



SELINUS UNIVERSITY
OF SCIENCES AND LITERATURE

**IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO
OGGETTIVO NELLA LEGGE 92/2012**

By
Ciro Renzullo

Supervised by
Prof. Salvatore Fava Ph.D

A DISSERTATION

Presented to the Department of Business & Media
program at Selinus University

Faculty of Business & Media
in fulfillment of the requirements
for the degree of Bachelor of Business Administration

2019

Napoli, 30/07/2019

Ciro Renzullo

Con la presente dichiaro di essere l'unico autore di questo progetto/tesi e che il suo contenuto è solo il risultato delle letture fatte e delle ricerche svolte.

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO PRIMO

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento

1. La definizione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3 della legge 604/66 e le valutazioni della dottrina
2. Le valutazioni della giurisprudenza sulla definizione di giustificato motivo oggettivo
3. Il nesso causale tra scelta produttiva organizzativa e licenziamento
4. I limiti al sindacato del giudice sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo
5. L'adibizione a mansioni diverse: l'obbligo di repaceage
6. La procedura conciliativa preventiva

CAPITOLO SECONDO

Le principali fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. Le ipotesi riconducibili all'impresa
 - 1.1 La soppressione del posto e il riassetto organizzativo
 - 1.2 Il trasferimento d'azienda
 - 1.3 La cessazione totale o parziale dell'attività produttiva
 - 1.4 L'ammissione a procedure concorsuali
 - 1.5 La cessazione dei lavori per i quali il lavoratore è stato assunto
2. Le ipotesi riconducibili al lavoratore
 - 2.1 Il superamento del periodo di comporto ed eccessiva morbilità
 - 2.2 La sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere la prestazione lavorativa
 - 2.3 Lo scarso rendimento del lavoratore come ipotesi di g.m.o.
 - 2.4 La sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa per cause di forza maggiore o factum principis

CAPITOLO TERZO

Le nuove sanzioni del licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. Il regime sanzionatorio previsto per le aziende escluse dall'ambito di applicazione dell'art.18 Stat. dei Lav.
2. Le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18 Stat. Lav. riformato in caso di licenziamento illegittimo
 - 2.1 La sanzione “forte” per il licenziamento privo di ragioni oggettive
 - 2.2 La tutela meramente economica in caso di licenziamento per ragioni oggettive
3. Il controllo sulle prerogative imprenditoriali
4. Il licenziamento inefficace
 - 4.1 La violazione del requisito della motivazione
 - 4.2 La violazione della procedura di conciliazione
5. Decorrenza ed effetti sospensivi del licenziamento economico previsti dalla legge 92/2012.

CONCLUSIONI FINALI

INTRODUZIONE

Il licenziamento è l'atto che determina lo scioglimento di un vincolo contrattuale. Entrambe le parti possono recedere dal contratto di lavoro con "il recesso". Il recesso, ai sensi dell'articolo 1324 c.c., è un atto o negozio unilaterale – in quanto espressione della volontà di una sola delle parti del contratto - e recettizio – in quanto diretto a produrre effetti nella sfera giuridica dell'altra. L'ordinamento affida a ciascun contraente il potere di determinare la durata del rapporto di lavoro, riconoscendo la facoltà di recedere dal contratto con preavviso anche contro la volontà dell'altra parte.

Al recesso ordinario, e cioè con preavviso, si sostituisce il recesso straordinario, con effetto immediato, intimato senza alcun preavviso. Tuttavia, nel contratto di lavoro occorre distinguere il recesso del lavoratore (dimissioni) dal recesso del datore di lavoro/imprenditore (in questo caso si parla di licenziamento). In relazione agli interessi tutelati, il recesso del lavoratore assume connotati diversi rispetto al recesso del datore di lavoro anche se, da un punto di vista prettamente civilistico, le due figure di recesso sono riconducibili ad un atto di volontà, con la differenza che: il recesso da parte del lavoratore è espressione della libertà morale il recesso da parte del datore di lavoro è espressione di un interesse economico patrimoniale e della libertà di iniziativa economica riconosciuta e tutelata dalla Costituzione.

Il lavoratore che subisce il recesso da parte del datore di lavoro, nella maggioranza dei casi, va incontro ad un profondo disagio materiale oltre che esistenziale.

Ragionevolmente diverso è, invece, il caso in cui è il lavoratore stesso che presenta le proprie dimissioni; il recesso da parte del lavoratore non crea una particolare difficoltà al datore di lavoro trattandosi di un soggetto sicuramente più forte dal punto di vista economico.

Dopo l'emanazione della Costituzione, il diritto del lavoro ha progressivamente edificato una disciplina di protezione nei confronti del lavoratore concepito come contraente debole e cittadino sotto protetto, stabilendo dei limiti formali e sostanziali al recesso da parte del datore di lavoro, quindi al licenziamento. Il licenziamento prima

di essere un atto giuridico è un atto economico (mirato, ad esempio, alla riduzione dei costi aziendali), è un atto organizzativo (per attuare un riassetto organizzativo) e, infine, è un fatto tecnico (per la ridefinizione dell'organizzazione tecnica all'interno dell'impresa). Il licenziamento è, quindi, un atto pre-giuridico che risponde ad una razionalità economico-organizzativa.

Accanto al recesso ordinario (con preavviso), il codice civile contempla la figura del c.d. recesso straordinario (senza preavviso, con effetto immediato) nei rapporti a tempo indeterminato o prima della scadenza del termine in quelli a tempo determinato, “qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto” (art. 2119 c.c.). In altre parole, in presenza di una giusta causa, il contraente interessato potrà recedere immediatamente dal contratto di lavoro. La giusta causa costituisce, quindi, il presupposto che esonera dal preavviso. La disciplina codicistica di cui agli artt. 2118 e 2119 del c.c. continua ad applicarsi alle dimissioni del lavoratore, il cui potere unilaterale di recesso dal contratto di lavoro non conosce altri limiti che il preavviso. Viceversa, il potere di recesso del datore di lavoro è stato oggetto di vari interventi legislativi limitativi, in base ai quali il licenziamento è concepito come un atto vincolato, un atto causale che necessita di una giustificazione. Tali interventi, in altre parole, hanno introdotto, a carico del datore di lavoro, un generale obbligo di giustificazione del recesso a garanzia dei diritti del lavoratore che trovano un loro riconoscimento anche nella stessa Costituzione tra i diritti fondamentali che la Repubblica si propone di promuovere e tutelare.

Oggi sono diverse le fonti legislative che si sono sovrapposte alla normativa degli articoli 2118 e 2119 del c.c. Il primo intervento legislativo che ha introdotto una disciplina limitativa dei licenziamenti riconducendoli entro parametri di ragionevolezza, è costituito dalla L. 15 luglio 1966, n. 604, la quale, superando il precedente regime previsto dal c.c. (che ammetteva la libera recedibilità delle parti) ha previsto che il datore di lavoro possa recedere dal contratto solo in presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. Dopo la legge n. 604, è intervenuto l'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300 (meglio nota come Statuto dei Lavoratori), il quale ha segnato un salto di qualità dal punto di vista dell'effettività della tutela del

lavoratore contro il licenziamento illegittimo perché è una legge che mette al centro la persona intervenendo sulle posizioni soggettive di potere e di interesse oltre il contratto; perché intreccia il collettivo con l'individuale rappresentando un punto di sintesi tra interessi plurali e contrapposti; ma su tutto perché riflette una filosofia regolativa trasparente, equilibrata e intrisa di valori.

Recentemente, la Legge 28 giugno 2012, n. 92, recante “Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita” prevede una rimodulazione della flessibilità in uscita, adeguando la disciplina del licenziamento individuale per alcuni specifici motivi oggettivi alle esigenze dettate dal mutato contesto di riferimento.

In conclusione, la giusta causa e il giustificato motivo costituiscono il presupposto causale del licenziamento. L'articolo 1, co 1, L. n. 604, sancendo la nozione di giustificatezza del licenziamento, ribadisce che: “nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato... il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 c.c. o per giustificato motivo”. L'articolo 3 contiene una puntuale definizione di giustificato motivo declinandola in due tipologie: il giustificato motivo subiettivo (o soggettivo) che attiene alla sfera personale del lavoratore e riguarda un “notevole adempimento degli obblighi contrattuali”; il giustificato motivo obiettivo (o oggettivo) che riguarda la situazione organizzativa aziendale.

Di seguito verrà approfondito il tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce delle principali novità introdotte dalla recente riforma del mercato del lavoro (Legge 92/2012).

CAPITOLO PRIMO

Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento

1. La definizione di giustificato motivo oggettivo ex art. 3 della legge 604/66 e le valutazioni della dottrina

Recentemente si è tornati a discutere di “giustificato motivo oggettivo” o, secondo la formula estesa preferita da ultimo dal legislatore, di “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. Il tema del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, infatti, è da anni al centro di un acceso dibattito focalizzato sulle politiche regolative del lavoro, ed anche oggi, questo tema ha assunto un ruolo centrale nella riforma del mercato del lavoro promossa dal Governo Monti con la L. 28 giugno 2012, n. 92.

Il giustificato motivo oggettivo fa la sua prima apparizione legislativa a seguito dell'emanazione dell'articolo 3 della legge n. 604/1966, che limita il potere di licenziamento individuale (il riferimento è alle “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”); è poi ribadito. Una prima questione che merita di essere approfondita prima di esaminare le varie interpretazioni fornite dalla dottrina sulla nozione di giustificato motivo oggettivo, riguarda la distinzione tra licenziamenti giustificati da motivi oggettivi ai sensi dell'articolo 3 della L. 604 e i licenziamenti per riduzione di personale, anch'essi determinati da motivi tecnico-organizzativi dell'impresa, ma espressamente esclusi dal campo di applicazione della legge in questione (i cosiddetti licenziamenti collettivi). Se, ex articolo 3, nei licenziamenti individuali, il datore di lavoro deve dare prova dell'effettiva sussistenza delle ragioni inerenti all'attività d'impresa a giustificazione del suo recesso nei confronti del dipendente, diversa è la questione per i licenziamenti collettivi, i quali possono rappresentare, quindi, un mezzo per eludere l'applicazione della legge 604 nel caso in cui l'imprenditore-datore di lavoro abbia l'accortezza di unire nella sorte almeno cinque dipendenti nell'arco di centoventi giorni in ciascuna

unità produttiva, o in più unità produttive nell'ambito del medesimo territorio provinciale.

La dottrina ha tuttavia precisato che la distinzione tra licenziamenti collettivi e licenziamenti individuali determinati da ragioni oggettive, verte sulla considerazione che si può dar luogo ai licenziamenti collettivi qualora, in seguito ad una riduzione o ad una trasformazione dell'attività o del lavoro, si ravvisi la necessità di attuare una riduzione del numero di lavoratori; i licenziamenti individuali per ragioni oggettive, al contrario, non richiedono alcuna riduzione dell'attività o dell'organico dell'impresa in quanto la soppressione del singolo posto si rende necessaria per ragioni tecnico produttive particolari.

La disciplina dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale, inoltre, differisce da quella riguardante il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo anche sotto il profilo del "coinvolgimento delle organizzazioni e delle rappresentanze sociali e il suo stretto collegamento con gli ammortizzatori sociali e le misure di sostegno dei lavoratori sul mercato del lavoro. Sulla base della distinzione introdotta dall'articolo 3 della L. 15 luglio 1966 n. 604, distinzione che la L. 92/2012 conferma e ribadisce, il giustificato motivo oggettivo (od obiettivo) si realizza quando vi siano "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". In questo caso, non vi è un inadempimento del lavoratore agli obblighi contrattuali ma la legge fa prevalere determinate circostanze di tipo tecnico organizzativo o produttivo, attinenti all'organizzazione impresa, sull'interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro.

Queste esigenze devono rispondere a criteri oggettivi di ordinario svolgimento dell'attività produttiva, desumibili da regole di comune esperienza e non a quelle che l'imprenditore, a sua discrezione, qualifichi come tali. Trattasi, in ogni caso, di circostanze non riconducibili alla responsabilità del lavoratore. Esse permettono al giudice di decidere facendo riferimento ad uno standard sociale. In definitiva, solo in presenza di una clausola generale risulterebbero rilevanti elementi extrasistemici quali il "sentire sociale" o "la collocazione sociologico economico-politica della vicenda decisa dal giudice". Adottando tale accezione appare assai rilevante, sotto il profilo

delle conseguenze teorico-interpretative, ricondurre il motivo oggettivo a una ovvero all'altra delle categorie richiamate. Secondo l'opinione più diffusa e accreditata fra gli studiosi del diritto civile, che più di altri hanno indagato la materia, la caratteristica strutturale della clausola generale – e così anche della norma che la contiene – è quella di essere incompleta e di demandare all'interprete il proprio completamento tramite la rilevazione di dati esterni all'ordinamento, standard sociali o regole sociali di condotta. Le clausole generali sono dunque “norme di direttiva”, che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale. Esse ricorrono quando si opera un esplicito riferimento al giudice del potere di procedere ad un autonomo apprezzamento della situazione di fatto ed alla concretizzazione della norma secondo parametri desunti da modelli di comportamento o valutazioni sociali presenti nell'ambiente nel quale la decisione è destinata ad operare. Proprio per questa struttura aperta, per questa “incompletezza intenzionale”, che implica un'opera di integrazione svolta dal giudice in applicazione di standard o regole sociali, le clausole generali sono da tenere distinte dalle norme generali.

Le clausole generali devono essere tenute distinte anche dall'equità. Infatti, nell'equità la regola è creata dal giudice specificatamente per il caso concreto, mentre nelle clausole generali il giudice la desume dal contesto sociale di riferimento per regolare anche il caso specifico. Chi negli ultimi anni ha analizzato la figura del giustificato motivo oggettivo ritiene concreto il bilanciamento fra l'interesse del datore di lavoro (ad evitare perdite e/o ad incrementare i profitti) e l'interesse del lavoratore (a conservare l'occupazione, a non variare il luogo di esecuzione del lavoro ecc.). Dunque ragioni strutturali sarebbero alla base del maggior difetto del giustificato motivo oggettivo – la variabilità delle decisioni sulla sua esistenza – e ne consiglierebbero il superamento.

La lamentata incontrollabile oscillazione delle pronunce giurisprudenziali altro non costituirebbe che la conseguenza della natura stessa del giustificato motivo oggettivo. Il limite alle prerogative del datore, infatti, non sarebbe cristallizzato dalla legge in una regola generale e astratta, tale da determinare per ciò stesso, alle condizioni stabilite,

la prevalenza di un interesse sull'altro, ma sarebbe demandato di volta in volta alla creazione del giudice, che, nell'individuare la regola sancirebbe solo e soltanto per la situazione contingente la prevalenza ora dell'uno ora dell'altro interesse.

Così inteso, però, il giustificato motivo oggettivo altro non è che un'ipotesi di rinvio all'equità". Esistono nelle comuni classificazioni due accezioni del concetto: l'equità sostitutiva, che viene in considerazione in tutti i casi in cui la norma di diritto positivo destinata a regolare il caso concreto esiste, ma si consente al giudice di derogarvi o per esigenze di economia processuale o perché le parti a ciò concordemente l'autorizzano; l'equità integrativa o suppletiva, che ricorre quando invece manca la completa regolamentazione normativa, vuoi perché impossibile, vuoi perché semplicemente inopportuna, e pertanto l'equità è autorizzata a concorrere con la legge nell'integrazione della fattispecie e nella determinazione degli effetti giuridici. Nell'una e nell'altra accezione, comunque, il richiamo al concetto di equità importa l'attribuzione al giudice del potere di creare la norma, non del solo potere di interpretarla – come di solito accade – o di desumerla da parametri non giuridici, ma pur sempre generali e astratti, quali regole sociali o pratiche tipiche di un determinato settore – secondo il modello operativo delle clausole generali. Il giustificato motivo oggettivo realizzerebbe dunque, secondo la tesi richiamata, un'ipotesi di rinvio ad un'equità non propriamente definibile né come integrativa né come sostitutiva.

Muovendo ora dalla definizione di giustificato motivo oggettivo fornita dalla legge n.604, essa risulta qualificata dalla sua riferibilità diretta ed immediata ai tre profili individuati dall'enunciato dell'art. 3 ossia: l'attività produttiva l'organizzazione del lavoro il regolare funzionamento di essa. Il legislatore ha utilizzato espressioni generiche ed indefinite, in quanto egli non specifica quali tra le molte ragioni inerenti ai tre profili appena elencati possano legittimare un recesso. Con riferimento alle prime due ipotesi, il legislatore ha considerato i tre profili centrali dell'impresa: "il produrre, i mezzi per produrre, le modalità attraverso le quali produrre. Esse includono i casi di recesso che siano una diretta conseguenza di una scelta organizzativa del datore di lavoro.

Per quanto riguarda le ragioni attinenti all'attività produttiva si è reputata ragione apprezzabile di risoluzione del rapporto di lavoro la cessazione dell'attività produttiva purché effettiva e definitiva “non finalizzata a un mutamento dell'impresa o al trasferimento dell'azienda” o della sua titolarità” dovrebbe, al contrario, escludersi la stretta correlazione tra licenziamento e cessazione dell'attività d'impresa poiché la risoluzione del rapporto non sorretta da autonoma causa giustificatrice, non sarebbe definitiva, essendo certo il passaggio dell'azienda in capo ad un altro soggetto imprenditore, in caso di trasferimento d'azienda”; ciò è confermato dall'articolo 47 della L. n. 428 del 1990, in base al quale il trasferimento di un'azienda non costituisce, di per sé, giustificato motivo oggettivo di licenziamento.

Alcuni Autori, però, sostengono che la decisione dell'imprenditore di cessare l'attività produttiva non costituisce, di per sé, giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso in cui, anziché trattarsi di un'impresa in crisi, si tratta di un'impresa “in pieno sviluppo della quale l'imprenditore voglia liberarsi per ragioni estranee all'attività esercitata”; in questo caso, la decisione non sarebbe sorretta da ragioni inerenti all'attività produttiva. Questa tesi, ampiamente contrastata da più parti, non appare proponibile richiamando, a riguardo, il concetto di insindacabilità dei criteri di gestione dell'impresa e delle scelte operate dall'imprenditore comunque, l'ampia ed articolata previsione dell'art. 3” indurrebbe a far rientrare nel suo ambito tutti i fatti relativi all'attività produttiva, che deve realizzarsi secondo i criteri di ragionevolezza economica; all'organizzazione del lavoro che deve adeguarsi all'obiettivo del proficuo impiego delle risorse umane; al funzionamento delle strutture operative che deve attuarsi entro i binari della regolarità. Opinabile è il fatto che le ragioni attinenti all'attività produttiva possano identificarsi “con la politica delle vendite e, quindi, con l'andamento dell'impresa nel mercato.

Con riferimento alla seconda ipotesi, l'organizzazione del lavoro assume un valore centrale sulle vicende dei singoli rapporti di lavoro. La nozione di organizzazione rinvia ad un concetto di tipo economico-produttivo, impiegata dal legislatore del '66 come presupposto causale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ciò ha assicurato al datore di lavoro di poter usufruire di una prestazione di lavoro armonica

con gli altri fattori della produzione e utile all'attività d'impresa. Sembra particolarmente convincente l'argomentazione secondo la quale dalla libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., deriva senz'altro la libertà di creare e gestire un'attività economica organizzata in autonomia, senza che ciò voglia dire che si può configurare una posizione di supremazia (di fatto legittimata da una condizione socio economica) che dall'esterno di un rapporto giuridico legittima l'imprenditore ad incidere, unilateralmente e senza il previo consenso, sulla posizione giuridica altrui.

In questa seconda ipotesi si possono ricomprendere eventi che comportano una trasformazione oggettiva dell'impresa quali ad esempio, la ristrutturazione, la quale implica un cambiamento della struttura dell'organizzazione del lavoro come conseguenza del progresso tecnologico e dell'introduzione di macchinari ed impianti più efficaci ed efficienti e, in generale, vanno ricomprese tutte quelle situazioni nelle quali si concretizza la necessità in cui versa l'imprenditore di modificare l'organizzazione del lavoro a seguito dell'adozione di nuovi programmi aziendali e di una nuova organizzazione produttiva, in forza dei quali le mansioni che erano affidate ad un lavoratore vengono ripartite tra gli altri dipendenti. "I compiti in questione non sono soppressi, né sono affidati all'esterno dell'organizzazione produttiva, ma vengono divisi tra altri soggetti, rendendo così superflua la presenza del dipendente. A tale fattispecie si può accostare anche l'ipotesi in cui le mansioni in precedenza assegnate ad un lavoratore vengono assunte in proprio dal datore di lavoro, o dai componenti del consiglio di amministrazione della società. In entrambi i casi infatti la riorganizzazione del complesso produttivo porta alla soppressione di un profilo lavorativo non indispensabile, in quanto i compiti in esso rientranti possono essere espletati utilmente dal datore di lavoro.

Nonostante la separazione appaia marcata, il regolare funzionamento non ha connessioni esclusivamente con la sfera del lavoratore, bensì dalla formula dell'articolo 3 è possibile far discendere motivi di licenziamento anche da situazioni che compromettono principalmente la "regolarità" del funzionamento dell'organizzazione. Pertanto, dalla necessità di conservare o raggiungere una nuova regolarità nel funzionamento dell'organizzazione possono generarsi ragioni legittime di

modificazione organizzativa. La regolarità del funzionamento organizzativo è, da un punto di vista sostanziale, un concetto abbastanza ampio da includere tutte quelle ipotesi che, indipendentemente dalla loro origine, producano effetti nei confronti dell'organizzazione del lavoro e rispondano a cause parametrate su scelte tecniche. Il regolare funzionamento non ha un ruolo residuale nelle tre ipotesi di motivazione del licenziamento poiché deve essere inteso sotto l'aspetto organizzativo del lavoro, pertanto le ragioni giustificatrici del licenziamento devono essere considerate sotto un profilo dinamico-funzionale di funzionamento dell'organizzazione, cui fanno riferimento processi di riorganizzazione, riconversione e ristrutturazione aziendale. La formula "regolare funzionamento" coniugherebbe il progetto del datore di lavoro nella gestione autonoma e insindacabile dell'impresa con l'interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro perché giustifica la libertà del datore di lavoro di organizzare il lavoro come meglio crede, ma, nello stesso tempo, obbligherebbe lo stesso datore a dimostrare che quel lavoratore non è più "adattabile", in un'altra mansione, nell'organizzazione del lavoro. Pertanto, non potrà essere solamente una questione di maggior profitto, di riduzione dei costi, di professionalità o altro, ma di effettiva rispondenza tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento. Il regolare funzionamento rappresenterebbe quel rapporto di equilibrio tra l'interesse del datore di al regolare andamento dell'impresa e quello del lavoratore alla regolarità della sua prestazione di lavoro nel contesto aziendale: scelta imprenditoriale insindacabile più *repechage* rappresentano il licenziamento come *extrema ratio*.

Il regolare andamento dell'impresa sotto il profilo dell'organizzazione esprime la relazione che sussiste tra la singola posizione lavorativa e il complesso aziendale, compresa la cessazione del singolo rapporto con l'intero assetto organizzativo. Numerose situazioni riferibili alla sfera personale del lavoratore non configurano un inadempimento contrattuale, ma si riflettono sull'organizzazione del lavoro intaccando il suo regolare funzionamento. Il riferimento alle ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione è infatti dal punto di vista linguistico abbastanza ampio da includere tutte le ipotesi che, indipendentemente dalla loro origine, possano produrre effetti nei confronti dell'organizzazione del lavoro.

2. Le valutazioni della giurisprudenza sulla definizione di giustificato motivo oggettivo

La nozione di giustificato motivo obiettivo è uno dei problemi più delicati sollevati dalla disciplina dei licenziamenti individuali sul fronte giurisprudenziale. In primo luogo va segnalato che la Cassazione, in numerose sentenze, ha ricondotto la nozione di giustificato motivo alla figura delle norme elastiche, le quali, al pari delle clausole generali, implicano da parte del giudice un'attività di integrazione della norma, a cui viene data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico-sociale.

Ne consegue la censurabilità in Cassazione di tali giudizi di valore qualora gli stessi si pongano in contrasto con i principi dell'ordinamento (espressi dalla giurisdizione di legittimità) e quegli standards valutativi esistenti nella realtà sociale – riassumibili nella nozione di civiltà del lavoro, riguardo alla disciplina del lavoro subordinato - che concorrono con detti principi a comporre il diritto vivente.

La giurisprudenza, quindi, appare orientata ad inquadrare l'articolo 3 L. 604 nel novero delle clausole generali definendo in modo preciso i limiti entro i quali può essere esercitato il potere di recesso. Secondo la giurisprudenza, affinché il licenziamento sia giustificato da ragioni oggettive, non è sufficiente una qualsiasi ragione inerente all'organizzazione e al normale svolgimento dei lavori, ma è necessario il concorso di ragioni di apprezzabile rilevanza per l'interesse dell'azienda. Quindi, secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza, il licenziamento c.d. economico deve essere sorretto non da una qualsiasi ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, come prescrive la legge, ma per la sussistenza del giustificato motivo obiettivo si deve accertare l'esistenza di circostanze di apprezzabile rilievo per l'interesse dell'azienda.

Secondo la giurisprudenza prevalente, il giustificato motivo oggettivo unitariamente riferito alle tre ipotesi enunciate dall'art. 3, legge n. 604/'66, ricorre se: il datore di lavoro interviene sulla propria organizzazione, modificandola; se la modifica è motivata da, e diretta ad, un fine genuinamente economico tecnico-organizzativo; se vi è una stringente connessione tra modifica organizzativa e posizione del singolo lavoratore e,

al contempo, non esiste un'altra collocazione, nell'ambito dell'organizzazione, confacente con le sue mansioni (cd. obbligo di *repechage*). Molte sentenze ritengono configurato il giustificato motivo oggettivo qualora il licenziamento sia disposto a seguito della soppressione del posto di lavoro, in altri pronunciamenti si ritiene che lo stesso sia configurato quando consegua all'eliminazione del settore, del reparto, dell'ufficio o del posto di lavoro cui era adibito il lavoratore licenziato.

Nel settore privato, a differenza del settore pubblico, non esiste una pianta organica predisposta che individui posizioni organizzative rigidamente fissate, ma lo schema organizzativo è elastico ed assume un rilievo indiretto tramite fatti di costituzione, digestione, di cessazione dei rapporti di lavoro.

Nelle imprese private, quindi, non si deve pensare alla soppressione del posto di lavoro come all'eliminazione di una posizione organizzativa rigidamente formalizzata in un organico predeterminato ma, piuttosto, alla riduzione del numero di soggetti addetti a singole fasi o ad un complesso di operazioni secondo uno schema elastico e definito da una serie di fattori endogeni ed esogeni rispetto all'impresa stessa e al potere del datore di lavoro .

Dunque, il giustificato motivo obiettivo non consegue alla soppressione del posto in senso tecnico ma deve, in ogni caso, essere collegato ad una modifica dell'impresa o, in senso più lato, dell'organizzazione *tout court*.

È infatti ormai acquisito in giurisprudenza che il giustificato motivo oggettivo ricorra non solo quando venga modificata la componente materiale dell'organizzazione come nel caso, ad esempio, in cui le mansioni del lavoratore vengano soppiantate o modificate dall'introduzione di nuovi impianti o macchinari e, in generale, dal progresso tecnologico, o nell'ipotesi eclatante di cessazione dell'attività di impresa, ma ricorre anche quando la modifica riguarda la sola organizzazione personale, sia con la soppressione delle attività svolte dal dipendente licenziato, sia con l'esternalizzazione di singole fasi di lavorazione o dell'intero processo di produzione attraverso la stipula di contratti di lavoro autonomo, parasubordinato, di appalto o anche nell'ipotesi di una diversa redistribuzione delle mansioni, prima svolte dal lavoratore, tra il restante

personale in servizio (si tratti di altri dipendenti, di dirigenti, di amministratori, di soci dello stesso datore di lavoro).

Anche la modifica dell'estensione temporale dell'attività affidata al dipendente (da part-time a full time o viceversa) può integrare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. In conclusione, secondo gli orientamenti giurisprudenziali consolidati, il g.m.o. è integrato tutte le volte in cui il datore di lavoro modifichi la sua organizzazione materiale o personale o si limiti ad incidere solo sull'organizzazione personale in senso qualitativo (attraverso la redistribuzione di fasi o processi tra i componenti interni od esterni alla sua azienda) o in senso quantitativo (attraverso la riduzione del numero di occupati).

Per orientamento costante, la modifica organizzativa deve essere: effettiva, non deve trattarsi, cioè, di una modifica pretestuosa dichiarata ma non effettuata, attuale, sufficientemente stabile, riferita cioè ad un orizzonte temporale medio-lungo. In tale contesto può, secondo i giudici, assumere rilievo il fatto che, a breve distanza dal licenziamento, siano avvenute nuove assunzioni o sia stata semplicemente dichiarata l'intenzione di procedere in tal senso assumendo lavoratori allo scopo di adibirli a svolgere mansioni simili o del tutto identiche a quelle precedentemente svolte dal lavoratore licenziato o con uguale qualifica. In questi casi, infatti, si tratta di una mera sostituzione di un lavoratore con un altro ma non vi è una modifica effettiva e stabile dell'organizzazione.

Per quanto riguarda la distinzione tra licenziamento individuale per giustificato motivo obiettivo e licenziamento collettivo per riduzione del personale, è bene sottolineare il fatto che, secondo un orientamento giurisprudenziale consolidato, tale distinzione si basa principalmente su elementi di tipo quantitativo: il raggiungimento delle soglie numerico/spazio/temporali fissate dalla legge n. 223/91, relative alla consistenza occupazionale del datore di lavoro (più di quindici occupati alle proprie dipendenze) e al numero di licenziamenti intimati o solo programmati (almeno cinque) in un certo ambito spaziale (la stessa unità produttiva o più unità produttive collocate nel territorio della stessa provincia) e in un certo arco temporale (centoventi giorni). Viceversa, non rilevano, in questo contesto, elementi di tipo qualitativo: qualsiasi

licenziamento economico, cioè dovuto a “ragioni non inerenti la persona del lavoratore” o a “ragioni inerenti all'impresa” è ricompreso nella fattispecie.

3. Il nesso causale tra scelta produttivo-organizzativa e licenziamento

La modifica dell'organizzazione deve, per giurisprudenza costante, presentare uno stretto collegamento con la posizione del lavoratore (cd. nesso causale). È richiesto, cioè, che la decisione del datore di lavoro di combinare diversamente i fattori produttivi (personali e materiali o solamente personali) sia tale da rendere non più utilizzabile la prestazione lavorativa e la professionalità del dipendente che si intende licenziare all'interno dell'impresa. Secondo la giurisprudenza, i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono costituiti: dall'effettività ed obiettività delle ragioni aziendali addotte a giustificazione del recesso da parte del datore di lavoro; esse devono essere determinate da situazioni oggettive e non da scelte liberamente compiute dall'imprenditore, dall'esigenza che tali ragioni siano funzionali a fronteggiare situazioni sfavorevoli sopravvenute e non contingenti, che influiscano sulla normale attività produttiva ed impongano la riduzione dei costi, sì da doverne escludere il carattere pretestuoso od occasionale o una finalità meramente strumentale all'incremento del profitto, e dall'esistenza di un preciso nesso causale tra tali ragioni e il licenziamento, nel senso che il lavoratore licenziato risulta identificato dalla stretta correlazione che deve esistere tra la ragione oggettiva addotta a giustificazione del recesso e la soppressione del singolo posto di lavoro precedentemente occupato dal quel dipendente.

In ordine al primo e al secondo presupposto, non si registrano contrasti nell'escludere ogni rilievo al cd. merito delle scelte”: le modifiche organizzative disposte dall'imprenditore e addotte a giustificazione del licenziamento non sono sindacabili da parte del giudice; egli non può indagare il fatto che tali modifiche concretino una scelta necessaria o solo opportuna, ma deve, invece, limitarsi ad accertare la sola effettiva realizzazione e consistenza di tali modifiche.

La giurisprudenza precisa che l'accertamento di merito non deve soffermarsi alla data del recesso ma deve concentrarsi su un arco temporale che precluda ogni

possibile predeterminazione delle circostanze di fatto finalizzate ad una scelta soggettivamente orientata del lavoratore da licenziare. Una questione rilevante riguarda il fatto se, in caso di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, il lavoratore possa o meno paragonare la propria posizione lavorativa con quella degli addetti agli altri posti residui, invocando situazioni personali per far in modo che la scelta datoriale ricada su di un altro dipendente. A riguardo, due sono le possibili situazioni che possono configurarsi e che vengono affrontate dalla giurisprudenza in modo diverso.

La prima situazione concerne una modifica organizzativa di tipo qualitativo che si concretizza nella eliminazione di una singola posizione lavorativa o di una serie di posizioni di lavoro tutte strettamente connesse ad una specifica attività o funzione; trattasi di posizioni che richiedono l'apporto di lavoratori dotati di precise competenze e professionalità e quindi immediatamente individuabili in relazione alle mansioni svolte. In questo caso, il destinatario del licenziamento risulta identificato dal nesso causale che deve sussistere tra la decisione organizzativa posta alla base del recesso e le mansioni esplicate dal dipendente licenziato.

La seconda situazione si configura quando il datore di lavoro avverte la generica esigenza di ridurre in senso quantitativo il personale complessivo occupato o di diminuire la consistenza di una o più articolazioni aziendali, cui siano addetti lavoratori fungibili, con mansioni generiche e non caratterizzate da specifiche competenze, di modo che non siano immediatamente individuabili, in connessione con le mansioni, i lavoratori da licenziare. In questo caso, essendoci una pluralità di dipendenti che si trovano in una posizione professionale equivalente, essendo occupati nella stessa area o posizione lavorativa, il datore di lavoro individua causalmente non il singolo lavoratore ma solamente il gruppo all'interno del quale il licenziamento deve essere intimato. Nell'ipotesi appena delineata, ragionare in termini di solo nesso causale non conduce di per sé al fatto di escludere qualsiasi margine di scelta, in capo al datore di lavoro, dei lavoratori da licenziare. La giurisprudenza più recente ritiene, tuttavia, che neppure in questi casi il datore di lavoro, seppur nell'ambito determinato dalla sua scelta organizzativa, possa essere totalmente libero di pilotare il suo potere di recesso

verso l'uno o l'altro lavoratore. Tale interpretazione non si evince dall'articolo 3 della legge 604 del 1966 ma individuando una regola ulteriore e distinta.

Sia l'articolo 5 della legge 223/91, sia le clausole generali di correttezza e buona fede, sia il criterio che chiama in causa le esigenze aziendali e, infine, i criteri comunemente definiti sociali dell'anzianità di servizio e dei carichi di famiglia, fanno in modo che la scelta ricada sui dipendenti ritenuti più forti nel mercato del lavoro, capaci, cioè, di trovare più rapidamente una nuova occupazione e su quelli gravati da minori responsabilità familiari, allo scopo di ridurre il più possibile il disagio morale e materiale che deriva alla persona come conseguenza della perdita del lavoro. Tuttavia è bene precisare che l'opzione per l'uno o l'altro degli orientamenti illustrati, dovrebbe avere conseguenze diverse in caso di violazione dei criteri di scelta. Ci sono sentenze nelle quali si stabilisce che, nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, il lavoratore non può pretendere che il recesso debba essere attuato in base a criteri di scelta prefissati invocando eventuali situazioni personali quali, ad esempio, il carico di famiglia o l'anzianità di servizio, in altre si sostiene l'esatto opposto. Va sottolineato che anche parte della dottrina sostiene la necessità di applicare al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo i criteri di scelta del lavoratore da licenziare previsti dalla disciplina dei licenziamenti collettivi (ad esempio, anzianità, esigenze tecniche) richiamando la particolare natura della decisione imprenditoriale, comune alle due fattispecie.

4. I limiti al sindacato del giudice sulla sussistenza del giustificato motivo oggettivo

Il tema del controllo giudiziale del licenziamento e, in particolare, del licenziamento per motivo economico, rappresenta una delle questioni più sensibili nell'attuale scenario del diritto del lavoro italiano ed europeo. La delicatezza della materia richiama subito un confronto, che negli ultimi anni si è fatto sempre più serrato e teso, tra il diritto del lavoro (la sua dimensione assiologica, i suoi valori, i suoi principi) e le ragioni dell'economia. Per comprendere i profondi motivi di questa tensione, si deve richiamare alla mente come il diritto del lavoro abbia costruito, soprattutto nei sistemi nazionali, ma anche a livello internazionale ed europeo, un poderoso meccanismo di

controllo della razionalità economica dell'imprenditore e delle sue scelte in merito alla gestione dell'impresa.

Con l'emanazione della legge 604 del 1966, il legislatore è parso definitivamente propenso a contemperare l'iniziativa economica privata e i diritti sociali, favorendo, in tal modo, una dialettica tra capitale e lavoro in termini di reciproca delimitazione delle rispettive sfere di interesse, attraverso il richiamo ai limiti esterni imposti dalla protezione di valori concorrenti. Una distinzione rilevante in tema di sindacato giudiziale è quella tra "ridimensionamento di personale" di tipo (meramente) quantitativo e riduzione dell'organico in senso (anche) qualitativo. Si tratta di distinguere tra licenziamenti che implicino un mero decremento del numero dei lavoratori e licenziamenti determinati dalla sopravvenuta obsolescenza delle competenze professionali dei collaboratori. Nella prima ipotesi, essendoci una drastica riduzione della "quantità lavoro", l'autorità giudicante è chiamata a valutare il rispetto dei criteri di selezione. Nel secondo caso, invece, il numero di lavoratori non subisce modifiche di sensibile entità e, di conseguenza, il giudice deve pretendere che il datore recedente dimostri l'impossibilità di utilizzare utilmente i lavoratori licenziati in altre posizioni lavorative equivalenti.

Nella realtà, però, può capitare che si verifichino licenziamenti in cui emergano delle sovrapposizioni tra caratteri quantitativi e qualitativi. È competenza esclusiva del legislatore ordinario di "determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali. In virtù di questa disposizione di legge, la giurisprudenza ordinaria ha escluso che il giudice possa controllare la congruità e l'opportunità delle scelte economico-gestionali effettuate dall'imprenditore; egli non può sindacare nel merito le decisioni aziendali perché tale contesto decisionale è protetto dal riconoscimento da parte della Costituzione della libertà d'iniziativa economica privata.

Il giudice deve, quindi, escludere che la scelta economica sia pretestuosa e sottenda motivi illeciti, punitivi, discriminatori o legati ad una ragione di tipo soggettivo. Il controllo sull'effettività e sulla veridicità delle ragioni addotte a giustificazione del provvedimento espulsivo passa attraverso un processo di convincimento

dell'interprete raggiunto sulla base delle allegazioni fornite dalle parti. In base all'articolo 5 della legge 604 del 1966 così come modificato dalla legge 92 del 2012, è il datore di lavoro che deve dimostrare la genuinità e l'autenticità del motivo.

Se l'autorità giudicante, attraverso la sua attività, diventa necessariamente parte di un processo di interpretazione delle norme, deviante allora risulta essere la contrapposizione tra un controllo giudiziario di mera legittimità, che dovrebbe preservare il mezzo economico dalla visione soggettiva del giudice, e un controllo di merito, o di opportunità, che quel dato economico penetra e seleziona; contrapposizione accolta nell'insegnamento che ammette solo il controllo di legittimità, controllo che si estende fino a valutare l'effettività e la veridicità delle scelte imprenditoriali e il nesso eziologico tra ragioni addotte a giustificazione del licenziamento e l'atto espulsivo, negando all'interprete la possibilità di effettuare il secondo tipo di controllo, ossia il controllo di merito. In realtà, il nostro ordinamento giuridico non esclude il controllo sulla veridicità, congruità e serietà delle ragioni addotte dall'imprenditore, consentendo all'interprete di testare quelle ragioni sia dal punto di vista della loro concretezza, sia dal punto di vista della loro intrinseca razionalità strumentale e valoriale; In giurisprudenza e in dottrina, viene pacificamente accettato che il giudizio non possa investire aspetti attinenti l'opportunità delle scelte imprenditoriali.

Nel nostro ordinamento, per evitare il controllo del giudice sull'esercizio dei poteri imprenditoriali è stata emanata una normativa di carattere generale riguardante l'attività del giudice. In particolare ci si è chiesti in che modo l'articolo 30 della legge 183/2010 (legge nota con il nome di Collegato Lavoro) possa incidere sui poteri giudiziali di controllo dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo.

L'articolo 30, rubricato "clausole generali e certificazione del contratto di lavoro" rileva nella nostra analisi con riferimento al primo e terzo comma. Nel primo comma è previsto che, in presenza di clausole generali, il controllo del giudice "è limitato esclusivamente, in conformità dei principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro".

Nel novero delle “clausole generali” sono espressamente ricomprese anche “le norme in tema di recesso”. Il terzo comma dispone che il giudice, nel valutare la legittimità delle motivazioni addotte a giustificazione del licenziamento, deve far riferimento alle tipizzazioni di giusta causa e di giustificato motivo presenti nei contratti collettivi di lavoro stipulati dai sindacati comparativamente più rappresentativi ovvero nei contratti individuali di lavoro ove stipulati con l'assistenza e la consulenza delle commissioni di certificazione”. In definitiva, la legge riconosce al giudice “un potere di controllo più ampio rispetto a quello riconosciuto tradizionalmente dalla dottrina perché un giudizio fondato sulle clausole generali consente all'interprete di addurre ragionamenti e argomentazioni più permeabili al sentire sociale e non circoscrivibili esclusivamente entro canoni fissati dalla legge.

Per limitare il controllo del licenziamento per ragioni economiche non sembra sufficiente tentare di circoscrivere il sindacato del giudice attraverso norme poste sul piano ermeneutico, ma occorrerebbe un intervento da parte del legislatore da un punto di vista sostanziale. Il diritto del lavoro ha progressivamente contrapposto un modello che si basa sulla conoscibilità e valutabilità delle ragioni che ruotano attorno alle decisioni dell'imprenditore. Secondo questa diversa prospettiva, il controllo del giudice sul licenziamento economico intreccia diverse grandezze e precisamente: la grandezza industriale caratterizzata dal concetto di efficacia economica la grandezza del mercato, valutata tramite parametri quali il profitto e la competitività la grandezza domestica, dove domina la fiducia la grandezza civica, fondata sul rispetto dei diritti fondamentali.

Il licenziamento viene vagliato non solo alla luce di un principio di adeguatezza dei mezzi rispetto ai fini (secondo un canone di razionalità strumentale dell'agire), ma anche di necessità e di ponderazione degli interessi (secondo un canone di razionalità assiologica dell'agire); in questa luce il giudice seleziona le ragioni economiche ammissibili a far retrocedere il diritto alla stabilità dell'impiego. Il valore della stabilità dell'impiego è diventato un principio intrinseco al nostro ordinamento giuridico e ha condotto all'affermazione di limiti esterni ed interni al potere imprenditoriale. I limiti esterni si devono conciliare con i diritti dei lavoratori, diritti che non devono e non

possono essere compromessi, o non possono essere compromessi oltre una determinata soglia, dalle scelte imprenditoriali. I limiti interni sono, invece, collegati alle logiche di funzionamento dell'organizzazione dell'impresa intesa sia in termini produttivi, sia in termini di risorse umane che vengono impiegate.

5. L'adibizione a mansioni diverse: l'obbligo di repechage

Come già accennato nel paragrafo precedente, uno dei presupposti di legittimità del licenziamento consiste nella prova, da parte del datore di lavoro, dell'impossibilità di utilizzare utilmente il lavoratore contro cui è rivolto il provvedimento espulsivo, in mansioni equivalenti all'interno dell'organizzazione: si tratta del cd. obbligo di repechage.

L'obbligo di ricollocamento, che è parte integrante del modello di controllo del giudice sull'effettività e veridicità delle ragioni addotte a giustificazioni del licenziamento, consiste nell'imporre al datore di lavoro la prova dell'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni "diverse", intendendo per tali quelle di equivalente contenuto professionale e, talvolta, anche quelle inferiori.

Merita qui di essere specificato che il conferimento dell'attività lavorativa all'interno dell'impresa, infatti, avviene attraverso l'esplicazione strumentalmente necessaria di specifici compiti, attività ed incarichi professionali, riassumibili nel termine, giuridicamente d'uso comune, di "mansioni".

L'assegnazione delle mansioni ad un determinato lavoratore è caratterizzato dal principio della contrattualità: è fondamentale l'accordo bilaterale in ordine all'oggetto della prestazione, per la cui fruizione da parte del datore di lavoro viene ad instaurarsi lo specifico contratto di scambio, caratterizzato corrispettivamente da retribuzione e diritti normativi per il lavoratore. Il principio contrattualistico in ordine all'oggetto della prestazione lavorativa trova la sua condizione legale nell'articolo 96 delle disp. att. c.c., ove il legislatore, onde evitare genericità, dispone che l'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto.

Durante lo svolgimento del rapporto di lavoro, però, è frequente l'assegnazione di compiti diversi dagli originari, per effetto dell'esercizio del cd. ius variandi del datore di lavoro

Nonostante il suo impiego ormai costante da parte della giurisprudenza, il presupposto giuridico di tale istituto è ancora poco chiaro. Condivisa è l'opinione in base alla quale il tentativo di repaceage debba avvenire nell'ambito dell'intero complesso aziendale e non soltanto nell'unità produttiva alla quale il soggetto è addetto. Uno degli indizi di cui si avvale la giurisprudenza per confermare l'adempimento dell'obbligo di ricollocamento è quello di verificare l'inesistenza di assunzioni successive in posizioni organizzative equiparabili a quelle precedentemente occupate dal lavoratore licenziato. Infatti, questo è considerato indicativo del fatto che il dipendente espulso non avrebbe potuto continuare a collaborare proficuamente e utilmente all'interno dell'impresa.

Il licenziamento dovrebbe, quindi, rappresentare il rimedio estremo a qualsiasi tentativo di ricollocamento del dipendente all'interno dell'impresa. L'intero modello elaborato dalla giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo ruota attorno al concetto in base al quale il licenziamento per ragioni economiche è considerato "quale rimedio ultimo e necessario al fine di soddisfare le esigenze dell'impresa di carattere produttivo ed organizzativo, non altrimenti risolvibili. In altre parole, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è ritenuto legittimo dalla dottrina maggioritaria e dall'unanime giurisprudenza solo quando non sia possibile dispiegare misure alternative finalizzate a salvaguardare la stabilità del posto di lavoro nell'organizzazione data.

Nel corso del tempo, sulla base della lettura del licenziamento quale extrema ratio è stato elaborato un modello di controllo giudiziale basato su due pilastri: il primo consiste nella verifica, da parte del giudice, della sussistenza del puntuale ed effettivo nesso di causalità tra decisione imprenditoriale e il licenziamento, come già illustrato nel terzo paragrafo; il secondo pilastro consiste, invece, in ottemperanza a quanto disposto dall'articolo 2103 del c.c.173 nell'obbligo in capo al datore di lavoro, di dimostrare l'impossibilità di occupare il dipendente licenziato in altre posizioni

lavorative equivalenti. Solo nell'ipotesi in cui “il cd. ripescaggio (o repechage) non sia possibile, il recesso sarà considerato legittimo. Allo stato attuale, non è ancora chiaro se l'adibizione a mansioni inferiori sia una mera facoltà o se, al contrario, si tratti di un vero e proprio onere in capo al datore di lavoro recedente perché alcune pronunce giurisprudenziali optano per la facoltà, in altre si ravvisa l'esistenza di un obbligo. In ogni caso, l'eventuale demansionamento del lavoratore deve risultare da atto scritto tra le parti, nello specifico, tra il datore di lavoro e il dipendente.

L'adibizione a mansioni inferiori deve rappresentare il caso limite, ammissibile solo ed esclusivamente al fine di tutelare il posto di lavoro. È precluso al giudice ogni sindacato circa i profili dimensionali e organizzativi dell'impresa. È scelta esclusivamente riservata all'imprenditore quella di stabilire la giusta dimensione della propria azienda in relazione alle esigenze del mercato. L'interprete deve comunque verificare, innanzitutto, che non sia possibile assegnare al lavoratore mansioni a contenuto professionale equivalente o equiparabile rispetto a quello caratterizzante le mansioni per le quali il dipendente è stato assunto o di ultima assegnazione; in secondo luogo, in mancanza di mansioni equivalenti a cui adibire proficuamente e utilmente il lavoratore all'interno dell'organizzazione, l'autorità giudicante deve accertare che il datore di lavoro abbia proposto delle mansioni inferiori e che il dipendente si sia espressamente rifiutato di svolgerle. Quindi, è onere del datore di lavoro, anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria, dimostrare l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in altri rami aziendali o, in caso di demansionamento, l'imprenditore recedente deve dimostrare al lavoratore che la dequalificazione costituisce la soluzione estrema per evitare il recesso.

Solo in caso di rifiuto espresso da parte del dipendente ad essere adibito a mansioni inferiori, l'obbligo di repechage è considerato assolto e il licenziamento è legittimo. Per quanto concerne il problema della ripartizione dell'onere della prova declinato nel cd obbligo di repechage, una parte della giurisprudenza, dopo aver specificato che la prova di un fatto negativo (cioè l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti) non può che vertere sui fatti positivi corrispondenti, qui, nello specifico, che le posizioni di lavoro riguardanti mansioni equivalenti fossero tutte stabilmente

occupate nel momento in cui si è verificato il licenziamento e che, dopo quest'ultimo, e per un congruo arco di tempo, il lavoratore non sia stato sostituito da un nuovo assunto o da un lavoratore atipico, ribadisce sì, in via di principio, che l'onere della prova anche per questo aspetto grava sull'imprenditore recedente, ma precisa altresì che tale obbligo è circoscritto nei limiti delle allegazioni del lavoratore. Dunque, è onere del dipendente licenziato ; egli è tenuto a dedurre in giudizio elementi utili ad individuare posizioni lavorative equivalenti idonee ad essere potenzialmente e proficuamente occupate o a indicare almeno il settore o il reparto all'interno dei quali il suo ricollocamento può avvenire. Ne consegue che il datore di lavoro recedente non è più obbligato a dimostrare che, nell'intera organizzazione, non esistono posizioni lavorative potenzialmente disponibili, ma può limitarsi a dimostrare che le specifiche posizioni indicate dal lavoratore sono stabilmente occupate da altri dipendenti o richiedono lo svolgimento di mansioni diverse e non equiparabili rispetto a quelle del lavoratore licenziato.

La comunicazione del datore di lavoro deve essere contingente alla decisione di sopprimere quella specifica posizione lavorativa, perché le ragioni oggettive devono sussistere al momento dell'intimazione del recesso. Quindi, diviene essenziale il momento in cui l'imprenditore decide di comunicare la propria attuale esigenza di dover procedere ad un riassetto organizzativo dal quale consegue l'eliminazione del posto di lavoro; fondamentale è anche il contenuto di tale comunicazione dal quale deve inequivocabilmente risultare l'intenzione dell'imprenditore e l'esigenza in questione deve essere strettamente necessaria, non rinviabile nel tempo.

Vi sono sentenze “dirette a ricondurre il repechage nell'ambito del nesso causale, di cui esso finisce per concretare l'aspetto negativo: se, sul piano positivo, si deve verificare che il licenziamento colpisca quel determinato lavoratore, e non altri, proprio e soltanto perché la modifica dell'organizzazione rende inutili le sue mansioni specifiche, al tempo stesso, sul piano negativo, si può escludere che il licenziamento colpisca quel lavoratore per ragioni diverse, non correlate alla sua professionalità, solo se risulti che in nessuna divisione dell'impresa quella professionalità è ancora utilizzabile, perché non sono presenti e/o disponibili posizioni lavorative nelle quali si

esplichino identiche o analoghe mansioni. Tuttavia, l'obbligo di ricollocamento opera entro limiti ben definiti. In primo luogo, per la giurisprudenza costante, si ha riguardo sia alla struttura organizzativa esistente nel momento in cui il datore di lavoro decide di licenziare un determinato dipendente sia alle posizioni lavorative che, in quello stesso momento, risultano vacanti e, quindi, potenzialmente assegnabili; nonostante ciò, il datore di lavoro non è in alcun modo tenuto a modificare l'organizzazione per creare ex novo un posto in cui collocare il lavoratore in esubero. Poiché nel settore privato, a differenza di quello pubblico, non esiste una struttura organizzativa rigida, determinata a priori, sono considerate posizioni vacanti sia quelle che si sono rese disponibili già prima del licenziamento (per esempio a seguito di dimissioni o del pensionamento di alcuni lavoratori), sia quelle che il datore di lavoro riassegna procedendo a delle nuove assunzioni a breve distanza di tempo dal licenziamento, ma con la precisazione che ,pur in questi limiti, sono escluse le mansioni che impongono all'imprenditore una retribuzione più elevata a favore del lavoratore e quindi, in sostanza, un maggior onere economico per il primo.

6. La procedura conciliativa preventiva

A seguito della riforma del mercato del lavoro, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la legge 28 giugno 2012, n. 92 introduce l'obbligo di una procedura preventiva "di conciliazione", così definita dal linguaggio della stessa legge. Si tratta di un procedimento prodromico rispetto all'intimazione di recesso da parte del datore di lavoro diretta "ad attivare un confronto fra lavoratore e azienda in ordine ai presupposti del licenziamento e alle possibili soluzioni alternative, alla presenza e con il supporto dell'autorità amministrativa preposta".

La previsione di tale procedura di consultazione, che non può essere ricondotta al profilo dei rimedi al licenziamento illegittimo perché nulla ha di sanzionatorio, è, però, significativa per coloro che si prefiggono di stabilire i nuovi contorni della fattispecie del licenziamento economico, a seguito delle novità introdotte dalla riforma Fornero sul tema della cd. flessibilità in uscita. Prima della citata riforma, infatti, gli oneri di motivazione, rispetto a questa tipologia di licenziamento, erano sottodimensionati se

messi a confronto con gli oneri imposti dalla legge e dalla giurisprudenza nelle altre ipotesi di licenziamento. L'articolo 2 della legge 604/1966, applicabile al licenziamento per ragioni oggettive, imponeva al datore di lavoro di dichiarare i motivi addotti a giustificazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo solo a seguito di una specifica richiesta del lavoratore, richiesta eventualmente successiva rispetto al ricevimento della comunicazione del recesso del datore di lavoro.

Ante riforma il regime del licenziamento economico si contraddistingueva per la singolare marginalità dell'aspetto relativo alla dichiarazione dei motivi, profilo invece rilevante nella prospettiva, pure adottata dalla legge italiana, di subordinare la legittimità del licenziamento a un giudizio circa l'esistenza di ragioni giustificatrici a monte del recesso. Non è però detto che l'obiettivo sia stato raggiunto e, certamente, la debolezza delle sanzioni previste nel caso di mancato esperimento di questa procedura preventiva rafforza l'opinione circa l'esistenza di una volontà regolativa che non si sarebbe tradotta in atto concreto.

La riscrittura dell'articolo 7 della legge 604, volta a garantire al lavoratore un confronto dialettico sulle possibili alternative al licenziamento per ragioni di tipo oggettivo prima della comunicazione dell'eventuale recesso da parte del datore di lavoro, “vorrebbe” liberare la fattispecie causale da quelli che appaiono pesanti incrostazioni, e ricondurre la negoziazione sulle possibili soluzioni alternative al recesso nell'alveo delle regole di tipo formale/procedurale che tipicamente, ormai, in diversi casi conformano l'esercizio delle prerogative imprenditoriali.

La procedura obbligatoria di conciliazione è necessaria nel caso in cui il datore di lavoro intenda effettuare più licenziamenti individuali nell'arco temporale di 120 giorni anche per i medesimi motivi senza raggiungere la soglia di cinque; in questo caso si è in presenza di “recessi plurimi” dettati da esigenze oggettive dell'azienda, tutti ricadenti nella procedura prevista per i licenziamenti individuali e non in quella disciplinata dall'art. 4 della L. n. 223/1991. Qualora la Direzione territoriale del lavoro si accorga che il datore di lavoro ha chiesto più di quattro tentativi di conciliazione per i medesimi motivi, deve ritenere non ammissibile la procedura, invitando la parte datoriale ad attivare la procedura prevista per la riduzione collettiva di personale disciplinata dalla

L. 223/1991. La procedura pone un intervallo temporale tra il momento in cui il datore di lavoro manifesta la propria volontà di recedere dal rapporto – comunicata al lavoratore interessato - e quello nel quale il licenziamento esplica i propri effetti. Questo lasso di tempo può avere una propria “utilità” in quanto consente alle parti di confrontarsi presso una sede che offre garanzie di terzietà e di trovare soluzioni alternative al licenziamento.

Quanto appena esposto implica la necessità di un concreto coinvolgimento dell'Ufficio e delle proprie articolazioni interne, non soltanto nella fase della trattativa, ma anche in quella di supporto (segreteria, protocollo, senza “tempi morti”) e di chiarificazione dei contenuti attraverso le strutture impegnate ad informare l'utenza (Ufficio relazioni con il pubblico, Ispettore di turno, ecc.).

L'articolo 1, comma 40, della legge 92/2012, modificando l'articolo 7 della legge 604/1966, puntando ad una deflazione del contenzioso in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dispone che, nel momento in cui il datore di lavoro, che ha i requisiti dimensionali previsti dal nuovo comma 8 dell'articolo 18 della legge 300/1970 (meglio nota come Statuto dei lavoratori), intende intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, egli ha l'obbligo di comunicare necessariamente la sua intenzione all'Istituto Nazionale del lavoro (INL) territorialmente competente in ragione del luogo nel quale il lavoratore presta la sua attività e tale decisione deve essere trasmessa, per conoscenza, anche al lavoratore interessato.

La comunicazione deve essere effettuata per iscritto e inviata all'INLL tramite raccomandata con avviso di ricevimento (come previsto dall'articolo 410 c.p.c. nella versione riformata dall'articolo 31 della legge n. 183/2010) ; in ogni caso, si ritiene pienamente valida anche se inviata all'INL attraverso “posta elettronica certificata”. La comunicazione ha un'importanza fondamentale e deve presentare caratteristiche specifiche, in quanto l'imprenditore ha già preventivamente individuato il soggetto nei confronti del quale l'azione di recesso deve essere esercitata, nel pieno rispetto dei principi di correttezza e buona fede. Il contenuto della comunicazione deve far riferimento all'intenzione di procedere al licenziamento per g.m.o. e deve indicare: i

motivi oggettivi che supportano la decisione di procedere al licenziamento da parte del datore di lavoro, le eventuali misure di assistenza finalizzate alla ricollocazione del lavoratore interessato, l'indirizzo di posta elettronica certificata. La comunicazione si ritiene validamente trasmessa nei confronti del lavoratore se spedita al domicilio indicato nel contratto di lavoro o ad altro domicilio che lo stesso abbia formalmente comunicato, ovvero quando gli è consegnata a mano; in quest'ultimo caso è necessaria la sottoscrizione per ricevuta da parte del lavoratore.

Non è chiaro se, nel caso in cui il lavoratore si rifiuti di sottoscrivere per ricevuta, la consegna possa essere provata per testi. In questo caso, come in quello del preavviso di licenziamento, è ovviamente ammessa la notifica che rappresenta, di per sé, una complicazione, ma che semplifica notevolmente la prova della data di consegna al destinatario. Dalla data di ricezione della comunicazione trasmessa da parte del datore di lavoro all'Ufficio si intende dunque avviata la procedura in esame; come già ribadito, essa è trasmessa “per conoscenza” anche al lavoratore e pertanto, ai fini dell'individuazione del momento di avvio della procedura, si considera la data di ricezione da parte dell'INL.

I tempi previsti per lo svolgimento del tentativo di conciliazione sono obiettivamente ristretti e, in quest'ottica, il comma 3 del nuovo articolo 7 della legge 604/1966 prevede un preciso obbligo in capo all' INL che ha ricevuto la comunicazione datoriale: entro il termine perentorio di sette giorni dalla ricezione dell'istanza (termine improrogabile perché così definito dalla legge) essa deve convocare le parti avanti alla commissione provinciale di conciliazione. A cadenza almeno settimanale l'INL provvederà inoltre a comunicare ai componenti della commissione i nominativi delle parti convocate presso la stessa commissione per il tentativo di conciliazione. Il termine perentorio di sette giorni finisce per essere cruciale perché condiziona in modo determinante la procedura. La Direzione territoriale del lavoro, infatti, se non riesce a far recapitare la convocazione entro quel termine, incorre in una decadenza insanabile: infatti, il datore di lavoro, decorso quel termine, è legittimato a procedere al licenziamento del lavoratore anche se il tentativo di conciliazione, in realtà, non c'è mai stato.

La commissione provinciale di conciliazione, istituita ex art. 410 c.p.c., è costituita da un funzionario dell'INL delegato dal proprio Dirigente, da un rappresentante di parte datoriale e da un rappresentante di parte sindacale nominati dalle organizzazioni datoriali e sindacali maggiormente rappresentative a livello territoriale. La nota dell'INL, indicante il giorno e l'ora della convocazione, deve essere trasmessa con la massima celerità, tramite lettera raccomandata o preferibilmente attraverso "posta elettronica certificata".

Una volta pervenuta la richiesta, la convocazione delle parti va fatta con immediatezza, indicando una data ravvicinata per l'incontro e, se possibile, prevedendo riunioni "straordinarie" dell'organo conciliativo. Fissare la convocazione delle parti, pur rispettando il termine perentorio di sette giorni dalla richiesta, ma entro un limite temporale che va oltre i venti giorni dalla convocazione, significa vanificare la procedura conciliativa. Perciò questi Uffici devono organizzarsi in modo tale da poter assolvere a questo onere imposto dalla legge e dell'osservanza di queste indicazioni si terrà conto ai fini della valutazione del comportamento organizzativo dei Dirigenti delle rispettive strutture.

Nel giorno e nell'ora fissata dalla lettera di convocazione trasmessa dall'INL, le parti interessate sono invitate a presentarsi avanti all'organo conciliativo. L'eventuale assenza non giustificata di una delle stesse determina la redazione di un verbale di assenza. Ovviamente, si ha motivo di ritenere che l'assenza del lavoratore abilita la parte datoriale ad attuare il recesso, ma la stessa cosa non può dirsi in caso di mancata presenza del datore di lavoro. ai sensi dell'articolo 7, ottavo comma, il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, assume poi rilievo in sede di giudizio, dovendo il giudice tenerne conto sia ai fini della quantificazione dell'indennità risarcitoria nel caso in cui il licenziamento fosse giudicato illegittimo in sede di impugnazione, sia ai fini della determinazione dell'ammontare delle spese legali: aspetti che richiedono una spiegazione tecnica al lavoratore e, soprattutto, possono rendere necessaria la richiesta di verbalizzazioni concepite anche in previsione di una loro rilevanza in sede di giudizio. Al riguardo va

puntualizzata la possibilità che le parti siano o meno presenti avanti alla commissione di conciliazione o possano farsi rappresentare da un soggetto terzo munito di delega.

La delega può essere autenticata secondo le modalità attualmente in vigore (delega sottoscritta dalla parte, unitamente a copia del documento di identità, ovvero autentica rilasciata dallo stesso avvocato che rappresenti ed assista il proprio cliente). Pur non escludendo che le parti possano delegare altre persone alla trattazione, la necessità della loro effettiva presenza è rafforzata dal fatto che, nel corso della discussione, si possono prospettare possibili soluzioni alternative al licenziamento e quindi si ritiene opportuno che i diretti interessati siano tutti presenti e, in particolar modo, il lavoratore. Quest'ultimo aspetto si evince anche dal fatto che, non a caso, il comma 9 dell'art. 7 prevede che la procedura possa essere sospesa per un periodo massimo di quindici giorni se il lavoratore non possa presenziare alla riunione, di cui al comma 3, in caso di legittimo e documentato impedimento (anche autocertificabile). Quest'ultimo, che può consistere in uno stato di malattia, ma anche in un motivo diverso attinente alla sfera familiare, deve trovare la propria giustificazione in una tutela prevista dalla legge (ad esempio, un intervento di assistenza ex L. n. 104/1992) o dal contratto.

Il motivo va comunicato alla commissione provinciale di conciliazione che ha la "regia" della procedura e che, se lo ritiene opportuno, accorda la sospensione per il tempo richiesto. D'altro canto, il "costo" relativo al periodo della procedura è a carico del lavoratore, poiché il comma 41 dell'articolo 1 della legge 92/2012 prevede che il licenziamento espliciti i suoi effetti dal giorno della comunicazione con cui il procedimento è stato avviato ossia dal giorno di ricezione, da parte della DTL, della comunicazione datoriale relativa al "preavviso di licenziamento", ed il periodo nel frattempo intercorso, nel quale, di regola, il dipendente prosegue la prestazione lavorativa alle dipendenze dell'imprenditore, si considera come "preavviso lavorato". Naturalmente l'eventuale proroga comporta l'automatica proroga del divieto di licenziamento. La procedura di conciliazione ha tempi prestabiliti, nel senso che eventuali atteggiamenti dilatori non sono consentiti. Essa deve concludersi entro venti giorni dal momento in cui la DTL ha trasmesso la convocazione per l'incontro, salvo che

le parti, di comune accordo, anche su proposta dell'organo conciliativo, decidano di proseguire il tentativo perché reputano strettamente necessario un allungamento dei tempi. Tale richiesta di "sforamento" dei tempi prestabiliti deve risultare da un verbale di riunione interlocutorio ed, ovviamente, tutto ciò non ha riflessi sull'esito della procedura, la quale può concludersi ugualmente in senso negativo, cioè con la mancata conciliazione.

Questo implica che: il termine si calcola dalla data di convocazione e, quindi, all'interno dei venti giorni, vanno compresi anche quelli necessari alla ricezione della lettera raccomandata (nel caso in cui sia possibile il doppio invio per posta elettronica certificata il problema non si pone); la DTL deve necessariamente fissare l'incontro in tempi assai ravvicinati per permettere alle parti un reale confronto. La Commissione territoriale del lavoro, infatti, ha compiti non solo meramente certificativi, ma anche propositivi. L'obiettivo da perseguire da parte della DTL è proprio quello di consentire alle parti del contratto di confrontarsi presso una sede terza e quindi imparziale e di trovare possibili soluzioni alternative al recesso.

Ad essa è quindi richiesta una partecipazione attiva nel corso della procedura; questo implica, da parte sua, una capacità mediatrice sia in ordine all'accordo sull'indennità incentivante, sia con riferimento alla proposizione di soluzioni alternative al recesso come, ad esempio, l'offerta di collaborare autonomamente, la riduzione dell'orario di lavoro, il trasferimento, il distacco temporaneo, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, talvolta anche inferiori, senza la necessità di una formalizzazione di una vera e propria proposta conciliativa.

É evidente che, se si vuole evitare che la procedura di conciliazione preventiva si trasformi in un inutile passaggio formale o che si prolunghi più del necessario, le DTL devono attrezzarsi sia per lo svolgimento tempestivo delle procedure, sia per adottare efficienti comunicazioni (la legge stabilisce che la convocazione pervenga al datore di lavoro entro sette giorni; ciò può facilmente verificarsi utilizzando strumenti creati dall'innovazione tecnologica, quali, ad esempio, la posta elettronica certificata). Nella mente del legislatore, l'accordo conciliativo ha ad oggetto esclusivamente la risoluzione del rapporto e gli aspetti ad essa connessi. Ovviamente non è inibito alle

parti includere nell'accordo altri argomenti, come eventuali domande di pagamento delle differenze retributive conseguenti all'accertamento del carattere subordinato di un rapporto di lavoro erroneamente qualificato come autonomo, il trattamento di fine rapporto o il risarcimento del danno conseguente ad un licenziamento ingiurioso o discriminatorio, anche se una simile estensione a tali materie richiede un'approfondita anamnesi del rapporto intercorso sia da parte del lavoratore, sia da parte del suo legale. La cosa appare fattibile purché ci sia la consapevolezza del lavoratore in merito alla definitività della questione e la sua conseguente inoppugnabilità ex art. 410 c.p.c..

Ovviamente, nel caso in cui dalla discussione risulti che tale requisito non ci sia, è necessario “stralciare” la parte relativa alla chiusura delle pendenze economiche e concentrarsi soltanto sull'obiettivo della procedura, cioè il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Vista la ristrettezza dei tempi della procedura, però, è preferibile richiedere che l'eventuale accordo sia circoscritto al tema introdotto dalla comunicazione del datore di lavoro di procedere al recesso.

Si rende quasi sempre necessario chiedere un rinvio della seduta per permettere una attenta verifica degli eventuali diritti del lavoratore, ed in ogni caso evitare di formulare rinunce di carattere generale che comprendano anche aspetti di difficile valutazione quali, ad esempio, la presenza di possibili malattie professionali o comunque di danni alla salute.

Pertanto, nel caso in cui non si riesca a raggiungere un accordo perché il datore di lavoro pretende di ottenere anche una rinuncia del lavoratore ad ogni pretesa relativa al rapporto che va ad estinguersi, ed il lavoratore non sia a ciò disposto, la responsabilità del mancato accordo ai fini della sua valutazione nel successivo giudizio deve essere attribuita alla parte datoriale; anche in questo caso è opportuno annotare specifiche dichiarazioni nel verbale che viene redatto durante la procedura.

Al termine della procedura, se fallisce il tentativo di conciliazione a causa del mancato accordo tra le parti, o dell'abbandono o dell'assenza da parte di una di esse (fatti che vanno evidenziati nel relativo verbale) o perché sono decorsi infruttuosamente i sette giorni dall'invio della comunicazione alla DTL e quest'ultima non abbia disposto, entro tale termine, e per una qualsiasi ragione, la convocazione

delle parti, il datore di lavoro può regolarmente procedere al licenziamento del lavoratore individuato. La Commissione di conciliazione è tenuta a redigere un verbale di mancato accordo che, ai sensi del nuovo articolo 7, comma 8, della legge 604/1966, non può essere generico e privo di contenuti.

Il Legislatore stabilisce che “il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell’indennità risarcitoria di cui all’art. 18, settimo comma, della legge n. 300/1970 e per l’applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile”. Dal verbale si deve desumere, con sufficiente approssimazione, il comportamento tenuto dalle parti nella fase conciliativa. Ciò non significa che, necessariamente, si dovranno riportare tutte le questioni sollevate, ma dall'atto dovranno emergere alcune questioni sostanziali riferibili. Infatti, non solo il giudice può tenerne conto ai fini della condanna alle spese di causa, ma anche per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, comma 8, St. Lav.

Di conseguenza, il comportamento tenuto dalle parti diviene uno dei principali parametri che, opportunamente bilanciato con gli altri, deve essere tenuto in debito conto nella successiva causa di impugnazione del licenziamento. È evidente che si è in presenza di una procedimentalizzazione dell'atto tramite il quale il datore di lavoro esercita il suo potere di recesso, richiedendo per il suo perfezionamento il previo esperimento del tentativo di conciliazione; in mancanza di quest'ultimo la fattispecie è incompleta. Il datore di lavoro recedente, se vuole modificare il motivo, deve nuovamente esperire il tentativo di conciliazione. Nel corso del pur breve periodo di tempo che deve intercorrere tra la manifestazione in forma ufficiale della volontà di porre in essere il licenziamento e la sua effettiva intimazione, si possono verificare degli eventi impeditivi che modificano la situazione, rendendo non più legittimo il licenziamento che lo sarebbe stato al momento dell'annuncio. Potrebbe accadere che, nell'intervallo di tempo che intercorre tra la comunicazione e l'intimazione del licenziamento, sopraggiungano eventi quali la malattia, la gravidanza o il preannuncio del matrimonio tramite l'affissione delle pubblicazioni. Per far fronte a queste possibili

situazioni, è stato aggiunto all'articolo 1 il comma 41, nel quale è stabilito che “gli effetti del licenziamento retroagiscono al momento in cui il datore di lavoro comunica la sua intenzione alla Direzione territoriale del lavoro e al lavoratore interessato”.

Da ciò si desume che a rilevare non è la situazione in essere al momento del licenziamento, ma quella nella quale il lavoratore si trova quando riceve l'annuncio. Lo stato oggettivo di gravidanza, le pubblicazioni di matrimonio o la malattia, verificatesi dopo la comunicazione che segna l'avvio al tentativo di conciliazione, non devono incidere sulla validità del licenziamento, anche se sono in atto quando quest'ultimo è intimato.

Affinché il licenziamento sia nullo o inefficace occorre che questi eventi impeditivi siano presenti già al momento dell'annuncio. Come già esposto, il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come “preavviso lavorato”, con corrispondente riduzione della relativa indennità in ragione della retribuzione corrisposta nello stesso periodo. La disposizione ha lo scopo di individuare una data “legale” di risoluzione del rapporto ed ha un obiettivo precipuo di evitare possibili rallentamenti procedurali legati all'insorgere di una malattia che, inevitabilmente, rinvierebbe l'efficacia del recesso al termine della stessa. Il tentativo di conciliazione può concludersi positivamente e le soluzioni possono essere svariate, anche alternative alla risoluzione del rapporto. In questo caso la commissione procede a verbalizzare i contenuti (come, ad esempio, nel caso di trasferimento o di trasformazione del rapporto da full time a part-time) che divengono inoppugnabili, trattandosi di una conciliazione avvenuta ex art. 410 c.p.c.228”.

Se, invece, si arriva ad una risoluzione consensuale del rapporto, la commissione ne deve dare atto nel verbale riportandone tutti i contenuti, compresi quelli di natura economica. La risoluzione consensuale del rapporto al termine della procedura conciliativa è una delle ipotesi individuate dall'articolo 7, comma 7, della L. n. 604/1966, che derogando alla disciplina ordinaria, riconosce al lavoratore il diritto a percepire l'indennità della nuova Assicurazione Sociale per l'impiego (NASpi) destinata a sostituire la “vecchia” indennità ordinaria di disoccupazione o l'affidamento del lavoratore ad agenzie del lavoro finalizzate alla ricollocazione.

La risoluzione consensuale del rapporto pone un'ulteriore questione correlata all'articolo 4, comma 17, secondo il quale l'efficacia delle dimissioni o della risoluzione consensuale del rapporto è sospensivamente condizionata alla convalida effettuata presso la DTL o il Centro per l'impiego territorialmente competente o presso la sede territoriale individuata dalla contrattazione collettiva o, in alternativa, attraverso la firma apposta in calce alla ricevuta di trasmissione della comunicazione di cessazione del rapporto di lavoro inviata ai servizi telematici per l'impiego. Infine, opinabile appare la sanzione prevista per la mancata attivazione del tentativo di conciliazione da parte del datore di lavoro, sanzione che si riduce alla mera indennità risarcitoria di entità compresa fra le sei e le dodici mensilità di retribuzione globale di fatto, pur potendo il lavoratore far valere, in ogni caso, il difetto sostanziale di giustificazione del licenziamento. La fase dialettica ha un ruolo fondamentale nell'eventuale contenzioso successivo, che verrà attivato dal lavoratore nel caso in cui non si giunga a una risoluzione consensuale del rapporto. Il giudice, ove si convincesse dell'ingiustificatezza del licenziamento e dovesse condannare il datore di lavoro, dovrebbe infatti tenere conto del comportamento delle parti e delle proposte transattive formulate, e magari respinte, ai fini della graduazione della sanzione economica e ai fini della distribuzione delle spese del giudizio. Dunque, il datore di lavoro dovrà porre la massima attenzione in ordine all'eshaustività delle motivazioni e degli argomenti forniti in sede conciliativa, tenendo in considerazione anche la non secondaria circostanza per cui spesso il lavoratore, appartenente a una delle coorti protette dai criteri di discriminazione vietata, potrà opporre alle ragioni addotte dal datore la discriminazione che, in quanto tale, quasi mai è oggetto di prova diretta, ma emerge piuttosto come ipotesi verosimile, e nella veste della presunzione, laddove gli elementi addotti a sostegno del licenziamento si rivelino deboli e per nulla persuasivi”.

CAPITOLO SECONDO

Le principali fattispecie di licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. Le ipotesi riconducibili all'impresa

Come più volte ribadito nel corso del primo capitolo, il giustificato motivo oggettivo consiste in “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. Si tratta di ragioni tecnico-produttive riguardanti il tipo di produzione o il mercato, oppure le modalità di organizzazione del lavoro. In giurisprudenza è assai varia la casistica relativa all'identificazione delle ragioni riconducibili alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo. In particolare si tende a distinguere le ipotesi riconducibili all'impresa dalle ipotesi attinenti alla sfera personale del lavoratore che si ripercuotono sul regolare funzionamento dell'attività produttiva. Il primo paragrafo delinea, quindi, le principali fattispecie attinenti all'impresa e i problemi specifici che esse pongono.

1.1 La soppressione del posto e il riassetto organizzativo

Le esigenze inerenti all'attività produttiva possono richiedere la soppressione di un determinato posto di lavoro in quanto divenuto superfluo a seguito di nuove scelte produttive o di una riorganizzazione del lavoro operata dall'imprenditore. Tali caratteristiche distinguevano il licenziamento per soppressione del posto ai sensi dell'art. 3, legge n. 604/1966 dalla fattispecie del licenziamento collettivo, caratterizzato, invece, da un generico ridimensionamento. Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore della disciplina sul licenziamento collettivo di cui alla legge n. 223/1991, tale distinzione è venuta meno, in quanto non sussiste più tra i due istituti una differenza ontologica e qualitativa. Entrambi i licenziamenti sono caratterizzati da motivi non inerenti alla persona del lavoratore ed ai fini della configurabilità dell'uno o dell'altro tipo di licenziamento occorre verificare la sussistenza dei requisiti numerico-

temporali e della dimensione aziendale sanciti dall'art. 24, legge n. 223/1991 (cinque licenziamenti nell'arco di centoventi giorni). Ne consegue che rientrano nell'ambito della disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo anche i licenziamenti plurimi (cioè non collettivi ai sensi di legge) per riassetto organizzativo o dovuti alla decisione dell'imprenditore di affidare in esterno un segmento o una fase del proprio ciclo produttivo nonché i licenziamenti legati ad una semplificazione del lavoro attraverso l'impiego di macchine industriali od impianti robotizzati. Occorre chiarire che, "sul piano terminologico, prima di tutto, è improprio parlare, come fa la giurisprudenza, di "soppressione del posto". Un "posto" giuridicamente rilevante non esiste, esistono solo poteri (o libertà) datoriali che possono essere esercitati in conformità o difformità alle regole prescritte. Sul piano sostanziale, poi, l'articolazione concretamente assunta dall'organizzazione (la suddivisione in stabilimenti, sedi, reparti, uffici ecc.) - che pure rientra nella libertà del datore di lavoro conformare come meglio creda - non trova considerazione nelle norme e non può perciò costituire in sé fondamento o giustificazione di alcun atto di esercizio delle prerogative imprenditoriali. È ormai acquisito in giurisprudenza che il giustificato motivo oggettivo ricorre non solo quando venga modificata la componente materiale dell'organizzazione, come nell'ipotesi in cui le mansioni del dipendente siano soppiantate o ridotte dall'introduzione di nuovi macchinari o siano rese inutili dall'eliminazione di vecchie attrezzature o nel caso eclatante di cessazione dell'attività d'impresa, ma può consistere anche in una dismissione di fasi di attività verso l'esterno (per es. tramite il contratto di appalto), in una redistribuzione di compiti fra il restante personale in servizio rendendo così superflua la presenza del dipendente. In entrambi i casi infatti la riorganizzazione aziendale del complesso produttivo porta alla soppressione di un profilo lavorativo non indispensabile, in quanto i compiti in esso rientranti possono essere espletati utilmente dal datore di lavoro, ovvero da altri soggetti già presenti all'interno del complesso produttivo. L'ipotesi peraltro si interseca con il caso nel quale all'inserimento in azienda di un determinato tipo di macchinari o di sistemi produttivi segua non soltanto la soppressione di un certo numero di posti di lavoro, ma anche la creazione di nuove posizioni lavorative. Si deve ritenere che per il

numero di posti di lavoro soppressi a cui faccia riscontro la creazione di nuovi posti di lavoro non vi sia una riduzione di lavoro dell'impresa, ma soltanto una riorganizzazione dell'attività produttiva, cui fa riscontro una esigenza di personale invariata. Tuttavia la riorganizzazione comporta la scomparsa di alcune mansioni e l'inserimento di altre, le quali in astratto potrebbero essere attribuite, prima che a soggetti neoassunti, ai lavoratori il cui posto di lavoro sia stato soppresso. Una modifica dell'organizzazione viene in considerazione certo anche quando sia disposta la sostituzione di un lavoratore con un altro meno costoso.

A riguardo appare opportuno richiamare due decisioni della Cassazione dalle quali si evince tale principio. Nel primo caso la controversia in esame riguarda la sostituzione di un insegnante di scuola gestita da una congregazione religiosa con una suora appartenente alla stessa congregazione e non retribuita. In questo caso la Suprema Corte ha argomentato la sua decisione stabilendo che “non si tratta qui di una diversa organizzazione aziendale imposta dalle necessità finanziarie dell'impresa o anche più semplicemente dall'esigenza di produrre a costi più competitivi, ma si tratta di un risparmio sulla retribuzione del personale dipendente.

Se fosse ammissibile una motivazione siffatta per far cessare il rapporto di lavoro, verrebbe del tutto vanificato lo scopo di tutta la disciplina dei licenziamenti individuali, scopo che consiste nella tutela della stabilità del posto di lavoro per i dipendenti a tempo indeterminato. Se diventano rilevanti le economie sulle retribuzioni dei dipendenti, ogni datore di lavoro potrebbe licenziare i suoi lavoratori più anziani per sostituirli con quelli più giovani, che per ragioni di età e di carriera, hanno diritto a retribuzioni inferiori e precisa anche che la scelta di licenziare l'insegnante laica sarebbe stata legittima ove legata ad una diversa organizzazione aziendale, imposta dalle necessità finanziarie.. o. .dall'esigenza di produrre a costi più competitivi, e non ad un mero “risparmio sulla retribuzione dovuta al personale dipendente”. Nel secondo caso, la Cassazione con la sentenza 10 maggio 1986, n. 3127, ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto giustificato il licenziamento di lavoratori agricoli salariati fissi e successivamente sostituiti con dei braccianti avventizi per far fronte a picchi stagionali di produzione, dal momento che l'azienda agricola aveva

dimostrato l'esigenza di procedere ad una riorganizzazione del lavoro al fine di riequilibrare il rapporto tra costi e ricavi attraverso una riduzione degli oneri retributivi e previdenziali, pena l'espulsione dell'impresa dal mercato. Quindi, l'illegittimità del licenziamento a causa della sostituzione di un lavoratore con uno meno costoso permane nel caso in cui il datore di lavoro non sia in grado di dimostrare che il provvedimento espulsivo si inserisce nell'ambito di un più ampio processo di riorganizzazione produttiva dovuta ad una situazione di crisi o ad una ridotta produttività che rende non più sostenibile il costo del lavoro attuale. Tuttavia, i giudici della Suprema Corte ritengono che, ai fini della legittimità del licenziamento economico, il divieto di sostituzione vige solo con riferimento all'epoca del licenziamento e a quella immediatamente successiva: trascorso un congruo periodo di tempo, che la Cassazione ha ritenuto tale se di durata superiore agli otto mesi", il datore di lavoro può procedere ad effettuare nuove assunzioni per lo svolgimento di mansioni inerenti la posizione di lavoro soppressa. "Anche la modifica dell'estensione temporale dell'attività affidata al dipendente (da tempo pieno a part-time o viceversa può integrare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento; nello specifico, quando la riorganizzazione impone di ridurre la durata della prestazione lavorativa da tempo pieno a tempo parziale, è richiesto il rispetto dell'obbligo di *repechage*. Insomma, il giustificato motivo oggettivo è integrato tutte le volte che il datore di lavoro intervenga sulla sua organizzazione, materiale e personale, o anche si limiti a incidere solo su quest'ultima, riducendola (con un intervento puramente quantitativo) o ridistribuendo fra le varie componenti, interne o esterne, le fasi dell'attività (con un intervento anche qualitativo). Nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento rientra l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore, non pretestuosamente e non semplicemente per un incremento di profitto, bensì per far fronte a sfavorevoli situazioni – non meramente contingenti – influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva, ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, senza che sia rilevante la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, in quanto, una volta accertata l'effettiva necessità della contrazione

dei costi, in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in esso attuabile si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificata. Quindi, il riassetto organizzativo per una più economica gestione dell'azienda vale ad integrare il giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai sensi dell'articolo 3, legge 604/1966, restando insindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la relativa scelta imprenditoriale, senza che la necessaria verifica dell'effettività di tale scelta comporti un'indagine in ordine ai margini di convenienza e di onerosità dei costi connessi al sistema organizzativo modificato dall'imprenditore, atteso che la trasformazione ben potrebbe comportare un maggior costo, nella previsione di migliori risultati. La giurisprudenza distingue inoltre fra gli interessi dell'organizzazione produttiva come tale, ritenendo legittimi i riassetti che consentano "un'utile gestione dell'azienda nell'ambito dell'economia di mercato e l'interesse dell'imprenditore al profitto. La diminuzione del volume d'affari dell'impresa configura giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui la presenza del lavoratore incida effettivamente in modo negativo sul buon andamento della produzione e si manifesti non più proficuo per l'impresa in quanto causa di danno economico. Questo accade, senza dubbio, nel caso di cessazione definitiva dell'attività d'impresa ovvero quando si verifica una situazione di stasi produttiva irreversibile o che debba ritenersi immodificabile per un apprezzabile periodo di tempo.

Il licenziamento economico del dipendente, in questo caso, trova la sua giustificazione in un criterio di sana e responsabile amministrazione che gli organi della società non possono non adottare nel momento in cui constatano una sensibile diminuzione del volume d'affari e la conseguente necessità di ridurre i costi aziendali. Irrilevante è la mancata prova da parte del datore di lavoro dell'impossibilità di ricollocare il dipendente in un'altra posizione lavorativa all'interno dell'impresa poiché non si tratta di una diminuzione di attività limitata ad un singolo settore o reparto dell'azienda tale da determinare soltanto l'adozione di provvedimenti mirati ad una redistribuzione del lavoro, ma si è in presenza di un calo di attività che investe l'impresa nel suo complesso e che impone perciò, come unica misura necessaria alla salvaguardia dell'integrità aziendale, la riduzione del personale occupato. La disciplina

normativa si trova, pertanto, a dover contemperare due opposti interessi: da un lato l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, dall'altro quello dell'imprenditore a preservare le ragioni di funzionalità dell'organizzazione produttiva. Così, non integra un'ipotesi di giustificato motivo oggettivo la necessità di ridurre il numero di dipendenti per mantenere la natura di impresa artigiana al fine di fruire della più agevolata disciplina fiscale e contributiva propria delle imprese di tale natura. L'atto di licenziamento è infatti in contrasto con il principio di ordine pubblico economico che vieta la concorrenza fra lavoratori subordinati. Esiste un orientamento giurisprudenziale che si disinteressa completamente delle ragioni, che sono alla base della decisione organizzativa: non le ritiene rilevanti, non distingue fra le une e le altre, non ne indaga la veridicità, non ne chiede la prova. Un'altra corrente interpretativa, invece, ritiene di dover controllare se quelle ragioni siano effettive, serie, veritiere, univoche, rilevanti ecc.. Infine, secondo una terza posizione solo alcune ragioni (la riduzione dei costi per reagire ad una situazione di crisi), e non altre (il mero incremento dei profitti), possono sorreggere la decisione organizzativa. Il primo degli orientamenti richiamati è assolutamente da condividere: l'interesse posto a base delle posizioni del datore di lavoro, e implicato dal giustificato motivo oggettivo, è l'interesse all'organizzazione in sé, non il diverso interesse finale che con l'organizzazione ci si prefigge di raggiungere (un interesse economico se si tratta di imprese; un diverso interesse, sindacale, politico ecc. se si tratta di altre tipologie organizzative). Quest'ultimo rimane estraneo alla causa dell'atto di esercizio del potere o della libertà.

Non si può qui che ribadire che si tratta di una lettura non condivisibile, sia perché incompatibile con una interpretazione letterale delle norme in tema di giustificato motivo oggettivo, sia soprattutto perché non conciliabile con il sistema costituzionale. È molto comune che i giudici affermino l'insindacabilità nel merito della scelta organizzativa del datore di lavoro e cioè la totale irrilevanza delle modifiche che il datore intende apportare in concreto all'organizzazione. Spesso nelle sentenze si precisa, poi, che una valutazione di tal tipo non solo non è richiesta, ma non sarebbe in

nessun caso ammessa dall'ordinamento, perché risulterebbe inevitabilmente in contrasto con la libertà di iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41, comma 1, Cost.

Quest'ultima affermazione non può essere condivisa. È vero infatti, da una parte, che con il giustificato motivo oggettivo il legislatore non introduce regole di diligenza oggettiva – non fissa parametri di comportamento a cui il buon imprenditore (o organizzatore) debba attenersi – ma si limita a tutelare l'interesse all'organizzazione in quanto tale. Ed in questo senso l'orientamento giurisprudenziale che esclude ogni controllo sulla bontà delle decisioni imprenditoriali (o organizzative) è assolutamente corretto. Secondo l'opinione prevalente in giurisprudenza, nel nostro ordinamento i giudici ritengono non siano soddisfatti i requisiti del licenziamento economico solo in presenza di ragioni relative a un mero risparmio di costi, o una riorganizzazione aziendale volta all'incremento (e non solo alla salvaguardia) della competitività aziendale.

Quindi, come già esposto sopra, il licenziamento è da considerarsi illegittimo nel caso in cui si verifichi una mera sostituzione di un lavoratore con un altro nello svolgimento di determinate mansioni, che rimangono qualitativamente e quantitativamente immutate, mentre è legittimo nel caso in cui ricorra una diversa ripartizione di mansioni posta in essere nell'ambito di una nuova e diversa organizzazione di quel fattore della produzione che è la forza lavoro, riconducibile ad una scelta del datore di lavoro non meramente pretestuosa o simulata, ma rispondente a concrete esigenze aziendali.

In Italia il licenziamento per riorganizzazione aziendale è consentito, ma non per mero intento di incremento dei profitti, in quanto il giustificato motivo deve essere determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale a un incremento di profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che impongono una riduzione del personale. Per quanto riguarda i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare in seguito alla soppressione di determinate posizioni lavorative conseguenti alle modifiche organizzative apportate, essi risultano estranei

alla struttura del giustificato motivo oggettivo e intervengono a valle di esso. Si possono configurare due diverse situazioni: nell'ipotesi in cui la modifica organizzativa sia di tipo qualitativo, si concreti cioè nella eliminazione di una singola posizione lavorativa o di una serie di posizioni di lavoro tutte strettamente connesse ad una specifica attività o funzione, posizioni che richiedevano l'apporto di lavoratori dotati di precise professionalità e dunque immediatamente individuabili in relazione alle mansioni svolte si richiede la prova, da parte del datore di lavoro, che non esista alcuna altra posizione lavorativa equivalente, nell'ambito dell'organizzazione, cui il lavoratore possa essere adibito (cd. obbligo di *repechage*).

Nel secondo caso, il datore di lavoro decide genericamente di ridurre in senso quantitativo la propria organizzazione complessiva o di ridurre la consistenza di una o più sue articolazioni, cui siano addetti lavoratori fungibili, con mansioni generiche e non caratterizzate, di modo che non siano immediatamente individuabili, in connessione alle mansioni, i lavoratori da licenziare. La giurisprudenza più recente ritiene tuttavia che nemmeno in questi casi il datore di lavoro, pur nell'ambito determinato dalla sua decisione organizzativa e dunque pur in presenza di un nesso causale (nella dimensione positiva), possa essere ritenuto arbitro di dirigere il suo potere di recesso verso l'uno o l'altro lavoratore". Si ritiene che le clausole generali di correttezza e buona fede, in concorso con il criterio delle "esigenze dell'impresa", dei criteri comunemente definiti "sociali" dell'anzianità e dei carichi di famiglia, indirizzino la scelta dei lavoratori da licenziare su quelli ritenuti più forti nel mercato del lavoro, capaci cioè di trovare più rapidamente una nuova occupazione e su quelli gravati da minori responsabilità familiari, con l'obiettivo di ridurre l'impatto sociale della perdita del lavoro.

Si deve, però, precisare che l'onere che grava sul datore di lavoro di dimostrare che le posizioni lavorative riguardanti mansioni equivalenti fossero tutte stabilmente occupate all'epoca del licenziamento, e che dopo il suo recesso non sono state effettuate nuove assunzioni, è un onere circoscritto nei limiti delle allegazioni del lavoratore. Quest'ultimo può e deve "fornire elementi utili ad individuare l'esistenza di realtà idonee ad una sua possibile diversa collocazione". Il datore di lavoro recedente

deve quindi limitarsi a dimostrare che le specifiche posizioni indicate dal dipendente licenziato sono stabilmente occupate da altri lavoratori o richiedono il possesso di competenze e/o conoscenze che il lavoratore in questione non possiede.

1.2 Il trasferimento d'azienda

Prima di iniziare la trattazione dell'argomento, pare opportuno precisare che il trasferimento d'azienda configura un'ipotesi distinta dal trasferimento del lavoratore regolata dall'articolo 2103 del codice civile. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione rientrano nel concetto di trasferimento di azienda tutte quelle operazioni che comportino il mutamento nella titolarità dell'azienda, indipendentemente dal mezzo negoziale adoperato per conseguire detto risultato. Al fine di verificare l'ambito di applicazione della disciplina dettata in materia di trasferimento di azienda, occorre soffermarsi sulla distinzione tra trasferimento di azienda e cessione dei singoli beni. Secondo la Cassazione la nozione di trasferimento riguarda le ipotesi in cui la cessione abbia per oggetto un'entità economica ancora esistente, la quale con il trasferimento conservi la propria identità.

Nel caso, invece, di rami d'azienda, il trasferimento si configura nel caso in cui venga ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presenti quale entità dotata di propria autonomia organizzativa ed economica funzionale allo svolgimento di una attività volta alla produzione di beni e servizi. Si osserva che la Corte di Cassazione in merito alla nozione di ramo di azienda ha disatteso la definizione più dilatata formulata da due propri precedenti (Cassazione, 22 luglio 2002, n. 10701 e Cassazione, 23 luglio 2002, n. 10761) accogliendo, invece, una nozione più restrittiva. Ha osservato la Corte che una nozione allargata di trasferimento di ramo d'azienda, quale quella avvalorata da un contingente orientamento della giurisprudenza comunitaria, si presterebbe ad essere utilizzata per aggirare gli strumenti legislativi predisposti per i licenziamenti per riduzione di personale, legittimando attraverso il trasferimento, tutte le operazioni di esternalizzazioni di servizi, anche se consistenti nella semplice espulsione di quote di personale, evitando il costo sociale, ma anche economico, di un licenziamento collettivo e ribaltando, in tale modo, la tradizionale lettura delle norme poste a tutela

dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo, con il risultato di consentire all'impresa cedente di liberarsi di lavoratori esuberanti, trasferendoli alle dipendenze del cessionario senza l'osservanza dei noti criteri di scelta del personale posto in mobilità. La valutazione se ricorra o meno un trasferimento di azienda spetta al giudice del merito che dovrà accertare la volontà dei contraenti, l'oggetto specifico del contratto al fine di verificare se quei beni siano stati considerati nella loro autonoma individualità o piuttosto nella loro funzione strumentale e nello specifico caso di articolazione dell'azienda, se detto ramo prima della cessione possedeva vita propria, suscettibile di permanere inalterata una volta conferita a terzi. Con l'entrata in vigore del d. lgs. 10 settembre 2003, n. 276, il comma 5 dell'articolo 2112 c.c. è stato ulteriormente modificato. Il legislatore ha adottato una nuova nozione di ramo d'azienda definendolo come articolazione funzionalmente autonoma di un'attività economica organizzata, identificata come tale dal cedente e dal cessionario al momento del suo trasferimento. Trattasi di una nozione che sembra consentire all'imprenditore di individuare, sotto il profilo dell'autonomia funzionale, singole unità, fasi o segmenti del proprio processo produttivo, eventualmente anche modificando il proprio layout organizzativo, in occasione e allo scopo della loro esternalizzazione: ciò indipendentemente da una loro preesistenza a questa operazione sotto il profilo economico-finanziario

Deve, quindi, trattarsi di un'entità economica organizzata in modo stabile e non destinata all'esecuzione di una sola opera, ovvero di un'organizzazione quale legame funzionale che renda l'attività dei lavoratori interagenti e capaci di tradursi in beni o servizi determinati, là dove, infine, il motivo del trasferimento ben può consistere nell'intento di superare uno stato di difficoltà economica. L'obiettivo principale della disciplina prevista dall'articolo 2112 del codice civile, dalla legge n. 428/1990 e dal decreto legislativo n. 276/2003 è quello di garantire al lavoratore ceduto la continuità del proprio rapporto di lavoro alle dipendenze dell'impresa cedente. Con riferimento al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'articolo 2112 c.c. stabilisce espressamente che, “ferma restando la facoltà del datore di lavoro di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda

non costituisce di per sé motivo di licenziamento. Il lavoratore le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'art. 2119, primo comma". Tale garanzia prevista a favore del lavoratore ceduto implica che l'individuazione delle condizioni alle quali il datore di lavoro alienante possa risolvere il rapporto di lavoro non possa che avvenire in virtù della disciplina limitativa dei licenziamenti. La giurisprudenza ha confermato che "in tema di trasferimento d'azienda, l'articolo 2112, quarto comma, c.c., come modificato dalla legge 29 dicembre 1990, n. 428, nel disporre che il trasferimento non può essere di per sé ragione giustificativa di licenziamento, aggiunge che l'alienante conserva il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale. Ne consegue che, ove l'imprenditore alienante, nella imminenza del trasferimento dell'azienda, receda dal rapporto di lavoro nei casi in cui detta facoltà gli sia attribuita, è da escludere che nell'esercizio in concreto della stessa egli ponga in essere un atto emulativo o in frode alla legge, né è prospettabile la violazione dei principi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., che non creano obbligazioni autonome, ma rilevano soltanto per verificare il puntuale adempimento di obblighi riconducibili a determinati rapporti. Inoltre, sembra opportuno precisare che le disposizioni dettate dall'articolo 32 della legge 4 novembre 2010, n. 183, in tema di termini decadenziali per l'impugnazione del licenziamento si applicano anche nell'ipotesi di "cessione di contratto di lavoro avvenuta ai sensi dell'art. 2112 c.c. con termine decorrente dalla data di trasferimento".

1.3 La cessazione totale o parziale dell'attività produttiva

Rientra nell'ipotesi del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo la cessazione dell'attività produttiva, ipotesi peraltro espressamente prevista anche per i licenziamenti collettivi o per riduzione del personale dall'articolo 24 della legge 223/1991. La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività produttiva non è criticabile e l'imprenditore non è tenuto a giustificare la decisione di non voler rimanere ulteriormente nel mercato: ne consegue che la cessazione non deve essere

necessariamente collegata ad una situazione di crisi dell'impresa. Infatti, coerentemente con quanto appena esposto, la Cassazione, in applicazione del principio della libertà di iniziativa economica privata sancito dall'articolo 41 della Costituzione, ha stabilito l'assoluta incensurabilità dei licenziamenti derivanti da totale cessazione dell'attività produttiva, non sussistendo alcun obbligo dell'imprenditore di giustificare la decisione di non permanere ulteriormente nel mondo della produzione o dello scambio di beni o di servizi - decisione che, comunque, è valida anche se ricollegabile al timore del medesimo di dover affrontare eccessivi impegni economici in conseguenza delle rivendicazioni pur legittime dei dipendenti - né essendo tenuto il datore di lavoro ad esperire preventivamente il rimedio della cassa integrazione. Inoltre, nel caso in cui sia accertata la totale cessazione dell'attività imprenditoriale da parte del datore di lavoro, la legittimità del licenziamento intimato ai lavoratori per giustificato motivo oggettivo non è esclusa né dal fatto che lo stabilimento sede dell'impresa non sia stato immediatamente alienato o altrimenti dismesso, rimanendo però nella disponibilità dell'imprenditore come mera entità non funzionante, né dal fatto che uno o pochi altri dipendenti siano stati mantenuti in servizio per il compimento delle pratiche relative alla suddetta cessazione dell'attività. Se però il licenziamento è avvenuto per cessazione dell'attività e relativa messa in liquidazione della società, la revoca della messa in liquidazione della società, intervenuta prima del completamento della liquidazione stessa, rende illegittimo il licenziamento a suo tempo intimato per giustificato motivo oggettivo. È evidente che la conseguenza logica dell'inquadramento del licenziamento per cessazione dell'attività nel giustificato motivo oggettivo è rappresentata dal fatto che il lavoratore ha diritto al preavviso lavorato o, in mancanza, all'indennità sostitutiva del preavviso. I motivi della cessazione o della riduzione dipendono in genere dal cattivo andamento economico dell'impresa. Tuttavia, la riduzione o la cessazione dell'attività produttiva può avvenire per i più diversi motivi, come la scarsa fiducia dell'imprenditore nello sviluppo del settore, il cattivo stato delle proprie condizioni di salute, o, addirittura, semplicemente il desiderio di godersi un meritato riposo. Il potere di cessazione o di riduzione

dell'attività imprenditoriale rientra in sostanza nella libera scelta dell'imprenditore e il giudice non può sindacare i motivi della decisione.

Che la cessazione totale o la chiusura parziale dell'attività possano giustificare il licenziamento individuale, comportando la soppressione di tutti o di una parte dei posti di lavoro, è del resto ormai un dato acquisito. Ai fini della giustificatezza del licenziamento non assume rilievo la circostanza che la cessazione dell'attività derivi da una libera scelta del datore di lavoro, in quanto l'unico elemento preso in considerazione dal legislatore consiste nell'effettività della situazione dedotta alla base del licenziamento. Alla cessazione totale va accomunata dal punto di vista sistemico la chiusura soltanto parziale dell'attività del datore di lavoro, ovvero l'ipotesi in cui questa vada incontro a riduzioni, anche soltanto temporanee.

In proposito va segnalato che secondo un'opinione assai diffusa soltanto una cessazione definitiva dell'attività potrebbe legittimare il licenziamento, mentre una semplice interruzione, per periodi di tempo più o meno lunghi, non potrebbe essere ritenuta un giustificato motivo oggettivo di recesso, dovendo in questo caso il datore di lavoro fare ricorso agli strumenti offerti dall'ordinamento per il sostegno temporaneo al reddito del lavoratore, come la cassa integrazione guadagni. Va però osservato che questi non si applicano a tutti i datori di lavoro, per cui dalla loro esistenza non può essere ricavata alcuna regola di carattere generale ai fini interpretativi. Inoltre nessuna disposizione impone agli imprenditori che ne possano godere di fare ricorso a tali strumenti, per cui, pur ritenendo che normalmente, se ne sussistano i presupposti, si farà ricorso alla cassa integrazione guadagni, ciò non è previsto dalla legge come obbligo. Si deve dunque ritenere che non soltanto una cessazione definitiva dell'attività possa giustificare il licenziamento, ma anche una interruzione per un periodo di tempo più o meno lungo. Tra i casi di giustificato motivo oggettivo va inclusa anche la decisione del datore di lavoro di realizzare un'operazione di decentramento produttivo, consistente nell'affidamento ad un soggetto esterno di alcune fasi della propria attività d'impresa, che possono rientrare nel normale ciclo produttivo dell'impresa, ovvero includere attività di carattere meramente accessorio. In questo caso non sussiste una riduzione dell'attività economica svolta dall'impresa,

ma soltanto un diverso modo di articolare l'organizzazione produttiva. In particolare all'acquisizione diretta del fattore lavoro, al fine dello svolgimento in proprio di determinate attività, mediante soggetti assunti alle proprie dipendenze, il datore di lavoro sostituisce l'affidamento (normalmente con un contratto di appalto, ma anche con diverse tipologie contrattuali) di tali operazioni ad imprenditori in possesso di una propria organizzazione. I licenziamenti intimati ai lavoratori impiegati nelle attività che l'imprenditore non intende più svolgere in proprio saranno pienamente giustificati, a condizione che essi non possano essere impiegati in altre attività produttive. Non sarebbe invece legittimo un licenziamento intimato per sostituire ai contratti di lavoro a tempo indeterminato contratti di lavoro a termine, contratti di somministrazione di manodopera a tempo determinato ovvero contratti di lavoro intermittente. In queste ipotesi infatti il legislatore vieta di fare ricorso a tali forme negoziali di acquisizione del fattore lavoro, indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti che normalmente ne consentono l'utilizzo.

Per quanto riguarda l'onere probatorio gravante sul giudice nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in caso di cessazione parziale dell'attività d'impresa derivante dalla chiusura di un reparto, di uno stabilimento, di una filiale o per la cessazione di un ramo aziendale, valgono le stesse considerazioni esposte nell'ipotesi di cessazione totale dell'attività: il giudice deve solo accertare la sussistenza del fatto organizzativo o produttivo dedotto a giustificazione del licenziamento ma non deve indagare in merito all'opportunità, all'efficienza o alla rilevanza economica per l'azienda della scelta compiuta dal titolare dell'impresa.

Non è infatti tollerabile un sindacato giudiziale sui criteri di conduzione dell'impresa, posto che esso contrasterebbe con il principio della libertà di iniziativa economica privata ed inciderebbe sul rischio della gestione.

L'imprenditore, però, in caso di cessazione parziale dell'attività d'impresa, deve dimostrare che il lavoratore non può essere utilmente e proficuamente ricollocato presso altre filiali o stabilimenti della medesima società senza alterare l'equilibrio tra attività produttiva ed attività lavorativa.

1.4 L'ammissione alle procedure concorsuali

Le procedure concorsuali rappresentano degli istituti speciali previsti nell'ambito della concorsualità, ovvero il sistema attraverso il quale il legislatore interviene sulle situazioni di crisi in cui può versare un imprenditore (in particolare un imprenditore commerciale fallibile) in luogo di quelli che sono gli strumenti dell'esecuzione ordinaria e per soddisfare i creditori dello stesso. Il fallimento è una forma speciale di esecuzione nei confronti del debitore che non ha provveduto spontaneamente ad adempiere alle proprie obbligazioni con alcune peculiarità. Il destinatario naturale della dichiarazione di fallimento è l'imprenditore commerciale che può essere considerato un soggetto fallibile ai sensi dell'articolo 1 della legge fallimentare.

Nell'ambito del diritto concorsuale, oltre al fallimento, sono previsti anche altri istituti e, nello specifico: il concordato preventivo che è uno strumento concorsuale preventivo rispetto al fallimento perché con esso il legislatore cerca di evitare la dichiarazione di fallimento dell'imprenditore commerciale che versa in uno stato di crisi finanziaria attraverso la ricerca di un accordo con i suoi creditori; la liquidazione coatta amministrativa che è un istituto che si propone di regolare una situazione di crisi di particolari imprenditori, ossia le banche e le compagnie di assicurazione, che non possono fallire ma vengono sottoposte alle regole di questo istituto; l'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi prevista in caso di situazioni di crisi qualificata in cui possono versare le grandi imprese o i gruppi di imprese. L'ammissione dell'imprenditore ad una qualsiasi di queste procedure concorsuali non costituisce, di per sé, giustificato motivo oggettivo di licenziamento e, pertanto, andrà verificato caso per caso se, per esempio, a seguito del fallimento vi sia stato anche un mutamento della situazione organizzativa e produttiva che impedisca, in concreto, la prosecuzione dell'attività e che, quindi, sia tale da giustificare gli eventuali licenziamenti.

Si integra, quindi, un giustificato motivo oggettivo di recesso ai sensi dell'articolo 3 della legge n. 604/1966 nel momento in cui l'impresa cade in uno stato di inattività mancando i presupposti per l'esercizio provvisorio o per la totalità dell'attività d'impresa o per singoli rami aziendali. Anche nel caso di ammissione dell'imprenditore

alla procedura del concordato preventivo con cessione dei beni ai creditori, la Suprema Corte ha sancito che, “di per sé, detta ipotesi non costituisce un'impossibilità giuridica della continuazione dei rapporti di lavoro che permangono fino al recesso delle parti.

É ormai un dato acquisito sia in dottrina che in giurisprudenza che anche lo stato di liquidazione della società-datore di lavoro non implichi la cessazione dell'attività e quindi, di per sé, non legittimi il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in quanto la società in liquidazione continua ad esercitare la sua attività anche se l'unico scopo è quello di eliminare le pendenze attive e passive, col divieto di compiere nuove operazioni; il complesso aziendale, però, è ancora integro: infatti la liquidazione della società e la cessazione dell'attività rappresentano due fasi diverse e cronologicamente separate.

Anche per una società in stato di liquidazione continua ad applicarsi la normativa garantista dei licenziamenti. Di conseguenza per poter considerare legittimi gli eventuali recessi da parte del datore di lavoro, quest'ultimo deve provare o la cessazione definitiva dell'attività d'impresa o, nel caso in cui sia disposto l'esercizio provvisorio, l'impossibilità di reimpiegare i lavoratori, oggetto del provvedimento espulsivo, nell'ambito dell'azienda o in altre società del gruppo riconducibili ad un unico centro giuridico di imputazione degli interessi e di un unitario programma organizzativo delle attività del gruppo stesso. La prova dell'impossibilità di ricollocare i dipendenti nell'ambito dell'azienda non deve essere limitata allo stato di passività della società, ma deve riguardare l'effettiva cessazione dell'attività produttiva; in questo caso, la società in liquidazione prosegue la sua attività tramite un soggetto diverso appositamente costituito per tale scopo, al fine di porre in essere una ristrutturazione aziendale ed una riduzione del personale in esubero. Le stesse considerazioni valgono anche in caso di fallimento: quest'ultimo, non comportando automaticamente la cessazione dell'attività d'impresa, non determina la cessazione in tronco dei rapporti di lavoro dei dipendenti dell'imprenditore fallito, né per impossibilità sopravvenuta, né per giusta causa, ma può soltanto costituire giustificato motivo di recesso del curatore, nell'esercizio dei poteri di gestione che gli competono per legge.

1.5 La cessazione dei lavori per i quali il lavoratore è stato assunto

La tutela dell'interesse dei lavoratori alla stabilità del posto di lavoro incontra un limite logico, prima che giuridico, connesso alla stessa strumentalità che caratterizza il rapporto di lavoro subordinato, rispetto all'attività produttiva organizzata dall'imprenditore, per cui è naturale che il rapporto non possa né sopravvivere alla cessazione dell'attività produttiva nella quale era impiegato, né formare ostacolo al regolare funzionamento di essa o all'organizzazione del lavoro secondo le legittime scelte operate discrezionalmente dall'imprenditore, in conseguenza della sua libertà di iniziativa economica. Innanzitutto, ai sensi dell'art. 24, c. 4, della legge n. 223/1991 nei casi di fine lavoro nelle costruzioni edili non si applica la disciplina del licenziamento collettivo. Ne consegue che tali licenziamenti sono assoggettati alla disciplina prevista dall'articolo 3 della legge 604/1966, ossia quella prevista per licenziamenti individuali per motivi economici. A tale proposito la giurisprudenza è sostanzialmente unanime nell'affermare che “la soppressione del posto occupato dal lavoratore per effetto della cessazione dell'attività in un determinato cantiere può costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento a condizione che venga provata dal datore di lavoro, sul quale grava l'onere probatorio, l'inutilizzabilità del lavoratore in altre mansioni o presso altri cantieri”.

Infatti la Cassazione ribadisce che, poiché l'ultimazione delle opere edili per la realizzazione delle quali i lavoratori sono stati assunti integra gli estremi di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento individuale, anche se plurimo, ai sensi dell'articolo 3, l. n. 604/1966, al fine di poter ritenere giustificato il recesso è necessario – anche quando i lavoratori siano stati assunti per essere adibiti in via esclusiva al cantiere presso cui si è verificata la ultimazione delle opere – che il datore di lavoro dimostri l'impossibilità di utilizzazione dei lavoratori medesimi in altre mansioni compatibili per l'espletamento di altre e separate opere costruttive, con considerazione di tutti i cantieri nei quali è dislocata l'attività d'impresa. Inoltre, affinché possa ritenersi giustificato il licenziamento per “fine lavoro” nel cantiere ove il dipendente era occupato, oltre all'impossibilità di ricollocarlo presso un altro cantiere, il datore di lavoro deve dimostrare che, nel periodo precedente ed in quello

immediatamente successivo al licenziamento in oggetto, non abbia provveduto ad assumere altri operai aventi la stessa specializzazione del lavoratore espulso. Inoltre la chiusura del cantiere, nei rapporti di lavoro delle aziende edili, legittima il licenziamento sia dei dipendenti in attività sia di quelli assenti per malattia. Nella diversa fattispecie del licenziamento per perdita d'appalto nel settore delle mense aziendali, la Suprema Corte ha sancito che la perdita dell'appalto non vale, da sola, a giustificare il licenziamento del lavoratore addetto all'attività oggetto di commessa, dovendo l'imprenditore dimostrare l'impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore nell'ambito della propria organizzazione. Una volta dimostrata, da parte dell'imprenditore uscente, l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in altri settori dell'impresa stessa, vige l'obbligo da parte dell'appaltatore subentrante di assumere i lavoratori licenziati dal precedente gestore, atteso che la garanzia dell'ulteriore occupazione, costituendo solo una parziale riparazione degli inconvenienti prodotti dalla risoluzione del rapporto di lavoro, non costituisce di per sé la legittimità del recesso del datore di lavoro.

2. Le ipotesi riconducibili al lavoratore

Sono ricondotte alla fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo numerose situazioni riferibili alla sfera personale del lavoratore che non configurano un inadempimento contrattuale, ma si ripercuotono negativamente sull'organizzazione del lavoro potendo interferire con il suo regolare svolgimento, essendo di entità tale da escludere un oggettivo interesse del datore di lavoro a preservare in vita il rapporto di lavoro e a ricevere le ulteriori possibili prestazioni da esso derivanti. Si pone, quindi, un problema di determinazione dei confini dell'area del giustificato motivo oggettivo, in considerazione della sua contiguità con le aree degli altri due presupposti causali del licenziamento e, nello specifico, della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo. Ipotesi giustificatrici del licenziamento che non trovano "ospitalità", in quanto oggettive, nell'area della giusta causa e del giustificato motivo soggettivo e cioè le eventuali situazioni incolpevoli in cui versa il prestatore di lavoro.

Muovendo da questa seconda prospettiva, parte della dottrina e della giurisprudenza riconducono all'area del giustificato motivo oggettivo lo schema codicistico della impossibilità sopravvenuta parziale o temporanea della prestazione, ovvero vi riconducono quelle situazioni che, se non fosse prevista la normativa speciale lavoristica, rientrerebbero nelle ipotesi codistiche di impossibilità. Questa ricostruzione, però, non è pacifica. La scelta tra l'uno o l'altro degli orientamenti sopra citati, infatti, non è priva di conseguenze pratiche ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento, dal momento che, se quest'ultimo viene attribuito ad un giustificato motivo oggettivo, in primo luogo, il datore di lavoro è tenuto a provare l'impossibilità di reimpiegare il lavoratore presso una diversa posizione lavorativa all'interno dell'organizzazione e, in secondo luogo, cambia il regime sanzionatorio previsto nel caso in cui il licenziamento sia dichiarato illegittimo.

2.1 Il superamento del periodo di comporto e l'eccessiva morbilità

Da tempo la giurisprudenza è concorde nel ritenere che il licenziamento per superamento del periodo di comporto costituisca una causa autonoma e al contempo automatica di giustificazione del licenziamento (che non necessita, cioè, di essere provata se non nella sua materialità): si tratta quindi di una fattispecie la cui disciplina speciale prevale rispetto sia alla disciplina dei licenziamenti individuali prevista dalla L. 604/1966, sia rispetto alle regole generali di cui agli artt. 1256 c.c (sull'impossibilità definitiva o temporanea della prestazione) e 1464 c.c (sull'impossibilità parziale della prestazione), ma si ricollega al giustificato motivo oggettivo perché integra una situazione non imputabile al lavoratore che si ripercuote negativamente sul regolare svolgimento dell'organizzazione aziendale. Pare opportuno specificare che per periodo di comporto si intende quel lasso di tempo che la legge pretende trascorra prima che il datore di lavoro possa intimare il licenziamento al dipendente assente per malattia, periodo durante il quale resta a carico del datore di lavoro il rischio relativo all'impossibilità di ottenere la prestazione lavorativa dovuta. La Suprema Corte, intervenendo nel complesso dibattito giurisprudenziale creatosi in merito alla riconduzione o meno di tale fattispecie nell'ambito del licenziamento economico, in

più sentenze, ha avuto modo di distinguere tale fattispecie dagli altri eventi riconducibili al giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Anche la recente riforma del mercato del lavoro ha confermato questo orientamento espresso più volte dalla Cassazione: infatti, l'articolo 1, comma 42 della legge 92/2012 distingue il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dal licenziamento "ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68, per motivo oggettivo consistente nella idoneità fisica o psichica del lavoratore. La circolare del Ministero del lavoro n. 3 del 16 gennaio 2013, inoltre, ad ulteriore conferma di quanto sopra citato, stabilisce che non si ritiene, invece, ricompreso nell'ambito dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo il licenziamento avvenuto per superamento del periodo di comporto ai sensi dell'art. 2110 c.c. la cui violazione, peraltro, trova una specifica tutela nell'ambito del riformulato art. 18 della L. n. 300/1970. Entro un sistema basato sulla libertà di licenziamento, il disposto di cui all'art. 2110, 1° c. rispondeva chiaramente ad una ratio di tutela del lavoratore in particolari situazioni di debolezza; mentre la previsione della possibilità del licenziamento nella ipotesi di malattia (o di infortunio) di lunga durata costituiva una semplice eccezione, o, meglio, una semplice condizione di operatività, in origine, di quel regime di tutela. Da qui la conseguenza che il licenziamento per superamento del periodo di comporto non è riconducibile al giustificato motivo oggettivo anche se talora lo si reputa una "ipotesi particolare ed autonoma di giustificato motivo oggettivo. Secondo il consolidato orientamento della Corte di Cassazione, la disciplina speciale posta dall'art. 2110 trova dunque applicazione in luogo di quella sui licenziamenti individuali dettata dalla L. n. 604/1966, ma limitatamente alla normativa di natura sostanziale: "il licenziamento per superamento del periodo di comporto è disciplinato dall'art. 2, L. n. 604/1966 quanto alla forma dell'atto ed all'indicazione dei motivi del recesso. Per quanto concerne, infine, gli effetti dell'impossibilità della prestazione che perduri oltre il periodo di comporto, si confrontano tre orientamenti: secondo un'opinione minoritaria opererebbe la risoluzione del rapporto; secondo un altro orientamento, il datore potrebbe licenziare solo se il protrarsi dell'impossibilità integra un giustificato motivo oggettivo; secondo l'opinione prevalente, il datore può recedere allegando il mero

superamento del periodo di comporto che opererebbe, in sostanza, come un giustificato motivo “obiettivo predeterminato”, secondo cui il protrarsi della malattia, se non determina la risoluzione automatica del rapporto, esenta il datore dalla necessità di “addurre una giusta causa o un giustificato motivo diversi e ulteriori. Ritornando alla disciplina speciale prevista per questa fattispecie di licenziamento, l'art. 2110 c.c. stabilisce che “al verificarsi di determinati eventi quali la malattia, l'infortunio, la gravidanza ed il puerperio, che impediscono al lavoratore di svolgere regolarmente la propria prestazione lavorativa, il rapporto di lavoro è sospeso e il datore di lavoro non può recedere dal rapporto anche se ricorrono le condizioni previste dalla legge per intimare un licenziamento economico, fino a quando l'assenza dal lavoro del dipendente non si protragga oltre il termine stabilito dalla legge, dai contratti collettivi, dagli usi o secondo equità. Tuttavia, decorso tale termine, definito come periodo di comporto, il datore di lavoro è libero di recedere dal rapporto a prescindere dall'esistenza o dalla dimostrazione delle condizioni poste dalla legge in materia di licenziamenti, dovendo il giudice del merito limitarsi ad accertare se la malattia, unica o discontinua, abbia superato o meno il termine prefissato. Il datore di lavoro, però, può recedere dal contratto di lavoro durante il periodo di conservazione del posto di lavoro previsto in caso di malattia del lavoratore, solo in presenza di una giusta causa. La Suprema Corte ha, infatti, stabilito che: “lo stato di malattia del lavoratore, mentre preclude al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso per giustificato motivo, non gli impedisce l'intimazione del licenziamento per giusta causa, eventualmente preceduta da una sospensione cautelare, non avendo ragion d'essere la conservazione del posto di lavoro durante la malattia di fronte alla riscontrata esistenza di una causa che non consente la prosecuzione neppure provvisoria del rapporto. Di norma, sono i contratti collettivi a stabilire la durata del periodo di comporto. A tale proposito si distingue tra: il comporto secco (cd comporto proprio, riferito ad un unico e ininterrotto episodio morboso) e il comporto per sommatoria (cd comporto improprio, riferito ad una pluralità di malattie che si manifestano entro un determinato periodo di tempo), talvolta, però, non espressamente previsto dal contratto collettivo. Da qui la distinzione, utile ai fini della relazione instaurabile tra

giustificato motivo oggettivo e situazione di malattia, tra il licenziamento intervenuto per superamento del periodo di comporto secco e il licenziamento per eccessiva morbilità (cioè per superamento del periodo di comporto per sommatoria). Un'altra questione riguarda l'individuazione della quantità massima di assenze, superate le quali il datore di lavoro può procedere ad intimare il licenziamento (cd. arco o periodo interno). Su tale versante le divergenze sono minori rispetto alla questione della determinazione dell'arco esterno; in proposito, infatti, l'orientamento prevalente reputa possibile far riferimento al comporto secco stabilito dal contratto collettivo. In particolare, per verificare il superamento del periodo di conservazione del posto di lavoro, "si applica la regola che un termine fissato a mesi deve essere computato secondo il calendario comune, e non assumendo una durata convenzionale fissa di trenta giorni, salvo che non sussistano regole contrattuali di diverso contenuto, mentre quando il contratto collettivo fa riferimento all'anno di calendario si deve intendere il periodo compreso tra il 1° gennaio e il 31 dicembre; infine, quando si parla di anno solare si dovrà intendere un periodo di 365 giorni computati dal primo giorno di malattia. La Cassazione ha, peraltro, affermato che, nel caso di comporto per sommatoria, si computano i giorni festivi o comunque non lavorativi, come ad esempio i giorni di sciopero, che cadano durante la malattia certificata, Si evidenzia, inoltre, che la Suprema Corte ha stabilito che la disciplina prevista dall'articolo 2110 si applica sia ai contratti a tempo determinato, sia ai contratti di formazione lavoro e anche ai contratti a tempo parziale; con riferimento a quest'ultima ipotesi, essa ha disposto che, in assenza di una specifica disciplina collettiva, al contratto part-time cd orizzontale si applica lo stesso periodo di comporto stabilito per i lavoratori assunti con un contratto a tempo pieno, mentre nel caso di part-time verticale è affidato al giudice di merito il compito di ridurre il relativo periodo di comporto in proporzione alla quantità della prestazione lavorativa

Nell'ambito del licenziamento per superamento del periodo di comporto, se il datore di lavoro è responsabile dell'infermità cagionata al lavoratore a causa della nocività delle mansioni da quest'ultimo espletate o dell'ambiente di lavoro che lo stesso datore di lavoro ha ommesso di prevenire o eliminare, in violazione dell'obbligo di

protezione sancito dal combinato disposto degli articoli 1176 e 2087 c.c., non può legittimamente recedere dal contratto di lavoro invocando il superamento del periodo di comporto da parte del lavoratore. La giurisprudenza è unanime nel ritenere che “il licenziamento intimato per superamento del periodo di comporto contrattualmente previsto è illegittimo ove la malattia del lavoratore sia stata causata , ovvero aggravata, dalla nocività insita (con riferimento alla patologia in atto) nelle modalità di esercizio delle mansioni. Le assenze dovute ad infortunio sul lavoro e malattia professionale sono soggette alla medesima disciplina di cui all'art. 2110 c.c. anche per quanto riguarda il potere demandato all'autonomia collettiva di determinare la durata del periodo di comporto. Ne consegue che la contrattazione collettiva può disciplinare unitariamente o diversamente il periodo di comporto, a seconda che le assenze siano dovute a malattia professionale o ad infortunio sul lavoro oppure a malattia comune, così come può discernere le assenze dovute alla malattia da quelle dovute all'infortunio; in mancanza, “le assenze del lavoratore dovute ad infortunio sul lavoro e a malattia professionale sono da computare, ai fini della determinazione del periodo di comporto, atteso che l'art. 2110 c.c. ne impone l'assoggettamento alla medesima particolare disciplina.

A volte, i contratti collettivi prevedono che in caso di assenze per infortunio sul lavoro, il lavoratore abbia diritto alla conservazione del posto di lavoro per tutta la durata dell'inabilità lavorativa accertata come tale dall'Inail oppure prevedono che una durata diversa o più lunga del relativo periodo di comporto. La Suprema Corte ha stabilito che, nel caso in cui la contrattazione collettiva, per la determinazione del periodo di comporto in caso di infortunio, faccia riferimento agli accertamenti dell'Inail, questi ultimi hanno solo carattere certificativo ma non costitutivo e che, quindi, in caso di contestazione, il giudice non ne sia vincolato. Il datore di lavoro, secondo la giurisprudenza, non è tenuto a comunicare al lavoratore che sta per scadere il periodo di comporto e parimenti non è tenuto a ricordare al lavoratore che può fruire di un periodo di aspettativa al termine del comporto, salvo che la contrattazione collettiva non preveda espressamente un obbligo in tal senso. Secondo un primo orientamento della Suprema Corte non esiste alcun obbligo del datore di

lavoro di concedere al lavoratore assente per malattia la fruizione delle ferie al fine di evitare il superamento del periodo di comporto, né quindi alcun onere di motivazione in caso di mancata conversione, dei giorni di assenza, da malattia a ferie, considerato che, a norma dell'art. 2109, c. 2, c.c., la fissazione del momento della fruizione del periodo annuale di ferie retribuite è collegata ad una scelta dell'imprenditore al quale, in qualità di responsabile dell'impresa, è attribuito il potere direttivo e gerarchico dell'organizzazione del lavoro³³⁵. Secondo, invece, un più recente orientamento della Cassazione, sebbene non spetti al lavoratore assente per malattia una incondizionata facoltà di mutare il titolo delle assenze (da malattia a ferie), e di bloccare così il decorso del periodo di comporto, tuttavia, in presenza di una precisa richiesta del lavoratore, il datore di lavoro, in virtù dei principi di buona fede e correttezza, è tenuto a prendere in debita considerazione tale richiesta e il fondamentale interesse del lavoratore ad evitare la perdita del posto di lavoro con conseguente suo onere, in caso di mancato accoglimento, di fornire le ragioni di tale scelta. Per esplicita previsione di legge, il licenziamento per superamento del periodo di comporto non è assoggettato al tentativo qualificato di conciliazione. Partendo dal presupposto che la procedura di conciliazione è attivabile nel caso in cui il datore di lavoro intenda procedere ad un licenziamento "per giustificato motivo oggettivo di cui all'articolo 3, seconda parte" della legge n. 604, "la conclusione che appare logico dedurre dalle scelte terminologiche effettuate è che la legge di riforma abbia inteso condizionare la facoltà di recesso all'attivazione della procedura di conciliazione solo nel caso di licenziamento per ragioni tecniche organizzative e produttive, e non negli altri casi.

2.2 La sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere la prestazione lavorativa

Rientra nell'ambito del giustificato motivo oggettivo di licenziamento la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore a svolgere la prestazione lavorativa. Qualora vi sia una sopravvenuta impossibilità alla prestazione lavorativa che non abbia carattere temporaneo, come nella malattia, ma permanente o quanto meno la cui durata temporale sia indeterminata o indeterminabile, il datore di lavoro, alla

stregua della generale disciplina codicistica stabilita dagli artt. 1463 e 1464 c.c. sull'impossibilità della prestazione, può recedere dal rapporto qualora tale inidoneità determini una mancanza di interesse dell'impresa alla prosecuzione del rapporto. Tale inidoneità a svolgere regolarmente la prestazione lavorativa permette, quindi, al datore di lavoro di risolvere il contratto qualora non abbia un interesse apprezzabile a ricevere un adempimento parziale, interesse valutato in base ai criteri forniti dall'art. 3, seconda parte, legge n. 604/1966". La fattispecie in commento offre lo spunto per una breve digressione relativa al rapporto tra gli istituti del diritto civile e quelli del diritto del lavoro, con particolare attenzione al momento della risoluzione del contratto di lavoro.

La Cassazione, infatti, è stata chiamata ad affrontare il problema della qualificazione della sopravvenuta impossibilità a svolgere l'attività lavorativa, nel caso di una sopraggiunta inidoneità assoluta alla mansione, e dei suoi effetti sul rapporto di lavoro. Come noto, dalla qualificazione del contratto di lavoro subordinato come contratto sinallagmatico, in cui, cioè, la prestazione di ciascuna delle parti trova la sua causa nella prestazione dell'altra, deriva la conseguente diretta applicabilità, anche al rapporto di lavoro, dei principi generali del diritto civile anche in materia di estinzione dell'obbligazione (artt. 1256 e ss. c.c.) e di risoluzione del contratto (artt. 1463 e ss. c.c.). Al contempo, tuttavia, si afferma che il rapporto di lavoro possiede delle peculiarità rispetto alle fattispecie contrattuali civilistiche (si pensi alla posizione di soggezione del lavoratore rispetto al datore di lavoro o alla funzione della retribuzione quale mezzo necessario a garantire al prestatore e alla sua famiglia un'esistenza libera e dignitosa), tali da determinare alcune eccezioni nelle modalità di funzionamento della corrispettività rispetto alle regole del diritto comune. Certamente una di tali eccezioni è rappresentata dalle modalità di estinzione del rapporto di lavoro che il legislatore ha fatto oggetto di apposita disciplina speciale con le l. n. 604/1966, e l. n. 108/1990, che si affiancano alle norme codicistiche di cui agli artt. 2118 e ss. c.c.. La questione, allora, è quella di vedere se, a fronte di tale legislazione speciale, residui ancora uno spazio di applicabilità delle regole generali di risoluzione dei contratti dettate dal diritto comune, ovvero se i contratti di lavoro possano risolversi solo per

dimissioni e recesso. Si tratterà, quindi, di verificare, in particolare, se i casi di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa debbano sempre essere qualificati come ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento ex art. 3 l. n. 604/1966. Ciò non è di poco momento, considerate tutte le conseguenze che una soluzione piuttosto che un'altra comporta sotto il profilo delle necessità di uno specifico atto di recesso datoriale nonché con riferimento agli istituti del preavviso e dell'onere di *repechage*.

La disciplina della sopravvenuta inidoneità allo svolgimento della prestazione lavorativa è stata, per lo più, ricondotta dalla giurisprudenza maggioritaria nell'art. 1464 c.c. che consente il recesso da parte del datore di lavoro. Sul tema della riconducibilità della fattispecie in esame alle norme del diritto civile mitigate dalla disciplina protezionistica sul licenziamento individuale, si sono espresse anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione stabilendo che “i giudici devono far riferimento congiuntamente alla normativa civilistica e lavoristica”: in altre parole l'art. 3 della legge 604/1966 costituisce specificazione e non deroga ai principi generali riguardanti l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nel contratto sinallagmatico. Ne consegue che la valutazione in merito alla sussistenza di un apprezzabile interesse all'adempimento parziale non rientra nella discrezionalità del datore di lavoro, ma è rimessa al giudice di merito che ha il compito di riscontrare, considerando la residua capacità lavorativa del dipendente e l'assetto aziendale, la persistenza dell'interesse datoriale alla prestazione lavorativa, secondo buona fede oggettiva. Il datore di lavoro può esercitare il suo potere di recesso nei confronti del dipendente anche prima del decorso del periodo di comporto, ove la malattia determini l'inidoneità del lavoratore a prestare per il futuro la normale attività lavorativa, posto che la disciplina dettata dall'art. 2110 c.c. presuppone la diversa ipotesi dell'impedimento temporaneo del lavoratore affetto da malattia, tale da consentire, una volta cessata la causa ostativa, la regolare ripresa della prestazione lavorativa, senza alcun rischio di un'ulteriore usura dell'integrità fisica. In sostanza, la fattispecie dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione legittima il licenziamento economico nel caso in cui non esista “un apprezzabile interesse del datore di lavoro alle future prestazioni”. In tal senso la

giurisprudenza di legittimità ha stabilito che la sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione lavorativa, causata da un evento estraneo al rapporto di lavoro e non imputabile al dipendente, legittima il datore di lavoro a recedere dal rapporto stesso, ai sensi dell'art. 1464 c.c., in mancanza di un suo apprezzabile interesse alle future prestazioni lavorative.

La sussistenza dell'interesse alla prosecuzione del rapporto di lavoro deve essere accertata, con valutazione ex ante, con riferimento alla prevedibilità del protrarsi della causa dell'impossibilità di svolgere le mansioni e del tempo occorrente per il suo venir meno, nonché dei pregiudizi derivanti all'organizzazione aziendale. Quando si tratti di malattia o di infortunio, si applica la regola del comportamento, che consiste in sostanza nella predeterminazione della durata massima dell'impedimento, oltre la quale il licenziamento è giustificato. La giurisprudenza è orientata nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina del comportamento nel caso dell'infermità irreversibile: in tal caso il lavoratore potrebbe essere licenziato immediatamente. Una questione presa in considerazione più volte dalla giurisprudenza attiene alle modalità di accertamento dello stato di invalidità.

Quindi, la procedura di accertamento prevista dall'art. 5 St. lav. non deve ritenersi necessaria e vincolante, posto che il controllo stragiudiziale previsto dalla suddetta norma costituisce una mera facoltà del datore di lavoro, con la conseguenza che l'inidoneità del lavoratore posta a base del licenziamento può risultare, oltre che dalla obiettiva frequenza delle assenze per malattia, anche dalla documentazione prodotta dal lavoratore. Per quanto riguarda i lavoratori divenuti inabili nel corso del rapporto, la Suprema Corte ha sancito che l'accertamento effettuato dagli Istituti a ciò preposti attraverso i quali si riconosce lo status di invalido non costituisce, di per sé, giustificato motivo oggettivo di licenziamento poiché tale accertamento è finalizzato a soddisfare l'interesse del lavoratore ad un determinato trattamento previdenziale e assicurativo diretto a sopperire o a mitigare lo stato di bisogno conseguente alle menomate condizioni di salute e quindi perseguono una finalità diversa rispetto agli accertamenti sanitari di cui all'art. 5 dello Statuto dei lavoratori, i quali, invece, attengono all'interesse del datore di lavoro di controllare l'inidoneità fisica del lavoratore.

L'inidoneità fisica non deve obbligatoriamente avere carattere definitivo. Quindi, se a seguito degli accertamenti sanitari, il datore di lavoro rilevi che lo svolgimento della prestazione da parte del lavoratore possa comportare un aggravamento delle sue condizioni fisiche o psichiche, egli è tenuto a recedere dal rapporto di lavoro, pena il risarcimento dei danni causalmente prodotti. Una questione molto dibattuta in giurisprudenza attiene alla configurabilità o meno di un obbligo da parte del datore di lavoro di ricollocare il dipendente, divenuto incapace all'espletamento delle mansioni assegnategli in precedenza, in un'altra posizione lavorativa presso l'azienda (cd obbligo di *repechage*). Trattandosi di una fattispecie di giustificato motivo oggettivo sui generis, dopo un lungo periodo durante il quale la Corte di Cassazione aveva negato l'obbligo di *repechage* nel caso di sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore, le Sezioni Unite, con la sentenza n. 7755 del 7 agosto 1998, sposando la tesi contraria, hanno definitivamente stabilito che "la sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, consistente nell'inidoneità permanente del lavoratore allo svolgimento delle mansioni per sopravvenuta infermità, implica l'impossibilità di adibizione del lavoratore medesimo ad altra attività riconducibile, alla stregua dell'interpretazione del contratto secondo buona fede, alle mansioni assegnate o a quelle equivalenti, ovvero, in mancanza, riconducibile a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.

Alcuni, però, sostengono che, "salvo i casi espressamente previsti dalla legge o dal contratto, in via generale, non esista un diritto del lavoratore al mutamento delle mansioni pattuite, in relazione alle sue condizioni fisiche o psichiche: l'art. 2103 cod. civ. implica sì la possibilità da parte del datore di lavoro di variare, seppure mai in peggio, le mansioni del lavoratore, ma non implica il diritto di quest'ultimo al mutamento, neppure al fine di evitare il licenziamento. Si pone qui la stessa questione che si pone in materia di *repechage*: quella, cioè, di stabilire il limite della perdita imponibile all'imprenditore in funzione del reinserimento del lavoratore in un'altra posizione in seno all'azienda in cui egli possa svolgere un'attività utile; essendo ovvio, anche in questo caso, che se vi fosse una possibilità di spostamento del lavoratore

senza perdita attesa per l'azienda, o addirittura con prospettiva di profitto, l'imprenditore disporrebbe spontaneamente in tal senso, senza alcuna necessità che l'ordinamento ve lo costringa. L'obbligo di *repechage* del lavoratore irreversibilmente impedito alle mansioni precedenti ha un senso soltanto in quanto esso impone al datore di lavoro di accollarsi una perdita attesa, la cui entità massima non viene però precisata: spetta al giudice caso per caso determinarne l'entità, distinguendo il reinserimento che può essere ragionevolmente imposto al datore da quello che comporterebbe una perdita eccessiva³⁵⁹". Diversa è la disciplina introdotta dal legislatore relativa alla ricerca di un diverso utilizzo del lavoratore parzialmente inabile alle mansioni di assunzione. In particolare, secondo l'articolo 1, c. 7 della l. 12 marzo 1998, n. 68, "i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità".

"Ai sensi del successivo art. 4, c. 4 i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'art. 3 della stessa legge se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al sessanta per cento, o comunque se la loro infermità deriva dall'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza e di igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'inabilità derivante dall'infortunio o dalla malattia non costituisce un giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti, ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori, con diritto in ogni caso alla conservazione della retribuzione goduta in precedenza.

2.3 Lo scarso rendimento del lavoratore come ipotesi di g.m.o.

"Lo scarso rendimento del lavoratore può essere addotto, a seconda delle circostanze, come giustificato motivo oggettivo di licenziamento, oppure come giustificato motivo soggettivo, quando esso sia l'effetto di un inadempimento degli obblighi contrattuali. Alla valutazione della sussistenza e gravità di tale inadempimento

deve concorrere l'apprezzamento di tutte le circostanze del caso concreto. Pare opportuno specificare cosa si intenda per rendimento. La dottrina definisce il "rendimento" come "il risultato utile dell'attività posta in essere, in una unità di tempo, dal prestatore di lavoro subordinato.

Non si tratta di un obbligo autonomo, ma di un dovere del lavoratore consistente nello svolgimento dell'attività lavorativa in modo da renderla idonea ai fini dell'adempimento dell'obbligazione e conseguentemente utile a soddisfare il bisogno economico del datore di lavoro.

Di conseguenza lo scarso rendimento deriva dalla condotta del dipendente che, violando la regola della diligenza nell'esecuzione della prestazione, non adempie esattamente l'obbligazione lavorativa. In dottrina vi sono alcuni che, in senso nettamente contrario al riconoscimento della possibile natura anfibia della giustificazione del licenziamento fondata sul comportamento del lavoratore, sostengono che le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa non possono certamente venire collegate con le condizioni del soggetto che svolge certe mansioni, ma solo con le mansioni in quanto tali. Non è cioè consentito far penetrare surrettiziamente nell'area del giustificato motivo oggettivo ipotesi che, pur appartenendo naturalmente all'area della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, non hanno rilevanza risolutiva sotto questo profilo, in ragione dell'irrigidimento legislativo dei limiti di queste nozioni. La maggior discrezionalità del datore di lavoro rinvenibile nell'ipotesi di qualificazione dello scarso rendimento quale giustificato motivo oggettivo di licenziamento impone, in sede di contemperamento delle opposte posizioni, un contrappeso al potere datoriale. Secondo la giurisprudenza, per poter ritenere configurato il licenziamento economico, da un lato, occorre verificare la sussistenza delle oggettive esigenze aziendali e il nesso di causalità tra tali ragioni e l'atto di licenziamento, dall'altro si deve valutare l'adeguatezza della condotta del datore di lavoro. Se un lavoratore, di più debole capacità lavorativa, ha difficoltà ad espletare le mansioni assegnategli, il datore di lavoro, in adempimento dell'obbligo di cui all'art. 2087 c.c.368, non solo non deve rendere più gravoso o ostacolare l'adempimento, ma deve anche far in modo che il

dipendente sia messo in grado di svolgere la prestazione lavorativa in modo confacente al suo stato, anche in ottemperanza del suo diritto-dovere di svolgere un lavoro secondo le proprie possibilità.

Il contrasto con il principio dell'insindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore è esplicito nel punto della sentenza nel quale la Corte afferma che il giudice deve controllare se “la mera difficoltà nell'espletamento delle mansioni” da parte del lavoratore non sia superabile mediante l'adozione di diverse modalità di esecuzione del lavoro, compatibili con l'organizzazione aziendale, cui il datore di lavoro è tenuto nell'ambito del suo dovere di cooperazione. Qui si afferma in modo netto la necessità di una ingerenza molto intrusiva del giudice nelle scelte organizzative dell'imprenditore. E non mi sembra che il problema del contrasto con il principio di insindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore si risolva con l'osservare che qui il controllo affidato al giudice ha per oggetto l'adempimento da parte del datore del suo onere di cooperazione creditoria: se così fosse, le scelte gestionali aziendali risulterebbero sempre sindacabili, poiché la cooperazione creditoria, quando la si intenda in un senso così largo, è sempre inevitabilmente in gioco in qualsiasi controversia riguardante il giustificato motivo oggettivo di un licenziamento. Quanto al secondo punto, l'insostenibilità della regola enunciata dalla sentenza (quella secondo cui il licenziamento può essere giustificato soltanto dalla perdita totale di interesse da parte del datore) è resa evidente da una considerazione elementare. In dottrina e in giurisprudenza vi è oggi un orientamento dominante a sostegno della tesi della configurabilità di comportamenti del lavoratore suscettibili di giustificare il licenziamento al tempo stesso sotto il profilo del giustificato motivo oggettivo e di quello soggettivo. La Cassazione, nella sentenza in esame, sottolinea la necessità di operare una netta distinzione tra “la responsabilità del lavoratore riferita all'intensità della prestazione dovuta e quella riferita al “rendimento” inteso in senso stretto, cioè a un risultato ulteriore e mediato (come ad esempio la quantità di fatturato prodotto da un venditore, o la riduzione di costi aziendali conseguita da un dirigente), sul quale influiscono anche fattori totalmente sottratti al controllo del lavoratore, quali il funzionamento di altri servizi aziendali, la qualità del prodotto venduto, il prezzo di

vendita, l'andamento del mercato, la congiuntura economica generale, ecc.. La clausola di intensità minima deve dunque considerarsi come elemento non accidentale, ma essenziale, del contratto di lavoro. In riferimento a questa clausola contrattuale è pacifico che l'inadempimento incolpevole ma grave da parte del lavoratore sia suscettibile di costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Altrettanto dovrebbe dirsi dell'inadempimento colpevole, poiché non si vede come l'elemento della colpevolezza possa far venir meno la rilevanza (anche) oggettiva del fatto, dal punto di vista delle esigenze aziendali economico-organizzative. Su quest'ultimo punto la sentenza in commento non prende posizione; sembra tuttavia prevalere in giurisprudenza lo stesso orientamento negativo che è prevalso finora in dottrina". Quindi, quando lo scarso rendimento deriva da fattori non imputabili al lavoratore, ma riconducibili alla sua persona con riferimento all'attitudine al lavoro, il datore di lavoro può intimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo qualora dalla prosecuzione del rapporto derivino per l'azienda costi superiori rispetto all'utilità prodotta dalla prestazione lavorativa svolta dal dipendente. In tal caso, non vi è un inadempimento del lavoratore, ma l'ordinamento fa prevalere sull'interesse del dipendente alla conservazione del posto di lavoro le esigenze economiche dell'impresa, intendendosi per tali non quelle che l'imprenditore, a sua discrezione, qualifichi come tali, ma quelle effettivamente rispondenti a criteri oggettivi di ordinato svolgimento dell'attività produttiva, desumibili da regole di comune esperienza. L'orientamento dei giudici su questa materia può considerarsi, a ben vedere, come un'espressione particolare della regola giurisprudenziale generale che consente il licenziamento soltanto se conseguente alla soppressione del posto di lavoro, ma non se conseguente alla sostituzione di un lavoratore con un altro: il lavoratore incolpevole non può essere sostituito. La distinzione tra soppressione e sostituzione nasconde in realtà una valutazione del giudice circa il costo-opportunità che l'imprenditore si propone di evitare con il licenziamento del lavoratore: se quel costo-opportunità supera la soglia della perdita che il giudice ritiene ragionevolmente accollabile all'impresa, il licenziamento è giustificato nonostante la sostituzione del lavoratore. Lo stesso identico ragionamento può proporsi (e di fatto, a ben vedere, viene seguito dai

giudici) in materia di licenziamento per scarso rendimento: se il difetto incolpevole di rendimento supera la soglia di tollerabilità, il giudice qualificherà la fattispecie in termini di impedimento oggettivo sopravvenuto della prestazione. Anche in questa materia, dunque, la questione non può ridursi soltanto all'accertamento della colpa del lavoratore: il minor rendimento incolpevole di un lavoratore rispetto ad un altro non ne giustifica normalmente il licenziamento, ma lo giustifica quando la differenza supera una soglia, oltre la quale il costo-opportunità costituirebbe una perdita ragionevolmente accollabile all'impresa.

2.4 La sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa per cause di forza maggiore o factum principis

Le ipotesi di licenziamento per ragioni non addebitabili al lavoratore non si esauriscono, però, a quelle collegabili all'inidoneità fisica o psichica del lavoratore. Nell'ambito della fattispecie del licenziamento per cosiddetto factum principis, viene ricondotta l'ipotesi in cui al lavoratore venga revocata l'autorizzazione o il titolo necessari a svolgere una certa attività che costituisce anche oggetto del suo contratto di lavoro subordinato; La legge n. 92 non menziona però espressamente tale fattispecie lasciando dunque il dubbio se tale caso rientri o meno nella nozione che per comodità abbiamo qualificato come "ristretta" di giustificato motivo oggettivo, e dunque non chiarendo se sia imprescindibile per il datore di lavoro attivare il procedimento dialettico, volto ad individuare una soluzione alternativa al recesso. La giurisprudenza di Cassazione, inoltre, già da tempo ha attratto tale fattispecie nella figura del giustificato motivo oggettivo, escludendo che emerga nel caso una figura estintiva autonoma del rapporto, in tale opzione evidenziandosi chiaramente l'obiettivo della Suprema Corte di fornire al lavoratore le garanzie in materia di licenziamento, che di regola accedono al regime del giustificato motivo oggettivo, in tale modo confermando la Corte l'idea di un necessario bilanciamento fra il valore della stabilità e gli interessi aziendali. In realtà, dunque, non sembra esservi argomento per escludere che all'ipotesi del licenziamento per factum principis o per forza maggiore possa trovare utile applicazione il procedimento di conciliazione anteriore al

licenziamento, procedimento che fra l'altro costituisce la porta di accesso al regime di protezione nel mercato del lavoro, con possibile affidamento del lavoratore a un'agenzia di lavoro ai fini della ricollocazione professionale. Devono, però, evidenziarsi le numerose perplessità sollevate dalla dottrina maggioritaria in merito; da più parti, infatti si sostiene che non sembrano potersi correttamente ricondurre alla disciplina degli artt. 1463 e 1464 c.c., la cui applicazione richiede la non imputabilità dell'impossibilità al comportamento del debitore.

La giurisprudenza persevera invece nel valutare la colpa del lavoratore quale elemento fondante la sola esclusione dell'obbligo di *repechage*, in contrasto peraltro con i più rigorosi criteri valutativi adoperati nei riguardi delle circostanze impeditive riconducibili all'impresa. Quanto all'art. 1464, esso, se riferito all'impossibilità parziale *ratione temporis* di una prestazione a carattere continuativo, qual è quella di lavoro subordinato, consente il recesso del creditore quando venga meno un suo "interesse apprezzabile" alla parte prevedibile di prestazione futura che tornerà possibile dopo la cessazione dell'impedimento. In materia di lavoro subordinato – rapporto a esecuzione continuata – la nozione di "interesse apprezzabile" non può essere interpretata nel senso della prevedibilità, al tempo stesso, di una apprezzabile utilità della prestazione futura, di cui possa prevedersi la ripresa a breve termine, ma anche e soprattutto nel senso della non prevedibilità di un costo di sostituzione temporanea del lavoratore talmente elevato da non poter essere ragionevolmente accollato all'imprenditore; e in tale previsione non potrà non tenersi conto anche dell'incertezza circa la durata dell'impedimento. Anche in questo caso, in sostanza, può ritenersi che il datore di lavoro debba farsi carico del rischio dell'impedimento, ma soltanto entro un limite ragionevole, oltre il quale l'impedimento medesimo costituisce giustificato motivo di recesso; anche in questo caso, dunque, come in tutti quelli esaminati sopra, al giudice competono in ultima analisi due operazioni: valutare la perdita attesa nel caso concreto e stabilire se essa sia compresa o no nella "copertura assicurativa" dovuta dal datore di lavoro al prestatore: se la perdita attesa eccede il "massimale" assicurato, il licenziamento è giustificato. Come già esposto in precedenza, l'impossibilità temporanea o parziale della prestazione può, altresì, derivare da provvedimenti

dell'autorità pubblica che, di fatto, inibiscono al lavoratore il regolare svolgimento della sua attività lavorativa, determinando, quindi, una disfunzione organizzativa. In seguito al provvedimento autoritativo, può verificarsi una preclusione soltanto parziale dello svolgimento dell'attività lavorativa (in tal caso, ad esempio, si impedisce al lavoratore il ricorso ad una determinata modalità di svolgimento dell'attività lavorativa ma gli si consente l'utilizzo di modalità diverse per garantire l'esecuzione della prestazione, o gli si preclude l'accesso ad alcuni luoghi di lavoro, o l'espletamento di alcune particolari mansioni tra quelle più ampie di sua competenza come nel caso del "factotum" che, a seguito del ritiro della patente di guida, non può più svolgere anche la mansione di autista) ovvero una preclusione totale, inibendo totalmente al prestatore lo svolgimento delle proprie mansioni. La perdita del possesso dei titoli o delle abilitazioni, nella maggior parte dei casi, è conseguenza di un comportamento colposo del lavoratore. Tuttavia la giurisprudenza, a differenza della dottrina, è concorde nel qualificare tale ipotesi in termini di impossibilità sopravvenuta. Alcune pronunce di legittimità, al più, hanno sancito che l'imputabilità dell'impedimento al comportamento colposo del lavoratore esonera il datore di lavoro dall'obbligo di ricollocare il dipendente presso un'altra posizione lavorativa a contenuto professionale equivalente, nell'ambito della propria organizzazione.

Si passa ora ad esaminare alcune delle possibili ipotesi rientranti nella fattispecie in commento. La prima ipotesi presa in considerazione è rappresentata dal ritiro del porto d'armi o dal mancato rinnovo del decreto di nomina disposte dal prefetto a seguito della sospensione adottata dal questore nei confronti della guardia, per inosservanza degli obblighi di servizio. In proposito è stato affermato che "i suddetti provvedimenti sono emessi in virtù del potere disciplinare attribuito agli organi preposti alla tutela della sicurezza pubblica (art. 4 r.d.l. 12 novembre 1936 n. 2144), in presenza di comportamenti della guardia che non attengono alla disciplina del rapporto privatistico (tra la guardia e l'istituzione di vigilanza), ma riguardano invece, la violazione degli obblighi imposti alla guardia stessa nell'interesse del servizio; la valutazione della violazione dei cennati obblighi è rimessa alla esclusiva discrezionalità degli organi preposti alla tutela della sicurezza pubblica. Ne consegue che, nella

formazione ed esecuzione di tali provvedimenti, non ha alcuna ingerenza il datore di lavoro, ma gli stessi costituiscono estrinsecazione del potere disciplinare dei citati organi e privano autoritativamente la guardia giurata del titolo di nomina e degli strumenti imprescindibili per lo svolgimento del servizio. Quindi, con riferimento a tale specifica fattispecie, la Corte di Cassazione ha stabilito che “la revoca della nomina a guardia giurata e/o il ritiro del porto d'armi da parte dell'autorità pubblica legittimano il datore di lavoro a recedere dal contratto di lavoro per sopravvenuta impossibilità della prestazione. Si tratta, infatti, di provvedimenti che privano il lavoratore del titolo o dell'autorizzazione indispensabili ai fini dell'abilitazione a svolgere le mansioni proprie di guardia giurata e, pertanto, giustificano la risoluzione del rapporto da parte del datore di lavoro nell'ipotesi in cui quest'ultimo non abbia un apprezzabile interesse alla prosecuzione del contratto, interesse valutato con riferimento alle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa³⁹⁴”.

Nella sentenza della Cassazione n. 13986 del 24 ottobre 2000 si legge infatti che “il provvedimento di ritiro del porto d'armi, emesso nei confronti di lavoratore svolgente mansioni di guardia particolare giurata, può autorizzare il datore di lavoro al licenziamento, per giustificato motivo oggettivo, ove dimostri che la prestazione è divenuta totalmente impossibile, occupando egli solo lavoratori addetti all'attività di guardia particolare giurata, oppure, ove lo stesso datore occupi anche personale non richiedenti alcun titolo di polizia, che egli non ha un interesse apprezzabile alla prosecuzione del rapporto, intendendosi tale “apprezzamento” ai sensi dell'art. 3 legge n. 604 del 1966, alla stregua delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Con riferimento, invece, all'ipotesi di ritiro del tesserino di accesso alle strutture aeroportuali, la Suprema Corte ha più volte ribadito che, nell'ambito dei rapporti di lavoro con le società di gestione degli impianti aeroportuali, il datore di lavoro può legittimamente recedere dal rapporto nel caso di revoca del tesserino di accesso alle zone aeroportuali da parte della Guardia di finanza. Il dipendente di società di gestione aeroportuale, difatti, privato del tesserino, non può svolgere le mansioni affidate in

quanto non può più accedere alle strutture aeroportuali. Ne consegue la sopravvenuta impossibilità temporanea della prestazione che abilita il datore di lavoro a recedere dal rapporto ai sensi dell'art. 1464 c.c. in mancanza di un suo interesse apprezzabile alle future prestazioni valutate con riguardo alle esigenze inerenti all'attività produttiva, una volta dimostrata l'impossibilità di utilizzare il dipendente in altri luoghi o in mansioni diverse, almeno equivalenti, secondo modalità di servizio che l'imprenditore potrebbe disporre nell'ambito dei propri poteri organizzativi senza modificare l'assetto aziendale. Occorre osservare che la Suprema Corte non ha avuto un orientamento costante in merito all'onere probatorio gravante sul datore di lavoro circa l'impossibilità di un diverso impiego del dipendente. In alcune passate decisioni, difatti, ha affermato che non incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare di non avere potuto adibire il lavoratore ad altre mansioni essendo tale prova necessaria solo nel caso in cui l'impedimento non sia addebitabile al lavoratore. Un'ulteriore ipotesi di *factum principis*, che impedisce al lavoratore lo svolgimento delle mansioni per le quali è stato assunto, si configura nel caso di ritiro o di scadenza della patente di guida del dipendente assunto come autista.

A riguardo la Suprema Corte, nella sentenza n. 12719 del 19 dicembre 1998, ha sottolineato "l'impossibilità di considerare l'evento alla stregua di una fattispecie estintiva autonoma di diritto comune"; più precisamente essa ha confermato la pronuncia del giudice di merito che - in un'ipotesi di sopravvenuta cessazione di efficacia di una patente di guida estera di un lavoratore con mansioni di autista - ha ritenuto sussistere il giustificato motivo, e non la giusta causa, di licenziamento e ha quindi riconosciuto il diritto del lavoratore al preavviso. Secondo la prospettata ricostruzione giurisprudenziale, "il ritiro e/o la scadenza della patente di guida, quale titolo necessario per l'espletamento delle mansioni che costituiscono l'oggetto del contratto di lavoro subordinato, possono determinare una disfunzione organizzativa che il datore di lavoro può non essere in grado di fronteggiare avuto riguardo alla durata del ritiro, alle dimensioni e al tipo di impresa, alla natura e alla qualità dei compiti assegnati al dipendente". È ricondotta nell'ambito dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione per *factum principis* anche la scadenza del permesso di

lavoro o di soggiorno del lavoratore straniero extracomunitario. Secondo le regole previste dal nostro ordinamento, il datore di lavoro, infatti, non può avere alle proprie dipendenze lavoratori extracomunitari irregolari perché “sprovvisti di autorizzazione al lavoro o “privi del permesso di soggiorno”. Ne consegue che la mancanza, la scadenza o la revoca di questi titoli abilitativi preclude lo svolgimento dell'attività lavorativa da parte del dipendente straniero poiché implica un doveroso rifiuto da parte del datore di lavoro a ricevere siffatta prestazione lavorativa. Il permesso di soggiorno, sottolineano i giudici di legittimità, “deve essere inteso come requisito di efficacia e non di validità del contratto di lavoro, per cui la sua scadenza o revoca determina la sospensione di ogni effetto economico e giuridico del rapporto di lavoro.

CAPITOLO TERZO

Le nuove sanzioni del licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. Il regime sanzionatorio previsto per le aziende escluse dall'ambito di applicazione dell'art.18 Stat. dei Lav.

“Nel contesto di un'ampia riforma del mercato del lavoro volta al dichiarato fine di ridurre la segmentazione e il dualismo e di porre nuovamente al centro del sistema il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, la legge n. 92/2012 (cd riforma Fornero) ha inciso, da una parte, sulla cd. “flessibilità in entrata”, restringendo le “condizioni d'uso” dei contratti di lavoro cd. “atipici”, e dall'altra sulla cd. “flessibilità in uscita”, riducendo le tutele per il licenziamento nel contratto di lavoro subordinato standard. In questo contesto, dopo oltre quarant'anni dalla sua entrata in vigore, è stato modificato l'art. 18 Stat. Lav.: al posto della “storica” e unitaria tutela reale, prevista, fino ad oggi, dalla norma statutaria per ogni patologia dell'atto di licenziamento, sono ora previste ben quattro, graduate e decrescenti, forme di tutela (la “tutela reintegratoria piena”, la “tutela reintegratoria attenuata”, la “tutela indennitaria forte” e la “tutela indennitaria dimidiata”), ognuna collegata a distinti presupposti applicativi. Come già affermato in precedenza, l'articolo 18 St. Lav., nonostante il tempo trascorso dalla sua emanazione, da molti è sempre stato identificato come un “porto sicuro” al quale approdare “nel tentativo di superare il senso di inquietudine e smarrimento che sovente deriva dal confronto con l'attuale legislazione, molto lontana dal modello statutario; una legge, insomma, che mette al centro la persona e i suoi valori. Le conseguenze giuridiche del licenziamento accertato giudizialmente come illegittimo si differenziano, in primo luogo, a seconda della dimensione dell'impresa all'interno della quale sia stato intimato: è questa la principale discriminante che fa scattare o meno l'applicazione dell'articolo 18 dello

Statuto dei lavoratori e le rispettive sanzioni. Le conseguenze giuridiche previste si distinguono, sostanzialmente, tra la cosiddetta "tutela reale" (prevista per le imprese rientranti nel campo di applicazione dell'articolo 18 St. lav., e che consiste nell'obbligo del datore e nel rispettivo diritto del prestatore alla reintegrazione nel posto di lavoro) e la cosiddetta "tutela obbligatoria" (esperibile nei confronti delle imprese escluse dal campo di applicazione dell'art. 18 St. lav.: in questo caso, invece, è lasciata alla volontà del datore l'alternativa tra la riassunzione del lavoratore e il pagamento di un'indennità risarcitoria). "La Corte Costituzionale ha sempre giudicato ragionevole e insindacabile la disparità tra i lavoratori delle grandi e delle piccole imprese in base a due presupposti: il primo legato alla necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese di minori dimensioni; il secondo fondato sulla particolare fiduciarità delle relazioni di lavoro nelle piccole imprese, ritenute incompatibili con la ricostruzione integrale degli effetti del rapporto, proprio della tutela reale. È doveroso osservare che gli attuali contesti produttivi ed organizzativi differiscono sensibilmente rispetto a quelli con i quali si è confrontato l'articolo 18 St. lav. Al momento della sua entrata in vigore e, di conseguenza, a seguito delle trasformazioni intervenute nell'attuale contesto economico, politico e sociale, da più parti si è invocata la necessità di revisionare i confini all'interno di cui "era stata costruita la dimensione del controllo del potere e di tutela della persona da parte della legge in commento, allo scopo di raggiungere una universalizzazione del sistema di tutela. La legge 92/2012, tuttavia, conferma i limiti numerici previsti dalla originaria formulazione dell'articolo in commento. Nello specifico, ai sensi dell'articolo 8 della legge 604/1966 come integrato dalla previsione dell'art. 30, comma 3, della legge n. 183/2010, per i rapporti di lavoro che si svolgano alle dipendenze delle imprese minori, ossia i datori di lavoro che occupano fino a sessanta dipendenti, o fino a quindici nella singola unità produttiva o nell'ambito del medesimo comune, la conseguenza del licenziamento illegittimo impugnato dal lavoratore è quella della tutela meramente "obbligatoria", "con condanna del datore di lavoro a riassumere il lavoratore entro il termine di tre giorni o, in mancanza, (e a scelta del datore di lavoro), al pagamento di un'indennità risarcitoria fissata dal giudice in misura compresa fra un minimo di 2,5 e un massimo di 6

mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa, all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti. “La retribuzione globale di fatto consiste in tutti quegli elementi retributivi che il lavoratore percepisce con continuità nel tempo. A titolo esemplificativo, rientrano in tale computo, l'indennità per il lavoro notturno, le trasferte, l'uso di autovettura propria, l'utilizzo dell'alloggio. Sono esclusi invece i rimborsi spese e tutti quegli elementi che non sono percepiti mensilmente o, in ogni caso, con continuità. La retribuzione base (o paga base) si distingue in quanto contempla esclusivamente la normale retribuzione spettante per contratto. Si deve tuttavia sottolineare la diversa finalità ed applicazione che la nozione retribuzione globale di fatto riveste nell'ambito della tutela reale ed in quello della tutela obbligatoria evidenziando come in quest'ultima la penale risarcitoria non assicuri al dipendente il risarcimento dei danni effettivamente subiti a causa del licenziamento ingiustificato, ma costituirebbe un'indennità finalizzata meramente ad un ristoro forfetario calcolato sulla base dell'ultima retribuzione effettivamente percepita. Nel caso della tutela reale, invece, il parametro della retribuzione globale di fatto risarcisce il prestatore di lavoro della retribuzione maturata e non percepita nel periodo di illegittima esclusione dall'azienda. È quindi diversa l'incidenza effettiva della nozione di retribuzione globale di fatto nei due ambiti di tutela poiché solo nell'area coperta dall'art. 18 St. lav. essa è suscettibile di seguire le eventuali modificazioni contrattuali comportanti per il lavoratore il riconoscimento di eventuali aumenti retributivi maturati nel periodo intercorrente. L'articolo 8 della legge 604/1966 “prevede, quindi, un limite minimo ed un limite massimo per l'indennità risarcitoria da corrispondere al lavoratore illegittimamente licenziato nell'ambito della tutela obbligatoria. La determinazione di tale indennità viene lasciata alla discrezionalità del giudice, il quale deve tenere in considerazione alcuni parametri tra cui le dimensioni dell'azienda, l'anzianità di servizio del lavoratore, il comportamento e le condizioni delle parti. La norma in esame individua, dunque, due possibili sanzioni in presenza di un licenziamento illegittimo, ossia intimato senza giusta causa o giustificato motivo oggettivo, e cioè la possibilità della riassunzione del lavoratore o il pagamento a favore

di quest'ultimo di un'indennità risarcitoria. In ogni caso, il datore di lavoro ha la facoltà di scegliere se proporre la riassunzione al lavoratore, che dovrà comunque eventualmente essere accettata da quest'ultimo, ovvero se confermare la propria volontà di recedere a fronte del pagamento dell'indennità prevista dalla legge. Si evidenzia, però, che il legislatore ha conferito al datore di lavoro la facoltà di scegliere tra riassunzione e risarcimento ma, al tempo stesso, si sottolinea il fatto che al lavoratore debba essere riconosciuta la facoltà di optare per il risarcimento in luogo dell'offerta di riassunzione. Tale considerazione è fondata anche sul fatto che il datore di lavoro è stato autore di un comportamento illegittimo con il licenziamento del lavoratore senza la sussistenza di un giustificato motivo. Quest'ultimo, pertanto, potrebbe non avere interesse alla ripresa dell'attività lavorativa e preferire un indennizzo economico. Peraltro, diversamente argomentando, verrebbe addirittura favorito il datore di lavoro il quale si gioverebbe della sottrazione dal pagamento della penale ogni qualvolta la riassunzione offerta dovesse rendersi impossibile per un impedimento, di qualsiasi genere, del lavoratore.

La giurisprudenza, sin dai primi pronunciamenti, ha previsto la necessaria alternatività tra i due rimedi, non però intesa in senso civilistico, ma con correttivi adatti alla specifica fattispecie e con la conseguente necessità per il datore di lavoro di adempiere comunque all'una o all'altra obbligazione.

Da più parti si è obiettato che “la perdita del posto di lavoro lede sempre il diritto fondamentale al lavoro. Ma se così fosse, non si comprenderebbe come possa tollerarsi il regime di tutela meramente obbligatoria nelle aziende escluse dal campo di applicazione dell'articolo 18. Per quanto riguarda la disparità di trattamento che si instaurerebbe tra il lavoratore che beneficia della reintegrazione e quello che beneficia soltanto dell'indennizzo, c'è chi sostiene questa censura osservando che il licenziamento non può essere illegittimo a metà: “se è illegittimo è illegittimo”; e tutti coloro che lo subiscono devono essere trattati alla stessa maniera. A ciò si aggiunge una considerazione apparentemente empirica, e rispondente a quello che parrebbe essere il buon senso comune, per la quale la maggiore o minore possibilità del lavoratore di ottenere ragione in caso di licenziamento sarebbe direttamente collegata

alla collocazione geografica del Tribunale in cui la controversia viene promossa. Secondo un esame degli orientamenti giurisprudenziali, infatti, i Giudici meridionali sarebbero più severi dei Giudici settentrionali nella valutazione dei presupposti causali del licenziamento, e ne dichiarerebbero l'illegittimità con maggior frequenza.

Da più parti, con riferimento ai limiti numerici previsti per l'applicazione dell'articolo 18 St. Lav., si afferma che qui si pone un problema di revisione dei vincoli dimensionali in quanto oggi, più che in passato, si dimostrano inadeguati dinanzi alle nuove conformazioni assunte dal tessuto produttivo ed organizzativo. Non solo permane, e anzi viene accentuato per effetto di esternalizzazioni e delocalizzazioni, il fenomeno della microimprenditorialità, terreno elettivo dello Statuto che non c'è, ma si moltiplicano le figure di lavoratori fatti di carne ed ossa ma invisibili agli occhi del diritto del lavoro. Da qui l'esigenza di introdurre, come da tempo suggerisce la dottrina, criteri altri e diversi rispetto a quello dimensionale in quanto suscettibile di favorire condotte elusive da parte delle imprese. Il riferimento è al moltiplicarsi degli strumenti contrattuali, più o meno collaudati, che consentono all'imprenditore di utilizzare e/o acquisire indirettamente forza lavoro e che determinano la frammentazione dell'impresa in un reticolo di relazioni contrattuali (le reti di imprese, il gruppo, l'impresa a rete, ecc.) non certo prive di effetti sui rapporti di lavoro e sulla relativa disciplina. Si tratta di fenomeni che condizionano la dimensione quantitativa dell'impresa, e quindi il fattore preso a riferimento dal nostro ordinamento, in modo particolare dallo Statuto, per differenziare le tutele applicabili ai lavoratori

A seguito dell'incremento delle operazioni di erosione della normativa garantista messe in atto dalla compagine datoriale a tutto danno dei lavoratori, soprattutto attraverso scelte oculate di polverizzazione e/o frantumazione dell'impresa, vengono sempre più in evidenza nuove aree di immunità del potere imprenditoriale. Dinanzi a questi interventi di "ingegneria imprenditoriale", che non solo modificano profondamente le dimensioni di controllo del potere e di tutela della persona con le quali si era confrontato lo Statuto, ma ne creano di nuove, molti sono gli interrogativi che affollano la mente del giurista alla costante ricerca di una bussola in grado di riportare a sistema la complessità di processi in costante divenire ed irriducibili a

schemi predefiniti e rigidi. Soprattutto, in un'epoca in cui anche il più recente passato rischia di essere cancellato con un semplice tratto di penna, ci si chiede se siano ipotizzabili soluzioni di respiro statutario ovvero se la linea di politica del diritto sottesa allo Statuto, che vede nella limitazione del potere una tecnica di tutela di valori costituzionalmente garantiti. d'impresa “sicché la caducazione dell'atto, la prosecuzione del rapporto e la reintegrazione vanno oltre i rimedi sinallagmatici e la logica indennitaria, assolvendo a una funzione inibitoria e appunto promozionale di una corretta mentalità imprenditoriale”.

2. Le conseguenze sanzionatorie previste dall'art. 18 Stat. Lav. riformato in caso di licenziamento illegittimo

Uno degli obiettivi che il legislatore della riforma si è prefissato è la “rimodulazione delle regole in tema di recesso datoriale sul presupposto che, rendendone prevedibili e più contenuti i costi, il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato possa tornare al centro del sistema come “forma comune di rapporto di lavoro” (art. 3, c. 1, lett. a) o “contratto dominante” (art. 1, c. 1, lett. a). Nel perseguire questo obiettivo, la legge 92/2012 incide sulla disciplina dei licenziamenti individuali e collettivi modificando in primo luogo l'art. 18 St. lav., ed introduce un rito speciale per le controversie in cui si applichi la norma statutaria. Più in particolare la legge in esame si propone di sostituire all'unitaria tutela reintegratoria prevista dall'art. 18 St. lav. per ogni patologia dell'atto di recesso (nullità, annullabilità, inefficacia) una pluralità di regimi di tutela, reintegratori e/o risarcitori, di graduata intensità, destinati ad operare in dipendenza di distinti presupposti. Segno significativo del cambiamento è la nuova rubrica dell'articolo che da “Reintegrazione nel posto di lavoro” diviene “Tutela del lavoratore in caso di licenziamento illegittimo”. Da più parti, però, si è osservato che per la legge n. 92/2012 l'illegittimità del licenziamento rilevi solo nel momento in cui si traduca in una sanzione per la parte datoriale, ossia per un costo per l'impresa. Dunque, la scelta legislativa è quella di incidere non sui presupposti, ma solo sulle conseguenze del licenziamento

Prima della riforma, l'articolo 18 St.lav. prevedeva una tutela caratterizzata dal fatto che la sentenza rimuoveva gli effetti del licenziamento illegittimo, il rapporto di lavoro veniva ricostituito nella sua continuità giuridica, il lavoratore aveva diritto non solo alla reintegrazione nel posto di lavoro ma anche al risarcimento del danno equivalente alla retribuzione persa (con un minimo di cinque mensilità) durante il periodo intercorso tra il licenziamento e la reintegrazione, oltre al versamento dei contributi assistenziali e previdenziali. Al lavoratore, inoltre, era riconosciuta la facoltà di accettare, in luogo della reintegrazione, il pagamento, da parte del datore di lavoro, di un'indennità risarcitoria pari a quindici mensilità, fermo restando il risarcimento del danno subito per il periodo intercorso tra il provvedimento espulsivo e la rinuncia alla reintegrazione. Come anticipato, il nuovo art. 18 prevede non più un unico regime sanzionatorio, ma quattro regimi di tutela a seconda del tipo di invalidità accertata dal giudice, in caso di accoglimento del ricorso proposto dal lavoratore. Volendo ripercorrerli brevemente, troviamo:

- La **“tutela reintegratoria piena”** prevista dai primi tre commi del nuovo testo: sulla falsariga di quanto previsto dalla precedente formulazione dell'art. 18 St. lav, questa prima forma di tutela prevede che “il giudice condanni il datore di lavoro: a) alla reintegrazione nel posto di lavoro; b) al pagamento di una “indennità” volta a compensare integralmente le perdite subite dal lavoratore, commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto, dal giorno del licenziamento all'effettiva reintegrazione, al di sopra della soglia minima delle cinque mensilità, dedotto unicamente quanto da lui effettivamente percepito, nello stesso periodo, per lo svolgimento di altre attività lavorative; c) al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali dovuti per tutto il periodo intercorso dal giorno del licenziamento a quello della reintegrazione. Rimane ferma, comunque, la facoltà per il lavoratore di sciogliere il rapporto optando per l'indennità risarcitoria di quindici mensilità sostitutiva della reintegrazione”, già prevista dal previgente testo dell'art. 18 St. lav.. Tale regime si applica, in particolare, al licenziamento per motivo discriminatorio o illecito, e a quello intimato in forma orale.

- La **“tutela reintegratoria attenuata”** prevista dal 4° e 7° comma del nuovo testo: questa diversa, ed attenuata, forma di tutela contempla ancora la condanna del datore di lavoro: a) alla reintegrazione nel posto di lavoro e b) al pagamento di una “indennità risarcitoria” del danno subito dal lavoratore “commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione”, senza però la fissazione di una soglia minima e con la previsione, invece, di un tetto massimo di dodici mensilità; inoltre dall' “indennità risarcitoria” deve essere dedotto non solo quanto dal lavoratore effettivamente percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative, ma anche quanto egli “avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di nuova occupazione”; c) al pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali per tutto il periodo fino alla reintegrazione (ma riducibili, per singoli periodi, alla sola quota differenziale rispetto agli eventuali contributi maturati con altra attività lavorativa, anche con rapporti di lavoro non subordinato). Anche in questo caso è riconosciuta al lavoratore la facoltà di optare “per l'indennità sostitutiva della reintegrazione nel posto di lavoro”. Tale regime si applica, in particolare, ad alcuni casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo e ad alcune ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

- La **“tutela indennitaria forte”** o “tutela meramente obbligatoria” prevista dal 5° e 7° comma del nuovo testo: in questo caso “il giudice: a) dichiara risolto il rapporto (in realtà accerta la risoluzione) con effetto dalla data del licenziamento e b) condanna il datore di lavoro al pagamento di una “indennità risarcitoria onnicomprensiva” fra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità di retribuzione globale di fatto”, determinato, con onere di specifica motivazione, in relazione ad alcuni criteri indicati dalla legge ed in parte differenti a seconda dei presupposti applicativi della tutela. La portata comunque estintiva ab origine dell'atto di licenziamento esclude il pagamento di contributi assicurativi o previdenziali (in questo caso, a differenza del regime in cui opera la reintegrazione, il lavoratore ha diritto a conservare i benefici di reddito e copertura contributiva annessi all'assicurazione sociale per l'impiego (Aspi), ossia la nuova indennità di disoccupazione, eventualmente richiesta a seguito della perdita del posto di lavoro; rimangono fermi i pagamenti del preavviso e del

trattamento di fine rapporto, quali conseguenze della cessazione del rapporto di lavoro. Anche questo regime può applicarsi sia ad alcune ipotesi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo sia ad alcuni casi di licenziamento economico. Quindi, in sostanza, il 7° comma dell'articolo 18 riformato individua diverse ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per le quali prevede la sanzione della reintegrazione attenuata o quella meramente obbligatoria.

- La **“tutela indennitaria dimidiata”** o **“tutela obbligatoria ridotta”** prevista dal 6° comma del nuovo testo: essa sanziona il vizio formale di carenza di motivazione e quelli di inosservanza degli obblighi procedurali previsti per il licenziamento disciplinare ed economico. In quest'ultima ipotesi il giudice: a) dichiara risolto il rapporto (in realtà accerta la risoluzione) e b) condanna il datore di lavoro al pagamento di una **“indennità risarcitoria onnicomprensiva”** variabile tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità di retribuzione globale di fatto, da valutarsi da parte del giudice in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro. Come nel caso precedente e per le stesse ragioni, non è previsto il pagamento di contributi assicurativi o previdenziali. **“È difficile dire se, in via di principio, la “tutela reintegratoria attenuata” e le due forme di tutela indennitaria siano o meno idonee a compensare integralmente le perdite patite dal lavoratore dal momento del licenziamento al momento della pronuncia di illegittimità del licenziamento: la risposta dipende, in larga misura, dai tempi del processo e, dunque, dalla riduzione della sua durata che dovrebbe derivare dal nuovo rito introdotto dalla riforma.**

La scelta fra le diverse forme di tutela non è connessa alla giustificazione formalmente adotta dal datore a fondamento del proprio atto di recesso, ma alla giustificazione effettiva che, sulla base della domanda del lavoratore, il giudice è chiamato ad accertare. Non a caso la dottrina sottolinea l'eccessiva discrezionalità che la legge 92/2012 attribuisce al giudice nella determinazione delle regole da applicare al caso concreto e non si preoccupa, invece, del (l'irrazionale) margine di scelta che una tale interpretazione lascerebbe al datore di lavoro nel determinare le conseguenze...di un proprio atto illecito o, comunque, illegittimo. Piuttosto, si tratterà di valutare, alla

luce di quei principi, se le tutele riconosciute dalla legge di riforma possano ritenersi sufficienti. La legge 92/2012 interviene, come detto, sul regime di tutela posto dall'art. 18 St. lav. senza modificarne il campo di applicazione: ai datori di lavoro che non raggiungono le soglie dimensionali individuate dalla norma continua ad applicarsi la tutela obbligatoria di cui all'art. 8 l. 604/1966.

Il ravvicinamento fra lavoratori super-protetti e lavoratori sotto-protetti è così affidato solo alla programmata rimodulazione al ribasso delle tutele previste per i primi. La rivisitazione complessiva della flessibilità in entrata ed in uscita dal rapporto di lavoro avrebbe potuto costituire, invece, una buona occasione per collocare in un quadro unitario tutte le tutele contro il licenziamento illegittimo, ancorandole a parametri – diversi dalla mera consistenza occupazionale del datore di lavoro – maggiormente in grado di denotarne la capacità economica. Muovendo, quindi, da quanto disposto dal nuovo testo dell'art. 18 St. lav., cc. 8 e 9, (limiti numerici che la legge 92/2012 si limita a confermare) rientra nel campo di applicazione della tutela reale l'imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento, occupi alle sue dipendenze più di 15 unità o più di 5 se si tratta di imprenditore agricolo. La disposizione trova applicazione anche nei confronti del datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell'ambito dello stesso comune occupi più di quindici dipendenti e all'impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupi più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che occupi più di 60 dipendenti su scala nazionale.

Ai fini del computo, i lavoratori assunti con contratto a tempo indeterminato parziale sono calcolati “pro quota” in relazione all'orario pieno contrattuale, tenendo conto, a tale proposito, che il computo delle unità lavorative fa riferimento all'orario previsto dalla contrattazione collettiva del settore”. La prevalente dottrina e giurisprudenza ritiene che i dipendenti dell'impresa debbano essere computati secondo il criterio dell'organico “oggettivo”, intendendosi per tale il numero di dipendenti strutturalmente impiegati nell'impresa e necessari per il normale

funzionamento dell'attività produttiva, indipendentemente dal numero dei lavoratori impiegati nell'impresa nel momento che precede il licenziamento e che si sostanzia nel cd. "organico soggettivo". Spetta, dunque, al datore di lavoro provare che eventuali contrazioni del personale prima del disposto licenziamento corrispondevano a stabili esigenze dell'organizzazione. Di conseguenza, per effetto di specifiche disposizioni di legge, "sono esclusi dal computo dei dipendenti dell'impresa le seguenti tipologie contrattuali:

a) gli assunti con rapporto di apprendistato (qualunque sia la tipologia ed ivi compresi i cd. "apprendisti in mobilità") in quanto l'articolo 7, comma 3, del D. Lgs n. 167/2011 li esclude espressamente, ribadendo la disposizione già contenuta nell'art. 21 della L. n. 56/1987, ora abrogato;

b) il coniuge e i parenti del datore di lavoro entro il secondo grado, sia in linea diretta che in linea collaterale;

c) gli assunti con contratto di reinserimento ex art. 20 della L. 223/1991;

d) gli assunti, già impiegati in lavori socialmente utili o di pubblica utilità secondo la previsione contenuta nell'art. 7, comma 7, del D. Lgs n. 81/2000;

e) i lavoratori somministrati che, per effetto dell'art. 22, comma 5, del D. Lgs n. 276/2003, non rientrano nell'organico dell'utilizzatore. Vanno, invece, compresi nell'organico aziendale i lavoratori delle società cooperative di produzione e lavoro che hanno sottoscritto un contratto di lavoro subordinato secondo la previsione contenuta nell'art. 1, comma 3, della L. n. 142/2001, i lavoratori a domicilio, i lavoratori sportivi professionisti che, in virtù dell'articolo 4, comma 9, della L. n. 91/1981, rientrano nel computo dimensionale dell'azienda.

Il computo parziale dell'organico non riguarda solo i lavoratori ad orario ridotto a tempo indeterminato, come espressamente previsto dalla norma, ma anche i lavoratori intermittenti, in forza dell'articolo 39 del D. Lgs n. 276/2003, che li calcola nell'organico dell'impresa ai fini dell'applicazione di norme di legge, in proporzione all'orario di lavoro effettivamente svolto nell'arco di ciascun semestre o quelli " in lavoro ripartito", computati complessivamente in relazione all'orario svolto e che vanno considerati come un'unità allorquando l'orario complessivo coincida con il

tempo pieno. La Circolare n. 3/2013 dispone che “il calcolo della base numerica deve essere effettuato non già nel momento in cui avviene il licenziamento, ma avendo quale parametro di riferimento la c.d. normale occupazione nel periodo antecedente (ultimi sei mesi), senza tener conto di temporanee contrazioni di personale e precisa ulteriormente che in quelle aziende in cui, “per motivi di mercato o di attività svolta in periodi predeterminati”, l'occupazione risulta “fluttuante”, si possono seguire le indicazioni giurisprudenziali che variano dal concetto di “media” a quello di “normalità della forza lavoro riferita all'organico necessario in quello specifico momento dell'anno”. Si passa ora ad esaminare il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo, il quale “può essere ricondotto, per mera comodità dell'esposizione, a due tipi: il tipo “forte” accompagnato dal diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e il tipo “debole” caratterizzato dalla sanzione meramente economica. La distinzione operata dalla legge n. 92/2012 non discende però da dati tendenzialmente oggettivi, come il numero dei dipendenti dell'azienda, dato già utilizzato dalla legge per circoscrivere in passato l'ambito della tutela meramente obbligatoria, separandolo dall'area della tutela reale, ma discende dalla gravità del vizio del licenziamento, in tale circostanza dovendosi ravvisare un elemento di maggiore complessità del nuovo regime dei licenziamenti, e dunque di potenziale onerosità del sistema, in netto contrasto con le dichiarate finalità della riforma, che si è detta volta a ridurre, in generale, costi diretti e indiretti del licenziamento. Peraltro, con il termine gravità non si vuole alludere alle classiche categorie della nullità e dell'annullabilità, che nel sistema del codice civile graduano i vizi del contratto. Piuttosto, ai fini dell'individuazione della sanzione applicabile, la legge distingue fra giustificato motivo oggettivo addotto, la cui assenza risulti più appariscente, collegando a tale situazione la pena della reintegrazione, e dall'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.

2.1 La sanzione “forte” per il licenziamento privo di ragioni oggettive

“Procedendo dal regime sanzionatorio più rigido, a quello meno pesante per l'impresa, la tutela “forte” in caso di licenziamento determinato da ragioni oggettive riguarda le ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, inteso in senso lato, in cui il giudice accoglie l'impugnazione del lavoratore ritenendo che il datore di lavoro abbia fatto valere, senza fondamento, l'inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di adibirlo ad altre mansioni, anche inferiori, non riuscendo peraltro a fornire prova della circostanza dell'impossibilità o dell'assenza di alternative occupazionali in azienda. Oltre a queste due ipotesi, la sanzione “forte” contro il licenziamento economico, non riscontrato dal giudice, trova applicazione nel caso di preteso, ma non provato, superamento del periodo di comporto, e dunque nel caso di licenziamento durante il periodo di comporto. La sanzione “forte” coincide con il diritto alla restituzione in integrum, cioè coincide con il diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro, ancorché attenuata rispetto ad altre ipotesi di diritto alla reintegrazione pure regolate dalla legge n. 92 del 2012. Infatti, il lavoratore se ha diritto nei casi citati a vedere ricostituito il rapporto, non ha diritto al risarcimento di ogni danno subito, e in particolare non ha diritto a recuperare in toto la retribuzione perduta dal momento del licenziamento fino all'effettiva reintegrazione, dato che il limite posto al risarcimento coincide con il massimo di dodici mensilità, anche se per ipotesi il giudizio durasse più a lungo. Com'è stato efficacemente notato, nel limite al risarcimento del danno per perdita retribuzione, si evidenzia una delle sostanziali differenze rispetto al previgente regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo, dato che il rischio della durata del processo, oltre i dodici mesi è a carico del lavoratore, attraverso tale soluzione incentivato ad aderire ad una soluzione transattiva ogniqualvolta non sia immediata o univoca la soluzione favorevole della controversia. A caratterizzare la sanzione vi sono altre peculiarità, relative alla misura del risarcimento del danno, per il periodo intercorrente dal licenziamento alla reintegrazione.

Da specificare che il lavoratore licenziato a seguito della revoca, da parte dell'Autorità, dell'autorizzazione necessaria a svolgere una certa attività lavorativa che

costituisce l'oggetto del suo contratto di lavoro subordinato, nell'ipotesi in cui si accerti la non veridicità del fatto posto a base del licenziamento, non ha necessariamente diritto alla reintegra ma può essere reintegrato secondo una valutazione rimessa al giudice; inoltre, ove l'insussistenza del fatto non fosse manifesta, egli avrebbe diritto solo alla tutela indennitaria. Per quanto riguarda la violazione dei criteri di scelta nella selezione dei lavoratori in esubero, in caso di licenziamento individuale economico, essa fa scattare la sola tutela indennitaria prevista dall'articolo 18, comma 7, seconda parte; occorre, però, specificare che la stessa violazione posta in essere nell'ambito di un licenziamento collettivo attiva la tutela reintegratoria. Con riferimento alla sfera dell'impresa, l'ipotesi di interpretazione più complessa è sicuramente quella che riguarda le “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. In questo caso, il legislatore, utilizzando un'espressione che ha sollevato molti dubbi ed interrogativi, nella seconda parte dell'articolo 18, comma 7, nuovo testo, prevede due ipotesi collegate al diverso esito dell'accertamento giudiziale (fatta salva ovviamente l'ipotesi in cui il giudice confermi la piena validità del licenziamento):

1. nel caso in cui il giudice accerti “la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo” egli può applicare il regime della “tutela reintegratoria attenuata”, prevista dal comma 4, e, quindi, rimuovere gli effetti del provvedimento espulsivo. La legge prevede una possibilità e non un obbligo da parte del giudice di applicare questo regime di tutela, sollevando notevoli perplessità in merito ai criteri e agli spazi di valutazione secondo i quali i giudici devono optare per la sanzione più forte o per quella solo risarcitoria (aspetto sul quale la legge nulla dispone in tal senso).

2. “nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo”, il giudice deve necessariamente applicare solamente il regime indennitario introdotto dal comma 5. In dottrina, la distinzione fra le due ipotesi ha suscitato notevoli perplessità dettate dall'elevato livello di incertezza applicativa che la disposizione normativa produce, in netto contrasto con l'intenzione del legislatore della riforma di creare un chiaro sistema di regole in merito ad una fattispecie di

licenziamento così particolare. Quindi, la formulazione del nuovo articolo 18 pone l'interprete di fronte all'arduo compito di cercare una coerenza tra la disciplina sanzionatoria, imperniata sulla "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e la fattispecie sostanziale ex art 3 della legge 604/1966. Con riferimento alla prima ipotesi elencata, "foriera di estrema incertezza è, in primo luogo, la formula "può", allusiva a un potere discrezionale del giudice, utilizzata dalla legge n. 92, laddove ha riscritto il testo del comma 7° del nuovo articolo 18 della legge n. 300 del 1970, nella parte in cui la norma si riferisce alla "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo". Quindi la riforma, aprendo una breccia al principio della stabilità reale del posto di lavoro, abilita il giudice, in caso di licenziamento economico, a scegliere tra la reintegrazione e l'indennizzo. Nei primissimi commenti, la novità è stata vista con preoccupazione, in quanto il legislatore avrebbe utilizzato concetti vaghi e oscuri, paventandosi un ruolo del giudice ancora più ampio e un esito del giudizio ancora più incerto. Secondo l'interpretazione letterale della disposizione normativa, quindi, la ricostituzione del rapporto di lavoro è sempre facoltativa e mai obbligatoria per il magistrato. Inoltre, si è obiettato che se il giudice dispone la reintegra del lavoratore, egli deve motivare dettagliatamente la ragione di tale decisione e si è aggiunto che lo scopo di questa disposizione è quello di permettere all'arbitro di effettuare una valutazione "caso per caso", optando per l'indennità risarcitoria in presenza di un "eventuale grave deterioramento dei rapporti interpersonali. In senso nettamente contrario alla tesi appena citata, alcuni Autori sostengono che "la "tassatività" delle condizioni a cui la legge subordina la reintegra è tale da escludere qualsiasi discrezionalità del giudice. Quest'ultimo deve disporre la ricostituzione del rapporto di lavoro in presenza dei relativi elementi. Quest'ultima tesi non può essere condivisa poiché l'interpretazione letterale della norma pone in senso palesemente contrario. Il giudice è libero di decidere se reintegrare o meno il lavoratore.

Si tratta di una discrezionalità ampia ed indeterminata, quindi assoluta, che non sottoposta a regole esplicite, perché il settimo comma dell'art. 18 riformato sancisce che i criteri stabiliti dalla legge si applicano solo per determinare, nei limiti minimi e

massimi, l'indennità risarcitoria. In adesione a questa tesi, si è quindi proposta una "interpretazione correttiva" costituzionalmente orientata: "il può si deve leggere deve" ed il giudice, quando sussistono le condizioni previste nella disposizione, non può che condannare il datore di lavoro alla reintegrazione. La distinzione presuppone semplicemente un distinguo tra il concetto di licenziamento invalido perché il giustificato motivo non sussiste, in quanto – come si esprime il legislatore della riforma - "non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo", e il licenziamento invalido per "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento". Orbene, il primo caso si avrà quando la motivazione del licenziamento riguarda una ragione economica in sé esistente, ma non integrante, nella valutazione dell'ordinamento, gli estremi del giustificato motivo oggettivo: ad esempio, nel caso in cui il licenziamento sia disposto per un motivo di riduzione dei costi, o per incremento del profitto; fattispecie che, come esposto in precedenza, la giurisprudenza comunemente ritiene non rientranti nella nozione di ragione legittimante il recesso. In tale evenienza (...) la conseguenza sarà l'indennizzo del lavoratore. Occorre specificare che l'indennità risarcitoria non preclude la possibilità di provare pregiudizi ulteriori, "come il danno biologico o quello conseguente al licenziamento ingiurioso, sol che si consideri che l'indennità in questione neppure è definita "onnicomprensiva", a differenza dei commi 5 e 6. "Diverso è il caso della "manifesta insussistenza", ove è lo stesso fatto produttivo organizzativo posto a base del licenziamento che in realtà non sussiste: ad esempio, viene disposto un licenziamento per soppressione della funzione, ma in realtà tale funzione è mantenuta in ambito aziendale.

Occorre ribadire che, ai sensi del quinto comma dell'articolo 18 St. lav., "fermo restando il diritto al risarcimento del danno così come previsto al quarto comma, al prestatore di lavoro è data facoltà di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'indennità pari a quindici mensilità di retribuzione globale di fatto. Qualora il lavoratore, entro trenta giorni dal ricevimento dell'invito del datore di lavoro, non abbia ripreso servizio, né abbia richiesto, entro trenta giorni dalla comunicazione di deposito della sentenza, il pagamento dell'indennità di cui al

presente comma, il rapporto di lavoro si intende risolto allo spirare dei termini predetti”.

La retribuzione da prendere a parametro è “l'ultima”, e non la media di quelle maturate nel periodo antecedente il licenziamento. Il riferimento è quello consueto alla nozione “onnicomprensiva” di remunerazione effettivamente percepita ed inclusiva di tutti i compensi di natura retributiva che il lavoratore ha ricevuto. Ovviamente, il riferimento all'ultima retribuzione, se esclude la possibilità di utilizzare come parametro quelle anteriori, non consente di “congelare” le somme dovute e di escludere quindi eventuali aumenti contrattuali collettivi (anche a base aziendale) che siano nel frattempo intervenuti. Infatti, la disposizione fa riferimento alla retribuzione “maturata dal giorno del licenziamento sino a quello della effettiva reintegrazione”. Pertanto, “il parametro non è frutto di una istantanea sul contenuto dell'ultima retribuzione percepita (prima del licenziamento) ma è testualmente riferito al maturato economico entro un preciso arco temporale che parte dal momento del licenziamento e termina con la effettiva reintegrazione”. Ne consegue che la retribuzione da prendere in considerazione è quella che il lavoratore avrebbe avuto il diritto a conseguire prima del momento di effettiva riammissione in servizio e comprensiva, quindi, oltre di quanto percepito all'epoca del recesso, anche degli eventuali aumenti contrattuali nel frattempo intervenuti. Come già anticipato, “la legge 92/2012 riprende la formula di cui all'articolo 8 della legge n. 604/1966 (“quando il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del licenziamento per...giustificato motivo”) ma smembra la fattispecie ivi descritta enucleando, accanto alla mancanza degli estremi del g.m.o., la manifesta insussistenza del fatto. L'insussistenza del fatto è un'espressione che appartiene essenzialmente al diritto e al processo penale e richiama una delle formule assolutorie (perché il fatto non sussiste) previste dall'art. 530 c.p.c.. La legge n. 92, regolando il regime sanzionatorio del licenziamento, utilizza la formula di insussistenza del fatto rispetto ad una fattispecie legale, contenente la definizione di giustificato motivo di licenziamento, che in realtà non contempla alcun fatto. L'articolo 3, legge n. 604 del 1966, concepito dalla dottrina quale norma elastica, infatti, non definisce il giustificato motivo oggettivo attraverso il riferimento ad un

fatto individuato nei suoi elementi materiali, tipici, tassativi o anche solo identificabili, né separa il fatto dagli altri estremi. La disposizione descrive la fattispecie sostanziale attraverso il riferimento alle ragioni economiche (ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa), non include quindi elementi fattuali ed empirici ma rinvia a meccanismi mossi da esigenze, valutazioni ed obiettivi. Il risultato è una problematica asimmetria tra la disposizione sostanziale e quella sanzionatoria, l'impossibilità di sovrapporre la seconda alla prima per la netta divergenza tra gli elementi la cui esistenza integra il giustificato motivo e la cui insussistenza determina la conseguenza sanzionatoria della reintegra. Il problema nasce, probabilmente, da un vizio di fondo perché, con l'art. 18, comma 7, seconda parte, si pretende di enucleare un fatto all'interno di una fattispecie regolata da norme elastiche, costruite attorno non a fatti bensì a parametri generali, a cui il giudice dovrà dare concretezza attraverso la sua attività di integrazione giuridica e attraverso giudizi di valore. Peraltro, la disposizione in esame non dà alcuna indicazione utile per poter individuare il fatto, limitandosi a precisare che debba essere quello posto a base del licenziamento, espressione che, a sua volta, rinvia alle allegazioni del datore di lavoro sulla causa giustificativa del recesso. D'altra parte, secondo la dottrina maggioritaria, l'incertezza sul significato delle espressioni usate dal legislatore della riforma del 2012 non può essere utilmente colmata utilizzando l'elaborazione giurisprudenziale sul giustificato motivo oggettivo. La giurisprudenza, con orientamenti peraltro non uniformi, ha individuato quali presupposti del licenziamento per ragioni economiche, l'effettività delle modifiche nell'organizzazione aziendale imposte da situazioni sfavorevoli non contingenti (deve trattarsi, quindi, di ragioni reali, non meramente transitorie, di consistenza e rilevanza tali da legittimare il licenziamento del lavoratore), il nesso causale tra le ragioni addotte e la soppressione di uno specifico posto di lavoro (il datore di lavoro, nello specifico, deve dimostrare che vi è un collegamento di causalità tra l'esigenza organizzativa e il licenziamento di quel lavoratore, in quella posizione e con quelle caratteristiche professionali), l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in mansioni equivalenti, talvolta anche inferiori, anche se al lavoratore che impugna il licenziamento viene richiesto di indicare

potenziali posizioni lavorative da ricoprire, ed, infine, il rispetto dei criteri di scelta, nella selezione del personale con mansioni fungibili, conformi ai principi di correttezza e buona fede. Da precisare che l'onere di dimostrare la sussistenza di questi presupposti incombe sul datore di lavoro. I requisiti appena elencati non sono costruiti attorno ad uno o più fatti ma, coerentemente alla complessità delle dinamiche economiche ed imprenditoriali e ai parametri generali su cui si fonda la previsione normativa del giustificato motivo oggettivo, esprimono scelte, decisioni, valutazioni.

La difficoltà di una sistemazione razionale della disciplina in esame trova riscontro in molte letture fornite dalla dottrina che ha cercato di definire le due categorie, del fatto posto a base del licenziamento e degli estremi del giustificato motivo, in maniera non sempre concorde. Secondo una prima tesi, il fatto posto a base del licenziamento per motivo oggettivo è il mero fatto materiale addotto a giustificazione del recesso e che deve essere esplicitamente indicato nella motivazione del licenziamento. Nessuna di queste tesi consente di dare alla previsione normativa un significato esaustivo, coerente e razionale. La tesi che identifica l'elemento posto a base del licenziamento in un fatto materiale, presuppone, innanzitutto, che i datori di lavoro, assecondando la fattispecie normativa in esame, specifichino nelle lettere di licenziamento il fatto materiale che sorregge la loro decisione, sebbene l'articolo 2, comma 2, legge n. 604 del 1966, come modificato dall'art. 1, comma 37, legge n. 92, esiga che nella comunicazione del licenziamento siano specificati i motivi e non il fatto che lo ha determinato. L'applicazione della norma così intesa impone, inoltre, che il giudice scinda il suo percorso decisorio in due momenti separati e che, in quello iniziale, rivolga la sua attenzione solamente al fatto materiale addotto a giustificazione del licenziamento economico, isolato e depurato dai dati e dalle valutazioni usate nella scelta datoriale. Secondo alcuni Autori, in assenza di qualsiasi forma di tipizzazione fornita dalla legge, è complicato individuare un fatto materiale, la cui manifesta insussistenza il giudice debba accertare. Secondo altri dovrebbe escludersi che il fatto materiale possa identificarsi con la soppressione del posto precedentemente occupato dal lavoratore espulso. Essi sostengono che la soppressione di un posto rappresenta l'epilogo di tutta una serie di valutazioni, fatti, dati che conducono il datore di lavoro a

recedere dal contratto di lavoro e, vista nell'ottica datoriale, è il punto di approdo delle ragioni imprenditoriali. Analogamente, essi giungono alle stesse conclusioni in merito alla chiusura di un reparto, di una filiale, di un determinato settore produttivo. Secondo la tesi sostenuta da questi Autori, l'articolo 18, comma 7, nella parte in cui si riferisce al "fatto posto a base del licenziamento", richiama due entità separate, legate da un nesso eziologico. Il licenziamento deve trovare la sua ragion d'essere in un fatto che ne costituisce la base razionale. Da ciò consegue che, se si identificasse il fatto nella soppressione del posto non si potrebbero individuare i due termini del nesso causale poiché la soppressione del posto e il recesso, in realtà, rappresentano lo stesso fenomeno visto da due angolature diverse: quella dell'organizzazione aziendale e quella del rapporto contrattuale con il lavoratore. Pare opportuno, a questo punto, chiedersi se "il fatto materiale possa assumere un aspetto più prettamente economico, legato a dati di natura contabile o finanziaria. Al riguardo, occorre considerare che, ai sensi dell'articolo e del comma in commento, si deve accertare la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. In base a queste premesse, dovrebbe escludersi che i fatti, addirittura materiali, possano essere costituiti dai risultati di bilancio, dalle variazioni di fatturato o dall'andamento delle commesse. Trattasi, infatti, di dati/fatti suscettibili di interpretazioni non sempre univoche e ai quali non può attribuirsi rilevanza se non tramite un giudizio di consistenza ed entità. Se si interpretasse la disposizione normativa riferita al fatto materiale, si rischierebbe di ridurre la valutazione del giudice sul motivo oggettivo ad una mera presa d'atto del fatto posto a base del licenziamento, così addotto dal datore di lavoro, e purché non manifestamente insussistente nella sua materialità, a prescindere persino dal requisito minimo del nesso causale rispetto al singolo licenziamento. Infatti, se si ritenesse attratto nel focus di accertamento del giudice solo il fatto materiale inteso come epilogo della serie causale (ad esempio, la soppressione del posto) oppure una qualsiasi variazione nei dati contabili o finanziari, l'intervento giudiziale si risolverebbe in una semplice ratifica della decisione datoriale, senza alcuna possibilità di verifica sulle premesse della stessa, quanto alla loro effettività e rilevanza sociale. Potrebbe, infatti, risultare non manifestamente insussistente la soppressione di un posto, pur in

assenza di validi elementi giustificativi oppure decisa in base ad una riduzione delle commesse e del fatturato assolutamente irrisoria, con l'effetto di rendere la discrezionalità datoriale, anche quella irragionevole o addirittura capricciosa, idonea ad evitare la tutela reintegratoria. Potrebbe verificarsi che siano comprovate le modifiche organizzative, l'incidenza delle stesse sulla posizione del singolo lavoratore, l'impossibilità di ricollocare altrove il predetto e il rispetto dei criteri di scelta ma le misure adottate risultino poi rivolte non a fronteggiare una situazione sfavorevole non contingente, bensì ad incrementare i profitti. Sarebbe già più complicato, seguendo questa tesi, stabilire in quale categoria far rientrare il caso in cui risulti una riduzione delle commesse e del fatturato effettiva, quindi non manifestamente insussistente, ma di entità tale da non costituire il fattore idoneo ai fini del giustificato motivo di licenziamento. Difatti, a seconda che la consistenza del dato contabile risultasse irrisoria o semplicemente non elevata, dovrebbe affermarsi la mancanza di nesso causale nella prima evenienza e l'inidoneità dell'elemento fattuale ad integrare il giustificato motivo oggettivo, nella seconda. È evidente come qualsiasi interpretazione fornita in merito alla disposizione in esame finisca per attribuire all'imprenditore e al giudice un'ampia discrezionalità che investe la selezione tra il "fatto posto a base del licenziamento" e gli estremi del giustificato motivo oggettivo, e quindi il contenuto delle categorie ex articolo 18, comma 7, foriere di inevitabili incertezze e divergenze sul piano interpretativo. La disposizione in commento è resa ancora più complicata da definire a causa dell'uso del termine "manifesta" che caratterizza l'insussistenza del fatto, essendo scontato per chiunque, sul piano logico, che un fatto o sussiste o non sussiste. Interessanti sono le osservazioni di Speciale in merito a questo aggettivo qualificativo utilizzato nella formula legislativa analizzata, e che meritano di essere citate. Egli sostiene che "ancora una volta la insussistenza o meno del fatto (che qui deve essere manifesta) è elemento discriminante per la ricostituzione del rapporto di lavoro. Si tratta evidentemente di un "infortunio linguistico" del legislatore, che richiama la "manifesta" infondatezza del giudizio di costituzionalità, che è ipotesi del tutto diversa. Nel linguaggio giuridico l'aggettivo "manifesto" è utilizzato per porre in risalto "l'evidente infondatezza di questioni o pretese, cioè per descrivere

caratteristiche che siano palesi ed immediatamente percepibili". Quindi, nell'ambito del comma 7 dell'articolo 18 riformato, l'utilizzo di questo termine, al più, deve essere intenso da un punto di vista non tanto sostanziale quanto processuale, come espressione indicativa di un elevato grado di evidenza della prova della mancanza del giustificato motivo oggettivo. Quindi il termine "manifesta" "deve probabilmente ricondursi non tanto al vizio del licenziamento (poiché sul punto, come si è detto, il fatto o è o non è), ma proprio al terreno del suo accertamento giudiziario, e dunque a quello della valutazione delle allegazioni e delle prove, se non a quello del convincimento del giudice. Solo su questo piano, infatti, una circostanza di fatto può ritenersi più o meno apparente o manifesta, e su questo piano, forse, dovrà giocarsi anche la decisione giudiziaria, in caso di accertamento di un vizio di fatto, tra la tutela reintegratoria e quella meramente indennitaria.

Come esposto in precedenza, il comma 7 dell'articolo 18 riformato riserva la tutela reintegratoria alla sotto-fattispecie incentrata sul fatto posto a base del licenziamento, che non trova riscontro nella definizione normativa di g.m.o., che è, in ogni caso, nella disponibilità dell'imprenditore e in relazione al quale è necessario escludere la manifesta insussistenza. A prescindere dalla difficoltà di definire il contenuto del termine "fatto", appare evidente il carattere residuale e marginale delle reintegra data la scarsa probabilità di intimare un licenziamento fondato su un fatto, addotto dalla parte datoriale e manifestamente insussistente. Non a caso, uno degli obiettivi della riforma Fornero è proprio quello di ridurre i casi di reintegra, incentrando tutto il percorso decisionale del giudice sull'individuazione del tipo di sanzione applicabile e non sulla definitiva valutazione circa la legittimità o meno del recesso. In dottrina, c'è chi sostiene che "la pretesa di far derivare dalla illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo una tutela differenziata, reintegratoria in alcuni casi, indennitaria in altri, presenta vari aspetti di criticità. Il primo attiene alla debolezza del criterio discrezionale adottato, fondato sulle categorie di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento e mancanza degli estremi del giustificato motivo oggettivo. La scissione del giustificato motivo oggettivo in due sotto-fattispecie non solo appare incompatibile con l'art. 3, legge n. 604 del 1966, che enuncia un concetto

unitario, ma impone al giudice di sezionare l'accertamento in compartimenti stagni contro il senso e la logica delle formule elastiche appositamente adoperate. Il secondo punto critico riguarda il difetto di ragionevolezza nella disciplina. Se il fatto posto a base del licenziamento fosse solo quello materiale (ad es. una modifica organizzativa con soppressione di uno o più posti di lavoro) e risultasse manifestamente insussistente, potrebbe trovare applicazione la tutela reintegratoria; se quel medesimo fatto fosse esistente ma non causalmente rilevante rispetto alla posizione del lavoratore, sarebbe precluso ogni effetto ripristinatorio ed il lavoratore potrebbe ottenere solo l'indennità risarcitoria.

Se si facesse rientrare nel fatto posto a base del licenziamento oltre al fatto materiale anche il nesso eziologico, potrebbe disporsi la reintegra se la modifica organizzativa fosse insussistente o non determinante rispetto alla posizione del dipendente, mentre vi sarebbe spazio soltanto per la tutela indennitaria qualora esistesse la possibilità di ricollocare quest'ultimo in altre mansioni equivalenti e disponibili. Questa considerazione nasce dal fatto che, in questo caso, non è possibile distinguere tra "fatto materiale" e sua qualificazione giuridica, trattandosi di aspetti profondamente compenetranti. In aggiunta, non è variata la nozione di giustificato motivo oggettivo prevista dall'articolo 3 della legge 604/1966, né il quadro costituzionale di riferimento nell'ambito del quale essa è stata interpretata. Si parte dalla impossibilità di distinguere nel giustificato motivo oggettivo (ma in realtà anche nelle altre ipotesi previste dalla legge come causali di recesso) il "fatto" e la sua valutazione giuridica.

Si immagini che il licenziamento sia intimato per una crisi economica non congiunturale che abbia determinato una riduzione dell'attività produttiva e la necessità di sopprimere il posto di lavoro. Il recesso è ingiustificato, con applicazione della reintegra, in presenza di una situazione di crisi inesistente o di scarsissima consistenza. Così, seguendo le possibili letture del termine "fatto" ed esteso quest'ultimo fino a ricomprendere tutti i presupposti di derivazione giurisprudenziale elaborati per il giustificato motivo oggettivo, il regime sanzionatorio più severo potrebbe adottarsi anche nell'ipotesi in cui l'impresa non fornisca la prova della

impossibilità di *repechage*, nei limiti anche qui enucleati dalla giurisprudenza. La previsione riguarda l'eventualità che il lavoratore, nell'impugnare il licenziamento intimato per ragioni economiche, formuli una specifica domanda attraverso la quale egli, non solo, deve richiedere che venga accertata la nullità del provvedimento espulsivo ma deve anche allegare, o dimostrare in giudizio, la natura discriminatoria del recesso o il motivo illecito determinante che lo sorregge, potendo così usufruire, in caso di accertamento positivo, delle forme di tutela collegate alle suddette causali.

“Se può astrattamente ipotizzarsi un interesse del lavoratore ad ottenere il riconoscimento della nullità del recesso per motivi discriminatori, con onere della prova a proprio carico, è difficile immaginare la praticabilità di una domanda volta a far emergere motivi disciplinari, mai contestati, come fattore determinante del recesso formalmente intimato per ragioni economiche. Qui si contempla dunque la possibilità che, muovendo dal controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, si approdi alla conclusione che il licenziamento è discriminatorio o disciplinare (c.d. licenziamento disciplinare occulto): il che è nell'ordine delle cose, posto che difficilmente il datore di lavoro dichiarerà di intimare un licenziamento per ragioni discriminatorie ovvero che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo trova il proprio “vero” fondamento in una mai dichiarata valutazione fortemente negativa sull'adempimento degli obblighi contrattuali da parte del lavoratore. La previsione rende necessari due chiarimenti. In primo luogo, il riferimento al “corso del giudizio” e quello alla “specifico domanda del lavoratore” devono essere letti coerentemente con il principio dispositivo, certamente operante nel rito del lavoro, e con il sistema delle decadenze processuali proprie del medesimo rito: la domanda dunque deve essere formulata dal lavoratore con l'atto introduttivo del giudizio e non nel corso del giudizio. Quindi, la riqualificazione del licenziamento formalmente intimato per giustificato motivo oggettivo, e la conseguente modifica del regime sanzionatorio applicabile, non può essere disposta d'ufficio dal giudice ma deve essere espressamente richiesta dal lavoratore che impugna il licenziamento.

Analogamente, come già ribadito, anche la prova della natura disciplinare è a carico del lavoratore e presuppone la prova del suo inadempimento. In mancanza di

inadempimento il licenziamento può solo essere qualificato come discriminatorio o, al più, ritorsivo ai sensi dell'articolo 1345 c.c., mentre nell'ipotesi in cui si dimostri l'esistenza di un inadempimento, ed anche la natura sostanzialmente disciplinare del recesso formalmente intimato per ragioni economiche, la tardività della contestazione disciplinare da cui dipende il licenziamento costituisce un vizio formale sanzionato con un'indennità risarcitoria compresa fra le sei e le dodici mensilità.

In secondo luogo, prendendo in considerazione il riferimento al licenziamento discriminatorio, la previsione normativa può interpretarsi come ovvia constatazione che l'intento discriminatorio è "nascosto" dal datore di lavoro che ricorre ad una motivazione "altra" e che dunque il licenziamento per giustificato motivo oggettivo può dissimulare un licenziamento discriminatorio. È tuttavia possibile una diversa interpretazione che dia un significato alla previsione, altrimenti meramente ripetitiva ed inutile: il licenziamento, anche se sorretto da un giustificato motivo oggettivo può essere determinato da ragioni discriminatorie. A conclusione di quanto esposto, pare opportuno ricordare che, ai sensi dell'articolo 5 della legge 604/1966, incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare la sussistenza del giustificato motivo oggettivo, quale presupposto e fondamento normativo del potere di recesso. Il mancato assolvimento di tale onere implica la declaratoria di illegittimità dell'atto di licenziamento. L'articolo 18 riformato stabilisce, al comma 7, che il giudice accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, ma non specifica la parte su cui grava l'annesso onere probatorio.

Per la dottrina maggioritaria, non è corretto trasformare il giudizio sulla "manifestata insussistenza" del fatto in un ribaltamento del medesimo onere in capo del lavoratore, sia ai sensi dell'articolo 5, legge n. 604 che individua espressamente ed unicamente il datore di lavoro quale soggetto onerato, sia in ottemperanza alla disciplina generale sulla ripartizione dell'onere della prova prevista dall'articolo 2697 c.c. e a quella inerente l'onere probatorio nella responsabilità contrattuale prevista dall'articolo 1218 c.c.. "I giudici devono dunque far un uso molto cauto del (discutibile) potere di valutazione che è loro attribuito dalla legge, per evitare che l'insufficiente o solo parziale allegazione e prova dei fatti adottati per giustificare il licenziamento da parte del

datore di lavoro, consenta di salvare gli effetti del recesso con sanzione soltanto risarcitoria. Va comunque sottolineato che il lavoratore può, a maggior ragione di fronte alla manifesta insussistenza del fatto, chiedere al giudice di valutare il licenziamento come discriminatorio o illecito, con la conseguente richiesta di tutela reintegratoria piena.

2.2 La tutela meramente economica in caso di licenziamento per ragioni oggettive

La recente riforma del mercato del lavoro, come ribadito più volte nel corso di questo capitolo, ha lasciato "intatto" l'articolo 3 della legge 604/1966, che definisce il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, "ma ha sdoppiato il concetto di motivo oggettivo in due tronconi, ricollegando a ciascuno di essi una diversa forma di tutela, reintegratoria o indennitaria. L'intervento riformatore non ha inciso sulla disciplina sostanziale, non ha cioè specificato ulteriormente i presupposti di legittimità del recesso, sicché la creazione, nell'art. 18 comma 7, delle due sotto-fattispecie ("manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" e le "altre ipotesi" in cui mancano gli estremi del giustificato motivo oggettivo) null'altra finalità sembra avere se non quella di consentire un regime di tutela diversificato. Inoltre non solo sono state diversificate le forme di tutela, reintegratoria o meramente risarcitoria, ma esse risultano vincolate a presupposti, oltre che di difficile interpretazione, anche sensibilmente sproporzionati. Il discrimine tra tutela reintegratoria e indennitaria, in aziende delle medesime dimensioni (quelle che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 18 St. lav.) è affidato ad elementi (fatto posto a base del licenziamento o estremi del giustificato motivo oggettivo) non solo di difficile definizione, con tutte le conseguenze in termini di incertezze applicative, ma anche non significativi di differenze sostanziali, anzi interscambiabili all'interno della nozione unitaria posta dall'art. 3, legge n. 604 del 1966. Passando ora ad esaminare la tutela meramente economica prevista per la seconda sotto-fattispecie, si osserva che "nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il comma 7°, del nuovo articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, rinviando alla disciplina dettata dal quinto comma, prevede che il giudice dichiari risolto il rapporto con effetto dalla

data del licenziamento e condanni il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a riguardo. Quindi, con la legge n. 92/2012, è stato introdotto anche il riferimento all'atteggiamento tenuto "nell'ambito della procedura di cui all'articolo 7 della legge 15 luglio 1966, n. 604" con l'intento di verificare lo sforzo che i soggetti coinvolti hanno profuso nel ricercare una possibile soluzione conciliativa, penalizzando eventualmente comportamenti "irragionevoli" che, per eccessiva rigidità o inadeguatezza delle proposte formulate, hanno reso impossibile il raggiungimento di un accordo.

Comunque, è ragionevole ritenere che "quanto maggiore è l'anzianità maturata dal lavoratore, quanto più consistenti sono l'organico e il volume d'affari dell'impresa, tanto più alta sarà la determinazione dell'indennità; anche se il "comportamento" adottato dalla parte datoriale e, in particolare, la "debolezza" della ragione posta a base del licenziamento dovrebbero, insieme all'anzianità di servizio, rappresentare uno dei criteri principali di graduazione dell'entità dell'indennità. L'indennità risarcitoria è "onnicomprendente" e, di conseguenza, non include pregiudizi ulteriori di natura patrimoniale o non patrimoniale. "Tuttavia, sono in essa ricompresi gli interessi legali ed il maggior danno da svalutazione monetaria⁵⁰⁸". Inoltre, "l'indennità è di carattere risarcitorio "puro" ed il datore di lavoro non è tenuto al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali, come nel caso delle somme dovute quando vi è la ricostituzione del rapporto di lavoro. Anche per questa seconda sotto-fattispecie, l'indennità risarcitoria è commisurata all' "ultima retribuzione globale di fatto" e valgono gli stessi principi esaminati nel precedente paragrafo. Tuttavia, poiché il licenziamento interrompe il rapporto di lavoro, non possono essere computati nella base di calcolo dell'ultima retribuzione globale di fatto gli incrementi retributivi, anche aziendali, che il lavoratore avrebbe eventualmente maturato nel periodo di tempo intercorso tra il licenziamento e la sentenza di condanna. In questo caso, la

retribuzione da prendere quale parametro di riferimento è quella percepita dal lavoratore al momento della cessazione del contratto. Altrimenti, si costringerebbe il datore di lavoro “a corrispondere importi che il lavoratore non.... avrebbe mai maturato a seguito della definitiva estromissione dal posto di lavoro. La liquidazione dell'indennità, che non può mai essere stabilita in misura inferiore alla soglia minima prevista dall'articolo 18, comma 7 né può superare il limite massimo, anch'esso stabilito dalla legge, è rimessa alla discrezionalità del giudice.

L'interprete, in buona sostanza, si trova a dover chiarire quando si verifichi la “manifesta insussistenza del fatto”, addotto come giustificato motivo oggettivo, e quando si verifichi invece una delle “altre ipotesi”, al fine di individuare il regime sanzionatorio applicabile.

È chiaro che la norma in commento, dopo aver introdotto una forte discrezionalità valutativa nella parte in cui si riferisce alla “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, risente qui di poca chiarezza riferendosi a non meglio specificate “altre ipotesi”.

Ma i problemi non finiscono qui: se l'articolo 3 della legge n. 604 del 1966 si riferiva testualmente a “ragioni” di tipo tecnico, organizzativo e produttivo, la legge n. 92 utilizza oggi il termine “fatto”, immediatamente allusivo ad un evento concreto, fatto al quale la legge sembra opporre sotto diverso profilo le “altre ipotesi”, che possono giustificare un licenziamento di tipo oggettivo, e che, come si diceva, sono assoggettate ad un diverso regime sanzionatorio. Si è affermato in modo condivisibile che la legge n. 92 avrebbe “inteso rafforzare il concetto originario della legge 604/1966 di vincolare il licenziamento ad un fatto materiale ben preciso che ne costituisce la causale legittimante, ma, per altro verso avrebbe voluto modulare il regime sanzionatorio (degradato da reintegrazione a 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.

Secondo l'opinione prevalente in dottrina, la scelta di sdoppiare in due “tronconi” il concetto di giustificato motivo oggettivo, oltre che a rappresentare un passaggio

indispensabile per diversificare le tutele, pare rispondere ad una ulteriore finalità: “non di arginare lo spazio di valutazione del giudice, bensì di rendere l'esito di quella valutazione inoffensivo, nel senso di improduttivo di effetti negativi per il datore di lavoro, diversi dal risarcimento monetario, preventivato nel suo tetto massimo.

La giurisprudenza di legittimità ha più volte ribadito che gli interessi coinvolti nel rapporto di lavoro inibiscono di ricondurre quest'ultimo esclusivamente ad una fattispecie di scambio poiché “il prestatore, attraverso il lavoro reso all'interno dell'impresa, da intendere come formazione sociale ai sensi dell'art. 2 Cost., realizza non solo l'utilità economica promessa dal datore ma anche i valori individuali e familiari nell'art. 2 cit. e nel successivo art. 36.

Concludendo, il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, elevato a lavoro come situazione sociale alla cui stabilità sono legati interessi del lavoratore che trascendono il credito retributivo e che costituiscono il presupposto (di diritto ma anche di fatto) per la intitolazione del complesso dei beni della vita che hanno un fondamento nella condizione sociale di occupato. Si è cercato, in sostanza, di introdurre una ripartizione articolata ma in fondo flebile, tra le ipotesi in cui il giustificato motivo oggettivo sia esistente, quelle in cui sia macroscopicamente inesistente e, tra questi due estremi, l'ulteriore eventualità, vera e propria zona grigia, in cui il giustificato motivo non ricorra ma la violazione delle regole e dei principi posta in essere dal datore di lavoro non appaia poi così eclatante da esigere un ripristino del rapporto di lavoro, individuandosi il punto di equilibrio tra la garanzia dei diritti del lavoratore e l'esigenza di lasciare all'impresa un più ampio margine di manovra e di determinazione degli organici nel risarcimento del danno. È stata così delineata una zona in cui l'imprenditore è sostanzialmente libero di licenziare, anche in difetto, non macroscopico, di un giustificato motivo oggettivo, potendo previamente calcolare il costo di tale scelta, al pari degli altri costi aziendali, e senza che in questo spazio possano interferire le valutazioni del giudice; perché ove questi ritenesse non integrato il giustificato motivo oggettivo, nessuna conseguenza deriverebbe per l'organizzazione aziendale, se non un esborso in misura preventivabile nel minimo e nel massimo⁵.

3. Il controllo sulle prerogative imprenditoriali

Tutti gli istituti del diritto del lavoro risultano profondamente influenzati dalle decisioni della magistratura: capace di conformare il modello stesso di tutela proposto dal diritto del lavoro, l'intervento giudiziale gioca un ruolo decisivo nell'ambito del controllo circa il corretto impiego dei poteri datoriali, così come nel vaglio delle ragioni poste a base del licenziamento. Il sistema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ricostruito senza sostanziali variazioni rispetto al sistema già delineato dalla giurisprudenza, viene poi chiuso da una norma di principio ora suscettibile di peculiare applicazione processuale, che consente al datore di lavoro di ricorrere in Cassazione, per violazione di norme di diritto, ove il giudice nel caso concreto abbia ricostruito i fatti nel senso di escludere il giustificato motivo oggettivo, sovrapponendo però la propria valutazione circa la meritevolezza delle esigenze economiche alla visione fatta propria dall'imprenditore (art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, come modificato dalla legge n. 92 del 2012). E' però proprio la riaffermazione del principio di libertà di iniziativa economica, e il corollario che ne deriva circa i limiti del controllo sull'esistenza del giustificato motivo - controllo che non potrebbe mai essere esteso dal giudice al merito delle scelte effettuate dal datore di lavoro – a far riflettere l'interprete sul portato della riforma attuata dalla legge n. 92 del 2012, legge che non ha sciolto tutti i nodi in materia di giustificato motivo oggettivo, e che, con la contrapposizione fra “manifesta infondatezza del fatto” e “altre ipotesi” di ingiustificatezza del licenziamento riapre il dibattito sui limiti sostanziali del giustificato motivo oggettivo.

Se è vero che la giurisprudenza ha interpretato il giustificato motivo oggettivo come fatto, è anche vero che dal punto di vista per così dire “naturalistico” l'impresa qualche volta pretende di agire sulla base non di fatti - come può essere una riorganizzazione di reparti - ma sulla base di “valutazioni” di fatti, di tipo economico, anche esterni rispetto al microcosmo aziendale, fatti esterni che costituiscono il presupposto delle scelte gestionali fra le quali il licenziamento di uno o più lavoratori. Tali fatti, o dati, sono dunque oggetto di valutazioni, qualche volta anche diverse fra loro, opinabili e soprattutto non sono riconducibili al concetto di manifesta sussistenza o insussistenza.

D'altro canto, l'opinabilità che caratterizza la valutazione di tali dati, che possono anche essere oggetto di un giudizio tecnico, relativo ad alcuni aspetti, è una valutazione che caratterizza profondamente l'attività di gestione, tanto che si può dire che rientri nelle prerogative datoriali, e dunque nel “mestiere” dell'imprenditore, effettuare valutazioni prognostiche circa l'andamento dei mercati, e circa il miglior funzionamento dell'azienda, partendo dalla conoscenza di tali elementi.

Il problema che si pone è dunque quello di comprendere se e come le scelte di licenziamento possano essere collegate a tali valutazioni, e se la legge n. 92 abbia indicato una soluzione sul punto, in ciò fornendo una nozione più sofisticata di giustificato motivo oggettivo rispetto a quella fornita originariamente dalla legge n. 604 del 1966. Il punto centrale della questione sta in ciò: nelle situazioni descritte, il licenziamento individuale in sé considerato sarebbe l'evidenza della scelta economica dell'imprenditore e ogni tentativo di sindacare le ragioni oggettive poste a monte del recesso, non potendo che coincidere con una personale – da parte del giudice – valutazione delle scelte prognostiche effettuate dal datore di lavoro, dovrebbe essere considerato non ammissibile e contrario al diritto. Dopo avere esaminato, nel primo capitolo, i limiti posti al sindacato del giudice sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, pare opportuno ricordare che il giudice non è legittimato a sottoporre il potere economico dell'imprenditore a un controllo di razionalità, né a sindacare il merito del provvedimento del datore di lavoro; quando l'arbitro si spinge a vagliare in maniera approfondita la decisione sottostante al licenziamento, eccede i suoi poteri, viola il principio costituzionale in virtù del quale l'iniziativa economica privata è libera e quindi il controllo sulle prerogative imprenditoriali di gestione finisce per essere un modo per imporre addirittura l'ideologia del giudice o la sua visione politica.

Nonostante l'atteggiamento di chiusura della prevalente dottrina e dell'unanime giurisprudenza nei confronti delle tesi istituzionaliste, sembra tuttavia essere sopravvissuta una sorta di “corrente sottomarina” che legge l'art. 41 Cost. in termini di prevalenza dell'utilità sociale sull'iniziativa economica. Tale proposta interpretativa è stata centrale in due elaborazioni sul potere di licenziamento della metà degli anni settanta, in cui il valore dell'occupazione è indicato come prevalente rispetto a quello

dell'iniziativa economica. Da parte sua, la Corte costituzionale sembra avere valorizzato l'iniziativa economica quale libertà del privato nei confronti dei poteri pubblici (quello amministrativo prima ancora di quello giudiziario), ribadendo in più occasioni la necessità che un limite minimo di “scelta economica squisitamente egoistica” sia lasciato all'imprenditore.

È oggi opinione condivisa che l'articolo 41 Cost. riconosca l'iniziativa economica privata come diritto soggettivo di libertà; si tratta di una libertà ampia: “è (..) libertà dei privati di disporre delle risorse, materiali e umane; è in secondo luogo, libertà dei privati di organizzare l'attività produttiva e, quindi, è libertà dei privati di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre. Non si tratta, però, di una libertà illimitata: ciascun aspetto inerente alla libertà dei privati sopra citato può essere circoscritto dalla legge allo scopo di operare il contemperamento della libertà d'iniziativa economica con gli altri diritti e principi riconosciuti e tutelati dalla Costituzione, a iniziare da quello della stabilità dell'occupazione disciplinato dal primo comma dell'art. 4 Cost.. Sembra doveroso specificare, inoltre, che in dottrina e secondo la giurisprudenza di legittimità, il “diritto al lavoro” non configura una posizione giuridica operante nell'ambito dei rapporti tra privati e quindi azionabile nei confronti del datore di lavoro, ma viene concepito come una pretesa da far valere nei confronti dello Stato affinché La dottrina dominante è ormai unanime nel ritenere che il riferimento all' “utilità sociale”, alla “sicurezza”, alla “libertà”, alla “dignità umana”, che ai sensi del secondo comma dell'art. 41 della Costituzione definiscono i limiti dell'iniziativa economica privata e dunque i limiti di quelle prerogative volte a realizzare l'organizzazione dell'impresa, ponga, a fondamento della posizione giuridica riconosciuta, interessi diversi ed ulteriori rispetto a quello del suo titolare.

4. Il licenziamento inefficace

Negli ordinamenti giuridici attuali, gli atti negoziali posti in essere da soggetti privati sono generalmente liberi, ma talvolta la loro efficacia è vincolata, per espressa previsione di legge, al rispetto di apposite formalità, stabilite caso per caso. Di

conseguenza, la violazione delle formalità sancite dalla legge comporta l'inefficacia dell'atto negoziale, ossia l'inidoneità dello stesso a realizzare gli effetti desiderati.

Come già ribadito, "il licenziamento è un tipico atto negoziale del datore di lavoro, finalizzato a porre nel nulla il contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato con un proprio dipendente. La nuova legge n. 92/2012 non segue questo schema giuridico "violazione di formalità = inefficacia = inutilità dell'atto privato" ma, al contrario, sanziona questo tipo di anomalie, almeno in prima battuta, con la sanzione economica meno grave tra tutte quelle previste dalle quattro forme di tutela precedentemente descritte, consentendo al licenziamento di realizzare ugualmente il suo scopo. Infatti, "il comma 6 del nuovo articolo 18 St. lav., così come integralmente riscritto dall'art. 1, co. 42 della legge n. 92/2012, costituisce il punto di maggior distacco rispetto ad un passato qui riconducibile prevalentemente ad un corposo e sostanzioso contributo giurisprudenziale, portato a valorizzare il dato formale come elemento di garanzia per il lavoratore raggiunto da un licenziamento.

Ne fuoriesce un regime preoccupato prevalentemente di tenere fermo il licenziamento, col renderlo resistente a fronte di una violazione del "requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604" oppure "della procedura" di cui all'art. 7 l. n. 300/1970 e, rispettivamente, al novellato art. 7 l. n. 604/1966. Il giudice chiamato in causa, dichiara sì "inefficace" il licenziamento, ma lo sanziona solo con l' "attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria"; a meno che "sulla base della domanda del lavoratore accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso si applicano, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo".

Se ne deduce che il ricorso potrà contenere una domanda "semplice", ristretta solo alla valutazione della motivazione e della procedura; oppure "doppia", estesa anche all'assenza della giusta causa o del giustificato motivo. Tenuto conto della regola della immodificabilità della domanda, sarà buona cura impugnare subito "forma" e "sostanza" del licenziamento; ma tale regola sembra trovare qui un'eccezione proprio nell'ipotesi in cui manchi la motivazione, perché allora potrebbe essere opportuno rinviare la contestazione della "sostanza" ad una memoria successiva alla costituzione

o mancata costituzione del datore di lavoro, per evitare di doverla effettuare al buio. In presenza di una domanda “semplice”, una volta accertata la violazione della motivazione o della procedura, scatta l'inefficacia del licenziamento di cui al comma 6, con attribuzione della relativa indennità risarcitoria. In presenza, invece, di una domanda “doppia”, pare doversi procedere secondo la sequenza più logica, quale costituita da una prima fase, sulla verifica della motivazione e della procedura; cui segue una seconda, sulla valutazione della causa di giustificazione, restando sempre a carico del datore l'onere della prova. Se la verifica formale risulta favorevole, ma la valutazione sostanziale contraria al lavoratore, opera comunque l'inefficacia del licenziamento di cui al co. 6, con attribuzione della relativa indennità risarcitoria.

Se, invece, con una verifica formale favorevole o contraria, la valutazione sostanziale risulta favorevole al lavoratore, opera la tutela risarcitoria/reintegratoria prevista dai commi 4, 5, 7. Occorre però fare i conti con il doppio uso del termine “inefficace” nel nuovo art. 18 St. lav.. Esso fa la sua comparsa al comma 1, con riguardo al licenziamento orale, conservandovi quello stesso significato conforme alla lettera, di cui già all'art. 2, co. 3 l. n. 604/1966; quindi, rimane del tutto inidoneo ad estinguere il rapporto, al pari del licenziamento nullo perché discriminatorio, con conseguente diritto alla reintegra. Tale termine, come già ribadito, ritorna, poi, al comma 6, con un significato del tutto contrario alla lettera, cioè di idoneo a terminare il rapporto, con conseguente diritto alla sola indennità risarcitoria.

Oggi l'art. 1, co. 37 della riforma ha sostituito l'art. 2, co. 2, l. n. 604/1966 sì da richiedere una motivazione contestuale: “La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato”. Modifica, questa, coerente con la nuova centralità assegnata ai motivi che contraddistinguono i vari tipi di licenziamento: è operante una procedura preliminare distinta, disciplinare o conciliativa, a seconda delle causali per cui si voglia procedere; ma, soprattutto, è evidente la scelta di ricollegare a queste causali, rimaste formalmente identiche, sanzioni diversamente combinate fra reintegra ed indennità risarcitoria. A complicare il tutto interviene il diverso ambito dei commi 1, ultimo periodo, e 6 del nuovo art. 18 St. lav.. Il comma 1 è applicabile ad ogni datore di lavoro; il comma 6, invece, non lo è,

prevedendo il successivo comma 8 che quanto disposto dal comma 4 al 7 valga solo per il datore di lavoro con un organico superiore ai quindici dipendenti nello stesso comune e, in ogni caso, ai sessanta complessivi. I licenziamenti inefficaci, al pari di tutti gli altri licenziamenti illegittimi, devono essere impugnati stragiudizialmente per iscritto entro il termine perentorio di sessanta giorni dalla data di comunicazione del licenziamento. Successivamente il lavoratore ha centottanta giorni di tempo per depositare il ricorso al giudice e intraprendere così l'azione giudiziale.

Si passa ora ad esaminare due dei tre casi che la legge riconduce all'ambito dell'inefficacia dell'atto di licenziamento intimato per ragioni economiche: la violazione del requisito della motivazione e la violazione del requisito della preventiva procedura conciliativa.

4.1 La violazione del requisito della motivazione

La prima ipotesi analizzata è quella inerente al cd. "licenziamento muto". La formula "violazione del requisito di motivazione di cui all'art. 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604" attiene alla mancanza della motivazione addotta a giustificazione del licenziamento. L'espressione è chiara, perché il comma 2 della legge sopra citata si limita a stabilire che, su richiesta del lavoratore, il datore di lavoro è tenuto a comunicare al lavoratore, oggetto del provvedimento espulsivo, i motivi posti a fondamento del licenziamento, motivi destinati, quindi, a rilevare solo per la loro esplicitazione, ma non per la loro coerenza. Quindi, mentre ante riforma il datore di lavoro era tenuto a comunicare al lavoratore i motivi del recesso solo nell'ipotesi in cui fosse intervenuta, entro il termine di quindici giorni dal ricevimento dell'atto di intimazione, l'esplicita richiesta del dipendente, richiesta che doveva essere soddisfatta entro i successivi sette giorni a pena dell'inefficacia del provvedimento espulsivo, oggi la legge n. 92/2012 sancisce, in termini generali, un vero e proprio obbligo di comunicazione dei motivi addotti a giustificazione del licenziamento a carico della parte datoriale, contestualmente all'intimazione del recesso per giustificato motivo oggettivo. Dottrina e giurisprudenza sono concordi nel ritenere che, "se la motivazione c'è ma è incompleta, imprecisa, insufficiente, si è in presenza di una

violazione non più formale, ma sostanziale, che obbliga il giudice ad una valutazione di merito e comporta una diversa conseguenza sanzionatoria.

Oggi, se la motivazione è assente, si applica la nuova disciplina dell'inefficacia impropria con la relativa indennità risarcitoria di cui al comma 6 della legge 92/2012; se, invece, la motivazione è presente ma è incompleta, imprecisa, insufficiente, continua a valere quanto stabilito dal comma 2 dell'articolo 2 della legge 604/1966. Una motivazione così viziata, non essendo sanabile, comprende in apicibus la possibilità di provare l'esistenza di una causa di giustificazione, nonché la stessa non “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, sì da rendere applicabile la tutela risarcitoria o anche reintegratrice di cui ai commi 4, 5, 7. Certo può sorprendere che una motivazione omessa sia sanzionata meno di una viziata, sì da render conveniente non fornirla. Ma questo dipende dal rinvio acritico all'art. 2 l. n. 604/1966 operato dal legislatore, il quale si è completamente dimenticato del suo senso originario ed acquisito: in forza della stessa lettera, riguardava unicamente la mancata tempestiva comunicazione della motivazione richiesta dal lavoratore; ed in ragione della successiva interpretazione, concerneva esclusivamente il licenziamento economico⁵⁴⁶”. Secondo l'opinione prevalente in dottrina, questa disposizione è atta “ad impedire manipolazioni dei motivi del licenziamento da parte del datore del lavoro finalizzate a godere di un regime sanzionatorio ridotto⁵⁴⁷”.

4.2 La violazione della procedura di conciliazione

“Nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la violazione della procedura conciliativa disciplinata dall'art. 7, l. n. 604/1966, come modificato dall'art. 1, co. 40 della riforma, implica la stessa inefficacia impropria prevista nell'ipotesi di assenza della motivazione. In questo caso, il termine “violazione” risulta molto più ampio e generico, perché potenzialmente ascrivibile a tutta la gamma che va dall'omissione della procedura alla sua tenuta irregolare, senza alcuna distinzione in merito alla rilevanza della irregolarità, considerata a sé o nell'economia complessiva. La recente riforma del mercato del lavoro ha “ricostruito” ex novo la procedura di conciliazione

obbligatoria, a pallida imitazione di quella prevista per i licenziamenti collettivi, concependola come strumento per verificare la possibilità di una soluzione alternativa al licenziamento presso una sede che offre garanzie di terzietà ed imparzialità e, altrimenti, per ammortizzare l'entrata nella disoccupazione: infatti, derogando alla disciplina ordinaria, si riconosce al lavoratore il diritto a percepire l'indennità della nuova Assicurazione Sociale per l'impiego (Aspi), destinata a sostituire la "vecchia" indennità ordinaria di disoccupazione, o l'affidamento del lavoratore ad agenzie del lavoro finalizzate alla ricollocazione.

Ne consegue che, a fronte della mancata attivazione di questo procedimento prodromico sarebbe stato più coerente prevedere non una dichiarazione di inefficacia impropria del licenziamento ai sensi del comma 6, ma di improcedibilità del processo. Da una prima analisi, sembrerebbe data per scontata l'attivazione della procedura: sia implicitamente, perché, a seguito della riscrittura dell'art. 7 l. n. 604/1966, è strumentale a quella verifica congiunta di una possibile altra occupazione che pur dovrebbe pesare nella successiva fase processuale; sia esplicitamente, perché, ai sensi del comma 7 dell'articolo in commento, è rilevante per la determinazione dell'indennità risarcitoria fra le dodici e le ventiquattro mensilità ivi prevista, che dovrà tener conto del comportamento che le parti vi avranno tenuto. Sembrerebbe, perché non è. Ai sensi del comma 6, si nota una ulteriore mancanza di coerenza: una volta che su richiesta del lavoratore si proceda oltre la violazione formale e procedimentale, quest'ultima risulta priva di qualsiasi esplicita rilevanza nella successiva valutazione dell'esistenza del giustificato motivo obiettivo; la riacquista solo se ed in quanto l'esistenza del giustificato motivo venga provata e dichiarata, perché allora, come produttiva della citata inefficacia impropria, legittima pur sempre l'attribuzione dell'indennità risarcitoria fra le sei e le dodici mensilità.

È auspicabile che la giurisprudenza intervenga a sanare questa incoerenza, facendo scontare al datore di lavoro la mancata attivazione della procedura già in sede di valutazione dell'esistenza del giustificato motivo economico, con particolare riguardo all'assolvimento di quell'obbligo di *repechage* che avrebbe dovuto essere oggetto di un previo confronto col lavoratore; e, poi, in sede di determinazione dell'indennità

risarcitoria fra le dodici e le ventiquattro mensilità. In conclusione, dietro a quanto disposto dal comma 6, c'è un deciso declassamento del dato formale, apprezzato ieri come fattore di garanzia per il lavoratore e criticato oggi come elemento di incertezza per il datore di lavoro. Non solo, il licenziamento così viziato rimane pienamente efficace perché ai sensi del comma 4 è prevista “un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a riguardo. Inoltre, ai sensi dell'ottavo comma dell'art. 7, assume rilievo in sede giudiziale “il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa”, dovendo il giudice tenerne conto sia con riferimento alla determinazione dell'indennità risarcitoria, sia con riferimento alla decisione in merito al pagamento delle rispettive spese legali. Trattasi di aspetti che richiedono una illustrazione tecnica al lavoratore e, soprattutto, possono rendere necessaria la richiesta di verbalizzazioni nella previsione di una loro successiva rilevanza in sede di giudizio.

L'ipotesi in cui sia contestato il vizio procedurale per omissione o non corretta gestione della procedura davanti alla Direzione Territoriale del lavoro è sicuramente proponibile qualora il datore di lavoro receda dal contratto di lavoro ritenendosi soggetto al regime di tutela obbligatoria prevista per le imprese minori, ma il lavoratore sostenga, al contrario, la sussistenza dei requisiti dimensionali necessari per l'applicazione dell'articolo 18 St. lav.. Incombe sul datore di lavoro l'onere di dimostrare l'inapplicabilità della tutela reale prevista dall'art. 18 St. lav. ma spetta al lavoratore provare che, nell'organico effettivo dell'impresa, devono essere inclusi anche i rapporti di lavoro formalmente autonomi, quelli in nero, o quelli appartenenti ad altri soggetti imprenditoriali in condizione di sovrapposizione e promiscuità organizzativa. Come già esposto nei paragrafi precedenti, la prevalente dottrina e la giurisprudenza sono concordi nel ritenere che i dipendenti dell'impresa devono essere calcolati in base al criterio dell'organico “oggettivo” intendendosi per tale il numero di

dipendenti strutturalmente impiegati nell'impresa nel momento che precede il recesso e che si sostanzia nel c.d. "organico soggettivo". È onere del datore di lavoro dimostrare che eventuali contrazioni del personale antecedenti l'atto di recesso erano dettate da stabili esigenze dell'organizzazione. In conclusione, il vizio procedurale della mancata attivazione della preventiva procedura di conciliazione, ove accertato, dà luogo di per sé alla tutela obbligatoria attenuata che, secondo le scelte processuali da valutare di volta in volta, può eventualmente essere richiesta in via subordinata rispetto alle maggiori domande collegate all'affermata ingiustificatezza del licenziamento.

5. Decorrenza ed effetti sospensivi del licenziamento economico previsti dalla legge 92/2012

Il comma 41 dell'articolo 1 della legge 92/2012 prevede una nuova disciplina in relazione alla decorrenza e agli eventi sospensivi del licenziamento economico. Infatti, nell'ipotesi di giustificato motivo oggettivo, "il licenziamento decorre dalla data di avvio della procedura di preavviso di licenziamento introdotta dal comma dell'articolo 1 della legge in commento e nell'ipotesi di un suo esito negativo; procedura conciliativa, che come ribadito nei capitoli precedenti, è obbligatoria solo per le imprese che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 18 St. lav. "Tale effetto "retroattivo" ha imposto di considerare come valido, ai fini del computo del preavviso lavorato, il periodo intercorrente tra la comunicazione di inizio della procedura di conciliazione e la sua conclusione, in termini non conservativi.

"Tale scelta appare particolarmente discutibile con riferimento a quelle tipologie di lavoratori che hanno periodi di preavviso brevi, che potrebbero non coprire l'intera durata della procedura, con l'assurdo effetto di un'estinzione retroattiva del recesso, che opera in un momento precedente alla comunicazione del licenziamento stesso. La legge di riforma n. 92/2012 prevede, inoltre, che gli unici effetti sospensivi in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, "siano determinati dalla normativa a tutela della maternità e paternità e degli infortuni sul lavoro. In modo implicito, è stata introdotta un'importante innovazione: non è infatti ricompreso tra gli effetti sospensivi

l'eventuale stato di malattia che molto spesso veniva giocato come forma estrema di difesa economica per traguardare il completo esaurimento del periodo di comporto. Oggi, pertanto, nessuna malattia può determinare un effetto sospensivo sull'operato recessivo.

Sebbene il dettato normativo non si distingue per la chiarezza, una lettura che mantenga intatta l'operatività dell'articolo 2110 c.c. impone di limitare l'efficacia dell'innovazione, ovvero dell'inoperatività dell'effetto sospensivo della malattia, a quella che intervenga successivamente all'attivazione del procedimento di recesso datoriale. In sostanza, è esclusa la sospensione dell'efficacia del licenziamento nel caso di malattia sopravvenuta durante la procedura preventiva di conciliazione.

Ciò per evitare che tale procedura "garantista" possa compromettere i diritti datoriali con la prevedibile conseguenza che i lavoratori coinvolti possano porsi in malattia prima della scadenza del termine del procedimento.

Prima della recente riforma del mercato del lavoro, "né la malattia, né l'infortunio determinavano la sospensione del licenziamento nel caso in cui fosse stato intimato per giusta causa. Il comma 41 dell'articolo 1 della legge in commento, invece, stabilisce che l'infortunio, "in quanto qualificato impedimento, sospenda gli effetti del licenziamento in qualsiasi caso di recesso da parte del datore di lavoro. È pur vero che l'immediata efficacia del licenziamento veniva mitigata nell'ipotesi in cui fosse imputabile al datore di lavoro l'evento che aveva dato origine all'infortunio, nel qual caso il recesso riacquistava effetto sospensivo; nel nuovo assetto, però, non si distingue tra evento imputabile e non imputabile e pertanto il lavoratore raggiunto dal preavviso di licenziamento può sospendere gli effetti ponendosi in infortunio anche per eventi non imputabili alla parte datoriale. Tale impianto reintroduce una variabile incontrollabile che vanifica, se non in tutto, in parte, l'intento di neutralizzare l'uso distorto della malattia.

Di conseguenza anche il licenziamento intimato per giusta causa rimane "sospeso" fino al termine dell'infortunio e fino alla scadenza del periodo di comporto. La legge n. 92/2012 sancisce, inoltre, che l'atto di recesso rimanga sospeso anche durante i periodi di interdizione per maternità o paternità. Si modifica, così, il divieto di

licenziamento precedentemente istituito dall'articolo 54 del Decreto legislativo n. 151/2001 che stabiliva che il recesso intimato nei periodi di "copertura" previsti dalla legge fosse sanzionato con la nullità, ai sensi del comma 5 dell'articolo in esame. "Tale sanzione travolgeva l'atto risolutivo e la volontà datoriale di risolvere il contratto. Di conseguenza, il licenziamento, in questi casi, rimarrebbe valido assumendo una temporanea inefficacia sino alla fine del periodo di legge (sia esso il termine di interdizione dal lavoro o il compimento del primo anno del bambino).

Così pure rimarrebbe efficace, ma temporaneamente sospeso, il licenziamento comminato nel periodo di fruizione del congedo parentale o di malattia del bimbo (comma 6) o di adozione o affidamento (comma 9). Ciò nonostante, non può ritenersi superato il comma 6 dell'articolo 54 in quanto il licenziamento rappresenterebbe in ogni caso una forma di rappresaglia discriminatoria. In sostanza, la legge n. 92/2012 permetterebbe al datore di lavoro di licenziare legittimamente, senza rispettare alcun termine, anche la lavoratrice in stato oggettivo di gravidanza e/o il genitore con un bimbo di età inferiore ad un anno, persino nell'ipotesi in cui non si è in presenza di giusta causa o di cessazione dell'attività aziendale e, quindi, nei casi di giustificato motivo soggettivo o oggettivo, anche se il recesso rimane momentaneamente sospeso fino allo scadere dei termini fissati dal Decreto legislativo n. 151/2001. Se si avvalorasse una simile lettura della legge in commento, l'articolo 54 del Decreto legislativo sopra citato, che sancisce la nullità dei licenziamenti intimati nelle ipotesi descritte, risulterebbe implicitamente abrogato e le originarie eccezioni al divieto di recesso datoriale previsto dal comma 3 dell'articolo 54 D. Lgs. n. 151/2001 (eccezioni rappresentate dai casi di "colpa grave da parte della lavoratrice, costituente giusta causa per la risoluzione del rapporto di lavoro; di cessazione dell'attività dell'azienda cui essa è addetta; di ultimazione della prestazione per la quale la lavoratrice è stata assunta o di risoluzione del rapporto di lavoro per la scadenza del termine; di esito negativo della prova") conserverebbero la loro valenza di eccezione, "non più al divieto di licenziamento, ma all'effetto sospensivo nella misura in cui all'articolo 54 il termine "divieto" fosse sostituito con quello di "sospensione. Pertanto, avvalorando la lettura sopra esposta, il comma 41 sarebbe da considerarsi incostituzionale. "In questi casi, la

sospensione del licenziamento è inipotesizzabile in ragione del pronunciamento della Corte Costituzionale. Si può, quindi, supporre che il riferimento al D. Lgs. 151/2001 rappresenti un semplice errore di ridondanza del testo, perché formulato in negativo, laddove ha inteso implicitamente escludere l'effetto sospensivo della malattia sopravvenuta non enumerandola tra gli eventi che lo provocherebbero. Ciò nonostante, dovendo attribuire un significato al richiamo al testo unico, si può ipotizzare che questo intenda sempre riferirsi ai casi "sopraggiunti" nel corso del procedimento di preavviso nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

CONCLUSIONI FINALI

Recentemente si è tornati a discutere di “giustificato motivo oggettivo” o, secondo la formula estesa prevista dall'articolo 3 della legge 604/1966, di “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa”. Il tema del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, il cd. licenziamento economico, è da anni al centro di un acceso dibattito focalizzato sulle politiche regolative del lavoro. Innanzitutto, occorre precisare che, mentre la dottrina maggioritaria ravvisa nell'articolo 3 della legge 604/1966 una norma generale, ossia “una tecnica di conformazione della fattispecie che descrive una generalità di casi genericamente definiti mediante una categoria riassuntiva, la giurisprudenza ravvisa in esso una clausola generale, ovvero una norma di direttiva, che delega al giudice la formulazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo ad una direttiva espressa attraverso il riferimento ad uno standard sociale.

A parere della dottrina maggioritaria le clausole generali sono norme strutturalmente incomplete che, per esplicita volontà legislativa, affidano al giudice il compito di svolgere un'attività di integrazione sulla base di standards sociali di condotta, mentre, invece, a parere della stessa dottrina, la disposizione sul giustificato motivo oggettivo fornisce, piuttosto, una formulazione compiuta e completa, imponendo al giudice di esaurire il raffronto tra fattispecie astratta e fattispecie concreta entro una prospettiva di stretta legalità. Secondo la giurisprudenza, i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono costituiti: dall'effettività ed obiettività delle ragioni aziendali addotte a giustificazione del recesso: deve trattarsi di esigenze determinate da situazioni oggettive e non da scelte liberamente compiute dall'imprenditore; dall'esigenza che tali ragioni siano funzionali a fronteggiare situazioni sfavorevoli, non meramente contingenti, che influiscono sul regolare svolgimento dell'attività produttiva, sì da doversene escludere il carattere pretestuoso od occasionale od una finalità meramente strumentale

all'incremento del profitto; e dall'esistenza di un preciso nesso causale, che i giudici devono poter ravvisare, tra le ragioni addotte dal datore di lavoro e il licenziamento di quel preciso lavoratore, tra la scelta imprenditoriale e il provvedimento espulsivo. Spetta al datore di lavoro dimostrare l'effettiva consistenza della connessione causale, ossia che il licenziamento "è strettamente job related e in nessun modo riconducibile a ragioni di natura diversa. In ordine ai primi due presupposti, sia in giurisprudenza che in dottrina non si registrano contrasti nell'escludere ogni rilievo al cd. "controllo di merito" delle scelte effettuate dall'imprenditore: al giudice, infatti, è riservato esclusivamente un "controllo di legittimità", ossia un accertamento circa la sussistenza (e quindi in merito all'effettività e autenticità) delle ragioni addotte a giustificazione del licenziamento e sull'esistenza del nesso eziologico tra la scelta economica e il recesso, ma gli è precluso ogni sindacato in merito alla bontà, o all'opportunità, dei possibili effetti prevedibili e/o conseguiti, delle decisioni imprenditoriali; l'interprete non può indagare il fatto se queste ultime "concretino una scelta buona o cattiva, necessaria o solo opportuna, utile o avventata, adeguata inadeguata, proficua o dannosa". Spesso, infatti, in tale contesto si richiama esplicitamente la libertà d'iniziativa economica sancita dall'articolo 41 della Costituzione: è un dato ormai acquisito che i giudici non possono e non devono intromettersi nelle scelte manageriali e che tale principio "costringe il giudice a definire il limite entro il quale egli può sostituirsi all'imprenditore nelle sue valutazioni e nelle sue scelte; trattasi di un compito difficile poiché il giudice si trova a dover sovrapporre le proprie valutazioni e le proprie decisioni alle prerogative dell'imprenditore.

Un altro presupposto di derivazione giurisprudenziale, che è parte integrante del controllo di legittimità del giudice, è il cd "obbligo di repechage". Esso consiste nella prova, da parte del datore di lavoro, dell'impossibilità di utilizzare il lavoratore, contro cui è rivolto il provvedimento espulsivo, in mansioni equivalenti, talvolta inferiori, all'interno dell'organizzazione, considerata nella sua totalità, e non soltanto con riferimento all'articolazione o al reparto cui era precedentemente addetto il dipendente.

L'adibizione a mansioni inferiori, ammessa esclusivamente nell'ipotesi in cui non sia possibile il ricollocamento orizzontale, cioè l'assegnazione di mansioni a contenuto professionale equivalente o equiparabile a quelle precedentemente svolte dal lavoratore, e solo se risultante da atto scritto, rappresenta un caso limite ma pur sempre un'alternativa legittima al licenziamento e coerente con la ricostruzione del recesso in termini *extrema ratio*: il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. La Cassazione ha precisato, inoltre, che il tentativo di *repechage* non deve implicare un maggior onere in capo al datore di lavoro, il quale non è tenuto in nessun modo a modificare la propria organizzazione interna o a creare nuove posizioni lavorative, anche se, nella pratica, l'adibizione a mansioni diverse comporta spesso dei costi gestionali aggiuntivi, oltre alla necessità di attuare degli interventi formativi atti a colmare eventuali lacune del dipendente in termini di conoscenze e/o competenze. Pare opportuno precisare, però, che "l'obbligo di *repechage* va circoscritto limitatamente alle attitudini ed alla formazione di cui il lavoratore è dotato al momento del licenziamento con esclusione dell'obbligo del datore di lavoro a fornire tale lavoratore di un'ulteriore o diversa formazione per salvaguardare il suo posto di lavoro.

Una delle principali novità introdotte dalla legge 92/2012, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, consiste nell'obbligo di attivare una procedura preventiva "di conciliazione", così definita dal linguaggio della stessa legge, obbligo previsto solo per le imprese che rientrano nel campo di applicazione dell'articolo 18 St. lav. La recente riforma del mercato del lavoro non ha inciso sulla disciplina sanzionatoria prevista per le imprese minori, ossia quelle che occupano sino a quindici dipendenti nella singola unità produttiva o nell'ambito dello stesso comune, o quelle che occupano fino a sessanta dipendenti: esse rimangono assoggettate alla tutela meramente "obbligatoria" con "condanna del datore di lavoro a riassumere il lavoratore entro il termine di tre giorni o, in mancanza (e a scelta del datore di lavoro), al pagamento di un'indennità risarcitoria fissata dal giudice in misura compresa fra un minimo di 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, avuto riguardo al numero dei dipendenti occupati, alle dimensioni dell'impresa,

all'anzianità di servizio del prestatore di lavoro, al comportamento e alle condizioni delle parti⁵⁷³". Il datore di lavoro ha la facoltà di decidere se reintegrare il lavoratore illegittimamente licenziato (reintegrazione che dovrà, in ogni caso, essere accettata dal dipendente), ovvero se confermare la propria volontà di recedere a fronte del pagamento di un'indennità prevista dalla legge. La legge 92/2012 è, invece, intervenuta sull'articolo 18 St. lav., senza modificarne il campo di applicazione e prevedendo, al posto dell'unitaria e "storica" tutela reale, quattro regimi di tutela a seconda del tipo di invalidità accertata dal giudice, in caso di accoglimento del ricorso proposto dal lavoratore.

La riforma ha, quindi, inciso non sui presupposti, ma sulle conseguenze del licenziamento dichiarato giudizialmente illegittimo, con il dichiarato scopo di attuare una rimodulazione al ribasso delle tutele. Per pura comodità espositiva, per le imprese che presentano i requisiti numerici previsti per l'applicazione dell'articolo 18, "il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo può essere ricondotto a due tipi: il tipo "forte" accompagnato dal diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro e il tipo "debole" caratterizzato dalla sanzione meramente economica, a seconda della gravità del vizio del licenziamento. Procedendo dal regime sanzionatorio più rigido, a quello meno pesante per l'impresa, si ha che: nel caso in cui "il giudice accolga l'impugnazione del lavoratore ritenendo che il datore di lavoro abbia fatto valere, senza alcun fondamento, l'inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di adibirlo ad altre mansioni, anche inferiori, non riuscendo peraltro a fornire la prova della circostanza dell'impossibilità o dell'assenza di alternative occupazionali in azienda, e nel caso di licenziamento durante il periodo di comporto il lavoratore ha diritto alla restituzione in integrum, ossia alla reintegrazione nel posto di lavoro (oppure, a scelta del solo lavoratore, un'indennità sostitutiva pari a quindici mensilità); egli non ha diritto, però, al risarcimento del danno e, in particolare, alla restituzione in toto della retribuzione perduta dal momento del licenziamento fino all'effettiva reintegrazione, dato che il limite coincide con il massimo di dodici mensilità, anche se per ipotesi il giudizio durasse più a lungo. Il giudice, nel quantificare il risarcimento del danno, dovrà tenere conto non solo di quanto

effettivamente percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative, ma anche di quanto il lavoratore avrebbe potuto percepire attivandosi con diligenza nella ricerca di una nuova occupazione. La restitutio in integrum comprende anche il diritto alla ricostituzione della posizione contributiva e previdenziale del lavoratore, esclusa l'applicazione di sanzioni a carico del datore di lavoro per il ritardato versamento dei contributi assistenziali. Con riferimento alla sfera dell'impresa, l'ipotesi di interpretazione più complessa è quella che riguarda le "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Ai sensi del comma 7 dell'art. 18 riformato: "nell'ipotesi in cui il giudice accerti "la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo" può applicare il regime della "tutela reintegratoria attenuata" (quella prevista nei casi prima citati); è nella totale discrezionalità del giudice la scelta in merito alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro o la condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità risarcitoria.

Mentre "nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo", il giudice deve dichiarare risolto il rapporto di lavoro e condannare il datore di lavoro "al pagamento di un'indennità risarcitoria "onnicomprensiva" determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a riguardo".

Infine, nell'ipotesi in cui il giudice accerti, su esplicita richiesta del lavoratore, che la reale natura del motivo posto a fondamento del recesso datoriale è discriminatoria o disciplinare, egli applicherà la tutela prevista per tali fattispecie. Il preoccupante mutamento di scenario verificatosi negli ultimi anni impone, però, la ricerca di soluzioni concrete che riportino "al centro" il lavoratore, inteso, prima di tutto, come persona e come un investimento per l'impresa che lo assume. La sfida, quindi, è quella di creare un diritto del lavoro "capace di seguire la persona nelle sue attività, senza che sia il concreto contesto organizzativo nel quale l'attività si iscrive – il modo di lavorare

– ad imporre il confine della tutela, partendo dal presupposto che “è lavoratore non solo chi ha un rapporto di lavoro, ma anche il cittadino che guarda al mercato del lavoro come ambito di chance di vita”.