art. 10 del d.lgs. n. 23/2015 fra i diversi vizi di violazione della procedura di cui all'art. 4, legge n. 223/1991 e di violazione dei criteri di scelta. Se, infatti, la disciplina previgente alla Riforma Fornero prevedeva quale unica e monolitica sanzione la reintegrazione, la legge n. 92/2012 aveva inteso differenziare il regime sanzionatorio stabilendo l'applicazione della reintegrazione piena di cui all'art. 18, co. 1, St. lav. in ipotesi di licenziamento orale, al pari di quanto accadeva per il licenziamento individuale; l'applicazione della reintegrazione dimidiata di cui all'art. 18, co. 4 nel caso di violazione dei criteri di scelta; la corresponsione di un'indennità ricompresa fra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità *ex art.* 18, co. 5 per i casi di vizi procedimentali. In tal caso era stata prevista una sanzione di importo doppio rispetto allo speculare vizio procedimentale di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, in quanto in quest'ultimo caso la procedura di cui all'art. 7, legge n. 604/1966 aveva una finalità di conciliazione e deflazione del contenzioso, mentre la procedura di informazione e consultazione è precipuamente finalizzata ad una tutela sindacale del lavoratore.

Ora, invece, salva l'ipotesi del licenziamento collettivo intimato in forma orale con riferimento alla quale continua ad essere applicata la reintegrazione, il legislatore delegato intende nuovamente uniformare il regime sanzionatorio, ma a pieno detrimento del lavoratore e, dunque, non tornando alla reintegrazione, bensì introducendo la corresponsione di una mera indennità a prescindere dal fatto che il licenziamento venga accertato come illegittimo per violazione dei criteri di scelta o perché il datore di lavoro sia incorso in un vizio di carattere procedurale.

La norma in commento introduce un diverso regime normativo per coloro che verranno assunti a partire dall'entrata in vigore del decreto legislativo, innovando fortemente il ventaglio di tutele apprestato in favore dei lavoratori illegittimamente licenziati, ma creando indubbi problemi di ragionevolezza del diverso trattamento. Sotto tal profilo, dunque, si pone una questione di dubbia costituzionalità con riguardo al principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost. Poniamo ad esempio il caso di un licenziamento collettivo intimato nei confronti di 5 lavoratori di cui 2 assunti con il contratto a tutele crescenti e ai quali, dunque, in ipotesi si dovrebbe applicare la normativa di cui all'art. 10 dello schema del decreto legislativo, e 3 dipendenti assunti antecedentemente, con riferimento ai quali opera il regime introdotto dalla legge n. 92/2012. Qualora venisse evidenziato un vizio della procedura

di cui all'art. 4, legge n. 223/1991, i due gruppi di lavoratori verrebbero trattati in modo palesemente diverso, ancorché il licenziamento sia contestuale e il vizio sia assolutamente il medesimo: ai 2 neo assunti, infatti, verrebbe corrisposta esclusivamente una indennità pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto per ogni anno di servizio, mentre a quelli assunti precedentemente verrebbe pur sempre corrisposta un'indennità, ma ricompresa fra un minimo di 12 mensilità e un massimo di 24. In tal caso, dunque, qualora il lavoratore vantasse solo un anno di servizio, laddove fosse stato assunto dopo l'emanazione del futuro decreto legislativo godrebbe di un'indennità pari a 2 mensilità, mentre qualora fosse stato assunto nel vigore dell'attuale disciplina usufruirebbe come minimo di un'indennità pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. La palese ingiustificata disparità di trattamento sarebbe ancor maggiore nell'ipotesi di accertamento dell'illegittimità del licenziamento collettivo per violazione dei criteri di scelta. In tale caso, fermo restando la corresponsione della predetta indennità per i c.d. neo assunti, ai dipendenti già in forza alla data di entrata in vigore del decreto delegato spetterebbe, invece, il diritto alla reintegrazione depotenziata di cui all'art. 18, co. 4, St. lav. e, dunque, il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, accompagnata da un'indennità parametrata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento a quello della reintegra, detratto l'*aliunde perceptum et percipiendum* e purché ricompresa entro il tetto massimo delle 12 mensilità.

9. *L'abrogazione della preventiva procedura di conciliazione per i nuovi assunti*

L'ultimo comma dell'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015 stabilisce che «al licenziamento dei lavoratori di cui all'articolo 1 non trova applicazione l'articolo 7 della legge n. 604/1966». Dunque, con riferimento ai lavoratori che verranno assunti con contratto di lavoro subordinato successivamente all'entrata in vigore del decreto legislativo non troverà applicazione la preventiva procedura di conciliazione che la legge Fornero aveva introdotto per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

La predetta procedura rivestiva una precipua finalità conciliativa in un'ottica di deflazione del contenzioso, in quanto procedimentalizzava ed imponeva un'ufficializzazione dell'intenzione del datore di lavoro di dismettere un proprio lavoratore per ragioni oggettive, interponendo così un intervallo temporale fra il momento di esternazione di tale intenzione e l'effettivo esercizio del diritto potestativo di recesso.

Tale obbligo, però, si diversificava nettamente dal tentativo obbligatorio di conciliazione che era stato introdotto con il d.lgs. n. 80/1998 in capo a chi volesse instaurare una controversia concernente la materia dei rapporti di lavoro ex art. 409 c.p.c., in quanto innanzitutto era assolutamente diverso il momento in cui il tentativo di conciliazione doveva essere esperito (in un caso prima dell'instaurazione del contenzioso e nell'altro prima dell'intimazione del licenziamento) e, in secon-

do luogo, diversa ne era la finalità, in quanto nel caso della preventiva procedura di conciliazione di cui all'art. 7, legge n. 604/1966 il legislatore aveva inteso non solo ridurre il contenzioso ma anche incentivare le risoluzioni consensuali dei rapporti di lavoro.

A ciò si aggiunga che, qualora si addivenga ora ad una risoluzione consensuale in seno alla predetta procedura conciliativa, il lavoratore, secondo la disciplina introdotta con la Riforma Fornero, gode del diritto all'indennità di disoccupazione (Aspi, ora divenuta Naspi) derogando alla regola generale secondo cui il predetto ammortizzatore sociale spetta esclusivamente in caso di perdita involontaria del posto di lavoro.

Ora, invece, il decreto legislativo ha eliminato tale preventiva procedura di conciliazione, la quale continuerà ad operare solo con riferimento ai dipendenti che sono già stati assunti antecedentemente all'entrata in vigore del decreto legislativo, con la conseguenza di un'ulteriore disparità di trattamento.

Il d.lgs. n. 23/2015 in materia di Naspi, prevede che «la Naspi è riconosciuta anche (...) nei casi di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro intervenuta nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio n. 604, come modificato dal comma 40 dell'articolo 1 della legge n. 92 del 2012» (art. 3, co. 2). Dunque, riassumendo le osservazioni di cui sopra, qualora nel secondo semestre del 2015 un datore intendesse licenziare per il medesimo giustificato motivo oggettivo due propri dipendenti, l'uno assunto nel 2013 e l'altro assunto dopo l'entrata in vigore del *Jobs Act*, dovrebbe seguire due diversi iter. Con riguardo al lavoratore con maggior anzianità di servizio e che rientra nel raggio di operatività della disciplina Fornero, dovrebbe esperire la preventiva procedura di conciliazione di cui all'art. 7, legge n. 604/1966, con la possibilità per il dipendente di addivenire ad una risoluzione consensuale del rapporto di lavoro e di godere della Naspi; nel secondo caso potrebbe legittimamente intimare il licenziamento senza adempiere ad alcun obbligo di preventiva conciliazione e senza poter risolvere consensualmente il rapporto di lavoro, esponendosi ad un'eventuale impugnazione del licenziamento. Diversa è invece l'offerta di conciliazione di cui all'art. 6, la quale può intervenire in un momento successivo all'intimazione del licenziamento. Se, dunque, fra le esigenze che hanno ispirato il *Jobs Act* vi è quella di deflazione del contenzioso, perché rinunciare al tentativo di conciliazione in seno alla DTL?

10. Eliminazione del rito Fornero e disparità di trattamento

La previsione dell'art. 11 del decreto n. 23/2015 rende inapplicabile ai licenziamenti regolati dalla nuova disciplina il c.d. "rito Fornero" (art. 1, co. da 48 a 68 della legge n. 92/2012). Se l'introduzione del predetto rito aveva destato molteplici critiche, in quanto si sosteneva che in tal maniera venissero trattati in maniera diversa i lavoratori assoggettati alla tutela obbligatoria e quelli invece tutelati dall'art. 18 St. lav., ora si viene a determinare un'ulteriore disparità di trattamento.

Due lavoratori, infatti, licenziati il medesimo giorno in forza di una lettera non recante in entrambi i casi la motivazione, ma l'uno assunto prima dell'entrata in vigore del decreto e l'altro successivamente a tale momento, verrebbero trattati in modo diverso sia sul piano sostanziale che sul piano processuale.

Sul piano sostanziale il lavoratore precedentemente assunto godrebbe di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva parametrata all'ultima retribuzione globale di fatto e ricompresa fra un minimo di 6 mensilità ed un massimo di 12. Diversamente, il neo assunto ai sensi dell'art. 4 potrebbe usufruire di un'indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale di importo pari ad una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR per ogni anno di servizio, in misura non comunque inferiore a 2 e non superiore a 12 mensilità.

Sul piano processuale, poi, il primo dipendente potrebbe agire in giudizio con un ricorso Fornero, il quale assicurerebbe sicuramente una tutela in tempi più rapidi. Diversamente il neo assunto, ancorché licenziato nel medesimo momento, dallo stesso datore di lavoro, avente dunque le medesime capacità occupazionali ed in forza di un atto di recesso recante il medesimo vizio di motivazione, dovrebbe far valere le proprie pretese nei termini e nelle forme del rito ordinario di cui all'art. 409 ss. c.p.c.

Non si rinviene il motivo di tale scelta del legislatore delegato, perché non vi sono ragioni che rendano il singolo lavoratore più o meno meritevole di una tutela urgente; ciò *a fortiori* se il punto di discriminazione viene individuato unicamente nel momento in cui il dipendente è stato assunto.

A ciò si aggiunga che in tal modo viene meno anche quella sorta di "contrappeso" che la Riforma Fornero aveva introdotto nell'ambito di una disciplina regressiva quanto a tutele sostanziali in caso di licenziamento illegittimo: se la legge n. 92/2012 aveva inteso riformulare il ventaglio sanzionatorio di cui all'art. 18 St. lav. riducendo le ipotesi di reintegra e, quindi, diminuendo sensibilmente le tutele sostanziali offerte al dipendente illegittimamente licenziato, dall'altro lato, per controbilanciare, aveva introdotto sul piano processuale un rito *ad hoc* che assicurasse una pronta risposta giudiziaria, potenzialmente più efficiente del rito lavoro. Ora invece l'intenzione del legislatore delegato con riguardo ai lavoratori che verranno assunti successivamente all'entrata in vigore dal decreto legislativo è di ridurre le tutele sul duplice piano, sostanziale e processuale.

11. Osservazioni conclusive

L'ordinamento giuridico del lavoro, così come ridefinito dai primi due decreti attuativi del *Jobs Act*, consegna all'interprete un punto di vista certamente nuovo sulla "scienza normale" del diritto del lavoro, mettendo in discussione idee, prassi e teorie comunemente accettate come valide in vista della soluzione dei problemi per i quali il diritto del lavoro è sorto e si è sviluppato nel corso del XX secolo. Il giurista del lavoro deve tornare sui suoi passi, e fare i conti con la propria storia,

che, per dirla alla Deleuze, è ciò che ci separa da noi stessi, ma insieme quanto occorre attraversare per pensare a ciò che siamo e a come sia possibile “pensare altrimenti”¹⁰⁶.

I critici del nuovo paradigma potranno rimanere fissati all’origine dell’identità giuslavoristica di matrice statutaria, rivendicandone con tenacia e orgoglio il valore assiologico battuto in breccia dal neoliberalismo imperante e dalla sua traduzione giuridica, l’AED. Gli apologeti della riforma, dal loro canto, saranno invece abba-cinati dal discorso economico e dalla sua nuova tirannia di valore, magari sperando, in buona fede, nelle magnifiche sorti e progressive. Noi preferiamo, per metodo, “pensare altrimenti”: coltivare il dubbio, e accettare la sfida del cambiamento di paradigma, per analizzarne virtù, limiti ed eventuali contraddizioni.

Non v’è dubbio, in proposito, che il legislatore, giunto all’esito di un lungo e tormentato processo di modernizzazione del diritto del lavoro italiano, databile – quantomeno simbolicamente – con la pubblicazione del Libro Bianco del 2001, abbia inteso cambiare significativamente e definitivamente i connotati della materia. Che ciò sia avvenuto sulla scorta di innumerevoli sollecitazioni, provenienti da molteplici ambiti della società e del mondo vitale, è altrettanto evidente: si sommano, e si affastellano in un caleidoscopio che si scompone in continuazione, i vettori rappresentati dal nuovo valore dell’impresa, gli imperativi della deregolazione legati ai processi di globalizzazione, gli assunti scientifici dell’Analisi Economica del Diritto (AED), le emergenze occupazionali, le pressioni degli organismi internazionali ... il tutto nell’ambito di quella che è stata definita “disintermediazione sociale”, che si proietta come «la nuova stella cometa del ridisegno degli equilibri costituzionali»¹⁰⁷. Un complesso di fattori che stanno influenzando, *ab externo*, una materia sempre più soggetta a valutazione, sotto il fuoco della critica economica, in crisi di identità o – altri direbbe – intrisa di storicità e contingenza. Che questi fattori di trasformazione stiano cambiando il paradigma del diritto del lavoro pare difficile negare. Che il nuovo paradigma stia nascendo, o sia già emerso, con tratti di coerenza e di indiscutibile aderenza ai modelli propugnati dalle istituzioni europee (*fle-xicurity in primis*) è lecito dubitare, benché non manchino entusiastiche opinioni di segno contrario¹⁰⁸. Resta, sullo sfondo, l’immagine in movimento – e quindi, ancora, necessariamente sfocata – di un elemento di passaggio, che si staglia nel paesaggio con la forza della storia e delle sue contraddizioni, e che ci riporta, fatalmente, all’immagine dell’Angelo con il volto rivolto al passato e le ali impigliate mentre una tempesta, suo malgrado?, lo sospinge verso il futuro¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Cit. in M. BERTANI, *Pro-memoria*, in M. FOUCAULT, *Il discorso, la storia, la verità*, a cura di M. Bertani, Einaudi, Torino, 2001, p. 374.

¹⁰⁷ R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 15.

¹⁰⁸ Per tutti quella di P. ICHINO, di cui vedi, da ultimo, l’editoriale di data 16 marzo 2015 dal titolo *Il peso e il senso della svolta in atto nel nostro diritto del lavoro*, in www.pietroichino.it.

¹⁰⁹ W. BENJAMIN, *Angelus Novus*, Einaudi, Torino, 1962.