

## IL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO

di Giovanna Pacchiana Parravicini

1. Introduzione. 2. Una breve sintesi degli orientamenti in tema di giustificato motivo oggettivo. 3. L'individuazione della fattispecie attraverso gli elementi di sistema. 4. Conclusioni in ordine alla nozione di giustificato motivo oggettivo. 5. L'art. 18 c. 7: facoltà o obbligo di reintegra?

1. Se formalmente la riforma del 2012 non ha toccato le fattispecie giustificatrici del licenziamento, intervenendo sul solo sistema sanzionatorio, un ripensamento delle sue causali è imposto dallo spaccettamento delle tutele operato dal nuovo testo dell'art. 18 St.lav<sup>1</sup>.

In particolare, rispetto al giustificato motivo oggettivo la disciplina sanzionatoria di cui alla norma statutaria novellata agisce quale lente di ingrandimento che "sgrana" la fattispecie di cui all'art. 3 della l. 604/1966 costringendo l'interprete ad individuare, all'interno di una definizione che per quasi sessant'anni era stata intesa come monolitica, diversi profili di illegittimità cui ricondurre le tutele modulate.

L'operazione è tutt'altro che facile. Innanzitutto perché l'apparato sanzionatorio introdotto dalla l. del 2012 pare articolato, anziché sulla nozione di giustificato motivo oggettivo quale costruita dalla legge e/o dalla giurisprudenza, sulla gravità del vizio<sup>2</sup>, più o meno manifesto, del licenziamento. Il che costituisce un inedito nella disciplina del recesso<sup>3</sup>.

A ciò si aggiunge che il legislatore del 2012 cala la novellata disciplina sanzionatoria in un contesto in cui, al di là di alcune affermazioni tratte, gli stessi confini della fattispecie del "giustificato motivo oggettivo" sono incerti e mobili, sovrapponendo così l'inedito apparato sanzionatorio ad una nozione sostanziale che ancora presenta profili di grande incertezza. Non solo per il fronte, aperto di recente, dell'estensione dell'obbligo di *repêchage* a ricomprendere, secondo alcune decisioni, anche l'adibizione a mansioni inferiori<sup>4</sup> ma, soprattutto ed ancor prima, per

<sup>1</sup> Tosi 2012a, 835.

<sup>2</sup> Sulla ragionevolezza di un sistema sanzionatorio che tiene conto della "diversità oggettiva riscontrabile, pur nel doveroso contrasto al licenziamento illegittimo" tra le varie ipotesi di invalidità del recesso si veda Maresca, 2012, 425.

<sup>3</sup> Tullini, 2013.

<sup>4</sup> Cass. 13.8.2008 n. 21579 ma *contra* A. Torino 13.11.2013. Cfr. anche Cass. 14.11.2011 n. 23807 che impone, invece, al datore di lavoro di «farsi carico di un eventuale breve percorso di riqualificazione».

le incertezze che ancora sussistono sulla stessa nozione di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa», secondo alcuni comprensiva di ogni ipotesi di modifica organizzativa effettivamente attuata dal datore di lavoro, mentre per altri limitata ai soli casi in cui il licenziamento costituisce l'unica possibile risposta ad una crisi non congiunturale e seria dell'impresa<sup>5</sup>.

Ad arricchire l'incertezza contribuisce anche l'uso di una tecnica legislativa che a tratti<sup>6</sup> risulta quantomeno fuorviante. Ci si riferisce, come è evidente, al verbo "può" con cui si apre il c. 7, terzo alinea, dell'art. 18 st.lav

Se da una parte tutto quanto brevemente anticipato si riverbera inevitabilmente sull'interpretazione della disciplina sanzionatoria di cui al novellato art. 18 st.lav, rendendo il quadro piuttosto confuso a dispetto di quell'esigenza di certezza che ne è stata, invece, la fonte ispiratrice<sup>7</sup>, dall'altra si può ripartire dall'apparato sanzionatorio per tentare di ricostruire in termini meno incerti la fattispecie sostanziale, usando, cioè, come già detto, l'art. 18 St.lav quale lente di ingrandimento dell'art. 3 della l. 604/66.

L'art. 18 St.lav novellato impone, infatti, un distinguo tra il vizio che, gravissimo, merita una sanzione più forte e quello che, pur rendendo illegittimo il licenziamento, ne comporta una meno incisiva<sup>8</sup>.

L'operazione, cui non si è abituati, non è però di per sé illogica, come ha, invece, sostenuto chi esclude che sia possibile operare una tale distinzione sul presupposto che il giustificato motivo o c'è o non c'è<sup>9</sup>, perché sia nell'ipotesi di vizio grave come in quella di vizio gravissimo, il licenziamento è invalido.

A differenza del passato, però, essa costringe l'interprete a non fermarsi ad una prima verifica "secca" sulla sussistenza o meno della giustificazione del recesso. L'arricchito impianto sanzionatorio impone di tornare alla fattispecie sostanziale da cui estrarre gli elementi indispensabili, in mancanza dei quali il giustificato motivo oggettivo è manifestamente insussistente, e gli elementi che, pur rilevanti ai fini della legittimità del recesso (tant'è che la loro mancanza comporta l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo) hanno un grado di incidenza inferiore sul vizio<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Per una ricostruzione delle varie posizioni in tema Carinci M.T., 2005, 17; Calcaterra, 2006, 72; De Rosa, 2006, 112.

<sup>6</sup> È, invece, apprezzabile la proprietà con cui il legislatore distingue il licenziamento per giustificato motivo oggettivo da quello intimato in violazione dell'art. 2110 c.c.

<sup>7</sup> Il riferimento, come ovvio, è alla lettera della BCE.

<sup>8</sup> Del Punta, 2013.

<sup>9</sup> Albi, 2012, 20, il quale però poi ammette la possibilità di graduare la mancanza del vizio attribuendo ai fini della sanzione da applicare. Barbieri, Dalfino, 2013, 39.

<sup>10</sup> Tullini, 2013 che, correttamente, precisa che il giudice è ora chiamato ad un controllo a struttura bifasica, prima la verifica materiale del fatto, che non implica alcun apprezzamento ma solo presa d'atto, e poi la sua qualificazione in termini di sussistenza, manifesta insussistenza o altre ipotesi. Sulla nuovo modo di operare della verifica giudiziale cfr. anche Maresca, 2012, 438 e ss. nonché Del Punta, 2013, 45. Per un esempio di valutazione bifasica cfr. T. Foggia 3.6.2013 dott. Morabito.

In sostanza, si delinea una sorta di circolarità tra l'art. 3 della l. 604/66 e l'art. 18 St.lav che, se da una parte impone verifiche maggiormente articolate e più approfondite rispetto al passato, dall'altra consente di tornare alla nozione sostanziale, liberandola anche da alcuni elementi dai quali era stata impropriamente gravata.

2. La novità della soluzione adottata nel 2012, in uno con una norma non chiara, ha consentito alla dottrina soprattutto, ma anche alla giurisprudenza, di esplorare numerose soluzioni interpretative.

Occorre, quindi, innanzitutto fare una sintesi del variegato ventaglio di opzioni ermeneutiche che al momento sono sul tavolo<sup>11</sup>.

La nozione che maggiormente ha attirato l'attenzione degli studiosi è quella della "manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo". In giurisprudenza essa è stata configurata innanzitutto nelle ipotesi in cui il datore di lavoro non si sia costituito in giudizio<sup>12</sup> ovvero, costituendosi, non abbia dedotto alcun elemento in ordine alla sussistenza della ragione giustificatrice<sup>13</sup>.

Occorre, peraltro, rilevare che la fattispecie appena richiamata differisce dall'ipotesi in cui il datore di lavoro costituendosi in giudizio non sia riuscito a dare la prova della sussistenza del giustificato motivo oggettivo: la mancata costituzione in giudizio ovvero la costituzione meramente formale, senza alcuna deduzione di elementi, attengono, invero, alla allegazione dei fatti e dunque ad un momento anteriore alla loro prova.

La giurisprudenza, invece, ha rigettato l'opzione interpretativa che vorrebbe collegare l'aggettivo manifesta al grado di prova raggiunto in giudizio, sottolineando che la sussistenza o l'insussistenza di un fatto non può che essere manifesta, atteso che «la sussistenza di un fenomeno non manifesto e non percepibile può riguardare la metafisica, la filosofia, la teologia o altre discipline teoretiche; ma non certo il mondo del diritto»<sup>14</sup>.

Ancora, è stato ritenuto manifestamente insussistente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo quando all'esito del giudizio sommario nessuno dei motivi contemplati nella lettera di licenziamento ha trovato riscontro<sup>15</sup>, mentre secondo la giurisprudenza si configura, invece, «un'altra ipotesi» in cui non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo ai sensi del c. 5, quando dal giudizio è emersa la sussistenza di almeno uno degli elementi che compongono il fatto nella sua valutazione giuridica<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Per un approfondito riepilogo delle varie posizioni si vedano Biasi, 2013; Brun, 2013b, 149; Ferraresi, 2013; Marinelli, 2013.

<sup>12</sup> T. Milano (ord.) dott. Di Leo 20.9.2013; T. Milano, dott. Cipolla (ord.) 18.3.2013; T. Milano, dott. Perrillo (ord.) 11.3.2013.

<sup>13</sup> T. Milano, dott. Gasparini (ord.) 17.9.2013; T. Latina, dott. Papetti (ord.) 29.1.2013.

<sup>14</sup> T. Milano, dott. Martello (ord.) 11 ottobre 2013.

<sup>15</sup> T. Latina (ord.) 29.1.2013, dott. Papetti; T. Milano, dott. Colosimo (ord.) 7.10.2013.

<sup>16</sup> T. Genova, dott. Barenghi (ord.) 5.4.2013; T. Genova, dott. Basilico, 8.10.2013.

La giurisprudenza prevalente, inoltre, ha ravvisato la manifesta insussistenza nel caso in cui il datore di lavoro non sia stato in grado di allegare e dimostrare l'effettiva soppressione del posto di lavoro<sup>17</sup> ed ha ritenuto che la violazione dell'obbligo di *repêchage* rientri negli altri casi di illegittimità sanzionati con la tutela indennitaria forte di cui all'art. 18 c. 5<sup>18</sup>.

Discostandosi da quello che pare essere l'indirizzo che va consolidandosi, una pronuncia del Tribunale di Reggio Calabria<sup>19</sup>, premesso che la distinzione tra la manifesta insussistenza e la mera insussistenza del giustificato motivo oggettivo «impone all'interprete di cogliere con criteri soggettivi e temporali il senso della disposizione, che evidentemente intende sanzionare con maggiore rigore un comportamento datoriale non solo illegittimo, ma particolarmente grave», ha affermato che «la evidenza della illegittimità del recesso non può che rapportarsi alla posizione ed al punto di vista nonché alle conoscenze datoriali quali erano all'atto del licenziamento (in tal senso si vuole qui proporre il criterio soggettivo e temporale)». Il Tribunale ha quindi reintegrato il lavoratore licenziato ritenendo sussistente una «carezza originaria di elementi atti a giustificare il recesso», in quanto l'azienda si era limitata a valutare l'avvenuta chiusura del cantiere cui era addetto il lavoratore in quel momento senza alcun cenno né ad una situazione di crisi strutturale, né al fatto che l'esuberato «sussistesse rispetto all'intero organico aziendale» né a «concrete alternative al licenziamento».

Infine, è stata applicata la sanzione della tutela indennitaria *ex art.* 18 c. 5 ai casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarati illegittimi per violazione dei criteri di buona fede e correttezza nell'individuazione del lavoratore da licenziare<sup>20</sup>.

Quanto alla dottrina, le posizioni sono sostanzialmente divise tra chi interpreta la norma in un'ottica di continuità con il passato e quindi tende a dilatare le ipotesi di manifesta insussistenza facendo sostanzialmente coincidere la nozione con quella di (assenza degli elementi del) giustificato motivo e chi, invece, ritiene che la reintegra vada ormai relegata ad un'area del tutto sussidiaria.

In particolare secondo questa parte della dottrina, la manifesta insussistenza riguarda i soli casi in cui il datore di lavoro non dimostra l'esistenza della ragione organizzativa che sottostà al recesso, mentre la mancata prova dell'impossibilità di *repêchage* rientra tra le altre ipotesi di insussistenza che danno luogo solo alla tutela indennitaria<sup>21</sup>.

<sup>17</sup> T. Roma, dott. Pagliarini (ord.) 8.8.2013.

<sup>18</sup> T. Genova, dott. Basilico (ord.) 14.12.2013; T. Roma, dott. Pagliarini (ord.) 8.8.2013; T. Varese, dott. Fumagalli (ord.) 2.9.2013; T. Milano, dott. Casella (ord.) 5.11.2012, *DRI*, 2013, 152.; T. Milano, dott. Greco (ord.) 29.3.2013.

<sup>19</sup> T. Reggio Calabria, dott. Morabito (ord.) 3.6.2013.

<sup>20</sup> T. Milano, dott. Martello (ord.) 17.6.2013; T. Milano, dott. Tarantola (ord.) 24.4.2013; T. Milano, dott. Greco (ord.) 29.3.2013; T. Modena, dott. Vaccari, 26.6. 2013, *LG*, 2013, 805.

<sup>21</sup> Pessi, 2013, 758; Tosi, 2012a, 834; Santoro Passarelli G., 2013, 236; Marazza, 2012, 629; Del Punta, 2013; Brun, 2013a, 788; Brun, 2013b, 158; Mazzotta, 2013, 235. *Contra* Speziale, 2013, 43 che ritiene che il *repêchage* sia un elemento che rileva ai fini della

Altra parte della dottrina ritiene, invece, che la distinzione tra manifesta e mera insussistenza attenga non all'aspetto sostanziale bensì al grado di prova del fatto: è manifestamente insussistente il fatto del quale il datore di lavoro non abbia dato la piena prova sia in ordine alla sussistenza della ragione giustificatrice che in ordine all'impossibilità di collocare altrove il lavoratore. Rientra, invece, nelle "altre ipotesi" il caso in cui il licenziamento, di cui il datore di lavoro ha provato gli elementi costitutivi, è, però, da ricondurre a ragioni che il giudice non ritiene sufficienti a fondare la legittimità del recesso, e dunque, ad esempio, ad una situazione di crisi non grave ovvero alla mera volontà di incrementare il profitto<sup>22</sup>.

Infine, vi è chi segnala un «difetto di ragionevolezza, costituzionalmente rilevante» che deriva dall'incertezza interpretativa che scaturisce dalla norma, che «ridimensiona le ipotesi in cui opera la reintegra ed allarga correlativamente lo spazio della totale indennitaria, senza che tuttavia ciò corrisponda a criteri di proporzionalità e ragionevolezza»<sup>23</sup>.

3. Come la sintesi che precede mette in evidenza, il quadro normativo è allo stato poco chiaro.

Nell'operazione esegetica, tutt'altro che facile, cui è chiamato l'interprete, costretto a distinguere la «manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» dalle «altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi» del medesimo, egli può, però, giovare di un "filo di Arianna" ricostruibile attraverso una serie di dati di sistema, alcuni che si ricavano dalla novella del 2012 e altri che, benché già presenti nell'ordinamento, acquistano rilievo proprio in quanto rimasti immutati dopo la l. 92/2012.

Tra i primi assume un particolare rilievo il (nuovo) 1 c. dell'art. 18 St.lav che sanziona con la tutela reintegratoria piena, tra l'altro, il licenziamento nullo in quanto determinato da motivo discriminatorio o illecito determinante ai sensi dell'art. 1345 c.c.

Il rilievo attribuito dall'art. 18 c. 1 ad alcuni motivi espressamente individuati, la sussistenza dei quali rende il licenziamento nullo, ha una valenza "bifronte": la prima e più immediata è, ovviamente, quella di circoscrivere l'area in cui si colloca il licenziamento nullo, separandolo dal licenziamento ingiustificato.

Contrariamente a quanto ritenuto da autorevole dottrina<sup>24</sup> il tenore letterale dell'art. 18 St.lav, che distingue il licenziamento nullo perché discriminatorio o de-

manifesta insussistenza in ragione della «impossibilità concettuale di concepire una soppressione del posto di lavoro nel caso in cui il dipendente possa essere utilizzato in altre mansioni».

<sup>22</sup> Speziale, 2012, 561; Carinci F., 2013a, 333; Scarpelli, 2012, 88, il quale però dopo aver correttamente sottolineato che la prova del giustificato motivo grava sul datore di lavoro, avverte che «i giudici dovranno fare un uso molto cauto del discutibile potere di valutazione» onde evitare un ribaltamento dell'onere probatorio quantomeno al fine di ottenere la reintegra; contra Tullini, 2013, 160, nonché Biasi, 2013, 36.

<sup>23</sup> Ponterio, 2013, 88.

<sup>24</sup> Carinci M.T., 2012; contra Maresca, 2012, 435; Del Punta, 2013; Speziale, 2013, 19.

terminato da motivo illecito determinante, da quello illegittimo per manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo o per altre ipotesi in cui tale motivo non risulta integrato, impedisce di affermare che il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo sia un licenziamento sanzionabile con la reintegra piena di cui ai cc. da 1 a 3.

Ma la novellata norma statutaria ha un altro importante riflesso ai fini della definizione della fattispecie del giustificato motivo oggettivo. Esso, infatti, consente di affermare che gli unici motivi che rilevano ai fini della verifica della legittimità del recesso sono quelli di cui all'art. 18 c. 1.

L'art. 18 c. 1, in linea con l'insegnamento civilistico codificato nell'art. 1345 c.c., chiarisce, cioè, che i motivi sindacabili ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo sono solo quelli espressamente indicati dalla norma e dunque i motivi discriminatori e/o illeciti che, però, rendono il recesso nullo e non semplicemente ingiustificato.

Ciò induce a concludere che, fuori dei casi di cui al c. 1 dell'art. 18 St.lav, non trovano spazio ai fini della valutazione della legittimità della fattispecie altri motivi, ed in particolare quelli che sottostanno alla scelta organizzativa.

Alla luce del c. 1 dell'art. 18 St.lav si può allora dubitare della bontà di quelle tesi che attribuiscono rilievo – al fine di decidere della manifesta o mera insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo – alle ragioni della scelta organizzativa, ad esempio sostenendo che una crisi non strutturale o non grave, il semplice calo di fatturato o, ancora, la mera intenzione di accrescere il profitto, non giustificano il recesso<sup>25</sup>.

L'opzione interpretativa che si ricava dall'art. 18 c. 1 è poi corroborata dalla definizione della fattispecie contenuta nell'art. 3 della l. 604/66, a mente del quale il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è quel recesso determinato da «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro o al regolare funzionamento di essa».

La norma, infatti, fa riferimento esclusivo al dato organizzativo dell'avvenuta soppressione del posto senza concedere spazio ad elementi soggettivi legati al motivo di tale soppressione.

La formula meramente “oggettiva” contenuta nell'art. 3 della l. 604/66 è confermata dalla l. 92/2012 la quale, come già ricordato, pur introducendo una tutela modulata in base al vizio – e quindi un apparato sanzionatorio che impone di “selezionare” gli elementi che compongono la fattispecie del giustificato motivo oggettivo – ha mantenuto inalterata la nozione legale di giustificato motivo oggettivo.

Il silenzio del legislatore appare, però, significativo se si considera che l'ampia formulazione della norma<sup>26</sup> ha fatto sì che si consolidasse una nozione di licenzia-

<sup>25</sup> Speziale, 2012; Id., 2013. Sull'irrelevanza dei motivi che sottostanno alla decisione organizzativa cfr. Caruso, 2012, 8; Santoro Passarelli G., 2013, 235. Nel senso, invece, che tali motivi rilevano ma ai soli fini dell'indennità risarcitoria e non quale elemento della manifesta insussistenza Ichino, 2013.

<sup>26</sup> Che contiene secondo alcuni una clausola generale mentre per altri si configura quale norma generale. Cfr. Tullini, 2013.

mento cd. economico basata non solo sugli elementi enucleabili dal tenore letterale della disposizione del 1966, ma su ulteriori presupposti che sono stati ricavati dai dati ordinamentali o dai principi ritenuti di rango costituzionale.

In questo dibattito si è fatta strada la tesi che la verifica sulla giustificatezza del licenziamento debba passare, da una parte, attraverso un esame della serietà dei motivi che hanno spinto il datore di lavoro ad adottarlo<sup>27</sup> e, dall'altra, attraverso la verifica dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni.

La lettura dell'immutato art. 3 della l. 604/66, anche alla luce dell'art. 18, c. 1, St.lav, conferma, invece, l'opinione che per il legislatore del 2012 il fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è e resta solo quello materiale e materiale nell'art. 3 l. 604/66 e quindi un fatto che ha ad oggetto l'attività produttiva, la sua organizzazione o il regolare funzionamento di essa senza che rilevino i motivi per cui si è giunti alla decisione di adottare la scelta organizzativa che porta al licenziamento<sup>28</sup>.

In altre parole, sussiste il giustificato motivo oggettivo se il datore di lavoro dimostra che l'attività produttiva e/o l'organizzazione di lavoro e/o il regolare funzionamento di essa gli consente di gestire l'azienda senza il posto che ha deciso di sopprimere – e quindi senza il lavoratore che ha deciso di licenziare – senza che, ai fini della legittimità del recesso, sia necessario giustificare il perché il datore di lavoro abbia deciso di adottare una certa organizzazione e quindi le ragioni che sono a monte della modifica.

Ciò significa che se il datore di lavoro dimostra che l'azienda può regolarmente funzionare senza il lavoratore licenziato, lo stesso non è anche tenuto a dimostrare che la decisione è necessitata da una crisi grave e strutturale<sup>29</sup>.

Nella ricostruzione della disciplina del giustificato motivo oggettivo, l'art. 3 della l. 604/66 appare significativo anche sotto un altro profilo.

Sebbene, come già visto, la norma nel definire la ragione giustificatrice del licenziamento cd. economico faccia riferimento esclusivamente a ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed il regolare funzionamento di essa, la giurisprudenza e la dottrina hanno da tempo integrato la fattispecie segnalando che il licenziamento deve esser inteso come *extrema ratio* e dunque che non è giustificato il licenziamento di quel lavoratore che avrebbe potuto essere adibito ad altre mansioni equivalenti<sup>30</sup> e da ultimo, secondo una già richiamata giurisprudenza recente<sup>31</sup>, anche inferiori.

<sup>27</sup> Come ampiamente noto, infatti, alcuna giurisprudenza richiede che il riassetto organizzativo sia finalizzato non ad un mero incremento del profitto o a far fronte ad esigenze contingenti, bensì a contrastare sfavorevoli situazioni che assumono la caratteristica di strutturalità. Cfr. Cass. 4.2.2012 n. 2874; A. Potenza 2.8.12; nonché in dottrina Speciale, 2012; Id., 2013; *contra* Cass. 23.10.2013 n. 24037; T. Ivrea 6.2.2013 nonché in dottrina Caruso, 2012, 8.

<sup>28</sup> Nogler, 2014, 237.

<sup>29</sup> Caruso, 2012, 8.

<sup>30</sup> Gagnoli, 2006, 71.

<sup>31</sup> Cfr. nt. 4.

Fino alla modifica del 2012, la mancata prova dell'impossibilità di *repêchage* veniva sanzionata con la reintegra, sebbene in queste ipotesi la ragione giustificatrice, e quindi il fatto posto a fondamento del giustificato motivo, certamente sussista tant'è che la verifica di legittimità si sposta su un altro piano, che dà per scontata l'effettività della ragione e va a sindacare lo sforzo compiuto (o non) in ordine alla possibilità di ricollocazione del lavoratore<sup>32</sup>.

Ancora una volta, però, occorre rimarcare la circostanza che, per quanto presente nell'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, il legislatore non ha ritenuto di integrare la fattispecie di cui all'art. 3 l. 604/66 nemmeno con l'obbligo di *repêchage*.

Il *repêchage* resta, dunque, all'esterno del fatto che determina il giustificato motivo oggettivo, così come è sempre stato considerato dalla giurisprudenza e dalla dottrina maggioritaria<sup>33</sup>.

L'estraneità del *repêchage* al "fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo" è dimostrata anche dal diverso regime dell'onere probatorio in tema di giustificato motivo oggettivo.

Premesso che l'art. 5 della l. 604/66 grava il datore di lavoro dell'onere di dimostrare la giusta causa o il giustificato motivo, non è indifferente il fatto che la giurisprudenza, correttamente, ritiene che l'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni vada dimostrata solo a seguito della specifica allegazione del lavoratore in ordine ai posti cui avrebbe potuto essere adibito<sup>34</sup>.

Il diverso carico probatorio in capo al datore di lavoro corrobora così la tesi per cui il *repêchage* costituisce un fatto esterno rispetto a quello che determina il giustificato motivo oggettivo, tant'è, si ripete che anche l'onere probatorio del datore di lavoro, pieno ed immediato ex art. 5 l. 604/66 sul fatto che dà luogo al giustificato motivo oggettivo, è, invece, attenuato e "condizionato" in ordine all'impossibilità di collocare altrove il dipendente.

Da ultimo, nel ricostruire il "filo di Arianna" che proviene dai dati di sistema, un ulteriore elemento rispetto al quale l'interprete non può restare indifferente è quello che si coglie dall'art. 1 c. 1, lett. c, della l. 92/2012 in uno con la "storia" e la *ratio* della riforma dell'art. 18 St.lav

È, infatti, indiscutibile che nelle intenzioni, almeno iniziali, del legislatore la reintegra dovesse passare da sanzione tipica del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo, ad ipotesi residuale<sup>35</sup> ma, soprattutto, è dato normativo che essa non costituisca più l'unica sanzione del licenziamento ingiustificato<sup>36</sup>.

Un'interpretazione che voglia essere attenta anche all'intenzione manifestata dal legislatore si vede allora costretta a scegliere l'opzione ermeneutica che più si

<sup>32</sup> Tra le tante si veda Cass., 26.9.2011, n. 19616, nonché A. Torino, 12.2.2009.

<sup>33</sup> Brun, 2013b, 156 che definisce il *repêchage* un elemento «a fisionomia piuttosto debole».

<sup>34</sup> Tra le tante Cass. 2.1.2013 n. 6, *RIDL*, 2013, II, 778, nt. di Brun, nonché Cass. 8.2.2011 n. 3040.

<sup>35</sup> Maresca, 2012, 437; Tosi, 2012b, 89; Pessi, 2013, 752. *Contra* Speciale, 2013, 37.

<sup>36</sup> Maresca, 2012.



avvicina a quel dato e quindi adottare un'interpretazione dell'art. 18 St.lav che valorizzi le diverse ipotesi che la norma contempla, dando adeguato spazio anche alla tutela indennitaria.

4. L'analisi dei dati di sistema consente di ridisegnare l'area in cui si colloca il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e, all'interno di essa, distinguere ciò che rileva ai fini della configurazione del «fatto posto a fondamento» di quel recesso dagli altri elementi che, benché esterni al «fatto», concorrono ad integrare la fattispecie legale del giustificato motivo oggettivo, espungendo, invece, quegli elementi che non rilevano né all'uno né all'altro fine.

È, così, possibile ricostruire una nozione sostanziale di giustificato motivo oggettivo che riflette la disciplina sanzionatoria del novellato art. 18 St.lav

In tale nozione, il fatto posto a fondamento del licenziamento economico è solo quello legato all'effettiva ragione organizzativa o produttiva, il che porta a concludere che, come ritenuto da alcuna dottrina e giurisprudenza, il fatto è manifestamente insussistente se non sussiste la ragione organizzativa (ed il nesso di causalità) dedotta dal datore di lavoro a giustificazione del recesso.

Come si è cercato di dimostrare, si può altresì affermare che nella nozione di giustificato motivo oggettivo non rientrano i motivi che hanno indotto il datore di lavoro a percorrere una certa scelta organizzativa.

La novella del 2012, infatti, fornisce più di un appiglio normativo alla tesi che arresta la frontiera mobile<sup>37</sup> tra la libertà di iniziativa economica privata ed il diritto del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro, alla effettività della ragione organizzativa.

Ciò significa che non è ammessa alcuna “incursione” del giudice sulle ragioni dell'iniziativa assunta dal datore di lavoro e, di conseguenza, che la valutazione circa la manifesta insussistenza o mera insussistenza del giustificato motivo oggettivo prescinde completamente da tale elemento.

Sostenere il contrario, e quindi ammettere la sindacabilità delle ragioni soggettive che hanno indotto il datore di lavoro alla decisione di modificare la propria struttura e fare a meno del lavoratore licenziato (seppure sotto il meno grave profilo dell'applicazione della tutela indennitaria) rischia, invero, di tradire il significato dell'art. 3 l. 604/66 quale risulta confermato dalla novella del 2012, compiendo un'operazione che si pone in contrasto anche con il limite sancito dall'art. 30 della l. 183 del 2010<sup>38</sup>.

Quanto, invece, al rilievo che il *repêchage* assume nella verifica della legittimità del licenziamento occorre ricordare che, pur non rientrando nella nozione legale di giustificato motivo oggettivo, esso è stato però integrato nella fattispecie quale elemento che realizza il doveroso contemperamento tra l'insindacabile scelta organizzativa del datore di lavoro – espressione di una libertà costituzionalmente tutela-

<sup>37</sup> Cester, 2012, 575.

<sup>38</sup> Tosi, 2012a, 834; Ponterio, 2013, 80.

ta – e la posizione del lavoratore la cui dignità – che trova espressione anche nel lavoro – deve essere parimenti salvaguardata<sup>39</sup>.

Il *repêchage* non sindacata, cioè, la decisione organizzativa bensì, data questa decisione per effettivamente sussistente, chiede al datore di lavoro di fare un passo ulteriore e valutare la ricollocabilità del lavoratore all'interno dell'azienda.

Sul piano delle ricadute sul sistema sanzionatorio, il rilievo attribuito al *repêchage* comporta che tale elemento, in quanto non ricompreso nel fatto, non può valere ai fini della verifica della manifesta insussistenza; poiché esso, però, rileva quale elemento che concorre, dall'esterno, a configurare il giustificato motivo oggettivo, se ne deve concludere che la mancata dimostrazione dell'impossibilità di adibire il lavoratore ad altre mansioni dà luogo alla tutela indennitaria.

Lo stesso, infine, è corretto affermare con riguardo alla violazione dei criteri di buona fede e correttezza nella scelta del lavoratore da licenziare. Anche tale elemento, infatti, non fa parte della nozione legale di giustificato motivo oggettivo, nozione che richiede, invece, il mero nesso di causalità tra la scelta organizzativa e la scelta del lavoratore da licenziare<sup>40</sup>.

A fronte, però, di un nesso di causalità “annacquato” dalla compresenza di più lavoratori adibiti a mansioni analoghe, soltanto alcune delle quali vengono soppresse, il mancato rispetto del dovere di buona fede e correttezza che il datore di lavoro deve osservare nella scelta del lavoratore da licenziare<sup>41</sup> deve far concludere per la mancata integrazione del giustificato motivo oggettivo.

5. Un ultimo, ma non meno importante, problema si pone con riguardo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed attiene alla facoltà che, almeno apparentemente, il legislatore dà al giudice che ravvisi la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo di scegliere se sanzionare il datore di lavoro con la reintegra depotenziata.

A dispetto del tenore letterale del c. 7, i pochi precedenti rivenuti<sup>42</sup> non sembrano riconoscere alcuna discrezionalità al giudice. In particolare il Tribunale di Reggio Calabria ha ritenuto che il giudice non ha alcuna libertà di scelta dovendo, per la regola generale dettata dall'art. 2058 c.c., ricorrere alla tutela in forma specifica.

Nello stesso senso anche il Tribunale di Genova e quello di Foggia secondo i quali la reintegra è una conseguenza automatica dell'accertata manifesta insussistenza del fatto<sup>43</sup>.

Anche la dottrina, sin dai primi commenti<sup>44</sup> ha ritenuto che l'uso del verbo «può» non ha altro significato che quello di rinviare «ad una certa discrezionalità

<sup>39</sup> Gragnoli, 2006, 71.

<sup>40</sup> Del Punta, 2013.

<sup>41</sup> Cass. 28.3.2011 n. 7046, nonché T. Bologna 25.3.2013.

<sup>42</sup> T. Reggio Calabria, dott. Morabito, 3 giugno 2013.

<sup>43</sup> T. Genova, dott. Basilico, 8 ottobre 2013; T. Foggia, 11 settembre 2013.

valutativa» implicita nella verifica della manifesta insussistenza del fatto, senza introdurre, invece, alcun margine di discrezionalità quanto alla sanzione applicabile al caso di accertata manifesta insussistenza del fatto<sup>45</sup>.

Effettivamente la previsione legislativa pare più frutto di una «carezza di tecnica normativa»<sup>46</sup> che della reale volontà del legislatore di consegnare al giudice un simile potere, del tutto svincolato da qualunque parametro oggettivo.

Ed infatti, se si guarda alla lettera dell'art. 18 St.lav, emerge con chiarezza che il legislatore ancora il potere decisorio del giudice ad alcuni parametri espliciti.

Ad esempio, in tema di liquidazione dell'indennità *ex art.* 18 c. 5 o c. 6, il legislatore non solo indica il minimo ed il massimo di mensilità che possono essere riconosciute al lavoratore illegittimamente licenziato, ma altresì indica i parametri in forza dei quali il giudice deve modulare la sanzione.

Parrebbe allora davvero singolare che, rispetto ad un potere così incisivo quale è l'ordine di reintegra, il legislatore abbia voluto lasciare la piena discrezionalità del decidente.

Ma soprattutto un argomento contrario ad un'interpretazione che renda il verbo «può» fonte di scelta per il giudice si ricava dalla circostanza che l'art. 18 St.lav non prevede una sanzione alternativa per il licenziamento quando sia accertata la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo.

Il c. 7, infatti, rinviando ai cc. quarto e quinto, prevede due distinte sanzioni, l'una per il caso di giustificato motivo oggettivo manifestamente insussistente e l'altra per il caso di ipotesi «altre» in cui non ricorre il giustificato motivo oggettivo.

Se il c. 5 dell'art. 18 St.lav sanziona le ipotesi «altre» rispetto alla manifesta insussistenza, è evidente che quest'ultima non rientra nell'area coperta dalla tutela indennitaria forte. La reintegra depotenziata risulta allora l'unica sanzione prevista per l'ipotesi in cui il giudice ravvisa la manifesta insussistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, circostanza che porta ad escludere che vi sia un reale spazio di decisione per il giudice, atteso che l'art. 18 St.lav non fornisce al giudice una sanzione alternativa da applicare qualora non voglia ordinare la reintegra.

All'uso del verbo «può» il legislatore pare, piuttosto, aver affidato il compito di sottolineare come, nel nuovo apparato sanzionatorio, la reintegra costituisca un'ipotesi «limite», quasi ad introdurre un segnale di avviso per il giudice che si accinge ad utilizzare uno strumento che dovrebbe essere divenuto eccezionale<sup>47</sup>.

<sup>44</sup> Maresca, 2012, 443; Speziale, 2012, 559, che dubita della legittimità costituzionale della norma se interpretata come facoltà per il giudice di scegliere la reintegrazione quando analoga facoltà non è prevista per il caso di licenziamento disciplinare; Albi, 2012, 14; Santoro Passarelli G., 2013, 238; Pessi, 2013, 771.

<sup>45</sup> Amoroso, 2013, 28; Barbieri, Dalfino, 2013, 41.

<sup>46</sup> Così Pessi, 2013, 771.

<sup>47</sup> Tullini, 2013; Biasi 2013, 37.

### Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012). Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero. *WP CSDLE "Massimo d'Antona".IT* – 160/2012 (testo disponibile al sito: [http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20121114-084830\\_albi\\_160-2012itpdf.pdf](http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20121114-084830_albi_160-2012itpdf.pdf), consultato il 18.4.2014).
- Amoroso G. (2013) La riforma della tutela reale per i licenziamenti illegittimi. Firenze: Scuola Superiore della Magistratura.
- Barbieri M., Dalfino (2013). *Il licenziamento individuale*. Bari: Cacucci.
- Biasi M. (2013). Il nuovo articolo 18 dopo un anno di applicazione giurisprudenziale: un bilancio provvisorio. *RIDL*, 2013, II, p. 1235 ss.
- Brun S. (2013a). L'obbligo di *repêchage* tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme. *RIDL*, II, p. 781 ss.
- Brun S. (2013b). Le prime applicazioni del "nuovo" art. 18 **st.lav** al licenziamento economico. *RIDL*, 2013, II, p. 149 ss.
- Calcaterra L. (2006). La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi. In: De Luca Tamajo R., Bianchi d'Urso F., a cura di, *Licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*. Milano: Giuffrè.
- Carinci F. (2013a). Ripensando il nuovo articolo 18 dello Statuto dei Lavoratori. *DRI*, p. 287 ss.
- Carinci F. (2013b). Il licenziamento economico individuale nel contesto dell'art. 18 St. Lav. Dattiloscritto della relazione tenuta al corso *La disciplina dei licenziamenti tra innovazione e tradizione* svolto presso la Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci 27.11.2013
- Carinci M.T. (2012). Il rapporto di lavoro al tempo della crisi: modelli europei e "flexicurity" all'italiana a confronto. *DLRI*, p. 527 ss.
- Caruso B. (2012). Per un ragionevole, e apparentemente paradossale, compromesso sull'art. 18: riformarlo senza cambiarlo. Testo disponibile al sito: <http://csdle.lex.unict.it> (consultato il 18.4.2014).
- Cester C. (2012). Il progetto di riforma della disciplina dei licenziamenti: prime riflessioni. *RIDL*, I, p. 547 ss.
- De Rosa M. (2006). Il licenziamento per «ragioni economiche»: la fattispecie. In: De Luca Tamajo R., Bianchi d'Urso F., a cura di, *Licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*. Milano: Giuffrè.
- Del Punta R. (2013). La riforma italiana: i problemi del nuovo articolo 18. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*. Milano: Franco Angeli.
- Ferraresi M. (2013). L'art. 18 dello Statuto dei lavoratori dopo la riforma Fornero: bilancio delle prime applicazioni in giurisprudenza. *DRI*, p. 338 ss.
- Gragnoles E. (2006). *La riduzione di personale tra licenziamenti individuali e collettivi*. Padova: Cedam.
- Ichino P. (2013). Quanto il giudice confonde il difetto di giustificato motivo con il motivo illecito. *RIDL*, I, p. 274 ss.
- Marazza M. (2012). L'art. 18, nuovo testo, dello Statuto dei Lavoratori. *RIDL*, I, p. 612 ss.
- Maresca A. (2012). Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche all'art. 18 Statuto dei lavoratori. *RIDL*, I, p. 443 ss.
- Marinelli F. (2013). L'anno zero della giurisprudenza di merito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento: le prime ordinanze post riforma Fornero. *DRI*, p. 1027 ss.

Commento [AG1]: Iniziale?

Commento [AG2]: Maiuscolo?

- Mazzotta O. (2013). I molti nodi irrisolti nel nuovo art. 18 dello Statuto dei lavoratori. In: Cinelli M., Ferraro G., Mazzotta O., a cura di, *Il nuovo mercato del lavoro*. Torino: Giappichelli.
- Nogler L. (2014). La nuova disciplina dei licenziamenti ingiustificati alla prova del diritto comparato. In: Pedrazzoli M., a cura di, *Le discipline dei licenziamenti in Europa*. Milano: Franco Angeli.
- Pessi R. (2013). I licenziamenti per motivi economici. *RIDL*, I, p. 752 ss.
- Ponterio C. (2013). Il licenziamento per motivi economici. *ADL*, 2013, p. 73 ss.
- Santoro Passarelli G. (2013). Licenziamento per giustificato motivo e ambito della tutela risarcitoria. *ADL*, p. 231 ss.
- Scarpelli F. (2012). Il licenziamento individuale per motivi economici. In: Fezzi M., Scarpelli F., a cura di, *Guida alla riforma Fornero*. Milano: Grafiche Riga.
- Speziale V. (2012). La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia. *RIDL*, I, p. 544 ss.
- Speziale V. (2013). La riforma del licenziamento individuale tra *law and economics* e giurisprudenza. Testo disponibile sul sito: <http://csdle.unict.it> (consultato il 18.4.2014).
- Tosi P. (2012a). L'improbabile equilibrio tra rigidità "in entrata" e flessibilità "in uscita" nella l. n. 92/2012 di riforma del mercato del lavoro. *RIDL*, I, p. 813 ss.
- Tosi P. (2012b). L'ingiustificatezza qualificata del licenziamento. In: Vallebona A., a cura di, *Colloqui giuridici sul lavoro*. Suppl. *MGL*, p. 88 ss.
- Tullini P. (2013). Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo. *RIDL*, I, p. 147 ss.
- Zoli C. (2013). Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra reintegra e tutela in-dennitaria. *RIDL*, 2013, II, p. 657 ss.