

La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*

Franco Scarpelli

1. Il disegno del Jobs Act e il suo impatto sugli equilibri di potere contrattuale nei rapporti di lavoro.	452
2. Prospettiva atomistica del modello regolativo del Jobs Act e suoi effetti sul sistema.	454
3. Vecchi e nuovi assunti: rigidità sul mercato, effetti distorsivi della concorrenza, scelte di organizzazione delle imprese.	456
4. Il regime del licenziamento per i nuovi assunti: il ruolo dell'interprete.	457
5. Ipotesi per una gestione matura del nuovo quadro di regole.	460
Riferimenti bibliografici.	461

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 252/2015

1. Il disegno del Jobs Act e il suo impatto sugli equilibri di potere contrattuale nei rapporti di lavoro.

Il Governo Renzi ha definitivamente approvato il più atteso tra i decreti attuativi della legge 183 del 2014, ovvero quello sul cd. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (d'ora innanzi per brevità Ctc).

Provando a sintetizzare il senso della disciplina, secondo le intenzioni del Governo che l'ha fortemente voluta, essa dovrebbe rendere più conveniente e appetibile per le imprese l'assunzione dei lavoratori a tempo indeterminato, così contribuendo a dirottare una maggior quota della domanda di lavoro dai contratti di lavoro non standard (contratti a termine, lavoro accessorio, rapporti di collaborazione autonoma, ecc.) al contratto, appunto, a tempo indeterminato.

Sotto questo profilo, il decreto va messo in collegamento anche con le disposizioni contenute nella Legge di Stabilità, che ha previsto significativi sgravi contributivi proprio per le assunzioni a tempo indeterminato. D'altro canto, bisognerà attendere di vedere come saranno modificate le discipline degli altri rapporti di lavoro (soprattutto quella del contratto a termine) per capire se davvero il Ctc possa essere un loro adeguato «competitore» (sulla base dello schema di decreto *in fieri* pare tuttavia che il Governo non intenda rendere più restrittivo l'accesso al contratto a termine).

Se l'intenzione è certamente apprezzabile, qual è però il modo in cui essa viene realizzata? Qual è cioè la convenienza offerta alle imprese con il nuovo contratto a tempo indeterminato?

Ebbene, tale convenienza sta tutta e soltanto nella forte attenuazione delle regole protettive in caso di licenziamento ingiusto – solo per i nuovi assunti, come si vedrà tra breve – secondo una linea che tende a limitare a pochissimi casi la reintegrazione nel posto di lavoro, mentre nella maggioranza dei casi un lavoratore che sia licenziato senza il rispetto dei limiti legali riceverà soltanto un indennizzo economico (piuttosto modesto, come vedremo).

Come è stato segnalato, tale scelta regolativa modifica profondamente il paradigma delle discipline lavoristiche, accogliendo di fatto alcune tesi riconducibili alla declinazione giuslavoristica dell'analisi economica del diritto: in particolare, per quel che riguarda l'incidenza sulla disciplina del contratto di lavoro, si determina così «una netta inversione di tendenza a favore della teoria degli *inadempimenti efficienti* (*efficient breach*) e dei meccanismi di ristoro monetari, con conseguente evitamento della discrezionalità giudiziale» (Perulli, 2015, p. 12).

È evidente a chiunque che con la nuova disciplina vengono modificati gli assetti di fondo del sistema di regole del lavoro (almeno per le imprese di maggiore dimensione, dove opera tradizionalmente un regime protettivo intenso per i licenziamenti ingiusti), spostando in misura significativa gli equilibri del conflitto di interessi nei rapporti di lavoro, e dei rapporti di forza nell'esercizio dei poteri contrattuali, a favore dei datori di lavoro.

Le tutele dei licenziamenti hanno infatti una rilevanza che va ben oltre la specifica vicenda del recesso e la tutela della stabilità di reddito e occupazione, poiché sostengono la forza contrattuale del lavoratore nella relazione quotidiana sul luogo di lavoro. Di più: una tutela efficace nei confronti di un licenziamento ipoteticamente ingiustificato – diritto non a caso espressamente sancito dalla Carta europea dei diritti fondamentali e dalla Carta sociale europea – protegge le libertà fondamentali di lavoratrici e lavoratori, nei luoghi di lavoro: la libertà di espressione e di dissenso, la difesa della dignità quando questa sia minacciata da superiori o colleghi, la difesa e pretesa dei propri diritti, la possibilità di attivarsi sindacalmente se lo si desidera, ecc.

Non c'è bisogno di spiegazioni per intuire che un lavoratore che sa che può essere licenziato a basso costo sarà un lavoratore più debole, meno pronto a far valere i propri diritti o interessi. Si pensi, per fare un esempio (e senza considerare i casi di più odiosa discriminazione, per i quali la legge mantiene strumenti di più forte sanzione, pur di utilizzo impegnativo), alla condizione di una lavoratrice della grande distribuzione che, per esigenze legate agli impegni di cura familiare, ha necessità di resistere a pressanti richieste di fare straordinari, modificare turni, ecc., magari nascenti da un'organizzazione del lavoro a organico ridotto per finalità di contenimento dei costi: quanto potrà sottrarsi a tali pressioni pur quando ciò sia un suo diritto e, se lo farà, quanti datori di lavoro resisteranno alla tentazione di allontanarla a basso costo per sostituirla con un dipendente più disponibile e «flessibile»?

L'aspetto ora evidenziato, relativo alla condizione della singola relazione contrattuale, presenta poi un'altra serie di effetti che dovranno essere attentamente misurati, a cominciare dalla modifica delle condizioni di radicamento della rappresentanza sindacale, soprattutto nella fascia di imprese né troppo piccole (già oggi difficilmente sindacalizzabili) né molto grandi (nelle quali l'effettività della presenza sindacale potrà forse continuare a svilupparsi anche a prescindere dall'intensità della protezione legale dei lavoratori, come in fondo avvenne già prima che l'ordinamento dettasse discipline limitative del recesso).

Sul punto, sia consentito contrastare la diffusa obiezione secondo la quale, in fondo, tale condizione di minore protezione contro il recesso ingiustificato è quella da sempre vigente per i tanti lavoratori delle piccole imprese: argomento fallace non soltanto perché, come è ovvio, la risposta a tale disparità di trattamento sarebbe semmai da cercare in un miglioramento delle condizioni di tutela nelle piccole imprese (sinora non avvenuto per una sorta di compromesso sociale e giuridico diretto a proteggere la piccola impresa), ma soprattutto perché dimentica che il sostegno all'effettività dell'attività sindacale nelle medie e grandi imprese è una delle condizioni del potere contrattuale sindacale che si sviluppa (anche e prima di tutto, nella nostra esperienza) con la negoziazione dei contratti collettivi di categoria, i quali a loro volta rappresentano quasi sempre le uniche tutele invocabili dai dipendenti delle piccole imprese.

Rispetto a tali problematiche non convince l'argomento che la modifica (diminuzione) dei livelli di tutela nel rapporto di lavoro possa trovare compensazione nella crescita di tutela dei lavoratori nel mercato, con il miglioramento della protezione economica in caso di disoccupazione (miglioramento per certi aspetti realizzato dal d.lgs. 22/2015) e con una svolta nel funzionamento dei servizi per l'impiego e delle politiche attive del lavoro.

In tale chiave, il modello della flexicurity, meritevole ovviamente di attenzione e approfondimento nei suoi vari possibili sviluppi, anche a livello europeo, diviene troppo spesso mera tecnica retorica, in primo luogo perché il raggiungimento nei fatti di livelli adeguati di protezione e di efficienza del mercato è un miraggio, collegato a investimenti di risorse del tutto implausibili in questa fase (quindi la retorica della flexicurity si basa su uno scambio temporalmente squilibrato, e forse mai in grado di realizzarsi compiutamente). Ciò detto, va sottolineato che si tratterebbe in ogni caso di un bilanciamento tra terreni eterogenei, nel senso che i valori (personali, sociali, economici) in gioco nella relazione contrattuale e nell'equilibrio di poteri che ivi si realizza, e che sta al diritto del lavoro storicamente regolare, si pongono su un piano che è in buona parte autonomo e indifferente rispetto alla condizione del lavoratore nel mercato.

Il lavoratore più forte sul mercato potrà certo attenuare meglio gli effetti negativi di una vicenda patologica del rapporto di lavoro, ma ciò non gli garantisce di per sé – salvo forse la condizione di pochissimi lavoratori, determinanti per la vita di un'impresa – di poter realizzare adeguatamente nella relazione di lavoro aspirazioni e bisogni, economici, professionali, esistenziali, soprattutto per quella dimensione della relazione lavorativa che non ha misura economica. Per tornare al semplice esempio sopra proposto, la lavoratrice della grande distribuzione che fosse licenziata per la propria difficoltà ad adeguarsi ai ritmi di un'organizzazione fortemente stressata, se assistita da servizi per l'impiego di meravigliosa efficienza potrebbe forse trovare in breve tempo un'altra occupazione, nella quale si riprodurrebbero immediatamente e con ogni probabilità la stessa difficoltà e la stessa condizione di debolezza.

2. Prospettiva atomistica del modello regolativo del Jobs Act e suoi effetti sul sistema.

La modifica di paradigma regolativo della relazione contrattuale di lavoro meriterebbe poi di essere indagata, anche soltanto nella chiave di valutazione dell'efficienza, sollevando lo sguardo dalla prospettiva *micro* della relazione individuale di lavoro e delle sue connessioni con le condizioni di competitività della singola impresa, alla prospettiva *macro* dei modelli e delle dinamiche di sviluppo del sistema economico-sociale nel suo complesso, della competitività di settore e di sistema.

Tale diversa prospettiva appare ignorata nel progetto regolativo del Jobs Act, nel momento in cui alle notevoli concessioni fatte all'impresa e alla sua competitività (nell'auspicio che le stesse producano una maggiore propensione ad assumere con contratti standard) non corrisponde alcuna «richiesta» (né tramite meccanismi coercitivi o condizionali, né tramite meccanismi incentivanti) a farsi carico di un utilizzo delle nuove e più favorevoli condizioni regolative che inglobi anche obiettivi di competitività di sistema e di compatibilità sociale (i quali a loro volta possono determinare miglioramenti di competitività di sistema, ad esempio riducendo i costi sociali ed economici che sono prodotti da fenomeni come l'eccessiva diffusione di condizioni di precarietà, del lavoro povero, ecc.).

L'impresa viene sì indirizzata ad avvalersi in via prioritaria dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato rendendo gli stessi più appetibili (soprattutto, in questa fase, per il minor costo contributivo derivante dagli incentivi della Legge di Stabilità, ma anche) in termini di minor costo di scioglimento: ma il futuro dei rapporti di lavoro a tempo indeterminato non è più caratterizzato da una significativa condizione di stabilità, cosicché la condizione di precarietà sembra potersi estendere anche nell'area del lavoro standard.

Il punto è che la precarietà prima ancora che dalla forma contrattuale di impiego dipende dalla condizione professionale, dalla mancanza (o scarsità) di investimento sulla formazione e la professionalità (bene riservato all'area dei *core workers*), dall'esclusione dai processi di conoscenza, dall'aumento delle condizioni di asimmetria informativa sulle condizioni di lavoro e dell'impresa, ecc.

Tali fattori pregiudizievoli rischiano di allargarsi almeno per una parte dei nuovi assunti a tempo indeterminato, la cui condizione di debolezza contrattuale, almeno per gli addetti alle mansioni più fungibili, renderà più arduo elaborare percorsi individuali o collettivi di compensazione. È questo uno dei terreni dove alle imprese nulla si chiede in cambio della concessione di nuovi margini di flessibilità, né in termini di maggiori costi diretti a finanziare la sicurezza sociale (come in parte

fece la Riforma Fornero del 2012), né in termini di investimenti sulla professionalità e la formazione (come avviene nella disciplina della somministrazione di lavoro).

Anzi, mentre si rafforza il potere contrattuale del datore di lavoro, la concessione di più ampi strumenti di flessibilità si estende da quella in uscita a quella funzionale, relativa alla gestione delle mansioni del lavoratore: ciò che potrà consentire, almeno per la grande area dei lavoratori esclusi dai settori strategici dell'impresa e dai processi a più elevato tasso di innovazione, di orientare l'utilizzo della flessibilità a vantaggio della competitività (atomisticamente considerata) della singola impresa, ignorando il problema della difesa e incremento del capitale umano collettivo, di sistema.

Il legislatore, come già in passato, prosegue dunque nella scelta di spostare gli equilibri della regolazione a favore dell'impresa ma senza distinguere tra imprese di diversa qualità imprenditoriale e sociale: la responsabilità sociale dell'impresa – slogan anni fa molto in voga, ma attutito più di recente dalle dinamiche drammatiche degli anni della crisi – è affidata a spinte volontaristiche, senza che l'ordinamento si preoccupi di premiare i soggetti che se ne fanno carico.

Il segnale trasmesso con la disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti, per le modalità tecniche con cui è stata realizzata, non indirizza certo verso condotte virtuose, nel momento in cui codifica la regola generale per cui l'atto contrario alla legge (e di inadempimento dell'impegno alla stabilità assunto con la stipulazione del contratto di lavoro) viene affidato ad una sanzione indennitaria di importo relativamente contenuto e scisso dall'effettivo pregiudizio provocato a chi l'illecito ha subito, sottraendo alla funzione giudiziaria il compito di valutare (non soltanto l'illegittimità dell'atto, ma anche) l'adeguatezza della sanzione (in rapporto sia alla gravità dell'illecito sia alla lesione portata agli interessi protetti dall'ordinamento con la regola sostanziale).

Il decreto 23/2015 contiene poi un secondo segnale che pare politicamente e simbolicamente molto forte (ancora non in senso positivo), e che riguarda il terreno della tutela dei diritti. I nuovi assunti, già meno protetti rispetto ai lavoratori in servizio, vengono esclusi dall'utilizzo degli strumenti processuali più efficaci introdotti dalla legge del 2012 per i casi soggetti all'art. 18 stat. lav. (il cd. Rito Fornero), esclusione estesa anche ai casi nei quali tali lavoratori possono ancora invocare la tutela reintegratoria; ma, soprattutto, l'azione in giudizio contro il licenziamento (ipoteticamente) illegittimo diviene ipotesi del tutto residuale e improbabile, poiché la legge prevede una procedura conciliativa che, grazie alla defiscalizzazione delle relative erogazioni economiche, consegna alle imprese uno strumento assai poco costoso per sanare l'ipotetico illecito (divenendo d'altro canto molto più rischioso per il lavoratore decidere di proseguire comunque nell'azione).

Se è vero che tra le raccomandazioni del Fondo monetario internazionale al nostro paese vi è quella, motivata e insistente, di ridurre numeri e tempi del contenzioso civile, non si può non notare che l'obiettivo viene qui perseguito attraverso una sorta di condono permanente dell'ipotetico atto illecito con oneri finanziari a carico della sfera pubblica (preventivati, a regime, in oltre 37 milioni di euro annui) i quali, questo l'aspetto simbolicamente più significativo, vengono prelevati dal fondo mirante a finanziare i provvedimenti di riforma degli ammortizzatori sociali e dei servizi per il lavoro e delle politiche attive (per interessanti osservazioni sulle scelte politiche di dislocazione di risorse pubbliche nel Jobs Act si veda Marazza, 2015a).

In tale contesto, vi è da sperare in uno scatto di maturità da parte della cultura imprenditoriale, la quale sappia diffondere standard di legalità e modernità civile delle proprie condotte di gestione delle risorse umane, anche oltre ciò che le chiede il legislatore (per tornare ancora una

volta all'esempio sopra formulato, che sappia creare ambienti di lavoro in grado di accettare la diversità di chi non può o non è in grado di adeguarsi a ritmi sempre più elevati o stressati delle prestazioni di lavoro). Su tale prospettiva torneremo in conclusione.

3. Vecchi e nuovi assunti: rigidità sul mercato, effetti distorsivi della concorrenza, scelte di organizzazione delle imprese.

Si ritiene poi che il legislatore non abbia a sufficienza ponderato i possibili effetti della distinzione tra vecchi e nuovi assunti e della radicale differenza di regime protettivo tra tali gruppi.

Un primo rischio è quello della maggiore rigidità nelle transizioni sul mercato del lavoro per i dipendenti che godono del vecchio regime, i quali avranno comprensibilmente una minore propensione a mutare rapporto di lavoro esponendosi, per effetto della nuova assunzione, alla perdita dello statuto giuridico più protettivo oggi goduto.

Per ovviare a tale effetto dovrà diventare prassi diffusa (prima di tutto nella cultura degli addetti al personale delle imprese) quella della stipulazione di clausole e accordi, in sede individuale e anche collettiva, che garantiscano in via negoziale la permanenza di condizioni di maggior tutela. Le soluzioni tecniche adottabili sono le più varie e non sembrano andare incontro a ostacoli di tipo giuridico (dovendo semmai discutersi dei contenuti e dei loro eventuali profili sanzionatori, approfondimento che non è il caso di compiere in questa sede).

Molto più grave è il rischio di un'accentuazione di pratiche distorsive della concorrenza, già diligenti in molti settori e segnatamente in quelli dove la competizione si gioca in modo estremo sul costo del fattore lavoro (in particolare nei servizi *labour intensive*), rendendo ancora più difficile la vita per quelle imprese (non la maggioranza, purtroppo, nel tessuto produttivo italiano) che in questi anni hanno giocato la propria competitività su fattori diversi, appunto, dalla mera riduzione dei costi e delle condizioni del lavoro.

Le imprese più strutturate potrebbero infatti subire la competizione di imprese di nuova costituzione che puntino sul vantaggio (in questo momento duplice, per la combinazione di sgravi contributivi e regime normativo più favorevole) di avvalersi appunto dei nuovi assunti (Marazza, 2015b, p. 7). Tale vantaggio costituisce poi una seria minaccia all'effettività delle cd. «clausole sociali» che governano la transizione dei lavoratori dall'una all'altra impresa nei settori produttivi caratterizzati da frequenti cambi di appalto: e ciò proprio per il rischio di rimanere esposti a imprese concorrenti che impieghino lavoratori nuovi assunti e perciò possano offrire al committente offerte ancora più basse del consueto.

Il decreto 23/2015 si occupa del tema solo per prevedere che il lavoratore assunto dall'impresa subentrante in un appalto, in forza di una clausola sociale, conserva (ai fini del calcolo dell'indennizzo per l'eventuale successivo licenziamento) l'anzianità maturata sullo stesso appalto (non l'intera anzianità di servizio). Garanzia di per sé condivisibile, ma insufficiente a rafforzare le dette clausole sociali nei confronti delle quali sono in atto da tempo strategie di una parte delle imprese per sottrarvisi. Effetti ancora una volta problematici sul piano generale (e non per caso oggetto di una recente proposta di legge di iniziativa popolare della Cgil: Scarpelli, 2015): non solo perché rendono ancora più problematiche le condizioni dei lavoratori in settori spesso già caratterizzati dalla massiccia diffusione di lavoro altamente precario e con bassi salari; ma anche perché, di

nuovo, favoriscono la diffusione di imprese di minore dimensione e qualità, ostacolando la crescita e il consolidamento di imprese che puntino invece su modelli organizzativi efficienti e di qualità, più che sul mero abbattimento dei costi.

Ancora con riguardo ai possibili effetti indotti sulle strategie d'impresa, si può preconizzare un certo impatto della nuova disciplina sul fenomeno delle cosiddette esternalizzazioni, nel senso di una loro attenuazione: le esternalizzazioni o l'out-sourcing di servizi o segmenti di attività dell'impresa, che dagli anni '90 sono divenute una tendenza stabile di riorganizzazione della produzione, attuata mediante le cessioni dei cd. rami d'azienda, saranno infatti d'ora innanzi meno convenienti che in passato: i lavoratori interessati, che passano in capo al soggetto cessionario dell'attività in forza della disciplina lavoristica del trasferimento di azienda (art. 2112 cod. civ.), e dunque con continuità giuridica del rapporto di lavoro, mantengono lo status di «vecchi assunti» esclusi dal nuovo regime e sono dunque meno appetibili per l'impresa interessata a subentrare nell'attività.

È dunque evidente il rischio che d'ora innanzi le operazioni di esternalizzazione vengano effettuate decentrando dove possibile la sola attività, priva di una organizzazione economica, ad un nuovo soggetto imprenditoriale: fenomeno che potrà creare problemi di eccedenze di personale presso l'impresa decentrante.

Anche sugli aspetti ora segnalati sarà possibile un ruolo delle relazioni sindacali dirette a governarli impedendo o limitando i segnalati rischi. Sul punto si tornerà in conclusione.

4. Il regime del licenziamento per i nuovi assunti: il ruolo dell'interprete.

Per gli scopi e la sede di questo articolo non è opportuna l'analisi di dettaglio della disciplina dettata dal decreto legislativo 23/2015 e delle numerose questioni interpretative che la stessa pone.

Basterà dire che la nuova disciplina conferma la possibilità dell'impugnazione giudiziale del licenziamento, respingendo (anche perché contrastante con principi del diritto europeo e internazionale) la proposta che mirava a stabilire, per il licenziamento per motivi organizzativi, un costo economico comunque discendente dal recesso, da sottrarre così alla valutazione giudiziale se non nei casi in cui ne siano adottati motivi discriminatori o altri profili di grave illiceità. Tuttavia, il sindacato giudiziario sulla giustificazione del licenziamento è profondamente limitato dal nuovo regime sanzionatorio il quale prevede che il giudice, quando ritenga insussistenti i motivi soggettivi o organizzativi adottati dal datore di lavoro, debba comunque dichiarare estinto il rapporto di lavoro, condannando il datore di lavoro al pagamento di un'indennità. Inoltre, il valore di tale indennizzo è predeterminato in misura proporzionale all'anzianità di servizio del dipendente, sottraendo al giudice il compito di graduare la sanzione economica dell'atto illegittimo in relazione alla sua gravità e all'effettivo pregiudizio portato al lavoratore.

A tale regola, prevista per l'ipotesi in cui all'esito del giudizio di impugnazione non risulti dimostrata (dal datore di lavoro) la sussistenza del motivo (oggettivo o soggettivo) invocato quale giustificazione del recesso, si affiancano le ipotesi nelle quali è ancora prevista la tutela ripristinatoria del rapporto di lavoro (ovvero la reintegrazione, pur sulla base di disposizioni autonome, per quanto in buona parte simili, rispetto a quelle dell'art. 18 stat. lav.).

Si tratta in primo luogo del licenziamento disciplinare (giusta causa e giustificato motivo soggettivo), ma nella sola ipotesi in cui sia accertata «l'insussistenza del fatto materiale contestato al

lavoratore» (art. 3, secondo comma). Tra i commentatori ha già preso avvio la discussione in ordine al significato da attribuire a tale disposizione e ai suoi effetti sulla ricca casistica dei licenziamenti per fatto imputabile al lavoratore. Se non vi è dubbio che la legge abbia voluto restringere lo spazio di applicazione della reintegrazione, così come la discrezionalità della valutazione giudiziaria (soprattutto impedendo al giudice di assegnare rilevanza, ai fini della sanzione, al giudizio di proporzionalità tra la gravità della condotta del lavoratore e il licenziamento), si stanno già proponendo letture parzialmente «correttive» dell'apparente intento del legislatore, finalizzate a ricondurre la disposizione a coerenza col sistema giuridico nel suo complesso e giungere all'auspicabile risultato di rendere applicabile la reintegrazione non soltanto quando il lavoratore non abbia materialmente commesso la condotta che gli è stata contestata, ma anche quando la stessa non sia soggettivamente imputabile e, soprattutto, quando risulti priva di una minima rilevanza disciplinare (Marazza, 2015b, p. 16).

In secondo luogo, la reintegrazione è prevista per i casi di licenziamento discriminatorio o nullo per altri motivi (art. 2, primo comma): e anche con riferimento a tale disposizione sono sorti dubbi in relazione alla questione se le ipotesi di licenziamento nullo destinato alla reintegrazione siano solo quelle in cui tale forma di invalidità è esplicitamente prevista dalla disciplina che vieta il recesso (come nel caso dei licenziamenti per causa di matrimonio, gravidanza, puerperio) o anche quelle nelle quali la nullità sia altrimenti fondata su regole generali dell'ordinamento (come nel caso del licenziamento illecitamente motivato da un trasferimento d'azienda).

Al regime previsto per il licenziamento nullo è ricondotta anche l'ipotesi del difetto di giustificazione per disabilità fisica o psichica del lavoratore, rimanendo discusso se in tale ipotesi possa rientrare anche il licenziamento (illegittimo) per ritenuto superamento del comportamento per malattia (ovvero se tale fattispecie sia comunque riconducibile alla reintegrazione per nullità del recesso, o alla sola sanzione indennitaria) (Voza, 2015).

Resta il fatto che la regola apparentemente destinata a governare la maggioranza dei casi è quella del mero indennizzo di cui all'art. 3, primo comma, il quale (salva la sua riduzione nelle imprese di minore dimensione e per i vizi solo procedurali del recesso) è rapportato a due mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità, con un minimo di 4 ed un massimo di 24 mensilità.

Tale meccanismo di crescita progressiva dell'indennità sarebbe l'elemento nel quale si concretizzano le «tutele crescenti» alle quali è intitolato l'intero provvedimento. Si è tuttavia a ragione osservato che l'odierna versione italiana si discosta significativamente dallo schema tipologico e funzionale di contratto a tutele crescenti discusso a livello europeo, anche per il fatto che le tutele non sono affatto crescenti, «giacché con lo scorrere del tempo non v'è alcuna tutela che aumenta (nel senso accrescitivo di garanzie, vuoi quantitative), ma solo un aumento dell'indennizzo in ragione della maggiore anzianità del prestatore» (Perulli, 2015, p. 27); né soprattutto vi è alcun accesso futuro alle tutele «standard» (differito a dopo un periodo iniziale, secondo modelli da tempo dibattuti): anzi le tutele standard divengono quelle del decreto, abbandonando a un destino progressivamente residuale le regole della stabilità conosciute sino ad ora.

Inoltre, stride con il concetto posto a bandiera del provvedimento (e probabilmente con le disposizioni della legge delega n. 183/2014) la fissazione di un tetto massimo all'indennizzo, che fa sì che oltre il dodicesimo anno di servizio il recesso illegittimo sia sempre sanzionato con 24 mensilità di retribuzione, senza più alcun rapporto con la crescente anzianità.

Nei fatti, il licenziamento diventa un atto nella disponibilità del datore di lavoro che può decidere di allontanare il dipendente, mettendo in conto di caricarsi soltanto un costo economico aggiuntivo, di entità abbastanza modesta soprattutto per i lavoratori di anzianità relativamente poco elevata (che saranno la quasi totalità per i primi anni di applicazione della nuova disciplina, salvo ovviamente il regime previgente per i dipendenti già in servizio ed esclusi dall'area di applicazione del decreto). Anzi il costo effettivo sarà ancora minore, poiché la discutibile previsione dell'esenzione fiscale dell'indennizzo (dimidiato) previsto per l'accordo conciliativo disciplinato dall'art. 6 del decreto (esenzione che non si applica invece all'indennizzo percepito in sede giudiziaria), rende poco conveniente per il lavoratore affrontare il rischio e i tempi del contenzioso: cosicché nella gran parte dei casi il datore di lavoro se la caverà con un costo equivalente a una mensilità di retribuzione per ogni anno di anzianità del lavoratore (con un minimo di 2 e un massimo di 18).

Una pagina particolarmente discutibile della nuova disciplina è quella che riguarda i licenziamenti collettivi, dove diviene difficilmente tollerabile la differenza di disciplina tra vecchi e nuovi assunti. Qui il legislatore prevede esclusivamente la sanzione indennitaria, tanto per la violazione delle procedure sindacali di informazione e consultazione quanto per la violazione dei criteri di scelta (difetto quest'ultimo che pone in evidenza la scorrettezza dell'individuazione del lavoratore licenziando, con l'inosservanza di criteri di rilevanza sociale e di corretta graduazione nella distribuzione dei sacrifici tra i lavoratori).

Si tratta di un tema delicato: la prassi dimostra che l'impresa, anche a prescindere da eventuali condotte collegate a motivi tipicamente discriminatori, tende naturalmente ad allontanare i soggetti più deboli e quelli (ritenuti) meno produttivi. L'effetto della nuova disciplina è altrettanto delicato, poiché la diversità di statuto giuridico emergerà questa volta in modo evidente e drammatico, potendo attendersi il verificarsi di casi in cui più lavoratori contesteranno la stessa procedura di licenziamento collettivo, per violazione dei medesimi criteri di scelta, ma alcuni (vecchi assunti) potranno essere reintegrati mentre altri (i lavoratori «a tutele crescenti») ne potranno ricavare un modesto indennizzo.

Nonostante quanto affermato all'inizio di questo paragrafo il sistema (pur prevedendo teoricamente la possibilità dell'impugnazione in sede giudiziaria del recesso) giunge dunque di fatto a un assetto pressoché coincidente con quello immaginato dalla teoria del cd. *firing cost*, mirante a sostituire il sindacato giudiziario sul licenziamento con un costo prefissato (Ichino, 1996, p. 105 ss.).

Come si è rilevato in apertura, dunque, siamo di fronte a una modifica profonda della disciplina del rapporto di lavoro, poiché «eliminare la giustificazione del licenziamento e sostituirla con il pagamento di una somma vuol dire (...) obliterare una delle dimensioni immanenti ad ogni atto di licenziamento: la dimensione del potere» (Carinci, 2013, p. 176).

Poiché tale modifica non appare sintonica alle linee di sistema dell'ordinamento, all'interprete spetta, pur nel rispetto del dettato legislativo (e salve le questioni che possano essere sollevate di legittimità costituzionale o di compatibilità con il diritto europeo, che in questa sede non affrontiamo), muoversi negli spazi interpretativi per recuperare in parte quell'equilibrio che manca all'odierna operazione regolativa.

In particolare, per quel che riguarda la segnalata questione della cornice di esercizio di poteri e diritti nella relazione di lavoro, il terreno più importante sarà quello del licenziamento discriminatorio e nullo per motivi illeciti: terreno di tutela del tutto residuale in passato – non sussistendone

la necessità, grazie all'esistenza di un'effettiva disciplina di tutela e sanzione del licenziamento (semplicemente) ingiustificato – ma sul quale potrà e dovrà svilupparsi nel prossimo futuro un'esperienza (augurabilmente) coraggiosa di piena sanzione di licenziamenti strumentali e comunque diretti a disfarsi di lavoratori poco graditi. Il che implica l'affinamento e l'evoluzione delle relative tecniche, a partire dal superamento dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale una volta che sia stata accertata la giusta causa o il giustificato motivo non sarebbe più possibile eccepire il carattere discriminatorio del licenziamento (Nogler, 2008).

Pur non ritenendo condivisibile l'opinione secondo la quale il licenziamento irrogato al di fuori delle cause ammesse dalla legge è di per sé discriminatorio (Carinci, 2013, p. 205), l'insussistenza e inattendibilità del motivo addotto dal datore di lavoro a giustificazione del licenziamento può ritenersi il primo degli elementi presuntivi del suo carattere illecito (perché discriminatorio, o ritorsivo, o in altra guisa); ma anche di fronte alla sussistenza di una giustificazione – e a maggior ragione per il licenziamento per motivi oggettivi, spesso discendenti da atti organizzativi originati da scelte dello stesso datore di lavoro – potrà dimostrarsi, direttamente o per presunzioni, il carattere discriminatorio tale da invalidare di per sé il recesso, con diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro. Ancora, la prospettiva antidiscriminatoria dovrà guidare ad una verifica particolarmente attenta la selezione operata dal datore di lavoro in caso di licenziamento collettivo, riconoscendo la sanzione reintegratoria in ogni ipotesi (anche oltre quelle pur numerose oggi tipizzate dal legislatore) in cui la scelta del lavoratore sia stata guidata da motivi riguardanti caratteristiche della persona oggetto di protezione ricollegabile a valori di rilevanza costituzionale.

Infine, di fronte all'indebolimento dell'apparato sanzionatorio lavoristico, l'interprete è chiamato d'ora innanzi a sondare l'utilizzabilità delle tecniche sanzionatorie civilistiche, sempre al fine di temperare gli effetti più irrazionali della nuova disciplina del recesso. Si pensi al tema della rilevanza dei codici disciplinari di fonte collettiva e all'ipotesi di un datore di lavoro che licenzi un lavoratore per una condotta, pur effettivamente tenuta, che il codice disciplinare vigente riconduce con chiarezza ad una sanzione conservativa. Se la legge, discostandosi consapevolmente da quanto previsto dall'art. 18 stat. lav. (come modificato dalla Legge Fornero), impedisce oggi che al difetto di proporzionalità consegua la sanzione ripristinatoria del rapporto di lavoro, residuerà la possibilità di far valere su un diverso piano la violazione dell'impegno negoziale assunto con la stipulazione (o recezione) del contratto collettivo. La stessa prospettiva, a maggior ragione, sembra potersi adottare per la violazione dei criteri di scelta oggetto di specifico accordo raggiunto nell'ambito di una procedura di riduzione del personale.

5. Ipotesi per una gestione matura del nuovo quadro di regole.

Le considerazioni svolte nei precedenti paragrafi evidenziano i rischi collegati a un utilizzo strumentale del nuovo quadro di disciplina, così come i possibili strumenti giuridici di reazione. Come si è già evidenziato, tuttavia, può sperarsi che almeno una parte delle imprese reagisca con maturità alla svolta legislativa, mostrando di meritarsi le indubbie concessioni di più facile flessibilità ricevute dal legislatore.

In merito, oltre all'auspicabile utilizzo corretto e responsabile dei tipici poteri (oggi meno condizionati) del datore di lavoro, si intravedono ampi spazi per un intervento delle relazioni sindacali mirante a garantire, oltre e in modo più avanzato di quanto preveda la legge, l'attitudine all'investimento sulla professionalità e stabilità dei lavoratori (di tutti i lavoratori, non soltanto quelli

coinvolti nei processi più strategici dell'impresa), la creazione di un clima di fiducia e di investimento sulla produttività, l'attenzione ai profili di tutela sociale nei processi di riorganizzazione.

Già nelle prime settimane di vigenza del decreto 23/2015 sono venuti segnali di una disponibilità delle imprese o delle loro associazioni a garantire in primo luogo la conservazione dello statuto giuridico più protettivo per i lavoratori già in servizio coinvolti in processi di riorganizzazione o esternalizzazione. Si trattava in questo caso di garantire (con l'utilizzo dello strumento della cessione del contratto o della cessione di attività ex art. 2112 cod. civ.) le tutele già previste dalla precedente disciplina, ma il segnale è importante perché dimostra la non centralità, per tali soggetti, della prospettiva di convenienza aperta dal legislatore.

Si tratterà in futuro di garantire strumenti di miglior tutela ai lavoratori ai quali si applica la nuova disciplina (strada peraltro aperta già dall'art. 12 della legge 604/1966), anche al fine di temperare la differenza di condizione e interessi che viene a determinarsi rispetto ai lavoratori già da tempo in servizio nelle stesse imprese. Ciò potrà farsi con diversi strumenti e formule negoziali: dall'estensione *tout court* della disciplina legale della reintegrazione anche ai nuovi assunti, alla previsione di veri percorsi di tutele crescenti (cioè rendendo attingibile l'accesso dopo un certo periodo a tutele equivalenti a quelle dei dipendenti già in servizio), alla previsione di indennizzi di misura più significativa rispetto a quella prevista dalla legge (ed eventualmente differenziata in relazione alla condizione sociale dei lavoratori).

Per i licenziamenti per motivi soggettivi può aprirsi una stagione di revisione dei codici disciplinari (di solito tra i contenuti meno dinamici della contrattazione collettiva): da un lato assecondando l'esigenza delle imprese di tipizzare meglio condotte illecite che toccano interessi sensibili del datore di lavoro (si pensi ai frequenti comportamenti in violazione degli obblighi di fedeltà, o a quelli di approfittamento delle condizioni di svolgimento della prestazione al di fuori delle normali possibilità di controllo), e comunque specificando meglio ipotesi disciplinari talvolta generiche; dall'altro pretendendo l'impegno per via negoziale alla reintegrazione qualora l'infrazione che è stata posta a base del recesso rientrasse tra quelle per le quali il codice prevede una sanzione conservativa.

Per i licenziamenti per motivi economici potrà lavorarsi (parallelamente all'attuazione dello strumento del contratto di ricollocazione previsto dall'art. 17 del decreto n. 22/2015) su percorsi di accompagnamento alle transizioni sul mercato dei lavoratori destinatari di licenziamenti, sulla creazione di «mercati interni» (per la circolazione dei lavoratori e per la formazione e il consolidamento delle esperienze professionali) di settore (come è già nell'esperienza di alcuni settori produttivi, come quello dell'edilizia), di gruppi o reti di imprese, distretti, territori ecc.

Insomma, di fronte ad un legislatore che visibilmente arretra il livello delle tutele, promettendo nel contempo tutele sul mercato che appaiono ancora come chimere, tocca alle parti sociali (come già avvenuto in altri periodi della nostra storia) dimostrarsi all'altezza delle diffuse enunciazioni di una cultura matura delle relazioni industriali e delle relazioni col personale, mostrando che efficienza e competitività possono andare di pari passo con i valori della correttezza, del rispetto dei diritti e della solidarietà.

Riferimenti bibliografici.

Carinci M.T., 2013, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, in Aidlass, *Il diritto del lavoro al tempo della crisi*, Atti del XVII Congresso nazionale di diritto del lavoro, Pisa, 7-9 giugno 2012, Giuffrè

Editore, Milano.

Ichino P., 1996, *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano.

Marazza M., 2015a, *Dalla fiction (House of cards) alla realtà: un immaginario raffronto tra l'America Work di Frank Underwood e il Jobs Act di Matteo Renzi*, «Diritti Lavori Mercati», n. 1.

Marazza M., 2015b, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act (un commento provvisorio, dallo schema al decreto)*, «Wp Csdle "Massimo D'Antona".it», n. 236/2015.

Nogler L., 2008, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in Aidlass, *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro*, Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007, Milano, Giuffrè.

Perulli A., 2015, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di «paradigma» per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo L. e Perulli A. (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi. Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli Editore, Torino.

Scarpelli F., 2015, *Se le tutele del lavoro servono per favorire la buona impresa*, «www.nelmerito.com», 9 dicembre.

Voza R., 2015, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, «Wp Csdle "Massimo D'Antona".it», n. 248.