

“Dopo l’incontro con Irzia, pensai che esiste un tipo di amore più potente e duraturo dell’unione con un altro essere che ci seduce con il piacere dei sensi, più potente e duraturo dell’amore platonico con cui contempliamo il mistero dell’altro e diventiamo noi stessi. Le amanti invecchiano o ci dimenticano, la carne diventa debole, gli amici muoiono...È un tipo di amore grazie a cui tu, mio caro Nicolao, hai trovato te stesso per gran parte della vita, un tipo di amore in cui i nostri poeti furono più felici. È l’amore dello studioso per il suo testo, del filosofo per la sua idea, del poeta per le sue parole. Così, Ovidio non è solo nel nordico esilio a Tomis, né tu sei solo nella tua remota Damasco, dove hai deciso di dedicare gli anni che ti rimangono ai libri. Non occorre alcuna creatura vivente per un amore così puro, e di conseguenza viene universalmente riconosciuto che è questa la forma d’amore suprema, in quanto va a un oggetto che si avvicina all’assoluto”.

John E. Williams AUGUSTUS

Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*

Sebastiano Bruno Caruso

1. Premessa: critica al Jobs Act e obliquità del pensiero giuslavoristico	219
2. L’art. 18 dello Statuto: un primo abbozzo di rilettura storica	221
3. L’attualità: il contratto a tutele crescenti	224
3.1. Licenziamenti economici	225
3.2. Licenziamento disciplinare e discriminatorio	229
4. Alcune considerazioni finali	233

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 265/2015

1. Premessa: critica al Jobs Act e obliquità del pensiero giuslavoristico

L'attuazione dell'art. 1, comma 7, lett. c) della legge delega n. 183/2014 con il d.lgs n. 23/2015⁷⁶⁴ - che introduce, nell'ordinamento italiano, il contratto a tutele crescenti (di seguito, CTC)⁷⁶⁵ - ha suscitato, come era lecito attendersi, un ampio dibattito anche di taglio politico-culturale e non solo esegetico. Come avviene puntualmente in questi casi, è stato chiamato in causa Kuhn e il paradigma scientifico della disciplina⁷⁶⁶, considerandosi il CTC un momento di svolta nella storia lunga del diritto del lavoro italiano. La flexicurity europea – per altro mal o insufficientemente attuata - avrebbe rotto gli argini dell'arco alpino, insediandosi nello stivale e divenendo, così, il nuovo paradigma scientifico di riferimento del diritto del lavoro italiano, che andrebbe a sostituire la regolazione novecentesca del lavoro (e non solo del contratto), connotata dalle sue tutele progressive e – mutuando Giugni - alluvionali (al decreto n. 23/2015 si concede, al massimo, la ritrovata chiarezza formale e linguistica, soltanto in ciò accostabile allo Statuto dei lavoratori).

In gioco, secondo i più attenti osservatori, ci sarebbe la concezione stessa del sistema del diritto del lavoro, inteso quale partizione autonoma, e valorialmente connotata, del sistema giuridico generale, unificata dal fine di tutela del soggetto contrattualmente debole nel rapporto di lavoro subordinato; sistema innervato da valori, gerarchicamente prevalenti nella costituzione, propri e oppositivi a quelli del mercato: solidarietà⁷⁶⁷, uguaglianza, fratellanza *vis-a-vis* efficienza, produttività, profitto, competizione.

Il Jobs act, e il contratto a tutele crescenti, sono stati considerati, dunque, dai suoi numerosi detrattori – con *backdrop* culturali diversi ma accomunati dalla critica allo “stato di cose presente” - una sorta di leva per cambiare il mondo del lavoro e la regolazione novecentesca di ispirazione costituzionale, e per cambiarlo in modo che non piace ai suoi critici⁷⁶⁸.

⁷⁶⁴ Nella legge delega si autorizza la «previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento».

⁷⁶⁵ È acquisito in dottrina che il CTC non incide sulla tipicità del contratto di lavoro subordinato; per tutti S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, in *WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona*, IT – 246/2015, pp. 2-3. Il dibattito sulla valenza euristica dell'*employment contract* è di grande attualità nella dottrina anglosassone; si rinvia a M. Freedland, *Otto Kahn-Freund, the Contract of Employment and the Autonomy of Labour Law*, in *The Autonomy of Labour Law*, A. Bogg, C. Costello, A. Davies, J. Prassl (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2015, p. 29 ss.; H. Collins, *Contractual Autonomy*, in *The Autonomy of Labour Law*, op. cit., p. 45 ss.; ampi rinvii in entrambi i saggi citati.

⁷⁶⁶ In tal senso, con forti argomenti critici, soprattutto Perulli (A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 9); anche Ichino ha richiamato, in positivo, il mutamento dei paradigmi scientifici della disciplina, P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, Mondadori, Milano, 2015.

⁷⁶⁷ S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, Laterza, 2014; S. Sciarra, *L'Europa e il lavoro: Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Roma-Bari, Laterza, 2013.

⁷⁶⁸ La critica al contratto a tutele crescenti, ancorché con sfumature, argomenti e toni diversi, ha riunificato, per esempio, la prestigiosa scuola bolognese di diritto del lavoro. Si v. con accenti critici diversificati: U. Romagnoli, *L'irresistibile ascesa della licenza di licenziare*, in corso di pubblicazione su *Lavoro e diritto*, 2015, n. 2; F. Carinci, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in *www.csdle.lex.unict.it*; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, in *Lavoro e diritto*, 2015, n. 1, p. 13; id., con una riflessione di più ampio respiro, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, di prossima pubblicazione in *Lavoro e diritto*; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, cit.

Questo contesto culturale di fredda accoglienza al Jobs act suscita, però, un pensiero obliquo. Osservando il mondo con lenti ideologicamente e sentimentalmente asettiche, non si può non constatare che l'universo del lavoro e dei lavori è cambiato *a prescindere* dal Jobs act.

Non passa giorno senza che i reportage, le inchieste e le ricerche più serie ci dicano della *share economy*, della *economy-on-demand* con nuovi protagonisti economici divenuti in tempi rapidissimi colossi finanziari: Uber, Handy, Spoon Rocket ecc., con una nuova leva di lavoratori *freelancers* la cui natura giuridica è oggetto di riflessione persino delle corti americane e non solo europee⁷⁶⁹; con la riscoperta dello *smart working* e dei nuovi modelli organizzativi e culturali di riappropriazione di tempo e di senso nel lavoro dipendente⁷⁷⁰; tutti fenomeni che, in modo non certo lineare, si giustappungono e convivono con vecchie/nuove forme di ghettizzazione, alienazione e sfruttamento del lavoro umano (una sorta di neo-taylorismo)⁷⁷¹. Con una preoccupante pauperizzazione, negli stati europei più colpiti dalla crisi epocale⁷⁷², di quello che un tempo era considerato il nerbo del sistema democratico, la classe media: professionisti, piccoli imprenditori, ex manager, artigiani ecc. Su questo scenario si staglia pure il fantasma della dissoluzione del lavoro e della sua sostituzione con le macchine in ragione di una rivoluzione tecnologica e digitale che sembra permanente e non più ciclica, ad ondate; e dunque la robotizzazione non solo della produzione⁷⁷³, ma anche del lavoro intellettuale (intelligenza artificiale)⁷⁷⁴, a fronte della quale, a conferma della contraddittorietà dell'epoca, si staglia la ripresa del mito dell'artigiano, dei vecchi mestieri e della riappropriazione del lavoro manuale di eccellenza per prodotti di qualità⁷⁷⁵, oltre che di nuove e post moderne forme di lavoro autonomo/associato (*co-working*)⁷⁷⁶.

⁷⁶⁹ Sulla *economy on demand* l'inchiesta del *The Economist*, gennaio 2015, *The future of work; Workers on tap, There's an app for that*. Si veda il sito <https://theondemandeconomy.org/>, da dove la seguente definizione: «The on demand economy is defined as the economic activity created by digital marketplaces that fulfill consumer demand via immediate access to and convenient provisioning of goods and services». Si veda pure S. Cicero, *6 Concetti chiave per capire la on-demand economy e come cambia il lavoro digitale*, <http://www.chefuturo.it/2015/06/guida-on-demand-economy-lavoro-digitale>.

⁷⁷⁰ Sullo *smart working* si veda il recente contributo del premio Nobel dell'economia E. Phelps, *Mass Flourishing, How Grassroots Innovation Created Jobs, Challenge, and Change*, Princeton, Princeton University Press, 2015; per un punto di vista diverso sulla rivoluzione in atto si rinvia a Mariucci, *Stereotipi, circolarità e discontinuità nel diritto del lavoro*, cit.; a conferma della articolazione del quadro e della diversificazione dei giudizi si veda la polemica suscitata dall'inchiesta del New York Times sull'organizzazione neo-tayloristica del lavoro in Amazon, *Inside Amazon: Wrestling Big Ideas in a Bruising Workplace*, apparsa il 15 agosto del 2015 e firmata da Jodi Kantor e David Streitfeld, ripresa dal settimanale *Espresso* del 27 agosto, 2015, *Cannibali digitali*, con articoli di Antonio Carlucci, Alessandro Gilioli e Stefano Vergine; si veda pure l'articolo di Maria Laura Rodotà sul *Corriere della sera* del 18 agosto, *Ma la new economy crea uomini robot?*

⁷⁷¹ G. Standing, *Precari. La nuova classe esplosiva*, Bologna, Il Mulino, 2015; L. Gallino, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Roma-Bari, Laterza, 2014; R. Sennett, *L'uomo flessibile. Le conseguenze del nuovo capitalismo sulla vita personale*, Milano, Feltrinelli, 2007.

⁷⁷² B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso, G. Fontana, *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea. Un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il Mulino, 2015.

⁷⁷³ *A chi il lavoro*, inchiesta su *Repubblica sera* del 20 agosto, con articoli di Santelli Staglianò. F. Chiusi, *Il reddito minimo? Lo imporanno i robot*, in *L'Espresso*, 21 maggio 2015; J. Pisani-Ferry, *Reinventare il lavoro con l'hi-tech, Il sole 24 ore* del 23 agosto 2015. R. Luna, *Amazon recluta diecimila robot 'Ma non licenziamo'*, su *la Repubblica* del 31 maggio 2015.

⁷⁷⁴ Si v. gli articoli apparsi di recente su *The Economist*, *The dawn of artificial intelligence e Rise of the machines*, in *The Economist*, 9 maggio 2015.

⁷⁷⁵ V. R. Sennett, *L'uomo artigiano*, Milano, Feltrinelli, 2013; S. Micelli, *Futuro artigiano. L'innovazione nelle mani degli italiani*, Venezia, Marsilio, 2011.

⁷⁷⁶ R. Sennett, *Insieme. Rituali, piaceri, politiche della collaborazione*, Milano, Feltrinelli, 2012.

Questo sembra suggerire una prima provvisoria conclusione (che è pure una premessa di quanto seguirà): il Jobs act e il CTC non costituiscono un infausto mutamento del paradigma del diritto del lavoro, il prezzo inusitato alla modernità liberista e alla protervia del senatore Pietro Ichino⁷⁷⁷.

Con occhi più pacati, e rilassati dal tempo che trascorre, ci si avvedrà, con ogni probabilità, che il JA (comprensivo di tutti i provvedimenti riconducibili a tale acronimo⁷⁷⁸), pur con qualche rimediabile difetto⁷⁷⁹, costituisce l'*adattamento* del sistema giuridico lavoristico allo stato di cose presente, al mutamento di *come il lavoro viene organizzato ed erogato*; provocatoriamente si potrebbe dire che trattasi di un intervento legislativo ispirato al metodo marxiano: la sovrastruttura giuridica che si adegua alla struttura economica.

Per questo, senza per nulla sottovalutare le considerazioni critiche, a volte si ha la sensazione che alcuni critici del Jobs act e del CTC finiscano per porsi in un'altra dimensione esistenziale, in un altro mondo, dove ci sono due lune, due tempi, due fluire della storia, come accade ai personaggi del capolavoro di Murakami Haruki, 1Q84. Nulla vieta di vivere in una dimensione parallela della storia, se non proprio onirica, nessuno può impedirlo perché in tal modo si coinvolge la fantasia e ci si rifugge nei buoni e rassicuranti ideali *old labour*, ma di ciò occorre essere consapevoli; altrimenti le realtà, quella vera e quella parallela, finiscono per essere incrociate con rischi di confusione.

Ciò per dire che, nel valutare il Jobs Act, non si può prescindere dal valutare il contesto storico e la realtà (non il desiderio di realtà) in cui l'intervento si inserisce; se la dignità della persona che lavora è un diritto, oltre che un principio universale, non possono essere tali le norme che la veicolano. Le norme positive, a differenza dei principi, posseggono in sé la finitezza della storia.

2. L'art. 18 dello Statuto: un primo abbozzo di rilettura storica

Per comprendere le ragioni della riforma dell'art. 18 dello Statuto non occorre obliterare le sue radici. Il significato storico della norma non può essere smarrito all'interno di un dualismo, tagliato con l'accetta, tra *property rule e liability rule*. L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori non è, infatti, un accidente della storia italiana, né un inspiegabile privilegio dei lavoratori italiani⁷⁸⁰.

⁷⁷⁷ P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit.

⁷⁷⁸ A partire dalla legislazione "prodromica" al Jobs act – costituita dal decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34 e dalla legge 16 maggio 2014, n. 78 (*Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 20 marzo 2014, n. 34, recante disposizioni urgenti per favorire il rilancio dell'occupazione e per la semplificazione degli adempimenti a carico delle imprese*) – fino alla legge delega e ai decreti attuativi già in vigore (nelle more dell'emanazione di ulteriori decreti delegati): l. 10 dicembre 2014, n. 183 (*Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*); d. lgs. 4 marzo 2015, n. 22 (*Disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati*); d. lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (*Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti*); d. lgs. 15 giugno 2015, n. 80 (*Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro*); d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (*Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni*).

⁷⁷⁹ Sulla buona fattura tecnica del CTC insiste Pietro Ichino, *Gli effetti della riforma del lavoro sul diritto vivente*, relazione al convegno di Lucca, promosso dalla Fondazione G. Pera, 26 giugno 2105. Sui limiti di contenuto v. *infra*.

⁷⁸⁰ Lo spiega bene, pure in prospettiva storica oltre che di analisi economica del diritto, F. Rodano, *Il mercato del lavoro italiano prima e dopo il Jobs act*, in www.pietroichino.it.

Il diritto alla reintegra, come ebbe a spiegarci Massimo D'Antona alla fine degli anni '70, costituiva la cerniera, anche per la sua collocazione sistematica nello Statuto dei lavoratori (una sorta di norma "limen"), tra tutela individuale e tutela collettiva nel rapporto di lavoro subordinato, e solo in quello. L'ordine giudiziale di reintegra era il contrappeso nei confronti dell'autoritarismo insito nell'organizzazione dell'impresa fordista⁷⁸¹, oltre che il catalizzatore delle tutele diffuse nei vari titoli dello Statuto.

Già alla fine degli anni '90 (proprio lui che aveva scritto pagine esemplari sull'ordine di reintegrazione⁷⁸²), nel ruolo di decisore politico, tuttavia, si era reso conto che l'art. 18 andava cambiato, anche se progressivamente.

Ciò in ragione dei profondi cambiamenti che, sin dagli anni '80, l'organizzazione produttiva e del lavoro della media-grande impresa (ambito di applicazione della norma) aveva subito; tali mutamenti rendevano, per altro, l'art. 18 uno strumento di tutela spuntato rispetto ai grandi processi di riorganizzazione ed esternalizzazione in atto (la fase della specializzazione flessibile). Ma andava cambiato anche per limiti intrinseci alla struttura giuridica della norma; essi in estrema sintesi consistevano: a) nella residualità del suo ambito di applicazione (limitato alle medie-grandi imprese); b) nelle resistenze giurisprudenziali e dottrinali alla effettività dell'ordine (il totem indistruttibile della incoercibilità dell'obbligo di *facere* specifico)⁷⁸³; c) nella trasformazione in via di fatto dell'ordine di reintegra in tutela indennitaria super-rafforzata, con la monetizzazione del diritto ad essere reintegrati (l.108/90), per cui la trasformazione della tutela reale in variante assistenziale della tutela obbligatoria⁷⁸⁴.

Da qui la residualità meramente simbolica, storica e politica, dell'art. 18⁷⁸⁵, che si portava dietro un sedimentato storico difficile da rimuovere. Tale norma, è storia nota, ha rappresentato il sigillo della fine dell'*apartheid* del sindacato; nella vulgata sociologica del contropotere sindacale, il lavoratore - legato a un posto di lavoro fisico (e solo a quello) e ad una statica professionalità - non era considerato un elemento integrato nell'organizzazione datoriale (si teorizzava già nella cultura operaista neomarxista degli anni '60 la intelligenza distruttiva dell'operaio e la sua autonomia esistenziale anche dal lavoro produttivo); da cui l'interesse sindacale, prima ancora del lavoratore, a ripristinare il contesto organizzativo e lavorativo in senso antagonista all'esercizio del potere direttivo, che proprio nel recesso unilaterale dal contratto di durata trova la sua mag-

⁷⁸¹ Lo segnala correttamente Zoppoli (L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *Diritto del mercato del lavoro*, 2000, n. 2, p. 415 ss.); L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, n. 116, p. 593 ss.

⁷⁸² M. D'Antona, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Padova, Cedam, 1979.

⁷⁸³ Sull'incoercibilità dell'ordine di reintegrazione, si v. S. Mazzamuto, *L'attuazione degli obblighi di fare*, Napoli, Jovene, 1978; e, più di recente, S. Mazzamuto, *La prospettiva civilistica*, in Barbieri M., Macario F., Trisorio Liuzzi G., *La tutela in forma specifica dei diritti nel rapporto di lavoro*, Milano: Giuffrè, p. 21; I. Pagni, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, Giuffrè, 2004. Affermazioni sull'impossibilità di pervenire all'esecuzione in forma specifica dell'ordine di reintegrazione sono rinvenibili anche nella prassi giurisprudenziale; cfr., *ex alius*, Cass. 19 febbraio 1990, n. 1205, in *Foro italiano*, 1991, I, 883; Cass. 18 giugno 2012, n. 9965.

⁷⁸⁴ L. Zoppoli, *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, cit., p. 421.

⁷⁸⁵ A. Accornero, *L'ultimo tabù. Lavorare con meno vincoli e più responsabilità*, Bari, Laterza, 1999.

giore forza di estrinsecazione. Si trattava, comunque, di una concezione diversa da quella del sindacato dei produttori di trentiniana memoria⁷⁸⁶ e della tradizione consiliare partecipativa alla gestione dell'azienda. L'art. 18 era in altri termini, culturalmente antitetico, se non per genesi, per rilettura *ex post*, alla visione partecipativa olivettiana dell'impresa.

L'art. 18, sia strutturalmente sia funzionalmente, portava in sé, dunque, un doppio *imprinting*: norma simbolo della recuperata dignità e libertà anche del singolo (la cittadinanza industriale) e del sindacato confederale nel luogo di lavoro; ma anche strumento operativo di una certa strategia sindacale e/o movimentista di antagonismo e conflittualità, antipartecipativa; una concezione di sostanziale e ontologica sfiducia nei confronti del potere organizzatorio e direttivo dell'imprenditore. L'opposto della cultura sindacale tedesca.

Con il trascorre del tempo, nel diverso contesto produttivo di cui si è detto, e nelle diverse fasi delle relazioni industriali (dopo la fase del conflitto senza regole⁷⁸⁷, la concertazione istituzionale unitaria e separata sino alla rottura alla Fiat), la norma rimane formalmente immutata, ma cambia di segno: cambia la sua razionalità materiale, perde la - anche se discutibile - aurea politica, e si feticizza.

È nel diverso contesto storico, sociale e istituzionale che l'art. 18 - soltanto marginalmente modificato (l. n. 108/90), dopo i vari tentativi di radicale riforme dal basso (per via referendaria) - diventa una vera anomalia italiana, per tre ragioni, due funzionali e una strutturale.

a) Applicato pervasivamente, anche in ragione di orientamenti giurisprudenziali ispirati al paternalismo caritatevole⁷⁸⁸, diventa una anomalia innanzitutto per gli effetti collaterali, di sistema, che produce: incrociato con altre norme di un sistema normativo complesso, l'imputazione del rapporto di lavoro assistito dalla tutela reale diviene una sorta di sanzione di chiusura (a seguito di conversione dei contratti atipici illegittimi, di intermediazione vietata ecc.), con l'effetto di eccessivo irrigidimento della flessibilità in uscita.

b) Tale situazione è aggravata dalla inefficienza del sistema processuale che conferma l'impossibilità in Italia di operare riforme processuali per via di mero cambiamento della tecnica del processo e dei dispositivi a prescindere dal comportamento degli attori, giudici, avvocati, parti e funzionari⁷⁸⁹; da cui la internalizzazione, per le imprese, di un *firing cost* (la *lay off tax* nel modello di Blanchard e Tirole) eccessivo e comunque ad alta incertezza economica per le imprese⁷⁹⁰.

c) Ma l'anomalia italiana del sistema di tutela contro la fase di *termination* del contratto era pure intrinseca alla tecnica rimediale; la reintegrazione intesa quale rimedio universale: dal licenziamento per ragioni disciplinari, discriminatorio o per altri motivi di nullità, al licenziamento per

⁷⁸⁶ B. Trentin, *Da sfruttati a produttori. Lotte operaie e sviluppo capitalistico dal miracolo economico alla crisi*, Bari, De Donato, 1977.

⁷⁸⁷ L. Mariucci, *La contrattazione collettiva*, Bologna, Il Mulino, 1985.

⁷⁸⁸ Si v. i casi citati da Ichino nel primo capitolo del suo libro *Il lavoro ritrovato*, cit.; B. Caruso, *Giudici, giuristi e legislatori davanti al lavoro e alla crisi. Per un «manifesto ermeneutico»*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2013, n. 1, p. 245.

⁷⁸⁹ Cfr. P. Calamandrei, *Il processo inquisitorio ed il diritto civile*, in *Studi sul processo*, V, Napoli, Morano, 1947, 58; ci si consenta anche il rinvio ad uno scritto giovanile che si ritiene, a maggior ragione, di attualità B. Caruso, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1982, I, p. 3; pure R. Del Punta, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative e aperture di sistema*, in *RidI*, parte I, 2012, p. 461 ss

⁷⁹⁰ P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit., soprattutto cap. I.

ragioni economiche, sia individuale sia collettiva, sino al licenziamento per meri vizi di forma (anche lievi), tutto era unificato nella sanzione reintegratoria (di diritto speciale o di diritto comune); il che si traduceva, per le vischiosità tecniche e temporali del processo⁷⁹¹, in un costo risarcitorio insostenibile per il sistema delle imprese con risultati in termini di irrigidimento delle politiche di gestione delle risorse umane e con preferenza alla c.d. flessibilità esterna attraverso il ricorso privilegiato a forme contrattuali atipiche non assistite dalla tutela dell'art. 18 (legittimate dalla riforma Biagi).

Il sistema, originariamente ispirato alle ragioni nobili che si sono indicate (norma di cittadinanza industriale nell'impresa fordista) finiva per altro per legittimare anche comportamenti di *moral hazard* degli stessi lavoratori: per esempio, la postergazione pilotata del deposito del ricorso dopo l'atto di impugnazione stragiudiziale, per lucrare, per il solo fatto del trascorrere del tempo, imposto al datore di lavoro potestativamente, somme di denaro⁷⁹².

Tale universalizzazione del rimedio contro il licenziamento illegittimo - e il suo gravoso onere economico sul sistema delle imprese e dei datori di lavoro nel suo complesso, con eccezione di partiti e sindacati-, era dunque giustificato storicamente dalla sua genesi: la compressione delle libertà in azienda e dall'uso del licenziamento come strumento – arma di ricatto nel gergo sindacale degli anni '70 – di gestione anche delle relazioni collettive⁷⁹³. Un tale rimedio si è, via via, rivelato strumento sempre più inadatto e inadeguato in un contesto di trasformazione del lavoro, della impresa e delle stesse relazioni collettive, le cui regole sono state, per altro, riscritte a partire dalla piena legittimazione del sindacato all'interno dell'impresa.

Così, quando la riforma Fornero (L. 92/2012) ha “scheggiato” il blocco rimediale dell'art. 18, tale esito della riforma è parso inevitabile a tutti i protagonisti, istituzionali e sociali, della vicenda.

È agli atti parlamentari, infatti, che è stata la riforma Fornero (approvata senza particolari lacerazioni nella maggioranza dell'allora governo) e non il CTC, che ha introdotto il principio del rimedio plurimo, a causale del licenziamento apparentemente invariata: non più “la” reintegrazione ma regimi differenziati e mixati di reintegrazione e risarcimento rispetto all'ambito di applicazione canonico⁷⁹⁴.

3. L'attualità: il contratto a tutele crescenti

La storia successiva è nota, ed è costituita dall'attualità del contratto a tutele crescenti, contratto di lavoro subordinato standard (il tipo ex 2094 c.c.) che, per gli assunti successivamente al 7 marzo

⁷⁹¹ Risponde certamente al vero la riflessione di Ichino circa il fatto che al lavoratore di fatto bastava solo una pronuncia favorevole su quattro potenziali per ottenere pieno ristoro con conseguente aggravio esorbitante del *firing cost* sull'impresa (P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit.)

⁷⁹² A questi inconvenienti si era già posto rimedio con l'introduzione di termini decadenziali per l'impugnazione giudiziale e stragiudiziale degli atti di recesso, ad opera dell'art. 32 (*Decadenze e disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo determinato*) del c.d. Collegato lavoro (L. 4 novembre 2010, n. 183).

⁷⁹³ Onde, in una rilettura storicista, si potrebbe considerare l'art. 18 la realizzazione della legge del contrappasso per la visione “corta” delle relazioni industriali che caratterizzò soprattutto Confindustria e il sistema delle imprese private negli '50 e '60.

⁷⁹⁴ Con l'introduzione di quattro tipologie di rimedio a causale formalmente invariata, ma di fatto differenziata: con l'introduzione del controverso concetto della “insussistenza del fatto” per il giustificato motivo soggettivo o della “manifesta insussistenza” per il giustificato motivo oggettivo.

2015, applica un differente e, stavolta, radicalmente diverso regime di tutela.

Con il contratto a tutele crescenti il rimedio al licenziamento illegittimo è stato definitivamente sezionato per blocchi rimediali differenziati, sempre riconducibili a quattro tipologie ma riformulati per dare maggiore certezza giuridica al confine tra rimedio risarcitorio e reintegratorio⁷⁹⁵ e limitando ulteriormente la discrezionalità giudiziale⁷⁹⁶.

3.1. Licenziamenti economici

Con riguardo ai licenziamenti economici, sia individuali sia collettivi, essi sono stati definitivamente sottratti, e per intero, alla regola reintegratoria⁷⁹⁷. La riforma si fa apprezzare per la previsione, già nella legge delega⁷⁹⁸, della nozione unitaria di licenziamento economico (comprensivo di licenziamento collettivo e individuale per giustificato motivo oggettivo), cui non poteva non seguire unità di regolazione con riguardo al regime rimediale.

Le critiche⁷⁹⁹ si concentrano sulla differenziazione di tutela in caso di licenziamento collettivo che coinvolga, insieme, assunti prima del 7 marzo 2015 (sottoposti alle regole Fornero) e dopo (sottoposti alle nuove). Si sarebbe – dicono i critici – di fronte a un trattamento diversificato che è arbitrario, immotivato e, dunque, irragionevole. Si tratterebbe, infatti, di situazioni identiche trattate in maniera diseguale. “Questa riforma oltre ad aumentare le divisioni tra i lavoratori violerebbe il principio di uguaglianza riconosciuto dalla Carta”. Si aggiunge che la legge sarebbe “potenzialmente” incostituzionale e discriminatoria perché i nuovi assunti avrebbero un trattamento

⁷⁹⁵ Il quadro sinottico può essere per ragioni di sintesi ricostruito in questo modo

- a) tutela reale piena per i licenziamenti discriminatori o per disabilità;
- b) tutela reale attenuata per i licenziamenti disciplinari con insussistenza del fatto materiale (con limite massimo - ex 3, co. 2, d.lgs. 23/2015 - di dodici mensilità relativamente “al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione”);
- c) tutela obbligatoria “crescente” - due mensilità per anno di servizio - per le altre ipotesi: licenziamento per giustificato motivo oggettivo e altri casi licenziamenti disciplinari sproporzionati, licenziamenti economici;
- d) tutela obbligatoria crescente “ridotta” per i vizi formali e procedurali diversi dalla mancanza di forma scritta: una mensilità per ogni anno di servizio (con limite da due a dodici mensilità).

⁷⁹⁶ La limitazione della discrezionalità giudiziale è evidente soprattutto nell’introduzione di una sorta di “divieto”, per l’organo giudicante, di formulare valutazioni di proporzionalità del licenziamento ex art. 3, co. 2, d. lgs. 23/2015, laddove, con riferimento ai licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, si afferma espressamente che, nella valutazione sulla scelta della forma sanzionatoria per i licenziamenti illegittimi debba comunque restare «estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

⁷⁹⁷ Contrariamente ai pareri sullo schema di decreto, formulati dalle commissioni parlamentari di Camera e Senato, nei quali si chiedeva al legislatore delegato di eliminare il riferimento ai licenziamenti collettivi. Ai sensi dell’art. 10 (Licenziamento collettivo) del d.lgs. 23/2015, infatti, il regime sanzionatorio del licenziamento collettivo intimato «in caso di violazione delle procedure richiamate all’articolo 4, comma 12, o dei criteri di scelta di cui all’articolo 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991» è lo stesso applicabile ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo invalidi, previsto dall’art. 3, comma 1, dello stesso decreto.

⁷⁹⁸ L’art. 1, comma 7, lett. c), della legge 183/2014 contiene infatti una delega al Governo a prevedere, per le nuove assunzioni con contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti, l’esclusione «per i licenziamenti economici» della “possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l’anzianità di servizio».

⁷⁹⁹ Così F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, IT – 252/2015, p. 12; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit., p. 24 (secondo cui, nell’art. 10 del d.lgs. 23/2015 sarebbe ravvisabile anche un «caso clamoroso eccesso dalla delega»). Critico anche S. Giubboni (*Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit., p. 20), secondo cui «la previsione di cui all’art. 10 in tema di licenziamenti collettivi, [...] destrutturando la tutela attivabile (anche) in caso di violazione degli obblighi (di natura essenzialmente procedurale) derivanti dalla Direttiva 98/59» potrebbe «ragionevolmente ritenersi in contrasto (pure) con l’art. 30 della Carta di Nizza» (ivi, p. 22). Si v. pure V. Speziale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT – 259/2015, p. 16 ss.

di tutela assai meno efficace rispetto ai colleghi di lavoro da più tempo⁸⁰⁰. La legge, pertanto, avrebbe indebolito il potere sindacale nella fase delle trattative di crisi⁸⁰¹.

Le critiche appaiono eccessive per diverse e convergenti ragioni.

Una di ordine generale: si dimentica che spesso le impugnazioni nei confronti di licenziamenti individuali, a valle delle procedure di licenziamento collettivo, vuoi per vizi procedurali anche lievi, vuoi per violazione di criteri di scelta⁸⁰² - tanto ampi quanto in sé sempre opinabili nella loro applicazione - altro non sono che domande di *free riders* a tutela di interessi individuali, che si oppongono a valutazioni e soluzioni collettive e sindacali di crisi aziendali.

Mantenere un regime di tutela privilegiato nei confronti dei portatori di questo tipo di domanda giudiziaria (solo in ragione del dato, del tutto casuale, del tempo dell'entrata in vigore della legge) avrebbe significato affermare la logica della tutela, sempre e comunque, dell'individuo ad opera di un giudice libero di sindacare e sconvolgere delicati equilibri collettivi in nome di proprie e personali rivisitazioni dei criteri di scelta, non solo legali ma spesso anche sindacali⁸⁰³. Se una tale critica fosse pervenuta da coerenti propugnatori della ideologia neo liberista estrema, sarebbe stato pure comprensibile. Ma che essa venga abbracciata da cultori della ortodossia statutaria,

⁸⁰⁰ In questo senso Umberto Romagnoli in una intervista apparsa su *Il Fatto quotidiano: Licenziamenti collettivi, giuslavorista: 'Jobs act incostituzionale, discriminatorio'*, in *Il Fatto quotidiano*, 29 dicembre 2014.

⁸⁰¹ Così ancora Romagnoli (*Licenziamenti collettivi*, cit.), con il Jobs act «l'imprenditore potrà evitare la fase della trattativa sindacale che precede l'avvio dei licenziamenti collettivi, pagando il piccolo prezzo della corresponsione delle indennità», monetizzandosi «non solo il diritto alla continuità del rapporto di lavoro, ma anche il potere contrattuale del sindacato». Ove si sottovaluta: a) che il costo di un licenziamento collettivo senza accordo sindacale lievita notevolmente, con effetti poco sostenibili in una impresa in crisi – ai sensi dell'art. 5, comma 4, l. 223/91, per ciascun lavoratore posto in mobilità, il datore di lavoro sarà tenuto a versare all'INPS «una somma pari a sei volte il trattamento mensile iniziale di mobilità spettante al lavoratore»; mentre l'importo delle mensilità da versare sarà ridotto alla metà, e dunque a tre mensilità, nelle sole ipotesi in cui «la dichiarazione di eccedenza del personale [...] abbia formato oggetto di accordo sindacale»; b) che comunque una cosa è l'indennità di licenziamento ingiustificato nel caso del licenziamento individuale, un'altra la sua sommatoria nel caso di licenziamenti plurimi; c) che appare alla fine poco realistica, nella pratica, una strategia di ristrutturazione o riorganizzazione da parte del management che internalizzi e ammortizzi *ex ante* il costo del licenziamento illegittimo per intenzionale violazione dei criteri di scelta.

⁸⁰² In conformità all'art. 5, comma 1, legge 23 luglio 1991, n. 223, infatti, «l'individuazione dei lavoratori da licenziare deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro; a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative».

⁸⁰³ Si rinvia al saggio ancora attuale di F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, *GDLRI*, n. 78, p. 191; un paio di esempi, tra i tanti, danno il senso del pervasivo e tracimante controllo giudiziale sui criteri di scelta: «Anche a seguito delle modifiche introdotte dalla l. n. 92/2012, l'art. 4, c. 9, l. n. 223/1991 prevede che, oltre all'elenco dei lavoratori licenziati, debbono essere puntualmente indicate le "modalità con le quali sono stati applicati criteri di scelta di cui all'art. 5, c. 1" e tale indicazione non può non risolversi nella necessità di allegare alla comunicazione anche la "griglia" relativa all'applicazione dei criteri di scelta a tutto il personale interessato del licenziamento collettivo. Diversamente opinando, non sarebbe possibile alcun controllo ex post sulla applicazione comparativa dei criteri di scelta: solo la trasmissione della "griglia" integrale consente un effettivo sindacato sull'applicazione di tali criteri» (Trib. Roma 19 maggio 2015); «in tema di mobilità, il datore di lavoro deve indicare puntualmente le modalità di applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori, evidenziando tutti gli elementi che hanno portato all'identificazione dei dipendenti prescelti per la mobilità: in caso di applicazione in concorso dei tre criteri di legge (carichi di famiglia, anzianità, esigenze tecnico-produttive ed organizzative), il datore deve anche specificare le modalità con cui gli stessi sono stati fatti interagire» Cass. 14 aprile 2015, n. 7490. «In tema di licenziamenti collettivi, deve essere cassata la sentenza dei giudici del merito che ha ritenuto valido il licenziamento intimato ad alcuni lavoratori solo sulla base dell'esclusivo rilievo della loro adibizione al reparto manutenzione (soppresso) senza valutare l'attività svolta presso il reparto trasporti al fine della necessità della comparazione della loro posizione con quella dei colleghi addetti ad altri reparti», Cass. 12 gennaio 2015, n. 205.

solidarista e pro sindacale, finisce per essere meno credibile proprio per il suo forte aroma di pregiudizialità.

Una di ragion pratica; i critici, scandalizzati dal doppio regime di tutela nella medesima procedura di licenziamento collettivo⁸⁰⁴, dimenticano che qualsiasi altro tipo di soluzione avrebbe comunque comportato una qualche forma di dualismo: all'interno del licenziamento economico, una difformità di tutela, questa volta strutturale e a regime, nel caso di un licenziamento individuale plurimo per giustificato motivo oggettivo e di licenziamento formalmente collettivo secondo la definizione legale⁸⁰⁵. E dimenticano, a proposito di dualismi passati, presenti e futuri, che da sempre dalla disciplina dei licenziamenti collettivi sono stati esclusi i lavoratori delle piccole imprese e la Corte costituzionale non ha trovato molto da dire; dimenticano, infine, che la disparità di trattamento, con riguardo a tutti i licenziamenti, come argomenta Ichino⁸⁰⁶, è transitoria e non definitiva, durando tanto quanto il fisiologico *turn-over* che metterà tutti i lavoratori sullo stesso piano.

Per altro, se nel saldo finale del nuovo regime di tutela nei confronti del licenziamento collettivo finisce per esserci uno spazio maggiore per le esigenze organizzative delle imprese nella scelta dei dipendenti da licenziare, tale scelta non pare debba essere demonizzata (si è parlato di un "ritorno alla cultura del padrone delle ferriere"⁸⁰⁷).

Non pare che ci sia nulla di moralmente riprovevole o in contrasto con i principi costituzionali (tranne che non si decida di abbracciare in pieno una certa cultura antiproduttivista, antimeritocratica e anti-impresa) se tra i criteri di scelta in caso di licenziamento collettivo sia lasciato spazio maggiore alle esigenze tecniche e produttive della impresa (che, se realizzate, potrebbero preludere anche a un rilancio occupazionale). Una cosa è mettere nella lista di mobilità in uscita il malato di tumore perché improduttivo o la donna di cui si prevede la gravidanza (scelta sicuramente discriminatoria che produce la nullità del recesso); un'altra cercare di conservare i lavoratori più produttivi o più professionalmente strategici rispetto ad altri che il datore di lavoro, a suo insindacabile giudizio, ritenga meno disponibili e coinvolti nella *mission* aziendale.

Rimane, in ogni caso, il fatto che anche per il licenziamento economico (nella forma della procedura sindacale collettiva o nella forma del giustificato motivo oggettivo) è sempre possibile la ponderazione del giudice sulla circostanza che il recesso economico "camuffi" un licenziamento discriminatorio perché ritorsivo ("mi hai fatto causa per una rivendicazione salariale o normativa, ti inserisco nella lista dei licenziamenti collettivi, ovvero riorganizzo il reparto in modo da giustificare il tuo licenziamento"). Con onere a carico del lavoratore della dimostrazione della natura subdola e ritorsiva dell'operazione economica.

⁸⁰⁴ Il doppio regime prevedibilmente comporterà qualche problema attuativo (i casi sono ancora di là da venire) ma i critici sottovalutano la capacità dei fatti di adattarsi alle norme. È probabile che già i capi del personale si siano già attrezzati per fronteggiare tale casistica empirica.

⁸⁰⁵ Secondo la definizione fornita dall'art. 24 (*Norme in materia di riduzione del personale*) della legge 223/91.

⁸⁰⁶ P. Ichino, *Il lavoro ritrovato*, cit., *passim*.

⁸⁰⁷ Si legge nell'intervista a Umberto Romagnoli su *Il Fatto quotidiano* «se Matteo Renzi potesse riscrivere l'articolo 1 della Costituzione, direbbe che la Repubblica Italiana è fondata non sul lavoro, ma sulla libertà d'impresa».

Del resto, come correttamente ha fatto notare Potestio, anche nel licenziamento economico, come regolato nel CTC, non ha trovato piena applicazione l'ipotesi 'pura' della *lay-off tax* del modello di Blanchard e Tirole⁸⁰⁸. Ciò in ragione del fatto che il giudice, oltre ad avere margine per indagare circa la reale natura del licenziamento sulla base delle allegazioni della parte, può sempre valutare la legittimità⁸⁰⁹, a fini risarcitori e non di reintegra, del licenziamento economico; questo gli consente di entrare nel merito, come di fatto sempre avvenuto, delle strategie economiche dell'imprenditore che pone in essere la scelta di separazione. Certamente più in sintonia con il summenzionato modello (una "sua libera interessante e costruttiva applicazione"), è l'art. 6 del d.lgs. 23/2015 sull'offerta di conciliazione preventiva⁸¹⁰, che mitiga l'apertura alla rilevanza del ruolo del giudice nella valutazione del licenziamento economico; ciò nel senso che «accoglie il principio dell'onere finanziario sulla decisione di licenziamento dell'impresa, ma lascia alle parti, data la decisione di licenziamento, la scelta di uniformarsi ad esso, in luogo di una scelta di inazione o di ricorso giudiziario»⁸¹¹.

In sintesi, per quanto riguarda il licenziamento economico si può dire che la scelta a favore di una maggiore flessibilità in uscita, con la generalizzazione della tutela risarcitoria, appare un ri-aggiustamento di un sistema che, anche in ragione di una giurisprudenza eccessivamente invasiva delle prerogative imprenditoriali⁸¹², ha finito per operare un bilanciamento non equilibrato tra art. 4 e art. 41, 1° comma, della Costituzione⁸¹³. L'art. 4, sul diritto al lavoro⁸¹⁴, norma programmatica, impone allo stato politiche del mercato del lavoro finalizzate a promuovere, proattivamente, alti tassi di buona (nella rilettura europea) occupazione. In tal senso il diritto al lavoro può essere annoverato tra gli *human rights*⁸¹⁵; ma la norma non può essere considerata parametro di valutazione giudiziale a livello casistico, e dunque micro e non macro, di singoli comportamenti e

⁸⁰⁸ M. P. Potestio, *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, in *Il Mulino*, 2015, n. 3, p. 444 ss.

⁸⁰⁹ Il giudice può sempre valutare la ricorrenza degli «estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» (art. 3, comma 1, d.lgs. 23/2015) o la correttezza dell'applicazione dei criteri di scelta legali o convenzionali nel licenziamento collettivo (art. 10 d.lgs. 23/2015).

⁸¹⁰ Ai sensi dell'art. 6, comma 1, d.lgs. 23/2015, «il datore di lavoro può offrire al lavoratore [...] un importo [...] di ammontare pari a una mensilità della retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a due e non superiore a diciotto mensilità». L'accettazione dell'importo «comporta l'estinzione del rapporto [...] e la rinuncia all'impugnazione del licenziamento anche qualora il lavoratore l'abbia già proposta». Sull'offerta di conciliazione si rinvia a A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, IT – 245/2015.

⁸¹¹ M. P. Potestio (*Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, cit., p. 450), che così continua: «dare esplicitamente alle parti la possibilità di gestire la separazione è qui un riconoscimento della complessità del rapporto di lavoro e della privilegiata posizione delle parti stesse a definire, certamente in molti casi, accettabili condizione di separazione».

⁸¹² Basti citare la giurisprudenza secondo cui il mero fine di incrementare i profitti aziendali non costituirebbe valido motivo di giustificazione del recesso datoriale (cf., *ex plurimis*, Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. 26 agosto 2011 n. 19616, laddove si precisa che la soppressione del posto di lavoro non possa essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma debba essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti e debba essere collegata ad effettive ragioni di carattere produttivo- organizzativo). Per una equilibrata analisi della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo si rinvia alla monografia di S. Brun, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, Cedam, 2012.

⁸¹³ Sulla proporzionalità e il bilanciamento come nuovo elemento della struttura epistemologica del diritto del lavoro si rinvia a B. Caruso, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea*, cit.

⁸¹⁴ Si rinvia ai saggi pubblicati nel volume *The Right to Work. Legal and Philosophical Perspectives*, Virginia Mantouvalou (a cura di), Oxford, Hart Publishing, 2015.

⁸¹⁵ H. Collins, *Is there a Human Right to Work?*, in *The Right to Work. Legal and Philosophical Perspectives*, cit., p. 17 ss.

scelte datoriali. Tale parametro è stato invero utilizzato, in via di fatto, per sovrapporre e sostituire alle scelte di gestione dell'imprenditore quella del giudice: non solo in termini di addebito del costo di separazione (comunque molto elevato e, spesso, poco sostenibile) ma anche in termini di riconsiderazione giudiziale della scelta economica della separazione (il giudice che, contestando la sussistenza dell'interesse economico alla separazione, arriva a ponderare se l'imprenditore abbia comunque fatto tutto il possibile per utilizzare al meglio la risorsa umana che considera non più utilizzabile – attraverso una valutazione sulla violazione dell'obbligo di *repêchage*, che preludeva, nel sistema pre-Fornero, alla reintegra⁸¹⁶).

3.2. Licenziamento disciplinare e discriminatorio

La regolamentazione del licenziamento per ragioni soggettive nella forma disciplinare introdotta con il CTC ha un duplice obiettivo: limitare ulteriormente rispetto alla riforma Fornero i casi già residuali di reintegra e restringere comunque il potere di valutazione del giudice. Il riferimento è a quel passaggio del decreto attuativo in cui si contempla la reintegrazione soltanto per i licenziamenti disciplinari in cui sia «direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»⁸¹⁷. Rispetto alla formulazione della legge Fornero⁸¹⁸ si restringe l'ipotesi dell'insussistenza del fatto contestato, da un lato, attraverso una sua espressa definizione in termini di fatto "materiale" (per escludere, dal novero delle ipotesi interpretative "ammesse", quelle facenti riferimento al c.d. "fatto giuridico")⁸¹⁹ e, dall'altro, mediante un *escamotage* processuale probatorio (la 'diretta' dimostrazione in giudizio); si elimina dalla valutazione della sussistenza del fatto ogni riferimento alla proporzionalità tra fatto contestato e sanzione irrogata; sparisce ogni riferimento alla valutazione dei fatti in sede di codice disciplinare come vizio (difformità) del recesso implicante la reintegra.

Secondo i critici della riforma, è incostituzionale limitare l'esercizio del potere di sindacato giurisdizionale. Il giudice deve avere la possibilità di accertare se c'è stata proporzione tra gravità del fatto commesso e la sanzione che è stata inflitta: "Con un tratto di penna, il governo avrebbe cancellato un principio di equità". Si porta un ricorrente esempio pratico: nel caso di un solo giorno di assenza ingiustificata dal lavoro, l'imprenditore potrà procedere al licenziamento, senza

⁸¹⁶ A seguito della riforma Fornero, si sono succedute pronunce contrastanti sulla riconducibilità del *repechage* all'interno della nozione di "fatto" e sulla sua rilevanza in ordine alla pronuncia – propedeutica alla reintegra – di "manifesta insussistenza del fatto": v. Tribunale di Milano, 28 novembre 2012, ord., nella quale si ritiene che il mancato adempimento dell'obbligo di *repechage* possa dar luogo a mere conseguenze risarcitorie; *contra*, v. Trib. Milano 23 febbraio 2013; Trib. Reggio Calabria 3 giugno 2013, secondo cui il *repechage* configurerebbe «un attributo normativo sostanziale nella definizione del giustificato motivo oggettivo» muovendo da una ricostruzione della nozione di "fatto" «non distinguibile dalla valutazione e connotazione giuridica del fatto stesso».

⁸¹⁷ Così l'art. 3, comma 2, del d.lgs. 23/2015. Allo stesso fine è preordinata l'applicabilità della disciplina dell'offerta conciliativa ex art. 6 d.lgs. 23/2015 anche alle ipotesi di licenziamenti per ragioni soggettive.

⁸¹⁸ Ai sensi dell'art. 1, comma 42, della legge Fornero, infatti (l. 28 giugno 2012, n. 92, *Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*), si applica il regime di reintegrazione "debole", nelle ipotesi in cui il giudice accerti «che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa adottati dal datore di lavoro, per insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili».

⁸¹⁹ Si fa riferimento alla *querelle* interpretativa sorta, a ridosso dell'emanazione della riforma Fornero, sulla nozione di "fatto" da prendere in considerazione, ai fini della valutazione sull'insussistenza del fatto contestato (e dunque della reintegra), a partire dal *leading case* in argomento: Trib. Bologna 15 ottobre 2012.

che il giudice possa decidere se si tratta di un provvedimento sproporzionato rispetto al fatto commesso con un netto ritorno al passato della unilateralità e (scarsa) controllabilità del recesso.

A tale posizione si possono contrapporre argomenti appartenenti sia all'analisi esegetica, sia all'analisi sistematica.

Sul piano esegetico:

a) nulla impedisce che il fatto contestato nella elaborazione dei giudici - al di là dei primi provvisori *obiter dicta* della Cassazione⁸²⁰ - possa attestarsi su una via di mezzo tra fatto giuridico, attrattivo dei pregressi schemi di controllo giudiziale, e (mero) fatto materiale: il fatto contestato che si dimostri privo di ogni imputabilità è soggettivamente insussistente; l'inadempimento risibile potrebbe essere considerato oggettivamente fatto insussistente o, anche, indizio grave di intento ritorsivo (con attrazione della fattispecie nell'ambito del licenziamento discriminatorio). Per non dire come il licenziamento disciplinare per ragione capricciosa o evidentemente cavillosa o risibile, potrebbe comunque far qualificare l'atto di recesso nullo per motivo illecito, dando luogo in tal caso (in mancanza di accertato intento ritorsivo e quindi discriminatorio ex art. 2 del d.lgs. 23/2015) a una nullità di diritto civile (art. 1345 e 1418 2° comma c.c.).

b) Sul piano processuale le corti del lavoro potrebbero riscoprire e rilanciare la natura semi-inquisitoria del processo del lavoro e, sulla base della allegazione della parte processualmente debole circa la insussistenza del fatto, "direttamente" dimostrare tale (non) ricorrenza, ovvero supportare la parte con mezzi istruttori officiosi (non soltanto il 421 c.p.c. ma l'intera tastiera istruttoria a disposizione del giudice). Una disposizione incidentale contenuta in una norma sostanziale (la diretta dimostrazione come onere della parte che allega l'insussistenza), non può certo capovolgere i principi e le regole del processo civile e del processo del lavoro che contempera il principio dispositivo con la struttura officiosa del procedimento.

Di rilievo sembrano pure gli argomenti sistematici che inducono a una valutazione non critica della riforma attuata con il CTC.

Da quanto già accennato emerge una prima considerazione nel senso che potrebbe essere una illusione ottica quella di pensare che la riforma abbia posto fine alla creatività ermeneutica (il diritto è quel che si applica) e, dunque, agli spazi di intervento dei giudici e degli stessi avvocati. È data, invero, la possibilità di un effetto *serendipity* della riforma nel senso che il risultato, alla fine, potrebbe essere non quello della riduzione del potere di controllo del giudice, ma di un suo ri-

⁸²⁰ Si fa riferimento all'*obiter dictum* pronunciato dalla Suprema Corte (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2014, p. 1381), secondo cui nel nuovo art. 18 la reintegrazione troverebbe ingresso «in relazione alla verifica della sussistenza/insussistenza del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, così che tale verifica si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto, che dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali, con riguardo alla individuazione della sussistenza o meno del fatto della cui esistenza si tratta, da intendersi come fatto materiale»; con la conseguenza che esulerebbe «dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato». In argomento cfr. S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti* (cit., p. 18), secondo cui il legislatore delegato si sarebbe «volentieri lasciato suggestionare da questa inattesa apertura della Cassazione alla teoria del fatto materiale, della cui esistenza o inesistenza in rerum natura il giudice sarebbe chiamato a prender atto, senza potersi avventurare nei terreni proibiti delle valutazioni di proporzionalità (cioè di ragionevolezza)», finendo, così, con il dare luogo, con l'introduzione del secondo comma dell'art. 3 del d.lgs. 23/2015, a una «previsione normativa sicuramente abnorme perché manifestamente irrazionale ed evidentemente in contrasto con l'art. 3 Cost.».

posizionamento contenutistico; ciò attraverso una piena, e finalmente attuata anche in Italia, rivalutazione (una sorta di vendetta postuma) del diritto antidiscriminatorio⁸²¹.

In tal senso il diritto comparato conferma una tendenza in atto: gli strumenti più efficaci di contrasto contro i licenziamenti, per causali soggettive, si riscontrano proprio nel diritto antidiscriminatorio e nei suoi *devices*; persino in Danimarca o negli USA (con regime di licenziamento *at will*), dove non esiste praticamente la reintegrazione, rimane ampio il contenzioso in materia di licenziamenti e alti i risarcimenti irrogati che finiscono per esercitare notevole portata dissuasiva e preventiva rispetto a comportamenti arbitrari del datore di lavoro⁸²².

È evidente come a partire dalla nuova disciplina della tutela contro il licenziamento (ma già con la riforma Fornero) la cultura del diritto antidiscriminatorio, non solo di genere, diventa asse di equilibrio della riscrittura epistemologica del diritto del lavoro insieme al principio del bilanciamento e alla tecnica di controllo di proporzionalità⁸²³. In ciò collocando la tutela reintegratoria nella corretta posizione sistematica, vale a dire intesa quale rimedio estremo rispetto ad atti di recesso patologici, espressione di esercizio, davvero, arbitrario del potere di recesso. Con il risultato che l'ottimizzazione del mix di risarcimento e *reinstatement*, l'ibridazione di rimedi antichi (di diritto civile) e relativamente poco utilizzati nell'esperienza giuridica italiana (le tecniche sostanziali e processuali antidiscriminatorie) possono produrre, come esito conclusivo, una normalizzazione del ricorso alla domanda e alla sanzione di reintegra (per i casi di uso abnorme e arbitrario del potere direttivo).

Se una critica va fatta al CTC, per quanto riguarda la tecnica risarcitoria prescelta⁸²⁴, essa si colloca nell'ancoraggio progressivo, ma meccanico, della indennità alla durata del rapporto; tecnica che

⁸²¹ Si v., su posizioni diverse, M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2013, n. 1, p. 139 ss; M. T. Carinci, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2012, n. 4, p. 527 ss.

⁸²² Immettendo in una delle più note banche dati giuridiche statunitensi le parole-chiave "*dismissal discrimination*", sovengono 988 documenti, che, già a una prima lettura, danno uno spaccato della estrema articolazione del contenzioso e delle pronunce giurisprudenziali di tutela nei confronti del licenziamento illegittimo per ragioni soggettive: discriminazione indiretta e diretta per ragioni canoniche, molestie, licenziamento ritorsivo sono i *devices* più utilizzati per operare un simile controllo. Tale quadro di controllo diffuso sui licenziamenti arbitrari, e di perdurante attivismo giudiziario, malgrado le riforme dell'istituto del licenziamento, è emerso dalle relazioni su vari sistemi nazionali nell'ultimo convegno dell'AGI, (Milano 19/20 giugno 2015, sezione dedicata al tema: '*il futuro del diritto del lavoro e degli avvocati giuslavoristi*'). In quel convegno è, altresì, emerso che lo strumento di deterrenza più efficace (e certamente più discutibile sotto il profilo del diritto costituzionale all'accesso alla giustizia) nei confronti di azioni di tutela contro il licenziamento illegittimo è la politica diffusa di aggravio del costo della giustizia a carico della parte processuale debole (l'attore processuale tipico: il lavoratore).

⁸²³ M. Barbera, *Il licenziamento alla luce del diritto antidiscriminatorio*, cit.; l'Autrice è colei che con maggiore sensibilità e lucidità ha sostenuto, in tempi non sospetti, la necessità di porre il diritto antidiscriminatorio al centro della riflessione epistemologica sul cambiamento del diritto del lavoro italiano. Si v. *La sfida dell'eguaglianza*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, I, 2, p. 245; id. *L'eguaglianza come scudo e l'eguaglianza come spada*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2002, I, 2, p. 805; id. *Regole del mercato del lavoro e tutela antidiscriminatoria. Introduzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, I, n. 1, p. 139; p. 139; id. *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello statuto e ai tempi nostri*, in *Diritti lavori mercati*, 2010, n. 3, p. 723; M. Barbera, V. Protopapa, *Il caso Fiat come tutela antidiscriminatoria riformula il conflitto sociale*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, I, n. 2.

⁸²⁴ Delineato dal combinato disposto dell'art. 1, comma 7, lett. c), l. 183/2014 e dagli artt. 2-3-4 del d.lgs. 23/2015 (si v. *supra*, nt. 32). La produzione scientifica sulla nuova disciplina dei licenziamenti introdotta per i CTC ha già raggiunto dimensioni significative; in argomento, senza pretesa di esaustività, ci si limita a rinviare a: F. Carinci, C. Cester (a cura di), *Il licenziamento all'indomani del d. lgs. n. 23/2015 (contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti)*, in *ADAPT Labour Studies*, e-Book series n. 46, ADAPT Uni-

penalizza i più giovani⁸²⁵ e che trascura ogni tipo di incentivo biunivoco progressivo (in termini di tutele per il lavoratore e di *bonus* occupazionale per l'impresa) mirato a rafforzare l'affidamento reciproco delle parti e la stabilizzazione del contratto psicologico⁸²⁶. A tacer d'altro in termini di politica del diritto, sul piano teorico generale questa scelta trascura un dibattito di grande interesse tra i giuslavoristi anglosassoni, che mira a riscoprire, come elemento di giuridificazione del contratto psicologico (nozione in sé non giuridica), l'obbligazione di fiducia nel contratto di lavoro; ciò non solo in capo al lavoratore (i canonici obblighi di fedeltà); ma anche in capo al datore di lavoro⁸²⁷ in ragione del fatto che l'impresa post fordista, in alcune peculiari assetti organizzativi (*infra*) diventa luogo dove datore di lavoro, singoli lavoratori e comunità aziendale, in senso olistico e non corporativo, stringono un vero e proprio patto di fiducia reciproca, sia a livello individuale (una nuova visione del contratto di lavoro mirato ad esaltare la *capacitas* del singolo lavoratore ed il suo affidamento e coinvolgimento nell'organizzazione aziendale⁸²⁸); sia, sempre più frequentemente, anche a livello collettivo aziendale (i nuovi modelli partecipativi e integrazionisti di welfare aziendale che si evincono dalla contrattazione decentrata⁸²⁹ non tradizionale e mirata al benessere anche extralavorativo della persona).

versity Press, 2015; S. Giubboni, *Profili costituzionali del contratto di lavoro a tutele crescenti*, cit.; A. Garilli, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, cit.; M. Magnani, *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT-256/2015; M. Marazza, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT- 236/2015; L. Mariucci, *Il diritto del lavoro ai tempi del renzismo*, cit.; L. Nogler, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d. lgs. n. 23 del 2015*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2015, I, p. 507; A. Perulli, *Il contratto a tutele crescenti e la Nاسpi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, cit.; G. Proia, *Il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti*, in R. Pessi, C. Pisani - G. Proia - A. Vallebona, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, Giappichelli, 2015; M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" - *Collective Volumes* -, n. 3/2014; F. Scarpelli, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, cit.; V. Speciale, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, cit.; A. Zoppoli, *Legittimità costituzionale del contratto di lavoro a tutele crescenti, tutela reale per il licenziamento ingiustificato, tecnica del bilanciamento*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 260/2015; L. Zoppoli, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in *Diritti lavori mercati*, 2015, n. 1, p. 30.

⁸²⁵ A tale proposito solo la pratica applicazione della legge ci dirà se la sanzione soprattutto per i più giovani in carriera sia talmente poco dissuasiva da integrare una violazione dell'art. 30 (*Tutela in caso di licenziamento ingiustificato*) della Carta dei diritti fondamentali – ma anche dell'art. 21 della Carta nonché del principio generale di non discriminazione in ragione dell'età, costantemente affermato dalla Corte di giustizia a partire dal caso *Mangold* - e del principio di effettività della sanzione. È noto infatti che, nel corso degli anni, la Cgue ha elaborato una rigorosa prassi giurisprudenziale in tema di effettività del diritto dell'Ue e delle tecniche sanzionatorie adottate dagli Stati membri a garanzia della sua attuazione. Si v., *ex aliis*, la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Mascolo*, nella quale il consueto *refrain* della necessità di predisporre un apparato sanzionatorio efficace, dissuasivo ed equivalente a quello apprestato per violazioni del diritto nazionale appare rafforzato dall'uso del termine "energico": «quando, come nel caso di specie, il diritto dell'Unione non prevede sanzioni specifiche [...] spetta alle autorità nazionali adottare misure che devono rivestire un carattere non solo proporzionato, ma anche sufficientemente energico e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in applicazione dell'accordo quadro» (Corte di giustizia 26 novembre 2014, cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Raffaella Mascolo e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*, § 77).

⁸²⁶ B. Caruso, *Nel cantiere del contratto di inserimento: il "contratto ad affidamento crescente"*, in *nelMerito.com*, 2014.

⁸²⁷ Si rinvia a J. Murray, *Conceptualizing the Employer as Fiduciary: Mission Impossible?*, in *The Autonomy of Labour Law*, cit.

⁸²⁸ In argomento sia consentito rinviare a B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, n. 113, p. 1 ss.; B. Caruso, *The Employment Contract is Dead: Hurrah for the Work Contract!* A European Perspective, in *Rethinking Workplace Regulation. Beyond the Standard Contract of Employment*, K. Stone, H. Arthurs (a cura di), New York, Russell Sage Foundation Press, 2013, p. 95 ss.

⁸²⁹ L'istituto stereotipo della tradizionale contrattazione aziendale è costituito dal premio - in denaro - collettivo aziendale, possibilmente uguale per tutti e al massimo legato alla presenza ove si mette insieme una doppia incongruità: il premio extra in denaro a chi si limita a fare il proprio dovere (presenziando con la presenza regolare in azienda, per cui è già pagato con la retribuzione contrat-

In sintonia, e non in contraddizione, con questa prospettiva, sarebbe stata pure la legittimazione della causale dello scarso rendimento come specificazione normativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, secondo recenti indicazioni giurisprudenziali (per altro puntualmente smentite⁸³⁰ e pertanto generatrici di incertezza), e giusti nuovi stimoli ermeneutici provenienti dalla più recente dottrina italiana⁸³¹.

Sull'uno e sull'altro fronte (maggiori tutele anche economiche a fronte di un'accentuazione dell'affidamento progressivo e dell'allargamento della responsabilità contrattuale, anche in capo al lavoratore subordinato) ampio spazio rimane, comunque, aperto per una contrattazione aziendale su contenuti intelligenti, creativi e innovativi⁸³²; molto dipende, in tal senso, da nuove e visionarie *leadership* imprenditoriali e sindacali e dalla stessa capacità di rinnovamento della cultura giuslavoristica e della sua capacità influenza ed egemonia nel dialogo con le corti.

4. Alcune considerazioni finali

Come valutazione davvero conclusiva può dirsi che il risultato dell'attuata riforma va nel senso di un riformismo equilibrato; ciò nella misura in cui il CTC rifugge, nel riposizionamento delle tutele contro il licenziamento illegittimo, dall'automatismo meccanico, economicista e di sentore tecnocratico, del modello di Blanchard e Tireole. Molto si discute, per un apprezzamento *ex post* del CTC, dei risultati economici. La sua valutazione di impatto è affidata direttamente a indicatori occupazionali e finanziari: quanti contratti a tempo indeterminato, quanta nuova occupazione, addirittura quanta percentuale di incremento di PIL, produrrà.

tuale) e ogni rinuncia a misure di reale incentivazione all'impegno e al coinvolgimento effettivo; tale istituto lascia trapelare, in filigrana, una concezione del lavoro come pena e una abdicazione alla lotta contro l'assenteismo (un premio per svolgere la propria obbligazione contrattuale normale: essere presenti al lavoro tranne in casi di malattia effettiva), con il risultato di una penalizzazione dei "veri" malati e infortunati. Simbolo dell'eclissi della superata concezione distributiva e, pur sempre utilitarista, della giustizia di stampo rawlsiano, criticata da Sen (A. Sen, *L'idea di giustizia*, Milano, Mondadori, 2010). Critiche, non convincenti, alla teoria di Sen, e alle sue applicazioni, giuslavoriste in A. Bogg, *Labour Law and the Trade Unions: Autonomy and Betrayal*, in *The autonomy of Labour law*, cit., p. 86 ss.

⁸³⁰ V. la recente pronuncia della Suprema Corte (Cass. 9 luglio 2015, n. 14310) con la quale si è affermata la legittimità di un licenziamento disciplinare per scarso rendimento, classificandolo nei termini di una fattispecie di «recesso del datore per notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore, che, a sua volta, si pone come specie della risoluzione per inadempimento, prevista dagli artt. 1453 e segg. cod. civ.». Tale sentenza per il suo riferimento in motivazione all'enorme sproporzione tra gli obiettivi fissati nel programma aziendale e quanto effettivamente realizzato, è stata considerata un punto di svolta che potrebbe condurre al riconoscimento dello scarso rendimento come causale oggettiva e non soggettiva di licenziamento. La riconduzione dello scarso rendimento nell'alvo del licenziamento disciplinare propone la questione della prova del notevole impedimento, che finisce per costituire il vero deterrente per il datore di lavoro nei confronti del licenziamento del lavoratore che ritiene scarsamente produttivo. Un aggiustamento costruttivo di questo canonico orientamento della Suprema Corte in Cass. 22 gennaio 2009, n. 1632, ove si afferma che in caso di scarso rendimento la negligenza può essere provata anche solo attraverso presunzioni consistenti nella mera prova documentale di non aver raggiunto un certo standard (obiettivo di fatturato) predeterminato, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2010, n. 1, p. 181 con nota di M. Delfino, *Il licenziamento per scarso rendimento e la rilevante negligenza imputabile al lavoratore*. Si veda, per il diverso orientamento, Trib. Milano 19.01.2015 n. 1341, che riconduce l'eccessiva morbilità ad una ipotesi di scarsa utilità della prestazione per il datore (scarso rendimento) tale da giustificare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Sul licenziamento per scarso rendimento collegato alla eccessiva morbilità l'innovativo orientamento di Cass. 4 settembre 2014, n. 18678, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2015, n. 1, p. 72 con nota di M. Talarico, *Licenziamento per scarso rendimento da eccessiva morbilità*.

⁸³¹ Si v. F. Pantano, *Il rendimento del lavoratore e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Padova, Cedam, 2012; R. Salamone, *Scarso rendimento e lavoro pubblico: perché no?*, in *Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni*, 2008, n. 1, p. 37

⁸³² Si v. il modello di welfare aziendale integrato introdotto dalla contrattazione integrativa di Luxottica (Accordo integrativo Luxottica sul welfare aziendale del 4 giugno 2013); cfr. pure il Contratto integrativo del 8 aprile 2015 della Birra Peroni per il triennio 2015-2018. Si v. l'articolo di C. Tucci sul *Il sole 24 ore* del 19 agosto 2015, *I benefit flessibili di Birra Peroni* e ivi l'intervista alla Hr manager Anna Taliani, *Non disperdiamo il capitale umano*.

Questo approccio sembra sintomatico di una nuova sindrome ossessiva della cultura giuslavorista italiana, non scevra anch'essa da economicismo: quella giusta la quale l'impatto sociale ed economico di una legge debba essere misurato in termini di immediati risultati statistici. Correlata a tale idea è certamente la percezione che la legge, in quanto tale, possa svolgere una funzione onnipotente nei confronti del cambiamento sociale od economico (medesima illusione della riforma soltanto per via legislativa del pubblico impiego).

Onde il processo di riforma legislativa viene adattato ai ritmi, impazienti e serrati, dei tempi della politica e dalla sua attualità mediatica (la guerra delle statistiche occupazionali sulle percentuali di decimali ne è la dimostrazione più evidente). Al contrario, i grandi pensatori riformisti insegnano che una politica ispirata ai canoni del riformismo razionale, ragionevole e pragmatico - così come occorrerebbe per i capitali - dovrebbe, per sua natura, essere lenta, pacata, paziente: ispirata al metodo Kaizen piuttosto che alla musica e al ritmo della rap dance o, peggio, della musica disco.

Questa 'politica impaziente' altro non è che l'altra faccia della sindrome di *hybris intellettuale* che accompagna il tecnico prestato alla politica. Il micro o il macro mutamento regolativo come *condicio sine qua non* del mutamento sociale e non l'approccio sistemico, fatto pure di *best practices*, *benchmarking*, micro-aggiustamenti fattuali, anche di tipo empirico sperimentale (secondo il metodo *trial and error*).

L'universo dell'impresa sta cambiando per l'incrocio di globalizzazione e rivoluzione tecnologica digitale.

Figura 1



(fonte: *The future of work. A journey to 2022*; ww.pwc.com/humancapital)

Non c'è più come nel fordismo un unico modello egemone. Alcune indagini sul campo ne indicano almeno tre

Figura 2

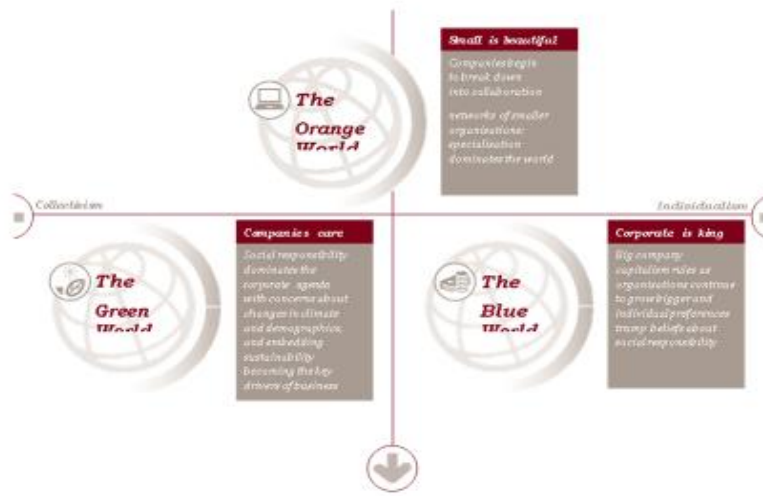


Figura 3

	Corporate taking: Blue World	Small is beautiful: Orange World
How organisations source and attract talent	Organisations compete to find and secure the best talent available and use extensive search and evaluation methods to find the stars of tomorrow. Talent is attracted by the potential for high earnings, job security and status.	Green World companies seek like-minded individuals to extend the corporate family, taking great care to only select talent with the right behaviours and attitudes. Talent is attracted to Green World brands, their values and their culture.
Reward and performance	Reward is based on finely tuned performance metrics.	Organisations focus on total reward, which recognises corporate citizenship and good behaviours alongside performance. Contract-based pay for projects is the norm. Results-based or buy-in contracts are also common. Negotiation skills are vital.
Learning and development's role	Individuals build skills and experience to adapt to changing business needs. Learning and development is closely aligned to objectives and performance measures.	Personal and professional development fuse in areas such as volunteering. Individuals develop their own skills. Professional guides will re-emerge and certify skills alongside online references and performance rankings.
The role of HR	HR uses advanced analytics to predict future talent demands and to measure and anticipate performance and retention issues.	HR acts as guardian of the brand. There is a strong focus on creating the right culture and behaviours and on guarding against sustainability and reputational risk across the supply chain. HR focuses on sourcing contractors and negotiating the contracts, along with performance management and project economics.
Role of technology in managing people	Sensors and data analytics to measure and optimise performance.	Helping people to build work into their lives and minimise their environmental impact. Creating virtual collaboration.

Si evince, in tutti e tre i modelli, che le figure 2 e 3 sintetizzano la nuova centralità della risorsa umana, soprattutto nelle imprese orientate a diversificate strategie di Responsabilità sociale dell'impresa (sempre più numerose). In tale imprese il licenziamento diventa, davvero, ultima *ratio* ma per scelta del datore non per imposizione del giudice.

Si tratta di modelli in cui l'interesse primario è l'investimento sui talenti, in conoscenza, e in cui l'imperativo categorico è la valorizzazione dell'intelligenza e del coinvolgimento delle risorse umane negli obiettivi anche sociali dell'impresa.

Il licenziamento e le sue tecniche di tutela perdono centralità come *device* di gestione del lavoro; il potere direttivo perde di colorazione coercitiva nella misura in cui aumentano le sue tecniche di coinvolgimento proattivo (ben oltre l'organizzazione piatta del toyotismo).

Ma non per questo la *mission* di tutela del diritto del lavoro cessa di esistere; essa cambia solo di segno, contribuendo, certamente, al mutamento del paradigma. Il diritto del lavoro si fa carico, ampliando il suo spettro strutturale e funzionale (strumenti e obiettivi), di funzioni altre⁸³³: perequazione, saldatura dei *cleavages* sociali, nuove solidarietà, promozione del lavoro di qualità non necessariamente nella forma tipica del lavoro subordinato, facilitazione dell'innovazione istituzionale, tecnologica e produttiva, tutela del lavoro autonomo di nuova generazione e "promozione del lavoro agile"⁸³⁴. Ma anche efficienza, responsabilità e contrasto a comportamenti di *moral hazard* e valorizzazione del merito, del talento, della produttività, dell'efficienza.

Tale nuove traiettorie del diritto del lavoro, si integrano e vanno in parallelo, per altro, con una forte riqualificazione, qualitativa e non solo quantitativa, dell'intervento dello stato; non solo in funzione di regolatore, ma in quella di soggetto che si fa carico non tanto dei fallimenti del mercato, ma andando oltre dove il mercato non osa: l'assunzione di rischio creativo e "foolish" nelle strategie di innovazione di lungo periodo, in una visione aggiornata e post moderna sia di intervento, sia di bene pubblico⁸³⁵.

Come mi piace ripetere, a partire da una riflessione che incomincia a essere collocata ormai lontana nel tempo, il diritto del lavoro è morto: lunga vita al diritto del lavoro.

⁸³³ I commentatori sottovalutano gli effetti di innovazione istituzionale che il programma Garanzia giovani sta producendo, tra cui i potenziali risultati di disseminazione della cultura di impresa tra i giovani; anche in tal caso il (pre)giudizio ideologico e l'approccio economicista (quanti occupati?) prevale sulla distaccata analisi politica e giuridico-istituzionale sui cambiamenti indotti. Per una seria e documentata analisi giornalistica si rinvia a D. Fano, E. Gambardella, F. Margiocco, *Garanzia giovani. La sfida*, Milano, F. Brioschi ed., 2015.

⁸³⁴ Sullo statuto protettivo del lavoro autonomo da ultimo A. Perulli, *Un Job Act per il lavoro autonomo: verso una nuova disciplina della dipendenza economica? WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 235/2015*; id. *Subordinazione e autonomia: dal confine alla soglia*, di prossima pubblicazione negli scritti in onere di Raffaele Del Luca Tamajo.

⁸³⁵ Si rinvia al giustamente discusso, perché stimolante, contributo di M. Mazzucato, *Lo Stato innovatore*, Laterza, Bari, 2013. Per una visione condivisibile di riformismo realistico, in chiave europea, C. Crouch, *Making Capitalism Fit for Society*, Polity press, 2013.