

## La legge 28.6.2012 n. 92

### Il licenziamento per motivi economici.

#### I poteri dell'imprenditore ed il sindacato del giudice

Ai sensi dell'articolo 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604 *Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del prestatore di lavoro ovvero da ragioni inerenti all'attività produttiva , all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa*

La legge 28.6.2012 n. 92 non ha apportato modifiche al testo di questa disposizione, con la conseguenza che la nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è ancora oggi quella che si è consolidata nella interpretazione giurisprudenziale, e che costituisce *diritto vivente*.

Questo è da tenere ben presente per le riflessioni che vi proporrò da qui a poco sulla tutela che il legislatore assicura al lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo, vale a dire per motivi economici.

Risulta consolidato nella giurisprudenza della Corte di Cassazione, alla quale fa riscontro un pressochè unanime orientamento della giurisprudenza di merito, il principio secondo il quale le scelte aziendali non devono essere controllate nel merito, nel senso che il giudice deve accertare la sussistenza del nesso di causalità tra la scelta aziendale e il licenziamento, la effettività, dunque, della scelta e il suo carattere non strumentale.

Questa elaborazione giurisprudenziale ha trovato un suo primo fondamento di diritto positivo nell'art. 41 Costituzione .

La Corte di Cassazione ( in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, ha statuito in numerose sentenze (Cass. 15157/2011, 6559//2010), che compete al giudice - che non può, invece, sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost. - il controllo in ordine all'effettiva sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, in ordine al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare, anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto.

Ha trovato, poi, precisa codificazione nell'art. 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, che prevede che *In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale e' limitato*

*esclusivamente, in conformita' ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimita' e non puo' essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente..*

Il principio risulta rafforzato dalla disposizione contenuta nel comma 43 dell'art. 1 della legge 92 che aggiunge all'articolo 30, comma 1, della legge 4 novembre 2010, n. 183, il seguente periodo: «*L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.*

Se la iniziativa economica privata è libera, essa, nondimeno, *non puo' svolgersi in contrasto con l'utilita' sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla liberta' ed alla dignita' umana.*

Questo limite "costituzionalmente prefissato" nel comma 2 dell'art. 41 ha trovato riscontro nella legislazione del lavoro, in particolare nelle leggi 15 luglio 1966, n. 604 e nella legge 20 maggio 1970, n. 300, ma anche nel diritto euro unitario: è ormai, costituzionalizzata (e ciò vale anche con riferimento all'art. 30 della Carta di Nizza in forza del quale “*ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali*”) la garanzia del lavoratore ad essere licenziato solo a fronte di una giusta causa o di un giustificato motivo.

Ciò posto è innegabile che il diritto alla liberta' di iniziativa economica privata da un canto, e il diritto del lavoratore al lavoro e, dunque, alla tutela contro il licenziamento illegittimo devono coesistere su un piano di parita'.

Affermazione questa che trova conferma nella communis opinio oltre che nella giurisprudenza, secondo cui la normativa limitativa dei licenziamenti (nel senso di condizionarne la validita' al rispetto dei requisiti di forma e dei presupposti di fatto, richiamati piu' sopra) non si pone in conflitto con l'art. 41, comma 1 e art. 2 Cost..

Cio' significa che, nel doveroso contemperamento tra tutele di pari rango spetta al giudice stabilire il bilanciamento tra i due diritti di rilievo costituzionale: il diritto al lavoro di cui all'art. 4 ed il diritto alla libera iniziativa economica di cui all'art. 41 comma 1.

Bilanciamento che nei fatti ha trovato il suo fulcro nel repechage, nella impossibilita' di reimpiego del lavoratore coinvolto nella scelta organizzativa che si compendia nella eliminazione del suo posto di lavoro.

In giurisprudenza sono stati ad oggi comunemente indicati e valutati come motivi oggettivi di licenziamento: il bilancio aziendale in rosso, la riduzione della domanda espressa dal mercato, la possibilita' di sostituire il lavoratore con nuove tecnologie, la

soppressione del singolo posto di lavoro, la necessità di ridurre i costi: questi, come ciascuno degli altri “fatti” comunemente addotti per la giustificazione oggettiva di un licenziamento, sono tutte circostanze rilevanti ai fini di quella giustificazione *soltanto in quanto esse siano destinate a perdurare* nel futuro e a produrre una perdita aziendale, ovvero a contenere i costi della produzione ed abbiano diretta correlazione con il rapporto di lavoro risolto (*repechage*).

È infatti evidente che se vi fosse la prospettiva a breve del venir meno della situazione di crisi, di contrazione della domanda relativa ai beni alla cui produzione il lavoratore è addetto, o di un utile *repêchage* del lavoratore stesso in altra funzione produttiva, o di ricostituzione del posto temporaneamente soppresso, il fatto storico addotto dal datore di lavoro perderebbe, in parte o del tutto, la propria rilevanza ai fini della giustificazione del licenziamento.

La lettura delle più recenti pronunzie del S.C. ( mi limito a richiamare Cass. 2874/2012, 19616/2011 24235/2010 ) in tema di giustificato motivo oggettivo mi sembra utile per sfatare la leggenda metropolitana esposta in qualche commentario che vede il giudice sostituirsi alle scelte dell'imprenditore.

Ricordo che nelle ipotesi in cui il motivo consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la Corte di cassazione nella sentenza 7046/2011 (che richiama Cass.1124/2004, 13058/03, 16144/2001), nel precisare che non sono utilizzabili né il normale criterio della posizione lavorativa da sopprimere, né il criterio dalla impossibilità di "repechage", ha affermato che il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 recesso di una di esse.

Nessuna incursione, dunque, nelle regole e nei principi che disciplinano i licenziamenti collettivi in punto di criteri di scelta, come pure narra una leggenda metropolitana raccontata in qualche commentario.

La Corte di Cassazione, si è solo doverosamente posta il problema di individuare in concreto i criteri obiettivi che consentano di ritenere la scelta conforme ai dettami di correttezza e buona fede, ed ha ritenuto che possa farsi riferimento, pur nella diversità dei rispettivi regimi, ai criteri che la L. n. 223 del 1991, art. 5, ha dettato per i licenziamenti collettivi per l'ipotesi in cui l'accordo sindacale ivi previsto non abbia indicato criteri di scelta diversi e, conseguentemente, prendere in considerazione in via analogica i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità (non assumendo, invece, rilievo le esigenze tecnico - produttive e organizzative data la indicata situazione di totale fungibilità tra i dipendenti).

Ed, ancora, nella ipotesi in cui sia accertata la totale cessazione dell'attività imprenditoriale da parte del datore di lavoro, la Corte di cassazione nella sentenza 20232/2010 ha affermato che la legittimità del licenziamento intimato ai lavoratori

per giustificato motivo oggettivo non è esclusa nè dal fatto che lo stabilimento sede dell'impresa non sia stato immediatamente alienato o altrimenti dismesso, rimanendo però nella disponibilità dell'imprenditore come mera entità non funzionante, nè dal fatto che uno o pochi altri dipendenti siano stati mantenuti in servizio per il compimento delle pratiche relative alla suddetta cessazione dell'attività non essendo sindacabile nel quadro della libertà d'iniziativa economica riconosciuta dall'art. 41 Cost. le ragioni dei licenziamenti dovuti a cessazione dell'attività.

E nella sentenza 7381/2010 in materia di licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo determinati da ragioni inerenti all'attività produttiva, ha ribadito la necessità che il datore di lavoro provi, con riferimento alla capacità professionale del lavoratore ed alla organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento, anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici (come il fatto che dopo il licenziamento e per un congruo periodo non vi siano state nuove assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato), l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva, giustificandosi il recesso solo come "extrema ratio".

La narrazione , se volete la doglianza che, forse, ha indotto il legilstore ad attuare la riforma della materia dei licenziamenti, o meglio della loro tutela , muove dalla mancata considerazione che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo per compendiarsi in una prognosi ( è relativo alla previsione di fatti non ancora realizzati in grado di compromettere l'equilibrio economico su cui il rapporto di lavoro si fonda: la perdita che il datore paventa come conseguenza della prosecuzione del rapporto di lavoro ) si fonda su una valutazione dell'imprenditore circa la *inevitabilità* della soppressione del posto di lavoro (il criterio della c.d. *extrema ratio*), sul fatto che il lavoratore interessato non possa essere impiegato altrimenti (il c.d. *repêchage*), sul fatto che la situazione sfavorevole non sia contingente; questa valutazione, per forza di cose, è ontologicamente opinabile.

E, di conseguenza, era ( ed è destinata ad essere) inevitabilmente opinabile la valutazione che il giudice è stato chiamato (ed anche oggi) è chiamato ad effettuare ogni volta che sia impugnato giudizialmente un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

A fronte di questa oggettiva, direi ontologica opinabilità, la giurisprudenza del S.C. ha elaborato i principi che ho richiamato in apertura che possono ritenersi ormai consolidati, anche quanto all'attenuazione degli oneri probatori gravanti sul datore di lavoro in punto di repechage.

Modifica del comma 2 dell'articolo 2 della legge 15 luglio 1966 n. 604 disposta dall'art. 1 comma 37 legge 28.6.2012 n. 92 ;

Il comma 2 dell'articolo 2 della legge 15 luglio 1966, n. 604, è sostituito dal seguente:

*«2. La comunicazione del licenziamento deve contenere la specificazione dei motivi che lo hanno determinato».*

Conseguenze della mancata indicazione dei motivi anche sotto il profilo della necessaria specificità dei motivi :

Il comma 6 dell'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dal comma 42 dell'art. 1 della legge 92, prevede che nell'ipotesi in cui il licenziamento sia dichiarato inefficace per violazione del requisito di motivazione di cui all'articolo 2, comma 2, della legge 15 luglio 1966, n. 604, e successive modificazioni ( oltrechè della procedura di cui all'articolo 7 della stessa legge come modificata dalla legge 92) si applica il regime di cui al quinto comma, ma con attribuzione al lavoratore di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, con onere di specifica motivazione a tale riguardo, a meno che il giudice, sulla base della domanda del lavoratore, accerti che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento, nel qual caso applica, in luogo di quelle previste dal presente comma, le tutele di cui ai commi quarto, quinto o settimo.

Ma la specifica indicazione dei motivi del licenziamento oggettivo non è sufficiente per tutti i datori di lavoro.

L'art. 1 comma 40 del decreto legislativo ha, infatti, previsto che :

Se il licenziamento è disposto da un datore di lavoro avente i requisiti dimensionali di cui all'articolo 18, ottavo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, l'intimazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo in regime di tutela reale deve essere preceduta da una procedura obbligatoria di conciliazione innanzi all'omonima Commissione provinciale, presso la Direzione territoriale del lavoro del luogo di svolgimento della prestazione

Non mi soffermo sulle singole disposizioni che ricostruiscono l'iter procedurale; mi limito solo a considerare che questa scelta è un po' strana, posto che di recente è stata abrogata l'obbligatorietà del previo tentativo di conciliazione, in considerazione della scarsa idoneità deflattiva sul contenzioso giudiziario.

Il tema ed i tempi assegnati, non mi consentono oggi di svolgere una riflessione esaustiva sugli oneri di forma e sulla procedura, mi limito ad evidenziare, nondimeno, alcune questioni che a mio modo di vedere sono di notevole importanza e che probabilmente daranno luogo a consistenti difficoltà interpretative.

Una è la rilevanza attribuita dalla legge alla condotta delle parti non solo ai fini della regolamentazione delle spese di lite, ma anche ai fini della valutazione del merito della causa.

L'altra attiene alla convenienza che il lavoratore potrebbe avere in questa fase conciliativa a un accordo nel senso del licenziamento per ragioni organizzative con contestuale rinuncia all'impugnazione nonché all'esercizio del diritto di precedenza nella riassunzione di cui all'art. 15 l. 264 / 1949- piuttosto che all'accordo che preveda la risoluzione consensuale del rapporto.

La norma stabilisce infatti che, se le parti si accordano per la risoluzione consensuale del rapporto, si applicano *“le disposizioni in materia di Assicurazione sociale per l'impiego (ASpI) e può essere previsto, al fine di favorirne la ricollocazione professionale, l'affidamento del lavoratore ad un'agenzia di cui all'articolo 4, comma 1, lettere a) e b), del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276”*.

Tanto se è vero che, quanto meno fino al 31 dicembre 2016 dovrebbero rimanere in vigore i benefici conseguenti all'iscrizione del lavoratore alle liste di mobilità, forse appare è immaginabile che per il lavoratore sarà più conveniente

L'altra, infine, attiene ad un possibile difetto di coordinamento con la legge 604: mi sembra che ai lavoratori dipendenti di imprese aventi requisito dimensionale di cui all'art. 18 L 300/70 sia assicurata una tutela meno forte (al lavoratore è dovuto il risarcimento del danno nella *misura ridotta* regolato dall'art. 18, comma 6 nuovo testo) di quella riservata (mantenuta) ai lavoratori che lavorano alle dipendenze di imprese con meno di 15 dipendenti, per i quali si applica ancora la c.d. tutela reale di diritto comune ed il vizio di forma non può estinguere nessun rapporto con maturazione di tutte le retribuzioni dal momento dell'interruzione al ripristino del rapporto.

Se la mia lettura a caldo è corretta, è evidente che il giudice dovrà confrontarsi (sarà immagino chiamato a farlo) con il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost.

Il primo atto della procedura, cioè la comunicazione del datore di lavoro della intenzione di procedere al licenziamento e la correlata indicazione dei motivi assume importanza fondamentale: la ragione addotta deve rimanere immutata nei suoi elementi essenziali e, se il tentativo di conciliazione non ha avuto esito favorevole ovvero se la procedura non venga espletata nei rigorosi termini previsti dall'art. 7 nuovo testo della legge 604/1966, dovrà corrispondere a quella che viene posta a fondamento dell'atto di recesso

La indennità risarcitoria compresa tra un minimo di sei e un massimo di dodici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto dovrà essere determinata dal giudice (con onere di specifica motivazione) tenendo conto: in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, del comportamento delle parti nella procedura preventiva al licenziamento (di cui all'art. 7, comma 7, legge 604/1966). L'elemento in funzione dei quali il

Giudice determina la giusta misura del risarcimento è la “*gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro*”

Anche in questo caso è previsto per il giudice l’ “*onere di specifica motivazione*”. Ricordo che per la verità la motivazione costituisce obbligo e non onere per il giudice.

Dalla formulazione letterale della disposizione “*in relazione all’anzianità di servizio e tenuto conto*” si evince, a mio modo di vedere, che nella determinazione della misura dell’indennità il giudice debba attribuire all’anzianità di servizio un peso preponderante rispetto a quello degli altri indicatori.

Ma la tutela risarcitoria non opera se: sulla base della domanda del lavoratore (che, quindi, dovrà essere specificamente formulata nel ricorso introduttivo del giudizio), il giudice accerta che vi è anche un difetto di giustificazione del licenziamento. In questo caso trovano applicazione le tutele previste nei commi 4, 5 e 7 dell’art. 18.

L’accertamento presuppone una specifica domanda del prestatore, ritualmente incardinata con il ricorso introduttivo della lite.

Dunque, a fronte del vizio formale, il giudice dichiara l’illegittimità del licenziamento senza dover acquisire alcuna prova in ordine ai fatti posti a fondamento del licenziamento stesso e le ragioni addotte a giustificazione del licenziamento assumono autonomo rilievo, e qui è la novità di prospettiva del legislatore, ai fini dell’individuazione della sanzione in concreto applicabile a quel licenziamento illegittimo.

Se il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dissimula un licenziamento determinato da ragioni discriminatorie o disciplinari, troverà applicazione la tutela propria delle corrispondenti fattispecie. Dunque la tutela reintegratoria piena.

### Oneri probatori

L’art. 5, legge 604/1966, che non risulta modificato, onera il datore di lavoro della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo

### Oneri della prova su ragioni discriminatorie o disciplinari

Ma se il lavoratore deduce e sostiene che il licenziamento è stato determinato da *da ragioni discriminatorie o disciplinari*, l’onere della prova della diversa ragione che ha determinato il licenziamento sembrerebbe gravare 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. Tale prova, peraltro, deve essere fornita con riferimento non solo alla sussistenza di una diversa motivazione del licenziamento, ma anche che tale motivazione costituisce l’unica ragione del provvedimento espulsivo che, quindi, è stato adottato esclusivamente per motivo disciplinare o discriminatorio (Cassazione 6282/2011).

## **La reintegrazione e la manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo**

La sanzione della reintegrazione ad effetti risarcitori limitati *può* essere disposta nel caso in cui venga accertata “*la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*” mentre “*nelle altre ipotesi*” opera la sanzione indennitaria (art. 18, comma settimo, secondo periodo),

Stabilisce, infatti, il 7° comma dell’ art. 18 nuovo testo che il Giudice “può altresì applicare” la disciplina di cui al 4° comma “*nell’ ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*”.

L’espressione *manifesta insussistenza* ( mi incuriosisce sapere come sarà tradotta in inglese questa espressione, posto che la riforma dell’art. 18 della legge 300/70 mira anche ad attirare nuovi investimenti nel nostro paese) è uno dei profili più controversi della riforma.

Si è sostenuto che si è trattato di un infortunio linguistico (Speziale) , con la precisazione ( Maresca) che nella ipotesi del giustificato motivo oggettivo la qualificazione come “*manifesta*” aggiunge poco, sul piano sostanziale, alla rilevazione materiale dell’insussistenza del fatto che si individua in quanto tale. Si tratterebbe di una enfasi inutile (Magrini) perché **il fatto o sussiste o non sussiste.**

Io non credo che l’espressione , per quanto infelice, possa essere ricondotta ad un mero incidente linguistico e nemmeno ad uno slancio impetuoso del legislatore.

Questo perché quella espressione un po’ ossimorica è utilizzata in un testo complesso che fa riferimento ora al fatto , che se accertato come manifestamente insussistente , darebbe luogo ( potrebbe, per vero, forse) alla tutela reintegratoria (quella accompagnata da una indennità risarcitoria meno consistente di quella che abbiamo conosciuto prima della modifica dell’art. 18 e che è rimasta per i licenziamenti discriminatori e nulli); ora invece al giustificato motivo oggettivo, che se non ricorre dà luogo alla sola tutela risarcitoria di cui al 5° comma .

Ancor meno mi convince l’opinione di coloro ( Caruso) che, muovendo dalla premessa, che come ho spiegato in apertura è assolutamente condivisibile, che il giustificato motivo oggettivo contiene in sé una prognosi sul futuro dell’azienda, ritengono che l’espressione “manifesta insussistenza” serve a delimitare i casi eccezionali , nei quali l’insussistenza del giustificato motivo appare con evidenza in giudizio, distinguendola da quelli incomparabilmente più numerosi nei quali la perdita attesa potrebbe non essere di entità sufficiente a giustificare il licenziamento, ma, riporto pressochè testualmente le parole dell’Autore *il giudice solitamente non ha gli strumenti necessari per sovrapporre alla valutazione dell’imprenditore una propria valutazione più attendibile.*



Ne deriverebbe, se ho capito bene, che se al giudice non è chiaro se la valutazione dell'imprenditore possa dirsi condivisibile ( il che processualmente deve significare che non risulta suffragata da prova), perché non ha gli stessi strumenti di conoscenza dell'imprenditore, deve trovare applicazione la tutela indennitaria.

Una sorta di formula assolutoria per insufficienza di prove, inammissibile nel nostro ordinamento processuale civile perché mette nel nulla la regola secondo la quale il giudice deve decidere su tutta la domanda iuxta alligata et probata

Secondo insigni Autori ( Maresca) il "*fatto materiale*" rileva in due diverse prospettive: prima di tutto, se esistente, "costituisce la causale legittimante" del licenziamento giustificato, mentre se inesistente comporta l'"ingiustificatezza" del licenziamento; al contempo l'inesistenza di quello stesso "*fatto materiale*" determina la graduazione della sanzione «che si prevede 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.

Si afferma, in altri termini, che la distinzione tra l'esistenza del fatto materiale e la sua qualificazione come giusta causa o giustificato motivo opera sia con riguardo alla legittimità del licenziamento sia con riferimento alla selezione della sanzione applicabile

Su questa linea interpretativa altri Autori ( Tatarelli) hanno sostenuto che la tutela indennitaria debba trovare applicazione qualora non ricorrano tutte, ma solo alcune delle *componenti strutturali* della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo (per es. non sia rispettato il principio di proporzionalità o di immediatezza) ed oggettivo (per es. non sia rispettato il c.d. obbligo di *repêchage*( così Tatarelli, di diversa opinione anche Marazza e Cester ).

Questa lettura non mi convince perché mi sembra davvero difficile nell'attuale sistema ordinare per gradi di consistenza la inesistenza del giustificato motivo di licenziamento.

Le diverse componenti del giustificato motivo oggettivo, nei termini che in premessa ho provato a ricostruire sulla scorta dell'orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, sono elementi tra loro inscindibili che permettono al giudice di valutare un fenomeno concettualmente unitario e dunque non scomponibile al suo interno.

Il giustificato motivo oggettivo, nella lettura ormai consolidata della giurisprudenza e della dottrina, postula un nesso tra le ragioni organizzative e la posizione del lavoratore che il datore di lavoro intende licenziare.

Ricordo che l'obbligo di *repechage* continua, come per il passato, a rappresentare un presupposto di legittimità del licenziamento rappresentando - per il diritto vivente - un elemento costitutivo della fattispecie del giustificato motivo oggettivo sulla quale, come ho illustrato in apertura la legge n.92 non è intervenuta.

Ne deriva che, a mio modo di vedere, il datore di lavoro all'indomani dell'entrata in vigore della riforma, come nel passato, dovrà dedurre tra i fatti posti alla base del licenziamento, e poi dimostrare in giudizio, anche l'impossibilità di ricollocare il suo dipendente in ossequio ai noti principi elaborati dalla giurisprudenza, che ha nel corso del tempo alleggerito la posizione probatoria del datore di lavoro imponendo al lavoratore di svolgere allegazioni e contestazioni specifiche e puntuali circa la sua riutilizzabilità.

In conclusione, i tre aspetti attraverso i quali si articola il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di tipo economico – la modifica organizzativa effettiva, il nesso causale fra modifica organizzativa e mansioni del lavoratore e il c.d. obbligo di *repêchage* sono facce dello stesso fenomeno da guardare e vagliare unitariamente per individuare l'interesse tecnico-organizzativo del datore a modificare l'organizzazione esistente ponendo fine al rapporto di lavoro.

In questo senso ( Speciale) è stato osservato che il «fatto posto a base del licenziamento» si identifica con la ragione economica organizzativa che ne è a fondamento. Il recesso, infatti, è giustificato da ragioni concrete tali da corrispondere al contenuto dell'art. 3 della l. 604/1966 (crisi economica, innovazione tecnologica, razionalizzazione organizzativa ecc.).

D'altra parte, come ho osservato in apertura non è mutata la nozione di g.m.o. prevista dall'art. 3 della l. 604/1966, né il quadro costituzionale di riferimento nel cui ambito essa è stata ricostruita: il punto di bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost. è nel principio dell'*extrema ratio* che, incidendo direttamente sulla portata dell'art. 3 l. n. 604 del 1966, contribuisce alla configurazione delle regole del *repechage* ( e dell'adeguatezza del licenziamento per inadempimento nel licenziamento per giusta causa).

E' per questo che mi sembra molto difficile distinguere la realtà storica (la sussistenza concreta della causale addotta) dalla sua qualificazione giuridica, perché entrambe come è stato osservato ( Speciale) *sono in una inestricabile relazione e simbiosi*.

Forse la *manifesta insussistenza* del g.m.o. si identifica con la carenza della ragione organizzativa o quando essa, pur presente, non ha un rapporto causale con il recesso.

Questo si verifica nell'ipotesi in cui il licenziamento è effettuato in presenza di una condizione di crisi o di riorganizzazione inesistente o di scarsissima consistenza (l'impresa non ha diminuito le commesse – o le ha ridotte in modo non significativo, realizza utili, usa in modo intensivo lo straordinario, ha assunto nuovi lavoratori ecc.). La riduzione di clientela è solo correlata alla natura dell'attività di impresa ( pensiamo all'istituto di bellezza che nel periodo estivo vede ridotta la domanda di dauna o di bagno turco) . Lo stesso accade nel caso di affermazione della soppressione di un posto di lavoro che in realtà non è stato eliminato (con assunzione di un altro lavoratore che svolge i medesimi compiti, nell'ipotesi di attribuzione della

stessa attività professionale ad un altro dipendente, nell'assenza dell'effettiva esternalizzazione delle mansioni sopresse). Oppure nell'ipotesi in cui l'impresa non fornisca, pur con gli alleggerimenti degli oneri probatori di derivazione giurisprudenziale, la prova della impossibilità di *repechage*.

Non va dimenticato, infatti, soprattutto alla luce dei valori costituzionali già descritti, che «la possibilità di continuare ad occupare il lavoratore non consente neppure di prospettare la riconducibilità delle ragioni di un eventuale licenziamento alla fattispecie di cui all'art. 3 l. 604/1966

Mi sento oggi, dunque, di concordare con chi (speciale) sostiene che nei casi in cui si accerta che la crisi non ha quel livello di gravità richiesto dalla nozione di g.m.o. nell'ambito dei principi costituzionali sopra indicati, perché ad esempio pur non essendo momentanea, ha comunque carattere congiunturale (non strutturale) ovvero che il licenziamento mira ad incrementare i profitti o a ridurre i costi o comunque, pur non essendo così poco importante da non identificare una oggettiva situazione di crisi in quanto tale sussumibile entro la categoria della manifesta manifesta insussistenza, non è particolarmente grave in relazione alla situazione patrimoniale, al volume di affari, ai dati di bilancio vi sarà soltanto l'indennità risarcitoria liquidata secondo i parametri previsti dalla legge.

Credo però che anche in tali casi, come sopra ho osservato, la tutela risarcitoria postula comunque l'effettiva dimostrazione della soppressione del posto e della inattuabilità del *repechage*.

### **Poteri del giudice**

Nei casi in cui i fatti posti base del licenziamento, cioè il giustificato motivo oggettivo è manifestamente insussistente, il giudice *può*, applicare la tutela reintegratoria con effetti risarcitori limitati.

La formulazione della disposizione è ancor più infelice di quella che fa riferimento alla manifesta insussistenza perché sembrerebbe rimettere al giudice il potere di scegliere la tutela da approntare, perdipiù in assenza di qualsiasi parametro predeterminato, che ispiri e guidi la scelta.

A mio modo di vedere la disposizione va interpretata nel senso che, pur costituendo per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo la tutela indennitaria la regola generale, ove ricorra la ipotesi della insussistenza del fatto il giudice deve applicare la tutela reintegratoria, sia pure nella misura meno forte prevista dal comma 7.

In tal senso è stato osservato (Maresca) che la diversità terminologica tra i commi 7 e 4 del nuovo art. 18 non sarebbe determinante in quanto la tassatività delle condizioni nelle quali la reintegrazione opera esclude ogni valutazione del giudice che dovrà

limitarsi a verificare la sussistenza o meno delle condizioni indicate dalla norma che consentono o impediscono la reintegrazione.

Certo la norma è di ambigua interpretazione ma lasciare il giudice arbitro assoluto della scelta sulla tutela da accordare aprirebbe spazio ad un inammissibile giudizio di equità (art. 114 cpc) .

E una lettura diversa, che attribuisse al giudice di decidere se ricostituire o meno il rapporto di lavoro, secondo discrezionalità assoluta (ricordo che il comma 7 chiarisce che i criteri previsti dalla legge (oltre a quelle ulteriori ivi stabiliti) si applicano soltanto per individuare, nei limiti minimi e massimi, l'indennità risarcitoria) introdurrebbe un macroscopico elemento di irragionevole disparità di trattamento perché si realizzerebbe anche con violazione dell'art. 24 Costituzione e del principio del giusto processo.

### **qualche considerazione finale sulle conseguenze della riforma in punto di licenziamento**

#### **ordine di presentazione delle domande e delle conclusioni:**

In conseguenza della riscrittura dell'art. 18 L 300/70, si determinerà presumibilmente l'inversione dell'ordine di presentazione delle domande, nell'ambito dell'impugnazione giudiziale del licenziamento; nel senso che sino ad oggi la richiesta giuridicamente (e logicamente) pregiudiziale, tale da consentire la definizione del giudizio, è stata quella della dichiarazione di inefficacia del provvedimento espulsivo, e solo in via gradata è stata accettata l'illegittimità del recesso: accertato il vizio formale, era inutile ogni ulteriore indagine.

Con la riforma, invece, prevedibilmente verrà proposta in via di priorità la domanda di declaratoria di "*difetto di giustificazione*", mentre la denuncia di violazione procedimentale verrà avanzata solo subordinatamente.

E così rimane aperta la questione se, nel caso in cui rimanga giudizialmente accertata la legittimità "sostanziale" del licenziamento, ma altresì che il recesso è viziato sotto il profilo procedimentale, sia comunque ammissibile una pronuncia di condanna del datore di lavoro al pagamento dell'indennità "*ridotta*"; forse è più plausibile la tesi secondo la quale, attenendo l'accertamento della sussistenza di giusta causa e/o giustificato motivo al profilo sostanziale, il relativo giudizio non può comunque assorbire ed "eliminare" le conseguenze dell'inosservanza di natura procedimentale, che opera su un piano diverso.

#### **Prescrizione:**

Secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, la prescrizione decorre dal momento della estinzione del rapporto di lavoro per i lavoratori non coperti dalla tutela reale e decorre invece in costanza di rapporto per i lavoratori coperti da

quell'articolo, ritenuti più capaci di provvedere alla tutela dei propri interessi in costanza di rapporto proprio in ragione del fatto che godono del regime della reintegrazione. Orbene, il disegno governativo rimescola le carte, facendo venir meno la dualità di regime : se la tutela reintegratoria non è più correlata alle dimensioni dell'impresa, almeno non solo, ma alla tipologia del recesso ed alle modalità di sua estrinsecazione ed ancora all'esito della valutazione del giudice, credo che si debba escludere che i termini prescrizionali decorrano nel corso di svolgimento del rapporto di lavoro .

### **Considerazioni finali**

#### **Economia e vincoli di sistema**

Il mio auspicio è che i giudici, pur in un contesto di indiscutibile maggiore libertà di licenziamento, interpretino la normativa considerando i «vincoli di sistema» delineati anche dalla Costituzione e dall'ordinamento europeo e delineino indirizzi interpretativi che tengano conto non solo dell'analisi costi benefici (tipici della *law and economics*) ma anche dei valori fondamentali che caratterizzano il contratto di lavoro.

E così dovrà essere affrontato, perché credo che il problema verrà posto in giudizio della regaionevolezza della differenza di disciplina tra il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed il licenziamento disciplinare.

Certo la reintegrazione nel posto di lavoro, come ho ricordato in apertura, non ha una tutela costituzionale ed è innegabile che è rimessa alla discrezionalità del legislatore l'utilizzazione di forme risarcitorie (seppure nei limiti individuati dalla Corte di giustizia europea) .

Ma la differente regolazione dei due tipi di licenziamento è conforme al principio di uguaglianza di cui all'art. 3 della Costituzione ?

A mio modo di vedere la diversità di regolazione tra il c. 4 ed il c. 7 del nuovo art. 18 non mi sembra ad una prima lettura giustificata dalla diversità degli interessi in gioco.

Se nel licenziamento disciplinare viene spesso ( non sempre) in gioco la dignità della persona del lavoratore ( e la mancanza mai commessa spinge il legislatore ad assicurare la tutela reintegratoria) , nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo è in gioco non solo l' interesse economico professionale, ma anche il diritto al lavoro inteso come strumento della valorizzazione della persona e di promozione sociale e di altri valori costituzionalmente garantiti del lavoratore .

In entrambi i casi c'è il bilanciamento dei valori della persona del lavoratore con la libertà di impresa; non si spiega perché solo nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo il bilanciamento debba operare a sfavore del lavoratore.

## **Il ruolo del giudice del lavoro**

### **aspetti organizzativi**

Nell'ambito di una analisi che considera la reintegra come ipotesi eccezionale, ed il risarcimento come la nuova regolamentazione generale della materia, si chiede (Ichino) alla giurisprudenza di seguire questa «*inequivoca volontà del legislatore*».

Ed è evidente che la giurisprudenza sarà chiamata, ancora una volta a costo zero ad un compito importantissimo di attuazione della riforma.

Ai giudici , di primo grado ed ai giudici di appello, come ai giudici della Corte di Cassazione è richiesto uno sforzo eccezionale (per il I grado cause di licenziamento fissate in 40 gg; corsie decisionali ultrapreferenziali; decisioni motivate in 10 gg; definizione di nuovissime questioni interpretative).

Ebbene io credo che dal CSM, in attesa della effettiva revisione delle circoscrizioni giudiziarie, dovrebbero intervenire atti di impulso coraggiosi verso i capi degli Uffici ( Presidenti di tribunale e presidenti di Corti di appello) affinché compiano scelte tabellari e adottino provvedimenti che assicurino una razionale distribuzione, delle risorse esistenti nell'intero distretto nel settore della giurisdizione del lavoro.

La giustizia del lavoro non può essere considerata per segmenti e per fasi, per singoli luoghi, perché il successo della riforma vuole un sistema che funzioni complessivamente e non solo negli uffici dove per una congiuntura astrale vi sono organici più che dimensionati rispetto al contenzioso e resti, invece, lettera morta negli uffici in cui gli organici sono sottodimensionati. La riforma vuole che in tema di licenziamento il nuovo modello processuale funzioni negli uffici di primo grado, in corte di appello ed in Corte di Cassazione.

Le difficoltà interpretative che la nuova legge pone vuole che i giudici dell'appello e della Cassazione intervengano sollecitamente ; solo il funzionamento del sistema nel suo complesso ne assicura la tenuta e garantisce gli obiettivi del legislatore.

Non ho ricette precostituite. E' forse possibile che la situazione degli uffici non consenta riasseti rilevanti ma ogni sforzo in questo senso deve essere compiuto.

Ma vorrei almeno che i dirigenti, tra questi anche i semidirettivi, si ponessero il problema, e non lasciassero soli i singoli giudici ad affrontare le aspettative che accompagnano questa riforma, ed evitassero di guardare al proprio particolare segmento di giustizia da amministrare.

Credo dunque che all'interno dei singoli distretti debba esservi un confronto continuo sui flussi dei nuovi procedimenti, in modo da consentire aggiustamenti continui in fase organizzativa e tabellare delle risorse in campo.

### **Una palingenesi del processo del lavoro**

Il processo del lavoro, pur connotato da forti poteri officiosi, rimane un processo dispositivo.

Io credo che il complesso intervento riformatore per le difficoltà interpretative che comporta, può costituire l'occasione per una palingenesi del processo del lavoro , perché la intereccezione delle domande di tutela , del lavoratore e dell'impresa, e la risposta che a quelle domande il giudice è chiamato dare postula un ritorno alla forte professionalità, dei giudici e degli Avvocati, che aveva connotato questo processo nei primi anni della sua applicazione e che li aveva visti condividere, secondo un principio di lealtà processuale codificato nel combinato disposto degli artt 414,416,420 cpc, l'idea di un processo che, per le risorse limitate, postulava una visione di insieme che superava necessariamente prospettive limitate al segmento di attività e prerogative proprie di ciascun ruolo.

Se questa palingenesi si realizzerà la giurisdizione del lavoro che è fatta dai giudici e dai difensori insieme tornerà ad essere protagonista attiva e consapevole nel contesto economico e sociale che il nostro Paese sta attraversando, attuando la volontà del legislatore»( come giustamente Ichino auspica), senza perdere di vista i valori costituzionali.

Ecco, io spero, che di fronte alla necessità di confrontarsi con un intervento riformatore massiccio e complesso come quello di cui oggi stiamo discutendo tutti i giudici del distretto, insieme ai difensori che lavorano nel distretto recuperino il linguaggio comune che ho conosciuto ed apprezzato quando sono giunta alla pretura del lavoro di Roma.

Io credo che l'Agi a livello nazionale e locale possa fare molto; tantissimo ha già fatto Agi Lazio promuovendo l'iniziativa che qui ed oggi ci vede insieme a ragionare ed a confrontarci.

amelia torrice