



Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 203/2014

© Umberto Gargiulo 2014
Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro
gargiulo@unicz.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA" , University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Il licenziamento "economico" alla luce del novellato articolo 18^a

Umberto Gargiulo
Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro

1. Novella dell'art. 18 e incidenza sulle causali del licenziamento..	2
2. La "convenienza" del licenziamento c.d. economico dopo la Riforma Fornero: il motivo oggettivo come <i>refugium peccatorum</i> .	8
3. Accertamento dell'illegittimità del licenziamento e discrezionalità del giudice	12
4. La "manifesta insussistenza del fatto".....	14
5. <i>Repêchage</i> e fattispecie del giustificato motivo oggettivo	27
6. La ripartizione dell'onere della prova	34
7. L'indicazione dei motivi di licenziamento nella procedura <i>ex art. 7, l. 604/1966</i>	35
8. Ricadute sulla decorrenza della prescrizione	37

^aDi prossima pubblicazione in *Diritti Lavori Mercati*

Dal momento in cui ho scritto quella pagina mi è stato chiaro che la mia ricerca dell'esattezza si biforcava in due direzioni. Da una parte la riduzione degli avvenimenti contingenti a schemi astratti con cui si possano compiere operazioni e dimostrare teoremi; e dall'altra parte lo sforzo delle parole per render conto con la maggior precisione possibile dell'aspetto sensibile delle cose.

(Italo Calvino, *Esattezza*, in *Lezioni americane*, Garzanti, Milano, 1988).

1. Novella dell'art. 18 e incidenza sulle causali del licenziamento

A ridosso dell'entrata in vigore della legge 28 giugno 2012, n. 92 numerosi sono stati i tentativi di fornire una lettura, invero non facile, della normativa, particolarmente con riferimento al delicatissimo tema della novella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori¹. Agli approcci iniziali, però, opportunamente caratterizzati da uno sguardo d'insieme e dall'intento di ricondurre a sistema la nuova "tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo" (così la rubrica, anch'essa riformulata, dell'art. 18), è forse il caso ora, a mente fredda e nell'attesa di conoscere le soluzioni che prenderanno forma nelle aule dei tribunali, di soffermarsi su singoli aspetti della disciplina.

In queste pagine si è scelto di concentrare l'attenzione sulle conseguenze della dichiarazione di illegittimità del recesso per giustificato motivo oggettivo, si direbbe, "in senso stretto", cioè connesso a ragioni economico-organizzative²: non tanto per il gusto di un'analisi parcellizzata su uno dei tanti profili di novità, quanto per la convinzione che il disegno del legislatore potrebbe portare, nella prassi, ad una

¹ Molti sono ormai i contributi sulla c.d. Riforma Fornero, diversi dei quali saranno citati nelle note seguenti. Va anche segnalato, oltre ai *working papers*, l'utile raccolta dei primi commenti alla riforma, effettuata dal CSDLE "Massimo D'Antona", che ha dedicato un apposito spazio alla discussione: *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro* (in <http://csdle.lex.unict.it/docs/generic/II-dibattito-sulla-riforma-italiana-del-mercato-del-lavoro-/3206.aspx>).

² Alla luce dell'inserimento nella fattispecie di figure tecnicamente non riconducibili ad esso, come l'ipotesi di inidoneità fisica o psichica del lavoratore o di recesso in violazione dell'art. 2110, co. 2., c.c.

centralità del ricorso alla causale oggettiva³ in base ad una valutazione di "convenienza" ovvero, nel complesso, di minore rischio, quanto ad esiti giudiziari, tra le diverse possibili motivazioni di recesso datoriale dal rapporto di lavoro subordinato.

La "strada maestra"⁴ per tentare di affrontare i tanti problemi del mercato del lavoro italiano, e tra questi il tema della flessibilità in uscita, avrebbe dovuto essere quella di agire, prima ancora che sull'apparato sanzionatorio, sulle causali giustificative del licenziamento⁵ oppure, con attenzione al profilo processuale, principalmente sul tema dell'onere probatorio (e sulla relativa valutazione).

Ancora una volta, invece, il nostro legislatore ha imboccato una sorta di "complanare normativa", intervenendo su profili paralleli ai principali, nel tentativo di decongestionare l'interpretazione della disciplina dei licenziamenti, passando per soluzioni che attengono (apparentemente soltanto⁶) alle conseguenze dell'accertamento di illegittimità o anche agendo sul processo, ma con una riscrittura dell'intero rito da applicare ai licenziamenti che ricadono nell'ambito applicativo dell'art. 18; in quest'ultimo caso, peraltro, in vistosa controtendenza rispetto alla riduzione e semplificazione dei riti, auspicata dagli studiosi del processo e fino a pochi mesi prima condivisa dal medesimo legislatore⁷.

Va peraltro rilevato sin da subito – come già messo in luce da molti commentatori – che se uno degli scopi dichiarati della riforma voleva essere la riduzione della discrezionalità del giudice e del tasso di incertezza delle decisioni, il testo approvato dal Parlamento pone più

³ CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *DRI*, 2013, p. 331, evidenzia come "è proprio il licenziamento economico ad aver rappresentato, fin dall'inizio, l'obiettivo principale" del legislatore "[...] e, al tempo stesso, ad aver costituito, in prosieguo, il fronte ultimo dove si è assestato il legislatore".

⁴ L'espressione è di MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 420.

⁵ ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 267 (ma v. anche p. 273) segnala "il rischio di innescare potenziali asimmetrie fra il corpo normativo più recente, che intende individuare specifiche ipotesi di licenziamento ingiustificato sulle quali innestare tutele differenziate, e quello più antico, che ha lo scopo di individuare il fondamento oggettivo del legittimo esercizio del potere di recesso".

⁶ Si vedano, infatti, i rilievi che seguono nel testo, attraverso i quali si prova a dimostrare che l'intervento normativo opera, inevitabilmente, anche se in maniera surrettizia, sulle ragioni giustificative, prima ancora che sulle conseguenze inerenti alla valutazione delle medesime.

⁷ È il caso del d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, attuativo della delega contenuta nell'art. 54, l. 18 giugno 2009, n. 69.

problemi di quanti ne vorrebbe risolvere⁸, dando la sensazione, ormai abbastanza netta, che anche stavolta si sia incorsi in una significativa eterogenesi dei fini⁹.

Non va trascurato, infine, che essendo le causali di licenziamento contenute in una disposizione, l'art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604, riconducibile alla figura definita come "norma generale", vale a dire una norma completa a contenuto variabile, che viene riempita di concreto significato nell'elaborazione giurisprudenziale, la quale rinvia, caso per caso, "a modelli comportamentali e a stregue di valutazioni obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera"¹⁰, un intervento riformatore che insiste sul ruolo del giudice e sulla sua discrezionalità, confinandola ed ampliandola allo stesso tempo, finisce inevitabilmente per incidere implicitamente sulla norma stessa che il giudice è chiamato ad applicare¹¹.

È peraltro tuttora condivisibile l'opinione che avverte come il problema di fondo di tutte le nozioni giuridiche "a contenuto variabile" è

⁸ Ne sono testimonianza le parole di VIDIRI, *La Riforma Fornero: la (in)certezza del diritto e le tutele differenziate del licenziamento illegittimo*, in *RIDL*, 2012, I, p. 617.

⁹ In ogni caso, la critica – nell'insieme certamente fondata – all'ennesima legge che pretende di accrescere il grado di "certezza" dell'ordinamento, sfociando nel suo esatto opposto, deve tenere in debito conto il dato *genetico* dei modelli di produzione normativa degli ordinamenti giuridici moderni (anche di livello sovranazionale), che consiste proprio nel combinare una tecnica regolamentare analitica, caratterizzata dalla moltiplicazione delle fattispecie considerate, con il ricorso a nozioni giuridiche "a contenuto variabile" (su cui v. *infra*), talora effettuato nella forma estrema del rinvio ai principi o a clausole generali. In questo contesto, l'incremento della centralità del ruolo del giudice e l'avvicinamento di quest'ultimo alla figura dell'interprete di *common law* si presenta come dato forse ineliminabile. È utile rinviare sul punto ai rilievi di BRECCIA, *Clausole generali e ruolo del giudice*, in *LD*, 2007, p. 443.

¹⁰ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 9, il quale, come esempio di norma generale, indica proprio l'art. 3, l. 604/1966. "Questa tecnica legislativa – osserva l'Autore – lascia al giudice un margine di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme" (p. 10). Sottolinea le precisazioni operate da Mengoni, CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, in *RCDP*, 1986, p. 26. Sminuisce la rilevanza della distinzione tra le diverse figure di nozioni a contenuto variabile, RODOTA, *Il tempo delle clausole generali*, in *RCDP*, 1987, p. 709. In argomento si vedano anche i rilievi di FERRARO, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1991, p. 159. Esamina opportunità e limiti del ricorso alla tecnica della norma generale con specifico riferimento alla tematica dei licenziamenti economici FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *RIDL*, 2011, I, p. 291.

¹¹ Va comunque segnalato che il legislatore, nell'art. 30, l. 4 novembre 2010, n. 183, novellato poi dalla l. 92/2012, seppure nell'ambito di un testo non proprio ineccepibile, fa riferimento a disposizioni di legge contenenti "clausole generali, ivi comprese le norme in tema di [...] recesso". Il legislatore pare dunque far rientrare le causali di recesso nella nozione di clausola generale.

proprio che il rinvio a valori esterni presupponga "un comune modo di sentire" e valutare le situazioni variabili, così da offrire al giudice un ragionevole metro di riferimento. Sennonché una "comunione" o consonanza di vedute è assai difficilmente ipotizzabile su di un terreno, come quello lavoristico, scandito da forti tensioni sociali¹².

Anche per questo motivo, tra le diverse novità contenute nel nuovo ed ipertrofico art. 18 dello Statuto dei lavoratori si è scelto di esaminare gli aspetti connessi alle conseguenze della dichiarazione di illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La ragione, come anticipato, sta nella convinzione che, nel bilanciamento costi-benefici che ogni imprenditore è chiamato a fare, l'analisi dei rischi collegati alla dichiarazione giudiziale d'illegittimità di un recesso per ragioni economiche potrebbe portare a privilegiare questa via d'uscita dal rapporto anche quando il datore dovrebbe ricorrere a motivazioni diverse, raffrontando le sanzioni in esame con quelle previste nelle altre ipotesi d'illegittimità¹³.

Il dato dal quale prendere le mosse è, invero, il nuovo comma 5 dell'art. 18, al quale rinvia espressamente il successivo 7° alinea. La norma prevede, infatti, che nel caso di accertamento dell'illegittimità del recesso, perché non ricorrono gli estremi del giustificato motivo, "il giudice ... dichiara risolto il rapporto", condannando altresì il datore di lavoro al pagamento di una "indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto". Va aggiunto che in tal

¹² MAZZOTTA, *Variazioni su poteri privati, clausole generali e parità di trattamento*, in *DLRI*, 1989, p. 593. L'Autore si riferisce espressamente alle clausole generali, ma non manca di osservare: "Questi problemi di fondo che riguardano l'impiego di tutte le più diffuse nozioni giuridiche "a contenuto variabile", che circolano nell'ordinamento, non possono essere trascurati dal giudice, nel momento in cui si pone ad elaborare la regola concreta da applicare al caso sottopostogli e dovrebbero orientarlo a valutarne con la massima prudenza ed oculatezza il concreto spazio di operatività".

¹³ Di contrario avviso, SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra law and economics e giurisprudenza*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 190, 2013, p. 35. Secondo l'Autore, che analizza i primi provvedimenti della giurisprudenza, "Le poche ordinanze disponibili sembrerebbero dire che questo effetto moltiplicatore del giustificato motivo oggettivo in verità non si è verificato. Probabilmente la combinazione tra i due elementi – tentativo obbligatorio di conciliazione ed interpretazioni dottrinarie che hanno fornito una lettura meno permissiva dalla nuova disciplina – può spiegare l'esiguità del contenzioso sino ad oggi esistente". In realtà l'esiguità del contenzioso, ponendosi necessariamente "a valle" dei licenziamenti e delle relative impugnazioni, non può spiegare i numeri ridotti di recesso giustificato in termini oggettivi. Semmai c'è ancora un atteggiamento di "attesa", da parte delle imprese, connesso alle incertezze interpretative della stessa giurisprudenza; incertezze – piuttosto che l'efficacia degli strumenti di deflazione – che spiegano anche l'elevato numero di conciliazioni che si registra nel corso della fase sommaria del nuovo rito processuale.

caso non è previsto alcun versamento contributivo, essendo l'onnicomprensività dell'indennità soddisfattiva anche del profilo previdenziale¹⁴.

Nella fattispecie esaminata, la risoluzione del rapporto ha luogo, dunque, *in ogni caso* ("il giudice ... dichiara risolto il rapporto") e la gravità della carenza che investe la causale – fatta eccezione per l'ipotesi di "manifesta insussistenza" (su cui v. *infra* par. 4) – non incide sull'efficacia risolutiva dell'atto di recesso, che viene, appunto, soltanto accertata dal giudice.

La disciplina appare, a dire il vero, più *tranchante* dell'art. 8, l. 604/66, che prevede comunque l'obbligo per il datore di lavoro di riassumere il lavoratore illegittimamente licenziato. Il fatto che, in quel caso, si possa optare per il versamento di una somma in luogo della riassunzione¹⁵, non fa venir meno il giudizio di disvalore sociale e giuridico che l'ordinamento riconnette all'esercizio, giudizialmente dichiarato illegittimo, di un potere che, trovando fondamento nell'art. 41 Cost., è costituzionalmente riconosciuto, ma non può essere esercitato in danno dell'altrui dignità.

È indubbio, allora, che la previsione del comma 7, poc'anzi richiamata, determini, in certo qual modo, uno svilimento del profilo causale del recesso per giustificato motivo oggettivo e non è forse ardito sostenere che il legislatore abbia, in tal maniera, operato in fin dei conti una surrettizia modifica dell'art. 3, l. 604/66, intervenendo, nei fatti, sulla (ampiezza e rilevanza della) giustificazione adottata a sostegno del licenziamento oggettivo¹⁶ e soprattutto, come si tenterà di dimostrare, sull'indispensabile nesso di causalità che deve sussistere tra la ragione organizzativa/produttiva ed il singolo licenziamento adottato.

La ragione del licenziamento - o meglio il *quantum* di infondatezza della medesima - rileva, invero, sulla permanenza del vincolo contrattuale soltanto nell'ipotesi estrema di sua carenza assoluta, mentre nella maggior parte dei casi incide esclusivamente, insieme ad altri fattori

¹⁴ La dichiarazione giudiziale confermativa dell'effetto risolutivo del rapporto di lavoro, peraltro, non determinando ricostituzione, neppure formale, del rapporto di lavoro, impedisce l'operare del sinallagma e quindi priva l'indennità di qualsivoglia profilo retributivo/corrispettivo.

¹⁵ Secondo alcuni infatti non sarebbe configurabile un'obbligazione alternativa bensì con facoltà alternativa, nella quale, come noto, l'obbligazione resta una, nella specie quella di riassumere.

¹⁶ Sembra questa anche l'opinione di CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18*, cit., p. 335, secondo il quale l'intervento del legislatore, oltre che determinare una "svalutazione del *repêchage*" (su cui v. *infra*, nel testo), rimette in discussione la stessa interpretazione giurisprudenziale delle "ragioni" di licenziamento "si da restituirle depurate da limitazioni radicate in quella stessa politica della difesa ad ogni costo della singola occupazione".

(alcuni dei quali possono "bilanciare" il peso dell'illegittimità accertata), sull'ammontare dell'indennità, senza inficiare in alcun modo l'efficacia risolutiva dell'atto di recesso.

In questa (e solo in questa) ipotesi, dunque, l'imprenditore è in grado di valutare anticipatamente gli oneri connessi al licenziamento, mettendo in conto l'esborso massimo di ventiquattro mensilità quale costo-limite dell'operazione; vero e proprio, ma anche unico, *firing cost* che egli è tenuto a considerare. In fin dei conti il legislatore – pur con tutte le contraddizioni messe in luce dai commentatori e che verranno esaminate di qui a poco – sembra aver fatto propria sul punto, nella sostanza, la posizione di chi, aderendo a teorie di *law and economics* che giustificano la soppressione del posto di lavoro, ma anche la sostituzione del lavoratore, in base a (mere) valutazioni di costo-opportunità¹⁷, suggerisce da tempo la necessità che l'ordinamento consenta alle imprese la quantificazione anticipata degli oneri connessi all'esercizio del recesso per ragioni economiche, sottraendo questo tipo di licenziamento alla discrezionalità del giudice – limitata alla quantificazione dell'indennità all'interno dei margini previsti per legge¹⁸ – ed alle incertezze che ne derivano.

La disciplina del comma 7, del resto, è coerente con il complessivo ordito normativo, nel quale "l'indennità risarcitoria rappresenta la regola, mentre la reintegrazione è destinata ad entrare in funzione in via residuale, in quanto il nuovo art. 18 attribuisce prevalenza alla prima rispetto alla seconda"¹⁹: un sistema di graduazione delle conseguenze sanzionatorie posto in rapporto, si è detto, allo "spessore della illegittimità, intesa peraltro come illegittimità dal punto di vista sostanziale"²⁰.

¹⁷ Il concetto di costo-opportunità è richiamato da Pietro Ichino in numerosi scritti. Si veda, tra gli altri, ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996; *Id.*, *Il contratto di lavoro*, in CICU, MESSINEO, MENGONI, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 441 ss.; ICHINO, *La riforma dei licenziamenti e i diritti fondamentali dei lavoratori*, in NOGLER, CORAZZA (a cura di), *Risistemare il diritto del lavoro. Liber amicorum Marcello Pedrazzoli*, Franco Angeli, Milano, 2012. Sul tema v. pure NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione giuridico-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2007, II, p. 990.

¹⁸ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, I, p. 790, ritiene però che non sia stata accolta questa ipotesi che è "finalizzata alla completa "sterilizzazione" dell'ufficio del giudice".

¹⁹ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 437.

²⁰ Così CESTER, *La metamorfosi della tutela reale*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, in *DPL*, 2012, suppl. al n. 33, p. 32.

2. La “convenienza” del licenziamento c.d. economico dopo la Riforma Fornero: il motivo oggettivo come *refugium peccatorum*

Non occorrono allora particolari doti divinatorie per immaginare un uso piuttosto “disinvoltato” del ricorso al motivo oggettivo come causale giustificativa dei licenziamenti individuali, anche quando la “reale” motivazione sia altra.

A poco rileva infatti la previsione dell’ultima parte del richiamato settimo comma, in base al quale “qualora, nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”.

La debolezza di tale disposizione può essere rinvenuta su diversi piani. Innanzitutto, essa è attivabile, si direbbe parafrasando il diritto penale, unicamente “a querela di parte”: il giudice, infatti, può applicare una sanzione diversa soltanto se il lavoratore lo ha chiesto preventivamente; certo si tratta di previsione rispettosa del principio dispositivo che regola il processo civile, ma che nei fatti impedisce la caducazione dell’atto illegittimo nell’ipotesi, affatto astratta, in cui le “vere” ragioni (ad esempio disciplinari) del licenziamento, emergano nel corso dell’istruttoria, a meno che non sia lo stesso lavoratore che, prima del termine della fase accelerata di primo grado, introdotta ai sensi dell’art. 125 c.p.c. e quindi non soggetta alle preclusioni dell’art. 414 del codice di rito, modifichi le proprie conclusioni²¹.

Convince ancor meno se si pensa che nell’ipotesi di discriminazione la sanzione prevista è la nullità, proprio in considerazione del grado di conflitto tra l’atto vietato e i principi dell’ordinamento: non sarebbe dunque “scandaloso” se, nell’eventualità in cui la discriminazione emergesse in maniera evidente, *manifesta*, nel corso del giudizio, l’atto

²¹ Si tratta di capire se il nuovo procedimento giudiziale, introdotto dalla riforma, consenta, come sembrerebbe, almeno in primo grado, successivamente all’atto di parte introduttivo della fase “accelerata”, un’integrazione delle conclusioni che non sia connesso alle difese della controparte, ovvero se sia retto da un regime di preclusioni che, seppure minore di quello che contraddistingue il processo del lavoro introdotto ai sensi dell’art. 414 c.p.c., impedisca la integrazione “spontanea” delle conclusioni iniziali. In termini di apertura sono i primi commenti, che segnalano la differenza tra il rito accelerato – introdotto con un atto ex art. 125 c.p.c. – e il successivo giudizio di opposizione, nel quale le preclusioni agiscono secondo lo schema “ordinario” del rito del lavoro, introdotto ai sensi dell’art. 414 c.p.c. Di questo avviso CURZIO, *Il nuovo procedimento in materia di licenziamenti*, in CHIECO (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 407; VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, 2012, p. 75; MUSELLA, *Il rito speciale in materia di licenziamento*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 371.

discriminatorio fosse dichiarato nullo d'ufficio. Da questo punto di vista, una lettura coordinata con il primo comma dell'art. 18, che non pare rinviare alle richieste di parte, potrebbe condurre ad un'interpretazione correttiva della disposizione che valorizzi il ruolo del giudice, consentendo anche il ricorso al potere officioso nell'ipotesi di discriminazione palese.

È peraltro ipotizzabile che l'illiceità nella maggior parte dei casi vada ricondotta, piuttosto che alla discriminazione in senso stretto (per ragioni ideologiche, religiose ecc.), alla non infrequente situazione della ritorsione da parte del datore di lavoro, in risposta a richieste del prestatore finalizzate ad ottenere un miglioramento delle condizioni di lavoro e di retribuzione. Non va tuttavia trascurato, infatti, che ancor prima della legge, la giurisprudenza richiedeva, per riconoscere una tutela ripristinatoria, che il licenziamento fosse determinato in maniera esclusiva dal motivo illecito.

Orbene – e prescindendo in questa sede da valutazioni di carattere più generale – va sottolineato che il richiamato art. 18, co. 1, rinvia testualmente alla previsione dell'art. 1345 c.c., facendo dunque propria la posizione della Cassazione, la quale, in ossequio ad un'applicazione rigorosa delle previsioni del codice civile – lettura che andrebbe forse condotta ora alla luce della più recente normativa, anche di fonte europea²² – richiede, per dare spazio ad una tutela di tipo ripristinatorio, che la ritorsione, quale motivo illecito addotto, sia l'unico determinante, ex art. 1345 c.c., il recesso e che il lavoratore, sul quale incombe il relativo onere, ne fornisca la prova²³: che non vi sia, pertanto, in ipotesi, anche un'altra ragione che concorra con la prima a giustificare, e dunque legittimare, il licenziamento.

La ritorsione deve cioè costituire l'unica ragione del provvedimento espulsivo²⁴; né è sufficiente, a dimostrare l'intento ritorsivo, provare, ad esempio, che vi fossero contrasti circa le condizioni di lavoro, occorrendo che il lavoratore dimostri in maniera inequivoca che la reazione datoriale abbia configurato gli estremi di una vera e propria rappresaglia²⁵.

²² Questa giurisprudenza ritiene peraltro che il motivo discriminatorio risulti assorbito da quello legittimo e provato ai sensi dell'art. 3, l. 604/1966. Lettura discutibile, facendo prevalere una ragione la cui carenza porterebbe alla mera annullabilità rispetto ad una causa il cui disvalore conduce alla nullità dell'atto di recesso. V., al riguardo, Cass. 25 novembre 1980, n. 6259, in *FI*, 1982, I, c. 157. Ricostruisce in termini critici questo orientamento, tra gli altri, MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 601.

²³ Solo per citare alcune decisioni, tra le più recenti: Cass. 26 marzo 2012, n. 4797, Cass. 8 agosto 2011, n. 17087; Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, tutte in *DJ*.

²⁴ Così Cass. 3 agosto 2011, n. 16925; Cass. 18 marzo 2011, n. 6282, Cass. 9 marzo 2011, n. 5555, tutte in *DJ*.

²⁵ La Suprema Corte ha invero più volte evidenziato come non sia sufficiente dimostrare che vi fosse stato un atteggiamento critico o polemico del lavoratore per dedurre una natura

Ne discende che la compresenza di due motivi, uno solo dei quali riconducibile al più grave vizio della nullità per illiceità, sia sufficiente a disattivare il detonatore della tutela reale piena, in favore di altro tipo di sanzione: determinando, nella situazione in esame, l'applicazione di una tutela a contenuto indennitario, quantitativamente predeterminata, in luogo di quella a carattere ripristinatorio.

C'è poi da chiedersi se tale esegesi restrittiva si applichi solo agli "altri" motivi illeciti, come sembrerebbe far propendere il testo della disposizione, ovvero anche ai motivi discriminatori e ai restanti casi di nullità testuale previsti dalla prima parte della norma, qualora essi concorrano con una giustificazione, potenzialmente legittima, del recesso. Una lettura a mio avviso più corretta dovrebbe condurre ad un'applicazione "secca" della reintegrazione piena in tali ultimi casi e ad un'applicazione "condizionata" alla verifica di illiceità determinante (ex art. 1345 c.c.) nei primi.

Quanto poi all'ipotesi della discriminazione, va in ogni caso ricordato che restano le difficoltà della sua dimostrazione, sebbene il regime di ripartizione dell'onere probatorio risulti oggi più equo e bilanciato per effetto, da ultimo – sulla scia delle previsioni dei d.lgs. 215/2003 e 216/2003²⁶ – dell'art. 28, co. 4, d.lgs. 1° settembre 2011, n. 150, che ne dispone un'inversione, si direbbe, "attenuata". La prova dell'insussistenza della discriminazione è invero addossata al convenuto, purché il ricorrente non si limiti ad affermare o denunciare la discriminazione, ma fornisca al giudice "elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori"²⁷.

Altrettanto "astratto" appare, poi, anche il richiamo a "ragioni ... disciplinari" sottese alla reale giustificazione del recesso. Sul punto, eccettuato il caso, individuabile a fini didascalici, di un imprenditore che attivi il procedimento disciplinare e poi, senza portarlo a conclusione,

essenzialmente vendicativa dell'atto di recesso, semmai qualificato come disciplinare (v. al riguardo Cass. 18 marzo 2011, n. 6282: nel constatare che il licenziamento era stato disposto "a causa delle posizioni rigide e polemiche" assunte dal lavoratore nei confronti della società datrice di lavoro e rese pubbliche dalla stampa, la Corte dichiara l'illegittimità del licenziamento disciplinare adottato in violazione delle procedure richieste dalla legge, senza ritenere tuttavia che il licenziamento stesso possa essere considerato un atto vendicativo o di rappresaglia).

²⁶ WIDMANN, *La tutela processuale contro le discriminazioni con particolare riferimento ai d.lgs. 215/2003 e 216/2003*, in AA.VV., *Diritto del lavoro e società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2011, p. 633, anche per ulteriori riferimenti bibliografici.

²⁷ Consapevole che il rapporto di lavoro sia un luogo particolarmente "poroso" alle discriminazioni, il legislatore precisa: "I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e ai licenziamenti dell'azienda interessata".

licenzi il lavoratore invocando un motivo oggettivo, l'ipotesi più realistica è che il datore resti acquiescente rispetto ad un comportamento disciplinarmente valutabile e licenzi, a distanza di qualche tempo, il dipendente, invocando ragioni oggettive. Qui il lavoratore dovrebbe richiamare egli stesso una propria mancanza, con i rischi connessi a siffatta auto-denuncia (in ipotesi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo potrebbe essere annullato o revocato²⁸, ex art. 18, co. 10, l. 300/1970, e, se ancora tempestivo – circostanza affatto improbabile, in considerazione della tempistica del nuovo rito – potrebbe ancora essere attivato un procedimento disciplinare), ovvero dovrebbe ricostruire un'altrui colpevole acquiescenza in termini quasi di frode alla legge, rispetto ad un suo comportamento che, a rigore, sarebbe disciplinarmente valutabile.

Ammesso pure che sia agevole, e non pare, ricostruire in fatto un'altrui condotta omissiva, residuerebbero non pochi ostacoli sul piano probatorio, dovendo il lavoratore ricorrente fornire una prova "in negativo" delle omissioni, mancate reazioni ecc., imputabili alla controparte.

Nella sostanza, dunque, quando il datore di lavoro invocherà il motivo oggettivo, per il lavoratore ricorrente, e quindi per il giudice, si porrà un'alternativa tutto sommato netta: o la dichiarazione di illegittimità del recesso perché "non ricorrono gli estremi del giustificato motivo", con conseguente risoluzione del rapporto e condanna al pagamento della sola indennità risarcitoria, ovvero l'accertamento di "manifesta insussistenza" del giustificato motivo addotto, con reintegrazione c.d. attenuata del dipendente licenziato.

È allora proprio al concetto di "*manifesta insussistenza*"²⁹ che occorrerà, di qui a poco, dedicare qualche parola: una "uscita di emergenza", a dire il vero piuttosto stretta, rimessa al giudice per evitare l'applicazione di una tutela puramente indennitaria. Considerazione, quest'ultima, che evidenzia quanto segnalato dai primi commentatori circa l'ampiezza della discrezionalità giudiziale, che il nuovo art. 18 innesta nel sistema e sulla quale è utile soffermare l'attenzione.

²⁸ Qualora l'eccezione sui reali motivi disciplinari emergesse nella fase conciliativa, il datore di lavoro potrebbe ancora revocare la propria volontà di licenziare (che precedendo temporalmente il provvedimento di licenziamento non sarebbe neppure sottoposta al termine di quindici giorni, decorrente dall'impugnazione del lavoratore) durante il procedimento di conciliazione, salvo attivare una procedura di contestazione dell'illecito disciplinare nei confronti del dipendente.

²⁹ SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, I, p. 560, parla al riguardo di "un "infortunio linguistico" del legislatore".

3. Accertamento dell'illegittimità del licenziamento e discrezionalità del giudice

Un primo dato non trascurabile è il recepimento nella giurisprudenza del principio in base al quale le valutazioni dell'imprenditore circa l'organizzazione dell'azienda sono insindacabili, per cui il giudice deve limitarsi a controllare che le scelte imprenditoriali siano state effettivamente attuate e che il singolo licenziamento ne costituisca una conseguenza pressoché necessaria ed inevitabile: il recesso, dunque, si legge nelle sentenze, oltre a porsi come *extrema ratio*, deve essere accompagnato da una verifica circa l'impossibilità di utilizzare altrimenti il lavoratore (c.d. onere del *repêchage*, che viene però declinato, nelle decisioni, con gradazioni differenti³⁰: v. *infra* par. 5).

In realtà, al di là della reiterazione tralattica di questi principi di rigorosa separazione tra scelte imprenditoriali e controllo giudiziale, va tuttavia segnalato che i repertori mostrano poi una pluralità di motivazioni, talune delle quali portano a dire che siffatta affermazione di insindacabilità sia più proclamata che applicata; vi è anche chi ha osservato che una così netta dichiarazione di astensione da parte della giurisprudenza è velata di ipocrisia, considerando che "se questa enunciazione non fosse soltanto rituale e i giudici che la inseriscono nelle proprie sentenze si attenessero rigorosamente a ciò che essa significa, la regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ne risulterebbe svuotata di ogni contenuto pratico, cioè la limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore verrebbe meno quasi del tutto"³¹.

In realtà, tale posizione nasce da una lettura della nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento decisamente ristretta, nella quale non sarebbe dato individuare alcuno spazio "per elementi di natura non patrimoniale, cioè comprendere quali possano essere le "ragioni" a cui la norma fa riferimento, se non consistenti in una perdita attesa, esprimibile in termini monetari"³²: si tratta di opinione discutibile.

La stessa nozione di giustificato motivo oggettivo considerata dalla legge, in effetti, fa riferimento non solo a ragioni strettamente produttive, ma anche di *organizzazione* del lavoro e della produzione che, a rigore, potrebbero non essere connesse ad una perdita di produttività o al

³⁰ La verifica circa il corretto esercizio dell'onere di *repêchage*, in ogni caso, impone al giudice un controllo nel quale l'attrito con il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali si fa spesso assai stridente.

³¹ ICHINO, *Il contratto di lavoro*, cit., p. 453-454.

³² ICHINO, *Il contratto di lavoro*, p. 460, il quale non a caso porta come esempio, in termini di eccezione, la disciplina del recesso nelle organizzazioni di tendenza. V. però ZOPPOLI L., *Il licenziamento tra costituzionalismo e analisi economica del diritto*, in *DML*, 2010, p. 415.

margine di profitto, ma semmai a profili diversi di "economicità" della gestione, attinenti appunto all'organizzazione e dunque al miglioramento di efficienza di quest'ultima, anche se, in termini immediati, finanziariamente neutrali³³. Non va trascurato, poi, che una riorganizzazione della produzione o del lavoro possa anche essere collegata alla necessità di garantire un differente benessere organizzativo ai sensi del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e, più in generale, dell'art. 2087 c.c.

Il punto, semmai, è poi anche quello di considerare *quanto* la divaricazione tra atteso e conseguito, che si vorrebbe determini la risoluzione, sia accettabile dall'ordinamento: di qui la disciplina limitativa del recesso e la necessità di un "moderno" intervento sull'art. 3, l. 604/1966, piuttosto che (o esclusivamente) sulle sanzioni³⁴.

In ogni caso, se il sistema del controllo circa l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo³⁵ viene ricostruito senza significative variazioni rispetto ai principali orientamenti della giurisprudenza, va invece segnalato come lo stesso venga chiuso da una norma che recupera il principio dell'insindacabilità. Quest'ultimo è reso suscettibile di una peculiare applicazione processuale, che consente l'"impugnazione per violazione di norme di diritto" – e quindi essenzialmente di ricorrere in Cassazione ai sensi dell'art. 360, n. 3, c.p.c. – nell'ipotesi in cui il controllo giudiziale non sia stato "limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità", ma sia sfociato in un "sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive" riservate all'imprenditore (così l'art. 30, co. 1, l. 4 novembre 2010, n

³³ ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *RIDL*, 2013, II, p. 661, osserva che "una diversa soluzione comporterebbe l'ingiustificatezza di qualunque licenziamento per ragioni tecnico-organizzative adottato da un'impresa dotata di bilanci non in passivo".

³⁴ In secondo luogo, poi, passando alla verifica operata "a valle" della scelta di licenziare e quindi al momento in cui essa va attuata, non va trascurata una tendenza della giurisprudenza ad applicare analogicamente, anche nell'ambito del licenziamento individuale, la disciplina dei licenziamenti collettivi con riferimento ai carichi di famiglia e all'anzianità del lavoratore; quindi a profili che esulano espressamente dal calcolo costi/benefici inerente al sacrificio della singola posizione lavorativa, quando occorra procedere ad una scelta tra più lavoratori coinvolti dalla soppressione della posizione. In dottrina, per tutti v. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore. Dagli interessi legittimi all'uso delle clausole generali*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 233; in giurisprudenza: Trib. Milano, 8 luglio 2010, n. 3103, in *D&L*, 2010, p. 866; Trib. Torino, 18 febbraio 2005, in *DJ*; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124, in *RGL*, 2005, II, p. 273, con nota di SALVAGNI; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *DJ*.

³⁵ Secondo MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, che ritiene condivisibile siffatta impostazione, "si tratta, quindi, di prendere atto della distinzione concettuale che nel nuovo art. 18 separa il profilo relativo all'illegittimità del licenziamento da quello concernente l'individuazione della sanzione applicabile".

183, come modificato dalla l. n. 92/2012).

La reale portata applicativa di tale riaffermazione normativa di un principio, come visto, costituente *jus receptum* da parte della giurisprudenza (almeno, come anticipato, sul piano dell'enunciazione), lascia invero inalterato, in fondo, il problema dell'ampiezza del controllo, perché a presidiare i confini di legittimità del sindacato giudiziale sarà chiamata la stessa Cassazione che in questi anni, pur richiamando il principio, ha spesso consentito non pochi sostanziali aggiramenti di esso³⁶.

In effetti, è stato evidenziato³⁷ come la novità sia proprio l'autonoma proponibilità dell'impugnazione dinanzi alla Suprema Corte di una censura inerente alla valutazione operata nei gradi di merito, qualificando la violazione dei limiti al sindacato sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive quale "motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto", ad evitare quindi che il giudice di legittimità possa accantonare la censura relegandola tra le questioni di fatto, escluse dal suo scrutinio.

Preme allora segnalare ancora una volta che, con la legge 92/2012, un legislatore che sembra volersi tenere a debita distanza dal tema delle causali giustificative del recesso, finisca per rimetterle al centro del dibattito, imponendo una ripresa della riflessione su estensione e contenuti delle medesime.

Quelli descritti sono però solo alcuni dei profili problematici relativi al ruolo del giudice, che è investito di una discrezionalità di particolare ampiezza; è opportuno allora evidenziare altri aspetti della tematica prescelta, che per le ragioni dette e per quanto si andrà a chiarire, appaiono essenziali nella ricostruzione della disciplina e della sua attitudine a determinare la rivisitazione stessa delle letture sulla giustificazione del licenziamento.

4. La "manifesta insussistenza del fatto"

Da subito si è compreso che – accantonando la suggestione "penalistica" e approcciando il tema ricorrendo ad un lessico più vicino alla teorica del diritto civile – centrale risulta l'interpretazione del concetto (non privo di ambiguità) di "*fatto*" posto a fondamento del

³⁶ Opportunamente, allora, è stato rilevato (MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 419) come "il problema più acuto in materia di licenziamento è quello, già segnalato, dell'incertezza delle condizioni che legittimano il recesso del datore di lavoro nel caso del licenziamento sia disciplinare sia per g.m.o. Un'incertezza tale da rendere ben difficile per chiunque potersi pronunciare in via preventiva sulla legittimità o meno di un licenziamento e, quindi, sui costi che l'impresa deve affrontare nel caso in cui intende estinguere il rapporto di lavoro".

³⁷ VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 72.

licenziamento per ragioni oggettive; ciò, evidentemente, prima ancora di soffermarsi sul significato da attribuire alla sua insussistenza manifesta.

In effetti, il problema non si pone in termini differenti, se non in parte, anche là dove il legislatore rinvia al concetto di fatto nel descrivere le sanzioni connesse ad un licenziamento per ragioni soggettive³⁸. Altri hanno ragionato approfonditamente su tale nozione e non è qui il caso, per esigenze di sintesi prima ancora che di utilità argomentativa, di ripercorrere l'ampio dibattito che appare al momento sopito solo perché, come si è già detto, la parola è passata alla giurisprudenza.

Una presa di posizione è però metodologicamente necessaria anche in questa sede. A me pare che quando in una fattispecie come il licenziamento nel contratto di lavoro subordinato il legislatore richiami il "fatto", non si possa far riferimento ad un elemento identificato nella sua astratta materialità, bensì pur sempre ad un accadimento giuridicamente significativo, cioè idoneo a costituire il dato al quale vengano connessi determinati effetti.

Partendo da questa premessa, se in linea logica e di principio si può anche condividere l'idea che il fatto *c'è o non c'è*³⁹, non si aderisce poi all'argomentazione secondo la quale esso deve intendersi come fatto materiale "ben preciso che ne costituisce la causale legittimante"⁴⁰, facendone discendere una lettura del nuovo art. 18 secondo la quale il legislatore abbia inteso "modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione ad indennità risarcitoria) tenendo conto proprio di come tale fatto, una volta che sia stato riscontrato nella sua materialità, diviene oggetto di valutazioni discrezionali per quanto attiene l'ulteriore profilo della sua idoneità ad integrare una causa legittimante il licenziamento"⁴¹.

Si è detto che verrebbe in rilievo il fatto materiale, produttivo-organizzativo, posto a fondamento del licenziamento che, nella prospettiva accolta dal legislatore, non risulterebbe esistente sul piano fenomenico, contrapponendo questa situazione a quella in cui la motivazione del licenziamento sia connessa ad una ragione economica materialmente esistente, ma non idonea ad integrare, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo oggettivo: in tal caso la sussistenza di un fatto carente del nesso causale con il recesso viene ricondotta alla previsione di non ricorrenza degli estremi del giustificato

³⁸ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, p. 785.

³⁹ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in SCARPELLI, FEZZI (a cura di), *I quaderni di wikilabour. Guida alla Riforma Fornero*, 2012, in www.wikilabour.it, p. 87.

⁴⁰ MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 438.

⁴¹ Ancora MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 438.

motivo oggettivo e, quindi, sanzionata con l'indennizzo.

Maggiormente condivisibile, alla luce della premessa operata, è invece l'opinione di chi ritiene che il fatto la cui valutazione è rimessa al giudice, anche nel caso di licenziamento oggettivo, allorquando si debba scrutinarne l'eventuale illegittimità per manifesta insussistenza, "non è il fatto materiale che il giudice deve valutare, bensì il fatto giuridico"⁴². Come è stato correttamente osservato, "il "fatto", nella sua essenza fenomenologica, non è giuridicamente apprezzabile se non attraverso la sua valutazione alla luce di parametri normativi [...] Altrimenti il fatto (la sua esistenza) è per definizione irrilevante per il diritto, e non può assurgere a criterio di selezione dell'effetto"⁴³.

Più nello specifico, proprio partendo dalla nozione ricompresa nell'art. 3, l. 604/66, che identifica la ragione giustificativa del recesso, il *fatto* è l'intera "ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", vale a dire, semmai, una molteplicità di *fatti* non sempre preventivamente individuabili; in tale prospettiva, uno solo di essi, pertanto, può essere rappresentato dalla "perdita di utilità di una determinata prestazione lavorativa che si riveli non più rispondente all'interesse dell'imprenditore per modifiche introdotte nella produzione, nell'organizzazione o nelle tecnologie impiegate"⁴⁴.

Va anche aggiunto che la causale giustificativa del recesso, ai sensi della legge 604/66, può consistere, in definitiva, in una fattispecie più complessa, composta sì da un fatto in senso stretto, ma altresì da una conseguenza e dal relativo nesso di causalità: tant'è che in assenza di quest'ultimo – il rapporto tra la ragione e la posizione individuale –, il fatto (ad esempio: una riorganizzazione), pur astrattamente sussistente,

⁴² ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, p. 137.

⁴³ PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit., p. 794, il quale osserva condivisibilmente: "Ragionare diversamente significa dimenticare che l'elemento del *fatto* si collega necessariamente con l'elemento formale, qualificativo, che promana dalla norma e che del fatto media il *valore*". L'A., peraltro, non manca preliminarmente di osservare come la prima e più significativa "aporia consiste nell'aver preteso di distinguere, nell'ambito della disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo, tra "fatto" ("manifesta insussistenza del fatto") e sua "valutazione giuridica" (non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo)" (p. 793).

⁴⁴ ZOPPOLI L., *Flex/insecurity. La riforma Fornero*, cit. p. 138, il quale prosegue: "Al riguardo andrà accertata la sussistenza della modifica, ovviamente, ma anche quella della possibilità reale di utilizzare il lavoratore in altra collocazione aziendale (c.d. *extrema ratio*) perché, in ragione del diritto giurisprudenziale vivente, il fatto in cui si concretizza il giustificato motivo non esiste se il lavoratore è ancora riutilizzabile". Su tale ultimo delicato punto si vedano, però, i miei rilievi contenuti nel testo.

non giustifica il licenziamento⁴⁵.

Assumendo questo punto di vista, non pare opportuno indugiare troppo su una differenza concettuale tra fatto ed estremi del giustificato motivo⁴⁶. Ad evidenziare una distinzione – supportata dal testo del comma 7 dell'art. 18 – si giungerebbe ad attribuire rilevanza, quale fatto, ad ogni ragione organizzativa, purché astrattamente sussistente, seppure completamente distante e sganciata dalla singola soppressione della posizione lavorativa. In questi termini, la ragione addotta come causa del recesso sarebbe equiparabile a qualunque altro "fatto", umano o naturale, che lambisca la vita di un'azienda.

La frammentazione delle nozioni, poi, porterebbe a individuare negli "estremi del giustificato motivo" soltanto il nesso di causalità tra ragione e soppressione del posto, nonché, con tutte le riserve del caso, la possibilità di ricollocazione del lavoratore; ricostruzione che stride con la nozione di giustificato motivo pacificamente individuata per decenni da dottrina e giurisprudenza, che vi hanno ricompreso tutti gli elementi che precedono l'atto di recesso in termini di presupposto materiale-organizzativo e di relazione causale.

Limitarsi al solo accertamento del fatto, di cui si assuma una prospettiva riduttiva, porterebbe altrimenti a dire che se c'è una riorganizzazione, anche se non coinvolga la posizione del dipendente, sussiste pure il fatto ed il lavoratore licenziato non può invocare la manifesta insussistenza, e quindi la reintegrazione, bensì una più debole

⁴⁵ Vi è, invece, l'identificazione del *fatto* con la *causa* del recesso nella lettura proposta da CARINCI M. T., *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e flexicurity "all'italiana" a confronto*, in *DLRI*, 2012, p. 560: "Poiché è nel presupposto del ragionamento che il licenziamento sia stato irrogato in concreto per un "fatto" (causa) diverso da quello posto formalmente a base dell'atto (cioè gc o gms) e non è dato immaginare alcuna differenza fra "insussistenza" e "manifesta insussistenza" della causa – la causa ricorre o non ricorre –, la norma, pur propendendo per quella obbligatoria, demanda qui la scelta della tutela al giudice". L'A. rileva come "non è dato immaginare alcuna differenza fra "insussistenza" e "manifesta insussistenza" della causa – la causa ricorre o non ricorre –, la norma, pur propendendo per quella indennitaria, demanda qui la scelta della tutela al giudice". Meno condivisibile, tuttavia, è la premessa del ragionamento (p. 557): "Quello che si vuole, allora, è con tutta evidenza ribadire che qualunque causa giustificativa *diversa* da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale, *inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa* – è per ciò stesso discriminatoria e illecita e può perfino prevalere su un'eventuale causa tecnico-organizzativa concorrente". Anche ALBI, *op. cit.*, p. 275 ritiene difficile una distinzione e condivide i rilievi di incostituzionalità già avanzati da SPEZIALE, *La riforma del licenziamento*, cit., p. 560 ss. e condivisi da PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica*, cit. p. 791.

⁴⁶ È questa, invece, l'opinione di PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, p. 79; ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela indennitaria*, in *RIDL*, 2013, II, p. 663.

illegittimità per carenza della giustificazione che dà luogo alla tutela risarcitoria⁴⁷. Se così fosse, basterebbe allora l'esistenza ontologica di un "qualsiasi" fatto, in ipotesi completamente slegato dalla posizione del singolo lavoratore, a privare quest'ultimo del posto di lavoro e quindi a risolvere il rapporto a fronte di un costo predeterminato nella misura massima⁴⁸.

Seguendo questa linea di ragionamento, la mera sussistenza di una ragione giustificativa di licenziamento potrebbe condurre, paradossalmente, a due "paralleli" atti di recesso: quello del lavoratore interessato dalla causa organizzativa (es. la soppressione di una posizione di lavoro), ma anche il licenziamento di un soggetto la cui prestazione non abbia il minimo collegamento con la causa addotta dal datore. In entrambi i casi si risolverebbe il contratto di lavoro e il secondo licenziamento, collegato illegittimamente ad un evento che tuttavia sussiste nella realtà fenomenica, sarebbe segnato, secondo l'interpretazione criticata, da un vizio "minore", la cui illegittimità è caratterizzata dal mero indennizzo, con un vistoso aggiramento del principio di ragionevolezza.

Secondo la ricostruzione analizzata, peraltro, soltanto "il vizio "grossolano" consistente nell'inesistenza del fatto/atto organizzativo darebbe luogo alla reintegrazione del lavoratore, dovendo essere le altre ipotesi ricondotte all'inesistenza del nesso causale, da considerarsi come presupposto della sanzione meramente economica nella misura massima di ventiquattro mensilità di risarcimento"⁴⁹. Dei requisiti sinora richiesti per aversi giustificato motivo oggettivo – in estrema e forzata sintesi: effettività delle ragioni poste a fondamento della decisione di licenziare,

⁴⁷ In questa linea pare muoversi anche TOPO, *Le regole in materia di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in CARINCI F., MISCIONE (a cura di), *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., p. 67, secondo la quale "ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile, la legge distingue fra un giustificato motivo oggettivo addotto, la cui assenza risulti più appariscente, collegando a tale situazione la pena della reintegrazione, e d'altro canto un giustificato motivo meno appariscente, sanzionato attraverso un obbligo forfettizzato di risarcimento del danno, definito dal giudice entro una forbice fissata dalla legge". L'idea di collegare due sanzioni così differenti sul piano strutturale ed ancor più su quello funzionale – come sono l'indennità predeterminata ed il ripristino del contratto di lavoro – alla condizione che l'illegittimità sia più o meno "appariscente" lascia ancor più perplessi.

⁴⁸ È questa infatti la prospettiva accolta da MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 435, secondo il quale: "Una sanzione "forte" (quella della reintegrazione) più rigorosa ed incisiva se il fatto che ha determinato il licenziamento non sussiste, cioè quando la verifica del giudice viene effettuata senza alcuna discrezionalità (il fatto c'è o non c'è); mentre la sanzione è "ridotta" (l'indennità risarcitoria) allorché il giudice dovrà valutare se quel fatto, pur esistente, sia tale da integrare o meno la causa legittimante il licenziamento".

⁴⁹ In uno dei primi commenti pubblicati, ricostruisce in questi termini, seppure con toni non privi di accenti dubitativi, connessi alla complessità del problema, TOPO, *op. cit.*, p. 67.

definitività della soppressione del posto di lavoro e nesso causale tra ragioni addotte e singolo licenziamento – sovente riconosciuti come necessari, la legge 92/2012 collegherebbe cioè soltanto ad uno di essi, la effettività, la reintegrazione, peraltro rimessa alla discrezionalità del giudice (il quale "può", non deve disporla obbligatoriamente⁵⁰); soluzione in aperto contrasto con la consolidata giurisprudenza di legittimità e con la prevalente dottrina sull'art. 3, l. 604/1966, che hanno interpretato tali elementi come costitutivi, tutti, della fattispecie⁵¹.

L'opinione secondo la quale "una volta assodata la sussistenza del fatto [...] ciò è sufficiente ad escludere subito l'applicazione della reintegrazione"⁵², potrebbe anche essere condivisa, ma solo a condizione che il fatto il quale, sussistendo, esclude in radice la reintegrazione non sia un fatto "qualsiasi", ma risulti causalmente collegato (o comunque collegabile) alla soppressione del singolo posto di lavoro⁵³.

⁵⁰ Secondo LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in http://csdle.lex.unict.it/archive/uploads/up_170433988.pdf, 2012, p. 4, si tratta di previsione incostituzionale per "irragionevolezza".

⁵¹ Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *DJ*.

⁵² MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 440.

⁵³ Di questo avviso CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, I, p. 547, secondo il quale "se è vero che in generale un fatto o sussiste o non sussiste, è anche vero che un fatto che interessi al diritto solo se intrecciato con una certa valutazione (nozione complessa e per così dire integrata di giustificato motivo oggettivo), è suscettibile di una considerazione entro certi limiti diversificata da parte del giudice. Considerazione diversificata che potrebbe ritenersi ammissibile non solo con riferimento alle ipotesi-limite di vera e propria pretestuosità, ma anche negli ambiti – certamente più ampi di tali ipotesi anche se comunque più ristretti di quelli nei quali la giurisprudenza talora si avventura – nei quali non si discute delle scelte aziendali come tali (insindacabili), ma del nesso eziologico fra le stesse e l'individuazione del singolo lavoratore da licenziare". In termini solo apparentemente dubitativi MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *ADL*, 2012, I, p. 612, secondo il quale: "nel caso (forse teorico) in cui il motivo addotto per il licenziamento non sia astrattamente idoneo a configurare un giustificato motivo oggettivo per assenza di una qualsiasi connessione causale tra i fatti addotti ed il recesso (ad esempio, una riduzione di volumi di attività riferita ad una sede diversa da quella del lavoratore licenziato) il licenziamento è illegittimo ma non è ben chiaro quale sia la sanzione applicabile. Se quei fatti sussistessero, ad un'interpretazione letterale della disposizione dovrebbe corrispondere l'applicazione della sanzione indennitaria ma è legittimo dubitare che questa possa essere la soluzione corretta per l'evidente anomalia che ciò produrrebbe. Potrebbe accadere che un fatto coerente con il licenziamento, ma risultato manifestamente insussistente, dia luogo alla reintegrazione mentre un fatto sussistente, ma del tutto privo di rilevanza ai fini del licenziamento, imponga al Giudice di applicare la tutela indennitaria. In verità in tali evenienze potrebbe (e forse dovrebbe) trovare applicazione la sanzione della reintegrazione perché il fatto dedotto non ha alcun collegamento con il licenziamento e non può quindi essere "posto a base" del licenziamento". L'Autore propone una sorta di tripartizione del possibile accertamento circa i fatti addotti come giustificativi del licenziamento, riservando la reintegrazione solo all'ipotesi di carenza assoluta del presupposto fattuale: "Diversamente, ove il motivo di licenziamento

Secondo la prospettiva ricostruttiva proposta, quindi, il fatto andrà considerato manifestamente insussistente anche qualora esso non abbia alcun nesso con la posizione di lavoro soppressa, là dove, cioè, vi sia un *fatto* ma esso sia *altro* rispetto al posto di lavoro effettivamente sacrificato; sia cioè privo di collegamento con l'unità lavorativa destinataria dell'atto di recesso. Si pensi, ad esempio, alla revoca di un'autorizzazione amministrativa che però non abbia coinvolto la posizione del lavoratore licenziato, perché estraneo alla revoca o perché svolga un'attività non soggetta ad autorizzazione; ovvero ancora ad una riorganizzazione che non abbia alcuna ricaduta sul settore al quale è addetto il dipendente, in quanto interessi altri segmenti dell'organizzazione, lasciando inalterati la catena di comando, i compiti lavorativi, le gerarchie, le responsabilità ecc., direttamente inerenti alla posizione del singolo lavoratore.

In questa prospettiva, appare necessario, come si diceva, svalutare la distinzione, pur presente nel testo del nuovo art. 18, tra *fatto* ed *estremi* del giustificato motivo⁵⁴: a rigore, infatti, la carenza degli estremi – uno per tutti: il nesso causale – determinerebbe soltanto il diritto all'indennità risarcitoria, purché sussista il fatto (*rectius* la ragione produttivo-organizzativa) dal quale tragga origine la scelta di licenziare⁵⁵.

contenga l'illustrazione di fatti attinenti al licenziamento di quel lavoratore, e quindi alla soppressione della sua posizione di lavoro, ma il Giudice non ritenga che gli stessi rappresentino un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si deve procedere all'accertamento dell'esistenza o meno dei fatti potendo conseguentemente emergere, se è consentita una esemplificazione: la loro esistenza, la loro parziale esistenza oppure la loro "manifesta insussistenza".

⁵⁴ ZOLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., p. 663.

⁵⁵ Nell'ipotesi di licenziamento connesso alla generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, essendo le posizioni lavorative equivalenti ed i lavoratori tutti potenzialmente licenziabili, "il nesso di causalità si configura non tra il motivo e la soppressione di un determinato posto di lavoro, ma tra il motivo e la soppressione dell'uno o dell'altro, indifferentemente, tra più posti di lavoro": così Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *DJ*. In precedenza la giurisprudenza aveva talora escluso la possibilità di ricorrere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo in presenza della scelta imprenditoriale di dare nuove dimensioni, in termini esclusivamente quantitativi, all'attività economica: Cass. 9 marzo 1987, n. 2456; Cass. 13 settembre 1986, n. 5566, entrambe in *DJ*.

In tal caso la scelta del dipendente da licenziare non è totalmente libera per il datore di lavoro, risultando limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza e buona fede. In questa situazione, essendo accertata la legittimità dell'esigenza produttivo-organizzativa che dà luogo al recesso dal singolo rapporto di lavoro, è da escludere che possa rinvenirsi un'insussistenza manifesta del motivo oggettivo; che altrimenti si dovrebbe considerare sussistente (e legittima) ovvero manifestamente insussistente una medesima ragione di licenziamento soltanto perché essa abbia coinvolto un lavoratore piuttosto che un altro, non venendo in questione qui il nesso di causalità tra ragione giustificativa del recesso e posto di lavoro individuale soppresso, in quanto le posizioni in comparazione sono, per definizione, professionalmente equivalenti. In siffatta

In tal maniera, però, una ragione organizzativa esistente ma causalmente del tutto scollegata dalla posizione lavorativa soppressa, sì da essere in definitiva utilizzata quale mero pretesto del licenziamento, verrebbe trattata dal legislatore in maniera del tutto differente rispetto alla situazione "speculare" nella quale pur sussistendo, in astratto, gli altri estremi della decisione di recedere dal rapporto, sia manifestamente insussistente la ragione organizzativa a monte.

Punto delicato ed essenziale è il ruolo da riconoscere al *repêchage*. Ad una posizione che individua nell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore in azienda (su mansioni equivalenti o, eventualmente, anche inferiori) il ruolo di elemento costitutivo, seppure "implicito" del giustificato motivo oggettivo di recesso⁵⁶, si contrappone l'opinione che ritiene il *repêchage* estraneo alla nozione: lettura che ha ripreso vigore proprio in seguito all'introduzione della descritta divaricazione dell'apparato sanzionatorio connesso alla dichiarazione d'illegittimità di un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo⁵⁷ introdotta dal legislatore nel nuovo testo dell'art. 18. Sul punto si tornerà più

ipotesi, come noto, la posizione dei singoli è, sul piano organizzativo e professionale, assolutamente identica, tant'è che la scelta viene sovente agganciata a criteri differenti, connessi alle condizioni personali del lavoratore. Ne discende che, qualora il giudice ritenga che il datore, sulla base di una valutazione organizzativa legittima, abbia operato la propria *concreta* scelta di licenziare in violazione delle regole di correttezza (art. 1175 c.c.) e buona fede (art. 1375 c.c.), non potrà che farne discendere l'applicazione del 5° comma dell'art. 18, determinando l'entità dell'indennità risarcitoria, così come peraltro previsto dalla norma, anche alla luce del comportamento datoriale che appaia violare i criteri codicistici nella scelta del dipendente da licenziare. La reintegrazione potrà aversi invece soltanto qualora si dimostri, con onere probatorio a carico del lavoratore, che la predetta scelta è fondata su un motivo discriminatorio o illecito, come previsto dall'art. 18, co. 7, ultima parte.

⁵⁶ È opportuno, al riguardo, riportare l'opinione di ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *ADL*, 2008, I, p. 48, formulata peraltro con l'invito ad un'applicazione "ragionevole" da parte della giurisprudenza: "Si tratta di una soluzione che, pur non prevista espressamente né dall'art. 3, legge n. 604 del 1966, né dall'art. 24, legge n. 223 del 1991, non contrasta con essi, anzi può essere desunta dagli stessi, nella misura in cui non impone all'imprenditore di creare posti di lavoro contro la sua volontà, ma lo obbliga a destinare eventuali nuovi posti che decida di coprire ai lavoratori in esubero in grado di svolgere l'attività richiesta: è quanto riconosce la stessa giurisprudenza, la quale ha ulteriormente attenuato il rigore della prova gravante sul datore, ponendo a carico del prestatore di lavoro l'onere di provare il fatto positivo rappresentato dalla possibilità di una diversa collocazione in azienda".

⁵⁷ Tra le poche pronunce della giurisprudenza va segnalata Trib. Milano 5 novembre 2012, in *DRI*, 2013, p. 152, con nota di SANTORO PASSARELLI G.; anche in *MGL*, 2013, p. 39, con nota di VALLEBONA: il giudice ritiene che in tal caso la violazione dell'onere di *repêchage* non essendo inerente ad un requisito "costitutivo" del motivo di recesso, non possa condurre alla reintegrazione, ma solo alla tutela indennitaria. La decisione è indicata anche da FERRARESI, *L'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza*, in *DRI*, 2013, p. 347. In linea con questa decisione anche Trib. Varese, 2 settembre 2013, in www.diritto24.ilsolo24ore.com.

ampiamente nelle pagine seguenti.

Tutto ciò premesso, se l'interprete intende opportunamente adottare una prospettiva di sistema, con letture che provino a razionalizzare il dato normativo, è altresì vero, tuttavia, che egli deve pur sempre evitare, in linea di principio, una *interpretatio abrogans*; con riferimento al concetto di manifesta insussistenza del fatto, dunque, non può prescindere dal considerare l'autonomia del concetto, che si ricava dalla norma in commento, e lo "spazio", sul piano testuale, che il legislatore ha riservato ad esso nel nuovo art. 18.

Mi pare, infatti, che la lettera del comma 7 (il giudice "può"⁵⁸ disporre la reintegrazione) non vada affatto svalutata⁵⁹; la discrezionalità riconosciuta al giudice ha senso proprio in quelle situazioni nelle quali il legislatore non è in grado di predeterminare – come invece fa per il licenziamento disciplinare – le ipotesi nelle quali, in concreto, può verificarsi la circostanza che "aggrava" la carenza di legittima motivazione.

In effetti, con il termine "manifesta", rapportato all'insussistenza del fatto, il legislatore, più che blindare il concetto, nel senso che "la modalità di accertamento della sanzione applicabile al licenziamento per g.m.o. illegittimo deve scontare che la reintegrazione nel posto di lavoro opererà ormai come *extrema ratio*"⁶⁰, ovvero indicare tipo e "quantità" dell'accertamento giudiziale⁶¹, pare riferirsi, per escludere la reintegrazione, ad una insussistenza che non sia *chiara, evidente*⁶², vale a dire che sia subordinata a valutazioni probabilistiche ovvero opinabili sul piano tecnico.

L'attributo, connesso all'insussistenza del fatto, insomma, sul piano sostanziale sembra proprio riferito all'esclusione della "opinabilità", che finirebbe anche per rendere fragile l'accertamento giudiziale,

⁵⁸ PERULLI, *op. cit.*, p. 792, ritiene che, per salvaguardare la norma da censure di incostituzionalità (con riferimento alla disciplina del recesso per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, la cui carenza per insussistenza del fatto determina sempre il ripristino del contratto, anche con riferimento alle "altre ipotesi" in cui non ricorre il motivo oggettivo), si debba ricorrere ad una interpretazione correttiva, in base alla quale "il *può* si legge *deve*". Del medesimo avviso SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in CHIECO P. (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, Bari, 2013, p. 347 ss.; PALLADINI A., *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, I, p. 667.

⁵⁹ Come invece MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 442.

⁶⁰ Così ancora MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 443.

⁶¹ Di questo avviso già PALLADINI A., *op. cit.*, 666; VALLEBONA, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: fattispecie e oneri probatori*, in *RIDL*, 2012, I, 624; SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa*, cit., 341.

⁶² Manifesto è ciò che è "definito da un'indiscussa evidenza": così DEVOTO, OLI, *Dizionario della lingua italiana*, Le Monnier, Firenze, 2010, p. 1642, alla voce *manifesto* (agg.).

esponendo la decisione, in un senso o nell'altro, a ribaltamenti nelle successive sedi di gravame⁶³ ed a ricadute pesanti (perché semmai operanti a distanza di tempo) sull'organizzazione; sul piano probatorio, invece, porterebbe ad escludere accertamenti dall'esito potenzialmente non univoco⁶⁴.

Se invero può condividersi l'assunto che una distinzione tra "fatto" e "valutazione di esso" operata dall'ordinamento non è concettualmente proponibile prima ancora che complessa, non si può tuttavia pervenire ad una sostanziale svalutazione del dato normativo, che distingue l'ipotesi della non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo (secondo la lettura che si è inteso adottare) da quella della manifesta insussistenza di esso.

La differenza tra le due ipotesi considerate dalla disposizione in esame finisce allora per essere rimessa, discutibilmente ma indubbiamente, alla discrezionalità del giudice⁶⁵: si direbbe, con un auspicio, al suo prudente apprezzamento. Se così non fosse il legislatore avrebbe usato il verbo *dovere* in luogo del "semplice" *potere*, quale predicato della reintegrazione.

Vuol dire che la legge ipotizza la ricorrenza di situazioni nelle quali, pur essendo, ad avviso del giudice, manifesta l'insussistenza del fatto (*rectius*: del giustificato motivo), questi può comunque *non* disporre la reintegrazione, ma fare ricorso alla determinazione del solo indennizzo.

Ciò avverrà, nella lettura che si è inteso proporre, proprio allorché il giudice ritenga palesemente insussistente la giustificazione, perché, ad esempio, sia emersa la possibilità di un'alternativa al recesso agevolmente percorribile sul piano organizzativo, la quale comporti però un'inevitabile ingerenza nelle scelte imprenditoriali; interferenza che, prima ancora che vietata dalla legge ordinaria, appare in contrasto con l'art. 41 Cost.

⁶³ Va tuttavia segnalato che un eventuale ribaltamento della sentenza di primo grado per effetto di una successiva pronuncia in sede di appello non avrebbe comunque gli effetti, economicamente destabilizzanti, della normativa previgente, stante l'apposizione di un tetto di 12 mesi al risarcimento (dal quale andrà detratto tanto l'*aliunde perceptum* che il *percipiendum*) connesso alla pronuncia di reintegrazione per l'ipotesi in esame nel testo.

⁶⁴ Ritiene la questione esclusivamente probatoria PONTARIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, I, p. 80, la quale rileva pure, tuttavia, che così inteso, il requisito della manifesta insussistenza del fatto appare di difficile realizzazione.

⁶⁵ La facoltà di scelta tra i due regimi sanzionatori riconosciuta al giudice è ritenuta incostituzionale da diversi autori: PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *ADL*, 2013, I, p. 1, la considera potenzialmente in conflitto con l'art. 3; BARBIERI, *La nuova disciplina del licenziamento individuale: profili sostanziali e questioni controverse*, in BARBIERI, DALFINO, *Il licenziamento individuale nell'interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, p. 41, vi ravvisa un contrasto anche con l'art. 101, co. 2, Cost.

In tal maniera l'opzione legislativa in commento può risultare conforme a Costituzione, in quanto rispettosa del necessario bilanciamento tra iniziativa economica, tutela della dignità del lavoratore e ruolo del giudice, senza determinare, peraltro, sul piano parallelo di interpretazione della singola disposizione, la scelta di un esito ermeneutico che fa dire alla legge il contrario di ciò che è scritto nella norma⁶⁶.

Per converso, se il concetto di "insussistenza manifesta" viene riconnesso unicamente al profilo processuale ed alla prova circa la carenza della ragione giustificativa addotta, l'incostituzionalità (per irragionevolezza) appare francamente inevitabile, perché si finisce per regolare in maniera significativamente differente due situazioni sostanziali ipoteticamente identiche quanto ad illegittimità, riconnettendo la sanzione non al *quantum* di illegittimità dell'atto, ma di prova della stessa, raggiunta dalla parte interessata. Sarebbe una disparità, insomma, non più inerente al profilo sostanziale della disciplina, ma all'andamento della vicenda sul piano squisitamente processuale e, in definitiva, probatorio.

La soluzione che appare più corretta è allora quella di considerare manifestamente insussistente, sì da rendere sostanzialmente inevitabile il ripristino, la ragione addotta ma "materialmente" inesistente (es. una contrazione delle vendite contraddetta dagli incassi) ovvero esistente ma palesemente pretestuosa (si pensi al caso di un licenziamento seguito da un'assunzione di altro lavoratore per lo svolgimento delle medesime mansioni⁶⁷).

C'è poi da domandarsi come vadano risolte le situazioni nelle quali il fatto (ad esempio: una riorganizzazione) è solo programmato: vale a

⁶⁶ Si veda al riguardo la diversa posizione di PERULLI, già richiamata alla nota 58. Al riguardo TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, I, p. 147, osserva che "non pare che al giudice venga consegnata alcuna paternalistica facoltà di scegliere il rimedio applicabile, né alcun potere d'equità integrativa. Si tratta semmai d'un avvertimento o un monito relativo all'*apolicy* del sindacato giudiziario: la reintegra sarebbe ammissibile solo nei casi più evidenti e manifesti d'infondatezza della causale oggettiva, in quanto rappresenta una tutela giuridica di ultima istanza, un'*extrema ratio* [...] Se l'obiettivo è davvero quello di emarginare il più possibile l'applicabilità della sanzione forte, persino nel caso-limite della totale infondatezza del recesso, sarebbe consigliabile una maggior chiarezza da parte del legislatore. Non può bastare un suggerimento o un invito rivolto al giudice per ritenere che la tutela reale diventi assolutamente eccezionale".

⁶⁷ Discorso più delicato è quello dell'esternalizzazione dell'attività o dell'affidamento del compito lavorativo – laddove ciò sia giuridicamente possibile – ad un lavoratore autonomo ovvero ad un professionista esterno. In tal caso, il risparmio dei costi connessi all'utilizzo di un lavoratore subordinato, la cui attività sia surrogabile con quella di un lavoratore autonomo può giustificare la soppressione del posto.

dire se sia da considerare sostanziale, "materiale" nel senso prima detto, ciò che è ancora *in fieri*. Adottando una lettura restrittiva del concetto di fatto, qui si potrebbe arrivare a dedurne la manifesta insussistenza e si determinerebbero esiti certo non auspicati dagli autori che sostengono la lettura del fatto, si direbbe, *in senso stretto*. Viceversa, in una prospettiva che valorizzi la complessità della fattispecie, la programmazione di una riorganizzazione renderebbe legittimo il recesso causalmente collegato ad essa e posto semmai all'inizio della fase attuativa.

In questo senso potrebbe anche desumersi il possibile conflitto tra *fatto*, la cui vistosa insussistenza dà luogo alla sanzione reintegratoria, e *valutazioni* produttivo-organizzative⁶⁸, rimesse all'imprenditore e sottratte al sindacato giudiziale, potenzialmente idonee, se non pretestuose, a legittimare un atto di recesso: è il caso del venir meno dell'utilità attesa da una prestazione lavorativa.

Il dubbio di fondo che si sta ponendo tra gli interpreti, in realtà, come si diceva poc'anzi, attiene alla conformità a Costituzione di siffatta moltiplicazione dei regimi sanzionatori; e, prima ancora, se lo sia l'individuazione di un regime generale che non contempli più la reintegrazione, bensì, come a me pare, un risarcimento economico quale "sanzione-perno"⁶⁹ nell'ambito applicativo dell'art. 18.

La risposta non è agevole, ma in ogni caso va cercata affiancando al binomio legittimo/illegittimo un genitivo indispensabile, vale a dire confrontando la situazione "solo" con la Costituzione. Non è infatti condivisibile la prospettiva, talvolta adottata, di esame della riforma alla

⁶⁸ Tema connesso a tale ultimo profilo è quello della riconducibilità al motivo oggettivo del c.d. scarso rendimento. Ad un più consistente indirizzo interpretativo che lo riconnette all'inadempimento del lavoratore e dunque al licenziamento disciplinare, si contrappone, infatti, un orientamento ermeneutico che fa rientrare il rendimento del prestatore nell'ambito della utilità della prestazione, la cui verifica sarebbe riconducibile alle prerogative imprenditoriali e a profili di valutazione produttivo-organizzativa: Trib. Milano, 3 aprile 2003, in *LG*, 2003, p. 1166; Cass. 5 marzo 2003, n. 3250, in *RIDL*, 2003, II, p. 689, con nota di ICHINO e CAVALLARO, ricostruisce lo scarso rendimento come fattispecie ambivalente, che può configurare sia un inadempimento, sia, in talune circostanze, un giustificato motivo oggettivo, là dove la prestazione al di sotto di minimi di rendimento "cagioni la perdita totale dell'interesse del datore di lavoro alla prestazione". È indubbio, tuttavia, che la previsione di una sanzione unica, la reintegrazione, da un lato, e gli atteggiamenti tutto sommato "restrittivi" della giurisprudenza, dall'altro, abbiano, per molto tempo, sottratto terreno alla disputa: ora, invece, la diversificazione delle tutele potrebbe rendere più "appetibile" la riconduzione dello "scarso rendimento" al giustificato motivo oggettivo, soprattutto nella misura in cui si dovesse diffondere un'applicazione giurisprudenziale "moderata" della tutela reintegratoria per "manifesta insussistenza".

⁶⁹ Sulla centralità "etica" della reintegrazione, come segnale della reazione dell'ordinamento all'uso illegittimo dei poteri riconosciuti all'imprenditore, sono ancora attuali le riflessioni di D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979.

luce del diritto vivente: se invero il percorso – peraltro tutt'altro che lineare – della giurisprudenza è sempre un importantissimo ausilio quando si deve interpretare una nuova normativa, perché si può fare tesoro dell'esperienza, è altresì vero che considerare l'interpretazione, fosse pure consolidata, del diritto previgente quale limite all'applicazione della novità legislativa significa fissare un limite indiretto e, si passi, improprio alla funzione legislativa ordinaria, che può essere vincolata e, al più, arrestata, solo dinanzi al "confine" della Carta costituzionale e nella consapevolezza che quest'ultima fa convivere valori talvolta contrapposti, il cui bilanciamento non è dunque agevole, né per il legislatore, né per l'interprete⁷⁰.

In buona sostanza, il legislatore, pur nella sua contraddittorietà, potrebbe avere scelto – e francamente così pare – di portare avanti e forse a completamento un sistema sanzionatorio nel quale la reintegrazione è destinata alle ipotesi estreme (discriminazione o motivo illecito unico e determinante) di licenziamento ovvero alle situazioni nelle quali la professionalità/dignità è messa in gioco per effetto di "accuse" non vere, infamanti, o quando si discute di colpevolezza del prestatore: condizioni potenzialmente in grado di incidere sul rientro del lavoratore nel mercato.

Qui non si tratta, però, di essere o meno "ideologicamente" a favore o contro la tutela reale⁷¹, quanto di indagare se, a legislazione vigente (e che difficilmente verrà rivista da questo o dal prossimo Parlamento), possa ancora sostenersi una "centralità" della sanzione ripristinatoria.

L'unico modo per interpretare il sistema lasciando al centro la reintegrazione, in effetti, dovrebbe passare per la dimostrazione della sua "costituzionalizzazione"⁷²: dimostrazione che, pur riconoscendo l'indubbio

⁷⁰ Il dibattito su quest'ultimo, essenziale profilo è vastissimo. Mi pare opportuno però, un recente scritto di MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *RIDL*, 2013, I, p. 235, il quale, chiamato ad intervenire su un "acceso" scambio di opinioni in merito al ruolo del giudice del lavoro, offre spunti di riflessione ed un invito al dialogo che andrebbero ripresi.

⁷¹ Personalmente ho manifestato in altri occasioni (mi permetto di rinviare a: GARGIULO, *Sulla sanzionabilità ex art. 388 cpv. c.p. dell'omessa reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in *RGL*, 2000, II, p. 320; GARGIULO, *Licenziamento e lavori atipici: brevi note alla luce del Libro Verde*, in ZOPPOLI L., DELFINO (a cura di), *Flexicurity e tutele del lavoro tipico e atipico in Italia e in Germania*, Ediesse, Roma, 2008, p. 125), la mia attenzione per lo strumento ripristinatorio, ma credo pure che si debba tener conto delle scelte legislative, anche quando non si condividono, a meno che non siano da considerare costituzionalmente illegittime.

⁷² Quanto ai limiti posti dall'art. 30 della Carta di Nizza v. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana*

fascino delle ricostruzioni che la ipotizzano, non è dato ancora leggere in termini di certezza.

Del resto la Corte costituzionale, quasi quarant'anni fa, ha affermato che "la tipizzazione di diverse fattispecie, ai fini di una disciplina non uniforme dei licenziamenti individuali, sfugge, per se stessa a censure sotto il profilo della razionalità, ponendo in luce valutazioni discrezionali di politica legislativa, aventi riguardo ad equilibri economico-sociali che ne hanno consigliato l'adozione nell'interesse generale"⁷³. Ora, se è vero che la Consulta, con una giurisprudenza confermata poi nel tempo⁷⁴, era chiamata in quel caso a valutare la coerenza con la Costituzione di un regime differenziato di tutele in relazione alle dimensioni dell'impresa, è altresì vero che il riferimento agli "equilibri economico-sociali" è di per sé idoneo ad essere esteso a situazioni anche molto diverse dal mero profilo dimensionale e, con riguardo al licenziamento per ragioni economiche, forse pure a fondare una valutazione di coerenza delle scelte recenti del legislatore con gli equilibri costituzionali nel loro complesso.

5. *Repêchage* e fattispecie del giustificato motivo oggettivo

Alla luce di quanto detto appare essenziale domandarsi se il c.d. *repêchage* costituisca o meno un elemento della fattispecie del giustificato motivo oggettivo. La domanda, prima della riforma, poteva anche essere elusa e lo è stata: l'esistenza di un'unica sanzione nell'area di applicazione dell'art. 18, insieme ad un atteggiamento della giurisprudenza che, nello scrutinare le ragioni del licenziamento, considerava sempre essenziale la verifica circa la sussistenza di alternative al recesso, ha messo sovente la sordina al tema, di cui si è occupata soltanto la dottrina⁷⁵, talora con l'atteggiamento di chi è cosciente di affrontare un aspetto significativo sul piano dogmatico, ma

a confronto, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT, n. 58, 2008; ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione Europea*, in *DLRI*, 2012, 619.

⁷³ Corte cost. 6 marzo 1974, n. 55. Alla costituzionalizzazione della reintegrazione dovrebbe poi conseguire, in coerenza, l'estensione dello strumento ripristinatorio a tutte le ipotesi di licenziamento, indipendentemente dall'ambito nel quale ha luogo il recesso. È noto, però, come la giurisprudenza costituzionale, all'opposto, abbia in diverse occasioni dichiarato legittima l'esistenza di una pluralità di percorsi sanzionatori, giudicandoli compatibili con l'art. 3. Cost.

⁷⁴ V. Corte cost. 19 giugno 1975, n. 152, 8 luglio 1975, n. 189, Corte cost. 23 novembre 1994, n. 398; Corte cost. 23 febbraio 1996, n. 44.

⁷⁵ Su origine e fondamento del *repêchage* v. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2008, specialmente p. 277 ss.

destinato ad avere scarsa portata applicativa.

La giurisprudenza degli ultimi anni, infatti, sebbene con accenti diversi, non ha più messo in discussione la necessità di verificare che l'imprenditore abbia ricercato effettivamente un percorso alternativo prima di adottare la soluzione "estrema" del licenziamento; talvolta, anzi, la possibilità di ricollocazione del lavoratore è stata oggetto di un ventaglio di soluzioni giudiziali "creative" non sempre condivisibili⁷⁶ o comunque destinate a moltiplicare l'incertezza degli operatori e, per converso, ad accrescere la discrezionalità del giudice.

Va peraltro segnalato, al contempo, che più di recente altro orientamento⁷⁷ ha operato una rilettura della distribuzione dell'onere probatorio, determinando un'attenuazione del *repêchage*⁷⁸: pur gravando sul datore l'onere di provare l'impossibilità di adibire il prestatore ad altre mansioni equivalenti all'interno dell'azienda, occorre quindi che il lavoratore, impugnando il licenziamento, allegghi (quanto meno) l'esistenza di altri posti nei quali possa essere utilmente impiegato⁷⁹.

Discorso diverso sembra profilarsi dopo la novella in esame: già una parte della giurisprudenza di merito, infatti nell'applicare il nuovo art. 18, connette alle carenze di prova del datore in tema di ricerca di alternative per la ricollocazione del lavoratore la conseguenza risarcitoria prevista al comma 5 e non la reintegrazione, ritenendo appunto che in tal caso non si possa privare di effetti l'atto di recesso⁸⁰ che risulti, per altri profili, giustificato.

Mentre dunque in precedenza la dottrina appariva quasi rassegnata all'idea che il concetto fosse così cristallizzato nella giurisprudenza da essere considerato, *bon gré mal gré*, un dato ormai imprescindibile nella valutazione circa la ricorrenza di un motivo

⁷⁶ Si è fatto riferimento alla ricollocabilità del lavoratore oltre che in mansioni inferiori, anche presso società appartenenti allo stesso gruppo, semmai utilizzando lo strumento del distacco, oppure utilizzando il lavoratore in mansioni alle quali il dipendente può essere assegnato all'esito di un percorso formativo o facendo ricorso al part-time. Esamina criticamente questi orientamenti "estensivi" del *repêchage*, PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la "creazione" si espande al pari dell'incertezza*, in *MGL*, 2013, 4, p. 186.

⁷⁷ Segnala questo "temperamento" interpretativo della Cassazione SANTORO PASSARELLI G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e tutela risarcitoria*, in *DRI*, 2013, p. 152.

⁷⁸ In questi termini MAGNANI, *Genesis e portata di una riforma del lavoro*, in MAGNANI, TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 11. In giurisprudenza, da ultimo, Cass. 12 febbraio 2014, n. 3224, in *DJ*.

⁷⁹ Cass. 18 marzo 2010, n. 6559; Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, tutte in *DJ*.

⁸⁰ È il caso di Trib. Milano 20 novembre 2012, in *RIDL*, 2013, II, p. 654; Trib. Varese 4 settembre 2013, in *FI*, 2013, I, c. 3333. Dà atto dei primi orientamenti della giurisprudenza di merito BIASI, *Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio*, in *ADL*, 2013, II, p. 1235.

legittimo⁸¹ e ci si era concentrati sul tentativo di limitare gli orientamenti più estremi e potenzialmente distorsivi, la bipartizione sanzionatoria disegnata nel nuovo art. 18 appare idonea a consentire una ripresa della riflessione sugli elementi costitutivi della fattispecie, la cui sola carenza manifesta può, in ipotesi, determinare ancora oggi il ripristino del posto di lavoro.

Ora, pur senza arrivare a definire il *repêchage* una "incrostazione paternalistica" introdotta dalla giurisprudenza⁸², appare francamente difficile riuscire a considerarlo come elemento strutturale delle "ragioni" di un licenziamento⁸³, se non ricorrendo al concetto di limite esterno all'esercizio del potere datoriale di recedere dal rapporto di lavoro.

Il discorso, secondo alcuni ruota attorno al concetto di *extrema ratio*, di cui il *repêchage*, almeno nella prospettiva che viene accolta in giurisprudenza, è figlio se non legittimo, certamente riconosciuto⁸⁴. In effetti, ci si dovrebbe domandare se possa ancora ragionarsi in siffatti termini in un contesto ordinamentale caratterizzato (tuttora) da ipotesi di recesso *ad nutum* e soprattutto da una tutela obbligatoria che è residuale sul piano tecnico ma non certo su quello dei numeri.

In realtà, per restare al tema di queste pagine, il legislatore – quanto consapevolmente è profilo che esorbita dal compito dell'interprete – detta una disciplina che prescinde dalla ricostruzione teorica del c.d. ripescaggio. Anche a voler considerare la ricollocazione quale elemento della fattispecie – che dunque non sussiste qualora sia individuabile una ragione oggettiva astrattamente legittima, ma manchi la verifica di ricollocabilità del lavoratore ovvero essa conduca a reperire un'alternativa occupazionale – è indubbio che la legge consideri il recesso illegittimo ma

⁸¹ Secondo Cass. 13 giugno 2012, n. 9656: "Trattasi di orientamento diretto a realizzare il miglior equilibrio possibile tra i diversi interessi delle parti interessate in materia, che trae la sua ispirazione dal rilievo attribuito al lavoro dall'Ordinamento giuridico, in primo luogo dalla Carta costituzionale, per cui il relativo sacrificio nell'interesse oggettivo dell'impresa deve essere sostenuto dalla effettività e rilevanza di quest'ultimo e rappresentare pertanto l'*extrema ratio*, per l'assenza di soluzioni alternative possibili". V., anche, tra le più recenti, Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *DJ*.

⁸² Così CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18*, cit., p. 334.

⁸³ Diversamente da quanto accade nell'ordinamento tedesco, nel quale la possibilità di reimpiego del lavoratore fa sì che il licenziamento risulti privo di "giustificazione sociale": così il § 1 del Kündigungsschutzgesetz (KSchG). V. al riguardo le riflessioni, in ottica comparata, di SANTAGATA, *Il recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale sui licenziamenti nel diritto tedesco*, in *DML*, 2012, p. 560. Per uno sguardo approfondito sugli altri ordinamenti europei: NOGLER, *La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato*, in *DLRI*, 2012, p. 661; PEDRAZZOLI M. (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Ricognizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013.

⁸⁴ Sulla relazione tra *extrema ratio* e *repêchage* v. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit.

efficace, riconnettendo la reintegrazione alla sola ipotesi di insussistenza manifesta della ragione giustificativa.

La novella sembra dunque devitalizzare le opinioni che, sotto la vigenza del "vecchio" testo dell'art. 18, consideravano il *repêchage* quale elemento della fattispecie; la biforcazione sanzionatoria, infatti, non pare risentire della ricostruzione dogmatica "a monte" del concetto di giustificato motivo ed anzi, come si è premesso, la riscrittura dell'apparato sanzionatorio ha proprio lo scopo di aggirare i nodi interpretativi inerenti alle causali di recesso.

A conferire centralità al concetto, si è detto che il controllo sul rispetto del *repêchage* altro non sarebbe che la "verifica più dettagliata e in una prospettiva per così dire negativa"⁸⁵ dell'esistenza del nesso causale tra decisione organizzativa e posizione del prestatore di lavoro. In realtà siffatta lettura è fondata sul presupposto, per vero discutibile, se ben se ne comprende la portata, che il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo sia, a differenza di quello collettivo, diretto a "ridurre il personale in senso qualitativo".

Proprio l'attuale polimorfismo sanzionatorio dell'art. 18⁸⁶, che individua espressamente i motivi "altri", diversi da quello dichiarato come oggettivo (essenzialmente: motivo discriminatorio ovvero motivazione disciplinare simulata), sanzionando con la reintegrazione l'"abuso" di quest'ultimo, impedisce, a mio avviso, siffatta lettura "in negativo". La mancata prova in ordine alla possibilità di ricollocare il dipendente in altra posizione, professionalmente equivalente, dell'organizzazione, non potrà, alla luce del nuovo dettato normativo, essere considerata di per sé sintomatica dell'assenza di una legittima e reale scelta organizzativa che giustifichi la soppressione del posto, dovendo essere accompagnata dalla

⁸⁵ CARINCI M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005. Il concetto è ripreso anche in CARINCI M. T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, p. 787, là dove l'Autrice ribadisce trattarsi di "un'ulteriore verifica, questa volta in senso negativo, dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore, nel senso che il giudice sarebbe chiamato a valutare se in ipotesi non esista un collegamento fra posizione del lavoratore ed un interesse del datore di lavoro *diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento*".

⁸⁶ Secondo CARINCI F., *Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18*, relazione tenuta il 27 novembre 2013 presso la Scuola Superiore della Magistratura, p. 13 del dattiloscritto, il regime di tutela dell'art. 18 dà "l'impressione di volersi ispirare ad una logica sequenziale, peraltro vista e valutata dalla prospettiva della controparte datoriale. Sembra qui emergere quella inversione di marcia che, con l'accattivante terminologia inglese, viene indicata come la transizione dalla *job property* alla *liability rule*, se pur in una variante per così dire "etica", nel senso di una tutela costruita in modo da correlare il costo di un licenziamento ingiustificato al grado di "scusabilità dell'errore del datore di lavoro".

prova di quale sia, nello specifico, la diversa ragione che abbia condotto alla decisione di licenziare e solo in tale caso, se essa risulti discriminatoria ovvero surrettiziamente disciplinare, determinare la reintegrazione del lavoratore.

Altra dottrina ha poi individuato nella possibilità di continuare ad occupare il lavoratore in altra posizione un "limite esterno, imposto dall'art. 3 stesso, ma distinto dalla sussistenza della modifica organizzativa che porta alla soppressione del posto di lavoro"⁸⁷, talora chiarendo che il c.d. ripescaggio non va ricondotto all'incerta nozione di *extrema ratio*, accolta e tralaticciamente ripetuta dalla giurisprudenza, ma è una conseguenza della ricostruzione dell'oggetto dello scambio negoziale come riferibile alla professionalità, anche potenziale, del lavoratore; il quale, come può essere chiamato a svolgere mansioni diverse da quelle di assunzione, nell'area di equivalenza tracciata dalla professionalità potenziale, così, all'atto del recesso, vede disegnato da quei medesimi confini l'ambito entro il quale va effettuata la verifica circa l'inevitabilità di sopprimere la sua posizione lavorativa. In questi termini "il ripescaggio resta circoscritto nei rigorosi limiti del regolamento contrattuale così come liberamente voluto dalle parti"⁸⁸.

Siffatta suggestiva lettura affianca due piani destinati inevitabilmente – stante l'indubbio legame tra contratto di lavoro e organizzazione – ad intrecciarsi: l'oggetto dello scambio negoziale, i suoi confini ed i margini di utilizzo della professionalità nella fase di esecuzione del contratto di lavoro subordinato, da un lato, e i limiti alla scelta organizzativa che determini la soppressione del posto nel quale la medesima professionalità viene impiegata, dall'altro.

Si tratta, invero, delle classiche due facce della stessa medaglia, una inerente alla "fisiologia" del rapporto, l'altra alla delicata fase di risoluzione del contratto. Del resto è quanto meno discutibile, sul piano interpretativo, adottare due distinte nozioni di professionalità: una "aperta", potenziale, per effetto della quale il prestatore può essere legittimamente impiegato non solo nei compiti che sa svolgere ma anche in ciò che dovrebbe o potrebbe saper fare come sviluppo della sua capacità professionale, ed un'altra, da utilizzare allorché si ponga in discussione il contratto stesso, che riduca la professionalità ad una fotografia statica di ciò che il lavoratore ha fatto fino ad allora.

⁸⁷ Sono parole di NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, p. 648, il quale riprende, con taluni distinguo, le posizioni di LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 72 ss. e ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Giuffrè, Milano, 1988, p. 158.

⁸⁸ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 650.

La riflessione riporta, quindi, al collegamento con la disciplina della mobilità professionale. Nel momento in cui si accoglie una nozione dinamica di equivalenza professionale, nel contesto di una (da più parti auspicata) rilettura aggiornata dell'art. 2103 c.c.⁸⁹, ne discende, appunto, che dovranno essere proprio i confini dell'equivalenza l'ambito entro il quale si potrà/dovrà verificare l'impossibilità di recupero del lavoratore.

Il *repêchage*, in questa prospettiva non è, cioè, il tentativo, non privo di coloriture paternalistiche, di preservare il posto di lavoro del singolo, talvolta sotteso ad alcuni richiami all'*extrema ratio*, ma un corollario della rigorosa applicazione della logica del contratto di lavoro, in base alla quale se viene stipulato un accordo che fa "acquistare" una professionalità, i cui confini di utilizzo sono disegnati dall'ambito di equivalenza accolto nella specifica organizzazione produttiva – e qui viene in rilievo, inevitabilmente, l'ausilio imprescindibile delle classificazioni professionali operate dalla contrattazione collettiva⁹⁰ – sarà sempre nell'ambito di quei medesimi confini che si dovrà valutare la legittimità della risoluzione.

Il recesso è dunque legittimo se, e nella misura in cui, il datore di lavoro non è in grado di utilizzare la professionalità oggetto dello scambio, in quanto essa non è più utile alla sua organizzazione: o perché è soppresso del tutto il profilo che la identifica ovvero perché le postazioni di lavoro che ne prevedono l'impiego sono tutte già occupate.

Accolto, quindi, un concetto di *repêchage* che va letto nella prospettiva di garanzia dell'oggetto dello scambio contrattuale, piuttosto che di salvataggio "ad ogni costo" del posto di lavoro, appare evidente che la sua carenza non configuri *di per sé* una manifesta insussistenza del fatto, anche nella lettura qui condivisa, di sovrapposizione tra fatto e ragione giustificativa del recesso. L'inosservanza del *repêchage* può, cioè, alla luce della nuova disciplina, ricadere anch'essa, al pari delle violazioni relative agli altri elementi del giustificato motivo oggettivo, nell'ambito dell'alternativa insussistenza "*semplice*"/insussistenza *manifesta* con effetti sul connesso binomio indennizzo/reintegrazione.

Così come, nella lettura che si è inteso accogliere, ritenendola più

⁸⁹ Si consenta, per esigenze di sintesi, di rinviare a GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

⁹⁰ Chiariscono utilità e limiti del ricorso alle determinazioni contenute nei contratti collettivi: Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, in *DJ*; Cass. 9 aprile 1992, n. 4314, in *RIDL*, 1993, II, p. 287, con nota di GHINOY; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *DL*, 1996, II, p. 356; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *NGL*, 1988, p. 313; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, in *FI*, 1986, I, c. 149. Si vedano anche le decisioni richiamate da BETTINI, *Mansioni e qualifiche del lavoratore nel dialogo fra dottrina e giurisprudenza*, in *DL*, 1997, I, p. 293; Corte giust. CE 6 luglio 1982, *Commissione delle comunità europee c. Regno Unito di Gran Bretagna e d'Irlanda del Nord*, causa C-61/81, in *RIDL*, 1983, II, p. 834.

aderente al nuovo testo dell'art. 18, la carenza di uno degli estremi del giustificato motivo oggettivo non conduce "automaticamente" alla reintegrazione, identica sorte toccherà alla violazione del *repêchage*; ché altrimenti si registrerebbe un'ulteriore incongruenza sistematica, vale a dire che la non ricorrenza degli estremi del giustificato motivo condurrebbe al risarcimento, mentre la violazione di un limite esterno alla fattispecie determinerebbe la più grave reintegrazione.

Appare in definitiva più corretta un'interpretazione che non costruisca una improbabile graduatoria tra i vizi del recesso per ragioni oggettive, laddove il legislatore sembra muoversi in direzione opposta, e soprattutto eviti di collegare la sanzione più dura alle "infrazioni" che, incrociando in via mediata la ragione giustificativa del licenziamento, si pongono a valle della medesima.

Per evitare di incrementare gli elementi di incertezza, si può tentare, in conclusione e su un piano più operativo, una lettura "mediana" del *repêchage*, compatibile con l'alternativa tra insussistenza manifesta e carenza degli estremi del giustificato motivo oggettivo.

Potrebbe invero scindersi, quanto al profilo dell'incidenza sulla verifica di legittimità della causale, l'ipotesi nella quale in azienda sussista la vacanza di una posizione lavorativa identica a quella soppressa o che, in prossimità del licenziamento, venga coperta con altra assunzione, dalla situazione nella quale l'utilizzo del lavoratore debba avvenire nell'ambito di una posizione professionalmente equivalente, ma in un posto "organizzativamente" differente: soltanto in questo secondo caso, peraltro, si avrebbe *repêchage* in senso stretto⁹¹.

Pur adottando una lettura della professionalità (e dell'equivalenza) aperta e dinamica, non può invero prescindere dal fatto che una prestazione lavorativa deve sempre essere innervata in un'organizzazione: possono cioè esistere, ovviamente, due posizioni lavorative professionalmente identiche (mansioni equivalenti e identicaqualifica contrattuale) ma organizzativamente distinte. È però diverso il discorso se le due professionalità sono connesse ad un'identica posizione organizzativa, distinguendosi soltanto il luogo (in ipotesi: due posizioni di autista in diverse sedi dell'azienda) e/o il tempo (ad esempio: due posizioni di cassiere di supermercato, inserite in turni differenti) di esecuzione della prestazione.

Orbene, se il giudice accerta il mancato riutilizzo del lavoratore

⁹¹ Sono consapevole che un "punto debole" del ragionamento potrebbe individuarsi nell'assenza, nel lavoro privato, di obblighi di formalizzazione dell'assetto organizzativo e della dotazione di personale; si tratta di obiezione che, però, prova troppo, non avendo sinora impedito alla giurisprudenza un intervento incisivo, ricorrendo a concetti talora anche decisamente dilatati di verifica della disponibilità aziendale alla ricollocazione dei dipendenti.

licenziato in posizioni "solo" professionalmente equivalenti, qualora impone la reintegrazione finisce per investire l'organizzazione da altri prescelta, con tutti i rischi concreti più volte evidenziati, ma anche con il pericolo di violazione dell'art. 30, l. 183/2010 e, in fondo, degli stessi orientamenti della giurisprudenza, la quale almeno in astratto ribadisce di non essere legittimata a sindacare il merito delle scelte imprenditoriali; mentre nel caso di posizioni professionalmente equivalenti e surrogabili sul piano organizzativo la verifica giudiziale ha ad oggetto la specifica scelta datoriale posta a fondamento del licenziamento.

Alla luce della nuova formulazione dell'art. 18, soltanto la verifica di coincidenza di una posizione organizzativa e, al contempo, professionale equivalente rispetto a quella soppressa potrebbe configurare un'*insussistenza manifesta* del fatto/ragione e, quindi, determinare la reintegrazione; mentre la possibilità di reimpiego del lavoratore, utilizzando la professionalità dello stesso in un differente ambito dell'assetto organizzativo, inciderebbe sulla valutazione del comportamento datoriale in termini, al più, di buona fede e, di conseguenza, non risultando "evidente", unicamente sull'ammontare del risarcimento.

Si potrebbero fare altre considerazioni, ma non è utile continuare in assenza di un numero significativo di pronunce, soprattutto da parte del giudice di legittimità. È indubbio, invero, per le tante ragioni espresse in premessa, che, anche in questo caso, l'interpretazione che finirà per consolidarsi in giurisprudenza determinerà l'assestamento di un testo non privo di ambiguità e il prevalere di logiche di resistenza ovvero di cambiamento⁹².

Per questo motivo nelle prossime pagine ci si dedicherà a profili di (apparente) dettaglio, in grado anch'essi, tuttavia, di condizionare l'operatività della norma ed incidere su quella che si è definita come "convenienza" applicativa del ricorso alla causale oggettiva.

6. La ripartizione dell'onere della prova

Il testo del nuovo art. 18 non sembra apportare significative innovazioni in tema di prova, relativamente cioè alla ripartizione dell'onere. È ovvio, tuttavia, che sul terreno "pratico" della gestione del processo, il lavoratore avrà interesse a (e talora necessità di) provare che il fatto giustificativo del licenziamento economico, addotto dal datore ed eventualmente da questi asseverato, sia *manifestamente insussistente*.

Si potranno infatti verificare due situazioni: anzitutto che

⁹² Non intendo dare ai termini di *resistenza* e *cambiamento* alcuna valenza sul piano assiologico, ma accenno nel testo solo ad una capacità "dinamica" del testo novellato.

l'insussistenza del fatto giustificativo si appalesi come *manifesta* all'esito di una prima fase dell'istruttoria, qualora il datore di lavoro, tenuto a fornire la prova della ragione del licenziamento, non ci riesca: non dimostri al giudice la sussistenza di alcun sostrato materiale (*id est*: organizzativo) alla decisione di licenziare ovvero del necessario collegamento causale con il recesso individuale. Si pensi al caso di una motivazione di tipo produttivo ovvero organizzativo che appaia da subito come pretestuosa, in quanto vistosamente contraddetta dalle emergenze istruttorie⁹³.

La seconda ipotesi, molto più realistica, è che il datore deduca e provi in giudizio la sussistenza di una ragione astrattamente idonea alla giustificazione del licenziamento, come ad esempio la programmazione o anche l'inizio di realizzazione di una riorganizzazione aziendale la quale, nella motivazione del licenziamento, costituisca il presupposto della decisione di risolvere il contratto di lavoro. Sarà in tal caso il lavoratore, necessariamente, a dover dimostrare che "il fatto non sussiste", perché, sempre a mo' di esempio, quella riorganizzazione è fittizia, nel senso che non è mai stata programmata né attuata, ma soltanto dichiarata al fine di licenziare il dipendente oppure che la scelta organizzativa non abbia alcuna ricaduta sulla sua posizione lavorativa. Del resto, addossare al datore anche questo tipo di prova "negativa" appare discutibile sul piano teorico e privo di utilità, se non addirittura controproducente, su quello pratico: il datore di lavoro dovrebbe invece dimostrare che esista il fatto o meglio che esso, qualora provato nella sua materialità, *non sia* manifestamente insussistente.

7. L'indicazione dei motivi di licenziamento nella procedura ex art. 7, l. 604/1966

Richiamando i rilievi anticipati all'inizio di questo scritto, in merito al vantaggio applicativo del nuovo regime di sanzione dell'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, va ora dedicata qualche riflessione alla procedura di conciliazione obbligatoria introdotta dalla legge, che novella sul punto la disciplina dell'art. 7, l. 604/66.

Da più parti è stata salutata positivamente questa novità, introdotta dall'art. 1, co. 40, l. 92/2012. Si è osservato come attraverso di essa, in qualche maniera, il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo è stato equiparato ai licenziamenti disciplinare⁹⁴ e

⁹³ Si può ipotizzare – paradossalmente, ma a fini di esemplificazione – il caso in cui il datore abbia addotto una crisi di vendite dei prodotti, contraddetta poi da dati pubblici circa le vendite medesime, risultati semmai in crescita o sostanzialmente invariati.

⁹⁴ È questa l'opinione di DE ANGELIS, *Art. 18 dello Statuto dei lavoratori e processo: prime*

collettivo, per i quali è prevista una procedura anticipata rispetto alla comunicazione di recesso.

Si è anche evidenziata la necessità di arginare i tentativi di abuso del procedimento da parte del lavoratore⁹⁵, che tenti di dilatare lo svolgimento della procedura e ritardare così l'adozione del provvedimento risolutivo. Va però segnalata anche la possibilità che ad abusare dello strumento introdotto dalla riforma sia il datore di lavoro.

L'art. 7, l. 604/66 prevede infatti che il datore comunichi al lavoratore la propria intenzione di procedere ad un licenziamento per motivo oggettivo, indicandogli altresì "i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore"⁹⁶. A stretto rigore, dunque, il soggetto che invochi un giustificato motivo oggettivo deve, al più, attivarsi per un'iniziativa di *outplacement*, ma non anche indicare, sin da allora, l'assenza di concrete possibilità di reimpiego del prestatore, che non è riconducibile né ai "motivi" del recesso, né alle "misure di assistenza alla ricollocazione"⁹⁷ del lavoratore.

Conferma di questa lettura viene dal residuo testo dell'art. 7, l. 604/1966, nel quale l'esame di eventuali "soluzioni alternative al recesso" è lasciata al "vivo" della procedura, rimessa alle parti, "con la partecipazione attiva della commissione"⁹⁸. Ciò pare avvalorare l'interpretazione che, in assenza di richieste in tal senso, da parte del lavoratore o della commissione, il datore non sia tenuto perentoriamente,

considerazioni, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 152, 2012, p. 4.

⁹⁵ BORGHESI, *Licenziamenti: tentativo di conciliazione e procedimento speciale*, in CARINCI F., MISCHIONE, *Commentario alla Riforma Fornero*, cit., p. 14, le definisce come "possibili (e comprensibili) azioni di *filibustering*".

⁹⁶ Si sofferma su questo aspetto CARINCI F., *Ripensando il "nuovo" articolo 18*, cit., p. 334, il quale osserva: "Se ne potrebbe dedurre che, come nella procedura prevista per il licenziamento collettivo anche in questa che la riecheggia, se pur alla lontana, la possibilità di un posto venga lasciata alla trattativa fra le parti; fermo restando che se condotta dal datore in mala fede, lo esporrà alla corresponsione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 7".

⁹⁷ Nella circolare n. 3 del 16 gennaio 2013, p. 6, il Ministero del Lavoro fa proprio l'orientamento della Suprema Corte (Cass. 23 marzo 2011, n. 6625), ritenendo che tali misure "non necessariamente debbano avere la caratteristica del lavoro subordinato, ben potendo l'offerta riguardare una prospettiva di lavoro autonomo o in cooperativa".

⁹⁸ Sembra questa la prospettiva accolta anche dal Ministero del Lavoro, che nella circolare 3/2013 citata alla nota precedente, definisce la partecipazione della commissione quale "attività mediatrice" anche in ordine a quelle che definisce, in maniera (forse volutamente) atecnica, "forme alternative al recesso (ad esempio, il ricorso al tempo parziale, il trasferimento, l'occupazione presso altro datore di lavoro, l'offerta di una collaborazione autonoma anche presso altri datori di lavoro, il distacco temporaneo, l'attribuzione di altre mansioni)", raggruppando, dunque, sotto un medesimo ombrello, figure giuridiche assai distinte quanto a struttura, funzioni e presupposti applicativi.

in questa sede, all'individuazione di ambiti di possibile *repêchage*.

In tal caso il datore potrebbe limitarsi a dichiarare, ricorrendo ad una clausola di stile frequente nella prassi, che non esiste la possibilità di utilizzare il lavoratore in altre posizioni lavorative rispettando il vincolo dell'equivalenza delle mansioni. Così facendo porterebbe la controparte a passare all'attacco, forse già nella fase stragiudiziale, ma certamente in quella di impugnazione giudiziale del licenziamento, spingendo il lavoratore ricorrente a contestare l'impossibilità di *repêchage*, indicando semmai le ricollocazioni endo-aziendali che ritiene di identificare⁹⁹.

Il datore convenuto (e tenuto a provare la legittimità del recesso) potrà così confinare la sua prova al solo ambito produttivo oggetto dell'avversa censura, senza dover affrontare un onere probatorio che abbracci, sul piano del contenuto, l'intero assetto organizzativo.

8. Ricadute sulla decorrenza della prescrizione

Qualche cenno conclusivo va, poi, effettuato riguardo alla relazione, affatto trascurabile, ma finora poco indagata, tra riforma dell'art. 18, proprio con riferimento alle conseguenze della dichiarazione di illegittimità di un licenziamento per motivo oggettivo con riconoscimento del diritto alla sola tutela risarcitoria – ipotesi che dovrebbe risultare percentualmente preponderante – e decorrenza della prescrizione dei diritti del lavoratore nel corso del rapporto di lavoro.

Non è ovviamente il caso di riprendere concetti noti¹⁰⁰, ma è utile ricordare, in premessa, come il presupposto dell'inapplicabilità della sospensione della decorrenza dei termini di prescrizione in corso di rapporto ai contratti di lavoro assistiti da una tutela reale, fosse proprio la possibilità di rimuovere gli effetti del licenziamento illegittimo¹⁰¹: situazione carente nell'ipotesi in cui, pur accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice "dichiara risolto il rapporto di lavoro", condannando il datore al pagamento dell'indennità risarcitoria onnicomprensiva.

La rilettura di questi principi conduce con sé la sensazione – non condivisa evidentemente in dottrina da tutti i commentatori¹⁰² – che tale

⁹⁹ Si veda, al riguardo, la giurisprudenza richiamata alla nota 79.

¹⁰⁰ In dottrina, MARESCA, *La prescrizione dei crediti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1983; GHERA, *La prescrizione dei diritti del lavoratore e la giurisprudenza creativa della corte costituzionale*, in *RIDL*, 2008, I, p. 3.

¹⁰¹ Cass. S.U. 12 aprile 1976, n. 1268, in *FI*, 1976, I, c. 915, sulla scia della nota giurisprudenza della Corte costituzionale (precedente alle leggi 604/1966 e 300/70) inaugurata dalla sentenza 1° giugno 1966, n. 63, in *FI*, 1966, I, c. 985).

¹⁰² Secondo MARESCA, *Il nuovo regime*, cit., p. 454, "la tutela derivante dal nuovo art. 18, pur non essendo più quella *reale* alla quale faceva riferimento la giurisprudenza relativa alla decorrenza della prescrizione dei crediti retributivi, è pur sempre idonea a consentire al

pre-condizione sia ormai vistosamente venuta meno e, a mio avviso, principalmente ed essenzialmente proprio per effetto della riforma dell'art. 18 con riferimento alle conseguenze di una dichiarazione giudiziale di illegittimità del licenziamento disposto alla luce di un giustificato motivo oggettivo che non abbia "retto" allo scrutinio giudiziale.

Il discorso potrebbe essere allargato, sostenendo cioè che l'intera modifica della disciplina di tutela nell'ambito applicativo della norma dello Statuto porti con sé il venir meno della tutela reale in quanto tale. Il solo fatto che un lavoratore sia esposto nell'intero arco della vita lavorativa al licenziamento illegittimo, rispetto al quale non sia automatico il ripristino del contratto quale "unica" conseguenza della dichiarazione di illegittimità, dovrebbe di per sé condurre a sospendere la decorrenza della prescrizione in corso di rapporto.

Senza contare, poi, che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo determina l'espulsione dal contesto produttivo di un soggetto assolutamente "incolpevole", vale a dire che un lavoratore il quale sia irreprensibile e produttivo per tutta la vita lavorativa potrebbe, ad un certo punto, per effetto di scelte sulle quali non può influire in alcun modo, essere esposto ad un atto di risoluzione del suo rapporto di lavoro che, anche qualora illegittimo – ma non fondato su fatti/ragioni manifestamente insussistenti – determini comunque il definitivo scioglimento del vincolo contrattuale.

È indubbio, tuttavia, che la sola eventualità, normativamente considerata, che possa verificarsi siffatta situazione comporti una condizione di debolezza del prestatore di lavoro, accrescendo significativamente quella asimmetria di posizioni che, per effetto di tale incertezza, sfocia in un indubbio squilibrio tra le parti del contratto, portando inevitabilmente il soggetto più debole, perché sottoposto all'altrui potere di recedere, a mettere la sordina alle istanze di rivendicazione dei propri diritti¹⁰³.

lavoratore di esercitare i propri diritti, senza temere di essere licenziato". Di questa opinione sembra anche FALERI, *Sub art. 2948 c.c.*, in DE LUCA TAMAJO, MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, Padova, 2013, p. 666; in giurisprudenza Trib. Palmi 7 marzo 2013, in *DJ*. Di contrario avviso MAZZOTTA, *I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 St. lav.*, in CINELLI, FERRARO, MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro*, cit., p. 244; ma già CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti*, cit., p. 547.

¹⁰³ Del resto, anche a seguire il ragionamento di quanti ritengono "comunque" sussistente un regime di stabilità, può richiamarsi al riguardo l'orientamento della giurisprudenza di legittimità – formatosi con riferimento ai rapporti non qualificati *ab origine* come di lavoro subordinato – in base al quale, ai fini dell'individuazione del regime di prescrizione applicabile ai crediti retributivi, la stabilità del rapporto di lavoro deve essere verificata

Non pare quindi peregrino sostenere che, per effetto della novella in esame, sia venuta meno quella *stabilità* considerata dalla Consulta quale elemento, fattuale e normativo al contempo, che sotto la vigenza del vecchio testo dell'art. 18, consentiva la decorrenza della prescrizione dei diritti del prestatore di lavoro in costanza di rapporto¹⁰⁴.

come sussistente e garantita sin dall'inizio (in relazione al concreto atteggiarsi del rapporto nel corso del suo svolgimento) e non già attribuita dal giudice all'esito del processo; tra le altre: Cass. 23 agosto 2007, n. 17935; Cass. 13 dicembre 2004, n. 23227; Cass. 6 luglio 2002, n. 9839; Cass. 19 gennaio 2011, n. 1147; Cass., S.U., 28 marzo 2012, n. 4942, tutte in *DJ*.

¹⁰⁴ È questa l'opinione anche di MARAZZA, *op. cit.*, p. 621; SANTORO PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 403; ZOPPOLI A., in ESPOSITO, SANTUCCI, ZOPPOLI A., ZOPPOLI L., *Lezioni di diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 194.