
Capitolo Primo

La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storie e attualità *

di Bruno Caruso

SOMMARIO: 1. Il giustificato motivo oggettivo e le storie parallele. La storia scritta dalle imprese e dai lavoratori. – 2. La storia scritta dalla giurisprudenza e dalla dottrina. – 3. La storia del giustificato motivo di licenziamento al capolinea? La narrazione del legislatore. – 4. I percorsi della narrazione giurisprudenziale. Quattro elementi intrinseci alla fattispecie giustificato motivo oggettivo e due estrinseci. – 4.1. Elementi intrinseci. – 4.2. Elementi estrinseci. – 5. Una valutazione di sintesi del percorso giurisprudenziale. Dal controllo di ragionevolezza sociale in senso forte alla verifica di proporzionalità in senso stretto. – 6. Alcune conclusioni.

1. *Il giustificato motivo oggettivo e le storie parallele. La storia scritta dalle imprese e dai lavoratori*

La fattispecie giustificato motivo di licenziamento (da ora anche gmo) – in qualunque modo la si voglia qualificare, norma, clausola generale o concetto elastico¹ – è un concetto chiave, a partire dal quale sarebbe possibile narrare una serie di storie parallele del diritto del lavoro italiano post costituzionale. Attraverso la piccola storia del giustificato motivo oggettivo si potrebbe, in qualche modo, attraversare la grande storia della disciplina.

* Il presente scritto riproduce, con qualche integrazione e l’inserimento delle note, l’intervento tenuto a Roma, Università La Sapienza, il 16 settembre 2016, in occasione del seminario *Il giustificato motivo oggetto di licenziamento: la fattispecie*, organizzato dal gruppo Freccia Rossa.

¹ Sulla qualificazione della fattispecie legale giustificato motivo oggettivo si intrattengono le monografie più recenti sul tema: S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 107 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 1 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 23; ID., *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 475 ss. Si veda, pure A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in questo volume.

Innanzitutto la storia narrata dalle imprese. In questo caso, il gmo, nella lettura combinata e integrata dell'art. 3 della legge n. 604², e dell'art. 24³ della legge n. 223/1991, è stato vissuto come una sorta di soglia/tetto consentita di utilizzo della flessibilità numerica⁴. Nell'immaginario collettivo degli imprenditori italiani l'attivazione del controllo giurisprudenziale da parte del dipendente licenziato – per ragioni attinenti a fatti aziendali – ha finito per costituire una sorta di parametro/tetto dell'efficienza aziendale, di possibile recupero di produttività, di contenimento dei costi; in altri termini, di regolatore dinamico delle strategie organizzative e aziendali con riguardo alla quantità di costo del lavoro sopportabile.

Accanto a questa narrazione va collocata, in parallelo, quella che viene fuori dalla percezione soggettiva dei lavoratori ricorrenti, dei loro legali e del sindacato che spesso ha fornito loro i servizi legali: essa è stata scritta, avvalendosi di un soggetto terzo, vale a dire, attraverso le motivazioni dei giudici. In tale storia parallela, il gmo, soprattutto nella fase di sviluppo della tecnica e dell'organizzazione fordista del lavoro⁵, è stato inteso come un vero e proprio scudo a difesa non del diritto al lavoro (come principio), ma del diritto al *singolo e concreto posto di lavoro*, in un determinato contesto, fisico, produttivo e geografico (la difesa del posto prima ancora del lavoro e non solo di fronte alla crisi ma anche di fronte a scelte di mera razionalizzazione produttiva e organizzative dell'imprenditore)⁶. Dunque il gmo come strategia

² «Ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

³ «In conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro».

⁴ Le recenti riforme, prima la legge Fornero poi il contratto a tutele crescenti, vanno nel senso di una unificazione delle fattispecie nella nozione unitaria di licenziamento economico che si distingue, quanto a regole applicabili, in ragione del numero dei soggetti coinvolti.

⁵ Per un inquadramento storico del fordismo, declinato al plurale, si rinvia a B. SETTIS, *Fordismi*, il Mulino, Bologna, 2016.

⁶ La teorizzazione della reintegrazione connessa a una visione del lavoro come *job property* è notoriamente dovuta a P. Ichino: per una rivisitazione storica, P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, relazione presso la Scuola della Magistratura 2016, p. 6 ss. ma già ID., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 473 ss., e ID. *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni precedenti)*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2006, p. 353 ss. Stranamente i critici della posizione di Ichino (per es. M. V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *La stabilità come valore e come problema*, a cura di Ballestrero, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3 ss.) finiscono per dargli ragione, nella misura in cui connettono la difesa della posizione di lavoro alla utilità economica che ne deriva in termini di quantità e continuità di reddito. C'è tutto un filone di pensiero, addirittura risalente a Gramsci, e che passa per le eroiche difese del singolo posto di lavoro delle *unions* britanniche nel trentennio glorioso, che connette la difesa di una certa posizione di lavoro e del lavoratore che la occupa alla salvaguardia di un patrimonio di conoscenza e di professionalità acquisito, in funzione della ideologia del "controllo operaio o sindacale", da difendere contro scelte poco lungimiranti e contrarie all'interesse dell'impresa, oggettivamente inteso, da parte dell'imprenditore stesso. Come ricorda Mengoni (L. MENGONI, *La regola della stabilità dal punto di vista del diritto comune dei contratti*, in AA.VV., *La stabilità dell'impiego nei paesi membri della C.E.C.A.*, Ufficio Pubblicazioni CEE, Lussemburgo, 1958, p. 233), il concetto di "posto di lavoro",

di tutela della stabilità non in astratto, ma in concreto: la stabilità non solo del reddito e dell'occupazione, ma soprattutto di *un* determinato posto di lavoro.

Occorre ricordare, incidentalmente, che questa narrazione del gmo, come scudo del diritto alla stabilità del singolo posto, nelle teorizzazioni che l'hanno giustificata come derivante direttamente dalla Costituzione e dai suoi principi, non è stata condivisa dalla Corte costituzionale – non solo nelle due decisioni di inizio secolo ma già in precedenza⁷. Nella sua giurisprudenza in tema di legislazione sui licenziamenti, la Corte, come ricorda Ballestrero, accenna soltanto indirettamente ad un profilo di *effettività* della tutela, nel momento in cui richiama (Corte cost. n. 46/2000) la Carta sociale europea che, come è noto, fa riferimento a un criterio di *adeguata riparazione*⁸; *effettività*⁹ che è uno *step* successivo (demandato al legislatore) rispetto all'ancoraggio costituzionale ormai certo e acquisito – non fosse altro perché contenuto nell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE – del principio di non arbitrarietà del licenziamento e di causalità del recesso.

Come è ampiamente noto, la Corte ha ripetutamente negato l'idea che esista, nella nostra Costituzione, un diritto alla stabilità, inteso quale riparazione in forma specifica del licenziamento illegittimo, da considerare diritto immanente all'ordinamento giuridico. Il che ha avuto riflessi nelle operazioni di bilanciamento tra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica, anche con riguardo al licenziamento economico, e ben prima delle recenti riforme. In tal senso, si è escluso che il parametro di controllo di causalità dell'atto, attraverso il gmo, possa preludere a una verifica di razionalità astratta (e non di ragionevolezza concreta) della gestione tecnico produttiva dell'impresa¹⁰. Si è escluso, detto in altro modo, che sia possibile sottoporre il controllo sulle scelte organizzative dell'impresa a vincoli interni allo stesso potere di gestione, che lo finalizzerebbero verso uno scopo pre-selezionato dall'ordinamento sulla base di una gerarchia di valori: per esempio, la scelta datoriale è tanto più razionale quanto più salvaguardi la base occupazionale, ovvero tra le possibili scelte gestionali va preferita quella più tollerabile socialmente¹¹. È pro-

come bene giuridico proposto dalla dottrina tedesca, è penetrato nel dibattito italiano attraverso C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 171.

⁷ Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 41; ma si v. pure l'ordinanza 10 febbraio 2006, n. 56 e Corte cost. 11 novembre 2011, n. 302. Si v. anche Corte cost. n. 45/1965; Corte cost. n. 27/1969; Corte cost. n. 178/1975. Sulle posizioni della Corte costituzionale, si v. la ricostruzione di V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 305/2016.

⁸ L'art. 24 della Carta sociale europea aggiunge al diritto a non essere licenziato senza valido motivo «il diritto ... ad un congruo indennizzo o altra *adeguata* riparazione».

⁹ Sul tema dell'effettività della tutela contro il licenziamento apprestata nel contratto a tutele crescenti, si v. gli argomentati dubbi di P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2, p. 219 ss.

¹⁰ È questo il recente e sintetico approdo raggiunto di recente dalla Cass. sentenza n. 25201/2016 su cui *infra*.

¹¹ In tal senso, con ampie e condivisibili argomentazioni, S. BRUN, *Il licenziamento economico*, cit., p. 65 ss. ma *passim*.

prio nell'esclusione di simili controlli "di merito" che risiede il senso ultimo della diffusa massima giurisprudenziale della insindacabilità del potere di gestione dell'imprenditore.

2. La storia scritta dalla giurisprudenza e dalla dottrina

Alla coppia dei protagonisti che hanno gestito nella concreta materialità dei rapporti di lavoro il giustificato motivo di licenziamento, si affianca la coppia dei protagonisti che vi hanno discettato su; è la storia scritta dalle corti del lavoro e dalla dottrina, quasi sempre in dialogo tra loro. La prima, di particolare rilievo, proprio perché la narrazione giurisprudenziale del giustificato motivo oggettivo è stata quanto mai perspicua, sfaccettata e densa. Riempire di contenuti la clausola del gmo (un contenitore quasi senza fondo) è stata l'occasione per definire, probabilmente senza una particolare consapevolezza teorica, ma caso per caso, con elevato spirito pragmatico (dal basso e induttivamente), una certa visione del rapporto tra diritto ed economia, tra i principi della libertà di impresa e di mercato e della tutela del lavoro; oltre che una visione dei limiti dell'intervento giudiziale di fronte alla legge in ragione del bilanciamento costituzionale di principi diversi.

La giurisprudenza, è bene precisare, questo equilibrio non l'ha trovato in astratto, a livello di principio o di teoria generale, con soluzioni valide per ogni uso e in ogni segmento della regolazione lavoristica e in ogni caso si tratta di un equilibrio mobile non statico. L'ha trovato su singole questioni, o, addirittura, su pezzi di questioni: per esempio l'equilibrio che sembra ora raggiunto sulla configurazione della fattispecie gmo, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 25210/2016 (il controllo giudiziale ridotto all'osso, attraverso una rivalutazione della formula letterale della norma e non di una sua presunta teologia) non è detto che debba essere di portata o contenuto analogo su altre questioni interpretative cruciali, che la nuova stagione del *Jobs Act* presenta: per esempio la questione del rimedio reintegratorio nel licenziamento disciplinare palesemente sproporzionato in regime Fornero¹².

Nella vicenda del gmo, tuttavia, la giurisprudenza italiana ha lasciato una indelebile traccia non solo del suo farsi diritto vivente, intervenendo nello spazio volutamente lasciato aperto dal legislatore con la regolazione a maglie larghe; ma an-

¹² Sul licenziamento sproporzionato nel regime Fornero (altro discorso nel d.lgs. n. 23/2015, ove il giudizio di proporzionalità è espressamente espunto dalla valutazione della sussistenza del fatto al fine del rimedio reintegratorio: art. 3, co. 2) la Cassazione, in diversi *obiter dicta*, sembra escludere la valutazione di proporzionalità con riguardo alla sussistenza del fatto (sentenza n. 18418/2016); ma in modo non chiaro, con riguardo al problema della sanzione applicabile, sembra pure ritenere la proporzionalità della sanzione come elemento costitutivo della fattispecie giusta causa o addirittura dello stesso fatto giuridico licenziamento disciplinare: «deve essere svolto anche d'ufficio l'apprezzamento relativo alla proporzionalità fra sanzione ed illecito disciplinare, poiché attiene alla sua stessa sussumibilità sotto il concetto di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento: diversamente, risulterebbe interrotta la sequenza logica "fatto norma effetto giuridico" attraverso la quale si afferma l'esistenza d'un fatto sussumibile sotto una norma che ad esso ricolleggi un dato "effetto giuridico", sentenza n. 10950/2016.

che del rendersi protagonista di un processo di mediazione sociale di interessi su un tema cruciale dei rapporti individuali di lavoro.

Il capitolo della storia del gmo scritto dalla dottrina è altrettanto ampio e importante. È stato inaugurato dalla enunciazione della celebre tesi di Giuseppe Pera¹³ nella relazione Aidlass del 1968, definita liberista; ma Pera era un giurista, come a tutti noto e come lui stesso amava definirsi, liberale, e non liberista nell’accezione attuale, per intenderci, del *Washington consensus*. La tesi suonava, sintetizzando al massimo, pressappoco così: il controllo giudiziale del licenziamento economico deve essere ridotto all’osso, dovendosi limitare, proprio in ragione della genericità del precetto legale e della sua rigorosa lettura letterale, a vagliare la effettività della scelta di soppressione del posto e dunque della riduzione occupazionale (la soppressione del posto), qualunque sia la ragione addotta – economica esterna o organizzativa interna – purché vera e non elusiva o pretestuosa; con l’aggiunta di un successivo controllo, caso per caso, del nesso di consequenzialità con il lavoratore licenziato in seguito alla soppressione di quel determinato posto.

La tesi, al di là del suo merito, più o meno discutibile (si è detto che il controllo giudiziario si sarebbe così ridotto a una presa d’atto quasi notarile della scelta dell’imprenditore, sfiorando appena la valutazione in termini di amministrazione del contratto: l’imprenditore nella qualità di datore di lavoro)¹⁴, inaugura, comunque, un fortunato approccio di metodo allo studio dell’istituto; tale approccio ha finito per costituire una sorta di traccia, meglio ancora, come dicono gli scienziati sociali, una sorta di *path dependance* per le elaborazioni successive. Nella ricostruzione dell’istituto, la dottrina giuslavorista (con dovute eccezioni)¹⁵ ha finito, infatti, per privilegiare anch’essa, sul solco aperto dalla giurisprudenza, un approccio pratico/casistico, quasi di realismo giuridico. Si è dedicata più allo studio delle modalità pratiche di applicazione della giurisprudenza, proponendone a volte correzioni di rotta, mettendo in secondo piano l’esigenza di una ricostruzione dogmatica o sistematica della fattispecie.

Questo approccio “realistico” raggiunge il suo culmine nella ricostruzione di Pietro Ichino¹⁶, ispirata dal metodo dell’analisi economica del diritto: il gmo va-

¹³ G. PERA, *I licenziamenti nell’interesse dell’impresa*, relazione al Convegno dell’Aidlass, in AA.VV., *I licenziamenti nell’interesse dell’impresa. Atti delle Giornate di Studio di Firenze, 27-28 aprile 1968*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 11 ss.

¹⁴ Soprattutto le critiche di F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 72 ss.

¹⁵ Si v., L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra “principi” costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 4, p. 593 ss. Pure L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo di licenziamento*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 142, 2, p. 415 ss.; in precedenza, i seminali lavori di M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Franco Angeli, Milano, 1975; M. D’ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

¹⁶ P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, cit.

lutabile soltanto in termini di sopportabilità e/o della convenienza del costo della separazione da parte dell'imprenditore. È una costruzione che – partendo dalla critica all'approccio ermeneutico della giurisprudenza e a certi suoi risultati – arriva paradossalmente a negare le sue stesse origini realiste: nega, cioè, l'approccio al gmo come suggerimento ai giudici di possibili (e corretti, alla luce dell'ancoraggio normativo) modelli di sentenza. Ciò nella misura in cui, nelle conclusioni di Ichino, si nega aprioristicamente l'opportunità e la legittimità stessa del controllo giudiziario sul licenziamento economico, proponendo una riforma legislativa che consenta all'imprenditore un meccanismo automatico di risoluzione, non controllato dal giudice, che presuppone una scelta binaria – dettata da un calcolo razionale di convenienza – tra l'addossarsi il costo del licenziamento (legislativamente pre-stabilito), ovvero mantenere la diseconomia conseguente alla continuazione del rapporto che genera inefficienza.

3. *La storia del giustificato motivo di licenziamento al capolinea? La narrazione del legislatore*

L'ultimo capitolo delle storie parallele sul gmo è la narrazione che ne ha fatto il legislatore soprattutto negli ultimi anni; prima con il velleitario tentativo del Collegato lavoro¹⁷, mirato tautologicamente (un vero *loop* concettuale) a definire con una clausola generale (la esclusione del controllo giudiziale di merito delle scelte imprenditoriali) lo stesso contenuto della clausola/norma generale giustificato motivo (ma qual è la scelta di merito con riguardo alle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, già richiamate dalla norma sul gmo, che il giudice non deve sindacare?). Non a caso l'art. 30 è stato messo nel ripostiglio degli attrezzi giuridici inutili, con la sua retrocessione a mera direttiva interpretativa che non significa nulla o quasi e che non costituisce certamente un *quid novi* regolativo, salva una inopinata rivalutazione della norma effettuata dalla sentenza della Cassazione n. 25201/2016 (*infra*).

È stato un tentativo che ovviamente non ha sciolto le aporie del significato e della portata del controllo del giudice, allorché valuta la legittimità del licenziamento per gmo alla luce della portata ampia e indefinita del precetto legale (basti guardare alla giurisprudenza successiva al 2010 che non ha, certo, cambiato di segno in ragione dell'innovazione normativa). E ciò in ragione del fatto che il vero problema che pone il giustificato motivo di licenziamento non è la qualificazione

¹⁷ Art. 30, legge n. 183/2010, co. 1 «*In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale 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 o al committente*».

tipologica del controllo assegnato al giudice – di merito o di mera legittimità – posta la non risolvibilità definitoria dell'alternativa sul piano concettuale; ma la sua estensione in concreto: fino a dove può spingersi in concreto il giudice nell'influenzare la scelta gestionale dell'imprenditore relativa alla flessibilità numerica¹⁸.

Più strutturale e incisiva, invece, la riforma del 2012 (legge Fornero) così come, più recentemente, la regolamentazione introdotta dal contratto a tutele crescenti: sull'onda delle suggestioni di Pietro Ichino, non portate sino alle conseguenze ultime da lui teorizzate (il progetto Blanchard-Tirole e la predeterminazione fissa del costo di separazione senza alcuna valutazione giudiziale)¹⁹, la fattispecie non viene riscritta formalmente, ma viene ridisegnata sostanzialmente giocando sugli effetti *a valle* e *collaterali* del licenziamento. Vale a dire, con il sistema (attenuato) delle sanzioni e intervenendo con il procedimento di conciliazione obbligatoria preventiva e con la conciliazione facoltativa sul prezzo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti. Sono, questi ultimi, strumenti che non si limitano a circoscrivere il controllo del giudice sull'atto, ma che tendono a evitarlo del tutto o a renderlo residuale, e, comunque, molto marginale.

4. I percorsi della narrazione giurisprudenziale. Quattro elementi intrinseci alla fattispecie giustificato motivo oggettivo e due estrinseci

La storia più interessante sul gmo è, senza dubbio, quella scritta dalla giurisprudenza. Se la si guarda retrospettivamente, soprattutto nella versione della Corte di Cassazione, può dirsi che l'elaborazione giurisprudenziale probabilmente non è arrivata al capolinea²⁰, ma certamente il passare del tempo e la sedimentazione dei precedenti²¹ hanno giovato a una migliore messa a punto della definizione giurisprudenziale della fattispecie con riguardo ai suoi effetti: giustificabilità o non giustificabilità della scelta gestionale e organizzativa del datore di lavoro a monte del

¹⁸ Già in tal senso R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, 4, p. 699 ss.

¹⁹ M.P. POTESTIO, *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, il Mulino, Bologna, 2015, n. 3, p. 444 ss.; sul tema rinvio a B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 265/2015.

²⁰ Un tentativo di sintesi forte, sulla struttura della fattispecie, è comunque operato dalla cit. sentenza n. 25201/2016 che ha suscitato ampia eco anche sulla stampa quotidiana come se si trattasse di un orientamento del tutto nuovo; il commento più informato in tal senso appare quello di G. Falasca sul *Il sole* 24 ore del 31 dicembre 2016, *Lecito il «recesso» per profitto, nulla di nuovo per la Cassazione*. Ampiamente critico invece il commento di Ciccarelli su *Il Manifesto* del 30 dicembre 2016, *Si ai licenziamenti perché rispettano la libertà dell'imprenditore*. In senso analogo su *Il Messaggero* del 30 dicembre 2016, *Per la Cassazione «licenziare in nome del profitto si può»*, sulla *Repubblica* dello stesso giorno "Si può licenziare per fare più profitti" e su *Italia oggi*, *Per il profitto si può licenziare*.

²¹ Anche se i sistemi di *civil law* si confrontano notoriamente con i precedenti e il *case law* non è esente da sistemazioni dogmatiche che trascendono i precedenti. Per tutti, M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, V, c. 439.

licenziamento e con riguardo alle sue conseguenze. A questo punto andrebbe logicamente introdotta la questione del rapporto tra legittimità dell'atto e tipologia del rimedio; ciò in ragione della scomposizione introdotta dalla legge Fornero, giusta la direttiva «ad ogni (vizio del) licenziamento la sua sanzione». Scomposizione che dovrebbe essere ricomposta nell'intenzione del legislatore – il condizionale, in ragione della imprevedibilità delle dinamiche interpretative della giurisprudenza, è d'obbligo – dal contratto a tutele crescenti, che ha inteso espungere definitivamente, per ogni tipo di licenziamento qualificabile come economico, il rimedio reintegratorio (anche nella versione debole) a favore del rimedio risarcitorio (con eliminazione di ogni riferimento al fatto e alla sua manifesta insussistenza); con tutti i riflessi indiretti che tale regolazione produceva, e produrrà, residualmente per i rapporti di lavoro regolati dalla Fornero, sulla ricostruzione della fattispecie.

In estrema sintesi, la posizione d'arrivo dell'elaborazione giurisprudenziale potrebbe essere scomposta in sei segmenti concettuali che costituiscono la griglia valutativa dei licenziamenti ermeneuticamente utilizzata. Sono segmenti che si possono definire mobili, nel senso che la varianza semantica di alcuni di essi, apparentemente minima anche con riguardo alla distribuzione degli oneri probatori, finisce per determinare una ragguardevole oscillazione dell'ambito del controllo, se si considerano le ragioni più attente al principio del diritto al lavoro e quelle più sensibili alla libertà di impresa. Se ne fornisce la versione che, nell'operazione di bilanciamento, guarda più all'interesse alla conservazione del posto di lavoro. Ovviamente le asseverazioni giurisprudenziali sono da considerarsi vere e proprie ellissi di ragionamenti, a volte complessi, a volte tortuosi, a volte contraddittori o sfumati, comunque sempre costruiti a ridosso di casi concreti.

4.1. *Elementi intrinseci*

a) Primo segmento: il licenziamento per gmo deve essere sostenuto da una scelta *effettiva e non pretestuosa*. La scelta è effettiva quando l'atto di gestione produce una tangibile riduzione o trasformazione di attività o di lavoro: vale a dire un cambiamento organizzativo. Corollario di questa posizione è che se il licenziamento si riduce a una mera soppressione di posto, rimanendo intatta l'organizzazione di impresa, manca il gmo: il licenziamento non può identificarsi con la soppressione di posto, pena un avvistamento circolare (tautologico) della fattispecie. La ulteriore deduzione è di ragion pratica: se il licenziamento per gmo si traduce in un'operazione meramente sostitutiva (licenzio Tizio e assumo Caio perché meno costoso), anche in tal caso non si configura la fattispecie; ma se licenzio Tizio ed esternalizzo la sua posizione, o ne scompongo e ne redistribuisco le mansioni, in un assetto organizzativo tangibilmente mutato, la fattispecie, invece, si realizza.

b) Secondo segmento: le ragioni, sia di mercato sia organizzative, che generano riduzione o trasformazione di lavoro e attività, devono essere stabili e non contingenti; se sono volatili diventano pretestuose. Nella versione più sensibile

a un bilanciamento con il principio del diritto al lavoro, le modifiche *devono* essere addirittura definitive: il che implicherebbe, quantomeno, una capacità di prognosi tecnica delle scelte organizzative dell’imprenditore da parte del giudice. Questi elementi, stabilità e non transitorietà, definibili come caratteristiche intrinseche alla modifica tecnico organizzativa²² – tranne nella versione della definitività – aggiungono poco al segmento precedente, nel senso che confermano che la scelta deve essere effettiva, non pretestuosa e quindi non fraudolenta, abusiva o arbitraria. La non volatilità della riduzione e/o trasformazione può essere considerata, per altro, la traduzione giurisprudenziale della teoria dottrinale del *quid novi*²³.

c) Il terzo segmento, in verità controverso nella giurisprudenza della S.C., attiene ai motivi della scelta organizzativa; la scelta di riduzione e/o di trasformazione non deve mirare al profitto, si aggiunge, a volte, “egoistico” dell’imprenditore: si tratta ovviamente di un vincolo definitorio, che richiama un controllo di ragionevolezza sociale forte (e quindi già in sé discutibile), che sfiora il controllo di razionalità, perché si avverte un vago ossequio alle vetuste teorie di funzionalizzazione dell’iniziativa economica ancorché in negativo: quello che l’imprenditore *non* deve fare come vincolo interno al suo potere.

Tale segmento è controverso nella giurisprudenza della Suprema Corte, anche se ancora riproposto (Cass. n. 5173/2015). È probabile, tuttavia – soprattutto dopo la chiara presa di posizione della Suprema Corte (Cass. n. 25201/2016)²⁴, che rilancia la tesi giusta la quale non rilevano, e non vanno sindacati, né i motivi a monte della scelta, né gli obiettivi a valle che l’imprenditore intende perseguire – che tale segmento ricostruttivo della griglia di controllo giudiziale sia destinato a venir meno²⁵. La sentenza, infatti, ripropone, attraverso un’accurata autoanalisi critica dei percorsi della Suprema Corte, la tesi di Pera sulla necessità di “riduzio-

²² S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, cit.

²³ Su cui insiste molto S. VARVA, *Il licenziamento economico*, cit.

²⁴ La sentenza ha decisamente virato nel senso della piena neutralizzazione dei motivi del licenziamento (sia di crisi di mercato esterno, sia di riorganizzazione interna) con riguardo alla ricostruzione della fattispecie, con conseguente rivalutazione dell’art. 41, co. 1, Cost.: «*Dal punto di vista dell’esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d’impresa. Non è quindi necessitato che si debba fronteggiare un andamento economico negativo o spese straordinarie e non appare pertanto immeritevole di considerazione l’obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l’attività dell’impresa attraverso le modalità, e quindi la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli*».

²⁵ Prima della sentenza n. 2501/2016, già in tal senso, con motivazione adeguata con riguardo al concetto di produttività, Cass. n. 13516/2016.

ne all'osso" del controllo giudiziale: effettività della scelta di soppressione del posto a prescindere dai motivi a monte e degli obiettivi a valle, non pretestuosità dello stesso e nesso di consequenzialità con la individuazione di un determinato lavoratore/trice.

Questo segmento interpretativo – relativo all'indagine sulla sussistenza di obiettivi di profitto imprenditoriale – viene oggi messo in discussione in dottrina, per una considerazione che attiene alla correttezza del circolo ermeneutico²⁶: il vaglio della scelta organizzativa di impresa alla luce dei motivi psicologici ed etici dell'imprenditore (il profitto come fine egoistico) non è consentito dalla legge; la norma si limita a prendere in considerazione, allo scopo del controllo, l'effetto dell'atto di gestione, presupponendone la sua veridicità: la trasformazione o la riduzione dell'attività, ma non la sua *ratio*, a monte, o il fine a cui deve tendere²⁷.

d) Il quarto segmento della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie gmo, è l'esistenza del nesso causale tra *scelta aziendale* e *soppressione del posto* occupato dal lavoratore da licenziare. La verifica dell'esistenza del collegamento eziologico tra i due elementi, ragionevolmente, impedisce che la modifica organizzativa sia il viatico per eliminare dipendenti semplicemente sgraditi. In questa prospettiva, il nesso causale costituisce il *trait d'union* necessario tra scelta organizzativa e atto di gestione riguardante il personale. Il nesso non è ovviamente deterministico, ma implica una giustificabilità della scelta datoriale e, quindi, la necessità del controllo giudiziario su di esso, proprio per evitare che il licenziamento non sia altro che un pretesto²⁸. Questo passaggio, fortemente sottolineato dalla sentenza n. 25201/2016²⁹, acquisisce particolare importanza alla luce del nuovo quadro di tutela contro il licenziamento per gmo. La soppressione di posto, enfatizza la sentenza, deve essere effettiva: se la scelta di licenziare viene motivata con la crisi, essa deve essere adeguatamente comprovata; se non risulta tale, il licenziamento è ingiustificato, ma se risultasse pure pretestuoso esso si esporrebbe ai rimedi contro gli atti illeciti o discriminatori del datore di lavoro³⁰, vale a dire la nullità e la reinte-

²⁶ Si veda DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in questo volume.

²⁷ L'esegesi letterale della norma è l'asse su cui ruota l'argomentazione della cit. sentenza n. 25201/2016.

²⁸ In tal senso G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit.

²⁹ «Infine deve sempre essere verificato il nesso causale tra l'accertata ragione inerente l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro come dichiarata dall'imprenditore e l'intimato licenziamento in termini di riferibilità e di coerenza rispetto all'operata ristrutturazione. Ove il nesso manchi, anche al fine di individuare il lavoratore colpito dal recesso, si disvela l'uso distorto del potere datoriale, emergendo una dissonanza che smentisce l'effettività della ragione addotta a fondamento del licenziamento», Cass. n. 25201/2016.

³⁰ «La combinazione di siffatti controlli e limiti, oltre le comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori del datore, esclude che il potere di questi di risolvere il rapporto per motivazioni economiche possa essere assimilato ad un recesso ad nutum frutto di scelte autosufficienti ed insindacabili dell'imprenditore» (così ancora Cass. n. 25201/2016, cit.).

gra. Onde può dirsi che il licenziamento per ragioni non effettive dischiude il vaglio di pretestuosità, qualora tale qualificazione del licenziamento venga adeguatamente allegata e provata (anche con il gioco delle presunzioni e con l'utilizzo dell'ampia tastiera istruttoria di cui è dotato il giudice del lavoro che, in periodo di “vacche magre” quanto a tutele sostanziali, va debitamente ri-considerata)³¹.

4.2. Elementi estrinseci

e) Il quinto segmento è l'assolvimento, più o meno ampio, dell'onere di *repêchage*: la dimostrazione, cioè, che del licenziamento non si possa fare a meno, neppure utilizzando il lavoratore in altro modo o altrove, anche, come di recente stabilito dalla Corte di Cassazione, in mansioni di contenuto inferiore (Cass. n. 26467/2016; Cass. n. 22798/2016; Cass. n. 23698/2015), imponendo al datore di lavoro comportamenti che l'ordinamento giuridico al più considera volontari³². Qui si è di fronte al controllo di ragionevolezza in concreto, che implica pure una valutazione *lato sensu* di proporzionalità della scelta gestionale rispetto all'interesse al mantenimento dell'occupazione (non del singolo posto).

f) Il sesto segmento, infine, è il rispetto dell'obbligazione di correttezza e buona fede *sub specie* di applicazione di criteri di scelta sociali trasparenti e oggettivi (possibilmente ma non necessariamente mutuati dall'art. 5 della legge n. 223/1991³³), quando la scelta in astratto potrebbe ricadere su una pluralità di posizioni fungibili. Va ribadito che le ultime due tipologie di controllo (*repêchage* e criteri di scelta) costituiscono vere e proprie verifiche della proporzionalità in senso proprio dell'atto di gestione del datore di lavoro e sono ancillari rispetto alle precedenti.

Orbene, i primi quattro segmenti della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie sono interni al perimetro della fattispecie legale, mentre gli ultimi due, obbligo di *repêchage* e criteri di scelta, sono esterni³⁴: essi sono stati per così dire “incollati” alla fattispecie legale, per scopi, comprensibili, di bilanciamento degli interessi ma con effetti manipolativi, in senso additivo. Ciò è avvenuto progressivamente, man mano che si sono attenuati o sono risultati poco solidi i bilanciamenti definitivi degli elementi primari, interni alla fattispecie. È possibile che il

³¹ Si rinvia a B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Rass. giur. lav.*, I, 1982, p. 1 ss.

³² In tal senso A. MARESCA, cit., in questo volume.

³³ In tal senso perspicuamente, molto di recente, Corte di Cass. sentenza n. 25192/2016, secondo cui il datore di lavoro, nella scelta del dipendente, tutti astrattamente licenziabili, può basarsi su criteri di scelta diversi da quelli previsti per i licenziamenti collettivi, purché quelli adottati rispondano comunque a principi di correttezza e buona fede. Nella specie i giudici di legittimità hanno ritenuto legittimo, a parità di mansioni, il licenziamento per motivi economici del dipendente con lo stipendio più elevato, meno “performante” e con redditi ulteriori rispetto a quello di lavoro.

³⁴ *Contra* in dottrina M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005. Sul tale filone di pensiero del licenziamento come *extrema ratio*, anche, al tempo, F. LISO, *La mobilità*, cit., p. 94.

trend di valorizzazione di questi due parametri di controllo, che sono comunque da tempo utilizzati dalla giurisprudenza, si sia accentuato dopo l'art. 30 del Collegato lavoro, come risposta alla direttiva interpretativa di limitazione del sindacato di merito.

È pure possibile – ma l'argomento implicherebbe una analisi di dettaglio del percorso della giurisprudenza, con riguardo soprattutto alle motivazioni e all'analisi dei singoli casi, impossibile in questa sede – che si tratti di una scelta non contingente ma più strutturale: si potrebbe trattare di una, più o meno consapevole, messa a punto dei parametri e dei fattori funzionali a un bilanciamento socialmente e giuridicamente accettabile.

È possibile, dunque, che quel che la giurisprudenza di legittimità ha ceduto alla libertà di scelta dell'imprenditore con riguardo agli elementi, per così dire, interni, costitutivi della fattispecie (da ultimo con la citata sentenza n. 25201/2016), l'abbia compensato con una accentuazione degli oneri (anche probatori) derivanti dagli elementi esterni (*repêchage* e criteri di scelta: da ultimo Cass. n. 26467/2016)³⁵.

In tal senso, tuttavia, la giurisprudenza ha operato un bilanciamento costituzionalmente sostenibile, dato che il controllo si è concentrato sulla ragionevolezza sociale in senso debole e sulla proporzionalità in senso stretto dell'uso del potere, in riferimento a vincoli esterni (interessi altri) e non a vincoli interni all'uso del potere stesso. Come ha ben scritto una autrice³⁶, la logica complessiva del controllo è stata quella tipica dei limiti esterni ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti (gli unici ammessi dalla Costituzione): la libertà di iniziativa economica non risulta piegata al raggiungimento di fini imposti o vietati dal legislatore (ad esempio: la conservazione dei rapporti di lavoro già instaurati o la scelta che produca meno licenziamenti possibili); più semplicemente il suo esercizio viene limitato dalla sussistenza di condizioni precise così da contemperarlo con la tutela di interessi diversi, compresenti e paritari sul piano costituzionale.

5. Una valutazione di sintesi del percorso giurisprudenziale. Dal controllo di ragionevolezza sociale in senso forte alla verifica di proporzionalità in senso stretto

L'evoluzione della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo ha segnato, dunque, un progressivo passaggio da un *controllo di ragionevolezza sociale in senso forte* a un *controllo di ragionevolezza sociale in senso debole* e di *proporzionalità in senso stretto*: con il primo tipo di controllo, si introduce anche una valutazione delle circostanze e degli scopi del licenziamento non scevri da una componente valutativa, attraverso una casistica legittimante che dovrebbe essere del

³⁵ Si rinvia alle considerazioni e ai richiami giurisprudenziali di R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in questo volume.

³⁶ S. BRUN, *Il licenziamento economico*, cit., p. 215 ss.

legislatore ma non del giudice. Il controllo di ragionevolezza sociale in senso forte si risolverebbe, infatti, in considerazioni circa l'opportunità sociale e/o economica della scelta, valutata in ragione degli scopi (appartiene a questo tipo il controllo che nega la legittimità del licenziamento per aumentare i profitti).

Con il secondo, il controllo di ragionevolezza in senso debole, che è quello su cui si è assestata la giurisprudenza della Corte di Cassazione, l'uso del potere di recesso è condizionato dalla semplice sussistenza di presupposti di carattere tecnico organizzativo, capaci di legittimare sia l'esigenza di diminuzione del personale, sia una ragionevole necessità sostitutiva dello stesso. Tali elementi devono essere adottati e dimostrati nella loro veridicità. In questo approccio, il controllo giudiziario si limita alla verifica della non arbitrarietà dell'atto di recesso e quindi è concentrato sulla ragionevolezza della scelta imprenditoriale, volta alle modifiche tecnico-organizzative (posto che la garanzia a cui mira l'art. 3 della legge n. 604/1966 non è il diritto alla preservazione di una determinata posizione lavorativa). Con l'obbligo di *repêchage* e con l'applicazione dei criteri di scelta, infine, si valuta la correttezza in termini di socialità della scelta e di proporzionalità in senso stretto, con riguardo al sacrificio in concreto del diritto al lavoro.

Che sia questo l'approdo interpretativo della Cassazione lo conferma anche una analisi dei più recenti pronunciamenti dei giudici di legittimità (quelli del 2016). La linea di direzione verso un controllo di ragionevolezza sociale debole si intravede sicuramente nella valutazione di legittimità del licenziamento conseguente alla redistribuzione (totale o parziale) delle mansioni del lavoratore licenziato (v. Cass. n. 15082/2016; Cass. n. 13516/2106; Cass. n. 14306/2016).

Il riferimento, in due delle sentenze citate, alla stabilità e non alla contingenza dell'assetto realizzato, è inteso come sintomatico della effettività della scelta, che può certamente essere mutata nel tempo; e non può spingersi, dunque, fino alla valutazione di definitività. Inteso in questo modo, il riferimento alla caratteristica intrinseca della modifica tecnico organizzativa si mostra ragionevole in quanto non predittiva o addirittura impositiva di scelte future.

In un altro *arrêt* si ribadisce la riduzione dei costi come motivo legittimante (cfr. Cass. n. 12823/2016, ma anche Cass. n. 13516/2106). In un altro ancora, si afferma l'insindacabilità di principio dell'*an* e del *quomodo* della scelta, limitando il vaglio al solo rapporto causa-effetto (la n. 6501/2016 e, con articolata motivazione, la più volte citata Cass. n. 25201/2016). Tale principio stenta, tuttavia, ad affermarsi allorché la scelta datoriale non sia quella di sostituire un lavoratore con una macchina, ma con un altro lavoratore, anche se dettata non da ragioni personali o peggio discriminatorie, ma da caratteristiche tecnico organizzative riferite alle competenze soggettive dello stesso. In questo senso anche la pronuncia 25201/2016 stigmatizza e considera, dunque, illegittimo il licenziamento che ha come scopo la sostituzione di maestranze costose con altre meno costose, il cui unico motivo è, dunque, una riduzione di costo tramite sostituzione.

Se ne deduce che operazioni di sostituzione devono considerarsi illegittime, a

fortiori, anche se riferite alle nuove caratteristiche soggettive della risorsa umana, richieste dalla profonda trasformazione dell'organizzazione del lavoro in atto (il riferimento non è allo scarso rendimento, che richiama l'aumento di *output* fisico, ma al concetto di *performance*, che richiama l'idea dell'incremento della produttività collegata alla qualità del processo e del prodotto).

Senza poter ampliare il discorso, basta limitarsi, a questo proposito, a evidenziare il fatto che nell'organizzazione del lavoro post fordista, e ancor di più in quella che scaturisce dalla quarta rivoluzione tecnologica digitale (l'industria 4.0 e l'ufficio 2.0), accreditate ricerche, a partire da documenti OCSE, dicono che la risorsa umana fortemente riqualificata sarà fattore strategico di aumento della produttività: mettere al centro la risorsa umana, come risorsa cognitiva implica certamente una riorganizzazione del lavoro e un certo modello di organizzazione produttiva e di impresa che presuppongono percorsi trasformativi e appunto riorganizzativi.

Alle risorse umane verranno richieste caratteristiche di *performance* inedite in termini di controllo delle nuove tecnologie digitali. Si tratta, spesso, di competenze acquisibili solo nel mercato esterno all'impresa e non disponibili nel mercato interno anche con relativi processi di riqualificazione; ma anche di bisogno di personale con caratteristiche di adattabilità, talento, capacità di assunzione di responsabilità individuali, relazionali e psicologiche: tutto questo darà luogo a profondi processi di sostituzione del lavoro. In tal caso la scelta sostitutiva non sarebbe mirata ad una mera riduzione di costo, ma a un aumento di produttività e di efficienza aziendale che segue a una riorganizzazione.

Ma sindacare in tal caso la scelta imprenditoriale sostitutiva, adducendo l'obbligo di fornire la necessaria riqualificazione al personale in forza, riporterebbe ovviamente il controllo giudiziale al di là dei limiti fissati dalla più volte citata pronuncia di legittimità (25201/2016).

Dal che è evidente come la sentenza citata non abbia posto fine a tutte le questioni che l'evoluzione tecnologica pone sul tappeto. Ma l'approdo all'ingiustificatezza del licenziamento meramente sostitutivo appare allo stato quello che meglio sistema il quadro attuale, nella consapevolezza che il problema che la realtà pone (la scomparsa del lavoro, *rectius* di alcuni lavori in specifici settori in ragioni dell'innovazione tecnologica)³⁷ non può essere certo affrontato e risolto dalla giurisprudenza.

Per il resto, negli assetti giurisprudenziali di legittimità più recenti, si consolida l'indirizzo volto ad estendere, temporalmente e spazialmente, gli oneri di *re-pêchage* e quindi ad approfondirli (da ultimo Cass. n. 26467/2016 cit., Cass. n.

³⁷ È di questi giorni il dibattito sull'articolo del *Financial Times* relativamente a cinque settori a rischio di scomparsa nei prossimi 20 anni, con conseguenti elevati rischi occupazionali: agenzie di viaggio e *tour operator*, produzioni di componenti industriali, manutenzione e riparazione auto, assicurazione auto, consulenza finanziaria. Si veda la Stampa del 2 gennaio 2017, *Allarme lavoro entro vent'anni scompariranno cinque settori*.