

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

Dottorato di Ricerca in Diritto dell'Economia
28° Ciclo

**Le trasformazioni del diritto del lavoro
per il superamento della crisi e lo sviluppo dell'occupazione**

Candidata: dott.ssa Sabrina Sambati

Tutor: prof. Luigi Fiorillo
Coordinatore: prof. Antonio Blandini

INDICE

CAPITOLO PRIMO

RIPARTIRE DA SÉ

1. Elogio alla crisi	p. 9
2. La via della flessibilità	p. 14
2.1. Istantanea di un <i>background</i>	p. 15
2.1.1. Prove di agilità	p. 18
2.1.2. Un appunto di metodo	p. 25
2.2. Una flessibilità di sistema	p. 28
2.2.1. Sulla terminologia, ma non solo	p. 29
2.2.2. Le ragioni di un compromesso	p. 30
2.3. La recente esperienza interna	p. 38
3. Armiamoci e ripartiamo	p. 51

CAPITOLO SECONDO

L'EMANCIPAZIONE DEI PRESTATORI DI LAVORO

1. Quando tutto cambia	p. 55
1.1. Cittadinanza sociale, cambiamenti del lavoro e istanze di am- modernamento del modello	p. 56

1.2. Il temperamento del carattere oppositivo nella sistemazione degli interessi nel rapporto	p. 59
2. ..anche il diritto del lavoro può cambiare	p. 63
2.1. L'inderogabilità delle tutele, il bisogno di flessibilità dell'apparato regolativo e il nuovo ruolo delle parti	p. 64
2.2. Il piano esterno dell'intervento eteronomo a tutela della parte da emancipare	p. 69

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI: PROVE GENERALI DI FLESSIBILITÀ

1. Le basi per un cambio di prospettiva	p. 73
2. Il filo conduttore della riforma e l'ambizione di blindare la scelta datoriale	p. 75
2.1. Un nuovo articolato: la scelta che vuole la rottura col passato ed il compimento della riforma già iniziata	p. 76
2.2. Un giro di boa in seno ai regimi di tutela ed il ristoro economico assurge a regola certa	p. 80
2.3. La svolta del legislatore delegato	p. 87
3. Il regno delle due discipline	p. 90
4. L'art. 18 dello Statuto e le questioni interpretative sul "fatto"	p. 92
4.1. La rilevanza del fatto materiale e la negazione del potere discrezionale del giudice	p. 97

4.2. Le decisioni che fanno da <i>background</i> alle sentenze della Suprema Corte	p. 103
5. Le due discipline e il “dialogo” aperto dal legislatore delegato	p. 110

CAPITOLO QUARTO

IL RUOLO DELL’AUTONOMIA NELLA FASE DI ROTTURA DEL RAPPORTO: SPUNTI DI RIFLESSIONE DALL’ESPERIENZA FRANCESE

1. Una flessibilità accorta	p. 113
2. Un accordo per lo scioglimento del rapporto	p. 116
2.1. L’esempio francese per la “modernizzazione” del mercato del lavoro: la <i>rupture conventionnelle</i>	p. 117
2.2. La disciplina dell’istituto	p. 122
 BIBLIOGRAFIA	 p. 125

«Non possiamo pretendere che le cose cambino, se continuiamo a fare le stesse cose.

La crisi è la più grande benedizione per le persone e le nazioni, perché la crisi porta progressi. La creatività nasce dall'angoscia come il giorno nasce dalla notte oscura. È nella crisi che sorge l'inventiva, le scoperte e le grandi strategie. Chi supera la crisi supera se stesso senza essere "superato".

Chi attribuisce alla crisi i suoi fallimenti e difficoltà, violenta il suo stesso talento e dà più valore ai problemi che alle soluzioni. La vera crisi, è la crisi dell'incompetenza. L'inconveniente delle persone e delle nazioni è la pigrizia nel cercare soluzioni e vie di uscita. Senza crisi non ci sono sfide, senza sfide la vita è una routine, una lenta agonia. Senza crisi non c'è merito. È nella crisi che emerge il meglio di ognuno, perché senza crisi tutti i venti sono solo lievi brezze. Parlare di crisi significa incrementarla, e tacere nella crisi è esaltare il conformismo. Invece, lavoriamo duro. Finiamola una volta per tutte con l'unica crisi pericolosa, che è la tragedia di non voler lottare per superarla».

(A. EINSTEIN)

CAPITOLO PRIMO
RIPARTIRE DA SÉ

SOMMARIO: 1. Elogio alla crisi. – 2. La via della flessibilità. – 2.1. Istantanea di un *background*. – 2.1.1. Prove di agilità. – 2.1.2. Un appunto di metodo. – 2.2. Una flessibilità di sistema. – 2.2.1. Sulla terminologia, ma non solo. – 2.2.2. Le ragioni di un compromesso. – 2.3. La recente esperienza interna. – 3. Armiamoci e ripartiamo.

1. Elogio alla crisi

Non passa giorno che non si parli della “crisi” che da anni, ormai, riempie le pagine della letteratura, non soltanto nazionale, ed impegna, più che a ragione, gli sforzi di quanti cercano di reagire.

Una crisi profonda che s’innerva nei tessuti di molti settori, e, pure, delle discipline giuridiche, interessate dagli effetti che ad essa conseguono al punto di dover mettere in discussione alcuni dei postulati su cui si fondano.

Una crisi per nulla transitoria, destinata, com’è, a persistere, sinché, di fronte alla criticità di uno scenario che non reagisce agli interventi approntati con gli strumenti già in uso nelle discipline interessate, si continuerà a perseverare nella visione miope che impedisce di individuare, tra le determinanti dell’agire, ciò che, anche se con sacrificio, non può più ritenersi attuale.

Una crisi proteiforme, che si rivela sotto aspetti molteplici, alcuni macroscopici, quali il *default* dei sistemi nazionali, incapaci di far fronte alle istanze dei cittadini, e, in generale, la situazione di dissesto delle economie, altri più striscianti, quali la crisi dei valori fondanti l’azione e, peggio di tutti, la rassegnazione all’idea dell’ineluttabile perpetuazione dello *status quo*.

S’è detto, a ragione, che la situazione di cui si tratta ha finito per assumere «le sembianze, drammatiche, di una crisi epocale e non solo congiunturale», al cospetto della qua-

le molti degli interpreti si mostrano consapevoli di come lo scenario necessiti di «un'adeguata rivisitazione (..) dei paradigmi di riferimento», giacché si conclude con l'idea che la crisi, comunque la s'inquadri, abbia «inciso profondamente su consolidate e mai seriamente minacciate sicurezze»¹.

Come, pure, s'è rilevato che la crisi, specialmente quella economica e finanziaria, con molta probabilità nient'affatto «ciclica», ma piuttosto «sistemica», costituisca, nondimeno, «espressione di una decadenza apparentemente irreversibile del capitalismo per come l'abbiamo fin qui conosciuto», cosicché non v'è momento più opportuno per riconsiderare i fondamenti del sistema, a partire dalla questione dei diritti sociali².

In questo contesto, anche la materia giuslavorista, a partire dalle vicende del diritto sociale per eccellenza, il diritto al lavoro, si mette in discussione.

Ebbene, il quadro, quello odierno, è certamente difficile, gravato, com'è, da una serie di questioni per nulla rassicuranti, tra cui primeggia il macroscopico stallo occupazionale, che della crisi economica e sociale sono l'effetto, e seriamente complicato dalla stessa fisionomia del mercato, caratterizzato da una competizione su scala sovranazionale e dall'aggravamento delle dinamiche organizzative.

Si dirà, nel prosieguo, di come, assunta una prospettiva d'insieme, si possa evidenziare il collegamento delle trasformazioni del paradigma del diritto del lavoro con quelle che interessano la sistemazione della materia nella sua interezza.

Si tratterà, specialmente, di rilevare come ai cambiamenti del lavoro si colleghino, oltretutto, quelli che afferiscono alla nozione di cittadinanza sociale e, quindi, al catalogo dei suoi presupposti ed alla latitudine dei diritti sociali riconosciuti alla platea dei soggetti cui è concessa.

E, passando attraverso la questione della tematizzazione del contratto di lavoro come strumento per riallineare la diseguaglianza che contraddistingue le parti del rapporto e l'assunzione del mercato a “modello”, nel cui contesto si fanno largo le politiche della flessibilità e del decentramento produttivo, si dirà di come possa ritenersi mutata la figura del lavoratore.

¹ B. CARUSO, G. FONTANA, *Introduzione* al volume B. Caruso e G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, 7 ss.

² A. SPADARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in B. Caruso e G. Fontana (a cura di), *op. cit.*, 15.

Emancipato, responsabile, capace di gestire con maggior consapevolezza il rapporto che lo lega al datore di lavoro, il prestatore di lavoro diviene interprete della scena e, perché no, assunte le dovute cautele, pure concausa di quel circolo virtuoso che può fungere da volano al necessario processo di reazione alla crisi.

E tanto su più fronti. A partire dalla possibilità di fare leva sulle nuove potenzialità che gli sono proprie per far sì che, spostato il piano dell'intervento a tutela di quella debolezza che in ogni caso gli residua, si faccia largo all'idea che la disciplina del rapporto possa essere snellita e resa adattabile ad un mercato del lavoro sempre più poliedrico, mutevole e dinamico.

Senza nascondere, poi, gli importanti riflessi che siffatta nuova condizione produce in materia di flessibilizzazione della materia giuslavorista, del cui ruolo fondamentale ai fini della reazione si tratterà diffusamente, tanto in termini di giusta valutazione dell'impatto delle politiche che mirano a facilitare l'uscita del datore di lavoro dal rapporto, securizzando la decisione unilaterale di mettere fine al vincolo, quanto in termini di contemperamento delle istanze di tutela del lavoratore, e segnatamente della professionalità di questi, e delle esigenze dell'organizzazione.

Sotto quest'ultimo aspetto, una moderna coscienza giuridica impone di riconsiderare la stessa relazione tra il lavoro e l'organizzazione dell'impresa, stemperando il tradizionale carattere oppositivo dei termini della relazione, in favore della valorizzazione di quegli aspetti che mettono in evidenza, piuttosto, la comunanza dell'interesse alla buona riuscita dell'impresa.

Certo serve che ci sia anche la parte datoriale a metterci del suo, mostrando senso di responsabilità e adesione spontanea, e, dunque, ancor prima ed a prescindere dal bisogno di una coazione esterna, ad una moderna cultura delle regole.

Così ragionando, è possibile giungere a valutare anche l'opportunità di un coinvolgimento attivo del lavoratore nella gestione del rapporto, del lavoro e, pure, della crisi stessa, postulando, per ipotesi, solo per restare al piano degli interventi per la flessibilizzazione dell'uscita dal vincolo contrattuale, la tipizzazione di un accordo stipulato tra le parti che abbia ad oggetto lo scioglimento del rapporto che le lega.

È questo, per brevi cenni, il quadro complessivo entro cui dipanare la questione dell'attuale situazione di crisi che travolge il sistema e, pure, la materia giuslavorista, tanto che serve qui anticiparvi, pur se con la riserva di meglio argomentare nel prosieguo.

La crisi c'è, con le dimensioni e la pregnanza che ha raggiunto. Serve prenderne atto, ma non è possibile lasciarvisi travolgere o, peggio, rassegnarsi ad essa. Viceversa, serve reagirle, acquistando coscienza della situazione per com'è, individuando gli strumenti idonei per farvi fronte, valorizzando, solo per dirne una, la consapevolezza delle nuove potenzialità delle parti del rapporto di lavoro e sottoponendo a "manutenzione" la stessa idea di diritto del lavoro per come s'è abituati a pensarla.

La reazione alla crisi diviene, allora, un'occasione per mettere sotto esame la disciplina della materia, verificandone la tenuta, la funzionalità e la rispondenza al mutamento dei tempi, così da comprendere se, e, in caso affermativo, in quale misura, si renda necessaria un'opera di ammodernamento della stessa.

Insomma, la crisi può diventare un'opportunità.

Si è consci che, quella appena enunciata, è una considerazione spigolosa, che può, persino, portare a dubitare che vi sia un'esatta contezza della gravità del fenomeno. Al contrario, è proprio questo il punto fermo dal quale si prendono le mosse.

Quello che s'intende sposare, e, per quanto è possibile in questa sede, perorare, è la possibilità di trarre, in qualche maniera, del bene da quella che, in ogni caso, resta una battaglia inevitabile contro la crisi dei sistemi, giuridici ed economici, dei paradigmi, dei valori e di quant'altro è possibile enumerare.

È pienamente condivisibile, a riguardo, quanto sostenuto, in dottrina, quando si osserva che «la crisi allarga gli orizzonti di senso e di sistema». Ma, a dover essere condivisa è, pure, la constatazione di come, ciò nonostante, la «distruzione creativa» faccia fatica «a farsi largo nella mente dei giuristi». E tanto malgrado il fatto che «la necessità di tornare a confrontarsi, su nuove basi teoretiche, con concetti fondamentali», quali, solo per restare al piano di quelli più prossimi ai diritti sociali, l'uguaglianza, la solidarietà e la giustizia, rappresenti, in effetti, «uno sbocco che non ha alternative»³.

Si fa largo, dunque, l'eventualità che la necessità di fronteggiare la crisi possa contemplare l'adozione di un'altra prospettiva, ulteriore rispetto all'impossibilità di ritenere

³ B. CARUSO, G. FONTANA, *op. cit.*, 9 ss.

tangibili i fondamenti del sistema, quella che consenta alla disciplina del lavoro non solo l'uscita dall'*empasse* ma, pure, un balzo in avanti in termini di capacità di "trasformazione", in risposta alle sollecitazioni che provengono dall'esterno.

In questo quadro, i giuslavoristi, che tra i giuristi sono tra quelli «maggiormente interessati dalla temperie del cambiamento, (...) devono avere il coraggio di concepire idee nuove, di guardare al cambiamento senza furia iconoclasta nei confronti del passato», giacché, d'altronde, è vero pure che «la tradizione e il rinnovamento sono concetti consustanziali che costituiscono un sintagma». Che tanto rappresenti «un cammino non semplice, pieno di insidie e con pochi punti di riferimento, a volte oscuro», è difficile dubitarne, ma, ciò nonostante, «non può essere evitato»⁴.

La vocazione della materia al cambiamento nemmeno deve sorprendere, in effetti, incline, com'è, a prestare il fianco alle forze che la interessano per via del profondo collegamento che l'avvince alla realtà in cui si cala e che la rende permeabile a tutte quelle istanze, per giunta mai univoche, che provengono dall'economia, dalla finanza e dalle scienze sociali.

S'è fatto ricorso, in dottrina, all'immagine, davvero efficace, che ritrae il diritto del lavoro «come una sorta di cantiere continuo, in cui si avvicendano numerosi attori, che agiscono con finalità diverse e sovrappongono punti di vista a volte tra loro del tutto disomogenei»⁵.

Insomma, quella della materia giuslavorista è la sorte di un sismografo che registra i sussulti della terra ed ai quali deve, poi, farvi fronte, non essendole consentito, per via del peso che riveste nel sistema, di restarsene con le mani in mano⁶.

E, sul punto, come per la vocazione al cambiamento, nemmeno deve stupire la familiarità della materia con la ricorrenza di situazioni che, a dir poco, possono dirsi complicate. Non è di certo la prima volta, e, c'è da immaginare, neppure l'ultima, che il diritto del

⁴ B. CARUSO, G. FONTANA, *ivi*.

⁵ L. CORAZZA, R. ROMEI, *Il puzzle delle trasformazioni*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 9.

⁶ Con riguardo all'immagine evocata, si rimanda alla riflessione di B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso e G. Fontana (a cura di), *op. cit.*, 57. L'A. richiama, sul punto, quanto ricordato da T. Treu, in occasione delle giornate di studio dell'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale (Aidlass), tenutesi a Bologna, nel maggio 2013, sul tema "La crisi economica e i fondamenti del diritto del lavoro", su quel che Hugo Sinzheimer scriveva in ordine al «particolare impatto (...) che la crisi economica produce su una disciplina/sismografo come il diritto del lavoro e sul suo paradigma».

lavoro si ritrova a farvi fronte e, nell'intento di reagirvi, a cogliere l'opportunità di poter ripartire da sé.

In questo senso, a farsi viva è la suggestione di un cammino, percorso fianco a fianco, lungo il quale «*la crise est un fidèle compagnon de route du droit du travail*»⁷.

2. La via della flessibilità

La riflessione circa l'attuale situazione, e, specialmente, per quello che qui occupa, in merito al rapporto tra la crisi e quanto in potere del diritto del lavoro per opporvisi, impone di individuare il possibile piano, o, se più d'uno, i possibili piani, dell'azione.

E, in questo contesto, se è certo che tanti sono ancora i passi che dovrà compiere la materia giuslavorista per coadiuvare le altre forze in atto, tanti sono, però, pure quei cambiamenti che già l'hanno interessata, dei quali deve tenersi conto, anche ai fini della determinazione degli ulteriori passaggi che la vedranno protagonista.

Cambiamenti, in effetti, di varia natura, alcuni dei quali sono concausa della situazione di cui si tratta, avendo contribuito alla creazione delle condizioni nelle quali il fenomeno è proliferato. Altri già orientati nel senso di implementare un progetto di reazione alla crisi. Altri ancora, né causa né reazione, ma solo il frutto del normale evolversi dei tempi.

Pur senza occuparsi di ascriverli nell'una o nell'altra delle categorie anzidette, serve qui prenderne atto, proprio al fine di comprendere il piano al di sopra del quale, oggigiorno, il diritto del lavoro deve pensare il suo intervento. Una sorta di istantanea del terreno su cui costruire le fondamenta di ogni cosa che verrà.

Ed, a riguardo, è essenziale ricordare quanto innanzi osservato in ordine al contributo chiesto ai giuristi nell'implementazione del disegno di riemersione dalla crisi, chiamati, in questo, a concepire il cambiamento guardando al futuro, senza, però, dimenticarsi del bagaglio, spesso ingombrante, che si portano dietro da un passato ancora importante.

⁷ Si rimanda, a riguardo, alla lettura di quanto osservato da A. LYON-CAEN, *Eternelle crise*, in *Le Droit Ouvrier*, 2012, 68.

Il compito è arduo. Non è affatto semplice progettare strutture, moderne ed agili, che innovino senza compromettere i fondamenti del sistema per come sin qui concepito. Ma, ciò nonostante, questo è quello che ai giuristi, e, primi tra tutti, ai giuslavoristi, è richiesto di fare.

2.1. Istantanea di un *background*

Se si guarda all'attuale realtà nella quale si muove la materia si può avere immediatamente la misura di quanto ogni cosa appaia profondamente modificata.

Per prima, la struttura produttiva in cui si colloca il lavoro, che, da un'economia industriale intensiva di capitale, passa ad un'economia della conoscenza. Circostanza, questa, cui si collegano, oltretutto, importanti cambiamenti anche sul piano della qualità del lavoro. Un «mondo nuovo», si osserva, con efficacia evocativa, in dottrina, nel quale «i mutamenti nel mondo del lavoro e della produzione, insieme alla spinta all'individualismo e alla capacità di autorealizzazione professionale, espongono l'individuo a nuovi rischi ed incertezze». Ed è così che si rende necessaria «un'evoluzione del sistema di welfare». Un passo avanti che consenta di «adeguarsi alla nuova organizzazione del lavoro e ricostruire un quadro di sicurezza sociale capace di rispondere alle domande della nuova società»⁸.

È chiaro che, al cospetto di un punto di partenza così dissimile, molti aspetti della disciplina debbano essere riparametrati.

L'economia moderna rende rapidamente obsolete le conoscenze, le infrastrutture e gli stessi modelli di tutela, cosicché diventa vitale che, nell'organizzazione dell'impresa, si riesca a tenere il passo del cambiamento, chiedendo a tutti gli ingranaggi di cui consta l'organizzazione, e, dunque, pure, al lavoro, di sopportare il sacrificio che, in un modo o nell'altro, si collega all'esigenza di dotare il sistema della capacità di “adattarsi”.

E, in questo, già si comprende lo sforzo domandato ai giuristi quando, messa da parte l'impostazione classica di pensiero, si chiede loro di contemplare la possibilità che quanto concepito come sacrificio possa, mutata la prospettiva, essere inteso, invece, come partecipazione consapevole e responsabile dei lavoratori alla realizzazione dell'interesse

⁸ A. SIMONAZZI, *Lavoro che cambia, lavoro che manca*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *op. cit.*, 117 ss.

dell'impresa, le cui vicende, se si adotta un'ottica di tipo partecipativo, intersecano quelle del lavoro⁹.

Riecheggia, in tale contesto, la questione di come atteggiarsi nei confronti del lavoratore, nel quadro della gestione flessibile di tutti i fattori che, a vario titolo, sono coinvolti nell'organizzazione dell'impresa.

E, s'è certo, a riguardo, che «il lavoro non è una merce»¹⁰ e, per questo, non possa essere trattato come qualsiasi altro fattore della produzione, del pari è evidente che pure l'attività lavorativa, che, per espressa disposizione di legge, l'imprenditore ha il potere di dirigere, abbia il suo peso nella buona riuscita dell'impresa, a partire dalla modulazione del livello di elasticità da imprimere alla gestione, da cui, a parere di molti, la stessa riuscita dipende.

Cosicché, anche se con le dovute cautele, il lavoro, in un contesto dinamico qual è, senza dubbio, quello attuale, deve potersi adattare.

Affermazione, questa, alla quale fanno seguito molteplici implicazioni, di cui si tratterà. Ma della stretta correlazione tra lavoro e organizzazione serve qui anticiparvi, in quanto elemento fondativo a partire dal quale ogni intervento deve essere congegnato.

Il legame che avvince i due termini della relazione di cui si tratta, la connotazione del lavoro ed i suoi riflessi sull'organizzazione dell'impresa, ha giustificato che si potesse concepire un'irruzione, per giunta aperta, negli spazi, a lungo lasciati intatti, destinati alla tutela del lavoro.

Sintomatica, in questo senso, è la modifica operata alla disciplina codicistica delle mansioni dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che, come si dirà, è parte di un più ampio progetto di riforma che va sotto il nome di *Jobs act*.

La modifica, resasi necessaria «a fronte di una crisi economica senza precedenti e dei repentini cambiamenti che coinvolgono l'organizzazione del lavoro e dei sistemi produttivi», ha travolto la precedente sistemazione della materia, mettendo mano al testo dell'articolo 2103 cod. civ., «pressoché integralmente riscritto, se si eccettua nella parte relativa al c.d. trasferimento geografico del lavoratore». E, in questo, la portata dei cambia-

⁹ Sul punto, si rimanda a quanto osservato *infra*, nel Capitolo Secondo.

¹⁰ Principio, quello di cui si tratta, su cui si basa la stessa OIL e che ha trovato solenne riaffermazione nella «Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell'organizzazione internazionale del lavoro», adottata dalla Conferenza internazionale del Lavoro, nella sua Ventiseiesima Sessione, tenuta a Filadelfia, il 10 maggio 1944.

menti è andata «anche al di là di quanto poteva lasciar presagire la delega», contenuta nella legge 10 dicembre 2014, n. 183¹¹, giacché il legislatore delegato, lungi dal limitarsi a disporre in ordine alla possibilità di ovviare al divieto di demansionamento, con deroghe unilaterali o consensuali, ha, invece, «profondamente innovato la disciplina della mobilità orizzontale e verticale». V'è, perciò, da dubitare, si è detto, «che i profili di continuità prevalgano su quelli di discontinuità con la precedente normativa e che nella specie non ricorra per vari profili un eccesso di delega»¹².

È evidente, a questo proposito, la spinosità della questione, nella quale vengono in rilievo le istanze del lavoro, e, nella specie, della tutela della professionalità del lavoratore, e quelle di una efficiente organizzazione delle risorse da parte dell'imprenditore, il cui rapporto dialettico diviene, in un sistema in continua trasformazione, il luogo dove si definiscono, in effetti, le sorti del sistema stesso.

E se, sulla specifica questione della disciplina delle mansioni, il rapporto tra le ragioni del lavoro e quelle dell'organizzazione le ha viste, spesso, contrapposte, nel senso che l'espansione delle une avrebbe comportato la compromissione delle altre, il superamento, in una certa misura, nel più ampio quadro di una politica di flessibilizzazione della disciplina del rapporto, di una visione "protezionista", ha consentito di fare spazio ad una nuova prospettiva, orientata, con buona probabilità, verso un minor grado di opposizione dei termini della relazione.

In ogni caso, quello di cui si tratta, è il *trade-off* che sta alla base di molte delle questioni che, nell'intento d'individuare il possibile piano di reazione alla crisi, la materia giu-slaborista si trova ad indagare ed alla cui composizione mirano proprio quelle politiche di *flexicurity* di cui si tratterà avanti.

E, allora, per concludere sul punto, resta vero, anche oggi, quanto sostenuto, all'inizio del nuovo millennio, in ordine alla doverosità di non assimilare il lavoro ad una

¹¹ Recante «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».

¹² Così C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 333 ss., cui si rinvia per un'analisi delle modifiche apportate alla disciplina dello *ius variandi*.

merce, quando la si è ritenuta «la sfida più alta e più ardita che il diritto del lavoro eredita dal secolo che si chiude»¹³.

Ma è vero, pure, che si tratta di una sfida da combattere con delle consapevolezze del tutto nuove.

2.1.1. Prove di agilità

Se si abbandona il piano di riflessione più ampio dell'adattabilità della prestazione e s'indaga l'attuale connotazione del lavoro e dell'organizzazione da un punto di vista più prossimo, che consenta d'individuare le peculiarità, le questioni si mostrano ancor più bisognose di un'opera di manutenzione della disciplina che le governa.

Per cominciare, tanto il tempo quanto il luogo della prestazione appaiono, oggigiorno, profondamente mutati, rispondendo, oramai, a logiche e dinamiche del tutto nuove, sintomatiche di una moderna concezione del lavoro.

Il primo dei fattori, il tempo della prestazione, viene in considerazione, in termini di un necessario rimaneggiamento della disciplina, quando si auspica un'articolazione flessibile della prestazione e, pure, quando s'intende porre le basi per una gestione che consenta la conciliazione del lavoro con le esigenze di vita, intese in senso ampio, del lavoratore.

Sotto quest'ultimo aspetto, a testimoniare l'esistenza, nell'attuale *background*, di una spiccata attenzione alle istanze del lavoratore come individuo, è intervenuta, dapprima, la legge n. 183 cit., che delegava l'adozione di provvedimenti che avessero ad oggetto «la revisione e l'aggiornamento delle misure volte a tutelare la maternità e le forme di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro»¹⁴, e, in attuazione della stessa, l'adozione del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 80¹⁵.

Il provvedimento ha innovato sotto molteplici aspetti la disciplina posta a sostegno della genitorialità ed introdotto, in ogni caso, importanti modifiche dirette a favorire

¹³ In questi termini, S. GIUBBONI, Intervento su “*Il diritto del lavoro oggi*”, in *Lav. e dir.*, 2000, 40, che, in ordine al principio secondo cui «il lavoro non è una merce», dice essere il «valore fondativo e più universale del diritto del lavoro».

¹⁴ Art. 1, comma 8, legge n. 183 cit.

¹⁵ Recante «Misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro, in attuazione dell'articolo 1, commi 8 e 9, della legge 10 dicembre 2014, n. 183».

L'obiettivo della conciliazione anzidetta, con interventi molteplici, alcuni dei quali, come le disposizioni in materia di limiti al lavoro notturno ed incentivi al telelavoro, aventi una diretta attinenza al tempo della prestazione.

Sotto il precipuo aspetto della ricerca di un'articolazione flessibile della prestazione, il fattore tempo si collega, pure, alle vicende che riguardano il luogo della prestazione. Fattore, questo, che, come il primo, si mostra bisognoso di una profonda riconsiderazione della disciplina che lo regola, per adattarsi al cospetto di una realtà nella quale vengono in rilievo peculiarità del tutto inedite, come accade nel caso in cui, solo per dirne una, è possibile che gli spazi siano distanti o, per giunta, virtuali.

L'enfasi in ordine alla necessità d'intervenire sulla dimensione spazio-temporale della prestazione si rinviene all'interno delle elaborazioni che spalleggiano l'adozione di nuove modalità di organizzazione del lavoro. Le stesse che, per intendersi, hanno portato a concepire il cosiddetto "lavoro agile".

I lavori per la definizione di quelli che saranno, con certezza, i connotati dello strumento sono, allo stato, ancora in corso. Ragione, questa, per la quale non è possibile descriverne, oggi, i tratti salienti. Ciò nonostante, di alcuni dei passaggi già compiuti vuole darsene conto, in questa sede, perché sintomatici non soltanto di un'avvertita esigenza di modernizzazione dell'apparato regolativo, ma pure di quella circolarità che, come si metterà in evidenza, connota la relazione che avvince il cambiamento del lavoro e la legislazione che lo regola.

Di certo, quanto già proposto ed implementato sembra ben rappresentare il nostro tempo e quel "mondo nuovo" nel quale il lavoro cammina i suoi passi.

Nella proposta formulata, da ultimo, dall'Esecutivo ¹⁶, il lavoro agile «consiste, non in una nuova tipologia contrattuale, ma in una modalità flessibile di svolgimento del rapporto di lavoro subordinato quanto ai luoghi e ai tempi di lavoro finalizzata a regolare forme innovative di organizzazione del lavoro», così da agevolare l'obiettivo, già attivato con le misure adottate di cui si è detto, della conciliazione dei tempi di vita e di lavoro ¹⁷.

¹⁶ La promozione del lavoro agile è affidata ad un disegno di legge, approvato dal Consiglio dei ministri il 28 gennaio 2016, recante, assieme alle «misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale», quelle «volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato».

¹⁷ Come si legge nel comunicato stampa del Consiglio dei Ministri del 28 gennaio 2016, n. 102, disponibile alla pagina web <http://www.governo.it/articolo/comunicato-stampa-del-consiglio-dei-ministri-n102/4073>, che, sul punto, riprende il testo del disegno di legge.

Nello specifico, il riferimento è ad una prestazione di lavoro subordinato che si svolge secondo determinate modalità, pure individuate, tutte sintomatiche dell'obiettivo della flessibilizzazione della prestazione¹⁸.

Dopodiché, ha fatto seguito la compilazione di un disegno di legge, d'iniziativa parlamentare, che con quello del Governo «si pone in termini di sincronia e complementarietà» e le cui disposizioni si propone «l'obiettivo di integrare (...) con strumenti normativi duraturi di accompagnamento continuo dei cambiamenti nella produzione e nel lavoro»¹⁹.

Il provvedimento intende, letteralmente, «capacitare gli accordi individuali tra le parti in relazione alle necessità di adattamento delle modalità di svolgimento “agile” delle forme di lavoro subordinato o autonomo vigenti»²⁰.

Insomma, l'obiettivo del disegno di legge, che, come nella proposta anzidetta, non è quello di introdurre una nuova tipologia contrattuale, ma nemmeno correttivi alle regole che hanno contenuto la diffusione di «forme flessibili di lavoro da remoto», ed in relazione al quale anche il tema della conciliazione resta centrale, si dice «al tempo assai più ambizioso e limitato»²¹.

Quello che s'intende fare è consegnare alle parti del contratto di lavoro, oltre che agli attori del sistema di relazioni sindacali, «una adeguata cornice legale entro cui ricondurre una nuova idea di lavoro e impresa», quella che emerge da tutte quelle realtà, che, pure, si esemplificano, quali la diffusione della fabbrica digitale e dell'economia della condivisione, quelle che, per intendersi «si muovono in una dimensione agile e in continua evoluzione (...) che, come tale, non può essere cristallizzata in logiche definitorie astratte e immobili nel tempo». Una disciplina di cornice, dunque, quella che s'intende introdurre, «per la re-

¹⁸ Innanzitutto, v'è la previsione che contempla una «esecuzione della prestazione lavorativa in parte all'interno dei locali aziendali e in parte all'esterno ed entro i soli limiti di durata massima dell'orario di lavoro giornaliero e settimanale, derivanti dalla legge e dalla contrattazione collettiva». Vi sono, poi, quelle che prevedono la possibilità che l'attività lavorativa si svolga con l'utilizzo di strumenti tecnologici e l'assenza di una postazione fissa, con riferimento ai periodi di lavoro svolti all'esterno dei locali aziendali. Così reca l'art. 13 del proposto disegno di legge rubricato «Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l'articolazione flessibile nei tempi e nei luoghi del lavoro subordinato (collegato alla legge di stabilità 2016)», disponibile in <http://www.governo.it/provvedimento/provvedimento-a3105392801163/4105>.

¹⁹ In questi termini, la relazione all'A.S. n. 2229, rubricato «Adattamento negoziale delle modalità di lavoro agile nella quarta rivoluzione industriale», comunicato alla Presidenza il 3 febbraio 2016 e, al momento in cui si scrive, in corso d'esame in Commissione.

Per i testi, si rinvia a http://www.senato.it/leg/17/BGT/Schede/Ddliter/testi/46460_testi.htm.

²⁰ ID.

²¹ ID.

golazione, su base volontaria», di accordi di lavoro agile, «svolto cioè senza precisi vincoli di orario o di luogo, e dunque per obiettivi e risultati mediante l'utilizzo di strumenti tecnologici»²².

Ai fini che qui interessano, non serve indagare oltre le vicende dello strumento, peraltro, come s'è detto, ancora *in progress*, quanto a campo di applicazione, disciplina o quant'altro, risultando sufficienti soltanto le deduzioni, a livello di sistema, che se ne possono trarre.

Innanzitutto, la connotazione del lavoro agile, per com'è concepita nel disegno di legge anzidetto, si mostra, evidentemente, sintomatica di come l'obiettivo della flessibilizzazione della disciplina del lavoro valga alle volte, più immediatamente che altre, a incidere direttamente sulla struttura della prestazione e, per tal via, sull'organizzazione dell'impresa.

Lo stretto collegamento di quest'ultime con il risultato dell'organizzazione stessa è stato messo in evidenza, da più parti, in occasione dell'analisi delle potenzialità dello *smart working*, secondo la denominazione invalsa nella proposta formulata, invece, un paio di anni addietro²³.

S'è rilevato, a riguardo, che «l'evoluzione dei modelli organizzativi e delle logiche di gestione del “capitale umano” rappresentano leve strategiche su cui puntare per migliorare le *performance* e accrescere la competitività delle (..) imprese». Cosicché, al cospetto dell'attuale congiuntura economica, serve «valorizzare al massimo le proprie persone». Contesto, questo, in cui s'inserisce il crescente apprezzamento per lo *smart working*, giudicato, sul piano aziendale, quale «approccio innovativo all'organizzazione del lavoro», giacché «integra e supera concetti come il telelavoro o il lavoro in mobilità, rimettendo in discussione tutti i vincoli tradizionali a partire dallo spazio fisico, agli orari e agli strumen-

²² ID.

²³ Il riferimento è alla proposta di legge recante «Disposizioni per la promozione di forme flessibili e semplificate di telelavoro», presentata il 29 gennaio 2014, in corso d'esame in Commissione, cui è «in larga parte ispirato» il disegno di legge varato dal Governo.

Di quest'ultimo avviso, M. TIRABOSCHI, *Lavoro agile e contrattazione collettiva: lo stato dell'arte*, in E. Dagnino, P. Tomassetti e C. Tourres, *Il “lavoro agile” nella contrattazione collettiva oggi*, in WP n. 2/2016, in http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2016/02/lavoro_agile_contrattazione_wp_3.2-1.pdf.

ti di lavoro, alla ricerca di nuovi equilibri fondati su una maggiore libertà e responsabilizzazione dei lavoratori»²⁴.

Sotto quest'ultimo aspetto, si gioca, in effetti, un'importante partita in termini di modernizzazione della regolazione del lavoro.

L'opzione in favore di sistemazioni della disciplina del rapporto che lascino ad un lavoratore “coscienzioso”²⁵ lo spazio che, in effetti, gli si addice marcia verso quell'obiettivo di emancipazione del prestatore di lavoro, del quale si tratterà, su cui è pensabile immaginare possa fondarsi un'evoluzione della stessa idea del diritto del lavoro oggi²⁶.

E, in questo, se il lavoro agile costituisce soltanto una delle possibili implementazioni del disegno, di certo mostra l'attenzione posta nell'attuale panorama al nuovo ruolo del lavoratore e, pure, la tensione verso la volontà di dotarlo di quell'autonomia che gli possa consentire una partecipazione consapevole, responsabile e, in ogni caso, “in prima linea” nella realizzazione della buona riuscita dell'impresa di cui questi, anche se non in veste di merce, è, sicuramente, parte e non una parte qualsiasi.

A ben vedere, si può dire, in effetti, che le vicende riguardanti la proposta di una regolamentazione del lavoro agile costituiscano l'esemplificazione di ciò che è auspicabile che accada, oggigiorno, in un sistema, qual è quello attuale, nel quale il lavoro, il lavoratore e l'organizzazione sono al centro di un profondo cambiamento, di cui gli studiosi, il legislatore e quant'altri siano chiamati ad averne consapevolezza, oltre che a concepire ed assumere le dovute contromisure, diventano interpreti e “gestori”.

Di qui l'opportunità di richiamare, anche se con passaggi rapidi e, perciò, *tranchants*, quanto ricostruito in ordine all'interrelazione del cambiamento e della legislazione nelle vicende di cui si tratta.

²⁴ Sul punto, si veda l'introduzione al *Report* dell'Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano, del 17 febbraio 2014, avente ad oggetto *La diffusione e i benefici dello Smart Working in Italia*, disponibile alla pagina web <http://www.osservatori.net/dati-e-pubblicazioni>.

Secondo i risultati dello studio, «l'adozione di modelli di lavoro *Smart* può aumentare la produttività delle aziende per un valore di 27 miliardi di euro e ridurre i costi fissi di 9 miliardi di euro. Telelavoro e riduzione degli spostamenti possono far risparmiare 4 miliardi di euro ai lavoratori».

²⁵ Cui si richiede, oltre alla diligenza già qualificata dell'impostazione classica, quello sforzo ulteriore che da un lato lo responsabilizza dall'altro gli conferisce la libertà.

²⁶ Si rimanda *infra*, nel Capitolo Secondo.

Il punto di partenza sono, senz'altro, le tante trasformazioni in atto, che impattano sul lavoro sotto molteplici aspetti, al cospetto delle quali s'è avuta, però, sin da subito, la percezione che «il cambiamento (..) inizia oggi a essere finalmente compreso nella sua profondità e radicalità». E, in questo contesto, sono pure gli stili di vita, le preferenze, le esigenze personali e professionali ad essere in rapido mutamento. S'è detto, a riguardo, non essere poche le persone che «preferiscono oggi lavorare per obiettivi, fasi e cicli ed essere conseguentemente valutate sulla produttività e sul risultato raggiunto piuttosto che in base a parametri come l'ora di lavoro e la presenza fisica nei locali aziendali». Ma non solo. S'è rilevato, pure, come la mobilità ed il cambiamento di occupazione abbiano subito, in questo frangente, un mutamento di prospettiva, non essendo più percepiti secondo una connotazione negativa, ma, anzi, come «un passaggio spesso obbligato per acquisire nuove e maggiori competenze». Quello che giunge agli occhi degli interpreti è, insomma, «uno scenario nel quale il lavoro è già agile, prima ancora che una legge lo riconosca». Cosicché, allo stato, «una legge promozionale e di sostegno», qual è, *in nuce*, il disegno di legge anzidetto, funge da adiuvante, con lo scopo di «massimizzare le opportunità e contenere i rischi che sono inevitabilmente connessi a ogni fase di trasformazione epocale come quella che stiamo vivendo»²⁷.

In altre parole, il rapporto tra il cambiamento e la legislazione del lavoro diviene una relazione circolare.

La realtà del lavoro cambia. La disciplina del lavoro attinge dalla realtà per regolarla. Le norme, poste sulla base del rapporto dialettico anzidetto, “ritornano” nella realtà per “gestire” e, in questo, “securizzare” il cambiamento.

È chiara, nell'immagine anzidetta, la memoria di quei passaggi che Marco Biagi ed il gruppo di lavoro da questi coordinato, affidarono alle pagine del Libro Bianco, nei quali, di fronte alla considerazione che il mercato e l'organizzazione del lavoro si stessero «evolvendo con crescente velocità» al cospetto di un sistema regolativo dei rapporti che si dimostrava, invece, «non (..) più in grado di cogliere e governare la trasformazione in atto»,

²⁷ Di questo avviso, M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in *Bollettino Adapt*, 3 febbraio 2016, disponibile alla pagina *web* <https://www.bollettinoadapt.it/una-regolazione-agile-per-il-lavoro-che-cambia/>.

s'ammoniva che il diritto del lavoro, assieme alle relazioni industriali, dovesse «cogliere queste trasformazioni in divenire, agevolandone il governo»²⁸.

In questo senso, la vicenda del lavoro agile diviene l'esemplificazione di un adeguamento della disciplina del rapporto allo stato dell'arte del lavoro.

S'è ritenuto, a riguardo, restare valido, anche oggi, «il suggerimento di Marco Biagi verso una dimensione sussidiaria e concordata» dell'apparato regolativo del lavoro, il cui assetto, «per funzionare, deve essere sempre meno indotto dall'attore pubblico». Giacché, s'è detto, la legge è da considerarsi, per contro, «apprezzabile» solamente nell'ipotesi in cui, «quale “norma cornice” di tipo permissivo e non definitorio», metta le parti nelle condizioni di definire, con appositi accordi, una sistemazione che consenta loro di «adattare caso per caso le regole *standard* del relativo rapporto e con esse orari e luoghi del lavoro»²⁹.

Argomento, questo, che, peraltro, corrobora, ancora una volta, la questione della capacità e della avvedutezza del prestatore di lavoro, che, giusta l'adozione di appositi strumenti ed il “soccorso” della disciplina che vada a riequilibrare la mancanza di esatta corrispondenza con la controparte datoriale, può definire, in autonomia, il regolamento dei propri interessi.

Insomma, quello del lavoro agile sembra proprio potersi ritenere un importante spunto per riflettere sulla direzione che si ritiene possa essere impressa alla stessa matrice del diritto del lavoro, oggi giorno.

E, in questo senso, al di là della connotazione che si darà allo strumento di cui si tratta, una suggestione pare possa trarsi, in ogni caso, da quelli che sono i tumulti alla base dell'intera elaborazione in materia.

Serve “agilità” nella regolazione del lavoro. Ma, su cosa debba ritenersi per agilità, deve correttamente intendersi.

Sia consentito mutuare, sul punto, le parole di chi, in occasione di una ricerca sulla diffusione del fenomeno in Italia, ha sentito il dovere di avvertire che «fare davvero *Smart Working* (...) significa andare oltre l'introduzione di singoli strumenti e creare un'organizzazione orientata ai risultati, fondata su fiducia, responsabilizzazione, flessibilità e collaborazione»³⁰.

²⁸ Dal *Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia*, Roma, ottobre 2001.

²⁹ M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile*, op. cit.

³⁰ Così M. CORSO, Responsabile scientifico dell'Osservatorio *Smart Working*, nel comunicato stampa su l'ultima ricerca dell'Osservatorio, dal titolo “*Smart Working: scopriamo le carte!*”, Milano, 20 ottobre 2015.

2.1.2. Un appunto di metodo

In questa istantanea che ritrae il *background* sul quale s'innestano tutti i possibili interventi, alla cui immagine si fa riferimento proprio per descrivere la volontà d'impressionare su carta, come fa un'istantanea, le sembianze di una realtà in continuo movimento, non si possono tacere alcune delle ulteriori peculiarità del sistema.

Senza, di certo, pensare di poterle esaurire ed accontentandosi, come s'è fatto sin qui, di poterle poco più che annoverare, si possono evidenziare, per cominciare, alcune delle criticità che connotano il mercato del lavoro.

Il riferimento è, tra le altre, a quelle problematiche che si collegano agli alti tassi di disoccupazione, specie dei giovani, alla prolungata transizione che conduce questi ultimi dalla scuola al lavoro, alla discontinuità dell'occupazione femminile, alla permanenza prolungata nello stato di disoccupazione di coloro che perdono il lavoro ³¹.

Criticità, quelle anzidette, che, assieme a molte altre, rappresentano la realtà con cui la materia giuslavorista si ritrova a fare i conti.

Ma, in questo, c'è bisogno di un metodo.

Ora, è possibile pensare che, nell'intento di gestire la situazione in atto, agli operatori e, specialmente, a coloro che, tra questi, sono chiamati a pensare gli interventi di manutenzione della materia, possa servire d'individuare il peso giocato dal diritto del lavoro nella causazione dell'attuale stato dei fatti.

E, tanto, non di certo per additare il colpevole, ma per cercare d'individuare, indagandone la causa, la cura per le disfunzioni del sistema.

Riguardo alla questione se in relazione allo «stato del mercato», che la crisi, specie quella economica, «ha peggiorato (non determinato)», abbia avuto un ruolo la materia giuslavorista, s'è detto che «la dottrina non sembra avere dubbi», giacché è evidente che la situazione «sia, anche, il frutto di scelte di politica del diritto in materia di regolamentazione dei rapporti di lavoro», se non altro, s'è aggiunto, per ciò che concerne la sua segmentazione ed il suo dualismo ³².

³¹ Si veda quanto ricostruito, sul punto, da A. SIMONAZZI, *op. cit.*, 117 ss.

³² Così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e Flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 529 ss. In ordine al succitato «stato del mercato», l'A. osserva che, al cospetto delle risultanze dell'indagine empirica, «il quadro che emerge (...) è quello di un mercato del

Dunque, se, pure, non è la sola ad aver determinato lo stato dei fatti, di certo la materia ha avuto il suo peso.

Di qui l'esigenza di «una correzione di rotta». E, a riguardo, non può che condividersi la constatazione di chi ha ritenuto che se, pure, nessuna riforma, impattante sul mercato e sulla disciplina del rapporto di lavoro, possa essere ritenuta capace, da sola, di «risolvere tutti i problemi», di sicuro può essere giudicata in grado di dare un contributo³³.

Insomma, il diritto del lavoro è chiamato a prendersi la responsabilità del ruolo che gli spetta ed a mettere mano alla predisposizione di politiche che concorrano, assieme alle altre determinanti e, specialmente, a quelle che, tra queste, sono decisive per il superamento della crisi, a fare leva per uscire dall'*empasse*.

Ma, attenzione, perché s'è corretto, a livello di metodo, che gli si riconosca il giusto peso nella causazione delle criticità che ammorbano il sistema, non si deve, però, finire per oberare il diritto del lavoro della risoluzione di questioni che non gli appartengono.

E, in questo, già si condividono le conclusioni di chi ha inteso discernere la stessa connotazione della crisi, che da transitoria, s'è trasformata, tanto da doversi chiedere se quanto in atto sia la conseguenza della crisi iniziale o se non sia, invece, frutto dell'emersione di effetti collegati alle trasformazioni economiche che hanno interessato il sistema, quali quelli derivanti, per intendersi, dal dilagarsi del fenomeno della globalizzazione, non solo finanziaria. Questione, quella appena rassegnata, che comunque la si risolva, ha finito, com'è stato rilevato, per scaricare «sul sistema del diritto del lavoro (..) responsabilità e costi assolutamente sproporzionati rispetto al ruolo che tale sistema ha avuto nello svolgimento della crisi»³⁴.

lavoro (..) asfittico, (..) segmentato, (..) duale (..) e, come se non bastasse, poco produttivo». Asfittico, per via della questione del consistente tasso di disoccupazione. Segmentato, giacché «costellato da una miriade di contratti non standard». Duale, tendente, com'è, «a relegare ai margini la forza-lavoro giovanile».

³³ M.T. CARINCI, *ibidem*, 531. Significativa, in tal senso, è la ricostruzione fatta dall'A. con riguardo alla produttività, in relazione alla quale, spiega, «pare che il diritto del lavoro possa fare la sua parte». «Se è vero», prosegue, «che il suo sviluppo dipende in prima battuta da strumenti di politica economica che stimolino gli investimenti, l'innovazione, la ricerca e che indirizzino i capitali verso settori produttivi ad alto valore aggiunto, così che si deve prima di tutto intervenire sul dividendo (il valore del prodotto) implicato nel calcolo della produttività, è vero anche che il diritto del lavoro può agire sul divisore (quantità di lavoro), tramite regole che assecondino la creazione di un contesto produttivo polarizzato verso la parte alta della scala del valore».

³⁴ In questi termini, G. LOY, *Diritto del lavoro e crisi economica. Una prospettiva comparata*, in G. Loy (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011, 12 ss.

Sul punto, è appena il caso di accennare alla parte svolta dalla globalizzazione nella complicazione del “campo di gioco” in cui si muove la materia giuslavorista.

Sicuramente, del fenomeno della globalizzazione dell’economia è conseguenza la creazione di «uno smisurato mercato del lavoro», nel quale la preoccupazione di scongiurare la delocalizzazione della produzione e la segmentazione dei cicli produttivi nei paesi emergenti o in via di sviluppo, ha finito per scatenare una «sfrenata concorrenza»³⁵.

Tanto rimanda alla memoria, in effetti, molte questioni con le quali il diritto del lavoro, pure, si deve confrontare, quali quelle che derivano dalla libera circolazione dei lavoratori e le altre, che alle prime sono collegate, relative alle pratiche di *law shopping* e *regulatory competition* e, conseguentemente, alla necessità di scongiurare che le imprese scelgano il sistema di regole cui sottoporre la disciplina del lavoro e che, dall’altra, i sistemi nazionali si facciano concorrenza tra loro, giacché, viceversa, si avrebbe un’inevitabile ricaduta in termini di «riduzione degli *standard* di tutela dei diritti dei lavoratori»³⁶.

Ma, oltre a spianare la via a tutta quella serie di problematiche appena menzionate, l’apertura di uno scenario di questo tipo, nel quale il piano d’azione supera i confini nazionali, finisce, addirittura, per porre in dubbio la stessa connotazione della materia giuslavorista, giacché, com’è stato osservato, «non solo ne indebolisce le strutture regolative, ma ne mette in discussione le stesse funzioni»³⁷.

E, da qui, il passo è breve.

La materia si ritrova a dover fare i conti con questioni che non le appartengono, quali la competitività e l’efficienza, in relazione alle quali deve preoccuparsi di conformare la stessa regolazione del lavoro. Quello di cui si tratta diviene, allora, «un cambiamento epocale che rende inutilizzabili gran parte dei materiali con cui si è costruita la (..) materia e impone di ripensarne le modalità di impiego»³⁸.

È evidente, insomma, che quello che sussiste, nell’attuale *background*, tra le sorti della disciplina giuslavorista, le dinamiche del mercato e, in generale, le ragioni dell’economia sia un legame a doppio nodo.

³⁵ Si legga quanto osservato, sull’argomento, da U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 587 ss.

³⁶ Si rimanda, sulle questioni, al contributo di F. BANO, S. BORELLI, *Lavoro e servizi transnazionali*, in *Lav. dir.*, 2008, 3.

³⁷ T. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell’Europa della crisi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 599.

³⁸ T. TREU, *ivi*.

Legame, questo, che si esplica sotto molteplici aspetti, a partire dalle vicende che attingono agli elementi fondativi dello stesso paradigma della materia, per giungere, come si vedrà, a rivelarsi una delle determinanti, e, per giunta, tra le più significative, per la stessa parametrizzazione della disciplina del rapporto di lavoro.

Si esporrà, nel prosieguo, in occasione dell'indagine in ordine al cammino che ha visto l'evoluzione della nozione di cittadinanza sociale e della connotazione dei diritti sociali, di come, giunto ad un certo punto, il mercato assurga a "modello", ponendo in discussione la stessa costruzione dello Stato sociale.

Si tratterà, pure, di come, rilevata l'esistenza delle condizioni che consentano, nella definizione dell'idea di diritto del lavoro, oggi, di ritenere spostato l'asse della disciplina protettiva dal lavoro alla persona, il mercato divenga, oltretutto, il luogo stesso della protezione del lavoratore³⁹.

Ma, ciò detto in punto di metodo e campo di gioco, serve ritornare al piano d'intervento della materia giuslavorista.

2.2. Una flessibilità di sistema

S'è avuto modo di toccare con mano, sebbene nello spazio di questa breve riflessione, come, a fronte delle peculiarità che connotano, oggi, il lavoro, sia stato avvertito un crescente bisogno di adattabilità, di agilità o, per dirla in breve, di flessibilità.

Insomma, prima ancora che delle singole manifestazioni in cui si è pensato di poterla declinare, l'esigenza sentita, a livello di sistema, è stata quella di implementare una sistemazione della materia giuslavorista che fosse in grado di tenere il passo del cambiamento, adeguandosi alle istanze, che derivano, naturalmente, al cospetto di una realtà in rapida evoluzione, di uno sviluppo dinamico del lavoro.

Di qui la flessibilizzazione della disciplina.

³⁹ Per la ricostruzione della problematica, si rimanda *infra*, Capitolo Secondo.

2.2.1. Sulla terminologia, ma non solo.

Flessibile è, per definizione, «ciò che si adegua facilmente a situazioni o esigenze diverse»⁴⁰.

E la flessibilità diviene allora, in via di principio, la capacità della disciplina di cambiare assieme al lavoro che cambia.

Nell'uso, e, qualche volta, nell'abuso, che se ne fa, il termine, collegato ad ulteriori specificazioni, si coniuga in molteplici locuzioni.

Se la flessibilità del lavoro, intesa in senso ampio ed in connessione col mercato del lavoro, «esprime, (...) in generale, una sorta di indicatore dell'intensità e della velocità con cui le variabili fondamentali proprie di questo mercato reagiscono al verificarsi di particolari eventi», le locuzioni anzidette finiscono per indicare quelle componenti che concorrono a rendere flessibile il mercato di cui si tratta⁴¹.

E, così, su di un piano più propriamente economico, che, pure, si ricollega a quello che qui occupa, s'è detto di come possano rinvenirsi, nelle definizioni dell'OCSE, diverse declinazioni della flessibilità. V'è, innanzitutto, quella esterna, alla cui locuzione si fa riferimento per indicare la «capacità da parte dell'impresa di aumentare e ridurre il numero di lavoratori al suo interno», inversamente collegata alla rigidità della legislazione di protezione del lavoro. La flessibilità numerica interna, che rileva «l'abilità dell'impresa di variare l'*input* lavoro (le ore di lavoro per unità di tempo)», senza che vi sia una variazione nella compagine dei lavoratori e, dunque, senza che ci sia bisogno di licenziare o assumere. V'è, poi, la flessibilità funzionale, locuzione, questa, cui si ricorre per indicare la «capacità dell'impresa di riorganizzare i propri lavoratori», quanto a mansioni e luoghi di lavoro. La flessibilità salariale si riferisce, invece, alla capacità dei datori di lavoro di variare la retribuzione, che spetta ai lavoratori, al variare delle condizioni di mercato e in relazione all'andamento della produttività. Quella di esternalizzazione, che si esplica nella capacità di servirsi di lavoratori esterni all'impresa⁴².

⁴⁰ Secondo la definizione del vocabolario G. Devoto, G.C. Oli, Le Monnier, Mondadori, Milano, 2011.

⁴¹ L. PAGANI, (voce) *Flessibilità*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012, disponibile alla pagina web [http://www.treccani.it/enciclopedia/flessibilita_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/flessibilita_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/).

⁴² L. PAGANI, *ivi*. Alle variabili succitate, si aggiunge, secondo le indicazioni dell'OCSE, pure la flessibilità dei prezzi, che, assieme alle altre, serve a rendere il mercato del lavoro flessibile.

Ad arricchire l'abbondanza di declinazioni già evidenziata concorre, anche, la letteratura giuridica, nella quale sono in uso l'espressioni di flessibilità in entrata, per distinguerla da quella in uscita, al fine di indicare quelle decisioni incidenti, in un caso, nel momento costitutivo del rapporto, con riferimento all'utilizzo delle tipologie contrattuali, pure, dette flessibili, nell'altro, in quello risolutivo. V'è, poi, la flessibilità tipologica, quella delle fonti, quella organizzativa e quant'altro è possibile annoverare.

Altre volte è l'aggettivo "flessibile" a connotare, nei termini di adattabilità di cui si è detto, la capacità del lavoratore, del lavoro, di un assetto della regolazione e tanto ancora d'inverare l'esigenza di duttilità richiesta.

Così è, pure, per la cosiddetta "società flessibile".

Espressione, quest'ultima, che si è detto essere parte di quelle «che si sforzano di incapsulare in un aggettivo l'essenza dei mutamenti verificatisi a partire dall'ultimo quarto del Novecento nelle società avanzate»⁴³.

Come rilevato in letteratura, flessibile è «una società dove la flessibilità è (..) la caratteristica dominante di ogni elemento dell'organizzazione sociale e di questa nel suo insieme», della quale i lavori flessibili sono l'anticipazione. Quella di cui si tratta, prosegue la stessa dottrina, che dice essere, nei suoi «tratti idealtipici», non ancora una realtà ma un progetto riformista, è, comunque, tanto nella teoria quanto nella prassi, collegata al lavoro flessibile da un rapporto dialettico⁴⁴.

Ma, nel collegamento tra società e lavoro flessibile, si fa strada la via della flessicurezza.

2.2.2. Le ragioni di un compromesso

Quella della flessibilità è stata, s'è detto, «la risposta (..) offerta, nei singoli paesi così come nell'Unione Europea, (..) ispirata all'idea del mercato». Giusta la considerazione che i modelli sociali europei fossero troppo rigidi al cospetto dei cambiamenti, profondi e

⁴³ L. GALLINO, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014, 29, cui si rinvia, oltre che per la ricostruzione in ordine all'associazione dell'espressione a Richard Sennett, pure per l'enunciazione delle altre denominazioni, in relazione alle quali la locuzione "società flessibile" è utilizzata, spesso, come sinonimo.

⁴⁴ L. GALLINO, *ibidem*, 29 ss.

repentini, ad essersi levate sono state, infatti, «raccomandazioni continue e pressanti per la promozione di sistemi più flessibili»⁴⁵.

Ma l'opzione in favore di un modello regolativo che sia in grado d'inverare le istanze di cui si tratta non è priva di obiezioni, giacché la questione, già in via di principio, prima ancora, dunque, che la si porti su di un piano fattuale, s'intreccia con tutta una serie di considerazioni che non possono essere taciute.

In primo luogo, l'implicazione della persona del lavoratore all'interno del rapporto di lavoro che s'intende flessibilizzare.

Ed, in questo senso, un archetipo del limite ad un'impostazione che propenda secamente verso l'adattabilità del lavoro alle esigenze dell'impresa si trova nello stesso contratto di lavoro subordinato che, com'è stato avvertito da più parti, non si può dire essere un contratto come un altro.

Una breve digressione sul tema consentirà di chiarire il punto.

Se si pone mente alla stessa connotazione del potere direttivo datoriale, già si presagiscono i termini necessariamente compromissori cui si deve informare qualsivoglia modello regolativo, specie quello che, tra questi, finisca per sacrificare le ragioni del lavoratore.

Ora, quello di dirigere la prestazione del dipendente è un potere codificato dal legislatore, assieme alle altre articolazioni del potere in cui si specifica la supremazia tecnico-funzionale datoriale, come sintesi dell'insieme delle prerogative spettanti al datore di lavoro, giacché chiamato ad agire nella veste di creditore della prestazione lavorativa e, pure, in quella di chi organizza i fattori della produzione, e, dunque, il lavoro altrui, al fine dell'esercizio dell'impresa⁴⁶.

Ed, a riguardo, è consolidato l'avviso per cui il potere direttivo, inteso «in senso stretto», costituisca effetto diretto del contratto individuale di lavoro, «quale necessario momento di specificazione o conformazione del diritto di credito verso una prestazione la

⁴⁵ A. SIMONAZZI, *op. cit.*, 117 ss.

⁴⁶ È questa una considerazione che si desume, specialmente, dalle previsioni nelle quali si impone che, nell'esercizio dell'attività dedotta in contratto, il lavoratore osservi le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e, anche, dai collaboratori di questo, superiori gerarchici del lavoratore, che dell'imprenditore sono una lunga mano (art. 2104, comma 2, cod. civ.). A queste si affiancano, poi, quelle in cui si sancisce l'obbligo del prestatore di "collaborare" nell'impresa, prestando la propria attività lavorativa non soltanto alle dipendenze dell'imprenditore ma pure sotto la sua direzione (art. 2094 cod. civ.).

cui attuazione postula un'applicazione a livello individuale, in ragione dei singoli risultati dovuti, nella direzione dello scopo atteso dal creditore»⁴⁷.

In questo senso, è proprio il potere direttivo, come potere di sovrintendere alle modalità di svolgimento della prestazione lavorativa oggetto del diritto di credito e di forgiare l'attività dedotta in vista dell'implementazione del progetto imprenditoriale, a rendere, dunque, peculiare la posizione creditoria datoriale.

Il datore di lavoro diviene “regista” del rapporto di credito. Veste, questa, rafforzata, oltretutto, dalla previsione che qualifica l'imprenditore come «capo dell'impresa», al quale i collaboratori sono legati da un vincolo di “dipendenza gerarchica”⁴⁸.

In quest'ottica, quella gerarchica si aggiunge alla dipendenza tecnico-funzionale e la coppia di profili in cui si estrinseca il potere direttivo, ossia l'esecuzione e la disciplina del lavoro, prende forma nei comandi che, da un lato, concernono l'organizzazione del lavoro, e, perciò, «al modo di rendere utilizzabile la prestazione resa dal lavoratore»; dall'altro, riguardano la disciplina del lavoro, vale a dire la «regolamentazione della convivenza della comunità – sia pure gerarchica, fondata sulla autorità e non sulla parità tra le parti – formata da coloro che collaborano all'impresa»⁴⁹.

Sotto tale ultimo aspetto, giova, peraltro, ricordare che, prescindendo dal piano egualitario che è concesso alle parti nella definizione del regolamento degli interessi (attenendo la “debolezza” del lavoratore ad una dimensione ulteriore), nelle previsioni che codificano la soggezione del prestatore alla direzione datoriale gli equilibri si spezzano in vista di quello stesso “interesse dell'impresa” che qualifica la diligenza dovuta rispetto a quella del buon padre di famiglia.

Circostanza, questa, che caratterizza il diritto del lavoro «fin dall'inizio (..) come diritto speciale», rispetto a quello comune dei contratti, «“correttore” dell'asimmetria (..)

⁴⁷ Così A. PERULLI, *Il potere direttivo e i suoi limiti generali*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Giappichelli, Torino, 2007, 613, alla cui lettura si rimanda per un'ampia disamina della nozione di potere direttivo, inteso come potere giuridico e come potere di «conformare la singola prestazione, specificando, in relazione alle esigenze tecnico-produttive, modi e termini dell'attività di lavoro già determinati con la descrizione delle mansioni assegnate al singolo lavoratore».

⁴⁸ Art. 2086 cod. civ.

⁴⁹ Di questo avviso, E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011, 96.

conseguente alla introduzione dell'elemento della subordinazione nello schema formalmente paritario del contratto»⁵⁰.

Insomma, è indubbio che, nell'architettura del sistema, il potere direttivo costituisca lo strumento congegnato per adattare la prestazione lavorativa "cristallizzata" nel contratto alla realtà mutevole dell'organizzazione aziendale.

Ma all'esercizio del potere datoriale s'impongono tutta una serie di temperamenti.

E, tanto, è più evidente con relazione all'obbligo del prestatore di lavoro di collaborare nell'impresa ed al dovere, parimenti di questi, di obbedire al datore di lavoro, che del potere anzidetto sono la contropartita.

È chiaro, sin da subito, infatti, che quella di cui si tratta non sia affatto una soggezione incondizionata. Sussistono, viceversa, numerosi temperamenti dovuti, prima ancora che alla necessità di un'attenta valutazione dei sacrifici richiesti alle parti, alla implicazione della condizione personale del prestatore di lavoro.

Cosicché s'impongono dei limiti all'obbedienza che può essere pretesa dal lavoratore e, quindi, al potere datoriale di esigere da questi l'adempimento di quanto comandato in funzione dell'organizzazione del lavoro.

E, d'altro canto, sembra difficile ipotizzare che possa essere diversamente da così, soprattutto se si pone mente a quelle ricostruzioni che puntano l'accento sul fatto che pensare d'intervenire a modulazione del lavoro finisca, in effetti, per essere un'astrazione, giacché a venire in questione, in occasione degli interventi stessi, è, sempre, la persona del lavoratore.

Si rammenta, solo per avere una dimensione della problematica, quanto osservato in dottrina. S'è detto, a proposito, che «in realtà non esiste il lavoro, ma esistono uomini che lavorano; il lavoratore non impegna nel rapporto col datore di lavoro qualche cosa del suo patrimonio, distinto dalla sua persona, ma impegna la sua stessa persona; egli non mette in gioco il suo avere, ma piuttosto il suo essere»⁵¹.

⁵⁰ In questi termini, F. LUNARDON, *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato*, op. cit., 3. Ma di tanto, oltre che di quanto osservato in ordine all'opportunità che s'intervenga a superamento dell'eccezione giuslavorista al diritto comune dei contratti, si tratterà nel prosieguo (v. *infra* Cap. Secondo).

⁵¹ L. MENGONI, nella raccolta degli scritti *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, M. Napoli (a cura di), V&P Università, Milano, 2004, 21 ss.

Se si riflette attentamente sulla *ratio* che sottende il dipanarsi del rapporto tra esercizio del potere datoriale di conformazione della prestazione all'interesse dell'impresa ed i limiti imposti in ragione dell'implicazione della persona del lavoratore, è possibile immaginare, in effetti, che la stessa dialettica di contemperamento debba traspirare anche a livello di sistema.

Il parallelo consente, in altri termini, di scorgere su di un piano più circoscritto, quello della correlazione interna allo schema tipologico della subordinazione, le stesse dinamiche interlocutorie che, stante l'incidenza sull'uomo che lavora, debbono connotare, a maggior ragione, fenomeni che, come la spinta a flessibilizzare la disciplina del lavoro, sono destinati ad avere un impatto profondo sulla sistemazione degli equilibri.

Ed è in questo senso che s'impedisce che, all'atto di concepire modelli di sviluppo più dinamici, l'obiettivo di implementare i necessari margini di flessibilità nella gestione del lavoro offuschi la persona umana.

Tanto che, proprio per restare all'evidenza della pregnanza di una dialettica tra le istanze di cui si tratta, s'è detto di come le politiche di *flexicurity*, concepite, in relazione al fenomeno della flessibilizzazione degli apparati regolativi, per mitigarne le spinte, abbiano avuto la missione di umanizzare la stessa flessibilità⁵².

Ma oltre alle considerazioni sin qui rassegnate, ad obiezione dell'opzione che vuole la disciplina giuslavorista impegnata nell'obiettivo di flessibilizzare i sistemi regolativi, in connessione con le istanze del mercato, interviene, d'altro canto, la stessa vocazione della materia.

Insomma, è come se si temesse che l'attenzione verso il mercato possa snaturarla o, quanto meno, sviarla dall'inclinazione che le è propria.

È pure vero, però, che «il legame fra diritto del lavoro e salute del sistema economico (..), anche se “denegato” dallo statuto della (..) materia», giacché quest'ultima «si preoccupa tradizionalmente di proteggere i lavoratori, non di garantire la salute dell'economia e neppure di promuovere l'occupazione», è, in effetti, un legame «strutturale»⁵³.

⁵² Si rimanda a quanto osservato, sul punto, da L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell'Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 141/2012, 2. Nel mettere in evidenza questo aspetto, l'A. riporta, pure, l'efficace espressione di Luciano Gallino, che, pur non “amandola” (dice l'A.), ha chiamato la *flexicurity* «la flessibilità dal volto umano».

⁵³ In questi termini, T. TREU, *Le istituzioni del lavoro*, op. cit., 2013, 597.

Dunque, se non ne muta la matrice tutoria anzidetta, il collegamento della disciplina giuslavorista alle dinamiche del mercato, e, in generale, alle ragioni dell'economia, va a fondo sino a coinvolgere le vicende che attengono agli stessi elementi fondativi del paradigma della materia.

Ed è così, allora, che interventi sul modello regolativo diventano, anche se nei termini di cui si è anticipato in punto di metodo, il perno su cui fare leva per rispondere a contingenze che attengono al piano metagiuridico ⁵⁴.

Si pensi, solo per fare un esempio, al ricorso alle politiche di flessibilità, prima, e di *flexicurity*, poi, per far fronte alla questione dell'occupazione.

Ma, pure, sotto questo aspetto, l'apertura della materia alle istanze che provengono dall'esterno non è per nulla incondizionata e si connota, qui come altrove, di marcati segni di compromesso.

È su questo terreno, dunque, che prende piede la consapevolezza di come, nella scelta di un modello regolativo attraverso il quale implementare le sollecitazioni che incitano ad una maggiore dinamicità del sistema, si debba ambire ad uno che alla flessibilità concili le istanze di garanzia della sicurezza sociale.

Insomma, ad una sistemazione che s'ispiri al modello della flessicurezza.

Quella della *flexicurity* è stata, com'è stato osservato, la «ricetta», proposta per riformare il lavoro, dall'Unione europea, che, con il Libro Verde ⁵⁵, occupandosi di come «modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo», l'assunse a «parola-chiave». Ricetta che, per dirla in poche battute, mira a coniugare la flessibilità del rapporto, «intesa come alleggerimento delle tutele poste a beneficio del lavoratore», con le garanzie di sicurezza sul mercato, giusta l'adozione di misure di assistenza al reddito e di sostegno nel periodo di disoccupazione del lavoratore, sì da «garantire un passaggio agevole da un posto di lavoro all'altro» ⁵⁶.

Al modello definito dalla Commissione delle Comunità Europee non sono state risparmiare osservazioni di ogni sorta.

⁵⁴ V. *retro* (paragrafo 2.1.2).

⁵⁵ Il riferimento è al Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee, dal titolo «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo», Bruxelles, 22 novembre 2006.

⁵⁶ Così M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, op. cit., 531 ss.

V'è chi l'ha definita «un ossimoro», per via della vocazione a «conciliare tramite la loro crisi, due termini all'apparenza inconciliabili», che, da «antidoto» a garanzia di quella adattabilità necessaria e del superamento della segmentazione del mercato, ha finito, tuttavia, per «stemperarsi» in una «strategia politica per la riforma dei diritti del lavoro nazionali», lasciando agli Stati di declinarla in funzione della situazione, economica, politica e sindacale, a loro interna. S'è detto, insomma, essere «una prospettiva, una lente attraverso la quale esaminare diversi modelli regolativi»⁵⁷.

Più dura la posizione di chi della *flexicurity*, «declinazione più gradevole» della flessibilità, che sta ad indicare la «convivenza della flessibilità con la sicurezza (cioè con le tutele)», nell'accezione della «difficile combinazione, fatta al tempo stesso di libertà quasi assoluta per l'imprenditore di licenziare i dipendenti e di attribuzione ad essi di sussidi pubblici di disoccupazione, con buone garanzie di trovare un posto di lavoro in ogni fase della vita e di coltivare aspettative di carriera», ha detto essere «più o meno una favola, che non a caso si racconta stia realizzandosi nel paese di Andersen»⁵⁸.

S'è osservato, pure, circa il dibattito che la vede protagonista, di come «di là dall'opportunismo che talvolta si nasconde nell'uso di questa espressione accattivante, l'accento andrebbe posto sulle proposte concrete che dovrebbero essere presentate», per consentire il raggiungimento degli obiettivi indicati a livello europeo⁵⁹.

Di critiche alla *flexicurity*, in realtà, ve ne sono state tante.

V'è stato addirittura chi ha avanzato, in merito, «ipotesi (...) relative a un'agenda “ce-lata” di deregolamentazione e di neoliberalismo per la flessibilità del mercato del lavoro e il lavoro socialmente utile che solo sulla carta ha sostenuto la tutela individuale»⁶⁰.

Invero, s'è detto essere unanime la critica di chi, tra gli studiosi, ne ha ritenuto «fuorviante» lo stesso concetto. Ad essere stata sostenuta è, in particolare, «la distanza tra la retorica e le questioni sostanziali e la confusione nella definizione, il fatto di “vendere”

⁵⁷ M.T. CARINCI, *ivi*.

⁵⁸ L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarità*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *op. cit.*, 153.

⁵⁹ In questi termini, S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro, Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2013, 33. Il riferimento è agli obiettivi indicati in Europa 2020, documento programmatico, quello appena citato, col quale la Commissione Europea ha dettato «una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva», varato a Bruxelles il 3 marzo 2010. All'A. si rinvia per la lettura di quanto osservato in ordine al raggiungimento degli obiettivi anzidetti ed alle evoluzioni che si sono succedute, anche a fronte dell'aggravarsi della crisi.

⁶⁰ Come riferito da P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 49.

l'occupabilità come sicurezza occupazionale (...), di avere finalità nascoste», quali, s'è già detto, la deregolamentazione, e, oltretutto, «di essere insidiosa, socialmente disequilibrata e poco contestualizzata, (...) di non considerare il compromesso tra i diversi elementi che la compongono». Tanto che, in risposta alle critiche anzidette, la Commissione ha finito per allargare a dismisura la latitudine della definizione, dando al concetto «le sembianze di una “lista della spesa” omnicomprensiva e imprecisa»⁶¹.

Peraltro, pur senza dilungarsi oltre sulla questione, si vuole accennare al dibattito sorto attorno a quella che è stata definita la «seconda fase» del programma di flessicurezza o, pure, la «*flexicurity* della crisi». E, in ogni caso, mettere in evidenza la necessità che, come rilevato, invece, sin a partire dai primi sforzi definitivi in merito, serva senz'altro che «le politiche di flessibilità e sicurezza siano attuate “sincronicamente” (...) e, cioè, senza salti temporali», cosicché quella che si è detto essere «la ricetta funzioni e le riforme che la attuano diano buona prova di sé»⁶².

V'è, anche, chi, in ordine alla stessa attualità del programma, si è domandato se il concetto di *flexicurity*, «inteso come linea guida per la modernizzazione del diritto del lavoro, delle politiche occupazionali e delle misure di *welfare* nei paesi europei», fosse in grado, in effetti, di sopravvivere alla doppia crisi, quella economica e, pure, quella concettuale, che ha interessato il sistema⁶³.

Volgendo al termine di questa riflessione, e prima d'indagare il piano della implementazione delle istanze di flessibilità levatesi a fronte della situazione in cui versa il lavoro, si vuole accennare, oltretutto, a come, nel dibattito tra i fautori della flessibilità, pure nell'accezione della flessicurezza, e quanti, invece, si oppongono ad essa, si sia fatta strada, pure, un'altra prospettiva.

La stessa, in effetti, di chi, alla «doppia ossessione», l'una, di quanti ritengono che la causa della crisi economica e di competitività, nella specie del nostro Paese, «sia da ricon-

⁶¹ P. AUER, *ibidem*, 49 ss. Conclude l'A. come sia «sotto il grande ombrello» degli otto «principi comuni di flessicurezza», varati dalla Commissione delle Comunità europee a Bruxelles il 27 giugno 2007, e del principio generalista, pure riportato nel testo, che «sembra essere diventato possibile, per ogni paese, creare il proprio modello di *flexicurity*».

⁶² Si veda quanto ricostruito, di recente, da A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 249/2015, 5.

⁶³ F. TROS, *La flexicurity in Europa può sopravvivere a una doppia crisi?*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 378 ss. L'A. giunge a concludere che, «sebbene la *flexicurity* a livello europea sia confermata quale concetto strategico primario», sia mancato, però, «un approccio più globale e comprensivo».

durre alla farraginosità, all'implosione delle regole, all'eccesso di funzioni protettive, onde la semplificazione e la flessibilità come panacea», l'altra, di coloro che ritengono che il cambiamento, o anche solo l'allentamento, di regole protezionistiche costituisca il «viatico allo smantellamento di imperituri diritti e “di indefettibili valori”, incondizionati e incondizionabili anche in tempo di crisi», oppone l'esistenza di una «possibilità terza»⁶⁴.

Possibilità, quest'ultima, che, a dire di questa dottrina, dovrebbe concretarsi nella implementazione di «ragionevoli riforme», da esplicarsi all'interno di «un quadro di profondo rinnovamento del paradigma della disciplina, senza furie palingenetiche e distruttive della tradizione», nel quale, tra le possibili traiettorie, s'indica il recupero del principio di condizionalità dei diritti sociali⁶⁵.

Ma della questione in ordine al mutamento di paradigma si tratterà poi⁶⁶.

2.3. La recente esperienza interna

L'implementazione delle istanze di flessibilità levatesi a fronte della situazione in cui versa il lavoro è, invero, già in atto da tempo e, nell'esperienza interna, ha comportato l'adozione d'importanti provvedimenti, di alcuni dei quali si è pure anticipato.

Si è segnalato, infatti, della legge 10 dicembre 2014, n. 183, recante, s'è detto, «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», che, insieme ai decreti adottati in attuazione della stessa, prende parte di un ampio progetto di riforma, conosciuto col nome di *Jobs act*.

Uno dei primi provvedimenti, adottati a seguito della delega anzidetta, è stato il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, che, secondo la lettera della sua rubrica, interviene per disporre «in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti».

⁶⁴ B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro*, op. cit., 60 ss.

⁶⁵ B. CARUSO, *ibidem*, 60 ss.

⁶⁶ Si rinvia, sul punto, al Capitolo Secondo.

Rinviando al prosieguo per la disamina delle modifiche introdotte, col decreto, in materia di licenziamenti individuali, è possibile, però, anticipare, fin da subito, alcune considerazioni, giacché attinenti al piano sin qui indagato.

Il riferimento è a quelle che impattano, più o meno direttamente, sulla struttura del lavoro e, specialmente, sulla flessibilizzazione, in uscita dal rapporto, ma non solamente, dell'impianto del lavoro subordinato a tempo indeterminato.

Si può osservare, ad esempio, di come gli interventi implementati abbiano inteso mirare al superamento dell'*empasse* in cui versa l'occupazione, facendo leva su quelle disposizioni dirette a securizzare la decisione datoriale di mettere fine al rapporto di lavoro, delimitando, con maggior rigore rispetto alla riforma che le aveva precedute, il campo di applicazione del rimedio che contempla lo scioglimento del rapporto.

Leva, quella di cui si tratta, che è pensabile immaginare vada ad incidere proprio sulla domanda di lavoro delle imprese.

Ora, con questo, non si vuole disconoscere quanto affermato da attenta dottrina e, pure, già condiviso in proposito delle questioni relative al metodo da seguire nell'individuazione del piano d'intervento della materia giuslavorista⁶⁷.

E, in tal senso, s'è confermata, pure con riguardo a quella in atto, l'incapacità di una riforma del mercato del lavoro di riuscire, da sola, nell'obiettivo di aumentare l'occupazione e diminuire la disoccupazione, giacché, come s'è detto, «il loro andamento dipende dall'incremento della domanda dei beni – di cui il fabbisogno di lavoro da parte delle imprese è una variabile dipendente – non certo dalle modifiche delle regole dei rapporti di lavoro»⁶⁸.

Pare possibile, tuttavia, immaginare che pure dal livello di rigidità delle conseguenze che discendono dal licenziamento illegittimo – segnatamente nelle ipotesi in cui il recesso datoriale sia l'effetto di determinazioni che ineriscono all'organizzazione della produzione e del lavoro, in un'ottica di modulazione della compagine aziendale alle dinamiche interne ed esterne all'impresa – dipenda la disposizione datoriale ad investire, specie in una condizione come quella attuale nella quale, tra prassi di *law shopping* e di competizione ad ogni

⁶⁷ V. *retro* (paragrafo 2.1.2).

⁶⁸ M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, in M.T. Carinci e A. Tursi (a cura di), *Jobs act, Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, XXII.

livello (perfino sul piano degli ordinamenti), i sistemi di diritto più garantisti fanno fatica a restare “attraenti”⁶⁹.

E questo è un aspetto.

Sotto altro punto di vista, è possibile, sin d’ora, indagare il rapporto della riforma con le istanze di flessibilità e, a riguardo, domandarsi se il provvedimento di cui si tratta, pure nel quadro complessivo degli altri di cui si è anticipato e degli altri ancora di cui si dirà, abbia saputo incarnare l’urgenza di modernità di cui abbisogna il lavoro.

Sul punto, è stato ritenuto che se «la riforma in esame sembra sovvertire il precedente assetto sistematico della materia (...), abbracciando chiaramente ed apertamente, per la prima volta nella storia del diritto del lavoro italiano, una prospettiva di *flexicurity*», quanto, invece, al disegno d’insieme il discorso s’è detto essere diverso. E, in particolare, di fronte alla questione se abbia saputo «raccolgere la sfida della *flexicurity* come progetto complessivo di riforma del mercato del lavoro», progetto che postula «un’attitudine radicale al cambiamento in punto di *trade off* fra flessibilità in entrata, flessibilità in uscita, tutela del reddito e politiche attive del lavoro», la risposta s’è detto essere, infatti, «più negativa che positiva»⁷⁰.

E ciò principalmente per via delle critiche mosse al contratto a tutele crescenti introdotto dal d.lgs. n. 23 cit., che, lontano dalle prospettive europee, delude le attese di riforma che s’erano levate.

È stato ritenuto, da più parti, che, lungi dal configurare «un nuovo tipo legale di contratto di lavoro, distinto ed aggiuntivo rispetto a quelli già esistenti», si concreti, piuttosto, e più semplicemente, nel «contratto di lavoro classico a tempo indeterminato, per il quale, e solo per i lavoratori assunti dopo l’entrata in vigore del decreto delegato, viene riscritta la disciplina sanzionatoria dei licenziamenti individuali e collettivi»⁷¹.

⁶⁹ Per la nuova disciplina dei licenziamenti individuali si rinvia al Capitolo Terzo.

⁷⁰ A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 5 ss.

⁷¹ G. GENTILE, *L’ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 51 ss. All’A. si rimanda, pure, per la ricostruzione della questione di come il contratto ex d.lgs. n. 23 cit. nemmeno sia «riferibile a nessuna delle proposte (...) relative al c.d. contratto unico di lavoro, nelle svariate accezioni di contratto a tutele crescenti, ovvero di inserimento formativo, o di ingresso, tutti accomunati da una maggiore complessità e peculiarità sistemica rispetto al vigente quadro regolativo del rapporto di lavoro e del mercato del lavoro».

Insomma un «normale contratto di lavoro a tempo indeterminato, a disciplina del licenziamento rivisitata»⁷².

S'è detto di come il contratto introdotto abbia «ben poco a vedere con lo schema discusso a livello europeo» e palesi, piuttosto, lo scopo dell'intervento anzidetto, che, invece di porsi in sintonia con la prospettiva europea, pare interessato a conseguire «obiettivi di mera flessibilità del lavoro»⁷³.

Ma le obiezioni mosse all'impianto regolativo affidato alle disposizioni del d.lgs. n. 23 cit. attengono anche al piano più specifico del bilanciamento degli interessi delle parti coinvolte nel rapporto.

Ebbene, il provvedimento anzidetto intende flessibilizzare la disciplina che regola il licenziamento, ma le novità, invariati i presupposti che giustificano il recesso datoriale, e continuando ad operare le stesse nozioni di giusta causa, giustificato motivo soggettivo ed oggettivo di licenziamento, attengono principalmente al regime sanzionatorio.

Regime, quest'ultimo, che, com'è stato detto da più parti, ha ridotto il livello di tutela accordato al lavoratore.

Nel rinviare l'esame delle modifiche al prosieguo, devono, tuttavia, anticiparsene alcuni passaggi, così da poterne individuare l'impatto sul bilanciamento delle istanze anzidette.

Il decreto delegato esclude, innanzitutto, che nelle ipotesi di licenziamenti economici il lavoratore possa essere reintegrato, stabilendo che, in luogo della sanzione che ripristina la funzionalità del rapporto illegittimamente soluto, questi riceva un ristoro solamente economico, certo e crescente con l'anzianità di servizio.

Il diritto alla reintegrazione resta, invece, per i licenziamenti nulli, per quelli discriminatori e per i licenziamenti disciplinari ingiustificati, ma solo nelle ipotesi, ed «esclusivamente» quelle, «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore», nelle quali il giudice annulla il licenziamento e

⁷² M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei "tipi" al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. Rusciano e 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".IT - Collective Volumes - 3/2014*, 21.

⁷³ In questi termini, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi*, op. cit., 26 ss. Cosicché, prosegue l'A., il *nomen* utilizzato finisce per apparire «poco più di un espediente semantico per dissimulare l'abrogazione dell'art. 18 St. lav. sotto un manto di rispettabilità europea». Al contributo si rimanda per la disamina del rapporto tra la prospettiva europea e il modello italiano.

condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore, oltre che al pagamento di un'indennità risarcitoria.

Insomma, a fronte degli spazi di manovra più ampi consegnati al datore di lavoro, le istanze del prestatore ne escono sacrificate.

È stato osservato, a riguardo, come l'impianto, nel comporre il conflitto che all'interesse datoriale alla «operatività della propria organizzazione in vista del risultato prescelto» contrappone quello del lavoratore alla conservazione del reddito, oltre che alla propria realizzazione mediante il lavoro, abbia finito per spostare, «in modo significativo», gli equilibri in favore del primo. Giacché, d'altro canto, ampliate, come rilevato, le ipotesi nelle quali si determina, in ogni caso, lo scioglimento del rapporto, sino a ricompredervi anche gli inadempimenti di lieve entità, lo sfavore verso il prestatore di lavoro è evidente. S'è detto, a riguardo, che «il lavoratore inadempiente risulterà (...) addirittura meno tutelato di un comune debitore nell'ambito di un qualunque contratto sinallagmatico». Considerato, infatti, che in tale ultimo caso, secondo quanto dispone l'art. 1455 del codice civile, perché si possa risolvere il contratto l'inadempimento non deve avere scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte ⁷⁴.

Ma la stessa dottrina ha rimarcato, in realtà, come il favore nei confronti delle prerogative datoriali sia anche più ampio, se alle modifiche di cui si è detto, si collegano quelle prodotte dagli altri decreti attuativi della delega. Cioché, se il d.lgs. n. 23 cit. ha fatto della disciplina del contratto di lavoro subordinato una disciplina più flessibile, oltre che in occasione dell'uscita dal rapporto, pure, «di riflesso, in fase funzionale», gli altri decreti, come s'è rilevato, sembrano muoversi «nello stesso senso» ⁷⁵.

Il richiamo è, segnatamente, alla riscrittura della disciplina delle mansioni, operata, come si è già avuto modo di anticipare, con il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Si è trattato del significato della riforma in occasione dell'indagine del rapporto tra la connotazione del lavoro ed i suoi riflessi sull'organizzazione dell'impresa e, specialmente, del suo impatto sulla correlazione tra le ragioni del lavoro e quelle dell'organizzazione, intervenuta, com'è, a determinare il travolgimento di quella visione che si è detto essere «protezionista» delle istanze del lavoro, in favore di una nuova prospettiva, orientata, que-

⁷⁴ M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, op. cit., XII ss.

⁷⁵ M.T. CARINCI, *ibidem*, XV ss.

sta volta, com'è possibile immaginare, verso un minor grado di opposizione dei termini della relazione ⁷⁶.

Ebbene, quello di stemperare la contrapposizione delle ragioni anzidette è effetto che convive con quello, principale, che vuole la flessibilizzazione della disciplina e, quindi, l'ampliamento delle prerogative datoriali di gestione del contratto e di modulazione della prestazione in esso dedotta.

Secondo il nuovo articolo 2103 del codice civile «il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte».

La distanza dalla precedente sistemazione della materia è evidente.

Prima delle modifiche era stabilito che il prestatore di lavoro potesse essere assegnato, oltre che a quelle di assunzione o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che avesse in seguito ottenuto, «a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione».

Insomma, a limitare il potere datoriale di assumere, unilateralmente, determinazioni di mobilità orizzontale, e, quindi, a tutelare le prerogative dei lavoratori per la salvaguardia e lo sviluppo della loro professionalità, soccorreva la previsione della necessaria equivalenza delle mansioni.

Cosicché il giudizio di equivalenza, che, in caso di mutamento delle mansioni, serviva fosse condotto, doveva tenere conto non soltanto dell'oggettiva appartenenza delle nuove mansioni allo stesso livello di inquadramento di quelle cui il lavoratore era adibito, ma, oltretutto, della necessità che le mansioni di destinazione consentissero di utilizzare ed accrescere la professionalità già acquisita.

L'effetto era, con tutta evidenza, quello di comprimere fortemente il potere organizzativo datoriale.

E ciò, alle volte, pure a discapito degli stessi interessi del lavoratore. Tanto che, per ovviare alla contraddizione che una norma posta a tutela della professionalità di questi, finisce, in alcuni casi, per mettere a repentaglio la stessa conservazione del posto di lavoro, la giurisprudenza s'era ritrovata ad avallare il cosiddetto "patto di dequalificazione".

⁷⁶ V. *retro* paragrafo 2.1.

A confronto, nella nuova sistemazione delle materie, il venir meno del presupposto di equivalenza delle mansioni e, quindi, l'ampia possibilità di ricorso a passaggi orizzontali, col solo limite dell'appartenenza delle nuove attribuzioni al livello ed alla categoria legale di inquadramento delle precedenti, determinano, invece, un significativo irrobustimento dell'apparato regolativo posto ad implementare un maggiore grado di flessibilità organizzativa.

S'è sostenuto, a riguardo, in dottrina, che «l'abbandono del criterio dell'equivalenza sembra implicare, sul piano formale, un ampliamento dell'area del debito in capo al lavoratore», giacché, con la novella anzidetta, «tutte le mansioni del livello di inquadramento risultano in teoria esigibili»⁷⁷.

Insomma, il «bene tutelato», abbandonata la prospettiva della professionalità del lavoratore nell'accezione elaborata dalla giurisprudenza, è individuato nella «“posizione” da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene». Ad essere realizzata è, per tal via, una «semplificazione della gestione aziendale», in grado di accordare «maggiore certezza», siccome idonea a ripararle da incursioni esterne, alle determinazioni datoriali assunte⁷⁸.

Il giudizio degli interpreti non è, tuttavia, unanime.

V'è, pure, chi ha ritenuto che quella che prevede l'assegnazione a «mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente

⁷⁷ In questi termini, F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* – 257/2015, 7. Invero, quanto alla questione se in conseguenza della novella si sia determinato un aggravamento della posizione debitoria del lavoratore, l'A., giusta la considerazione, che «se si desse un giudizio a bocce ferme, cioè tenendo conto degli attuali inquadramenti» la risposta sarebbe positiva, preferisce assumere un'altra prospettiva. E, infatti, ripercorrendo il ruolo decisivo restituito dalla novella alla contrattazione collettiva, osservando, peraltro che tanto «è come è giusto che sia in un'area nella quale si tratta di contemperare dinamiche dell'organizzazione e tutela della posizione dei lavoratori in essa coinvolti», ritiene, al contrario, che il giudizio non debba essere dato di certo a bocce ferme. L'operazione, spiega l'A., «si risolve in un'implicito rinvio all'autonomia collettiva del compito di determinare l'area del debito relativo allo svolgimento della prestazione lavorativa».

⁷⁸ F. LISO, *ibidem*, 8 ss. Secondo l'A., con la norma, che pure «non brilla per chiarezza in alcuni punti e questo non fa onore ad un legislatore che si prefigge di ridurre il ruolo della mediazione giudiziaria», si chiuderebbero «gli spazi ad interpretazioni che la giurisprudenza possa operare, eventualmente anche contro i deliberati dell'autonomia collettiva». Ma, come, pure, si premura di precisare lo stesso A. trattando dello spazio affidato dalla novella alla contrattazione collettiva nella determinazione del contemperamento degli interessi delle parti, «le vie della giurisprudenza sono infinite» (nota 9).

svolte» rappresenti, al cospetto della precedente, una «espressione più ambigua e polise- mica»⁷⁹.

E ciò, segnatamente, con riguardo al riferimento della riconducibilità delle mansioni al livello e categoria legale d'inquadramento.

Se, infatti, quanto al requisito dell'effettività dello svolgimento, s'è detto che la conservazione debba ritenersene opportuna, cosicché «la norma non ricorre ad un criterio di raffronto esclusivamente formale tra il prima e il dopo dell'assegnazione», della riconducibilità, invece, s'è detto altro. Essendo stato ritenuto, quest'ultimo, «concetto assai poco tecnico», che comporta «la “riferibilità”, la possibilità di attribuzione ad un soggetto o, come in questo caso, a un contesto di identificazione più ampio (il livello professionale considerato)»⁸⁰.

Ma non solo. Dal momento che, se nell'intento del legislatore delegato v'era di servirsi di «un meccanismo di incasellamento semi-automatico dei compiti entro un profilo classificatorio», sì da ridurre «l'aleatorietà connessa all'utilizzo di una relazione valoriale», com'era, infatti, per la precedente formulazione della norma, la realtà dei fatti è differente. Giacché, come osserva la stessa dottrina, nei casi in cui l'esercizio del potere datoriale comporti l'assegnazione di mansioni «non previste “testualmente” nella declaratoria professionale del contratto collettivo», all'interprete toccherà, comunque, «ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del valore delle mansioni nuove», raffrontate alle «ultime effettivamente svolte», finendo, dunque, per applicare, di nuovo, «il principio di equivalenza che, accompagnato poco garbatamente alla porta dal legislatore, è destinato a rientrare di prepotenza dalla finestra del giudice»⁸¹.

Insomma è chiaro che l'effettiva realizzazione dell'intento sotteso alle disposizioni della novella dipenderà dall'implementazione che se ne darà.

Ad ogni modo, l'aperto favore della riforma nei confronti delle prerogative datoriali di gestione del contratto e di modulazione della prestazione in esso dedotta si esplica anche nelle disposizioni che consentono, in alcune circostanze, il demansionamento del lavoratore.

⁷⁹ U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 268/2015, 3 ss.

⁸⁰ U. GARGIULO, *ibidem*, 4.

⁸¹ U. GARGIULO, *ibidem*, 4 ss.

Il nuovo assetto regolativo consente che «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» (comma 2, art. 2103 cit.).

Ma non solo, giacché è previsto che, oltre al caso anzidetto, ulteriori ipotesi nelle quali consentire al datore di lavoro l'assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, ferma restando, pur sempre, la necessità che rientrino nella medesima categoria legale, possano essere contemplate dalla contrattazione collettiva (comma 4, art. 2103 cit.).

È evidente, insomma, la propensione della novella ad ampliare gli spazi di manovra della gestione datoriale. Anche se in quest'ultime ipotesi, come nel caso anzidetto, non mancano, normalmente, prescrizioni a garanzia della posizione del lavoratore, come quella relativa al mantenimento del trattamento retributivo ⁸².

A blindare il *favor* affidato alle disposizioni anzidette soccorre pure l'espressa previsione secondo la quale nel caso in cui fosse necessario, in occasione del mutamento di mansioni, assolvere all'obbligo formativo, l'omesso adempimento non darebbe luogo, in ogni caso, alla nullità dell'assegnazione stessa ⁸³.

Nello stesso senso marcia, pure, quella parte della nuova disciplina nella quale è consentito alle parti, sempre che ciò corrisponda all'interesse del lavoratore «alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita», di stipulare, nelle sedi protette ⁸⁴, accordi individuali di modi-

⁸² In entrambi i casi, «il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa» (così dispone il comma 5 dell'art. 2103 cit.).

⁸³ Sulla questione dell'obbligo formativo, v. G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 276/2015, 32. L'A. sostiene che tale obbligo sia «formulato in maniera talmente enigmatica da poter essere considerato alla stregua di una norma non imperativa, giacché la sua violazione sembrerebbe non dover produrre effetti quanto alla validità dell'atto di assegnazione a nuove mansioni». Effetti che invece tentano di recuperare gli interpreti. Ciò nonostante, prosegue l'A., «resta il fatto che una disposizione che pur ha il merito di incuneare la formazione all'interno del rapporto sinallagmatico sembra formulata in modo, per così dire, etereo».

⁸⁴ Quelle di cui all'articolo 2113, comma 4, del codice civile o avanti alle commissioni di certificazione.

fica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento, oltre che della relativa retribuzione ⁸⁵.

S'era chiaro l'intento, le disposizioni, ciò nonostante, hanno aperto la strada a tutta una serie di questioni. A partire da quelle che si collegano alla locuzione che consente l'assegnazione a mansioni inferiori «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore».

S'è sostenuto, a riguardo, che la formula utilizzata dal legislatore delegato, oltre che apparire più ampia di quella utilizzata dalla legge delega ⁸⁶, risulta, in effetti, «piuttosto generica e, soprattutto, non rende agevole distinguere la fattispecie *de qua* dai casi in cui è consentita la stipulazione di patti modificativi» ⁸⁷.

S'è detto, allora, divenire «cruciale» comprendere in cosa consista la modifica degli assetti organizzativi aziendali. In particolare, s'è ritenuto di dover discernere se la modifica anzidetta debba essere tale da costituire un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, con la conseguenza che, così argomentando, la formula che contempla la modifica sulla base dell'accordo «troverebbe giustificazione solo per il caso in cui lo spostamento sia verso una posizione inquadrata non nel livello immediatamente inferiore, bensì a livelli inferiori rispetto a quest'ultimo». Cosicché, se si aderisse, invece, all'opzione che ad essere stata configurata sia una situazione non necessariamente coincidente col giustificato motivo oggettivo di licenziamento, a determinarsi sarebbe «un'ulteriore dilatazione – a favore del datore di lavoro – dei compiti esigibili, compensata dal mantenimento dell'inquadramento» ⁸⁸.

⁸⁵ A tal fine, la legge accorda al lavoratore la possibilità di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, da un avvocato o da un consulente del lavoro. A riguardo, e specialmente per la questione della tipizzazione degli interessi che il patto in deroga deve perseguire, si rimanda a R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .IT – 262/2015, 10 ss.

⁸⁶ Che l'A. sostiene sembri circoscrivere la modifica suddetta ai casi «di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi» (art. 1, comma 7, lett. e, legge n. 183 cit.). A conseguirne è, dunque, un «evidente eccesso di delega da parte del Governo».

⁸⁷ C. ZOLI, *op. cit.*, 343 ss. L'A. osserva, in particolare, come l'«interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione», contemplato per la modifica consensuale dal comma 6 dell'art. 2103 cit., presupponga, comunque, la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore», di cui al comma 2 dello stesso articolo.

⁸⁸ In questi termini, F. LISO, *op. cit.*, 10 ss.

E, a riguardo, la stessa dottrina si è domandata, pure, se sia d'aspettarsi che la giurisprudenza riporti in auge l'idea che lo spostamento di cui si tratta debba considerarsi, comunque, come *extrema ratio* ⁸⁹.

Per quanto concerne la previsione che contempla l'«accordo individuale di dequalificazione», s'è detto che se, da un lato, consentendo «una vera e propria modificazione delle condizioni contrattuali», cui non s'impongono limiti di livello d'inquadramento, retribuzione e categoria legale, la disposizione «risponde nel modo più ampio alle esigenze imprenditoriali di flessibilità organizzativa e di contenimento dei costi e (...) si rivela, pertanto, molto più interessante ed ampia per il datore di lavoro rispetto a quella di cui al secondo comma», d'altro canto, però, pur con la necessaria finalizzazione all'interesse qualificato del lavoratore, «presta il fianco a possibili abusi», segnatamente in termini di libera determinazione di quest'ultimo ⁹⁰.

Anche nelle ipotesi di assegnazione a mansioni superiori, la novella concorre a valorizzare la flessibilità e l'autonomia organizzativa datoriale.

Nel nuovo dettato, per il caso di assegnazione a mansioni superiori, fermo restando il diritto del lavoratore a ricevere il trattamento corrispondente all'attività svolta e la previsione che l'assegnazione stessa diventi definitiva trascorso un determinato intervallo di tempo, s'introducono alcune novità ⁹¹.

Innanzitutto, è previsto che l'assegnazione divenga definitiva «salvo diversa volontà del lavoratore», quando la stessa «non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio».

Il periodo trascorso il quale si produce l'effetto di cui si tratta, la cui individuazione è affidata alla contrattazione collettiva, è fissato, in mancanza, in «sei mesi continuativi».

A riguardo, esteso il campo delle ipotesi nelle quali non si produce in capo al lavoratore il diritto e pure il periodo anzidetto, la novità più rilevante s'è detta essere quella rela-

⁸⁹ F. LISO, *ibidem*, 12.

⁹⁰ Per l'analisi della problematica, si rinvia a C. ZOLI, *op. cit.*, 348 ss., specialmente per quanto concerne la questione se sia sindacabile in giudizio la veridicità delle ragioni poste alla base dell'accordo. Sul punto, anche R. VOZA, *op. cit.*, 10 ss.

⁹¹ Secondo la precedente formulazione, nell'ipotesi di cui si tratta «il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi».

tiva alla manifestazione di volontà⁹², in relazione alla quale si pongono alcune importanti questioni, quali determinare se debba trovare applicazione la disciplina dell'art. 2113 cod. civ.⁹³.

Salvo che nelle ipotesi anzidette di legittima assegnazione a mansioni inferiori e in quelle nelle quali si addivene all'accordo, resta ferma la nullità di qualsivoglia patto contrario.

Oltre alla riscrittura della disciplina delle mansioni, ad allargare le maglie della gestione flessibile del lavoro soccorre anche l'intervento, operato con lo stesso d.lgs. n. 81 cit., sulla disciplina delle forme contrattuali flessibili⁹⁴.

In materia di contratto di lavoro a tempo determinato, già il d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, aveva riformato l'istituto, facendo sì che non fosse necessario apporre al contratto «ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

Regola, questa, «fatta propria dal d.lgs. n. 81/2015 che, in ossequio al principio di delega contenuto nella l. n. 183/2014⁹⁵ (...) abroga il d.lgs. n. 368/2001 e riscrive la disciplina dell'istituto mantenendo l'impianto del decreto medesimo come rivisitato nel 2014, fornendo, nel contempo, una sistemazione organica della disciplina con alcune modifiche non irrilevanti»⁹⁶.

Significativo, poi, è l'intervento in materia di somministrazione di lavoro.

⁹² Critico, a riguardo, G. FONTANA, *op. cit.*, 32 ss. «è questo il caso di una previsione surreale nella quale si prevede che la volontà del singolo può paralizzare l'acquisto di un diritto, il che vuol dire, a ben vedere, semplicemente che il diritto soggettivo non è più tale, ma è un'ipotesi, una semplice congettura, che esige quale condizione perfezionatrice il consenso dell'avente diritto!».

⁹³ C. ZOLI, *op. cit.*, 351 ss. Secondo l'A. «non sembra che una tale tesi possa essere accolta in quanto la disposizione in esame deroga espressamente la regola generale e configura quello alla promozione come un diritto disponibile».

⁹⁴ Col d.lgs. n. 81 cit. s'intende dettare, per espressa lettera della rubrica del decreto, una disciplina organica dei contratti di lavoro.

⁹⁵ Il riferimento è a quello che delegava ad «analizzare ed individuare tutte le forme contrattuali esistenti ai fini di poterne valutare l'effettiva coerenza con il tessuto occupazionale e con il contesto produttivo nazionale e internazionale in funzione di interventi di semplificazione, modifica o superamento delle medesime tipologie contrattuali».

⁹⁶ In questi termini L. FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, *op. cit.*, 95 ss. All'A. si rinvia per l'ampia disamina della disciplina dell'istituto all'esito del decreto delegato. Specialmente, quanto ai criteri ed ai limiti, di durata e quantitativi, imposti per la legittima stipulazione del contratto. Osserva l'A. che il legislatore del 2015, nel ripercorrere la normativa del d.lgs. n. 368 cit., come modificato dalla legge n. 78 cit., abbia apportato «alcune integrazioni e varianti terminologiche che contribuiscono a sciogliere alcuni nodi interpretativi e a renderne più chiara l'applicazione».

A riguardo, è stato osservato, in dottrina, che quello perseguito dal legislatore delegato sia «un obiettivo alquanto lineare», quello, cioè, di «liberare definitivamente la somministrazione di lavoro dallo stringente vincolo delle causali e dei casi di lecito ricorso all'istituto previsti dalla legge, ponendo sullo stesso piano di fruibilità sia la somministrazione a tempo determinato che la somministrazione a tempo indeterminato, lasciando in vita il solo vincolo delle percentuali massime di utilizzo». Vincolo, quest'ultimo, che trova una disciplina diversa per la somministrazione a tempo determinato e quella a tempo indeterminato⁹⁷.

Insomma, come si è avuto modo di discernere, quello in atto, nell'esperienza interna, è un ampio progetto di flessibilizzazione della disciplina del lavoro, orientato, con tutta evidenza, a realizzare un modello di tutela che, assieme alle altre determinanti in gioco, consenta all'impresa, e, dunque, alle istanze dell'organizzazione che in essa fanno da padrone, di recuperare terreno rispetto ad un passato piuttosto orientato a blindare la protezione del lavoratore.

Assetto, quello del passato, che aveva finito per irrigidire oltremodo la sistemazione della materia, con gli effetti, di cui pure si è anticipato, di farla risultare anelastica alle istanze di cambiamento che sorgono al cospetto del lavoro che cambia, corresponsabile del *default* dell'occupazione, scarsamente competitiva, se, abbandonata la prospettiva interna, ci si affaccia al panorama internazionale, e quant'altro s'è avuto modo di annoverare.

E questo è, sicuramente, quanto s'è mirato a superare.

D'altro canto, però, nel pieno spirito delle politiche di *flexicurity* cui aderiscono, altrettanto apertamente, le riforme nazionali in svolgimento, non sono mancati, nel quadro generale del progetto riformatore, interventi volti a riequilibrare le sottrazioni degli spazi di protezione del lavoratore operati in seno al rapporto ed a porre le basi per quella traslazione della tutela di questi all'interno del mercato.

A partire dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, adottato parimenti in attuazione della legge delega n. 183 cit.⁹⁸.

⁹⁷ M. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, op. cit., 171 ss.

⁹⁸ Conteneva «disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali in caso di disoccupazione involontaria e di ricollocazione dei lavoratori disoccupati».

Il decreto predispone un'articolata regolamentazione, per la tutela del lavoratore in caso di perdita del posto di lavoro, che, di chiara derivazione comunitaria, «si caratterizza per la finalità di proteggere (..) la persona del lavoratore all'interno del mercato del lavoro sia con un valido sistema di sostegno del reddito in caso di disoccupazione involontaria sia con la previsione di norme tese a favorire una nuova occupazione»⁹⁹.

Con il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 150, il Governo mira, invece, al riordino della normativa in materia di servizi per il lavoro e di politiche attive.

Tra le misure, v'è la creazione di una Rete Nazionale dei servizi per le politiche del lavoro, costituita da soggetti pubblici e privati, l'istituzione dell'Agenzia Nazionale per le Politiche Attive del Lavoro (ANPAL), con funzioni di coordinamento della rete anzidetta, ma pure, fra le altre, di monitoraggio e valutazione, e l'introduzione dell'assegno di ricollocazione, misura volta a garantire l'assistenza intensiva nella ricerca di lavoro.

3. Armiamoci e ripartiamo

Se si prova a fare il punto di quanto sin qui ricostruito, pur nella consapevolezza della semplificazione di alcuni dei passaggi rassegnati, ad emergere è l'immagine di una materia impegnata in prima fila nella messa a punto di un generale riassetto della disciplina che contribuisca, per quanto è in suo potere, al superamento della crisi e, a questo scopo, segnatamente, alla predisposizione di un modello di regolazione del rapporto che supporti lo sviluppo dell'occupazione.

Certo è, come si è potuto appurare, che, in questo, il diritto del lavoro abbia dovuto ripartire da sé.

Quella della materia giuslavorista è, d'altronde, la storia di una importante correlazione che avvince l'assetto della regolazione alla realtà in cui si cala, in una continua e vitale opera di manutenzione che la renda strumento capace di contribuire al governo dei cambiamenti che accadono.

⁹⁹ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 129.

E, d'altro canto, la crisi, economica ma non solo, che connota la situazione odierna ha, di fatto, soltanto amplificato le istanze di cambiamento che interessano normalmente, anche se con minore enfasi, le componenti individuale e collettiva del lavoro.

S'è sostenuto, a riguardo, che «il diritto del lavoro, contrariamente a quanto spesso si afferma, non ha mai reso assoluti i propri fondamenti assiologici», giacché «sin dalle sue origini, e a tutte le latitudini», si presenta, piuttosto, come «una materia convenzionale e reversibile»¹⁰⁰.

Ma se tanto è vero anche oggi, a doversi discernere è se, al cospetto delle trasformazioni che la interessano, la materia debba cambiare al punto di dover mutare i suoi fondamenti.

E, in speciale modo, a doversi comprendere è se possa ancora ritenersi investita di quella funzione di contemperamento degli interessi all'interno della complessa relazione, che, come si tratterà nel prosieguo, è frutto di evoluzione, tra le istanze dell'iniziativa economica e l'affermazione dei diritti sociali.

O se, invece, tale prerogativa debba andare stemperandosi nel più ampio quadro di un mutamento che ha visto, come pure s'è detto, il degradare del carattere oppositivo della relazione tra il capitale ed il lavoro.

Non è semplice risolvere le questioni anzidette, tanto più che agli interpreti è richiesto di confrontarsi con campi d'indagine affatto esulanti dai normali canoni d'azione.

Sul punto, una suggestione è parsa particolarmente efficace.

S'è detto che «l'idea da sviluppare» possa essere quella di trarre dalla crisi «risposte dirompenti sul piano del metodo giuridico da adottare». Il diritto del lavoro, prosegue la stessa dottrina, «si presta a interessanti sperimentazioni, proprio per la sua vocazione pluralistica e per la sua propensione a conoscere e far sue le espressioni di altri sistemi di norme»¹⁰¹.

Insomma, su queste premesse, a doversi cogliere è la suggestione che serva interrogarsi sull'idea stessa di diritto del lavoro e, in occasione di ciò, spogliarsi delle sovrastrut-

¹⁰⁰ In questi termini, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 4. L'A. riporta, a riguardo, quanto sostenuto da Gerard Lyon-Caen, quando, evocando Vico, definisce la materia giuslavorista come una «*Pénélope devenue juriste*», e da Simon Deakin, che delle soluzioni del diritto del lavoro dice essere «*space- and time-specific*». All'A. si rinvia per i riferimenti specifici.

¹⁰¹ Così S. SCIARRA, op. cit., 42.

ture che vogliono la materia come un “dato immutabile” e, piuttosto, pensarla capace di una sistemazione dei suoi fondamenti che consenta di coadiuvare la reazione alla crisi.

Ma, in questo, serve, pure, tenere bene a mente che, per citare le parole dell’illustre scienziato riportate in apertura, l’unica crisi davvero pericolosa è la tragedia di non voler lottare per superarla.

L'EMANCIPAZIONE DEI PRESTATORI DI LAVORO

SOMMARIO: 1. Quando tutto cambia. – 1.1. Cittadinanza sociale, cambiamenti del lavoro e istanze di ammodernamento del modello. – 1.2. Il temperamento del carattere oppositivo nella sistemazione degli interessi nel rapporto. – 2. ..anche il diritto del lavoro può cambiare. – 2.1. L'inderogabilità delle tutele, il bisogno di flessibilità dell'apparato regolativo e il nuovo ruolo delle parti. – 2.2. Il piano esterno dell'intervento eteronomo a tutela della parte da emancipare.

1. Quando tutto cambia

Interrogandosi sull'idea di diritto del lavoro, oggi, emerge la realtà di una materia che, di fronte alle sollecitazioni provenienti dal sistema in cui s'inserisce, si mette in discussione.

In un quadro complesso, com'è quello odierno, il “campo teorico” della disciplina è al banco di prova e molti interpreti invitano alla riconsiderazione dei postulati della materia, convinti che ciò possa servire ad una ripresa economica e sociale, ora più che mai, necessaria.

In una prospettiva d'insieme, le trasformazioni del paradigma del diritto del lavoro si riflettono nell'intera sistemazione della materia.

Ai cambiamenti del lavoro si legano, tra gli altri, quelli che afferiscono alla nozione di cittadinanza sociale e, quindi, al catalogo dei suoi presupposti ed alla latitudine dei diritti sociali riconosciuti alla platea dei soggetti cui è concessa.

1.1. Cittadinanza sociale, cambiamenti del lavoro e istanze di ammodernamento del modello

Se per “cittadinanza” s’intende, com’è solito, «il complessivo statuto politico-giuridico di un individuo entro una determinata comunità politica», al concetto di “cittadinanza sociale” si fa, invece, riferimento «per alludere alla partecipazione dei cittadini al patrimonio (economico e culturale) della società di cui essi fanno parte»¹⁰².

L’idea cui rimanda quest’ultima nozione è, in altre parole, quella di un modello di ordinamento effettivamente inclusivo nel quale i soggetti cui è riconosciuta la titolarità dei diritti sociali, che della stessa cittadinanza sono costitutivi, sono messi nelle condizioni di prendere parte attiva alla comunità che i diritti anzidetti afferma.

Ma la vocazione inclusiva che connota il modello in questione non basta da sola a neutralizzare la dimensione esclusiva che residua, ciò nonostante, nell’affermazione stessa. Giacché se da un lato si riconosce ad alcuni la partecipazione al patrimonio sociale, va da sé che, d’altra parte, altri ne risultino esclusi.

Del pari, è evidente che l’effettiva portata dell’inclusione sociale dipenda dalla maniera nella quale s’intendono i presupposti che consentono l’accesso alla cittadinanza di cui si tratta e dall’ampiezza del novero dei diritti sociali che vengono riconosciuti a quanti è concessa.

Ad ogni modo, la cittadinanza sociale, che, com’è stata definita, è proattiva¹⁰³ e proteiforme¹⁰⁴, è destinata a subire, anch’essa, il mutamento dei tempi.

Il collegamento della titolarità dei diritti sociali allo *status* di lavoratore, che tradizionalmente rappresenta il carattere determinante per l’accesso ai diritti medesimi, sembra, oggi, in crisi.

¹⁰² Così P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell’Italia repubblicana*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana*, Materiali dall’incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, Giuffrè, Milano, 24.

¹⁰³ E. ALES, *Diritti sociali e ‘discrezionalità’ del legislatore nell’ordinamento multilivello*, Relazione al Congresso dell’Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell’ordinamento multi livello*, Foggia 28-30 maggio 2015.

¹⁰⁴ Definisce la cittadinanza come «concetto (...) storicamente proteiforme» R. DEL PUNTA, *Cittadinanza, liberalismo sociale e diritto del lavoro*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana*, op. cit., 101.

Nel ripercorrere l'impostazione già in uso, si parte dalla considerazione di come l'impianto costituzionale individui nel lavoro il fondamento dell'intera costruzione. Ma al diritto al lavoro, oltre che agli altri diritti sociali di cittadinanza, fa da contraltare una serie di costi. V'è, innanzitutto, l'affermazione del rapporto inscindibile tra titolarità dei diritti e doveri di solidarietà. Sicché l'accesso ai diritti fondamentali presuppone l'attivazione del lavoratore al quale, nella dialettica tutta interna all'impianto che contrappone la libertà dell'individuo alla responsabilità di questi nei confronti dei consociati, s'impone di concorrere per il bene della collettività. V'è, poi, il costo sopportato dalla comunità che li afferma allorché ammette il titolare degli stessi diritti a goderne.

Su queste premesse, s'inserisce l'impegno dello Stato sociale a rimuovere gli ostacoli, oltre che alla libertà, anche all'eguaglianza dei cittadini. Suggerimento, questa, che si ritrova anche altrove nel modello di difesa delle prerogative del cittadino lavoratore e che l'intervento pubblico mira a riequilibrare.

La stessa tematizzazione del contratto di lavoro come strumento per riallineare la diseguaglianza che contraddistingue le parti del rapporto affonda le sue radici nella volontà di consentire al lavoratore l'emancipazione dallo stato di soggezione che gli deriva dall'insanabile contrapposizione al capitale. Opposizione che, storicamente, ha avulso il contratto di lavoro dalla mera logica dei rapporti di scambio e lo ha investito, nel più ampio quadro della disciplina protettiva che caratterizza di sé l'intero diritto del lavoro, della difesa dei "deboli".

In questo contesto, la subordinazione, nella sua accezione rigorosamente tecnico-funzionale, e, all'opposto, la supremazia dell'imprenditore nell'organizzazione gerarchica dell'impresa sono contenute entro precisi confini, guardati a vista dall'apparato che contiene l'esercizio delle prerogative datoriali.

Il limite all'attività economica privata e l'affermazione del diritto dei lavoratori a collaborare nella gestione dell'azienda marciano, tradizionalmente, nell'ottica della liberazione dalla soggezione e dell'intervento pubblico in favore dell'appianamento di un'ontologica diseguaglianza.

L'appartenenza del nostro sistema ad un ordinamento multilivello consente, poi, di nutrire l'apparato protettivo di ulteriori spunti di emancipazione della condizione del lavoratore, segnatamente sul versante della qualità del lavoro.

L'istituzionalizzazione del concetto di "lavoro dignitoso", ad opera della Dichiarazione dell'OIL sulla giustizia sociale per una globalizzazione giusta, ha arricchito l'impianto di importanti assunti, funzionali, tra l'altro, all'inclusione sociale, e, dunque, alla garanzia di pari opportunità ed la lotta ad ogni forma di discriminazione, oltre che allo sviluppo sostenibile ed alla responsabilizzazione dei processi di globalizzazione.

Su queste premesse, il quadro si completa dell'analisi di tutte quelle sollecitazioni cui è sottoposta la materia, quando, di fronte all'urgenza di gestire le criticità di un contesto economico-sociale alquanto compromesso, com'è quello odierno, è chiamata ad occuparsi di tematiche che tradizionalmente non le appartengono.

In questo modo, come osservato, il diritto del lavoro abbandona la fase "metafisica", che si connotava della «assolutizzazione delle proprie premesse di valore e scelte di tutela», per fare ingresso in quella del "disincantamento", nella quale si riscopre vulnerabile a forze esterne e concorrenti ¹⁰⁵.

A mettere in crisi il sistema è, da tempo, il vigore con il quale i temi dell'economia irrompono al banco delle dinamiche che incidono sulla stessa connotazione della materia e in forza dei quali l'impresa reclama, nel bilanciamento degli equilibri, un necessario *re-
vi-
rement*.

Il mercato assurge a "modello" e pone in discussione la stessa costruzione dello Stato sociale, nella quale il costo dell'inclusione si scontra con la questione dell'efficiente allocazione delle risorse.

Il modello classico del lavoro si mostra claudicante, affaticato nella ricerca di una difficile coniugazione dei suoi principi e fondamenti con le regole e le tematiche proprie del mercato, quali la competitività, la produttività e l'efficienza.

In questo contesto, si fanno spazio le politiche della flessibilità e del decentramento produttivo. Il mercato del lavoro si segmenta. Muta la figura del lavoratore.

Il tema della cittadinanza sociale non è inattuale ma va riconsiderato. Il collegamento di questa con un concetto di lavoro travolto dalle istanze di riforma anzidette impone un'opera di "ammodernamento" dei presupposti che ne connotano il modello.

¹⁰⁵ R. DEL PUNTA, *Epistemologia breve del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2013, n. 1, 56.

Le moderne teorizzazioni tentano il contemperamento tra la riviviscenza delle istanze protettive delle politiche di *welfare* e quelle che, invece, tendono verso i postulati del mercato ¹⁰⁶.

La suggestione è quella di una direzione inedita. È stato ipotizzato che la direttrice del cambiamento possa essere quella di spostare l'attenzione «dal lavoratore al cittadino; dal cittadino all'essere umano» ¹⁰⁷.

Certo è che l'impostazione tradizionale, che oppone il lavoro e l'impresa, rischia oggi di apparire scollata dalla realtà dei fatti.

1.2. Il temperamento del carattere oppositivo nella sistemazione degli interessi nel rapporto

Pensare che il lavoro si muova in direzione contraria rispetto all'interesse dell'impresa può risultare, allo stato, poco “moderno”.

Nella sistemazione cui è approdato il lavoro, alla quale fa da sostrato una solida disciplina protettiva, la fisionomia del lavoratore è cambiata.

Avveduto, istruito, organizzato, il lavoratore, non soltanto è in grado di concorrere, a pieno titolo, all'interesse dell'impresa, ma diviene, egli stesso, portatore di un interesse che non si esaurisce nella remunerazione dell'attività resa.

Lungi dall'essere una merce, il lavoro è, in altre parole, l'apporto attraverso il quale l'individuo si determina a collaborare all'azienda, che, più debole rispetto agli albori delle teorizzazioni garantiste, diviene centro d'interesse anche del lavoratore, in un'ottica di tipo partecipativo.

Si può condividere, a proposito, l'idea di quanti hanno sostenuto che l'impresa ed il mercato fossero, sin dall'impianto costituzionale, il presupposto «per l'edificazione di un sistema fondato sul lavoro» ¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Postulati che, presupponendo l'eguale libertà degli attori, criticano l'intervento dall'esterno.

¹⁰⁷ P. COSTA, *op. cit.*, 75.

¹⁰⁸ M. NAPOLI, *I paradigmi del diritto del lavoro*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, *op. cit.*, 274.

In tale contesto, lo stesso diritto alla collaborazione, costituzionalmente garantito, ben può essere inteso non come la rimozione di un limite negativo ma come affermazione positiva di un naturale interesse alla cogestione.

A questo riguardo, è appena il caso di accennare al dibattito sorto attorno alle previsioni dell'art. 46 Cost. teso a dirimere cosa significhi, quanto alla sistemazione degli interessi di cui sono portatrici le parti coinvolte, il riconoscimento, in capo ai lavoratori, del diritto anzidetto di collaborare alla gestione dell'azienda.

Di frequente, il riferimento alle previsioni di cui si tratta è servito allo scopo di «avvalorare la rilevanza giuridica della comunità del lavoro» cui partecipano, in forza delle disposizioni dell'art. 2094 cod. civ., l'imprenditore e i suoi collaboratori e, sulla scorta di tanto, procedere col ravvisare, all'interno delle stesse disposizioni, «il riconoscimento (tendenziale) della comunità di interessi» di tutti coloro che, all'interno dell'impresa, collaborano alla realizzazione del fine produttivo. Pur se non mancano opinioni differenti. Si è detto, per dirne una, che dall'affermazione costituzionale non discenda in alcun modo il superamento della contrapposizione degli interessi delle parti, sicché, ai fini della realizzazione di quanto perseguito dal dettato costituzionale, serve attribuire diritti ai lavoratori e creare procedure a favore di questi, dando luogo ad una collaborazione basata sulla «libera dialettica di interessi»¹⁰⁹.

Ad ogni modo, il dettato costituzionale mostra tutta la sua vocazione a stemperare il carattere oppositivo delle posizioni delle parti del rapporto obbligatorio, oltre che l'inclinazione, nel dichiarato fine della elevazione economica e sociale del lavoro ed in armonia con le esigenze della produzione, a servire per la realizzazione di una maggiore coesione sociale.

A quest'ultimo riguardo, un riferimento esplicito si rinviene nella relazione al disegno di legge delega di attuazione dell'art. 46 cit., nella quale, considerata la dimensione competitiva in atto, si auspica un sistema di relazioni industriali che, abbandonata la «logica conflittuale di contrapposizione tra datori di lavoro e dipendenti, (...) trovi un nuovo fondamento nella ricerca di obiettivi condivisi», avvalendosi, oltretutto, di strumenti per mezzo dei quali «i lavoratori siano collettivamente coinvolti nel perseguimento di scopi

¹⁰⁹ Si legga quanto ricostruito, sulla questione, da M. PAPALEONI, *Commento art. 46 Cost.*, in R. De Luca Tamajo e O. Mazzotta (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, 123 ss.

comuni con l'impresa». Sicché, in tale contesto, ravvisate le potenziali sinergie tra azionariato e partecipazione dei lavoratori alla vita dell'impresa, la coesione sociale, assieme alla qualità del lavoro, è individuata come uno dei risultati che la partecipazione finanziaria dei lavoratori ed il co-interessamento di questi ultimi al capitale di rischio, «se realizzati in modo equilibrato e nella giusta cornice», sono destinati a produrre ¹¹⁰.

Insomma, alla portata “compositiva” delle previsioni dell'art. 46 cit. fa *pendant* il peso di queste nella definizione del complesso degli equilibri del sistema, giacché all'adozione di quello che è stato definito un «paradigma dell'azione di tutela degli interessi del mondo del lavoro di tipo essenzialmente partecipativo» si collega, nondimeno, la stessa connotazione del modello di relazioni sindacali ¹¹¹.

In questo quadro, anche la solidarietà, che certo resta un dovere, si trasforma, divenendo la contropartita non solo del diritto al lavoro ma pure del diritto a collaborare alla gestione dell'impresa e il costo dell'inclusione sociale, che secondo alcuni deve estendersi sino al limite di una “cittadinanza globale” ¹¹², si ripartisce sulla collettività.

Temperato, in questi termini, il carattere oppositivo della sistemazione degli interessi nel rapporto, restano, ciò nonostante, alcune asimmetrie tra le parti, che talune questioni, quali le problematiche che si collegano alle politiche di *flexicurity*, hanno contribuito a mettere in luce.

L'implementazione delle esigenze di libertà e sicurezza e, segnatamente, la necessità di contemperare le istanze di flessibilità provenienti dal mercato e, dall'altro, quelle di protezione del lavoro, ha posto, tra le altre, la questione della tutela della dignità e della professionalità del lavoratore, oltre che della occupabilità di questi.

¹¹⁰ Relazione del sen. Sacconi all'A.S. n. 1051, disegno di legge delega al Governo in materia di informazione e consultazione dei lavoratori, nonché per la definizione di misure per la democrazia economica, in corso d'esame in Commissione.

¹¹¹ U. CARABELLI, *Il sogno ipnotico della flessibilità occupazionale e della riduzione delle tutele legali e contrattuali del lavoro come strumenti indispensabili per il rilancio dell'economia e dell'occupazione*, novembre 2013, saggio destinato al *Liber amicorum* di Antonio Ojeda Avilés, in <http://www.dirittisocialiecittadinanza.org/editoriali/Editoriali.htm>. A riguardo, l'A. osserva che, adottando il paradigma suddetto, «appare coerente e conseguenziale l'accettazione di un modello di relazioni sindacali in cui la conflittualità classica venga stemperata, ferma restando l'essenziale riconoscimento del coinvolgimento democratico dei lavoratori nell'assunzione di tutte le decisioni che li riguardano».

¹¹² F. PEROCCO, *Cittadinanza sociale, trasformazioni sociali, crisi globale*, in D. Costantini, F. Perocco, L. Zagato (a cura di), *Trasformazioni e crisi della cittadinanza sociale*, Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing, Venezia, 2014, 25 ss.

Sembra attuale, a riguardo, l'idea di M. D'Antona secondo cui il diritto del lavoro, proiettato più sull'"essere" che sull'"avere", non debba concretarsi nella garanzia della conservazione del lavoro ad ogni costo, bensì nella predisposizione di quelle condizioni che fanno l'individuo "impiegabile" e, prima di tutto, "adattabile" al mutamento delle circostanze ¹¹³.

Sarebbe, perciò, un «errore strategico», come sostenuto, focalizzare l'intervento protettivo sulla conservazione dello *status quo*. Serve, piuttosto, «proteggere le persone e non i posti di lavoro», specialmente attraverso misure di sostentamento del reddito e la riqualificazione professionale. Misura, quest'ultima, attraverso la quale si consente lo sviluppo della professionalità e la proficua ricollocazione del lavoratore nel mercato volatile ¹¹⁴.

Si pone, a riguardo, anche la questione se deregolare quello che è stato definito un diritto "obeso" ¹¹⁵ serva, in effetti, a crescere.

A questo proposito, è stato osservato, in dottrina, come sia andata affermandosi, specie sotto la precipua questione della disciplina del licenziamento, quella tesi che collega la rigidità dell'apparato di tutele all'andamento negativo dell'occupazione, oltre che allo stesso fenomeno della segmentazione del mercato del lavoro.

Argomentazione, questa, nel cui quadro le asserzioni che vorrebbero il controllo giudiziale della legittimità del licenziamento ed il regime sanzionatorio per il recesso illegittimo come «un'indebita invasione» del potere datoriale – tanto da disincentivare se non, addirittura, impedire, nuove assunzioni – rappresentano, com'è stato sostenuto, una «verità indimostrata del nuovo conformismo dottrinale».

Ed alla tesi anzidetta si ricollega, secondo la stessa dottrina, pure, l'altra secondo la quale il diritto del lavoro, che nel tempo ha maturato una «ipertrofica attitudine protettiva», risulti, allo stato, oltremodo «complesso, illeggibile, voluminoso», per l'appunto, "obeso", necessitando, perciò, di essere «semplificato, ridotto, razionalizzato».

Cosicché le istanze di razionalizzazione dell'apparato regolativo portano naturalmente a confrontarsi con la questione della deregolamentazione e nell'analisi dei presup-

¹¹³ Nella ricostruzione di M. RUSCIANO, *Il pensiero di Massimo D'Antona sul diritto al lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 216/2014, 13.

¹¹⁴ M. SPENCE, *La convergenza inevitabile*, Editori Laterza, Roma - Bari, 2012, 88 ss.

¹¹⁵ A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 9.

posti teorici che spingono nel senso di quest'opera di ammodernamento spicca tra tutti il ruolo dell'analisi economica del diritto ¹¹⁶.

Ad ogni modo, spostato l'asse della disciplina protettiva dal lavoro alla persona, pure il luogo della protezione cambia, passando dal rapporto al mercato.

Quest'ultimo diviene il terreno per l'implementazione di un ampio disegno di tutela che assume aspetti molteplici, a partire dalla protezione dell'individuo attraverso politiche attive e passive, sino a giungere ad interventi, che più propriamente si potrebbero dire incidenti su un piano esterno al rapporto, che attengono alla regolamentazione delle conseguenze che si producono in capo ai lavoratori coinvolti nei fenomeni di decentramento produttivo e di integrazione contrattuale tra le imprese.

Su queste premesse, il ruolo del diritto del lavoro, arbitro parziale di una partita squilibrata, deve essere ripensato.

2. .. anche il diritto del lavoro può cambiare

Storicamente, come anticipato, quella che giunge agli occhi degli interpreti è l'immagine del lavoratore come di un «soggetto sociale sottoprotetto» ¹¹⁷.

È, insomma, quella che è stata definita la «storia di una singolare 'debolezza contrattuale'», nella quale spicca la «sostanziale assenza di potere» di cui soffre questi all'atto della costruzione e dell'amministrazione del rapporto. Tanto che, nello sforzo di «riequilibrare la soverchiante forza del datore di lavoro», l'ordinamento ha finito con l'attribuire al lavoratore tutta una serie di posizioni giuridiche soggettive di vantaggio. Posizioni, queste, che costituivano un «vero e proprio diritto diseguale già all'interno del contratto», che, poi, «si proietta anche al di fuori del contratto» ¹¹⁸.

Così facendo, la materia ha assunto, oltretutto, delle connotazioni peculiari. Significativa, a riguardo, è la questione dell'inderogabilità delle tutele.

¹¹⁶ Le osservazioni sono di A. PERULLI, *ibidem*, 9.

¹¹⁷ O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013, 321 ss.

¹¹⁸ O. MAZZOTTA, *ibidem*, 165 ss. e 321 ss.

2.1. L'inderogabilità delle tutele, il bisogno di flessibilità dell'apparato regolativo e il nuovo ruolo delle parti

La predisposizione, ad opera di fonti che trovano la loro ragion d'essere al di fuori del rapporto, di regole alle quali non è possibile ovviare con l'accordo delle parti, operando, altrimenti, la rimozione automatica delle pattuizioni difformi, ha funzionato, da sempre, come solido baluardo a tutela della parte da emancipare.

L'opzione in favore di una sistemazione della materia che impone, con norme cogenti, l'osservanza di un livello minimo di protezione ha avuto, infatti, lo scopo di «correggere le conseguenze del (...) difetto di forza contrattuale» che connota, come anzidetto, negli equilibri tutti interni alla genesi ed alla esecuzione del rapporto, la posizione del lavoratore al cospetto della sua controparte contrattuale. D'altro canto, è la stessa Carta costituzionale che impone allo Stato la rimozione degli ostacoli, di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'uguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana. In questo senso, «l'ordinamento non si rassegna a quel difetto di libertà sostanziale di cui soffre la parte debole del rapporto, ma intende neutralizzarlo, se non addirittura eliminarlo»¹¹⁹.

A riguardo, è stato osservato come sia proprio nel principio costituzionale di eguaglianza che trova giustificazione il presupposto da cui muove la propensione a fare, in modo particolare, del lavoratore subordinato un «cittadino 'a statuto speciale'». E, sul punto, l'accento si pone, specialmente, nel «gioco dei rapporti» tra le previsioni della eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: gioco che costituisce «l'essenza del diritto del lavoro». Materia, quest'ultima, che, sul presupposto, che l'ha legittimata, del superamento della mera parità formale delle parti, «ha progredito inserendo germi di eguaglianza sostanziale nel corpo dell'ordinamento»¹²⁰.

¹¹⁹ P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 59 ss.

¹²⁰ O. MAZZOTTA, *op. cit.*, 165 ss. A riguardo, si rimanda a quanto osservato da G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 276/2015*, 5. Secondo l'A. «il regime di inderogabilità fa sì che per un verso l'eguaglianza sostanziale penetri nel contenuto stesso della norma (il valore della differenza implica il trattamento formalmente diverso del datore e del lavoratore), e per altro verso agisca come "leva" per inverare l'eguaglianza "di fatto", intesa questa volta come obiettivo "esterno" alla norma».

Ed è così che l'ordinamento ha scelto la via della coerenza di uno zoccolo duro di previsioni, che ha allontanato il rapporto di lavoro dalla logica dei meri rapporti di scambio.

Scelta, questa, che, però, ha finito per ancorare il regolamento degli interessi coinvolti nel rapporto ad un'immovibilità, in alcune circostanze, eccessiva, sino al limite di venire, alle volte, in conflitto con lo stesso interesse della parte da tutelare.

Non mancano, infatti, episodi nei quali la sussistenza di un previo ed eteronomo "blindaggio" dei diritti spettanti al lavoratore ha reso necessario che s'intervisse a temperamento degli effetti di norme inderogabili.

Come è accaduto, ad esempio, nel caso della disciplina delle mansioni, nella sistemazione precedente alle modifiche più recenti, in relazione alla quale la giurisprudenza ha dovuto avallare il cosiddetto "patto di dequalificazione" per ovviare alla contraddizione che una norma posta a tutela dell'interesse del lavoratore, nella specie della professionalità di questi, finisce per mettere a repentaglio la stessa conservazione del posto di lavoro.

E, in questo caso, lo scoglio delle previsioni dell'art. 2103 cod. civ., inderogabili secondo l'espresso disposto della stessa norma, hanno imposto che la validità del patto anzidetto, qualificato come un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, presupponesse l'impossibilità sopravvenuta di assegnare mansioni equivalenti alle ultime esercitate e la manifestazione, sia pure tacita, della disponibilità del lavoratore ad accettarle.

L'effetto è evidentemente quello di un impianto regolativo scarsamente recettivo, alle volte addirittura anelastico, alle sollecitazioni di una realtà, quella in cui il diritto del lavoro si cala, che richiede, invece, già s'è detto, forti doti di adattabilità ai rapidi cambiamenti che la interessano.

Tanto che, solo per restare all'esempio anzidetto, si è optato, poi, per la riscrittura della materia, operata, come anticipato, con il d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che ha provvedo a sferrare un serio colpo all'originaria rigidità dell'apparato protettivo¹²¹.

S'è osservato, in dottrina, che nella disciplina delle mansioni approntata dal decreto delegato «l'utilizzo della tecnica di derogabilità dei dispositivi di tutela su aspetti cruciali del rapporto di lavoro è proposto (...) in modo molto netto (...), rovesciando in qualche misura il vecchio impianto normativo che si basava (...) sulla indisponibilità della posizione

¹²¹ V. *retro* Capitolo Primo.

occupata dal lavoratore nell'ambito dell'organizzazione produttiva». Cosicché, la formula che sancisce la nullità di ogni patto contrario, «anche se viene riaffermata in via di principio (...), di fatto è smentita, o quanto meno alleggerita, dal potere unilaterale (derogatorio) del datore», cui è consentito di assegnare al lavoratore mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali oltre che nelle ulteriori ipotesi previste dal contratto collettivo ¹²².

Insomma, prosegue la stessa dottrina, «la necessaria correlazione fra mansioni e qualifica degrada a norma semi-imperativa», senza, peraltro, che a questa operazione si adducano, a mo' di giustificazione, istanze di «tutela di interessi ritenuti, a torto o a ragione, prevalenti rispetto alla professionalità del lavoratore». Ma vi è più. Giacché, «per essere precisi», ad essere stata inserita, nella nuova sistemazione della disciplina, è «una doppia deroga – derogabilità al quadrato – considerando che il principio di equivalenza formale costituisce già di per sé una deviazione rispetto al principio comune secondo cui la prestazione esigibile, cui corrisponde il dovere di diligenza del lavoratore nell'adempimento del contratto, è a stretto rigore quella insita nel patrimonio professionale del lavoratore» ¹²³.

In realtà, l'attuale opera di erosione degli spazi applicativi della natura inderogabile della legislazione giuslavorista è, pure, più vasta.

E, a questo proposito, è appena il caso di accennare alle questioni sollevate da quanti si sono domandati se il principio dell'inderogabilità delle norme di legge, oltre che di contratto collettivo, “regga” o se, invece, come per molti diritti sociali, sia messo in discussione dalla globalizzazione dei mercati e dalle politiche europee. Specie in considerazione dell'attuale deriva ad attenuare il carattere inderogabile di talune disposizioni chiave ¹²⁴.

Più in generale, com'è stato osservato, la flessibilità è, oggi, «necessità vitale» di ogni apparato regolativo. I processi di trasformazione che interessano l'organizzazione produttiva «pongono di fronte alla realtà di un lavoro in via di crescente individualizzazione, le cui regole debbono (...) potersi adattare, come un vestito fatto su misura, ad una molteplicità di caratteristiche e situazioni differenti» a ciò sottostando, oltre che le istanze

¹²² G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, op. cit., 30 ss.

¹²³ G. FONTANA, *ibidem*, 30 ss.

¹²⁴ Così G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 61 ss., cui si rinvia per una ricostruzione della problematica.

dell'impresa e del mercato, anche «un'appropriata considerazione dell'interesse del lavoratore». Sotto questo profilo, rilevata la crisi del paradigma che fa della protezione del lavoratore, parte debole del rapporto, il proprio fondamento, serve riconsiderare gli stessi presupposti dell'apparato regolativo. E, in tal senso, sembra potersi condividere la prospettiva proposta di focalizzare la regolazione «su una protezione di stampo nuovo», capace di porre il lavoratore in una «condizione di autonomia», da intendersi, quest'ultima, nel significato che le è proprio, ovvero quale «capacità di autodeterminazione mediante norme». Di modo che, pur rimanendo in vita una compagine di norme, spesso inderogabili, con «finalità di riequilibrio e di compensazione», si abbandoni lo schema dell'inderogabilità come «bastione inviolabile» e si apra, invece, la via a «deroghe mirate e protette» alla normativa di rango superiore ¹²⁵.

È evidente, però, come con ciò non si voglia intendere che il lavoratore debba ritrovarsi abbandonato a sé al cospetto di una controparte, il più delle volte, tiranna.

Non si può che essere d'accordo, infatti, con la prospettiva secondo la quale una generale deregolamentazione dei rapporti di lavoro, che, nella sostanza, rimetta alla sola autonomia negoziale il bilanciamento degli interessi delle parti, e, quindi, al soggetto più forte, che, normalmente è il datore di lavoro, non corrisponda all'interesse diffuso. E in questo senso, prosegue la stessa dottrina, restano attuali, specie in termini di bilanciamento degli interessi di cui sono portatrici le parti, le «indicazioni di fondo ricavabili dallo schema contrattuale scolpito nell'articolo 2094 c.c.», così come risultante a seguito delle evoluzioni che lo hanno interessato, nell'ottica del dettato costituzionale oltre che del bilanciamento tra le differenti istanze espresse dallo sviluppo dei modelli sociali. Schema, quello appena citato, che, nel quadro di una complessiva modernizzazione della legislazione sul lavoro, deve, però, potersi adeguare «alla nuova centralità dell'impresa» ¹²⁶.

In questo senso, si è detto che, considerato l'obiettivo primario del recupero della produttività, serva, certamente, «più duttilità regolativa (..) da realizzare in via consensuale, negoziale e, comunque, con tutti i controlli sociali», questi ultimi necessari a garantire

¹²⁵ Così R. DEL PUNTA, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 33 ss., che, in particolare, avverte come riproporre oggi, «come nulla fosse», il paradigma fondato sull'istanza di protezione del lavoratore in quanto parte contrattuale debole esponga la materia al rischio di un «vicolo cieco teorico e politico».

¹²⁶ L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 76 ss.

che l'incremento di produttività funga da «ricostituente per l'economia reale». Insomma, resta la necessità di una regolazione da realizzarsi attraverso lo strumento del contratto, che, rimanendo il risultato delle libere volontà delle parti, deve mirare, però, ad avere dei contenuti, per così dire, «meno standardizzati». Di qui la conclusione, con la quale non può che convenirsi, dell'urgenza di una sistemazione della materia giuslavorista che lasci alle parti, e quindi, da un lato, a «collettività di lavoratori sempre più specifiche e consapevoli», dall'altro, ad «imprese dotate di una moderna cultura delle regole e della gestione», un adeguato spazio nella gestione dello strumento negoziale, giacché pienamente in grado di trattare, «a livello giusto», le condizioni dello scambio e, quindi, di realizzare il giusto temperamento delle istanze coinvolte ¹²⁷.

A questo proposito, e specialmente sotto il profilo della capacità delle parti di impersonare il nuovo ruolo che le istanze di modernizzazione dell'apparato richiedono, è pienamente condivisibile la preoccupazione di chi ha sostenuto che l'effettiva riuscita degli interventi che mirano ad imprimere una maggiore flessibilità alla normativa del lavoro presupponga sì un'accresciuta autonomia e consapevolezza della parte debitrice della prestazione lavorativa, ma, pure, un comportamento appropriato della parte che quella stessa prestazione riceve.

In tal senso, anche se con riferimento alla tenuta della normativa con la quale si è smorzata la rigidità della disciplina che regola l'uscita della parte datoriale dal rapporto, è stato sostenuto essere «assolutamente necessario che le (...) regole vengano utilizzate correttamente da una classe imprenditoriale che deve dimostrarsi all'altezza del (...) ruolo riconosciute dal legislatore» ¹²⁸.

Ebbene, ciò vale a dire che non bastano nuove regole, autonomia e autodeterminazione della parte da emancipare, serve, oltretutto, la collaborazione della controparte del rapporto, chiamata ad una vera e propria assunzione di responsabilità, specie in considerazione di quella tendenza che, come si è detto e si dirà, vuole un'allocazione di buona parte della protezione del lavoratore al di fuori del rapporto.

¹²⁷ L. ZOPPOLI, *ivi*.

¹²⁸ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, cit., 130.

2.2. Il piano esterno dell'intervento eteronomo a tutela della parte da emancipare

Collegata alla questione della derogabilità delle norme e del grado di autonomia lasciato alla parte deficitaria di potere contrattuale è l'ulteriore questione, che della prima è, forse, anche presupposto logico, se costituisca uno snaturamento del diritto del lavoro quello che si fa allorché lo si depauperava nel suo ruolo di "tutore" del prestatore di lavoro.

Tanto, specialmente, in relazione alla vocazione del lavoro nell'intera costruzione costituzionale, quale tradizionale chiave per l'accesso ai diritti sociali di cittadinanza.

A riguardo gli interpreti hanno posto l'accento sul rapporto esistente tra la disciplina giuslavorista e la comune disciplina dei contratti e, quindi, sulle questioni che attengono alla prerogativa di eccezionalità dell'apparato normativo preposto alla regolazione dei rapporti di lavoro.

Sotto quest'ultimo aspetto, è stato osservato come l'eccezione giuslavorista al diritto comune dei contratti, che trova ragion d'essere nelle «distorsioni, asimmetrie o particolarità strutturali» del rapporto e dello stesso mercato del lavoro, nemmeno sia ontologicamente diversa da numerose altre nel diritto civile e debba essere considerata «addirittura (...) provvisoria», imponendo la Costituzione di «non rassegnarsi alla sua perpetuazione» e, al contrario, di impegnarsi nella rimozione, o quanto meno nella riduzione, dello squilibrio sussistente tra le parti del rapporto di lavoro, di modo che, ristabilita la libertà sostanziale del lavoratore, la disciplina possa essere restituita, in tutto o in parte, al diritto comune. In altre parole, superate le distorsioni, le asimmetrie e le peculiarità anzidette, al lavoratore può essere restituita, almeno in parte, l'autonomia negoziale, prerogativa necessaria di libertà della persona. Certo, come pure è stato osservato, il mercato del lavoro non sempre consente quel superamento che del recupero della libertà di cui si tratta è condizione. Ma quando ciò è possibile, si può essere d'accordo che la restituzione dell'autonomia negoziale non costituisca «un arretramento rispetto agli obiettivi di protezione sociale», ma rappresenti, al contrario, il «conseguimento dell'obiettivo principale che qualsiasi politica sociale dovrebbe perseguire: l'emancipazione del più debole, la restituzione al lavoratore

dello *status* giuridico di maggiorenne, il ripristino di una prerogativa fondamentale di libertà della persona»¹²⁹.

Insomma, se il punto di partenza è certamente quello di un impegno della disciplina protettiva a riequilibrare la condizione deficitaria del lavoratore all'interno del rapporto, ben presto la consapevolezza della deriva in atto alla individualizzazione dei rapporti e la conseguente necessità che l'apparato regolativo sia permeabile alle istanze di flessibilità che connotano il nuovo contesto spostano l'attenzione su di un nuovo piano d'azione.

L'idea è che l'intervento eteronomo a tutela della parte da emancipare da quella debolezza che allo stato le residua smetta di avere il suo principale campo d'azione all'interno del rapporto e nell'attività tutoria delle prerogative di cui la parte è titolare, ma agisca, piuttosto, all'esterno di questo e lì concorra alla creazione delle condizioni che consentano alle parti coinvolte di agire poi nel rapporto in una condizione quanto più possibile egualitaria.

In definitiva, già slabbrata, nei termini anzidetti, l'opposizione tra potere e subordinazione, si fa strada la consapevolezza che debbano gestirsi, affidandole all'esterno, le conseguenze dell'inesatta corrispondenza delle posizioni delle parti.

Perché è chiaro che, pur essendo di gran lunga più emancipato rispetto agli albori delle teorizzazioni garantiste, il lavoratore resta, ciò nonostante, in una posizione asimmetrica rispetto alla sua controparte contrattuale.

Su questo nuovo piano d'azione, gli interventi possibili sono molteplici, tutti accomunati dal fine di ridurre le asimmetrie informative, i costi di transazione ed i fattori di dipendenza economica, così da poter avvicinare quanto più possibile la realtà dei rapporti di lavoro ad una situazione, certamente solo ideale, nella quale ciascun lavoratore sia libero di scegliere tra molte imprese che gli offrono lavoro in condizioni di concorrenza.

Tra le altre, possono contribuire allo scopo anzidetto politiche di correzione del difetto di informazione, di accompagnamento all'inserimento al lavoro, di investimento in formazione continua, di riqualificazione professionale, di incentivazione alla mobilità, di sostegno al reddito nei periodi di non lavoro.

¹²⁹ P. ICHINO, *op. cit.*, 59 ss. Osserva l'A. come significativo, a riguardo, sia che l'ordinamento comunitario abbia adottato un meccanismo protettivo del lavoratore in cui il ricorso alla limitazione dell'autonomia negoziale individuale è contenuto, puntando, viceversa, sulla correzione del difetto di informazione, formazione e mobilità mediante l'azione del Fondo sociale europeo.

In questo senso, interessanti sono le osservazioni di chi ha ritenuto necessari, collegandoli specialmente allo scopo di «far ripartire la domanda», gli investimenti rivolti alle nuove generazioni attraverso i quali perseguire l'obiettivo di «livellare quanto più possibile le posizioni di partenza», sì da contenere la diseguaglianza nella distribuzione del reddito. Investimenti tanto più necessari in un mercato del lavoro dove, al cospetto del forte incremento dell'«economia della conoscenza» e della valorizzazione delle «*soft skill*», in relazione ai quali giocano un ruolo decisivo le differenze nelle partenze anzidette (specie quanto al *background* familiare), non abbia fatto seguito un adeguamento delle politiche di protezione degli attori dai nuovi rischi che lo caratterizzano, primo fra tutti il rischio della «perpetuazione della trasmissione intergenerazionale delle diseguaglianze»¹³⁰.

Ad ogni modo, qualunque siano i mezzi per l'appianamento della condizione di asimmetria delle parti, l'idea è che la via da percorrere possa essere quella di provvedervi fuori dal rapporto, in maniera tale che all'interno dello stesso il lavoratore, fortificato, possa agire, poi, ad armi di gran lunga meno impari. Cosicché la disciplina che regola il rapporto possa dismettere definitivamente i panni di «tutrice» delle prerogative del lavoratore per riprenderli soltanto, in via d'eccezione, a correzione di quelle situazioni nelle quali non è possibile agire sulla mancanza di corrispondenza nelle posizioni delle parti o in quelle nelle quali vi siano degli interessi la cui tutela non può essere affidata all'esterno. Si pensi, in proposito, alla disciplina antidiscriminatoria.

In definitiva, le norme anzidette assumerebbero un ruolo di adiuvanti, senza che con ciò il ruolo del diritto del lavoro ne risulti mortificato.

Che tanto possa essere un vantaggio è difficile dubitarne. Spogliata di quella pesante veste, la disciplina del rapporto può essere congegnata come un apparato «snello» di norme che regolano il lavoro per come serve, adattandosi ad un mercato del lavoro sempre più poliedrico, mutevole e dinamico.

Oltretutto, quello di cui si tratta è beneficio ulteriore rispetto a quello che vuole la correlazione positiva tra la deregolamentazione della materia e la crescita dell'occupazione, oggetto, si è detto, di quelle critiche che ritengono siffatta correlazione empiricamente indimostrata.

¹³⁰ A. SIMONAZZI, *Lavoro che cambia, lavoro che manca*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, op. cit., 136 ss.

Da ultimo, è appena il caso di sottolineare, a mo' di chiusura del cerchio, come lo spostamento del piano nei termini accennati risulti in linea, peraltro, con la tendenza che, quanto al collegamento dei diritti di cittadinanza, sposta l'attenzione «dal lavoratore al cittadino; dal cittadino all'essere umano»¹³¹. Giacché pure in questo caso il collegamento avviene a prescindere dallo *status* di lavoratore all'interno di un rapporto ed il riconoscimento dei diritti anzidetti acquisisce l'enfasi di affermazione di diritti fondamentali dell'essere umano.

Per concludere, è, dunque, questo il piano sul quale è possibile immaginare, oggi-giorno, l'intervento della materia giuslavorista.

L'idea è, insomma, quella di un ripensamento della disciplina protettiva come l'emancipazione dagli effetti dell'asimmetria che residua in capo ad un individuo già in partenza più consapevole.

Se si disegna un segmento ai cui due estremi si collocano il lavoratore e l'impresa, la disciplina protettiva deve essere intesa non come una forza che vada a riallineare la linea obliqua che pende a sfavore del lavoratore, ma come la forza che, incidendo di fatto sul *gap*, ripartisca meglio le due porzioni della retta.

Si è detto che «il paradigma è la finestra con la quale la disciplina guarda al mondo», una sorta di “interfaccia” che la collega all'esterno¹³².

Che si sia dinanzi ad un cambio di paradigma? Certo è che perché qualcosa cambi, bisogna essere disposti a cambiare idea.

¹³¹ V. *retro* nota 107.

¹³² P. COSTA, op. cit., 23.

CAPITOLO TERZO

LA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI: PROVE GENERALI DI FLESSIBILITÀ

SOMMARIO: 1. Le basi per un cambio di prospettiva. – 2. Il filo conduttore della riforma e l'ambizione di blindare la scelta datoriale. – 2.1. Un nuovo articolato: la scelta che vuole la rottura col passato ed il compimento della riforma già iniziata. – 2.2. Un giro di boa in seno ai regimi di tutela ed il ristoro economico assurge a regola certa. – 2.3. La svolta del legislatore delegato. – 3. Il regno delle due discipline. – 4. L'art. 18 dello Statuto e le questioni interpretative sul "fatto". – 4.1. La rilevanza del fatto materiale e la negazione del potere discrezionale del giudice. – 4.2. Le decisioni che fanno da *background* alle sentenze della Suprema Corte. – 5. Le due discipline e il "dialogo" aperto dal legislatore delegato.

1. Le basi per un cambio di prospettiva

Si è ricostruito, sin qui, come l'urgenza di flessibilizzare la disciplina che regola il rapporto connoti, ormai da tempo, gli interventi, già implementati o da implementare, che mirano all'ammodernamento della materia giuslavorista.

Si è tentato pure di abbozzare una indicazione in merito alla possibile via da seguire se, accogliendo l'opportunità di indagare i fondamenti del sistema, si pensasse di sottoporre a manutenzione il paradigma della materia.

Ad emergere è, in ogni caso, l'avvertita necessità di approntare un modello di disciplina del lavoro che faccia da supporto allo sviluppo dell'impresa.

Insomma, da un lato la prospettiva che serva considerare centrali le sinergie che legano il lavoro e l'organizzazione, dall'altro la valorizzazione dell'opportunità di una sistemazione della materia che coadiuvi l'impresa, nella sua funzione produttiva e dimen-

sione competitiva, nella convinzione che ciò possa concorrere, pur con le precisazioni che si sono fatte, allo sviluppo dell'occupazione.

L'idea, come anzidetto, è quella di un ripensamento della disciplina protettiva come l'emancipazione dagli effetti dell'asimmetria che residua in capo ad un individuo già in partenza più consapevole.

Impostazione, questa, cui si collega, come pure già s'è visto, la considerazione che, spostato l'asse della disciplina protettiva dal lavoro alla persona, il mercato diviene il luogo nel quale realizzare la protezione del lavoratore.

Gli spunti che siffatta condizione consente sono importanti.

E tanto è evidente, pure, in materia di flessibilizzazione della disciplina giuslavorista, specialmente in termini di giusta valutazione dell'impatto delle politiche che mirano a facilitare l'uscita del datore di lavoro dal rapporto.

Giacché è proprio in quest'ottica, a cui si collega un considerevole cambio di prospettiva, che è stato possibile che il legislatore desse il via ad un'aperta opera di flessibilizzazione della regolazione del rapporto, a partire dalla riscrittura della disciplina dei licenziamenti individuali.

Intervento, quest'ultimo, che ha inteso incidere profondamente sulla tutela accordata, in caso di recesso datoriale illegittimo, al lavoratore, «la cui protezione ritorna nella logica propria dei tradizionali canoni civilistici incentrati sul ristoro patrimoniale, salvo limitate e tipizzate eccezioni»¹³³.

Collocato in tale contesto, è chiaro che il sacrificio imposto al lavoratore, quando lo si spoglia di uno statuto, qual è quello preesistente, fortemente protettivo, debba essere letto alla luce delle considerazioni e delle premesse teoriche sin qui rassegnate.

Insomma, quella che è stata definita una «scelta non facile ma necessaria», dinanzi a quel sistema, pure, «rafforzato da una giurisprudenza che, utilizzando in modo disinvolto il suo potere discrezionale, ha di fatto reso impossibile il licenziamento per ragioni organizzative (...) e molto difficile quello per inadempimento contrattuale», si mostrava, in effetti, come improcrastinabile. Cosicché il Governo è intervenuto sui paradigmi del sistema, anche attraverso la «restituzione al datore di lavoro di un significativo grado di au-

¹³³ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 124.

tonomia nella scelta di conservare o meno un determinato rapporto di lavoro, scelta, comunque, mai arbitraria in quanto corredata da forme dissuasive che, però, abbandonano l'ottica restitutoria». E, d'altro canto, come pure è stato avvertito, leggere isolatamente l'intervento normativo anzidetto, avulso dal contesto in cui si colloca e non nel quadro dell'ampio disegno di rimodulazione della disciplina protettiva in atto, sarebbe, al contrario, «sbagliato e fuorviante»¹³⁴.

Ciò premesso, si ripercorrono le novità introdotte.

2. Il filo conduttore della riforma e l'ambizione di blindare la scelta datoriale

Come si è avuto modo di anticipare, con il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, recante «disposizioni in materia di contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti», attuativo della legge 10 dicembre 2014, n. 183, il Governo riforma il regime di tutela applicabile ai lavoratori in caso di licenziamento illegittimo.

L'intervento, stagliandosi sullo sfondo di quanto sin qui ricostruito, mira a contribuire al superamento delle criticità che connotano il sistema.

Prime tra tutte l'*empasse* in cui versa l'occupazione.

D'altro canto è la stessa legge delega ad indicare, tra i principi cui informare la decretazione delegata, «lo scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione», cui collega, oltretutto, quello di «riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo»¹³⁵.

Ed è così che l'Esecutivo, reputandola capace di incidere sulla domanda di lavoro delle imprese, si occupa di riformare la disciplina che governa l'uscita dal rapporto.

Si è già anticipato del collegamento che è pensabile avvenga il livello di rigidità delle conseguenze che discendono dal licenziamento illegittimo e la disposizione datoriale ad investire.

¹³⁴ L. FIORILLO, *ibidem*, 124 ss.

¹³⁵ Articolo 1, comma 7, legge n. 183 cit.

E tanto è vero, come s'è detto, principalmente quando il recesso datoriale consegua alle determinazioni che ineriscono all'organizzazione della produzione e del lavoro, in relazione alle quali s'è osservato abbiano un peso, pure, le prassi di *law shopping* e di competizione tra gli ordinamenti ¹³⁶.

2.1. Un nuovo articolato: la scelta che vuole la rottura col passato ed il compimento della riforma già iniziata

Nel dibattito sulla delega, era stato auspicato che la revisione dell'articolo 18, legge 20 maggio 1970, n. 300 portasse ad «ulteriore compimento» le soluzioni offerte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, che, in breve, avevano mirato ad un obiettivo contenimento dell'ambito di operatività della reintegrazione, «tenendo conto» delle modifiche già apportate alla disciplina e, prima ancora, «delle esigenze che le hanno determinate, di adeguamento dell'apparato protettivo ad una realtà socio-economica caratterizzata dal ritirarsi dell'industria, dall'estensione del terziario con l'emersione di una pluralità di nuovi lavori, dalle innovazioni tecnologiche che determinano eccedenze di manodopera e la necessità della sua ricollocazione» ¹³⁷.

Si avvertiva che, in questa prospettiva, fosse valutata l'opportunità di ulteriori «correzioni o aggiustamenti di rotta», con l'obiettivo precipuo di porre rimedio alle «vistose incertezze applicative» ed agli «esiti paradossali» che le modifiche operate dalla legge n. 92 cit. avevano determinato, eventualmente graduando ulteriormente l'applicazione dell'articolo 18 cit. ¹³⁸.

Il legislatore delegato prende atto delle criticità del modello statutario di tutela ed, intenzionato, evidentemente, a continuare il lavoro già iniziato con la legge n. 92 cit., appresta alcuni significativi aggiustamenti alla disciplina applicabile in caso di licenziamen-

¹³⁶ V. *retro* Capitolo Primo.

¹³⁷ Così F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *La politica del lavoro del Governo Renzi - Atto II*, a cura di F. Carinci, Adapt, 2014, e-Book n. 32, 132 ss. (di commento all'allora d.d.l. S.1428 e C.2660 recante «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»).

¹³⁸ F. SANTONI, *ibidem*, 133.

to illegittimo, delineando un apparato normativo che sembra più aderente alla congiuntura attuale e, nel contempo, diretto a rimediare ad alcune delle importanti questioni lasciate aperte dalle modifiche apportate dal legislatore dell'ultima riforma.

E lo fa non, come già aveva fatto la legge n. 92 cit., intervenendo sul testo dell'articolo 18 dello Statuto, da tempo baluardo della disciplina protettiva in caso di licenziamento illegittimo.

Il decreto legislativo appronta, invece, un nuovo articolato destinato a sostituire le disposizioni dello Statuto ¹³⁹.

Una prima ricostruzione del quadro d'insieme della novella consentirà di comprendere la portata delle disposizioni cui è affidata la tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo, salvo, poi, riservarsi di approfondirne, nel prosieguo, alcuni passaggi salienti.

Innanzitutto, il decreto delegato dà attuazione, pur se nei termini di cui si è anticipato ¹⁴⁰, al principio direttivo ¹⁴¹ che voleva la previsione, per le nuove assunzioni, del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio e, con un coraggioso intervento di ridefinizione dell'apparato sanzionatorio, esclude che nelle ipotesi di licenziamenti economici il lavoratore possa essere reintegrato, stabilendo che, in luogo della sanzione ripristinatrice del rapporto illegittimamente soluto, questi riceva un ristoro di tipo economico, certo e crescente con l'anzianità di servizio.

Più specificamente, la norma statuisce che «nei casi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (..), il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento» e, quanto all'ammontare del ristoro, chiarisce che l'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, sia dovuta nella misura di due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio. Misura, questa, che, in ogni caso, né può essere inferiore a quattro né può essere superiore a ventiquattro mensilità ¹⁴².

¹³⁹ Il nuovo impianto si sovrappone alla disciplina dell'articolo 18, legge 20 maggio 1970, n. 300, rimpiazzandola per i lavoratori, che rivestano la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dall'entrata in vigore del decreto. Le disposizioni del nuovo articolato si applicano, invero, anche negli altri casi previsti dai commi 2 e 3 dell'art. 1, d.lgs. n. 23 cit., ma, sul punto, si rinvia *infra*, par. 3.

¹⁴⁰ V. *retro* Capitolo Primo.

¹⁴¹ Il riferimento è all'art. 1, comma 7, lett. c), legge n. 183 cit.

¹⁴² Art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23 cit.

Il diritto alla reintegrazione resta, invece, per i licenziamenti nulli, perché discriminatori ¹⁴³ o perché riconducibili agli altri casi di nullità tipizzati dalla legge, per quelli inefficaci, perché intimati in forma orale, e «per le ipotesi in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68» ¹⁴⁴.

Ma la condanna alla reintegrazione è prevista, alle condizioni stabilite, pure per i licenziamenti disciplinari, o, comunque, irrogati in conseguenza di fatti imputabili al lavoratore, illegittimi ¹⁴⁵.

Sotto quest'ultimo profilo, il decreto attuativo – stabilito, come per il licenziamento economico, che, ove non ricorrano gli estremi del recesso per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il rapporto debba essere dichiarato estinto, con il pagamento dell'indennità di cui si è detto – fa salve le ipotesi, ed «esclusivamente» quelle, «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 licenzia-

¹⁴³ A norma dell'art. 15 della legge n. 300 cit.

¹⁴⁴ Art. 2, commi 1 e 4, d.lgs. n. 23 cit. In questi casi, spetta al lavoratore pure «un'indennità commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative». Risarcimento che, comunque, non potrà essere inferiore a cinque mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (Art. 2, comma 2, d.lgs. n. 23 cit.).

Con riguardo alle ultime ipotesi rammentate, quelle in cui il giudice accerta il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, è interessante ripercorrere quanto sostenuto, in dottrina, a proposito del fatto che non possa esservi ricompresa la malattia nei casi di licenziamento irrogato per superamento del periodo di comporto, risultato, poi, illegittimo. Giacché ad ostarvi è il dato letterale, considerato che «il termine “disabilità” non può essere assimilato a quello di “malattia”», e, pure, la «differenza sostanziale tra le due fattispecie: la prima, di durata permanente (...), non comporta l'impossibilità di svolgere la prestazione, ma di non poterla espletare nella pienezza della sua funzionalità; la seconda, di natura temporanea, comporta la totale impossibilità di svolgere la prestazione per un determinato periodo di tempo». Tanto non determina, tuttavia, prosegue la stessa dottrina, che, nei casi di cui si tratta, si escluda la reintegrazione nel posto di lavoro, soccorrendo, a tal fine, il comma 1 dell'art. 2 cit., giacché la materia, comportando la violazione delle disposizioni dall'art. 2110, comma 2, cod. civ., rientra nel campo di applicazione della tutela reintegratoria prescritta nei «casi di nullità espressamente previsti dalla legge». Così L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., 111. Sulla questione di quale debba essere l'ampiezza da assegnare al concetto di disabilità richiamato dalla norma, si rinvia a V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 96 ss.

¹⁴⁵ Art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23 cit.

mento», nelle quali il giudice annulla il licenziamento e condanna il datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore, oltre che al pagamento di un'indennità risarcitoria ¹⁴⁶.

Come è stato osservato in dottrina, la distinzione tra le due fattispecie di licenziamento per motivo oggettivo e soggettivo, già introdotta nell'ultima riforma dell'art. 18 cit., conosce, sul piano delle sanzioni, «una indicazione più netta» nelle disposizioni del decreto attuativo, dal momento che, lungi dal tradursi «in una semplice modulazione delle conseguenze sanzionatorie», come era stato nella legge n. 92, dà luogo ad una «diversità qualitativa delle tutele», giacché la tutela reale, ammessa, solo nelle ipotesi anzidette, quando si tratti di recesso per motivo soggettivo, è esclusa, invece, per il licenziamento per motivi oggettivi ingiustificato ¹⁴⁷.

Sotto questo aspetto, il provvedimento ha il merito di aver portato a termine il progetto, che pure era stato della legge n. 92, di confinare la reintegrazione a mera “eccezione”, blindando quelle disposizioni in cui si prevede che, mancando gli estremi del recesso per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il rapporto si estingua e, specialmente, quelle nelle quali s'individuano le ipotesi che si sottraggono all'efficacia estintiva del recesso, nel chiaro intento di renderle impermeabili agli attacchi, che già hanno posto nel nulla gli sforzi del legislatore del 2012, di quanti tendono, in via interpretativa, a distorcere la natura, oramai solo eccezionale, del rimedio ripristinatorio del rapporto.

Ma non solo.

Il legislatore delegato fa un passo in più. Giunge, infatti, ad accordare al datore di lavoro, nelle ipotesi di illegittimità del recesso intimato per motivi oggettivi, una sicura via d'uscita dal rapporto “indesiderato”, che, a prescindere dall'accertata carenza degli estremi del licenziamento, deve essere dal giudice dichiarato estinto.

¹⁴⁶ Indennità che la legge commisura «all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro ai sensi dell'articolo 4, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 21 aprile 2000, n. 181, e successive modificazioni». Con l'ulteriore precisazione che, in ogni caso, l'indennità risarcitoria relativa al periodo antecedente alla pronuncia di reintegrazione non possa superare le dodici mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (art. 3, comma 2, cit.).

¹⁴⁷ T. TREU, *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in Guida al lavoro, 2015, n. 3, 12 ss. Secondo l'A. «la rilevanza di tale innovazione è indubbia in quanto interviene in un'area ritenuta particolarmente sensibile soprattutto dagli imprenditori, perché implicante scelte aziendali da tenere esenti da interventi giudiziari».

È questa un'importante presa di posizione del legislatore delegato, che, escludendo il ripristino, in chiave sanzionatoria, del rapporto, mostra di riconoscere all'imprenditore, nella specifica tipologia di recesso di cui si tratta, un effettivo grado di autonomia nell'organizzazione dell'impresa, esonerandolo dagli effetti che si produrrebbero, nell'organizzazione stessa, a seguito del giudizio che optasse per la funzionalità del rapporto.

Il decreto attuativo segna, poi, una svolta decisiva nell'ambito delle questioni legate alla qualificazione del fatto contestato, ma di tanto si tratterà più avanti.

Affianco a queste, certamente quelle che, già da sole, connotano d'estrema importanza l'intervento di cui si tratta, si collocano ulteriori nuove disposizioni, quali quelle che contemplano, con lo scopo di evitare il giudizio per l'impugnazione dei licenziamenti irrogati sulla base delle nuove regole, l'offerta di conciliazione ad opera del datore di lavoro¹⁴⁸.

Ebbene, passato in rassegna l'insieme dell'intervento operato col decreto delegato, collocandolo nel quadro del processo riformatore della disciplina dei licenziamenti individuali, anche nella dialettica con le disposizioni dell'articolo 18 cit. come novellate, specie in considerazione della loro sopravvivenza, si procede focalizzandosi su alcune questioni peculiari.

2.2. Un giro di boa in seno ai regimi di tutela ed il ristoro economico assurge a regola certa

Per comprendere l'importanza sistematica della riforma operata in materia di licenziamenti individuali con il d.lgs. n. 23 cit. ed il suo peso nella messa a punto di un generale riassetto della regolazione del rapporto che, come anzidetto, coadiuvi l'impresa, nella

¹⁴⁸ Secondo quanto dispone l'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 23 cit., «al fine di evitare il giudizio (...), il datore di lavoro può offrire al lavoratore, entro i termini di impugnazione stragiudiziale del licenziamento, in una delle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, del codice civile, e all'articolo 76 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni, un importo che non costituisce reddito imponibile ai fini dell'imposta sul reddito delle persone fisiche e non è assoggettato a contribuzione previdenziale, 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».

sua funzione produttiva e dimensione competitiva, sì da concorrere al coacervo delle determinanti che incidono positivamente sull'occupazione, serve individuare il piano su cui operano, specialmente, le modifiche alla disciplina.

Col provvedimento anzidetto, invariati i presupposti che giustificano il recesso datoriale e continuando, perciò, ad operare le stesse nozioni di giusta causa, giustificato motivo soggettivo ed oggettivo di licenziamento, così come definiti dall'art. 2119 del codice civile, quanto alla prima, e dall'art. 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, quanto alle altre, s'interviene sul regime sanzionatorio.

In questo, il decreto delegato si pone, evidentemente, l'obiettivo di predisporre un apparato di previsioni chiaro, tanto dal punto di vista della lettera delle disposizioni, quanto in una prospettiva d'insieme che guarda alla sistemazione del modello sanzionatorio nella sua interezza.

A riguardo, è stato osservato che «il modello di regolamentazione (...) non solo riduce sensibilmente il rischio di interpretazioni difformi, grazie alla terminologia utilizzata nei singoli commi», ma, attivandosi allo scopo d'implementare l'obiettivo anzidetto, va oltre, giungendo a rivestire «una valenza sistematica che consente di individuare, in via interpretativa, le conseguenze sanzionatorie delle varie ipotesi di recesso non indicate analiticamente nel testo normativo»¹⁴⁹.

Ed è proprio sul presupposto di quell'apparato chiaro, oltre che valido a livello di sistema, che il legislatore delegato appronta la sua “rivoluzione”, determinato a far sì che, abbandonata l'ottica che vuole, di norma, la riparazione in forma specifica per le ipotesi di licenziamento illegittimo, il ristoro economico assurga a regola.

E lo fa a partire dalle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in relazione alle quali, il d.lgs. n. 23 cit. stabilisce che quando risulti accertato che non ne ricorrono gli estremi, il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento.

In altre parole, la nuova sistemazione della materia fa sì che, nei casi di cui si tratta, anche quando venga verificata in giudizio la mancanza degli elementi anzidetti, non si

¹⁴⁹ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., 107.

possa mai ordinare il ripristino, in chiave sanzionatoria, del rapporto illegittimamente soluto.

È chiaro, a riguardo, il *favor* espresso dal legislatore delegato nei confronti delle determinazioni assunte dall'imprenditore, giacché a risultare è un apparato regolativo che blinda l'autonomia organizzativa di questi, impedendo ch'egli debba farsi carico degli effetti che si produrrebbero, viceversa, all'interno della sua organizzazione, se si consentisse ad un giudizio, attivato per sindacare sulla legittimità della scelta datoriale posta alla base del recesso, di ripristinare la funzionalità del rapporto ¹⁵⁰.

Ma, d'altro canto, ciò non deve sorprendere, specialmente se lo si colloca nell'economia dell'intero disegno di riforma, che mira, apertamente, a fortificare le prerogative gestionali del datore di lavoro.

L'ambizione del legislatore delegato a securizzare la scelta del datore di lavoro, oltre che nella previsione dell'esclusività della tutela indennitaria nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si rinviene, anche, nella parte della novella con la quale si stabilisce che questi debba essere condannato al pagamento di un'indennità dall'importo determinato ¹⁵¹.

Tanto è valido, questa volta, pure per le ipotesi in cui risulta accertato che non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, salvo che queste non facciano parte di quelle, individuate in via tassativa, per le quali è prevista la reintegrazione, oltre al pagamento di un'indennità risarcitoria ¹⁵².

E, nel definire il quadro cui fare riferimento per la quantificazione dell'indennizzo, lo sforzo profuso dal legislatore delegato per chiarire i termini della questione è tangibile.

Innanzitutto, v'è il criterio che vuole il collegamento dell'indennità all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto ¹⁵³, nella misura di

¹⁵⁰ Sul punto, R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 10 ss., osserva che l'opzione normativa di escludere dalla reintegra i licenziamenti economici, «nell'ambito della scelta (...) di privilegiare semplificazione e certezza», abbia alla base la «salvaguardia della insindacabilità delle scelte organizzative dell'impresa, spesso di fatto messa in discussione dalla magistratura di primo grado (ovvero la sola rilevante in termini di effettività), in una fase storica in cui la nostra manifattura si fa errante (delocalizzando sedi e/o impianti) e perde attrattività per gli investitori esteri».

¹⁵¹ V. *retro* paragrafo 2.1.

¹⁵² Di cui, pure, si è già anticipato, sempre nel paragrafo 2.1.

¹⁵³ Sulla questione, G. TREGLIA, *Il calcolo delle indennità*, in M.T. Carinci e A. Tursi (a cura di), *Jobs act, Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 214 ss. Spiega l'A. che, nel passaggio dal parametro

due mensilità per ogni anno di servizio, ma, comunque, non inferiore a quattro e non superiore a ventiquattro mensilità.

Ma non solo. Si dettano, oltretutto, precise indicazioni per il computo dell'indennità per frazioni di anno ¹⁵⁴ e si precisa l'esclusione della somma dall'imponibile previdenziale.

Come osservato in dottrina, l'apparato, sul punto, «è qualificato dalla natura meramente indennitaria del cosiddetto costo di separazione», anche se, come pure s'è detto, «pare difficile negare che l'indennità operi, in sostanza, come l'equivalente economico del rapporto di lavoro illegittimamente fatto cessare, e dunque come risarcimento per quella cessazione» ¹⁵⁵.

Ad ogni modo, è chiara, nella novella, la vocazione alla «semplificazione gestionale», «sebbene in essa si manifesti nella rozza ma efficace misura della predeterminazione della monetizzazione (ai datori di lavoro si dà certezza in ordine ai costi dell'eventuale illegittimità del licenziamento)» ¹⁵⁶.

Sul punto, è evidente, pure, l'influenza dei postulati dell'analisi economica del diritto che, nell'esame del rapporto tra le norme giuridiche e la ragioni dell'economia, mirano a valutare l'efficienza economica delle soluzioni adottate.

È stato osservato, a riguardo, che l'analisi economica del diritto ha inciso a fondo sulla disciplina del contratto, cosicché, «sul piano dei rimedi, si determina (...) una netta inversione di tendenza a favore della teorica degli inadempimenti efficienti (*efficient breach*)

della «ultima retribuzione globale di fatto», cui fa riferimento l'art. 18 cit., come novellato, a quello di «ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto», contenuto nella nuova normativa, s'è compiuta «una vera e propria modifica concettuale, operando un'estensione rispetto al precedente criterio contenuto all'art. 18». E, infatti, abbandonato il primo, che è stato «riempito di contenuto grazie agli interventi giurisprudenziali», e optando per quest'ultimo, «il legislatore ha privilegiato un parametro connotato da maggiore certezza, sicuramente più solido e rigoroso (...) in quanto nozione avente una base matematica, espressamente contemplata dal Codice Civile sin dal lontano 1982; chiarita nei contenuti dagli interventi specifici e puntuali della contrattazione collettiva e, in mancanza, dalla Suprema Corte».

¹⁵⁴ L'art. 8, d.lgs. n. 23 cit. dispone che, per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, «le indennità e l'importo (...) sono riproporzionati e le frazioni di mese uguali o superiori a quindici giorni si computano come mese intero».

¹⁵⁵ Così C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 273/2015*, 84. Osserva l'A., che nel d.lgs. n. 23 cit. coesistono due «ordini distinti di regole», l'uno, «ancora sulla lunghezza d'onda del risarcimento del danno», che sia aggiunge alla tutela reintegratoria, «il secondo tale invece da esaurire in sé ogni tutela, secondo quello schema generale di monetizzazione del licenziamento illegittimo che (...) costituisce il tratto caratterizzante della nuova disciplina». Tra i due, prosegue l'A., «il filo che lega insieme le due prospettive (...) è dato in entrambi i casi dalla retribuzione, peraltro in una accezione nuova rispetto all'art. 18 dello Statuto come ancora vigente».

¹⁵⁶ F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 257/2015*, 7.

e dei meccanismi di ristoro monetari, con conseguente evitamento della discrezionalità giudiziale». Logica, questa, sulla scorta della quale, prosegue la stessa dottrina, si chiarisce lo stesso mutamento di prospettiva avvenuto sul piano della risposta sanzionatoria predisposta per le ipotesi di licenziamento illegittimo, «ormai del tutto spostata su una struttura rimediabile di indennizzo che ben poco ha a che vedere con il principio della giustificazione degli atti unilaterali del datore di lavoro e, soprattutto, con il principio giuridico-morale *pacta sunt servanda*»¹⁵⁷.

Per quanto concerne le ipotesi che debbono essere ricomprese tra quelle di giustificato motivo oggettivo richiamate dal nuovo articolato e, quindi, sottratte, senz'altro, al rimedio che contempla il ripristino del rapporto, è stato osservato, in dottrina, che, non avendo la novella intaccato la qualificazione della fattispecie, «rientrano in tale ambito sia i licenziamenti intimati per specifiche esigenze aziendali di natura economico-organizzativa, che impongono la soppressione del posto di lavoro, sia quelli che traggono origine da situazioni che fanno capo al lavoratore, pur non qualificabili come forme di inadempimento, secondo fattispecie tipologiche che si sono andate formando in sede giurisprudenziale»¹⁵⁸.

D'altro canto, l'opzione in favore di una tutela esclusivamente indennitaria è confermata dalla novella anche nelle ipotesi di licenziamento illegittimo per vizi formali o procedurali.

E, infatti, quando venga violato l'obbligo di specificazione dei motivi che lo hanno determinato, sancito all'articolo 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966, o la procedura prescritta per le sanzioni disciplinari dall'articolo 7 della legge n. 300 cit., il giudice dichiara estinto il rapporto di lavoro alla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità¹⁵⁹.

Ad essere fatta salva è, solamente, l'eventualità che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti la sussistenza dei presupposti di un licenziamento discriminatorio, nullo o che non ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo og-

¹⁵⁷ Di questo avviso, A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 12.

¹⁵⁸ L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, op. cit., 111.

¹⁵⁹ L'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, è fissata in una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, e in misura comunque non inferiore a due e non superiore a dodici mensilità.

gettivo o per giustificato motivo soggettivo o giusta causa e, dunque, faccia applicazione delle tutele previste per le fattispecie di cui si tratta ¹⁶⁰.

La stessa vocazione a securizzare la scelta di fare del ristoro economico la regola si rinviene anche nelle disposizioni che attengono al licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa.

Previsioni, quelle di cui si tratta, dove si giocano le partite più significative per quegli equilibri, tutti interni alla dialettica che contrappone regola ed eccezione, che il legislatore dell'ultima novella ha inteso fissare, in seno al regime sanzionatorio, per le ipotesi di licenziamenti illegittimi.

S'è detto, a riguardo, che i licenziamenti disciplinari rappresentano «il cuore del problema, per la stretta connessione con le rigidità gestionali» ¹⁶¹.

E, così, il decreto attuativo mira alla costruzione di un apparato che consenta di delimitare, questa volta con segni netti, l'ambito di applicazione delle ipotesi nelle quali soltanto è possibile che, adita l'autorità giudiziaria, il lavoratore riesca ad ottenere il ripristino del rapporto illegittimamente soluto.

Tanto è evidente nella sistemazione della norma cui è affidata la disciplina delle fattispecie di cui si tratta.

Innanzitutto fissa, come regola, che, al pari del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quando non ricorrano gli estremi del recesso per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il rapporto debba essere dichiarato estinto.

Poi, stabilisce che facciano eccezione, e, perciò, ricevano una tutela in forma specifica, «esclusivamente» quelle ipotesi «in cui sia direttamente dimostrata in giudizio

¹⁶⁰ La disciplina affidata alle disposizioni dell'art. 4, d.lgs. n. 23 cit. conferma, rispetto alla novella del 2012, l'efficacia del licenziamento viziato e la previsione di un indennizzo monetario. Così, V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 133 ss.

¹⁶¹ In questi termini, R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 26 ss. D'altro canto, sostiene l'A. essere «intuitivo che il contenzioso sia tutto in quest'area; raro il licenziamento discriminatorio (e diabolica la prova della motivazione); corretto, in genere, quello economico per la sua oggettività; lontano, in quanto evocativo di più complesse problematiche, quello collettivo». A riguardo, anche, A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in M.T. Carinci e A. Tursi (a cura di), *Jobs act, Il contratto a tutele crescenti*, op. cit., 63, secondo cui nel contesto della riforma di cui si tratta, come pure di quella operata con la legge n. 92/2012, il licenziamento disciplinare «ruba la scena al licenziamento per motivi oggettivi ed a quello collettivo».

l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento»¹⁶².

Insomma, «è proprio per sottolineare il mutato rapporto fra tutela reintegratoria e tutela solo economica – per cui quella che era la regola diventa ora l'eccezione, e viceversa →», che la nuova disposizione, contenuta nell'art. 3, d.lgs. n. 23 cit., «esordisce (...) con la regola (comma 1), per occuparsi in seconda battuta dell'eccezione (comma 2)»¹⁶³.

Ad ogni modo, il quadro è chiaro. La tutela indennitaria è la normale risposta sanzionatoria apprestata dall'ordinamento nelle fattispecie di cui si tratta, funzionando quella reintegratoria in un solo caso, pure precisamente individuato.

Del pari, è chiaro l'obiettivo: prevenire qualsiasi incertezza nella fase applicativa della norma.

L'attenzione che il legislatore delegato dedica alla definizione dell'unico caso in cui è consentito al lavoratore di accedere alla tutela reintegratoria, premurandosi di prendere posizione sulla natura del fatto la cui insussistenza determina l'accesso medesimo, come, pure, di chiarire l'estraneità, rispetto ad essa, del giudizio di proporzionalità del licenziamento, marciano, evidentemente, nella direzione di sgombrare il campo interpretativo da dubbi di sorta.

Ed, in effetti, il dato letterale è preciso, cosicché è lecito pensare che la disposizione possa ritenersi sottratta ad interpretazioni che non siano strettamente legate al tenore letterale.

Ma, data la centralità della problematica all'interno della tenuta dell'apparato delineato dall'ultima novella, è evidente che la questione non possa essere liquidata in poche battute.

¹⁶² Invero, la formula di cui si tratta ha sollevato, tra le altre, la questione della ripartizione dell'onere probatorio. S'è detto, in dottrina, che «dire in chiave, apparentemente impersonale, che deve essere “dimostrata direttamente in giudizio l'insussistenza del fatto materiale” significa dare per scontato che sia il datore a dover provare la sussistenza del fatto». Tuttavia, nel caso in cui non riesca, questi è tenuto al pagamento dell'indennità, «a meno che il lavoratore non sia in grado di provare a sua volta l'insussistenza di tale fatto “direttamente”, cioè, a ben intendere, senza poter far valere un fatto positivo contrario o delle presunzioni». Insomma, «la reintegra finisce per essere un'eccezione ... impraticabile». In questi termini, F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in <http://csdle.lex.unict.it/>, 8.

¹⁶³ Di questo avviso, C. CESTER, *op. cit.*, 43 ss. All'A. si rimanda per la ricostruzione di quelle asserzioni della dottrina che suggeriscono di evitare, nel riferimento alla disciplina dell'art. 18 dello Statuto, la contrapposizione fra regola ed eccezione (nota 99).

2.3. La svolta del legislatore delegato

Il decreto attuativo segna, con tutta evidenza, una svolta decisiva nell'ambito delle questioni legate alla qualificazione del fatto contestato.

La previsione che collega il ripristino del rapporto alla sola eventualità di insussistenza del fatto "materiale" contestato, rispetto alla quale, come specifica la stessa norma, «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento», dà luogo ad un passaggio denso di implicazioni.

Sul punto, la norma riprende, chiaramente, il dibattito sorto in dottrina all'indomani della novella del 2012, quando, riformando l'art. 18 dello Statuto, si collega la reintegrazione, in un caso, non ricorrendo gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa portati a sostegno del recesso datoriale, alla «insussistenza del fatto contestato», nell'altro, alla «manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo». Quando, cioè, mancando un'espressa qualificazione del fatto, s'è posto il problema d'individuare in via interpretativa i connotati dell'evento in grado di giustificare l'applicazione della tutela che ripristina la funzionalità del rapporto illegittimamente soluto.

Questione, quella attorno alla norma statutaria, che conserva, a tutt'oggi, grande importanza.

E, tanto, non solo per la correlazione con l'ultima novella, ma già di per sé, visto che la disciplina dell'art. 18 cit. continuerà a trovare applicazione nei confronti di quanti sono stati assunti prima del decreto attuativo.

Ad ogni modo, sul punto, si rinvia all'immediato prosieguo.

Per quanto concerne, invece, il piano del nuovo articolato, il balzo in avanti, in termini di securizzazione dell'impianto che assurge a regola la tutela indennitaria, è evidente.

S'è osservato, in dottrina, che la disposizione richiamata, adottando la formulazione di cui si è detto, abbia voluto fornire una «risposta di diritto positivo» alla questione di cui si tratta, «chiarendo che l'esistenza o meno del fatto che deve essere provata in giudizio è quella legata al suo materiale verificarsi e non quella connessa alla sua valutazione». E tanto si evince, con tutta evidenza, «non solo dall'aggettivo "materiale" che, nel

testo, qualifica il sostantivo, ma dall'ulteriore precisazione per la quale al giudice è preclusa, nella fase di accertamento del fatto, ogni valutazione circa la sua proporzione/sproporzione rispetto al licenziamento». Pertanto, a rilevare, ai fini di cui si tratta, è «un accadimento avvenuto nella realtà che si qualifica giuridicamente in quanto idoneo ad essere contestato al lavoratore», giacché inadempimento contrattuale a questi imputabile¹⁶⁴.

Ma, a riguardo, v'è, pure, chi ha sostenuto che quella del legislatore è l'«illusione (...) di aver, per così dire, “chiuso la partita” intarsiando “semplicemente” nel comma 2 dell'art. 3 (...) l'aggettivo “materiale”, specificando che rispetto all'accertamento dell'insussistenza di tale fatto “resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento” ed espungendo, infine, qualsiasi riferimento ai contratti collettivi ed ai codici disciplinari»¹⁶⁵.

Secondo un'altra dottrina, ancora, la questione del fatto materiale, «complice» la presa di posizione della Corte di Cassazione sulle disposizioni dello Statuto¹⁶⁶, è una «chimera» appresso alla quale si è perso il legislatore delegato, «forse per cercare una sponda giurisprudenziale autorevole che potesse evitargli di subire la stessa sorte dell'art. 18 St. Lav. *post c.d. “Riforma Fornero”*»¹⁶⁷.

Insomma, a dispetto dell'intento del legislatore, la *querelle*, sul punto, continua.

Collegata a quella già rassegnata, è la questione relativa ad un altro passaggio della disposizione in esame. Il riferimento è alla parte nella quale il legislatore delegato si occupa di precisare l'estraneità, nella fase di accertamento del fatto, di ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento.

¹⁶⁴ In questi termini, L. FIORILLO, *Licenziamento individuale per giusta causa o giustificato motivo e tecniche di tutela dopo il Jobs act*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, in corso di pubblicazione.

¹⁶⁵ Così L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 511. L'A. sostiene che la novella abbia mirato a trasmettere «una sorta di messaggio subliminale nel senso che se si vuole continuare a discutere lo si faccia in un'ottica politica perché da quella giuridica (*pardon*, applicativa) si sarebbe fatta chiarezza una volta per tutte costringendo la valutazione (giammai discrezionalità) del giudice entro binari finalmente stringenti anche sul piano dei presupposti dell'azione e non solo dell'indennità dovuta in caso di licenziamento invalido». Ma l'A. invita, a riguardo, ad una maggiore prudenza.

¹⁶⁶ Il riferimento è alla sentenza della Corte di cassazione (Cass. 6 novembre 2014, n. 23669), che pronuncia per prima sul nuovo art. 18 dello Statuto. A riguardo, si rinvia *infra* par. 4.1.

¹⁶⁷ A. TURSI, *op. cit.*, 85 ss. Secondo l'A. «sarebbe bastato (...) chiarire che la sproporzione del licenziamento rispetto al fatto commesso non equivale alla insussistenza del fatto contestato, e dunque non comporta reintegrazione».

È stato osservato, in proposito, che «la disposta “estraneità” della “sproporzione”» non potendo essere letta «come se fosse riferita al “fatto materiale contestato al lavoratore”» – di modo che il licenziamento disciplinare «continua a dover essere sanzione proporzionata rispetto al “fatto materiale contestato” e, cioè, rispetto all’infrazione contestata» – debba, piuttosto, «essere intesa come riferita all’“*insussistenza del fatto*”». Così, secondo tale impostazione, opponendosi all’inesistenza del fatto soltanto l’esistenza del fatto, si giustifica la previsione dell’esclusione della rilevanza anzidetta ¹⁶⁸.

A chiusura di questa parte, si vuole segnalare la questione, posta in dottrina, riguardo alla tenuta del sistema, nella specifica ipotesi in cui un licenziamento disciplinare venga irrogato a fronte di un comportamento imputabile al lavoratore, integrante un inadempimento contrattuale, tuttavia di lieve entità.

Comportamento che, peraltro, è possibile sia stato ritenuto, in seno al contratto collettivo applicato, degno di sanzione conservativa.

La questione si pone, evidentemente, per via della mancata riproposizione nel nuovo articolato della disposizione, contenuta, invece, nell’art. 18 cit., che consente la reintegrazione del lavoratore quando il fatto contestatogli sia punito con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari applicabili.

Secondo questa dottrina, la chiara formulazione delle disposizioni del d.lgs. n. 23 cit. consente di affermare che «qualunque tipo di comportamento, rilevante sotto il profilo disciplinare e imputato al lavoratore, può essere causa del suo licenziamento senza che si possa disporre la tutela reale». Con evidente “intervento” anche sul criterio di proporzionalità, che «non viene meno, ma resta circoscritto» nell’ambito dell’accertamento che conduce il giudice per verificare se sussistano gli «estremi del licenziamento», ai soli fini, però, del diritto all’indennizzo così come predeterminato dalla legge. Cosicché, per scongiurare il rischio di «irrazionalità del sistema», s’è prospettato che, nelle ipotesi di «palese violazione» del codice disciplinare conseguente all’irrogazione di un licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, al lavoratore possa essere accordato, in aggiunta al ristoro economico previsto dalla disciplina speciale posta col decreto delegato, il

¹⁶⁸ M. PERSIANI, *Altra notarella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 645 ss.

risarcimento del danno per inadempimento, secondo le disposizioni dell'art. 1218 ss. del codice civile¹⁶⁹.

Ma, tanto premesso, per comprendere fino in fondo le scelte operate dal legislatore dell'ultima riforma ed individuarne il peso, anche nella dialettica con l'apparato normativo statutario, s'impone l'ulteriore approfondimento della cui importanza si è già anticipato.

3. Il regno delle due discipline

Con il d.lgs. n. 23 cit. il regime dei licenziamenti individuali compie, insomma, un nuovo giro di boa, ma l'asse della disciplina protettiva si spacca in due.

La scelta del legislatore delegato di approntare un inedito articolato destinato a sostituire le disposizioni dello Statuto dei lavoratori solamente per quanti siano stati assunti (con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato) a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto comporta che la tutela statutaria sopravviva, pur se "a tempo", destinata, com'è, ad esaurire i suoi servigi con lo spirare dell'ultimo dei rapporti già in atto alla data anzidetta, ed apre la via a quello che sarà, forse a lungo, un doppio binario di tutele¹⁷⁰.

¹⁶⁹ La tesi esposta è di L. FIORILLO, *Licenziamento individuale per giusta causa o giustificato motivo*, op. cit. Critico, a riguardo, C. CESTER, *op. cit.*, 58.

¹⁷⁰ Secondo quanto dispone l'art. 1, d.lgs. n. 23 cit., il nuovo articolato trova applicazione con riguardo ai lavoratori che rivestono la qualifica di operai, impiegati o quadri, assunti con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto (comma 1). Le disposizioni di cui si tratta si applicano, anche, alle ipotesi di conversione, successiva all'entrata in vigore del decreto, di contratto a tempo determinato o di apprendistato in contratto a tempo indeterminato (comma 2). E pure, a quelle nelle quali il datore di lavoro, in conseguenza di assunzioni a tempo indeterminato avvenute successivamente all'entrata in vigore del decreto, integri il requisito occupazionale di cui all'art. 18, commi 8 e 9, legge n. 300 cit., giacché, in questi casi, «il licenziamento dei lavoratori, anche se assunti precedentemente a tale data, è disciplinato dalle disposizioni del (...) decreto» (comma 3). Si applicano, anche, «ai datori di lavoro non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto» (art. 9, comma 2, d.lgs. n. 23 cit.). Specifiche previsioni sono dettate per i datori di lavoro che non raggiungano il requisito occupazionale anzidetto (art. 9, comma 2, d.lgs. n. 23 cit.). Per la disamina delle questioni attinenti al campo di applicazione della novella, si rinvia al contributo di G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, op. cit., 51 ss. In particolare, quanto alla convivenza delle discipline, l'A. ricostruisce, oltretutto, quanto osservato in letteratura, anche in merito al configurarsi di uno «scenario ordinamentale "trifasico", stante la contestuale esistenza: a) di una cospicua, benché residuale, casistica ex art. 18 stat. lav. ante riforma Fornero; b) di una altrettanto cospicua casistica disciplinata dalla legge Fornero, che, rispetto al-

Ai due sistemi, quello affidato alle disposizioni dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come novellate dalla legge 28 giugno 2012, n. 92, e quello delineato dal nuovo decreto delegato, fa *pendant* la diversità tra le due categorie di lavoratori ¹⁷¹.

Diversità la cui ampiezza dipende anche dalla interpretazione che si dà delle due discipline. E tanto è evidente in ordine ad alcune delle questioni che già sono state profondamente controverse quando vigeva il solo apparato di tutela statutario.

Delle peculiarità della nuova normativa è stato trattato sin qui.

S'impone, invece, una breve digressione in ordine al modello di disciplina delineato dall'art. 18 dello Statuto.

E ciò, principalmente, per via della grossa incertezza applicativa che attanaglia alcuni dei momenti qualificanti la normativa, come accade per quei passaggi che individuano nell'insussistenza del fatto lo "spartiacque" posto a separare la tutela che contempla la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro da quella che prevede la sola riparazione economica per il torto da questi subito.

Passaggi dalla cui interpretazione dipende, come si vedrà, la tenuta dell'intero modello di tutela, tanto da aver imposto a gran voce l'urgenza di discernere la questione in ordine alla qualificazione del fatto.

Dottrina e giurisprudenza hanno tentato di fornire una risposta.

In tale contesto, è intervenuto il decreto delegato, che, nel regolare il licenziamento disciplinare, collega, come innanzi trattato, il ripristino del rapporto alla sola eventualità di

la prima, sarà operativa a lungo; c) della casistica scaturente dal nuovo regime delle tutele contemplato dal d.lgs. n. 23/2015».

¹⁷¹ Molto critico, a riguardo, L. MARIUCCI, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*, in M. Rusciano e 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".IT - Collective Volumes - 3/2014*, 111. Secondo l'A., s'introduce «un nuovo dualismo nel mercato del lavoro», con gli «evidenti (...) effetti distorsivi che questa disparità di trattamento determinerà nelle dinamiche del mercato del lavoro: da un lato verrà disincentivata la mobilità volontaria dei lavoratori già occupati, dall'altro lato si incentiverà l'interesse delle imprese a liberarsi di questi ultimi per sostituirli con lavoratori assunti con il nuovo contratto».

A conseguire, scrive G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT - 276/2015*, 19 ss., è «una abissale disparità di trattamento (...) fra occupati e non occupati». Secondo l'A., il legislatore, «operando una drastica selezione in base al principio "prima-dopo" su un punto capitale della disciplina lavoristica (...) testimonia il minor disvalore dei "trattamenti diseguali" in presenza di dati contingenti (la crisi economica) che impongono scelte dirette alla prioritaria tutela della competitività economica delle aziende». Quello che s'insinua nel mercato del lavoro è «un modello regolativo interamente basato su differenze "soggettive"», quali sono, spiega l'A. «le differenze introdotte dal legislatore benché "travestite" e occultate dal criterio temporale». Circostanza, questa, che dimostra, emblematicamente, «la crisi del valore dell'uguaglianza».

insussistenza del fatto “materiale” contestato, rispetto alla quale «resta estranea ogni valutazione circa la sproporzione del licenziamento».

La nuova disciplina sembra, s'è detto, particolarmente risoluta nell'obiettivo di prevenire, per quanto di sua competenza, qualsiasi esitazione sul piano applicativo.

Ad ogni modo, la contiguità delle norme è evidente, cosicché c'è da aspettarsi che le vicende dell'ultima riforma influiranno sull'interpretazione della disciplina che già era in vigore.

È chiara, quindi, l'attualità della questione. Serve, a questo punto, una riflessione volta a ricostruire il dibattito, specie giurisprudenziale, sorto, sulle disposizioni statutarie, in merito alla qualificazione del fatto contestato.

4. L'art. 18 dello Statuto e le questioni interpretative sul “fatto”

All'indomani della legge 28 giugno 2012, n. 92, l'art. 18 cit., posto a presidio dei diritti dei dipendenti nelle ipotesi di licenziamento illegittimo, cambia fisionomia.

Il modello statutario abbandona la sistemazione che, optando per un'affermazione incondizionata della stabilità reale del posto, aveva escluso misure diverse dal ripristino del rapporto illegittimamente soluto, arricchendosi di un impianto sanzionatorio del tutto nuovo ed articolato.

D'emblée, il quadro è rivoluzionato. La reintegrazione non è più la sola conseguenza possibile, ma ad essere realizzata è una «inedita modulazione delle tutele», cosicché, inalterata la definizione di giusta causa e giustificato motivo, risulta un regime sanzionatorio «frammentato in un ampio ventaglio di possibilità graduate»¹⁷².

Le tutele possibili diventano quattro, due soltanto delle quali contemplano la reintegrazione del dipendente nel posto di lavoro. Le altre la sola riparazione economica.

Ma vi è più. La reintegrazione, da regola, diviene eccezione.

La norma scandisce, l'uno dopo l'altro, i blocchi di tutela e, con una sistematica indicazione dei presupposti al ricorrere dei quali funziona ciascuno di essi, chiarisce che il

¹⁷² A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav.* Ratio ed a-porie dei concetti normativi, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 785 ss.

ripristino della funzionalità del rapporto consegua esclusivamente nelle ipotesi previste, operando, in tutti gli altri casi, la tutela di tipo obbligatorio.

Più specificamente, l'impianto statutario, individuando le ipotesi nelle quali fare applicazione della reintegrazione, nella versione "piena"¹⁷³ o in quella "attenuata"¹⁷⁴, e i casi in cui, ricorrendo le violazioni indicate dalla legge, consegue una tutela indennitaria "ridotta"¹⁷⁵, delinea, per differenza, l'ambito di applicazione della tutela indennitaria "piena"¹⁷⁶, che, indicato con la locuzione "altre ipotesi", rispetto alle quali il giudice dichiara risolto il rapporto e condanna il datore di lavoro al pagamento di una indennità risarcitoria, rappresenta la regola sanzionatoria normalmente applicabile¹⁷⁷.

¹⁷³ La reintegrazione "piena" è prevista per i casi di licenziamento nullo perché discriminatorio (ai sensi dell'art. 3, legge 11 maggio 1990, n. 108), perché intimato in concomitanza col matrimonio (secondo le previsioni dell'art. 35 del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198), o in violazione dei divieti di licenziamento posti dalla legge a sostegno della genitorialità (il riferimento è all'art. 54, commi 1, 6, 7 e 9, del Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità, di cui al d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 e successive modificazioni), ovvero perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge o determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 cod. civ.

La stessa sanzione è prescritta per le ipotesi di licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale.

In questi casi, oltre che al ripristino del rapporto, il giudice condanna il datore di lavoro «al risarcimento del danno subito dal lavoratore per il licenziamento di cui sia stata accertata la nullità, stabilendo a tal fine un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative», e, in ogni caso, non inferiore a cinque mensilità della retribuzione globale di fatto.

¹⁷⁴ Giacché spetta al lavoratore un'indennità risarcitoria «commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», da cui dedursi non soltanto «quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative», ma pure «quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione». A differenza della tipologia anzidetta, inoltre, ad essere imposta è la misura massima dell'indennità risarcitoria, che non può superare le dodici mensilità della retribuzione globale di fatto (art. 18, comma 4, legge n. 300 cit.). Per il campo di applicazione della tutela reintegratoria attenuata, v. *infra* (note 180 e 181).

¹⁷⁵ La tutela indennitaria "ridotta" spetta nelle ipotesi di violazioni formali o procedurali e segnatamente in quelle nelle quali il recesso sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione imposto dall'art. 2, comma 2, legge 15 luglio 1966, n. 604, della procedura di cui all'art. 7, legge 20 maggio 1970, n. 300 o di quella prescritta dall'art. 7, della legge n. 604 cit.

È "ridotta" perché ristora il pregiudizio patito dal lavoratore mediante l'attribuzione di una «indennità risarcitoria onnicomprensiva» determinata, a seconda della gravità della violazione, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 18, comma 6, legge n. 300 cit.).

¹⁷⁶ La tutela è "piena" perché condanna il datore di lavoro al pagamento, in favore del dipendente, di una «indennità risarcitoria onnicomprensiva» da determinarsi tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto (art. 18, comma 5, legge n. 300 cit.).

¹⁷⁷ E ciò è chiaro nella lettera del comma 5 dell'art. 18 cit. dove si legge che «il giudice, nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa addotti dal datore di lavoro», vale a dire in tutte quelle non tassativamente indicate dal legislatore per le quali vige la reintegrazione, «dichiara risolto il rapporto di lavoro (..) e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva».

Il progetto è chiaro, ma, ai fini della sua implementazione, c'è bisogno di un passaggio ulteriore. Serve, infatti, un'attenta opera di sussunzione delle fattispecie concrete all'interno dei regimi di tutela messi a disposizione dalla novella.

È così che, sulla scorta dello spacchettamento delle tecniche sanzionatorie e dei presupposti applicativi al ricorrere dei quali farne applicazione, il testimone passa al giudice.

Come è stato osservato, perché si faccia effettiva applicazione del nuovo modello di graduazione della tecniche sanzionatorie azionabili, serve la collaborazione del giudice, che avrà «il delicato compito», una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, di procedere alla qualificazione della fattispecie al fine di individuare la tutela applicabile. Quella del giudice è, dunque, una funzione chiave, dalla quale dipende la tenuta dell'intero sistema. S'impone, a questo punto, «una preliminare riflessione sulla *ratio* sottesa all'intervento del legislatore e ciò in quanto una corretta interpretazione della norma non può prescindere da una oggettiva individuazione delle finalità che lo stesso ha inteso perseguire»¹⁷⁸.

Diversamente, d'altronde, v'è il pericolo che, con il sol colpo di spugna di un'interpretazione inosservante della volontà impressa nel provvedimento, si finisca per “slabbrare” i confini, al contrario ben segnati, del campo di applicazione delle tutele e, quindi, mortificare, se non addirittura vanificare, lo scopo dell'intera riforma.

La questione si pone principalmente per alcune delle previsioni della norma statutaria, la cui formulazione, in effetti poco felice, ha messo a dura prova gli interpreti.

Il riferimento è a quelle che, nell'ambito delle fattispecie di licenziamento disciplinare ed economico, individuano, tipizzandole, le ipotesi di «ingiustificatezza qualificata», tutte indicative «di una ingiustificatezza macroscopica equivalente al “torto marcio” del datore di lavoro, che abbia resistito in giudizio con mala fede o colpa grave appunto nella consapevolezza del proprio torto (art. 96 cod. proc. civ.)»¹⁷⁹, alle quali consegue la reintegrazione (e l'indennità risarcitoria) “attenuata”.

Innanzitutto, v'è quella parte dell'art. 18 nella quale, con riferimento alle tipologie di licenziamento disciplinare, si delimita il campo di applicazione della reintegrazione alle

A questo riguardo, si veda pure il comma 7 dello stesso art. 18.

¹⁷⁸ L. FIORILLO, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebbona (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, in *Guida lav.*, Suppl. dicembre 2012, 33.

¹⁷⁹ Le espressioni sono di A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, 56 ss.

sole ipotesi nelle quali, all'esito del giudizio di accertamento, risultino non ricorrere gli estremi del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa portati a sostegno del recesso datoriale, «per insussistenza del fatto contestato» ovvero, ma di tanto non si tratterà in questa sede, «perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili»¹⁸⁰.

V'è, poi, sulla stessa linea d'onda della previsione anzidetta, quella che collega la funzionalità della reintegrazione alle ipotesi in cui si accerti «la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo»¹⁸¹.

Serve, a riguardo, una corretta impostazione dei termini della questione, specificando il significato di quel “fatto” la cui “insussistenza”, o “manifesta insussistenza”, permette di annullare il licenziamento e condannare il datore di lavoro al ripristino del posto di lavoro.

Si tratta di una faccenda importante e densa di implicazioni, dalla quale dipende l'individuazione del ruolo del giudice e dei margini di discrezionalità che gli residuano.

La questione è stata sollecitata dagli interpreti che, messi di fronte all'inedita sistemazione della materia, hanno voluto discernere se per fatto dovesse intendersi il “fatto giuridico” o il “fatto materiale”, incidendo sulla latitudine della discrezionalità anzidetta.

Più specificamente, la disputa ha visto contrapporsi le affermazioni di quanti hanno ritenuto di dover aderire ad una nozione di fatto “in senso giuridico” che, riunendo in sé tanto la dimensione materiale dell'evento quanto la sua valutazione sotto il profilo dell'elemento soggettivo, consegna all'organo giudicante un margine di valutazione decisamente più ampio. E quanti, invece, hanno ritenuto che fosse obbligata la scelta in favore di una soluzione più restrittiva, che contemplasse la verifica del solo dato materiale posto a base del licenziamento, stante la netta distinzione tra il fatto, nella sua connotazione materiale, e la sua qualificazione giuridica¹⁸².

¹⁸⁰ Art. 18, comma 4, cit.

¹⁸¹ Art. 18, comma 7, cit. Ipotesi, queste, nelle quali il giudice “può”, secondo la lettera della legge, fare applicazione della tutela che contempla il ripristino del rapporto. La formulazione della disposizione ha diviso gli interpreti tra quanti hanno sostenuto che, scrivendo “può”, il legislatore intendesse “deve” e quanti, invece, hanno ritenuto che il giudice potesse e non dovesse, ricorrendone i presupposti, ordinare la reintegrazione del lavoratore. Diverse sono le ipotesi, parimenti disciplinate dal comma 7 cit., di licenziamento ingiustificato per asserita inidoneità o scadenza del composto, alle quali si applica sempre la tutela reale. Sul punto, v. A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 58 ss.

¹⁸² Con l'avvertimento che si tratta di una classificazione approssimativa, che andrebbe, comunque, contestualizzata, aderiscono alla qualificazione del fatto quale “fatto giuridico”, tra gli altri, F. CARINCI, *Ripensando il “nuovo” articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 322 ss.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento*

A riguardo, è stata fatta, pure, un'altra considerazione.

È stato rilevato, in dottrina, come le espressioni «fatto contestato» e «fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», a dispetto della «apparente similitudine», abbiano, in realtà, un significato diverso. La prima, quella di «fatto contestato», se riferita al giustificato motivo soggettivo, deve essere intesa come «quell'accadimento della realtà che potrebbe costituire il presupposto di un inadempimento, se non costituisce addirittura lo stesso inadempimento». Tanto vale, con buona approssimazione, anche per il caso in cui l'espressione sia riferita al licenziamento per giusta causa. L'altra, invece, quella di «fatto posto alla base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», pur contemplando anche “fatti”, «non può essere intesa, stante la sua complessità, senza aver riguardo al significato che quel fatto assume, o quei fatti assumono, sia nel confronto con altri dati dell'esperienza economica, sia in conseguenza delle valutazioni delle quali è oggetto»¹⁸³.

Ma vi è più. V'è stato chi, pur riconoscendo che la reintegrazione continui, all'esito della novella del 2012, ad essere comminata per l'insussistenza del fatto contestato (con riferimento al licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa) o per la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento (per giustificato motivo oggettivo), ha mostrato perplessità in ordine alla stessa contrapposizione tra fatto materiale e fatto giuridico, osservando, a proposito, che «il fatto giuridico è niente altro che un fatto

disciplinare, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 363 ss. Al contrario, sostengono la soluzione interpretativa che qualifica il “fatto” quale “fatto materiale”, tra gli altri, M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 6 ss.; A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 57.

Ad ogni modo, per una più ampia ricognizione delle soluzioni interpretative anzidette, si rinvia ad E. GULINO, *Accertamento del fatto contestato e sua valutazione nella modulazione delle tutele prevista dall'articolo 18 st. lav.*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 315 ss., di commento all'ordinanza del Trib. Bari, 10 ottobre 2013 e, prima, a M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT – 181/2013*, 24 ss.

¹⁸³ Si tratta di quanto osservato da M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione*, op. cit., 3 ss. Sull'argomento, e, segnatamente, in ordine alla distinzione tra “fatto” e “valutazione giuridica” del fatto nell'ambito delle discipline del licenziamento disciplinare e del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si rinvia, altresì, a A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, op. cit., 793 ss. Per una diffusa ricostruzione delle opzioni interpretative intervenute riguardo all'insussistenza del fatto di giusta causa o di giustificato motivo soggettivo ed alla manifesta insussistenza del fatto nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si rinvia a L. PERINA, S. VISONÀ, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, *Il Nuovo Diritto del Lavoro*, diretto da L. Fiorillo e A. Perulli, Giappichelli, Torino, 2014, 229 ss.

materiale, in quanto assunto dall'ordinamento come fatto produttivo di effetti giuridici (quale, per quel che qui interessa, la stessa sanzione della tutela reale)»¹⁸⁴.

È chiaro, insomma, che il dibattito fosse denso e tutt'altro che intenzionato a comporsi nell'una o nell'altra direzione. Ma un'importante svolta v'è stata.

4.1. La rilevanza del fatto materiale e la negazione del potere discrezionale del giudice

Quello di discernere cosa debba intendersi per “fatto”, con tutte le implicazioni che ne discendono, è stato un “crucchio” sì della dottrina, ma specialmente dei giudici, che, nell'individuare il significato delle locuzioni di cui si è trattato, si sono trovati di fronte alla scelta se optare in favore di una soluzione che contemplasse la verifica in ordine alla sola dimensione materiale dell'evento o, piuttosto, anche della sua connotazione sul piano soggettivo.

La *querelle* è costellata di decisioni di segno diverso, che, propendendo per l'una o l'altra delle impostazioni, hanno tentato di aggiungere un tassello nella composizione della delicata questione.

La Suprema Corte di Cassazione esordisce nell'acceso dibattito giurisprudenziale e, con una sentenza dai passaggi precisi e dirimenti, prende autorevolmente posizione sul punto, chiarendo, una buona volta, i termini della faccenda¹⁸⁵.

In un giudizio azionato in ordine ad un licenziamento intimato ai sensi dell'art. 18, comma 4, nel testo novellato dalla legge n. 92/2012, il Supremo Collegio aderisce a quella ricostruzione che vuole la rilevanza del fatto materiale e, conseguentemente, un brusco ridimensionamento della discrezionalità del giudicante nell'accertamento.

La Cassazione spiega, invero, come la nuova disciplina abbia inteso tenere «distinta (...) dal fatto materiale la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo», co-sicché, nel giudizio, s'impone di operare la distinzione anzidetata.

¹⁸⁴ Così M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, nota a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Foro it.*, 2014, I, 3422.

¹⁸⁵ Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Giur. it.*, 2014, 2788 ss. con nota di L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del “fatto materiale”* e in *Foro it.*, 2014, I, 3418 ss., con nota M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale*, op. cit.

Sulla scorta di tanto, la verifica della sussistenza (o insussistenza) del fatto materiale posto a fondamento del licenziamento, all'esito della quale è consentito alla tutela reale di fare il suo ingresso, «si risolve e si esaurisce nell'accertamento, positivo o negativo, dello stesso fatto». Accertamento che «dovrà essere condotto senza margini per valutazioni discrezionali», con riferimento alla individuazione della sussistenza (o meno) del fatto della cui esistenza si tratta, che va inteso «quale fatto materiale», col risultato che «esula dalla fattispecie che è alla base della reintegrazione ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato».

La scelta è netta.

Si tracciano con precisione i confini del potere di accertamento dell'organo giudicante e – stante la distinzione tra fatto e sua qualificazione e, specialmente, la professione di estraneità dell'accertamento a valutazioni discrezionali – si sigla, con segni netti, lo svuotamento delle prerogative di quest'ultimo, che, investito della faccenda, dovrà necessariamente abortire qualunque valutazione che vagli la proporzionalità della sanzione.

La pronuncia coglie nel segno il carattere che il legislatore della novella ha voluto imprimere alla norma statutaria e, osservando appieno lo spirito di diversificazione delle misure sanzionatorie azionabili in caso di licenziamento illegittimo, rispetta i confini segnati dalla lettera della norma, all'interno dei quali è consentito alla tutela reale di operare.

Nei passaggi con i quali scandisce che dal fatto materiale debba tenersi separata la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo, la decisione sembra, proprio, voglia richiamare gli interpreti alla corretta impostazione dei termini della questione. Termini, questi, che soltanto consentono la piena funzionalità di quel «ventaglio di possibilità graduate» congegnato dalla riforma ¹⁸⁶.

Lo scopo è evidente anche nello sforzo, di tipo sistematico, che la statuizione fa nella ricognizione, quasi didascalica, del regime sanzionatorio delineato dal novellato art. 18.

Invero, la Suprema Corte osserva come, nelle ipotesi di licenziamento per giusta causa o giustificato motivo soggettivo dichiarato illegittimo, il legislatore abbia introdotto, nella sostanza, due distinti regimi di tutela.

¹⁸⁶ L'espressione, si ricorda, è di A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto*, op. cit., 785 ss.

L'uno, il solo in relazione al quale continua a trovare applicazione la tutela reale, rileva nelle ipotesi indicate, in modo tassativo, dal legislatore, tra le quali v'è, per l'appunto, quella in cui il giudice accerti che il fatto che ha dato causa al licenziamento non sussiste.

L'altro, in relazione al quale è applicabile, invece, la sola tutela indennitaria, è azionabile nelle "altre ipotesi" in relazione alle quali, all'esito del giudizio di accertamento, risulti che la causa sulla quale si fonda il recesso datoriale, verificata nella sua valenza soggettiva, non è congrua.

A queste ultime ipotesi, fanno eccezione quelle nelle quali il licenziamento è adottato in violazione delle regole procedurali previste dall'art. 7 dello Statuto, per cui funziona un terzo regime, che contempla, anche in questo caso, la sola tutela risarcitoria.

Insomma, «la Cassazione mette le cose a posto» e, distinguendo l'accertamento del fatto materiale dalla sua successiva, e nella specie irrilevante, valutazione, fa «giustizia» nella grave confusione che s'era creata tra fatto e qualificazione giudiziale del fatto¹⁸⁷.

Di lì il passo è breve.

Secondo quanto osservato in dottrina, la decisione «avalla in modo chiaro ed inequivocabile» che, avendo la novella provveduto alla rimodulazione delle tutele secondo la «netta scissione tra il dato materiale (..) e la sua valutazione ai fini dell'accertamento del grado di colpa del lavoratore», il giudice non possa, dinanzi alla «oggettiva presenza di un comportamento del dipendente, potenzialmente lesivo del diligente adempimento della prestazione lavorativa», ordinare la reintegrazione del lavoratore. Può, però, valutare la gravità dell'inadempimento allo scopo di scegliere se fare applicazione della tutela indennitaria e, se sì, determinare la misura del ristoro, nell'ambito di un minimo ed un massimo fissato dalla legge¹⁸⁸.

La pronuncia rifugge, così, da quella impostazione che vuole la sovrapposizione del giudizio che vaglia la sussistenza del fatto e di quello che attiene alla configurabilità, nella concreta fattispecie, della causale legittimante la giusta causa o il giustificato motivo soggettivo di licenziamento. Sovrapposizione che si spiega siccome i fattori di accertamento, nell'uno e nell'altro caso, coincidono.

¹⁸⁷ Così A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 875.

¹⁸⁸ L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale*, cit., 2789 ss.

Alla base di questa presa di posizione v'è, secondo la stessa dottrina, un duplice ordine di considerazioni. Innanzitutto, quella, confortata dalla stessa Corte costituzionale, secondo la quale la reintegrazione «non costituisce un precetto legislativo a contenuto costituzionalmente vincolato». L'altra, quella che rifiuta la doverosità della coincidenza tra il fatto e la sua valutazione giuridica, giacché l'ordinamento ben può contemplare ipotesi nelle quali è il fatto, nella sua materialità, a produrre effetti giuridici ¹⁸⁹.

Altra dottrina giunge, invece, a considerazioni differenti ¹⁹⁰.

Secondo questa impostazione, che, come già rilevato, ha mostrato perplessità in ordine alla stessa contrapposizione tra fatto materiale e fatto giuridico, la decisione consente di trarre «un contributo utile, quanto autorevole», alla risoluzione della questione, e specie delle perplessità anzidette. Ne costituisce, però, «condizione indefettibile (..) la corretta interpretazione della sentenza medesima».

A tal fine, questa dottrina prende le mosse dall'accertamento del fatto e rileva come la statuizione di merito, poi confermata dalla decisione del giudice di legittimità, non abbia accertato la totale insussistenza del fatto posto a motivazione del licenziamento, ma abbia escluso sia la giusta causa che il giustificato motivo soggettivo di licenziamento, nonostante la parziale sussistenza del fatto, sulla base del rilievo che l'istruttoria avesse escluso la commissione delle condotte come contestate, ovvero secondo il connotato della abitualità.

Se ne deduce, perciò, che, nella specie, la reintegrazione è applicata per via non della totale insussistenza del fatto, addotto a motivazione del licenziamento, ma «in dipendenza (..) della carenza, in tale fatto, del requisito dell'abitualità, ritenuto essenziale per giustificare – quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo – la massima sanzione disciplinare».

Ne consegue, a detta di tale impostazione, che l'insussistenza del fatto possa anche avere riguardo ad alcuni soltanto degli elementi che lo compongono, «ove questi siano ri-

¹⁸⁹ L. FIORILLO, *ibidem*, 2791. A riguardo, l'A. ritiene «illuminanti» le osservazioni di M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione*, op. cit., 10 ss., che, sul punto, avvalorà come, nell'ordinamento, il fatto possa essere «preso in considerazione nella sua materialità e, cioè, come fattispecie al verificarsi della quale l'ordinamento fa derivare la produzione di effetti giuridici», portando ad esempio il compimento della maggiore età, che «è un fatto della realtà materiale, ma che produce, come effetto giuridico, l'acquisto della capacità di agire». Situazione, questa, nella quale «quello che conta è che il fatto sia materialmente identificabile come tale».

¹⁹⁰ Così M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale*, op. cit., 3422 ss.

tenuti essenziali per configurare, nonostante la parziale sussistenza, appunto, del fatto medesimo, giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento».

All'esito di siffatta interpretazione, questa dottrina conclude che, disattesa la «tesi dell'insussistenza del fatto materiale», riceva conforto quella «dell'insussistenza del nucleo essenziale di giusta causa o giustificato motivo»¹⁹¹.

Lo scarto sulla questione è consistente.

V'è, pure, poi, chi ha rimproverato alla decisione, e, specialmente, a quel passo sì chiarificatore che prima si è ripercorso, di non farsi carico «di dirci cosa rientra nella ricostruzione del fatto materiale contestato che precederebbe la sua qualificazione, peraltro dando implicitamente per scontato che costituisca un inadempimento imputabile e volontario, quindi tutt'altro che materiale». Al contrario, «ci dice solo che cosa non vi rientra» e, cioè, «ogni valutazione attinente al profilo della proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità del comportamento addebitato». Valutazione che, peraltro, «rientra in gioco allorché si ha da affrontare il passaggio successivo della configurabilità o meno del fatto come infrazione passibile di una sanzione conservativa a' sensi del codice disciplinare collettivo»¹⁹².

È chiaro, a questo punto, che l'autorevole presa di posizione del giudice di legittimità – pur piantando un importante paletto nella definizione di quella “retta” via che si spera possa essere percorsa dagli interpreti, e specie dai giudici di merito – non sembra destinata a sedare il dibattito.

E tanto è ancor più vero se si considerano i successivi interventi della Suprema Corte.

¹⁹¹ M. DE LUCA, *ibidem*, 3423 ss. A riguardo, l'A. cita testualmente la tesi di F. CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 st.*, in S. Brusati e E. Gagnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario “in onore di Michele De Luca”, in *Quad. di argomenti di diritto del lavoro*, n. 12, Cedam, Padova, 2014, 95, secondo cui «qualunque definizione si dia del “fatto” richiesto per concedere o escludere la reintegra, questo resta sempre giuridico, in quanto assunto dall'ordinamento a fatto produttivo di un effetto rilevante al suo interno. Rimane che tale “fatto” deve essere selezionato nell'ambito della definizione di giusta causa o giustificato motivo soggettivo o oggettivo, secondo un processo selettivo condotto dal più al meno, che liberi per così dire il loro “nucleo essenziale”».

¹⁹² F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti (a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci e M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT Labour Studies, E-Book series n. 37, 2015, 77.

Si segnala anche l'osservazione di A. TURSI, *op. cit.*, 87, secondo cui la sentenza sarebbe «esatta nella sostanza, ma sbagliata nella motivazione».

In uno, premesso, quanto alla tutela reintegratoria, che «non è plausibile che il Legislatore, parlando di “insussistenza del fatto contestato”, abbia voluto negarla nel caso di fatto sussistente ma privo del carattere di illiceità, ossia non suscettibile di alcuna sanzione, restando estranea al caso presente la diversa questione della proporzione tra fatto sussistente e di illiceità modesta, rispetto alla sanzione espulsiva», il Supremo Collegio, pur richiamandola, prende le distanze dalla posizione anzidetta. Conclude, quindi, che «la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà perciò luogo alla reintegrazione ai sensi dell’art. 18, quarto comma, cit.»¹⁹³.

In un altro intervento, occupandosi di vagliare fatti accaduti, la Cassazione sostiene, a proposito della gravità del danno arrecato al datore di lavoro in ragione del comportamento tenuto dal lavoratore, che «tale nocimento grave è parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare in questione onde l’accertamento della sua mancanza determina quella insussistenza del fatto addebitato al lavoratore, prevista dall’articolo 18 (..), quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro. Questo elemento deve infatti considerarsi esistente qualora la fattispecie di illecito configurata dalla legge o dal contratto sia realizzata soltanto in parte»¹⁹⁴.

S’è detto, a quest’ultimo riguardo, che «pare precisato, così, che la parte integrante della fattispecie di illecito disciplinare non solo è necessaria, in ogni caso, ma è anche sufficiente – ad integrarla – quando la stessa fattispecie sia realizzata soltanto in parte»¹⁹⁵.

Insomma, la distanza di questi interventi dagli arresti del debutto è evidente.

¹⁹³ Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Foro it.* 2015, I, 3830 annotata da A.M. Perrino, ed *ivi* la nota di V. FERRARI, *Giuridicità del fatto materiale e materialità del fatto giuridico*.

¹⁹⁴ Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545, riportata da M. DE LUCA, Tre parole *del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 281/2015*, 4 ss. All’A. si rinvia, pure, per ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

Critico, a riguardo, L. FIORILLO, *Licenziamento individuale per giusta causa o giustificato motivo*, op. cit. L’A. osserva che il Supremo Collegio «nel valutare fatti materialmente verificatisi aventi indubbia valenza di inadempimento disciplinare, ritiene che sia necessario accertare la gravità del comportamento in quanto rilevante ai fini della sussistenza/insussistenza del fatto addebitato al lavoratore quale elemento costitutivo del diritto al ripristino del rapporto di lavoro» (nota 34).

¹⁹⁵ M. DE LUCA, *ibidem*, 5. Secondo l’A. «le sentenze esaminate – benché siano state adottate con riferimento alla legge Fornero (..) – sembrano applicabili, tuttavia, anche alla riforma più recente del regime di tutela contro i licenziamenti (..). La *ratio decidendi* – comune alle stesse sentenze – riposa, infatti, sul rilievo – all’evidenza, riferibile ad entrambe le riforme – che “la completa irrilevanza giuridica del fatto equivale alla sua insussistenza materiale e dà, perciò, luogo alla reintegrazione (..)”». A commento delle sentenze menzionate, si veda, anche, P. ICHINO, *Due sentenze di Cassazione sulla disciplina dei licenziamenti*, (Nota alle sentenze della Corte di Cassazione 13 ottobre 2015, n. 20540 e n. 20545), in <http://www.pietroichino.it/>.

Ma la *bagarre* neppure sorprende. D'altronde, la corsa degli interpreti, nonché dei successivi pronunciamenti giurisprudenziali, ad "ammansire" gli arresti cui è pervenuta la prima decisione della Cassazione è la testimonianza che la questione rappresenta ancora un "nervo scoperto". Cosa, questa, comprensibile, a maggior ragione se si considera l'eredità che la statuizione della Suprema Corte raccoglie dal recente passato, collocandosi al culmine di quella accesa disputa che qui vale la pena ricordare.

4.2. Le decisioni che fanno da *background* alle sentenze della Suprema Corte

Si è anticipato della *querelle* costellata di decisioni che, propendendo per l'una o l'altra delle impostazioni, hanno tentato di aggiungere un tassello nella composizione della delicata questione che attiene alla qualificazione del fatto.

Ad aprire le danze è il Tribunale di Bologna, che, giudicando in ordine alla fattispecie inerente la "insussistenza del fatto contestato", osserva che la norma statutaria, «parlando di fatto, fa necessariamente riferimento al c.d. Fatto Giuridico, inteso come il fatto globalmente accertato, nell'*unicum* della sua componente oggettiva e nella sua componente inerente l'elemento soggettivo»¹⁹⁶.

Il giudice bolognese prosegue rincarando come non possa ritenersi che, con l'espressione "insussistenza del fatto contestato", il legislatore volesse fare riferimento «al solo fatto materiale», giacché, diversamente ragionando, si renderebbe possibile l'applicazione del solo indennizzo anche quando si tratti di comportamenti che, esistenti sotto l'aspetto materiale ed oggettivo, risultino, tuttavia, privi dell'elemento psicologico o, addirittura, della coscienza e volontà dell'azione. Violando «palesamente», per tal via, i principi generali posti alla base dell'ordinamento civilistico, relativi alla diligenza ed alla buona fede nell'esecuzione del rapporto lavorativo.

L'ampia eco che hanno avuto gli assunti cui approda l'antesignana delle pronunce in materia impone di fare qualche osservazione in più.

¹⁹⁶ Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1049 ss., con note di M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*; R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*; R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*

La decisione dichiara illegittimo il licenziamento comminato al lavoratore, del quale ordina la reintegra, giudicando ricorrenti entrambe le fattispecie di accesso alla tutela reale contemplate dalla norma dello Statuto, e, dunque, perché il fatto non sussiste e perché rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili.

Il provvedimento pone, però, maggiore enfasi sulla questione dell'insussistenza del fatto e, specialmente, sulla necessità, stante la sua qualificazione come "fatto giuridico", di un'indagine che, non esaurendosi nella verifica della sola esistenza fenomenica, contempli la valutazione del dolo o della colpa del lavoratore e la proporzionalità della sanzione in relazione alla infrazione.

Perciò, il giudice bolognese, partendo dal fatto, rileva che, ai fini della sua qualificazione e valutazione, serve, come per qualunque fatto storico, «la contestualizzazione del fatto medesimo e la sua collocazione nel tempo, nello spazio, nella situazione psicologica dei soggetti operanti, nonché nella sequenza degli avvenimenti e nelle condotte degli altri soggetti che hanno avuto un ruolo nel fatto storico in esame e nelle condotte anteatte e nelle condotte *post factum* dei protagonisti». E questa è l'indagine che il Tribunale fa nella vicenda oggetto di giudizio. Cosicché, dalla complessiva valutazione del fatto, ritiene emergere all'evidenza «la modestia dell'episodio in questione, la sua scarsa rilevanza offensiva e il suo modestissimo peso disciplinare».

Con un sol colpo di spugna si spazza via una riforma.

Dilatando il concetto di fatto sino a ricomprendervi l'elemento soggettivo, e, quindi, l'intenzionalità e la proporzionalità ai sensi dell'art. 2106 cod. civ., si sortiscono due importanti effetti ai quali il legislatore della novella del 2012 aveva tenacemente voluto ovviare.

In primo luogo, la reintegrazione assurge a "regola" ogniqualvolta il contegno del lavoratore, anche se verificatosi nella sua materialità, risulti, nella sua valenza soggettiva, inidoneo a legittimare una sanzione espulsiva.

Per altro verso, si consegna al giudice la piena signoria nella valutazione della fattispecie, con conseguente precarizzazione delle esigenze di certezza che, invece, il legislatore aveva inteso privilegiare.

La decisione, d'altronde, nemmeno ha stupito, avendo alle spalle, com'è chiaro che avesse, un passato, troppo recente, difficile da mettere da parte ¹⁹⁷.

Di sicuro è grave.

Quello di cui «non si avvede» il giudice, rileva la dottrina, è che «nell'ottica pre-scelta, non residua spazio alcuno per l'alternativa risarcitoria, pure prevista dal legislatore del 2012 nella gamma dei regimi sanzionatori (ben 7)» ¹⁹⁸.

Ad ogni modo, qualunque ne sia stata la ragione, la sciente volontà di smantellare l'inedita sistemazione della materia o l'abitudine a ragionare secondo gli "strumenti" sino ad allora in uso, in fondo poco importa, certo è che la scelta operata ha finito col mettere nell'angolo il nuovo apparato di tutele.

Di lì si è spianata la via.

L'opzione in favore di un approccio meno *tranchant* di quello che avrebbe imposto la verifica del solo "fatto materiale" ha avuto, infatti, largo seguito.

Nel solco di una nozione, per così dire, più "ampia" di fatto, si colloca, tra gli altri, il Tribunale di Ravenna ¹⁹⁹.

Il giudice osserva come «la nozione di fatto valevole ai fini della scelta della sanzione» debba doverosamente abbracciare «tutto il fatto nella pienezza dei suoi elementi costitutivi» e, quindi, tanto la componente oggettiva quanto l'elemento soggettivo, «alla luce della nozione di giusta causa valevole nella fattispecie considerata», secondo la legge ed il contratto collettivo. Egli precisa, a riguardo, che per fatto occorra intendersi «quello costituente illecito disciplinare (integrante giusta causa) alla luce della fattispecie concreta (che

¹⁹⁷ R. ROMEI, *op. cit.*, 1072, osserva come l'ordinanza offra una lettura della norma, allora appena novellata, «in linea di forte continuità con il passato». Cosa questa che, spiega l'A., «non stupisce più di tanto considerata la vischiosità culturale e la forza di un armamentario concettuale che ha governato la materia del licenziamento per oltre quaranta anni».

¹⁹⁸ Così R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, 1066, che, riguardo alla considerazione che il Tribunale, così decidendo, «non si avvede» delle conseguenze anzidette, rileva, pure, come «qualche maligno commentatore» potrebbe, al contrario, sostenere che il giudice «opina così proprio perché si avvede» che nella direzione intrapresa non residua spazio alcuno per l'altra tipologia di tutela.

¹⁹⁹ Trib. Ravenna, ord. 18 marzo 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 549 con nota di G. BOLEGO, *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*. Il giudice, nonostante ritenga che, nella specie, ricorra un'ipotesi di licenziamento discriminatorio, affida alla motivazione alcune battute in ordine alla qualificazione del "fatto". L'orientamento del Tribunale ravennate, in punto di qualificazione del "fatto", e, già prima, del Tribunale di Bologna sembrava, sin da subito, «destinato a diffondersi mimeticamente nella giurisprudenza». Così G. FONTANA, *Problemi applicativi dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 286 ss., che, a riguardo, osserva come del resto si trattasse di un orientamento coerente con la nozione di "fatto" nel processo civile. All'A. si rimanda per una ricostruzione del ragionamento sul punto.

si giudica in base alla contestazione)». Fattispecie che, invero, può includere, come avviene nel caso di furto, ma pure escludere, «una specifica connotazione dolosa dell'elemento soggettivo». Fatta salva, in ogni caso, l'imputabilità della condotta, che postula la capacità naturale, e l'esclusione dei casi di forza maggiore o caso fortuito.

La conclusione cui approda il Tribunale è che, nella scelta della tutela applicabile, il giudice non possa «guardare (...) soltanto al mero fatto ipotizzato e contestato al lavoratore», ma debba guardare allo stesso «in relazione alla nozione di giusta causa». Cosicché, «in ipotesi di sussistenza di un fatto che non abbia rilevanza come giusta causa egli non potrà che concedere la reintegra, al pari del caso in cui il fatto materiale non sussiste».

Ampiamente motivata è la decisione del Tribunale di Palmi ²⁰⁰.

Il giudice rileva che la nozione di fatto contestato intesa come fatto in senso strettamente materiale sia «priva di fondamento», giacché «non supportata dal dato testuale e suscettibile di condurre a conseguenze inique e talvolta irragionevoli».

La norma, spiega il Tribunale, si riferisce al “fatto contestato”, e non al “fatto”, cosicché, non potendo ciò che è contestato essere un dato meramente materiale, decontestualizzato, s'impone di ritenere che debba, al contrario, trattarsi di un «comportamento valutato nella sua valenza disciplinare e collocato in un preciso contesto». Valenza che «non infrequentemente è indissolubilmente connessa alle circostanze estrinseche e di contesto oltre che a quelle intrinseche della condotta».

Il Tribunale giudica, perciò, «artificiosa» l'impostazione che pretende di «segmentare» la fattispecie oggetto dell'addebito, decontestualizzandola e tenendola distinta dalle circostanze estrinseche alla condotta.

Pensare di poter carpire la «nuda storicità» dei fatti, avulsi dal loro contesto e scevri da prospettive valutative, è, insomma, «un'illusione che porta a risultati iniqui e incongrui».

Alla luce delle suggestive argomentazioni anzidette, il Tribunale conclude che “il fatto contestato”, di cui vagliare l'insussistenza, è il “fatto giuridico” e, precisamente, «il fatto-inadempimento, ossia la fattispecie concreta vista nel concreto contesto e nell'insieme delle circostanze – intrinseche ed estrinseche, oggettive e soggettive – rilevanti nella valutazione del disvalore della condotta».

²⁰⁰ Trib. Palmi, 24 aprile 2013, in *www.Dejure.it*.

Ve ne sono state anche altre di decisioni che, rifuggendo dalla concezione “minimale”²⁰¹ del fatto, si sono messe sulla stessa linea d’onda di quelle sin qui ricostruite²⁰².

Di una delle più recenti, se ne segnala, in particolare, un passaggio²⁰³.

Il Tribunale, sentito di dovere intendere l’espressione “fatto contestato” quale “fatto giuridico”²⁰⁴, aggiunge che «il fatto contestato non potrebbe giammai essere il fatto materiale, nella sua oggettività in quanto, sostenendo ciò, si finirebbe per relegare in termini ristrettissimi l’ambito della tutela reintegratoria conseguente al licenziamento illegittimo, destinandola alle sole ipotesi in cui si accerti la mancanza fattuale della condotta»²⁰⁵.

Considerazione che, però, fa riflettere, giacché era proprio questo, secondo qualcuno, lo scopo perseguito dall’intervento di riforma operato dalla legge n. 92.

Volgendo al termine di questa rapida ricognizione, con la quale si è cercato di accennare allo spaccato delle decisioni che fanno da *background* alle statuizioni della Suprema Corte di Cassazione, si rammenta la decisione del Tribunale di Bari²⁰⁶.

Il giudice barese, chiamato a decidere della funzionalità del rimedio ripristinatore del rapporto in un’ipotesi di licenziamento disciplinare illegittimo, rammenta le due impostazioni che la dottrina ha seguito in ordine all’interpretazione del “fatto” – quella che lo considera «mero fatto materiale», nei suoi elementi oggettivi (e, quindi, azione o omissione, nesso di causalità ed evento), esclusa, per contro, ogni valutazione legata all’elemento

²⁰¹ Mutuando l’espressione di A.M. PERRINO, nota a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Foro. it.*, 2014, I, 3421, che definisce «tesi minimale» quella che la Suprema Corte di Cassazione sposa, nella sentenza anzidetta, circoscrivendo la funzionalità della tutela reale alle ipotesi di insussistenza del fatto materiale.

²⁰² Tra queste, si ricorda la decisione del Trib. Milano, ord. 30 gennaio 2013, in banca dati *www.ilsole24ore.com*, che, giudicando della legittimità di un licenziamento intimato per giusta causa al lavoratore imputato della responsabilità di un sinistro, ha ritenuto «esclusa la sussistenza del fatto contestato dal punto di vista dell’elemento oggettivo e soggettivo».

Ad ogni modo, per ulteriori riferimenti, si rinvia alla diffusa ricognizione giurisprudenziale fatta da M. BIASI, *op. cit.*, 24 ss.

²⁰³ Trib. Napoli, 28 gennaio 2014, in banca dati *www.ilsole24ore.com*.

²⁰⁴ Il fatto giuridico, secondo quanto chiarisce il giudice, è «la condotta imputabile e colposa, nelle sue componenti soggettive ed oggettive, epurato dall’ampia valutazione effettuata a monte (e quindi anche della proporzionalità)».

²⁰⁵ Sulla scorta di una valutazione «plurifattoriale» – così detta, «avendo riguardo alla condotta, avente necessariamente rilevanza disciplinare, e alla colpa del licenziato, ossia al colpevole contrasto con l’obbligo violato in un’ottica ampia, in ossequio al concetto di imputabilità e di colpevolezza soggettiva insiti nella condotta concretatasi in quel fatto, che necessariamente devono concorrere per definirne il valore antiggiuridico» – il giudice ritiene che, nella specie, «ricorre pienamente» la giusta causa del recesso irrogato al lavoratore, giacché si è verificato «un inadempimento così grave da ledere irrimediabilmente il vincolo fiduciario tra il datore e il prestatore di lavoro». Ragion per cui, sussistendo la giusta causa di licenziamento, giudica «superflua ogni valutazione in ordine all’ambito applicativo dei commi 5 e 6 dell’art. 18».

²⁰⁶ Trib. Bari, ord. 10 ottobre 2013, cit.

soggettivo (e, dunque, all'intensità del dolo o al grado della colpa) ed all'offensività della condotta, l'altra, che, invece, lo ritiene «inclusivo degli aspetti connessi al comportamento del lavoratore sotto il profilo dell'elemento soggettivo» – per rilevarne le criticità.

A parere del Tribunale, l'interpretazione restrittiva non può essere condivisa, giacché foriera di «conseguenze palesemente contrarie ai principi generali dell'ordinamento civilistico». Quelle che si avrebbero, per intendersi, se, nell'ipotesi di comportamento esistente ma compiuto dal lavoratore in assenza di coscienza e volontà, si consentisse di recedere dal rapporto con il pagamento del solo indennizzo.

Nemmeno può aderirsi, prosegue il giudice, all'opzione ermeneutica secondo la quale, accertata l'esistenza del comportamento nelle sue componenti oggettive e soggettive, comprensive di dolo, colpa, coscienza e volontà della condotta, debba necessariamente applicarsi la tutela risarcitoria. Salvo, naturalmente, che si tratti di quei casi nei quali è prevista, ad opera della contrattazione collettiva o dei codici disciplinari, l'applicabilità di sanzioni conservative. A ciò ostano, secondo il Tribunale, quelle esigenze di razionalità del sistema che verrebbero inevitabilmente compromesse se, a fronte di condotte lecite o, comunque, non lesive del vincolo fiduciario, si pervenisse ad una riparazione solamente economica.

Ad essere disatteso è, infine, quell'indirizzo che estende la nozione di fatto sino a ricomprendervi, come ha fatto il Tribunale di Bologna con l'ordinanza indicata in apertura, ogni valutazione che attenga al dolo o alla colpa e, addirittura, il giudizio di proporzionalità.

Sulla scorta di queste valutazioni, conscio di come il legislatore abbia inteso «limitare la reintegrazione ai soli casi macroscopici di illegittimità del licenziamento» e, soprattutto, «ridurre le incertezze applicative legate al giudizio valutativo della condotta e della relativa sanzione», il giudice pugliese si mette alla ricerca volenterosa di un «punto di equilibrio» tra l'impianto delineato dalla novella e le «basilari esigenze di razionalità del sistema».

Il Tribunale esordisce chiarendo i connotati richiesti alla condotta, specificando, a riguardo, che, ai fini della reintegrazione, serve un comportamento, cosciente e volontario, che, configurando la negazione degli elementi essenziali del rapporto di lavoro e, in particolare, dell'elemento fiduciario, integri un inadempimento degli obblighi contrattuali tale

da giustificare, quanto meno in astratto, la sanzione espulsiva. Fermo restando che nel giudizio «è preclusa ogni valutazione circa la proporzionalità tra fatto commesso e sanzione applicata».

Giudizio di proporzionalità che invece «è consentito (..) solo attraverso il riferimento ad elementi esterni», che si rinvergono, specialmente, nelle previsioni dei contratti collettivi e nei codici disciplinari ²⁰⁷.

Isolata, in questi termini, l'insussistenza del fatto contestato, il Tribunale individua, poi, lo spazio delle «altre ipotesi» e, dunque, della tutela solamente risarcitoria. Spazio ricondotto a quei casi nei quali il fatto sussiste, secondo i connotati anzidetti, ma, per via della presenza di ragioni giustificatrici o per le particolari circostanze del fatto concreto, non integra una giusta causa o un giustificato motivo di licenziamento.

Il giudice ha, pertanto, tenuto distinto dalla valutazione della sussistenza del fatto, nella sua materialità, rilevanza disciplinare ed imputabilità al lavoratore, il giudizio in ordine alla sua gravità, necessario ai fini della verifica della adeguatezza della sanzione, in relazione al quale rilevano tutti gli elementi di contesto del fatto addebitato e, vale adire, per dirne alcuni, la natura della prestazione, il grado di fiduciarità, le eventuali attenuanti o aggravanti, appartenenti al momento valutativo della ricorrenza della causale legittimante il recesso ²⁰⁸.

Sulla scorta di siffatta ricostruzione, il Tribunale conclude che la locuzione «insussistenza del fatto contestato», alla quale la norma statutaria ricollega la reintegrazione nel posto di lavoro, «alluda» alle ipotesi nelle quali il fatto, disciplinarmente rilevante, è risultato inesistente in modo assoluto, alle altre nelle quali è accertato che il lavoratore non lo ha commesso o nelle quali la prova raggiunta non è sufficiente a suffragare che lo abbia commesso e, pure, alle ipotesi in cui il fatto contestato, in disparte ogni considerazione sulla sua sussistenza, postuli, secondo le previsioni del contratto collettivo, una sanzione di tipo conservativo ²⁰⁹.

²⁰⁷ Si chiarisce, a riguardo, che «la riforma ha valorizzato direttamente le sanzioni conservative previste dall'autonomia collettiva, che diventano obbligatorie per il giudice».

²⁰⁸ Si veda E. GULINO, *op. cit.*, 321, che, sul punto, rileva come siffatto approccio, escludendo che la gravità del fatto e la proporzionalità della sanzione possano essere vagliate al principio, quando si valuta, cioè, se annullare il recesso, rappresenti «l'unico idoneo a supportare l'autonomia delle differenti ipotesi di tutela delineate dall'art. 18». All'A. si rinvia, pure, per ulteriori indicazioni giurisprudenziali.

²⁰⁹ Così dispone anche Trib. Taranto, ord. 3 giugno 2013, in *Foro it.*, 2013, I, 2650 ss. (di cui pure dà atto il giudice barese), che, però, si riferisce al fatto quale «“fatto giuridico” (disciplinarmente rilevante)». Chiarisce, a

Si rammenta, infine, la decisione del Tribunale di Voghera che accerta il «nucleo essenziale» dei fatti contestati al ricorrente, ma giudica la condotta, in considerazione delle circostanze, inidonea a ledere irrimediabilmente il vicolo fiduciario²¹⁰.

Cosicché, rilevato come i fatti non possano dirsi insussistenti, e nemmeno rientranti tra quelli per i quali la contrattazione collettiva prevede l'applicazione di sanzioni conservative, il giudice lombardo, come quello pugliese, applica la tutela indennitaria di cui all'art. 18, comma 5, dello Statuto.

5. Le due discipline e il “dialogo” aperto dal legislatore delegato

Nel quadro sin qui delineato si collocano le decisioni della Corte di Cassazione, dei cui arresti si è innanzi trattato, cui si aggiunge, oggi, il decreto attuativo della legge n. 183/2014, che della prima statuizione del Supremo Collegio segue la scia.

L'opportunità di un'interrelazione tra il decreto delegato e la disciplina dello Statuto era stata prospettata sin dal principio.

Già all'indomani della delega, era stato auspicato, come s'è detto, che si valutasse la possibilità di porre rimedio alle incertezze applicative provocate dalla riforma del 2012.

E, in effetti, sotto questo aspetto, il provvedimento ha il merito di aver blindato quelle disposizioni in cui si prevede che, mancando gli estremi del recesso per giustificato motivo soggettivo o giusta causa, il rapporto si estingua e, specialmente, quelle nelle quali s'individuano le ipotesi sottratte all'efficacia estintiva del recesso, nel chiaro intento di renderle impermeabili agli attacchi, che già hanno posto nel nulla gli sforzi del legislatore

riguardo, il Tribunale tarantino che «il “fatto contestato” debba intendersi non come “fatto materiale” ma come “fatto giuridico” (...) cioè non come mera condotta materiale (azione/omissione, nesso di causalità, evento), ma come condotta imputabile e colposa dovendosi altresì considerare il disposto normativo di cui all'art. 2106 c.c. (...), dovendosi quindi trattare comunque di un inadempimento disciplinare rilevante e astrattamente punibile con il licenziamento». Tanto, però, prosegue il giudice, «limitatamente ai profili soggettivi dell'azione/omissione, quali la consapevolezza, l'intenzionalità o il grado di dolo, che attengono alla considerazione della sussistenza del “fatto”, diversamente dagli elementi estrinseci e dalla intrinseca gravità, oggetto di un vero e proprio momento valutativo» (nello stesso senso, la più recente sentenza del Trib. Foggia 6 ottobre 2014, in *www.ilcaso.it*). In ordine alla decisione del Tribunale tarantino, si veda quanto osservato da V. SPEZIALE, *op. cit.*, 366, cui si rinvia anche per gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali indicati.

²¹⁰ Trib. Voghera, ord. 14 marzo 2013, in *www.teleconsul.it*. Si veda, pure, Trib. Milano, ord. 23 aprile 2013, in *Boll. Spec. Adapt*, 2013.

del 2012, di quanti tendono, in via interpretativa, a distorcere la natura, oramai solo eccezionale, della tutela che contempla il ripristino del rapporto.

Resta da chiedersi, a questo punto, se vi sarà un processo di osmosi tra le due discipline.

La risposta a tale quesito dipende da come s'interpreterà il rapporto tra le previsioni dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 e quelle dello Statuto dei lavoratori.

Secondo un'opzione ermeneutica, l'esplicita qualificazione del fatto, quale "fatto materiale", ad opera dell'art. 3, «potrebbe ben far supporre che *a contrario* quello considerato dall'articolo 18, comma 4, Stat. lav., vada considerato come "giuridico"»²¹¹.

Secondo altra impostazione, invece, sarebbe possibile una lettura dello Statuto alla luce della formulazione adottata dal decreto attuativo. Cosicché, ove giudicando della legittimità di un licenziamento rientrante nel campo di applicazione della norma statutaria, si faccia applicazione della nozione di "fatto materiale", essendo, peraltro, tale lettura perfettamente compatibile con la lettera e la *ratio* della norma, si avrà, per altra via, quell'effetto di omogeneizzazione tra le due categorie di lavoratori ovvero tra quanti sono ancora sottoposti all'art. 18 e quanti, invece, ricadono nel campo di applicazione del nuovo regime²¹².

Cosa, questa, invero, auspicabile.

Con l'evidente recepimento, nelle disposizioni del d.lgs. n. 23 cit., degli approdi raggiunti dalla Suprema Corte nella decisione anzidetta, il legislatore ha, insomma, aperto un "dialogo" con la giurisprudenza, che potrebbe trovare il punto di composizione proprio in una lettura uniforme del "fatto" così come considerato nello Statuto dei lavoratori e nel decreto delegato.

²¹¹ In questi termini, F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità*, cit., 78.

²¹² A riguardo, v'è chi ha riconosciuto nel varo immediato del decreto attuativo la «suggerzione (...) di utilizzarlo per influenzare le prassi applicative della riforma del 2012, omogeneizzando di fatto la regolazione del rapporto del personale in servizio a quella dei neoassunti». Così R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 26 ss. Secondo l'A., «l'idea dell'Esecutivo» è, in buona sostanza, quella «di "educare" la magistratura ad una lettura interpretativa, che, per via del decreto attuativo del *Jobs Act*, ritorni alla *ratio* originaria della riforma del 2012, recuperando, ai fini della concessione o meno della reintegra, la centralità della sussistenza o della insussistenza del fatto materiale posto alla base della risoluzione del rapporto». In termini non dissimili, T. TREU, *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida lav.*, n. 3, 2015, 13, secondo cui le indicazioni del decreto attuativo vogliono «"correggere" quelle interpretazioni del precedente art. 18, sostenute in giurisprudenza e ancor più in dottrina, secondo le quali il fatto determinante il licenziamento non doveva intendersi come fatto materiale, bensì come fattispecie giuridicamente qualificata e quindi suscettibile di apprezzamento dal giudice, appunto per valutare se fosse tale da configurare o meno causa legittimante il licenziamento».

E, in questo quadro, la formulazione della nuova disposizione ben si presta ad una funzione di “faro”.

Da un lato, il riferimento espresso alla natura del fatto, dall’altro, la professione di estraneità della valutazione rispetto ad ogni giudizio circa la sproporzione del licenziamento, decretano definitivamente la vittoria del “fatto materiale”.

C’è da chiedersi, allora, se abbandonato il duello che ha contrapposto il fatto materiale al fatto giuridico, si apra la via ad una nuova *querelle* tutta interna al “fatto materiale”.

A questo punto, solo un monito, «non pretendiamo che le cose cambino, se continuiamo a fare le stesse cose»²¹³.

²¹³ A. EINSTEIN, come riportato da S. PIVATO, *Al limite della docenza, Piccola antropologia del professore universitario*, Donzelli editore, Roma, 2015, 3.

CAPITOLO QUARTO

IL RUOLO DELL'AUTONOMIA NELLA FASE DI ROTTURA DEL RAPPORTO: SPUNTI DI RIFLESSIONE DALL'ESPERIENZA FRANCESE

SOMMARIO: 1. Una flessibilità accorta. – 2. Un accordo per lo scioglimento del rapporto. –
2.1. L'esempio francese per la "modernizzazione" del mercato del lavoro: la *rupture conventionnelle*. – 2.2. La disciplina dell'istituto.

1. Una flessibilità accorta

Prendendo le mosse dal presupposto che congegnare la disciplina del rapporto come un apparato "snello" che regola il lavoro per come serve, adattandosi ad un mercato sempre più poliedrico, mutevole e dinamico, possa contribuire al superamento dell'*empasse* in cui versa l'occupazione, l'impegno profuso, non soltanto a livello nazionale, a flessibilizzare la materia diviene più che comprensibile.

Ma, considerata la posta in gioco, l'impegno, se non speso con una certa ampiezza di vedute, rischia di non risultare sufficiente.

Per restare al piano sin qui indagato, quello della flessibilità in uscita, si è anticipato come alla base delle riforme che hanno interessato la disciplina dei licenziamenti negli ultimi anni si ponga la convinzione che serva conferire maggior certezza alla determinazione datoriale di mettere fine al rapporto che lega le parti, tanto in termini di precisa delimitazione del campo di applicazione della tutela che ripristina la funzionalità del rapporto risolto, quanto in termini di "blindaggio" della decisione datoriale, posta dalla legge al riparo dalle incursioni di terzi.

Se è ben possibile ipotizzare, come già si è fatto, che dal livello di rigidità delle conseguenze che discendono dal licenziamento illegittimo – specialmente quando il recesso datoriale sia l'effetto di determinazioni che ineriscono all'organizzazione della produzione

e del lavoro – dipenda la disposizione datoriale ad investire, non ci si deve, però, abbandonare ad un’ottica miope.

Quella che si richiede è un’opera di rimodulazione dell’intera disciplina. Serve flessibilizzare le regole incidenti sulla decisione unilaterale del datore di lavoro di mettere fine al rapporto. Ma l’opportunità dell’adozione di un’ottica più ampia imporrebbe, forse, di allargare il campo degli interventi anche ad altri ambiti che, pur se su di un piano differente, afferiscono ciò nonostante alla questione se sia utile destituire di rigidità la scelta, che sia di una o di entrambe le parti, di mettere fine ad un rapporto non più desiderato.

È indubbio che lo sforzo già speso abbia avuto come urgenza la necessità di porre rimedio alle questioni lasciate aperte dalla riforma della disciplina dei licenziamenti operata con la legge 28 giugno 2012, n. 92.

E, in questo senso, si è detto ampiamente delle conseguenze che discendono dalla grossa incertezza applicativa che attanaglia quei passaggi che individuano nell’insussistenza del fatto lo “spartiacque” posto a separare la tutela che contempla la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro da quella che prevede la sola riparazione economica per il torto da questi subito. Incertezza, questa, in grado di far vacillare, da sola, la tenuta dell’intero modello di tutela.

Non è di certo di poco conto, è vero, che, al cospetto di una disciplina che consente la slabbratura delle sue stesse maglie, il riformatore abbia messo da parte l’articolo 18 dello Statuto ed adottato un nuovo articolato destinato a sostituirlo.

Ma se si confida nell’utilità di flessibilizzare la disciplina che regola l’uscita dal rapporto, a quel punto è necessario perseguire l’obiettivo di una flessibilità accorta.

Con ciò non si vuole alludere al fatto che le minori tutele sul piano della conservazione del rapporto debbano essere bilanciate con l’adozione di misure che consentano – attraverso la messa in opera di politiche attive e, in generale, di iniziative che abbiano ad effetto il “traghetamento” del piano della tutela del lavoratore dal rapporto al mercato – un riequilibrio di quella asimmetria che, sebbene nei termini di quanto già ricostruito in ordine alla condizione di emancipazione del lavoratore, residua in capo alle parti del rapporto.

E non vi si vuole alludere perché è chiaro, insito com’è nella stessa logica che, nel pieno spirito delle politiche di *flexicurity* cui aderiscono le riforme nazionali in atto, vuole

il contemperamento delle istanze di flessibilità e sicurezza. Perciò nemmeno vale la pena di rimarcarlo, rinviando a quando già osservato sul punto.

Quello cui s'intende alludere è la necessità di un intervento che riconosca quei valori che discendono dal conferire agilità applicativa alle norme che supervisionano la decisione di mettere fine al rapporto, oltre che dal mettere in "sicurezza" il risultato della decisione medesima, ma che, però, non s'appiattisca su di una logica di *favor* per l'una o l'altra parte del rapporto.

Perché, d'altro canto, se è chiaro che si debba rifuggire da quei meccanismi che sostengono la malcelata vocazione di "agevolare" il datore di lavoro nella sua fuga dal vincolo, nemmeno si deve eccedere nel senso contrario.

Si è detto della capacità di entrambe le parti d'impersonare il nuovo "ruolo" raggiunto negli equilibri interni ed esterni al rapporto.

Da un lato, v'è un lavoratore più avveduto, cui dover restituire lo *status* di maggiorenne ²¹⁴, in grado, oggi, di partecipare alle vicende che lo interessano su di un piano di gran lunga meno impari, di quanto lo fosse in passato, al cospetto alla sua controparte contrattuale.

Dall'altro, un datore di lavoro, dotato «di una moderna cultura delle regole e della gestione» ²¹⁵, chiamato, nell'amministrazione del rapporto, ad una vera e propria assunzione di responsabilità, soprattutto in considerazione di quella tendenza che, come pure si è detto, vuole allocare fuori dal rapporto larga parte dell'apparato protettivo delle istanze del lavoratore.

E, in questo contesto, è vero che la penuria di occupazione e, in generale, le distorsioni che caratterizzano il mercato del lavoro continuano ad essere un *handicap* che giustifica la necessità della predisposizione della stessa disciplina protettiva, ma ciò non basta a convincere che, adottate le giuste misure di riequilibrio, non valga comunque la pena di consegnare al lavoratore gli strumenti per negoziare, oltretutto, anche la fine del suo rapporto.

²¹⁴ Secondo l'espressione di P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 59 ss.

²¹⁵ Mutuando quanto osservato da L. ZOPPOLI, *Il "riordino" dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 76 ss., con riferimento alle imprese.

Insomma, tirando le somme del discorso, sembra possibile, allo stato, affermarsi l'esistenza delle condizioni che consentono una sistemazione della materia giuslavorista che lasci alle parti adeguato spazio nella gestione dei propri interessi.

Che non serva allora, anche ai fini dell'opportunità di destituire di rigidità l'uscita dal rapporto, valorizzare questa nuova consapevolezza?

2. Un accordo per lo scioglimento del rapporto

Lasciare alle parti l'opportuno spazio nella gestione di ognuna delle fasi del rapporto, compresa quella finale, mettendole nelle condizioni di definire, assistite da un'adeguata normativa di riequilibrio delle asimmetrie più volte ricordate, gli assetti degli interessi di ciascuna di esse, può significare, per ipotesi, contemplare un accordo che abbia ad oggetto lo scioglimento del rapporto stesso.

In questo caso, alla disciplina che regola il negozio e la capacità negoziale delle parti, i cui spazi di manovra variano a seconda che si adotti un articolato normativo più o meno incidente sulla autonomia riconosciuta loro, in via generale, dalla legge, possono collegarsi, oltretutto, conseguenze in tema di controllo giudiziale, prevedendo, per esempio, che l'adozione di una procedura "assistita" di negoziazione o di omologazione successiva alla negoziazione "libera" delle parti del rapporto serva a conferire stabilità al risultato della trattativa stessa.

Stabilità che, dal canto suo, può essere congegnata con l'obiettivo, immediato, di contenere entro precisi limiti l'insorgere del contenzioso tra le parti con riferimento al negozio, e, quindi, al rapporto, concluso. Cui è possibile immaginare si aggiunga l'obiettivo, mediato, di beneficiare delle esternalità che si avrebbero in termini di deflazione di quel contenzioso che, con buona probabilità, insorgerebbe se, in luogo dell'accordo di entrambe, fosse la scelta di una delle parti a mettere fine al rapporto e, specialmente, la determinazione datoriale di licenziare il lavoratore.

Insomma, è possibile pensare che regolare *ex ante* la facoltà delle parti del rapporto di convenire, sotto l'attenta "guida" del dato legislativo, la rottura del vincolo che le lega possa contribuire allo stesso scopo, quello di flessibilizzare l'uscita dal rapporto, cui

s'indirizzano quegli interventi che, per restare al piano nazionale, hanno inteso, come anzidetto, delimitare entro precisi confini il rimedio, esperibile per reagire all'ipotesi di licenziamento illegittimo, che contempla la reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e, quindi, preservare la scelta datoriale di porre fine, nonostante tutto, al legame.

2.1. L'esempio francese per la "modernizzazione" del mercato del lavoro: la *rupture conventionnelle*

L'opportunità della tipizzazione di un negozio che abbia ad oggetto la risoluzione consensuale del rapporto è stata accolta in Francia, dove, in tempi abbastanza recenti, ha fatto il suo ingresso un particolare istituto deputato allo scopo²¹⁶.

Introdotta dalla legge di «modernizzazione del mercato del lavoro», la n. 596 del 25 giugno 2008²¹⁷, la *rupture conventionnelle* è un dispositivo legale che consente, attraverso la stipulazione di un accordo regolato dalla legge, la rottura del legame che avvince le parti del contratto di lavoro²¹⁸.

²¹⁶ In Italia, un intervento in materia di risoluzione consensuale del rapporto di lavoro è stato adottato, di recente, sempre in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183, e parimenti allo scopo d'implementare lo snellimento dell'apparato regolativo del lavoro.

Il d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151, recante «disposizioni di razionalizzazione e semplificazione delle procedure e degli adempimenti a carico di cittadini e imprese e altre disposizioni in materia di rapporto di lavoro e pari opportunità», stabilisce che al di fuori della specifica ipotesi contemplata dal testo unico in materia di tutela e sostegno della genitorialità (il riferimento è alle ipotesi di cui all'art. 55, comma 4, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151), la risoluzione consensuale del rapporto di lavoro debba essere fatta, a pena di inefficacia, esclusivamente con modalità telematiche, servendosi di appositi moduli resi disponibili dal Ministero del lavoro e delle politiche sociali attraverso il sito istituzionale e trasmessi al datore di lavoro e alla Direzione territoriale del lavoro competente secondo le modalità individuate con decreto del Ministro del lavoro (decreto 15 dicembre 2015, in G.U. n.7 dell'11 gennaio 2016).

Al lavoratore è concessa la facoltà di revocare la risoluzione, nel termine di sette giorni dalla data di trasmissione del modulo.

Le disposizioni anzidette non si applicano, oltre che al lavoro domestico, nel caso in cui la risoluzione consensuale intervenga nelle sedi di cui all'art. 2113, quarto comma, cod. civ. o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276 del 2003.

Prima dell'ultima novella, la disciplina era affidata alle disposizioni della legge 28 giugno 2012, n. 94, all'articolo 4, commi da 17 a 23 *bis*.

²¹⁷ Rubricata «*LOI (...) portant modernisation du marché du travail*».

²¹⁸ Sulla questione della portata innovativa di una legge che regoli un «terzo tipo» di rottura, terzo rispetto alla rottura ad iniziativa del datore di lavoro e quella ad iniziativa del lavoratore, si rimanda all'esame di G. LOISEAU, *Rupture du troisième type: la rupture conventionnelle du contrat de travail*, in *Droit social*, 2010, 297 ss. («*la nouveauté tient aussi à la promotion qui est faite de la commune volonté comme une troisième voie pour mettre fin à un contrat de travail, à côté de la rupture à l'initiative de l'employeur et de celle à l'initiative du salarié*»).

L'istituto, definito, in dottrina, come uno degli elementi maggiormente "illustrativi" della volontà di flessibilizzare le relazioni di lavoro, si atteggia ad una sorta di «*divorce par consentement mutuel*», giacché concepito come l'incontro della determinazione di ciascuna delle controparti, datore di lavoro e lavoratore, di ottenere, negoziandone le condizioni, che si metta fine alla perpetuazione del vincolo che le lega in ragione dell'esistenza, tra loro, di un rapporto di lavoro a tempo indeterminato ²¹⁹.

E tanto è chiaro nel dato della legge che – stabilito che «*l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie*» ²²⁰ – rivela l'intento programmatico di dotare la disciplina, approntata per regolare il contenuto e la procedura di formazione dell'accordo, di un apparato di previsioni poste a vigilare sulla sicurezza della negoziazione e, specialmente, a garantire la libertà di consenso delle parti.

Già prima che nella legge di modernizzazione, la *rupture conventionnelle* debutta nelle previsioni dell'*accord national interprofessionnel*, d'ora innanzi ANI, dell'11 gennaio 2008 ²²¹, che, come la legge anzidetta, dispone «*sur la modernisation du marché du travail*», nelle quali le parti sociali fissano, prima, le coordinate per la predisposizione di strumenti di risoluzione consensuale del rapporto, per, poi, occuparsi, nello specifico, dell'istituto ²²².

Col dichiarato fine di «privilegiare», in occasione della rottura del contratto di lavoro, la ricerca di «soluzioni negoziate», gli stipulanti precisano come l'opzione in favore di forme consensuali di risoluzione del rapporto, che certamente mira a promuovere il reclu-

²¹⁹ Si rimanda alla lettura di E. MAZUYER, *La mesure des flexibilités du droit du travail*, in *Semaine Sociale Lamy*, 2015, Supplément n. 1680, 5, che – nell'osservare come «*la consécration de la rupture conventionnelle du contrat de travail*» rappresenti, «*sans aucun doute*», «*un des éléments les plus illustratifs de la volonté de flexibiliser les relations de travail*» – mette in evidenza il chiaro collegamento dell'istituto con l'accoglimento delle istanze che provengono dalle politiche di flessibilizzazione della materia.

²²⁰ Art. L1237-11 *Code du travail*.

²²¹ Circa l'accordo, si rinvia a S. LAULOM, *Il diritto del lavoro francese di fronte alla crisi*, in G. Loy (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011, 145. L'A. osserva che l'ANI del 2008 abbia «dal punto di vista della forma e del vocabolario (...) tutti gli ingredienti della flessicurezza», tanto da essere stato qualificato come un «Accordo di flessicurezza alla francese», di cui la *rupture conventionnelle* è la «misura faro».

²²² Sull'accordo, v. F. GAUDU, *L'accord sur la «modernisation du marché du travail»: érosion ou refondation du droit du travail?*, in *Droit Social*, 2008, 268 ss. E, pure, J. PELISSIER, *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2008, 679 ss., il quale osserva che la parola modernizzazione sia, in effetti, «à la mode» per dare una veste positiva alle riforme intraprese. E quanto, in particolare, al suo utilizzo da parte della rubrica della legge, l'A. sostiene che si tratti di una denominazione ingannevole («*trompeuse*»), giacché il suo contenuto, a differenza di quello dell'accordo, è abbastanza limitato.

tamento ed espandere l'occupazione, migliorando e garantendo i diritti dei lavoratori, non debba, tuttavia, comportare restrizioni sulla capacità dei lavoratori di far valere i loro diritti, dovendosi, piuttosto, concretare nella realizzazione di dispositivi progettati per ridurre al minimo le fonti di contenzioso ²²³.

Per quanto concerne lo specifico piano della *rupture conventionnelle*, le parti sociali esordiscono, poi, mettendo in evidenza, ad apertura dell'articolato dedicato all'istituto, l'importante funzione di "messa in sicurezza" delle condizioni nelle quali le parti possono convenire, di comune accordo, la rottura del contratto di lavoro che le lega ²²⁴.

S'è detto, in dottrina, della pregnanza di questo passaggio, specie in ordine alle conseguenze che ne discendono in materia di intervento di terzi, e, quindi, pure dei giudici, sulla sistemazione degli interessi operata dalle parti col ricorso all'istituto, annoverato, perciò, tra gli «strumenti di evitamento del controllo giudiziale mobilitati per consentire all'impresa di sciogliere il vincolo contrattuale senza ricorrere al licenziamento per motivo economico», giacché, come pure s'è osservato, la funzione di «securizzazione» cui assolve riguarda, soprattutto, «la sottrazione del prodotto della contrattualizzazione del recesso al controllo giudiziario» ²²⁵.

Ed è proprio nell'obiettivo di securizzare le condizioni anzidette che le parti sociali si preoccupano di scandire, nel dettaglio, le caratteristiche cui conformare l'istituto, sin a

²²³ L'art. 12 dell'accordo dell'11 gennaio 2008, cit., rubricato «*Privilégier les solutions négociées à l'occasion des ruptures du contrat de travail*», stabilisce che «*La recherche de solutions négociées vise, pour les entreprises, à favoriser le recrutement et développer l'emploi tout en améliorant et garantissant les droits des salariés. Elle ne doit pas se traduire par une quelconque restriction de la capacité des salariés à faire valoir leurs droits en justice mais au contraire se concrétiser dans des dispositifs conçus pour minimiser les sources de contentieux*».

²²⁴ Si legge, nell'accordo, che «*il convient, par la mise en place d'un cadre collectif, de sécuriser les conditions dans lesquelles l'employeur et le salarié peuvent convenir en commun des conditions de la rupture du contrat de travail qui les lie*».

²²⁵ A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in *Riv. Giur. del Lav. e della Prev. Soc.*, 2012, 561.

Sulla questione della securizzazione della rottura, sottraendola ad un controllo giudiziale troppo intrusivo, anche in collegamento col fine di incentivare l'occupazione («*afin de libérer les désirs d'embauche*»), si veda T. SACHS, *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique*, in *Droit Social*, 2015, 1019 ss. e prima ID., *La raison économique en droit du travail. Contribution à l'étude des rapports entre le droit et l'économie*, Thèse de doctorat Mention droit privé, Université Paris Ouest Nanterre la Défense, 2009, 515. L'A. sostiene che la logica di evitamento del controllo giudiziale sottesa all'adozione dell'istituto conosce due declinazioni. L'una d'incitazione a non ricorrervi, l'altra, politica, di restrizione del controllo («*la logique d'évitement du juge connaît deux déclinaisons : une logique d'incitation à ne pas recourir au juge et une politique de restriction du contrôle du juge*»).

Efficace, a riguardo, l'espressione «*Sécuriser, c'est le maître mot*», G. COUTURIER, E. SERVERIN, *Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée ?*, in *Revue de droit du travail*, 2009, 205 ss.

partire dalla considerazione di come la rottura, che in nessun caso può essere imposta unilateralmente dall'una o dall'altra parte, debba essere retta dal consenso reso liberamente dalle parti che si accordano.

Libertà, quella di cui si tratta, che gli stipulanti l'accordo intendono sia garantita attraverso il necessario susseguirsi di tre fasi, ciascuna delle quali congegnata di modo da rendere effettiva la condizione di assenza di costrizioni esterne, consistenti in una fase preventiva di discussione tra le parti, cui segue la sottoscrizione della convenzione e, infine, nell'ipotesi in cui ne ricorrano i presupposti, l'omologazione dell'accordo ad opera dell'autorità amministrativa.

Fase, quest'ultima, che interviene, a chiusura del procedimento di negoziazione, a suggellare la «sicurezza giuridica del dispositivo», già spalleggiata dalle disposizioni che prevedono la stipulazione dell'accordo scritto secondo i presupposti di garanzia anzidetti, cui si somma, pure, il diritto di ritrattazione, nel termine di quindici giorni seguenti alla sottoscrizione dell'accordo, giacché sopraggiunge, in ragione della sottoposizione al vaglio amministrativo dell'accordo varato, a conferire stabilità al risultato voluto e affidato all'accordo negoziato dalle parti ²²⁶.

Insomma, è chiara la volontà consacrata nell'ANI di fare leva, ai fini della modernizzazione del mercato del lavoro, sull'implementazione di soluzioni negoziate, “securizzate” alla maniera di cui si è anticipato. Scelta che, tuttavia, non si esaurisce nella “promozione” degli strumenti negoziali, finendo, inevitabilmente, per lambire la stessa disciplina del licenziamento.

Ragione per la quale l'accordo è divenuto oggetto di particolare attenzione da parte degli interpreti, preoccupati di discernere l'impatto sul sistema.

Sotto il precipuo aspetto dell'opzione in favore della *rupture conventionnelle* e del collegamento di questa con l'operatività della disciplina del licenziamento, si è avanzato che l'accordo desse il via ad un'aperta regressione della disciplina anzidetta.

V'è chi ha sostenuto, a riguardo, che le previsioni in materia di *rupture conventionnelle* fossero, in effetti, da annoverare come uno dei «*cinq attaques contre le droit du li-*

²²⁶ Sul punto, si rimanda alla lettura dell'accordo, secondo cui «*La sécurité juridique du dispositif, pour les deux parties, résulte de leur accord écrit qui les lie dès que la réunion de l'ensemble des conditions ci-dessus, garante de leur liberté de consentement, a été constatée et homologuée par le directeur départemental du travail précité au titre de ses attributions propres*».

cenciement» sferrati dall'accordo. Attacco, peraltro, per nulla necessario, giacché, prosegue la stessa dottrina, nemmeno possa essere considerato difficile, in Francia, per il datore di lavoro, il fatto di “separarsi” da un lavoratore assunto con contratto di lavoro a tempo indeterminato ed il licenziamento, dati alla mano, possa, piuttosto, essere ritenuto «possibile, (...) molto frequente (...), abbastanza raramente sanzionato». Circostanze, queste, niente affatto valorizzate dagli autori dell'ANI che, a dispetto delle rilevazioni, «hanno giudicato necessario semplificare grandemente la rottura dei contratti di lavoro»²²⁷.

L'ulteriore questione sollevata in relazione alle disposizioni dell'accordo è stata quella di individuare se le previsioni in materia di *rupture conventionnelle* fossero da considerarsi innovative, e, se sì, in quale misura, rispetto a quanto già in uso, in materia di *rupture d'un commun accord*, nell'ordinamento francese.

Con la legge n. 596 cit., che ha provveduto alla trasposizione delle statuizioni dell'accordo, il legislatore ha inserito una nuova sezione, dedicata all'istituto, nel corpo del *Code du travail*, che, prima di tanto, conteneva soltanto alcune disposizioni, in materia di accordo delle parti allo scopo di mettere fine al contratto di lavoro che le lega, concernenti fattispecie determinate, come per l'ipotesi di rottura del contratto di apprendistato o del contratto a tempo determinato, tanto che, al di fuori di quelle contemplate, è stato necessario che le Corti intervenissero, pronunciandosi in ordine alla liceità ed agli effetti degli accordi stipulati²²⁸.

S'è detto, sulla questione, che la modalità di rottura di cui si tratta, pur essendo stata presentata come «una modernizzazione senza precedenti delle relazioni individuali di lavoro», abbia finito per rivelarsi una *rupture d'un commun accord*, sottoposta a nuove regole tanto nella conclusione, quanto negli effetti²²⁹.

²²⁷ Di questo avviso, E. DOCKES, *Un accord donnant, donnant, donnant, donnant...*, in *Droit Social*, 2008, 280 ss. A riguardo, l'autore osserva che, «*contrairement à ce qui se dit habituellement, il n'est pas si difficile en France de se séparer d'un salarié en contrat à durée indéterminée. (...) Le licenciement est (...), en droit français, un acte qui est non seulement possible, mais très fréquent (plus de 2500 par jour). Il est, de plus, assez rarement sanctionné*».

²²⁸ Sul punto, G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, Paris, 2015, 453 ss. Agli Autori si rimanda per un sguardo d'insieme della disciplina dell'istituto, oltre che, tra i più recenti, a E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2015, Dixième édition, 373 ss.

²²⁹ G. AUZERO, E. DOCKES, *ivi*. Scrivono, letteralmente, «*Cette rupture qui a été présentée par le Ministre du Travail comme «une modernisation sans précédent des relations individuelles de travail» n'est autre que la rupture d'un commun accord, soumise à de nouvelles règles aussi bien dans à conclusions que dans effets*». Agli AA. Si rinvia per la disamina della questione di come si pongono le due discipline, della *rupture conventionnelle* e delle *ruptures d'un commun accord*, nel rapporto tra loro, in ragione della sopravvenienza

Ma, tanto premesso, si vuole ripercorrere, in poche battute, la disciplina dell'istituto.

2.2. La disciplina dell'istituto

La disciplina dell'istituto è affidata, come anzidetto, alle disposizioni del *Code du travail*²³⁰.

L'articolato consta di una serie di previsioni che regolano il contenuto e la procedura di formazione dell'accordo, con l'evidente obiettivo di predisporre un apparato normativo posto a vigilare sulla sicurezza della negoziazione e, specialmente, sulla libertà di consenso delle parti²³¹.

A tal fine, stabilito che il datore di lavoro ed il lavoratore possano convenire di comune accordo le condizioni alle quali pervenire alla rottura del contratto che le lega²³², la disposizione d'apertura delle sezione dedicata all'istituto, si preoccupa subito di recepire e fissare a chiare lettere quanto individuato dall'ANI in ordine alla garanzia d'indipendenza di coloro che si accordano²³³.

Ed è proprio sulla scorta di questa considerazione che si scandiscono, di seguito, le fasi della procedura.

di quella dedicata alla prima. Sulla nozione di *rupture d'un commun accord*, si rimanda a E. PESKINE, C. WOLMARK, *ibidem*, 373. La *rupture d'un commun accord* di un contratto di lavoro, spiegano gli AA., è una modalità di rottura del rapporto derivante dal diritto comune dei contratti ed è detta *rupture amiable du droit commun* per distinguerla da quella instaurata secondo la legge n. 596 succitata.

²³⁰ Art. L1237-11 e ss.

²³¹ Per il campo di applicazione, oggettivo e soggettivo, delle previsioni di cui si tratta G. AUZERO, E. DOCKÈS, *ibidem*, 457 ss. Specialmente sulle questioni relative alle *ruptures* che intervengono per motivi economici.

²³² L'art. 1237-11 cit. precisa a riguardo, come già aveva fatto l'ANI, che l'accordo non può essere imposto dall'una o dall'altra parte («*La rupture conventionnelle, exclusive du licenciement ou de la démission, ne peut être imposée par l'une ou l'autre des parties*»). Si rimanda alle osservazioni di F. GAUDU, *Les ruptures d'un commun accord*, in *Droit ouvrier*, 2008, 603, circa il significato di questa previsione e, specialmente, se si tratti di una precisazione ridondante oppure se abbia un significato distinto rispetto al divieto generale di vizio di violenza. Sul punto, si veda anche D. BOULMIER, *Brèves réflexions sur le contextes de la rupture conventionnelle*, in *La Semaine Juridique Edition Sociale*, 2013, 53, 4, che definisce la formulazione anzidetta strana («étrange»), soprattutto dal punto di vista del lavoratore, giacché lascia supporre, prosegue l'A., che questi possa imporre la rottura al datore di lavoro.

²³³ Critico sulla effettiva libertà delle parti è J. PELISSIER, *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2008, 681 ss., che, della libertà del lavoratore, dice essere fittizia in molti casi («*la liberté de décision du salarié sera, dans la plupart des cas, fictive*»).

Innanzitutto, si stabilisce che l'intero *iter* abbia inizio con uno o più colloqui, nel corso dei quali le parti possono farsi assistere.

Pure destinate a proteggere la libertà delle parti sono le previsioni in ordine alla forma nella quale deve essere consacrata la determinazione di porre fine al rapporto.

La volontà delle parti deve risultare da un atto (*convention*) scritto, firmato da entrambe, nel quale si definiscono le condizioni dell'accordo e, segnatamente, l'ammontare dell'indennità (*indemnité spécifique de rupture conventionnelle*) che non può essere inferiore a quello previsto per l'indennità di licenziamento²³⁴, oltre che la data della rottura, che, per espressa previsione del Codice, non può avvenire prima del giorno successivo a quello in cui avviene l'omologazione della convenzione.

A garanzia della libertà delle parti la legge assegna a ciascuna di esse un termine di quindici giorni, a partire dalla data di sottoscrizione ad opera di entrambe, per esercitare il diritto di ritrattazione²³⁵.

Spirato questo termine, la convenzione può essere sottoposta alla procedura di omologazione ad opera dell'autorità amministrativa (*directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi*²³⁶).

È la parte più diligente a domandare l'omologazione. Dopodiché l'autorità amministrativa dispone di un termine di quindici giorni lavorativi, che decorrono a partire dalla ri-

²³⁴ Prevista all'art. L. 1234-9. L'importo dell'indennità è, dunque, pari almeno all'importo dell'indennità legale di licenziamento. Per la questione, si rinvia a G. AUZERO, E. DOCKÈS, *op. cit.*, 464, specialmente quanto all'applicabilità, all'indennità specifica, delle condizioni alle quali l'articolo anzidetto riserva ai lavoratori il diritto all'indennità di licenziamento. Ad ogni modo, sotto questo aspetto, si fa chiaro il collegamento delle sorti dell'istituto con la riforma del mercato del lavoro attualmente in corso in Francia, che porta il nome del Ministro El Khomri. Il progetto di legge all'esame in questi giorni contempla un complesso di misure di flessibilizzazione della disciplina. Tra le proposte avanzate v'è, pure, la fissazione di un tetto alle indennità di licenziamento basate sull'anzianità.

²³⁵ Tale diritto deve essere esercitato inviando una lettera, indirizzata con ogni mezzo purché risulti la data di ricezione dell'altra parte.

Sulla questione, si legga quanto sostenuto da G. LOISEAU, *op. cit.*, 297 ss. L'A. osserva che nella costruzione dell'istituto il diritto di cui si tratta si presenti come un mezzo attraverso cui ciascuna delle parti può assicurarsi che l'altra voglia mantenere in essere la convenzione («*le droit de rétractation se présente au final comme un moyen de s'assurer de la volonté réciproque des deux parties de persister dans une rupture conventionnelle compte tenu, pour l'un, de sa volonté réelle de rompre le contrat et, pour l'autre, de la fiabilité de cette rupture*»). All'A. si rimanda, pure, per la ricostruzione dell'intero meccanismo di securizzazione realizzato dalle disposizioni che regolano l'istituto.

²³⁶ Individuato in base al luogo in cui ha sede il datore di lavoro.

cezione della domanda, per accertare il rispetto delle condizioni previste dalla legge, oltre che della libertà di consenso delle parti²³⁷.

In mancanza di comunicazioni ad opera dell'autorità anzidetta nel termine fissato, l'omologazione s'intende acquisita.

L'omologazione è condizione di validità della convenzione e non può essere oggetto di una controversia distinta da quella relativa alla convenzione.

Giacché, precisa la legge, tutte le controversie che abbiano ad oggetto la convenzione, l'omologazione o il rifiuto dell'omologazione sono di competenza dei *conseils des prud'hommes*²³⁸.

Il ricorso giudiziale deve essere presentato, a pena di decadenza, nel termine di dodici mesi che decorrono a partire dalla data di omologazione della convenzione²³⁹.

È stato sottolineato, in dottrina, come l'interesse a fare ricorso all'istituto sussista per entrambe le parti. Quello del lavoratore consta nel fatto «che, contrariamente alle dimissioni, questo tipo di recesso non mette in questione l'indennità di disoccupazione, e assicura altresì (...) la sicurezza della transizione professionale». D'altro canto, «per il datore di lavoro l'interesse risiede nella sicurezza del recesso», giacché si suppone che la modalità di cui si tratta «risponda, in effetti, ad una insicurezza maggiore che pesa sui datori di lavoro, quella del rischio giudiziario che corrono nel caso in cui il recesso dipenda da una loro iniziativa»²⁴⁰.

²³⁷ Sul punto, T. SACHS, *La raison économique en droit du travail*, op. cit., 514, osserva che l'insieme delle previsioni mira a garantire la qualità del consenso delle parti («l'ensemble de ces mécanismes vise à garantir la qualité du consentement des parties, principalement de celui du salarié, de manière à éviter toute contestation ultérieure de la rupture devant le juge»).

²³⁸ Si tratta di organi giurisdizionali di primo grado che accolgono al loro interno soltanto giudici che provengono dal mondo del lavoro. Non vi siedono, dunque, magistrati professionali, salvo casi particolari. Per la composizione e per le modalità di designazione dei consiglieri si rinvia a E. PESKINE, C. WOLMARK, op. cit., 693 ss.

²³⁹ In ordine all'oggetto delle possibili controversie, si rimanda alla lettura di quanto ricostruito da G. AUZÉRO, E. DOCKÈS, op. cit., 466 ss. E pure a Y. LEROY, *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2012, 254 ss.

²⁴⁰ Così S. LAULOM, op. cit., 146 ss.

BIBLIOGRAFIA

A. ALAIMO, *Ricollocazione dei disoccupati e politiche attive del lavoro. Promesse e premesse di security nel Jobs Act del Governo Renzi*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 249/2015.

E. ALES, *Diritti sociali e ‘discrezionalità’ del legislatore nell’ordinamento multilivello*, Relazione al Congresso dell’Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza Sociale, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell’ordinamento multi livello*, Foggia 28-30 maggio 2015.

P. AUER, *La flexicurity nel tempo della crisi*, in *Dir. rel. ind.*, 2011, 37 ss.

G. AUZERO, E. DOCKES, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, Paris, 2015.

F. BANO, S. BORELLI, *Lavoro e servizi transnazionali*, in *Lav. dir.*, 2008, 3 ss.

M. BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 181/2013.

G. BOLEGO, *Il licenziamento disciplinare nel prisma della disciplina introdotta dalla l. n. 92/2012*, nota a Trib. Ravenna, ord. 18 marzo 2013, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, II, 561 ss.

D. BOULMIER, *Brèves réflexions sur le contextes de la rupture conventionnelle*, in *La Semaine Juridique Edition Sociale*, 2013, 53, 3 ss.

V. BRINO, *La tutela reintegratoria per i nuovi assunti tra novità e conferme*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 83 ss.

V. CAGNIN, *I nuovi effetti del licenziamento per vizi formali e procedurali*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 133 ss.

U. CARABELLI, *Il sogno ipnotico della flessibilità occupazionale e della riduzione delle tutele legali e contrattuali del lavoro come strumenti indispensabili per il rilancio dell'economia e dell'occupazione*, novembre 2013, saggio destinato al *Liber amicorum* di Antonio Ojeda Avilés, in <http://www.dirittisocialiecittadinanza.org/editoriali/Editoriali.htm>.

F. CARINCI, *Il licenziamento disciplinare all'indomani del d.lgs. n. 23/2015*, in <http://csdle.lex.unict.it/>, 2015.

F. CARINCI, *Un contratto alla ricerca di una sua identità: il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti ('a sensi della bozza del decreto legislativo 24 dicembre 2014)*, in F. Carinci, M. Tiraboschi (a cura di), *I decreti attuativi del Jobs Act: prima lettura e interpretazioni. Commentario agli schemi di decreto legislativo presentati al Consiglio dei Ministri del 24 dicembre 2014 e alle disposizioni lavoristiche della legge di stabilità*, ADAPT Labour Studies, E-Book series n. 37, 2015, 65 ss.

F. CARINCI, *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 st.*, in S. Brusati, E. Gragnoli (a cura di), *Una prima esperienza sulla nuova disciplina dei licenziamenti*, Atti del seminario "in onore di Michele De Luca", in *Quad. di argomenti di diritto del lavoro*, n. 12, Cedam, Padova, 2014, 79 ss.

F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 287 ss.

M.T. CARINCI, *All'insegna della flessibilità*, in M.T. Carinci e A. Tursi (a cura di), *Jobs act, Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, X ss.

M.T. CARINCI, *Il licenziamento non sorretto da giusta causa e giustificato motivo soggettivo: i presupposti applicativi delle tutele previste dall'art. 18 St. lav. alla luce dei vincoli imposti dal sistema*, nota a Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1052 ss.

M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e Flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2012, 527 ss.

B. CARUSO, *Nuove traiettorie del diritto del lavoro nella crisi europea. Il caso italiano*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, 57 ss.

B. CARUSO, G. FONTANA, *Introduzione* al volume B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, 7 ss.

C. CESTER, *I licenziamenti nel Jobs Act*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 273/2015*.

L. CORAZZA, R. ROMEI, *Il puzzle delle trasformazioni*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 7 ss.

M. CORSO, comunicato stampa su "*Smart Working: scopriamo le carte!*", ricerca dell'Osservatorio *Smart Working*, Milano, 20 ottobre 2015.

P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, Giuffrè, Milano, 21 ss.

G. COUTURIER, E. SERVERIN, *Quel contentieux pour la rupture conventionnelle du contrat de travail à durée indéterminée ?*, in *Revue de droit du travail*, 2009, 205 ss.

M. DE LUCA, *Tre parole del legislatore non bastano per la rivoluzione copernicana promessa: il jobs act alla prova della giurisprudenza*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 281/2015*.

M. DE LUCA, *Il fatto nella riforma della tutela reale contro i licenziamenti illegittimi: note minime sulla prima sentenza in materia della Corte di cassazione*, nota a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Foro it.*, 2014, I, 3422.

R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento disciplinare nel nuovo art. 18: una chiave di lettura*, nota a Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1064 ss.

R. DEL PUNTA, *Verso l'individualizzazione dei rapporti di lavoro?*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 15 ss.

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

R. DEL PUNTA, *Cittadinanza, liberalismo sociale e diritto del lavoro*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Materiali dall'incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, Giuffrè, Milano, 99 ss.

E. DOCKES, *Un accord donnant, donnant, donnant, donnant...*, in *Droit Social*, 2008, 280 ss.

V. FERRARI, *Giuridicità del fatto materiale e materialità del fatto giuridico*, Nota a Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Foro it.* 2015, I, 3830.

L. FIORILLO, *Licenziamento individuale per giusta causa o giustificato motivo e tecniche di tutela dopo il Jobs act*, in *Studi in onore di Raffaele De Luca Tamajo*, in corso di pubblicazione.

L. FIORILLO, *Il contratto di lavoro a tempo determinato*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 95 ss.

L. FIORILLO, *La tutela del lavoratore in caso di licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 103 ss.

L. FIORILLO, *Licenziamento disciplinare e tutela reale: la rilevanza del “fatto materiale”*, nota a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Giur. it.*, 2014, 2789 ss.

L. FIORILLO, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, in A. Vallebona (a cura di), *Colloqui Giuridici sul Lavoro*, in *Guida lav.*, Suppl. dicembre 2012, 33 ss.

G. FONTANA, *Inderogabilità, derogabilità e crisi dell'uguaglianza*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 276/2015*.

G. FONTANA, *Problemi applicativi dell’art. 18 dello statuto dei lavoratori in materia di licenziamenti disciplinari*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, I, 273 ss.

L. GAETA, *La dialettica stabilità-precarietà*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 139 ss.

L. GALLINO, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2014.

U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 268/2015*.

F. GAUDU, *L’accord sur la «modernisation du marché du travail»: érosion ou refondation du droit du travail?*, in *Droit Social*, 2008, 268 ss.

- F. GAUDU, *Les ruptures d'un commun accord*, in *Droit ouvrier*, 2008, 594 ss.
- G. GENTILE, *L'ambito di applicazione della nuova disciplina*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 51 ss.
- E. GHERA, *Diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2011.
- S. GIUBBONI, Intervento su “*Il diritto del lavoro oggi*”, in *Lav. e dir.*, 2000, 33 ss.
- E. GULINO, *Accertamento del fatto contestato e sua valutazione nella modulazione delle tutele prevista dall'articolo 18 st. lav.*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 316 ss.
- P. ICHINO, *Due sentenze di Cassazione sulla disciplina dei licenziamenti*, (Nota a Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540 e Cass. 13 ottobre 2015, n. 20545), in <http://www.pietroichino.it/>.
- P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, 59 ss.
- M. LAMBERTI, *La somministrazione di lavoro*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 171 ss.
- S. LAULOM, *Il diritto del lavoro francese di fronte alla crisi*, in G. Loy (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011, 141 ss.
- Y. LEROY, *La rupture conventionnelle du contrat de travail*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2012, 249 ss.
- F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 257/2015*.

G. LOISEAU, *Rupture du troisième type : la rupture conventionnelle du contrat de travail*, in *Droit social*, 2010, 297 ss.

G. LOY, *Diritto del lavoro e crisi economica. Una prospettiva comparata*, in G. Loy (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica*, Ediesse, Roma, 2011, 11 ss.

F. LUNARDON, *La subordinazione*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Giappichelli, Torino, 2007, 3.

A. LYON-CAEN, *Eternelle crise*, in *Le Droit Ouvrier*, 2012, 68.

M. MAGNANI, *Il formante contrattuale: dal riordino dei “tipi” al contratto a tutele crescenti (ovvero del tentativo di ridare rinnovata centralità al lavoro subordinato a tempo indeterminato)*, in M. Rusciano e 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”.IT – *Collective Volumes - 3/2014*, 18 ss.

L. MARIUCCI, *I molteplici inganni del contratto a tutele crescenti*, in M. Rusciano e 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”.IT - *Collective Volumes - 3/2014*, 110 ss.

O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2013.

L. MENGONI, *Il lavoro nella dottrina sociale della Chiesa*, M. Napoli (a cura di), V&P Università, Milano, 2004.

M. NAPOLI, *I paradigmi del diritto del lavoro*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana*, in G. G. Balandi e G. Cazzetta (a cura di), *Diritti e lavoro nell’Italia repubblicana*, Materiali dall’incontro di studio Ferrara, 24 ottobre 2008, Giuffrè, Milano, 271 ss.

L. NOGLER, *I licenziamenti per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa nel d.lgs. n. 23 del 2015*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 507 ss.

L. PAGANI, (voce) *Flessibilità*, in *Dizionario di Economia e Finanza*, Treccani, 2012, disponibile alla pagina web [http://www.treccani.it/enciclopedia/flessibilita_\(Dizionario-di-Economia-e-Finanza\)/](http://www.treccani.it/enciclopedia/flessibilita_(Dizionario-di-Economia-e-Finanza)/).

M. PAPALEONI, *Commento art. 46 Cost.*, in R. De Luca Tamajo e O. Mazzotta (diretto da), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, 121 ss.

J. PELISSIER, *Modernisation de la rupture du contrat de travail*, in *Revue de Jurisprudence Sociale*, 2008, 679 ss.

L. PERINA, S. VISONÀ, *Il licenziamento per giusta causa o giustificato motivo: dottrina e giurisprudenza alla ricerca di un punto di equilibrio nella nuova disciplina del novellato art. 18*, in *La riforma del mercato del lavoro*, vol. IV, *Il Nuovo Diritto del Lavoro*, diretto da L. Fiorillo, A. Perulli, Giappichelli, Torino, 2014, 221 ss.

F. PEROCCO, *Cittadinanza sociale, trasformazioni sociali, crisi globale*, in D. Costantini, F. Perocco, L. Zagato (a cura di), *Trasformazioni e crisi della cittadinanza sociale*, Edizioni Ca' Foscari - Digital Publishing, Venezia, 2014, 11 ss.

A.M. PERRINO, Nota a Cass. 13 ottobre 2015, n. 20540, in *Foro it.* 2015, I, 3830.

A.M. PERRINO, Nota a Cass. 6 novembre 2014, n. 23669, in *Foro. it.*, 2014, I, 3420 s.

M. PERSIANI, *Altra notareella su un problema di interpretazione della nuova disciplina dei licenziamenti*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 645 ss.

M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 1 ss.

A. PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di “paradigma” per il diritto del lavoro?*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino, 2015, 3 ss.

A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell’art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 785 ss.

A. PERULLI, *Il potere direttivo e i suoi limiti generali*, in *Diritto del lavoro*, commentario diretto da F. Carinci, II, *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Giappichelli, Torino, 2007, 611.

E. PESKINE, C. WOLMARK, *Droit du travail*, Dalloz, Paris, 2015, Dixième édition.

R. PESSI, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs Act*, in R. Pessi, C. Pisani, G. Proia, A. Vallebona, *Jobs act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, 1 ss.

R. PESSI, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 26 ss.

S. PIVATO, *Al limite della docenza, Piccola antropologia del professore universitario*, Donzelli editore, Roma, 2015.

U. ROMAGNOLI, *Diritto del lavoro e quadro economico: nessi di origine e profili evolutivi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 585 ss.

R. ROMEI, *La prima ordinanza sul nuovo art. 18 della legge n. 300/1970: tanto rumore per nulla?*, nota a Trib. Bologna ord. 15 ottobre 2012, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 1072 ss.

M. RUSCIANO, *Il pensiero di Massimo D’Antona sul diritto al lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .IT*, 216/2014.

T. SACHS, *Quand la sécurité juridique se perd dans l'analyse économique*, in *Droit Social*, 2015, 1019 ss.

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

F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. Carinci (a cura di), *La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II*, ADAPT Labour Studies, E-Book series, n. 32, 2014, 116 ss. (di commento al d.d.l. S.1428 e C.2660 recante «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»).

G. SANTORO PASSARELLI, *Autonomia privata individuale e collettiva e norma inderogabile*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, 61 ss.

S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro, Solidarietà e conflitto in tempi di crisi*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2013.

A. SIMONAZZI, *Lavoro che cambia, lavoro che manca*, in L. Corazza e R. Romei (a cura di), *Diritto del lavoro in trasformazione*, Il Mulino, Bologna, 2014, 117 ss.

A. SPADARO, *La crisi, i diritti sociali e le risposte dell'Europa*, in B. Caruso, G. Fontana (a cura di), *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, Il Mulino, Bologna, 2015, 15 ss.

M. SPENCE, *La convergenza inevitabile*, Editori Laterza, Roma - Bari, 2012.

V. SPEZIALE, *Il licenziamento disciplinare*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2014, 363 ss.

M. TIRABOSCHI, *Lavoro agile e contrattazione collettiva: lo stato dell'arte*, in E. Dagnino, P. Tomassetti e C. Tourres, *Il "lavoro agile" nella contrattazione collettiva oggi*, in WP n. 2/2016, in http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2016/02/lavoro_agile_contrattazione_wp_3.2-1.pdf.

M. TIRABOSCHI, *Una regolazione agile per il lavoro che cambia*, in *Bollettino Adapt*, 3 febbraio 2016, disponibile alla pagina web <https://www.bollettinoadapt.it/una-regolazione-agile-per-il-lavoro-che-cambia/>.

G. TREGLIA, *Il calcolo delle indennità*, in M.T. Carinci e A. Tursi (a cura di), *Jobs act, Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 219 ss.

T. TREU, *Jobs act: prime riflessioni sui decreti attuativi*, in *Guida lav.*, n. 3, 2015, 12 ss.

T. TREU, *Le istituzioni del lavoro nell'Europa della crisi*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2013, 597 ss.

F. TROS, *La flexicurity in Europa può sopravvivere a una doppia crisi?*, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 377 ss.

A. TURSI, *Il licenziamento individuale ingiustificato irrogato per motivi soggettivi*, in M.T. Carinci e A. Tursi (a cura di), *Jobs act, Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 63 ss.

A. VALLEBONA, *Fatto e qualificazione del fatto: la Cassazione mette le cose a posto*, in *Mass. Giur. lav.*, 2014, 875.

A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012.

R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT – 262/2015.

C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo e A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, 333 ss.

L. ZOPPOLI, *Il “riordino” dei modelli di rapporto di lavoro tra articolazione tipologica e flessibilizzazione funzionale*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2015, 76 ss.

L. ZOPPOLI, *La flexicurity dell’Unione europea: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT – 141/2012*.

DOCUMENTI

Report dell’Osservatorio *Smart Working* del Politecnico di Milano, del 17 febbraio 2014, avente ad oggetto *La diffusione e i benefici dello Smart Working in Italia*, disponibile alla pagina web <http://www.osservatori.net/dati-e-pubblicazioni>.

«Verso principi comuni di flessicurezza: Posti di lavoro più numerosi e migliori grazie alla flessibilità e alla sicurezza», Comunicazione della Commissione delle Comunità europee, Bruxelles, 27 giugno 2007.

Libro Verde della Commissione delle Comunità Europee, dal titolo «Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo», Bruxelles, 22 novembre 2006.

Libro Bianco sul mercato del lavoro in Italia, Roma, ottobre 2001.

«Dichiarazione riguardante gli scopi e gli obiettivi dell’organizzazione internazionale del lavoro», adottata dalla Conferenza internazionale del Lavoro, nella sua Ventiseiesima Sessione, tenuta a Filadelfia, il 10 maggio 1944.

RINGRAZIAMENTI

Al Prof. Fiorillo, per quello che mi ha insegnato e per avermi sempre sostenuto