3.
RIEQUILIBRIO DELLE TUTELE E FLEXICURITY

TIZIANO TREU

SOMMARIO: 1. *Flexicurity* e riequilibrio delle tutele. – 2. La parziale riforma degli ammortizzatori sociali. – 3. Bilanciamento per flessibilità o complementarietà fra flessibilità in entrata e in uscita. – 4. Flessibilità in entrata, tipi e costi contrattuali. – 5. Partite IVA, contratti a termine e apprendistato. – 6. La flessibilità in uscita: la rottura di un tabù. – 7. Licenziamenti e discrezionalità del giudice. – 8. Monitoraggio ed effettività della legge.

1. *Flexicurity* e riequilibrio delle tutele.

Siamo alle prime analisi della riforma del lavoro (legge n. 92/2012). C'è da augurarsi che tutti quelli che se ne stanno occupando, a cominciare dagli operatori giuridici, si accingano al difficile compito interpretativo con spirito critico ma il più possibile distaccato, come invita a fare anche Mariella Magnani nel contributo di apertura di questo commentario ([1]).

Il contesto politico perturbato e la difficilissima situazione economica hanno influito negativamente sui contenuti e sulla scrittura della legge. Analogo effetto negativo hanno avuto le contrapposizioni ideologiche che circondano, in Italia più che altrove, il tema del lavoro. Di tutto questo occorre tenere conto, come occorre considerare che la legge è stata approvata, nonostante le tensioni, con un'ampia maggioranza in Parlamento, la più vasta che si ricordi in questa materia.

Una buona interpretazione non deve giustificare, ma chiarire il senso delle scelte legislative, allontanando il rumore di fondo che le ha accompagnate e prendendo le distanze da tanti giudizi affettati e demolitori espressi anche da chi ha approvato il testo: un paradosso politicamente distruttivo e razionalmente inaccettabile.

È in ogni caso utile, specie in questi primi momenti, considerare anzitutto l'impianto generale e l'equilibrio complessivo del provvedimento. Uno sguar-

---

([1]) M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, che precede in questo volume.

do d'insieme serve anche ad orientare l'analisi delle norme specifiche che affollano i testi, le quali sono eterogenee e non sempre all'altezza degli obiettivi perseguiti.

La normativa centrale della legge si ispira agli orientamenti della *flexicurity* europea.

I contenuti delle linee guida comunitarie in materia non sono del tutto univoci e hanno avuto traduzione diseguale nei vari paesi; ma sono indicativi di una linea di tendenza che caratterizza il modello sociale europeo. L'intendimento espresso dal governo di voler seguire questa tendenza implica, si è detto, la volontà di spostare l'equilibrio del nostro sistema dal c.d. equilibrio mediterraneo di rigida protezione del posto di lavoro con debole protezione sul mercato, a un sistema più equilibrato di tutele ([2]).

La formula non è del tutto appropriata e in ogni caso l'equilibrio raggiunto è imperfetto anche a seguito dei molti compromessi intercorsi prima e nel corso dell'iter legislativo. Ma le correzioni apportate all'equilibrio mediterraneo verso la *flexicurity* europea sono evidenti nei tre principali blocchi della disciplina relativi alla c.d. flessibilità in entrata, alla nuova regolazione dei licenziamenti e al riassetto degli ammortizzatori sociali. L'orientamento è coerente anche se i contenuti e la rilevanza dei tre blocchi sono diseguali, a conferma del carattere compromissorio delle scelte.

È netta anche la presa di distanza dell'impostazione rispetto agli orientamenti legislativi degli ultimi anni, in prevalenza concentrati su interventi "al margine", diretti ad aumentare la flessibilità nell'entrata del mercato del lavoro, moltiplicando le forme giuridiche di accesso al lavoro anche non subordinato. L'obiettivo della riforma è di riequilibrare le regole e le tutele del mercato non solo al margine del rapporto ma nell'intero funzionamento del mercato del lavoro e di "instillare la flessibilità" anche all'interno del rapporto di lavoro; come provano da una parte l'intervento sull'articolo 18 ([3]) e dall'altra la delega sulla democrazia economica che promuove le varie forme partecipative al fine di una gestione collaborativa dei rapporti di lavoro e delle relazioni industriali e di migliorare il processo competitivo delle imprese.

Il contenuto della delega è richiamato dall'articolo 1 della legge fra i principi ispiratori della riforma a segnalare il valore della partecipazione come criterio utile al funzionamento del mercato del lavoro. Il buon funzionamento di questo mercato infatti non dipende solo dalle regole di entrata e di uscita dal lavoro e dalla relativa flessibilità, bensì dalle modalità con cui viene gestito lo svolgimento del rapporto e dalla flessibilità interna o funzionale che ne è un elemento fondamentale.

([2]) P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori,* relazione al convegno del Centro nazionale di studi di Diritto del lavoro "Domenico Napoletano", Pescara, 11 maggio 2012.

([3]) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, 415 ss.

La partecipazione dei lavoratori, nelle varie modalità in cui si può esprimere, è uno strumento importante per favorire una gestione equilibrata sia delle vicende aziendali sia delle relazioni industriali, coinvolgendo i lavoratori e i loro rappresentanti nel perseguimento dell'obiettivo comune di promuovere la produttività dell'impresa e la qualità del lavoro. L'importanza del metodo partecipativo è confermata dalle esperienze dei paesi europei che l'hanno da più tempo praticato non solo nelle forma della presenza di rappresentanti dei lavoratori negli organi delle società ma come criterio ispiratore della regolazione e della gestione dei rapporti individuali e collettivi di lavoro.

2. La parziale riforma degli ammortizzatori sociali.

La correzione più urgente del nostro modello mediterraneo riguarda l'area degli ammortizzatori sociali, che segna il punto di maggior distanza fra il nostro frammentato assemblaggio di istituti e gli assetti europei che sono a prevalente, anche se variegata, impronta universalistica.

Gli squilibri e le intersecazioni stratificatisi negli anni fra i vari tipi di ammortizzatori (le multiformi casse integrazioni come i diversi tipi di sostegno al reddito dei disoccupati) costituiscono una delle forme più gravi di dualismo nel nostro mercato del lavoro: vere e proprie discriminazioni nelle tutele a carico degli *outsiders* e dei lavoratori marginali, non certo meno distorsive delle molteplicità dei contratti di lavoro ossessivamente coltivati dal nostro legislatore.

La parte più innovativa della nuova disciplina riguarda la istituzione dell'ASpI e della mini ASpI e costituisce un progresso importante, anche se non completo, verso la universalizzazione delle tutele del reddito in caso di disoccupazione: intendo una universalizzazione, sempre nell'ambito di una sicurezza sociale occupazionale, perché il nostro sistema è ancora privo di un welfare di cittadinanza. Questo sia pur limitato progresso legislativo è tanto più rilevante in quanto è stato per anni perseguito senza successo da diversi governi, anche da quelli che ne sostenevano più insistentemente la urgenza.

I limiti dell'intervento dipendono da vari fattori. Anzitutto dalla difficoltà di rafforzare un istituto che in tutti i paesi si regge su basi assicurative. Il nostro sistema produttivo fatica a reggere costi ulteriori, sia perché è fragile in sé sia perché è appesantito dai costi di istituti concorrenti quali le casse integrazione di lunga durata e le indennità di mobilità.

La concorrenza di questi istituti, del tutto anomala nel quadro europeo, non è solo economica ma politica. Prova ne è che i tentativi di superarla si sono infranti, non da oggi, sulle resistenze delle parti sociali, non contraddette in modo convinto dai maggiori partiti. Queste resistenze hanno prevalso sui pur forti intendimenti del governo Monti; l'hanno indotto a prolungare nel tempo la durata del regime transitorio e hanno ridimensionato l'opera di disboscamento del sistema delle casse integrazioni.

La concorrenza degli istituti sopra ricordati ha condizionato anche le possibilità di utilizzo delle risorse pubbliche, già in sé limitate, nel senso che le ha indirizzate a integrare i contributi delle parti per prolungare spesso indebitamente i trattamenti delle varie casse, specie quelle in deroga, e delle mobilità lunghe, piuttosto che a estendere le tutele di base in caso di disoccupazione. Qui permane la distanza dai sistemi europei più sviluppati che hanno da anni esteso tali tutele di base a tutti i rapporti di lavoro, compresi quelli precari: e spesso ne hanno garantito la durata, sia pure in misura ridotta, anche dopo la scadenza delle protezioni del sistema assicurativo, in entrambi i casi con prestazioni assistenziali sostenute da risorse pubbliche.

La distanza da questi sistemi è anche più netta per la mancanza nel nostro ordinamento di un istituto come il reddito di cittadinanza o di inserimento, variamente adottato negli altri paesi europei, da noi abbandonato dopo la parziale sperimentazione dalla fine degli anni Novanta e lasciato cadere dal Ministro Fornero, che pure l'aveva ipotizzato.

Per gli stessi motivi è rimasto marginale nella legge l'intervento di sostegno per i collaboratori coordinati e continuativi, nella forma di un'indennità *una tantum*, prevista in via sperimentale.

La debolezza di questa normativa risente anche della natura incerta e della eterogeneità di questi rapporti contrattuali. La promessa contenuta nella norma di una evoluzione del *bonus* verso il sistema generale dell'ASpI risponde all'idea che i collaboratori a progetto, anche nella forma genuina "garantita" dalla nuova normativa, sono economicamente dipendenti e quindi meritevoli di una tutela tendenzialmente uguale a quella dei lavoratori subordinati. Resta aperta la questione di quali tutele siano appropriate per collaboratori rientranti propriamente nell'area del lavoro autonomo: un tema affrontato ma non risolto nel dibattito parlamentare (vedi il disegno di legge sul lavoro autonomo, AS 2145).

È da segnalare viceversa l'*endorsement* fornito dalla legge all'impiego dei fondi bilaterali con compiti potenzialmente ampi di sostegno al reddito in quei settori esclusi tradizionalmente dalla CIG. Si tratta di un uso rafforzato della sussidiarietà – sia pure vigilata – dove questi fondi hanno già avuto una significativa sperimentazione. A tale compito si aggiunge peraltro una funzione ulteriore, di dar vita a una sorta di prepensionamento autofinanziato finalizzato alla gestione degli esuberi del personale (articolo 4, commi 1-7), che ora è resa più ardua dall'elevazione dell'età di pensionamento introdotta dalla recente riforma (legge n. 214/2011).

In conclusione questa parte della riforma contiene correzioni di sistema non di mera manutenzione, come qualcuno ha detto, ma resta al di sotto delle intenzioni. Quasi tutti i commentatori sottolineano inoltre la debolezza della normativa relativa ai servizi all'impiego, alla formazione professionale e alle politiche attive del lavoro. Non è la prima volta che queste debolezze sono avvertite anche dagli osservatori europei.

La legge contiene indicazioni che segnalano la volontà di passare da tutele di stampo assistenzialistico a un sistema di *workfare*: il *decalage* dei trattamenti nel tempo, la correzione parziale della mini ASpI rispetto alla tradizionale disoccupazione a requisiti ridotti, la condizionalità del trattamento all'accettazione di un'offerta congrua.

Si tratta di indicazioni non nuove, anche se in parte rafforzate: ma la criticità non sta qui. Anche i giuristi, o soprattutto i giuristi, dovrebbero riconoscere, come fa Mariella Magnani, che il problema è più di politiche, di comportamenti, di mentalità e di personale che di normativa. Anche in questa direzione le migliori pratiche europee suggeriscono utili interventi, peraltro più volte sollecitati da esperti colleghi: anzitutto interventi diretti a unificare le competenze e gli enti che erogano i sussidi con quelli che certificano lo stato di disoccupazione e svolgono politiche attive, in particolare con la nascita di un'Agenzia nazionale costituita fra Stato e regioni che gestisca tanto le politiche attive quanto quelle passive; inoltre incentivi agli operatori dei servizi sulla base dei risultati e rafforzamento della quantità e qualità delle persone impiegate. Le riforme tedesche sul mercato del lavoro sono state implementate in modo decisivo con un massiccio investimento di risorse umane. Queste sono aree di intervento essenziali se si vuole migliorare effettivamente il mercato del lavoro rendendolo insieme più dinamico e più sicuro, cioè meglio attrezzato per sostenere i lavoratori non solo nei momenti di crisi ma nelle ricorrenti transizioni occupazionali e produttive.

3. Bilanciamento per flessibilità o complementarietà fra flessibilità in entrata e in uscita.

La normativa sulla c.d. flessibilità in entrata è stata oggetto delle maggiori polemiche e oscillazioni nel corso dell'elaborazione della legge. Questa parte, come la disciplina dell'articolo 18, ha sofferto di un sovraccarico di ideologia.

Le difficoltà delle scelte sono state acuite dalle opposte pressioni di una parte della sinistra politica e sindacale, dirette a recuperare i limiti all'utilizzo dei contratti atipici, allargati dalle riforme del centro-destra, e di una parte del centro-destra sostenuta dalle imprese, intese a difendere tali limiti se non a ripristinare *in toto* gli spazi aperti dalle proprie leggi (la legge Biagi del 2003 e il collegato lavoro del 2010).

Il testo legislativo finale, e le correzioni intervenute al Senato, portano i segni di un faticoso compromesso, anche nella scrittura. A mio avviso, l'esito è stato influenzato negativamente dalla particolare impostazione del problema, evidente fin dalla prima trattativa fra le parti, cioè dall'idea che le innovazioni in tema di flessibilità in entrata dovessero essere bilanciate da parallele concessioni nella flessibilità in uscita. Cosicché l'impossibilità di ottenere la radicale modifica dell'articolo 18 perseguita dalle parti imprenditoriali e dal centro-destra – impossibilità ratificata dalle massime autorità politiche – ha accen-

tuato la spinta a modificare l'originale impianto delle regole sulla flessibilità in entrata, pure largamente concordato fra le parti sociali (con la eccezione della Cgil).

Questa impostazione, al di là della sua (discutibile) utilità tattica, segnala una particolarità della situazione italiana. Una simile contrapposizione/compensazione fra i due versanti della flessibilità è estranea ai dibattiti europei sulla *flexicurity*. Le due aree sono viste come complementari, in quanto rispondenti a due funzioni convergenti, entrambe utili al funzionamento del mercato del lavoro. Oltretutto la loro regolazione è integrata da regole riguardanti la flessibilità interna o funzionale, quella degli orari, della mobilità, che viene largamente affidata alla gestione negoziale delle parti, con interventi deboli del legislatore.

Questi aspetti della flessibilità, anche in Italia affidati di massima alla contrattazione, risentono della quantità delle nostre relazioni industriali. Queste, come è noto, sono diseguali, talora capaci di gestire bene l'uso della flessibilità con vantaggi per entrambe le parti, altre volte in grado di ridurre gli spazi di flessibilità lasciati liberi dalla legge.

Il governo non ha ritenuto di intervenire nella materia delle relazioni industriali e della contrattazione collettiva, come è noto tradizionalmente refrattaria a ingerenze legislative. Neppure ha inteso prendere posizione su punti critici della disciplina della mobilità, come l'articolo 13 della legge n. 300. Al riguardo resta in vigore la norma di delegificazione dell'articolo 8, legge n. 148/2011. Questa è stata corretta in alcune parti dalla legge in esame, laddove affida la possibilità di rimodulare parte delle propria disciplina non ai contratti di prossimità, come fa l'articolo 8 richiamato, bensì alla contrattazione nazionale o, su delega di questa, alla contrattazione decentrata, riprendendo l'indicazione sul decentramento controllato dell'accordo interconfederale del 28 giugno 2011. L'articolo 8 della legge n. 148/2011 resta una norma controversa e finora applicata in casi particolari, ad esempio con accordi di modifica dell'articolo 13, conclusi per agevolare la mobilità e i cambiamenti di mansione.

Il contrastato rapporto tra le due parti della legge – sulla flessibilità in entrata e in uscita – risente ancora una volta delle anomalie del nostro sistema su entrambi i versanti. In tema di tutela dai licenziamenti ingiustificati l'articolo 18 della legge n. 300/1970 rappresenta un *unicum* anche nel panorama europeo dove pure esistono efficaci sistemi di protezione; e la sua ultradecennale intoccabilità rappresenta essa stessa un'anomalia.

4. Flessibilità in entrata, tipi e costi contrattuali.

Le regole sulla flessibilità in entrata presentano una criticità opposta, ma anch'essa disallineata rispetto ai modelli europei per aspetti diversi. Si tratta non solo della moltiplicazione dei tipi di contratto di lavoro ma a monte della

diversificazione dei costi specie contributivi (alquanto ridotti per i contratti atipici). Tale diversità di costi ha costituito il principale fattore distorsivo nell'impiego di tali contratti, in particolare delle collaborazioni, poi delle c.d. partite IVA e infine dei contratti di associazione in partecipazione.

Non a caso proprio su queste forme contrattuali si sono concentrati gli interventi restrittivi della legge orientati a correggere forme scorrette di uso della flessibilità. Per questo gli interventi correttivi non si prestavano a "compensazioni" limitative per bilanciare le (eventuali) debolezze della riforma dell'articolo 18. In ogni caso le norme correttive introdotte in questa parte sono di varia efficacia e non tutte coerenti con l'obiettivo perseguito.

In particolare sui contratti a progetto si è attuata una manutenzione della normativa che si rifà in larga misura agli orientamenti elaborati negli anni dalla giurisprudenza, con qualche precisazione di non grande rilievo. Anche l'elemento introdotto per far scattare la presunzione relativa di subordinazione che opera quando l'attività del collaboratore sia svolta con modalità analoghe a quella svolta dai dipendenti della impresa committente non aggiunge granché ai criteri distintivi del tipo acquisiti dalla giurisprudenza. Talché ha ragione Mariella Magnani a domandarsi se tale intervento era proprio necessario.

La parte più innovativa dell'intervento riguarda la previsione di un compenso minimo per i collaboratori a progetto. È da tempo che non solo gli esperti e osservatori ma anche le autorità internazionali sollecitano la introduzione anche in Italia di qualche forma di salario minimo. La scelta della riforma di sperimentare l'istituto in una forma particolare limitata ai collaboratori a progetto si spiega per la particolare posizione di debolezza di questi rapporti nel mercato del lavoro e per il fatto che essi non sono tipicamente coperti dalla contrattazione collettiva, cui nel nostro sistema è stata affidata la funzione di tutela della retribuzione base. Questo campo specifico di applicazione ha permesso di superare le resistenze delle parti sociali, *in primis* dei sindacati, ad ammettere l'intervento legislativo in un ambito ritenuto proprio della autonomia collettiva.

La norma indica come riferimento prioritario per definire il salario minimo legale, i livelli base stabiliti da una contrattazione dedicata ai collaboratori. Solo in mancanza di tale contrattazione viene fatto rinvio ai contratti collettivi stabiliti per i lavoratori dipendenti di categorie paragonabili. Tale scelta configura una forma di legislazione promozionale che vuole stimolare i sindacati più rappresentativi a sviluppare contenuti e forme di contrattazione pensati per rispondere ai particolari caratteri dei collaboratori. Si tratta di un terreno appena esplorato finora, che richiederà ai sindacati non poche capacità innovative e alle imprese disponibilità ad accettare una regolazione negoziata di contenuti, compreso il salario, finora gestiti in maniera largamente unilaterale.

È difficile prevedere quali saranno gli esiti di questo stimolo a negoziare in modo nuovo. Ma proprio la innovazione delle forme e dei contenuti della contrattazione potrà renderla conveniente per entrambe le parti e farla preferire all'alternativa del riferimento previsto dalla legge ai livelli retributivi dei con-

tratti collettivi tradizionali. Il significato della formula "minimi salariali" andrà chiarito in sede interpretativa, come è stato per indicazioni simili previste ad esempio per il socio lavoratore dalla legge n. 142/2001.

La ricerca di contenuti contrattuali e di forme di azione collettiva, rispondenti alle esigenze dei nuovi lavori è stata esplorata da tutti i sindacati dei paesi sviluppati per allargare la loro sfera di influenza oltre l'area del lavoro storico e per contrastare le tendenze al declino e alla restrizione della rappresentanza.

5. Partite IVA, contratti a termine e apprendistato.

L'intervento della legge sulle partite IVA è stato fra i più contrastati. In effetti nella proposta governativa originaria gli indicatori che facevano scattare la presunzione relativa di subordinazione erano così stretti, e discutibili, che rischiavano non solo di contrastare gli abusi di questo istituto (i casi eclatanti rilevati dalle ricerche e dalle audizioni parlamentari delle cassiere dei grandi magazzini e degli operai edili), ma di forzare la trasformazione in lavoro dipendente anche di prestazioni genuinamente autonome in quanto svolte in un certo tempo con un committente prevalente. E la presunzione, ancorché relativa, ipotizzata dalla norma non sarebbe stata facilmente superabile con una prova contraria dal contenuto incerto.

Le modifiche introdotte al Senato hanno non solo reso meno restrittivi gli elementi presuntivi originariamente, ma ne hanno cambiato radicalmente il contenuto, escludendo, al comma 2 del testo, la presunzione di subordinazione in presenza di due diversi requisiti congiunti: un elevato livello di competenze teoriche e di capacità tecnico-pratiche e un livello minimo di reddito del lavoratore (pari a circa 18.000 euro). La scelta di attribuire rilevanza ai contenuti professionali dell'attività è stata motivata dal fatto che questo criterio è stato ritenuto più congruo all'obiettivo di individuare un lavoro autonomo rispetto ai criteri originariamente previsti; mentre il riferimento a un reddito minimo non costituisce un compenso minimo dovuto al prestatore ma un ulteriore indice presuntivo di autonomia e valorizzazione professionale.

Il requisito del comma 3 valorizza analogamente il contenuto professionale delle attività, ma lo identifica con il fatto che per il loro svolgimento sia richiesta la iscrizione a ordini professionali, a appositi registri, albi, liste o elenchi professionali qualificati (la cui ricognizione è affidata ai Ministeri del lavoro e della giustizia). È un criterio forse discutibile e che solleva fra l'altro il problema di distinguere quale sia l'ambito delle attività rientranti nell'esercizio di queste professioni e chi ne debba definire i confini.

In realtà questo è un problema destinato a porsi anche ad altri fini di qualificazione e di disciplina, data la crescita dei lavori professionali oltre l'area delle tradizionali professioni ordinistiche, verso i confini dei lavori tradizionalmente collocati all'interno delle produzioni industriali ed artigianali.

In proposito è significativa, anche se non priva di indeterminatezza, la duplice dizione adottata nel comma 2 della norma (ora articolo 1, comma 26) per individuare i caratteri qualificanti le partite IVA esenti da presunzione: competenze teoriche di grado elevato o acquisite con prolungata esperienza pratica. Al riguardo sarà necessaria una azione interpretativa attenta all'evoluzione di questi lavori; ma il testo della norma dà una indicazione opportuna in tal senso. Anche per questo è improprio ritenere che le modifiche dei commi 2 e 3 alla proposta originaria siano state introdotte per "compensare" qualcuno della disciplina di tutela dei licenziamenti.

Piuttosto c'è da rilevare che la nuova normativa su questi tipi di lavoro – contratti a progetto, partite IVA, associazione in partecipazione – solleva una criticità generale riguardante l'aumento progressivo della contribuzione sociale al livello (33%) di quella dei lavoratori dipendenti (articolo 1, comma 57). Il dibattito su questo tema è da tempo in corso, ma non è preso in considerazione dalla riforma. Non mancano proposte e disegni di legge parlamentari che prospettano un graduale avvicinamento fra i livelli contributivi di tutti i tipi di lavoro, dipendente, autonomo e associato, a una percentuale per lo più intermedia fra il massimo del 33% dei lavoratori dipendenti e le percentuali più basse applicate a artigiani, commercianti e, in misura variegata, alle casse professionali. L'obiettivo è conforme alle prassi comuni in Europa, e coerente con il metodo contributivo che lega strettamente le prestazioni pensionistiche ai contributi versati nel caso dell'attività lavorativa. Una contribuzione comune a tutti i lavori, resa trasparente dal metodo contributivo, è condizione essenziale per garantire prestazioni eguali. Il tema è di evidente importanza non solo per l'equilibrio delle varie gestioni pensionistiche, ma per ricondurle a un comune criterio di equità. Le sue implicazioni investono l'intero equilibrio del sistema, compresi i rapporti fra le regole delle pensioni pubbliche e quelle delle casse professionali private. Le regole di queste ultime sono in parte armonizzate con quelle del sistema generale, e c'è da chiedersi fino a quando l'armonizzazione può spingersi senza mettere in discussione il carattere privatistico delle casse.

La normativa sul contratto a termine è stata oggetto di reiterati aggiustamenti intesi in prevalenza ad ampliarne e favorirne l'utilizzo, soprattutto il primo anno di contratto acausale, e la possibilità alternativa di utilizzare una franchigia del 6% pure di contratto acausale, affidata alla contrattazione collettiva.

Questi aggiustamenti sono stati richiesti dalle imprese e dal centro-destra e giustificati, fra l'altro, come compensazione della ritenuta insufficienza della flessibilità in uscita; ma al di là di questa discutibile motivazione, possono essere ritenuti un avvicinamento anche per questo aspetto della normativa italiana alle regole europee. Le direttive in materia non impongono limiti così stringenti al contratto a termine; né tali limiti sono presenti nelle prassi nazionali prevalenti. È inoltre da segnalare che questa è una delle aree ove la legge valorizza la contrattazione collettiva (nazionale e delegata) per flessibilizzare la

normativa, in particolare sul punto critico sulla durata degli intervalli fra un contratto e l'altro.

L'apprendistato è fra le norme della legge meno discusse, perché non conflittuale; ma è di grande rilievo. L'apprendistato, nella versione specializzante, viene incentivato in quanto ritenuto l'istituto principale per il passaggio dei giovani dalla scuola al mercato del lavoro. Una funzione propedeutica di orientamento e di preparazione al lavoro è affidata allo stage, che viene pure riformulato e potenziato, sia pure nei modi da definire previa intesa con le regioni, necessaria a rispettarne le competenze.

La nuova disciplina dell'apprendistato allarga le possibilità di utilizzo ai fini occupazionali dell'istituto, alzando il tradizionale rapporto di un apprendista per ogni lavoratore qualificato o specializzato, a tre apprendisti ogni due specializzati o qualificati; e stabilendo una percentuale del 30% e poi del 50% di conferme richieste al termine del periodo di apprendistato per poter attivare nuovi contratti di apprendistato.

Anche questa scelta è ispirata alle migliori esperienze europee, in particolare dei paesi del centro-nord Europa, ove l'utilizzo diffuso di tale strumento, accompagnato con contenuti di formazione effettivamente professionalizzanti, ha contribuito in modo significativo all'inserimento di giovani nel mercato del lavoro e alla riduzione del loro tasso di disoccupazione. La nuova normativa, preceduta dal TU n. 167/2011, frutto di una intesa Stato-regioni-parti sociali, pone le premesse anche da noi per un uso virtuoso dell'istituto. Il testo unico e l'intesa che lo precede dovrebbero mettere l'apprendistato al riparo dei conflitti di competenze fra Stato, regioni e parti sociali, che ne hanno finora ostacolato l'applicazione. Sta alla prassi applicativa, qui come per altre parti della legge, rendere effettive le potenzialità della nuova normativa.

6. La flessibilità in uscita: la rottura di un tabù.

La flessibilità in uscita, in particolare la modifica dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, è stato il tema che ha attratto la maggior attenzione e le maggiori polemiche: non solo dei media, ma anche delle parti sociali, degli esperti e delle istituzioni, comprese quelle internazionali, a cominciare dalla famosa lettera della BCE dell'agosto del 2011, che ha segnato l'avvio del processo di riforma del mercato del lavoro. Lo stesso governo Monti è stato attratto nel vortice dell'enfatizzazione ideologica e il Presidente è dovuto intervenire di persona nel compromesso politico risolutivo. La "penna" di Monti doveva porre termine alle incertezze parlamentari e politiche. Nel corso dell'iter al Senato ogni parola fu ritenuta intoccabile. Ma le polemiche continuano a investire non solo l'opportunità dell'intervento – c'è già chi pensa ad un referendum abrogativo –, ma la portata della modifica. Si tratta di una semplice manutenzione, come sostengono le tesi più legate alla difesa della norma storica o

di una abrogazione selettiva come sostengono altri, o comunque il male minore e una soluzione senza certezze?

Al di là di questi giudizi segnati dalla vicinanza dell'evento e dai residui della polemica sarà decisivo, qui più che per altre parti della legge, verificare come sarà accolta la modifica sia dai giudici e dagli avvocati, sia dalle parti sociali. Queste hanno un ruolo importante nella composizione delle controversie, che ora è rafforzato dalla previsione di un collegio di conciliazione preventiva al licenziamento.

La rottura del tabù storico della immodificabilità dell'articolo 18 potrebbe essere uno stimolo a valutazioni più equilibrate anche in sede applicativa.

La possibilità della reintegrazione mantiene alla norma il suo valore di deterrente, tradizionalmente ritenuto decisivo dai difensori dell'articolo 18; ma il fatto che la reintegra non sia più l'unico rimedio possibile per il licenziamento ingiustificato permette al giudice di modulare le tutele sulla base di una ponderazione comparativa degli interessi e dei valori in gioco. Le previsioni sono difficili ma non è irragionevole ipotizzare che il non dover scegliere solo fra "tutto" (la reintegra) e "niente" (la conferma del licenziamento) faciliti soluzioni equilibrate, se non interpretazioni più indulgenti circa la non giustificatezza del licenziamento o decisioni più orientate verso l'attribuzione dell'indennità (anche nella misura minima).

La discrezionalità del giudice è un punto decisivo per valutare il senso e l'impatto della legge. Mi preme di affrontare solo due aspetti problematici fra i tanti.

7. Licenziamenti e discrezionalità del giudice.

Il primo riguarda la distinzione fra licenziamento disciplinare e licenziamento per motivo economico. Nelle ipotesi originarie, condivise anche dalle parti, tale distinzione doveva essere decisiva per la modulazione delle tutele, in quanto nel licenziamento per motivi economici (ingiustificato) doveva escludersi la possibilità di reintegra e adottarsi la sanzione indennitaria. Tale diversità di tutela era giustificata dall'esigenza di ridurre il rischio di decisioni giudiziarie, spesso inclini a sindacare anche nel merito le scelte aziendali (un problema riferito in particolare ai licenziamenti economici individuali e non a quelli collettivi dove il controllo giurisdizionale sui motivi del licenziamento è largamente sostituito dal controllo sindacale.

In proposito è significativo che si sia voluto introdurre nel testo, per sollecitazione soprattutto delle parti sociali, la citata procedura di conciliazione preventiva al licenziamento economico. Nelle intenzioni, tale procedura dovrebbe avere una funzione simile a quella della procedura *ex lege* n. 223/1991), cioè non solo di favorire composizioni negoziate delle controversie di lavoro, ma anche, in caso di mancato accordo, di operare come filtro degli elementi rilevanti del caso, utile al giudice per prendere decisioni informate e

per ridurre il rischio di interventi indebiti nelle scelte aziendali. Resta da vedere se e come funzionerà tale filtro. Se fosse efficace potrebbe contribuire sia a ridurre il contenzioso sia a sdrammatizzare ulteriormente la distinzione fra licenziamento economico e licenziamento disciplinare.

La scelta adottata dalla legge è stata criticata da chi ritiene sopravvalutato il rischio di controlli giudiziali invasivi nelle scelte aziendali (l'incertezza dell'accertamento non è minore per i licenziamenti disciplinari). Per altro verso è resa dubbia dalla difficoltà di separare nettamente le ipotesi di licenziamento collettivo e individuale, e quindi l'efficacia del controllo: è tipico il caso di licenziamento di poche unità, più di 5, poi ridotte a 1-2. In molti casi di licenziamenti, collettivi o plurimi, in realtà il contenzioso si concentra sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. Questi in passato erano definiti per accordi sindacali che ora sono resi più ardui dalla progressiva riduzione degli ammortizzatori sociali specie dell'indennità di mobilità, e dell'elevazione dell'età pensionabile.

Sulla base di queste premesse discutibili si è operata una trasposizione dal piano dei motivi giustificativi del licenziamento, economico o disciplinare, al piano delle sanzioni. Tale distinzione non è riscontrabile in nessun altro ordinamento europeo (salvo l'ipotesi, comunque considerata a parte, dei licenziamenti discriminatori). Per altro verso la debolezza dell'impianto legislativo si è rivelata nella scelta di sanzionare con la reintegra la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, quale che sia il loro numero ([4]).

Il testo finale della norma risente di questa impostazione, ma ha articolato il sistema sanzionatorio in quattro regimi (due indennitari e due reintegrativi). Neppure una simile articolazione è prevista in altri ordinamenti legali. Il sistema tedesco indicato come riferimento ispiratore prevalente, spesso invero in modo rituale, affida al giudice il potere di definire le sanzioni da applicare al licenziamento ingiustificato sulla base di criteri alquanto generali: non solo la gravità e la consistenza dei fatti giustificativi del licenziamento ma la possibilità di continuare o meno utilmente la collaborazione fra le parti, visto anche il contesto aziendale. Questo del resto è un criterio di evidente peso pratico, considerato dalle parti e dallo stesso lavoratore anche nella composizione delle nostre controversie di lavoro.

([4]) In realtà la distinzione di trattamento fra i due tipi di licenziamento è sostenuta in modo più radicale da chi ritiene (Ichino) che, per la particolarità del licenziamento per motivi economici, sarebbe opportuno applicare il filtro automatico della *severance cost* fin dal momento del licenziamento per la sola sua qualificazione come "economico", imponendo all'imprenditore di offrire al lavoratore licenziato un indennizzo. Una simile previsione è contenuta nell'ordinamento tedesco al fine di ridurre il contenzioso, perché il lavoratore è indotto ad accettare un risarcimento certo a fronte del rischio di non ricevere niente nel caso in cui il licenziamento sia ritenuto giustificato dal giudice. Secondo M. LEONARDI, M. PALLINI, *Il sistema del lavoro e la riforma*, Il Mulino, Bologna, 2012, 464, l'efficacia della misura è ridotta dal fatto che la somma dovuta dal datore di lavoro è stata fissata a un livello troppo basso (0,5 mesi per anno di anzianità).

La soluzione italiana è per questo aspetto più vincolante per il giudice di quanto sia quella tedesca, a conferma di una cautela o diffidenza circa le decisioni giudiziali in questa materia. L'ambito di discrezionalità del giudice nell'accertamento delle condizioni che legittimano il licenziamento, sia esso disciplinare o economico, resta ampio, ma né più né meno di quanto fosse stato finora. Viceversa il nuovo articolo 18 fornisce un'indicazione precisa, tipizzante, circa i presupposti della sanzione applicabile. Nessuna discrezionalità è ipotizzabile, e la sanzione da applicare è la reintegra, se il fatto che ha determinato il licenziamento disciplinare o economico non sussiste o se non rientra fra cause per cui la contrattazione collettiva prevede sanzioni conservative. L'aggettivo "manifesta" aggiunto alla "insussistenza del fatto" è dai più ritenuto ridondante; ma può avere il significato di confermare l'indicazione del legislatore di attribuire alla reintegrazione nel posto di lavoro, in caso di licenziamento economico ingiustificato, carattere di *extrema ratio*.

Se invece il fatto contestato sussiste, la valutazione discrezionale del giudice riguarderà l'accertamento se il fatto sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento. La scelta della sanzione è anche qui "indirizzata". Nel licenziamento disciplinare la decisione dipenderà dalla modalità con cui la contrattazione collettiva specifica le sanzioni applicabili alle varie mancanze del lavoratore; nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo il rimedio sarà risarcitorio; salva sempre la determinazione della misura dell'indennità.

La predeterminazione per legge dei massimi di tale indennità è un'altra conferma della volontà del legislatore di influire direttamente sull'equilibrio, in questo caso economico, delle soluzioni relative al licenziamento: un intervento apprezzabile in quanto sottrae il costo del licenziamento alla durata (casuale) del processo.

Questa lettura razionalizzante porta Maresca ([5]) a ritenere che la indennità risarcitoria rappresenta la regola mentre la reintegra ha carattere residuale, in quanto prevista solo nelle ipotesi tassativamente indicate, insussistenza del fatto contestato, o manifesta insussistenza nel caso di giustificato motivo, il fatto rientra fra le condotte previste con una sanzione conservativa dai contratti collettivi, oltre al caso di licenziamento discriminatorio. Per lo stesso motivo l'autore ritiene irrilevante la diversa formulazione adottata nel comma 4 dell'articolo 18, il giudice "condanna" alla reintegra, e nel comma 7, secondo cui la reintegra "può" essere ordinata: in entrambi i casi la tassatività delle condizioni esclude ogni valutazione del giudice ([6]).

([5]) A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, cit.

([6]) In senso contrario P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, cit.

8. Monitoraggio ed effettività della legge.

La scelta del legislatore di prevedere un sistema di monitoraggio sull'andamento applicativo della legge è oltremodo opportuna per verificare la effettiva portata delle sue innovazioni e per decidere eventuali interventi correttivi a ragion veduta e non in modo improvvisato sulla spinta delle pressioni del momento, come spesso succede. Non è la prima volta che si prevede una simile strumentazione di verifica. In altri ordinamenti essa è sperimentata da anni ed utilizzata anche in fase di elaborazione delle leggi per prevederne l'impatto. È auspicabile che strumenti del genere siano resi finalmente operanti anche in Italia. La materia di lavoro ne ha particolarmente bisogno per contrastare le tendenze, più forti che altrove, ad analizzare e valutare le leggi sulla base di pregiudizi spesso di segno opposto.

Verifiche sistematiche e ricorrenti nel tempo permetteranno di valutare come i vari istituti della riforma possono operare nel contesto economico e politico dei prossimi anni, nei vari settori e territori in cui si articola la nostra complessa economia. Una analisi del dato normativo contestualizzato in rapporto alle circostanze di fatto rilevanti è condizione essenziale per la comprensione della *law in action* e della sua capacità di incidere sui rapporti sociali ed economici, in questo caso sulle condizioni dell'occupazione e del mercato del lavoro. Non basta ripetere che nessuna legge può per sé creare lavoro; occorre non alimentare aspettative salvifiche che si sono diffuse anche rispetto a questa riforma e che aprono la strada a delusioni e a eccessi critici opposti.