

# **LICENZIAMENTO INDIVIDUALE PER MOTIVI ECONOMICI E CONTROLLO GIUDIZIARIO NELLA RIFORMA DEL MERCATO DEL LAVORO<sup>1</sup>.**

Di ROBERTO COSIO

Avvocato presso il Foro di Catania

Il saggio si divide in due parti: nella prima parte (oggetto di questo articolo) si esamina il **modello italiano**, dopo la riforma Fornero. Nella seconda parte (che verrà pubblicata nel prossimo numero) il modello **tedesco**. L'A., dopo aver ricostruito lo stato dell'arte della disciplina dei licenziamenti per ragioni economiche prima della riforma, esamina gli effetti della riforma, verificando la compatibilità dei risultati ottenuti con i principi dell'ordinamento dell'Unione europea. Affronta, nella parte finale del lavoro, il tema del controllo giudiziale.

Sommario: 1. Le linee della riforma. Piano d'indagine. Parte I – Sezione I – 2. I licenziamenti individuali per ragioni economiche: lo stato dell'arte della giurisprudenza e le valutazioni della dottrina. – 3. Le modifiche normative introdotte nella legge 92/2012. Effetti diretti. Il bilanciamento tra: a) la reintegrazione come misura residuale. – 4. (segue) b) Il rafforzamento della tutela in caso di licenziamento discriminatorio. – 5. Effetti indiretti. L'oscillazione del pendolo: dalla necessaria sussistenza di una difficoltà economica alla liberalizzazione delle ragioni economiche che giustificano il licenziamento. – 6. La compatibilità di questi effetti con l'ordinamento dell'Unione europea. – Sezione II – 7. Il dibattito sulla natura giuridica del giustificato motivo oggettivo. Riflessi sul controllo giudiziale. – 8. La violazione delle norme di diritto prevista dall'art. 1, comma 43, della l. n. 92/2012. Continuità o discontinuità con l'art. 30 del Collegato lavoro? Una questione aperta.

## **1. Le linee della riforma. Piano d'indagine.**

La riforma del mercato del lavoro, dopo un percorso travagliato<sup>2</sup>, è entrata in vigore il 18 luglio di quest'anno.

Peraltro, appena approvata, la riforma è stata emendata con le modifiche e le correzioni contenute nel "decreto sviluppo"<sup>3</sup>, mentre altre modifiche si profilano all'orizzonte. Il tutto sotto la scure del referendum

---

<sup>1</sup> Il testo costituisce la rielaborazione, con l'aggiunta delle note, della relazione presentata al Convegno Nazionale del Centro Studi "Domenico Napoletano", tenutosi a Pescara l'11 e 12 maggio 2012, dal titolo "Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro".

<sup>2</sup> Sulla riforma si veda, fin d'ora, ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1545 ss.; MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3; MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 415 ss.; F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, 529; VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, Torino, 2012; TIRABOSCHI-MAGNANI, *La nuova riforma del lavoro*, Milano, 2012; CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547 ss.; BARACCO, *La riforma del lavoro*, Inserto in *Dir. prat. lav.*, 2012, 31.

<sup>3</sup> Sul tema si veda MISCIONE, *Emanata la "Riforma Fornero" (l. n. 92/2012), ma già previste le modifiche*, in *Lav. Giur.*, 2012, 8-9, 745 ss.

depositato in Cassazione l'11 settembre che il governatore della Puglia, Nichi Vendola, ha presentato insieme a Idv e Verdi, per ottenere il ritorno all'art. 18 (nella versione originaria).

La riforma, nelle intenzioni del Legislatore, si prefiggeva tre obiettivi: a) contrastare usi elusivi di obblighi contrattuali e fiscali degli istituti contrattuali esistenti; b) rendere più efficiente l'assetto degli ammortizzatori sociali; c) adeguare la disciplina dei licenziamenti al mutato contesto economico.

In estrema sintesi, si proponeva uno scambio: ridurre la "cattiva" flessibilità in entrata a fronte della sconfessione di un tabù, quello sull'immodificabilità dell'art. 18 dello Stat.<sup>4</sup>.

Per quanto riguarda il punto c (i licenziamenti), in particolare, si prevede:

- la **conferma dell'apparato sanzionatorio in vigore** (senza la possibilità di ridurre la misura del danno per l'aliunde percipiendum<sup>5</sup>) per i licenziamenti nulli (per discriminazione e altri casi previsti dalla legge, per motivo illecito determinante e per quello inefficace perché intimato in forma verbale). Tale tutela opera in modo generalizzato (tutti i lavoratori, compresi i dirigenti), a prescindere dalle dimensioni occupazionali;
- la **"reintegrazione depotenziata"** (reintegrazione + risarcimento del danno, con un tetto massimo di dodici mensilità e senza il limite di cinque, con la possibilità di ridurlo per l'aliunde perceptum e l'aliunde percipiendum) nel caso di licenziamento disciplinare per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, purché ricorra: a) l'insussistenza del fatto contestato"; b) o "il fatto rientri tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili";
- l'**indennità risarcitoria onnicomprensiva in misura piena** (da dodici a ventiquattro mensilità) per i casi di licenziamento disciplinare (salvo quanto previsto sopra), per giustificato motivo oggettivo (salvi i casi in cui è prevista la reintegrazione), collettivo nel caso di violazione delle procedure di informazione e consultazione sindacale;
- l'**indennità risarcitoria onnicomprensiva in misura ridotta** (da sei a dodici mensilità) nel caso di: violazione del requisito della motivazione; violazione della procedura di cui all'art. 7 l. n. 300/70; della nuova procedura di cui all'art. 7 della legge n. 604/1966.

Certo, la riforma (almeno nell'immediato) non ha prodotto, sul piano interno, significativi effetti sul piano economico.

Nei dati del Centro studi di Confindustria la stima sul Pil 2012 rimane invariata a -2,4%, mentre quella per il prossimo anno peggiora da -0,3% a -0,6%. Particolarmente grave appare l'andamento dei consumi che nel 2012 crolleranno del 3,6%, vale a dire la flessione più grave del dopoguerra, mentre nel 2013 risaliranno, ma ai minimi dal 1997.

Diverso è il discorso sul piano dei rapporti internazionali.

---

<sup>4</sup> Sul tema si veda F. CARINCI-MISCIONE, *Presentazione. La "Riforma Fornero" (l. n. 92/2012)*, in *Commentario alla "Riforma Fornero"*, Supplemento a *Dir. prat. lav.*, 2012, 33 (l'articolo è edito anche in *Lav. Giur.*, 2012, 10).

<sup>5</sup> Sugli aspetti contributivi si veda, MANICASTRI, *Statuto dei lavoratori: nuovo art. 18*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 34, 2143 ss.

Su questo piano, il Governo Monti ha ricevuto un plauso generale per le riforme effettuate (fra cui quella del lavoro) recuperando un'immagine che, negli ultimi anni, si era fortemente appannata.

Ma torniamo al fronte interno.

I primi commenti sulla riforma del mercato del lavoro oscillano tra rilievi adesivi<sup>6</sup> e critiche severe<sup>7</sup>.

Con riferimento alle modifiche all'art. 18 si è, in particolare, precisato che *“la soluzione non è pessima (Marcegaglia), ma non è neanche una svolta storica (Monti). E' un compromesso”*<sup>8</sup>.

E che sia un “compromesso” non appare dubbio ove si esamini la disciplina dei licenziamenti economici che costituisce l'oggetto di questa riflessione.

Il percorso si articola in due parti: nella prima si esamina il **modello italiano**, nella seconda **quello tedesco** (al quale si ispira il legislatore italiano).

La prima parte del lavoro si divide, a sua volta, in due sezioni.

Nella **prima sezione**, dopo aver ricostruito lo stato dell'arte della disciplina dei licenziamenti per ragioni economiche prima della riforma (§ 2), verranno esaminati gli effetti, diretti e indiretti della riforma (§§ 3-5), verificando le compatibilità dei risultati ottenuti con i principi dell'ordinamento dell'Unione europea (§ 6).

Nella **seconda sezione** si affronterà il tema del controllo giudiziale esaminando: a) il problema della natura del GMO (§ 7); b) il dibattito sull'art. 30 del Collegato lavoro ed i riflessi sulla norma inserita nella riforma del mercato del lavoro (§ 8).

## **2. I licenziamenti individuali per ragioni economiche: lo stato dell'arte della giurisprudenza e le valutazioni della dottrina.**

Lo stato dell'arte della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo è noto, ma è utile ricordarlo.

Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza la possibilità di un sindacato giudiziale<sup>9</sup>.

Ai fini della legittimità del licenziamento individuale per GMO incombe sul datore di lavoro l'onere di provare – con riferimento alla situazione esistente all'epoca della comunicazione del licenziamento – la concreta riferibilità del licenziamento ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo e l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita<sup>10</sup>. La possibilità di reimpiego va vista con riguardo a tutte le unità produttive<sup>11</sup> e a tutti i reparti<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> TREU, *Bravo Monti, reintegrato il buon senso*, in *Europa*, 5 aprile 2012.

<sup>7</sup> TIRABOSCHI, *Riforma del lavoro: troppi passi indietro. E troppo spazio ai giudici*, in *www.adapt.it*, 2012.

<sup>8</sup> ROMAGNOLI, *Il compromesso*, in *Il manifesto*, 8 aprile 2012.

<sup>9</sup> Ad es. Cass. 4 novembre 2004, n. 21121.

<sup>10</sup> Ad es. Cass. 12 luglio 2012, n. 11775.

<sup>11</sup> Cass. 16 maggio 2003, n. 7717.

L'onere della dimostrazione della impossibilità di adibire il lavoratore nell'ambito della organizzazione aziendale – concernendo un fatto negativo – deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlati fatti positivi (ad es. l'inesistenza di nuove assunzioni con la qualifica e le mansioni del licenziato) con la precisazione che il lavoratore ha l'onere di allegare la possibilità di un reimpiego<sup>13</sup>.

Quando il GMO si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale assolutamente omogeneo e fungibile, la scelta dei licenziandi non è discrezionale ma è soggetta al controllo di conformità ai principi di correttezza e buona fede, dovendo farsi applicazione analogica dei criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991<sup>14</sup>.

Non si tratta, però, di un orientamento monolitico, essendo percorso da contrapposizioni e zone grigie.

Sotto il primo profilo (le contrapposizioni) vengono in rilievo le pronunce che richiedono la **sussistenza di una difficoltà economica e quelle che lo negano.**

Secondo una prima impostazione, infatti, occorre la necessità di *“fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti”*. Lo snodo argomentativo fondamentale è quello che vigendo nell'ordinamento *“il principio della stabilità del rapporto di lavoro privato a tempo indeterminato, il datore di lavoro non può procedere come e quando vuole ai riassetto organizzativi dell'azienda”*. L'esigenza *“di riduzione dei costi (...) deve essere imposta, non da un generico e astratto timore di conseguenze sfavorevoli, ma da una concreta e seria ragione (...) relativa all'utile gestione (...) dell'azienda, nell'ambito del mercato del lavoro, e non di per sé dall'accrescimento dei profitti”*<sup>15</sup>.

Secondo una diversa impostazione (che possiamo definire “liberista”), invece, *“ferma restando la prova della effettività del processo di riorganizzazione o ristrutturazione, legittima è ogni ragione (in senso economico) che abbia determinato il licenziamento e quindi non solo i motivi estranei alle determinazioni imprenditoriali, cioè le esigenze di mercato, ma anche le modifiche organizzative esclusivamente finalizzate a un incremento di profitti”*<sup>16</sup>.

Sotto il secondo profilo (le zone grigie) si ricorda quell'orientamento che ritiene vietata la sostituzione di un lavoratore con un soggetto più efficiente o meno costoso<sup>17</sup> e quello che ammette il licenziamento inserito in una procedura di esternalizzazione o le incertezze che sorgono nel caso di assunzione di lavoratori somministrati per adempiere alle medesime mansioni dei dipendenti licenziati<sup>18</sup>, ovvero nel caso di sostituzione con lavoratori autonomi<sup>19</sup>.

---

<sup>12</sup> Cass. 3 aprile 2006, n. 7752

<sup>13</sup> Cfr. Cass. 14 settembre 2005, n. 9715.

<sup>14</sup> Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144.

<sup>15</sup> Cass. 25 marzo 2011, n. 7006.

<sup>16</sup> Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648, in *ADL*, 2010, 556.

<sup>17</sup> Cass. S.U. 11 aprile 1994, n. 3353.

<sup>18</sup> Cass. 4 settembre 2008, n. 22289.

<sup>19</sup> Cass. 5 settembre 2008, n. 22535.

Anche il versante dottrinale si presenta assai variegato.

In particolare, limitando la nostra attenzione alle tesi che si collocano ai poli opposti, si fronteggiano due prospettive divergenti che trovano radici lontane ma sempre attuali.

La prima è incline ad ammettere un controllo di merito ispirato ai principi costituzionali di tutela del lavoro e di utilità sociale, rispetto alla quale l'iniziativa economica non può porsi in contrasto<sup>20</sup>.

Per evitare uno sconfinamento nel campo delle scelte gestionali dell'imprenditore si propone (in questo contesto) un controllo giuridico dell'atto di recesso fondato sul principio di proporzionalità<sup>21</sup>.

In questa chiave vengono letti alcuni filoni giurisprudenziali.

Il requisito relativo all'esistenza del nesso di causalità tra il recesso e la scelta organizzativa viene ricondotto allo standard di idoneità/adequatezza; l'effettiva necessità di riduzione dei costi al controllo di necessità e la ponderazione degli interessi in gioco al giudizio di proporzionalità.

La tesi, però, deve fare i conti, perlomeno, con due obiezioni.

La prima è di metodo. La ragionevolezza è un concetto utilizzato dalla giurisprudenza costituzionale e, successivamente, entrato nell'orbita della Corte di giustizia. *"La trasposizione dello stesso criterio come strumento di controllo di un potere privato va, a mio avviso, gestito con maggior prudenza se non addirittura con qualche diffidenza, dal momento che si tratta di operazioni completamente differenti"*<sup>22</sup>.

La seconda attiene alle fonti. In assenza di chiare indicazioni legislative (si pensi all'art. 1469-bis del codice civile) *"non sono mai state seriamente aperte le porte ad un controllo di vera razionalità"*<sup>23</sup>.

Al polo opposto si muovono quelle opinioni che ruotano sull'idea dell'insindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore, definite *"egoistiche di convenienza non controllabili"*<sup>24</sup>.

In questo contesto, utilizzando una tecnica euristica conosciuta come analisi economica del diritto, si sostiene, in particolare, che il diritto alla conservazione del posto di lavoro dovrebbe cedere quando la perdita attesa dal datore di lavoro superi una determinata soglia<sup>25</sup>.

Si può discutere *"se nella perdita attesa che può giustificare il licenziamento rientri o no anche il costo opportunità (ovvero la minore utilità attesa dalla prestazione del lavoratore rispetto alla migliore delle*

---

<sup>20</sup> ROMAGNOLI, Intervento in *Atti delle giornate di studio di Firenze, 27-28 aprile 1968*, Milano, 1969, 75.

<sup>21</sup> PERULLI, *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, a cura di MAZZOTTA, Torino, 2008, 55 ss.

<sup>22</sup> DE LUCA TAMAJO, *Il sindacato di ragionevolezza nella giurisprudenza*, in *Diritti lavori mercati*, 2011, 3, 400.

<sup>23</sup> NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 116, 2007, 640.

<sup>24</sup> PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, in *Atti delle giornate di studio di Firenze*, cit., 41.

<sup>25</sup> ICHINO, *Il contratto di lavoro*, Vol. III, Milano, 516. Sul concetto di costo-opportunità si veda NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 990-999.

*alternative possibili, con tutte le conseguenze che ne derivano in tema di possibilità di sostituzione del lavoratore con un altro). Si può inoltre discutere se per giustificare il licenziamento sia sufficiente una perdita attesa di qualsiasi entità, oppure sia necessario che la perdita stessa superi una determinata soglia (con conseguente attribuzione al contratto di lavoro di un contenuto assicurativo, con accollo all'impresa del rischio di perdita fino ad una determinata soglia). Ma è difficile dissentire su un punto: il motivo oggettivo che giustifica il licenziamento può logicamente essere, in ultima analisi, soltanto l'attesa della perdita"*<sup>26</sup>.

A tale ricostruzione si è, però, obiettato che *"lo spostamento d'ottica dalle ragioni giustificatrici al calcolo dei costi del licenziamento non sta nella legge. L'interprete deve avere l'onestà intellettuale di distinguere quanto è compatibile con il testo della legge e quanto presuppone l'intervento legislativo, come ha sempre insegnato Luigi Mengoni. Se vogliamo rimanere fedeli alla legge non possiamo trasformare il controllo dei presupposti con il calcolo dei costi del mancato licenziamento, prospettiva totalmente fuori dalla lettera e dalla ratio della legge. Nessuna legge autorizza il giudice a controllare il costo del mancato licenziamento tanto più che si pretende di ritornare ad una sorta di licenziamento ad nutum temperato dalla dimensione dell'anzianità"*<sup>27</sup>.

Il legislatore, pur tenendo conto del dibattito interno, si è, però, ispirato ad un modello diverso: quello tedesco. L'inserimento di questo modello ha, però, dovuto fare i conti con le difficoltà di innesto in un sistema profondamente diverso e con gli inevitabili compromessi che hanno accompagnato la redazione della norma.

### **3. Le modifiche normative introdotte nella legge 92/2012. Effetti diretti. Il bilanciamento tra: a) la reintegrazione come misura residuale.**

L'art. 1, comma 42, della legge 92/2012 prevede per i licenziamenti oggettivi ed economici un regime sanzionatorio che presenta la medesima suddivisione interna che contraddistingue i licenziamenti soggettivi o disciplinari<sup>28</sup>.

Il giudice, infatti, condanna il datore di lavoro alla **reintegrazione**: a) quando accerti la manifesta infondatezza del fatto posto a base del licenziamento; b) quando accerti l'infondatezza delle ragioni poste a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore; c) per il licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110, secondo comma, c.c.

Alla reintegrazione si **aggiunge**: a) il risarcimento del danno pari alle retribuzioni maturate dal licenziamento illegittimo all'effettiva reintegrazione, ma con un tetto massimo di dodici mensilità e senza un limite di cinque. Con la precisazione che la misura del danno può essere ridotta non solo in relazione a

---

<sup>26</sup> ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., 1545 ss.

<sup>27</sup> NAPOLI, *La stabilità realizzata. Conclusioni*, in *Ragioni del licenziamento*, cit., 120. Più in generale, per un commento delle tesi dottrinali di M. T. CARINCI (*Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato: ragioni tecniche, organizzative, produttive (e sostitutive) come limite a poteri e libertà del datore di lavoro*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di GALGANO, Vol. XXXVI, Padova, 2005), e GRAGNOLI (*La riduzione del personale*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, a cura di GALGANO, Vol. XL, Padova, 2006) si veda ZOLI, *I Licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, I, 31 ss.

<sup>28</sup> Sul tema si veda MARESCA, *La scommessa di un mercato del lavoro meno duale*, in *Newsletter Nuovi Lavori*, 17 aprile 2012, 86.

quanto percepito per lo svolgimento di altre attività, ma anche tenendo conto di quello che il lavoratore avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione; b) l'integrale versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento a quello dell'effettiva reintegrazione.

Nelle altre ipotesi in cui il giudice accerta che non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo, dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento, disponendo il pagamento, in favore del lavoratore, di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva, che può essere modulata tra 12 e 24 mensilità di retribuzioni, tenuto conto: a) dell'anzianità del lavoratore; b) del numero dei dipendenti occupati; c) delle dimensioni dell'attività economica; d) del comportamento e delle condizioni delle parti; e) delle iniziative assunte dal lavoratore per ricercare una nuova occupazione; f) del comportamento delle parti nella procedura preventiva al licenziamento.

All'interno di questa disciplina, la questione più delicata è sorta sul significato da attribuire alla "*manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*", al fine di ottenere la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione.

La categoria della "*manifesta insussistenza*" è, certamente, declinabile in molti modi<sup>29</sup>, con la possibilità, quindi, di valutazioni eminentemente soggettive.

*"Quello che per me è manifestamente insussistente, per il mio vicino di stanza non lo sarà. Una lotteria che scarica sulla giurisprudenza quella che dovrebbe essere una responsabilità politica"*<sup>30</sup>.

Queste (legittime) difficoltà nell'interpretazione della norma non possono, peraltro, esimere dal cercare un ragionevole significato al testo normativo.

In sintesi, la tesi è la seguente: in presenza di un giustificato motivo oggettivo la regola (in caso di illegittimità del licenziamento) è l'indennizzo mentre l'eccezione è la reintegrazione.

Questa modulazione della sanzione viene bilanciata, all'interno della norma, dal rafforzamento della tutela in caso di licenziamento discriminatorio; in linea, peraltro, con l'evoluzione del diritto europeo.

Il punto di partenza del ragionamento, come evidenziato in dottrina<sup>31</sup>, "*è lo sdoppiamento sul piano funzionale (non su quello applicativo) del percorso mirato all'accertamento dell'illegittimità del licenziamento da quello che conduce a selezionare la sanzione*".

*"Nel primo caso il giudice dovrà stabilire se il fatto (...; la ragione aziendale) integra o meno (...) il giustificato motivo oggettivo. (...) Una volta accertata l'illegittimità del licenziamento, il giudice dovrà, poi, individuare la sanzione da applicare nel caso concreto utilizzando i criteri selettivi stabiliti nel nuovo art. 18"*.

---

<sup>29</sup> MAGNANI, *La riforma del mercato del lavoro*, in *www.adapt.it*, Bollettino ordinario, 17 aprile 2012, 14. Per un giudizio fortemente critico si veda ALLEVA, *Punti critici della riforma del mercato del lavoro in tema di flessibilità in entrata e in uscita. Interventi indispensabili*, in *www.adapt.it*, Bollettino speciale, 16 aprile 2012, 12. Sul tema si veda LISO, *Le ombre prevalgono nettamente sulle luci*, in *Newsletter Nuovi Lavori*, 17 aprile 2012, 86.

<sup>30</sup> SANLORENZO, in *Corriere della Sera*, 7 aprile 2012.

<sup>31</sup> MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., 438.

Il distinguo presenta una difficoltà applicativa diversa a seconda che si verta in presenza di accertamenti semplici o di natura complessa<sup>32</sup>.

In presenza di un accertamento che non comporta particolari difficoltà (ad esempio la necessità di una particolare patente di guida richiesta ad un lavoratore) la conseguenza (sul piano dell'applicazione della sanzione) sarà immediata: il rigetto del ricorso ove si tratti di un lavoratore stabilmente adibito all'uso di un mezzo che richiede (per la guida) una particolare patente; ovvero, trattandosi, ad esempio, di un addetto ad un lavoro sedentario, l'applicazione della reintegrazione (e delle altre conseguenze previste dalla legge).

In presenza, viceversa, di un accertamento complesso (ad es. la riduzione dell'attività per la perdita di commesse) occorre distinguere due momenti.

L'accertamento, sul piano oggettivo, del fatto (la ragione aziendale) anche attraverso, se del caso, la c.d. consulenza percipiente (in cui si sommano gli elementi acquisitivi con quelli valutativi) in presenza di ristrutturazioni complesse (ove sia necessario disporre di specifiche competenza tecniche), ove la parte abbia dedotto e allegato detti fatti e il nesso di causalità tra questi e il licenziamento.

A tale accertamento seguirà la valutazione giudiziale in ordine alla scusabilità, o meno, degli eventuali errori in cui è incorso il datore di lavoro nell'intimare il licenziamento.

Scusabilità dell'errore che potrà essere valutata alla luce del generale canone della diligenza di cui all'art. 1176 c.c.

Nei rapporti obbligatori (come nella vita di relazione), infatti, *“l'obbligo della diligenza rileva rispetto all'interesse tutelato da un diritto relativo o assoluto: per soddisfare o rispettare tale interesse il soggetto deve pertanto emettere tutto lo sforzo appropriato secondo criteri di normalità, impiegando mezzi materiali, osservando norme tecniche e giuridiche, adottando cautele adeguate, e così via”*<sup>33</sup>.

La sanzione della reintegrazione, in questa ipotesi, avrà, comunque, carattere residuale considerato che in base alla norma *“può”* essere disposta **esclusivamente** quando sia *“manifesta”* l'insussistenza del fatto.

Appare, quindi, corretto affermare che: *“Si è cioè sancito che dove l'imprenditore sia in grado di dimostrare l'esistenza, ma non precisamente l'entità della perdita attesa (...), il licenziamento deve essere considerato comunque valido, essendo a questo punto affidato all'indennizzo stabilito dal giudice la funzione di filtro automatico della scelta gestionale, rispettoso della sua insindacabilità (...)*<sup>34</sup>”.

Si è, peraltro, opportunamente segnalato che *“qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie”*, l'onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento *“grava sul lavoratore che, quindi, non solo dovrà formulare una specifica domanda nell'atto introduttivo del giudizio, ma dovrà anche offrire la prova di ciò che afferma”*<sup>35</sup>.

---

<sup>32</sup> COSIO, *Licenziamento per ragioni economiche*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 21, 1326.

<sup>33</sup> BIANCA, *Il contratto*, Milano, 1984, 478.

<sup>34</sup> ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., 1545 ss.

<sup>35</sup> MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio*, cit., 441-442.

In sostanza, la residualità della sanzione “forte” trova un bilanciamento (all’interno del licenziamento per GMO) nel caso in cui lo stesso celi un licenziamento per ragioni discriminatorie (con tutte le problematiche connesse, specie in ordine all’onere della prova, che esamineremo nel prossimo paragrafo).

In questo contesto, una tollerabile incertezza<sup>36</sup> sull’applicazione della sanzione (derivante dall’ormai famoso “può”) non è un male, “*in quanto fa ponderare*” (al giudice) “*su comportamenti di cruciale rilievo sulla vita delle persone*”<sup>37</sup>.

#### **4. (segue) B) il rafforzamento della tutela in caso di licenziamento discriminatorio.**

A fronte del depotenziamento della sanzione reintegratoria si è, quindi, rafforzata la tutela contro i licenziamenti discriminatori.

Nel comma 42 dell’art. 1 si legge, infatti, che:

*“Qualora nel corso del giudizio, sulla base della domanda formulata dal lavoratore, il licenziamento risulti determinato da ragioni discriminatorie (...) trovano applicazione le relative tutele previste dal presente articolo”.*

In questi casi, la sanzione della reintegrazione rappresenta una regola che non conosce eccezioni.

Sul tema occorre segnalare una serie di questioni.

a) In primo luogo, occorre rilevare la struttura **unitaria** che assume la normativa antidiscriminatoria nel comma 42 dell’art. 1 che si fonda sulla nullità dell’atto e sulle tutele risarcitoria e specifica di cui all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori e che conferma quanto evidenziato, da tempo, da quella dottrina<sup>38</sup> che proponeva di parlare, sul piano degli effetti, al singolare dell’illecito di discriminazione.

La norma spazia, infatti, dal divieto di licenziamenti “*dettati a fini di discriminazione (...) sindacale, politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso, di handicap, di età o basata sull’orientamento sessuale o sulle convinzioni personali*” di cui all’art. 3 della l. n. 108/90 a quelli intimati in concomitanza del matrimonio; da quelli in violazione dei divieti di licenziamento in materia di maternità e paternità alla, più generale, categoria delle altre ipotesi di licenziamento discriminatorio “*ricongiungibili ad altri casi di nullità previsti dalla legge*” (come, ad esempio, quelli previsti dall’art. 5 della legge n. 135/90 sulle infezioni da HIV)<sup>39</sup>.

Viene meno, quindi, la possibilità di applicare la c.d. tutela di diritto comune alle ipotesi di licenziamento legato causalmente al matrimonio e quello connesso alla maternità.

b) In secondo luogo, occorre evidenziare che si tratta di una elencazione **non tassativa** (per il carattere aperto della norma; ovvero “*ricongiungibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge*”).

---

<sup>36</sup> Sul tema si veda MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1976, 3-40.

<sup>37</sup> DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziale*, in *Ragioni del licenziamento*, cit., a cura di MAZZOTTA, 48.

<sup>38</sup> DEL PUNTA, *Diritti della persona e contratto di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2006, par. 6. IZZI, *Eguaglianza e differenze nei rapporti di lavoro*, Napoli, 2005, 351.

<sup>39</sup> Sul tema si veda PASQUALETTO, *Licenziamenti nulli: tutela reintegratoria rafforzata*, in *Commentario alla riforma Fornero*, cit., 39 ss.

Carattere **esemplificativo** che deve essere riaffermato anche nell'ipotesi di "licenziamento discriminatorio"<sup>40</sup> posta la necessità di interpretare la norma interna alla luce dell'ordinamento dell'Unione Europea.

Il riferimento è (non solo) all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea che, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati ma a quei principi fondamentali inespresi (che si traggono dalle tradizioni comuni agli Stati membri) che forniscono sempre nuova linfa all'ordinamento europeo.

La discriminazione per ragioni di età (la cenerentola delle discriminazioni) potrà assumere, in questo contesto, sempre maggiore importanza.

La riconduzione del divieto di discriminazione per età nel novero dei principi generali dell'ordinamento dell'Unione europea risale alla fondamentale sentenza Mangold e trova consacrazione nella sentenza Kucukdeveci, del 2010, che confermando il "*messaggio costituzionale*" contenuto nella Mangold ha confermato la natura di principio generale del divieto di discriminazioni per ragioni di età facendo riferimento, per la prima volta, alla Carta di Nizza dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che le ha conferito carattere vincolante<sup>41</sup>.

La mancanza di tassatività delle ipotesi discriminatorie, però, non consente di affermare che il licenziamento privo di giusta causa o giustificato motivo sia necessariamente discriminatorio<sup>42</sup>.

Infatti, "*la mancanza di tassatività delle ipotesi previste dalla legge non esclude che le norme considerino come discriminatori quei recessi che perseguono interessi riprovevoli – anche non espressamente regolati – ma comunque **differenti** dall'assenza di giustificazione soggettiva o oggettiva*"<sup>43</sup>.

c) In questo contesto, il richiamo all'art. 1345 del codice civile non ha certo una funzione di chiusura rispetto alla legislazione antidiscriminatoria, posti i noti limiti che ne accompagnano l'applicazione (il richiamo alla sfera soggettiva dei contraenti, l'**efficacia determinativa illecita esclusiva**, l'accollo dell'onere della prova al lavoratore)<sup>44</sup>.

Si tratta di un richiamo esemplificativo alla disciplina del codice civile che continuerà ad operare, insieme ad altre misure (penso all'applicazione dell'art. 1344 del codice civile<sup>45</sup>) in presenza dei requisiti previsti dal codice civile.

---

<sup>40</sup> In questi termini M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, 23.

<sup>41</sup> Sul tema si veda *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di COSIO-FOGLIA, Milano, 2012.

<sup>42</sup> La tesi è di M. T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo della crisi*, cit., 23-24, laddove si afferma che "*qualunque causa giustificativa diversa da quella tecnico-organizzativa ammessa dall'ordinamento – come tale, inevitabilmente collegata a caratteristiche, opinioni, scelte della persona del lavoratore prive di attinenza con la prestazione lavorativa – è per ciò stesso discriminatoria e illecita*".

<sup>43</sup> SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto e economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, parte I, 549. Sul tema si veda, altresì, CESTER, *Licenziamenti: la metamorfosi*, cit., 30, nota 33.

<sup>44</sup> Cass. 14 luglio 2005, n. 14186.

<sup>45</sup> Sul tema NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, cit., 610.

E', poi, opportuno precisare che il carattere di **esclusività** del motivo illecito non risulta necessario con riferimento alle altre ipotesi di licenziamento discriminatorio dove è sufficiente il carattere "**determinante**" della discriminazione (come si desume dall'esegesi della legge) in armonia con quegli orientamenti dottrinali che definivano una "forzatura" l'estensione del requisito dell'esclusività ai licenziamenti discriminatori<sup>46</sup>.

d) Resta da esaminare il problema dell'**onere della prova**.

In questo caso "*siamo di fronte non a tipizzazioni di licenziamento (o causali in senso proprio) ma a divieti, ond'è che solo la dimostrazione positiva della violazione del divieto porterà all'applicazione della tutela reale*"<sup>47</sup>.

E' noto tuttavia che nel sistema sono previsti meccanismi di tipo presuntivo, che possono notevolmente agevolare il lavoratore nella dimostrazione della discriminazione<sup>48</sup>.

Non solo.

L'art. 28 del d. lgs. n. 150/2011, nel prevedere che le controversie relative alla discriminazione sono regolate unitariamente dal rito sommario di cognizione, stabilisce che "*quando il ricorrente fornisce elementi di fatto, desunti anche da dati di carattere statistico, dai quali si può presumere l'esistenza di atti, patti o comportamenti discriminatori, spetta al convenuto l'onere di provare l'insussistenza della discriminazione. I dati di carattere statistico possono essere relativi anche alle assunzioni, ai regimi contributivi, all'assegnazione delle mansioni e qualifiche, ai trasferimenti, alla progressione in carriera e **ai licenziamenti dell'azienda interessata***".

Non si tratta tecnicamente di una inversione dell'onere della prova bensì di una semplificazione dell'onere medesimo gravante sul soggetto che lamenta di essere vittima di una discriminazione.

Una corretta applicazione della norma dovrebbe costituire un efficace deterrente a licenziamenti discriminatori mascherati da ragioni economiche.

##### **5. Effetti indiretti. L'oscillazione del pendolo: dalla necessaria sussistenza di una difficoltà economica alla liberalizzazione delle ragioni economiche che giustificano il licenziamento.**

Accanto agli effetti diretti che abbiamo illustrato è, però, possibile ipotizzare degli effetti (per così dire) indiretti che si desumono (non tanto) dalla singola norma, quanto dalla riforma nel suo insieme.

La questione attiene all'annosa questione della rilevanza ovvero irrilevanza in giudizio dell'esigenza economica posta a fondamento del licenziamento.

Secondo un primo orientamento, è necessario che l'esigenza sia legata alla sussistenza di una **difficoltà economica**.

---

<sup>46</sup> In questo senso si veda CESTER, *L'estinzione del rapporto di lavoro*, in SUPPIEJ-CESTER-DE CRISTOFARO, *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro individuale*, Padova, IV, 2008, 396. Contesta la correttezza della soluzione prevalente in giurisprudenza (ad es. Cass. 9 marzo 2011, n. 5555) BOLEGO, *Autonomia negoziale e frode alla legge nel diritto del lavoro*, Padova, 2011, 117.

<sup>47</sup> CESTER, *Il progetto di riforma*, cit., 565.

<sup>48</sup> VALLEBONA, *La riforma del lavoro*, cit., 52.

Costituirebbero un GMO “le **sole ragioni** dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli, al fine di salvaguardare gli equilibri economici dell’impresa e quindi anche la possibilità di mantenimento dei livelli occupazionali” ovvero l’esigenza e la necessità di “fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti”.

“L’esigenza di riduzione dei costi (...) deve essere imposta, non da un generico e astratto timore di conseguenze sfavorevoli, ma da una concreta e seria ragione (...) relativa all’utile gestione (...) dell’azienda, nell’ambito dell’economia del mercato, e non di per sé dall’accrescimento dei profitti”<sup>49</sup>.

Un diverso orientamento, viceversa, ritiene “legittima ogni ragione (in senso economico) che abbia determinato il licenziamento e quindi non solo i motivi estranei alla determinazioni imprenditoriali, cioè le esigenze di mercato, ma anche le modifiche organizzative esclusivamente finalizzate all’incremento del profitto” fermo restando, ovviamente, “la prova della effettività del processo di riorganizzazione o ristrutturazione”.

“Opinare diversamente significherebbe affermare un principio contrastante con quello sancito dal richiamo all’art. 41 della Cost., per il quale l’organizzazione aziendale, una volta delineata, costituisce un dato non modificabile se non in presenza di un andamento negativo e non, anche ai fini di una più proficua configurazione dell’apparato produttivo, del quale il datore di lavoro ha il naturale interesse a ottimizzare l’efficienza e la produttività”<sup>50</sup>.

Questo secondo orientamento, che possiamo definire “liberista”, si basa su una forte valorizzazione del primo comma dell’art. 41 della Cost.<sup>51</sup> e sulla condivisibile considerazione di non impedire all’imprenditore attento e competente di porre rimedio tempestivamente e preventivamente ai pregiudizi causati da una congiuntura negativa.

La *ratio*, complessiva, della riforma ed il richiamo al modello tedesco (analizzato nella seconda parte di questo lavoro<sup>52</sup>) possono dare sostegno a questa impostazione.

In sostanza, nemmeno la riduzione dei costi salariali finalizzata all’incremento dei profitti dell’impresa *in bonis* dovrebbe essere ostacolata dal giudice nazionale, purché sia perseguita tramite coerenti misure di riorganizzazione aziendale e non meramente affermata come presupposto del licenziamento<sup>53</sup>.

Fermo restando, ovviamente, il controllo giudiziale della “manifesta insussistenza” del fatto addotto alla base del licenziamento e dell’inesistenza di ragioni discriminatorie alla base del licenziamento medesimo.

## **6. La compatibilità di questi effetti con l’ordinamento dell’Unione europea.**

La ricostruzione prospettata deve fare i conti, prima di tutto, con l’ordinamento dell’Unione europea.

---

<sup>49</sup> Cass. 25 marzo 2011, n. 7006.

<sup>50</sup> Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648.

<sup>51</sup> Sul tema si veda NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti collettivi*, cit., 598 ss.

<sup>52</sup> Si veda, fin d’ora, CORTI, *Lento ma inesorabile tramonto della stabilità reale? Qualche riflessione italiana sulla riforma della disciplina dei licenziamenti in Germania*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2005, 3, 365.

<sup>53</sup> Sul tema si veda VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2011, 3, 459.

Il riferimento è:

- a) Alla Convenzione OIL n. 158/1982 e all' art. 24 della Carta sociale Europea che ribadisce il principio per cui qualsiasi licenziamento deve fondarsi su una valida ragione.
- b) Ai limiti posti alla possibilità di licenziare in diverse discipline speciali: a) quella che si riferisce ad un lavoratore che rifiuta la trasformazione da tempo pieno a part-time (o viceversa), anche se non è esclusa la possibilità di fondare il recesso *“su altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento”* (art. 5.2 della direttiva 97/81); b) quella prevista dalla direttiva 2001/23. Disciplina che esclude che il trasferimento dell'impresa o parte di essa possa costituire valido motivo di licenziamento, sempre che non sussistano altre ragioni economiche, tecniche o organizzative. Per non parlare della disciplina del diritto antidiscriminatorio che, nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, assume il carattere di vero e proprio baluardo per i licenziamenti *“facili”*<sup>54</sup>.
- c) All'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali<sup>55</sup> (che enuncia il principio per cui *“ogni lavoratore ha diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato”*) resa giuridicamente vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Norma che la Suprema Corte italiana ha già utilizzato per affermare che la libertà di iniziativa economica, riconosciuta dall'art. 41 della Cost., non preclude al giudice la possibilità di valutare se nel caso concreto questa prevalga o meno sulla tutela del posto di lavoro (Cass. n. 21967/2010).

Più in generale occorre ricordare che le nuove misure in tema di licenziamento dovranno, comunque, rispettare i principi di proporzionalità (che, applicato al licenziamento, implica un rigoroso bilanciamento tra esigenze della produzione e diritto del lavoro) e di effettività (per il quale la sanzione per la violazione di un diritto deve essere effettiva e efficace, ovvero tale da costituire un reale deterrente per il datore di lavoro).

Da questo punto di vista, la riforma dei licenziamenti individuali per ragioni economiche sembra rispettare il principio di proporzionalità (tra libertà di organizzare l'impresa e tutela dei posti di lavoro; attribuendo all'indennizzo valore di regola e alla reintegrazione la posizione di eccezione) e di effettività della sanzione (assicurando la reintegrazione come regola che non conosce eccezioni laddove il licenziamento assuma i connotati della discriminazione).

## **SEZIONE II**

### **7. Il dibattito sulla natura giuridica del giustificato motivo oggettivo. Riflessi sul controllo giudiziale.**

Il comma 43 dell'art. 1, modificando la legge n. 183 del 2010 (c.d. Collegato lavoro), precisa che l'inosservanza, da parte del giudice, delle disposizioni in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione della sentenza per violazione di norme di diritto.

---

<sup>54</sup> Sul tema si veda ORLANDINI, *Il licenziamento individuale in Europa*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>55</sup> Sul tema si veda TREU, *L'articolo 18 degli altri*, in *Europa*, 15 marzo 2012. Per un approccio diverso si veda ICHINO, *Nuova disciplina dei licenziamenti*, cit., 1545 ss. Sul tema si veda MICHELINI, *Commento all'art. 30*, in *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, a cura di BISOGNI-BRONZINI-PICCONI, Taranto, 2008.

Per valutare la disposizione occorre approfondire, per un verso, il complesso dibattito sulle clausole generali e, sotto altro profilo, ricordare il dibattito sul primo comma dell'art. 30 del Collegato lavoro.

Il legislatore italiano, nell'art. 30 della legge n. 183/2010, annovera il giustificato motivo tra le clausole generali.

Ma la qualificazione è tutt'altro che scontata.

Parte della dottrina giuslavoristica, infatti, preferisce optare per l'inquadramento nell'ambito delle norme generali<sup>56</sup>.

Orientamento che prende le mosse dall'insegnamento di Mengoni che opera una distinzione tra "norma generale" e "clausola generale".

La **norma generale**, secondo Mengoni<sup>57</sup> *"è una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti, mediante una categoria riassuntiva, per la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera (...). Questa tecnica legislativa lascia al giudice un margine maggiore di discrezionalità, e così ammette un certo spazio di oscillazione della decisione; ma si tratta di una discrezionalità di fatto, non di una discrezionalità produttiva o integrativa di norme"* .

Le **clausole generali**, viceversa, *"sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni (...). Nell'ambito normativo in cui si inserisce la clausola generale introduce un criterio ulteriore di rilevanza giuridica, a stregua del quale il giudice seleziona certi fatti o comportamenti per confrontarli con un determinato parametro e trarre dall'esito del confronto certe conseguenze giuridiche, sovente ai fini dello scioglimento di antinomie sorte in quell'ambito"* .

La distinzione, malgrado l'autorevolezza dell'Autore, lascia perplessi per due motivi.

In primo luogo, perché non vi è insuperabile ostacolo logico a costruire anche le clausole generali in termini di giudizio ipotetico e quindi di norma logicamente completa<sup>58</sup> .

In secondo luogo, perché l'attributo di norma incompleta potrebbe darsi ad ogni norma di organizzazione *"per es. l'insieme di norme regolanti il procedimento collegiale, perché sempre destinata a riempirsi di contenuti variabili nei casi concreti"*<sup>59</sup> .

---

<sup>56</sup> Per una ricostruzione del dibattito si veda VARVA, *Sindacato giudiziario*, cit., 449, nota 7. Secondo NAPOLI, *La stabilità realizzata*, in *Ragioni del licenziamento*, cit., 114 ss., *"ricondere il giustificato motivo e la giusta causa nell'ambito delle clausole generali segna un regresso concettuale"* .

<sup>57</sup> MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.

<sup>58</sup> VELUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010.

<sup>59</sup> LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di clausole generali. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 3, 362.

Peraltro, un autorevole orientamento<sup>60</sup>, rifiutando la distinzione tra norma generale e clausola generale, ha teorizzato una concezione ampia della clausola generale come “norma a fattispecie aperta”; concezione che, nell’elaborazione giurisprudenziale, ha finito per prevalere.

Ciò non toglie che il contributo di MENGONI sia estremamente prezioso sotto diversi profili.

Basti pensare all’affermazione della trasformazione delle clausole generali, da norme di rinvio (ad altre norme), a norme direttiva “*che delegano al giudice la formazione della norma (concreta) di decisione vincolandolo a una direttiva espressa attraverso il riferimento a uno standard sociale*”.

Con questa affermazione (nello studio delle clausole generali) si passa dal tema dell’inquadramento nelle fonti del diritto a quello, strettamente connesso, del controllo giudiziale e dei poteri creativi del giudice .

Una tesi molto diffusa ritiene, infatti, che le norme contenenti nozioni indeterminate equivalgano a deleghe in bianco, date dal legislatore al giudice, il quale dovrebbe completare la norma rifacendosi a norme tecniche o a norme tratte dalla morale sociale.

L’idea della delega in bianco, però, non regge in un ordinamento complesso (e in rete) quale quello contemporaneo contenente una grande quantità di disposizioni di principio, sancite in fonti interne (prima di tutto la Costituzione) ed esterne (l’ordinamento dell’Unione Europea e le convenzioni internazionali).

In sostanza, secondo una corrente di pensiero che è stata definita di “giuspositivismo moderato”<sup>61</sup>, l’interpretazione delle clausole generali deve avvenire, in primo luogo, con criteri di interpretazione sistematica, cioè ricorrendo a principi e valori riconosciuti dall’ordinamento positivo.

Il contributo della Corte di Cassazione, in questo contesto, è stato estremamente significativo.

La Suprema Corte, fin dal 1998<sup>62</sup>, ha elaborato, infatti, una serie di principi (in tema di giusta causa) che devono servire da guida per l’operatore di diritto.

In particolare, la Corte ha chiarito che:

- a) Nell’esprimere il giudizio di valore necessario per integrare una norma elastica “*il giudice di merito compie un’attività di interpretazione giuridica e non meramente fattuale della norma stessa (...) in quanto da concretezza a quella parte mobile (elastica) della stessa che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un determinato contesto storico sociale, non diversamente da quanto dal lavoratore un determinato comportamento viene giudicato conforme o meno a buona fede allorchè la legge richieda tale elemento*”;
- b) Tale “*giudizio valutativo – e quindi di integrazione giuridica – del giudice del merito deve (...) conformarsi oltre che ai principi dell’ordinamento, individuati dal giudice di legittimità*”<sup>63</sup>, anche ad

---

<sup>60</sup> RODOTA’, *Le clausole generali*, in *I contratti in generale*, diretto da ALPA-BESSONE, Torino, 1991, 389.

<sup>61</sup> LIBERTINI, *Nuove riflessioni in tema di clausole generali*, cit., 354.

<sup>62</sup> Cass. 22.10.1998, n. 10514 e Cass. 18.1.1999, n. 434, in *Foro it.*, 1999, parte I, col. 1912.

<sup>63</sup> Nella frase si coglie un richiamo, implicito, agli studi di GORLA sul valore e sulla portata del precedente giurisprudenziale.

- una serie di standards valutativi<sup>64</sup> esistenti nella realtà sociale che assieme ai predetti principi compongono il diritto vivente, ed in materia di rapporti di lavoro la c.d. civiltà del lavoro”;*
- c) *“la valutazione di conformità – agli standards di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell’ambito della funzione nomofilattica che l’ordinamento ad esso affida<sup>65</sup>”.*

Si tratta di affermazioni di grande rilievo in cui si coglie la valorizzazione dei c.d. standards valutativi esistenti nella realtà sociale che insieme ai principi generali offrono supporto (e legittimazione) all’attività di integrazione giuridica della norma posta in essere dal giudice di merito.

E la **“conformità ai principi generali dell’ordinamento”**, non a caso, è ribadita nell’art. 30 del Collegato lavoro.

Il riferimento ai principi generali opera, in realtà, in duplice direzione.

La prima è, come si è tentato di chiarire, una funzione integrativa e (sotto distinto profilo) legittimante l’interpretazione del giudice.

La seconda è certamente una funzione di limite.

In sistemi a costituzione rigida (come la nostra) c’è un limite alla possibilità di assumere nell’ordinamento giuridico ciò che è ritenuto socialmente tipico: il dato non deve confliggere con i principi, in primo luogo con quelli di natura costituzionale<sup>66</sup>.

Il problema si pone, però, quando due principi, di rango costituzionale, entrano in conflitto fra di loro (si pensi alla libertà d’impresa, tutelata dall’art. 41 della Cost., con l’interesse del lavoratore, tutelato dall’art. 4 della Cost.).

In questi casi, com’è noto, occorre effettuare un bilanciamento tra i principi istituendo tra i due principi in conflitto una gerarchia assiologica mobile.

Una **gerarchia assiologica** *“consiste nell’accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior peso, ossia un maggior valore, rispetto all’altro; (...) in questo contesto bilanciare non significa contemperare, conciliare (...). Il bilanciamento consiste piuttosto nel sacrificare o scartare un principio, applicando l’altro”.*

Una **gerarchia mobile**, d’altro lato, *“è una relazione di valore instabile, mutevole, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe invertirsi in relazione ad un caso concreto diverso. (...) Per conseguenza, il conflitto non è risolto stabilmente, una volta per tutte, facendo senz’altro prevalere uno dei due principi*

---

<sup>64</sup> Sul tema si veda FALZEA, *Gli standards valutativi e la loro applicazione*, in *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*, Milano, 1999, 369.

<sup>65</sup> Sul tema si veda ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull’uso delle clausole generali*, Napoli, 1983. Sul volume si vedano gli apprezzamenti di GORLA e le riserve di TARUFFO, in *Riv. dir. civ.*, 1984, II, 322 e 328.

<sup>66</sup> Sul tema si veda RODOTA’, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in A.A.V.V., *Clausole e principi generali nell’argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, a cura di CABELLA PISU-NANNI, 1998, Padova, 39.

*confliggenti sull'altro; ogni soluzione del conflitto vale solo per il caso concreto, e resta pertanto imprevedibile la soluzione dello stesso conflitto in casi futuri*<sup>67</sup>.

E tale bilanciamento, con riferimento alle fattispecie concrete, non può che essere rimesso al giudice o, meglio, al dialogo tra le Corti (dei diversi ordinamenti integrati che compongono l'Unione europea) che possono *“al tempo stesso condividere ed applicare alcuni principi universali e comuni e trovare le soluzioni più adeguate ed idonee per i singoli casi”*<sup>68</sup>.

### **8. La violazione delle norme di diritto prevista dall'art. 1, comma 43, della l. n. 92/2012. Continuità o discontinuità con l'art. 30 del Collegato lavoro? Una questione aperta.**

Possiamo, a questo punto, ricordare, sia pure in sintesi, il dibattito sull'art. 30 del Collegato lavoro.

Il primo comma dell'art. 30 della legge n. 183/2010 (Collegato lavoro) è volto a delimitare il potere di controllo giudiziale sulla ricorrenza dei presupposti previsti dalle clausole generali contenute nelle disposizioni di legge relative ai rapporti di lavoro subordinato e agli altri rapporti di lavoro di cui all'art. 409 c.p.c., nonché ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, di cui all'art. 63, comma 1, del d.lgs. n. 165/2001.

Per le clausole generali, contenute nelle norme di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, *“il controllo giudiziale è limitato **esclusivamente**, in conformità ai 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 o al committente”*.

Il comma, che richiama l'art. 1 del ddl n. 1163<sup>69</sup>, è stato oggetto, fin dalle prime letture, di valutazioni diverse.

Secondo alcuni<sup>70</sup>, il comma avrebbe un effetto dirompente, in quanto impedirebbe quelle interpretazioni evolutive delle disposizioni di legge che spesso, in passato, *“hanno tracciato in valutazioni di merito sui comportamenti e sulle scelte datoriali”*.

Altri<sup>71</sup> ne ridimensionano la portata in quanto la norma si limiterebbe *“a ripetere un consolidato principio giurisprudenziale”*.

---

<sup>67</sup> Sul tema si veda GUASTINI, *Principi di diritto e discrezionalità giudiziale*, in A.A.V.V., *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, cit., 85.

<sup>68</sup> Cfr. *Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2008*, in [www.cortedicassazione.it](http://www.cortedicassazione.it). Sul tema si veda FRANZONI, *L'interprete del diritto nell'economia globalizzata*, in *Contratto e impresa*, 2010, 366.

<sup>69</sup> Sul tema si veda MARCHE, *Commento al disegno di legge n. 1163/2006*, in *Boll. Adapt*, Edizione speciale, 26 marzo 2007, 11, 14.

<sup>70</sup> CRIPPA, *Le riforme del processo: obiettivi simili, ideologie antitetiche*, in *Boll. Adapt*, Edizione speciale, 14 marzo 2007, 8, 19.

<sup>71</sup> VALLEBONA, *I disegni di riforma del processo del lavoro*, in *Boll. Adapt*, Edizione speciale, 14 marzo 2007, 8, 3.

Altri<sup>72</sup>, ancora, sostengono che la norma andrebbe cancellata (perché trasforma il giudice in un notaio) o *“quantomeno riequilibrata formalmente, aggiungendo all’espressione in conformità ai principi generali dell’ordinamento la specificazione in tema di diritto del lavoro e dell’occupazione”*.

Al di là delle diverse opinioni, non vi è dubbio che la norma, almeno nelle intenzioni del legislatore dell’epoca, intendeva limitare il controllo giudiziale sulle clausole generali *“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 o al committente”*.

Nell’area delle clausole generali *“quindi le valutazioni dei giudici dovrebbero avvicinarsi, nella loro struttura logica, ai controlli di legittimità sui poteri datoriali, piuttosto che a valutazioni sul merito di specifiche scelte aziendali, dal che deriverebbe, anche, una maggiore uniformità dei giudicati e un omaggio più realistico se non alla certezza del diritto, almeno alla prevedibilità delle decisioni”*<sup>73</sup>.

Nulla di sconvolgente si dirà.

A ben vedere, però, le cose non sono così semplici.

Il Comitato per la legislazione della Camera aveva, infatti, sollevato delle perplessità in ordine alle **valutazioni tecniche**.

*“Dovrebbe chiarirsi”*, afferma Il Comitato, *“il senso della locuzione valutazioni tecniche, considerato che spetta comunque al giudice, nell’ambito del proprio sindacato di legittimità, svolgere l’accertamento di quelle valutazioni tecniche che costituiscono i presupposti di fatto dei provvedimenti adottati dal datore di lavoro o dal committente”*.

Le perplessità del Comitato sono da condividere.

L’apprezzamento degli elementi di fatto del provvedimento, siano essi semplici o complessi (da rilevare attraverso valutazioni tecniche) attiene sempre alla legittimità del provvedimento e pertanto non può essere sottratto al sindacato giurisdizionale.

Sindacato che, senza spingersi alla sostituzione di una valutazione tecnica meramente opinabile, conduce a censurare soltanto le valutazioni tecniche che appaiono senz’altro **inattendibili**, attraverso un controllo di ragionevolezza e coerenza tecnica del provvedimento datoriale teso ad accertarne l’attendibilità sul piano scientifico.

Il dibattito, appena accennato, si riflette nell’interpretazione del comma 43 dell’art. 1 della l. n. 92/2012.

Se dovessero prevalere le linee di continuità con l’art. 30 del Collegato lavoro la norma sarebbe largamente **inutile** (perché le valutazioni sul merito di specifiche scelte aziendali avrebbero integrato, comunque, una violazione di norme di diritto anche in assenza di specifica menzione) o, addirittura **dannosa** (ove, con questa norma, si intenda ricomprendere, nell’ambito delle violazioni di legge, le valutazioni tecniche che costituiscono i presupposti di fatto dei provvedimenti adottati dal datore di lavoro).

---

<sup>72</sup> ALLEVA, *Le riforme della giustizia del lavoro nel ddl governativo n. 1167 in discussione in Senato. Note critiche e proposte emendative*, in [www.cgil.it](http://www.cgil.it). Per un riepilogo del dibattito si veda COSIO, *Crisi del processo del lavoro*, in *Dir. prat. lav.*, 2009, 6, 360.

<sup>73</sup> Così si legge nella relazione di accompagnamento al disegno di legge n. 1163/2006.

Valorizzando una discontinuità (normativa) rispetto all'art. 30 si può tentare di percorrere una strada diversa.

Com'è noto, nella normalità dei casi è il fatto concreto che va "sussunto" nella norma.

In presenza di clausole generali, viceversa, è il giudizio di fatto (espresso sulla base di parametri extralegali) a riempire il contenuto e a concretizzare la clausola generale.

*"La valutazione di conformità – agli standards di tollerabilità dei comportamenti lesivi posti in essere dal lavoratore – dei giudizi di valore espressi dal giudice di merito per la funzione integrativa che essi hanno delle regole giuridiche spetta al giudice di legittimità nell'ambito della funzione nomofilattica che l'ordinamento ad esso affida".*

In sintesi, quando il giudice di merito sussume la fattispecie concreta nell'ambito della nozione della clausola generale compie una valutazione di diritto che può essere direttamente censurata in Cassazione per violazione di legge<sup>74</sup>.

Regola giurisprudenziale che troverebbe consacrazione nella norma in commento.

La questione, naturalmente, rimane aperta e richiede i necessari approfondimenti giurisprudenziali.

---

<sup>74</sup> BENASSI, *Clausole generali e giudice del lavoro: l'art. 30, primo comma, della legge n. 183 del 2010*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 1, 97.