

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Fondata da ALDO CESSARI, già diretta da GIUSEPPE PERA e da PIETRO ICHINO

Direttore responsabile
RAFFAELE DE LUCA TAMAJO



Direttore
LUIGI MONTUSCHI

Comitato scientifico

CARLO CESTER - MAURIZIO CINELLI - RICCARDO DEL PUNTA - GIUSEPPE FERRARO
EDOARDO GHERA - PIETRO ICHINO - ARTURO MARESCA - ORONZO MAZZOTTA
FRANCESCO SANTONI - RENATO SCOGNAMIGLIO - GIUSEPPE SUPPIEJ - PATRIZIA TULLINI
JESÚS CRUZ VILLALÓN - MAXIMILIAN FUCHS - ANTOINE LYON CAEN - ALAN NEAL

In questo numero, tra l'altro:

I - Saggi: LA NUOVA DISCIPLINA DEI LICENZIAMENTI INDIVIDUALI E COLLETTIVI (G. Ferraro; A. Garilli; G. Prosperetti); LA RIFORMA DEL LAVORO E LA NUOVA CULTURA DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI (P. Ichino)

II - Giurisprudenza: LAVORO NON SUBORDINATO MA SOSTANZIALMENTE DIPENDENTE (P. Ichino); SUCCESSIONE DI CONTRATTI A TERMINE ILLEGITIMI E ANZIANITÀ LAVORATIVA (R. Voza); LAVORO INTERMITTENTE E DISCRIMINAZIONE DIRETTA IN BASE ALL'ETÀ (L. Calafà)

III - IL RAPPORTO SUI DIRITTI FONDAMENTALI IN EUROPA (G. Bronzini); IL JOBS ACT: INCENTIVI PER LE ASSUNZIONI E NUOVE TUTELE PER I DISOCCUPATI (M. Corti e A. Sartori; M. Cinelli e C.A. Nicolini)



GIUFFRÈ EDITORE

2

PIETRO ICHINO

Ordinario di diritto del lavoro nell'Università di Milano

LA RIFORMA DEL LAVORO IN ITALIA.
UNA NUOVA CULTURA DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI (*)

SOMMARIO: 1. Il peso e il significato di questa svolta. — 2. La nuova disciplina dei licenziamenti. — 3. Il superamento del dualismo fra protetti e non protetti. — 4. La protezione del lavoratore *nel* mercato, ma non *dal* mercato. — 5. Il contratto di ricollocazione come strumento per ridurre i periodi di disoccupazione. — 6. Le questioni di costituzionalità più rilevanti: *a)* sulla differenza di trattamento fra rapporti vecchi e nuovi. — 7. *Segue. b)* sull'esclusione della reintegrazione e la limitazione dell'indennizzo giudiziale. La tecnica del costo predeterminato di separazione come filtro oggettivo delle scelte imprenditoriali in questa materia.

1. *Il peso e il significato di questa svolta.* — Il 7 marzo scorso il diritto del lavoro italiano ha compiuto una svolta di rilievo probabilmente superiore rispetto a quella compiuta a fine maggio 1970 con l'entrata in vigore dello Statuto dei lavoratori. Perché allora l'emanazione di quella legge, voluta dal Centro-sinistra come propria bandiera, segnò una tappa di grande importanza, sì, ma in un percorso che era già incominciato da tempo, con le leggi di protezione del lavoro degli anni '60: divieto di interposizione nel 1960, disciplina del contratto a termine nel 1962, tutela della lavoratrice in occasione del matrimonio nel 1963, risarcimento per il licenziamento ingiustificato nel 1966, cassa integrazione straordinaria e trattamento speciale di disoccupazione nel 1968, prima

(*) Testo della relazione svolta a un seminario promosso dall'agenzia governativa *France Stratégie* a Parigi il 24 marzo 2015. Viene pubblicato contemporaneamente sulla *Revue de Droit du Travail*, diretta da Antoine LYON-CAEN, e, in versione italiana, con l'aggiunta dei riferimenti bibliografici, su questa *Rivista*.

riforma delle pensioni nel 1969. Un percorso che poi proseguì nel trentennio del cosiddetto «garantismo flessibile», con alcuni temperamenti delle protezioni istituite nel decennio d'oro '60-'70, smussature, flessibilizzazioni, tra le quali può annoverarsi anche la parziale modifica dell'articolo 18 recata dalla legge Fornero del 2012, ma anche con alcuni rafforzamenti del sistema protettivo, come quelli introdotti in materia di licenziamenti individuali nel 1990, di licenziamenti collettivi nel 1991, di part-time nel 2000, di congedi parentali nel 2001. Il 7 marzo scorso, invece, con l'entrata in vigore dei primi due decreti attuativi della legge-delega n. 183/2014, l'ordinamento italiano del lavoro cambia il proprio paradigma fondamentale: non soltanto sostituisce drasticamente la *property rule* che ha costituito fino ad allora la chiave di volta del sistema, la reintegrazione nel posto di lavoro, con una *liability rule*, cioè con la regola che limita la responsabilità contrattuale dell'imprenditore a un indennizzo di entità allineata rispetto agli standard prevalenti in Europa (1); ma manifesta anche, in modo inequivoco, l'intendimento di garantire la certezza per l'impresa dell'entità del costo di separazione così predeterminato riducendo al minimo possibile l'alea dell'esito del giudizio e con questa l'entità del contenzioso giudiziale, oggi in Italia patologicamente dilatato. Da un apparato sanzionatorio che sembrava fatto apposta per generare un forte deterrente contro il recesso unilaterale del datore di lavoro proprio «assicurando» una marcata incertezza circa costi di separazione comunque molto ingenti (ricordo per i lettori francesi che il costo per l'impresa di una causa persa in materia di licenziamento, nei decenni passati, in applicazione dell'articolo 18, poteva dilatarsi fino all'equivalente di molte annualità di retribuzione della persona licenziata), si passa a un apparato sanzionatorio la cui *ratio* fondamentale è quella di garantire il più possibile la prevedibilità e al tempo stesso il contenimento del costo di separazione, quando questo si riferisca a vicende

(1) Sulla qualificazione della vecchia disciplina dei licenziamenti in termini di *property rule* e della nuova in termini di *liability rule*, nonché sul passaggio dalla prima alla seconda avviato con la legge 28 giugno 2012, n. 92, rinvio alla mia relazione al convegno di Pescara del Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro su *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, 11 maggio 2012, che può leggersi *on line* nell'archivio dei miei scritti, e su carta in *DPL*, 2012, nn. 24-26, rispettivamente 1497-1502, 1545-1553 e 1613-1620.

fisiologiche del rapporto, quali l'aggiustamento degli organici, il mutamento tecnologico, il mutamento organizzativo, l'esercizio del potere disciplinare.

2. *La nuova disciplina dei licenziamenti.* — L'entità dell'indennizzo ottenibile in giudizio è stata fissata dalla nuova norma in due mensilità dell'ultima retribuzione per ogni anno di anzianità di servizio in azienda, con un minimo di quattro e un massimo di ventiquattro. Ma lo stesso decreto n. 23/2015 indica alle parti la via di una conciliazione-standard, che eviti il giudizio prevedendo il pagamento immediato di un indennizzo pari a una mensilità per anno di anzianità, con un minimo di due e un massimo di diciotto: soluzione, questa, che viene fortemente incentivata con l'esenzione totale dell'indennità dall'imposta sul reddito.

La sanzione della reintegrazione nel posto di lavoro è ora limitata ai casi di nullità del licenziamento espressamente previsti dalla legge: discriminazione vietata, rappresaglia antisindacale, protezione della lavoratrice in occasione del matrimonio o della maternità. La reintegrazione è inoltre prevista nel caso in cui, a seguito di un licenziamento disciplinare, risulti direttamente provato che il fatto contestato non è mai accaduto; mentre la stessa norma esclude espressamente che la reintegrazione possa essere disposta nel caso in cui il giudice consideri il licenziamento sproporzionato rispetto all'entità della mancanza, quando questa, come fatto storico, effettivamente sussista. Questa disposizione, che come era prevedibile è stata fortemente contestata sul piano della costituzionalità, si spiega con il nuovo quadro sistemico delineato dalla riforma: in questo nuovo quadro la reintegrazione non costituisce più lo strumento principale di protezione della persona che lavora, la cui sicurezza economica e professionale verrà d'ora in poi garantita soprattutto mediante il sostegno nel mercato, e non più con l'ingessatura del rapporto di lavoro; la reintegrazione costituisce invece una sanzione che colpisce l'imprenditore in tutti i casi di *abuso* da parte sua del potere di licenziamento della singola persona (dove per *abuso* si intende una cosa ben diversa dalla pura e semplice opinabilità o insufficienza di giustificazione di una scelta di gestione aziendale, quando questa si fondi su motivi in sé legittimi).

3. *Il superamento del dualismo fra protetti e non protetti.* — Qualcuno ha parlato, a questo proposito, di un ritorno del diritto del lavoro agli anni '50 (2) se non addirittura all'Ottocento. Ma un ritorno all'anomia delle origini era ravvisabile semmai nel ricorso diffuso al contratto di collaborazione autonoma, o ad altri tipi contrattuali, divenuto normale dalla fine degli anni '70 in funzione elusiva del diritto del lavoro. Un ritorno all'Ottocento erano quei due terzi di contratti a termine rispetto al flusso generale delle nuove assunzioni regolari, che hanno caratterizzato il mercato del lavoro italiano nell'ultimo ventennio. La svolta che si compie con l'entrata in vigore dei primi due decreti attuativi della legge-delega n. 183/2014 non sta soltanto nel rilancio dell'assunzione a tempo indeterminato come forma normale di assunzione, favorita sul piano normativo e fortemente incentivata sul piano fiscale, ma anche nello spostamento del fuoco dell'attenzione del legislatore dalla protezione delle persone che lavorano in azienda alla loro protezione nel mercato, nel momento in cui esse, a seguito della perdita involontaria e incolpevole del vecchio posto, devono cercare un altro e hanno bisogno di un sostegno del reddito affidabile e in molti casi anche di assistenza intensiva.

Non più, dunque, protezione *dal* mercato del lavoro, ma protezione *nel* mercato del lavoro: con un sistema di sostegno del reddito universale, allineato anche questo ai migliori standard europei, e con un assetto profondamente rinnovato dei servizi per l'impiego.

4. *La protezione del lavoratore nel mercato, ma non dal mercato.* — Il nuovo sistema di sostegno universale del reddito, già impostato nelle sue linee fondamentali con la legge n. 92/2012, ora ampliato nella durata ed esteso a tutti i disoccupati provenienti da una posizione di sostanziale dipendenza dall'azienda per cui hanno lavorato, è costituito da uno schema assicurativo che copre i primi ventiquattro mesi di disoccupazione con un trattamento pari al 75 per cento per i primi tre mesi, poi decrescente del 3 per cento ogni mese ulteriore, integrato da uno schema assistenziale di «reddito minimo di inserimento», per il finanziamento del quale è previsto il

(2) V. per tutti in questo senso L. MARIUCCI, *La commedia degli inganni: l'itinerario regressivo della legge sul lavoro*, QRS, 2015, in corso di pubblicazione.

superamento di tutte le forme di assistenza impropria fin qui attivate: dalla Cassa integrazione utilizzata per coprire situazioni di disoccupazione alle pensioni di invalidità utilizzate in sostituzione del trattamento di disoccupazione, ai c.d. «lavori socialmente utili» di Napoli e Palermo.

Quanto al nuovo sistema dei servizi per l'impiego, la scelta di fondo compiuta con la legge-delega va in direzione di una forte integrazione tra sistema dei Centri per l'Impiego pubblici e agenzie specializzate private, secondo il modello sperimentato con successo in Olanda, negli U.S.A. e in Germania. Lo schema di questa complementarità si compendia nella nuova figura del *contratto di ricollocazione*, stipulato dalla persona interessata con l'operatore specializzato da essa stessa scelto tra quelli accreditati.

5. *Il contratto di ricollocazione come strumento per ridurre i periodi di disoccupazione.* — Oggetto del contratto è per un verso il servizio di assistenza intensiva nella ricerca della nuova occupazione, retribuito con un *voucher* proporzionato alla difficoltà di ricollocazione e pagabile per la maggior parte a risultato ottenuto, per altro verso l'impegno della persona assistita a partecipare attivamente a tutte le attività indicate dal tutor che l'agenzia le avrà affiancato, come necessarie per la più rapida e migliore rioccupazione (3). Il rifiuto ingiustificato, da parte della persona interessata, di partecipazione alle suddette attività, o di una occupazione possibile, verrà denunciato dall'agenzia al Centro per l'Impiego, con la conseguenza che, se il rifiuto sarà ritenuto ingiustificato, il trattamento di disoccupazione verrà interrotto. Questo consentirà, oltre che una riduzione dei tempi di disoccupazione, anche l'assoggettamento del sostegno del reddito a un regime equo di «condizionalità»: perché se l'agenzia eccederà in severità nei confronti delle persone assistite, i disoccupati non la sceglieranno più; ma se eccederà invece in senso opposto, non riuscirà a ricollocare le persone che la scelgono e quindi non guadagnerà.

Il buon funzionamento del mercato del lavoro ha bisogno anche di queste forme di quasi-mercato nello svolgimento della

(3) Per una prima ricognizione circa la struttura e la disciplina di questo nuovo istituto v. L. VALENTE, *Jobs Act e contratto di ricollocazione*, MGL, 2014, 856-873.

funzione pubblica di assistenza intensiva a chi cerca una nuova occupazione.

Come è facilmente comprensibile, tuttavia, il buon funzionamento di questo nuovo strumento presuppone una netta discontinuità rispetto a una situazione, qual è quella italiana attuale, in cui chi fruisce di un trattamento di disoccupazione ha la serena certezza di poter decidere liberamente se e quando attivarsi per la ricerca della nuova occupazione, poiché nessuno controlla né il suo attivarsi né la sua disponibilità effettiva nel mercato del lavoro. Il contratto di ricollocazione non può funzionare se non si volta pagina in modo molto netto, sul piano culturale oltre che su quello strettamente giuridico, rispetto al regime attuale caratterizzato di fatto dall'assenza di qualsiasi condizionalità effettiva del sostegno del reddito.

6. *Le questioni di costituzionalità più rilevanti: a) sulla differenza di trattamento fra rapporti vecchi e nuovi.* — Il cavallo di battaglia dell'opposizione da sinistra a questa riforma è la censura di incostituzionalità per la differenza di trattamento che si instaura tra rapporti di lavoro vecchi e nuovi, in materia di disciplina dei licenziamenti (4). Chi solleva questa obiezione non sembra chiedersi se non sia ancora più censurabile sul piano costituzionale la situazione, cui questa riforma vuol porre fine, di esclusione dal contratto a tempo indeterminato cui il vecchio regime condannava i cinque sestimi dei nuovi assunti. Sta di fatto comunque che, in riferimento ad altri interventi legislativi che hanno modificato la disciplina di rapporti contrattuali di durata, la Corte costituzionale ha ammesso sia quelli che hanno applicato la nuova disciplina soltanto ai rapporti costituiti successivamente, sia quelli che la hanno applicata anche ai rapporti preesistenti, ponendo semmai dei limiti di ragionevolezza agli interventi di quest'ultimo tipo, perché modificano d'imperio equilibri contrattuali già costituiti (5).

(4) V. per tutti M. DE LUCA, *Con le tutele crescenti dualismo vecchi-nuovi*, intervista pubblicata sul sito www.cassazione.net, dicembre 2014.

(5) Il problema si è posto, in particolare, in riferimento a interventi legislativi volti a stabilire limiti massimi di entità della retribuzione in rapporti di lavoro di determinati settori: v. in proposito, tra le numerose altre, C. cost. 9

Per altro verso, nel caso della riforma del lavoro è evidente la ragionevolezza della scelta di escludere dall'applicazione della nuova disciplina i rapporti già costituiti al momento dell'entrata in vigore. Basti considerare che cosa potrebbe accadere se da un giorno all'altro la protezione dell'articolo 18 venisse rimossa per tutti i rapporti di lavoro, vecchi e nuovi insieme: il rischio sarebbe che il giorno dopo scattasse il licenziamento di tutte le persone il cui rapporto di lavoro presenti un bilancio in perdita più o meno rilevante, ma che finora sono state mantenute in servizio dalle rispettive imprese proprio in virtù dell'articolo 18. A questa improvvisa intensificazione dei licenziamenti il sistema non sarebbe in grado di far fronte, sul piano economico, con un corrispondente aumento della spesa per i nuovi trattamenti di disoccupazione; e sul piano operativo, con i nuovi strumenti di servizio nel mercato del lavoro che la riforma prevede, in particolare con il contratto di ricollocazione che comporta la cooperazione tra servizio pubblico e agenzie specializzate nell'assistenza intensiva a chi ha perso il lavoro. Questo nuovo sistema ha bisogno di un periodo di collaudo, che è possibile soltanto con un aumento graduale della domanda dei nuovi servizi nell'arco dei primi due o tre anni.

Quella intensificazione dei licenziamenti avrebbe avuto anche l'effetto di un diffuso allarme sociale, con le conseguenti prevedibili pressioni sul Governo e il Parlamento affinché venisse sospesa l'applicazione della nuova disciplina. E questo — generando incertezza sulla stabilità del quadro legislativo — avrebbe rischiato di neutralizzare l'effetto positivo della riforma sulla propensione delle imprese a investire e ad assumere.

7. Segue. b) *sull'esclusione della reintegrazione e la limitazione*

maggio 2013, n. 83, *GCost.*, 2013, 3, 1401; C. cost. 27 giugno 2012, n. 166, *GCost.* 2012, 5, 3734. Dove non si discute affatto della legittimità di disposizioni legislative il cui campo di applicazione sia limitato ai rapporti stipulati dopo la loro entrata in vigore, come è il caso degli artt. 23-bis e 23-ter del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201, convertito dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, in tema di limiti massimi di stipendio per i dirigenti pubblici (legittimità che è considerata pacifica), bensì della legittimità di disposizioni legislative che intervengano a modificare la disciplina applicabile a rapporti già in essere al momento dell'entrata in vigore. Ed è in relazione a questa categoria di disposizioni, non in relazione alla prima, che la Corte pone delle limitazioni, a tutela dell'affidamento delle parti circa l'equilibrio degli interessi oggetto del programma contrattuale originario.

dell'indennizzo giudiziale. La tecnica del costo predeterminato di separazione come filtro oggettivo delle scelte imprenditoriali in questa materia. — Veniamo ora al cuore della questione politica e giuridica sottesa alla riforma: quella che riguarda il passaggio da un regime nel quale il licenziamento è considerato come una «pena di morte», o comunque un fatto in sé patologico, accettabile soltanto come *extrema ratio* in situazioni-limite, a un regime nel quale invece esso è considerato come evento appartenente alla normale fisiologia della vita aziendale e anche della vita lavorativa delle persone, in qualche misura utile al fine della migliore allocazione delle risorse umane nel tessuto produttivo, quindi anche per l'aumento della produttività del lavoro e della sua retribuzione.

L'argomento degli oppositori di questa scelta può sintetizzarsi così: se il giudice ritiene che il datore di lavoro abbia compiuto un atto contrario all'ordinamento, perché si inibisce al giudice stesso di sanzionare il comportamento illecito con l'eliminazione integrale dei suoi effetti, o quanto meno con una condanna risarcitoria commisurata al danno effettivamente subito dall'altra parte?

A questo argomento si può replicare, innanzitutto, osservando come sia praticamente impossibile quantificare il danno in concreto causato, caso per caso, a una persona dal licenziamento, essendo impossibile verificare la disponibilità effettiva della persona stessa per una nuova occupazione e, soprattutto, verificare la sua attivazione efficace nella relativa ricerca. Viceversa, predeterminare per legge l'indennizzo, tenendo conto anche dell'attenuazione del danno derivante dal nuovo trattamento di disoccupazione, presenta il vantaggio di evitare che la prospettiva dell'aumento del risarcimento costituisca un disincentivo per il lavoratore interessato dall'attivarsi subito efficacemente per la ricerca della nuova occupazione.

Ma la replica più decisiva all'argomento degli oppositori della riforma, che va al cuore della *ratio* della nuova norma in tema di sanzione contro il licenziamento ritenuto dal giudice ingiustificato, è in realtà quella che si basa sulla constatazione dei limiti della possibilità stessa del controllo giudiziale del «motivo aziendale profondo» del licenziamento.

A ben vedere, il motivo del licenziamento — anche di quello basato sulla contestazione di una mancanza del lavoratore — è sempre costituito, in ultima analisi, dall'attesa di una perdita

conseguente alla prosecuzione del rapporto, in termini di costo contabile o in termini di costo-opportunità (6): dunque da un evento futuro. E un evento futuro non può essere provato in giudizio, né per mezzo di documenti, né per mezzo di testimoni: può essere oggetto soltanto di una valutazione; e di una valutazione per la quale il giudice per lo più manca della competenza tecnica e degli stessi dati necessari.

La nuova disciplina della materia, dunque, sostanzialmente sconta l'impossibilità in cui l'imprenditore normalmente si trova — salvi i casi di grave crisi aziendale conclamata — di dimostrare compiutamente in giudizio il motivo economico-organizzativo del licenziamento. In ragione di ciò essa affida la funzione di filtro delle scelte imprenditoriali in questa materia a una sorta di «costo di separazione standard», che l'imprenditore stesso deve attendersi come conseguenza del mancato accordo col dipendente circa la cessazione del rapporto, con la sola eccezione dei casi in cui, invece, la necessità del licenziamento sia così grave da essere facilmente dimostrabile in giudizio.

A questo punto saranno in molti a vedere la congruenza di questa *ratio* della nuova legge italiana con le ragioni che erano alla base del progetto di riforma dei licenziamenti presentato nel 2003 al Governo francese dagli economisti Olivier BLANCHARD e Jean TIROLE (7).

LA RIFORMA DEL LAVORO IN ITALIA. — Riassunto. *L'Autore espone a grandi linee il contenuto dei primi due decreti legislativi (nn. 22 e 23/2015) attuativi della legge-delega n. 183/2014, in materia di disciplina dei licenziamenti applicabile ai nuovi rapporti di lavoro, nuovo trattamento di disoccupazione e contratto di ricollocazione. L'A. sottolinea l'importanza e le implicazioni del passaggio da un regime di protezione della stabilità dell'occupazione fondato su di una property rule a un regime fondato su di una liability rule, rispondendo alle principali obiezioni e censure di incostituzionalità che sono state mosse alla riforma.*

THE LABOUR REFORM IN ITALY. — Summary. *The Author outlines the contents of legislative decrees no. 22/2015 and no. 23/2015 implementing Delegation Law no. 183/2014, which provided new*

(6) Sia sull'individuazione del motivo giustificato di licenziamento nella «perdita attesa», sia sulla nozione di «costo opportunità», devo rinviare al mio *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè, 2003, § 516.

(7) Quel progetto può leggersi, tradotto in italiano, in O. BLANCHARD - J. TIROLE, *Profili di riforma dei regimi di protezione del lavoro*, q. Riv., 2004, I, 161-211.

regulations in the areas of dismissals, unemployment insurance, and employee reskilling and repositioning agreements. The Author stresses the importance and implications of the transition from a system of employment protection based on a property rule to a regime based on a liability rule; moreover he counters the main criticisms opposed to the reforms as well as the objections about its compliance with the Italian Constitution.