

ISSN 1121-8762

Diritto delle Relazioni Industriali

Rivista trimestrale già diretta da
MARCO BIAGI

*Il licenziamento
per giustificato motivo oggettivo*

Giuseppe Santoro-Passarelli

anticipazione

N. 1/XXV - 2015

Pubblicazione Trimestrale - Poste Italiane s.p.a. - Spedizione in abbonamento postale - D.L. 353/2003 (convertito in L. 27/02/2004 n° 46) articolo 1, comma 1, DCB (VARESE)

ADAPT
www.adapt.it
UNIVERSITY PRESS



GIUFFRÈ EDITORE

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Giuseppe Santoro-Passarelli

Sommario: **1.** La legge 28 giugno 2012, n. 92, reintroduce la sanzione risarcitoria in caso di licenziamento ingiustificato. – **2.** La fattispecie di giustificato motivo oggettivo. – **2.1.** E una recente applicazione della Cassazione: critica. – **3.** L'ambito di applicazione dell'obbligo di repêchage. – **4.** L'ambito di applicazione della tutela reintegratoria. – **5.** L'obbligo di repêchage attiene o esula dal fatto posto a base del licenziamento? Opinioni a confronto. – **6.** Rilevanza dell'aggettivo "manifesta" insussistenza del fatto come possibile criterio selettivo per l'applicazione della reintegrazione: critica. – **7.** L'interpretazione sistematica e non letterale della formula normativa "può altresì applicare la medesima disciplina". – **8.** L'obbligo di repêchage in sede amministrativa e il risarcimento del danno. – **9.** Presupposti per l'applicazione della disciplina del licenziamento discriminatorio.

1. La legge 28 giugno 2012, n. 92, reintroduce la sanzione risarcitoria in caso di licenziamento ingiustificato

È noto che il licenziamento è stato regolato in Italia da una serie di interventi legislativi che hanno seguito un moto, per così dire pendolare. Dall'articolo 2118 c.c., alla legge del 1966 sui licenziamenti individuali, all'articolo 18 Stat. lav., riformato anche dalla legge n. 108/1990, alla legge Monti del 2012.

E tra i due interessi in conflitto: quello del datore di lavoro alla temporaneità del vincolo contrattuale, e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del rapporto di lavoro, gli articoli 2118 e 2119 c.c. e la legge del 1966 sicuramente privilegiano l'interesse dell'imprenditore. La prima disposizione regola il recesso ad nutum con il solo obbligo del preavviso e l'articolo 2119 consente il licenziamento senza preavviso anche per fatti diversi dall'inadempimento tuttavia idonei a far venire meno la fiducia tra le

* *Giuseppe Santoro-Passarelli è Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università degli Studi di Roma "Sapienza".*

parti. La legge del 1966, pur introducendo l'importante principio dell'obbligo di motivazione, considera il licenziamento ingiustificato, illecito ma valido, e quindi idoneo a estinguere il rapporto di lavoro seppur a fronte di un maggior costo per l'imprenditore (c.d. monetizzazione del licenziamento).

Viceversa l'articolo 18 Stat. lav. privilegia l'interesse del lavoratore alla continuità del rapporto di lavoro perché il licenziamento ingiustificato è considerato invalido e quindi il rapporto continua, e la sanzione è la reintegrazione. La legge n. 92/2012 continua a stabilire che il licenziamento privo di giusta causa e di giustificato motivo è illegittimo ma a fronte di questa illegittimità non prevede un'unica sanzione e cioè la reintegrazione, ma la reintegrazione in determinate ipotesi e in altre ipotesi la sanzione risarcitoria.

La difficoltà rilevante sta nello stabilire quando deve essere irrogata la reintegrazione e quando deve essere irrogata la sanzione del risarcimento perché la lettera della legge non brilla per chiarezza. E nell'ipotesi in cui il licenziamento sia privo di giustificato motivo oggettivo il legislatore addirittura prevede che, anche nell'ipotesi in cui sia manifesta l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, il giudice *può* disporre la reintegrazione, quasi a significare, almeno sulla base del dato letterale, che la reintegrazione non debba essere necessariamente disposta ma sia rimessa alla discrezionalità del giudice (si veda più approfonditamente, *infra*, § 7).

Come si può constatare la legge Monti inverte il moto del pendolo perché l'obiettivo dichiarato di questo legislatore è quello di irrigidire la c.d. flessibilità in entrata e cioè le varie tipologie contrattuali di assunzione del personale, e flessibilizzare la disciplina del licenziamento, perché il fine dichiarato dal legislatore era quello di limitare l'ambito di applicazione della reintegrazione fino quasi a considerarla sanzione eccezionale rispetto alla sanzione del risarcimento per il licenziamento ingiustificato.

In realtà questo obiettivo non è stato raggiunto perché, a causa di una serie di mediazioni intervenute nel processo di formazione della legge, la sanzione della nullità e quindi della reintegrazione si applica non soltanto al licenziamento discriminatorio ma anche, nella maggior parte dei casi, al licenziamento per giustificato motivo soggettivo e con una giurisprudenza ancora molto frammentata e non univoca al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

2. La fattispecie di giustificato motivo oggettivo

Rispetto al licenziamento per giustificato motivo è vero che la legge non ha introdotto nuove fattispecie rispetto a quelle delineate dall'articolo 3 e tuttavia ha introdotto nuovi dati normativi per giustificare l'applicazione della sanzione della reintegrazione sia nell'ipotesi di giustificato motivo soggettivo che oggettivo.

È però opportuno prima di procedere all'interpretazione di questi nuovi dati normativi richiamare gli estremi della fattispecie giustificato motivo oggettivo indicati dall'articolo 3 della legge n. 604/1966 secondo cui essa è costituita «da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

Da questa definizione la giurisprudenza consolidata ha individuato tre requisiti di identificazione, o per usare il linguaggio della recente normativa, gli estremi del giustificato motivo oggettivo e cioè:

- 1) le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto. Ciò significa che bisogna avere riguardo non alla soppressione del posto sic et simpliciter ma alle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto. E il controllo delle ragioni non implica un sindacato di merito del giudice delle scelte del datore di lavoro ma soltanto una verifica delle effettiva sussistenza e della veridicità delle suddette ragioni che hanno determinato la soppressione del posto. Del resto, come è stato opportunamente sottolineato, la soppressione del posto e il licenziamento rappresentano lo stesso fenomeno visto rispettivamente dal punto di vista dell'organizzazione aziendale e del rapporto contrattuale con il lavoratore ⁽¹⁾. Ma non basta. D'altra parte se oggetto di accertamento da parte del giudice fosse solo il fatto materiale della soppressione del posto, l'intervento giudiziale si risolverebbe soltanto in una semplice ratifica della decisione datoriale. In realtà così non è perché il giudice deve accertare non solo la soppressione del posto ma le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto. In secondo luogo deve verificare;
- 2) il nesso di causalità tra le suddette ragioni che hanno determinato la soppressione del posto e il licenziamento del lavoratore addetto a quel posto soppresso; e infine
- 3) un dato di derivazione giurisprudenziale, perché nella normativa non c'è traccia di questa indicazione, il datore di lavoro ha l'obbligo di fornire la prova dell'inevitabilità del licenziamento, ossia di non

⁽¹⁾ C. PONTERIO, *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, 2013, n. 1, 78.

potere adibire il lavoratore non solo a mansioni equivalenti, ma neppure a mansioni inferiori ⁽²⁾ anche in altre sedi dell'azienda ⁽³⁾.

2.1. E una recente applicazione della Cassazione: critica

Vale la pena in tema di definizione della fattispecie licenziamento per giustificato motivo oggettivo prendere in esame una recente sentenza della Cassazione ⁽⁴⁾. Questa pronuncia ha considerato legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un lavoratore per le numerose assenze “a macchia di leopardo” comunicate *in limine* con conseguente mancanza di continuità e proficuità della prestazione lavorativa. Tali assenze, ad avviso della sentenza, davano luogo a scarso rendimento e rendevano la prestazione non più utile per il datore di lavoro incidendo negativamente sulla produzione aziendale. Le stesse assenze infatti incidavano sulle esigenze di organizzazione e funzionamento dell'azienda, dando luogo a scompensi organizzativi”. Si noti però che le assenze per malattia, considerate incolpevoli dal giudice di legittimità, non avevano superato il periodo di comporto e quindi non giustificavano il recesso del datore di lavoro *ex* articolo 2110 c.c. definita dalla stessa sentenza norma di diritto speciale.

Orbene dalla motivazione della sentenza emerge qualche contraddizione. In primo luogo se si riconosce che l'articolo 2110 c.c. è una norma diritto speciale, diretta a tutelare la salute del lavoratore e a determinare il trasferimento del rischio sul datore di lavoro, ne dovrebbe conseguire che tale disciplina prevale su quella che regola il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

In ogni caso anche a superare l'obiezione riconosciuta dalla sentenza si deve osservare che tale licenziamento, come afferma la stessa sentenza «ove sia stato provato lo scarso rendimento, sarebbe determinato da una evidente violazione della diligente collaborazione dovuta dal dipendente, indipendentemente dal conseguimento di una soglia minima di produzione». Pertanto questo licenziamento dovrebbe essere qualificato come licenziamento per giustificato motivo soggettivo. Ma in questo caso prima di irrogare il licenziamento per giustificato motivo soggettivo, il datore di lavoro avrebbe dovuto

⁽²⁾ Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *D&L*, 2009, n. 2, 507.

⁽³⁾ Addirittura anche all'estero secondo Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, in *OGI*, 2011, I, 182.

⁽⁴⁾ Cass. 4 settembre 2014, n. 18678.

verificare il grado della colpa del lavoratore, e cioè l'inesatto o parziale adempimento, che è alla base di questo tipo di licenziamento, e stabilire se la gravità fosse tale da giustificare la sanzione massima come il licenziamento, o una sanzione soltanto conservativa.

Tuttavia, come si è detto, la stessa sentenza riconosce che le assenze del lavoratore sono incolpevoli e quindi per giustificare il licenziamento è quasi costretta a qualificarlo come licenziamento per giustificato motivo oggettivo ⁽⁵⁾. Ma tal proposito si deve subito osservare che non risultano sussistere almeno due dei tre elementi della fattispecie per giustificato motivo oggettivo. E cioè il datore di lavoro non ha soppresso quel posto di lavoro, tant'è vero che le assenze del lavoratore, sia pure con difficoltà erano coperte da un sostituto. E questo dato prova da solo, a mio avviso la prevalenza dell'applicazione dell'articolo 2110 c.c.

In ogni caso anche a superare questo secondo rilievo non risulta provato l'adempimento dell'obbligo di repêchage.

3. L'ambito di applicazione dell'obbligo di repêchage

E a questo proposito si tratta di chiarire anche l'ambito di applicazione dell'obbligo di repêchage.

C'è da chiedersi, ad esempio, se rientri nell'obbligo di repêchage offrire ad un lavoratore part time un orario di lavoro full time diverso da quello svolto precedentemente se in quell'unità produttiva tutti osservano un regime di orario a tempo pieno o se, viceversa, l'articolo 5 del decreto legislativo n. 61/2000, ai sensi del quale non costituisce giustificato motivo di licenziamento il rifiuto del lavoratore di svolgere il tempo pieno o parziale, impedisca in ogni caso il licenziamento di un lavoratore part-time anche in presenza di un'organizzazione produttiva costituita esclusivamente da rapporti di lavoro a tempo pieno (esigenze organizzative richiederebbero il passaggio a tempo pieno) ⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ Oscillando in modo disinvolto tra violazione del dovere di collaborazione e danno alle esigenze organizzative dell'azienda. Invero la sentenza in questione non distingue nettamente le due fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e soggettivo ma quasi le accomuna.

⁽⁶⁾ Quest'ultima soluzione è stata sostenuta da Trib. Bologna 19 novembre 2012, che ha disposto la reintegrazione del lavoratore ritenendo il licenziamento nullo, per violazione dell'art. 5, nonostante al lavoratore part-time impiegato in un punto vendita effettivamente chiuso fosse stata offerta una posizione full-time in un altro punto vendita, organizzato con solo lavoratori full-time. La soluzione è condivisa da F.

Non è agevole rispondere a questo interrogativo perché a un primo esame indubbiamente la violazione di un divieto stabilito da una norma di legge può determinare la nullità del licenziamento senza la necessità di ricorrere al motivo illecito determinante ai sensi dell'articolo 1345 c.c. perché riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge. È vero infatti che l'inciso normativo contenuto nel comma 1 dell'articolo 18 non richiama un elenco tassativo nel senso che la norma include ogni licenziamento riconducibile ad altri casi di nullità previsti dalla legge e quindi può estendersi ad altri o a nuovi divieti normativi.

E tuttavia non si può non ricordare che la direttiva comunitaria ha cura di precisare che il rifiuto alla trasformazione del rapporto non costituisce "in quanto tale" valido motivo di licenziamento, «senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, a licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato»⁽⁷⁾. È vero che la norma italiana non prende in considerazione questa precisazione ma bisogna essere consapevoli che la direttiva costituisce pur sempre un dato normativo di cui il giudice nazionale deve tener conto unitamente al fatto che le scelte organizzative competono all'imprenditore e il giudice non può sindacare nel merito tali scelte.

Non solo ma anche buona parte della giurisprudenza ritiene che ormai il giudice quando interpreta la norma deve tenere conto del contesto in

SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 279 ss., e criticata, invece, da A. VALLEBONA, *Reintegrazione per motivo illecito inventato: l'imprenditore onesto è un estorsore* (nota a Trib. Bologna 19 novembre 2012, cit.), in *MGL*, 2013, n. 1, 37 ss., nonché da P. ICHINO, *Quando il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito*, in *RIDL*, 2013, n. 1, II, 274 ss. Secondo Ichino, nel caso di specie, il licenziamento avrebbe dovuto essere ritenuto semplicemente ingiustificato, con diritto al solo risarcimento del danno, perché l'eventuale motivo illecito dovrebbe essere unico o, quantomeno, determinante.

⁽⁷⁾ Direttiva 97/81/CE, clausola 5. In questo senso P. ICHINO, *op. cit.*, 274 ss. Secondo F. SCARPELLI, *op. cit.*, 279 ss., però, la norma italiana di recepimento, sarebbe andata oltre e, in accordo con la stessa direttiva, avrebbe stabilito un livello di tutela più alto per il lavoratore costretto dalle esigenze organizzative a mutare il proprio orario, impedendone comunque il licenziamento ed antepoendo così le ragioni del *part-timer* a quelle dell'imprenditore. Questa interpretazione, tuttavia, avrebbe forse dovuto essere corroborata da un dato normativo interno espresso, come richiesto dalla stessa direttiva. Quest'ultima, infatti, nel silenzio della normativa interna ne costituisce il principale criterio interpretativo: l'omissione, nel recepimento, della parte della clausola 5 che fa salve eventuali altre concomitanti esigenze organizzative non può apparire, pertanto, decisiva.

cui essa è applicata e perciò, come si è sostenuto a proposito dell'articolo 19 dello Statuto, non esiste un'interpretazione esatta e una errata ma un'interpretazione ragionevole.

In questa prospettiva si colloca e si spiega l'obbligo di repêchage che ha la funzione di contemperare l'interesse dei lavoratori all'occupazione, ma non necessariamente a conservare lo stesso posto di lavoro, evitando i licenziamenti, con l'interesse dell'imprenditore a organizzare la propria impresa secondo scelte non sindacabili nel merito dal giudice.

Nel caso di specie non esistevano nel nuovo punto vendita posti di lavoro a tempo parziale e l'imprenditore correttamente ha adempiuto all'obbligo di repêchage offrendo al lavoratore un posto a tempo pieno. In questo caso, a mio avviso, sussistono le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto di lavoro, è accertato il nesso di causalità ed è stato adempiuto l'obbligo di repêchage. Pertanto non è il rifiuto del lavoratore di trasformare il rapporto, in quanto tale, a determinare il licenziamento, ma una autonoma e concomitante obiettiva ragione di funzionamento dello stabilimento che non consente il ricorso a rapporti di lavoro a tempo parziale ⁽⁸⁾.

Analogo ordine di argomentazioni ha seguito un'altra pronuncia del Tribunale di Milano ⁽⁹⁾ secondo cui la proposta di accettare una riduzione di orario in alternativa al recesso non appare illecita e/o contraria ai principi di buona fede e correttezza essendo evidentemente volta a favorire la conservazione del posto di lavoro con un orario compatibile con le ridotte esigenze imprenditoriali.

Sempre in tema di repêchage deve essere ricordato un orientamento giurisprudenziale recente, secondo cui il datore di lavoro non sarebbe tenuto a fornire la prova dell'impossibilità di ricollocazione del lavoratore che impugni il licenziamento se quest'ultimo non allegghi l'esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli può essere utilmente reimpiegato ⁽¹⁰⁾.

⁽⁸⁾ La scelta di organizzare il punto vendita esclusivamente con rapporti a tempo pieno, del resto, è rimessa alla libertà dell'imprenditore e non può essere sindacata nel merito. E, d'altra parte, non è condivisibile la tesi secondo la quale il licenziamento in questione sarebbe nullo per motivo illecito perché bisognerebbe dimostrare che il motivo ritorsivo è stato il motivo determinante del licenziamento.

⁽⁹⁾ Trib. Milano ord. 11 marzo 2013.

⁽¹⁰⁾ Cfr. Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040, in *RFI*, voce *Lavoro (Rapporto)*, 2011, n. 1245, Cass. 15 maggio 2012, n. 7512; da ultimo Cass. 12 febbraio 2014, n. 3224, Cass. 3 marzo 2014, n. 4920.

Ma non si può negare che accogliendo questa interpretazione l'obbligo di repêchage risulta così «attenuato grazie ad una diversa distribuzione degli oneri probatori»⁽¹¹⁾. Addirittura, secondo una giurisprudenza, se il lavoratore non introduce in giudizio la questione del repêchage, il giudice non sarebbe tenuto ad esaminarla ai fini della sussistenza del giustificato motivo oggettivo⁽¹²⁾. È opportuno segnalare, tuttavia, che, in contrasto con l'orientamento della Cassazione, secondo una pronuncia «attesa la sommarietà della prima fase che caratterizza il nuovo rito speciale, non sussistono particolari oneri di allegazione a carico del ricorrente in ordine alla propria utile ricollocazione»⁽¹³⁾. È opportuno segnalare anche un orientamento intermedio, secondo cui la prova del datore di lavoro non deve essere intesa in modo rigido, «dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell'accertamento di un possibile repêchage»⁽¹⁴⁾.

4. L'ambito di applicazione della tutela reintegratoria

In ogni caso, anche se si prescinde dall'esistenza di questa giurisprudenza, il giudice, ove accerti a) la manifesta insussistenza del fatto e cioè la insussistenza (e cioè la inesistenza e non veridicità) delle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto e la insussistenza (e cioè l'inesistenza e la non veridicità) del nesso di causalità tra le ragioni addotte dal datore di lavoro e il licenziamento del lavoratore addetto al posto di lavoro soppresso, fermo restando l'onere della prova a carico del datore di lavoro, ordina la reintegrazione del lavoratore.

5. L'obbligo di repêchage attiene o esula dal fatto posto a base del licenziamento? Opinioni a confronto

Se invece il datore di lavoro dimostra l'esistenza del fatto e cioè la veridicità delle ragioni e del nesso di causalità ma non adempie

⁽¹¹⁾ Così M. MAGNANI, *Genesi e portata di una riforma del lavoro*, in M. MAGNANI, M. TIRABOSCHI (a cura di), *La nuova riforma del lavoro. Commentario alla legge 28 giugno 2012, n. 92 recante disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, Giuffrè, 2012, 11.

⁽¹²⁾ Cass. 29 marzo 2001, n. 4670.

⁽¹³⁾ Trib. Vicenza 4 dicembre 2013.

⁽¹⁴⁾ Cass. 8 novembre 2013, n. 25197.

all'obbligo di repêchage, la sanzione sarà comunque la reintegrazione o la sanzione risarcitoria piena?

Per rispondere a questo interrogativo bisogna risolvere la questione logicamente precedente e cioè se tutti i cosiddetti estremi della fattispecie del licenziamento per gmo attengano al fatto posto a base del licenziamento o se invece l'obbligo di repêchage, pur rientrando nella fattispecie del licenziamento per gmo, esuli dal fatto posto a base del licenziamento.

A questo proposito sono state sostenute entrambe le tesi sia in dottrina⁽¹⁵⁾ che in giurisprudenza⁽¹⁶⁾.

Ne consegue che secondo le sentenze che considerano l'obbligo di repêchage come elemento esterno al fatto posto a base del licenziamento la sanzione prevista per l'inadempimento di questo obbligo può essere la tutela risarcitoria piena.

(¹⁵) Considerano il repêchage elemento della fattispecie e quindi attinente al «fatto posto alla base del licenziamento» in assenza del quale può essere dovuta la reintegrazione A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, 2012, n. 4-5, 800; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, 2012, n. 3, I, 563; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012, n. 92) prima, durante e dopo*, *ES*, 2012, 137-138; P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *RIDL*, 2013, n. 1, I, 168. Escludono, invece, la reintegrazione in caso di violazione dell'obbligo di repêchage G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *ADL*, 2013, n. 2, 231 ss.; F. CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello statuto dei lavoratori*, in *GI*, 2014, n. 1, 233; T. TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in *DLRI*, 2013, n. 137, 40. Problematicamente M. MARAZZA, *L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori*, in *ADL*, 2012, n. 3, 629. La problematica sfuma, ovviamente, per quegli AA. che, pur considerando il repêchage all'interno del fatto posto alla base del licenziamento, valorizzano il "può" e l'aggettivo "manifesta", ai fini della concessione della reintegrazione: per tutti A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, Giappichelli, 2012, 59; C. PISANI, *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento: convincimento del giudice e onere della prova*, in *MGL*, 2012, n. 8-9, 745. Sul punto si veda infra, § 7.

(¹⁶) Nel senso che il repêchage esuli dalla nozione di fatto posto alla base del licenziamento cfr. Trib. Milano 20 novembre 2012, in *MGL*, 2013, n. 1, 39 ss., con nota di A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*. Nello stesso senso anche Trib. Velletri 9 ottobre 2014. Cfr. ancora Trib. Milano 28 novembre 2012; Trib. Milano 29 marzo 2013; Trib. Roma 19 giugno 2014; Trib. Roma 8 agosto 2013; Trib. Varese 4 settembre 2013; Trib. Genova 14 dicembre 2013; Trib. Roma 22 settembre 2014. In senso contrario si veda invece Trib. Reggio Calabria ord. 3 giugno 2013, in *MGL*, 2014, n. 4, 229 ss., con nota di A. VALLEBONA, *L'inutilizzabilità aliunde fa parte del «fatto»*; Trib. Roma 7 maggio 2013; Trib. Milano 23 febbraio 2013.

Viceversa per quelle sentenze che considerano l'obbligo di repêchage parte integrante del fatto, la violazione del relativo obbligo da parte del datore di lavoro consente al giudice di applicare come sanzione la reintegrazione.

In realtà se si analizza il fatto descritto nella sentenza del tribunale di Reggio Calabria si può agevolmente constatare che il lavoratore era stato licenziato per la chiusura di un cantiere presso il quale non era stato assunto specificamente e quindi prima ancora della prova del repêchage in questa fattispecie si ha l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, ossia la mancata soppressione del posto per il quale era stato assunto e conseguentemente il venir meno del nesso di causalità.

Per queste ragioni e non per il mancato repêchage è corretta l'applicazione della sanzione della reintegrazione.

In ogni caso, come si è già accennato, per impostare correttamente la questione bisogna distinguere, a mio avviso, la fattispecie dal fatto posto a base del licenziamento. Non c'è dubbio che l'adempimento dell'obbligo di repêchage costituisce un elemento della fattispecie al pari delle ragioni che hanno determinato il licenziamento e il nesso di causalità (ossia il fatto).

E pertanto il procedimento logico che deve seguire il giudice è costituito da una prima fase che ha come oggetto l'accertamento della legittimità o illegittimità del licenziamento per mancanza di uno o di tutti e tre gli estremi del giustificato motivo oggettivo (insussistenza delle ragioni e/o del nesso di causalità e inadempimento dell'obbligo di repêchage) ossia della fattispecie giustificato motivo oggettivo.

Accertata l'illegittimità del licenziamento il giudice procede, nella seconda fase logicamente successiva, ad individuare i presupposti per l'applicazione della sanzione della reintegrazione o del risarcimento del danno.

Se non sussistono le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto e/o se non sussiste il nesso di causalità tra le ragioni e il licenziamento con onere della prova a carico del datore di lavoro, anche nell'ipotesi in cui emerga che il lavoratore licenziato è stato sostituito dopo breve tempo da altro lavoratore che svolge mansioni equivalenti, *il giudice può applicare la sanzione della reintegrazione.*

Quando, invece, il fatto sia sussistente e vi sia il nesso di causalità, ma risulti inadempito l'obbligo di repêchage, *il licenziamento è illegittimo e il giudice dichiara risolto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di*

un'indennità risarcitoria omnicomprensiva tra un minimo di dodici ed un massimo di ventiquattro mensilità tenuto conto di diversi criteri.

Viceversa secondo un'altra dottrina ⁽¹⁷⁾ che pure considera l'obbligo di repêchage attinente al fatto, la violazione di tale obbligo può comportare la reintegrazione solo quando la insussistenza del fatto sia *manifesta*.

6. Rilevanza dell'aggettivo “manifesta” insussistenza del fatto come possibile criterio selettivo per l'applicazione della reintegrazione: critica

Si tratta a questo punto di stabilire quale rilevanza possa avere nell'economia del dettato normativo l'aggettivo “manifesta” insussistenza.

Secondo parte della dottrina il “manifesta” non aggiunge nulla al sostantivo insussistenza perché rispetto a ciò che non esiste non ha senso alcuno distinguere tra inesistenza e manifesta inesistenza e di conseguenza, tale aggettivo non può essere considerato un criterio selettivo per applicare la sanzione della reintegrazione quando il fatto sia manifestamente insussistente ed escluderla quando la insussistenza del fatto non sia manifesta ⁽¹⁸⁾.

Secondo altra parte della dottrina, invece, la manifesta insussistenza del fatto deve essere ravvisata nel famoso torto marcio ⁽¹⁹⁾ o, laddove il

⁽¹⁷⁾ A. VALLEBONA, *L'inutilizzabilità aliunde fa parte del «fatto»*, cit., 233, ma si veda in precedenza anche A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*, cit., 41.

⁽¹⁸⁾ In tal senso A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, n. 2, I, 443; M. PERSIANI in *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, *Colloqui giuridici sul lavoro*, 2012, n. 1, 67-68. Cfr., in giurisprudenza, Trib. Roma 19 marzo 2014, Trib. Rovereto 22 ottobre 2013, Trib. Napoli 3 giugno 2013 che considerano manifestamente insussistente il fatto non avvenuto nella realtà. In tal senso anche App. Torino 6 maggio 2014.

⁽¹⁹⁾ A. VALLEBONA, *La riforma del lavoro 2012*, cit., 58.

licenziamento sia assolutamente pretestuoso ⁽²⁰⁾ o avvenga per “mero capriccio” ⁽²¹⁾.

Secondo altri Autori ⁽²²⁾ invece l’aggettivo manifesta riferito all’insussistenza delle ragioni può esprimere un elevato grado di evidenza della prova sulla mancanza del giustificato motivo oggettivo. Si vuole dire in altri termini che il datore di lavoro può addurre ragioni talmente fasulle o come si dice, *ictu oculi*, fasulle e non veritiere che non richiedono alcuna indagine o approfondimento ⁽²³⁾.

E così la cessazione dell’appalto, la chiusura di un reparto, l’introduzione di una macchina che elimina un posto di lavoro sono fatti la cui sussistenza e di conseguenza insussistenza è agevole accertare da parte del giudice.

Ma altri fatti come per esempio la necessità di ridurre i costi per evitare il fallimento, o una diversa organizzazione del lavoro, o una riduzione temporanea del fatturato richiedono indagini e approfondimenti talvolta laboriosi di talché possono essere considerati allo stesso modo dei precedenti, manifestamente insussistenti soltanto alla fine di un processo di valutazione.

E allora la domanda che sorge spontanea è che cosa si intenda per manifesta insussistenza? Esistono parametri oggettivi che consentono di individuare quando l’insussistenza del fatto può considerarsi manifesta?

Chi riconosce un valore scriminante al termine manifesta finisce per ancorare la valutazione del carattere manifesto o non manifesto dell’insussistenza del fatto *al pieno convincimento del giudice* ⁽²⁴⁾.

⁽²⁰⁾ In tal senso A. MARESCA, *op. cit.*, 437. Pur non riconoscendo rilevanza al termine “manifesta”, secondo l’A. le ipotesi in cui è prevista la reintegrazione, a prescindere dalle questioni interpretative che sollevano, «si caratterizzano per un tratto unificante individuabile nell’assoluta pretestuosità del licenziamento».

⁽²¹⁾ Problematicamente F. LISO, *Le norme in materia di flessibilità in uscita nel disegno di legge Fornero*, in *www.giuslavoristi.it*, 2012.

⁽²²⁾ Cfr., con diverse sfumature, F. CARINCI, *op. cit.*, 233; M. MARAZZA, *op. cit.*, 627; C. PISANI, *op. cit.*, 745; C. CESTER, *Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni*, in *ADL*, 2012, n. 3, 576-577.

⁽²³⁾ Trib. Milano 23 luglio 2014; Trib. Roma 13 febbraio 2014; Trib. Latina 29 gennaio 2013; Trib. Reggio Calabria ord. 3 giugno 2013, cit. L’insussistenza del fatto è stata ritenuta “manifesta” nel caso di specie per la carenza originaria di elementi atti a giustificare il recesso, carenza emersa, tra l’altro, senza necessità di attività istruttoria e che doveva ritenersi ben nota e conosciuta, o agevolmente conoscibile *ex ante* dal datore di lavoro.

⁽²⁴⁾ A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*, cit., 41.

Ma questa risposta non è persuasiva perché non indica un confine sicuro tra insussistenza e manifesta insussistenza: i medesimi elementi possono ingenerare un determinato convincimento in un giudice ed un convincimento diverso in un altro, senza che le modalità di formazione di tale convincimento rispondano a processi valutativi oggettivi e controllabili.

Ne consegue un enorme ampliamento della discrezionalità del giudice, o come si dice, del soggettivismo giudiziario con grave danno per la certezza del diritto ⁽²⁵⁾.

Sarebbe impossibile, in quest'ottica, predeterminare ex ante con un ragionevole grado di probabilità il possibile esito di una qualunque controversia avente ad oggetto *l'alternativa tra tutela reintegratoria o tutela risarcitoria a fronte del convincimento pieno o non pieno del giudice sull'inesistenza dei fatti*.

Come ho già detto, invece, la stessa giurisprudenza ha individuato un criterio verificabile e oggettivo che consente di applicare la tutela risarcitoria e non reintegratoria di fronte ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo. Mi riferisco a quelle sentenze che esattamente hanno messo in evidenza che l'inadempimento dell'obbligo di repêchage da parte del datore di lavoro, ossia la mancata prova fornita dal datore di lavoro dell'inutilizzabilità del lavoratore licenziato, esula dal fatto posto a base del licenziamento. Ne consegue che l'inadempimento di tale obbligo non può avere tratto all'insussistenza del fatto e quindi giustificare la sanzione della reintegrazione.

In altri termini la mancata prova dell'impossibilità di ricollocare utilmente il lavoratore (c.d. repêchage), gravante sul datore di lavoro determina l'illegittimità del licenziamento e quindi fa venir meno uno degli estremi del giustificato motivo oggettivo ma esula dal fatto posto a base del licenziamento con la conseguenza che a questo licenziamento illegittimo si applica il regime risarcitorio di cui all'articolo 18, comma 7, Stat. lav. come novellato dalla legge n. 92/2012 ⁽²⁶⁾.

⁽²⁵⁾ In tal senso anche A. CATAUDELLA in *L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento*, cit., 18.

⁽²⁶⁾ Trib. Milano 20 novembre 2012, cit.; Trib. Roma 8 agosto 2013, cit.; Trib. Varese 4 settembre 2013, cit.; Trib. Genova 14 dicembre 2013, cit.; Trib. Teramo 7 ottobre 2013.

7. L'interpretazione sistematica e non letterale della formula normativa "può altresì applicare la medesima disciplina"

Bisogna comunque rilevare che il discorso sulla rilevanza dell'aggettivo manifesta ai fini dell'applicazione della sanzione della reintegrazione può essere drasticamente ridimensionato se si ha presente che il comma 7 dell'articolo 18 usa improvvidamente la formula normativa «può applicare la medesima disciplina nell'ipotesi in cui accerta la manifesta insussistenza del fatto». Come dire che la sanzione potrebbe essere risarcitoria anche in caso di manifesta insussistenza del fatto, perché il giudice può e di conseguenza non è obbligato, anche in questa ipotesi, ad applicare la reintegrazione ⁽²⁷⁾. E tuttavia, a dispetto dell'interpretazione letterale di questo ultimo dato normativo ed in ossequio ad un'interpretazione sistematica che riduce il già ampio grado di discrezionalità, dannoso per la certezza del diritto, già riconosciuto da questa legge al giudice, ritengo che lo stesso giudice, quando accerti l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, debba applicare la sanzione della reintegrazione ⁽²⁸⁾.

8. L'obbligo di repêchage in sede amministrativa e il risarcimento del danno

Un ulteriore argomento a sostegno della tesi, qui sostenuta, che accorda la tutela risarcitoria in caso di violazione dell'obbligo di repêchage può essere ricavato dalla procedura conciliativa oggi prevista dall'articolo 7 della legge n. 604/1966, come novellato dalla legge Fornero. La procedura si applica ⁽²⁹⁾ in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato da un datore di lavoro avente i requisiti

⁽²⁷⁾ A. VALLEBONA, *op. cit.*, 58 ss.; C. PISANI, *op. cit.*, 745 ss.; M. MARAZZA, *op. cit.*, 325. In giurisprudenza, cfr. Trib. Reggio Calabria ord. 3 giugno 2013, cit., che individua, nel caso concreto, la forma e la dimensione aziendale (S.p.A. con decine di dipendenti e cantieri in tutta Italia) quali possibili parametri di riferimento.

⁽²⁸⁾ Cfr. in questo senso già A. MARESCA, *op. cit.*, 442-443; F. CARINCI, *op. cit.*, 233; P. SORDI, *Il nuovo art. 18 della legge n. 300 del 1970*, in L. DI PAOLA (a cura di), *La riforma del lavoro. Primi orientamenti giurisprudenziali dopo la legge Fornero*, Giuffrè, 2013, 303; A. PALLADINI, *La nuova disciplina in tema di licenziamenti*, in *RIDL*, 2012, n. 4, I, 667. In giurisprudenza, Trib. Foggia 11 settembre 2012; Trib. Rieti 2 gennaio 2013; Trib. Varese 4 settembre 2013, cit.; Trib. Roma 19 marzo 2014, cit.

⁽²⁹⁾ Per completezza, è opportuno segnalare una questione in merito al campo di applicazione della procedura amministrativa preventiva in caso di licenziamento per

dimensionali di cui all'articolo 18, Stat. lav. Tale licenziamento infatti, deve essere oggi obbligatoriamente preceduto da una comunicazione del datore di lavoro alla Direzione del Lavoro territorialmente competente – trasmessa per conoscenza al lavoratore – in cui sia dichiarata «l'intenzione di procedere al licenziamento per motivo oggettivo» e siano indicati «i motivi del licenziamento medesimo nonché le eventuali misure di assistenza alla ricollocazione del lavoratore interessato»⁽³⁰⁾.

La DTL provvede alla convocazione delle parti davanti alla Commissione provinciale di conciliazione di cui all'articolo 410 c.p.c.: in tale sede «le parti, con la partecipazione attiva della commissione, procedono ad esaminare anche soluzioni alternative al recesso».

Si tratta, dunque, di una procedura preventiva nell'ambito della quale *la problematica del repêchage è destinata ad emergere, ancor prima del*

giustificato motivo oggettivo. L'art. 7 della l. n. 604/1966 impone testualmente l'esperimento della procedura per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo «di cui all'art. 3» della legge stessa, senza operare distinzioni. Viceversa, l'art. 18, comma 7, Stat. lav. prende in considerazione separatamente, in periodi diversi dello stesso comma, da un lato, le ipotesi di licenziamento intimato per inidoneità fisica o psichica e quelle di licenziamento intimato in violazione dell'art. 2110 c.c. (art. 18, comma 7, primo periodo) e, dall'altro lato, l'ipotesi di licenziamento per «giustificato motivo oggettivo» (art. 18, comma 7, secondo periodo). Ci si è chiesti, pertanto, se la procedura preventiva debba essere esperita anche per le ipotesi particolari di cui al primo periodo, visto che l'art. 18, comma 7, sembra contrapporre a quelle «per giustificato motivo oggettivo» contemplate nel secondo periodo. Con riferimento al licenziamento per superamento del periodo di comportamento, l'art. 7, comma 4, del d.l. n. 76/2013, convertito con modificazioni dalla l. n. 99/2013, ha modificato l'art. 7, comma 6, della l. n. 604/1966 e ha espressamente escluso l'obbligo di esperire la procedura conciliativa preventiva davanti alla DTL. La stessa esclusione era stata già prevista anche dalla circ. Min. lav. n. 3/2013, ma sul punto si era registrato un contrasto giurisprudenziale (nel senso dell'esclusione cfr. Trib. Milano 5 marzo 2013 e Trib. Rovigo 20 giugno 2013; in senso contrario cfr. Trib. Milano 22 marzo 2013) destinato oggi ad essere superato alla luce del nuovo dato normativo. La nuova disposizione, invece, non chiarisce se la procedura debba essere esperita anche nei casi di licenziamento collegati all'inidoneità fisica e psichica, anch'essi presi in considerazione dall'art. 18, comma 7, insieme al licenziamento per superamento del periodo di comportamento (secondo la circolare in queste ipotesi la procedura sarebbe, invece, applicabile). Il silenzio della legge sul punto rischia di minare ulteriormente la certezza del diritto nell'ambito di una normativa che appare già molto carente sotto questo aspetto.

⁽³⁰⁾ Art. 7, comma 2, l. n. 604/1966. Cfr. risposta ad interpello Min. lav. 22 gennaio 2014, n. 1, secondo cui, ferma restando l'obbligatorietà della procedura, sarebbe valida, ai sensi dell'art. 2113 c.c., una rinuncia in sede sindacale ad impugnare il licenziamento intimato anche in assenza della procedura preventiva.

licenziamento, già in sede amministrativa, al fine di esperire un tentativo di conciliazione che scongiuri il licenziamento stesso o che porti ad una risoluzione consensuale del rapporto, in funzione deflattiva del contenzioso giudiziario ⁽³¹⁾.

Come sottolineato dalla circolare del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 16 gennaio 2013, n. 3, la partecipazione della Commissione alla discussione «si traduce in un'attività mediatoria sia in ordine all'accordo sull'indennità incentivante, che riguardo alla individuazione di forme alternative al recesso (ad esempio, il ricorso al tempo parziale, il trasferimento, l'occupazione presso altro datore di lavoro, l'offerta di una collaborazione autonoma [³²] anche presso altri datori di lavoro, il distacco temporaneo, l'attribuzione di altre mansioni)».

Il legislatore incentiva l'esito positivo della procedura conciliativa, prevedendo che laddove si raggiunga un accordo e si preveda la risoluzione consensuale del rapporto, il lavoratore possa godere dell'ASPI e dell'affidamento ad una agenzia specializzata per favorirne la ricollocazione professionale.

In caso di esito negativo, invece, a norma dell'articolo 7, comma 8, «il comportamento complessivo delle parti, desumibile anche dal verbale redatto in sede di commissione provinciale di conciliazione e dalla proposta conciliativa avanzata dalla stessa, è valutato dal giudice per la determinazione dell'indennità risarcitoria di cui all'articolo 18, settimo comma, della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive

⁽³¹⁾ Per i dati sugli esiti della procedura di conciliazione cfr. G. CAZZOLA, *Gli effetti della legge Fornero sui licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, in *Boll. ADAPT*, 22 settembre 2014, n. 32, spec. la tabella *Disciplina dei licenziamenti individuali per giustificato motivo oggettivo*. Come emerge dai dati forniti dal Ministero del lavoro «ancorché siano ancora importanti gli esiti negativi che comportano generalmente il ricorso giudiziario, vi è una tendenza alla loro diminuzione, confortata, invece, dall'incremento costante degli esiti positivi (ovvero delle intese)». In particolare, nel primo semestre del 2014, a fronte di 8.537 comunicazioni dell'intenzione di licenziare, con avvio della procedura preventiva, gli esiti positivi sono stati 4.310.

⁽³²⁾ Sul punto, cfr. però Cass. 23 marzo 2011, n. 6625: «l'onere della prova, a carico del datore di lavoro, della impossibilità di collocare il lavoratore da licenziare in mansioni analoghe a quelle proprie della posizione lavorativa occupata, per quanto debba essere inteso con elasticità, tuttavia, in un contesto in cui agli altri dipendenti vengano offerte più valide alternative, non può essere considerato assolto con la prova di aver proposto al dipendente un'attività di natura non subordinata, ma autonoma, esterna all'azienda priva di qualsiasi garanzia reale in termini di flusso di lavoro e di reddito, come quella di subagente».

modificazioni, e per l'applicazione degli articoli 91 e 92 del codice di procedura civile»⁽³³⁾.

Non sfugge, pertanto, il collegamento operato da questo dato normativo tra la sanzione risarcitoria e il comportamento tenuto dalle parti nell'ambito di una procedura volta a far emergere eventuali soluzioni alternative al licenziamento e, dunque, in definitiva, la questione del repêchage.

Se ne potrebbe dedurre, pertanto, come accennato in apertura, un ulteriore argomento a sostegno della tesi che limita la reintegrazione ai casi di insussistenza della ragione organizzativa o del nesso di causalità e accorda il risarcimento in caso di violazione dell'obbligo di repêchage.

9. Presupposti per l'applicazione della disciplina del licenziamento discriminatorio

Infine un'ultima osservazione sull'applicazione della disciplina del licenziamento nullo, ai sensi dell'articolo 18, comma 1.

Nell'ipotesi in cui il lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo agisca in giudizio, chiedendo di essere reintegrato in virtù del fatto che il recesso deve ritenersi nullo per la sussistenza di un motivo illecito determinante (ad esempio ritorsione della società per il rifiuto del lavoratore di sottoscrivere una lettera di dimissioni) si deve chiarire, per evitare che la disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sia sempre ed in ogni caso assorbita da quella per licenziamento nullo, che il licenziamento può considerarsi nullo «soltanto quando il motivo discriminatorio o ritorsivo, come tale illecito, sia stato l'unico determinante dello stesso ai sensi del combinato disposto degli artt. 1418 comma 2, 1345 e 1324 c.c.»⁽³⁴⁾. Ed è altresì indubbio che l'onere della prova della esistenza di un motivo discriminatorio o di ritorsione del licenziamento e del suo carattere determinante la volontà negoziale ricade sul lavoratore⁽³⁵⁾. Si

⁽³³⁾ Inoltre, ai sensi del precedente comma 6, «La mancata presentazione di una o entrambe le parti al tentativo di conciliazione è valutata dal giudice ai sensi dell'articolo 116 del codice di procedura civile». Il giudice sembra poterne desumere argomenti di prova.

⁽³⁴⁾ Si veda, invece, Trib. Bologna 19 novembre 2012, cit., che sottovaluta questo aspetto riconoscendo la nullità di un licenziamento considerato ritorsivo pur in presenza di una ragione organizzativa.

⁽³⁵⁾ Trib. Bari 26 novembre 2012; Trib. Bari 7 gennaio 2013.

può quindi concludere che in assenza di entrambi questi dati, si deve escludere l'applicazione della disciplina prevista per il licenziamento nullo ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Cfr. Trib. Milano 20 novembre 2012, cit.; Trib. Milano 23 luglio 2014, cit. Fermi restando questi principi, tuttavia, si può osservare che in qualche caso la giurisprudenza ha ritenuto provato il motivo illecito in modo piuttosto disinvolto, anche sulla base delle circostanze di fatto (Trib. Como 16 maggio 2013, licenziamento di una lavoratrice madre intimato pochi giorni dopo il periodo protetto) o muovendo dalla pretestuosità del licenziamento (Trib. Tivoli 3 giugno 2014).