



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Laurea Magistrale
in Amministrazione, Finanza e Controllo

Tesi di Laurea

Il superamento della crisi aziendale quale requisito del licenziamento economico

Il punto in dottrina ed in giurisprudenza

Relatore

Ch. Prof. Adalberto Perulli

Laureanda

Vittoria Nicolodi
Matricola 855673

Anno Accademico

2016 / 2017

INDICE

Introduzione.....	- 2 -
Capitolo I	
1.1 La fonte normativa.....	- 5 -
1.1.1 Disamina della nozione di licenziamento economico ex art. 3 l. 604/1966	- 10 -
1.1.2 Il principio di insindacabilità delle scelte datoriali.....	- 15 -
1.2 Il concetto di <i>firing cost</i> e la visione legata ad una analisi economica del diritto	- 27 -
Capitolo II	
2. Le fattispecie di licenziamento alla luce della giurisprudenza	- 34 -
2.1 La tesi dominante classica: il licenziamento come <i>extrema ratio</i>	- 37 -
2.2 La “nuova” tesi funzionale alle esigenze produttive e di profitto	- 43 -
Capitolo III	
3.1 L’effettività della scelta tecnico – organizzativa	- 47 -
3.2 Il nesso causale	- 55 -
3.3 L’obbligo di <i>repêchage</i>	- 58 -
3.3.1 Il <i>repêchage</i> in relazione all’art. 2103 c.c.	- 65 -
Capitolo IV	
4.1 L’apparato sanzionatorio per il licenziamento economico illegittimo	- 71 -
4.2 L’evoluzione economica del diritto del lavoro.....	- 80 -
Conclusioni.....	- 84 -
Bibliografia.....	- 86 -
Sitografia	- 95 -
Documenti	- 96 -

Introduzione

La letteratura riguardante il licenziamento, in particolare il licenziamento dettato da ragioni che abbiano natura economica, è sicuramente estremamente ampia e l'argomento in questione è stato negli anni, ma soprattutto in questo ultimo periodo, ampiamente dibattuto sia in dottrina che in giurisprudenza.

La peculiarità del suddetto tema – il licenziamento economico – risiede tuttavia nel fatto che la normativa a riguardo risulta essere particolarmente limitata ed addirittura riscontrabile in un unico articolo all'interno della legge sui "licenziamenti individuali", ovvero la legge n. 604 del 1966. Sebbene tale articolo definisca una norma che si può affermare sia da considerarsi quale norma generale, ovvero la cui sola lettura è sufficiente a determinarne le fattispecie di applicazione, rimane il fatto che queste non siano state espressamente determinate dal legislatore ma siano invece state interpretate dalla giurisprudenza durante gli anni. Questo fattore ha permesso che si venissero a creare numerosi diversi orientamenti che hanno creato delle problematiche questioni, soprattutto per quel che concerne il rispetto di un concetto fondamentale quale è la "certezza del diritto".

Tra tutti i requisiti che la giurisprudenza ha previsto necessari per configurare la legittimità del licenziamento economico, ve ne è uno particolarmente importante e significativo, ovvero la necessaria sussistenza di una situazione di crisi economica all'interno dell'impresa.

La giurisprudenza finora, infatti, ha sempre considerato il licenziamento attraverso la teoria dell'*extrema ratio*, prevedendo quindi che un licenziamento sia da considerarsi legittimo solamente qualora sia necessitato dalla volontà del datore di lavoro di risolvere uno stato di crisi aziendale. La maggior parte dei giudici infatti ha sempre seguito tale direzione, con un evidente orientamento fortemente rivolto alla protezione del mantenimento del posto di lavoro del lavoratore.

Come più volte definito dalla giurisprudenza, soprattutto della corte di Cassazione: *"Nella nozione di giustificato motivo di licenziamento sono riconducibili anche le ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda, che peraltro non devono essere pretestuosi e strumentali, ma volti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva imponendo*

un'effettiva necessità di riduzione dei costi".¹ Tale formulazione quindi esclude a priori la legittimità di un licenziamento volto ad un "mero" tentativo di aumentare i profitti.

Se il limite legato all'*extrema ratio* e alla crisi di impresa venisse superato dalla maggioranza della giurisprudenza e non solamente in modo saltuario e sporadico da alcuni giudici, sarebbe senz'altro un evidente segnale che qualcosa sta cambiando nel nostro ordinamento giuridico.

Il superamento di tale teoria significherebbe, inoltre, una maggiore libertà del datore di lavoro che non dovrebbe più dimostrare la sussistenza di una crisi all'interno dell'impresa ma sarebbe legittimato a seguire anche un eventuale ricerca di incremento dei profitti. La questione però potrebbe rischiare di riportare il nostro sistema al licenziamento cosiddetto *ad nutum*, ovvero senza alcuna reale giustificazione.

Lo scopo di questo lavoro è quindi compiere una disanima del trattamento utilizzato per valutare il licenziamento economico e quanto la teoria *dell'extrema ratio* lo abbia influenzato. Quindi valutare se effettivamente tale suddetta visione stia venendo sorpassata, come vorrebbe il legislatore attraverso le riforme che sta implementando in questi anni.

Per poter raggiungere tale risultato è necessario primariamente inquadrare quello che è il concetto e la fonte normativa su cui si basa il licenziamento economico, rinvenibile, come detto, principalmente nel solo articolo 3 della legge 604 del 1966 il quale verrà quindi analizzato a fondo in tutte le sue componenti e specificità. Un'analisi di diversi orientamenti al riguardo è dedicata anche al cosiddetto principio di insindacabilità che, per quanto sia attualmente espressamente normato dall'articolo 30 della l. 183 del 2010, rimane la sua interpretazione rimane una questione critica e complessa.

Compresa la fonte normativa, sono analizzate anche le diverse fattispecie di applicazione che sono rinvenibili nella giurisprudenza. Significativi in tal senso risultano essere gli orientamenti inerenti alla sostituzione del lavoratore o ad una eventuale redistribuzione delle sue mansioni all'interno dell'impresa.

Una volta conclusa la contestualizzazione dell'argomento, sarà possibile valutare la teoria dell'*extrema ratio* attraverso un'analisi delle sue origini e soprattutto della sua fonte normativa, che molti autori in realtà non riconoscono come legittima. In contrapposizione a ciò è analizzata la "nuova" teoria opposta che prevede la libertà di intenti da parte del

¹ Cass. n. 8237 del 7 aprile 2010

datore di lavoro che quindi risulta essere libero di licenziare un dipendente, sempre se presenta i requisiti necessari, anche senza la sussistenza di una crisi aziendale.

La teoria dell'*extrema ratio* ha inciso notevolmente fino ad oggi sulla fattispecie del licenziamento economico e quindi una descrizione della stessa è necessaria quale premessa per esaminare e comprendere più correttamente quelli che sono gli effettivi requisiti richiesti dalla giurisprudenza affinché il licenziamento sia definito legittimo. Tali requisiti sono identificabili nell'effettività della ragione addotta quale motivazione del licenziamento, nella dimostrazione del nesso di causalità tra tale scelta imprenditoriale ed il lavoratore effettivamente licenziato, nonché infine l'effettiva applicazione del cosiddetto obbligo di *repêchage*.

Infine, ultimo ma non meno importante, risulta significativa un'analisi della normativa a riguardo della garanzia a favore dei lavoratori che ritengano di essere stati ingiustamente licenziati. In quest'ultimo capitolo è analizzato il succedersi quindi delle diverse riforme che dal 2012 hanno rivoluzionato il sistema delle tutele, ovvero della riforma Fornero e del *Jobs Act*.

Capitolo I

1.1 La fonte normativa

Secondo l'articolo 2118 del c.c., *“Ciascuno dei contraenti può recedere dal contratto di lavoro a tempo indeterminato, [...]”*. Il licenziamento è dunque quell'istituto giuridico, attraverso il quale, un datore di lavoro può esercitare il diritto di recedere unilateralmente dal contratto di lavoro stipulato con il proprio dipendente.

Prima dell'introduzione della legge n. 604 del 15 luglio 1966 riguardante le “norme sui licenziamenti individuali” non era necessaria alcuna giustificazione al licenziamento che poteva essere apportato *ad nutum*, ovvero per *“libera determinazione e senza che l'altra parte possa opporsi”*.² L'unica precauzione prevista era la necessità di fornire un determinato preavviso, in mancanza del quale il datore di lavoro era obbligato a versare al dipendente un'indennità risarcitoria.

È dunque evidente come la suddetta formulazione ponesse entrambe le parti, datore di lavoro e dipendente, su uno stesso piano, permettendo ad entrambe, allo stesso modo, lo scioglimento unilaterale del contratto. Questa concezione formale del rapporto tra le parti, con il mutamento dei rapporti sociali intervenuto a seguito dello sviluppo dell'economia italiana, cd “boom”, si rivelò però inadeguata a rappresentare la realtà del rapporto di lavoro e di ciò si rese interprete il legislatore con la detta l. 604/1966.

Durante i lavori preparatori alla or detta legge, veniva quindi affermato da più parti che: *“Occorreva ed occorre, pertanto, eliminare l'imperio assoluto sino a questo momento detenuto dal datore di lavoro, [...] vale a dire l'imperio da parte del datore di lavoro di licenziare chi vuole e come vuole, a suo insindacabile giudizio, avvalendosi anche delle facoltà derivantigli dagli articoli 2118 e seguenti del codice civile, che si riferiscono al licenziamento ad nutum; articoli che sono espressione di un costume e di una società che risalgono ad età storicamente remote.”*³

Per questo, con l'articolo 1 della legge n. 604 del 1966, venne posto, come requisito fondamentale per il licenziamento individuale, l'obbligo di giustificazione, ovvero *“nel rapporto di lavoro a tempo indeterminato, intercedente con datori di lavoro privati o con*

² Enciclopedia Treccani <http://www.treccani.it/vocabolario/ad-nutum/>

³ Onorevole Alini W., in lavori preparatori alla l. 604 del 1966, seduta n. 443 del 20 aprile 1966

enti pubblici, [...], il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta causa ai sensi dell'art. 2119 del Codice civile o per giustificato motivo.” La sanzione prevista in caso di mancata applicazione della norma consisteva tuttavia in una sanzione unicamente indennitaria, di un valore tra le due e mezzo e sei mensilità di retribuzione. La reintegra era prevista solamente su libera scelta del datore di lavoro, previsione che, come prevedibile, è risultata assai raramente essere applicata.

Sebbene questo sia stato un notevole passo in avanti, maggiori tutele e garanzie ai diritti dei lavoratori sono intervenute solamente successivamente grazie al cd Statuto dei lavoratori, ovvero la legge n. 300 del 20 maggio 1970, che ha introdotto una più severa disciplina limitativa dei licenziamenti, prevedendo sanzioni e misure più rigide in caso di suo mancato adempimento.

Ad oggi, quindi, affinché un datore di lavoro possa legittimamente licenziare un proprio dipendente è necessario che fornisca a questi una ragione, per iscritto, che sia per giusta causa o per giustificato motivo.

Menzionato dall'art.1 della l. 604/1966, il concetto di giusta causa è normato dall'art. 2119 del c.c. per il quale se ne riscontrano le condizioni “[...] qualora si verifichi una causa che non consenta la prosecuzione, anche provvisoria, del rapporto [...]”. È intuibile, quindi, come il licenziamento per giusta causa possa avvenire solamente in caso di comportamenti estremamente gravi messi in atto dal lavoratore, tali da “*far venire meno quella fiducia che costituisce il presupposto essenziale della collaborazione [...]*”.⁴

Il concetto, invece, di giustificato motivo è definito dall'art. 3 sempre della l. 604/66: “*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.*”

Il suddetto articolo opera dunque un distinguo tra il giustificato motivo derivante da azioni di “notevole inadempimento” compiute dal lavoratore e definibili quindi un giustificato motivo soggettivo⁵, da azioni invece indipendenti al lavoratore, ovvero per “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” definibile in tal caso come giustificato motivo oggettivo.

⁴ Ballestrero M. V., De Simone G., *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 495

⁵ Il principale elemento che contraddistingue la giusta causa dal giustificato motivo soggettivo è “*l'immediatezza del provvedimento espulsivo*”. Cfr. *idem*

Il giustificato motivo oggettivo ricomprende pertanto tutte le cause di licenziamento, dovute a modifiche all'impresa messe in atto per scelta del datore di lavoro, che hanno la conseguenza ultima di rendere superflua la necessità di proseguimento del contratto di lavoro con uno o più determinati dipendenti, *“indipendentemente dalla possibilità di rimproverare alla controparte alcunché in termini di notevole inadempimento agli obblighi contrattuali o di giusta causa”*⁶. In questo caso il licenziamento si definisce anche come “licenziamento economico”. Per completare il quadro, nell'ambito del giustificato motivo oggettivo rientra anche il caso del dipendente che, per motivi a lui non attribuibili, non risulta più essere idoneo alla mansione attribuitagli.

La terminologia stessa di “licenziamento economico” è stata creata dalla dottrina, che l'ha sempre utilizzata in tal senso, mentre il legislatore lo ha recepito solo molto recentemente, attraverso il cd *Jobs Act* ed in riferimento alle sanzioni in caso di illegittimità.

*“L'art. 3, seconda parte, - della l. 604/66 - dovrebbe delimitare il campo entro il quale il datore di lavoro può esercitare il potere di recesso al di fuori delle ipotesi di notevole inadempimento degli obblighi contrattuali e di giusta causa, nel senso che le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa dovrebbero assolvere quelle medesime funzioni che negli altri contratti sinallagmatici sono riservate alle “evenienze risolutive” diverse dall'inadempimento. Nella elaborazione dottrinale, tuttavia, il significato del giustificato motivo oggettivo immediatamente travalica l'ambito ristretto ad una mera specificazione di norme codicistiche per investire e ridefinire i confini tra la libertà di iniziativa economica del datore di lavoro imprenditore da un lato, e la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto dall'altro.”*⁷

Le due prospettive sono divergenti tra loro: l'una si fonda attorno all'idea dell'imprenditore quale “attore sociale” ed ammette un controllo di merito sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo ispirato ai principi costituzionali di tutela del lavoro e di utilità sociale alla quale l'iniziativa economica non può porsi in contrasto.

⁶ Pera G., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, in “Rivista di diritto del lavoro”, I, 1968, p. 221

⁷ Mazzotta O., *I licenziamenti. Commentario: le norme del codice civile, della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 316

Dall'altra si trova l'insindacabilità delle scelte datoriali ritenute “egoistiche, di convenienza, non controllabili”⁸ proprie “dell'agire utilitaristico dell'homo oeconomicus.”⁹

Entrambi questi interessi – protezione del lavoro e libertà imprenditoriale – sono tutelati da principi costituzionali rispettivamente, dal primo comma dell'art. 4 per il quale “la Repubblica riconosce a tutti i cittadini il diritto al lavoro e promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto [...]” e dal primo comma dell'art. 41, secondo cui “l'iniziativa economica privata è libera”. Entrambi questi articoli rappresentano il “fondamento ed il limite delle disposizioni di legge ordinaria”¹⁰ e senza una adeguata lettura del tipo di tutela che emerge dai suddetti, non è possibile effettuare una corretta analisi del licenziamento economico quale giustificato motivo oggettivo.

Per quanto i suddetti articoli possano essere apparentemente in contraddizione tra loro, la Costituzione non prevede essa stessa un “bilanciamento esplicito e diretto”¹¹ considerandoli invece “meritevoli di eguale riconoscimento”¹². Tuttavia, dal momento che tali principi entrano realmente in conflitto tra loro, è necessario procedere un bilanciamento determinando una gerarchia assiologica mobile che consiste “nell'accordare ad uno dei due principi confliggenti un maggior peso, ossia un maggior valore, rispetto all'altro. [...]”¹³ D'altro canto quella tra i due principi “è una relazione di valore instabile, mutevole, che vale per il caso concreto, ma che potrebbe invertirsi in relazione ad un caso concreto diverso [...]”¹⁴

Sebbene sia da ritenersi assodato che la diversa collocazione dei suddetti articoli, con l'articolo 4 all'interno dei principi fondamentali e l'articolo 41 nel titolo III, non sia significativa a creare una gerarchia tra questi, ciò non significa che parte della dottrina, anche autorevole, non abbia invece ritenuto il contrario.

Uno degli orientamenti dottrinali, infatti, prevede di considerare primariamente l'art. 4 e solo successivamente l'art. 41, rendendo in tal modo l'impresa funzionale ad un fine

⁸ Pera G., in Perulli A., *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in “Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro”, Giappichelli, Torino, 2008, p. 138

⁹ Perulli A., *Il licenziamento per motivi economici*, p. 138

¹⁰ Brun S., *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, CEDAM, Padova, 2012, p. 65

¹¹ *Ibidem*, p. 66

¹² *Idem*

¹³ Cosio R., *Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella riforma del mercato del lavoro*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 3, 2013, p. 264

¹⁴ *Idem*

sociale, ovvero al mantenimento del posto di lavoro del dipendente. Tale orientamento è poi rafforzato grazie al secondo comma dell'articolo 41 per cui l'iniziativa economica *“non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana”*.

Questa concezione è rappresentativa, però, della minoranza della dottrina e viene aspramente criticata da un diverso e maggioritario filone. Tale filone sostiene che il riconoscimento del diritto al lavoro non implica anche una tutela della sua stabilità e, soprattutto, che l'articolo 4 Cost. rappresenta una norma programmatica unicamente nei confronti dello Stato e non si possa affermare che sia applicabile anche nei confronti dei privati. *“il diritto al lavoro non configura una posizione giuridica operante nei rapporti interprivati [...] ma al più una pretesa verso lo Stato perché predisponga tutti gli strumenti opportuni per favorire la piena occupazione”*.¹⁵ Il fatto stesso che sia una norma programmatica significa, inoltre, che spetta solamente al legislatore ordinario in sede di attuazione del detto articolo di fissare i punti che garantiscano un eventuale diritto al mantenimento del posto di lavoro.

La stessa Corte Costituzionale ha rafforzato la tesi maggioritaria, ricordando che l'art. 41 della Costituzione presenta un ulteriore comma, il terzo, per cui *“la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali.”* In questo senso, dunque, risulta evidente come solamente il legislatore ordinario possa determinare i casi in cui l'iniziativa economica possa essere limitata e quindi non è un compito che possa spettare al giudice nel momento in cui venga chiamato a valutare la legittimità di un dato licenziamento.

Sebbene siano intervenute numerose modifiche al sistema normativo riguardante i licenziamenti, non ultime le riforme cd Fornero, legge n. 92 del 22 dicembre 2012, e *Jobs Act*, legge n. 183 del 10 dicembre 2014 e successive modifiche, l'impianto dell'articolo in questione – art. 3 l. 604/66 – non è mai stato modificato, ma ad essere cambiate sono le sanzioni qualora il licenziamento risulti essere illegittimo per mancanza di determinati requisiti o per la presenza di elementi quali la discriminazione, la frode, l'illiceità...

¹⁵ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'Economia”, diretto da F. Galgano, vol. XXXVI, Padova, 2005, p. 112

1.1.1 Disamina della nozione di licenziamento economico ex art. 3 l. 604/1966

Il licenziamento economico, determinato dal giustificato motivo oggettivo, è consentito quindi, nella sua attuazione, dall'articolo 3 della legge 604 del 1966 che definisce le fattispecie atte alla sua applicazione nelle *“ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa.”*

Analizzando singolarmente ogni ipotesi, si può enunciare che per quanto concerne le ragioni inerenti all'attività produttiva, queste sono intese come *“disposizione e impiego dei mezzi di produzione e delle energie lavorative”*¹⁶ da valutare soprattutto in senso di ragionevolezza economica. In pratica sono le ragioni che si basano su una modifica di quello che è *l'an*, il *quomodo* ed il *quantum* dell'impresa.

Infatti, *“la libertà di iniziativa economica implica l'assoluta libertà del soggetto circa il se dell'iniziativa stessa”*¹⁷, ovvero il cosiddetto *an*. L'imprenditore è quindi totalmente *“libero di dar vita all'impresa secondo insindacabili scelte egoistiche ed è altrettanto libero di porvi fine”*¹⁸. Si può quindi affermare come lo stesso imprenditore abbia un'assoluta libertà anche in merito al *quantum*, ovvero alle dimensioni aziendali ed al *quomodo*, ovvero la gestione dell'impresa attraverso la possibilità di scegliere tra diversi processi produttivi quello che ritiene il migliore per raggiungere il suo scopo.

A sostegno di questo è intervenuta anche la Corte costituzionale per la quale *“[...] Nella locuzione “iniziativa economica” devono comprendersi le attività di operatori non solo dirette a creare e costituire un'azienda, ma anche inerenti alla vita e allo svolgimento di essa [...]”*¹⁹.

Tale “supremazia istituzionale” dell'imprenditore all'interno dell'impresa gli è riconosciuta inoltre in forza dell'art. 2086 c.c. per il quale *“l'imprenditore è il capo dell'impresa e da lui dipendono gerarchicamente i suoi collaboratori”*.

Le ragioni inerenti l'organizzazione del lavoro, identificabili come *“programmazione, divisione e impiego del lavoro”*²⁰ presuppongono che, senza modificare effettivamente l'attività produttiva, si opti per una diversa strategia organizzativa che abbia effetto sul

¹⁶ Mazzotta O., *op. cit.*, p. 319

¹⁷ Pera G., *op. cit.*, p. 227

¹⁸ *Idem*

¹⁹ Sentenza Corte Costituzionale n.78 del 30 dicembre 1958

²⁰ in Mazzotta O., *op. cit.*, p. 319

personale, come “la redistribuzione di mansioni, l'accorpamento di uffici, la diversa gestione delle competenze etc.”²¹. Sono perciò da considerare appartenenti a tale ipotesi anche il “mutamento della struttura dell'organizzazione del lavoro, necessaria per effetto del progresso tecnico”²², e la riconversione “come mutamento dell'organizzazione del lavoro funzionalizzato al mutamento del prodotto”²³.

Il regolare funzionamento riguarda invece quei licenziamenti che si “rendono necessari a seguito di eventi e circostanze che colpiscono il lavoratore, rendendolo inidoneo allo svolgimento della propria prestazione”²⁴, in pratica “non è tanto una determinata prestazione che è divenuta non più necessaria, quanto un determinato lavoratore che non è più in grado di collaborare regolarmente”²⁵. Tipici esempi sono i casi di incarcerazione, di inabilità fisica sopravvenuta o divieto di lavoro per disposizione della pubblica autorità. Sebbene tali ipotesi rientrino nel giustificato motivo oggettivo, esse non rientrano invece nelle fattispecie inerenti al licenziamento economico, determinato invece da scelte volontarie del datore di lavoro di apportare modifiche alla struttura dell'impresa.

Mentre le prime due ipotesi derivano da una scelta organizzativa “a monte” che ha la conseguenza di apportare una modifica all'impresa, nell'ultimo caso sembra più evidente il fattore di “necessità” o comunque di imposizione di tale licenziamento affinché l'impresa possa appunto continuare il suo “regolare funzionamento”.

Sebbene l'articolo preveda quindi tre diverse possibili ipotesi, sia la dottrina che la giurisprudenza raramente le hanno esaminate singolarmente; non per questo non risulta possibile effettuare un'analisi delle diverse posizioni in tal senso e dal punto di vista della giurisprudenza si evidenziano tre distinti orientamenti.

Da una parte i giudici si limitano a citare pedissequamente l'articolo, ritenendo che riconnettere il fatto concreto all'uno o all'altra ipotesi non sia proficuo dal momento che non sono previsti effetti normativi diversi per ogni fattispecie. Altre sentenze, invece, considerano “l'attività produttiva” con un significato onnicomprensivo parlando di “indistinte esigenze aziendali”²⁶, quindi, anche in questo caso, senza operare alcuna

²¹ Brun S., *Il licenziamento economico*, p. 121

²² App. Roma, sez. lav., 22 febbraio 2006 in “<https://www.personaedanno.it/articolo/app-roma-sez-lav-22-febbraio-2006-pres-pacioni-rel-blasutto-dequalificazione-e-licenziamento-legittimo>”

²³ *Idem*

²⁴ Brun S., *op. cit.*, p. 121

²⁵ Pera G., *op. cit.*, p. 244

²⁶ Mazzotta O., *op. cit.*, p. 317

distinzione tra le diverse fattispecie ma riassumendole tutte in una solamente. Il terzo approccio, il più diffuso, accomuna le prime due causali, relative all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, distinguendole dalle ragioni legate al regolare funzionamento.

Una dottrina, sebbene minoritaria, giustifica invece una evoluzione di questa ultima ipotesi in una "trattazione unitaria". Infatti le "ragioni risoltrici" sarebbero in entrambi i casi – dell'organizzazione del lavoro e del regolare funzionamento – "*predicati dall'organizzazione del lavoro*" che il legislatore ha voluto considerare sia sotto il profilo "*statico-strutturale*", ovvero *l'organizzazione del lavoro in sé*, sia sotto il profilo "*dinamico-funzionale*" rappresentato dal regolare funzionamento. [...]".²⁷

Indipendentemente da quelle che sono state poi le valutazioni della dottrina e della giurisprudenza, ciò non toglie che la formulazione utilizzata dal legislatore nell'elaborare l'art. 3 della l. 604/1966 risulti essere particolarmente generica ed indefinita, nonché riferibile ad una possibile moltitudine di fattispecie estremamente diverse tra loro che non vengono però espressamente previste; la norma infatti si limita a "*descrivere un insieme di ipotesi definite in modo generico mediante una categoria riassuntiva*"²⁸.

Si può tuttavia agevolmente affermare che l'articolo 3 della l. 604/1966 concerna motivazioni che non siano di carattere disciplinare, discriminatorio, illecito, ma solo ragioni che siano "*genuinamente ed esclusivamente economiche*"²⁹. Parte della dottrina ha suggerito di rinvenire queste ragioni nei canoni utilizzati nell'art. 24 della legge 223 del 1991 riguardanti il licenziamento collettivo, dal momento che "*le problematiche legate al fondamento del recesso e al controllo giudiziale si pongono in modo omogeneo*"³⁰ rispetto al licenziamento individuale. Il suddetto articolo recita: "*in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro [...] anche quando le imprese di cui al medesimo comma intendano cessare l'attività.*"

Altro tentativo di chiarire quali siano le ragioni genuinamente ed esclusivamente economiche che presiedono al licenziamento economico è quello di ricollegarsi all'art. 4 della medesima legge secondo cui essi si rinvencono nei "*motivi tecnici, organizzativi o produttivi, per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla*

²⁷ Mazzotta O., *op. cit.*, p. 345

²⁸ Mengoni L., in Marinelli M., *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, GIURETA, VII, 2009, p. 3

²⁹ Ferraresi M., *Giustificato motivo oggettivo: natura, elementi costitutivi, valori costituzionali*, in "AGI", Milano, 16 maggio 2017, slide 3

³⁰ Marinelli M., *Insindacabilità delle scelte datoriali*, p. 5

predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità". Ad ogni modo è per tale ragione di vaghezza che la dottrina e la giurisprudenza si interrogano a tutt'oggi se questo articolo – art. 3 l. 604/66 – sia da considerarsi quale clausola generale o norma generale. La peculiarità di una norma generale è il fatto di essere *"in sé compiuta ed autosufficiente, non bisognosa di integrazioni esterne"*³¹. Per quanto concerne invece la clausola generale, questa contiene solamente delle "direttive" ovvero dei termini valutativi, che necessariamente rinviano a nozioni extra giuridiche.

Secondo una nota definizione di Mengoni, spesso citata dalla dottrina ancora oggi, la norma generale *"è una norma completa, costituita da una fattispecie e da un comando, ma la fattispecie non descrive un singolo caso o un gruppo di casi, bensì una generalità di casi genericamente definiti, mediante una categoria riassuntiva, la cui concretizzazione il giudice è rinviato volta a volta a modelli di comportamento e a stregue di valutazione obiettivamente vigenti nell'ambiente sociale in cui opera [...]"*³². Le clausole generali invece *"sono norme incomplete, frammenti di norme; non hanno una propria autonoma fattispecie, essendo destinate a concretizzarsi nell'ambito dei programmi normativi di altre disposizioni"*³³.

Qualora si considerasse il giustificato motivo oggettivo quale clausola generale, ciò significherebbe che il giudice, di volta in volta, dovrebbe operare delle valutazioni in base ad elementi extra giuridici ovvero dei cosiddetti *standard* quali possono essere *"valori economici, etici, sociali, standard tecnici e prassi invalse"*³⁴ o ancora *"concetti propri della scienza economica ed aziendalistica, alla migliore esperienza, alla normale "razionalità economica", alla adeguatezza, alle regole di comportamento dell'uomo ragionevole"*³⁵.

Questa procedura, però, causerebbe il pericolo di innescare un *"controllo giudiziale sul come dell'esercizio del potere di licenziare, senza aver preventivamente definito quali sono i limiti posti dall'ordinamento all'esercizio di questo potere"*³⁶.

³¹ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 3

³² Mengoni L., in Cosio R., *Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella riforma del mercato del lavoro*, in "Il lavoro nella giurisprudenza", 3, 2013, p. 263

³³ *Idem*

³⁴ Ferraresi M., *Giustificato motivo oggettivo*, slide 8

³⁵ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 49

³⁶ Varva S., *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 26

Ad un certo momento, parte della dottrina ha cercato di affermare la possibilità di un controllo proprio attraverso il richiamo alle clausole generali di correttezza e buona fede normate rispettivamente dagli art. 1175 e 1375 del codice civile. Questo per poter porre ulteriori limiti a quelli già previsti ed allo scopo di sottoporre il giustificato motivo oggettivo ad un controllo di ragionevolezza e coerenza. La stessa Suprema Corte ha condiviso questo orientamento, fino a quando però non sono intervenute le Sezioni Unite le quali hanno affermato che *“il principio di buona fede riguarda l’esecuzione del contratto e non anche la sua risoluzione”*³⁷.

La maggioranza della dottrina, invece, ritiene che il citato art. 3 della l. 604/1966 sia una norma generale per cui, sebbene non siano identificate espressamente le fattispecie a cui essa si debba applicare, si considera che essa sia esaustiva in sé e che quindi debba essere semplicemente interpretata in base all’art. 12 delle disposizioni preliminari del c.c. e senza dover necessariamente contemplare elementi esterni.

Ad ulteriore conferma di tale impostazione è possibile analizzare quelli che sono stati la *ratio legis* e gli obiettivi del legislatore al momento della promulgazione della l. 604/1966. Innanzitutto detta legge fu promossa successivamente all’invito in tal senso della Corte Costituzionale che, con la sentenza n. 45 del 1965, invitava il legislatore a superare il regime del recesso *ad nutum*. In questo senso quindi sono stati portati avanti i lavori preparatori e si può notare come, dall’esame di essi, possa rilevarsi la presenza di una volontà legislativa di creare la categoria di *“un giustificato motivo oggettivo che sia tenue e non invasivo”*³⁸ determinata da un certo *“sfavore politico-sindacale per un intervento eteronomo in materia, il che spiega la continuità testuale con gli accordi interconfederali e l’astensione di disciplina sul punto dei licenziamenti collettivi”*.³⁹

Per completare il quadro, un autorevole orientamento⁴⁰, non accettando sia l’una che l’altra visione ha teorizzato una *“norma a fattispecie aperta”*. Secondo Ferraresi si riferirebbe *“ad una pluralità a priori non determinabile di fattispecie concrete, di cui, in ciascun caso, occorre domandarsi la riconducibilità a quella astratta”*⁴¹.

³⁷ Fontana G., *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *“Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”*, 3, 2001, p. 337

³⁸ Ferraresi M., *op. cit.*, p. 53

³⁹ *Idem*

⁴⁰ v. Rodotà, *Le clausole generali*, in *“I contratti in generale”*, diretto da Alpa A. e Bessone M., Torino, 1991, p. 389

⁴¹ Ferraresi M., *op. cit.*, p. 4

1.1.2 Il principio di insindacabilità delle scelte datoriali

Il licenziamento economico può essere considerato quale strumento di gestione dell'attività produttiva e dell'organizzazione del lavoro e, inoltre, il rispetto del vincolo di legge *“impone all'interprete di intendere il giustificato motivo oggettivo quale fattispecie che si pone come condizione di illegittimità del licenziamento”*⁴²

Sulla base del dettato dell'articolo 41 della Costituzione, sia la dottrina che la giurisprudenza sono unanimi nel ribadire il principio di insindacabilità giudiziale, principio per il quale non possono essere sottoposte a valutazione di merito le ragioni tecnico-organizzative compiute dall'imprenditore che hanno portato ad una modifica dell'impresa, quindi del personale ed al licenziamento.

Il giudice dovrebbe quindi vertere verso un controllo cd di legittimità e non di merito. Un controllo si definisce di legittimità se *“verte sulla conformità dell'atto alle norme giuridiche”*⁴³, al contrario si definisce controllo di merito *“se verte sulla conformità dell'atto discrezionale all'interesse pubblico in vista del quale è stato conferito il potere di compierlo ed attiene all'idoneità dell'atto stesso a conseguire in modo ottimale il fine, alla stregua delle regole non giuridiche (tecniche, di esperienza ecc.) di volta in volta applicabili.”*⁴⁴

Il legislatore avrebbe potuto, infatti, attribuire rilievo ai suddetti motivi principalmente in due modi: *“rimettendo al giudice la valutazione della meritevolezza di tali motivi evocati in termini generali dall'art. 3 – legge 604/66”*⁴⁵ oppure *“selezionando direttamente i motivi per stabilire quelli che consentono di procedere alla soppressione del posto di lavoro, [...] distinguendo così tra quelli idonei e quelli inidonei a legittimare il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.”*⁴⁶ Così però non è stato.

Dal momento che la formulazione dell'articolo è particolarmente vaga e generica, nascono delle questioni riguardo a quella che è l'effettiva limitazione a cui deve essere sottoposto il vaglio del giudice e fino a che limite questo possa spingersi. Come scrive Pera nella sua relazione, *“si porgono divergenze di sostanza nella individuazione di quel*

⁴² Bolego G.; Nogler L., *Opinioni sul licenziamento per motivi economici* in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 2014, n. 2, p. 399

⁴³ Wikipedia, [https://it.wikipedia.org/wiki/Controllo_\(diritto\)](https://it.wikipedia.org/wiki/Controllo_(diritto))

⁴⁴ *Idem*

⁴⁵ Maresca A., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterior ed il nesso causale*, in “Forum permanente professionisti del lavoro”, <http://serit.uniroma3.it>, 2017, p. 4

⁴⁶ *Idem*

limite, divergenze che possono giuocare in direzioni radicalmente opposte nella concretezza degli orientamenti giurisprudenziali."⁴⁷

Allo stesso tempo però, lo stesso autore sostiene che *"la prudenza alla quale si è tenuto il legislatore nel definire il giustificato motivo oggettivo, senza fare richiamo a formule più sintetiche ed espressive, non è senza ragione, con ciò segnandosi il limite invalicabile oltre il quale non può andare la tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto"*⁴⁸.

Secondo un pensiero di Mengoni, ripreso da De Angelis, si tratta di una *"tollerabile incertezza"*⁴⁹ dal momento che il licenziamento non è tanto *"un negozio ma un atto autoritativo di esercizio di un potere privato"*⁵⁰ e risulta quindi auspicabile una valutazione ponderata caso per caso da parte giudice.

La valutazione del giudice in caso di licenziamento economico è ulteriormente complicata dal fatto che questi non possa utilizzare come contrappeso alla propria decisione il comportamento ritenuto scorretto del dipendente, dal momento che in questo caso il licenziamento dipende solamente da una scelta a discrezione del datore di lavoro e non assumono rilevanza le caratteristiche personali del lavoratore, almeno non inizialmente.

Innanzitutto, per valutare quali siano i limiti alla sindacabilità giudiziale, è necessario determinare se il giustificato motivo oggettivo sia da considerarsi quale limite interno o limite esterno al diritto di recesso del datore di lavoro. *"I limiti esterni, in quanto fanno rinvio a diritti del lavoratore che non possono essere compressi oltre una certa misura [...] dalle decisioni datoriali, [...] Limiti interni in quanto collegati alla logica di funzionamento – nel senso di funzionalizzazione – dell'organizzazione produttiva [...]"*⁵¹. Con riferimento a tale definizione di limite esterno, con altre parole così si esprime M.T. Carinci: *"il giustificato motivo oggettivo segna un'area di salvezza di*

⁴⁷ Pera G., *op. cit.*, p. 250

⁴⁸ Pera G., *op. cit.*, p. 226

⁴⁹ Mengoni L. in De Angelis L., *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in "Lavoro e diritto", 3, 2007, p. 482

⁵⁰ D'Antona M., in De Angelis L., *Licenziamento per motivi economici*, p. 482

⁵¹ Perulli A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in "Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale", 3, 2012, p. 571

fronte alla quale il potere di licenziamento deve arrestarsi per l'autonomo rilievo attribuito dalla legge ad un contrapposto interesse del lavoratore".⁵²

Considerando il giustificato motivo oggettivo quale limite interno, si opta per una funzionalizzazione dell'impresa all'utilità sociale, ovvero al perseguimento di un fine meritevole di tutela secondo i principi dell'ordinamento giuridico, obbligando l'imprenditore a compiere quindi scelte che siano razionali, condivisibili ed opportune da verificarsi tramite controllo di efficienza e razionalità. Quindi, qualora i requisiti fossero considerati quali limiti interni, essi si imporrebbero *"non come semplici condizioni di esercizio dell'atto stesso, ma come veri e propri scopi capaci di trascendere l'interesse proprio di colui che esercita il potere"*.⁵³ Risulta evidente come la visione del giustificato motivo oggettivo quale limite interno si ricolleggi direttamente all'orientamento che ritrova nel secondo comma dell'art. 41 della Costituzione proprio un limite tale da inficiare la libertà imprenditoriale.

Il controllo giudiziario che dovesse derivare dall'applicazione del motivo quale limite interno sarebbe un controllo di razionalità *"tout court"*, per cui sarebbe necessario verificare se l'imprenditore, tra le scelte a disposizione, abbia preso quella da ritenersi come la più efficiente oppure se, ad esempio, la scelta compiuta risulti quella a minor impatto occupazionale. Parte della dottrina ritiene che lo stesso art. 2103 del c.c. sulle mansioni, rappresenti un principio su cui basare la tutela dei livelli occupazionali, dal momento che se non è possibile demansionare un dipendente, poiché questo lo dequalificherebbe, non sarebbe legittimo neanche il licenziamento che renderebbe invece la professionalità del lavoratore totalmente inutilizzabile. È, naturalmente, da tenere conto come attualmente il suddetto articolo sia stato modificato in senso da legittimare un demansionamento proprio nel caso in cui sia un evento necessario dettato da una modifica degli assetti organizzativi dell'impresa.

Ad ogni modo, sia un controllo di razionalità *"totale"*, che un controllo sui livelli occupazionali non sono da ritenersi validi dal momento che violerebbero il principio di insindacabilità e prevedrebbero quindi una scrematura delle scelte in base a motivi funzionali, limitando di fatto la libertà del datore di lavoro.

Il suddetto orientamento è tuttavia supportato solamente dalla minoranza della dottrina, mentre, per la maggioranza, il giustificato motivo oggettivo risponde ad un limite esterno

⁵² Carinci M. T. in Nogler L., et al., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 399

⁵³ Brun S., *op. cit.*, p. 15

che presuppone, dunque, *“l’identificazione di un interesse concorrente, di un elemento di contenimento del potere derivante dall’esigenza di tutela dell’altrui diritto”*⁵⁴. In altre parole, il limite esterno si sostanzia semplicemente nell’indicazione delle *“condizioni d’uso”*⁵⁵ in presenza delle quali il potere può essere esercitato. *“Se sono presenti le condizioni che ne legittimano l’esercizio, il potere è totalmente libero nei fini”*⁵⁶.

Pertanto, il controllo giudiziale, nel caso di valutazione del giustificato motivo oggettivo quale limite esterno, sarebbe quindi di tipo ricognitivo e, benché non sarebbe possibile prescindere a priori da un controllo di merito, questo, a differenza di un controllo per limiti interni, rappresenterebbe un controllo più di ragionevolezza che di razionalità. La differenza tra razionalità e ragionevolezza è un tema assai complesso e rientra certamente nell’ambito della filosofia, benché siano entrambi concetti utilizzati anche in ambito giuridico. Non esiste una definizione univoca dei suddetti concetti, ma in questo caso, ovvero del controllo giudiziale in ambito di giustificato motivo oggettivo, si può affermare che un controllo di ragionevolezza punti a verificare un semplice livello di coerenza tra la motivazione addotta dal datore di lavoro e le azioni effettivamente compiute. Un controllo di razionalità risulta invece essere molto più penetrante, pretendendo di valutare che le scelte compiute siano quelle più efficaci ed efficienti a raggiungere lo scopo preposto.

Per concludere, ed a conferma di quanto già scritto, *“la tesi del limite esterno conduce perlopiù a considerare il giustificato motivo oggettivo come presupposto (esterno, appunto) di legittimità del licenziamento. L’opposta soluzione del limite interno richiede, al contrario, che il giustificato motivo attenga alla causa del recesso, sicché, in assenza di giustificazione, esso risulterebbe sviato dalla causa determinando l’abuso del diritto”*⁵⁷. Se così fosse sarebbe imprescindibile un controllo penetrante del giudice che confermi che la scelta del datore di lavoro *“abbia oggettivamente perseguito l’interesse dell’impresa”*⁵⁸.

Per quanto concerne il concetto di abuso del diritto nel contesto del giustificato motivo oggettivo, la questione è stata portata alla luce principalmente da M. T. Carinci per la quale *“abuso del diritto”* va inteso non tanto nel senso di quel che potrebbe sembrare da

⁵⁴ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 22

⁵⁵ Brun S., *op. cit.*, p. 76

⁵⁶ *Idem*

⁵⁷ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 20

⁵⁸ *Idem*

un'analisi letterale ovvero *“coprire dell'apparenza del diritto un atto che si avrebbe dovere di non compiere”*⁵⁹, ma bensì nel senso di *“esercitare la posizione giuridica per soddisfare un interesse concreto diverso da quello in astratto tutelato dalla norma”*.⁶⁰

Secondo l'autrice, per quanto il concetto di abuso del diritto non sia esplicitamente contemplato all'interno del nostro ordinamento, i giudici talvolta lo utilizzano apertamente per definire o meno la sussistenza del giustificato motivo oggettivo.

In questa visione di abuso del diritto, quindi, ad essere protetto è unicamente l'interesse del titolare del diritto e perciò ogni controllo si limiterà a valutare l'effettiva corrispondenza *“fra interesse o scopo astratto prefigurato dalla norma e interesse o scopo concreto perseguito dal titolare”*⁶¹. Qualsiasi altro interesse contrapposto a quello del titolare è sacrificato in via di principio, senza alcuna valutazione sull'illeceità o meno dell'atto.

Dal momento che il limite alle prerogative del datore di lavoro non sarebbe *“cristallizzato dalla legge in una regola generale ed astratta”*⁶², questo potrebbe significare che viene demandato di volta in volta al giudice il compito di valutare la prevalenza di un interesse rispetto all'altro – interesse del lavoratore ed interesse del datore di lavoro. Considerandolo però in tal senso, lo si ricollegerebbe strettamente al cosiddetto principio di equità. *“Il giudizio secondo equità si differenzia dal giudizio secondo diritto, in primo luogo ed essenzialmente, per la mancanza di una norma positiva che astrattamente preveda come deve essere regolato il fatto e, in secondo luogo, per la soggettività della norma tecnica, e non si concreta in una realtà obiettiva, ma viene trovata e formulata nel giudizio”*.⁶³

L'equità attribuisce al giudice non il potere di decidere, ma il potere eccezionale di creare norme per ogni caso concreto e, per tale motivo, l'equità è prevista come ipotesi residuale da utilizzare solamente nei casi in cui il legislatore ne faccia espresso riferimento.

Il tradizionale modello su cui si fonda il sindacato giudiziale in merito ai “licenziamenti nell'interesse dell'impresa” ha radici in un'organizzazione del lavoro che si può definire come “rigida” con una concezione del posto di lavoro quale possesso del dipendente e soprattutto con una identificazione stabile tra “posto” e addetto.

⁵⁹ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 117

⁶⁰ *Idem*

⁶¹ Carinci M. T., *op. cit.*, p. 118

⁶² *Ibidem*, p. 96

⁶³ *Ibidem*, p. 97

Tale modello si basa, infatti, tuttora, sul resoconto di una relazione del 1968 scritta dal prof. Pera, a cui è seguita successivamente una precisazione da parte di G. F. Mancini. Secondo questo modello, *“sarà dato al giudice di accertare la consistenza delle ragioni indicate a giustificazione del recesso e di controllare la sussistenza di un preciso nesso causale tra il fatto costitutivo delle ragioni addotte ed il licenziamento, ritenendo ingiustificato il licenziamento medesimo quando la motivazione risulti pretestuosa o falsa o quando per altra via risulterà determinante un motivo illecito.”*⁶⁴ Ancora *“dovrà emergere un concreto nesso causale tra le scelte e le implicazioni in tema di conservazione del posto di lavoro, secondo una intrinseca coerenza strumentale e facendo riferimento a criteri obiettivi di valutazione ricavabili dalla normalità tecnico-produttiva, giusta massime di esperienza più o meno faticosamente identificabili”*⁶⁵. Sempre secondo la visione di Pera, il datore di lavoro potrà licenziare *“solo ove la decisione si sia resa necessaria per dar corso alle pregiudiziali scelte economiche e in tema di concreto assetto tecnico-produttivo”*⁶⁶ e, secondo Varva, di *“impossibilità di ricorrere a misure alternative idonee a salvaguardare il bene-occupazione nell’organizzazione data”*⁶⁷.

In altre parole, secondo l’or detto autore, per quanto le scelte tecnico-organizzative messe in atto dall’imprenditore non siano sindacabili nelle loro motivazioni, ciò che deve essere sottoposto al vaglio del giudice è l’effettività ovvero la reale sussistenza del motivo addotto dall’imprenditore che deve necessariamente rientrare all’interno dell’ampia nozione impiegata dalla norma sul giustificato motivo oggettivo.

In questa prospettiva risulta quindi fondamentale evidenziare la differenza tra il concetto di “motivazione” – o “ragione” – rispetto a quello di “scelta” insindacabile.

Secondo una parte della dottrina, il riferimento alle “ragioni” nascerebbe dallo scopo di individuare *“l’esistenza di una causa esterna ed oggettiva rispetto al recesso, perciò non rimessa unicamente alla volontà del datore di lavoro”*⁶⁸, il quale rimane comunque l’unico responsabile di prendere la scelta del licenziamento. L’autore, Cester, esemplifica la questione attraverso l’eventualità della perdita di una commessa particolarmente

⁶⁴ Pera G., *I licenziamenti nell’interesse dell’impresa*, p. 252

⁶⁵ *Ibidem*, p. 228

⁶⁶ *Idem*

⁶⁷ Varva S. *op. cit.*, p. 29

⁶⁸ Cester C., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *“Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”*, 2, 2017, p. 4

importante. Tale perdita potrebbe infatti essere la ragione oggettiva che porta al licenziamento di un dipendente, ma dipende solamente dal datore di lavoro prendere o meno tale decisione.

Una tale esplicita distinzione – tra ragioni e scelta – raramente viene compiuta dalla dottrina ed ancor meno dalla giurisprudenza, dove molto spesso accade che i due significati vengano confusi ed addirittura sovrapposti. Ponterio, in un articolo a commento di una recente sentenza di Cassazione⁶⁹, compie invece un interessante disamina dei loro significati, distinguendo come *“le “ragioni” attengono ai presupposti giustificativi del potere di recesso, includono quelle cause che rendono necessario, cioè determinano, l’intervento di organizzativo da cui consegue la soppressione del posto di lavoro e possono ricorrere, oltre che nelle situazioni di crisi di carattere non transitorio, più in generale, a fronte di condizioni di irrazionalità e di inefficienza organizzativa che impongano un intervento volto ad eliminare disfunzioni delle dinamiche aziendali. Tali ragioni rientrano nella sfera di valutazione del giudice in quanto componenti dei presupposti di legittimità di recesso. [...] Altro sono le decisioni che l’imprenditore assume liberamente per far fronte alle cause che rendono necessaria una modifica organizzativa, sulla bontà e congruità non compete al giudice intervenire eccetto che per rilevare nesso causale delle stesse rispetto alle “ragioni” esistenti a monte. Su un piano del tutto diverso si pongono poi gli obbiettivi perseguiti dall’imprenditore [...]”*⁷⁰

Allo stesso modo si esprime anche Santoro Passarelli per cui *“non si devono confondere le ragioni alla base della soppressione del posto con le scelte dell’imprenditore e tanto meno con le sue motivazioni. [...] le scelte e le motivazioni sono insindacabili, ma le ragioni [...] vanno accertate dal giudice non discrezionalmente bensì utilizzando criteri oggettivi e verificabili”*⁷¹

La problematica del sovrapporre tali due concetti – della ragione organizzativa e della scelta imprenditoriale – è quella di precludere al giudice quella che sarebbe la valutazione che dovrebbe compiere, ovvero sulla ragione, e permettere quindi all’imprenditore, in nome della libera iniziativa economica, di poter addurre il giustificato motivo oggettivo

⁶⁹ Cfr. sentenza di Corte di Cassazione n. 25201 del 7 dicembre 2016

⁷⁰ Ponterio C., *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in “questione giustizia” <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=1202>, 2017, pp. 6-7

⁷¹ Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie*, in Foro Italiano, 2017, col. 135

in qualsiasi occasione avendo come unica accortezza la reale sussistenza della modifica organizzativa e dell'effettiva soppressione del posto di lavoro.

Non va però dimenticato che la verifica di tali elementi non estingue il potere di controllo del giudice, il quale deve inoltre valutare quello che è il nesso causale tra la scelta compiuta dal datore di lavoro ed il particolare licenziamento. Il giudice deve quindi valutare che il licenziamento sia la conseguenza ultima della scelta imprenditoriale e che non nasconda invece un fine illecito o addirittura discriminatorio o fraudolento. Il licenziamento infatti è legittimo solamente qualora *“costituisca la conseguenza delle opzioni organizzative del datore di lavoro”*⁷². Il giudice deve quindi valutare se il licenziamento sia causalmente collegato alla ragione inerente l'attività produttiva dell'organizzazione.

Il legislatore ha cercato di enfatizzare il limite del controllo giudiziale attraverso la promulgazione prima dell'art. 69 l. 276/2003 che al terzo comma prevedeva *“il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento della esistenza del progetto, programma di lavoro o fase di esso e non può essere esteso fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte tecniche, organizzative o produttive che spettano al committente.”*. Concetto successivamente riconfermato ed ampliato attraverso la l. 183 del 2010 che, all'articolo 30, prevede *“[...] il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro [...]”*. La peculiarità del suddetto articolo, che ha lasciato perplessa la dottrina stessa, è il fatto che il giustificato motivo oggettivo venga espressamente indicato quale *“clausola generale”* quando la dottrina dell'epoca era unanime sul considerarlo quale norma generale. Allo scopo di rafforzare tale principio, l'articolo è stato modificato dalla legge 92/12 che al c. 43 dell'art. 1 ha aggiunto come la violazione di tale norma sia *“motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.”* *“Sembra si possa sostenere che l'ultima parte del primo comma dell'articolo 30 abbia il solo significato di vietare al giudice di controllare l'opportunità sociale e della razionalità tecnica delle scelte imprenditoriali oltre che le finalità perseguite dal datore*

⁷² Marinelli M., *op. cit.*, p. 24

*di lavoro, a meno che non ne emerga la pretestuosità, la discriminatorietà o la natura fraudolenta”.*⁷³

Secondo Perulli, la norma è un tentativo, destinato all’insuccesso, di applicare “*strategie di evitamento del controllo giudiziale sull’esercizio dei poteri giudiziali [...] orientando il giudice verso una visione assai modesta del controllo di legittimità che dovrebbe essere limitato alla verifica di due elementi [...] censurando l’atteggiamento selettivo della giurisprudenza*”⁷⁴ che richiederebbe una seria ragione atta all’efficiente gestione dell’impresa.

*“In realtà, l’impossibilità di un sindacato di merito si collega a filo doppio all’acquisizione secondo cui la facoltà di licenziare per ragioni economiche è rimessa all’esistenza di circostanze di fatto: l’assunto implicito è che, essendo tali circostanze verificabili oggettivamente, il controllo sulle stesse non ha il carattere “valutativo” che deve caratterizzare, di necessità, i controlli nel merito.”*⁷⁵

Nella pratica, però, si arriva a contraddire ciò che viene affermato in teoria. Un licenziamento dipende da atti e scelte compiute dal datore di lavoro, alcune di queste saranno sicuramente oggettivamente ed empiricamente valutabili, ma altre possono essere valutate diversamente secondo le opinioni personali di chi valuta. In ogni caso in entrambi i casi, anche se si tratta di valutazioni di fatto, possono nascere delle valutazioni cosiddette di merito.

Il rischio, evidentemente, è quello che chi giudica sostituisca la sua visione dell’impresa, in termini teorici, rispetto a quella dell’imprenditore, che rischia concretamente in proprio sulla stessa.

Dal punto di vista di Brun, il fatto stesso che ci sia una valutazione del giudice significa che esiste una valutazione di merito e che quindi la difficoltà è riconoscere entro quali limiti questa possa “espandersi”. Rimarca ancora De Angelis sostenendo che, dal momento che lo spazio di discrezionalità è particolarmente ampio, necessariamente la formazione e la cultura del giudice influenzeranno il suo giudizio, che potrebbe ben essere influenzato anche da caratteristiche ambientali, compassione sociale o altro, “*ragioni tutte che però non costituiscono canoni interpretativi riconosciuti dall’ordinamento*”.⁷⁶

⁷³ C. Zoli, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d.lgs. n. 23 del 2015*, in Ferraro G. (a cura di), “I licenziamenti nel contratto «a tutela crescenti»”, Cedam, Padova, 2015, p. 3

⁷⁴ Perulli A., *Efficient breach*, p. 578-579

⁷⁵ Brun S., *Il licenziamento economico*, p. 15

⁷⁶ De Angelis L., *Licenziamento per motivi economici*, p. 466

Dello stesso parere è senza dubbio anche il Perulli che ritiene sia “fuorviante” il divieto di un controllo di merito a favore del solo controllo di legittimità e che per definizione l'intervento del giudice non può essere disinteressato; infatti in ogni ordinamento in cui sia pretesa la giustificazione del licenziamento non esclude un controllo sulla “*realtà, congruità e serietà*”⁷⁷ delle ragioni consentendo al giudice “*una valutazione tanto sotto il profilo della sussistenza, quanto della razionalità strumentale e valoriale*”.⁷⁸

Secondo Pera dunque “*si tratta di intendersi sui limiti sostanziali del sindacato senza impostare il problema in termini di contrapposizione formale fra tipi di giudizio possibili essendo d'altro canto dubbia, nel nostro caso, l'alternativa sindacato di legittimità - di merito.*”⁷⁹

Dal momento che Pera scrisse la sua relazione nel 1968 – a due anni dalla promulgazione della l. 604 del 1966 – risulta evidente come la questione riguardante la contrapposizione tra giudizio di merito e giudizio di legittimità è sempre stato un tema assai dibattuto nell'ambito di questo contesto.

Allo stesso tempo, però, questo non significa che il giudice debba limitarsi ad una semplice ratifica e verifica della esistenza delle ragioni a fondamento del giustificato motivo oggettivo, ovvero di una modifica aziendale. Se infatti si limitasse a questo, si verrebbe a svuotare di significato il senso della norma stessa, arrivando a giustificare ogni licenziamento che abbia a fondamento una modifica aziendale effettivamente realizzata. Non accettando quindi una valutazione di mero ratificatore, ma neanche un orientamento che prevede un controllo penetrante sull'utilità sociale, la dottrina e la giurisprudenza hanno accolto una visione intermedia, rinvenibile nella teoria dell’“*ultima o extrema ratio*”.

Varva offre una definizione di *extrema ratio* quale “*rimedio ultimo e necessitato per soddisfare esigenze di impresa di carattere organizzativo e produttivo non altrimenti risolvibili*”⁸⁰. Questa teoria, sebbene non preveda la possibilità di giudicare il merito delle scelte imprenditoriali, prevede tuttavia che debba esistere uno stringente nesso tra la scelta imprenditoriale ed il licenziamento, che risulta legittimo qualora sia “*indispensabile per l'attuazione di determinate strategie dell'impresa*”.⁸¹

⁷⁷ Perulli A., *Efficient breach*, p. 567

⁷⁸ *Idem*

⁷⁹ G. Pera, *op. cit.*, p. 252

⁸⁰ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 29

⁸¹ Fontana G., *op. cit.*, p. 328

A questo scopo la giurisprudenza ha infatti introdotto il concetto di *repêchage*, ovvero l'obbligo, in seno alla parte datoriale, di poter licenziare solamente dopo aver valutato e dimostrato che non esiste nell'impresa un altro posto o mansione a cui il dipendente possa essere utilmente adibito. La visione dell'*extrema ratio* vuole essere la soluzione alla mediazione tra gli interessi contrapposti del mantenimento del posto di lavoro e dell'imprenditore.

La verifica dei suddetti elementi però non porta a confliggere con il conclamato principio di insindacabilità, poiché si tratta di quelli che si definiscono come limiti esterni e che quindi "limitano" il datore di lavoro solamente a valle delle sue decisioni e non lo obbligano a tenere un determinato comportamento modificando la struttura organizzativa dell'impresa.

Ci sono diverse posizioni su quelle che sono le conseguenze del principio predicato dall'articolo 30 della l. 183 del 2010. Secondo alcuni, l'interprete deve valutare solamente che il licenziamento non sia pretestuoso, illecito, arbitrario o discriminatorio, nonché il nesso causale con il rapporto da risolvere. Altri "*ammettono un controllo di proporzionalità in senso stretto con verifica del repêchage*".⁸²

Il controllo di proporzionalità è così utilizzato da Stefania Brun: L'autrice ritiene infatti che si possa mettere in atto un controllo di "proporzionalità", che comunque resti esterno e quindi non leda il principio di insindacabilità e che "*si basa sull'individuazione di circostanze la cui presenza rende accettabile o ragionevole da un punto di vista sociale, l'adozione dell'atto*".⁸³

Tale controllo da una parte sarà di ragionevolezza sociale, obbligatorio ogni qualvolta l'ordinamento preveda un obbligo di giustificazione del licenziamento e quindi atto allo scopo di valutare l'effettività della scelta e se questa rispetti le ipotesi previste dall'art. 3 e non nasconda invece un carattere pretestuoso o illecito.

La pretestuosità può riguardare sostanzialmente due ipotesi: la prima palese o diretta quando sono insussistenti le ragioni o il loro carattere strutturale; l'altra, in via in indiretta quando vi è "*un'interruzione del nesso di causalità*"⁸⁴ e seppure ci sia effettivamente la soppressione del posto, sarebbe stato possibile applicare il cosiddetto *repêchage*.

⁸² Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 15

⁸³ Brun, *Il licenziamento economico*, p. 24

⁸⁴ Maresca A., *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in "IPSOA quotidiano", 16 febbraio 2017.

Successivamente a questo è possibile, ma non obbligatorio, un controllo definito in senso stretto, ripreso direttamente dal principio dell'*extrema ratio*. Il controllo in tal senso può influenzare la scelta tra i potenziali destinatari qualora non sia identificabile un singolo lavoratore preciso.

Per quanto concerne la proporzionalità, un principio in tal senso in relazione al licenziamento economico, è introdotto anche da Perulli. Innanzitutto è da anticipare che tale principio di proporzionalità “*si articola in tre gradi di scrutinio: la verifica di idoneità/adequazione causale [...]; il controllo di necessità [...]; la ponderazione vera e propria [...]*”.⁸⁵ Rivolgendo tali caratteristiche al caso del licenziamento economico risulta evidente come l'idoneità/adequazione causale sia direttamente ricollegabile al requisito del nesso di causalità tra la scelta organizzativa ed il licenziamento stesso. Per quel che riguarda il controllo di necessità, questo si ricollega maggiormente ad una visione legata strettamente al principio dell'*extrema ratio*, ovvero ad “*una reale necessità organizzativa*”⁸⁶. La terza valutazione è naturalmente data dalla ponderazione dei diversi interessi in gioco compiuta dalla giurisprudenza, ovvero tra il diritto al mantenimento del posto di lavoro e la libertà economica del datore di lavoro.

Secondo Nogler, esaminando la *rationes decidendi* delle sentenze in tema di licenziamenti per modifiche organizzative, “*l'orientamento della sezione lavoro della Cassazione appare molto meno invasivo delle prerogative imprenditoriali di quanto viene spesso adombrato in dottrina*”⁸⁷ e le decisioni prese seguono tendenzialmente determinati andamenti.

Innanzitutto, nel caso in cui non siano stati provati elementi che mettano in discussione l'effettività o provino la fraudolenza del licenziamento od un qualche altro elemento illecito, la Cassazione opta per una mera valutazione dell'effettività della scelta senza entrare nel merito delle ragioni imprenditoriali. Quindi, più la motivazione mette in evidenza il “*quid novi*” ovvero la necessità della modifica organizzativa, minore sarà il richiamo e l'accertamento dei motivi imprenditoriali.

Al contrario, infine, maggiori sono le evidenze di illiceità del licenziamento, maggiormente la i giudici richiederanno al datore di dimostrare le proprie ragioni. Proprio in questo senso la Brun scrive che valutazioni sui motivi alla base della scelta avvengono

⁸⁵ Perulli A., *Il licenziamento per motivi economici*, p. 143

⁸⁶ *Idem*

⁸⁷ Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i “principi” costituzionali*, in “Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali”, 116, 2007, p. 35

“solo nei casi in cui durante il processo fallisca, per così dire, la prova sulla veridicità della scelta stessa”⁸⁸.

In conclusione “...il giustificato motivo oggettivo ricorre se il datore modifica effettivamente la struttura organizzativa dell’impresa, se la modifica è motivata e diretta ad un fine genuinamente economico tecnico-organizzativo, se vi è una connessione stringente tra la modifica organizzativa e la posizione del singolo lavoratore e al contempo non esiste altra collocazione, nell’ambito dell’impresa, confacente con le sue mansioni”⁸⁹.

1.2 Il concetto di *firing cost* e la visione legata ad una analisi economica del diritto

Si può dire che l’analisi economica del diritto si muova dall’opinione pregiudiziale che gli uomini agiscano in maniera razionale e che quindi il loro comportamento “*possa essere influenzato dalle regole giuridiche, per mezzo di incentivi e disincentivi*”⁹⁰ con lo scopo di massimizzare il benessere collettivo. Fin quando il modo più efficiente di raggiungere tale obiettivo sarà la norma giuridica questa dovrà essere rispettata, altrimenti a tale norma verrebbe a mancare la ragion stessa di esistere. La peculiarità di tale analisi è proprio l’essere focalizzata più che su le norme in sé, su quelli che sono invece gli effetti raggiungibili.

Inoltre “*l’analisi economica del diritto ripone molta fiducia nella possibilità di calcolare i vari benefici e costi sociali al fine di suggerire al legislatore o al giudice come formulare o applicare le leggi per raggiungere l’efficienza*”.⁹¹

Ed è proprio in questo senso che ha operato Ichino nella concezione del cosiddetto “*firing cost*” ovvero “costi di licenziamento” di cui è senza dubbio il principale sostenitore. Valente parla invece di *severance cost* ovvero costi di allontanamento.

La principale caratteristica del pensiero dell’or citato Ichino, risiede nel concetto di “perdita attesa” ovvero una quantificazione della perdita che il datore di lavoro subirebbe

⁸⁸ Brun S., in Nogler L., et al., *Disciplina dei licenziamenti*, p. 417

⁸⁹ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 11

⁹⁰ Gandini F., *Il matrimonio forzato: brevi note su riforma dei licenziamenti ed efficienza della regola giuridica*, in “Rivista italiana di diritto del lavoro”, n. 3, 2016, p. 1-2

⁹¹ Perulli A., *Il licenziamento per motivi economici*, p. 135

qualora *“dalla prosecuzione del rapporto derivino complessivamente per l’azienda costi superiori rispetto all’utilità prodotta”*⁹².

Il concetto di perdita attesa è riconducibile al concetto di costo-opportunità che *“esprime il costo derivante dal mancato sfruttamento di un’opportunità concessa al soggetto in alternativa alla scelta effettuata”*⁹³, da cui si distingue il costo contabile, ovvero *“l’esborso monetario connesso alla scelta effettuata”*.⁹⁴

Il giustificato motivo oggettivo, quindi, per l’autore, sarebbe integrato ogniqualvolta la perdita attesa prevista dovesse essere superiore ad una determinata soglia. A conferma di ciò, seguendo un’affermazione comune della dottrina, *“sarebbe contraria ai principi dell’ordinamento l’imposizione all’imprenditore del mantenimento di un rapporto di lavoro destinato a svolgersi complessivamente in perdita”*⁹⁵. Dello stesso parere è Pera, per il quale *“niente autorizza ad addossare al datore di lavoro il costo della manodopera comunque eliminabile e riducibile con modificazioni tecnico-produttive”*⁹⁶.

Questo non significa però che una qualsiasi perdita attesa possa configurare un’ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dal momento che, per ammissione dello stesso autore, se così fosse si verrebbe in pratica ad eliminare qualsiasi limitazione alla facoltà di licenziamento introdotta dall’art. 3 della l. 604 del 1966, tornando quindi ad un licenziamento *ad nutum*.

Elemento cardine della questione risulta quindi l’identificazione dell’entità di tale soglia, che risulta essere un vero e proprio elemento di discriminazione tra legittimità e illegittimità del licenziamento. La quantificazione di tale perdita attesa naturalmente pone naturalmente le basi su un giudizio prognostico, che non può essere avvallato da documenti o testimoni.

Al di sotto di tale soglia, infatti, per quanto possa essere associata l’esistenza di una perdita attesa, l’autore ritiene che *“l’impresa deve farsi carico della prosecuzione del rapporto anche in perdita”*⁹⁷ e ciò in base ad un contenuto assicurativo che l’autore ritiene sia contenuto in ogni contratto di lavoro.

⁹² Ichino P., *Licenziamento individuale*, in “il contratto di lavoro”, 1999, volume III, cap. XVI, p. 19

⁹³ Novella M., *I concetti di costo contabile di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in nota a Cass. civ. 10 maggio 2007, n. 10672 sez. lav., p. 990

⁹⁴ *Idem*

⁹⁵ Ichino P., *op. cit.*, p. 19

⁹⁶ Pera G., *op. cit.*, p. 252

⁹⁷ Ichino P., *op. cit.*, p. 20

Per poter valutare tale soglia è necessario accertare il prezzo che il datore di lavoro è disposto a pagare al dipendente perché si arrivi ad una cessazione del rapporto di lavoro, che equivale per l'appunto al suddetto *firing cost*. Tale somma sarà, implicitamente, inferiore rispetto alla perdita attesa prevista dal datore di lavoro che non sarà naturalmente disposto a pagare più di quanto prevede di perdere.

Secondo Ichino, una simile valutazione, ovvero una “*valutazione prognostica circa una perdita economica apprezzabile conseguente alla prosecuzione del rapporto in determinata da un costo contabile e/o di costo opportunità*”⁹⁸ è ciò che compie in realtà ogni giudice nel momento in cui si trova a dover valutare la legittimità o meno di un licenziamento.

Interessante è osservare che questo orientamento formulato da Ichino e da questi posto, in ultimo, a fondamento della propria proposta di riforma del codice del lavoro, trovi riscontro in un disegno di riforma compiuto in Francia dagli economisti Olivier Blanchard e Jean Tirole che prevede proprio la sostituzione di qualsiasi valutazione giudiziale nel licenziamento economico con un sistema di tassazione, *layoff tax*. Lo scopo di tale riforma è quello di “*internalizzare i costi sociali del licenziamento evitando di farne passare al vaglio del giudice i motivi*”⁹⁹, ponendo a carico del datore di lavoro tutti i costi derivanti dal licenziamento. Tra i suddetti costi rientrano quindi il danno per la perdita del posto, da indennizzare con congrua buona uscita, e la partecipazione dell'impresa a pagare una parte di un sistema assicurativo, per i costi derivanti dalla disoccupazione, che sia commisurato al numero di licenziamenti compiuti da quella stessa impresa.

La mancanza di un qualsivoglia controllo giudiziale di tale modello economico è determinata dall'intento di rendere legittimo ogni licenziamento che sia motivato da ragioni economiche nel momento in cui l'impresa si onera di pagare tutti i costi associati al licenziamento.

Tale modello però incontra degli ostacoli nel momento in cui riconosce che questo sistema di tassazione così alto non è dovuto qualora via sia una colpa del lavoratore, il che può portare a comportamenti opportunistici sia da parte del lavoratore, che volendo dimettersi tenta di essere licenziato per ottenere la *layoff tax*, o al contrario da parte dell'impresa che, per evitare di pagare, cerca di attribuire una componente di soggettività al licenziamento. Ancora più complessa risulta il licenziamento “*costituito da*

⁹⁸ Ichino P., *op. cit.*, p. 24-25

⁹⁹ Valente L., *op. cit.*, p. 422

comportamenti che abbiano un profilo economico, dunque che si traducano in una volontaria riduzione dell'impegno e pertanto della produttività".¹⁰⁰ In questo caso risulta quindi assai arduo riuscire a dimostrare la volontarietà dello scarso rendimento, rendendo "il confine tra licenziamenti per motivo economico o licenziamenti per colpa o disciplinari [...] tenue, e non di rado distinguibile".¹⁰¹

Tornando a quella che è la versione di tale teoria promossa da Ichino, questa è fortemente contrastata dalla visione di Novella, per il quale, qualora davvero ci fosse una valutazione dei costi da parte dei giudici, questa sarebbe dal punto di vista dei "costi sociali." "La nozione di costo sociale comprende sia i costi privati sostenuti da un soggetto a seguito di una decisione, sia i costi c.d. esterni, quelli cioè sostenuti da soggetti terzi a seguito della decisione presa dal soggetto agente. I costi esterni sono spesso non-monetari e quindi difficili da quantificare e comparare con i costi espressi in valori monetari."¹⁰² In questo senso quindi talvolta i giudici operano delle valutazioni sul profilo dell'equilibrio tra costi interni, privati, e costi esterni.

Ad ogni modo, dal momento che, secondo Ichino, in tal modo la concezione dell'insindacabilità giudiziale sarebbe quindi solamente teorica poiché se realmente applicata eliminerebbe ogni limitazione al potere di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, un licenziamento sarebbe illegittimo soltanto qualora la modifica non fosse stata effettivamente compiuta o dovesse rivelarsi pretestuosa. Il detto Autore ritiene che sarebbe quindi auspicabile sostituire il fallace controllo giudiziale, con un mero "filtro economico" in cui è il datore stesso, il quale meglio di chiunque altro conosce la propria impresa e le sue necessità, a valutare la perdita attesa e pagare o meno il *firing cost*. L'intervento del giudice sarebbe quindi limitato a valutare l'eventuale sussistenza di elementi di illiceità e a determinare, di volta in volta, la soglia del *firing cost* nel rispetto dell'insindacabilità delle scelte datoriali. Ancora meglio, sempre secondo Ichino, sarebbe se il filtro fosse automatico ovvero fondato su soglie che siano determinate legalmente, standardizzate, in base a variabili rilevanti "capace di neutralizzare il giustificato motivo oggettivo, o meglio, di ridefinirlo in termini meramente quantitativi"¹⁰³.

È discusso se per determinare tale soglia debba adottarsi un criterio che sia standard, generalizzato e applicabile al medesimo modo in ogni situazione o se invece debba essere

¹⁰⁰ Ponterio C., *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, in "Il mulino", 3, 2015, p. 446

¹⁰¹ *Idem*

¹⁰² Novella M., *op. cit.*, p. 3

¹⁰³ Perulli A., *Il licenziamento per motivi economici*, p.136

mediato caso per caso in base al pregiudizio sofferto dal dipendente. Per rispondere a tale questione si può notare come la giurisprudenza sia in pratica favorevole a tale ultima visione dal momento che prevede infatti l'applicazione di determinati criteri di scelta, che la norma prevede debbano essere applicati solamente ai casi di licenziamenti collettivi. Ma di ciò, più diffusamente, nel seguente capitolo.

A dimostrazione dell'orientamento di parte della dottrina fondato sulle ragioni della razionalità economica, non molto diversamente dal concetto di *firing cost*, si muove la tesi giuseconomica dell'*efficient breach of contract*, ovvero della "rottura efficace del contratto". Secondo tale tesi "la norma giuridica deve poter essere violata, dietro corresponsione di un risarcimento economico, senza applicazione di danni punitivi e tantomeno senza imporre l'esecuzione in forma specifica, onde ciascun soggetto possa scegliere se rispettare o meno la legge mediante compensazione finanziaria."¹⁰⁴. In questa ottica il licenziamento si ridurrebbe quindi ad un mero calcolo finanziario e sarebbe perciò giustificato per un "qualunque motivo opportunistico di recesso"¹⁰⁵.

In questa visione liberista, a maggior ragione, è evidente il tentativo di ridurre il controllo giudiziario ad un "atto di mera ricognizione notarile di una posta economica più o meno predeterminata"¹⁰⁶. Si possono rinvenire le ragioni di tale avversione al controllo giudiziale in tre questioni di ordine pratico, dogmatico e sociale.

Innanzitutto, dal punto di vista prettamente pratico, è ritenuto che il giudice manchi delle sufficienti competenze per compiere valutazioni di carattere economico-gestionale quali si possono ritrovare nel governo di un licenziamento.

Esercitando il proprio controllo, dal punto di vista dogmatico, il giudice "tende a fare cattivo uso dei principi giuridici che governano l'equilibrio tra i valori dell'iniziativa economica e della tutela del lavoratore"¹⁰⁷. Il giudice dovrebbe quindi essere impossibilitato a sottoporre il motivo oggettivo di licenziamento ad un controllo approfondito di razionalità, dovendosi solamente limitare a valutarne la sussistenza.

Socialmente parlando, il controllo del giudice produrrebbe un impatto negativo sull'occupazione, dal momento che una troppo rigida protezione dell'impiego indurrebbe le imprese sia nazionali che estere a non investire nel nostro paese e soprattutto a non

¹⁰⁴ Perulli A., *Efficient breach*, p. 563

¹⁰⁵ *Idem*

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 564

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 566

assumere con contratto a tempo indeterminato per paura di trovarsi con manodopera, considerata eccedente, non eliminabile e comunque da continuare a retribuire.

Ognuna di queste argomentazioni è facilmente criticabile, innanzitutto poiché le valutazioni del giudice non devono riguardare elementi tecnici economici bensì giuridici, ed inoltre è concessa al Magistrato la possibilità di nominare un esperto che lo coadiuvi. Si può affermare inoltre che il controllo giudiziale non viola alcuna prerogativa costituzionale dal momento che *“trova un suo preciso fondamento nell’applicazione del principio di razionalità/proporzionalità”*.¹⁰⁸ Infine non risulta esserci alcuna evidenza empirica che dimostri una correlazione tra “protezione dell’impiego” ed “occupazione”. Oltretutto il principio dell’*efficient breach* deriva da quello che è il sistema anglosassone del *common law* che prevede una normativa diversa per quanto concerne gli inadempimenti contrattuali rispetto al nostro ordinamento che segue il sistema della *civil law*. Per tali motivi non si può affermare che la visione di “rottura efficiente” nel nostro ordinamento sia stata recepita *tel quel* dall’originale, ma sicuramente è stato di ispirazione alla creazione di un, per così dire, ibrido.

Sebbene operando in maniera diversa, *“molti dei principi delineati dalla giurisprudenza circa le caratteristiche che la fattispecie deve presentare per costruire idonea giustificazione del recesso datoriale trovano corrispondenza sul piano del diritto positivo proprio nella disciplina codicistica dell’eccessiva onerosità sopravvenuta”*.¹⁰⁹

Valutare la questione in base ad un principio di “eccessiva onerosità” può essere utile per risolvere l’annosa questione proprio tra ragione e scelta imprenditoriale insindacabile. Tale concetto è inoltre valutato all’interno della sentenza della Cassazione n. 23620 del 18 novembre 2015. Come scritto nella nota a sentenza di Zampini, la Suprema Corte avrebbe introdotto una valutazione in base a quella che si definisce per l’appunto “eccessiva onerosità sopravvenuta” definita dagli artt. 1467 e ss. del codice civile. A differenza però del testo della legge, che si riferisce al “verificarsi di avvenimenti straordinari ed imprevedibili” in questo caso sarebbe stata applicata una valutazione di *“semplice onerosità non prevista, alla stregua delle conoscenze ed esperienze di settore”*¹¹⁰. Tale sopravvenienza può ben quindi riferirsi ad una valutazione

¹⁰⁸ Perulli A., *Efficient breach*, pp. 567-568

¹⁰⁹ Calcaterra L., *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009, 231

¹¹⁰ Zampini G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e riorganizzazione del lavoro. Un’ipotesi di recesso ad nutum?*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 6, 2016, p. 584

dell'imprenditore successiva al contratto che valuta, in questo caso ad esempio, la necessaria sostituzione di una dipendente con una con una maggiore qualifica.

Capitolo II

2. Le fattispecie di licenziamento alla luce della giurisprudenza

Dal momento che l'art. 3 l. 604/66 non evidenzia esplicitamente le fattispecie che possano integrare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la dottrina, come precedentemente scritto, ha cercato di specificare alcune ipotesi, limitando le variabili, ovvero utilizzando in via analogica quelli che sono i requisiti richiesti all'art. 24 della l. 223/91 per i licenziamenti collettivi, ovvero *“in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro [...] anche quando le imprese di cui al medesimo comma intendano cessare l'attività.”*

Dall'analisi combinata di quest'ultimo articolo e della giurisprudenza è possibile quindi identificare quattro macro ipotesi principali, al verificarsi delle quali si ritiene possa integrarsi il giustificato motivo oggettivo, escludendo per adesso quella esplicitamente riferita al caso di cessazione dell'impresa.

Una prima ipotesi riguarda la riduzione dell'attività all'interno all'azienda, ovvero nei casi in cui l'imprenditore decida, mantenendo inalterato l'attività aziendale, di diminuire il volume occupazionale *“mediante una più razionale ed intensa utilizzazione delle risorse umane anche nella loro combinazione con altri fattori produttivi”*¹¹¹. Il datore di lavoro può raggiungere tali scopi ad esempio attraverso l'automatizzazione di una data modalità di produzione per cui il lavoratore viene licenziato poiché sostituito da un macchinario od attraverso l'“esternalizzazione di attività produttive” in cui vengono affidati a terzi determinati segmenti produttivi che precedentemente erano invece svolti all'interno dell'impresa.

Un secondo caso riguarda invece la riduzione del lavoro, valutabile come la *“riduzione dei livelli di attività, sia essa frutto di una scelta del datore di lavoro o di una situazione di mercato, che si autoimpone dall'esterno”*¹¹² messa in atto con una *“contrazione della produzione realizzata anche attraverso la mera riduzione del personale”*.¹¹³ È quindi evidente come, qualora l'impresa stia attraversando una crisi, ovvero abbia gravi perdite

¹¹¹ Calcaterra L., in De Luca Tamajo R., *I licenziamenti individuali e collettivi*, p. 67

¹¹² *Idem*

¹¹³ *Idem*

di bilancio o abbia perso un importante commessa, il licenziamento attuato allo scopo di ridurre i costi sia da considerarsi legittimo. Per quanto concerne le caratteristiche che tale crisi deve possedere per essere valutata come valido giustificato motivo, si rimanda ai paragrafi seguenti.

Infine, le ipotesi di trasformazione del lavoro e dell'attività vengono normalmente associate alla redistribuzione delle mansioni affidate precedentemente al dipendente licenziato o alla sua sostituzione con *“l'attività espletata direttamente dal datore, da amministratori della società [...]”*¹¹⁴. Anche su questo punto ulteriori specificazioni verranno fornite nei successivi paragrafi.

Tra le possibili fattispecie di giustificato motivo oggettivo è da includere anche il caso della cessazione dell'impresa, la quale, come più volte affermato, rientra a tutti gli effetti tra le libertà dell'imprenditore riguardo al cosiddetto *an* dell'attività imprenditoriale. Da tale motivo infatti *“consegue che la cessazione non deve necessariamente essere collegata ad una crisi aziendale”*¹¹⁵.

Teoricamente parlando, secondo la giurisprudenza, la cessazione dell'impresa può considerarsi quale un giustificato motivo soltanto qualora l'imprenditore dimostri l'avvenuta cessazione dell'attività produttiva ovvero la completa disgregazione dell'azienda. Praticamente parlando, invece, la visione giurisprudenziale è meno rigida e difatti, ad esempio, secondo una certa sentenza *“nel caso in cui sia accertata la totale cessazione dell'attività imprenditoriale da parte del datore di lavoro, la legittimità del licenziamento intimato ai lavoratori per giustificato motivo oggettivo non è esclusa né 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, né 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.”*¹¹⁶ Oltre che nel caso di permanenza di alcuni dipendenti, per i motivi suddetti, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo risulterà legittimo anche qualora vengano ancora messe in atto attività di vendita e custodia delle residue giacenze di magazzino.

¹¹⁴ Calcaterra L., in De Luca Tamajo R., *I licenziamenti individuali e collettivi*, p. 68

¹¹⁵ Zambelli A., *Licenziamenti e sanzioni disciplinari*, Guide pratiche Sole24Ore, 2 ed., 2006, p. 138

¹¹⁶ Cass. n. 8601 del 16 luglio 1992

Oltre all'ipotesi definitiva di cessazione dell'impresa è possibile osservare anche l'ipotesi del trasferimento di ramo d'azienda. Rientrano in tale concetto *“tutte quelle operazioni che comportino il mutamento nella titolarità dell'azienda indipendentemente dal mezzo negoziale adoperato per conseguire detto risultato”*¹¹⁷. Il trasferimento d'azienda è normato dall'art. 2112 c.c. e prevede che *“in caso di trasferimento d'azienda, il rapporto di lavoro continua con il cessionario ed il lavoratore conserva tutti i diritti che ne derivano.”* Per quanto concerne invece la possibilità di licenziare, l'evenienza è specificatamente previsto dall'art. 2112 c.4 secondo cui *“ferma restando la facoltà di esercitare il recesso ai sensi della normativa in materia di licenziamenti, il trasferimento d'azienda non costituisce di per sé motivo di licenziamento.”* In altre parole il trasferimento d'azienda o di ramo d'azienda non può costituire esso stesso motivo di licenziamento, ma devono comunque essere dimostrati i requisiti del giustificato motivo o della giusta causa.

Un ulteriore fattispecie che la giurisprudenza ha rilevato in numerose occasioni, riguarda il licenziamento derivato dal rifiuto del dipendente di trasformare il proprio contratto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale, ovvero il cosiddetto part-time.

*“Viene in primo luogo imposto che la trasformazione del contratto da tempo pieno a tempo parziale non possa mai derivare da un atto unilaterale del datore, ma sempre e unicamente da accordo scritto tra datore e lavoratore.”*¹¹⁸ La maggioranza della giurisprudenza ha ritenuto il suddetto licenziamento come legittimo in quanto si tratta di un *surplus* di lavoro, ovvero viene operato un mero ridimensionamento quantitativo dell'attività ed in un certo qual modo si può dire che si venga ad integrare una sorta di forma di *repêchage* per cui, invece del licenziamento, il dipendente diminuisce solamente il proprio orario lavorativo.

Secondo anche la sentenza della Cassazione n. 21875 del 2015 non è necessario considerare a priori illegittimo il licenziamento per il rifiuto della trasformazione del rapporto di lavoro, ma *“impone di ritenere che il datore di lavoro che licenzi il lavoratore che rifiuta la riduzione di orario ha l'onere di dimostrare che sussistono effettive esigenze economico-organizzative in base alle quali la prestazione non può essere mantenuta a*

¹¹⁷ Zambelli A., *op. cit.*, p. 139

¹¹⁸ Fontana F., *Il rifiuto del lavoratore alla trasformazione del contratto di lavoro da full-time a part-time non costituisce in sé giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *“Argomenti di diritto del lavoro”*, 1, 2016, p. 78

tempo pieno, ma solo con l'orario ridotto, nonché il nesso causale tra queste e il licenziamento.”

Nel caso opposto, invece, qualora il rifiuto del dipendente sia per il passaggio dal part-time al tempo pieno, la questione diventa più complessa e la giurisprudenza risulta essere particolarmente divisa al riguardo. Una parte ritiene l'eventuale licenziamento come legittimo in base ad una valutazione letterale dell'art. 3 l. 604/66, sempreché il datore di lavoro dimostri le ragioni organizzative che richiedono la copertura dell'intero orario e la vana ricerca di altro personale disposto a coprire quella posizione lavorativa. Un orientamento avverso invece nega tale possibilità per una valutazione puramente economica dal momento che ritiene che mantenere in organico un maggior numero di dipendenti part-time piuttosto che solo alcuni a tempo pieno risulti essere maggiormente gravoso per l'impresa. Allo stesso modo gli studiosi di scienze dell'organizzazione affermano che, in imprese di piccole medie dimensioni, gestire e coordinare più dipendenti part-time produce una minore efficienza rispetto ad un numero minore di dipendenti ma a tempo pieno. Questa valutazione dovrebbe perciò permettere al datore di lavoro la possibilità di licenziare coloro che si rifiutano di passare al tempo pieno.

Secondo un'ulteriore ipotesi ancora, il licenziamento dovrebbe essere considerato illegittimo proprio *“perché la richiesta formulata dal datore di lavoro di aumentare la prestazione lavorativa oraria del dipendente costituisce di per sé la prova che non c'è alcuna necessità di sopprimere il posto di lavoro occupato dal dipendente e che quindi non sussiste il giustificato motivo oggettivo per procedere al licenziamento”*¹¹⁹.

La questione finora così dibattuta si può considerare risolta successivamente all'emanazione del *Jobs Act* che prevede espressamente al c.1 art. 8 d.lgs. 81 del 2015 che *“Il rifiuto del lavoratore di trasformare il proprio rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale, o viceversa, non costituisce giustificato motivo di licenziamento”*.

2.1 La tesi dominante classica: il licenziamento come *extrema ratio*

Una delle questioni più dibattute sia all'interno della dottrina che della giurisprudenza *“riguarda la rilevanza o meno dell'esigenza economica posta a fondamento del*

¹¹⁹ Fontana F., *op. cit.*, p. 78

licenziamento”¹²⁰ ovvero se “*qualsivoglia motivazione economica, purché genuinamente tale, possa integrare un giustificato motivo oggettivo o se dalla definizione di questo possa desumersi una selezione*”¹²¹, selezione che potrebbe essere da una parte disposta legalmente *ex ante*, oppure con una valutazione compiuta di volta in volta dal giudice. Si tratta quindi di una questione che nasce dal “*dubbio sull’esatto bilanciamento effettuato dal legislatore tra la libertà d’impresa e il diritto alla stabilità del rapporto di lavoro*”¹²², ma soprattutto dal fatto che, ad oggi, la Cassazione a Sezioni Unite non è ancora intervenuta a dettare un preciso indirizzo a tale materia.

Si può infatti affermare che lo scopo ultimo del licenziamento per ragioni economiche sia naturalmente collegato ad un obiettivo di diminuzione dei costi e, per quanto sia naturalmente implicito che questo sia legittimo qualora l’impresa, per motivi interni o di mercato, si trovi in una situazione di crisi, lo stesso non si può dire qualora lo scopo ultimo sia la sola riduzione dei costi o l’incremento dei profitti senza che vi sia di fondo una crisi o un bilancio in negativo.

L’orientamento tradizionale che ha influenzato la maggior parte delle sentenze fino ad oggi, prevede infatti che risultino essere legittime “*le sole ragioni dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli, al fine di salvaguardare gli equilibri economici dell’impresa e quindi anche la possibilità di mantenimento dei livelli occupazionali*”¹²³ ovvero la necessità “*di fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva, imponendo un’effettiva necessità di riduzione dei costi*”¹²⁴. Ancora, “*l’esigenza di riduzione dei costi [...] dev’essere imposta, non da un generico e astratto timore di conseguenze sfavorevoli, ma da una concreta e seria ragione [...] relativa all’utile gestione [...] dell’azienda, nell’ambito dell’economia di mercato, e non di per sé dall’accrescimento dei profitti (che, da solo, sarebbe un motivo personale dell’imprenditore)*”¹²⁵. Per quanto riguarda l’elemento di non contingenza, è opinione di Varva che questo possa risultare alquanto fuorviante dal momento che non è naturalmente possibile pretendere che il datore di lavoro, sebbene operi una valutazione a livello prognostico, possa prevedere esattamente la durata della crisi economica. La situazione cambia qualora sia evidente la prevedibilità di un certo

¹²⁰ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 47

¹²¹ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p.67

¹²² *Idem*

¹²³ Cass. n. 5777 del 11 aprile 2003

¹²⁴ Cass. sez. unite n. 4164 del 18 aprile 1991

¹²⁵ *Idem*

atto, come ad esempio non è possibile addurre quale giustificato motivo oggettivo una crisi dovuta alla mancanza di una determinata concessione che si ha la previsione verrà invece confermata entro pochi mesi.

Secondo Speciale i giudici valutano che la crisi si debba star protrando da un periodo di tempo non inferiore ai due, tre anni per poter essere definita non contingente.

Una importante questione riguarda anche quella che deve essere per così dire, l'entità della crisi economica. L'orientamento giurisprudenziale maggiormente volto a considerare la crisi quale requisito necessario ha infatti ritenuto di valutarla attraverso diverse sfumature: *“vi sono pronunce che si limitano a richiedere la prova della situazione economica sfavorevole tout-court; altre che esigono ulteriormente la dimostrazione di una crisi strutturale, ovvero non meramente contingente; altre ancora che legittimano il licenziamento solo in caso di una congiuntura economica gravemente negativa”*¹²⁶. Dal punto di vista di Speciale, ad esempio, la crisi deve essere *“dotata di una certa rilevanza e non di modestissima consistenza”*¹²⁷.

L'entità della crisi può essere facilmente valutata grazie a quella che può essere un'analisi delle passività di bilancio, del fatturato, dell'andamento dell'indebitamento bancario, dell'andamento del margine operativo lordo, delle commesse, dei costi di gestione...

Secondo altre tesi, come quella di M.T. Carinci, invece, quantunque vi sia una riduzione di costi derivanti dal licenziamento, qualsiasi sia l'entità o la natura di tale risparmio, questo integra il giustificato motivo oggettivo, naturalmente purché il motivo sia veritiero, genuino e non nasconda intenti illeciti o discriminatori e non sfoci nell'abuso del diritto, già precedentemente affrontato.

Allo stesso tempo la giurisprudenza sostiene anche che *“una situazione debitoria dell'azienda non integra di per sé una ristrutturazione organizzativa, né a questa conferisce effettività”*¹²⁸. In questo senso è ritenuto che non dipenda dall'entità della crisi in sé, ovvero se sia o meno sufficientemente grave, ma se *“tale situazione ha effettivamente condotto all'adozione di provvedimenti organizzativi che rendono superfluo il lavoratore licenziato”*¹²⁹.

¹²⁶ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 69

¹²⁷ Speciale V., *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o “normale” licenziamento economico?*, in “Licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, a cura di Perulli A., Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione, p. 126

¹²⁸ Cass. n. 2353 del 17 febbraio 2003

¹²⁹ Calcaterra L., *op. cit.*, p. 231

Secondo una certa visione della dottrina, qualora si dovesse ritenere la crisi aziendale come “temporanea”, questa non potrebbe fondare un giustificato motivo oggettivo per un licenziamento, ma al massimo per una sospensione avendo carattere di mera occasionalità. Tale visione è però opinabile da diversi punti di vista, primo tra tutti l'impossibilità di poter prevedere la reale temporaneità della crisi stessa. Inoltre, per quanto sia da considerare una soglia di tollerabilità da parte del datore di lavoro in ordine alla protezione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non è possibile escludere il licenziamento in caso di “fluttuazioni congiunturali del mercato” dovendo però le ragioni essere “*serie e, almeno potenzialmente, durevoli*”¹³⁰

Una delle critiche fondamentali alla predetta visione restrittiva del licenziamento risiede nel fatto che questa permetta al datore di lavoro di licenziare solamente qualora sia evidente, ovvero già in corso, lo stato di crisi, non permettendo quindi che l'imprenditore possa prevenire tale situazione appena ne abbia le prime avvisaglie.

Speziale ritiene che questa visione, portata avanti da De Luca Tamajo, non sia corretta, dal momento che la necessità del recesso “*non implica la situazione di “tracollo” dell'impresa*”¹³¹, ma semplicemente sono pretesi requisiti che siano più rigorosi, tali cioè “*che possono riguardare sia la volontà di evitare una possibile crisi futura, sia la necessità di preservare la competitività dell'impresa*”¹³².

Dal punto di vista giurisprudenziale non vi sono dubbi che la tesi classica dominante, sia stata quella più stringente, che pretende la dimostrazione, da parte del datore di lavoro, di quello che è lo stato di crisi. Alcune recenti sentenze a favore di ciò sono la n. 19616 del 2012, ma anche la n. 20534 del 2015 e 5173 sempre 2015.

Questo orientamento stringente che, addirittura può arrivare ad affermare che il licenziamento sia legittimo “*solo se risulti in qualche modo minacciata l'integrità, l'incolumità o addirittura la sopravvivenza dell'impresa*”¹³³ deriva senza ombra di dubbio dalla teoria dell'*extrema ratio*.

Non esiste una vera e propria definizione del concetto di *extrema ratio*, dal momento che sia la dottrina che la giurisprudenza l'hanno utilizzata spesso con accezioni diverse. Sicuramente alla base di ognuna di queste vi è il desiderio di “*esprimere possibili modelli*

¹³⁰ Calcaterra L., *op. cit.*, p. 247

¹³¹ Speziale V., *op. cit.*, p. 164

¹³² *Idem*

¹³³ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 52

concettuali di bilanciamento fra interesse del datore di lavoro a disporre dell'organizzazione ed interesse del lavoratore a conservare l'occupazione".¹³⁴

Una delle tesi più risalenti si riallaccia ad uno dei primi commentari successivi all'emanazione dello "Statuto dei lavoratori", dove si veniva proprio a formare la cosiddetta teoria dell'*extrema ratio*, dal momento che indicava "*il limite della giustificazione nell'opportunità sociale, scevra dalle esigenze aziendali, da identificarsi nelle ipotesi residue una volta effettuati le misure repêchage, i corsi, la ristrutturazione e qualsiasi altra misura che potesse salvare l'occupazione ad ogni costo*".¹³⁵

In questo senso è quindi interessante valutare la disamina compiuta da M.T. Carinci in un recente articolo dove questa esamina quello che è appunto il concetto di *extrema ratio* e come questo sia stato finora utilizzato dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Maggiormente a favore del lavoratore è la visione di tale teoria che gli attribuisce un "diritto-pretesa" alla conservazione del posto e contemporaneamente un obbligo al datore di lavoro a garantire il posto di lavoro "*quali che ne siano i costi economici fino a quando conservare l'occupazione non determini un rischio per la sopravvivenza stessa dell'impresa*"¹³⁶. Come risulta evidente, questa è una lettura estremamente forte e stringente che di fatto limita il potere del datore di lavoro che, qualora anche volesse compiere una modifica organizzativa, dovrebbe necessariamente attuare "*misure che abilitino i prestatori di lavoro ad adempiere ad altre mansioni o le nuove mansioni create dall'innovazione in cui la scelta si concreta*"¹³⁷ perché si possa considerare integrato il giustificato motivo oggettivo. Una visione leggermente attenuata di tale principio prevede che gli obblighi del datore di lavoro si debbano limitare a quella che è la situazione dell'impresa presente al momento del licenziamento senza essere costretto a modificarla per evitare di arrivare al licenziamento stesso.

A supporto di tali visioni vengono addotte la prevalenza di quelli che sono gli articoli 4 e 41 c.2 rispetto al c.1 sulla libertà di iniziativa economica ritenendo che il combinato degli art. 3 l. 604/66 e art. 18 St. lav. – nella sua versione originaria – determinino una

¹³⁴ Carinci M. T., *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in "Rivista italiana del diritto del lavoro, I, p. 206

¹³⁵ Fratini R., *Obbligo di repêchage: un cantiere ancora aperto*, in "Massimario di giurisprudenza del lavoro", 7, 2016, p. 450

¹³⁶ Carinci M. T., *op. cit.*, p. 207

¹³⁷ *Idem*

“trasposizione a livello di legge ordinaria, configurando pertanto il diritto soggettivo del lavoratore alla conservazione del posto”.¹³⁸

In particolar modo si riconduce la “nascita” di tale concetto proprio successivamente all’emanazione dello statuto dei lavoratori, che per la prima volta, come già scritto, ha rafforzato la tutela del lavoratore e la disciplina garantistica rendendo più stringente il mantenimento del posto di lavoro.

Un’ulteriore lettura del principio *dell’extrema ratio*, come appena affrontato, prevede infatti che il giustificato motivo *“non possa essere integrato da qualsiasi ragione giustificatrice, [...] ma unicamente da ragioni di crisi economica dell’impresa”*¹³⁹. In altre parole il licenziamento è giustificato solamente qualora si sia in presenza di una situazione di crisi economica di una certa consistenza e durata.

Un’altra analisi sulla fonte normativa *dell’extrema ratio* è stata condotta anche da Speciale. A suo parere non sarebbe possibile rinvenire il principio dell’*extrema ratio* in base alla lettura dell’art. 3 l. 604/66, essendo tuttavia necessario analizzare quelli che sono elementi extra testuali. *“Alcuni degli indici normativi che erano stati utilizzati per giustificare la tesi più restrittiva di giustificato motivo oggettivo non hanno sicuramente lo stesso valore che avevano un tempo”*¹⁴⁰. La maggiore evidenza appartiene all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, che come verrà analizzato nel proseguo, è stato profondamente modificato essendo stato diminuito il valore dell’interesse alla stabilità del posto.

Secondo Speciale la fonte della visione restrittiva dell’*extrema ratio* può essere recuperata da una lettura dell’articolo in base a quelli che sono i principi costituzionali, interpretazione che non può dirsi, a parere dell’autore, impedita dal carattere di norma generale dell’articolo.

Sempre nell’opinione del detto autore il giusto punto di equilibrio tra le diverse ragioni di licenziamento si trarrebbe dalla Carta Sociale Europea. L’autore infatti distingue tra un licenziamento “inevitabile” ovvero determinato dalla teoria dell’*extrema ratio* più stringente e che porta quindi a permettere il licenziamento solamente qualora sia in gioco la sopravvivenza stessa dell’impresa; naturalmente questo comprimerebbe eccessivamente la posizione del datore di lavoro. Dall’altra parte invece vede il licenziamento “opportuno” ovvero il licenziamento che, sebbene possa apportare benefici

¹³⁸ Carinci M. T., *op. cit.*, p. 206

¹³⁹ Carinci M. T., *L’obbligo di ripescaggio*, p. 207

¹⁴⁰ Speciale V., *op. cit.*, p.133

all'impresa a livelli di costi, è assolutamente evitabile dall'impresa. In questo caso ad essere eccessivamente costretto sarebbe il diritto del lavoratore.

Come affermato precedentemente, Speciale trova la via di mezzo nel cosiddetto licenziamento “necessario”. Tale licenziamento “è invece quello imposto da circostanze esterne che ne richiedano la realizzazione perché la conservazione del posto di lavoro sacrificerebbe in modo rilevante le esigenze economiche ed organizzative dell'impresa”¹⁴¹.

In conclusione, soprattutto nelle letture più “stringenti” è evidente la connessione con un obbligo di ripescaggio, che arriva ad imporre obblighi anche particolarmente onerosi a carico del datore di lavoro.

2.2 La “nuova” tesi funzionale alle esigenze produttive e di profitto

La visione che prevede la necessità di una situazione di crisi aziendale è stata palesemente per molti anni quella maggiormente seguita come risulta evidente ad esempio in Calcaterra che nel 2008 scriveva come *“la maggior preoccupazione dei giudici sia quella di evitare un'equazione incremento di profitto – giustificazione del licenziamento”*¹⁴² aggiungendo che *“se un incremento del profitto fosse idoneo a giustificare il licenziamento, analogo discorso dovrebbe valere per una perdita di qualsiasi entità. [...] – e se così fosse – nessuna valutazione sarebbe rimessa al giudice; il recesso dovrebbe sempre ritenersi giustificato sulla base della prospettiva delle ragioni datoriali [...]”*¹⁴³. Negli anni vi sono state tuttavia alcune sentenze avverse alla concezione del licenziamento quale *extrema ratio*, che si pongono in una posizione più liberista che *“prescinde dalle condizioni esterne sfavorevoli e identificano il giustificato motivo oggettivo nelle scelte economiche ed organizzative dell'impresa”*¹⁴⁴.

Le sentenze che seguono questo nuovo *trend* contrario, trovano una esemplificazione fondamentale nella sentenza della Corte di Cassazione n. 25201 del 7 dicembre 2016.

La suddetta sentenza risulta essere particolarmente importante nel contesto del licenziamento economico perché, a parte portare avanti una visione in controtendenza

¹⁴¹ Speciale V., *op. cit.*, p. 151

¹⁴² Calcaterra L., in De Luca Tamajo R., *I licenziamenti individuali e collettivi*, p. 77

¹⁴³ *Idem*

¹⁴⁴ Speciale V., *op. cit.*, p. 4

con la classica teoria dell'*extrema ratio*, è inoltre una sentenza estremamente ben argomentata che la Cassazione ha utilizzato per chiarire la sua visione e che *“si sforza di delineare con dovizia di argomenti, un iter logico interpretativo solido, toccando tutti gli aspetti più controversi”*¹⁴⁵

Tale suddetta concezione si può inoltre dire rappresenti l'opinione della maggioranza dei giudici di Cassazione dal momento che risulta essere la prima sentenza ad essere stata delineata da un *“nuovo metodo di decisione “condivisa” della sezione Lavoro, basato su una discussione preventiva di tutti i giudici interessati e nella scelta di una soluzione interpretativa votata dalla maggioranza dei componenti e da adottare successivamente da tutti i collegi giudicanti al fine di evitare orientamenti divergenti”*¹⁴⁶. Questa procedura “comunitaria” risulta evidente nella stessa struttura stessa della sentenza che è evidentemente modellato sulle sentenze delle Sezioni Unite *“nelle quali all'accurata ricognizione dei vari indirizzi interpretativi fra loro difformi fa seguito una decisa presa di posizione in funzione nomofilattica”*¹⁴⁷

La sentenza in discussione ha assunto inoltre un grande risalto a livello giornalistico e di media dal momento che, ad una lettura da parte di “non addetti ai lavori” essa sembra garantire al datore di lavoro un ritorno al licenziamento *“ad nutum”*, addirittura giustificando il licenziamento per scopo di mero incremento dei profitti.

Come però affermato da Alberto Bosco e da V.A. Poso si tratta di una lettura errata e piuttosto precipitosa, soprattutto poiché la stessa sentenza non dice nulla di nuovo, ma prosegue un filone di giurisprudenza già esistente per quanto in controtendenza rispetto alla visione classica.

Nella suddetta sentenza è stato considerato legittimo il licenziamento di un direttore operativo allo scopo di ridurre la catena di comando, consentendo una gestione organizzativa meno pesante e più efficiente, attraverso una redistribuzione delle sue mansioni a dipendenti già in forze.

La sentenza in esame afferma come *“l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero a un incremento della redditività*

¹⁴⁵ Speciale V., *op. cit.*, p. 127

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 123

¹⁴⁷ Cester C., *giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 2

dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa; ove però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario, e in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale adottata dall'imprenditore".

Tale formulazione compie però anche una differenziazione che risulta essere fonte di possibili incertezze. Infatti, se da una parte essa ritiene legittimo il licenziamento al solo scopo di incrementare i profitti mantenendo la necessità di un controllo giudiziale sulla sola effettività e veridicità della scelta, allo stesso tempo, qualora il datore di lavoro abbia solo accennato, nelle motivazioni del licenziamento, all'esigenza di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli, allora la Corte ritiene che la valutazione del giudice debba approfondire e valutare tale situazione ritenendo illegittimo il licenziamento qualora non venga dimostrata la sussistenza di tale crisi. L'evidente conseguenza di tale precisazione risulta ovvia: nessun imprenditore che intenda licenziare addurrà più motivazioni economiche, se rischia di vedersi considerato illegittimo il licenziamento, quando la stessa cosa non succederebbe adducendo motivazioni organizzative.

Allo stesso modo Vallebona ritiene una tale soluzione come *"francamente incomprensibile, ma prima ancora contraddittoria"*¹⁴⁸. Infatti l'autore non ritiene possa essere legittimo che il datore di lavoro che adduca motivi economici debba ricevere un trattamento processuale più complesso e rigoroso rispetto ad un altro che adduca quale giustificazione solamente il desiderio di rendere più efficiente la propria impresa. Infatti, a suo parere, *"più l'imprenditore adduce elementi a favore delle proprie scelte, più sarà onerosa la prova a suo carico"*.¹⁴⁹

Per quanto la sentenza sottolinei il fatto che non si tratti di un ritorno al licenziamento *ad nutum*, dal momento che l'imprenditore deve comunque dimostrare l'effettività della ragione adottata, allo stesso tempo, però, come sostiene Santoro Passarelli, la sentenza *"ha ommesso (forse volutamente) di indicare parametri e criteri oggettivi che consentano al giudice di accertare la veridicità e l'effettività delle suddette ragioni"*¹⁵⁰ e questo,

¹⁴⁸ Vallebona, *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto*, in "Massimario di giurisprudenza", 5, 2017.

¹⁴⁹ *Idem*

¹⁵⁰ Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, p. 8

probabilmente “*per timore che il suo sindacato possa essere considerato di merito*”¹⁵¹. Dal punto di vista dell’autore, però, sarebbe proprio l’esplicitazione di tali parametri che permetterebbe di evitare che il giudice diventi un mero ratificatore.

La sentenza in esame opera alcune critiche verso l’orientamento maggioritario che pretende la crisi quale fondamento del giustificato motivo oggettivo, sostenendo come, se il legislatore avesse voluto inserire all’interno dell’art. 3 l. 604/66 come requisito necessario all’integrazione del giustificato motivo oggettivo una causa di valore economico ovvero una crisi contingente, ne avrebbe fatta espressa menzione non potendo invece ricavare tale concetto “*aliunde in via interpretativa*”.¹⁵²

Da una parte quindi è possibile identificare, come precedentemente detto, una sentenza quasi “*apripista*”, ovvero la sentenza di Cassazione n. 23620 del 2015 che precedentemente aveva sostenuto come “*anche il fine, di arricchimento o di non impoverimento, perseguito dall’imprenditore (anche nei casi in cui questo controllo sia tecnicamente possibile), considerato... che un aumento del profitto si traduce non, o non solo, in un vantaggio per il suo patrimonio individuale ma principalmente in un incremento degli utili dell’impresa ossia in un beneficio per la comunità dei lavoratori*”. Dall’altra, per quanto sia ancora impossibile valutare se realmente questo nuovo orientamento, che permette il licenziamento anche in assenza di situazioni di crisi aziendale, avrà seguito in futuro, per adesso si può affermare che un passo in tale direzione è stato fatto dal momento che la sentenza di Corte di Cassazione n. 4015 del 17 febbraio 2017 ha totalmente confermato tale visione.

¹⁵¹ Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, p. 8

¹⁵² Cass. n. 25201 del 7 dicembre 2016

Capitolo III

Risulta adesso necessario approfondire quei passaggi che, come affermato precedentemente, determinano i requisiti del giustificato motivo oggettivo come la giurisprudenza e la dottrina li hanno tratti dall'esegesi dell'art. 3 l. 604 del 1966. In tal senso saranno quindi analizzate: la verifica dell'effettività della vicenda tecnico-organizzativa addotta come ragione del licenziamento, l'esistenza di un "nesso di causalità" che permetta di collegare la modifica organizzativa compiuta ad un determinato licenziamento e la verifica dell'applicazione dell'obbligo di *repêchage*.

3.1 L'effettività della scelta tecnico – organizzativa

Il primo passaggio per la verifica dei requisiti riguardanti il giustificato motivo oggettivo risiede nella verifica dell'effettività – ovvero della non pretestuosità – della ragione addotta dall'imprenditore alla base della sua scelta organizzativa.

L'art. 5 della l. 604 del 1966 prevede espressamente che *“l'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro”*.

Dal momento che, per un imprenditore, non risulta essere particolarmente complesso dare tale dimostrazione, nella pratica si assiste ad un'inversione dell'onere della prova, di modo che sarà il lavoratore a dover dimostrare che le ragioni addotte siano in realtà fittizie o che nascondano un fine diverso da quello dichiarato. Allo stesso tempo però, se il datore di lavoro non riesce a compiere tale dimostrazione delle proprie ragioni *“il giudice non può che decidere per la loro insussistenza e dichiarare ingiustificato il licenziamento”*¹⁵³ Innanzitutto è necessario compiere una valutazione di ciò che si intende per “modifica tecnico-organizzativa.” È ormai assodato in giurisprudenza che un licenziamento per giustificato motivo oggettivo è legittimo ogniqualvolta che *“una nuova situazione o una modifica tecnico produttiva portino all'alterazione del rapporto tra fabbisogno occupazionale e numero dei lavoratori impiegati fino a quel momento”*¹⁵⁴. In tal senso,

¹⁵³ Perrini R., Pisani C., Proia G., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015.

¹⁵⁴ Brun S., *Il licenziamento economico*, p. 41

infatti, la modifica dell'organizzazione non deve necessariamente essere “materiale”, ma può riguardare anche e solamente l'organizzazione del personale.¹⁵⁵ Una modifica al personale che può essere concepita quale meramente “quantitativa” qualora siano licenziamenti *“finalizzati al mero decremento quantitativo del complesso della forza lavoro”*¹⁵⁶ oppure “qualitativa” qualora, invece, i detti licenziamenti siano determinati *“dalla sopravvenuta incompatibilità di alcuni dipendenti – della loro competenza professionale – con il nuovo modello organizzativo-produttivo introdotto nell'impresa”*.¹⁵⁷

La maggior parte delle sentenze pone come requisito indispensabile alla legittimità del licenziamento la “soppressione del posto”, ma tale espressione può essere considerata fuorviante dal momento che ormai la giurisprudenza ammette che la soppressione del posto *“non significa necessariamente la soppressione delle mansioni”*¹⁵⁸ alle quali il lavoratore risultava adibito.

Bisogna inoltre aggiungere come già la concezione stessa di “soppressione del posto di lavoro” debba essere considerata errata. Nelle imprese private infatti non è previsto l'obbligo di un organigramma che, soprattutto, *“non è il risultato dell'esercizio di un potere disciplinato dalla legge, un potere che debba essere esercitato secondo modalità prestabilite”*.¹⁵⁹ In altre parole assume *“consistenza giuridica non in modo diretto tramite atti formali – come accade nel settore pubblico – ma unicamente in via indiretta attraverso i negozi unilaterali con i quali il datore esercita i suoi poteri di gestione del rapporto di lavoro”*¹⁶⁰. La soppressione del posto non è quindi da considerarsi in senso “tecnico” ma come sviluppo di una modifica organizzativa.¹⁶¹

La diversa soppressione delle mansioni può essere esaminata sotto due diverse accezioni: in senso “oggettivo” ed in senso “soggettivo”. Dal punto di vista oggettivo significa che le mansioni o vengono eliminate totalmente dall'impresa o vengono invece esternalizzate, affidandole a soggetti terzi. Dal punto di vista soggettivo invece si può distinguere tra una soppressione “propria” per la quale le mansioni permangono all'interno dell'impresa venendo redistribuite tra i lavoratori già in forze in quel settore o attribuendole ad altri;

¹⁵⁵ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 12

¹⁵⁶ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 28

¹⁵⁷ *Idem*

¹⁵⁸ Cester C., *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, CEDAM, Padova, 2013, p. 154

¹⁵⁹ *Idem*

¹⁶⁰ Carinci M. T., *L'obbligo di ripescaggio*, p. 214

¹⁶¹ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 12

oppure impropria qualora sia il lavoratore stesso a non essere più idoneo a svolgere la mansione a cui è adibito e quindi vi è la necessità di sostituirlo.

In altre parole la Cassazione ha recentemente confermato come non necessariamente le mansioni che erano affidate al dipendente licenziato debbano essere eliminate dall'impresa, ma come queste possano invece essere redistribuite tra i dipendenti ancora in forze. *“Può costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento anche soltanto una diversa ripartizione di date mansioni fra il personale in servizio, attuata ai fini di una più economica ed efficiente gestione aziendale, nel senso che, invece di essere assegnate ad un solo dipendente, certe mansioni possono essere suddivise fra più lavoratori.”*¹⁶² La Cassazione tuttavia precisa che la mera redistribuzione delle mansioni non è essa stessa giustificazione di un licenziamento economico, ma bensì deve comunque trovare la sua causa in una riorganizzazione dell'impresa, la cui effettività sarà da valutare da parte del giudice.

In tal senso si esprime anche Maresca, per cui *“si può dire che la ragione organizzativa costituisca il prius e la soppressione del posto il posterius, e non semplicemente da un punto di vista temporale, ma da un punto di vista di causalità che deve riscontrarsi tra la causale organizzativa adottata e da ciò che da essa consegue. Non si può quindi assimilare la soppressione del posto alla ragione organizzativa che ne è la causa. Se così fosse si risolverebbe in una tautologia per la coincidenza pressoché totale tra i due concetti che invece sono legati da un nesso causale.”*¹⁶³

La suddetta redistribuzione delle mansioni è considerata legittima anche qualora vengano svolte dall'imprenditore stesso o dalla moglie, non è invece legittima qualora lo scopo sia “far entrare” in azienda il proprio figlio, e neppure quello di fare entrare nuovi soci lavoratori, in sostituzione del lavoratore licenziato.

Secondo la giurisprudenza inoltre non è necessario che debbano essere soppresse tutte le mansioni, essendo sufficiente che sia parziale e che siano eliminate quelle principali che *“rendono quelle superstiti non più capaci di sopravvivere”*¹⁶⁴. In questo senso si esprime ad esempio la sentenza Cass. n. 11402 del 2012 *“Ai fini della configurabilità della soppressione del posto di lavoro integrante giustificato motivo oggettivo di licenziamento non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere quelle prevalentemente esercitate in*

¹⁶² Cass. n. 19185 del 28 settembre 2016

¹⁶³ Maresca A., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, 2017.

¹⁶⁴ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 75

precedenza e quindi tali da connotare la posizione lavorativa del prestatore di lavoro; tuttavia, ove le mansioni diverse da quelle sopresse rivestano, nell'ambito del complesso dell'attività lavorativa svolta, una loro oggettiva autonomia, e non risultino quindi intimamente connesse con quelle prevalenti sopresse, può ravvisarsi la possibilità di un utilizzo parziale del lavoratore nella medesima posizione lavorativa, se del caso ridotta con l'adozione del part-time.”

La ripartizione delle mansioni non deve però essere confusa con una sostituzione, sebbene in un certo qual senso la si potrebbe considerare tale dal momento che, in entrambi i casi, le mansioni non vengono effettivamente eliminate ma svolte da un diverso dipendente.

La giurisprudenza è piuttosto unanime nel definire l'illegittimità di un licenziamento qualora questo avvenga per sostituzione di un lavoratore con un altro con le medesime competenze e professionalità al solo scopo della riduzione dei costi. La sentenza n. 13516 del 1 luglio 2016 della Cassazione Civile affronta proprio questo punto, sostenendo come *“quel che è vietato non è la ricerca del profitto mediante riduzione del costo del lavoro o di altri fattori produttivi (nell'ottica dell'articolo 41 Cost., comma 1, la libertà di iniziativa economica è finalizzata alla ricerca del profitto), ma il perseguire il profitto (o il contenimento delle perdite) soltanto mediante un abbattimento del costo del lavoro realizzato con il puro e semplice licenziamento d'un dipendente che, a sua volta, non sia dovuto ad un effettivo mutamento dell'organizzazione tecnico-produttiva, ma esclusivamente al bisogno di sostituirlo con un altro da retribuire di meno, malgrado l'identità (o la sostanziale equivalenza) delle mansioni”*. Allo stesso modo si esprime la Corte qualora la sostituzione sia a favore di un collaboratore a progetto che risulti essere stato assunto proprio allo scopo di sostituire il dipendente e quindi si dimostri come non fosse già in forze all'interno dell'impresa¹⁶⁵.

In questo senso è possibile identificare una rottura rispetto alle valutazioni della dottrina, che ritiene invece che l'eventuale sostituzione di un lavoratore con un altro meno costoso integri il giustificato motivo oggettivo dal momento che, secondo una visione letterale della norma dell'art. 3 della l. 604/66, non è prevista alcuna limitazione in tal senso. A dispetto di ciò, si può però affermare che *“la protezione del lavoratore nei confronti dei licenziamenti per sostituzione a fine di risparmio economico è rinvenibile in base al principio di tutela della dignità del lavoratore intesa come “preservazione sociale che deriva dal possesso del posto di lavoro” e come difesa “dalla concorrenza al ribasso*

¹⁶⁵ Cass. n. 755 del 19 gennaio 2012

esercitata da altri lavoratori.”¹⁶⁶ Lo scopo della giurisprudenza in questo contesto risulta inoltre quello proteggere i lavoratori più deboli che abbiano una minore produttività.

Un ulteriore interpretazione ritiene che un eventuale sostituzione di un lavoratore con un altro che sia più efficiente, implica una *“carenza dei requisiti soggettivi del lavoratore che ne suggeriscono la sostituzione”*¹⁶⁷ e quindi non possa essere valutata quale esigenza organizzativa, necessaria ad integrare un giustificato motivo oggettivo. Secondo Speciale si può ribattere sostenendo che la riduzione dei costi che la sostituzione comporta, è *“sicuramente un dato oggettivo come qualsiasi altro costo di produzione”*¹⁶⁸ e che oltretutto la legge parla anche in riferimento di *“regolare funzionamento dell’impresa”* ed un dipendente più giovane è spesso maggiormente motivato ed efficiente il che produce solo del bene per l’impresa.

Questo non significa che la sostituzione di un dipendente sia sempre illegittima. Ad esempio, la sentenza n. 23620 del 2015 della sezione lavoro della Cassazione ha affermato come sia legittimo il licenziamento per sostituire un dipendente con un altro lavoratore che abbia una maggiore professionalità. *“Il contratto di lavoro può essere sciolto a causa di un’onerosità non prevista [...] può consistere in una valutazione dell’imprenditore che, in base all’andamento economico dell’impresa rilevato dopo la conclusione del contratto, ravvisi la possibilità di sostituire personale meno qualificato con dipendenti maggiormente dotati di conoscenze e di esperienze e quindi di attitudini produttive [...].”*¹⁶⁹

Allo stesso modo è considerato legittimo un licenziamento che, allo scopo di ridurre i costi, preveda l’esternalizzazione di determinate mansioni a società o lavoratori autonomi esterni.¹⁷⁰ Legittimo risulta essere inoltre il cosiddetto *“licenziamento tecnologico”*, ovvero il caso in cui il lavoratore venga sostituito da una nuova macchina, ovvero per mero profitto economico.¹⁷¹

Ichino si dimostra estremamente critico rispetto a questa valutazione della giurisprudenza, che ritiene illegittimo un licenziamento se avvenga con l’inserimento di un nuovo dipendente, ma non se vi sia la soppressione del posto per l’introduzione di un nuovo macchinario. Dal punto di vista dell’autore, infatti, *“l’errore concettuale sta nel*

¹⁶⁶ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 55

¹⁶⁷ Maresca A., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 21

¹⁶⁸ Speciale V., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 9

¹⁶⁹ Cass. n. 23620 del 18 novembre 2015

¹⁷⁰ Cass. n. 5777 del 11 aprile 2003

¹⁷¹ Cass. n. 12769 del 14 giugno 2005

*non considerare la perfetta identità sostanziale del motivo sottostante alla sostituzione del lavoratore con una macchina rispetto al motivo della sostituzione con un altro lavoratore*¹⁷² e la differenza tra le due fattispecie non dovrebbe essere considerata quale confine per la legittimità o meno del licenziamento, dovendosi invece utilizzare altri parametri.

Oltre ad Ichino, anche Cester condivide i dubbi riguardo all'impossibilità di poter licenziare un dipendente allo scopo di sostituirlo con un altro con una retribuzione inferiore. Infatti l'autore ribadisce come l'art. 3 della l. 604/66 non preveda alcuna limitazione in tal senso e anche la valutazione riguardante la "mancata eliminazione del posto di lavoro" rischia di *"introdurre un elemento di perimetrazione dell'art. 3 che la lettera non sembra autorizzare"*¹⁷³.

La motivazione alla base di una tale giurisprudenza risiede tuttavia nel fatto che, qualora vi sia una semplice sostituzione, non si avrebbe alcuna modifica organizzativa e quindi verrebbe a mancare l'elemento basilare posto a requisito fondamentale del giustificato motivo oggettivo. Nel caso invece dell'evoluzione tecnologica o di una esternalizzazione, esisterebbero i presupposti e non vi sarebbero alcuna elisione del nesso causale, qualora sia dimostrata l'effettiva soppressione all'interno dell'impresa delle mansioni esternalizzate.

Tornando al tema della ragione organizzativa, si può affermare come questa non necessariamente debba essere motivata da accadimenti esterni alla volontà dell'imprenditore con conseguenze sull'organizzazione, ma possa ben derivare da sue scelte personali di natura produttiva ed organizzativa.

Per quanto concerne la verifica di effettività, *"occorre che il giudice escluda che la scelta sia pretestuosa, ovvero che occulti motivi illeciti, discriminatori, di rappresaglia, o ancora, più in generale, che sia supportata da una ragione di ordine soggettivo"*¹⁷⁴.

Allo scopo di valutare la veridicità e genuinità della scelta economico-organizzativa, parte della giurisprudenza ne verifica alcune caratteristiche come la non prevedibilità, l'attualità, nonché la definitività. Solo una minoranza della giurisprudenza, nel passato, pretendeva di inserire anche criteri di opportunità e convenienza della modifica, in virtù della funzionalizzazione sociale dell'impresa. Anche altri autori in dottrina non mancano di considerare ulteriori caratteri, come M.T. Carinci, per la quale sono necessari i caratteri

¹⁷² Ichino P., *op. cit.*, p. 4

¹⁷³ Cester C., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 5

¹⁷⁴ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 31

“dell’effettività, veridicità, univocità, oggettività, giustificatezza, gravità o serietà, novità, permanenza”.¹⁷⁵

Ad ogni modo, per quanto concerne la valutazione della non prevedibilità, la giurisprudenza ritiene che il datore di lavoro non possa addurre quale ragione una crisi che – per l’appunto – era totalmente prevedibile. In questo senso infatti sono risultati illegittimi licenziamenti motivati da crisi che, ad esempio, erano cominciate addirittura prima dell’assunzione del dipendente licenziato o che derivavano da un prevedibilissimo calo di attività successivo alla punta stagionale¹⁷⁶ anche se tale visione rispecchia comunque la concezione del licenziamento quale *extrema ratio*.

L’ipotesi di attualità, piuttosto, prevede che il giustificato motivo oggettivo venga valutato *“in base alle circostanze di fatto ed alle esigenze realmente esistenti al momento del recesso, non avendo rilievo circostanze future e (quindi ancora) eventuali”*¹⁷⁷. Dal punto di vista, invece, della immediatezza relativa all’intimazione del licenziamento rispetto al verificarsi della ragione che lo sorregge, la questione non risulta essere esattamente lineare, potendosi trovare sentenze più o meno stringenti su tale punto. In questo senso, infatti, secondo diverse pronunce della Cassazione¹⁷⁸ il giustificato motivo oggettivo sarebbe integrato anche qualora la riorganizzazione non sia ancora stata messa in atto, anche se ciò deve avvenire necessariamente entro breve tempo. *“Quanto alla coincidenza cronologica tra il recesso ed il riassetto aziendale, è stato affermato che [...] – il licenziamento – può essere intimato anche prima dell’attuazione della ristrutturazione ed in vista della medesima che trovi esecuzione nel corso o al termine del preavviso”*¹⁷⁹

La questione più interessante – e complessa – riguarda invece la “definitività”. Innanzitutto è necessario precisare come non sia un’ipotesi da “prendere alla lettera”, dal momento che obbligare il datore di lavoro a mantenere “definitivamente” una determinata situazione organizzativa violerebbe quello che è il principio costituzionale della libera iniziativa economica. *“Il riferimento è piuttosto alla serietà della condotta del datore di lavoro intesa nel senso di ponderazione attenta e non affrettata circa la possibilità di attuare strategie organizzative che producano ripercussioni negative sui rapporti di*

¹⁷⁵ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 17

¹⁷⁶ Brun S., *op. cit.*, p.45

¹⁷⁷ Calcaterra L., in De Luca Tamajo R., *I licenziamenti individuali e collettivi*, pp. 71-72

¹⁷⁸ Cass. n. 11519 del 19 novembre 1997, Cass. n. 3848 del 24 febbraio 2005

¹⁷⁹ Gallo F.M., *giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto di lavoro. Limiti del controllo giudiziale*, in “Il lavoro nella giurisprudenza”, 2, 2012, p. 150

lavoro”¹⁸⁰. Per dimostrare una tale caratteristica è necessario valutare la definitività delle modifiche organizzative come “*una loro almeno tendenziale durevolezza nel tempo*”¹⁸¹, in altre parole è necessario stimare se queste siano state mantenute il tempo necessario per valutarne o meno l’efficacia ed efficienza. Ad ulteriore conferma della oggettività della definitività della modifica, viene ad essere considerato se, a breve distanza dal licenziamento, siano state effettuate nuove assunzioni per mansioni identiche o simili rispetto a quelle a cui era addetto il lavoratore licenziato.

Tale concetto di “definitività” è naturalmente applicabile solamente a quelle che sono le scelte organizzative volontariamente prese dell’imprenditore, piuttosto che per rispondere alle necessità dipendenti da situazioni sopravvenute.

Ad ogni modo, quanto finora scritto non significa che il datore di lavoro non possa decidere di “tornare sui suoi passi”, revocando la propria decisione e ripristinando lo *status quo ante* al licenziamento, ma in questo caso, se ciò farà mediante l’assunzione di un nuovo dipendente, questo determinerà l’illegittimità del licenziamento, sulla base di un atto considerato fraudolento. Diversamente questo non accadrà se invece il datore di lavoro dovesse sostituire tale decisione con un’altra, che invece di ripristinare lo stato precedente, preveda un’altra soluzione che – indirettamente – porti ugualmente a quel licenziamento.

Da un altro punto di vista Santoro Passarelli ritiene che l’imprenditore “*debba preventivamente indicare le ragioni che determinano nel caso specifico la soppressione del posto*”¹⁸² da una parte e dall’altra che il giudice debba indicare quali siano stati i parametri che ha utilizzato per valutare la veridicità e la sussistenza delle suddette ragioni. L’autore riconferma tali parametri, ad esempio, nella “*sopravvenuta inutilità della prestazione di lavoro e la non sostituzione del lavoratore licenziato con un altro soggetto*”¹⁸³. Nel caso in cui l’imprenditore avesse addotto, invece, quale motivazione “*una più efficace gestione aziendale*”¹⁸⁴ il giudice allora potrebbe utilizzare alcuni indici come: “*la riduzione della durata temporale dei processi di lavoro o quando si tratti di strutture complesse, il miglioramento della qualità delle comunicazioni interne o la migliore qualità della prestazione di lavoro che sostituisce la precedente o la*

¹⁸⁰ Brun S., *Il licenziamento economico*, p. 160

¹⁸¹ Calcaterra L., in De Luca Tamajo R., *op. cit.*, p.72

¹⁸² Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, col. 136

¹⁸³ *Idem*

¹⁸⁴ *Ibidem*, col. 137

semplificazione e / o velocizzazione dei processi decisionali o la riduzione delle giornate uomo e quindi del numero degli addetti ad un determinato processo produttivo.”¹⁸⁵

Questi sono naturalmente solo alcuni esempi che l'autore compie per esemplificare il concetto di parametro necessario alla valutazione dell'effettività della scelta organizzativa.

3.2 Il nesso causale

Secondo un certo orientamento, *“la valutazione della sussistenza del nesso di causalità tra la situazione aziendale ed il licenziamento è inglobata nella verifica della sussistenza di specifiche qualità della situazione giustificativa”*¹⁸⁶ secondo la concezione per cui *“la giustificatezza del licenziamento “supera la necessità” di verificare se il nesso causale sia sussistente, perché il legislatore lo ha ritenuto tale in virtù della ricorrenza di quei presupposti”*.¹⁸⁷

A prescindere da tale orientamento, una volta determinata l'effettività e la genuinità della scelta tecnica organizzativa è necessario valutare la sussistenza del nesso tra tale scelta ed *“il numero nonché il tipo di lavoratori da licenziare”*¹⁸⁸

Il nesso di causalità conferisce ad una determinata modifica l'idoneità a giustificare, in concreto, quei licenziamenti attraverso quello che è un logico corollario. È importante sottolineare come *“la modifica si ponga nei confronti dei licenziamenti come evento che è semplicemente idoneo a “giustificare”, ma non a produrre, i secondi in base ad un nesso deterministico tipico dei rapporti tra causa ed effetto”*.¹⁸⁹

Lo scopo di tale verifica è valutare che il licenziamento sia *“imposto dalle condizioni oggettive determinatesi in azienda o dalle scelte organizzative adottate/da adottarsi e che quelle scelte incidano proprio sulle posizioni dei dipendenti estromessi”*¹⁹⁰ ovvero di impedire che l'imprenditore lo sfrutti genericamente per “disfarsi” di dipendenti “sgraditi”.

¹⁸⁵ Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, col. 137

¹⁸⁶ Calcaterra L., *op. cit.*, p. 240

¹⁸⁷ *Idem*

¹⁸⁸ Brun S., *op. cit.*, p. 48

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 170

¹⁹⁰ Calcaterra L., in De Luca Tamajo R., *I licenziamenti individuali e collettivi*, p. 73

Come appena detto una modifica organizzativa può portare al licenziamento di uno o più dipendenti, ma non sempre il nesso stesso può automaticamente identificare il lavoratore da licenziare, soprattutto quando ce ne sono diversi che svolgono identiche o equivalenti mansioni.

Degno di attenzione, a questo punto, è innanzitutto esplicitare la differenza tra licenziamenti individuali plurimi e licenziamenti collettivi.

Prima della l. 223 del 1991, che regola i licenziamenti collettivi, esisteva una differenza “*ontologica e qualitativa*”¹⁹¹ tra i licenziamenti individuali e collettivi, dal momento che il licenziamento collettivo poteva avvenire per mere ragioni di ridimensionamento, mentre il giustificato motivo oggettivo necessitava la valutazione delle effettive esigenze relative all’attività produttiva. Adesso, invece, la differenza tra le due fattispecie si basa solamente su quella che è la sussistenza dei requisiti numerico temporali e della dimensione aziendale sanciti, quanto al licenziamento collettivo, dall’art. 24 della l. 223/91 che riguarda *“imprese che occupino più di quindici dipendenti e che, in conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro, intendano effettuare almeno cinque licenziamenti, nell’arco di centoventi giorni, in ciascuna unità produttiva, o in più unità produttive nell’ambito del territorio di una stessa provincia. Tali disposizioni si applicano per tutti i licenziamenti che, nello stesso arco di tempo e nello stesso ambito, siano comunque riconducibili alla medesima riduzione o trasformazione”*. Per quanto concerne i criteri di scelta dei dipendenti da licenziare, nel caso di licenziamento collettivo sono da seguire i criteri previsti dall’art. 5 della l. 223/1991 e l’eventuale violazione di tale previsione in precedenza prevedeva la nullità dei licenziamenti, mentre adesso, successivamente al *Jobs Act* non è più prevista la reintegrazione ma solamente l’indennità economica.

Qualora invece si tratti di un licenziamento individuale, singolo o plurimo, per motivi oggettivi la legge non prevede alcun riferimento ad alcun criterio di scelta, ma la giurisprudenza ha ormai da tempo applicato in via analogica i criteri del licenziamento collettivo, nonché ribadito il necessario rispetto dei principi di correttezza e buona fede. La non attuazione di tali criteri, nei licenziamenti individuali, comporta solamente l’illiceità dell’atto e non la sua invalidità. Anche se la cosa non è unanime per la dottrina per la quale secondo alcuni autori si tratterebbe di un licenziamento illegittimo, mentre per altri, invece, essendo che le clausole si possono applicare solamente dopo che è stata

¹⁹¹ Zambelli A., *op. cit.*, p. 130

dichiarata la validità del licenziamento, l'eventuale violazione di tali criteri consisterebbe solamente in rimedi risarcitori.

Tra i suddetti criteri ex art. 5 l. 223/91, *“non possono essere annoverati tutti quei fatti, che pur rilevanti per valutare l'attitudine professionale del lavoratore, non si sostanzino in circostanze di carattere oggettivo”*¹⁹², come il rendimento, la diligenza o le abilità personali, ma sono invece da considerarsi, *“in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico-produttive ed organizzative”*¹⁹³

Secondo parte della dottrina, tali criteri ex art. 24 l. 223/91, non possono essere applicati direttamente in via analogica ai licenziamenti individuali plurimi poiché la normativa stessa prevede tali criteri come ipotesi residuali qualora non siano riscontrabili altre previsioni sulla base del contratto collettivo. Per tale motivo sarebbero quindi da applicare *“attraverso un percorso diverso, avvalendosi del richiamo alla clausola generale di buona fede e correttezza.”*¹⁹⁴

Tecnicamente parlando, *“dal punto di vista dell'imprenditore quale parte di un rapporto contrattuale, l'art. 41 gli garantisce copertura riguardo alla possibilità di adottare atti negoziali e comportamenti materiali per delineare le scelte tecnico-produttivo-organizzative quindi all'esercizio di tutti quei poteri o facoltà che consentono di stipulare, gestire e risolvere rapporti di lavoro e infine libertà nel criterio di scelta del contraente lavoratore.”*¹⁹⁵

Mentre per le prime due – l'adozione e l'esercizio di qualsivoglia scelta organizzativa – viene in gioco una valutazione sull'*an* che, come più volte detto, è assolutamente non sindacabile, il nostro ordinamento sembra meno propenso a lasciare libertà, invece, nella scelta del lavoratore da licenziare.

Per quanto concerne l'onere della prova, come per l'effettività, questo ricade ex art. 5 l. 604/66, a carico del datore di lavoro che deve quindi dimostrare la sussistenza del nesso causale tra la modifica organizzativa apportata ed il licenziamento in questione. *“Ad avviso di un orientamento consolidato, non sarebbe infatti sufficiente accertare l'esistenza di una logica connessione tra scelta e licenziamento, ma occorrerebbe verificare che il licenziamento risulti causalmente necessitato (unica e necessaria*

¹⁹² Brun S., *op. cit.*, p. 50

¹⁹³ Articolo 5 legge n. 223 del 1991

¹⁹⁴ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 44

¹⁹⁵ Brun S., *op. cit.*, p. 72

conseguenza dell'opzione organizzativa)¹⁹⁶". La giurisprudenza tendenzialmente agiva infatti per tale via, con una rigida valutazione in ottemperanza al principio del licenziamento quale *extrema ratio* anche se ultimamente questo criterio è stato alleggerito dalla giurisprudenza di legittimità.

Per essere più precisi, il nesso di causalità può essere definito in due accezioni.

Da una parte quale semplice "conseguente logica" della ragione addotta come motivo di licenziamento; dall'altra invece nel senso che "*il licenziamento debba costituire una soluzione congrua, razionale, proporzionata, opportuna, necessaria, inevitabile rispetto al presupposto fattuale esterno*"¹⁹⁷.

Anche nella valutazione del nesso causale possono nascere questioni rispetto al principio di insindacabilità delle scelte datoriali, dal momento che, in determinate occasioni potrebbe essercene la necessità. Infatti "*i rapporti tra causa ed effetto non sono mai ricostruibili in termini di meccanicistica necessità, ma piuttosto in termini probabilistici.*"¹⁹⁸ In tali casi il giudice inevitabilmente applica "*massime di buona prassi organizzativa con cui confrontare la bontà delle decisioni imprenditoriali*"¹⁹⁹.

Sebbene ciò, nonostante possa essere necessaria una valutazione di merito da parte del giudice, questa non contraddice ancora una volta il principio di insindacabilità poiché ad essere valutata non è la scelta compiuta ma la sua capacità ad essere a fondamento di quel determinato licenziamento.

Qualora non si riesca inoltre a definire chiaramente il nesso di causalità, la giurisprudenza considera ragionevole valutare la situazione in una logica di costi benefici per l'impresa, che qualora siano troppo alti legittimano il licenziamento per ragioni economiche. In caso contrario, se vi è un forte nesso, allora nessun controllo verrà fatto.

3.3 L'obbligo di *repêchage*

Oltre a quella che è l'effettività della scelta imprenditoriale ed il nesso di causalità, la giurisprudenza ha "creato" un ulteriore requisito di legittimità per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ovvero l'obbligo di *repêchage*.

¹⁹⁶ Varva S., *op. cit.*, p. 32

¹⁹⁷ Ferraresi M., *op. cit.*, p. 72

¹⁹⁸ Novella M., *Dubbi e osservazioni*, p. 804

¹⁹⁹ *Ibidem*, p. 805

L'obbligo di *repêchage* – o di ripescaggio – significa che il datore di lavoro deve reimpiegare il lavoratore in altre posizioni lavorative compatibili e può licenziarlo solo ove ciò risulti oggettivamente impossibile. Secondo Vallebona l'intento, almeno inizialmente, era quello di tutelare maggiormente il lavoratore. Tale attenzione e tutela si è però sempre più affievolita soprattutto a causa della crisi economica odierna che ha fatto crescere il tasso di disoccupazione e la difficoltà per le imprese a mantenere i propri dipendenti.

In altre parole lo scopo di tale obbligo era “rispondere ad un'esigenza pratica di controllo giudiziale dell'effettività delle ragioni [...] e della stretta necessità dell'atto”²⁰⁰. Secondo M.T. Carinci si può affermare che “il ripescaggio si sostanzia nel nesso causale riguardato in prospettiva negativa”²⁰¹. Infatti verrebbe meno quello che è il nesso causale qualora il dipendente, nella nuova struttura organizzativa, potesse essere utilizzato in altre mansioni attraverso l'utilizzo legittimo dello *ius variandi*, ovvero senza alcun ulteriore costo.

A conferma di ciò, si può affermare che l'impossibilità di procedere al *repêchage* si pone quale conferma indiretta sia dell'effettività delle ragioni poste a motivazione del licenziamento, sia della sussistenza del nesso causale tra tali motivazioni ed il recesso stesso. “L'esistenza di altre posizioni di lavoro dimostrerebbe come non vi sia necessità di dar luogo a una riduzione di personale”²⁰². In altre parole, il fatto stesso che esista nell'impresa la possibilità di riutilizzare il dipendente porta proprio a non poter neanche concepire l'eventuale verifica di un giustificato motivo oggettivo.

Ad ogni modo, dal punto di vista della dottrina, esistono due principali orientamenti rispetto al ruolo che il *repêchage* ricopre all'interno dell'ordinamento. Secondo un primo orientamento si tratterebbe di “un vero e proprio presupposto di legittimità del licenziamento”²⁰³ tale da integrarsi nella valutazione giudiziale successivamente all'effettività della scelta e la verifica del nesso causale “ed il cui difetto ha come risultato la mancata integrazione delle fattispecie di cui all'art. 3 l. 604/66 con conseguente ingiustificatezza del licenziamento.”²⁰⁴

²⁰⁰ Ciucciiovino S., *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il Jobs Act*, in “Massimario di giurisprudenza del lavoro”, 7, 2016., p. 437

²⁰¹ Carinci M. T., *L'obbligo di ripescaggio*, p. 204

²⁰² Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p.27

²⁰³ Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 34

²⁰⁴ Fratini R., *Obbligo di repêchage: un cantiere ancora aperto*, p. 449

Al contrario sarebbe invece da valutarsi quale “*limite aggiuntivo, creato dalla giurisprudenza in via interpretativa per rafforzarlo dall'esterno*”²⁰⁵. In altre parole detto istituto viene invece indentificato come “*un effetto giuridico – obbligo autonomo – prodotto dalla clausola di buona fede [...] e come tale non idoneo a dar luogo a reintegrazione*”.²⁰⁶ Tale tesi risulta, però, maggiormente opinabile dal momento che l'applicazione di tale clausola non ha il “potere” di rendere ingiustificato il licenziamento, non essendoci alcun riferimento normativo a riguardo e soprattutto tale clausola, come già affermato, non può essere utilizzata nel contesto del recesso del rapporto di lavoro.

Per quanto concerne la fondatezza dell'obbligo del *repêchage*, non esiste alcun riferimento diretto all'interno all'ordinamento ed è opinione dimostrata che sia stato “creato” dalla giurisprudenza e infatti la sua prima apparizione risale ai primi anni '70 nella sentenza di Cassazione n. 3578 del 1972.

Per questa ragione, tuttavia, la critica sostiene come tale principio sia “*frutto di un'interpretazione praeter legem, se non addirittura contra legem, del citato art. 3 l. 604/66 nonché causa di un'eccessiva rigidità nell'impiego della forza lavoro*”²⁰⁷

Sebbene sia ormai incontestabile che l'obbligo di *repêchage* sia frutto di un'evoluzione giurisprudenziale, raramente i giudici hanno cercato di definirne i fondamenti normativi, limitandosi a rammentare il principio di buona fede e correttezza, nonché il principio dell'*extrema ratio*.

Al contrario, invece, in dottrina numerosi autori si sono “sbizzarriti” e difatti al riguardo si hanno numerosi orientamenti e visioni più o meno accreditate e realistiche.

Secondo Varva, le fonti normative sarebbero da rinvenire quali “*previsione implicita dell'art. 3, l. 604/66, ovvero prodotto di una lettura “progressista” dell'art. 2103 o ancora attuazione interpretativa del parametro di dignità dell'art. 42 c.2 della Costituzione*”²⁰⁸.

Contrario al riferimento all'art. 3 l. 604/66 è Pessi secondo il quale non vi sarebbe alcun riferimento al *repêchage* all'interno del suddetto articolo, dal momento che se il legislatore avesse voluto introdurre tale obbligo lo avrebbe esplicitamente inserito.

L'articolo 2103 c.c. determina quelle che sono le mansioni a cui il lavoratore può essere o meno assegnato. Una visione “progressista” di tale articolo, vede quindi come il

²⁰⁵ Carinci M. T., *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento*, p. 204

²⁰⁶ Fratini R., *op. cit.*, p. 449

²⁰⁷ Fontana G., *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale*, p. 333

²⁰⁸ Varva S., *op. cit.*, p. 35

tentativo di *repêchage* possa essere dovuto “*in ragione dell’oggetto del contratto*”²⁰⁹ per cui la soppressione delle mansioni svolte in quel frangente dal lavoratore non giustificherebbe il licenziamento qualora all’interno del suo contratto vi sia riferimento ad altre potenziali mansioni a cui potrebbe essere adibito – sempre se vi siano posizioni libere nell’impresa. Con l’emanazione del d.lgs. 81/2015, ovvero del *Jobs Act*, tale riferimento al contratto non dovrebbe limitarsi al contratto individuale, ma al contratto collettivo di lavoro. Tale interpretazione però rischierebbe di comportare un “*potere-dovere di variazione delle mansioni*”²¹⁰ in capo al datore di lavoro ottenendo quindi una funzionalizzazione delle sue prerogative sulla base del principio dell’*extrema ratio*.

Secondo la Brun tale obbligo di *repêchage* risponderebbe ad un controllo di proporzionalità dal momento che “*si chiede all’impresa di agire in modo da arrecare il minor pregiudizio possibile degli interessi che si vanno a sacrificare*”²¹¹.

Un ulteriore interpretazione in tal senso, vuole ricollegare detto istituto al principio di buona fede e correttezza, ovvero “*un esercizio di poteri conformi a canoni di ragionevolezza, cioè di necessità, idoneità allo scopo, e proporzionalità in considerazione dunque del peso dei reciproci sacrifici delle parti*”.²¹²

Sempre secondo la Brun, però, il *repêchage* si situa “*su un piano distinto rispetto alla particolare modifica [...] ed implica [...] l’accertamento che la situazione tecnico produttiva dell’azienda non consenta più una sua proficua utilizzazione.*”²¹³

La questione del ruolo del *repêchage*, invece, non si pone per la giurisprudenza, per la quale è assodato come questo obbligo sia un requisito strutturale del giustificato motivo oggettivo, di cui si deve tenere conto in ogni occasione di contestazione di un licenziamento.

Per quanto riguarda la questione dell’onere probatorio, essa risulta essere particolarmente complessa. Tecnicamente parlando, sulla base dell’art. 2697 del codice civile, l’onere probatorio ricade su colui che esercita l’azione, ovvero l’attore. Un’applicazione di tale norma però, nell’ambito del diritto del lavoro, rischierebbe di non tutelare realmente quelli che sono gli interessi dei lavoratori che sono normalmente la parte debole del rapporto.

²⁰⁹ Varva S., *op. cit.*, p. 28

²¹⁰ *Idem*

²¹¹ Brun S., *op. cit.*, p. 241

²¹² Varva S., *op. cit.*, p. 29

²¹³ Brun S., *op. cit.*, p. 243

La considerazione della trasformazione del *repêchage* da elemento di prova della corretta effettività del giustificato motivo oggettivo a “requisito autonomo ed aggiuntivo” del giustificato motivo oggettivo, ha portato la giurisprudenza, ma anche la dottrina, a ritenere che vi si debba applicare, per analogia, l’art. 5 della l. 604/66.

In tale contesto sembrava che la giurisprudenza fosse arrivata ad un punto di unanimità per quanto concerne l’interpretazione di tale norma, per cui l’onere probatorio dovesse basarsi sulle “*contrapposte deduzioni delle parti*”²¹⁴: in tal senso, infatti, era normalmente previsto che il lavoratore fosse tenuto ad una sorta di collaborazione, avendo l’onere di allegare le posizioni lavorative a cui ritenesse che avrebbe potuto essere adibito dal datore di lavoro per evitare il licenziamento ed al datore di lavoro fosse attribuito l’onere di provare l’impossibilità di adibire il dipendente a tali mansioni.

Questa visione era sorta allo scopo di applicare una sorta di “canone di ragionevolezza”²¹⁵ allo scopo di evitare di porre a carico del datore una cosiddetta *probatio diabolica* ovvero la dimostrazione che all’interno dell’impresa non esistesse nessun’altra posizione disponibile²¹⁶.

Allo stesso scopo di ragionevolezza è la previsione che l’onere probatorio da parte del datore di lavoro non debba consistere “*nella difficile prova del fatto negativo dell’inesistenza del posto di lavoro alternativo*” “*ma va[da] assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, configurabili quali presunzioni semplici*”²¹⁷ come la “*stabile occupazione di tutti i posti residui equivalenti da parte di altri lavoratori in servizio al momento del licenziamento e nell’assenza di nuove assunzioni*”²¹⁸. D’altra parte però, l’eventuale assunzione di un nuovo lavoratore non implicava necessariamente la violazione di tale obbligo se l’imprenditore avesse dimostrato che la necessità di un nuovo dipendente era dovuta ad esigenze sopravvenute successivamente al licenziamento.

Per quanto concerne le tempistiche, la giurisprudenza ha evidenziato come un lasso di tempo di otto, nove mesi tra il licenziamento ed una nuova assunzione sia un periodo adeguato per determinare la congruità dell’operazione. Secondo Speciale sarebbe sufficiente invece un tempo di almeno sei mesi, in ottemperanza all’art. 8 l. 223/91.

²¹⁴ Zambelli A., *op. cit.*, p. 135

²¹⁵ Monterossi L., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage: nessun onere di allegazione*, in “Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale”, 3, 2016

²¹⁶ Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 27

²¹⁷ Cass. n. 6 del 2 gennaio 2013

²¹⁸ *Idem*

Recentemente, nondimeno, una sentenza della Cassazione n. 5592 del 22 marzo 2016 ha operato un ribaltamento di tale visione, ritenendo che l'onere probatorio debba essere totalmente a carico del datore di lavoro, che ha l'onere di allegare e provare l'impossibilità del *repêchage*.²¹⁹

Secondo la Cassazione, infatti, operare diversamente “*comporterebbe una dissociazione tra onere di allegazione posto in capo al dipendente e onere della prova ex lege a carico del datore di lavoro in contrasto con le norme processuali che riconducono entrambi gli oneri in capo al soggetto deducente*”²²⁰.

Per affermare ciò, la Cassazione prende spunto inoltre da quello che è il principio di riferibilità o vicinanza della prova, per cui tale onere deve essere attribuito a chi prevede che l'onere della prova debba essere ripartito tenendo conto, in concreto, della possibilità per l'uno o per l'altro dei contendenti di provare circostanze che ricadono nelle rispettive sfere d'azione, per cui è ragionevole gravare dell'onere probatorio la parte che è più prossima alla fonte di prova.

Sebbene tale sentenza sia stata confermata poi da un'ulteriore sentenza della Cassazione²²¹ che ha affermato il medesimo concetto, allo stesso tempo vi sono state anche altre sentenze che hanno preferito seguire l'orientamento precedente di onere di allegazione a carico del dipendente. Si può quindi affermare che la giurisprudenza, al momento, non sia ancora arrivata ad un punto fermo, ma le sue oscillazioni decisionali dipendono da una serie di considerazioni. Da una parte, infatti, il datore di lavoro ha senza dubbio una posizione privilegiata per conoscere quali siano le mansioni disponibili o meno all'interno dell'impresa; dall'altra, però, è necessario evitare che il dipendente fondi il suo ricorso su una “rivendicazione del tutto generica ed indeterminata.”²²²

Come precedentemente scritto, la riduzione di personale può essere “qualitativa” o “quantitativa”. Appare evidente come l'obbligo di *repêchage* possa essere integrato solamente quando vi è stato un licenziamento motivato “*da ragioni di sopravvenuta incompatibilità tra le mansioni ed il nuovo assetto organizzativo*”²²³ e non qualora sia un licenziamento quantitativo, avente come scopo proprio la diminuzione del numero di dipendenti.

²¹⁹ Monterossi L., *op. cit.*,

²²⁰ *Ibidem*, p. 304

²²¹ Cass. n. 12101 del 13 giugno 2016

²²² Varva S., *Il licenziamento economico*, p. 39

²²³ *Idem*

D'altra parte tale obbligo non preclude il principio di insindacabilità giudiziale dal momento che solamente *“limita la libertà negoziale di scelta di chi adibire, di volta in volta, ad un determinato ruolo, generato dall’assetto organizzativo insindacabilmente posto in essere dall’imprenditore”*²²⁴.

La contemporanea presenza nelle sentenze della previsione del *repêchage* e l'affermazione del principio di insindacabilità, si giustifica soltanto in quanto si ammetta che i limiti del controllo giudiziale siano determinati non solo dall'art. 3 l. 604/66 ma anche, di volta in volta, dall'applicazione, in via diretta, dei limiti dell'iniziativa economica privata derivanti dal c. 2 art. 41 Costituzione.²²⁵

La giurisprudenza risulta essere particolarmente unanime nel definire quelli che sono i limiti all'interno del quale opera l'obbligo di *repêchage*; infatti è necessario valutare la struttura organizzativa esistente al momento del licenziamento ed alle posizioni vacanti in quel momento. In nessun caso, invero, il datore di lavoro potrà essere obbligato a creare *ex novo* una mansione per evitare il licenziamento di un dipendente.

La giurisprudenza è alquanto unanime nel ritenere che l'applicazione di tale obbligo non deve costituire un peso o un costo eccessivo per l'imprenditore, ma deve basarsi necessariamente su quella che è la struttura dell'impresa al momento del licenziamento. Allo stesso tempo, la giurisprudenza non ritiene che sia a carico del datore di lavoro un obbligo di formazione in modo tale che il dipendente possa occupare mansioni diverse. La dottrina invece la pensa diversamente, dividendosi tra coloro che ritengono sia necessaria e chi no. È necessario però distinguere due casi: l'uno in cui la formazione ha lo scopo di formare il dipendente perché possa essere in grado di svolgere mansioni diverse, l'altro invece per aggiornarlo qualora non sia più capace successivamente alla modifica organizzativa.

Esiste una teoria a favore, ma è solamente una parte limitata della dottrina, che propone di inserire quale presupposto di legittimità per il licenziamento economico, l'“obbligo di aggiornamento professionale”²²⁶ non solamente al momento del licenziamento, ma durante tutta la vita del rapporto di lavoro. Questo aggiornamento avrebbe tuttavia comunque dei limiti: da una parte dovrebbe infatti essere compiuto con l'accordo del dipendente, che, qualora dovesse rifiutare, non potrebbe essere obbligato. Dall'altro, da un punto di vista di ragionevolezza e proporzionalità, ovvero non può essere

²²⁴ Brun S., *op. cit.*, p. 241

²²⁵ Novella M., *Dubbi e osservazioni critiche*, p. 803

²²⁶ Varva S., *op. cit.*, p. 83

eccessivamente oneroso nell'ottica di tempo e denaro e rimane comunque non applicabile qualora il licenziamento sia quantitativo.

Tale teoria secondo cui vi sarebbe un obbligo di formazione per il mantenimento del posto di lavoro del dipendente che altrimenti incorrerebbe nel licenziamento nondimeno è assai raramente messa in pratica da parte della giurisprudenza. È appurato che questo obbligo debba riguardare l'interessa dell'impresa e non solamente il settore entro il quale il lavoratore era adibito, secondo alcune sentenze si deve addirittura spingere a tutte le imprese appartenenti ad un gruppo se queste si può dimostrare abbiano una "*gestione organizzativa unitaria*"²²⁷

Anche sul punto del *repêchage*, Ichino ha dimostrato alcune rimostranze. Dal punto di vista dell'Autore, qualora in azienda esistesse un'altra posizione in cui il lavoratore potesse creare dei profitti e dei benefici per l'impresa, sarebbe l'imprenditore stesso ad attribuirgliela senza certamente passare da un licenziamento. Se invece questa attribuzione avviene per imposizione, significa che il datore di lavoro avrà una perdita e tale perdita dovrà essere inferiore alla soglia di cui al precedente paragrafo 1.3.

3.3.1 Il *repêchage* in relazione all'art. 2103 c.c.

Come più volte affermato, per ottemperare al proprio obbligo di *repêchage*, il datore di lavoro deve dimostrare come al momento del licenziamento non vi fossero altre mansioni disponibili a cui avrebbe potuto adibire il dipendente. La questione particolarmente interessante risulta essere quella di definire quali siano le suddette mansioni.

Dal punto di vista normativo, il legislatore ha normato il cosiddetto *ius variandi* del datore di lavoro, ovvero il diritto di questi a modificare le mansioni dei suoi dipendenti, secondo l'articolo 2103 del c.c.

Tale articolo ha subito numerose modifiche ad opera delle riforme Fornero e del *Jobs Act* che ne hanno mutato notevolmente la struttura. Osservando quello che era il previgente testo, si legge come "*il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione.*"

²²⁷ Brun S., *op. cit.*, p. 56

Tale normativa sulle mansioni si applica naturalmente anche al *repêchage*, per cui, secondo il vecchio testo dell'art. 2103, il datore di lavoro doveva valutare le mansioni che prevedessero una professionalità "equivalente" – od omogenea che dir si voglia – a quella posseduta dal lavoratore al momento del licenziamento. Per quanto concerne il concetto di equivalenza delle mansioni "*si deve avere, a tal fine, riguardo non all'astratta definizione ma al concreto contenuto professionale – delle stesse – cui il lavoratore era precedentemente adibito*"²²⁸.

Nonostante ciò la giurisprudenza ha previsto che, in difetto di altre soluzioni, il datore di lavoro sia obbligato ad offrire al dipendente di essere "*reimpiegato in mansioni anche inferiori, seppure rientranti nelle sue competenze*"²²⁹. Tali mansioni, seppur appartenenti ad un livello inferiore, devono comunque essere "*coerenti con il bagaglio professionale del lavoratore e sul presupposto dell'accettazione da parte del lavoratore delle mansioni inferiori con un patto di demansionamento anteriore o coevo al licenziamento*"²³⁰

Tale previsione, se prima era valutata realistica solamente da alcuni giudici, è oggi stata prevista da specifiche norme di legge derivanti dal *Jobs Act*, che prevedono proprio il caso del "*demansionamento in funzione conservativa dell'occupazione*"²³¹. Con il nuovo testo della legge, proprio allo scopo di evitare il licenziamento, è stato stabilito che, con il consenso del lavoratore, sia possibile anche adibirlo a mansioni inferiori rispetto a quelle tenute precedentemente e, quindi, non sia più pretesa una "*rigorosa equivalenza professionale*"²³². Attualmente quindi non è più necessario che tale patto sia antecedente al licenziamento, ma ben può avvenire successivamente al licenziamento quale "*scappatoia diversa dal ripescaggio*"²³³. Una questione in questo senso derivava però dal fatto che non fosse chiaro se l'offerta di un patto di demansionamento dovesse necessariamente arrivare dal datore di lavoro o potesse essere il lavoratore stesso ad offrirsi.

Il nuovo testo dell'articolo 2103 c.c. così come è ad oggi applicato, richiede che "*il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero*

²²⁸ in Mazzotta O., *I licenziamenti*, Commentario, Milano, 1999

²²⁹ Cester C., *op. cit.*, p. 159

²³⁰ Ciucciovino S., *op. cit.*, p. 438

²³¹ Ciucciovino S., *op. cit.*, p. 439

²³² Persiani M., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in "Giurisprudenza italiana", 5, 2016, p.1167

²³³ Fratini R., *op. cit.*, p. 455

a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale”.

Il riferimento alla medesima “categoria legale” è estremamente ampio e soprattutto può mettere in relazione mansioni che sono totalmente diverse tra loro. In questo contesto risulta fondamentale sottolineare ancora come, dal punto di vista di interpretazione della legge, sia sempre necessario che le nuove mansioni siano coerenti con le precedenti, ovvero utilizzare un principio di ragionevolezza. Oltretutto il legislatore infatti, inserendo il riferimento alle categorie legali, “*non tiene conto ormai della pluridecennale introduzione dell’inquadramento unico e dell’eterogeneità dei compiti compresi nei livelli contrattuali*”²³⁴.

Risulta evidente come il c. 2 di tale articolo, – nel riferirsi alle modifiche degli assetti organizzativi – sia strettamente connesso all’art. 3 della l. 604/66. Allo stesso tempo però tale riferimento non si può dire che tipizzi una fattispecie di giustificato motivo oggettivo, così da autorizzare la variazione a mansioni inferiori unicamente in sua presenza. Il legislatore, infatti, utilizzando una formulazione tanto ampia, come quella di “modifica di assetti organizzativi aziendali”, ha di fatto sì ricondotto a fattispecie integranti il giustificato motivo, ma anche ad altre che ne sono estranee dal momento che non è previsto ad esempio la prerogativa di un nesso di causalità.

Con tale formulazione del comma 2 art. 2103 c.c., il legislatore ha apertamente allargato quello che è lo *ius variandi* del datore di lavoro, che adesso può riferirsi non solo alle mansioni che siano equivalenti, ma può, con atto unilaterale, modificare anche *in pejus* la posizione lavorativa del dipendente.

Apparentemente, tale modifica dell’art. 2103 del c.c. attraverso l’allargamento dello *ius variandi* del datore di lavoro avrebbe allargato anche il contenuto dell’obbligo di *repêchage*. Infatti non dovendo più limitarsi a dimostrare l’assenza di posizioni che siano professionalmente equivalenti ma anche quelle che siano inferiori e della stessa categoria legale, aumentano le possibilità che il lavoratore venga ripescato.

²³⁴ De Angelis, L., *Giurisprudenza sullo ius variandi e ruolo del giudice alla luce del Jobs Act: spunti di riflessione*, in “Lavoro e diritto”, 4, 2016, p. 869

È tuttavia opinione comune in dottrina che non vi sia un “simile automatico parallelismo” tra l’art. 2103 ed il *repêchage*. In tale visione, infatti, era previsto che il *repêchage* fosse autonomamente in riferimento alle mansioni che fossero professionalmente equivalenti per cui “*sussistesse la condizione di una proficua ed immediata spendibilità professionale*”²³⁵. Il riferimento all’art. 2103 derivava quindi solo dal fatto che questo avesse il medesimo contenuto. Una volta quindi che l’articolo 2103 viene ad essere modificato, questo non significa assolutamente che debba essere di conseguenza modificata anche l’area di applicazione del *repêchage*. L’ampliamento dello *ius variandi*, infatti, rappresenta un potere del datore di lavoro, che non può quindi trasformarsi in un suo dovere ad assegnare al lavoratore licenziato una qualsiasi mansione disponibile dello stesso livello o di quello inferiore. Infatti, avendo eliminato nel secondo comma il riferimento all’equivalenza professionale, qualora si dovesse applicare il *repêchage* in seguito ad una modifica organizzativa ex c.2 art. 2103, il datore di lavoro dovrebbe riferirsi anche a mansioni che abbiano una professionalità completamente diversa e, per il c.3, avrebbe addirittura l’onere di un obbligo legale di formazione. A conferma di ciò, M.T. Carinci ritiene, per così dire, che esistano due differenti tipologie di *repêchage*, infatti “*l’articolo 2103 fondava un autonomo onere di ripescaggio, distinto dal ripescaggio quale componente del limite interno costituito dal g.m.o. posto dall’art. 3 l. 604/66*”²³⁶. Nel testo precedente dell’articolo le “due figure” si sovrapponevano, ma adesso che invece l’art. 2103 è stato ampliato, questo non significa che anche l’obbligo di *repêchage* lo sia stato allo stesso modo.

Risulta quindi evidente come il nuovo art. 2103 non evidenzi un ampliamento del *repêchage*.

In altri orientamenti, non avendo la riforma esplicitamente affermato alcunché riguardo ad una variazione del *repêchage*, ma solamente per quanto riguarda lo *ius variandi*, significa che è da ritenere che sia necessario mantenere la vecchia formulazione del *repêchage*.

La pecca di tale orientamento è quella che in tal modo essa dimentica il fatto che non esiste affatto una normativa riguardo al *repêchage*, che si è quindi appoggiato all’art. 2103 c.c. per la sua formulazione e quindi, qualora questo dovesse cambiare, almeno teoricamente, dovrebbe cambiare di conseguenza anche l’onere del *repêchage*.

²³⁵ Ciucciovino S., *op. cit.*, p. 440

²³⁶ Carinci M. T. *L’obbligo di ripescaggio*, pp. 231-232

L'art. 2103 c.c., così come modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, prevedeva che *“le posizioni lavorative indicate dal lavoratore fossero adeguate alla professionalità e non portassero quindi una illegittima dequalificazione.”*²³⁷ In questo senso quindi il lavoratore non avrebbe più l'onere di individuare mansioni equivalenti, ma bensì mansioni che sarebbe disposto a svolgere con il limite della stessa “categoria legale” e che siano mansioni già presenti al momento del licenziamento, così come previsto dal comma 2 dell'art. 2103 c.c.²³⁸.

Il c.3 del nuovo articolo 2103 prevede che *“Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.”*

Da una visione letterale della norma si intuisce come siffatta formulazione dell'articolo lascia diversi dubbi su quelle che sono le modalità di applicazione di tale obbligo formativo. Innanzitutto questioni possono nascere su quello che sarà il significato di “ove necessario” essendo tali parole assolutamente non descrittive di una determinata fattispecie, ma un elemento che il giudice dovrà valutare di volta in volta. Un'altra considerazione riguarda il fatto se tale formazione sia un obbligo per il datore di lavoro o meno. A ciò è più facile dare una risposta dal momento che la sanzione per il mancato rispetto di tale obbligo non risulta sanzionata dall'articolo stesso e quindi, come afferma Pisani, *“configura quello della formazione come un onere del datore di lavoro ed un obbligo del lavoratore”*.²³⁹ L'autore chiarisce quindi come, essendo un onere per il datore di lavoro *“se esso non viene assolto, l'ordinamento non gli riconosce il potere e quindi l'atto di assegnazione alle mansioni è privo di effetti”*²⁴⁰. In altre parole, qualora tale obbligo non venga rispettato da parte del datore di lavoro, il dipendente avrà il diritto di rifiutarsi di operare nella nuova mansione assegnatagli e per cui non ha ricevuto la necessaria preparazione. Allo stesso tempo però, anche qualora la svolgesse, *“i suoi eventuali inadempimenti derivanti dalla mancata formazione non saranno a lui imputabili”*.²⁴¹

Al contrario, se tale obbligo non venisse rispettato da parte del lavoratore, che dovrebbe invece onorarlo secondo il principio della diligenza di cui all'1218 c.c., risulterebbe *“un*

²³⁷ Persiani M., *op. cit.*, p.1167

²³⁸ *Ibidem*, p.1166

²³⁹ Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 146

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 147

²⁴¹ *Idem*

inadempimento dell'obbligo di prestazione, con tutte le possibili conseguenze di carattere disciplinare"²⁴².

Anche in questo caso, volendo riconsiderare il primo comma dell'articolo in relazione al terzo comma appena menzionato, *"si deve ritenere che [...] il mutamento di mansioni all'interno del medesimo livello (e categoria) sia legittimo purché, attraverso la formazione (o senza, se non necessaria) il dipendente possa in tempi ragionevoli essere in grado di eseguire la prestazione con relativa professionalità"*²⁴³

²⁴² Pisani C., *op. cit.*, p. 148

²⁴³ De Angelis L., *op. cit.*, p. 870

Capitolo IV

4.1 L'apparato sanzionatorio per il licenziamento economico illegittimo

Una volta esaminate le fattispecie ed i requisiti che permettono di integrare legittimamente un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ovvero per ragioni economiche, è necessario operare una disamina di quelle che sono invece le sanzioni a carico del datore di lavoro che non rispetti tali previsioni.

La normativa di riferimento è inserita nella l. 604 del 1966, più volte nominata, e nell'art. 18 dello statuto dei lavoratori che è stato, recentemente, oggetto di notevole modifiche.

La peculiarità dell'apparato sanzionatorio in questione – contestualmente al licenziamento economico – risiede nel fatto che non sia possibile identificare un'unica fattispecie, ma questa, invece, risulta essere differenziabile in base al momento temporale in cui il dipendente è stato assunto, ovvero il contratto firmato. Da questo punto di vista, quindi, ad oggi, è possibile identificare tre diversi trattamenti del licenziamento economico illegittimo, con evidenti ed estreme differenze a seconda che il contratto sia precedente alla legge Fornero, ovvero l. 92 del 2012, ne sia successivo ma sia invece precedente al *Jobs Act* o, infine, successivo a questo, ovvero successivo al 7 marzo 2015. In particolar modo è facilmente osservabile come ad essere state modificate siano principalmente le ipotesi di reintegra, ovvero le ipotesi in cui, a seguito di un licenziamento giudizialmente considerato quale illegittimo, il dipendente ha il diritto di essere reintegrato all'interno dell'impresa piuttosto che ricevere un'indennità economica. Si è assistito, difatti, ad un cambiamento che molti autori hanno definito come “*un cambio di paradigma*”²⁴⁴ allo scopo, come afferma F. Carinci, di “*sottolineare la rivoluzione delle regole portanti della materia*”²⁴⁵.

Dalle origini dell'art. 18 nel 1970 fino alla riforma Fornero, l'unica tutela applicabile, in caso di licenziamento valutato giudizialmente come illegittimo, era la reintegrazione e solamente per volere del lavoratore questa poteva essere sostituita da un indennizzo economico pari a quindici mensilità. “*In questo contesto normativo caratterizzato*

²⁴⁴ Carinci F., *Dallo statuto al Contratto a tutele crescenti: il “cambio di paradigma”*, in “Giurisprudenza Italiana”, marzo, 2016, p. 776

²⁴⁵ *Ibidem*

*dall'unicità della sanzione non assumeva quindi alcun rilievo l'indagine finalizzata ad identificare la ragione dell'illegittimità del licenziamento".*²⁴⁶

Come più volte già scritto, tale trattamento di difesa del posto di lavoro non è assolutamente imposto dalla Costituzione, che non prevede alcun diritto al mantenimento del posto di lavoro. Resta quindi nelle mani del legislatore il *quomodo* riguardo al sistema sanzionatorio, che deve tuttavia essere necessariamente previsto e garantito nell'ordinamento ex art. 2 l. 604/66 ribadito dall'art. 30 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea per cui *"Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali."*

Da qui proprio il suddetto "cambio di paradigma" perché, sempre più, prima tramite la riforma Fornero e poi attraverso il *Jobs Act*, la situazione si è praticamente ribaltata. La disciplina è passata, infatti, dal considerare la reintegra come tutela principale a che la reintegra sia applicata solo in casi eccezionali, mentre l'indennizzo da caso eccezionale è passato ad essere praticamente l'unico rimedio.

Dopo che è stato operato un tale capovolgimento della dottrina, sono stati numerosi i richiami ad una possibile incostituzionalità di tale norma. La questione però è risultata subito posta in modo non corretto sotto il profilo costituzionale perché, come espressamente affermato dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 46 del 7 febbraio 2000, la reintegrazione nel posto di lavoro non è un diritto protetto dalla Costituzione e può quindi ben essere eliminata dal legislatore o da un referendum abrogativo. La stessa sentenza ha affermato che la regola di giustificazione del licenziamento è costituzionalizzata, a differenza di quanto scritto in una precedente sentenza di corte costituzionale.²⁴⁷

Ad ogni modo, per poter comprendere al meglio tali concetti è necessario compiere una disanima delle diverse normative presenti nel nostro sistema legislativo.

Dalla combinazione dei testi originali della l. 604/66 e dello statuto dei lavoratori promulgato nel 1970 erano previste due forme di tutela, ovvero la tutela reale e la tutela obbligatoria.

In ottemperanza all'art. 18 st. lav. qualora infatti il licenziamento fosse stato valutato dal giudice quale illegittimo, era prevista l'applicazione della tutela reale, così denominata

²⁴⁶ Fiorillo L., Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014, p. 164

²⁴⁷ Sentenza di Corte Costituzionale n. 45 del 9 giugno 1965

poiché prevedeva *“la restituzione della res rappresentata dal posto di lavoro”*²⁴⁸ attraverso *“il ripristino del rapporto di lavoro e la conseguente reintegrazione del dipendente”*²⁴⁹. In questo caso dunque, valutata l’illegittimità del licenziamento, il giudice ne determinava la nullità e di conseguenza l’inefficacia.

Mentre l’articolo 18 prevede espressamente ed unicamente la reintegra del dipendente al suo posto di lavoro, la tutela obbligatoria, ex art. 8 l. 604/66, determina invece una duplice possibilità. Infatti, qualora *“non ricorrono gli estremi del licenziamento per giusta causa o giustificato motivo”*²⁵⁰ è lasciata al datore di lavoro la libertà di scegliere se reintegrare il lavoratore entro tre giorni o versargli un indennizzo economico.

Il discrimine tra l’applicazione della tutela reale o obbligatoria ha il suo fondamento nel diverso campo di azione dell’art. 18 st. lav. e dove questo non arriva, si applica di conseguenza l’art. 8 l. 604/66.

I requisiti per l’applicazione dell’art. 18 sono essenzialmente dimensionali e si rinvencono nel comma 8 del medesimo articolo per cui *“le disposizioni dei commi dal quarto al settimo – in merito all’applicazione della tutela – si applicano al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che in ciascuna sede, stabilimento, filiale, ufficio o reparto autonomo nel quale ha avuto luogo il licenziamento occupa alle sue dipendenze più di quindici lavoratori o più di cinque se si tratta di imprenditore agricolo, nonché al datore di lavoro, imprenditore o non imprenditore, che nell’ambito dello stesso comune occupa più di quindici dipendenti e all’impresa agricola che nel medesimo ambito territoriale occupa più di cinque dipendenti, anche se ciascuna unità produttiva, singolarmente considerata, non raggiunge tali limiti, e in ogni caso al datore di lavoro, imprenditore e non imprenditore, che occupa più di sessanta dipendenti.”*

Per quanto apparentemente possa risultare ingiusto un diverso trattamento basato unicamente sulla dimensione dell’impresa entro la quale il dipendente presta servizio, nella pratica questa differenziazione è più che giustificata. *“La Corte Costituzionale ha sempre giudicato ragionevole e insindacabile la disparità tra i lavoratori delle grandi e delle piccole imprese in base a due presupposti: il primo legato alla necessità di non gravare di costi eccessivi le imprese di minori dimensioni; il secondo fondato sulla particolare fiduciarità delle relazioni di lavoro nelle piccole imprese, ritenute incompatibili con la ricostruzione integrale degli effetti del rapporto, proprio della tutela*

²⁴⁸ Carinci F., *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, vol. 2, UTET, 2016, p. 644

²⁴⁹ *Idem*

²⁵⁰ Fiorillo L., Perulli A., *la riforma del mercato*, p. 20

reale”²⁵¹. Tali giustificazioni stanno, tuttavia, perdendo validità dal momento che ad oggi il numero di dipendenti che un’impresa possiede non è più un valido criterio di valutazione della consistenza economica come lo era invece un tempo.

La rivoluzione subita dall’art. 18 è intervenuta solamente nel 2012 attraverso la cosiddetta riforma Fornero, che ha iniziato proprio tale opera di ribaltamento. Mentre nel previgente articolo qualsiasi fosse il vizio del licenziamento subito dal lavoratore la tutela applicata era la tutela reale, ovvero la reintegrazione, così non è più stato successivamente all’art. 1 c. 42 della l. 92/2012. La suddetta legge, che ha modificato l’art. 18 st., sebbene preveda ancora la possibilità della tutela reale, ne limita l’applicazione a ipotesi definite e soprattutto predeterminate, prevedendo negli altri casi un indennizzo esclusivamente economico.

Per quanto concerne la nuova normativa, la tutela reale si suddivide in due ipotesi che sono state definite per poterle distinguere, come tutela reale “forte” e “debole”.

I casi di applicazione della tutela reale forte sono applicabili in ogni situazione e sono individuati dalle ipotesi di licenziamento discriminatorio, di licenziamento dichiarato nullo da altre disposizioni di legge ed il licenziamento orale.

Per le parole di Servidio, un atto è da considerarsi come discriminatorio ogniqualvolta *“un soggetto venga trattato in modo più svantaggiato di altri in determinate situazioni (con un criterio, quindi, comparativo) oppure ogni volta che un soggetto subisca un provvedimento (negativo) in ragione di determinate caratteristiche che la legge intende invece proteggere.”*²⁵²

Qualora il lavoratore adduca quale motivazione del ricorso contro il licenziamento che vi sia stata all’origine una motivazione discriminatoria, dovrà essere lui stesso in primo luogo a formulare una specifica domanda all’uopo e quindi portare le prove a sostegno. Una volta che abbia adempiuto a tale onere, sarà compito del datore di lavoro difendersi ed eventualmente dimostrare il contrario ovvero l’insussistenza della discriminatorietà.

Oltre alla reintegrazione all’interno dell’impresa, le cui modalità effettive dipendono dalla volontà del datore di lavoro, nelle suddette ipotesi, il lavoratore ha diritto inoltre a ricevere un importo a titolo risarcitorio commisurato al danno patrimoniale ovvero alle retribuzioni a cui avrebbe avuto diritto se non fosse stato licenziato. Da tale somma tuttavia, deve essere dedotto il ricavato *aliunde perceptum*, ovvero ciò che è stato

²⁵¹ Ponterio C., *Il licenziamento per motivi economici*, pp. 85-86

²⁵² Servidio S., *Parità uomo-donna e licenziamento discriminatorio*, in “Diritto & Pratica del Lavoro”, 20, 2016, p. 1220

percepito dal lavoratore per altre prestazioni lavorative svolte durante il periodo di allontanamento dall'impresa. L'articolo 18 al c.3 mantiene la previsione a favore del lavoratore licenziato della facoltà di scegliere di non proseguire con la reintegra ma al suo posto chiedere un'indennità pari a 15 mensilità della "retribuzione globale di fatto".

In tutte le altre ipotesi di licenziamento, ovvero quando questi risulti essere ingiustificato per mancanza degli estremi del giustificato motivo oggettivo, è prevista una duplice possibilità. Da una parte la tutela reale debole, ovvero la reintegra ed un indennizzo economico il cui valore è però attenuato poiché, rispetto alla tutela forte, è presente un valore massimo che questo può raggiungere.

Dall'altra invece si applica la tutela obbligatoria, ovvero un indennizzo meramente economico con la conseguente risoluzione del rapporto di lavoro.

L'applicazione di una o dell'altra tutela – reale o obbligatoria – non dipende dalla discrezione del giudice, ma è predeterminata dalla legge stessa. La valutazione del giudice ha comunque particolare rilievo nel definire entro quale fattispecie rientra il caso concreto.

Secondo l'art. 18 post riforma Fornero, al comma 7, il giudice *“può altresì applicare la predetta disciplina – tutela reintegratoria debole – nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al quinto comma.”*. La disciplina di cui al quinto comma definisce gli estremi della tutela obbligatoria e prevede che il giudice *“dichiara risolto il rapporto di lavoro con effetto dalla data del licenziamento e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità risarcitoria onnicomprensiva determinata tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto”*. Dal momento però che tale indennità risarcitoria è considerata quale onnicomprensiva, significa che il lavoratore non ha più la possibilità di dimostrare ulteriori danni ricevuti e quindi un importo indennitario di maggiore entità.

L'effettivo valore tra il suddetto minimo e massimo rimane a discrezione del giudice, che deve però provvedere a motivare la propria decisione. La norma però prevede alcuni fattori da cui può dipendere tale decisione come: l'anzianità di servizio, il numero di dipendenti occupati all'interno dell'impresa, le dimensioni dell'attività economica, il comportamento e le condizioni delle parti, le iniziative assunte dal lavoratore per trovare un nuovo lavoro ed il comportamento che le parti hanno assunto nella procedura preventiva di licenziamento.

Nel caso della tutela reale debole il valore dell'indennità risarcitoria non può superare le dodici mensilità, dedotto *l'aliunde perceptum* oltre a *l'aliunde percipiendum*, ovvero le somme che il lavoratore avrebbe potuto ottenere se avesse lavorato. Anche in questo caso il lavoratore ha diritto di richiedere un'indennità sostitutiva pari al valore di quindici mensilità.

Come precedentemente affermato, ai sensi del c.7 art. 18 st. lav., il giudice “può” applicare la tutela ripristinatoria attenuata qualora accerti “la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, mentre in tutte le altre ipotesi deve essere applicata la tutela puramente.

Dal momento che il legislatore ha inserito una tale formulazione, per poter applicare la reintegra, il giudice “*non potrà limitarsi ad affermare né l'ingiustificatezza del licenziamento e neppure la semplice mancanza di prova del fatto [...], ma dovrà dar conto nella motivazione di un quid pluris*”²⁵³ derivante proprio dall'aggettivo “manifesta”. Secondo Ferraresi, la discrezionalità lasciata al giudice derivante proprio dal termine “può” ha lo scopo di rendere la valutazione maggiormente congrua al caso concreto, permettendo al giudice di esaminare le diverse variabili in gioco come ad esempio la relazione interpersonale venutasi a creare tra il dipendente e datore di lavoro, allo scopo di valutare se la reintegra sia o meno realmente possibile.

La questione riguardante il significato di “manifesta” nel contesto dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo ha portato ad un acceso dibattito da parte della dottrina. Esistono infatti numerose interpretazioni di tale significato. Innanzitutto secondo Vidiri, tale termine “*rinvierebbe ad un dato della percezione, di per sé soggettiva, e quindi, potenzialmente arbitraria*”²⁵⁴ mentre secondo Ferraresi se ne possono identificare principalmente tre di significati.

Un primo orientamento ritiene che la presenza o meno della manifesta insussistenza allo scopo di applicare la tutela reintegratoria o solo indennitaria, sia “*l'evidenza processuale, o meno, del torto del datore di lavoro*”²⁵⁵ per cui “*si tratterebbe di una differenza di carattere quantitativo, in ordine alla prova in giudizio delle allegazioni datoriali*”.²⁵⁶ In altre parole maggiormente dovesse risultare la mancanza di elementi del giustificato motivo oggettivo, più probabilmente il giudice applicherà la tutela della reintegra. Al

²⁵³ Fiorillo L., Perulli A., *op. cit.*, p. 179

²⁵⁴ Vidiri G., in Nogler L., *opinioni sul licenziamento*, p. 402

²⁵⁵ Ferraresi, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 138

²⁵⁶ *Idem*

contrario, se la questione fosse maggiormente dubbia, è più probabile che applichi la tutela indennitaria.

Secondo un secondo orientamento, invece, non dipenderebbe affatto dalla “prova” dal momento che il “*il fatto non può che sussistere o non sussistere*”²⁵⁷. Il fatto sarebbe quindi da ricondurre agli elementi stessi del giustificato motivo oggettivo, ovvero ex art. 3 l. 604/66 ed in mancanza anche solo di uno di questi, dovrebbe essere applicata la reintegra. Per quanto concerne tali elementi a requisito del giustificato motivo oggettivo, parte della giurisprudenza e della dottrina ritiene che tra questi non sia da contemplare l’obbligo di *repêchage*, o per meglio dire, che l’eventuale inadempimento di tale obbligo non dovrebbe comportare l’applicazione dell’art. 18 st. lav. con la reintegra, ma solamente la tutela indennitaria. Questa visione riprende con evidenza l’orientamento per il quale il *repêchage* non è elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo, “*ma elemento ulteriore e distinto*”²⁵⁸.

In tale prospettiva si può quindi affermare che, successivamente alla legge Fornero, si viene a mantenere l’obbligo di *repêchage*, ma mentre prima la sua disattesa era punita con la reintegra del dipendente, adesso è perlopiù punita attraverso la tutela indennitaria. Così facendo risulta evidente come si “*lascia trasparire la debolezza della tesi che lo – il ripescaggio – riconduce alla struttura del giustificato motivo oggettivo*”²⁵⁹.

La tutela obbligatoria sarebbe invece da applicare “negli altri casi” ovvero nelle altre ipotesi dove sebbene siano presenti tutti i requisiti, sono comunque “*inidonee a integrare “gli estremi” dello stesso sulla base di valutazioni ulteriori*”²⁶⁰. Tali ulteriori valutazioni si riferiscono ad esempio alla necessità o meno che l’impresa sia in una situazione di crisi al momento del licenziamento.

A questo orientamento risulta particolarmente contrario Maresca per il quale la “manifesta insussistenza” non è affatto da ricollegare “*alla causa che legittima il licenziamento, cioè non si tratta della manifesta infondatezza del giustificato motivo oggettivo, ma dal fatto che lo connota [...]*”²⁶¹.

²⁵⁷ Ferraresi, *op. cit.*, p. 139

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 144

²⁵⁹ *Idem*

²⁶⁰ *Ibidem*, p. 139

²⁶¹ Fiorillo L., Perulli A., *op. cit.*, p.179

Un ulteriore orientamento sconfessa esso stesso quello precedente, ritenendo *“deve valorizzarsi l’elemento letterale normativo che distingue la mancanza “del fatto posto a base” del giustificato motivo oggettivo da quello degli “estremi” dello stesso.”*²⁶²

Secondo un ulteriore orientamento, il concetto di “manifesta” non avrebbe un particolare peso e potrebbe ben non essere preso in considerazione. Tale visione risulta però palesemente scorretta poiché il legislatore ha espressamente aggiunto tale aggettivo nel comma riguardante il caso del giustificato motivo oggettivo, prevedendo invece solamente “l’insussistenza del fatto” nel caso di giusta causa e giustificato motivo soggettivo.

Questioni non mancano neanche riguardo al concetto di “fatto”. La maggior parte della dottrina ritiene che il significato di fatto sia da ritenersi dal punto di vista “materiale” ovvero della ragione addotta alla base del licenziamento. Se infatti il fatto fosse da intendersi nel senso giuridico del termine, questi andrebbe a confondersi con il giustificato motivo oggettivo stesso, rendendo inutile *“la distinzione, posta dall’art. 18, comma 7, tra le due categorie, fatto posto alla base del licenziamento ed estremi del giustificato motivo”*²⁶³.

Per concludere ogni previsione della riforma, nel caso in cui l’impresa non ricada entro gli estremi dell’applicazione dell’art. 18, la tutela obbligatoria ex art. 8 l.604/66 prevede l’unicità del risarcimento economico tra un minimo di due e mezzo mensilità e sei mensilità. Tale limite superiore però poteva arrivare fino a dieci se gli anni di servizio erano almeno altrettanti e fino a quattordici per venti anni di servizio o più.

Dal punto di vista di Maresca, la riforma Fornero avrebbe introdotto un *“meccanismo a doppia fase che guida il giudice nella decisione da assumere con riferimento all’illegittimità del licenziamento e, poi, all’individuazione e selezione della sanzione applicabile”*²⁶⁴. Secondo Zoli potrebbe addirittura considerarsi in tre fasi, considerando la prima fase come una consequenzialità tra una prima valutazione di “ingiustificatezza semplice”, ovvero una valutazione di discriminatorietà o illiceità dell’atto di licenziamento, e successivamente una valutazione di “ingiustificatezza qualificata” ovvero una valutazione della sussistenza o meno di elementi che possano permettere legittimare o meno la reintegra.

²⁶² Ferraresi, *op. cit.*, p. 139

²⁶³ Ponterio C., *Il licenziamento per motivi economici*, p. 79

²⁶⁴ Maresca A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell’art. 18 statuto dei lavoratori*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, I, 2012, p. 441

Una volta esaminata brevemente la riforma Fornero è possibile passare ad esaminare la riforma compiuta più recentemente dal governo Renzi, ovvero il cosiddetto *Jobs Act*, che si può dire abbia raggiunto gli scopi che si era proposta la riforma Fornero, ma poi non era riuscita a raggiungere per questioni politiche e sindacali.

Tra gli elementi più importanti della riforma del *Jobs Act* si evidenzia l'eliminazione totale dell'ipotesi reintegrazione per quei licenziamenti che il legislatore inizia esso stesso a definire quali economici. In tal senso viene infatti a mancare il riferimento precedente della "manifesta insussistenza del fatto" che poteva prevedere la tutela reale debole per giustificato motivo oggettivo.

"[...] escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento" così definito all'art. 1, 7° comma, lett. c) della l. 183 del 2014.

La dizione utilizzata in questo articolo di "licenziamenti economici" risulta essere estremamente importante poiché rappresenta la prima volta che il legislatore lo utilizza prendendo spunto dalla dottrina. Tale formulazione non ha avuto però vita lunga perché già nel d. lgs. del successivo anno il riferimento ai licenziamenti economici è stato eliminato riprendendo il termine di giustificato motivo oggettivo.

Come appena accennato, per i licenziamenti economici è ora prevista unicamente un'indennità economica che consta di due mensilità per ogni anno di servizio, per un minimo di quattro ed un massimo di ventiquattro mensilità. A differenza della legge Fornero in cui era il giudice a definire l'esatta entità, con il *Jobs Act* tali valori sono determinati su valori quali appunto l'anzianità di servizio.

Qualora l'impresa non ricada all'interno dell'applicazione dell'art. 18 st. lav., la tutela è naturalmente solo indennitaria e consta di un mese di retribuzione per ogni anno di servizio con un minimo di due ed un massimo di sei mesi di retribuzione. Sono eliminate le soglie maggioritarie riferite ai dieci e venti anni di anzianità come previsto dalla legge Fornero.

In conclusione, secondo F. Carinci la riforma dell'articolo 18 st. lav. ha portato al definitivo superamento della tesi del licenziamento quale *extrema ratio*. Allo stesso tempo però l'autore non ritiene che ciò sancirà anche il superamento dell'obbligo di *repêchage*,

dal momento che difficilmente la giurisprudenza rinuncerà ad un elemento che le permette di mantenere un certo margine di discrezione personale.

4.2 L'evoluzione economica del diritto del lavoro

La *ratio legis* alla base delle riforme Fornero e in special modo del *Jobs Act* si basa sul cosiddetto concetto di *flexicurity*, ovvero “flessicurezza” secondo il quale esisterebbe una connessione diretta tra la disciplina dei licenziamenti ed i livelli di occupazione. Tale concezione nacque a partire dagli anni 90 in Danimarca ed è ora stata presa come modello da numerosi paesi europei. Questo orientamento pone le sue basi su un concetto di flessibilità del mercato del lavoro, sia in entrata che in uscita, unita ad un potenziamento di quelli che sono gli ammortizzatori sociali in aiuto dei lavoratori.

Spinte ad apportare modifiche allo scopo di alleggerire il sistema sanzionatorio concernente il licenziamento sarebbero venute dall'interpretazione di una lettera²⁶⁵ scritta dal presidente della Banca Centrale Europea, Mario Draghi, al presidente del consiglio dei ministri italiano dove veniva chiesta maggiore flessibilità proprio in tale direzione. Altre spinte in tale direzione sono comunque senza dubbio da attribuirsi anche a manovre compiute al livello europeo.

*“Il legislatore ha ragionevolmente ritenuto che un abbassamento delle tutele contro il licenziamento illegittimo possa aumentare la propensione delle imprese ad assumere, oltre che attrarre investitori esteri.”*²⁶⁶ Questo è il pensiero di Pessi.

Nondimeno l'equazione, per cui a minori tutele a difesa del licenziamento corrisponderebbe una maggiore occupazione, secondo Speziale, non avrebbe alcun fondamento teorico né empirico che afferma come esistano invece numerose ricerche che dimostrano esattamente l'opposto.²⁶⁷ A maggior ragione perché, sempre secondo l'autore,

²⁶⁵ “Dovrebbe essere adottata una accurata revisione delle norme che regolano l'assunzione e i licenziamenti dei dipendenti, stabilendo un sistema di assicurazione della disoccupazione e un sistema di politiche attive per il mercato del lavoro che siano in grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi.”

²⁶⁶ Pessi R., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 21

²⁶⁷ OEDC, 2004, 80

il tasso di occupazione più che dal mercato del lavoro sarebbe condizionato “*dal livello di domanda aggregata e degli investimenti produttivi*”²⁶⁸.

L'autore continua sostenendo come “*il turn over italiano (in sostanza la mobilità in entrata ed in uscita dal mercato del lavoro e la creazione / distruzione di occupazione) siano tra i più elevati in Europa*”²⁶⁹ che dimostrerebbe come l'art. 18 st. lav. non fosse affatto un limite all'occupazione. Ad ulteriore dimostrazione di ciò non si evidenzia alcun maggiore *turn over* nelle imprese in cui non è applicabile l'art. 18, ma addirittura il contrario.

Ad ogni modo, sebbene non comprovata, la riforma attuata a partire dal 2012 ha una caratterizzazione prettamente economica, evidente soprattutto nella tutela del licenziamento per ragioni economiche che risulta essere totalmente indennitaria. Come affermato da Speciale “*una valutazione anche sommaria dei contenuti della riforma dimostra come essa sia interamente dominata da valutazioni strettamente economiche*”²⁷⁰

Una tale evoluzione ha evidentemente lo scopo di eliminare l'incertezza legata ai tempi ed ai costi del licenziamento, nonché di ridurre i rischi “informativi” che nascono al momento dell'assunzione sulle capacità del lavoratore addotta e quelle reali poi valutate successivamente. Poter prevedere l'esatto costo di licenziamento, permette difatti alle imprese di valutare anticipatamente, in un'ottica di semplice calcolo costi/benefici, se convenga o meno dal punto di vista economico proseguire un determinato rapporto di lavoro ed in caso negativo applicare il cosiddetto “*efficient breach*”, ovvero la già citata rottura efficiente del contratto.

La previsione stessa della conciliazione ex art. 6 d.l. 23/2015 risponde a questa logica puramente economica, ovvero “*in una dimensione di presunta efficienza economica*”²⁷¹ che porta ad una “*declinazione giuslavoristica dell'analisi economica del diritto*”²⁷². La conciliazione prevede infatti che, in cambio di un indennizzo predeterminato, il lavoratore rinunci all'azione giudiziaria. Il vantaggio è di entrambe le parti che evitano così i costi del processo giudiziario. Il lavoratore riceve una somma certa, immediata ed esente da

²⁶⁸ Speciale V., *Riforma dei licenziamenti, obiettivi economici e crisi epistemologica del diritto del lavoro*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”, 2015, p. 3

²⁶⁹ *Idem*

²⁷⁰ Speciale V., *op. cit.*, p. 5

²⁷¹ *Ibidem*, p. 7

²⁷² Fiorillo L., Perulli A., *Contratto a tutele crescenti e Naspi: Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 9

tassazione, seppure inferiore allo standard, mentre il datore di lavoro evita una causa e l'evenienza di venir condannato pagare una somma maggiore.

Sebbene a vantaggio economico di entrambe le parti, una simile risoluzione del rapporto di lavoro non rispetta quello che è il principio alla base del diritto del lavoro del rispetto del bilanciamento degli interessi opposti e nel rispetto dei *“valori interiorizzati nella società e riconosciuti normativamente nelle Costituzioni, nelle Carte fondamentali e nelle leggi ordinarie”*²⁷³. Con ciò Speciale non vuole affermare che il diritto del lavoro si debba contrapporre all'economia, essendoci tra i due una profonda e naturale connessione, ma il rischio però, come sostiene Perulli, è di cadere in una *“tirannia dei valori economici”*²⁷⁴.

In altre parole, sempre secondo Speciale, il sistema si ritrova in una situazione in cui *“la dimensione giuridica è del tutto assente – nel senso assiologico del termine – o comunque completamente subordinata alle ragioni economiche”*²⁷⁵ con il che però si arriva ad una visione *“efficientistica delle norme”* che diventano quindi solamente degli ostacoli alla razionalità economica.

Molto significativa è l'affermazione di Del Punta, secondo il quale *“l'essenza della razionalità (o ragione) giuridica, e segnatamente giuslavoristica, è di essere una razionalità di sintesi, che assorbe la razionalità economica all'interno di un quadro di riferimento più ampio”*.²⁷⁶

Ad onor del vero, tali visioni di Speciale, Perulli e Del Punta derivano, evidentemente, dal pensiero di autori che sono giuristi.

Secondo la Magnani, con l'applicazione dell'unica tutela indennitaria in caso di licenziamento economico, *“poteva echeggiare la proposta del cd. firing cost”*²⁷⁷. Così però non è stato dal momento che nell'orientamento del *Jobs Act* vi è certezza per quanto riguarda il *quantum*, ma non l'*an* ovvero il diritto o meno a ricevere l'indennizzo. Qualora invece fosse stato applicato il concetto di *firing cost* si sarebbe assistito alla pressoché totale cancellazione dell'indagine giudiziale a favore di un indennizzo a prescindere dall'esamina della sussistenza delle ragioni.

²⁷³ Speciale V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”, 2015, p. 7

²⁷⁴ Fiorillo L., Perulli A., *op. cit.*, p. 8

²⁷⁵ Speciale V., *Il giustificato motivo oggettivo*, p. 9

²⁷⁶ Del Punta in Speciale V., *op. cit.*, p. 10

²⁷⁷ Magnani, M., *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”. p. 2

Allo stesso modo si esprime Ferraresi per il quale “*con l’ultima riforma il legislatore non si è spinto sino ad accogliere la proposta del cd. firing cost*”²⁷⁸. Qualora infatti il lavoratore volesse, avrebbe il diritto di richiedere un accertamento giudiziale che potrebbe anche risolversi nella legittimità del licenziamento con la conseguenza di evitare ogni costo di licenziamento, che sarebbe invece sempre previsto.

Tale filtro giudiziale è stato proprio mantenuto per evitare di gravare sull’impresa un costo in caso in cui ci sia effettivamente un giustificato motivo oggettivo. Inoltre la totale mancanza di una valutazione giudiziale violerebbe l’art. 24 del Costituzione che prevede il diritto di agire in giudizio a tutela dei propri diritti, oltre a violare il già citato art. 30 della Carta Europea.

²⁷⁸ Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, p. 201

Conclusioni

L'elaborato conferma come la letteratura ed il dibattito riguardante le fattispecie ed i requisiti del licenziamento per ragioni economiche, siano estremamente ampi, ma si rende anche evidente come sia la dottrina che la giurisprudenza non siano assolutamente unitarie nei loro orientamenti e decisioni. “Secondo parte della dottrina”, “secondo un orientamento della giurisprudenza” sono tra i termini maggiormente utilizzati, proprio per evidenziare tali differenti opinioni ed orientamenti che talvolta risultano essere tra loro totalmente opposti. Tuttavia, tali differenti visioni entrano in contrasto con quella che è la “certezza del diritto” dal momento che, ad esempio, il medesimo caso di licenziamento può essere risolto in maniere anche estremamente diverse tra loro solamente perché sottoposto ad un determinato giudice rispetto che ad un altro.

Le recenti riforme del diritto del lavoro hanno delineato un evidente intenzione del legislatore ad operare verso un'analisi economica del diritto, seguendo la ritrovata teoria della *flexicurity*, ovvero il connubio tra flessibilità e sicurezza. Uno dei modi in cui il nostro legislatore ha ricercato tale flessibilità è proprio attraverso l'eliminazione della tutela reintegratoria nei casi di licenziamenti illegittimi dettati da ragioni economiche.

Un tale orientamento legato maggiormente ad interessi economici piuttosto che alla stabilità del rapporto di lavoro, ha senza dubbio influenzato l'inversione di tendenza compiuta dalla Cassazione nei riguardi del licenziamento quale *extrema ratio*.

Sebbene un'opposta visione rispetto alla suddetta si sia presentata negli anni anche in Cassazione, questa non ha sicuramente rappresentato una vera e propria alternativa. Almeno finora. Con la sentenza di Cassazione n. 25201 del 7 dicembre 2016, la Cassazione ha confermato un nuovo filone giurisprudenziale che ha definitivamente superato ogni riferimento alla sussistenza di una crisi all'interno dell'impresa ed ha, anzi, espressamente legittimato il licenziamento economico anche qualora lo scopo ultimo del datore di lavoro che lo mette in atto, sia l'incremento dei profitti.

Una soluzione di questo tipo era in realtà auspicata in dottrina, la quale aveva sempre messo in evidenza come una tale pretesa – della necessaria sussistenza di una situazione di crisi – non fosse assolutamente riscontrabile all'interno della normativa a riguardo. Oltretutto, sempre secondo la dottrina, risultava essere anche particolarmente contraddittorio impedire al datore di lavoro di licenziare un dipendente allo scopo di

incrementare gli utili, quando questo è il fine ultimo stesso dello svolgimento dell'attività di impresa.

Allo stesso modo però, dottrina e giurisprudenza favorevoli a tale evoluzione, ribadiscono come non si debba ritenere questa come un "involuzione" ovvero un ritorno a quello che era un tempo il cosiddetto recesso *ad nutum*, poiché il datore di lavoro resta comunque responsabile di dimostrare di aver rispettato i requisiti che ancora oggi la giurisprudenza pretende per determinare la legittimità del licenziamento.

Sebbene sia ancora troppo presto per avere la completa conferma che vi sia stato un effettivo cambio di rotta da parte della giurisprudenza, si può affermare che vi siano tutti i presupposti per una risposta a quelle che sono le necessità dettate dal legislatore nonché dalla situazione economica attuale.

Bibliografia

Alleva P., *Presente e futuro dei licenziamenti per ragioni economico-produttive*, in “Rivista Giuridica del Lavoro”, I, 2006, pp. 65 e ss.

Amoroso G., *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello statuto dei lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, I, 2015, pp. 327-375.

Andreoni A., *Razionalità e proporzionalità nei licenziamenti “oggettivi”*, in “Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale”, 1, 2006, pp. 87-102.

Ballestrero M. V., De Simone G., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2012.

Ballestrero M. V., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell’art. 18*, in “Lavoro e Diritto”, 4, 2013, pp. 559-583.

Basilico et. al., *Il licenziamento. Dalla legge Fornero al Jobs Act*, Giuffrè, Milano, 2016.

Bosco A., *Giustificato motivo oggettivo: per la Cassazione non serve la crisi*, in <http://bdprof.ilsole24ore.com/MGRBD24/Default.aspx#235>, 2017.

Brun S., *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, CEDAM, Padova, 2012.

Calcaterra L., *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2009.

Carinci F., *Dallo statuto al Contratto a tutele crescenti: il “cambio di paradigma”* in “Giurisprudenza Italiana”, marzo, 2016.

Carinci F., De Luca Tamajo R., Tosi P., Treu T., *Il rapporto di lavoro subordinato*, vol. 2, UTET, Torino, 2011.

Carinci M. T., *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in “Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia”, a cura di F. Galgano, vol. XXXVI, CEDAM, Padova, 2005.

Carinci M. T., *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell’art. 30, l. 183/2010*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona”, 114, 2011.

Carinci M. T., *L’obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, I, 2017, pp. 203-240.

Cester C., *I licenziamenti dopo la legge n. 92 del 2012*, CEDAM, Padova, 2013.

Cester C., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, ADAPT, 2015.

Cester C., *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, 2, 2017, pp. 153-161.

Ciucciovino S., *Giustificato motivo di licenziamento e repêchage dopo il Jobs Act*, in “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 7, 2016, pp. 432-447.

Cosio R., *Licenziamento individuale per motivi economici e controllo giudiziario nella riforma del mercato del lavoro*, in “Il lavoro nella Giurisprudenza”, 3, 2013, pp. 255-266.

Cosio R., *Il licenziamento individuale per motivi economici nella riforma del mercato del lavoro in Italia*, ADAPT, 2013, pp. 29-38.

De Angelis L., *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in “Lavoro e Diritto”, 3, 2007, pp. 465-492.

De Angelis, *Giurisprudenza sullo jus variandi e ruolo del giudice alla luce del Jobs Act: spunti di riflessione*, in “Lavoro e diritto”, 4, 2016.

De Luca Tamajo R., Bianchi D’Urso F., *i licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della cassazione*, Giuffrè, Milano, 2006.

Di Corrado G., *Licenziamento: primi orientamenti giurisprudenziali*, in “Diritto & Pratica del Lavoro”, 26, 2016, pp. 1575-1581.

Ferraresi M., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2016.

Ferraresi M., *L’obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in “Diritto delle Relazioni Industriali”, 3, 2016, pp. 843.

Ferraresi M., *Giustificato motivo oggettivo: natura, elementi costitutivi, valori costituzionali*, in “AGI”, Milano, 16 maggio 2017.

Ferrari M., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e nomofilachia*, in “Foro italiano”, I, 2017, col. 123.

Fiorillo L., Perulli A., *La riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, Torino, 2014.

Fiorillo L., Perulli A., *Contratto a tutele crescenti e Naspi: Decreti legislativi 4 marzo 2015, n. 22 e n. 23*, Giappichelli, Torino, 2015.

Fontana F., *Il rifiuto del lavoratore alla trasformazione del contratto di lavoro da full-time a part-time non costituisce in sé giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, 1, 2016, pp. 77-84.

Fontana G., *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in “Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale”, 3, 2001, pp. 323-351.

Fratini R., *Obbligo di repêchage: un cantiere ancora aperto*, in “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 7, 2016, pp. 448-460.

Frigerio E., *Gestione operativa del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in “www.eclavoro.it”, 2016.

Gallo F.M., *Giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto di lavoro. Limiti del controllo giudiziale*, in “Il Lavoro nella Giurisprudenza”, 2, 2012, pp. 144-151.

Gandini F., *Il matrimonio forzato: brevi note su riforma dei licenziamenti ed efficienza della regola giuridica*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, n. 3, 2016, pag. 399-407.

Gaudio G., *Il repêchage tra riforma Fornero e Jobs Act*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, 4-5, 2016, pp. 890-910.

Ghirardi N., *La sostituzione del lavoratore subordinato con un altro dipendente, un socio, un consulente esterno o un nuovo macchinario*, in “La circolare di lavoro e previdenza”, 7, 19 febbraio 2016.

Goffredo M. T., Meleca V., *Licenziamento illegittimo e reintegrazione*, in “Diritto e Pratica del Lavoro”, 22, 2017, inserto.

Ichino P., *Licenziamento individuale*, in “Il contratto di lavoro” di Pietro Ichino (a cura di), vol. III, 1999.

Ichino P., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, 2001 www.pietroichino.it.

Ichino P., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, 2002, www.pietroichino.it.

Ichino P., *Nuova disciplina dei licenziamenti: property e liability rule*, in “Diritto e Pratica del Lavoro”, 25, 2012, pp. 1545-1553.

Magnani, M., *Correzioni e persistenti aporie del regime sanzionatorio dei licenziamenti: il cd. contratto a tutele crescenti*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”, 2015.

Maresca A., *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 statuto dei lavoratori*, in “Rivista Italiana di Diritto del Lavoro”, I, 2012, pp. 415-459.

Maresca A., *Come cambia il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in “IPSOA quotidiano”, 16 febbraio 2017.

Maresca A., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterior ed il nesso causale*, in “Licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, a cura di Perulli A., Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione.

Marinelli M., *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, GIURETA, VII, 2009.

Mattei A., *Prevedibilità del fatto e criteri di scelta nel licenziamento economico*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro” 1, 2014, pp. 273-280.

Mazzotta O., *I licenziamenti, Commentario: le norme del codice civile, della legge 15 luglio 1966, n. 604 e dello statuto dei lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1999.

Megna M. R., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra impossibilità di repêchage ed oneri probatori*, in “Giurisprudenza Italiana”, febbraio, 2017, pp. 416-425.

Miraglia V., *La Corte di Cassazione ritorna sull'obbligo di repêchage*, in “Giurisprudenza Italiana”, ottobre, 2016, pp. 2197-2203.

Monterossi L., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage: nessun onere di allegazione*, in “Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale”, 3, 2016, pp. 303-316.

Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali* in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", 116, 2007.

Nogler L., et al., *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro, Venezia 25-26 maggio 2007*, Giuffrè, Milano, 2008

Nogler L., Bolego G., *Opinioni sul licenziamento per motivi economici*, in "Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali", 2, 2014, pp. 399-410.

Novella M., *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economiche organizzative dell'imprenditore*, in "Rivista Italiana di Diritto del Lavoro", II, 2004, p. 804 e ss.

Novella M., *I concetti di costo contabile di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in "nota a Cass. civ. 10 maggio 2007, n. 10672".

Pera G., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, in "Rivista di Diritto del Lavoro", I, 1968, pp. 221 e ss.

Perrino A. M., *nota a sentenza*, in "Foro Italiano", I, 2017, col. 132.

Persiani M., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in "Giurisprudenza Italiana", 5, 2016, pp.1166-1169.

Perulli A., *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, in "Rivista Italiana di Diritto del Lavoro", I, 2005, pp. 83-126.

Perulli A., *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in "Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro", a cura di Mazzotta O., Torino, 2008, pp. 55 e ss.

Perulli A., *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, in “Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale”, 3, 2012, pp. 561-586.

Pessi R., *I licenziamenti per motivi economici*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, 4-5, 2013, pp. 752-779.

Pessi R., Pisani C., Proia G., *Jobs Act e licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2015.

Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015.

Pisani C., *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e le incertezze della giurisprudenza*, in “Massimario di Giurisprudenza” de Il sole24ore, 2016.

Ponterio C., *Il licenziamento per motivi economici*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, 1, 2013, pp. 73-94.

Ponterio C., *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, in “Il Mulino”, 3, 2015, pp. 444-451.

Ponterio C., *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in “questione giustizia”*: <http://www.questionegiustizia.it/stampa.php?id=1202>, 2017.

Poso V. A., *La cassazione supera definitivamente la giurisprudenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ispirata alla funzione sociale dell’impresa?* in “Labor. Il lavoro nel diritto”, 2017.

Romei R., *Natura e struttura dell’obbligo di repêchage*, in “Forum permanente professionisti del lavoro” <http://serit.uniroma3.it>, 2017.

Santoro Passarelli G., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie*, in “Foro Italiano”, I, 2017, col. 134-139.

Scudeller P., *Legittimo il licenziamento per incrementare i profitti*, www.scudioscudeller.it, 2016.

Servidio S., *Licenziamento per g.m.o. e obbligo di repêchage*, in “Diritto & Pratica del Lavoro”, 15, 2016.

Servidio S., *Parità uomo-donna e licenziamento discriminatorio*, in “Diritto & Pratica del Lavoro”, 20, 2016, pp. 1219-1224.

Servidio S., *Legittimo il licenziamento per competitività*, in “Diritto & Pratica del Lavoro”, 8, 2017, pp. 475-481.

Speziale V., *Riforma dei licenziamenti, obiettivi economici e crisi epistemologica del diritto del lavoro*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona”, 2015.

Speziale V., *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D’Antona”, 2015.

Speziale V., *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o “normale” licenziamento economico?*, in “Licenziamento per giustificato motivo oggettivo”, a cura di Perulli A., Giappichelli, Torino, in corso di pubblicazione.

Tarquini E., *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in “Commentario breve alla riforma “Jobs Act””, a cura di Biasi M., Zilio Grandi G., CEDAM, Padova, pp. 213 e ss.

Valente L., *Il licenziamento per motivo oggettivo tra diritto ed economia*, in “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 7, 2016.

Vallebona A., *Scelte organizzative e licenziamenti*, in “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 7, 2016, pp. 412-413.

Vallebona A., *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto*, in “Massimario di Giurisprudenza del Lavoro”, 5, 2017.

Varva S., *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in “Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali”, 131, 2011, pp. 447-487.

Varva S., *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, Giappichelli, 2015.

Vidiri G., *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e “repêchage” dopo il Jobs Act*, in “Il Corriere Giuridico”, 5, 2017.

Viscomi A., *Il licenziamento individuale per motivi economici: orientamenti giurisprudenziali e prospettive di riforma*, in “WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona”, 3, 2014.

Zambelli A., *Licenziamenti e sanzioni disciplinari*, Guide pratiche Sole24Ore, 2 ed., 2006

Zampini G., *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e riorganizzazione del lavoro. Un'ipotesi di recesso ad nutum?*, in “Il Lavoro nella Giurisprudenza”, 6, 2016, pp. 580-584.

Zoli C., *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in “Argomenti di Diritto del Lavoro”, 2008, 31 e ss.

Zoli C., *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge 604/66 al d.lgs. 23/15*, in “quaderni di argomenti di diritto del lavoro”, 14, 2015, 75 ss.

Sitografia

www.treccani.it

<http://legislatureprecedenti.camera.it/>

www.iusexplorer.it

www.italgiure.it

www.sole24ore.it

www.wikipedia.it

www.giureta.unipa.it

www.eclavoro.it

www.pietroichino.it

www.adalbertoperulli.it

<http://www.questionegiustizia.it>

Documenti

Cassazione n. 3578 del 12 dicembre 1972

Cassazione n. 11519 del 19 novembre 1997

Cassazione n. 3848 del 24 febbraio 2005

Cassazione n. 8237 del 7 aprile 2010

Cassazione n. 21875 del 27 ottobre 2015

Cassazione n. 23620 del 18 novembre 2015

Cassazione n. 5592 del 22 marzo 2016

Cassazione n. 12101 del 13 giugno 2016

Cassazione n. 13516 del 1 luglio 2016

Cassazione n. 19185 del 28 settembre 2016

Cassazione n. 25201 del 7 dicembre 2016

Cassazione n. 4015 del 17 febbraio 2017

Corte Costituzionale n.78 del 30 dicembre 1958

Corte Costituzionale n. 45 del 9 giugno 1965

Corte Costituzionale n. 45 del 7 febbraio 2000

Legge n. 604 del 15 luglio 1966

Legge n. 300 del 20 maggio 1970

Legge n. 223 del 23 luglio 1991

Legge n. 183 del 4 novembre 2010

Legge n. 92 del 22 dicembre 2012

Legge n. 183 del 10 dicembre 2014

Decreto legislativo n. 23 del 4 marzo 2015