

Pillole di Storia

*Brevi note in materia di diritto del lavoro**

Intervento reso nell'ambito "*Verso fondata sul lavoro. Lavoro e ricerca: nuovi studi per un lavoro che cambia*", 21 giugno 2012, Comune di Milano, Viale D'Annunzio 15 – Aula Magna.

di Susanna Ferrario**

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi; 2. L'evoluzione storica della normativa lavoristica; 3. Il Disegno di legge recante "*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*"; 4. Conclusioni.

1. Cenni introduttivi

Il diritto del lavoro è strumento con cui il legislatore, dunque, la politica, risponde e governa le sollecitazioni provenienti dal mondo dell'economia e della società.

Da qui la necessità – spesso invero pretermessa dal legislatore italiano degli ultimi anni – di creare la legislazione lavoristica muovendo da una ricostruzione e da una valutazione prognostica del dato reale il più accurata e non ideologica possibile, per dettare una normativa – questa sì ideologicamente orientata – che incanali le sollecitazioni dell'economia e della società secondo percorsi conformi al sentire politico del legislatore stesso.

In tale contesto il ruolo della ricerca giuslavoristica consiste nel sistematizzare l'operato del legislatore, anche alla luce delle interpretazioni giurisprudenziali, così da risolvere le eventuali antinomie ed evidenziare i profili di criticità di una disciplina che si caratterizza per la stretta interazione con il dato economico e sociologico.

Simili osservazioni, in realtà, potrebbero agevolmente condividersi con numerose altre branche del diritto, quel che rende speciale il diritto del lavoro è il coinvolgimento diretto e totale delle persone: nel lavoro la persona non trae solo sostentamento ma trova realizzazione, in quanto il lavoro è strumento di esplicazione della personalità dei singoli, come già evidenziato dal nostro Costituente che ha scelto di fondare la Repubblica proprio sul lavoro, individuando in questo l'elemento in cui le persone esplicano la loro parte migliore, l'essenza di se stesse.

^F Il presente elaborato – pensato e scritto per l'incontro svoltosi il 21 giugno 2012 nell'ambito dell'iniziativa "*Verso fondata sul lavoro. Lavoro e ricerca: nuovi studi per un lavoro che cambia*" organizzata dal Comune di Milano – non vuole costituire pubblicazione scientifica, ma mera ricostruzione dell'evoluzione normativa lavoristica e delle prime valutazioni sul Disegno di legge recante "*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*", pubblicato in Gazzetta Ufficiale quale Legge 3 luglio 2012, n. 92.

** Susanna Ferrario, avvocato e dottore di ricerca in Diritto del lavoro, attualmente è assegnista di ricerca nell'Università degli Studi di Milano.



Peraltro non si può ignorare come l'approccio del legislatore sia così mutato negli anni, da rendere sempre opportuno affiancare all'attenzione per il dato economico e sociologico, anche un'attenzione per il dato storico, così da avere sempre ben presente quanto la vigente disciplina normativa – che all'interprete oggi appare come immodificabile – sia in realtà storicamente caratterizzata.

Il punto da cui muovere in un veloce *excursus* in materia di ricerca e diritto del lavoro è necessariamente un'indagine della ratio, dello scopo profondo dello stesso diritto del lavoro.

Oggi è concepito come un diritto che – derogando in larga parte ai principi civilistici – predispone una inderogabile disciplina di tutela in favore del lavoratore.

Tutela che non compete a tutti i lavoratori, ma (salvo limitate eccezioni) ai soli lavoratori subordinati e che risulta tanto più intensa ed articolata quanto maggiore è l'aderenza a quello che tutt'oggi è percepito come il modello standard, ovverosia il lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato.

E ciò con la precisazione che il nostro ordinamento attribuisce al solo giudice – sulla base delle risultanze del caso concreto – il potere di statuire se un rapporto di lavoro è riconducibile all'area non protetta dell'autonomia, ovvero all'area ricca di tutele e garanzie della subordinazione, avendo rilevanza molto limitata l'eventuale qualificazione operata dalle parti¹.

2. L'evoluzione storica della normativa lavoristica

Sebbene la descritta situazione normativa oggi paia pressochè ovvia, rappresenta in realtà – come si accennava – un modello storicamente determinato e, peraltro, nemmeno troppo risalente nel tempo.

Il diritto del lavoro non ha sempre configurato una branca autonoma nel vasto mondo dei diritti.

Nell'ambiente liberale del tardo ottocento il diritto del lavoro era concepito come parte del diritto civile e, in conseguenza, il rapporto di lavoro era disciplinato al pari di ogni altro rapporto contrattuale secondo logiche permeate dalla necessaria parità delle parti contraenti.

In particolare, il codice civile del 1865 costruiva il contratto di lavoro come *species* del contratto di locazione, disponendo che “*il contratto di locazione ha per oggetto le cose e le opere*” (art. 1568 cod. civ. 1865).

Tale disposizione era poi ulteriormente precisata dall'art. 1627, il quale specificava come “*vi sono tre principali specie di locazione di opere e d'industria: 1- quella per cui le persone obbligano la propria opera all'altrui servizio; 2- quella de' vetturini sì per terra come per acqua, che s'incaricano del trasporto delle persone o delle cose; 3- quella degli imprenditori di opere ad appalto o cottimo*”.

In tale contesto l'unica norma volta a dettare una qualche forma di protezione in favore del

¹ La qualificazione come lavoro autonomo o subordinato attribuita dalle parti in sede di stipula del contratto non è vincolante per il giudice. È il c.d. principio dell'indisponibilità del tipo, secondo cui appunto le parti non possono disporre del tipo contrattuale: se il contratto stipulato è di lavoro autonomo ma poi il rapporto si svolge secondo le caratteristiche del lavoro subordinato, il giudice riqualificherà in tale senso il contratto stesso.

Il d.lgs. 276/2003 ha previsto che le parti possano far certificare la correttezza della qualificazione da una Commissione *ad hoc*, anche in tale caso tuttavia il giudice potrà modificare la qualificazione se riscontra che l'attuazione del contratto è incompatibile con la denominazione data dalle parti.



locatore della propria opera era costituita dal successivo art. 1628 e dal divieto dallo stesso posto a quello che oggi chiameremmo contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato.

La lettera della legge era infatti chiarissima nel sancire che “nessuno può obbligare la propria opera all'altrui servizio che a tempo, o per una determinata impresa” (art. 1628 cod. civ. 1865).

Come chiarito dalla dottrina, la *ratio* della norma va ricondotta al contesto storico in cui la norma stessa è stata posta ovvero in un momento in cui era ben vivo il ricordo della servitù, ricordo peraltro inconciliabile con il contesto politico ed economico liberale.

Contesto che, a propria volta, impediva al legislatore di dettare alcuna norma di chiara tutela: lavoratore e datore di lavoro erano concepiti come due liberi contraenti la cui posizione formalmente paritaria impediva al legislatore qualsivoglia intervento di limitazione dell'autonomia contrattuale.

La situazione descritta subisce un primo mutamento tra la fine dell'800 ed i primi anni del '900 quando il legislatore, iniziando a superare l'astensionismo totale di matrice liberale, detta una prima disciplina di tutela, formalmente di ordine pubblico, ma sostanzialmente derogatoria rispetto al diritto comune dei contratti: la c.d. legislazione sociale.

I destinatari di tale disciplina non sono i lavoratori intesi nel loro complesso, ma esclusivamente le due minoranze caratterizzate da maggiore debolezza, ovvero, nell'ordine, fanciulli (1886) e donne (1902). Tali interventi si accompagnano poi alle prime disposizioni volte a ripartire il costo economico di infortuni e malattie professionali anche sui datori di lavoro.

Il lento allontanamento del diritto del lavoro dal diritto comune delle obbligazioni era però iniziato e si consoliderà nel corso del secondo decennio del 1900 in un ambiente caratterizzato dal nascente regime corporativo di matrice fascista.

La legislazione sull'orario di lavoro del 1923 (r.d.l 15 marzo 1923, n. 692) e il r.d.l. n. 1865 del 1924 di disciplina del “contratto d'impiego privato”² di fatto confermano l'abbandono della logica del contratto di lavoro come mera locazione e sanciscono l'introduzione di una prima disciplina di tutela caratterizzata dall'inderogabilità *in peius*, secondo una logica poi condivisa anche dalla Carta del Lavoro degli anni 1926 e 1927.

Il principio fondamentale della parità formale dei contraenti (e della loro conseguente piena libertà nel trovare il punto di compromesso dei rispettivi interessi coinvolti) che aveva caratterizzato il regime liberale, viene così rimesso in discussione per tenere conto della disparità sostanziale tra datore e lavoratore sia sul mercato del lavoro che nell'impresa.

Tale peculiarità, nel regime corporativo allora vigente, non viene però fatta discendere da una particolare natura del contratto di lavoro, bensì dall'inserimento del lavoratore nell'organizzazione aziendale datoriale che consegue alla stipulazione del contratto di lavoro.

In tale lettura, il legislatore e la dottrina italiana risultano fortemente influenzati dalle teorie germaniche che all'epoca individuavano proprio nell'inserimento nell'altrui organizzazione l'elemento differenziale del contratto di lavoro: nelle teorie istituzionistiche, infatti, con l'inserimento il lavoratore entra a far parte di una realtà diversa – l'impresa – che deve ritenersi dotata di propri interessi autonomi rispetto sia a quelli del lavoratore che del datore di lavoro.

² In realtà il r.d.l. 1825/1924 è implementazione del d.l. 9 febbraio 1919 n. 112 Disposizioni sul contratto d'impiego privato.



Se in Germania tale lettura interpretativa porterà nei decenni al consolidamento di una legislazione e di prassi di cogestione, in Italia la stessa lettura viene piegata dal Regime fascista alla propria visione corporativa dell'economia: il superiore interesse da perseguire diviene quello della nazione e, per il soddisfacimento di quest'ultimo, viene negata la legittimità del conflitto (tanto che lo sciopero torna a configurare reato nel codice penale Rocco del 1930), le organizzazioni sindacali sono pubblicizzate (con riconoscimento del sindacato unico di categoria) e al contratto collettivo nazionale di categoria è attribuita forza di legge (c.d. efficacia soggettiva *erga omnes*), ovverosia capacità di vincolare anche i lavoratori non iscritti alle organizzazioni stipulanti il contratto stesso.

Tale strutturazione trova la sua massima espressione nella c.d. Camera dei fasci e delle corporazioni che – istituita nel 1938 (ed espressamente abrogata solo nel 2009, sebbene disciolta sin dal 1943) – va a sostituire la Camera dei Deputati e vede al proprio interno ben rappresentanti delle organizzazioni sindacale.

Ma l'influsso delle teorie dottrinali istituzionistiche trova la sua più vivace espressione nel codice civile del 1942 che, nel sostituire il codice civile del 1865, ne muta completamente l'approccio.

Non solo il “nuovo” codice civile non struttura più il lavoro come *species* del *genus* locatorio (e anzi vi dedica un intero libro – il quinto – autonomo e distinto dal libro – il quarto – *sedes materiae* della disciplina delle obbligazioni), ma addirittura sceglie di non dettare alcuna disciplina del contratto di lavoro subordinato³, normando direttamente il prestatore di lavoro subordinato (a differenza di quanto avviene per il lavoro autonomo che trova condensazione nell'art. 2222 significativamente rubricato “*Contratto d'opera*”).

L'art. 2094 c.c. – norma che tutt'oggi costituisce il cardine per ogni ragionamento in tema di lavoro – sancisce infatti che “*È prestatore di lavoro subordinato chi si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro intellettuale o manuale alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*”.

La sistematica del codice si fonda dunque sull'individuazione del lavoratore subordinato come prestatore caratterizzato dall'inserimento nell'altrui impresa, elemento questo che giustifica una disciplina, anche di tutela, inderogabile, come sancito dall'art. 2113⁴.

Nei secondi anni '40, il collasso del regime fascista travolge anche il sistema corporativo e l'approccio istituzionista, ma non il codice civile che rimane pressochè immutato.

Ne segue una vasta e tuttora inesauribile elaborazione dottrinale, che rilegge la normativa codicistica individuando nel contratto (e non più nell'inserimento) la fonte del rapporto di lavoro e

³ Addirittura l'art. 2126 cod. civ. sancisce che “*La nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità derivi dall'illiceità dell'oggetto o della causa.*

Se il lavoro è stato prestato con violazione di norme poste a tutela del prestatore di lavoro, questi ha in ogni caso diritto alla retribuzione”.

⁴ Prima della novella del 1973, l'art. 2113 c.c. recava «[I]. *Le rinunzie e le transazioni che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o da norme corporative, non sono valide. [II]. L'impugnazione deve essere proposta, a pena di decadenza, entro tre mesi dalla cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. [III]. Resta salva, in caso di controversia l'applicazione degli articoli 185, 430 e 431 del codice di procedura civile*».



dell'assoggettamento del lavoratore ai poteri datoriali.

Una rilettura che mostra di tenere conto in misura crescente delle indicazioni del Costituente che sceglie di dedicare al lavoro numerose e fondamentali disposizioni.

Quest'ultimo infatti non solo stigmatizza la centralità del lavoro indicandolo come elemento fondante la Repubblica (artt. 1 e 35), nonché come diritto e dovere di ogni cittadino (art. 4), ma, impegnando la Repubblica stessa alla rimozione degli ostacoli e delle disuguaglianze sostanziali (art. 3, co. 2), pone di fatto le basi per un diritto del lavoro come "diritto diseguale".

Coerentemente con tali premesse, nel secondo dopoguerra, la ricerca giuslavorista si concentra in modo crescente sulla individuazione degli elementi distintivi della subordinazione.

Nella pluralità di proposte dottrinali e giurisprudenziali elaborate in tali anni, alla fine prevale la teoria che – muovendo dalla dicotomia tracciata dal codice tra lavoro subordinato e lavoro autonomo – rimette la qualificazione alla sussistenza nel rapporto concreto di un indice primario (la c.d. eterodirezione) e di svariati indici secondari.

La presenza di potere direttivo in capo al datore di lavoro, nonché la necessità per il lavoratore di conformarsi ad un orario di lavoro, l'assenza di rischio in capo al prestatore, la presenza di una retribuzione a tempo, l'assunzione di un'obbligazione di mezzi da parte del lavoratore divengono così la porta di accesso alle tutele proprie del solo lavoro subordinato.

Tutele che vanno via via incrementandosi.

Tra gli anni '60 e gli anni '70 – per lo più sotto l'influsso di insigni giuslavoristi anche politicamente impegnati (Giugni e Mancini) – si assiste all'elaborazione dapprima della legge n. 1369/1960 di divieto dell'interposizione, cui fanno seguito nel 1962 la disciplina del lavoro a termine, e nel 1966 la legge n. 604 che, nel prevedere la necessaria giustificazione del licenziamento (dunque del solo recesso datoriale), configura il primo grande limite ai poteri datoriali.

Un limite che – complice il favorevole clima economico – troverà ulteriore implementazione e specificazione nel 1970 con lo Statuto dei lavoratori e l'adozione non solo della c.d. tutela reale o reintegratoria, ma anche con una serie di previsioni volte a tutelare la dignità del singolo lavoratore e la sua libertà di organizzazione ed azione sindacale anche in azienda.

Posto il principio della genesi contrattuale del rapporto, l'autonomia contrattuale delle parti viene, quindi, limitata in modo crescente al fine di presidiare contro possibili abusi del lavoratore da parte del datore di lavoro.

Nel frattempo è l'economia a mutare profondamente.

Nel corso degli anni '80 la destrutturazione dell'impresa fordista e la prima elaborazione di nuove modalità produttive basate non più sulla massificazione del prodotto e dei produttori, ma su articolazioni produttive snelle e perciò stesso idonee a modificarsi e stravolgersi nel volgere di breve tempo, sollecitano i datori di lavoro che iniziano a chiedere una maggiore flessibilità della prestazione lavorativa.

Nella realtà del giuslavorismo questo è l'inizio del declino del tipo classico, ovvero sia di quel lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato che aveva costituito la porta di accesso delle tutele nonché il punto di partenza ed arrivo di ogni riflessione giuslavoristica.

Tra gli ultimi anni '80 e i primissimi anni '90 tale malessere giunge nelle aule dei Tribunali dando vita al *leading case* dei pony express.

La Corte di Cassazione – chiamata a pronunciarsi in merito alla natura subordinata, ovvero



autonoma, del rapporto di lavoro dei corrieri motociclisti⁵ – sancisce che, ove il pony express utilizzi un mezzo proprio, possa rifiutare la singola prestazione (dunque il ritiro di un determinato plico) e non sia gravato di un obbligo di presenza (ben potendo decidere giorno per giorno se svolgere o meno la propria attività), il rapporto di lavoro non può essere ricondotto all'area della subordinazione, essendo invece corretta la qualificazione come lavoro autonomo operata dalle parti in sede di stipulazione del contratto⁶.

La prima dottrina intervenuta sul punto saluta la statuizione della Cassazione come un'apprezzabile rinascita dell'autonomia individuale: il lavoratore, emancipato dalla condizione di subordinazione sociale ed economica prima ancora che giuridica, può infine riappropriarsi della propria libertà contrattuale e scegliere liberamente di adottare un modello lavorativo in cui la disciplina normativa è assai meno stringente e precettiva del modello subordinazione.

Già allora tuttavia la dottrina più attenta evidenziava come da un simile approccio potesse ingenerarsi non una positiva rivalutazione dell'autonomia contrattuale dei singoli, bensì una vera e propria fuga dal lavoro subordinato, in quanto più tutelato e costoso.

Gli anni successivi, come noto, hanno visto proprio l'incremento esponenziale dei rapporti di lavoro c.d. parasubordinati, ovverosia autonomi seppur "vicini" alla subordinazione in quanto caratterizzati da collaborazione, continuità e coordinamento con la struttura aziendale del committente.

Lo sviluppo delle c.d. co.co.co. ha risposto solo in parte ad una fisiologica necessità di flessibilità ed autonomia del mercato, costituendo per importanti percentuali una fraudolenta e patologica evasione dall'area del lavoro subordinato.

I rischi insiti nel fenomeno descritto sono stati percepiti nel corso degli anni '90 dalla ricerca più attenta.

Così accanto a chi (Smuraglia) ha suggerito di attrarre il lavoro parasubordinato nell'area del lavoro subordinato; vi è stato chi (De Luca Tamajo e Persiani) ha ipotizzato l'abbandono della tradizionale dicotomia codicistica a favore della tipizzazione di un lavoro coordinato che desse vita ad un vero e proprio *tertium genus* ulteriore e distinto rispetto ad autonomia e alla subordinazione.

Ancora oggi, tuttavia, le proposte più interessanti paiono quelle che suggerivano di riformare integralmente il diritto del lavoro muovendo da una svalutazione del problema qualificatorio e affrontando la questione "dalla parte delle tutele", sì da creare un sistema in cui il *quantum* delle garanzie fosse proporzionato al tasso di dipendenza rinvenibile all'interno del singolo, specifico rapporto contrattuale (da un *minimum* tributato a tutto il lavoro, ad un *maximum* in costanza di subordinazione piena). Le più famose tra tali proposte sono quelle che recano la firma di D'Antona (il quale ipotizzava una creazione di tutele per cerchi concentrici) e di Treu (il quale già nel 1998 – peraltro in collaborazione con Marco Biagi – aveva tracciato le linee di uno *Statuto dei*

⁵ Come si è detto in apertura, infatti, la qualificazione (come lavoro autonomo o subordinato) attribuita dalle parti all'atto della stipulazione del contratto di lavoro può essere sempre modificata dal giudice sulla base del concreto atteggiarsi del rapporto. Dunque, molto sinteticamente, se nel rapporto il lavoratore è stato oggetto di potere direttivo del committente il contratto di lavoro autonomo eventualmente stipulato dalle parti sarà riqualficato dal giudice come lavoro subordinato, con applicazione di tutta la relativa disciplina di tutela.

⁶ Così Cassazione civile, sezione lavoro, 3 giugno 1985 n. 3310, in *Giustizia civile*, 1985, I, p. 2735.



lavori).

Nel frattempo il legislatore – pur non cogliendo i suggerimenti provenienti dalla dottrina – ha progressivamente preso atto del fenomeno in atto ed è inizialmente intervenuto sul piano previdenziale, istituendo nel 1995 la gestione separata Inps ed implementando la contribuzione cui le co.co.co. erano soggette.

Successivamente il legislatore ha cercato di arginare la fuga dalla subordinazione introducendo dosi sempre più massicce di flessibilità nella subordinazione stessa.

Così se nel 1997 con il c.d. Pacchetto Treu si elaborava il lavoro interinale tramite agenzia, tra il 2000 ed il 2001 si dettava una nuova disciplina del lavoro a tempo parziale e del lavoro a termine e nel 2003 si istituiva un vero e proprio arcipelago di contratti di lavoro subordinato “alternativi” al tipo classico (ovverosia al lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato) e, al contempo, si cercava di arginare il ricorso alle forme di lavoro parasubordinato (dunque autonomo, ma coordinato e continuativo) dando vita al nuovo lavoro a progetto.

Nell’area della subordinazione nascevano così il lavoro somministrato, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito (o *job sharing*), il lavoro a chiamata (o *job on call*), e il contratto di inserimento.

Viceversa, il problema delle nuove autonomie coordinate veniva risolto non dando seguito alle proposte dottrinali, bensì in un’ottica di continuità con la tradizione, creando un nuovo tipo contrattuale interno alla tradizionale area dell’autonomia: il legislatore infatti individuava quale risposta al ricorso patologico alle co.co.co. la necessaria riconduzione delle co.co.co. stesse ad un progetto da definirsi per iscritto all’atto della stipulazione del contratto (dunque prima dell’inizio del rapporto) così che il potere di coordinamento del committente non potesse tramutarsi in corso di rapporto in potere direttivo datoriale.

Al contempo, inoltre, il legislatore – preso atto della condizione di tendenziale debolezza del lavoratore parasubordinato – introduceva alcune limitate tutele essenzialmente volte a garantire la sospensione del rapporto (e dunque non la sua interruzione) in caso di malattia, infortunio e gravidanza del lavoratore a progetto.

Le riforme dei primi anni 2000 hanno così determinato la frantumazione di quello che era il panorama normativo su cui per decenni la ricerca giuslavoristica si era interrogata e che trovava il proprio naturale fondamento sulla netta contrapposizione tra lavoro autonomo e lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato, tra rapporti – quelli di lavoro autonomo – intercorrenti tra soggetti formalmente e sostanzialmente paritari e dunque disciplinati dal diritto comune dei contratti e rapporti – quelli di lavoro subordinato – che determinano l’assoggettamento di un contraente rispetto all’altro e, dunque, comportano una disciplina – quella giuslavoristica – di tutela.

Constatato il moltiplicarsi dei tipi contrattuali possibili, la dottrina ha cercato di comprendere se tale destrutturazione avesse minato quella che per quasi un secolo era stata la naturale centralità dell’impegno subordinato standard, se cioè il lavoro dipendente a tempo pieno e indeterminato non fosse più la forma “naturale” di lavoro.

La lettura maggiormente condivisa ha ritenuto che il lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato continuasse a costituire il modello “normale” di lavoro, dunque il più diffuso, ma anche il formato cui tornare ove le clausole di flessibilità risultassero illegittimamente apposte.

Al contempo la dottrina più attenta ha evidenziato come dalla diffusione dei nuovi lavori



potesse conseguire una contrapposizione tra insiders e outsiders, tra lavoratori subordinati a tempo pieno ed indeterminato caratterizzati da ogni tutela, e lavoratori flessibili privi di tutele necessarie.

Proprio muovendo da simili constatazioni, alcuna dottrina è tornata a sollecitare un mutamento di prospettiva che superasse la tradizionale dicotomia tra lavoro subordinato ed autonomo e delineasse piuttosto un *continuum* di tutele caratterizzate da intensità crescente all'incrementare degli elementi di subordinazione del lavoratore.

Tali suggestioni però non hanno trovato alcun riscontro sul piano legislativo.

Non solo lo Statuto dei lavori non è mai stato attuato, ma addirittura non si è mai nemmeno giunti ad una vera rivisitazione degli ammortizzatori sociali, sebbene già il d.d.l. Biagi contemplasse una loro completa ristrutturazione nel segno proprio della non precarizzazione dei lavoratori flessibili.

Tali carenze si sono tradotte in un vero e proprio mancato adattamento del sistema complessivo alle modifiche apportate in termini di flessibilità in entrata. Successivamente al 2003, infatti, il legislatore si è limitato ad una continua e costante modifica di istituti già delineati. Modifica caratterizzata da interventi estemporanei, spesso inseriti nella legislazione finanziaria, e numerose volte modificati a seguito del cambiamento della maggioranza al Governo.

Ne è scaturito un vero e proprio interventismo caratterizzato da una crescente settorialità (non solo il legislatore ha scelto di dedicarsi alla sola flessibilità c.d. in entrata, ma lo ha fatto intervenendo e re-intervenendo più volte sulle medesime norme) e da scarsa qualità legislativa (le novelle – per lo più apportate con tecnica di taglia e cucì su testi previamente adottati – solo raramente sono state coordinate con il sistema normativo di riferimento e con l'ordinamento generale)⁷.

Fattori questi che, a propria volta, hanno sortito almeno due effetti negativi.

In primo luogo ha determinato uno “scollamento” del diritto del lavoro in senso stretto rispetto sia al diritto sindacale che alla disciplina previdenziale ed assistenziale: né l'uno, né l'altra sono infatti stati mantenuti e quindi, a tutt'oggi, risultano privi della strumentazione necessaria a rispondere alla frammentarietà lavorativa degli lavoratori atipici creati dalla flessibilizzazione in entrata. Se le organizzazioni sindacali trovano difficoltoso dare una rappresentanza unitaria a chi

⁷ Emblematico è il caso del c.d. contratto a tempo determinato: se sino al 2001 era possibile apporre un termine al contratto di lavoro solo a fronte di specifiche causali indicate per legge o contratto collettivo, dal 2001 – in conformità alle ripetute sollecitazioni del legislatore comunitario – è divenuto lecito apporre il termine in costanza delle ragioni “organizzative, sostitutive o produttive” specificate dal datore di lavoro.

Dunque con il d.lgs. 368/2001 si è realizzato un passaggio epocale: dall'assoluta eccezionalità del termine, apponibile solo in presenza di fattispecie già tipizzate dal legislatore o dal contratto collettivo, all'adozione di una c.d. causale “aperta” la cui specificazione è rimessa al datore di lavoro.

Nella radicalità del mutamento non supportata da adeguate indicazioni legislative, la dottrina ha per anni cercato di comprendere se a seguito del 2001 fosse avvenuta un'equiparazione tra lavoro a termine e a tempo indeterminato, ovvero se per il legislatore nazionale il contratto a tempo determinato fosse sul piano valoriale e di legittimità un pari grado del contratto standard.

Nel 2007, con legge finanziaria, il legislatore – senza adeguare il testo normativo complessivo – antepone un comma 01 all'articolato normativo al fine di chiarire l'eccezionalità del termine rispetto al tempo indeterminato. Il nuovo comma 01 sancisce infatti che “il contratto di lavoro subordinato è di regola stipulato a tempo indeterminato”.

Nel 2008, col cambio della maggioranza di Governo, il medesimo articolo viene nuovamente ritoccato, sempre con legge finanziaria: il comma 01 non è né abrogato, né modificato, tuttavia nel successivo comma 1 si sancisce che le ragioni che giustificano l'apposizione del termine possono anche essere riferite alla ordinaria attività del datore di lavoro.



unitario non è, il diritto previdenziale risulta inadatto a compensare la contribuzione ridotta e discontinua che caratterizza i “nuovi” lavori subordinati e parasubordinati.

In secondo luogo ha indotto uno stato per così dire “confusionale” nella ricerca e negli operatori.

In particolare, il continuo mutamento ha impedito sia la verifica dell’effettività della normativa, che il consolidarsi di prassi interpretative ed applicative in relazione alle singole norme (le quali pur se abrogate o modificate, continuano però ad esistere nel mondo reale in virtù del diritto intertemporale), così impossibilitando la dottrina nella sua opera naturale di analisi e sistematizzazione del corpus normativo.

Il tutto con ovvie ricadute negative in termini di certezza del diritto per il lavoratore che si rivolga alle aule di giustizia per ottenere ristoro di un diritto leso.

Peraltro, è constatazione ormai alla portata anche di chi economista non è che la massiccia flessibilità in entrata introdotta dai primi anni 2000 ha determinato la precarizzazione di una fetta importante dell’occupazione. Precarizzazione a cui non sembra nemmeno essere conseguita una significativa riduzione dell’area del lavoro nero o fintamente autonomo.

I lavori flessibili – autonomi o subordinati – infatti pur “costando” meno di un lavoro subordinato a tempo pieno ed indeterminato, continuano a essere più onerosi sul piano normativo e economico rispetto sia alla finta autonomia che al lavoro nero.

3. Il Disegno di legge recante “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*”

La situazione così sommariamente descritta è quella con cui il nostro Paese si è trovato ad affrontare la crisi attualmente in atto.

La lettura dell’Europa è stata nettamente negativa: debole sul piano economico, l’Italia appariva del tutto inadeguata a livello normativo.

In particolare, la flessibilità in entrata – introdotta, come detto, in massicce dosi negli anni successivi al 2000 – è stata ritenuta del tutto insufficiente a controbilanciare una disciplina normativa del rapporto di lavoro comunque percepita come troppo gravosa. Ma non solo. Tale flessibilità, infatti, risulta aver piuttosto creato una sgradevole e potenzialmente incontrollabile contrapposizione tra insiders ed outsiders, tra lavoratori dotati di diritti e lavoratori non già flessibili, ma precari.

La ricetta per creare maggiore dinamicità e dunque crescita risulta allora individuata in una vera e propria rivoluzione della normativa giuslavoristica tradizionale.

Pretermessa ogni differenziazione tra subordinazione ed autonomia, dalla tutela nel rapporto – tutela dunque fondata sulla limitazione dell’autonomia delle parti che devono necessariamente conformarsi ad una normativa inderogabile altamente precettiva – si propugna di passare ad una tutela nel mercato: la maggiore libertà nel rapporto dovrebbe essere controbilanciata dalla creazione di una rete di sicurezza in favore del lavoratore fuori dal rapporto. Una rete di sicurezza essenzialmente basata su strumenti informativi idonei a colmare il *gap* di disinformazione patito dal lavoratore, formazione continua articolata secondo progetti di *life long learning* ed adeguato sostegno economico nei periodi di non lavoro.

Tali fattori – nella visione europea (peraltro già cristallizzata sin dal 2006 nel Libro Verde della Commissione *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*) –



sono ritenuti idonei a realizzare quel mix tra flessibilità e sicurezza (sinteticamente *flexsecurity*) imprescindibile per impedire che la flessibilità a 360 gradi (dunque non solo in entrata, ma anche in uscita e nel rapporto) – necessaria per incrementare occupazione, produttività e ricchezza – si trasformi in precarietà⁸.

Sulla scorta di tali indicazioni il legislatore è intervenuto con una serie di interventi dapprima settoriali e poi di più ampio respiro contenuti nel Disegno di legge recante “*Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*” pubblicato in Gazzetta Ufficiale il 3 luglio 2010 quale Legge n. 92/2012⁹.

Proprio il d.d.l. è stato oggetto di analisi nell’ultimo convegno dell’associazione italiana di diritto del lavoro svoltosi a Pisa nella prima settimana di giugno di questo anno.

Un’analisi che – al netto delle differenti letture – presenta quale comune denominatore un forte tratto di criticità.

Premesso che il ddl – affrontando la flessibilità sia in entrata che in uscita, che la legislazione previdenziale – sembra avere un respiro più ampio rispetto agli interventi settoriali degli ultimi anni, la ricerca evidenzia come il *corpus* normativo sia in realtà caratterizzato da una tecnica redazionale approssimativa (che alle volte ne rende difficile persino la lettura) e, in ogni caso, non contenga un reale ripensamento della materia.

In particolare, quanto alle norme dedicate alla **flessibilità in entrata** è stato evidenziato come si tratti per lo più di meri ritocchi ad istituti già esistenti, dunque non di quella rivisitazione *ab imis* necessaria a superare la contrapposizione tra outsiders ed insiders, né di una reale ricostruzione delle modalità occupazionali in grado di rispondere ai problemi della produttività e della disoccupazione crescente.

Nell’attività di manutenzione degli istituti vigenti, il primo contratto ad essere novellato è il lavoro a tempo determinato.

Innanzitutto è nuovamente modificato il comma 01 di cui si è già detto: nella nuova formulazione il contratto non sarà più stipulato “*di regola*” a tempo indeterminato, ma il tempo indeterminato costituirà “*la forma comune di rapporto di lavoro*”, così ricalcando più strettamente il testo della Direttiva europea in materia di contratto a termine.

In secondo luogo si prevede la possibilità che il primo contratto a termine, se inferiore a dodici mesi, sia stipulato anche in assenza di qualsivoglia causale giustificativa.

Parimenti sono allungati i termini entro cui può prorogarsi il contratto a termine già scaduto (da 20 a 30 giorni in caso di contratto di durata inferiore a 6 mesi; da 30 a 50 giorni in caso di contratto di durata superiore a 6 mesi).

Viceversa è allungato il periodo di necessaria pausa laddove all’assunzione a termine segua

⁸ In proposito pare però opportuno ricordare che l’approccio del diritto comunitario alle “questioni sociali” è sempre profondamente influenzato dalla primazia del diritto della concorrenza: l’Unione europea prima che un’unione sociale o politica è un’unione economica e, in quanto tale, individua nel soddisfacimento delle esigenze economiche il proprio scopo. Dunque il diritto del lavoro, il diritto diseguale di tutela dei lavoratori, trova cittadinanza solo se e in quanto non lede il diritto della concorrenza e, anzi, si presenta funzionale al perseguimento di obiettivi economici.

⁹ Sebbene riferite al d.d.l. le osservazioni di cui nel prosieguo conservano piena validità, in quanto il testo oggetto di esame è divenuto Legge 3 luglio 2012 n. 192 senza modifiche o emendamenti in ragione della scelta del Governo Monti di porre questione di fiducia per l’approvazione in entrambe le Camere.



altra assunzione a termine (da 10 a 60 giorni in caso di contratto di durata inferiore a 6 mesi; da 20 a 90 giorni in caso di contratto di durata superiore a 6 mesi).

Ulteriori modifiche sono poi apportate ai contratti formativi (che, *sub specie* contratto di apprendistato, erano già stati oggetto di novelle nel settembre 2011).

In particolare il d.d.l. dispone l'abrogazione del contratto di inserimento come disciplinato dal d.lgs. 276/2003 e detta nuove percentuali in merito al numero di apprendisti assumibili da ogni datore di lavoro.

Alcune piccole modifiche concernono il contratto di lavoro intermittente che diviene stipulabile in ogni caso se il lavoratore ha più di 55 anni, ovvero meno di 24 anni ed il lavoro accessorio che viene reso applicabile alle sole prestazioni di importo complessivamente inferiore a 5.000 euro nell'anno solare, di cui massimo 2.000 euro per singolo committente.

Una novella più consistente concerne invece il lavoro a progetto, dunque il lavoro autonomo ai limiti della subordinazione (già co.co.co.).

Mentre nella legislazione del 2003 quest'ultimo era stipulabile a fronte di un progetto, programma o fase di esso, nel d.d.l. si prevede la necessaria riconduzione ad un progetto specifico, funzionalmente collegato ad un risultato finale, che non comporti lo svolgimento di compiti meramente esecutivi o ripetitivi e, in ogni caso, che non sia sovrapponibile all'oggetto sociale del committente.

La mancata definizione del progetto secondo detti termini, ovvero lo svolgimento da parte del collaboratore della propria attività secondo modalità analoghe a quelle dei lavoratori subordinati presenti nell'impresa è sanzionata con la conversione in lavoro subordinato a tempo indeterminato (problema indisponibilità del tipo).

Sul piano delle tutele è poi disposto che in ogni caso il lavoratore a progetto non possa percepire un compenso inferiore ai minimi salariali fissati dalla contrattazione collettiva di riferimento per lavoratori subordinati equiparabili.

Inoltre il d.d.l. sancisce una presunzione di subordinazione anche per il caso in cui la prestazione sia resa da titolare di partita IVA laddove ricorrano almeno due dei tre presupposti di seguito specificati: «a) che la collaborazione abbia una durata complessivamente superiore a otto mesi nell'arco dell'anno solare; b) che il corrispettivo derivante da tale collaborazione, anche se fatturato a più soggetti riconducibili al medesimo centro d'imputazione di interessi, costituisca più dell'80 per cento dei corrispettivi complessivamente percepiti dal collaboratore nell'arco dello stesso anno solare; c) che il collaboratore disponga di una postazione fissa di lavoro presso una delle sedi del committente».

Ciò con la specificazione tuttavia che la presunzione è comunque esclusa se la prestazione è: a) connotata da «competenze teoriche di grado elevato acquisite attraverso significativi percorsi formativi, ovvero da capacità tecnico-pratiche acquisite attraverso rilevanti esperienze maturate nell'esercizio concreto di attività»; b) svolta da un soggetto titolare di un reddito da lavoro autonomo annuo lordo non inferiore a circa 18.000 euro; c) concernente prestazioni lavorative per le quali l'ordinamento richiede l'iscrizione ad un ordine professionale o «a registri, albi, ruoli o elenchi professionali qualificati e detta specifici requisiti e condizioni»).

Esiti parimenti critici sembrano caratterizzare la novella in materia **previdenziale**: la



dottrina più recente ritiene la nuova (mini) Aspi¹⁰ sia inidonea a compensare la precarietà contributiva dei lavoratori atipici, sia a superare la disuguaglianza tra chi beneficia della cassa integrazione guadagni e chi invece ne è escluso, sia infine a superare la visione della cassa stessa quale alternativa al licenziamento restituendole la sua funzione originaria di mobilità nel mercato del lavoro.

Diseguaglianze che risultano esaltate dalla scelta del legislatore del d.d.l. di incrementare ancora una volta l'imposizione contributiva degli atipici e, segnatamente, dei lavoratori a progetto (che nel 2018 arriveranno al 33% di contribuzione, 24% se iscritti anche ad altre gestioni oltre quella separata Inps).

La ricerca intervenuta sul punto ha peraltro evidenziato come tali difetti non paiono facilmente superabili: la vasta evasione fiscale presente nel nostro paese rende infatti poco praticabile sia la creazione di un sistema che – abbandonato il principio mutualistico – si presenti più incisivo nelle prestazioni erogate, sia l'istituzione del sussidio di cittadinanza che – oltre a presentare un onere forse non sostenibile – avrebbe facilmente l'effetto di incrementare il lavoro nero.

Analogamente, paiono insufficienti le previsioni in materia di occupazione dei soggetti svantaggiati e, segnatamente, dei lavoratori anziani e delle donne.

Se per i primi è prevista la possibilità del prepensionamento ponendone gli oneri a carico delle imprese (con buona pace della funzione occupazionale del *life long learning* e dell'incremento dell'età pensionabile), per le seconde sono dettati nuovi sgravi contributivi. In entrambi i casi non sembra certo potersi parlare di previsioni rivoluzionarie.

E identiche conclusioni possono trarsi con riferimento alla tutela della genitorialità. La necessità della convalida da parte della Direzione territoriale del lavoro delle dimissioni presentate in gravidanza e l'introduzione del congedo obbligatorio di un solo giorno (più due facoltativi) per i padri non paiono nulla di innovativo o rivoluzionario.

In particolare, quanto alle norme contro la prassi delle dimissioni in bianco deve rilevarsi come analoghe previsioni fossero già state poste dal Governo Prodi II per essere poi rapidamente abrogate per la carenza di materiale e personale con cui attuarle.

Con riferimento invece alle modifiche al congedo di paternità l'esiguità dello stesso (un giorno di congedo obbligatorio e due giorni facoltativi) vizia ogni valutazione.

Come ovvio però la maggiore attenzione dedicata dalla dottrina concerne la novella alla disciplina della **flessibilità in uscita**, ovverosia dei licenziamenti.

Sul punto con riferimento a tutti i licenziamenti, dunque a prescindere dal tipo di tutela applicata, è sancito che il licenziamento deve necessariamente essere motivato contestualmente

¹⁰ Nel sistema delineato dal d.d.l. i requisiti dell'ASPI (Assicurazione sociale per l'impiego) consistono in almeno due anni di assicurazione oltre ad un anno di contribuzione nel biennio precedente. Per accedere alla mini ASPI occorre invece dimostrare almeno 13 settimane di contribuzione negli ultimi 12 mesi. La prestazione erogata in tale ipotesi è comunque pari ad un massimo di sei settimane e mezza. Per le co.co.pro. è poi prevista la corresponsione di un'indennità *una tantum* ove il collaboratore sia iscritto in via esclusiva alla gestione separata Inps, operi in regime di monocommittenza, presenti un reddito lordo complessivo inferiore a 20.000 euro ed una contribuzione di almeno 4 mesi nell'anno precedente.



all'intimazione, deve essere impugnato a pena di decadenza entro 60 giorni ed entro 180 giorni deve procedersi al deposito del ricorso e può essere revocato dal datore di lavoro entro 15 giorni dalla ricezione della comunicazione dell'impugnazione del licenziamento.

Le novità certo più rilevanti si riscontrano però sul piano delle tutele. Il d.d.l. si caratterizza infatti per una profonda rivisitazione dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori che ne esce integralmente riscritto, delineando non più la sola tutela reintegratoria e risarcitoria ma quattro diversi livelli di tutela¹¹.

Peraltro, a prescindere dagli specifici dubbi avanzati con riferimento alle singole previsioni (e per le quali si rinvia alla bibliografia in calce), già su di un piano generale la dottrina ha rilevato come le novelle patiscano un elevato grado di criticità.

¹¹ In particolare, i quattro livelli di tutela risultano articolati come di seguito delineato.

1) La “tutela reintegratoria piena” (art. 18, cc. 1, 2 e 3 nuovo testo).

Presupposti ne sono, a prescindere dai requisiti dimensionali e dalla qualifica (applicabilità anche ai dirigenti):

- licenziamento discriminatorio,
- licenziamento orale,
- licenziamento intimato in costanza di matrimonio,
- licenziamento intimato in violazione della disciplina posta a tutela della maternità e paternità,
- licenziamento nullo ai sensi di altre disposizioni di legge,
- licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.

In tali fattispecie, ai sensi del nuovo art. 18, commi 1, 2 e 3 il giudice il giudice condanna il datore di lavoro:

- alla reintegrazione nel posto di lavoro,
- al pagamento di un risarcimento del danno, commisurato all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento all'effettiva reintegrazione, fatto salvo il limite minimo di 5 mensilità, dedotto unicamente quanto da lui effettivamente percepito (*aliunde perceptum*) nello stesso periodo per lo svolgimento di altre attività lavorative,
- al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

In alternativa il lavoratore può chiedere, entro 30 giorni dall'invito del datore a riprendere servizio ovvero dal deposito della sentenza se precedente, un'indennità risarcitoria pari a 15 mensilità.

2) La “tutela reintegratoria attenuata” di cui all'art. 18, c. 4 nuovo testo.

Presupposti ne sono:

- il rispetto dei limiti dimensionali (più di 15 dipendenti),
- l'insussistenza del fatto contestato quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo, ovvero la sussistenza del fatto e la sua riconducibilità tra le condotte punibili con sanzioni conservative,
- la non inidoneità fisica o psichica del lavoratore e il mancato superamento del periodo di comporto,
- la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In tali fattispecie, ai sensi del nuovo art. 18, comma 4 il giudice condanna il datore di lavoro:

- alla reintegrazione nel posto di lavoro,
- al pagamento di una «indennità risarcitoria» del danno subito dal lavoratore «commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione», senza però la fissazione di una soglia minima e con la previsione, invece, di un tetto massimo di 12 mensilità e, in ogni caso, deducendo l'*aliunde perceptum* e l'*aliunde percipiendum* ovvero sia quanto il lavoratore «avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione»;
- al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Anche in questo caso è data facoltà al lavoratore di optare «per l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro.

3) La “tutela indennitaria forte” di cui all'art. 18, c. 5, nuovo testo.

Presupposti ne sono:

- il rispetto dei limiti dimensionali (più di 15 dipendenti),
- la mancanza di proporzionalità tra fatto addotto quale giusta causa o giustificato motivo soggettivo e la sanzione del licenziamento, purchè tale fatto non sia già punito con sanzioni conservative,



In proposito è stata innanzitutto evidenziata l'oscurità del testo normativo che, concepito per attirare gli investimenti stranieri, è tanto lungo, articolato e ricco di sfumature da essere persino difficilmente traducibile in inglese, dunque assai difficilmente comprensibile a quegli investitori stranieri che la novella vorrebbe attirare.

E perplessità non minori concernono i contenuti: al di là delle critiche specifiche dettate dalla lettura personale di ogni autore intervenuto sul punto, la dottrina maggioritaria ha evidenziato come il nuovo articolo 18 ampli il potere decisionale dei giudici con conseguente incertezza del diritto: al giudice infatti non spetterà più solo di valutare l'illegittimità del licenziamento essendogli anche richiesto di "pesare" tale illegittimità per comprendere quale delle quattro tutele previste dal nuovo art. 18 possa essere applicata al caso concreto.

Un ampliamento del giudizio che mal si concilia sia con i tempi già lunghi della giustizia anche del lavoro, sia con il nuovo rito accelerato (forse più correttamente, cautelare) che il d.d.l. introduce per i soli licenziamenti per cui sia richiesta la tutela ex art. 18, sulla falsariga del procedimento per la repressione della condotta antisindacale ex art. 28 dello Statuto dei lavoratori.

Ulteriori dubbi concernono poi il merito delle modifiche.

Innanzitutto in dottrina si è evidenziato come la modifica abbia formalmente operato solo sul piano delle tutele (peraltro, come si dirà poco oltre, agendo solo su una parte delle tutele), dettando però dei presupposti applicativi (primo fra tutti il "licenziamento determinato da un motivo illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.") ulteriori rispetto alle causali classiche: il potere di licenziamento dunque continua ad essere esercitabile solo in presenza di giusta causa o giustificato motivo¹², tuttavia però le tutele risultano articolate in ragione di causali in parte differenti.

- la mera insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In tali fattispecie, ai sensi del nuovo art. 18, comma 5 il giudice:

- dichiara risolto il rapporto (in realtà accerta la risoluzione) con effetto dalla data del licenziamento,
- condanna il datore di lavoro al pagamento di una «indennità risarcitoria onnicomprensiva» fra un minimo di 12 ed un massimo di 24 mensilità di retribuzione, determinato, con onere di specifica motivazione, tenendo conto: a) dell'anzianità di servizio del lavoratore; b) dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

Inoltre, qualora il licenziamento sia stato intimato per giustificato motivo oggettivo, nel provvedimento di condanna il giudice dovrà tenere conto anche: c) delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di nuova occupazione e d) del comportamento delle parti nell'ambito della procedura preventiva di conciliazione.

4) La "tutela indennitaria dimezzata" di cui all'art. 18, c. 6, nuovo testo.

Presupposti ne sono:

- il rispetto dei limiti dimensionali (più di 15 dipendenti),
- la presenza di vizi formali quali: carenza di motivazione (ora da rendersi unitamente al licenziamento), mancato rispetto della procedura disciplinare ex art. 7 Statuto, mancato rispetto della nuova procedura di conciliazione preventiva.

In tali fattispecie, ai sensi del nuovo art. 18, comma 6 il giudice:

– dichiara risolto il rapporto (in realtà accerta la risoluzione) con effetto dalla data del licenziamento, condanna il datore di lavoro al pagamento di una «indennità risarcitoria onnicomprensiva» fra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità di retribuzione, da determinare, con specifico onere di motivazione, sulla base della gravità della violazione formale e procedurale commessa dal datore di lavoro, nonché: a) dell'anzianità di servizio del lavoratore; b) dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

Nel caso in cui ricorrano altri e più gravi vizi il giudice applica la relativa tutela.

¹² Né diversamente potrebbe essere, posto che come ripetutamente chiarito anche dalla giurisprudenza costituzionale, l'art. 4 Cost. impone una limitazione della libera revedibilità datoriale, lasciando tuttavia al Parlamento piena discrezionalità in merito alla gradazione delle tutele (si v., tra le più recenti, Corte cost. 7



Un mancato coordinamento con la disciplina previgente che si riflette anche nel mancato superamento di quella dicotomia tra tutela reale (dunque lavoratori che hanno diritto alla reintegra in caso di licenziamento illegittimo) e tutela obbligatoria (dunque lavoratori che invece percepiscono solo un risarcimento del danno peraltro in quantità assai limitata essendo ricompresa tra le 2,5 e le 6 mensilità elevabili ad un massimo di 14 mensilità in costanza di peculiari condizioni) che caratterizza l'ordinamento italiano e che di fatto, in caso di licenziamento illegittimo, esclude dalla tutela reintegratoria tutti i dipendenti delle numerosissime piccole imprese.

Una dicotomia che il d.d.l. non ha ricomposto pur avendola paradossalmente attenuata: nel sistema delineato dal nuovo art. 18 infatti l'accesso alla tutela reintegratoria risulta fortemente ridimensionato, con conseguente riduzione della platea dei possibili beneficiari di una tutela forte contro il licenziamento illegittimo. Insomma, la dicotomia tra *insiders* ed *outsiders* risulta indirettamente ridotta dalla riduzione del numero dei beneficiari di tutele forti, nonché dal ridimensionamento delle stesse tutele forti.

4. Conclusioni

Volendo tracciare delle conclusioni non si può che constatare come il diritto del lavoro sia nato nell'ordinamento nazionale per separazione dal diritto civile, muovendo dalla limitazione della libertà e dell'autonomia contrattuale delle parti.

Tale approccio – che pure ha mostrato di funzionare in un passato recente ma caratterizzato da un contesto economico e sociale assai diverso – è da alcuni anni oggetto di costanti osservazioni critiche, riconducendosi (anche) ai vincoli della legislazione lavoristica la stagnazione dell'economia italiana e, segnatamente, del mercato del lavoro nazionale.

Muovendo da tali presupposti, nonché dall'osservazione di quanto avviene nei Paesi più virtuosi dell'Europa, l'Unione europea ci chiede oggi di addivenire ad un complessivo ripensamento dell'ordinamento giuslavoristico. In particolare, le indicazioni vanno nel senso di superare sia la tradizionale dicotomia tra subordinazione ed autonomia, che la previsione di tutele dettate in favore del solo lavoro subordinato, articolate nel rapporto e fondate sulla limitazione della libertà dei contraenti, in favore di un articolato sistema di tutele nel mercato.

Poste tali premesse la Riforma c.d. Fornero, nel testo licenziato dal Parlamento, non sembra idonea a rispondere alle sollecitazioni esterne: ancora una volta ci si muove in un ambito che è più di manutenzione dell'esistente che di vero e proprio mutamento di prospettive. Una manutenzione che inoltre, per numerosi tratti, presenta molti dei vizi della legislazione più recente, ovverosia settorialità degli interventi (si pensi ai ripetuti rimaneggiamenti degli istituti della flessibilità in entrata) e scarsa qualità legislativa (il testo del nuovo articolo 18 con i suoi dieci commi è emblematico).

Vizi patiti anche dalla nuova ASPI, la quale certo non sovverte il sistema così da assicurare una vera e propria tutela nel mercato.

Peraltro, se la presenza di una cittadinanza più onesta, anche fiscalmente, pare condizione imprescindibile per l'adozione di un simile sistema, resta comunque da osservare come – ove si



eliminino o si incidano pesantemente le tutele nel rapporto – la creazione di effettive ed incisive le tutele nel mercato è condizione necessaria perché il lavoro (che è bene in cui le persone sono direttamente coinvolte) non si trasformi in quel che non è, ovvero una mera merce.





BIBLIOGRAFIA

- Carinci F. – R. De Luca Tamajo – P. Tosi – T. Treu, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2011
- Carinci F., *Complimenti, dottor Frankenstein: Il disegno di legge governativo in materia di riforma del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Carinci M.T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, relazione Aidlass 2012, in <http://www.aidlass.it/convegni/prossimi-convegni>
- Cester C., *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Cinelli M., *Gli ammortizzatori sociali nel disegno di riforma del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Ballistreri M., *Riforma dell'art. 18: parallelismo delle tutele*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 2012, n. 24, p. 1504 e ss.
- D'Antona M., *L'autonomia individuale e le fonti del diritto del lavoro*, relazione Aidlass 1991, in *Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro*, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, 1994, 31 e ss.
- Ghera E., *Diritto del lavoro*, Cacucci, 2011
- Gragnoles E., *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, relazione Aidlass 2012, in <http://www.aidlass.it/convegni/prossimi-convegni>
- Ichino P., *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile. Relazione al Convegno dell'Associazione dei Civilisti Italiani*, in <http://archivio.pietroichino.it/saggi/view.asp?IDArticle=947>
- Ichino P., *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Leccese V., *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, relazione Aidlass 2012, in <http://www.aidlass.it/convegni/prossimi-convegni>
- Liso F., *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Magnani M., *La riforma del mercato del lavoro*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
-



- Magrini S., *Quer pasticciaccio brutto (dell'art. 18)*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Marazza M., *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Mazzotta O., *Autonomia individuale e sistema del diritto del lavoro*, relazione Aidlass 1991, in Atti del congresso nazionale di diritto del lavoro, Udine, 10-12 maggio 1991, Giuffrè, 1994, 3 ss.
- Mengoni L., *L'influenza del diritto del lavoro sul diritto civile*, in *Giornale di Diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1990, 5 ss.
- Mengoni L., *Obbligazioni "di risultato" e obbligazioni "di mezzi" (studio critico)*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1954, parte I, pagine 185-209, 280-320, 366-396.
- Papaleoni M., *Prime considerazioni critiche sul progetto di riforma del mercato del lavoro: "Mons tremuit, et mus parietur"*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>
- Pedrazzoli M., *Consensi e dissensi sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 21, Utet, 1998, 9
- Persiani M., *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966
- Perulli A., *Locatio operis e lavoro "sans phrase" nella prospettiva di un nuovo statuto giuridico dei lavori*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 21, Utet, 1998, 73
- Prosperetti G., *Una proposta per un nuovo welfare nella società post-industriale*, intervento Aidlass 2012
- Rocella M. *Manuale di diritto del lavoro*, Giappichelli, 2010
- Romagnoli U., *"Il contratto di lavoro" di Ludovico Barassi cent'anni dopo*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2001, 239 e ss.
- Rusciano M., *Il diritto del lavoro tra diritto pubblico e diritto privato*, in *Scritti in onore di L. Mengoni*, Giuffrè, 1995, 1205 ss.
- Santoro Passarelli G., *Flessibilità e subordinazione: pluralità di fattispecie o di tutele?*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 21, Utet, 1998, 51
- Spagnuolo Vigorita L., *Subordinazione e diritto del lavoro. Problemi storico-critici*, Morano, 1967
- Tosi P., *La distinzione tra autonomia e subordinazione*, in *Subordinazione e autonomia: vecchi e nuovi modelli, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 21, Utet, 1998, 33
-



Zoppoli L., *La riforma del mercato del lavoro vista dal Mezzogiorno: profili giuridico-istituzionali*, in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/Il-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>

