

MAURIZIO TATARELLI

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

E' noto che, ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966, n. 604, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è quello determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa. La legge 28 giugno 2012, n. 92, non ha apportato modifiche al testo della disposizione, con la conseguenza che la nozione è ancora oggi quella che si è consolidata nella interpretazione giurisprudenziale, che costituisce diritto vivente.

I presupposti di legittimità del licenziamento sono costituiti: a) dall'effettività delle ragioni di ordine produttivo ed organizzativo addotte a giustificazione della soppressione del posto (il bilancio aziendale in rosso, la riduzione della domanda espressa dal mercato, la sostituzione del lavoratore con nuove tecnologie, l'esternalizzazione dell'attività, ecc.); b) dal nesso causale tra tali ragioni ed il venir meno del posto di lavoro occupato dal dipendente licenziato, ond'è che il motivo si individualizza in relazione al singolo lavoratore; c) dalla realizzazione in concreto della modifica organizzativa, quindi dalla soppressione del posto, del settore o del reparto conseguente alla scelta aziendale. Ulteriore e peculiare presupposto di legittimità del licenziamento, elaborato dalla giurisprudenza quale conseguenza del licenziamento inteso come *extrema ratio*, è rappresentato dalla prova dell'impossibilità di procedere al c.d. *repechage*, cioè della impossibilità di ricollocare il dipendente all'interno dell'impresa in un altro posto di lavoro, per il disimpegno, in priorità, delle stesse mansioni o di altre equivalenti e, mancando detta possibilità, di mansioni inferiori, ma solo quando, alla stregua del più recente approdo giurisprudenziale, prima del recesso il lavoratore abbia dichiarato la disponibilità alla dequalificazione.

Nel nuovo testo dell'art. 18 Stat., al licenziamento per g.m.o. è dedicato il comma 7.

Per facilità di lettura possono individuarsi quattro ipotesi.

1) La prima riguarda l'accertamento dell'illegittimità del licenziamento intimato in fattispecie giuridiche specifiche, che riguardano: a) il lavoratore ritenuto inidoneo alle mansioni per malattia fisica o psichica (detto licenziamento è legittimo solo quando il datore di lavoro provi l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni idonee a salvaguardarne la salute, che siano equivalenti o anche inferiori in mancanza di queste, purchè il lavoratore abbia manifestato, anche senza forme rituali, la propria disponibilità ad accettare le mansioni inferiori e sempre che la diversa attività sia utilizzabile nell'impresa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore, non implichi, cioè, che debba darsi corso a trasferimenti di altri lavoratori o all'alterazione dell'organigramma aziendale) ; b) il lavoratore colpito da infortunio sul lavoro o da malattia professionale, non più idoneo al disimpegno delle mansioni, che non sia stato utilizzato in mansioni equivalenti o inferiori, in violazione del disposto del comma 4 dell'art. 4 della legge 12 marzo 1999, n. 68; c) il disabile obbligatoriamente assunto, quando risulti scoperta la quota di riserva, in violazione del disposto del comma 4 dell'art. 10 della stessa legge; d) il lavoratore per superamento del periodo di comporto.

In tali casi, si applica il regime di tutela previsto dal comma 4, quindi la reintegrazione nel posto di lavoro e la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno come ivi disciplinato (detraibilità sia dell'*aliunde perceptum* che dell'*aliunde percipiendum*; eliminazione della penale minima; precisazione della misura massima del risarcimento, che non può superare le dodici mensilità).

2) La seconda ipotesi ricorre quando il giudice accerta “la manifesta insussistenza del fatto” addotto quale giustificato motivo. In tal caso, prosegue la norma, il giudice “può” applicare la disciplina sanzionatoria prevista dal comma 4.

La previsione ha posto due problemi, che riguardano l'individuazione del significato delle richiamate locuzioni.

Il criterio della “manifesta insussistenza” della ragione oggettiva è stato criticato dalla dottrina, in quanto contraddice il comune rilievo secondo cui il

motivo economico o esiste o non esiste, non essendo suscettibile di graduazione, diversamente dalla condotta umana, che può essere più o meno grave, sia sotto il profilo fattuale, che psicologico.

La dottrina si è impegnata a dare un senso all'aggettivo "manifesta". Secondo il prof. Maresca, sul piano sostanziale la qualificazione come "manifesta" aggiunge poco all'eventuale rilevazione materiale dell'insussistenza del fatto, che si individua in quanto tale. Secondo l'autore, se la ragione giustificatrice esiste, essa costituisce la causale legittimante del licenziamento giustificato. Se invece non esiste, ne deriva l'ingiustificatezza del licenziamento. L'inesistenza del "fatto materiale" determina poi la graduazione della sanzione, che è più rigorosa ed incisiva (la reintegrazione) se il fatto non sussiste, meno forte (l'indennità risarcitoria), se il giudice ritiene che quel fatto, pur esistente, non sia tale da integrare la causale legittimante. Il prof. Vallebona ha rilevato che "manifesta" significa evidente, onde la fattispecie è quella del c.d. torto marcio; il Prof. Magrini ha parlato di "enfasi inutile", in quanto il fatto o esiste o non esiste.

Al di là di dette precisazioni, che possono apparire anche banali ed ovvie, la fattispecie ricorre quando emerge in giudizio, all'esito della ordinaria istruttoria, la mancanza della ragione organizzativa invocata o quando, pur comprovata quest'ultima, non esiste il nesso causale tra essa ed il recesso. Per fare un esempio, se, soppresso il posto di magazziniere, emerge in giudizio che le relative attività continuano ad essere disimpegnate in azienda, magari da un prestatore successivamente assunto, ricorre la prima ipotesi, così come si configura la seconda, se il licenziamento ha colpito un prestatore addetto a tutt'altre mansioni. Non sono, quindi, condivisibili quelle opzioni interpretative eccessivamente restrittive che, enfatizzando l'aggettivo "manifesta", ritengono che la fattispecie ricorra solo quando l'insussistenza del fatto risulti *ex ante* o sia così palese da emergere *ictu oculi* o da richiedere una istruttoria non complessa: da un lato non è ordinario e, quindi, esula dalla valutazione del legislatore, il fenomeno dell'imprenditore che adotta determinazioni al limite della motivazione risibile o giuridicamente autolesionista; dall'altro, l'assunto introduce distinzioni nell'ambito dell'istruttoria difficili da ipotizzare e giustificare e, comunque, da raccordare con l'ordinamento.

Quanto alla sanzione del licenziamento ingiustificato, la norma precisa che in tal caso il giudice “può” applicare la disciplina prevista dal comma 4.

Alcuni commentatori hanno interpretato la norma secondo il suo senso letterale ed hanno ritenuto, quindi, che il giudice deve operare la scelta tra la tutela reale ai sensi del comma 4 e la tutela obbligatoria prevista dal comma 5. Hanno criticato la mancata puntualizzazione dei criteri cui va ispirata la scelta tra l’una o l’altra sanzione, ad onta delle più elementari esigenze di certezza. Tanto per citare un autore, di “esercizio dell’equità integrativa del giudice” parla il prof. Vallebona, che ha evidenziato come il giudice abbia l’obbligo di motivare la scelta operata in modo non tautologico, come farebbe se richiamasse il carattere manifesto dell’ingiustificatezza, che è invece il presupposto esterno del potere equitativo, ma debba all’uopo avvalersi di altre circostanze, quali la difficoltà di reperire altra occupazione per la professionalità del licenziato o la situazione patrimoniale e reddituale di questi e della sua famiglia.

Altri autori, sostengono, invece, che il giudice deve applicare la tutela reale prevista dal comma 4. Antesignano dell’interpretazione è stato il prof. Maresca, secondo cui la diversità terminologica tra i commi 7 e 4 del nuovo art. 18 non è determinante, in quanto le condizioni nelle quali la reintegrazione opera sono tassative e detta tassatività esclude ogni valutazione del giudice, che deve limitarsi a verificare la sussistenza o meno delle condizioni indicate dalle norme che consentono o impediscono la reintegrazione. Altri ha evidenziato, a sostegno, la necessità di un’interpretazione costituzionalmente orientata, derivandone, diversamente, la violazione dell’art. 24 Cost. e del principio del giusto processo (Torrice).

3) La terza situazione si verifica “nelle altre ipotesi” in cui il giudice accerta che “non ricorrono gli estremi” del giustificato motivo. In tal caso, si applica la tutela obbligatoria prevista dal comma 5, quindi il giudice, pur accertando l’illegittimità del licenziamento, deve dichiarare risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento e condannare il datore di lavoro “al pagamento di

un'indennità risarcitoria omnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”.

Tre sono le fattispecie enucleabili.

La prima si ha quando il motivo addotto esiste e risulta provato, ma non giustifica la determinazione espulsiva o non integra la causale legittimante. Può farsi l'esempio del lavoratore addetto al trasporto della merce prodotta, licenziato per esternalizzazione del servizio di distribuzione della merce, se emerge in giudizio che una parte della merce continua ad essere consegnata dall'azienda.

La seconda fattispecie ricorre quando risulta violata la regola che impone la scelta del prestatore secondo criteri oggettivi, quando debba essere soppresso uno dei posti di lavoro occupati da personale che svolga mansioni omogenee e fungibili.

La terza, fortemente controversa, è quella del licenziamento illegittimo per il mancato assolvimento dell'onere della prova dell'impossibilità di procedere al *repechage*: per definizione l'obbligo di ricollocazione postula la sussistenza del giustificato motivo addotto, ma la fattispecie non è giuridicamente completa (non ricorrono, appunto, gli estremi del licenziamento) per la mancata dimostrazione dell'impossibilità della ricollocazione. Trattasi di una impostazione nettamente minoritaria, in quanto è assolutamente prevalente l'opzione interpretativa che riconduce la fattispecie all'insussistenza del fatto. In particolare, da un lato si richiama la circostanza che la nozione non è stata modificata; dall'altro si sostiene che le diverse componenti del giustificato motivo oggettivo sono tra loro inscindibili, in quanto permettono al giudice di valutare un fenomeno concettualmente unitario, non scomponibile al suo interno (Torrice).

Qualche precisazione richiede l'onere della prova, di cui si è occupato il prof. Vallebona.

E' ovvio che l'onere della prova della ricorrenza della ragione giustificativa grava per legge sul datore di lavoro. Ma è anche vero che è interesse del prestatore

che emerga in giudizio la fattispecie della “manifesta insussistenza” in luogo di quella della “mancanza degli estremi”.

E’ quindi onere del lavoratore la deduzione e la prova delle circostanze che facciano emergere l’ingiustificatezza qualificata che comporta la reintegrazione.

Sulla base di dette premesse, è necessario distinguere tra le sentenze fondate sul convincimento del giudice e le sentenze fondate sulla regola finale di giudizio dell’onere della prova, con soccombenza della parte onerata, non essendosi raggiunto il convincimento pieno (art. 2697 cod. civ.).

Se il giudice, all’esito dell’istruttoria, si convince della inesistenza dei fatti addotti a giustificazione, eventualmente <<manifesta>>, si aprono le porte della tutela reale. Se, invece, non emerge in giudizio la prova della giustificazione ed, al contempo, il giudice non raggiunge il convincimento pieno sulla esistenza o inesistenza dei fatti, si verifica una soccombenza reciproca delle parti rispettivamente onerate (cioè del datore di lavoro, quanto alla prova della giustificazione, e del lavoratore, quanto alla prova della manifesta insussistenza dei fatti): in tal caso, il giudice deve accogliere la domanda di tutela indennitaria per l’ingiustificatezza semplice e rigettare la domanda di tutela reale per l’ingiustificatezza qualificata.

La norma precisa che, nell’individuazione del numero di mensilità da attribuire il giudice tiene conto, oltre che dei criteri di cui al comma 5 (anzianità lavorativa, consistenza occupazionale, dimensioni dell’attività economica, comportamento e condizioni delle parti) anche delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell’ambito della procedura preventiva di conciliazione di cui all’articolo 7 della legge n. 604 del 1966.

4) La quarta delle ipotesi previste ricorre quando il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dissimuli un licenziamento determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari: la tutela è quella propria delle corrispondenti fattispecie (commi 1-3 e 4-5).

L'accertamento presuppone una specifica domanda del prestatore, ritualmente incardinata con il ricorso introduttivo della lite: il riferimento al "corso del giudizio", in sostanza, non attiene alla domanda, ma alla fattispecie, dovendo escludersi che la deviazione dalle regole del rito speciale possa prescindere da una compiuta e chiara indicazione.

L'onere della prova della diversa ragione grava sul lavoratore che la allega, ferme restando la possibilità per il giudice di valutare l'eventuale insuccesso probatorio del datore di lavoro circa la sussistenza della ragione oggettiva adottata. Va ricordata, poi, l'irrelevanza del motivo discriminatorio o disciplinare, ove sussista anche la ragione oggettiva.

LA PROCEDURA DI INTIMAZIONE DEL LICENZIAMENTO E QUELLA DI CONCILIAZIONE

La nuova legge ha introdotto nuove modalità sia per la comunicazione del licenziamento, che per la procedura di attuazione, imponendo un tentativo obbligatorio di conciliazione, preventivo alla comunicazione del recesso.

Quanto alle modalità di intimazione, il comma 2 dell'art. 2 della legge n. 604 del 1966, nel testo sostituito dal comma 37 dell'art. 1 della nuova legge, ha previsto che "la comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato". In sostanza, la lettera di licenziamento deve esplicitare il giustificato motivo oggettivo che lo sorregge. Detta indicazione sarà determinante nell'eventuale contenzioso.

La violazione della prescrizione comporta, di per sé, l'inefficacia del recesso, con applicazione della sanzione e delle conseguenze previste dal comma 6. La sanzione è quindi quella prevista dal comma 5 per il licenziamento disciplinare adottato in violazione della procedura garantista dettata dall'art. 7 Stat. (tutela obbligatoria): il giudice dichiara risolto il rapporto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria omnicomprensiva, determinata, in questo caso, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità. La stessa sanzione deve essere applicata alla motivazione solo apparente o tautologica.

Può rilevarsi come il legislatore si esprima in senso atecnico, posto che alla declaratoria di inefficacia fa conseguire, comunque ed in ogni caso, la produzione degli effetti dell'atto, cioè l'estinzione del rapporto: l'atto "inefficace" è, contraddittoriamente, "efficace".

Restano salvi gli effetti dell'allegazione del carattere discriminatorio o disciplinare del recesso.

Quanto al tentativo di conciliazione, l'art. 7 della legge n. 604 del 1966, nel testo sostituito dal comma 40 dell'art. 1 della legge, ha procedimentalizzato il

potere di recesso datoriale: l'intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo in regime di tutela reale deve essere preceduta da una procedura obbligatoria di conciliazione, in sostanza da un esame congiunto, innanzi alla Commissione provinciale di conciliazione, presso la Direzione Territoriale del Lavoro del luogo di svolgimento della prestazione.

Devono ritenersi assoggettati alla procedura anche i licenziamenti per g.m.o. nei quali la ragione oggettiva non riguarda l'azienda, ma il lavoratore, perché, per esempio, in carcere o privato del tesserino essenziale per l'accesso all'area di lavoro. L'assenza di distinzioni è determinante in tal senso.

In particolare, il datore di lavoro che intende licenziare il prestatore per g.m.o. deve inviare alla Direzione Territoriale una comunicazione a contenuto vincolato, nella quale devono essere indicati l'intenzione di procedere al licenziamento, i relativi motivi, le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del prestatore. La medesima comunicazione deve essere inviata per conoscenza al lavoratore.

L'indicazione dei motivi è definitivamente vincolante e dovrà coincidere con la motivazione esposta nella eventuale comunicazione del licenziamento, configurandosi, diversamente, la violazione della procedura. Ciò che deve rimanere immutato è il nucleo essenziale della ragione giustificatrice adottata, mentre sono irrilevanti le eventuali variazioni di contorno.

La Direzione, ai sensi del comma 3, è tenuta a convocare entrambe le parti nel termine perentorio di sette giorni dalla ricezione della richiesta. Il comma 4 precisa che la comunicazione contenente l'invito si considera validamente effettuata al domicilio del lavoratore indicato nel contratto di lavoro o presso altro domicilio formalmente comunicato dal primo al datore di lavoro o a mani del prestatore, con sottoscrizione per ricevuta. Innanzi alla Commissione le parti possono farsi assistere da un sindacalista, da un r.s.a, da un avvocato o da un consulente del lavoro.

La procedura deve concludersi entro 20 giorni dal momento in cui la Direzione territoriale ha trasmesso la convocazione per l'incontro, salvo che le parti non siano d'accordo per la prosecuzione della discussione oltre il 27° giorno al fine di raggiungere un accordo. Il comma 9 precisa che la procedura può subire un arresto per un periodo massimo di 15 giorni in presenza di un impedimento documentato del lavoratore a partecipare all'incontro fissato dalla Direzione. Superato detto termine, il datore di lavoro può procedere al licenziamento, anche se l'impedimento perduri.

Se le parti addivengono alla risoluzione consensuale del rapporto, il lavoratore ha diritto alla percezione della nuova indennità mensile di disoccupazione; nella conciliazione può essere previsto l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di somministrazione, per favorirne la rioccupazione.

Se il tentativo di conciliazione ha esito negativo, il datore di lavoro può intimare il licenziamento, comunque possibile una volta "decorso il termine di cui al comma 3", cioè se la Direzione non attiva tempestivamente – nei sette giorni -la convocazione. Il complessivo comportamento tenuto dalle parti, emergente dal verbale stilato dalla Commissione, è valutato dal giudice ai fini del regolamento delle spese di lite e della misura dell'indennità risarcitoria prevista dal comma 7 dell'art. 18 Stat..

Il licenziamento intimato all'esito del procedimento di cui all'articolo 7 della legge n. 604 del 1966 (come di quello ex art. 7 Stat.), produce effetto dal giorno della comunicazione che avvia il procedimento medesimo (41 dell'art. 1 della legge). In sostanza, comunicato il licenziamento, gli effetti estintivi si producono retroattivamente dal momento in cui è pervenuta al prestatore la comunicazione di avvio della procedura di conciliazione.

La norma tende a prevenire comportamenti dilatori del lavoratore, attraverso il ricorso strumentale alla certificazione di malattia.

La norma fa salvo l'eventuale diritto al preavviso o all'indennità sostitutiva e precisa che il periodo di eventuale lavoro svolto in costanza della procedura si considera come preavviso lavorato.

In sostanza, se il licenziamento interviene prima che tutto il preavviso sia lavorato, l'estinzione del rapporto è posticipata al momento del completo decorso del periodo di preavviso, salvo che il datore di lavoro non opti per il pagamento dell'indennità sostitutiva. Ai fini suddetti, rileva come dies a quo la comunicazione di avvio della procedura che segna l'efficacia del licenziamento, e come dies ad quem l'arrivo del provvedimento espulsivo. Nessun problema, invece, se il periodo di preavviso è stato compiutamente lavorato, salva la peculiarità che la prestazione è stata resa dopo la cessazione del rapporto. Ovviamente, detta prestazione incide sugli istituti contrattuali e legali ragguagliati alla durata della collaborazione.

La norma precisa poi che rimane salvo l'effetto sospensivo previsto dalle norme in materia di tutela della maternità e della paternità, ed analogo effetto sospensivo opera in caso di impedimento derivante da infortunio sul lavoro. Letteralmente ciò significa che il licenziamento produce effetti al termine dell'assenza per le richiamate causali. In realtà, durante il periodo protetto opera il divieto di licenziamento e non la mera sospensione degli effetti del licenziamento. E' dubbio se la previsione autorizzi a ritenere che nelle altre ipotesi di sospensione del rapporto, per esempio per malattia semplice, il licenziamento produca nondimeno effetti.

La violazione della procedura prevista dall'art. 7 determina l'inefficacia del licenziamento ed è sanzionata con la tutela indennitaria, secondo il disposto del comma 6, sia che si tratti di licenziamento non preceduto dall'invio della comunicazione alla Direzione provinciale e, quindi, dal tentativo di conciliazione, che di licenziamento tempestivamente preannunciato con l'invio della comunicazione, ma privo di motivazione (risoluzione del rapporto e indennità risarcitoria omnicomprensiva, tra un minimo di sei ed un massimo di dodici mensilità).

Va infine precisato che, per i rapporti di lavoro assistiti dalla tutela obbligatoria, trova applicazione il nuovo testo dell'art. 2, che, al comma 1, impone

la forma scritta della comunicazione e, al comma 2, la specificazione, nella comunicazione, dei motivi che lo hanno determinato, con la sanzione dell'inefficacia.

Non deve essere invece esperito il tentativo obbligatorio di conciliazione, ed il licenziamento soggiace solo all'obbligo di preavviso.

Se il licenziamento è intimato verbalmente, l'ultimo periodo del comma 1 del nuovo art. 18 precisa che il regime della reintegrazione si applica anche al licenziamento dichiarato inefficace perchè intimato in forma orale. Il testo della norma induce a ritenere che la reintegrazione ed il regime risarcitorio relativo riguardino qualsiasi licenziamento verbale, quale che sia il numero dei dipendenti o la natura dell'attività svolta. Se è vero, infatti, che la norma opera un rinvio non è il comma 1, che prevede la reintegrazione generalizzata, ma il "presente articolo", è anche vero che i limiti numerici sono presi in considerazione dal comma 8 del nuovo art. 18 Stat. con specifico riferimento alle disposizioni dei commi da 4 a 7, che dettano il regime del licenziamento disciplinare e per giustificato motivo oggettivo.

Se invece il licenziamento è intimato in forma scritta, ma non contiene la motivazione, l'inefficacia prevista dalla norma implica l'applicazione della tutela di diritto comune, cioè il regime ordinario di cui all'art. 1418 c.c., e, dunque, la perdurante vigenza del rapporto, conseguentemente da ripristinare, ed il risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1223 c.c.. Secondo diversa opzione interpretativa, è dovuta, a causa della mancanza di una specifica regolamentazione, la reintegrazione – esclusa invece per i rapporti di lavoro con datori di lavoro con oltre 15 dipendenti – con conseguenti implicazioni in ordine alla costituzionalità della legge (Vallebona).