

IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ
DI SIENA
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>

n. 7 - dicembre 2012

LE RAGIONI DEL LICENZIAMENTO
PER MOTIVI ECONOMICI IN TEMPO DI CRISI.
IL “REGOLARE FUNZIONAMENTO”
DELL’ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO:
IPOTESI DI RICERCA

Alberto Valenti

LE RAGIONI DEL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI IN TEMPO DI CRISI. IL “REGOLARE FUNZIONAMENTO” DELL’ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO: IPOTESI DI RICERCA

Alberto Valenti

*Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro
nell’Università degli Studi di Sassari*

Le recenti modifiche apportate alla disciplina dei licenziamenti operati per motivi economici hanno accompagnato la scrittura di questo paper, infatti, la legge 28 giugno 2012, n. 92 è intervenuta con alcune importanti modifiche tra le quali anche la riforma dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Il dibattito dottrinale che si è sviluppato intorno alla riforma è molto intenso, soprattutto sull’aspetto delle ragioni poste a fondamento del licenziamento. In tal senso, il saggio analizza i principali aspetti delle ragioni economiche di licenziamento proponendo alcune riflessioni che interessano il ruolo del giudice.

The recent amendments to the rules of the dismissals made for economic reasons accompanied the writing of this paper, in fact, the law of 28 June 2012, n. 92 has with some important changes, most notably the reform of the art. 18 of the Workers' Statute. The legal debate that has been developed around the reform is very intense, mainly about the reasons supporting the dismissal. In this sense, the paper analyzes the main aspects of the economic reasons for dismissal offering some reflections that affect the role of the judge.

Sommario

1. Il licenziamento per motivi economici: profili generali
2. La seconda parte dell’art. 3 della legge n. 604/1966
 - 3.1. L’insindacabilità delle scelte imprenditoriali
 - 3.2. Il licenziamento come *extrema ratio*: l’obbligo di *repechage*
4. Il “regolare funzionamento” dell’organizzazione del lavoro. Ipotesi interpretativa
5. Il “collegato lavoro”: novità sul tema?
6. Brevi considerazioni sulla Riforma *in itinere*

1. Il licenziamento per motivi economici: profili generali

Al momento del *workshop*, “Il Diritto ai tempi della crisi”, tenutosi a Siena nel maggio del 2012, si parlava ancora del d.d.l. A.S. n. 3492 che il governo Monti aveva presentato al Parlamento mentre, oggi, quel disegno di legge è la legge 28 giugno 2012, n. 92¹. Le fasi di gestazione di questo lavoro sono state investite da questo susseguirsi di avvenimenti, che non poco hanno condizionato il pensiero di fondo anche a causa delle repentine modifiche e dei numerosi commenti, apparsi sulle riviste². L’attenzione dei commentatori si è concentrata principalmente sulle modifiche apportate all’art. 18 dello Statuto dei lavoratori e sulle nuove “conseguenze” del licenziamento.

Nonostante ciò, l’aspetto che ho tentato di approfondire, sia nella relazione di maggio che ora con questo lavoro, non è stato direttamente oggetto di modifica da parte della legge n. 92, infatti la parte sulla quale ho compiuto le mie riflessioni è quella delle ragioni del licenziamento, nello specifico quelle legate al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Le ragioni poste alla base del licenziamento sono anche strettamente collegate al tema della “crisi economica”, fenomeno che con l’intervento legislativo del Governo ha importanti implicazioni, sia perché lo stesso è stato pensato come misura di contrasto della crisi stessa, sia perché si ritiene che la nuova disciplina dei licenziamenti favorisca maggiore flessibilità in uscita, elemento ritenuto indispensabile per migliorare le condizioni del mercato del lavoro italiano e pa-

¹ Consultabile sul sito del Ministero http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/3027E62A-93CD-444B-B678-C64BB5049733/0/20120628_L_92.pdf, consultato il 16 luglio 2012).

² Numerosi sono i commenti alla legge n. 92/2012 tra cui SCARPELLI, *Il licenziamento individuale per motivi economici*, in www.wikilabour.it, *Guida alla Riforma Fornero*, in FEZZI - SCARPELLI (a cura di), Milano, 2012, 79; F. CARINCI - MISCIONE, *Commentario alla Riforma Fornero*, *Dir. Prat. lav., Supplemento*, 33, 15 settembre 2012; RAUSEI - TIRABOSCHI (a cura di), *Lavoro: una riforma a metà del guado. Prime osservazioni sul DDL n. 3249/2012, Disposizioni in materia di riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita*, in @ ADAPT, Univeristy Press, 2012, 1; ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in <http://csdle.le.unict.it/workingpapers.aspx>, 160/2012.

rallelamente necessario a innescare un processo di crescita e sviluppo economico.

In un primo documento presentato dal governo italiano³ al tavolo delle trattative con le parti sociali, tra i numerosi provvedimenti era prevista la modifica della tutela riservata al lavoratore, in tutti i casi in cui è prevista l'applicazione dell'art. 18, quando il licenziamento è intimato per motivi disciplinari o per motivi economici. Per i motivi economici, in un primo momento, al lavoratore era preclusa la possibilità della reintegrazione, sostituita da un indennizzo risarcitorio, modulato tra 12 e 24 mensilità, ove fosse stata accertata l'insussistenza del giustificato motivo oggettivo addotto; invece, nell'articolato presentato alle Camere, è rimessa al giudice la scelta tra l'indennizzo o la reintegrazione del lavoratore e, introducendo una sorta di conciliazione preventiva, tra l'intimazione e la comunicazione del licenziamento, avvicinando di fatto il sistema di tutela a quello tedesco⁴.

Nonostante la riforma *in itinere*, al licenziamento per motivi economici da sempre è stata riservata una particolare attenzione tanto che l'intenso dibattito suscitato nella più autorevole dottrina⁵ non può considerarsi esaurito; rimangono aperte tutte le principali questioni, quelle legate alla difficoltà d'interpretazione delle norme, ai limiti del sindacato giudiziale, al loro impatto soprattutto nei periodi di forte trasformazione economica e sociale. Per di più, sul tema del licenziamento per giustificato motivo og-

³ Un documento intitolato "La riforma del mercato del lavoro in una prospettiva di crescita" è consultabile sul sito del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, http://www.lavoro.gov.it/NR/rdonlyres/8C90C722-A4A6-4203-A8C8-DA082C014650/0/documento_riforma_mercato_lavoro.pdf, consultato il 26 marzo 2012.

⁴ Per una semplice comparazione tra i due sistemi si rinvia all'articolo di LEONARDI - PALLINI, *Una proposta di riforma alla tedesca*, in www.nelmerito.com, consultato il 5 aprile 2012.

⁵ Per cit. alcuni PERA, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, Milano, 1969; PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, *Nuovo tratt. dir. lav.*, diretto da RIVA SANSEVERINO e MAZZONI, vol. II, Padova, 1971; NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 351 e ss.; MAZZOTTA, *I licenziamenti*, Milano, 1999; ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 473; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 2005; CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in DE LUCA TAMAJO - BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, 48 ss..

gettivo rimane una ricchissima giurisprudenza⁶, difficilmente trascurabile, che nel corso degli anni ha consolidato il proprio orientamento intorno ad alcuni aspetti: l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, il nesso eziologico tra le scelte e il licenziamento, l'effettiva e non pretestuosa modifica organizzativa, l'assolvimento dell'obbligo di *repechage*, per elencarne i principali.

Da diversi anni, in concomitanza con la crisi economica internazionale, che ha colpito pesantemente anche il nostro Paese, si è aperto un intenso dibattito tra gli esperti, quelli che hanno pensato che fosse arrivato il momento di contrastare gli effetti della crisi con interventi mirati a "flessibilizzare" il mercato del lavoro e snellire il numero delle norme utili a regolare il diritto del lavoro⁷ e quelli che, invece, hanno ritenuto che questo fosse il momento di tenere ferme le norme poste a tutela del lavoratore, soprattutto al riparo da "facili" licenziamenti.

La crisi economica, sicuramente, ha avuto effetti negativi sulla produzione, sul lavoro e sui dati economici delle imprese, le quali sono state costrette a tagliare le voci di spesa, tra cui il costo del personale; con la crisi è emersa con tutta la sua forza l'instabilità del già difficile equilibrio tra l'interesse dell'impresa e quello del lavoratore. La ricerca di tale equilibrio risiede nella tutela della libertà dell'imprenditore di compiere scelte organizzative in merito alla propria attività, sancita dall'art. 41 Cost., comma primo, e dalla c.d. "clausola sociale"⁸ contenuta nel secondo comma del medesimo articolo.

All'art. 3, seconda parte, della legge n. 604 del 1966 deve essere riconosciuto il tentativo, tra l'altro riuscito, di coniugare le

⁶ Cass 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170 con nota di PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*; Cass. 14 dicembre 1998, n. 12554, in *Not. giur. lav.*, 1999, 103; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, in ; Cass. 17 marzo 2001, n. 3899, in *Not. giur. lav.*, 2001, 465; Cass. 7 luglio 2004, n. 12514, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, II, 838, con nota di ICHINO, *Alcuni interrogativi sulla giurisprudenza della Cassazione in materia di licenziamento per motivi economici*; Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Lav. e prev. oggi*, 2005, 366; Cass. 15 maggio 2005, n. 7832, in *Orient. giur. lav.* 2005, 348; Cass. 22 agosto 2007, n. 17887, in *Dir. e prat. lav.* 2008, 1478; Cass. 26 marzo 2010 n. 7381, *Orient. giur. lav.* 2010, 469.

⁷ D.d.l n. S 1873/2009, in <http://www.senato.it/leg/16/BGT/Schede/Ddliter/34485.htm>.

⁸ COSTANTINI, *Limiti all'iniziativa economica privata e tutela del lavoratore subordinato: il ruolo delle c.d. "clausole sociali"*, in *questa Rivista*, 2011, 5, 199.

contrapposte e meritevoli esigenze dell'imprenditore e del lavoratore, segnando il limite della giustificazione del licenziamento per ragioni economiche. Per contro, la formula aperta dell'art. 3 ha scaricato sul giudice un compito troppo oneroso se considerato come potere discrezionale di valutazione economica del licenziamento. Al giudice è spettato, certamente, un compito difficile, nel quale ha dovuto valutare se il licenziamento è la misura ultima di una situazione aziendale insostenibile. Sotto questo profilo, le sentenze sono parse sbilanciate verso le posizioni del lavoratore, parte più debole del rapporto, motivo per cui il più recente legislatore ha ritenuto di dover riequilibrare questa tendenza limitando l'intervento del giudice attraverso formule normative tipiche quali le ragioni di carattere «tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo».

La crisi economica pare accentuare la tendenza a marginalizzare il ruolo del giudice perché intorno all'idea della prevalenza delle difficoltà economiche si sembrano attenuarsi le questioni prettamente giuridiche. L'obiettivo, celato sotto la gravità della Crisi, è quello di agire sul mercato del lavoro per renderlo più fluido con la flessibilità in uscita; una direzione che però non è una scelta di oggi, infatti, il legislatore negli ultimi dieci anni ha adottato una politica del diritto ben precisa. Ha scelto di introdurre norme finalizzate alla sottrazione di porzioni di sindacato giudiziale, ha tentato, riuscendoci con quest'ultima riforma, di modificare l'impianto delle tutele poste a difesa dei lavoratori contro i licenziamenti ingiustificati, ha introdotto la a-causalità del contratto a termine, etc.. Fin dal Libro Bianco sul mercato del lavoro del 2001 erano state proposte soluzioni alternative al processo, si pensi a esempio alle commissioni di certificazione pensate per ridurre il contenzioso in materia di qualificazione del rapporto di lavoro o all'ampliamento dei soggetti idonei a intraprendere procedure di conciliazione, o a primi strumenti di flessibilità in uscita. Il documento programmatico del ministero del lavoro, seguito dalla Legge delega n. 30/2003 e dai decreti legislativi attuativi, proponeva procedure alternative, come il ricorso all'arbitrato, per la soluzione delle controversie al fine di contrastare la crisi della giustizia del lavoro. In particolare il decreto legislativo n. 276/2003 ha disposto che il controllo giudiziale «non può estendersi fino al punto di sindacare nel merito valutazioni e scelte

tecniche, organizzative o produttive»⁹. La tendenza a studiare formule alternative di soluzione delle controversie è stata, successivamente, confermata con il cosiddetto “collegato lavoro”, di cui si parlerà oltre, soprattutto con la scelta di incentivare le procedure arbitrali. Il legislatore ha inteso privilegiare il contenimento del contenzioso attraverso questi strumenti, piuttosto che affrontare il problema della crisi della giustizia con una puntuale riforma del processo del lavoro. Fin da subito si era intuito che il risultato avrebbe toccato certamente i licenziamenti, in modo particolare il «superamento» della verifica da parte del giudice della concreta ed effettiva sussistenza delle ragioni indicate dalla legge n. 604/1966¹⁰.

È pur vero che, nel caso dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, il ruolo del giudice si è notevolmente ampliato anche per via della genericità delle norme di riferimento, anche se a siffatta genericità delle norme è corrisposta una singolare capacità delle stesse di adattarsi ai contesti sociali ed economici nei quali hanno avuto applicazione concreta.

Nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo il raggiungimento di un effettivo equilibrio tra interessi contrapposti è legato proprio alla capacità di adattamento delle norme alla realtà nelle quali svolgono un’azione concreta di regolazione. Assume, infatti, grande valore l’adattamento efficiente delle norme ai mutamenti del mercato del lavoro e in specie nell’analisi dei licenziamenti per ragioni economiche, posto che l’efficacia regolativa delle norme è elemento essenziale affinché si ottengano i risultati fissati nelle norme stesse¹¹. Efficacia regolativa che è condizionata da fattori esterni, come i cambiamenti economici, ma anche dalla presenza di modificazioni interne, generate da riassetti organizzativi e aggiornamenti tecnologici delle imprese. Il legislatore del 1966 ha certamente preferito una norma dal contenuto ampio e

⁹ DE LUCA TAMAJO, *Tra le righe del d.lgs. n. 276/2005 (e del correttivo n. 251/2004): tendenze e ideologie*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, I, 251. Il legislatore del 2003 ha introdotto ulteriori vincoli all’attività di valutazione del giudice con riferimento al lavoro a progetto (art. 69, comma 3) e la somministrazione di lavoro (art. 27, comma 3).

¹⁰ DE SIMONE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l’instabile equilibrio tra le ragioni dell’impresa e i diritti dei lavoratori*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 19 e ss..

¹¹ FALERI, *L’adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, 291 e ss..

generico, con lo scopo di investire il giudice del ruolo di interpretazione e applicazione della tutela nei casi concreti.

Muovendo, appunto, dalla disposizione contenuta nell'art. 3 della Legge n. 604/1966 e dai suoi effetti, si intende considerare il licenziamento dal punto di vista delle scelte imprenditoriali e della "buona" organizzazione¹², ponendo il regolare funzionamento come elemento di raccordo tra le scelte imprenditoriali e la prosecuzione del rapporto. Per rappresentare questi due aspetti, infatti, si è pensato di utilizzare l'insindacabilità e il *repechage*. Il primo aspetto emerge dalla formula dell'art. 3 della legge n. 604/66 e l'interpretazione che la dottrina e la giurisprudenza ne hanno fornito nel corso di questi decenni, principalmente come punto fermo dal quale muovono le più importanti sentenze sul tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Il secondo, il *repechage*, è frutto della funzione "creativa" svolta dalla giurisprudenza che nel verificare la genuinità della decisione imprenditoriale ha pensato si dovesse ricercare una possibile nuova collocazione del lavoratore all'interno dell'azienda.

2. La seconda parte dell'art. 3 della legge n. 604/1966

L'art. 3, secondo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604 dispone che 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, «per ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa». In tal senso, l'art. 3 traccia i contorni del cosiddetto giustificato motivo oggettivo di licenziamento e indica le ragioni di tipo economico che possono determinare una situazione di crisi aziendale¹³.

¹² In un possibile paragone con i principi che regolano la Pubblica Amministrazione si potrebbe parlare anche di "buon andamento".

¹³ La riduzione, la trasformazione o la cessazione dell'attività o del lavoro previste per i licenziamenti collettivi, ex l'art. 24, comma 2, della legge n. 223 del 1991, sono del tutto assimilabili alla formula per il licenziamento individuale. Tra tanti contributi della dottrina si v. SALIMBENI, *La procedura ed i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi*, in DE LUCA TAMAJO - BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, cit.; BRUN, *I licenziamenti per motivi economici*, in *Quad. dir.*

La legge definisce i casi di legittimità del licenziamento quando è originato da esigenze di produzione e da necessità di carattere tecnico e organizzativo, atte a condizionare la regolarità dell'organizzazione del lavoro e determinare l'impossibilità di prosecuzione del rapporto di lavoro.

Secondo uno schema classico, la norma avanza tre tipologie di cause: le prime due tipologie, ricadono nel campo dell'azienda e sono da ricondursi alle cause inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, mentre la terza è quella legata alla sfera del lavoratore, comunque ricadente nel tipo delle giustificazioni oggettive (per esempio l'impossibilità sopravvenuta alla prestazione di lavoro). In altri termini, la giustificazione del licenziamento è legata alla sfera dell'impresa e in alternativa alle cause di impedimento oggettivo del lavoratore.

Da sempre è stata rilevata la genericità della norma¹⁴, nonostante ciò l'art. 3, nel definire le ragioni del licenziamento, ha offerto in modo adeguato la "copertura" a tutte le combinazioni che la realtà delle vicende dei rapporti di lavoro hanno creato. Ed è attraverso tale formula, ampia e generica, che è stata aperta la strada a un intenso lavoro interpretativo della giurisprudenza. Una norma aperta o generale che manca soprattutto di una graduazione quantitativa e qualitativa, carenza che ha condizionato il lavoro giurisprudenziale sul tema del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Come per il "notevole" inadempimento, si ritiene che anche il motivo economico, produttivo e organizzativo debba essere «ragionevole»¹⁵ e proporzionato. La giustificazione del licenziamento oggettivo deve rappresentare una misura proporzionata e ragionevole di fronte alla necessità dell'impresa di sopprimere il posto di lavoro. La proporzionalità rappresenta il profilo quantitativo mentre la ragionevolezza del licenziamento è contemporaneamente una graduazione quantitativa e qualitativa.

lav. rel. ind., 2008, 4, 662, ora v. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 704.

¹⁴ OGRISEG, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: prospettive interdisciplinari*, in *Dir. rel. ind.*, 2003, 3, 512.

¹⁵ OGRISEG, *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro*, Milano, 2007, 47.

Considerare gli aspetti qualitativi dell'azione del datore di lavoro allarga il discorso verso porzioni del dibattito dottrinale molto più ampie; infatti, parlando di ragionevolezza è necessario parlare di principi generali dell'ordinamento e di *standard* sociali.

Una valutazione qualitativa delle norme offre l'opportunità di misurare la sostenibilità sociale dell'impresa capitalistica e del suo comportamento nel mercato del lavoro¹⁶. Il riferimento a nozioni qualitative consente di «penetrare la dimensione economico-organizzativa-produttiva degli attori, valutandone la coerenza rispetto a parametri»¹⁷ espressi da *standard* sociali. Tali considerazioni, in contrapposizione con la visione quantitativa dell'impatto economico del diritto, valorizzano la prospettiva della regolazione giuslavoristica in ragione di parametri sociali, qualità e *standard* di comportamento che forniscono le basi sulle quali il giudice può compiere le proprie valutazioni.

Tuttavia non tutti¹⁸ sono concordi nel trovare utile una graduazione delle ragioni economiche poste a fondamento del licenziamento perché, per la complessità degli elementi che entrano in gioco, rimarrebbe difficile trovare il limite preciso di distinzione tra motivi reali o fittizi. Condividendo in parte le ragioni della labilità di una soglia minima dalla quale partire per valutare un motivo di licenziamento, ipotizzare combinazioni di elementi qualitativi e quantitativi che intervengono in determinate situazioni, potrebbe essere vantaggioso. Si potrebbe partire dalla cospicua giurisprudenza e completare il quadro individuando i casi nei quali i motivi sono maggiormente indicativi.

In antitesi con la teoria della norma aperta o generale si è affermata una ipotesi teorica, tenuta in gran conto dalla dottrina¹⁹, che riconduce la disciplina del licenziamento a una clausola generale. Un'operazione interpretativa che evidenzia altrettanti problemi di applicazione e che comporta ulteriori problemi sotto il profilo del sindacato giudiziale.

¹⁶ PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, in *Dir. lav. merc.*, 2011, III, 404.

¹⁷ ID.

¹⁸ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 4, 124 e ss..

¹⁹ Per la ricostruzione puntuale si v. ALBI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento fra clausole generali, norme generali e principi fondamentali*, in MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Torino 2008, 67 ss..

La lettura dell'art. 3, in mancanza di indicazioni normative più specifiche, ha orientato gli interpreti verso il riferimento al principio dell'utilità sociale dell'attività d'impresa, di cui all'art. 41 della Cost., secondo comma, e verso principi di correttezza e buona fede, di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.. Non ritenendo convincente l'ipotesi della clausola generale, sulla linea tracciata da un'autorevole dottrina²⁰, si è sempre favorita la tesi che l'art. 3 della legge n. 604/1966 sia, invece, da considerarsi una norma a contenuto generale.

Come accade per le clausole generali, anche le norme a contenuto aperto devono essere interpretate in modo teleologico, non potendosi escludere la valutazione dell'impatto che queste hanno sul temperamento degli interessi che la norma stessa intende perseguire²¹.

Con Napoli²², invece, si è compiuta una scelta differente che ricerca una definizione «astratta e non meramente casistica» dei motivi di recesso, chiarendo la funzione che ciascuno di essi ricopre nel caso del licenziamento nell'interesse dell'impresa. Un passaggio importante, che non ha trovato particolare riscontro tra i gli altri autori della dottrina, ma che per l'ipotesi che si propone nei paragrafi successivi sta alla base di un ragionamento che offre la prospettiva di ricerca diversa.

3.1. L'insindacabilità delle scelte imprenditoriali

L'insindacabilità delle scelte datoriali²³ trova il proprio fondamento nel principio costituzionale della libertà di iniziativa economica fissato dall'art. 41 Cost., comma 1. Come detto appena sopra, nell'applicazione di tale principio non si può non cogliere lo stretto legame che questa disposizione ha con il secondo com-

²⁰ MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 7 ss..

²¹ L'aspetto dell'interpretazione quando ci si trovi di fronte a una norma generale o a una clausola generale è, di recente, riemerso con l'introduzione di norme tese alla riduzione del contenzioso e a limitare il ruolo del giudice. Cfr. GHERA - VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 867.

²² NAPOLI, *La stabilità del lavoro*, cit., 284 ss..

²³ Per una ricostruzione più ampia si rimanda a MARINELLI, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, in *Giureta. Riv. dir. econ. trasp. e amb.*, 2009, VII, 1 ss..

ma dello stesso articolo 41 Cost., dal quale si ricava una contestualizzazione sociale dell'attività d'impresa. Per tale motivo l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali non può essere slegata da un concetto di sostenibilità sociale del comportamento dell'impresa nel mercato del lavoro.

L'insindacabilità delle scelte organizzative del datore di lavoro si esprime attraverso l'opportunità economico-organizzativa che, da una parte, garantisce l'autonomia delle decisioni riguardanti gli aspetti produttivi dell'impresa, dall'altra, l'organizzazione del lavoro. L'organizzazione del lavoro assume un profilo soggettivo molto importante, perché legato alle scelte tecniche e allo specifico concetto di compagine aziendale che l'imprenditore intende adottare.

Una condizione di soggettività delle scelte molto marcata che ha portato a una valutazione "nel merito" delle decisioni prese. Su questo terreno così difficile il giudice non avrebbe potuto spingersi oltre la possibilità di operare un misurato controllo di congruenza delle scelte organizzative attuate dal datore di lavoro. È vero che il limite è sempre stato labile, perché se da una parte è garantita l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, dall'altra l'aspetto soggettivo di tali scelte rende necessaria una verifica della loro congruità con il licenziamento. Il giudice, certamente, non può sindacare i criteri di gestione dell'impresa, anche perché non possiede le competenze sufficienti, ma soprattutto perché quelle scelte imprenditoriali sono espressione della libertà di iniziativa economica. Intorno a questi limiti si è determinata una consistente giurisprudenza²⁴, che ha rilevato come il motivo di licenziamento determinato da ragioni obiettive non è sindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità della scelta imprenditoriale. Al giudice spetta invece il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore attraverso un «apprezzamento» delle prove. Le motivazioni devono essere necessariamente connesse alle conseguenze che provocano sul piano dell'organizzazione, non sono sufficienti situazioni debitorie dell'azienda se non legate al riassetto dell'organizzazione del lavoro. Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi del riassetto organizzativo attuato per la più

²⁴ Cass. 3 agosto 2011, n. 16925; Cass. 11 giugno 2004, n. 11124; Cass. 12 giugno 2002, n. 8396; Cass. 13 novembre 2001, n. 14093.

economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro²⁵.

Il contemperamento fra le contrapposte posizioni è più semplice da ricavare sul piano teorico che nella pratica. L'orientamento giurisprudenziale riguardo i profili di congruità e opportunità delle scelte del datore di lavoro e alla loro insindacabilità si è nel tempo consolidato intorno alla difesa della discrezionalità e autonomia organizzativa derivante, appunto, dall'art. 41 Cost.²⁶.

La valutazione economica del potere unilaterale del datore di lavoro è insindacabile e al controllo del giudice rimanere l'accertamento causale della ragione produttiva e organizzativa che determina il licenziamento. Al margine ridotto di verifica del giudice, il quale obiettivamente non possiede le necessarie competenze per valutare la coerenza del disegno imprenditoriale e l'efficienza dell'iniziativa economica, devono corrispondere semplicità e chiarezza delle motivazioni che hanno condotto l'imprenditore a scegliere il licenziamento del lavoratore.

Pertanto, se l'insindacabilità delle scelte pare presentare minori problematicità rispetto alla complessità di altri aspetti del licenziamento, essa rimane centrale perché a essa si contrappongono altre questioni non meno rilevanti. I tasselli di questo quadro sono ormai combinati in modo tale che nel muoverne uno, inevitabilmente se ne spostano altri. Tale relazione è frutto di un equilibrio che trova dinamicità nel ruolo che la giurisprudenza ha svolto nel tempo.

La funzione del giudice consiste nel valutare l'azione economica del datore di lavoro attraverso un controllo di conformità rispetto a criteri di proporzionalità e razionalità, in quel equilibrio tra l'interesse imprenditoriale e i diritti del lavoratore. La funzione del giudice si integra con i molteplici fattori che intervengono nei singoli casi, ma in linea generale egli

²⁵ cfr. Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648, in *Arg. Dir. lav.*, 2010, 556 e ss. con nota di FERRUGGIA, *L'esigenza della riduzione dei costi del personale quale ragione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Not. giur. lav.*, 2005, n. 2, 288.

²⁶ Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, Cass. 7 gennaio 2002, n. 88, Cass. 1 febbraio 2003, n. 1527, Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, Cass. 7 gennaio 2004, n. 28, Cass. 4 novembre 2004, n. 21121, in *Rep. giur. lav.* (1991- 2004), 2005, 375 e ss.. Ancora, Cass. 17 gennaio 2008, n. 841, in *Utet giuridica*; Cass. 27 ottobre 2009, n. 22648, in *Not. giur. lav.*, 2009, n. 6, 741.

non può prescindere da una valutazione conforme ai principi dell'ordinamento e a quelli più generali esistenti nella realtà sociale.

3.2. Il licenziamento come *extrema ratio*: l'obbligo di *repechage*

Al fine di verificare la legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ex art. 3 l. n. 604/1996 incombe sul datore di lavoro l'onere di provare la concreta riferibilità del licenziamento a effettive ragioni di carattere produttivo e l'impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la mansione svolta, il cosiddetto obbligo di *repechage*²⁷. L'obbligo di *repechage* rappresenta la considerazione dei requisiti di proporzionalità e necessità dell'atto²⁸ di licenziamento in ragione di esigenze tecnico-organizzative, esprimendo la ricerca dell'equilibrio tra gli interessi in gioco.

L'obbligo di *repechage* è frutto dell'elaborazione interpretativa della giurisprudenza²⁹, quella stessa che nel tempo ne ha definito le principali caratteristiche. Con riferimento a questo principio, si possono ricordare le sentenze³⁰ nelle quali la giurisprudenza ha ritenuto sussistere il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: in presenza dell'allegazione di fatti inerenti la mancan-

²⁷ NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti nell'epoca del bilanciamento tra i «principi» costituzionali*, cit., 646. Il *repechage* secondo l'Autore è una «regola definita con terminologia infelice, ma fortunata».

²⁸ Cfr. PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, cit., 413.

²⁹ Cass., Ss.Uu., 7 agosto 1998, n. 7755, cit.; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *Giust. Civ.*, 2010, 2, 430; Cass. 19 gennaio 2002, n. 572, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 855, con nota di ALBI; Cass. 3 maggio 2005, n. 9122, in *Rep. foro*, 2005; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, 664, con nota di VARVA, *Sull'obbligo di ricollocamento a mansioni inferiori a favore del dipendente licenziato per soppressione della posizione lavorativa*

³⁰ Cass. 23 giugno 2005, n. 13468, in *Orient. giur. lav.*, 2005, 647; Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, in *Not. giur. lav.*, 2002, 354; Cass. 21 novembre 2001, n. 14665, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 268, con nota di GRAMICCIA, *Criteri di scelte del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 819, con nota di POSO, *Brevi osservazioni sull'obbligo di repechage nell'ambito del gruppo di società in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, in *Riv. giur. lav.*, 2002, II, 445, con nota di MILLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage*.

za, all'epoca del licenziamento, di vuoti d'organico riguardanti mansioni equivalenti a quelle rioccupate dal lavoratore; la mancanza, in seguito alla risoluzione del rapporto di lavoro e per un congruo arco di tempo, di nuove assunzioni relative a personale destinato alle stesse mansioni del dipendente licenziato; l'obiettiva riduzione del volume degli affari; la mancata apertura, al tempo del licenziamento, di nuove unità produttive, presso le quali poter trasferire il soggetto licenziato; il dichiarato rifiuto, da parte di quest'ultimo, della proposta di trasferimento presso altra sede dell'azienda³¹.

L'inesistenza di un posto di lavoro alternativo, presso il quale reimpiegare il dipendente da licenziare, costituisce un fatto negativo che può trovare conferma anche in elementi probatori di natura indiziaria e presuntiva. L'onere probatorio può essere assolto con la dimostrazione di fatti positivi sufficienti a dimostrare presunzioni semplici, come per esempio la piena occupazione di altri posti di lavoro con mansioni equivalenti, il non aver assunto altri lavoratori per la medesima qualifica per un intervallo congruo o la contrazione del mercato di riferimento.

Tuttavia ciò che rileva, rispetto alla molteplicità degli elementi che possono essere offerti a sostegno della sussistenza o meno dell'obbligo di *repechage*, è che essi siano contenuti entro i limiti di ragionevolezza, intesa come attinenza, verosimiglianza ed effettività delle ragioni del licenziamento, al fine di una loro valutazione. Infatti, si ritiene che il datore di lavoro debba assolvere l'obbligo secondo i principi di correttezza e buona fede. Posizione richiamata dalla dottrina³², che indica come l'onere di dimostrazione dell'impossibilità di adibire il lavoratore, nell'ambito dell'organizzazione aziendale, deve essere mantenuto entro i

³¹ Trib. Milano 16 luglio 2008, in *Orient. dir. lav.*, 2008, 739; Trib. Milano 8 ottobre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, 199; Trib. Roma 12 febbraio 2003, in *Lav. giur.*, 2003, 590.

³² GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria. Relazione al Convegno AIDLASS, Il Diritto del lavoro al tempo della Crisi*, Pisa 7-9 giugno 2012, in www.aidlass.it, 2012, 75; ROSSI DETTORI, *I licenziamenti. Commentario*, in MAZZOTTA (a cura di), *I licenziamenti*, cit., 316. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, cit., 45: Nell'obbligo di *repechage* si rinviene l'onere del datore di lavoro di dimostrare la stretta necessità del licenziamento secondo i canoni di «ragionevolezza, intesa come equilibrato contemperamento dei diritti, dei poteri e dei valori nella situazione concreta»

limiti della ragionevolezza. Il *repechage* è presupposto di legittimità del licenziamento poiché richiama il principio costituzionale del contemperamento della libertà d'iniziativa economica privata con l'utilità sociale, contenuto nel secondo comma dell'art. 41 Cost, coniugandoli con gli obblighi di correttezza e buona fede di esecuzione del contratto³³.

Sotto il profilo probatorio, l'assolvimento del *repechage*, secondo un affermato orientamento giurisprudenziale³⁴, grava sul datore di lavoro, anche se al lavoratore è riconosciuto un onere di allegazione delle possibili occupazioni alternative³⁵. Al lavoratore compete, un semplice interesse ad allegare o dedurre prove della possibilità di essere adibito ad altre mansioni, allo scopo di

³³ Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 6, 1376 con nota di PONTE, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo, scelta del lavoratore da licenziare e principi di correttezza e buona fede*. Secondo la Corte «nel caso di giustificato motivo oggettivo consistente nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve rispettare i principi di correttezza e buona fede nella individuazione del soggetto da licenziare». Pur nella diversità dei regimi per i licenziamenti collettivi e individuali, per trovare un parametro cui fare riferimento per valutare la correttezza della scelta operata dal datore di lavoro la Corte ha preso l'art. 5, l. n. 225 del 1991. GRAGNOLI, *Gli strumenti di tutela del reddito di fronte alla crisi finanziaria*, cit., 75, afferma che «in una ponderata applicazione dei criteri di correttezza, il giudice deve guardare ai tentativi del datore di lavoro (anche tramite recessi) di evitare o, meglio, di prevenire stati di dissesto. Infatti, quando essi diventano irrimediabili, non recano solo danno a tutti i dipendenti, ma hanno pesanti conseguenze sulla spesa pubblica, per il riequilibrio delle prospettive di vita e di ricollocazione professionale dei lavoratori».

³⁴ Cass. 19 febbraio 2008, n. 4068, in *Giust. civ.*, 2008, 2: «Costituisce principio pacifico nella giurisprudenza di questa Corte che l'onere della prova relativo all'impossibilità di impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale - concernendo un fatto negativo - deve essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi [...]; deve essere comunque tenuto entro i limiti della ragionevolezza, sicché esso può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva e indiziaria»

³⁵ App. Roma, 16 giugno 2006, in *Arg. dir. lav.*, 2007, 252, con nota di COTTONE, *Sul licenziamento per soppressione del posto di lavoro: obbligo di *repechage* e oneri probatori*. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione del posto di lavoro può essere ritenuto legittimo solo qualora il datore di lavoro dimostri di aver adempiuto l'obbligo di *repechage* avendo riscontrato l'assoluta impossibilità di ricollocazione del lavoratore estromesso in altra posizione di lavoro equivalente, fermo restando che la scelta del datore di lavoro di procedere a una riorganizzazione aziendale, che può comportare la soppressione di un posto di lavoro, se supportata dalla buona fede e debitamente provata, non può essere sindacata da parte del giudice

sollecitare il relativo onere probatorio datoriale⁵⁶. Con ciò si esclude che le prove offerte dal datore di lavoro possono essere semplicemente *una risposta* alle allegazioni del lavoratore.

La dottrina⁵⁷, riassumendo per punti generali la cospicua giurisprudenza in tema di giustificato motivo oggettivo, ha definito il *repechage* come l'elemento di controllo dell'esistenza del nesso causale fra decisione organizzativa e posizione del singolo lavoratore. Il rispetto dell'obbligo di ripescaggio considerato in senso negativo, come ulteriore verifica che le mansioni del lavoratore sono diventate inutili in seguito alla riorganizzazione. Quando il licenziamento è al vaglio del giudice si valuta se, in ipotesi, non esista un collegamento tra posizione del lavoratore e un interesse del datore di lavoro diverso da quello tecnico-organizzativo protetto dall'ordinamento. Infatti, l'accertamento dell'utilizzabilità in analoghe mansioni del lavoratore nell'ambito dell'azienda è un valido strumento per escludere interessi diversi da quello tecnico organizzativo. Nei casi di mutamento del contesto organizzativo si evidenzia la maggiore resistenza del rapporto di lavoro agli stessi mutamenti, infatti l'esistenza di un obbligo di *repechage* del lavoratore, almeno nel limite di ricollocazione del lavoratore in mansioni equivalenti⁵⁸, apre alla neutralizzazione del licenziamento che non sia motivato da ragioni unicamente economiche.

Il *repechage* rappresenta per il datore di lavoro un obbligo di cooperazione finalizzato alla conservazione del posto di lavoro⁵⁹. Infatti, ricadono sull'imprenditore le conseguenze economiche e morali, dove il licenziamento coinvolge la sfera individuale e collettiva delle scelte imprenditoriali, nella combinazione dei primi due commi dell'art. 41 Cost., come richiamato sopra.

All'opposto, nelle situazioni di crisi che legittimano il licenziamento e che riguardano la sfera dell'impresa, il regolare

⁵⁶ Cass. 17 luglio 2002, n. 10356, in *Mass. giust. civ.* 2002, 1251; Trib. Milano 19 novembre 2007, in *Lav. giur.*, 2008, 428.

⁵⁷ M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. 183/2010*, in http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/wp_it.htm, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2011, n. 114, 11.

⁵⁸ Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 170 e ss..

⁵⁹ CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi*, in DE LUCA TAMAJO-BIANCHI D'URSO (a cura di), *I licenziamenti individuali e collettivi nella giurisprudenza della Cassazione*, Milano, 2006, 88.

funzionamento svolge la funzione finale di verifica delle cause e delle possibili alternative al licenziamento, relegando ad *extrema ratio* il recesso dal rapporto⁴⁰.

Il datore di lavoro deve verificare l'utilità dello svolgimento delle mansioni residue da parte del lavoratore anche in caso di soppressione parziale della prestazione lavorativa⁴¹ confermando il *repechage* come elemento implicito della giustificazione legittima del licenziamento (contrariamente l'onere per il datore di lavoro di provare l'impossibilità di *repechage* del lavoratore licenziato non sussiste nel caso di soppressione di una parte dell'azienda⁴²). Conformemente, ad altre pronunce⁴³ l'obbligo di *repechage* può essere considerato elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo e avere la funzione di cerniera per le possibili combinazioni utili a recuperare la prestazione del lavoratore.

4. Il «regolare funzionamento» dell'organizzazione del lavoro. Ipotesi interpretativa

Innanzitutto, due sono gli aspetti che bisogna considerare per poter inquadrare questa ipotesi in una prospettiva di ricerca: il primo è relativo alla scarsissima attenzione⁴⁴ che la giurisprudenza ha riservato all'analisi del significato specifico delle ragioni indicati nell'art. 3 della legge n. 604⁴⁵, mentre il secondo al fatto che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro sono sempre state tenute separate da quelle concernenti il regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Nel primo caso, è insufficiente l'apporto delle sentenze per met-

⁴⁰ Cass. 20 gennaio 2003, n. 777, in *Not. giur. lav.*, 2003, 357.

⁴¹ Cass. 16 marzo 2007, n. 6229, in *Lav. giur.*, 2007, 790, con nota di MANNACIO.

⁴² Cass. 9 maggio 2002, n. 6667, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 111 ss.

⁴³ Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 669, con nota di SANTINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella società della new economy*.

⁴⁴ VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 3, 451.

⁴⁵ Sul punto cfr. Cass. 11 agosto 1998, n. 7904, in *Not. giur. lav.*, 1998, 731 ss.; Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 270, con nota di GRAMICIA, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo oggettivo*.

tere in relazione i singoli motivi con i casi concreti di recesso, mentre nel secondo caso il regolare funzionamento è stato relegato quasi sempre nella colonna delle ragioni oggettive da attribuirsi al lavoratore. Difatti, la distinzione classica ha visto le prime dipendere dalla scelta organizzativa del datore di lavoro, mentre le ragioni riferibili al regolare funzionamento sono alla base della scelta di non mutare l'assetto organizzativo dell'impresa, nel quale il dipendente non può più essere utilmente inserito⁴⁶. Le prime originano da motivi tecnici, produttivi e organizzativi mentre le seconde sono correlate a cause della sfera del lavoratore con oggettive conseguenze sull'organizzazione lavorativa. Solitamente, il regolare funzionamento è collocato nella colonna delle ragioni oggettive riguardanti la sfera del lavoratore, emblematico il caso dell'impossibilità sopravvenuta alla prestazione.

Nonostante la separazione appaia marcata, il regolare funzionamento non ha connessioni esclusivamente con la sfera del lavoratore, bensì dalla formula dell'art. 3 è possibile far discendere motivi di licenziamento anche da situazioni economiche che compromettono principalmente la "regolarità" del funzionamento dell'organizzazione. Pertanto, dalla necessità di conservare o raggiungere una nuova regolarità nel funzionamento dell'organizzazione possono generarsi ragioni legittime di modificazione organizzativa.

La regolarità del funzionamento organizzativo è, da un punto di vista sostanziale, un concetto abbastanza ampio da includere tutte quelle ipotesi che, indipendentemente dalla loro origine, producano effetti nei confronti dell'organizzazione del lavoro e rispondano a cause paramtrate su scelte tecniche.

Secondo Napoli⁴⁷, a esempio, il regolare funzionamento non ha un ruolo residuale nelle tre ipotesi di motivazione del licenziamento poiché deve essere inteso sotto l'aspetto organizzativo del lavoro, pertanto le ragioni giustificatrici del licenziamento devono essere considerate sotto un profilo dinamico-funzionale di funzionamento dell'organizzazione, cui

⁴⁶ CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 621 e MARINELLI, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, cit., 4.

⁴⁷ NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit., 305.

fanno riferimento processi di riorganizzazione, riconversione e ristrutturazione aziendale⁴⁸.

La formula “regolare funzionamento” coniugherebbe il progetto del datore di lavoro nella gestione autonoma e insindacabile dell’impresa con l’interesse del lavoratore alla stabilità del posto di lavoro perché giustifica la libertà del datore di lavoro di organizzare il lavoro come meglio crede, ma, allo stesso tempo, obbligherebbe lo stesso datore a dimostrare che quel lavoratore non è più “adattabile”, in un’altra mansione, nell’organizzazione del lavoro. Pertanto, non potrà essere solamente una questione di maggior profitto, di riduzione dei costi, di professionalità o altro, ma di effettiva rispondenza tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento. Il regolare funzionamento rappresenterebbe quel rapporto di equilibrio tra l’interesse del datore di lavoro al regolare andamento dell’impresa e quello del lavoratore alla regolarità della sua prestazione di lavoro nel contesto aziendale: scelta imprenditoriale insindacabile più *repechage* rappresentano il licenziamento come *extrema ratio*.

La verifica della regolarità del funzionamento offrirebbe al giudice una valutazione generale dello stato di salute dell’azienda, consentendo l’avallo del licenziamento in seguito alla verifica dell’impossibilità di un riutilizzo del lavoratore licenziato in altra posizione lavorativa all’interno della stessa impresa, senza che questo comporti un’ “irregolarità” di funzionamento organizzativa. Il regolare andamento dell’impresa sotto il profilo dell’organizzazione esprime la relazione che sussiste tra la singola posizione lavorativa e il complesso aziendale, compresa la cessazione del singolo rapporto con l’intero assetto organizzativo⁴⁹.

Il sindacato del giudice, certamente, deve essere inserito in un processo di oggettivazione dei motivi di licenziamento, dove da una parte vi è il limite dell’insindacabilità delle scelte imprenditoriali, dall’altra il *repechage* come esito di un’ulteriore verifica di posti di lavoro alternativi. Rileverebbe soprattutto una distinzione tra licenziamenti che hanno carattere strettamente quantitativo e licenziamenti che sono legati a un requisito

⁴⁸ ID., 319.

⁴⁹ GRAGNOLI, *Diritto del lavoro ed economia. Il licenziamento per riduzione del personale è un problema di costi o di valori?*, in <http://www.side-isle.it/ocs/viewabstract.php?id=197&cf=2>.

qualitativo. Il primo tipo implica la riduzione del numero dei lavoratori e al giudice è richiesto di verificare la sussistenza della giustificazione ma non di valutare altre ricollocazioni in azienda, mentre il secondo tipo tocca aspetti più articolati come la necessità di una riorganizzazione interna o la sostituzione dei dipendenti non più professionalmente utili, sui quali il giudice è chiamato principalmente al controllo del rispetto dell'obbligo di *repechage*. La considerazione dei benefici organizzativi nell'interesse dell'impresa da una parte e situazioni soggettive dei lavoratori dall'altra, nonché la verifica della coerenza tecnica e organizzativa degli atti del potere imprenditoriale, la necessità della giustificazione delle ragioni sottese all'atto di licenziamento sono le fasi del controllo di ragionevolezza operato dal giudice⁵⁰.

Recentemente la Cassazione⁵¹ si è espressa, convalidando un suo precedente orientamento, sul caso di un licenziamento per g.m.o. successivo a un riassetto organizzativo, dal quale emerge l'impossibilità a "salvare" il posto di lavoro quando le motivazioni sono riconducibili a scelte imprenditoriali genuine.

Certamente sono più complessi da decifrare i casi che vedono i fattori quantitativi intrecciarsi con quelli qualitativi, anche perché nella realtà i licenziamenti possono sovrapporre i due piani⁵².

L'organizzazione assume, pertanto, un valore centrale sulle vicende dei singoli rapporti di lavoro. La nozione di organizzazione rinvia a un concetto di tipo economico-produttivo, impiegata dal legislatore del '66 come presupposto causale del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Ciò ha assicurato al datore di lavoro di poter usufruire di una prestazione di lavoro

⁵⁰ PERULLI, *I concetti qualitativi nel diritto del lavoro: standard, ragionevolezza, equità*, cit., 413.

⁵¹ Cass., Sez. lav., 7 aprile 2010, n. 8237, in *Arg. dir. lav.*, 2011, 2, 354 e ss. con nota di VENDRAMIN, *I limiti alle scelte imprenditoriali in tempo di crisi: obbligo di repechage, equivalenza delle mansioni e sindacabilità giudiziale*. Mi si consenta di citare VALENTI, *Licenziamento per motivi economici: l'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda*, nota a Cass., Sez. lav., 7 aprile 2010, n. 8237, in *Riv. giur.lav.*, 2011, III, 168 ss..

⁵² Ancora VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 451.

armonica con gli altri fattori della produzione e utile all'attività d'impresa⁵⁵.

Sembra particolarmente convincente l'argomentazione secondo la quale dalla libertà di iniziativa economica, di cui all'art. 41 Cost., deriva senz'altro la libertà di creare e gestire un'attività economica organizzata in autonomia, senza che ciò voglia dire che si può «configurare una posizione di supremazia (di fatto legittimata da una condizione socio economica) che dall'esterno di un rapporto giuridico legittima l'imprenditore ad incidere, unilateralmente e senza il previo consenso, sulla posizione giuridica altrui»⁵⁴: insomma, l'esistenza dell'impresa «non può determinare il riconoscimento all'imprenditore di posizioni diverse e ulteriori rispetto a quelle che gli competono in ragione dei singoli rapporti giuridici di cui è o diviene titolare»⁵⁵.

Infine, l'interpretazione qui proposta del regolare funzionamento come misura di definizione della perdita attesa coincide anche con la teoria proposta in dottrina da Ichino⁵⁶, che individua il limite di legittimità del licenziamento nella perdita attesa. Infatti, analizzando l'obbligo del *repechage* dal punto di vista dei costi economici di mantenimento del posto di lavoro⁵⁷, si rileva che un possibile spostamento del lavoratore ad altre mansioni deve essere pensato in funzione di ottenere un qualche profitto o anche un pareggio tra costi ma mai deve essere oltrepassata quella soglia massima corrispondente al *firing cost*, che non può essere imposto all'impresa. La perdita attesa può essere considerata il limite oltre il quale l'impresa entra in una situazione di cattivo funzionamento organizzativo.

⁵⁵ CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in Atti AIDLASS, XIV Congresso Nazionale, 2003, Silvi Marina, 34.

⁵⁴ Sul punto si rimanda a MARAZZA, *Saggio sull'organizzazione del lavoro*, Padova, 2002.

⁵⁵ ID..

⁵⁶ ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 483

⁵⁷ Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, in *Riv. it. dir. lav.* 2007, II, 990, con nota di NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica costruzione gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, e con nota di ICHINO, *Il costo sociale del licenziamento e la perdita aziendale attesa per la prosecuzione del rapporto come oggetto del bilanciamento giudiziale*.

5. Il “collegato lavoro”: novità sul tema?

Il legislatore del “Collegato lavoro”, legge 4 novembre 2010, n. 183, ha disposto con l’art. 30, comma 1, che «in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all’art. 409 del codice di procedura civile e all’art. 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».

Emerge, pertanto, che il legislatore del Collegato non ha distinto, o forse non ha voluto distinguere tra clausole generali e norme generali, norme a contenuto generale, creando nuova confusione. In qualche maniera, la disposizione utilizza i termini clausole generali e norme generali senza alcuna distinzione o meglio rendendole omogenee sotto il profilo dell’interpretazione giudiziale. La norma si riferisce alle diverse fattispecie, apparentemente, in senso ampio e generico⁵⁸, ponendo l’accento su quelle norme che hanno contenuto generico e che necessitano dell’intervento del giudice. In tal senso viene alla mente l’art. 3 della legge 604, nella quale però il legislatore del 1966 aveva pensato una norma a carattere aperto, come detto in precedenza, non per limitare l’intervento del giudice ma per orientarlo di fatto a ricercare le concrete motivazioni del licenziamento. Non è stata compiuta una scelta precisa che prevedesse un elenco tassativo o esemplificativo delle ragioni, ma un campo d’applicazione aperto al mutare delle condizioni generali dell’economia ma soprattutto alle vicende che riguardano direttamente l’organizzazione dell’impresa.

L’art. 30 ha come obiettivo esplicito proprio quello di restringere la discrezionalità interpretativa del giudice, effettivamente più ampia quando vi sono enunciati legislativi generici o

⁵⁸ ALLEVA, *Le riforme della giustizia del lavoro nel progetto governativo. Note critiche e proposte emendative*, in *www.cgil.it*, 2010.

cosiddetti aperti⁵⁹, ma se questo per il legislatore del 2010 è un fine apprezzabile per il legislatore del 1966 lo era il contrario. È evidente, fin dal titolo dell'articolo «Clausole generali e certificazione del contratto di lavoro», che il legislatore ha inteso limitare la discrezionalità dei giudici nella decisione delle controversie di lavoro sia private che alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, tra le quali anche quelle che riguardano il licenziamento⁶⁰.

Per comprendere gli “umori” della dottrina è emblematico che parte di essa abbia paragonato il collegato al lavoro a una «perturbazione in arrivo»⁶¹, fin da quando era ancora un disegno di legge, mentre altri⁶², hanno ritenuto le critiche all'intervento legislativo eccessive. Posizioni di diverso segno che hanno considerato più o meno intenso l'impatto del Collegato sul sistema lavoristico. Secondo i meno critici⁶³, il collegato lavoro si è prefisso, di ridurre gli spazi d'incertezza derivanti dall'applicazione di precetti a contenuto generico e di contenere la conflittualità che da tale incertezza deriva. Di conseguenza, il sindacato giudiziale deve essere inteso in modo tale da limitare l'accertamento al presupposto di legittimità e non di merito delle scelte tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro.

Eppure, nonostante gli aspetti più confusi il Collegato non conterrebbe particolari novità sotto il profilo dello “spazio di manovra” del giudice, poiché gli riserva sempre il potere di verifica del presupposto di legittimità delle ragioni addotte dal datore di lavoro e il licenziamento: un controllo, quindi, sull'*effettività* delle ragioni addotte da parte del datore di lavoro, niente di diverso da quello che alcune pronunce avevano affermato già in precedenza⁶⁴.

⁵⁹ GHERA - VALENTE, *Un primo commento al Collegato lavoro*, cit., 866.

⁶⁰ PELLACANI, *Il cosiddetto «collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, I, 229.

⁶¹ L'espressione è di BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, in *Lav. dir.*, 2009, 3.

⁶² PROIA, *Collegato lavoro e rinvio alle Camere*, in *www.adapt.it.*; VALLEBONA, *Una buona svolta del diritto del lavoro: il “collegato” 2010*, 2010, in *Mass. giur. lav.*, 4, 211.

⁶³ ID..

⁶⁴ DE ANGELIS, *Opinioni sul “collegato lavoro”*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2011, 134.

Anche con riferimento all'obbligo di *repechage*, il Collegato ha offerto lo spunto per delineare due contrapposte posizioni: secondo alcuni, quelli più al Collegato, la legge non ha inciso in alcun modo sull'obbligo di *repechage*, mentre altri hanno rilevato che la questione è molto più complessa: il Collegato, infatti, avrebbe colpito l'obbligo del *repechage* perché le norme, lette nel senso di un impedimento tassativo di ingerenza del giudice nelle scelte datoriali, escluderebbero la possibilità di verificare nel merito l'obbligo del datore di lavoro di aver tentato un salvataggio del lavoratore in altra mansione, implicando un *repechage* edulcorato⁶⁵. In questa prospettiva con il ridimensionamento della portata del *repechage* si rischierebbe lo svuotamento completo del controllo giudiziale sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo, relegando la funzione del giudice al mero accertamento degli effetti e non delle cause del licenziamento.

Secondo Nogler, sarebbe stato poco probabile⁶⁶ che l'art. 30 incidesse in modo apprezzabile sulla materia di licenziamenti perché gli elementi di novità introdotti, per ciò che attiene le norme sui licenziamenti, non avrebbero avuto un impatto tale da stravolgere gli orientamenti fin d'ora assunti dalla giurisprudenza. Previsione "meteorologica" quasi confermata, tantoché le previsioni di una perturbazione si sono abbattute, ma pare su altri fronti⁶⁷.

6. Brevi considerazioni sulla Riforma *in itinere*

Osservando la Riforma in "controluce" emerge la centralità del ruolo del giudice per ciò che attiene la verifica delle ragioni di licenziamento. Infatti, se da una parte l'attenzione pare rivolta soprattutto alla modifica dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, sotto il profilo della tutela, dall'altra l'effetto più evidente rimane un concreto incremento del contenzioso che conferma il giudice in un ruolo di centralità rispetto al recente passato. Una soluzione-

⁶⁵ PASSALACQUA, *Le novità in materia di licenziamenti nel cd. "Collegato lavoro"*, in *Dir. lav. merc.*, 2011,1, 39. Nello stesso senso BALLESTRERO, *Perturbazione in arrivo. I licenziamenti nel d.d.l. 1167*, cit., 6 e PELLACANI, *cosiddetto «collegato lavoro» e la disciplina dei licenziamenti: un quadro in chiaroscuro*, cit., 235.

⁶⁶ NOGLER, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, cit., 124.

⁶⁷ DE ANGELIS, *Opinioni sul "collegato lavoro"*, cit., 134.

ne in controtendenza con quelle che per una decina d'anni sono state le indicazioni provenienti dal legislatore, che aveva spinto verso soluzioni alternative al processo e aveva tentato di ridimensionare.

La contraddizione nasce e si evidenzia ancora di più quando l'azione del legislatore non riguarda solamente la sottrazione alla dimensione processuale di porzioni di sindacato giudiziale ma soprattutto quando pone in essere norme che generano effetti contrari alle sue stesse intenzioni. Infatti, dalla Riforma emerge con forza la necessità di un intervento giudiziale molto più incisivo rispetto al passato perché si riversa sul giudice il carico della valutazione nel merito delle ragioni poste a fondamento del licenziamento. Si perdono di vista, con tutta evidenza, i risultati ottenuti dalla giurisprudenza che è riuscita nel tempo a equilibrare le posizioni in gioco. Nemmeno la procedura conciliativa da esperirsi di fronte alla DTL può essere lo strumento di deflazione del ricorso al giudice.

Ciò comporta un maggiore "ingorgo" nelle aule giudiziarie e un accentuarsi di quelle che sono le preoccupazioni di molti studiosi circa l'esito del giudizio, sempre molto incerto e che richiede anni; in tal senso, un'impresa non può attendere anni prima di sapere se un'operazione di riorganizzazione o ridimensionamento degli organici è avvallata oppure no⁶⁸.

Se il problema fosse esclusivamente una questione di costi per l'imprenditore in caso di giudizio, allora sarebbe meglio orientare l'attenzione riformatrice su altre questioni, che hanno priorità assoluta come una profonda revisione del processo del lavoro più in generale.

Con questo intervento legislativo, ma lo si era capito già in precedenza, non si è creduto nel ruolo del sindacato e nelle potenzialità della contrattazione collettiva. La considerazione riservata al sindacato e più in generale alla funzione svolta dalle parti sociali sul livello nazionale e su quello decentrato aziendale. Sotto questo profilo, era intuibile fin da subito che il governo avrebbe optato per un'altra strada, quando ha scelto di intervenire con la modifica di norme che avrebbero prodotto effetti profondi sul sistema socio-economico del nostro Paese. La tenuta sociale po-

⁶⁸ ICHINO, *Replica a Mario Fezzi*, in <http://www.pietroichino.it/?p=18314>. Nella replica, Ichino risponde all'intervento di FEZZI, *Licenziamenti, i lacci che non esistono*, in *Corriere della Sera* 30 novembre 2011.

teva essere garantita son il contributo e il consenso delle parti sociali⁶⁹.

Altro aspetto, a mio avviso importante, che in questa occasione non è possibile approfondire, è la divaricazione tra il regime di tutela previsto per i lavoratori delle aziende di grandi dimensioni e quelle sotto soglia, quando originariamente era parso che le intenzioni dei tecnici fossero orientate a un raccordo tra le due discipline con la prospettiva di universalizzazione del sistema di tutela.

⁶⁹ Sulla funzione della contrattazione collettiva si v. FALERI, *L'adattamento efficiente della norma ai mutamenti del mercato del lavoro: il caso dei licenziamenti per ragioni economiche*, cit., 2.