

L'obbligo di repêchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo alla luce della Riforma Fornero

di Alessandro Veltri

L'ordinanza 28 novembre 2012 del Tribunale di Milano rende illegittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo in conseguenza della violazione del c.d. obbligo di *repêchage*, attribuendo al lavoratore unicamente una indennità risarcitoria in favore del lavoratore licenziato, in presenza di una soppressione effettiva del posto di lavoro.

Il giudice di prime cure, in particolare, analizza il principio in esame, non applicando la tutela reintegratoria, quale diretta conseguenza delle modifiche all'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori operate dalla Riforma Fornero.

Come noto, la legge n. 92 del 2012 ridisegna il quadro normativo delle tutele contro il licenziamento ingiustificato⁽¹⁾, tanto nel caso in cui esso sia intimato per fatto commesso dal lavoratore (commi 4-6) quanto per l'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (comma 7), per datori di lavoro occupanti oltre 15 dipendenti nell'unità produttiva o 60 nel complesso (art. 18, comma 8).

In particolare, per i recessi datoriali per giustificato motivo oggettivo sono previste due diverse tutele, reale e indennitaria, a seconda del tipo di ingiustificatezza di cui sia affetto il licenziamento. Il lavoratore può essere garantito dalla tutela reale in caso di licenziamento illegittimo per manifesta insussistenza del fatto che vi è posto alla base.

Il fatto di cui si discute è il motivo oggettivo od economico indicato nella motivazione del licenziamento. A mente dell'art. 3, l. n. 604/1966, tale motivo è integrato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Per ciò che concerne i fatti integranti giustificato motivo oggettivo, va innanzi tutto evidenziato come, vista l'incidenza dell'art. 18, comma 7 unicamente sull'aspetto sanzionatorio, i requisiti posti dalla Giurisprudenza, per la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sembrano destinati a rimanere gli stessi.

In effetti, questi continuano a comprendere i fatti strettamente connessi alla gestione dell'organizzazione produttiva e quelli attinenti alla persona del lavoratore ma con ricadute sulla sua utilizzabilità da parte del datore di lavoro, come nel caso di inidoneità fisica sopravvenuta o perdita di requisiti soggettivi (si pensi, ad esempio, al permesso di soggiorno per il lavoratore extracomunitario; al porto d'armi per la guardia giurata o all'ipotesi di carcerazione preventiva).

⁽¹⁾ Per una disamina complessiva della Riforma e dell'impatto della stessa sulla disciplina dell'art. 18, si v. F. Carinci, *Complimenti dottor Frankenstein: il disegno di legge governativo in materia di riforma del lavoro*, in *Lav. Giur.*, 2012, 6, 529; P. Ichino, *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in *Dir. prat. lav.*, 2012, 1545 ss.; C. Cester, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 547 ss.

La ricorrenza del motivo oggettivo si fonda sul presupposto della effettività della scelta organizzativa⁽²⁾ che comporti una riduzione della forza lavoro impiegata, come ad esempio attraverso un'esternalizzazione di uno o più segmenti produttivi o una redistribuzione delle mansioni.

Al giudice è fatto divieto di sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 della Costituzione.

La violazione dei limiti al sindacato di merito costituisce, ai sensi dell'art. 30, comma 1, l. n. 183/2010, così come modificato dalla riforma del 2012, motivo di ricorso per Cassazione per violazione di norme di diritto⁽³⁾.

Altro elemento presupposto e requisito del giustificato motivo oggettivo è quello della sussistenza del nesso causale tra scelta organizzativa e licenziamento⁽⁴⁾. E ciò anche alla luce dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni, ovverosia dell'impossibilità di *repêchage* ⁽⁵⁾, anche con ricollocazione in un diverso segmento produttivo dei lavoratori, o addirittura all'estero (e fatti salvi i casi in cui tutte le posizioni lavorative siano equivalenti a fronte di una generica esigenza di riduzione del personale in modo omogeneo e fungibile, che prescindendo dalle professionalità, dovuto a riduzione di fatturato, crisi, riassetto o riorganizzazione aziendale, o comunque per contrazione reale dell'attività) ⁽⁶⁾.

Perché possa essere accordata la tutela reale è necessario che la mancanza del motivo oggettivo sia manifesta.

Si può ritenere che, ove il motivo oggettivo concerna la persona del lavoratore si avrà insussistenza manifesta nel caso in cui la dedotta perdita del requisito soggettivo non sia in realtà vera (ad esempio, mancata revoca del porto d'armi per la guardia giurata)⁽⁷⁾. Si avrà invece insussistenza semplice, qualora, ferma la perdita del requisito soggettivo, non si sia data la prova dell'inutilizzabilità altrimenti del lavoratore (ovverosia violazione dell'obbligo di *repêchage*). E così appunto, ha difatti statuito il Tribunale di Milano con l'ordinanza oggetto del presente commento.

Ancora, come rilevato dalla stessa ordinanza, ove il motivo oggettivo riguardi l'azienda si avrà insussistenza manifesta, nell'ipotesi in cui non sia provata l'effettività della scelta organizzativa (ad esempio non risulta che il datore di lavoro abbia effettivamente esternalizzato una fase della produzione), oppure qualora difetti il nesso causale tra effettiva riorganizzazione e licenziamento (come nel caso in cui sia licenziato un lavoratore impiegato in un segmento produttivo diverso da quello esternalizzato) ed insussistenza semplice quando, infine, nonostante l'effettività della scelta

⁽²⁾ A titolo puramente esemplificativo, si v. Cass., 14 maggio 2012, n. 7474, in *Mass. Giust. civ.*, 2012, 5, 608; in 26 novembre 2011, n. 19616, in *Mass. Giust. civ.*, 2011, 9, 1345; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, in *Guida Dir.*, 2011, 36, 74.

⁽³⁾ Tenendo conto del fatto che i parametri giurisprudenziali di sindacato del giudice sono quelli dell'effettività della ragione addotta a giustificazione del recesso e del rispetto dei canoni di buona fede e correttezza per determinare quale sia il soggetto destinatario del provvedimento espulsivo, con applicazione analogica dei criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991. Sul punto, si v. Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Arg. dir. lav.* 2011, 4-5, 2, pp. 1098 ss. con nota di Villa.

⁽⁴⁾ Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, in *Orient. giur. lav.*, 2010, p. 469; Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, pp. 857 con nota di Bordone; Cass. 14 marzo 2006, n. 5496, in *Not. giur. lav.*, 2006, p. 28; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 2, p. 838; Nella giurisprudenza di merito, si segnalano App. Roma, 29 marzo 2007, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2007, p. 905; Trib. Milano 16 luglio 2008, in *Orient. giur. lav.*, 2008, p. 739.

⁽⁵⁾ *Ex multis* v. Cass. 19 agosto 2009, n. 18387, in *Orient. giur. lav.*, 2010, pp. 441 ss.; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 664. Stessi principi si applicano anche nel caso di provvedimento espulsivo dovuto ad impossibilità fisica sopravvenuta. Sul punto si veda Cass. 27 giugno 2003, n. 10272, in *Arch. civ.*, 2004, p. 533.

⁽⁶⁾ A titolo puramente esemplificativo, si v. Trib. Roma, 17 giugno 2011, in *Lav. giur.*, 2011, 10, p. 1060.

organizzativa e del nesso causale, il datore di lavoro non abbia provato l'impossibilità di procedere al *repechage* oppure non abbia applicato criteri oggettivi nella selezione del lavoratore da licenziare in caso di pluralità di persone con mansioni omogenee e fungibili⁽⁷⁾.

La manifesta insussistenza non è, tuttavia, sufficiente a determinare l'applicazione della tutela reale, rappresentando unicamente il presupposto per l'esercizio dell'equità integrativa del giudice, il quale "può", in tal caso, applicare la più corposa garanzia a tutela del lavoratore⁽⁸⁾. La tutela reale, in sostanza, si traduce in una *extrema ratio*, attribuita al lavoratore solo ove il giudice accerti l'insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento e, nel contempo, ritenga di dover applicare tale tutela⁽⁹⁾.

Va peraltro sottolineata la diversa opinione secondo cui la tutela reale in caso di "manifesta insussistenza del fatto" non dovrebbe essere soggetta a facoltà di scelta da parte del Giudice⁽¹⁰⁾.

Trova invece applicazione la tutela meramente indennitaria ove la mancanza del motivo oggettivo sussista ma non sia manifesta e la mancanza sia manifestamente sussistente, ma il giudice non ritenga di applicare la tutela reale.

La tutela indennitaria, stante il rinvio operato dal comma 7 dell'art. 18, è la medesima accordata in caso di licenziamento disciplinare illegittimo per ingiustificatezza non qualificata ai fini della determinazione dell'indennità tra il minimo e il massimo previsti, tiene conto, oltre ai criteri di cui al comma 5 dell'art. 18, delle iniziative assunte dal lavoratore per la ricerca di una nuova occupazione e del comportamento delle parti nell'ambito della procedura obbligatoria e preventiva di conciliazione.

Ciò nonostante, alla luce della ordinanza oggetto della attuale analisi, il "fatto" è la scelta organizzativa del datore di lavoro, presupposto del provvedimento espulsivo, suffragata dalla prova delle ragioni economiche addotte ex art 3, l. n. 604 del 1966⁽¹¹⁾.

Con la conseguenza che, in caso di violazione dell'obbligo di *repêchage*, il giudice è tenuto – come ha effettivamente fatto nel caso di specie – ad applicare la sola tutela indennitaria di cui al comma 5.

D'altronde, limitando il "fatto" alle sole circostanze oggettive in base alle quali il datore di lavoro sopprime il posto di lavoro, si rischierebbe una applicazione a casi marginali della tutela reale, già di per sé facoltativa⁽¹²⁾. E, altrettanto, estendendo la nozione di "fatto" anche alla violazione dell'obbligo di *repêchage*, in qualità di elemento volto a verificare l'assenza della ragione che giustifichi il licenziamento, renderebbe estremamente difficile individuare le "altre ipotesi" che

⁽⁷⁾ Sul punto, già M. TATARELLI, *Lavoratore con tutele differenziate in caso di licenziamento illegittimo*, in *La Riforma del Lavoro*, Il Sole 24 Ore- Guida Normativa, 2012, p. 57 ss. *Contra*, F. SCARPELLI, in *Il licenziamento individuale per motivi economici*, Guida Alla Riforma Fornero, I Quaderni Wikilabour, 2012, p. 79 ss., secondo cui anche la violazione dell'obbligo di *repechage* determina la manifesta infondatezza del licenziamento.

⁽⁸⁾ Ed in ogni caso l'aggettivo "manifesta" ha il solo rilievo di enfatizzare, secondo taluni, il concetto di insussistenza, di per sé determinante. Sul punto, si v. F. CARINCI, *Complimenti dottor Frankenstein* in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in *csdle.lex.unict.it/*, 17 aprile 2012, § 14.

⁽⁹⁾ A. VALLEBONA *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 58-9; M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei lavoratori*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 3.

⁽¹⁰⁾ A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 415 ss.

⁽¹¹⁾ Cass. 14 maggio 2012, n. 7474; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, cit. Tribunale Cassino, 3 ottobre 2011. In dottrina, V. Speciale, *Il licenziamento individuale tra diritto ed economia*. Convegno: "Il licenziamento individuale tra diritti fondamentali e flessibilità del lavoro". Pescara. 10-12 maggio 2012.

⁽¹²⁾ C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *Il dibattito sulla riforma italiana del mercato del lavoro*, in *csdle.unict.it*, 6 giugno 2012, p. 27.

siano suscettibili di sanzione esclusivamente risarcitoria⁽¹³⁾. Inoltre, va rilevato come l'obbligo di ripescaggio sia proprio il caso di "altra ipotesi", ulteriore rispetto all'effettività delle ragioni economiche e al rispetto del nesso di causalità⁽¹⁴⁾.

Il legislatore, in ogni caso, non fornisce al giudice alcun criterio in base al quale decidere per l'una o l'altra forma di tutela. Il che rende imprevedibile ogni decisione al riguardo, con grave *vulnus* al principio della certezza del diritto.

Alessandro Veltri
Dottore di ricerca in Diritto del Lavoro
Università di Roma "Sapienza"

⁽¹³⁾ E cioè considerando i tre elementi (fatto – licenziamento – nesso causale) come un *unicum*. Sul punto, si v. Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417, in *Giur. it.*, 2010, pp. 357 ss.; Cass. 23 giugno 2005, n. 13468, in *Orient. giur. lav.*, 2005, p. 647; Cass. 17 luglio 2002, n. 10356, in *Orient. giur. lav.*, 2002, p. 935.

⁽¹⁴⁾ U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in Aa. Vv., *I licenziamenti per riduzione di personale in Europa*, Bari, Cacucci, 2001, p. 215.