

**il NUOVO DIRITTO del LAVORO**

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

**Luigi Fiorillo - Adalberto Perulli** (a cura di)

# **Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni**

**Decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81**



**G. Giappichelli Editore**



la mia Libreria

---

## Capitolo Primo

---

### ***Il contratto a tempo indeterminato è la forma comune dei rapporti di lavoro***

di Adalberto Perulli

SOMMARIO: 1. Una norma-principio o una regola? Genealogia e “narrazioni” di un enunciato normativo. – 2. Il valore della norma nel diritto europeo. – 3. L’evoluzione dalla stabilità alla flessibilità dell’impiego. – 4. Le narrazioni indimostrate: il sistema italiano è troppo rigido? – 5. *Et pourtant ...* prendere l’art. 1 sul serio. – 6. Uno sguardo al panorama europeo. – 7. Flessibilità ed epistemologia del diritto del lavoro.

#### ***1. Una norma-principio o una regola? Genealogia e “narrazioni” di un enunciato normativo***

Nel testo di riordino dei tipi contrattuali (d.lgs. n. 81/2015), campeggia in apertura la norma sulla “forma contrattuale comune”, che recita: «*il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato costituisce la forma comune di rapporto di lavoro*». Nella sua asciutta formulazione l’enunciato risponde alla necessità del legislatore delegato di rendere ossequio al principio e criterio direttivo di delega contenuto nel *Jobs Act*, laddove si prevede di «*promuovere, in coerenza con le indicazioni europee, il contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro rendendolo più conveniente rispetto ad altri tipi di contratto in termini di oneri diretti e indiretti*» (art. 1, co. 7, lett. b), legge n. 183/2014). Questo principio di favore nei confronti del contratto a tempo indeterminato era stato recentemente espresso anche dalla legge Fornero, la quale, pur innovando in prospettiva liberalizzante la disciplina del contratto a termine (con il superamento della causalità per il primo contratto), ribadiva «*il rilievo prioritario del lavoro subordinato a tempo indeterminato, cosiddetto “contratto dominante”, quale forma comune di rapporto di lavoro*» (art. 1, co. 1, lett. a), legge n. 92/2012). Qualche anno prima, in un contesto ancora caratterizzato dalla regola della causalità dei contratti a termine, ma già connotato da una avanzata flessibilizzazione dell’istituto, il co. 1 del d.lgs. n. 368/2001, introdotto dalla legge n. 247/2007, espri-

meva con la formula in esame (CTI come “forma comune” dei rapporti di lavoro) un vincolo finalistico per il legislatore, consistente nel mantenere integro, nonostante il processo di allentamento dei vincoli, il dualismo “regola-eccezione”, o “regola-deroga”, tra il contratto di lavoro a tempo indeterminato e quello a termine.

È necessario esplicitare, in apertura di questo commento, le due prospettazioni prioritarie che si intendono tematizzare nel corso dell’analisi. La prima riguarda la natura della norma in esame: l’enunciato di cui all’art. 1 è espressione di un *principio* o di una *regola*? Rammentiamo, richiamando una accreditata ricostruzione di teoria generale<sup>1</sup>, che un principio è un precetto di ottimizzazione di un valore che si richiede venga realizzato dal sistema nella misura più ampia possibile, compatibilmente con le possibilità giuridiche di inveroamento; il principio è quindi normativamente (e deontologicamente) aperto, e presuppone un bilanciamento con altri principi, onde la sua realizzazione può essere graduale o parziale. La regola, invece, è un precetto definitivo, che rispecchia un bilanciamento già attuato *ex ante*: la regola vieta, o impone o autorizza in modo risolutivo, onde i conflitti tra regole si risolvono attraverso la negazione di una di esse, oppure configurando l’una come “eccezione” rispetto all’altra<sup>2</sup>. Cercheremo di rispondere al quesito circa la natura (principio o regola) del disposto in esame, nel corso della trattazione.

La seconda prospettiva che accompagna l’indagine riguarda il nesso tra legge e realtà sociale. È necessario, infatti, intendersi sul senso profondo di ciò che questa norma esprime, trascendendo gli aspetti di diritto positivo (a prescindere se essa sia riconducibile ad un principio, o ad una regola) per radicarsi nella dimensione pre-normativa ed epistemologica del diritto del lavoro, da cui i sistemi giuslavoristici traggono la loro funzione di tutela nei confronti del soggetto debole del rapporto. Infatti, il riferimento al tipo contrattuale del lavoro a tempo indeterminato non esprime semplicemente la volontà legislativa di connotare, nello scacchiere contrattuale, la fattispecie che assume la “priorità” nella scala ideale delle forme giuridiche con cui si deduce in obbligazione una prestazione lavorativa, di cui si assume l’ottimizzazione valoriale; tale riferimento riflette, ancor prima, l’individuazione “antropologica”, da parte del diritto del lavoro – inteso come sistema normativo dotato di un certo grado di autonomia e informato a certi principi e valori fondanti –, del suo *referente social-tipico*, vale a dire il lavoratore subordinato “standard”, attorno al quale si sono costruiti, nel corso del novecento, i meccanismi di produzione della sicurezza che hanno garantito *sia* la tutela del lavoratore-persona implicato in un rapporto connotato dallo squilibrio di poteri, *sia* il rapporto dialettico tra libertà e sicurezza che caratterizza l’economia di potere specifica del liberalismo<sup>3</sup>. Come dire, insomma, che la assoluta prevalenza del contratto a

<sup>1</sup> R. ALEXI, *Teoria dei diritti fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 2012.

<sup>2</sup> Cfr. da ultimo G. D’AMICO, *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, p. 247 ss.

<sup>3</sup> Cfr. M. FOUCAULT, *Nascita della biopolitica*, Feltrinelli, Milano, 2005, p. 68; per una rilettura

tempo indeterminato rispetto a quello a termine (e ai contratti in senso lato atipici) è un ingrediente del “paradigma remoto” del diritto del lavoro, volto a risolvere i problemi cognitivi e pratici di regolazione di quella che Umberto Romagnoli chiama la “povertà laboriosa”, perché è attraverso quel contratto che si dipana il complesso percorso normativo che conduce alla cittadinanza sociale<sup>4</sup>.

Entrambe le questioni qui evocate devono essere, poi, collocate in una prospettiva storico-evolutiva, capace di cogliere, al contempo, la “genealogia” della norma in esame e la sua “narrazione”: ove per genealogia si deve intendere la ricerca degli scarti e delle deviazioni rispetto all’origine di una cosa, in opposizione alla teoria basata sulla sua forma immobile e anteriore a tutto ciò che è esterno, accidentale e successivo<sup>5</sup>; mentre per narrazione si intende il contesto discorsivo in cui il diritto diviene non solo un sistema di regole da osservare, ma un mondo nel quale viviamo<sup>6</sup>, dotato di senso<sup>7</sup>. Come dire che il principio della “forma comune” può cambiare radicalmente di significato a seconda che sia inserito in una narrazione che gli dia legittimità e validità universale (secondo il discorso giuslavoristico tradizionale) ovvero che sia interpretato a partire da un racconto, funzionale al suo definitivo superamento, che lo rappresenti come insincero, normativamente debole, o semplicemente sociologicamente obsoleto.

Che il referente social-tipico del diritto del lavoro sia il prestatore stabilmente inserito in un contesto produttivo, e non assunto con forme contrattuali connotate da temporaneità del vincolo, è un dato facilmente riscontrabile sulla base dell’evoluzione normativa. Come è noto, infatti, una volta superato il principio, risalente al codice civile ottocentesco, per cui la locazione di opere poteva essere solo “a tempo o per una determinata impresa”, l’ordinamento si è stabilmente orientato verso il disfavore nei confronti del lavoro a termine, come dimostra, da un lato, la disciplina sull’impiego privato del 1924 – che introduce la regola secondo cui, in mancanza di stipulazione per iscritto della clausola il rapporto *si presume* a tempo indeterminato (art. 4, co. 2 e 3) – dall’altro la previsione di cui all’art. 2097 c.c. secondo cui il contratto di lavoro *si reputa* a tempo indeterminato se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto e, in quest’ultimo caso, la apposizione del termine è priva di effetto se è fatta «*per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato*». La legge n. 230/1962 aveva ulteriormente accentuato tale disfavore verso le forme di contratto a termine, da

---

di questa fondamentale lezione rinvio a A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 247 ss.

<sup>4</sup> Sul paradigma e sul suo impiego nell’ambito del diritto del lavoro cfr. P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, in G.G. BALANDI, G. CAZZATTA, *Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 21 ss.

<sup>5</sup> M. FOUCAULT, *Nietzsche, la genealogia, la storia*, in ID., *Microfisica del potere. Interventi politici*, Einaudi, Torino, 1977, p. 35.

<sup>6</sup> R. COVER, *Nomos e narrazione*, in *Bollettino telematico di filosofia politica*, 2007.

<sup>7</sup> Inteso linguisticamente come l’intensione (o connotazione), cioè il modo in cui un’espressione si riferisce a un oggetto.

un lato identificando (formalmente) il rapporto a tempo indeterminato come “regola” di fronte al contratto a termine come eccezione, dall’altro elencando tassativamente le ipotesi relative a lavori o attività in cui l’apposizione del termine era consentita. Di tal guisa, come riconosceva la dottrina tradizionale, il contratto di lavoro, appartenendo alla categoria dei contratti di durata (a tratto successivo), rispecchiava la sua normale continuità nel tempo come fattore che «riveste notevole importanza, non solo dal punto di vista giuridico, ma anche dal punto di vista economico e sociale», onde il legislatore si dimostrava «da tempo orientato nel senso di favorire, per quanto possibile, la forma a tempo indeterminato, il cui ordinamento risulta in linea di massima maggiormente consona agli interessi del lavoratore»<sup>8</sup>. In effetti, con l’ascesa dello Stato sociale e la successiva traduzione dei principi costituzionali a tutela del lavoro in norme di legge ordinarie (specie in materia di licenziamento ingiustificato), l’interesse del lavoratore alla stabilità dell’impiego si rispecchiava nella coppia libertà/sicurezza così come definita dal “compromesso fordista”, in cui rivendicare un rapporto di lavoro equivaleva ad aspirare ad «un monde sans épreuve»<sup>9</sup>, mentre le garanzie del diritto del lavoro costituivano una “corazza normativa” contro i rischi lavorativi ed esistenziali del prestatore, onde lo stesso contratto di lavoro a tempo indeterminato poteva connotarsi quale schema “assicurativo”<sup>10</sup> in cui i diritti derivanti dalle norme inderogabili si stagliavano a protezione della complessiva “cittadinanza sociale” che il lavoro garantiva agli individui.

## 2. Il valore della norma nel diritto europeo

Il tipo contrattuale del lavoro subordinato standard – caratterizzato dalla continuità a tempo indeterminato e pieno della prestazione – rappresenta quindi, classicamente, la “fattispecie protetta” del diritto del lavoro, ossia la quint’essenza del lavoro meritevole di protezione secondo la lettura costituzionalizzata del diritto del lavoro (artt. 1, 4 e 35 Cost.)<sup>11</sup>. Radicato attorno alla fattispecie delineata dall’art. 2094 c.c., il tipo contrattuale esprime la centralità della subordinazione nella costruzione storica del diritto del lavoro, capace di aggregare, nella sua essenzialità, la funzione economico-sociale/individuale del contratto avente ad oggetto la

<sup>8</sup> Cfr. L. RIVA-SANSEVERINO, sub art. 2097, in *Commentario del codice civile Scialoja e Branca*, Zanichelli-Soc. ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1986, p. 290 ss.

<sup>9</sup> L. BOLTANSKY, E. CHIAPPELLO, *Le nouvel esprit du capitalisme*, Gallimard, Paris, 1999.

<sup>10</sup> Sulla funzione in qualche misura “utile e razionale” della funzione assicurativa svolta dal contratto di lavoro tramite la norma inderogabile cfr. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996, p. 24.

<sup>11</sup> Cfr. da ultimo, anche per i riferimenti di giurisprudenza, L. GAETA, *La fattispecie protetta*, in *I rapporti di lavoro nel diritto vivente. Casi e materiali*, coordinamento di Lorenzo Zoppioli, Giappichelli, Torino, 2013, p. 2 s.

“collaborazione” nell’impresa caratterizzata dai tratti qualificatori dell’onerosità, della continuità, della personalità e, soprattutto, dell’assoggettamento ad eterodirezione, con conseguente obbligo di obbedienza del prestatore. Benché sia discusso – e discutibile – se la protezione eteronoma debba riguardare il solo lavoro subordinato ovvero aree più vaste, che si estendono sino a lambire i territori occupati dal lavoro autonomo economicamente dipendente<sup>12</sup>, la centralità del contratto di lavoro subordinato “standard”, inteso come contratto *full time* e a tempo indeterminato, è stata più volte ribadita non solo dal legislatore nazionale, ma anche da quello sovranazionale ed internazionale.

Nell’ambito del diritto comunitario, oggi unieuropeo, la centralità della fattispecie standard di subordinazione trova consacrazione nella direttiva n. 99/70 CE, adottata nell’ambito delle procedure di dialogo sociale europeo, che recepisce il contenuto dell’accordo quadro siglato dalla Confederazioni sindacali europee nel marzo 1999. Il testo dell’accordo statuisce il principio secondo cui «*i contratti a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro [...] e contribuiscono alla qualità della vita dei lavoratori interessati e a migliorarne il rendimento*» (2° paragrafo del preambolo e il 6° delle considerazioni generali), mentre i contratti di lavoro a tempo determinato sono caratteristici di taluni settori, occupazioni e attività e soddisfano l’interesse dei datori di lavoro e dei lavoratori solo “in alcune circostanze”. Si può discutere sulla forza vincolante di tale principio. Secondo una prospettazione dottrinale, siffatti enunciati sarebbero privi di precettività, possedendo un mero valore “politico”; in realtà, come affermato dalla stessa Corte di Giustizia, i considerando, così come il preambolo e le considerazioni generali, costituiscono elementi di cui tenere conto nell’interpretazione delle norme e non possono impiegarsi al fine, strumentale, di orientare l’interpretazione in senso contrario a quanto disposto dalle norme precettive<sup>13</sup>.

È quindi preferibile ritenere che tali enunciati assumano valore giuridico quantomeno a fini interpretativi e traspositivi della normativa sovranazionale, come del resto affermato dalle parti firmatarie dell’accordo europeo, secondo le quali il preambolo e le considerazioni generali «*may influence the transposition process and and resolve interpretation questions*»<sup>14</sup>. Già da tempo, peraltro, la Corte di Giustizia ha espresso in più occasioni una esplicita diffidenza nei confronti del lavoro precario<sup>15</sup>, inteso quale “fattore di incertezza” per i prestatori e atto a “con-

<sup>12</sup> Cfr. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale Cicu-Messineo*, continuato da Mengoni, Giuffrè, Milano, 2000, p. 22 ss.

<sup>13</sup> Corte Giust. CE 9 febbraio 1995, *Société d'importation Edouard Leclerc-Siplec*, C-412/1993, p. 47.

<sup>14</sup> Cfr. A. PERULLI, *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Relazione alle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS, Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, in *Interessi e tecniche di tutela nella disciplina del lavoro flessibile*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 91.

<sup>15</sup> Cfr., anche per i riferimenti, M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro dell’Unione europea*, Sesta edizione, con la collaborazione di M. Aimo e D. Izzi, Cedam, Padova, 2012, p. 261 s.

sentirne abusi”; un medesimo orientamento è stato confermato dalla giurisprudenza sulla direttiva n. 99/70, laddove, con il caso *Adeneler*, i giudici lussemburghesi hanno statuito a chiare lettere che non è possibile, in sede di attuazione dell’accordo quadro, «svuotare di contenuto il principio secondo il quale i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro». La stessa Corte di Giustizia ha in seguito affermato che «il ricorso ai contratti a tempo determinato riveste carattere eccezionale rispetto ai contratti a tempo indeterminato»<sup>16</sup>, in considerazione dell’attitudine dei primi a soddisfare esigenze temporanee dei datori di lavoro, onde «il rinnovo di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato»<sup>17</sup>.

Da tali pronunce appare confermato il principio, enunciato dalla direttiva, secondo cui il contratto a tempo indeterminato rappresenta la “forma comune” dei rapporti di lavoro, ovvero il tipo “normale” funzionale a soddisfare esigenze stabili e permanenti nel tempo dell’impresa (secondo lo schema dei contratti di durata), che si differenzia dal contratto a termine volto a garantire il soddisfacimento di esigenze aziendali di natura provvisoria e temporanea<sup>18</sup>. Tali linee ricostruttive consentono di ribadire quanto già da tempo affermato in dottrina circa la differenza “struttural-funzionale” tra rapporto di lavoro a tempo indeterminato e contratto a termine<sup>19</sup>, nonostante – come vedremo meglio *infra* – ciò non si traduca necessariamente nel ricorso a “ragioni oggettive” di giustificazione nell’impiego di rapporti temporanei, intese come un “modo” per prevenire gli abusi nell’utilizzo del contratto a termine (Considerando 7 della direttiva). Come dire, in altri termini, che l’abrogazione delle causali giustificatrici, le quali pure rappresentano nella dimensione del diritto sovranazionale una delle possibili forme di controllo anti-abusivo della successione di contratti a termine, non fa venir meno la corrispondenza tra *specialità* del contratto a termine (*e* della sua reiterazione nel tempo) e *temporaneità delle esigenze aziendali* che lo stesso è chiamato a soddisfare: altrimenti ragionando, il contratto a termine sarebbe perfettamente fungibile con quello a tempo indeterminato, mentre lo stesso limite temporale (che è pur sempre un limite interno al regolamento di interessi regolato dalla legge, relativamente all’impiego non strutturale e continuativo del rapporto o della successione di rapporti a termine) non avrebbe *logicamente*, ancor prima che giuridicamente, ragion d’essere.

<sup>16</sup> Corte Giust. 10 marzo 2011, *Lufthansa*, C-109/09, punto 30.

<sup>17</sup> Corte Giust. 26 gennaio 2012, *Bianca Küçük*, C-586/10, punto 36.

<sup>18</sup> Cfr. L. GIASANTI, *Direttiva n. 99/70 e acausalità del contratto a termine: la promozione (con riserva) della legge italiana sul lavoro marittimo e il ruolo della frode alla legge*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, p. 240 ss.

<sup>19</sup> Cfr. L. MENGHINI, *Il lavoro a termine*, in A. VALLEBONA (a cura di), *I contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1030.

Solo la limitata estensione temporale del contratto a tempo determinato e la sua strutturale inidoneità a soddisfare una esigenza produttiva “stabile”, giustifica la pur recessiva disciplina quantitativa indicata dalla direttiva europea come uno dei possibili mezzi per prevenire gli abusi, la cui *ratio*, altrimenti, non si comprenderebbe; tant’è che la Corte di Giustizia ha avuto modo di precisare che nonostante l’impiego di un contratto a termine con causale sostitutiva soddisfi un’*esigenza permanente*, nella misura in cui il lavoratore svolge compiti «ben definiti e facenti parte delle abituali attività del datore di lavoro o dell’impresa, resta il fatto che l’esigenza di personale sostitutivo *rimane temporanea* poiché si presume che il lavoratore sostituito riprenda la sua normale attività al termine del congedo, che costituisce la ragione per la quale il lavoratore sostituito non può temporaneamente svolgere egli stesso tali compiti»<sup>20</sup>.

### 3. L'evoluzione dalla stabilità alla flessibilità dell'impiego

L’analisi sin qui svolta, se da un lato permette di ribadire che il “tipo” contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato è ancora di “generale utilità”, e che attorno a questo tipo prevalente andrebbe ripensato l’ordinamento della normativa giuslavoristica<sup>21</sup>, dall’altro suggerisce una chiave di lettura affatto diversa, in cui la distinzione tra tipologia di lavoro a tempo pieno e indeterminato e le modalità di lavoro atipiche, come il lavoro temporaneo e quello autonomo (nelle sue varie declinazioni), è sempre meno ricostruibile in termini oppositivi. Concepita per discernere i lavori “buoni” da quelli “cattivi”, la semplice distinzione che risulta dalla classificazione summenzionata è diventata meno netta, a causa dei cambiamenti della forza lavoro<sup>22</sup>, nonché dei mutamenti dell’impresa, la cui scelta nella tipologia dei rapporti di lavoro costituisce una delle più importanti variabili dell’identità aziendale<sup>23</sup>. Come dire che la centralità del tipo contrattuale lavoro subordinato non solo non esclude una tendenziale disaggregazione tipologica tale da suggerire, nella ricostruzione del sistema, una visione policentrica, in cui attorno allo schema originario, o contratto di lavoro “standard” si declinano – seguendo una articolazione sub-tipologica – le diverse forme contrattuali c.d. “atipiche”, o “flessibili”, o “sub-standard”. Riflettendo sul piano della formalizzazione giuridica la complessità delle forme organizzative del lavoro umano secondo le mutevoli esigenze dell’impresa, la declinazione extra-tipica dello scacchiere ne-

<sup>20</sup> Corte Giust. 26 gennaio 2012, C-586/10.

<sup>21</sup> L. ZOPPOLI, *Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 213, 2014.

<sup>22</sup> P. CAPPELLI, J.R. KELLER, *La classificazione del lavoro nella New Economy*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, p. 621 ss.

<sup>23</sup> J.N. BARON, *Employing identities in organizational ecology*, in *Industrial and Corporate Change*, 2004, vol. 13, n. 1, p. 3 ss.

goziale rende sempre più interscambiabili le forme di lavoro standard e flessibile, mutando il portato teorico-pratico della originaria distinzione. Insomma, genealogicamente parlando, se è pur vero che dal punto di vista *teorico* il dualismo regola-eccezione sembra permanere intatto, dal punto di vista *pratico* quel distinguo deve essere ridiscusso alla luce degli studi sulle dinamiche del mercato del lavoro, che dimostrano come certi lavori "atipici" possono ormai avere una durata non dissimile dall'emivita di un contratto a tempo indeterminato, se non addirittura maggiore.

Già da alcuni anni ricerche statistiche piuttosto trascurate dalla dottrina giuridica hanno dimostrato l'insospettato dinamismo del mercato del lavoro italiano e messo in luce "il volto oscuro" del lavoro a tempo indeterminato, vale a dire la reale dimensione della *continuità contrattuale* del rapporto di lavoro standard. Quest'ultimo, lungi da identificarsi con l'ideale del "posto fisso", appare assai più temporaneo di quel che comunemente si creda: nella provincia di Milano quasi la metà dei lavoratori avviati con un contratto a tempo indeterminato interrompono il rapporto entro il brevissimo periodo di diciotto mesi, e tale percentuale sale a due terzi entro il terzo anno dall'assunzione<sup>24</sup>. Del resto, i più recenti dati di *Employment Protection* elaborati dall'OCSE (riferiti al 2013, quindi prima del *Jobs Act*) relativamente alla legislazione protettiva in materia di licenziamento individuale e collettivo per il contratto di lavoro a tempo indeterminato attribuiscono al nostro Paese un coefficiente di 2,79, inferiore a quello di sistemi come la Francia (2,82), la Germania (2,98) e il Belgio (2,95). Come dire che il contratto a tempo indeterminato non solo non garantisce la fin troppo mitizzata "stabilità occupazionale", ma presenta in realtà una durata di molto inferiore a quella che ci si aspetterebbe da una forma contrattuale ispirata al valore della continuità dei rapporti di lavoro.

Questi dati non possono essere trascurati in una prospettiva genealogica e narrativa, nel senso chiarito all'inizio di questo commento. Dal punto di vista genealogico, perché la frattura rispetto all'origine si consuma attraverso la dimensione dell'effettività (o ineffettività) del principio di cui stiamo discutendo, alla luce delle categorie analitiche del mercato del lavoro reale (e non limitatamente al piano meramente ideale in cui si iscrive la norma); narrativo, perché il discorso sulla forma comune risente anch'esso dei dati di realtà, e non può essere collocato in una campana di vetro che protegge dalle interferenze di altri discorsi e di altre narrazioni (come sono quelle che derivano dai dati statistici).

Si potrebbe a questo punto obiettare che le indagini statistiche, e in genere l'osservazione sociologica delle dinamiche del mercato del lavoro, riflettono il piano dell'essere, e non quello del dover essere, onde, a prescindere dai dati della realtà fenomenica, il valore giuridico della stabilità (che fornisce sostanza giuridi-

---

<sup>24</sup> M. MEZZANZANICA, P. LOVAGLIO (a cura di), *Numeri al lavoro*, Franco Angeli, Milano, 2008, p. 179; P. GRASELLI, C. MONTESI, *Le politiche attive del lavoro nella prospettiva del bene comune*, Franco Angeli, Milano, 2010.

ca al principio della forma comune) rimane saldamente incardinato nell'enunciato normativo di cui all'art. 1. A questo punto interviene, tuttavia, una seconda "rottura genealogica", vale a dire una seconda deviazione dall'origine, questa volta di natura prettamente giuridica e non semplicemente sociologica: la riforma della disciplina dei licenziamenti illegittimi, approdata con il *Jobs Act* alla sua più matura espressione nel segno della marginalizzazione della reintegrazione e del potere valutativo del giudice, imprime una svolta nel sistema dei valori che il principio della forma comune rispecchiava all'origine. Come è ragionevole aspettarsi, di conseguenza, il "volto oscuro" del contratto a tempo indeterminato (nella versione del contratto a tutele crescenti) sarà ancor più accentuato in ragione di una disciplina del recesso informata alla logica dell'*efficient breach*, onde il valore giuridico del modello standard come "forma comune" di rapporto di lavoro verrà non solo contraddetto nella sua dimensione sociologico-statistica, ma anche profondamente corrosivo nella sua intima struttura giuridica (e quindi sul piano del dover essere normativo) nonché nel suo senso pratico, nella misura in cui l'indeterminatezza del termine non garantisce più, come in passato, una ragionevole aspettativa di stabilità del vincolo negoziale.

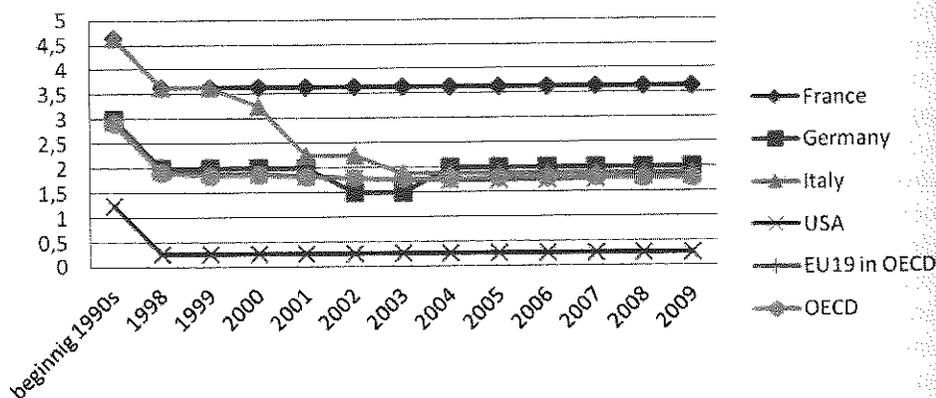
La c.d. *new economy*, d'altronde, sembra assecondare nuove modalità di aggregazione tipologica e nuove esigenze di analisi delle tipologie contrattuali basate su elementi quali il controllo del processo lavorativo, la natura contrattuale del rapporto di lavoro, il numero delle parti coinvolte, ecc.<sup>25</sup> La formula "lavori flessibili"<sup>26</sup>, che si riferisce segnatamente ai rapporti speciali temporanei come il contratto a tempo determinato e la somministrazione, ovvero alla flessibilità delle modalità temporali di esecuzione della prestazione lavorativa (come nel caso del *part-time*), o ancora l'impiego di sostituti funzionali della subordinazione (lavoro autonomo, *franchising*), esprime un punto di vista ormai maturo nella pluridecennale legislazione sulla flessibilità, un percorso di differenziazione sistemica nell'ambito della subordinazione, che da concetto monolitico si è progressivamente disarticolato in una molteplicità di figure, coerenti con un'organizzazione dell'economia post taylor-fordista che richiede, oltre alla tradizionale struttura del contratto di lavoro a tempo indeterminato, un mercato del lavoro articolato e pluritipico. Il rapporto di lavoro ha seguito un percorso di "fessurazione" progressiva, come riconoscono, con un certo allarme, anche gli economisti statunitensi, giacché proprio le "fessurazioni" del lavoro rendono l'impiego non solo più instabile ma soggetto ai «più alti tassi di violazione dei *labour standard* di base, così come degli altri diritti e protezioni legate al luogo di lavoro»<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> Cfr. P. CAPPELLI, J.R. KELLER, *La classificazione del lavoro nella New Economy*, cit.

<sup>26</sup> Cfr. per la sistematica G. SANTORO-PASSARELLI, *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 229 ss., che distingue tra rapporti speciali, rapporti speciali temporanei e i rapporti flessibili che non modificano la causa del contratto.

<sup>27</sup> D. WEIL, *Enforcing Labour Standards in Fissured Workplaces: The US Experience*, in *The Economic and Labour Relations Review*, 2011, vol. 22, n. 2, p. 34.

Nel nostro sistema, tale percorso di disarticolazione tipologica, che ha conosciuto la sua massima estrinsecazione con la moltiplicazione dei tipi legali di lavoro subordinato realizzata dal d.lgs. n. 276/2003 (c.d. legge Biagi)<sup>28</sup>, ha segnato l'emersione di diverse problematiche interpretative legate vuoi al profilo causale, vuoi ai concreti assetti normativi variabili rispetto alla legislazione standard, vuoi, infine, alla metodologia di qualificazione delle fattispecie concrete in un mercato del lavoro sempre più segmentato e duale<sup>29</sup>. Ma tali questioni sembrano ormai riguardare più il passato che il futuro del diritto del lavoro. La flessibilità in entrata è stata declinata nella prospettiva di promuovere «microscopiche opportunità di lavoro», perdendo di vista la necessità di «provare a costruire un solido tessuto di relazioni produttive integrato da un'adeguata rete di protezioni sociali»<sup>30</sup>. Al di là dei luoghi comuni spesso affermati come verità indiscusse, l'Italia è diventata, ancor prima delle recenti riforme del governo Renzi, un Paese con la disciplina del lavoro temporaneo tra le più flessibili in Europa, come dimostra la tabella seguente, relativa alla flessibilità del lavoro dipendente a termine (componente EPL):



Fonte: elaborazione su dati OCSE (2012)<sup>31</sup>.

Le criticità della proliferazione di tipologie sub-standard, e l'orizzonte di un mercato del lavoro sempre più precario e fonte di instabilità delle traiettorie professionali, non si è limitata a suscitare gli strali della dottrina più critica, ma si è plasticamente evidenziata negli studi di statistica economica che hanno dimostrato

<sup>28</sup> Cfr. A. PERULLI (a cura di), *Impiego flessibile e mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

<sup>29</sup> Cfr. L. ZOPPOLI, *op. cit.*, p. 7.

<sup>30</sup> È il condivisibile giudizio di G. FERRARO, *Flessibilità in entrata: nuovi e vecchi modelli di lavoro flessibile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, p. 567.

<sup>31</sup> P. TRIDICO, *Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività: un confronto tra l'Italia e l'Europa*, in *Sindacalismo* 28, ottobre-dicembre 2014.

l'accentuazione della natura duale del mercato del lavoro con una riduzione delle transizioni verso rapporti di lavoro a tempo indeterminato e l'aumento di forme di lavoro temporanee<sup>32</sup>; giungendo ad allarmare perfino le assai liberali istituzioni sovranazionali deputate alla materia, *in primis* la Commissione UE. Quest'ultima, se da un lato criticava l'eccessiva rigidità dei sistemi sul fronte della flessibilità in entrata e in uscita, dall'altro paventava una eccessiva destrutturazione del modello contrattuale standard. Infatti la Commissione UE, dopo aver stigmatizzato la crescita dei lavori atipici nel Libro Verde su *Modernizzare il diritto del lavoro*<sup>33</sup>, ha avanzato la proposta di un contratto a tutele crescenti (*Single Employment Contract*) quale strumento da declinarsi nei singoli contesti nazionali per combattere efficacemente la segmentazione dei mercati del lavoro<sup>34</sup>. Quanto al diritto internazionale del lavoro, vale rammentare come anche l'OIL abbia sentito l'esigenza, espressa con la Raccomandazione n. 198/2006, di rivolgere ai legislatori nazionali l'esortazione ad assicurare «*standards applicable to all forms of contractual arrangements, including those involving multiple parties, so that employed workers have the protection they are due*».

Il contratto di lavoro stabile a tempo pieno e indeterminato, quindi, «non è più la stella polare del diritto del lavoro», sia dal punto di vista delle fonti legislative sia sotto il profilo della regolazione attuata tramite la contrattazione collettiva<sup>35</sup>, la quale, come vedremo, proprio nella materia del contratto a termine, e, quindi, nell'ambito del rapporto regola-eccezione tra il lavoro a tempo indeterminato ed il lavoro a termine, agisce sempre più in chiave derogatoria rispetto alle tutele apprestate in funzione antiabusiva nella regolazione del contratto a tempo determinato<sup>36</sup>. Reso sempre più opaco dalla incipiente flessibilità dell'organizzazione del lavoro – capace, secondo la più autorevole analisi sociologica del fenomeno, a

<sup>32</sup> Si veda ad es. lo studio condotto dal Ministero delle Finanze, Dipartimento del Tesoro, *Mercato del lavoro tra riforme e crisi economica: quali effetti su dualismo e instabilità dell'occupazione?*, Roma, maggio 2014.

<sup>33</sup> *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708; per un'analisi critica del testo rinvio a A. PERULLI, *Il Libro Verde della Commissione europea: un'occasione mancata*, in *Aran Notizie*, 2007, p. 21 ss.

<sup>34</sup> 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 poi 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) ai giovani lavoratori tra i 15 e i 29 anni, che registrano il più alto tasso di contratti a tempo determinato nell'Europa a 27: 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.

<sup>35</sup> U. ROMAGNOLI, *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino, Bologna, 1995, p. 195. Lo stesso Autore, in *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in *Lavoro e dir.*, 2015, p. 236 afferma che la disposizione di cui all'art. 1 "sa di propaganda, perché attribuire al contratto di lavoro a tempo indeterminato un primato oggi più che mai contendibile dai più svariati tipi di contratto".

<sup>36</sup> Cfr. per tutti A. BOLLANI, *Lavoro a termine, somministrazione e contrattazione collettiva in deroga*, Cedam, Padova, 2013.

corrodere il “carattere” delle persone<sup>37</sup>, ma pure la centralità del tipo standard nel firmamento del diritto del lavoro – il contratto a tempo pieno e indeterminato ha subito negli ultimi anni un declino quasi inarrestabile, plasticamente raffigurato dai dati statistici Eurostat e Istat.

Secondo Eurostat (agosto 2015), i contratti a tempo determinato nel 2014 sono saliti al 14.0% con punte del 28.3% in Polonia, del 24% in Spagna e del 21.1% in Olanda. Una controtendenza, in Italia, sembra essere stata innescata dal *Jobs Act*, se è vero che, secondo i dati dell'Osservatorio sul Precariato dell'INPS (report gennaio-giugno 2015) nel primo semestre del 2015 aumenta, rispetto al corrispondente periodo del 2014, il numero di nuovi rapporti di lavoro a tempo indeterminato nel settore privato (+ 252.177), mentre rimangono sostanzialmente stabili i contratti a termine e si riducono le assunzioni in apprendistato (- 11.500). Che si tratti di un effetto “drogato” dagli incentivi e dagli sgravi fiscali previsti dal Governo per gli assunti con il contratto a tutele crescenti, ovvero di un *trend* più stabile e giustificato dai (sia pur debolissimi) segnali di ripresa dell'economia, è presto per dirlo. Vale tuttavia rilevare che l'entusiasmo suscitato dai summenzionati dati INPS relativi all'aumento dei contratti stabili viene subito ridimensionato dalla lettura dei dati ISTAT (maggio 2015) secondo cui, dopo l'aumento del mese di aprile (+ 0.6%), a maggio gli occupati diminuiscono dello 0.3% (- 63.000) rispetto al mese precedente e il tasso di occupazione, pari al 5,9% cala di 0,1 punti percentuali. Ancor più allarmante, nel quadro di una comunque difficile interpretazione dei dati statistici, è l'esame del *Dossier su Lavoratori atipici e mercato del lavoro* compiuta dall'ISTAT, a mente del quale «il lavoro atipico è attualmente la più frequente modalità d'ingresso o rientro nell'occupazione: su 100 persone occupate nel secondo trimestre 2014 che l'anno precedente dichiaravano di non lavorare il 55,6% svolge un lavoro atipico (48,2% un lavoro a termine e il 7,4% una collaborazione)», e tale incidenza sale addirittura «al 65,9% tra i giovani fino ai 30 anni». Il peggio è, poi, che secondo l'ISTAT per una quota consistente degli atipici, la condizione di temporaneità del rapporto di lavoro si protrae nel tempo: «sono 566 mila gli atipici che svolgono lo stesso lavoro da almeno cinque anni e circa la metà di questi ha un contratto di durata inferiore all'anno, rinnovati ripetutamente»<sup>38</sup>. In questa situazione appare difficile affermare che il legislatore, con la norma sulla forma contrattuale comune, abbia inteso registrare un dato sociologico-statistico relativo alla prevalenza di fatto del contratto a tempo indeterminato nella concreta dinamica del mercato del lavoro<sup>39</sup>. Piuttosto, il legislatore con quella formula sembra voler esprimere un orientamento assiologico-interpretativo, che tuttavia, inevitabilmente, si connota in senso decisamente evolutivo rispet-

<sup>37</sup> R. SENNET, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Feltrinelli, Milano, 2001.

<sup>38</sup> ISTAT, *Esame dei documenti di bilancio per il triennio 2015-2017, Dossier 1 Lavori atipici e mercato del lavoro*.

<sup>39</sup> Come ritiene, invece, BOLLANI, *op. cit.*

to al passato, da un lato perché diverso, ormai, è lo scenario sociale complessivo in cui quel principio viene calato (il mito del posto fisso è ormai un lontano ricordo), dall'altro perché sono messi in discussione da un legislatore *market-oriented* i presupposti di *inveramento giuridico*, ancor prima che sociale, di quell'astratto riconoscimento.

Il mutamento del substrato sociale è un dato di tale ampiezza e profondità che non può essere, in questa sede, neppure sfiorato. Basti affermare, senza aver qui il tempo di argomentare, che le strutture portanti della società post-industriale e post-nazionale, su cui il lavoro come fattore produttivo si innesta, sono diventate fragili e frammentate, onde gli stessi meccanismi di produzione della sicurezza sociale, un tempo garantiti dal compromesso fordista, devono fare i conti con il motore spiazzante della "iperglobalizzazione"<sup>40</sup> con il suo portato di regressione della democrazia sociale e di crescita vertiginosa delle diseguaglianze sociali ed economiche<sup>41</sup>. Se il capitale umano continua ad essere la "chiave di volta" e l'elemento coesivo della cultura industriale, i numeri dell'occupazione sono ristretti, così come «le basi sociali di processi di produzione che si ergono su fondamenta tecnologiche sempre più complesse»<sup>42</sup>. È evidente che la frammentazione tipologica dei rapporti lavorativi ha determinato una sensibile segmentazione del mercato del lavoro, soprattutto nei Paesi del sud-Europa, rilanciando le teorie sul dualismo del mercato del lavoro. In sostanza il nuovo scenario, che ruota attorno alle modificazioni profonde dell'impresa (sempre meno integrata verticalmente) e della sua strategia occupazionale, oltretutto produttiva, si connota per la presenza di una struttura centrale di occupati "stabili" (i *core workers*, numericamente compatibili con le esigenze di competizione), che si riferiscono al "mercato interno" e alle sue dinamiche in termini di *policy* aziendale (in termini di carriera retributiva e professionale), e di una struttura fluttuante, che richiama le analisi sociologiche sulla "fluidità" della società contemporanea, in cui si muovono lavoratori periferici ed esterni (*contingent workers*) collocati non solo negli interstizi dello schema organizzativo dell'impresa, ma anche in posizioni altrettanto rilevanti<sup>43</sup>.

All'esigenza di controllare il dualismo ha cercato di rispondere, senza minimamente riuscirvi, la riforma Fornero (legge del luglio 2012, n. 92) che, diversamente dagli interventi di flessibilizzazione del mercato del lavoro attuati con il pacchetto Treu del 1997 e con la legge Biagi del 2003, si è posta in un'ottica

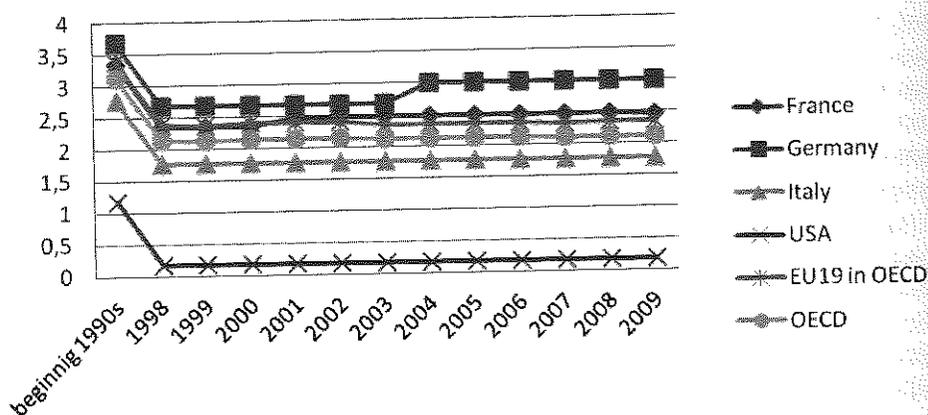
<sup>40</sup> D. RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Bari, 2011.

<sup>41</sup> Documentate, fra le altre fonti, dall'OCSE: cfr. OECD Study *An Overview of Growing Income Inequalities in OECD Countries: Main Findings*, [www.oecd.org/els/social/inequality](http://www.oecd.org/els/social/inequality). Per un'analisi di grande interesse cfr. P. ROSANVALLON, *La société des égaux*, Edition de Seuil, Paris, 2011.

<sup>42</sup> G. BERTA, *Produzione intelligente. Un viaggio nelle nuove fabbriche*, Einaudi, Torino, 2014, p. 62.

<sup>43</sup> Per questa analisi, nella letteratura italiana, cfr. già A. ACCORNERO, *L'ultimo tabù*, Laterza, Roma-Bari, 1999, p. 51 ss.

omeostica di riordino della flessibilità in entrata (con l'obiettivo di razionalizzare l'ampia varietà di tipologie contrattuali) e di ribilanciamento della flessibilità in uscita (attraverso la revisione della normativa sui licenziamenti individuali). I dati sulla rigidità della regolazione del lavoro temporaneo (a tempo determinato e somministrazione) elaborati sulla base dell'*Employment Protection* OCSE (2013) attribuiscono all'Italia un indice di 2,71 inferiore a quello di paesi come Francia (3,75) e Spagna (3,17). L'Italia, quindi, contrariamente alle "narrazioni" che descrivevano il nostro mercato del lavoro come "ingessato" da una insopportabile rigidità protettiva, era già diventato, prima del *Jobs Act*, uno dei paesi europei con la più alta flessibilità del lavoro, ben maggiore rispetto a Germania e Francia e alla media dei 19 Paesi EU contemplati da OCSE, come dimostra la seguente tabella relativa alla flessibilità del lavoro dipendente a tempo indeterminato (valutata in termini di *Employment Protection Legislation*):



Fonte: elaborazione su dati OCSE (2012) <sup>44</sup>.

Il percorso di progressiva erosione della narrazione originaria sulla "forma contrattuale" si realizza, ora, proprio con il *Jobs Act*, che pure, con profili di contraddittorietà, intende riaffermare la natura "comune" del rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Il legislatore odierno da un lato ha agito sui contratti "temporanei" rendendone più agevole il ricorso sotto il profilo normativo e procedurale, assecondando la percezione della loro progressiva fungibilità con la "forma comune" e quindi realizzando i presupposti giuridici di un mercato del lavoro in cui il dualismo e la segmentazione vengono non solo riconosciuti ma rilegittimati, in uno scenario di generale "*montée des incertitudes*" che di fatto abolisce ogni virtù identitaria del lavoro e nel lavoro <sup>45</sup>. Dall'altro lato, il *Jobs Act* ha ampia-

<sup>44</sup> P. TRIDICO, *Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività*, cit.

<sup>45</sup> R. CASTEL, *La montée des incertitudes*, Editions de Seuil, Paris, 2009.

mente rivisitato l'impianto del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ribattezzato con la formula ambigua del contratto "a tutele crescenti", rendendolo assai più flessibile "in uscita" e, di conseguenza, erodendo le basi di stabilità rispetto al contratto di lavoro standard sin qui cresciuto, almeno nell'area della tutela reale, sotto l'ombrello protettivo dell'art. 18 St. lav.<sup>46</sup>. È venuto quindi meno, o si è fortemente indebolito, uno dei principali fattori su cui si era costruita, nella disciplina positiva così come nella narrazione giuslavoristica, la consonanza degli interessi del lavoratore con l'ordinamento della forma contrattuale a tempo indeterminato. Come dire, per riprendere la prospettiva genealogica, che gli "scarti" e le crescenti deviazioni rispetto all'origine, invero già manifestati, sotto il profilo delle deviazioni tipologiche, a partire dagli anni '80 del secolo scorso<sup>47</sup>, si sono saldati con la caduta del dogma della stabilità reale, raggiungendo sinergicamente un tale livello di intensità normativa e valoriale da ridimensionare grandemente il favore per la forma a tempo indeterminato, privilegiando l'occupazione, anche provvisoria, rispetto alla stessa continuità del posto di lavoro.

Vale rilevare, anzitutto, come questa strategia normativa di saldatura tra flessibilità in entrata e flessibilità in uscita non sia coerente con le indicazioni della Commissione europea sul contratto di lavoro unico (*Single Employment Contract*), laddove la riduzione delle tutele in materia di licenziamento si connette strettamente con una riduzione della flessibilità in entrata, al fine di ricomporre il dualismo *insiders/outsiders*<sup>48</sup>. Al contrario, nel disegno del *Jobs Act* la flessibilità in uscita si sposa con una flessibilità in entrata che il testo organico dei contratti qui commentato (d.lgs. n. 81/2015) non solo mantiene inalterata sotto il profilo quantitativo (salva l'innocua abrogazione del lavoro ripartito e di quello a progetto, cui si accompagna, tuttavia, la riesplorazione delle collaborazioni coordinate e continuative di cui all'art. 409 c.p.c.), ma accentua considerevolmente sotto il profilo qualitativo, in tutto il *range* dei contratti "atipici". Come dire che l'esorazione europea a ridurre la segmentazione del mercato del lavoro non è stata affatto accolta dal Governo italiano, che si è dimostrato, sotto questo profilo, ben più lassista di quanto la assai liberista UE richiedeva al nostro Paese, aggiungendo flessibilità a flessibilità, in tutte le possibili direzioni (in entrata, in uscita, funzionale). A ben vedere, infatti, secondo la filosofia europea in materia di occupazione, la riduzione di un eccessivo pluralismo tipologico, emblema della precarizzazione del mercato del lavoro, e la sua ricomposizione in un singolo contenitore

<sup>46</sup> Rinvio su questi aspetti a A. PERULLI, *Il contratto a tutela crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI, *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 3 ss.

<sup>47</sup> Al punto che, come scriveva Marco Biagi nel 1987, si poteva già allora registrare una "generale tendenza a concedere un crescente spazio al contratto a termine, giunta quasi ad invertire ormai lo storico sfavore coltivato in passato", Presentazione ad AA.VV., *Le tendenze del diritto del lavoro nell'occidente*, in *Lav. dir.*, 1987, p. 101.

<sup>48</sup> Cfr. per approfondimenti A. PERULLI, G. CASALE, *Towards the Single Employment Contract*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Geneva, 2014.

contrattuale, dovrebbe venire scambiata con una maggiore flessibilità in uscita, garantita, a sua volta, da efficienti congegni di *flexicurity*. I termini dello scambio, così come prospettato dalle istituzioni europee, 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. È evidente la diversa strategia adottata dal *Jobs Act*, il quale, lungi dall'assorbire i contratti atipici in un'unica fattispecie, o comunque in un *range* ridotto di fattispecie atipiche debitamente "sorvegliate", ha liberalizzato il contratto a termine e *aumentato le dosi di flessibilità all'interno di tutte le tipologie contrattuali* (dalla somministrazione al lavoro accessorio, passando per il *part-time*) senza procedere ad alcuna reale razionalizzazione o semplificazione delle tipologie contrattuali "precarie".

La dimostrazione di questo assunto è presto fatta. La somministrazione di lavoro è stata definitivamente affrancata dal vincolo delle causali e dei casi di lecito ricorso previsti dalla legge, ponendo sullo stesso piano di fruibilità sia la somministrazione a tempo determinato che la somministrazione a tempo indeterminato e lasciando in vita il solo vincolo delle percentuali massime di utilizzo<sup>49</sup>. La facoltà di ricorso al lavoro accessorio è stata ampliata aumentando l'ammontare massimo che il lavoratore può guadagnare annualmente nell'ambito di questa fattispecie, senza alcuna previsione di un regime sanzionatorio per l'abusivo utilizzo dell'istituto, e liberalizzando i settori produttivi, le figure dei committenti e la platea dei destinatari<sup>50</sup>. Il lavoro intermittente, che consente una maggiore flessibilità rispetto al *part-time* elastico, ha conosciuto non solo una conferma, ma una prospettiva di chiara espansione, posto che è stata data un'ampia delega ai contratti collettivi aziendali e territoriali per individuare le ipotesi di ricorso anche in assenza delle condizioni previste dall'art. 8 del d.l. n. 138/2011<sup>51</sup>. Il *part-time*, infine, è stato rivisitato nell'ottica di attribuire al datore di lavoro un più ampio potere di variazione oraria (clausole elastiche e clausole flessibili) grazie all'inedita possibilità di pattuire dette clausole avanti alle commissioni di certificazione<sup>52</sup>.

È evidente che un disegno di tal fatta pone, anzitutto, un profilo di coerenza con i principi di delega di cui alla legge n. 183/2014, che prescrivono al legislatore delegato la promozione «in coerenza con le indicazioni europee, del contratto a tempo indeterminato come forma comune di contratto di lavoro». Di talché il legislatore del *Jobs Act*, tradendo nella sostanza la prospettiva europea, ha finito per mettere in surrettizia concorrenza non solo il contratto a tutele crescenti ed il contratto a tempo indeterminato a-causale<sup>53</sup>, ma anche la somministrazione e le altre

<sup>49</sup> Cfr. LAMBERTI, in questo volume.

<sup>50</sup> Si rinvia all'analisi di PATRIZIA TULLINI, in questo volume.

<sup>51</sup> Si rinvia all'analisi di FIORELLA LUNARDON, in questo volume.

<sup>52</sup> Cfr. l'analisi di VITO LECCESE, in questo volume.

<sup>53</sup> Cfr. C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs Act*; V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma*

forme di lavoro "atipico", dimostrando di rimanere ancorato ad una «vecchia prospettiva di mero impiego flessibile della forza-lavoro»<sup>54</sup>. I presupposti fondanti del ragionamento europeo risultano quindi obliterati, giacché la finalità principale del contratto a tutele crescenti, nella sua formulazione sovranazionale, è costituita dalla riduzione della segmentazione del mercato del lavoro, non solo in una logica di tutela sociale, ma anche di efficienza economica: basti pensare che secondo recenti studi dell'OCSE l'incremento dei contratti a termine ha causato un aumento di quasi il 9% nella volatilità del totale delle ore lavorate nei cicli produttivi, con una volatilità per i lavoratori a tempo determinato di circa 2.5 volte superiore a quella dei prestatori assunti stabilmente<sup>55</sup>. Il documento *Employment in Europe 2010* parla, al riguardo dell'adozione di un contratto a tutele crescenti, della necessità di «rimediare all'attuale asimmetria tra contratti permanenti e a tempo determinato»<sup>56</sup>.

Manca quindi la necessaria coerenza tra *Jobs Act* e la progettualità europea sotto l'essenziale aspetto della coerenza fra le politiche del lavoro volte a ridurre la segmentazione del mercato del lavoro e la riduzione delle tutele realizzate con la riforma dell'art. 18 St. lav. Perfino la sorte delle collaborazioni coordinate e continuative di cui legge delega prevede il "superamento" è contraddetta dal decreto di riordino, che se da un lato, con l'art. 52, co. 1, sancisce il superamento del contratto a progetto e l'assorbimento nell'alveo della subordinazione delle prestazioni "organizzate dal committente", dall'altro statuisce che «resta salvo quanto disposto dall'art. 409 c.p.c.» (art. 52, co. 2), ripristinando in tal modo una situazione pre-legge Biagi, con un regresso in termini di tutela per i lavoratori genuinamente parasubordinati<sup>57</sup>.

#### 4. Le narrazioni indimostrate: il sistema italiano è troppo rigido?

La svolta liberalizzante del *Jobs Act* sembra essere apprezzata soprattutto da quella parte delle dottrine che auspicava l'avvento di una disciplina connotata da elementi di "normalità" o "ordinarietà" nell'impiego flessibile della manodopera. Ecco un elemento di narrazione che deve essere introdotto nell'analisi: in tal prospettiva il sistema italiano su cui sono intervenuti in rapida successione la riforma

dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 223, 2014.

<sup>54</sup> M. TIRABOSCHI, *La disciplina organica dei contratti di lavoro*, in *Guida lav.*, n. 26, 26 giugno 2015, p. 17.

<sup>55</sup> Cfr. [www.oecd.org/employment/database](http://www.oecd.org/employment/database).

<sup>56</sup> Cfr. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/eie/executive\\_summaries\\_en.html](http://ec.europa.eu/employment_social/eie/executive_summaries_en.html). Sul punto si rinvia anche a G. CASALE, A. PERULLI, *Towards the Single Employment Contract. Comparative Reflections*, cit.

<sup>57</sup> 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.

Fornero, la riforma Poletti ed ora il decreto di riordino presentava una disciplina del contratto a termine “ben lontana dal consentirne l'utilizzo anche l'ordinanza attività”, e ciò sarebbe espressione di una “anomalia” da rinvenirsi nel “contesto culturale” ancorato ad una «visione del diritto del lavoro che ritiene intangibile l'insieme dei valori trasfusi nello Statuto dei lavoratori»<sup>58</sup>. In realtà, come abbiamo già spiegato nel paragrafo precedente, il nostro sistema non esprime alcuna anomalia, *caratterizzandosi per elementi di flessibilità nella media dei paesi europei* (v. *retro*, p. 14), mentre la soppressione delle causali giustificative, realizzata dal *Jobs Act*, non equivale affatto a legittimare una visione del contratto a termine come una delle modalità “ordinarie” con la quale l'impresa soddisfa le proprie esigenze di personale, giacché questa “narrazione” non è coerente con il diritto europeo e con la natura del contratto a termine, che non può essere impiegato per soddisfare esigenze permanenti e durevoli di manodopera. È ben noto, infatti, che il diritto dell'Unione europea riconosce l'impegno degli Stati membri nel promuovere *occupazione di qualità* (art. 145 TFUE), in coerenza con quanto disposto dall'art. 3 TUE in punto di piena occupazione, progresso sociale ed “economia sociale di mercato”<sup>59</sup>. In questo quadro il valore della centralità del contratto a tempo indeterminato è stato trasfuso in un vero e proprio “principio” di diritto europeo<sup>60</sup>, divenendo il prisma assiologico attraverso il quale filtrare le normative nazionali sui contratti a tempo determinato con la finalità – espressa dalla direttiva n. 99/1970 – di «proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego» e quindi evitare di escludere un gran numero di lavoratori «dal beneficio della stabilità dell'impiego, inteso quale elemento portante della tutela dei lavoratori». La Corte di Giustizia ha più volte affermato che le misure di prevenzione degli abusi derivanti da una successione di contratti o rapporti a tempo determinato devono assumere carattere “effettivo e vincolante” (caso *Impact*, punto 70), al fine di evitare “la precarizzazione della situazione dei lavoratori dipendenti” (caso *Adeneler*). Se la stabilità dell'impiego è, secondo le parole della Corte di Lussemburgo, elemento portante della tutela del fattore lavoro, mentre l'impiego di contratti a tempo determinato per soddisfare “fabbisogni permanenti e durevoli” del datore di lavoro è «incompatibile con la premessa su cui si fonda l'accordo quadro, vale a dire il fatto che i contratti di lavoro a tempo indeterminato costituiscono la forma comune dei rapporti di lavoro» (caso *Angelidaki*, punto 104), non si può certo addebitare al (pregresso) assetto normativo italiano di essere anomalo rispetto alla visione comunitaria; casomai, si dovrà valutare l'eventuale non conformità del *nuovo quadro normativo* (introdotto dal *Jobs Act*) alla luce dei principi di diritto europeo.

Neppure l'analisi comparatistica avvalorava la tesi della (pregressa) anomalia nella disciplina dell'istituto, dimostrando, al contrario, che i sistemi di diritto

<sup>58</sup> Così L. FIORILLO, in questo volume, p. 101.

<sup>59</sup> Cfr. S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, p. 2 ss.

<sup>60</sup> In tal senso, L. ZAPPALÀ, *I lavori flessibili*, in S. SCIARRA, *op. cit.*, p. 151.

del lavoro europei hanno apprestato misure di contrasto al lavoro temporaneo talvolta assai più stringenti rispetto a quelle italiane. È il caso della Francia, laddove, ai sensi dell'art. L1242-1 del *Code du travail*, i contratti di lavoro a tempo determinato (*contrats de travail à durée déterminée*), qualunque sia il motivo per il quale vengono sottoscritti, non possono avere né per oggetto né per effetto l'instaurazione di un rapporto legato all'attività normale e permanente dell'impresa, ma possono essere conclusi solo per l'esecuzione di un compito preciso e temporaneo e solo in casi determinati (art. L1242-2)<sup>61</sup>. Più complessa è la legge tedesca<sup>62</sup>, che distingue due tipologie di contratti di lavoro a termine: quello in cui la durata è determinata in relazione ad una data del calendario (*kalendermäßig befristeter Arbeitsvertrag*), e quello in cui la durata si desume dalle modalità, dallo scopo o dalla natura della prestazione di lavoro (c.d. contratto di lavoro a termine di scopo, *zweckbefristeter Arbeitsvertrag*). Per quanto riguarda la legittimità dell'apposizione del termine, l'ordinamento tedesco distingue due tipologie contrattuali: la prima presuppone che l'apposizione del termine sia giustificata da un motivo oggettivo, di cui la legge fornisce un elenco non tassativo<sup>63</sup>. La seconda tipologia contempla i contratti a termine "semplificati", nei quali l'apposizione del termine non richiede una causale oggettiva, bensì una durata massima di due anni, con massimo tre proroghe, a patto, però, che non sia sussistito in precedenza un rapporto di lavoro a tempo determinato o indeterminato con il medesimo datore di lavoro. Il divieto stabilito dalla norma, non accompagnato dall'indicazione di un preciso termine temporale, limita perciò la possibilità di stipulare contratti a termine senza motivo oggettivo alle prime assunzioni: anche un brevissimo contratto a termine avvenuto molti anni prima impedisce, infatti, la conclusione di un nuovo contratto a tempo determinato, senza motivo oggettivo, con il medesimo datore di lavoro. Dopo un contratto a termine semplificato è quindi possibile stipulare soltanto contratti a termine giustificati da un motivo oggettivo. In tal modo il legislatore ha inteso ridurre in modo drastico la possibilità di dar vita a contratti di lavoro a catena (c.d. *Kettenarbeitsverträge*). Anche in Spagna, che pure conosce tradizionalmente un alto

<sup>61</sup> Come la sostituzione di un dipendente in caso di assenza, il passaggio provvisorio a tempo parziale, la sospensione del contratto a tempo indeterminato, l'attesa dell'entrata in servizio del dipendente reclutato con contratto a tempo indeterminato destinato a sostituirlo, l'aumento temporaneo dell'attività dell'impresa, ovvero impieghi a carattere stagionale, o ancora appartenenti a settori determinati dalla legge o dalla contrattazione in cui è uso costante non ricorrere al contratto a tempo indeterminato in ragione della natura intrinseca dell'attività o dell'impiego.

<sup>62</sup> Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG) <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tzbf/gesamt.pdf>, da ultimo modificata dall'art. I della legge del 19 aprile 2007.

<sup>63</sup> Che include, ad esempio, il fabbisogno transitorio di manodopera, il termine apposto dopo una formazione o un ciclo di studi per facilitare il passaggio del lavoratore ad un successivo impiego, la sostituzione di altro lavoratore assente, il lavoratore viene impiegato in sostituzione di un altro lavoratore, la particolarità della prestazione lavorativa, il termine viene apposto a fini di prova oppure è giustificato da motivi che dipendono dalla persona del lavoratore.

tasso di impiego a termine, l'art. 15 St. lav. (ET) elenca solo tre circostanze specifiche, ricorrendo le quali è possibile sottoscrivere dei contratti a tempo determinato (*contratos de duración determinada*): contratti per la realizzazione di un'opera o di un servizio definiti; contratti legati alle circostanze del mercato; contratti di sostituzione di lavoratori con diritto alla riserva del posto di lavoro<sup>64</sup>.

Alla luce di questa pur sintetica disamina comparata, su cui torneremo (*infra*, par. 6), appare del tutto evidente sia il disfavore dell'ordinamento europeo nei confronti di un impiego in termini di "normalità" od "ordinarietà" del contratto a termine, sia la complessità e, talvolta, la rigidità degli impianti normativi che presidiano, nei principali sistemi nazionali, l'applicazione della disciplina sul contratto a durata determinata, in aderenza a quanto previsto dalla direttiva comunitaria. Ne deriva che una valutazione della disciplina italiana previgente in termini di "anomalia" risulta priva di fondamento, così come appare assai critica, e comunque criticabile – ma sul punto diremo meglio *infra* – una valutazione della vigente normativa nel senso di accreditare al contratto a termine una natura "funzionalmente equiparata"<sup>65</sup> a quella del contratto a tempo indeterminato, come se le due tipologie fossero, ormai, del tutto interscambiabili e pienamente fungibili sul mercato del lavoro.

Ancor più problematica, se analizzata con metodo scientifico, vale a dire secondo una logica argomentativa che opera in base a criteri di verifica e falsificazione, è poi la narrazione, riproposta di continuo dalla dottrina più incline alla liberalizzazione dei contratti atipici, secondo la quale la svolta deregolativa sarebbe giustificata, e comunque giustificabile, nell'ottica di un aumento dell'occupazione<sup>66</sup> e non, semplicemente, in quella dell'interesse egoistico dell'impresa (la quale, come è noto, se condotta con meri criteri di convenienza a breve termine, prescinde da considerazioni di ordine sociale sulla qualità/stabilità dell'occupazione). A ben vedere, il postulato relativo ai presunti benefici sociali ed occupazionali della flessibilità si fonda su un duplice assunto, l'uno di carattere generale, l'altro di carattere particolare, entrambi infondati: il primo è collegato alla *perdita di autorità della scienza giuridica* (e dei suoi orientamenti assiologici) a fronte della supremazia del discorso economico, la cui autorevolezza si baserebbe su una asserita "scientificità" animata da una sincera preoccupazione per il "bene comune"; l'altro riguarda specificamente l'analisi economica del mercato del lavoro e identifica nelle rigidità della regolamentazione effetti depressivi sull'economia e sull'occupazione.

<sup>64</sup> Per una sintetica ma efficace descrizione dei sistemi in esame cfr. Camera dei deputati, XVII Legislatura, Appunto 14/2014 26 marzo 2014, *I contratti di lavoro a tempo determinato in Francia, Germania e Spagna, con particolare riferimento ai profili della durata e della causalità*, consultabile in <http://www.camera.it/temiap/2014/03/26/OCD177-40.pdf>.

<sup>65</sup> Così, invece, L. FIORILLO, in questo volume, p. 95.

<sup>66</sup> Così, ad esempio, L. FIORILLO, in questo volume, con riferimento alla innovazione della riforma Fornero, nonché a p. 107, laddove osserva che la riforma Poletti (legge n. 78/2014) è "il frutto di pressioni interne, dovute alla imponente massa di cittadini privi di occupazione".

Il primo elemento della narrazione<sup>67</sup>, come è ormai evidente specie dopo la crisi che ha scosso l'economia globale a partire dal 2007, è infondato e sta erodendo i valori fondamentali della società<sup>68</sup>: il discorso di matrice neoliberista non è affatto "scientifico" e sconta, al contrario, l'impotenza della razionalità economica nel predire ed orientare le dinamiche socio-economiche<sup>69</sup>. Quanto al secondo assunto, è contraddetto dagli stessi studi economici, che ne minano alla base ogni fondamento di verità, disvelandone il carattere puramente ideologico. Le più autorevoli indagini condotte nell'ambito della letteratura economica concordano infatti nel ritenere essenziale, nell'ambito delle politiche di sostegno all'occupazione, il ruolo della domanda aggregata, dipendente da politiche macro-economiche fiscali e monetarie, e settoriali<sup>70</sup>. Gli effetti negativi di politiche del lavoro improntate a ricette di "precarietà espansiva" sono stati dimostrati da rigorose ricerche economiche, secondo le quali nei paesi dell'Eurozona, dal 1990 ad oggi, la liberalizzazione dei rapporti di lavoro a termine si è accompagnata con l'aumento della disoccupazione, e tale dato riguarda ancor più il nostro Paese<sup>71</sup>. La stessa OCSE ha del resto, da tempo e a più riprese, negato l'esistenza di una correlazione tra flessibilità del lavoro e occupazione, posto che, al contrario, le differenze nei regimi di protezione dell'impiego appaiono largamente incorrelate alle differenze tra i tassi di disoccupazione dei vari Paesi<sup>72</sup>. Anche una parte della dottrina italiana maggiormente incline ad assecondare l'introduzione della flessibilità tipologica, consapevole dei dati e delle analisi condotte in sede internazionale riconosce che, a fronte del dramma della disoccupazione giovanile, lungi dall'immaginare meccaniche relazioni di causalità tra l'aumento della flessibilità e l'incremento dei tassi di occupazione, è necessario superare un approccio – definito "parziale e riduttivo" – meramente regolativo, abbracciando, al contrario, una filosofia di intervento di tipo istituzionale; ciò in quanto «l'analisi comparata mo-

<sup>67</sup> Sulla perdita di autorità del punto di vista giuridico, e sulle sue implicazioni per il diritto del lavoro, onde il discorso giuridico è «sempre più tributario di altri "discorsi" e di altri "saperi", cosicché al giurista, come tale, resta sempre meno da dire sul diritto», cfr. già le penetranti e preveggenti pagine di M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista del diritto del lavoro e la questione del metodo*, in *Riv. crit. del dir. prov.*, 1990, p. 217.

<sup>68</sup> Cfr. J.E. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013, p. XIX.

<sup>69</sup> Su questo punto rinvio a G. RIST, *I fantasmi dell'economia*, Jaca Book, Milano, 2012; sui limiti dell'ortodossia economica cfr. anche K. BASU, *Oltre la mano invisibile. Ripensare l'economia per una società giusta*, Laterza, Roma-Bari, 2013.

<sup>70</sup> J. STIGLITZ, *Il prezzo della disuguaglianza*, Einaudi, Torino, 2013; F. FAZIO, A.M. WELEMIAM (a cura di), *Young Workers in Recessionary Times. Literature Review*, in *E-Journal of International and Comparative Labour Studies*, n. 3-4, 2012; ILO, *World of Work Report 2012. Better jobs for a better economy*, International Labour Office, Geneva, 2012.

<sup>71</sup> R. REALFONZO, G. TORTORELLA ESPOSITO, *Gli insuccessi nella liberalizzazione del lavoro a termine*, in <http://www.economiaepolitica.it/primo-piano/gli-insuccessi-nella-liberalizzazione-del-lavoro-a-termine/#sthash.7p2x2JhS.dpuf>.

<sup>72</sup> Cfr. gli *Employment Outlook* pubblicati dall'OCSE, ad es. quello del 2004.

stra, in effetti, come decisivi per gli andamenti della disoccupazione giovanile siano non solo e non tanto le regole del mercato del lavoro in tema di assunzioni e licenziamenti presenti in un determinato Paese, quanto altri fattori quali la qualità del sistema educativo, la presenza di adeguati percorsi di integrazione e/o transizione della scuola al lavoro, la qualità del sistema di relazioni industriali, il funzionamento delle istituzioni del mercato del lavoro»<sup>73</sup>.

Alla luce di queste rapide considerazioni appare evidente che sostenere l'utilità e addirittura la necessità, a fini sociali ed occupazionali, degli interventi di liberalizzazione del contratto di lavoro a termine, rappresenta un pensiero incoerente con i dati forniti dalla stessa analisi economica cui ci si appella per giustificare il mutamento di corso, oltretutto con le riflessioni più serie della dottrina adusa a confrontarsi con le metodologie della ricerca internazionale e comparata. Più che ovviare alla cronica mancanza di effettività del *diritto al lavoro*, su cui si fonda la critica neoliberista al *diritto del lavoro*, tutti i dispositivi riconducibili alla flessibilità quantitativa esterna (che comprende la disciplina del licenziamento), hanno ben altro fondamento, che risponde ad una strategia di traslazione sulla forza-lavoro (e, finanche, sulla collettività) di alcuni rischi tipici dell'esercizio dell'impresa: come dimostrano gli studi sul mercato del lavoro durante la recessione, il rischio della contrazione della produzione viene scaricato sui lavoratori, che lo sostengono con i contratti a tempo determinato o atipici, garantendo all'impresa la conservazione della sua posizione di mercato<sup>74</sup>.

Vale a questo punto rimarcare un ulteriore elemento di analisi ricostruttiva, concernente la portata ed in senso teorico-pratico della disposizione che apre la c.d. "disciplina organica dei contratti di lavoro", con la disposizione in commento. Poiché la grandezza valoriale della "primazia" del contratto a tempo indeterminato quale "forma comune" dei rapporti di lavoro si misura non in astratto, ma nella dialettica evolutiva delle tutele ad esso relative, appare evidente che la rinnovata espressione legislativa del *favor* per il lavoro a tempo indeterminato di cui all'art. 1 si connota in senso assai diverso rispetto al passato, non solo per la progressiva liberalizzazione del contratto a tempo determinato – che fa suonare quell'enunciato sempre più retorico, se non addirittura falso – ma in ragione del vero e proprio mutamento di paradigma realizzato in materia di stabilità dei rapporti a tempo indeterminato, grazie ad una legislazione assai permissiva in punto di rimedi contro il licenziamento illegittimo; onde lo stesso valore giuridico del contratto a tempo indeterminato – in termini di garanzia di continuità dell'impiego, di percezione di un reddito adeguato al sostentamento del lavoratore e della sua famiglia, di garanzia di una progressione professionale ecc. – si indebolisce sino ad apparire

<sup>73</sup> M. TIRABOSCHI, *La disoccupazione giovanile in tempo di crisi: un monito all'Europa (continentale) per rifondare il diritto del lavoro?*, in L. NOGLER, L. CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro*, Liber amicorum Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 598.

<sup>74</sup> Cfr., anche per i riferimenti agli studi in oggetto, P. LOI, *Rischio e sicurezza nel rapporto di lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2013, p. 590.

re espressione di un modello regolativo (quello della stabilità del *posto* di lavoro) ormai non più coltivato dall'ordinamento giuridico. Come dire che il principio del contratto a tempo indeterminato come "forma comune" dei rapporti di lavoro rappresenta il vuoto simulacro di una regola progressivamente deprivata di sostanza, al pari di una luce che giunge da remoti abissi spaziali, ove gravita una stella morente nel firmamento del diritto del lavoro. Con uno slogan solo apparentemente provocatorio, si potrebbe dire che l'atipico è diventato ormai tipico, mentre il lavoro standard a tempo indeterminato e ad orario pieno appare connotato, esso stesso, da crescenti elementi di intrinseca precarietà, tali da far perdere al contratto di lavoro a tempo indeterminato i crismi della fattispecie stabile e fissa nel mercato del lavoro, con i tradizionali corollari di una prospettiva retributiva e professionale crescente ed il coinvolgimento sociale e umano nell'impresa-comunità, secondo un idealtipo socio-economico che, ancor prima del novecentesco "compromesso fordista", risale addirittura alle utopie ottocentesche della città-fabbrica<sup>75</sup>.

##### 5. Et pourtant ... prendere l'art. 1 sul serio

Seppur assai meno significativa di un tempo, l'alternativa tra la stipula di un contratto a tempo indeterminato ovvero di un contratto a termine/temporaneo, permane nell'ideale visione (e progettualità) legislativa, così come permane il valore normativo del contratto a tempo indeterminato come fattispecie "comune" dei rapporti di lavoro pur nel quadro di un mutato orientamento "strategico" del legislatore, in cui la dichiarata finalità di promuovere l'occupazione anche attraverso gli incentivi contributivi al contratto a tutele crescenti fa premio sull'esigenza di tutelare la stabilità dell'impiego. Questo significa che, tutto sommato, l'art. 1 non esprime un *principio*, ma una *regola*, e che la sua narrazione, benché condizionata dai mutamenti epocali che interessano un diritto del lavoro profondamente segnato da fratture genealogiche, non può ridursi a pura e semplice negazione o relativizzazione del valore che ancora oggi quella regola può giuridicamente esprimere.

Con la perdurante centralità della regola riaffermata dall'art. 1 l'interprete, quindi, deve fare seriamente i conti. Ovviamente, il valore di questa norma risulta, per le ragioni sin qui esposte, fortemente condizionato dalla stessa evoluzione del sistema, onde dovrà essere reinterpretata alla luce dei più profondi sommovimenti che la materia sta conoscendo (sul piano interno), ma pur sempre nell'ambito di una cornice normativa europea, la quale da *framework* debole e minimalista (quale poteva essere considerata *prima* delle riforme italiane, se comparata con il grado di rigidità della previgente normativa), diviene oggi l'unico elemento di continuità *vis a vis* la liberalizzazione dei contratti temporanei. Ne consegue che la portata valoriale del contratto di lavoro a tempo indeterminato si riflette, oggi, e dovrà riflettersi in futuro, nella capacità del sistema di apprestare non solo vincoli

<sup>75</sup> Cfr. A. ACCORNERO, *op. cit.*, p. 54.

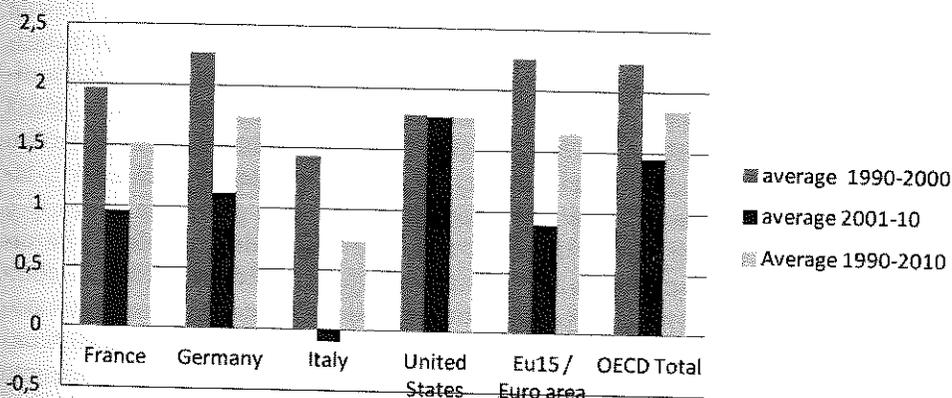
alla flessibilità “cattiva” e all’abuso nella reiterazione dei contratti temporanei, ma nello sviluppo di nuove tutele e garanzie, basate sul principio di *flexicurity*, idonee a scongiurare la “trappola della precarietà”: ossia la permanenza *ad libitum* del prestatore nel mercato del lavoro secondario, senza prospettive di stabilizzazione. Questo rischio, come dimostrano i dati ISTAT sopra menzionati, è già una realtà per molti lavoratori, specie giovani, in uno scenario di precarizzazione stabile dell’occupazione che lo Stato, se intende assolvere alla sua funzione di “regolatore sociale” in un’ottica di giustizia allocativa e di coesione, deve contrastare. Se è vero che il contratto di lavoro a tempo indeterminato è la “forma comune di rapporto di lavoro”, e se a tale regola si vuole oggi connettere una residua dimensione assiologico-prescrittiva e non solo retorica o meramente simbolica, il sistema giuridico deve muoversi su due direttrici parallele, ma convergenti nel contrasto alla precarietà del lavoro e alla promozione di occupazione a tempo indeterminato (per quanto “stabile” possa essere oggi l’occupazione standard: v. *retro*).

5.1. Anzitutto, posto che l’estensione della “forma comune” si misura in rapporto al suo “negativo” (il contratto a tempo determinato), il legislatore non può limitarsi ad incentivare il contratto a tutele crescenti attraverso provvedimenti di stimolo monetario (più o meno temporaneo): le norme di carattere “premiale” sul costo contributivo (maggiore onerosità per il contratto a termine, grazie al contributo addizionale dell’1,4% *ex art.* 1, co. 9, lett. b), legge n. 92/2012, sgravio triennale per il contratto a tutele crescenti previsto dalla legge di stabilità), anche a prescindere dalla loro temporaneità, non hanno nulla a che vedere con la disciplina tipologica dei rapporti di lavoro. È su quest’ultima che il legislatore deve agire, garantendo il rispetto dei parametri europei. Il sistema deve quindi apprestare, e soprattutto garantire efficacemente, limiti alla stipulazione reiterata di contratti a termine o temporanei, stabilendo in modo *assolutamente rigido e non derogabile* il tetto massimo di durata di 36 mesi, unitamente a reali meccanismi di contingentamento, tali da garantire che i *contingent workers* non superino quella percentuale, individuata dal legislatore nel 20% della forza-lavoro occupata, ritenuta compatibile con le esigenze produttive/competitive dell’impresa e con le opposte esigenze di tutela del lavoro (della sua stabilità e “qualità”) garantite dalla Costituzione (artt. 1, 4 e 35 Cost.). Per far questo il sistema giuridico deve impiegare gli strumenti della norma inderogabile, imponendo nella regolazione del lavoro a termine un assetto di interessi alieno rispetto ai *desiderata* dell’impresa. Se il diritto del lavoro non recupera – anche in via interpretativa – questa dimensione *efficacemente regolativa*, riscrivendo la cornice normativa eteronoma con cui si effettuano le scelte imprenditoriali in merito alla qualità/stabilità dell’occupazione, la giusta allocazione delle risorse sarà rimessa alla pura logica del mercato – e, quindi, ai suoi “fallimenti” –, del tutto sordo alle istanze valoriali ispirate a principi di tutela sociale. Né si contesti che pure questa prospettiva regolativa, peraltro non più “qualitativa” ma meramente “quantitativa”, rappresenta un indesiderabile condizionamento della razionalità economica. È tempo di riaffermare, a

fronte di un pensiero *pro-business* sempre più aggressivo e affrancato da ogni preoccupazione che non si riduca alla pura logica del profitto, che l'impresa, per essere economicamente efficiente, dev'essere anche socialmente responsabile, e che lo Stato nazionale con i suoi *locally binding constraints* deve riconquistare quel forte ruolo regolativo che connota la "globalizzazione intelligente", e non consegnare i diritti del lavoro alle compatibilità poste dall'"iperglobalizzazione"<sup>76</sup>.

Del resto, una presa di coscienza degli effetti controintuitivi indotti da una smodata flessibilità del lavoro è in atto nella stessa letteratura manageriale, sia che si ragioni in termini di "capitale umano" (alla Gary Becker), sia che si accolgano gli insegnamenti della sociologia industriale, che da tempo dimostra come la strumentalizzazione selvaggia del lavoro distrugge la cultura d'impresa, essenziale nella trasmissione delle conoscenze e del *savoir-faire* indispensabile alla produttività aziendale<sup>77</sup>. Come dire che l'esigenza di garantire uno spazio alla regolazione istituzionale del mercato del lavoro e della concorrenza illimitata mediante criteri extra-economici di valutazione e di ponderazione degli interessi in gioco (su cui si basa l'essenza stessa del diritto del lavoro nella sua "funzione emancipatrice") risponde non tanto ad imperativi etici o filantropici, ma serve anzitutto a garantire l'efficacia dello stesso sistema economico e la produttività dell'impresa, come dimostrano, a tacer d'altro, i dati statistici comparativi sui rapporti, inversamente proporzionali, tra flessibilità del lavoro e produttività del lavoro:

Crescita della produttività del lavoro 1990-2010



Fonte: elaborazione su dati OCSE<sup>78</sup>.

Questa prospettiva di condizionamento sociale del mercato si avvera, a ben

<sup>76</sup> Il riferimento è alla teoria dell'economista DANI RODRIK, *La globalizzazione intelligente*, Laterza, Bari, 2011.

<sup>77</sup> Cfr. R. CASTEL, *La montée des incertitudes*, Editions de Seuil, Paris, 2009, p. 59.

<sup>78</sup> P. TRIDICO, *Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività*, cit.

vedere, in altri campi dell'economia, in cui il diritto privato c.d. "regolatorio" interviene in una logica opposta a quella della norma suppletiva, volta ad agevolare la relazione contrattuale secondo il voluto delle parti, selezionando ed imponendo, tra le possibili scelte dell'autonomia privata, quelle capaci di garantire un'allocazione delle risorse che il mercato e la limitata razionalità dell'*homo oeconomicus* non sarebbero in grado di assicurare. Tale postura normativa, che si manifesta nei ben conosciuti plessi normativi del diritto europeo della concorrenza e della regolazione dei mercati (in particolare dell'energia, dei trasporti, delle telecomunicazioni), si giustifica in ragione di interessi considerati prevalenti, come quelli del consumatore o del lavoratore: entro tali cornici ontologiche ed assiologiche, le cui ascendenze normative risalgono ai principi costituzionali in tema di utilità sociale (art. 41, co. 2, Cost.)<sup>79</sup>, precetti eteronomi penetrano perfino nell'ambito delle più gelose prerogative proprietarie – come dimostra la teoria dei *commons* – o della *governance* societaria, come dimostra la normativa in materia di quote di genere nei consigli di amministrazione delle società quotate in borsa (legge n. 120/2011). Questi strumenti della "governamentalità" dei sistemi sociali complessi, capaci di coniugare libertà e sicurezza<sup>80</sup>, non sono espressione di un reativo "dirigismo statale" dell'economia, ma affermazione di istanze che attengono alla legittimazione giuridica e sociale del mercato, onde l'impresa come organizzazione «diviene lo strumento performativo per tradurre nella vita dei cittadini aspettative proprie piuttosto della sfera politica e rivenienti dalla partecipazione democratica alla vita del Paese»<sup>81</sup>.

Proprio su questi punti qualificanti, invece, si registra la principale criticità della nuova legislazione, che su entrambi i fronti della regolazione (limite massimo di 36 mesi e contingentamento del 20% dei contratti temporanei) appresta dispositivi *disponibili* da parte dell'autonomia collettiva, realizzando di tal guisa una regolazione del mercato del lavoro insoddisfacente sotto l'essenziale profilo della certezza e invalicabilità dei limiti all'allocazione flessibile della forza-lavoro. Invero, la asserita "delega in bianco" all'autonomia collettiva<sup>82</sup>, anche a livello aziendale, relativamente ai due parametri chiave di controllo della discrezionalità datoriale in merito all'impiego di contratti a termine (durata complessiva di uno o più rapporti a termine tra lo stesso datore e lo stesso prestatore, e numero complessivo di lavoratori con contratto a tempo determinato) sconfessa i caratteri di "certezza ed oggettività" che la normativa avrebbe assunto

<sup>79</sup> Per un richiamo all'art. 41, co. 2, Cost. in funzione di controbilanciamento "rigido" alle flessibilità del mercato del lavoro, specie in funzione di tutela sociale, cfr. M. CINELLI, *Competitività, flessibilità delle tutele, diritti fondamentali*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, p. 299.

<sup>80</sup> Rinvio sul punto a A. PERULLI, *Il diritto del lavoro tra libertà e sicurezza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 247 ss.

<sup>81</sup> Cfr. A. ZOPPINI, *Diritto privato vs diritto amministrativo (ovvero alla ricerca dei confini tra stato e mercato)*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, p. 526.

<sup>82</sup> Così L. FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in questo volume.

spostando il controllo sull'uso del contratto a termine dalla verifica di ragioni oggettive giustificatrici alla sussistenza di vincoli di ordine meramente quantitativo<sup>83</sup>.

La miglior riprova di quanto sostenuto è offerta dall'analisi della contrattazione collettiva derogatoria, che in taluni casi ha addirittura rimosso il vincolo dei 36 mesi<sup>84</sup>, mentre in altri ha ampliato a dismisura il tetto previsto dalla legge, portandolo a 60 o 70 mesi: lassi temporali del tutto incongrui rispetto alla finalità anti-abusiva che la definizione per via legislativa di un limite massimo all'utilizzo del contratto a tempo determinato dovrebbe assumere, secondo quanto prescritto dalla normativa europea. Affermare che la fonte collettiva «non è legittimata ad eliminare qualsivoglia limite all'uso del contratto a tempo indeterminato parificandolo in tutto e per tutto a quello a tempo indeterminato»<sup>85</sup> è certamente corretto; ma proprio la consapevolezza di questa necessaria e rigorosa delimitazione delle funzioni dell'autonomia collettiva avrebbe dovuto indurre il legislatore ad una formulazione più rigorosa e prudente della norma di rinvio, evitando di affidare alla contrattazione una "delega in bianco", l'esercizio della quale potrebbe determinare, e di fatto ha già determinato, una surrettizia elusione dei vincoli quantitativi: elusione non solo nel senso estremo di una loro drastica eliminazione, ma anche in quello, più surrettizio e ambiguo, di un incongruo innalzamento di tali limiti, tale da frustrare, di fatto, l'esigenza di evitare gli abusi nella reiterazione dei contratti a tempo determinato. Si potrebbe, invero, sostenere che in entrambi i casi il contratto collettivo possa essere giudicato nullo per contrasto con norme imperative (arg. ex art. 1418 c.c.). Ma tale esito interpretativo, che sconta la *ratio* della legge così come emerge dal senso letterale delle parole, contrasta con la prospettazione di una "delega in bianco" capace di spingere quei limiti quantitativi (di durata e di numero) *ad libitum* (altrimenti la delega non sarebbe "in bianco"; ma avrebbe dei precisi e predefiniti *limiti di misura*, che invece mancano del tutto). Peraltro, un controllo di ragionevolezza delle disposizioni collettive, al fine di sanzionare un eventuale contrasto di tali determinazioni con norme imperative, dovrebbe essere esercitato dal giudice, introducendo elementi di incertezza e di discrezionalità valutativa che la disciplina, così intesa ed apprestata, vuole certamente evitare; così come, del resto, è proprio dell'intera filosofia del *Jobs Act* (basti pensare alla disciplina del licenziamento, tutta protesa ad eliminare quanto possibile l'interpretazione e l'intervento demolitorio giudiziale).

<sup>83</sup> Così, invece, L. FIORILLO, in questo volume. Ma i criteri della durata del contratto e del numero dei lavoratori, se vengono rimessi alla discrezionale ed imponderabile determinazione dell'autonomia collettiva, specie aziendale, perdono la caratteristica di "elementi certi ed oggettivi", come invece sostiene l'A. in questione.

<sup>84</sup> Cfr. l'accordo relativo al settore terziario distribuzione e servizi nella provincia autonoma di Bolzano, che prevede che i contratti a termine prescindono "dal numero dei lavoratori in organico" così come "dal limite temporale complessivo di 36 mesi"; cfr. sul punto A. LASSANDARI, *L'ordinamento perduto*, in *Lav. dir.*, 2015, p. 75.

<sup>85</sup> L. FIORILLO, in questo volume.

La prima conclusione non può quindi che essere la seguente: interpretata come “delega in bianco” alla contrattazione collettiva, la disciplina apprestata dal d.lgs. n. 81/2015 non è affatto imperativa ed inderogabile; si tratta invece di una normativa *semi-imperativa*, derogabile dall’autonomia collettiva e per ciò in palese contrasto con quanto prescritto dalla direttiva europea, che prevede un elenco di misure di prevenzione degli abusi relative all’introduzione: a) di ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) di una durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) di un numero di rinnovi dei suddetti contratti o rapporti (clausola 5.1). Una volta che il legislatore italiano, rimuovendo la necessità di ragioni oggettive, ha spostato il vincolo sui criteri quantitativi, ed in particolare sulla misura riconducibile alla lett. b) della clausola 5.1, è obbligato ad adottare e ad implementare tale misura in modo “*effettivo e vincolante*” (caso *Impact*, punto 70), giacché ciascuna misura (e non solo quella *sub a*) deve essere recepita in modo tale da apprestare ai lavoratori a termine una reale ed effettiva tutela. Sia in *Adeneler* sia in *Angelidaki* la Corte di Giustizia ha interpretato in una prospettiva assai rigorosa la nozione di “ragioni oggettive”, onde, in maniera altrettanto rigorosa devono essere interpretate le altre misure contemplate dalla clausola 5.2. Di tal guisa, optando per la misura di cui alla lett. b) il legislatore, per non collidere con la direttiva, deve stabilire tassativamente un arco temporale non rimovibile e non eccessivamente lungo nel quale un lavoratore può prestare servizio presso una stessa azienda con uno o più contratti a termine<sup>86</sup>, pena la contrarietà con la finalità della disposizione sovranazionale. È del tutto evidente che un rinvio senza limiti alla contrattazione collettiva crea un potenziale, ma concretissimo, *vulnus* alla regola per cui il contratto a tempo indeterminato è la “forma comune” di rapporto di lavoro, sia ampliando notevolmente il termine di durata massima, sia muovendosi in una logica di modifica dei limiti quantitativi non coerente con il principio di prevalenza numerica dei contratti a tempo indeterminato<sup>87</sup>. Un *vulnus* che rischia di esporre il sistema ad una deriva di sostanziale rimozione di tutti i vincoli all’impiego di forza-lavoro a termine, in piena contraddizione con il principio per cui il contratto a tempo indeterminato è la “forma comune” del rapporto di lavoro.

Se a tale facoltà derogatoria della contrattazione collettiva si somma la fragilità del secondo vincolo quantitativo, anch’esso derogabile, relativo al tetto del 20%, ma assistito da una mera sanzione amministrativa – che resta affidata agli organismi di vigilanza e non ha alcun riflesso sul rapporto di lavoro, posto che il lavoratore non ha né interesse a denunciarne la violazione né legittimazione ad agire in giudizio –, il superamento di ogni argine all’abuso si realizza fino in fondo. A questo punto un’ultimissima spiaggia per salvare principi comunitari potrebbe consistere nell’invocare l’istituto della frode alla legge, sulla scorta dell’orienta-

<sup>86</sup> Così, correttamente, L. ZAPPALÀ, *op. cit.*, p. 154.

<sup>87</sup> Cfr. A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto di lavoro a termine*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 11.

mento della Corte di Giustizia, la quale di recente ha affermato (in *Mascolo*) che «il rinnovo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato al fine di soddisfare esigenze che, di fatto, hanno un carattere non già provvisorio, ma, al contrario, permanente e durevole, non è giustificato», onde l'abuso nella successione di contratti si realizza quando «un esame globale delle circostanze sottese al rinnovo riveli che le prestazioni richieste dal lavoratore non corrispondono a una mera esigenza temporanea». Il Giudice europeo legittima oggi, in tal modo, lo stesso criterio impiegato un tempo dai giudici italiani per verificare la congruità della successione di contratti a termine alla luce della legge n. 230/1962, ovvero la sussistenza di una "frode oggettiva" volta a mascherare il soddisfacimento di esigenze permanenti di lavoro<sup>88</sup>. Onde il giudice di merito non dovrà fermarsi al vincolo formale, ormai debolissimo, offerto dalla legislazione, ma verificare in concreto se, in base al numero dei contratti, all'arco temporale in cui si sono succeduti, alla durata complessiva del rapporto con uno stesso lavoratore e in base ad «ogni altra circostanza fattuale emersa in atti» non ci si trovi dinanzi a un comportamento fraudolento, in contrasto con i principi comunitari che vietano di impiegare i contratti a termine per soddisfare esigenze stabili di occupazione<sup>89</sup>.

Ora, se è vero che la normativa italiana non è conforme con la direttiva europea nella misura in cui autorizza la contrattazione collettiva a rimuovere e/o rimodulare in modo abnorme il tetto massimo di durata del contratto a termine, e se è vero che tale contrarietà è *in re ipsa*, non occorrendo che tale evenienza accada di fatto giacché è la struttura stessa della norma a porsi automaticamente in contrasto con la direttiva<sup>90</sup>, quali conseguenze dobbiamo trarne?

Anzitutto la clausola 5.1. della direttiva non è una norma *self-executing*: secondo l'interpretazione della CGE, il disposto non presenta le caratteristiche di norma incondizionata e sufficientemente precisa per poter essere invocata da un singolo dinanzi a un giudice nazionale. Ne consegue che, in linea di principio, la contrarietà in esame non produce conseguenze nei rapporti di lavoro, ma apre la via ad una procedura di infrazione che potrebbe condurre ad una condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia. Tuttavia, prima di giungere a queste conclusioni, è necessario verificare se è possibile adottare un'interpretazione *adeguata*, conforme al dettato della direttiva. Una simile interpretazione, peraltro obbligatoria da parte del giudice nazionale, appare senz'altro possibile. *Si tratta di interpretare restrittivamente la facoltà derogatoria attribuita alla contrattazione collettiva*: se quest'ultima poteva, nel sistema previgente esprimersi a tutto tondo in punto di deroga alla durata massima del contratto a termine – ciò in quanto il

<sup>88</sup> Cfr. L. MENGHINI, *La conversione giudiziale dei reiterati contratti a termine con la p.a. e le supplenze scolastiche: diritto interno e diritto europeo*, in *Riv. giur. lav.*, 2012, II, p. 699.

<sup>89</sup> In tal senso, condivisibilmente, V. SPEZIALE, voce *Lavoro a termine*, in corso di pubblicazione in *Enc. dir.*

<sup>90</sup> Così V. LECCESE, *La compatibilità della nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato con la direttiva n. 99/70*, in *Riv. giur. lav.*, 2014, p. 772.

limite costituito dalla ragione oggettiva garantiva di per sé il rispetto della normativa europea —, oggi, caduto il sistema delle causali, deve ritenersi che l'autonomia collettiva non è destinataria di una "delega in bianco", ma di una facoltà regolativa assai più limitata. Né si dica che questa interpretazione adeguatrice non è necessaria, perché il sistema, pur connotato dall'adozione del solo limite temporale massimo, conosce altri limiti di natura equivalente: tale non è certamente il limite quantitativo del 20%. Il contingentamento, infatti, è a sua volta derogabile dalla contrattazione collettiva; non rientra tra le modalità previste dalla direttiva al fine di prevenire l'abuso nella successione di contratti a termine; è dotato di una sanzione scarsamente dissuasiva; infine non attiene alla regolazione del rapporto di lavoro, potendosi in ipotesi realizzare il rispetto del limite quantitativo e, contemporaneamente, la reiterazione abusiva di rapporti a termine fra le stesse parti, in evidente spregio della direttiva.

La contrattazione, quindi, non può rimuovere il tetto dei 36 mesi: se ciò avviene, la norma collettiva è invalida (nulla) e di conseguenza il rapporto di lavoro a termine risulta a sua volta invalido, soggiacendo alla conversione in contratto a tempo indeterminato. La contrattazione non può neppure rimodulare *in peius* il termine dei 36 mesi, giacché, per le ragioni sopra esplicitate, anche in tal caso l'accordo collettivo sarebbe invalido, con le medesime conseguenze sul piano dei rapporti di lavoro. Non può ritenersi appagante, sul punto, una interpretazione meno rigorosa, che ammetta il controllo del giudice su tetti introdotti per via negoziale, diversificati ma comunque superiori ai 36 mesi<sup>91</sup>. Infatti questa soluzione consegnerebbe alla magistratura l'incongruo compito di valutare nel merito, e senza alcun parametro oggettivo di riferimento, i prodotti dell'autonomia collettiva, *id est* la misurazione della compatibilità dei nuovi (e differenziati) tetti introdotti contrattualmente, con un giudizio caso per caso incompatibile con le esigenze di certezza imposte dall'*interpretazione adeguatrice*.

Per salvare la legge italiana da un insanabile contrasto con la direttiva è quindi necessario interpretare diversamente il disposto che abilita la contrattazione collettiva a derogare al limite dei 36 mesi. Un contratto collettivo che protragga i limiti di durata di più contratti a termine con lo stesso lavoratore oltre i 36 mesi non può essere considerato legittimo a fronte di una interpretazione adeguatrice. Quel contratto collettivo, seppur formalmente rispettoso della direttiva (perché un termine pur sempre lo contempla), viola nella sostanza il principio di diritto espresso dal diritto europeo, consistente nell'obbligo per lo Stato membro di prevedere una durata certa, tale da evitare che attraverso la successione di contratti si attui la copertura di una occasione di lavoro stabile<sup>92</sup>. L'interpretazione adeguatrice conduce insom-

<sup>91</sup> In questo senso, pare, SPEZIALE, *op. cit.*, p. 12.

<sup>92</sup> Così V. SPEZIALE, *op. cit.*; anche V. LECCESE, *op. cit.*, afferma, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, che non è sufficiente una durata massima qualsiasi dei contratti a termine per garantire la funzione preventiva voluta dalla clausola 5.1.

ma a ritenere che il rinvio alla contrattazione collettiva non sia affatto un rinvio in bianco, e che la deroga indicata dal legislatore con la formula «*salvo che ...*» possa essere esercitata solo *in melius* e non *in peius*, vale a dire riducendo, e non innalzando, il limite dei 36 mesi. In tal prospettiva la contrattazione collettiva riacquista il proprio ruolo tradizionale, benché oggi assai offuscato, di fonte regolatrice del rapporto di lavoro con vocazione ad incrementare (e non ridurre) le tutele stabilite dalla fonte legale. A una diversa conclusione non si può pervenire neppure valorizzando la facoltà di deroga attribuita all'autonomia collettiva ai sensi dell'art. 8, legge n. 143/2011, per un duplice ordine di motivi: il primo è relativo alla specificità della disciplina derogatoria contenuta nel testo organico sulle tipologie contrattuali, tale da prevalere *ratione materiae* su qualsiasi altra previsione attributiva di poteri derogatori all'autonomia collettiva; la seconda ragione consiste in ciò, che anche la contrattazione collettiva derogatoria *ex art. 8* deve rispettare il diritto europeo, onde una deroga *in peius* non appare legittima per le stesse ragioni sopra evidenziate.

5.3. Una volta soddisfatti i requisiti europei attraverso l'impiego della norma inderogabile sul tetto massimo temporale, il legislatore, per consentire una declinazione veritiera della regola sulla "forma comune" dovrebbe dimostrare che il *Jobs Act*, abbracciando la filosofia della *flexicurity*, non è un'utopia o peggio una "narrazione propagandistica ed ingannevole", da annoverare tra gli stereotipi che dissimulano il nudo uso flessibile dalla forza-lavoro<sup>93</sup>, ma una prospettiva reale e perseguibile anche nel nostro sistema, volta ad assicurare ai lavoratori precari strumenti efficaci per favorire la mobilità verso forme di lavoro stabile, agendo, in sostanza, sulla costruzione di mercati del lavoro "transizionali". Da alcuni anni è ormai chiaro che uno dei principali antidoti alla flessibilità consiste nella progettazione di sistemi di sicurezza sociale professionale capaci di apprestare e garantire, mediante una serie di nuovi strumenti procedurali e sostanziali, alcuni "diritti transizionali" in capo ai lavoratori flessibili<sup>94</sup>. Questa prospettiva può declinarsi in diverse guise, anche se l'obiettivo rimane lo stesso: dotare il lavoratore flessibile di uno statuto protettivo transizionale, rendere certa la sicurezza nei mercati del lavoro flessibile, promuovere una sicurezza sociale professionale compatibile con la discontinuità dei tragitti professionali. Anche su questo punto si deve riconoscere la debolezza dell'impianto legislativo del *Jobs Act*, sia dal punto di vista della strutturale mancanza di risorse (finanziarie e professionali) che impediscono al nostro Paese di erogare servizi all'altezza di quelli offerti dalle strutture operan-

<sup>93</sup> Cfr. L. MARIUCCI, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2015, n. 2.

<sup>94</sup> Cfr. A. PERULLI, *La riforma del mercato del lavoro: bilancio e prospettive*, in L. MARIUCCI (a cura di), *Dopo la flessibilità, cosa?*, Il Mulino, Bologna, 2006, p. 207; B. GAZIER, *Vers un nouveau modèle social*, Flammarion, Paris, 2005.

vo che vede la sfera economica dettare l'agenda delle riforme. Sul paradigma della *flexicurity* si fondano le istanze di modernizzazione del diritto del lavoro raccomandate dalla Commissione Europea. Il Libro Verde del 2006 esorta i governi ad adottare politiche in grado di assicurare alle imprese la flessibilità del lavoro di cui esse necessitano nel nuovo contesto internazionale e di garantire al contempo la sicurezza dei lavoratori. Se nei primi anni del XXI secolo questo obiettivo è stato perseguito attraverso una "flessibilità ai margini" che ha ampliato le tipologie contrattuali e segmentato il mercato del lavoro, dal 2006 la Commissione Europea delinea un diverso percorso di riforme, esortando i governi ad adottare politiche di flessibilità in materia di licenziamenti anche per evitare la tendenza a compensare le rigidità con una moltiplicazione del lavoro atipico, ipotizzando soluzioni di allentamento dei vincoli della regolazione dei rapporti di lavoro standard, comprese le garanzie in uscita, unitamente ad un rafforzamento delle protezioni sul mercato del lavoro in modo da favorire la mobilità e l'occupabilità dei lavoratori.

Rispetto al passato, la flessibilità del lavoro diventa più pervasiva e strutturale, cambiando in profondità i sistemi di diritto del lavoro. Se in passato la politica legislativa era orientata a fronteggiare situazioni di crisi ritenute temporanee e di passaggio verso un ripristino della precedente condizione di occupazione e stabilità, oggi la stessa viene concepita come strumento "nella crisi" per una nuova organizzazione del lavoro e per un nuovo modello di relazioni industriali. Sul piano della riforme che hanno interessato nell'ultima decade la regolazione del rapporto di lavoro, nella sua dimensione più propriamente individuale, emergono all'attenzione degli studiosi casi-paesi significativi tanto sul piano delle riforme in materia di licenziamenti – significativo il raffronto tra Spagna, Italia, Francia – quanto sulla tendenza crescente alla liberalizzazione del contratto a termine.

Gli sforzi compiuti da parte di molti Stati membri per rendere il proprio mercato del lavoro più flessibile si sono tradotti sul piano fattuale nella modifica delle norme applicabili ai contratti atipici. Un mezzo frequente per realizzare tale intento è rinvenibile nelle riforme della legislazione nazionale sempre più dirottate verso una liberalizzazione dei contratti a tempo determinato, nonostante l'esistenza di una Direttiva Europea 1999/70/CE in materia, il cui obiettivo principale è di prevenire l'abuso di tale forma contrattuale e al contempo migliorarne la qualità, garantendo l'applicazione del principio di non discriminazione e ribadendo il riconoscimento dei contratti a tempo indeterminato come la forma comune dei rapporti di lavoro. Come abbiamo sottolineato (*retro*, par. 5.1.), per prevenire gli abusi, la clausola 5 dell'accordo quadro del 28 giugno 1999, attuato con la direttiva n. 1999/70/CE, stabilisce che gli Stati membri devono attuare uno o più delle seguenti misure: fornire ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti e/o specificare la durata massima dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi e/o indicare il numero massimo dei rinnovi consentiti. Senza entrare nei dettagli, ogni Stato membro ha adottato uno o più di queste misure, introducendo finanche ulteriori condizioni come, ad esempio, la durata massima di ciascun contratto a termine, l'obbligo generalizzato di indicare

la causale per la conclusione di ciascun contratto a tempo determinato, il rispetto di un intervallo minimo tra contratti di lavoro successivi.

Tuttavia, come osservato dall'inizio della crisi, vi è una continua tendenza verso l'abbassamento della soglia di dette misure cautelative, ad esempio ampliando il novero delle ragioni a giustificazione della stipula e del rinnovo di tali contratti, estendendo la durata massima complessiva nella successione di rapporti a tempo determinato o ancora aumentando il numero dei rinnovi consentiti.

Come l'Italia, infatti, anche la Spagna conosce un tasso crescente di disoccupazione giovanile, che ha raggiunto il livello record alla fine del 2012 e per l'altissima percentuale di giovani (tra i 15 e i 29 anni) impiegati in contratti di lavoro a tempo determinato (49,7% della popolazione, dati Eurostat 2013). Nella ricerca di possibili soluzioni alla crisi, il Governo di Mariano Rajoy ha presentato il 12 marzo 2013 alle associazioni sindacali e di rappresentanza datoriale 100 misure nell'ambito della "Strategia per l'imprenditorialità e l'occupazione giovanile 2013/2016". Tra le misure proposte, una liberalizzazione per il "primo contratto" a tempo determinato al fine di rendere più facile l'ingresso nel mondo del lavoro per i giovani di età inferiore ai 30 anni senza alcuna esperienza di lavoro (ovvero un'esperienza pregressa massima di 3-6 mesi), riconoscendo delle agevolazioni previdenziali all'impresa che converte tale contratto a tempo determinato in un rapporto a tempo indeterminato. Va osservato, tuttavia, che tali misure stimolano l'assunzione di giovani disoccupati facendo leva sulla riduzione del costo del lavoro, che si realizza per il tramite di sgravi sui contributi di sicurezza sociale, senza prendere, però, in considerazione altri fattori rilevanti quali ad esempio la necessità di formazione come strumento per migliorare la professionalità e l'occupabilità.

Un'altra tendenza riformista che interessa diversi Stati membri consiste nella scelta di estendere la durata massima dei contratti a tempo determinato come strumento per rendere il proprio mercato del lavoro più flessibile. Esempi in questa direzione si riscontrano in Spagna, dove il legislatore, con la legge n. 35/2010, ha ribadito l'innalzamento della durata complessiva da due anni a tre anni e ha previsto la possibilità ulteriore di allungare di un ulteriore anno la durata tramite contratto collettivo, sospendendo inoltre per due anni l'applicazione della norma "anti-abuso" introdotta dalla legge n. 43/2006, che prevedeva l'automatica trasformazione del rapporto di lavoro in contratto a tempo indeterminato qualora il lavoratore fosse assunto a termine per almeno 24 mesi (valutati su un arco temporale di 30 mesi) presso lo stesso datore di lavoro e per la medesima mansione (tale formula è stata reintrodotta a partire dal 1° gennaio 2013 dalla legge n. 3/2012). Tendenze simili si riscontrano anche in Portogallo, dove il legislatore ha innalzato da sei mesi ad un anno la durata complessiva, e in Italia, dove il legislatore ha previsto – nella riforma dell'ottobre 2012 finalizzata a promuovere lo sviluppo di *start-up* innovative – che i contratti a tempo determinato conclusi in tali società possono durare da un minimo di 6 mesi ad un massimo di 36 mesi, estendibili a 48 mesi, con l'approvazione del Ministero del Lavoro.

Un'altra opzione di "flessibilizzazione" riscontrata nei sistemi europei di dirit-

to del lavoro mira ad aumentare il numero di proroghe dei contratti a tempo determinato (il sistema giuridico italiano, ad esempio, consente 5 proroghe, nei limiti di 36 mesi di durata massima, purché si riferiscano alla stessa attività lavorativa per la quale il contratto è stato stipulato).

Le misure fino ad ora descritte volte a liberalizzare l'assunzione a tempo determinato dall'onere della "giustificazione" del termine apposto, ovvero volte ad aumentare la durata consentita, se da un lato rispondono alla frenesia del mercato e nel breve termine trasmettono all'imprenditore l'illusione di poter rispondere alle dinamiche imposte dalla globalizzazione degli scambi con strumenti meno rigidi, di certo (l'evidenza empirica ne è dimostrazione) non assolvono alla funzione di rilancio dell'occupazione cui le riforme si ispirano e, anzi, determinano un precariato crescente, ampliando la platea dei lavoratori in situazione atipica.

Nell'ambito della discussione sulla flessibilità e il lavoro precario, tra le classiche forme di impiego non standard che hanno destato l'attenzione degli studiosi vi è da considerare anche il lavoro temporaneo: se ne è discusso molto in Europa, sull'onda dell'attuazione negli ordinamenti nazionali della direttiva 2008/104/CE, in occasione della quale diversi Stati membri – tra cui Belgio – hanno modificato la loro precedente normativa in materia, non sempre con intenti di pura deregolamentazione, giacché, in taluni casi, l'occasione di trasposizione della direttiva ha generato misure di maggior tutela. Nel caso del Belgio, alla fine del 2008 il governo federale, dopo discussioni con i governi regionali e le parti sociali, ha approvato un "*Plan de relance*" contenente diverse misure di rilancio anti-crisi. Il piano, presentato in data 11 dicembre 2008 e successivamente integrato nella legge 19 giugno 2009, interviene sul fronte del diritto del lavoro con misure volte da un lato a abbassare il costo del lavoro e dall'altro a evitare i licenziamenti, favorendo la transizione dalla disoccupazione al lavoro. In particolare, viene prevista una "unità speciale di lavoro" a sostegno di chi ha perso il posto di lavoro per effetto di licenziamenti collettivi, offrendo un servizio mirato al ricollocamento di tutti i lavoratori licenziati nell'ambito di procedure di ristrutturazione/riorganizzazione aziendale. Questa tutela viene estesa anche ai lavoratori a tempo determinato e ai lavoratori a termine somministrati che hanno prestato la propria attività lavorative presso la società in questione per almeno un mese. Nel 2011, dopo 535 giorni di crisi politica e senza un governo federale, la nuova politica del governo è stata presentata al Parlamento dal primo ministro Elio Di Rupo. Il progetto di riforma prevede, tra le altre, un piano di aggiornamento e semplificazione delle leggi in materia di lavoro interinale.

Nell'ambito dell'analisi delle trasformazioni regolative dei contratti atipici in diversi Stati membri, si osserva una tendenza legislativa alla introduzione di nuove tipologie contrattuali, in un certo senso riconducibili al "contratto di crisi". Ciò non costituirebbe un problema in sé, se non fosse per il fatto che questi nuovi contratti spesso offrono minore tutela rispetto ai normali contratti di lavoro e sono destinati a particolari categorie di lavoratori, come i giovani e i meno giovani, che

risentono maggiormente della recessione e sono tra i più vulnerabili per quanto riguarda l'ingresso e la permanenza nel mercato. Un esempio di questa prassi è rappresentato dall'introduzione in Spagna, in risposta ad un mercato del lavoro che sempre di più e ovunque si configura duale, di un nuovo "contratto a tempo indeterminato a sostegno degli imprenditori": disciplinato nel 2012 in sostituzione del precedente "contratto per promuovere la contrattazione a tempo indeterminato", tale misura – che ricorda analoghe esperienze d'oltralpe – non ha però trovato il favore dei commentatori per il fatto di essere un contratto sì a tempo indeterminato ma rescindibile liberamente durante il primo anno obbligatorio di prova e pertanto tale da comportare dei rischi seri di impiego abusivo e quindi incapace nei fatti di creare occupazione stabile. La tendenza a prevedere un allungamento del periodo di prova, durante il quale peraltro la legge sulla tutela del licenziamento non trova applicazione, si inserisce nell'alveo delle sollecitazioni dell'UE ad operare riforme legislative ampie nella direzione del c.d. "contratto unico", di cui approfondiremo in seguito.

Come strumento per affrontare la crisi dell'occupazione giovanile e le sfide dettate dall'invecchiamento della società, Francia e Spagna hanno poi recentemente introdotto anche il cosiddetto "contratto di generazione". In Spagna, tra le 100 misure proposte a marzo 2013 nell'ambito della "Strategia per l'imprenditorialità e l'occupazione giovanile" emerge l'idea di un nuovo contratto che si rivolge ai giovani lavoratori autonomi sotto i 30 anni di età e li incoraggia ad assumere a tempo indeterminato (*part-time* o *full-time*) disoccupati a lungo termine con più di 45 anni, a fronte di uno sgravio totale dei contributi previdenziali per il primo anno di contratto.

In un modo diverso, da febbraio 2013 anche gli imprenditori francesi sono incoraggiati ad impiegare giovani lavoratori di età inferiore ai 26 anni con un "*contrat de generation*" a tempo indeterminato e, al contempo, a mantenere in servizio i dipendenti più anziani, a fronte del riconoscimento di uno specifico incentivo (c.d. "*allègement Fillon*") e per le aziende con meno di 300 dipendenti di un supporto finanziario. Per le aziende di dimensioni superiori, vi è l'obbligo di negoziare un accordo collettivo sulla materia (diversamente dalle imprese minori per le quali è sufficiente sottoscrivere un accordo individuale tra giovane lavoratore entrante, lavoratore anziano e azienda), che deve includere un impegno alla formazione e all'integrazione dei giovani, all'occupazione dei lavoratori più anziani e al trasferimento delle conoscenze.

## 7. Flessibilità ed epistemologia del diritto del lavoro

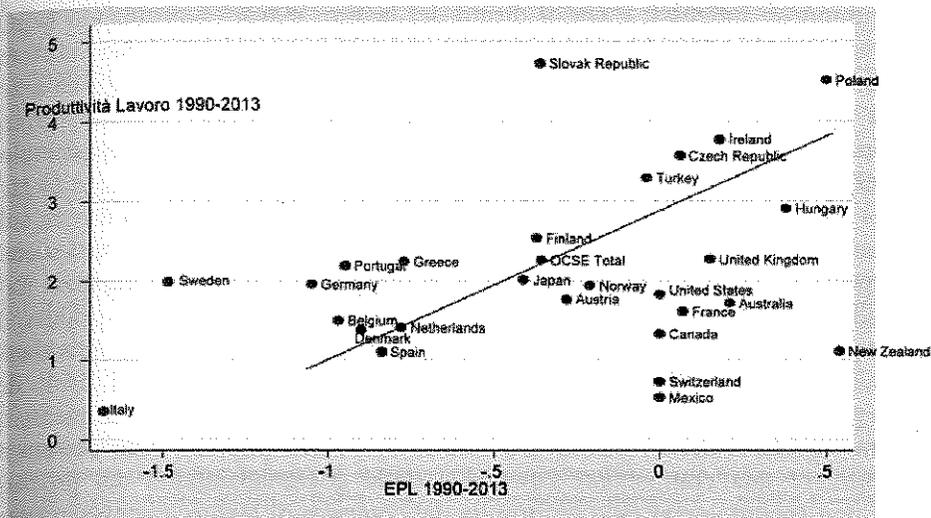
Il quadro che emerge da quanto sin qui argomentato consente di affermare che il sistema italiano si è mosso in modo non lineare verso una valorizzazione del contratto a tempo indeterminato come "forma comune" di rapporti di lavoro. Ogni elemento d'analisi che riguardi la dimensione regolativa del rapporto di

lavoro a tempo indeterminato, da un lato, e dei contratti flessibili (così come riordinati e semplificati dal decreto in esame), dall'altro, consegnano all'interprete uno scenario a dir poco ambiguo. Infatti, nonostante il legislatore del "riordino" ribadisca, con una disposizione di apertura che assume, anche simbolicamente, la funzione di norma-guida o "manifesto", che il contratto a tempo determinato è la "forma comune" di lavoro, di fatto realizza una sistematica rivisitazione degli istituti che depotenzia quell'assunto, o quantomeno fornisce un diverso *valore e senso* all'idea di indeterminatezza temporale del rapporto. Una disciplina assai permissiva in materia di licenziamento illegittimo, caratterizzata da rimedi addirittura deteriori rispetto a quelli esperibili in caso di recesso nell'ambito dei normali rapporti sinallagmatici, tale, di conseguenza, da far perdere alla stabilità del rapporto di lavoro ogni *effettività*, a tutto vantaggio di una aleatoria e – ad oggi – puramente illusoria tutela del prestatore sul mercato, non è certo coerente con la sincera promozione di rapporti lavorativi di durata. Del pari, una sostanziale liberalizzazione dei contratti temporanei, che addirittura demanda all'autonomia collettiva, anche di livello aziendale, una deroga incontrollata ai limiti, ormai puramente quantitativi, nell'impiego flessibile della forza-lavoro, non può certo dirsi coerente con il principio del contratto a tempo indeterminato come forma "comune" di lavoro.

Insomma, la regola del contratto di lavoro a tempo indeterminato come "forma comune" dei rapporti di lavoro sembra afflitta da una duplice, ma convergente azione a tenaglia del legislatore: da un lato il rapporto di lavoro a tempo indeterminato viene *destrutturato dall'interno*, grazie ad una disciplina del licenziamento illegittimo che ne consente la rottura efficiente nell'interesse esclusivo dell'impresa; dall'altro il contratto a tempo indeterminato viene *destrutturato dall'esterno*, grazie all'azione concorrenziale dei contratti flessibili ormai ampiamente liberalizzati. Come dire, con un provocazione solo in parte tale, che il *Jobs Act* del 2015 rilancia non già la filosofia del codice civile novecentesco, laddove il rapporto di lavoro a tempo indeterminato era risolvibile *ad nutum*, ma quella del codice civile ottocentesco, laddove campeggiava il principio per cui i rapporti a tempo indeterminato erano interdetti. Il valore della stabilità si è trasformato nel valore dell'instabilità, espressione di una *società liquida* in cui la "mentalità a lungo termine" è stata soppiantata dalla nuova mentalità "a breve termine", ed il lavoro è sovente «un'operazione *una tantum*, l'attività di un *bricoleur*, mirata a quanto è a portata di mano e a sua volta ispirata e limitata da quanto è a portata di mano, più il risultato di un'occasione presa al volo che il prodotto di un processo pianificato e programmato»<sup>97</sup>. Il riconoscimento, senza uso di veli e senza retoriche legate alla "modernizzazione" del diritto, dell'avvenuta penetrazione dell'ideologia neoliberale nel diritto del lavoro italiano, è insomma un dato innegabile, nonostante gli studi economici e statistici dimostrino impietosamente il

<sup>97</sup> Secondo la nota narrazione di Z. Bauman, *Modernità liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2011 (ma 2002), p. 159.

rapporto inversamente proporzionale tra flessibilità del lavoro e produttività del lavoro:



Sull'asse delle ordinate sono poste la crescita della produttività del lavoro tra il 1990 e il 2008, e sull'asse delle ascisse la variazione dell'indice OCSE, Employment Protection Legislation nello stesso periodo.

Fonte: elaborazione dati OCSE<sup>98</sup>.

La riforma di sistema, per il momento, si ferma qui. Gli interventi futuri di *policy* dovranno necessariamente dimostrare che il sistema si è mosso non solo sulle misure di flessibilità (in entrata, in uscita, nell'impiego funzionale della manodopera), ma anche sul versante dell'incentivazione dell'occupazione, del supporto sociale e promozionale alla partecipazione del mercato del lavoro da parte dei beneficiari delle diverse forme di sostegno al reddito, della agevolazione dell'incontro tra domanda e offerta di lavoro, incluso l'orientamento e la formazione professionale. Solo se questi aspetti verranno affrontati *efficacemente*, il mutamento di paradigma del diritto del lavoro – sempre più attratto, come scriveva Massimo D'Antona, nell'orbita di «un esteso e composito diritto dell'economia»<sup>99</sup> – potrà dirsi compiutamente concluso, non solo nella discussione teorica interna alla comunità scientifica sui *problemi* che il diritto deve affrontare e sulle *soluzioni* che esso deve apprestare (modelli di protezione, *flexicurity*, diritti sociali transizionali, ecc.)<sup>100</sup>,

<sup>98</sup> P. TRIDICO, *Riforme del mercato del lavoro, occupazione e produttività*, cit.

<sup>99</sup> M. D'ANTONA, *L'anomalia post positivista*, cit., p. 212.

<sup>100</sup> Per una recente rivisitazione di quello che si potrebbe definire il paradigma costituzionale del diritto del lavoro cfr., nella dottrina francese, R. BADINTER, A. LYON-CAEN, *Le travail et la loi*, Fayard, Paris, 2015, i quali, significativamente, nella loro proposta di rivisitazione dei principi di fondo della materia collocano l'art. 9, ai sensi del quale *Le contrat à durée indéterminée est la forme*

ma nella realtà effettuale del governo sociale. Solo allora potrà dirsi che i mutamenti profondi del diritto del lavoro non hanno fatto *tabula rasa* dell'idea di fondo della materia, e del suo profondo senso di mediazione e di temperamento tra contrapposti interessi; e che il diritto del lavoro, magari accentuando la sua funzione di *diritto del mercato del lavoro*, garantisce la tenuta del suo substrato epistemologico. La flessibilità non deve infatti essere spinta sino al punto da azzerare la dimensione assiologica del diritto del lavoro, ma deve collocarsi entro coordinate sistemiche capaci di garantire nel complesso i fondamenti epistemologici della materia: vuoi in una dimensione procedurale, che garantisce à la Habermas l'apertura discorsiva intersoggettiva<sup>101</sup>, vuoi che si attesti, à la Rawls, sulla garanzia di assicurare alle persone i "beni primari" che fondano le «basi sociali del rispetto di sé»<sup>102</sup>, vuoi, ancora, che si declini lungo i modelli di giustizia fondati sulle *capabilities*, ove l'enfasi è posta sulla libertà, effettivamente goduta, di scegliere la vita che si ha motivo di apprezzare, ossia sulla «capacità individuale di acquisire varie combinazioni alternative di funzionamenti»<sup>103</sup>. Se il diritto del lavoro perderà il suo fondamento epistemologico, e diverrà un mero strumento di gestione efficiente della forza-lavoro nell'interesse dell'impresa, avrà cessato di rappresentare una componente essenziale della governamentalità dei processi economico-sociali, e con esso la formula del contratto di lavoro a tempo indeterminato come "forma comune" esprimerà non più una *regola*, ma un principio largamente inefficace nella sua dimensione applicativa.

---

*normale de la relation de travail. Le contrat à durée déterminée permet de répondre aux besoins temporaires de l'entreprise.*

<sup>101</sup> R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Risistemare il diritto del lavoro, Liber amicorum* Marcello Pedrazzoli, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 329 ss.

<sup>102</sup> J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Feltrinelli, Milano, 2008.

<sup>103</sup> A. SEN, *La diseguaglianza*, Il Mulino, Bologna, 1992. Fra i giuristi del lavoro italiani che hanno impiegato la categoria in esame cfr. in particolare B. CARUSO, *Occupabilità, formazione e "capability" nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, p. 1 ss., nonché *Il contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in corso di pubblicazione in *Studi in Onore di Raffaele De Luca Tamajo*, ove parla di «una nuova visione del contratto di lavoro mirato ad esaltare la *capacitas* del singolo lavoratore ed il suo affidamento e coinvolgimento nell'organizzazione aziendale».