

Prefazione

Francesco Basenghi, Livia Di Stefano, Alberto Russo, Iacopo Senatori

Il percorso della XVIII Legislatura, giunto comunque oltre la metà del proprio cammino presenta già una gran varietà di “paesaggi” con caratteristiche uniche.

La successione tra due Esecutivi guidati da un medesimo Presidente del Consiglio, retti entrambi sull'appoggio di un partito di maggioranza relativa alla prima esperienza di governo e nati con il sostegno determinante di forze ideologicamente divergenti, individua senz'altro una circostanza singolare nella storia del nostro Paese. Su questa singolarità si è poi innestato un evento di portata storica e mondiale: l'emergenza indotta dalla pandemia da COVID-19, che il secondo Governo Conte, costituito da pochi mesi, si è trovato inaspettatamente a fronteggiare.

Per queste due significative ragioni, l'esperienza della XVIII Legislatura rappresenta un caso di studio ed un laboratorio inedito – e si spera anche, almeno con riferimento all'emergenza sanitaria, irripetibile – per provare a rispondere, attraverso il metodo scientifico, ad alcuni interrogativi: quale sia, ad oggi, il ruolo delle politiche del lavoro nel più ampio contesto dell'azione di governo, e quali siano, più in particolare, gli elementi di continuità e di rottura sia rispetto all'esperienza delle Legislature precedenti, sia rispetto alla Legislatura corrente, con riferimento al passaggio del testimone tra i Governi Conte 1 e 2.

Ci si deve interrogare, in altri termini, se sia possibile individuare tendenze di lungo periodo ed eventuali, effettivi elementi d'innovazione rispetto al passato. E ci si chiede, al tempo stesso, quali scenari futuri si prospettino.

L'analisi e la valutazione delle politiche del primo Governo Conte – autodefinitosi “Governo del cambiamento” – finiscono inoltre per imporre un doveroso atto di “verifica dei fatti” da parte della comunità scientifica, tenuto conto che l'esperienza “giallo-verde” pare essersi esaurita in modo forse irripetibile. Altrettanto non può dirsi per quella “giallo-rossa”, pesantemente segnata dalla fase di emergenza e al tempo stesso di crisi indotta dalla pandemia. E qui – come direbbe qualche autorevole giurista – “la cronaca si fa storia”, costringendo chi si occupa di questi temi ad una indagine più consona al ruolo del giornalista piuttosto che a quello dello studioso: le bozze del presente volume si chiudono, infatti, mentre il c.d. “Decreto Agosto”, pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 14 agosto 2020, è ancora in corso di conversione, in corrispondenza di un nuovo aumento della curva epidemica dei casi.

Nondimeno, la Fondazione Marco Biagi, nell'ambito della propria attività di analisi e valutazione delle politiche del lavoro, dopo il c.d. *Jobs Act* ha deciso di dedicare un volume anche al bilancio di questa prima fase della XVIII Legislatura, con l'obiettivo di dare alcune risposte, necessariamente provvisorie, alle domande prospettate più sopra.

Dal lavoro degli studiosi chiamati a contribuire al progetto emergono già alcune evidenze significative, pur filtrate dalla pluralità di accenti e dalle diverse sensibilità che segnano gli autori e i loro rispettivi interventi.

Il disegno di cambiamento del primo Governo Conte – sopravvissuto, almeno nelle dichiarazioni d'intenti, al cambio di maggioranza – è affidato in primo luogo all'introduzione di uno strumento universalistico di sostegno al reddito, non solo dei lavoratori. L'ambizioso intento si traduce nondimeno in una misura altamente selettiva e si scontra con pesanti criticità – sia teoriche sia applicative – conseguenti all'insufficiente ponderazione del disegno normativo sotteso al nuovo istituto. Su un altro versante – quello volto alla regolazione più diretta delle nuove forme di lavoro (si pensi a quello reso tramite piattaforme digitali) – lo sforzo profuso sembra tradursi in una risposta contraddittoria mettendo in ulteriore crisi lo stesso concetto di “etero-organizzazione” e contribuendo alla sua progressiva perdita di idoneità discrezionale. Una fine non del tutto diversa, all'esito delle modifiche apportate, sembra attendere anche lo *status* del “nuovo” lavoro “occasionale”.

La terza direttrice – individuabile nella lotta alla precarietà e nella più ampia affermazione della “dignità” dei lavoratori – si traduce per il resto, in termini di politiche regolative, essenzialmente in alcuni interventi sul lavoro a termine e, dietro impulso della Corte Costituzionale, sulla disciplina dei licenziamenti. E sempre in quest'ambito si possono collocare anche i cospicui interventi sul sistema degli appalti, dove alcune positive novità spiccano sullo sfondo di un considerevole aggravio amministrativo per le imprese e della sostanziale (neo)interscambiabilità tra tutela del lavoro – realizzata anche attraverso la responsabilità solidale – e difesa della liceità dello strumento, mentre stenta a decollare un progetto di superamento della via giurisprudenziale al salario minimo mediante un intervento legislativo di cui non tutti gli attori – segnatamente le parti sociali – avvertono l'utilità.

La difesa dei posti di lavoro attraverso la cronicizzazione della CIGS – con modalità che ricordano quelle degli anni '70 – convive, nella fase precedente l'emergenza, con il tentativo di attuare, finalmente, un efficace sistema di tutela del lavoro nel mercato, attraverso il rilancio delle politiche attive e del ruolo dei Centri per l'Impiego. Misure volte anche al ricambio generazionale, come l'opzione pensionistica c.d. “Quota 100”, non realizzando una completa sostituzione fra uscite anticipate e nuovi accessi all'occupazione e generando un impatto differenziale tra uomini e donne, si traducono in una stima negativa sulla variazione del tasso di occupazione, nonché in esiti più sfavorevoli per queste ultime.

La difesa dei posti di lavoro nella pandemia – da subito identificata come una vera e propria “guerra” – è affrontata principalmente con i medesimi due stru-

menti utilizzati in ogni fase di profonda emergenza: il blocco dei licenziamenti e la cassa integrazione guadagni. Ma si tratta di misure che andrebbero utilizzate *cum grano salis*, pena la gravissima compromissione del mercato del lavoro e del quadro economico complessivo in nome di una finta occupazione di facciata che ricorda da vicino l'opera dell'imbalsamatore.

D'altro canto, la sostanziale assenza di selettività, oltre che della CIG, delle numerose misure emergenziali di sostegno al reddito dei lavoratori autonomi e subordinati messe in campo, finisce col fare di queste ultime strumenti più o meno consapevoli di c.d. "*people quantitative easing*".

Gli ammortizzatori sociali, così come il lavoro agile, subiscono non da ultimo una nuova "funzionalizzazione", assolvendo il ruolo di strumenti, più o meno propri, di distanziamento sociale e di conciliazione vita-lavoro. Anche la concertazione tra Governo e parti sociali è recuperata *in extremis* e prontamente funzionalizzata alla definizione dei Protocolli di gestione del rischio da COVID-19. Nessuna chiara opzione "politica", nel senso proprio del termine, è per il resto rinvenibile in riferimento al ruolo ritagliato a favore dell'autonomia collettiva, che finisce nondimeno per divenire protagonista nell'operazione di bilanciamento tra i nuovi limiti all'utilizzo del lavoro a termine e le esigenze di salvaguardia dell'occupazione; e la stessa conclusione sembra valere con riguardo al lavoro nella Pubblica Amministrazione, espressamente escluso dal campo di applicazione delle modifiche apportate alla disciplina delle tipologie contrattuali.

Nel complesso, e in conclusione, grande è la confusione sotto il cielo; ma non è dato sapere se – come vuole il Saggio – la situazione sia davvero eccellente.

Capitolo I

IL LAVORO (SUBORDINATO) NELL'IMPRESA E NELLA P.A.

Modelli analogici e digitali nella regolazione del rapporto di lavoro: qualche spunto minimo di riflessione

Francesco Basenghi

SOMMARIO: 1. Le premesse. – 2. La fase di “uscita”. – 3. Il contratto di lavoro a termine. – 4. L’irresistibile *appeal* delle causali. – 5. Qualche riflessione conclusiva.

1. Le premesse

Sembrano lontanissimi i tempi della riforma che solo un lustro fa – nel segno di un programma ambizioso nei suoi principi ispiratori – era intervenuto su alcuni nuclei essenziali della materia, nella convinzione che proprio la loro riscrittura si ponesse come decisiva per il superamento della crisi strutturale e per il recupero della competitività del sistema produttivo nazionale¹.

Si era trattato di un processo perseguito con determinazione, in più fasi e con il chiaro obiettivo di riscrivere *funditus* non solo una rilevante frazione delle discipline poste a regolare alcuni degli istituti “interni” al rapporto di lavoro – si pensi in massima parte agli interventi in tema di mobilità professionale del dipendente e di controlli sull’attività professionale – non solo la geografia delle tipologie contrattuali – attraverso un’opera di semplificazione e di razionalizzazione dell’esistente – ma anche le stesse relazioni sintattiche riguardanti le tradizionali macro-aree dell’autonomia e della subordinazione, con ovvi riflessi sulle relative figure contrattuali. E ciò senza dire degli ulteriori interventi di ridisegno degli ammortizzatori sociali, degli istituti di sostegno al reddito nelle fasi di transizione occupazionale e, più in generale, degli strumenti di gestione delle dinamiche proprie del mercato del lavoro.

Non si sarebbe compreso però il senso di questa poderosa opera riformatrice se si fosse trascurato di considerare il ruolo giocato dalla maturata consapevolezza di non poter ulteriormente ritardare l’avvio di un processo di affrancamento rispetto a prassi applicative – legittimate e, in qualche modo, necessitate dal c.d. diritto vivente – sempre meno convincenti e difendibili, ormai inadeguate rispetto all’evoluzione del quadro economico, sociale, produttivo.

¹ Cfr. in generale, anche per più ampi riferimenti, F. CARINCI, *Jobs Act, Atto II: La legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, p. 1 ss.

Così, ad una osservazione per quanto possibile neutra – non velata da colorazioni o cedimenti ideologici – non potevano non emergere alcune distorsioni incompatibili con un sistema regolativo degno di un Paese moderno, aperto alla crescita e comunque esposto alla competizione internazionale; si trattava – e si tratta – di distorsioni principalmente correlate alla valorizzazione di categorie, figure, modelli, concetti e regimi intrinsecamente “aperti” – connotati dalla ampiezza del “ventaglio decisionale” affidato all’interprete – indeterminati e bisognevoli della indispensabile opera traduttiva della giurisdizione; ovvio che il prezzo di queste inadeguatezze fosse – e sia ancora – pagato i termini di elevatissima vertenzialità e si traducesse – e si traduca – in esorbitanti costi diretti – quelli sostenuti per avvalersi della tutela, già in quanto tale espressiva di una patologia – ed indiretti; questi ultimi difficilmente quantificabili ma comunque imponenti e ben maggiori dei primi perché incidenti sulla fiducia nutrita dagli operatori economici verso la l’affidabilità e la funzionalità dell’ordinamento giuridico².

Proprio con una spiccata attenzione a queste distorsioni – o a parte di queste – si era correttamente deciso di intervenire promuovendo una serie di interventi segnati da un comune “filo rosso” rappresentato dalla obiettiva riduzione degli spazi di discrezionalità applicativa, dall’adozione di tecniche regolative affidate a parametri quantitativi piuttosto che qualitativi – per loro natura aperti a soggettivismi – anche in ordine all’utilizzo di tipologie contrattuali flessibili, dalla promozione degli ambiti rimessi alla negoziabilità assistita delle tutele ed alla transigibilità delle controversie, dalla giustapposizione di soglie massime poste ai costi “di uscita” dal rapporto di lavoro, dallo svecchiamento di alcune discipline ormai divenute inadeguate a causa del mutare delle tecniche, delle dinamiche produttive e del contesto di riferimento. Il tutto – si noti – con una comprensibile attenzione rivolta all’atteggiamento assunto dalla giurisprudenza in materia, spesso incapace di fornire risposte appaganti in termini di uniformità e certezza e, per soprammarchato, non di rado portata a frequenti incursioni – di regola sotterranee e mai esplicitate – nell’ambito delle stesse scelte di merito riservate, almeno “sulla carta”, al solo imprenditore.

Peraltro – come è ben noto – questa linea ispiratrice non era del tutto inedita e si poneva in un qualche rapporto di sotterranea continuità con alcune soluzioni già proposte – pur con una certa timidezza e senza successo in termini pratici – da un legislatore divenuto più sensibile al tema: si pensi, tra gli altri, al tentativo di sterilizzazione del “sindacato di merito” del giudice in sede di scrutinio sulla legittimità degli atti di esercizio delle prerogative datoriali ovvero a quello di valorizzazione della forza vincolante delle tipizzazioni relative alle ipotesi di giusta causa o di giustificato motivo elaborate in ambito contrattuale, anche individuale, se convenute in sede certificatoria³.

² Cfr. F. MARTELLONI, *La legge del contrappasso: la Corte costituzionale reintegra il giudice del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 263 ss.

³ Si allude ovviamente all’art. 30 della l. n. 183/2010.

2. La fase di “uscita”

Quanto alla fase “di uscita” dal rapporto di lavoro, piuttosto emblematica poteva dirsi la vicenda riguardante l'introduzione del c.d. contratto a tutele crescenti.

Nell'ambito del regime previgente – segnato dalla storica polarizzazione tra stabilità reale e stabilità obbligatoria – soprattutto la prima portava con sé le distorsioni irrisolte, solo in minima parte incise dalla riscrittura attuata con la c.d. Riforma Fornero. La frantumazione della originaria tutela reale in una articolata serie di sotto-regimi di contenuto variabile in relazione al profilo causativo della illegittimità – secondo la quadripartizione giocata tra due livelli di tutela in forma specifica (forte e debole) ed altrettanti di risposta risarcitoria (anch'essa forte e debole) – se da un lato consentiva la opportuna graduazione delle conseguenze nascenti dal licenziamento viziato, dall'altro introduceva però nuovi motivi di controvertibilità prima inediti: si pensi, tra i tanti, alla nozione di nullità del recesso, al delicatissimo tema della contrapposizione tra “fatto giuridico” e “fatto materiale” nell'ambito del movente disciplinare, al peso attribuibile ai codici disciplinari di fonte collettiva, alla nozione di “manifesta insussistenza del fatto” costituente giustificato motivo oggettivo, ovvero alla qualificazione assegnabile alla tempestività della contestazione degli addebiti all'interno della alternativa tra vizio formale-procedurale ovvero sostanziale. E gli esempi potrebbero continuare a lungo.

Già complessa sul piano della scrittura, l'applicazione in concreto del “nuovo” art. 18 St. lav. non aveva peraltro risolto le distorsioni più risalenti. Così, l'introduzione di un rito processuale dedicato e “accelerato” aveva dato risposta solo parziale al problema dell'abnormità dei tempi di accertamento della legittimità del licenziamento; tema che spesso aveva imposto un peso soffocante – a volte mortifero – a danno delle imprese; e ciò era tanto più vero in un sistema che continuava a dare ingresso – pur in modo più ridotto che in passato – ad un meccanismo sanzionatorio potenzialmente illimitato nella sua progressione economica con lo scorrere del tempo (art. 18, comma 1, St. lav.).

Ma non basta. Anche dove il sistema remediale aveva contenuto indennitario-risarcitorio, l'impianto normativo consentiva al giudice di determinarne il *quantum* all'interno di una forbice ampia – si pensi all'art. 18, commi 5, 6 e 7, St. lav. – con poteri discrezionali sostanzialmente illimitati in ragione della vaghezza dei criteri via via codificati: l'anzianità del lavoratore, il numero dei dipendenti occupati, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti, la gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, le iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione, la condotta tenuta nell'ambito della procedura di cui all'art. 7 della l. n. 604/1966. E ben poco rilievo poteva avere – al fine di limitare l'autonomia del giudicante – la previsione di un obbligo di specifica motivazione della decisione *in parte qua*.

Peraltro, una analoga situazione si riproduceva – seppur in scala ridotta – anche rispetto al regime di stabilità obbligatoria, considerato che la quantificazione

della indennità di importo compreso fra le 2,5 e le 6 mensilità doveva essere condotta avendo riguardo «al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti».

Di fronte alle criticità appena accennate, la riforma del 2015 – lungi dall'intervenire sui profili motivazionali del recesso, mantenuti essenzialmente inalterati, seppur con qualche tensione⁴ – procede dalla pretesa di operare almeno su un duplice piano.

Da un lato – eccezion fatta per la consueta ipotesi di radicale nullità ovvero di oraltà del recesso – si limita la realtà della tutela ai soli casi di licenziamento disciplinare per i quali si sia dimostrata l'insussistenza del fatto contestato al lavoratore; fatto – si noti – del quale si predica la “materialità” e – con una soluzione assai discutibile tecnicamente ma certo chiara nei connotati ispiratori – si pretende di escludere la sindacabilità sul piano della proporzionalità.

D'altro lato soprattutto, seppur in modo selettivo, si aggancia meccanicisticamente la misura della indennità economica da licenziamento illegittimo all'anzianità di servizio – all'interno di un sistema a soglie minimali e massimali – consentendo quindi l'agevole predeterminazione dei costi del licenziamento⁵. E quest'ultima tecnica viene adottata anche per le ipotesi di illegittimità per vizi formali ed estesa al licenziamento nelle imprese di minori dimensioni.

Così facendo, il legislatore opera su due piani distinti seppur intersecati: da un lato pretende di temperare le conseguenze più radicali della declaratoria di illegittimità del licenziamento confinandola ai casi in cui la decisione dell'imprenditore sia palesemente illegittima, comprimendo gli spazi di valutazione all'interno dell'alternativa – tutta digitale – tra 0 e 1: o il fatto materiale non esiste (“0”) ovvero esiste (“1”), *tertium non datur*; dall'altro introduce un meccanismo finalmente certo ed obiettivo di determinazione del costo economico del licenziamento.

Certo non sono mancate le censure avanzate a proposito della lamentata «crisi dello statuto epistemologico del diritto del lavoro», nel quale la dimensione giuridica rischiava di essere «del tutto assente, o comunque completamente subordinata alle ragioni economiche»⁶; e neppure quelle che insistevano sulla dubbia legittimità di un brusco avvicendamento tra regimi sperequati a danno dei nuovi assunti⁷. Ma rispetto a queste argomentate critiche si è potuto evocare non solo il rango non ordinamentale della realtà della tutela avverso la illegittimità del re-

⁴ Cfr., per tutti, P. TULLINI, *Il contrappunto delle riforme nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, p. 799 ss.

⁵ Cfr. A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 117 ss.

⁶ Cfr., tra gli altri, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, n. 259/2015, in <http://www.unict.it/eurolabor/ricerca>, p. 9.

⁷ Cfr., per tutti, E. GRAGNOLI, *Il licenziamento individuale per riduzione di personale e le novità normative*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, I, p. 1077 ss.

cesso datoriale, ma anche il riconoscimento della piena discrezionalità del legislatore nel bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti⁸. Ed in questo senso nulla è sembrato ostare ad una rimodulazione degli equilibri valoriali volta a riservare la tutela ripristinatoria alle ipotesi di radicale contrarietà con i principi fondamentali – si allude ai casi di licenziamento disposto per motivi illeciti, ritorsivi, discriminatori e via dicendo – e quella solo economica ai casi di accertamento negativo di un adeguato substrato motivazionale alla decisione aziendale⁹. Senza contare – per quanto attiene all’argomento dell’improvvisa riduzione delle tutele – che il nuovo regime non interveniva sui rapporti esistenti al momento della sua entrata in vigore, ma solo su quelli successivi, scongiurando quindi qualsiasi operazione di segno privativo o sottrattivo rispetto al patrimonio di prerogative e tutele possedute dal lavoratore già in forze, come avrebbe poi notato la stessa Corte costituzionale nella celeberrima decisione di fine 2018¹⁰. E se si fosse voluto trarre un qualche motivo di censura dalla divaricazione tra “vecchi” e “nuovi” assunti, il tema avrebbe rischiato di perdere immediatamente smalto non appena si fosse ragionato sulla polarizzazione già radicata nel mercato del lavoro nazionale; polarizzazione tutta giocata sulla dimensione occupazionale del datore di lavoro.

D’altro canto, un giudizio sui contenuti della riforma non poteva nemmeno rimanere relegato sul piano siderale dei massimi sistemi, trascurando di considerare che il contenuto della norma va sempre calato nella realtà viva e pulsante dei rapporti socioeconomici che è chiamata a regolare. Così, non è sfuggito che il giustamente auspicato bilanciamento degli interessi presuppone la considerazione della già accennata eccessività del sacrificio delle ragioni dell’impresa conseguente al ritardo della risposta giurisdizionale. D’altro canto – rimanendo pur sempre nella logica dell’equilibrata contemperamento degli interessi – non può nemmeno essere celato il rilievo – seppur tutto casistico – secondo il quale la tutela reale – lungi dal tradursi nell’effettivo rientro del lavoratore in azienda – si risolve spesso nella monetizzazione del posto di lavoro; monetizzazione attuata vuoi in sede conciliativa – anche all’esito del tentativo condotto dal giudice – vuoi attraverso l’esercizio della c.d. opzione economica riconosciuta dalla legge a favore del lavoratore in alternativa ad una reintegra spesso sgradita quando non impraticabile.

A questo riguardo, del resto, nemmeno sembravano irresistibili le riserve manifestate in tema di inadeguatezza della protezione rispetto alla misura del danno subito a seguito della ingiusta perdita dell’occupazione. In realtà l’argomento non pareva avere valore assoluto, dato che trascurava di considerare due circostanze: sia il fatto che, secondo lo *ius commune*, l’onere della prova del danno sarebbe spettato comunque alla parte asseritamente lesa, diversamente da quanto si di-

⁸ È fin troppo ovvio il riferimento a Corte cost., 9 novembre 2018, n. 194.

⁹ Sulla compatibilità ordinamentale del nuovo assetto – anche riguardo ai vincoli comunitari ed internazionali – si v. di recente C. CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2015, p. 398 ss.

¹⁰ Cfr. P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia. Una nuova cultura delle relazioni industriali*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, p. 210 ss.

sponeva nel caso *de quo*; sia la circostanza che la predeterminazione del ristoro propria del contratto a tutele crescenti ben poteva giocare a favore del lavoratore e risultare eccedente rispetto al pregiudizio economico effettivamente subito: si pensi, ad esempio, al dipendente illegittimamente licenziato che, pur indennizzato ai sensi di legge, limitasse o azzerasse addirittura ogni danno trovando in nuove opportunità professionali una sorta di locupletazione¹¹.

In ogni caso, il risultato finale era quello di porre le condizioni più idonee alla composizione transattiva, rafforzata dalla previsione della particolare procedura agevolativa volta a favorire il raggiungimento di una intesa attraverso la predeterminazione di una somma destinata a costituire un vero e proprio “costo del licenziamento”¹²; somma peraltro sgravata da oneri non solo contributivi – come d’uso, considerata la natura di erogazione corrisposta in ragione della cessazione del rapporto di lavoro – quanto soprattutto fiscali, con il risultato di rendere l’operazione ancor più vantaggiosa per entrambe le parti: per il datore di lavoro, così in grado di predeterminare il costo del licenziamento, peraltro al netto di ogni onere accessorio; per il lavoratore, così interessato all’immediata percezione di una somma non troppo lontana da quella eventualmente ottenibile in caso di esito favorevole del giudizio. E, in questo quadro, non era senza significato anche l’abrogazione del particolare percorso processuale accelerato già previsto per i casi di ricorso proposti per l’applicazione del regime di stabilità reale. Il recupero del rito ordinario – con i maggiori tempi previsti – non poteva che tradursi di fatto in un maggior interesse del lavoratore ad accettare l’offerta economica avanzata nell’immediato dal datore di lavoro¹³.

Come tutti sanno, di quel disegno ideale quasi nulla è rimasto a seguito della già citata decisione della Corte costituzionale che, a fine 2018, ha cancellato d’un colpo il suo principio ispiratore più centrale¹⁴.

In questo contesto la sentenza offre conferme scontate accanto a spunti di indubbia suggestione. Naturalmente, non è censurabile il giudizio di adeguatezza riguardante le soglie quantitative cui è sotteso il bilanciamento economico degli interessi contrapposti; carattere valorizzato dalla Corte nella propria decisione attraverso il richiamo, tra l’altro, all’art. 24 della Carta Sociale Europea ed al correlato principio che riconosce al dipendente licenziato senza un valido motivo il diritto ad un “congruo indennizzo o altra adeguata riparazione”, con ciò assicurando anche valore dissuasivo all’impianto protettivo. In altri termini, si può certo convenire con il percorso motivazionale tracciato dalla Corte *in parte qua*, nel

¹¹ Cfr. P. ICHINO, *La riforma del lavoro in Italia*, cit., p. 212 ss.

¹² Cfr. A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti e tecniche di prevenzione del conflitto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, I, p. 222 ss.

¹³ Tanto più se questa offerta – come dispone la legge – deve aver luogo “mediante consegna al lavoratore di un assegno circolare”, ossia con uno strumento che garantisce l’integrale ed istantaneo soddisfacimento del credito. Cfr. ancora A. GARILLI, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 226.

¹⁴ La decisione è naturalmente quella di Corte cost., 8 novembre 2018, n. 194.

momento in cui censura un regime che, nella soglia inferiore della “forbice”, determina in sole quattro (poi sei) mensilità del “costo” del licenziamento per un lavoratore di recente assunzione. Del resto, è la stessa Corte ad ammettere la compatibilità costituzionale dell’assetto in sé considerato nel momento in cui avvalorava invece l’adeguatezza del «limite di ventiquattro (ora trentasei) mensilità, fissato dal legislatore quale soglia massima del risarcimento».

Insomma, il giudizio di “adeguatezza della dissuasività” non è impedito dalla previsione di un regime solo risarcitorio – *i.e.* di risposta per equivalente, di cui la Corte conferma la compatibilità costituzionale – ma da una quantificazione che, in ragione della sua rigida dipendenza dalla sola crescita dell’anzianità di servizio, mostra la sua incongruenza soprattutto «nei casi di anzianità di servizio non elevata». In tali ipotesi, appare ancor più inadeguato il ristoro del pregiudizio causato dal licenziamento illegittimo, senza che a ciò possa sempre ovviare la previsione della misura minima dell’indennità di quattro (e, ora, di sei) mensilità. Da qui, secondo la Corte, la necessità di consentire al giudice di merito una valutazione “customizzata” – ovvero personalizzata – della risposta riparatoria, quindi aderente alle specificità di *quel* singolo caso filtrata attraverso il prisma degli “altri criteri già prima richiamati, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti)”.

L’esito finale del *decisum* è noto ed altrettanto ovvi sono i costi sistematici¹⁵.

La forza della riforma, la sua capacità di imporre un profondo cambiamento nella delicatissima gestione della fase conclusiva del rapporto risiedeva proprio nella capacità di predeterminazione certa del costo economico del licenziamento. Si coagulava, insomma, nel suo carattere digitale, in contrapposizione alle letture analogiche sottese ai criteri invece intrinsecamente valutativi fissati dalla legge nei regimi di cui all’art. 18 St. lav. e dalla l. n. 604/1966.

L’aver soppresso quel modello apre oggi territori vastissimi alla incontrollabile discrezionalità del giudice ed espone il datore di lavoro a potenziali condanne di importo elevatissimo – fino a 36 mensilità – sulla scorta di valutazioni non conoscibili *a priori*, non ponderabili e, nei fatti, non sindacabili *ab externo*.

In questo quadro resta semmai da chiedersi se la decisione della Corte possa essere o meno di ostacolo alla riproposizione di un modello, anch’esso digitale, più sofisticato ed evoluto; un modello che consenta la predeterminazione del costo economico della illegittimità del recesso pur valorizzando le specificità del singolo caso.

In questa direzione si potrebbe forse immaginare la elaborazione di un sistema retto su una pluralità di criteri declinati nella loro obiettività e, soprattutto, nella loro misurabilità *ex ante*. Se insomma – come insiste il giudice costituzionale – la debolezza dell’assetto remediale di cui al d.lgs. n. 23/2015 sembra consistere nella

¹⁵ Cfr. per tutti M. NOVELLA, *Il ritorno della discrezionalità giudiziale dopo la sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale*, in *Lav. dir.*, 2019, p. 285 ss.

«rigida dipendenza dell'aumento dell'indennità dalla *sola* crescita dell'anzianità di servizio», le criticità potrebbero forse risultare superabili nel momento in cui si dovessi intervenire sui criteri legali – ovvero su alcuni di essi – per darne giusta ponderazione in modo obiettivo e meccanico, secondo scale o parametri verificabili “a monte”. Si pensi – ad esempio – alla possibilità di graduazione del ristoro economico secondo percentuali o scaglioni che diano giusto peso al “numero di dipendenti occupati”, ovvero alle “dimensioni dell'attività economica” (es. fatturato); all'effettiva attivazione, da parte del lavoratore, di condotte obiettivamente documentabili come volte alla ricollocazione. E l'elenco dei parametri potrebbe essere addirittura integrato da altri criteri oggi trascurati: il comparto produttivo dell'impresa, la sua articolazione organizzativa territoriale, i carichi familiari del dipendente, il suo inquadramento o la sua condizione professionale e via dicendo. La misura del costo del recesso potrebbe essere la risultante dell'integrazione concorrente di più profili obiettivi e l'applicazione di questo modello garantirebbe probabilmente l'adeguatezza della risposta riparatoria senza aprire varchi all'incontrollata imponderabilità degli esiti giudiziari.

3. *Il contratto di lavoro a termine*

Analogo percorso evolutivo ha tracciato la riforma del contratto a termine, figura “madre di tutte le flessibilità” ed ideale crocevia, in sedicesimi, delle tensioni che attraversano l'inesaurito conflitto assiologico tra ragioni dell'economia e dignità della persona, ovvero tra libertà economiche e diritti sociali¹⁶.

Così, il tema della apponibilità del termine scontava da sempre le inevitabili criticità applicative legate all'adozione di tecniche – comunque analogiche – fondate sulla necessaria indicazione delle c.d. causali e, quindi, sulla loro intrinseca ed ampia sindacabilità giudiziale; sindacabilità alla quale non aveva giovato in modo apprezzabile il passaggio – tanto enfatizzato sul piano formale quanto debole su quello concreto – dalla logica tassonomica costruita sulla enucleazione delle singole ipotesi di ammissibilità di cui alla l. n. 230/1962 al modello “macromotivazionale” di cui al d.lgs. n. 368/2001¹⁷. Era piuttosto ovvio che una simile transizione sarebbe stata improduttiva di effetti in termini di certezza applicativa, dato che – al di là del numero e della formulazione delle singole causali – insopprimibili erano comunque i margini lasciati alla sensibilità dell'interprete. Queste criticità avevano generato del resto un cospicuo contenzioso – in qualche caso talmente imponente da suggerire provvedimenti di sapore emergenziale, peraltro costruiti in modo tecnicamente opinabile¹⁸ – dovuto alla necessità di procedere alla

¹⁶ Da ultimo A. GARILLI, *Le trasformazioni del diritto del lavoro tra ragioni dell'economia e dignità della persona*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.IT, n. 412/2020, p. 2 ss.

¹⁷ Per tutti si rinvia a A. PANDOLFO, P. PASSALACQUA, *Il nuovo contratto a termine*, Giappichelli, Torino, 2014, ove più ampi riferimenti.

¹⁸ Si allude, per esempio, alla nota vicenda che ha interessato l'art. 4-*bis* del d.lgs. n. 368/2001,

decifrazione di espressioni normative per forza ampie e indeterminate ma bisognevoli di indispensabile traduzione in formule adeguate all'ipotesi concreta ed aderenti al singolo caso di specie. Da qui un incontrollato fiorire di indirizzi, opinamenti e letture segnate da oscillazioni, incertezze e scarti applicativi; fenomeni tutti ai quali il legislatore ben poco poteva opporre, se non l'inane tentativo di costruire un qualche argine alle *lectiones* più massimaliste attraverso aggiustamenti normativi di chiaro sapore interpretativo¹⁹.

In questo quadro, l'aver spostato la logica regolativa da un modello analogico – giocato sulla obiettiva transitorietà dell'esigenza datoriale meritevole di soddisfacimento – ad un modello invece digitale – infulcrato sul contenimento dell'uso dello strumento nell'ambito di una soglia quantitativa massima, peraltro facilmente determinabile sulla scorta di una alternativa binaria elementare – 0 (“non apponibilità del termine”) *versus* 1 (“apponibilità del termine”) – non poteva che avere effetti drammaticamente benefici in termini di certezza, con ricadute favorevoli in ordine all'utilizzo sereno e trasparente di uno strumento non più esposto alle mutevoli temperie di un controllo di adeguatezza di per sé controvertibile. Il tutto, peraltro, senza radicali squilibri nel bilanciamento tra gli opposti interessi coinvolti: quello del datore di lavoro all'utilizzo di uno dei più semplici e diffusi strumenti di flessibilità; quello del lavoratore alla stabilizzazione del rapporto attuata attraverso il ricorso preferenziale al contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, ancora centrale sul piano sistematico.

L'aver fissato limiti percentuali “esterni” di *flow* – con una aliquota obiettivamente ragionevole in considerazione delle comuni esigenze di utilizzo di questo strumento – e, nel contempo, l'aver mantenuto la soglia massima “interna” rappresentata dalla durata massima cumulativa – i già noti 36 mesi complessivi – consentiva ad un tempo un facile controllo sulla ammissibilità dello strumento affrancando tutti – imprese e lavoratori – dalle incognite di uno scrutinio riguardante tanto l'adeguatezza formale della clausola di specificazione della causale quanto la effettiva sussistenza delle ragioni dichiarate; sussistenza subordinata al *test* di resistenza della capacità di allegazione tecnica in giudizio degli elementi di prova a suffragio di quanto esposto in contratto²⁰. Erano solari i vantaggi in termini di

introdotto per effetto della l. n. 133/2008 e dichiarato illegittimo – in considerazione della sua conclamata e patente illegittimità costituzionale – a seguito di Corte cost., 14 luglio 2009, n. 214.

¹⁹ Si pensi, ad esempio, all'integrazione riguardante l'originario art. 1, comma 1, del d.lgs. n. 368/2001 – avvenuta attraverso l'inserimento dell'inciso “anche se riferibili alla ordinaria attività del datore di lavoro” – orientata a superare le letture più restrittive emergenti in giurisprudenza.

²⁰ È notoriamente sterminata la letteratura sul tema ed altrettanto variegata sono le posizioni assunte in giurisprudenza in ordine agli infiniti sottotemi legati al perimetro del controllo di legittimità delle clausole appositive del termine nel regime previgente. A titolo puramente esemplificativo – anche perché emblematico dello *Zeitgeist* – basti pensare al controverso profilo riguardante la necessità di indicare in contratto il nome del lavoratore sostituito in caso di assunzione a termine di un lavoratore destinato alla sua sostituzione. Anche a questo proposito non si era giunti a soluzioni dotate di apprezzabile certezza, arrivando ad affermare, pure

sicurezza applicativa e, quindi, di contenimento delle distorsioni correlate ad una vertenzialità ingombrante ed ingestibile²¹. E gli effetti, sul piano quantitativo, non tardarono a manifestarsi, come ben confortato da evidenze statistiche²².

4. *L'irresistibile appeal delle causali*

Di quel modello – come detto – poco è rimasto a causa di alcune previsioni di segno restrittivo e, soprattutto, del ritorno al modello delle causali – *rectius* ad un modello misto causale/acausale²³ – con il loro inevitabile portato in termini di derive soggettivistiche e di personalismi applicativi. Da qui – ironicamente – l'allusione alla «causale che salva il lavoro degli avvocati»²⁴.

In effetti, il quadro complessivo emergente dalla riforma del decreto Dignità – discutibile già nella sua intitolazione²⁵ – conferma il ritorno a modelli ormai inadeguati perché incapaci di assecondare la vitale necessità di avere regole chiare, certe, applicabili con facilità da parte di un operatore economico professionalmente avveduto – semmai il tanto atteso “investitore internazionale” – che ha la sola legittima e banale pretesa di conoscere le “regole del gioco” e fatica a comprendere per quale motivo il suo consulente spesso non riesca a spiegargli se può assumere o meno a termine un dipendente senza esporsi all'alea di un giudizio. Né si deve credere che l'incertezza dell'assetto normativo ridondi a favore del lavoratore; anche quest'ultimo si trova disorientato di fronte ad una regolazione oscura nelle premesse ed imperscrutabile negli esiti, non potendo sapere se l'assunzione sia avvenuta in modo corretto, se la causale apposta al contratto “regga” allo scrutinio giudiziale e se, in fin dei conti, abbia diritto o meno alla conversione del rapporto di lavoro.

Ma – se possibile – ancora meno condivisibile è la logica presupposta, la premessa fondativa dalla quale muove la riforma. Si allude a quel discutibile atteggiamento ideologico – spesso nascosto o inespresso – che attribuisce alla regolazione normativa l'infallibile ed onnipotente capacità di piegare a sé le regole ed i

dopo un celebre intervento del giudice costituzionale (Corte cost., 14 luglio 2009, n. 214), la necessità di distinguere – si può immaginare con quale opinabilità di esiti – tra “situazioni aziendali complesse” e no (Cass., 8 ottobre 2015, n. 20186).

²¹ Cfr. F. CARINCI, *op. cit.*, p. 10 ss.

²² Cfr. P. ICHINO, *Il mercato del lavoro italiano nell'ultimo triennio: quel che si è fatto e quel che resta da fare*. Relazione introduttiva incontro Camere di Commercio britannica, francese, svizzera e tedesca, Milano, 16 ottobre 2017, in www.pietroichino.it.

²³ Cfr. C. ALESSI, *Il contratto a tempo determinato. Commento agli artt. 19-23, d.lgs. n. 81 del 2015*, in R. DEL PUNTA, F. SCARPELLI (a cura di), *Codice Commentato del lavoro*, Ipsoa, Milano, 2019, p. 2775.

²⁴ Cfr. P. ICHINO, *La causale che protegge il lavoro ... degli avvocati*, in www.lavoce.info.

²⁵ A. MINERVINI, *Il “decreto dignità” per i lavoratori e per le imprese e la nuova disciplina del contratto a termine*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 360 ss.

processi dell'economia e del mercato, quasi che la prima potesse governare i secondi e fosse a questi sovraordinata. Si tratta di convinzioni fortemente radicate in molti interventi eteronomi e declinate nelle formule più diverse. Ne sono traduzione concreta – spigolando qua e là – i provvedimenti che pretendono di promuovere a vario titolo la rimodulazione degli orari allo scopo di favorire nuove assunzioni²⁶ – quasi che il numero dei posti di lavoro fosse uno *stock* invariabile e non invece il delicatissimo precipitato dell'andamento dell'intero sistema produttivo, destinato a risentire negativamente, per osmosi, delle dinamiche macroeconomiche correlate all'andamento dei mercati e, quindi, della loro contrazione dovuta alla riduzione del potere d'acquisto dei lavoratori/consumatori – ovvero che riducono gli spazi di agibilità ai contratti di lavoro parasubordinato al fine di contrastare i fenomeni di evasione dal perimetro subordinazione, come se queste figure contrattuali fossero fungibili ed il datore di lavoro non avesse altre alternative più o meno facilmente praticabili, comprese quelle del lavoro irregolare.

Anche le innovazioni del decreto Dignità rispondono a questa logica e trascurano di considerare verità banali ma non per questo meno solide; verità che chi legifera non dovrebbe mai trascurare: che i principali utilizzatori dello strumento del contratto a termine, spesso in modo distorto e abusivo, sono le P.A., invece escluse dalla applicazione del nuovo assetto; che la promozione del contratto a tempo indeterminato si realizza più efficacemente attraverso la sua incentivazione – semmai con strumenti quali la riduzione del c.d. cuneo fiscale – che non attraverso l'apprestamento di un sistema di divieti all'utilizzo del contratto a termine²⁷; che quest'ultimo risponde ad esigenze legittime, vitali e soprattutto insopprimibili dell'impresa; che le continue e drammatiche trasformazioni del lavoro nelle organizzazioni umane rendono sempre più velleitario il tentativo di ricondurre a formule analogiche – ossia al controllo motivazionale – la serie casistica delle infinite ragioni giustificanti l'apposizione di un termine al contratto di lavoro; che è puerilmente illusorio correlare la frapposizione di ostacoli normativi alla diffusione di questo strumento con il parallelo e meccanico incremento delle assunzioni a tempo indeterminato; che la riduzione della durata massima a 12 mesi – per il contratto acausale – rischia di costituire più un potente incentivo al *turn over* che un impulso alla stabilizzazione²⁸; che un rapporto a termine può essere garantito come e più di un rapporto a tempo indeterminato, soprattutto all'interno delle realtà d'impresa collocate al di sotto della faticosa soglia dimensionale dei 15 dipendenti; che la precarietà di anni da semmai nelle relazioni a termine di breve o brevissima durata e non nei rapporti più lunghi rispetto ai quali l'interes-

²⁶ In questo senso si pone anche la proposta avanzata di recente dal Ministro del lavoro Nunzia Catalfo. Sul tema cfr. P. ICHINO, *Orario di lavoro: l'insostenibile proposta Catalfo*, in www.pietroichino.it.

²⁷ Cfr. S. PASSARELLI, *Civiltà giuridica e trasformazioni sociali nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 417.

²⁸ L. ZOPPOLI, *Il diritto del lavoro gialloverde: tra demagogia, cosmesi e paralisi regressiva*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, n. 377/2018, p. 18.

se dell'imprenditore alla stabilizzazione è progressivamente crescente, tenuto anche conto degli investimenti in termini di formazione e della inopportunità di "ripartire daccapo" con un nuovo assunto. E l'elenco potrebbe continuare a lungo.

Spostando il fuoco dell'attenzione al piano strettamente tecnico, queste banali osservazioni sembrano state completamente ignorate.

La acausalità – come è noto – è ammessa per il singolo contratto di durata non superiore ai 12 mesi, considerate le proroghe. A fronte di qualsiasi rinnovo contrattuale ovvero di un contratto di durata superiore all'anno si impone invece come necessaria la ricorrenza di una legittima causale nell'ambito delle quattro codificate come generali: sostituzione di "altri lavoratori"; attività stagionali; "esigenze temporanee e oggettive, estranee all'ordinaria attività"; "esigenze connesse a incrementi temporanei, significativi e non programmabili, dell'attività ordinaria".

Escluse in parte le prime due – quella legata a ragioni sostitutive²⁹ e quella correlata alla stagionalità – le restanti hanno meritato le fondate censure della dottrina largamente prevalente³⁰. Troppo evidente è l'approssimazione trasfusa nel sistema. Ma anche sulle attività stagionali qualche interrogativo sembra lecito, soprattutto in ordine alla opportunità di richiamare stancamente un elenco – il ben noto d.p.r. n. 1525/1963 – che può, al più, risultare un suggestivo reperto utile a fotografare l'Italia degli anni Cinquanta, prevalentemente agricola ed impegnata in attività oggi marginali o scomparse – la "stufatura dei bozzoli" o la "spiumatura della tiffa", senza dire della "lavatura della paglia per cappelli" – uscite da un documentario dell'Istituto Luce. Dell'Italia industriale e post-industriale, del mondo dei servizi e delle professioni, del terziario una volta definito avanzato o della innovazione digitale, poco o nulla, se si esclude qualche timidissimo aggiornamento, il più recente dei quali riguarda l'assunzione degli addetti agli impianti sciistici. Forse da un intervento normativo ispirato – almeno nelle dichiarazioni pubbliche – ad istanze di profondo cambiamento era lecito attendersi qualcosa di più³¹.

Certo meno pittoresco è il tema delle causali di nuova elaborazione, frutto di scelte tecniche quantomeno sorprendenti. *In primis* colpisce la debordante presenza di aggettivazioni, che incrementano in modo esponenziale gli spazi rimessi alla discrezione dell'interprete e, quindi, alla opinabilità delle soluzioni ermeneutiche³². Così, la terza causale conta ben quattro aggettivi riferiti a due sostantivi;

²⁹ Benché anche sulle ragioni sostitutive non manchino ambiguità, soprattutto in merito al fatto che la sostituzione sia o meno consentita quando il lavoratore sostituito non abbia diritto alla conservazione del posto di lavoro: cfr. A. MINERVINI, *op. cit.*, p. 367.

³⁰ Cfr. P. PASSALACQUA, *Il contratto di lavoro subordinato a tempo determinato e la somministrazione di lavoro alla prova del decreto dignità*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 380/2018, p. 9.

³¹ Cfr. F. DI NOIA, "Lo chiamavano Dignità": prime note su tecnica e politica a margine del d.l. n. 87/2018, *conv. in l. n. 96/2018*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, n. 381/2018, p. 3.

³² Cfr. P. PIZZUTI, *Contratto a termine: nuove causali e vecchi dilemmi*, in *Mass. giur. lav.*, 2018, p. 181 ss.