

WorkingPaper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento

Dall'apparato sanzionatorio alla fattispecie

Marco Ferraresi

Ricercatore di diritto del lavoro, Università degli Studi di Pavia

Working Paper n. 12

ABSTRACT

Dopo il d.lgs. n. 23/2015, non si è sopito il dibattito sulla struttura del g.m.o. e, anzi, si è aggravata la questione dei rapporti tra motivo oggettivo e altri motivi di licenziamento.

La revisione dell'apparato sanzionatorio non è neutra nella ricostruzione della fattispecie. Non pare un caso che, dopo le recenti riforme, la giurisprudenza abbia, da un lato, ampliato la nozione di g.m.o. sino ad espungere il requisito della crisi di impresa e ad ammettere criteri di scelta ulteriori rispetto a quelli *ex art. 5, l. n. 223/1991*; dall'altro, abbia rimeditato la struttura del recesso discriminatorio, ritenendolo sussistente pur in presenza di una giustificazione oggettiva.

Seppure con percorsi non sempre lineari (si pensi ai profili dell'obbligo di ripescaggio), si va affermando una nozione di g.m.o. più "intensa", implicante cioè un sindacato meno invasivo del giudice, con conseguenze al più indennitarie; ma al contempo meno "estesa", per il controllo che l'ordinamento induce sulla presenza di motivi che comportano sanzioni più gravi rispetto a quella della semplice ingiustificatezza.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ La revisione dell'apparato sanzionatorio è utile alla ricostruzione delle fattispecie di licenziamento, incluso il giustificato motivo oggettivo
- ❖ È sostanzialmente condivisibile, in ottica sistematica, l'orientamento recente della Cassazione sulla sussistenza del g.m.o. pur in assenza di una crisi di impresa
- ❖ L'obbligo di ripescaggio non ha un fondamento positivo. Tuttavia, qualora si ritenga dotato di simile radicamento, occorre convenire con il nuovo orientamento della Cassazione sull'onere della prova
- ❖ È condivisibile il nuovo orientamento della giurisprudenza che accoglie una nozione oggettiva e non esclusiva della discriminazione
- ❖ Il sistema attuale agevola la riqualificazione del licenziamento per carente g.m.o. in altre ipotesi più gravemente sanzionate

IL MESSAGGIO

Elementi letterali e sistematici inducono a ritenere che, con l'art. 3, l. n. 604/1966, il legislatore non abbia inteso selezionare tra motivi economici integranti, e non, un giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Pertanto, ove il fatto posto a base del g.m.o. denoti la sussistenza di un motivo genuinamente economico, il recesso è da ritenersi legittimo, salva la compresenza di un motivo discriminatorio. L'articolazione dell'apparato sanzionatorio evidenzia appunto come il g.m.o. costituisca (anche) un motivo in senso tecnico, sicché dall'assenza del fatto, o dalla sussistenza di fatti diversi, può risalirsi all'esistenza di altri motivi (disciplinari, di nullità, discriminatori) implicanti (su domanda e, di norma, con onere probatorio sul lavoratore, per quanto agevolato dalle presunzioni) un trattamento sanzionatorio più grave di quello meramente indennitario previsto dall'art. 3, c. 1, d.lgs. n. 23/2015.

Indice

1. La persistente vivacità del dibattito sul g.m.o.	4
2. Le ragioni e il nesso causale <i>ex art. 3, l. n. 604/1966</i> , nella recente giurisprudenza. I criteri di scelta	5
3. Gli sviluppi in tema di <i>repêchage</i>	9
4. Dal g.m.o. al licenziamento disciplinare, nullo e discriminatorio.....	13
5. L'indennizzo sanzione di sistema? Gli spazi della reintegrazione piena o attenuata	15
6. In particolare, la disabilità del prestatore.....	18

1. La persistente vivacità del dibattito sul g.m.o.

Varato il *Jobs Act*, si paventava tra i giuslavoristi che occuparsi di giustificato motivo oggettivo (d'ora in poi, g.m.o.) sarebbe divenuto poco più che un esercizio accademico: l'integrale (e modesta) monetizzazione del licenziamento economico ingiustificato, infatti, avrebbe reso sproporzionato ogni sforzo di sistematizzazione a confronto delle ricadute pratiche. Le cose sembrano però andare diversamente.

Al netto delle questioni di legittimità costituzionale dell'indennità crescente¹, la giurisprudenza in materia è in forte evoluzione e vi è un dialogo serrato interno alla stessa magistratura², mentre la dottrina più autorevole si dedica assiduamente all'assetto del g.m.o. successivo alle recenti riforme³. Senza contare che la riflessione su alcuni

¹ Cfr. l'ordinanza di rimessione di Trib. Roma 26 luglio 2017, e le prime osservazioni critiche di P. ICHINO, *La questione di costituzionalità della nuova disciplina dei licenziamenti*, in pietroichino.it; per un commento di segno contrario, anteriore all'ordinanza, v. ad es. G. FONTANA, *La riforma del lavoro, i licenziamenti e la Costituzione. Riflessioni critiche*, *Costituzionalismo.it*, 2016, n. 2, 77 ss. I dubbi di contrasto con la Costituzione non sono condivisibili. Sotto il profilo dell'eguaglianza ex art. 3, c. 1, Cost., il legislatore ha ragionevolmente ritenuto di salvaguardare l'aspettativa (in senso atecnico) dei vecchi assunti e, così, di non estendere loro la nuova disciplina. La ragionevolezza sta nel fatto che, come noto, l'assetto concreto di un rapporto di lavoro si sviluppa anche in considerazione della disciplina del recesso, e mutarla in corso d'opera avrebbe un effetto spiazzante per almeno una delle parti. Sotto il profilo dell'adeguatezza dell'indennizzo, il legislatore, in base alle fonti sovranazionali, sembra dotato di ampia discrezionalità. Il comitato tripartito dell'Oil ha per es. considerato compatibile la disciplina risarcitoria spagnola con la previsione di un "indennizzo adeguato" ex art. 10, Convenzione 22 giugno 1982, n. 158 (non ratificata dall'Italia): tale normativa prevede un risarcimento sostanzialmente dimezzato rispetto a quello italiano. Appare più severo il Comitato europeo dei diritti sociali nell'interpretazione dell'art. 24 della Carta sociale europea, con riguardo all'analogo principio del "congruo indennizzo o altra adeguata riparazione" (cfr. la decisione sul caso finlandese dell'8 settembre 2016, sul ricorso n. 106/2014). Va però osservato che il parere del Comitato resta un atto di *soft law*, che può al più tradursi in altro atto di pari natura giuridica, ovvero una raccomandazione del Comitato dei Ministri allo Stato interessato. La possibilità, pertanto, di pervenire a una declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina italiana, attraverso il solo parametro interposto della Carta sociale europea mediato dalla "giurisprudenza" del Comitato, appare dunque quantomeno obliqua. Naturalmente, ritenere il contratto a tutele crescenti costituzionalmente legittimo non significa necessariamente condividere le opzioni di politica del diritto del legislatore del 2014-2015.

² Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 (v. in *Mass. giur. lav.*, 2017, 311 ss., con commenti di A. VALLEBONA, *Legittimità del licenziamento diretto ad incrementare il profitto*; M.G. CASSIA, *Il licenziamento economico: le diverse opzioni interpretative e le relative conseguenze sugli oneri di allegazione e prova*; in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 257, con nota di G. NATULLO, *La Cassazione delimita il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*) è, come noto, frutto della risoluzione di un contrasto interpretativo in seno alla Sezione lavoro, senza ricorso alle Sezioni unite. Una modalità opportuna, non solo per ragioni di economia procedimentale, ma anche perché (come nota C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 157) il collegio delle Sezioni unite – articolazione pensata per i contrasti tra diverse sezioni – vede la presenza di due soli giudici giuslavoristi su nove. Si v. (*infra*, sub 3.) pure il dibattito sul ripescaggio. Per una recente rassegna di giurisprudenza, v. S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico – Orientamenti in tema di sindacato giudiziale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

³ Per la ricostruzione degli orientamenti della dottrina si consenta il rinvio a M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento – Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2016, spec. capp. III e IV per il dibattito sulle recenti riforme. Tra le pubblicazioni successive, v. in particolare gli atti del convegno del gruppo Freccia Rossa, 16 settembre 2016, Università degli Studi di Roma "La Sapienza", in corso di pubblicazione in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato*

aspetti – si pensi al nuovo rapporto tra licenziamento per g.m.o. e recessi collettivi⁴ o al licenziamento per motivi oggettivi dei prestatori disabili alla luce delle novità normative⁵ – è per certi versi solo agli inizi.

Su detta “profezia” pesava anche, probabilmente, la compressione della discrezionalità giudiziale nella precisazione del trattamento sanzionatorio del caso concreto. Ciò può dare l’impressione di una disciplina rigida: certa, sì, ma per lo stesso motivo meno interessante, perché meno malleabile per l’interprete⁶. Ma, a tacere del fatto che quella discrezionalità è stata perlopiù rifiutata allorché si è trattato di decidere se il giudice “può” (o deve) dar luogo alla reintegrazione per la manifesta insussistenza del g.m.o. ex art. 18, c. 7, S.l., *post legem* 28 giugno 2012, n. 92⁷, si va profilando uno scambio assai ghiotto per l’interprete: se è venuta meno la possibilità di determinare l’indennità risarcitoria tra un minimo e un massimo prescritti dalla legge (come ex art. 18, cc. 5 e 6, l. n. 92/2012), il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, apre fronti ermeneutici di spessore ben maggiore. Essi attengono ai confini tra g.m.o. e altre ipotesi di recesso⁸, e dunque tra diversi tipi di tutela⁹. E questo accade proprio nella misura in cui diviene mediamente meno sostanziosa, elastica e problematica la quantificazione dell’indennizzo per il recesso ingiustificato.

In definitiva, il dibattito non si è sopito e non pare destinato a tramontare nel breve termine.

2. Le ragioni e il nesso causale ex art. 3, l. n. 604/1966, nella recente giurisprudenza. I criteri di scelta

Si tratti o meno di una coincidenza, è da rilevare che, a pochi mesi dal *Jobs Act*, l’orientamento di legittimità che ritiene compatibile il licenziamento per g.m.o. con

motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto, Giappichelli, Torino, 2017; nonché E. GRAGNOLI, *Il licenziamento, la giusta causa e il giustificato motivo*, in ID. (a cura di), *L’estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI – F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. quinto, Cedam, Padova, 2017, spec. 348 ss.; C. CESTER, *Le tutele*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L’estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI – F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. quinto, Cedam, Padova, 2017, spec. 1094 ss. Si v. inoltre i contributi citati nel prosieguo.

⁴ V., per alcuni cenni, *sub* 3.

⁵ V. *sub* 6.

⁶ Inoltre, l’indennità crescente da un lato è da ritenersi onnicomprensiva, dall’altro non ammette la detraibilità dell’*aliunde perceptum* e *percipiendum*: cfr. A. AVONDOLA, *Meccanismi di moderazione del danno da licenziamento illegittimo: dalla legge Fornero al Jobs act*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 676 ss.

⁷ Cfr. ad es. App. Catanzaro 21 aprile 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 927 ss., con nota di S. BUOSO, *Alcuni chiarimenti sulla categoria della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Trib. Roma, ord. 19 marzo 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 568 ss., con nota di S. ORTIS, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e manifesta insussistenza del fatto*; Trib. Foggia, ord. 11 settembre 2013, in M. BARBIERI – D. DALFINO, *Il licenziamento individuale nell’interpretazione della legge Fornero*, Cacucci, Bari, 2013.

⁸ V. *sub* 4. ss.

⁹ Cfr. L. DE ANGELIS, *Giudice del lavoro e recenti riforme: considerazioni sparse*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 416, secondo il quale, nelle recenti riforme, al giudice “residuano significativi spazi specialmente nell’area coperta dalle norme generali”.

l'assenza di una crisi economica datoriale¹⁰ ha rapidamente e (apparentemente) definitivamente soppiantato l'orientamento opposto, sino ad allora prevalente¹¹.

In vero, che non si tratti di una mera coincidenza temporale sembra suggerito da alcuni passaggi delle pronunce¹². In esse, si sostiene infatti che la vecchia tesi, presupponendo l'andamento negativo (consistente e non contingente) dell'azienda, sottintende una concezione del licenziamento per g.m.o. quale *extrema ratio*, il che non appare suffragato né dalla lettera dell'art. 3, l. 15 luglio 1966, n. 604, né dal dato costituzionale, i quali fanno propendere per la soluzione opposta¹³. E, sul piano sistematico, non va dimenticato come la concezione dell'*extrema ratio* avesse come fondamento prossimo la tutela reale ex art. 18 S.l.¹⁴ – con il conseguente “diritto al posto”, o alla stabilità del rapporto –, disposizione prima incisa dalla l. n. 92/2012, poi superata dal d.lgs. n. 23/2015.

Proprio perché l'alternativa tra riparazione di perdite e licenziamento espansivo è in sé irrilevante ai fini della legittimità del recesso, la S.C. afferma che l'opzione non richiede di essere esplicitata nell'atto scritto ex art. 2, c. 2, l. n. 604/1966. Ciò non significa – e la Cassazione opportunamente lo precisa – che una crisi d'impresa non possa essere all'origine della riduzione di personale: in tale evenienza, il datore non avrà remore a esternarla ed essa formerà oggetto del sindacato giudiziale sulla sussistenza¹⁵.

Nondimeno, la specifica comunicazione dei motivi deve essere tale da potersi evincere la strategia imprenditoriale che ha suggerito un determinato recesso. Sembra allora ineludibile la manifestazione della condizione o della finalità economica alla base del licenziamento: la soluzione è imposta non solo dalla riforma dell'art. 2, c. 2, ex lege n. 92/2012, ma anche dalla particolare rilevanza dei motivi nel nuovo impianto sanzionatorio¹⁶. Nel caso della mera redistribuzione di mansioni tra posizioni esattamente fungibili, non dettata da una crisi economica ma dalla semplice intenzione di un risparmio di costi, potrà ad es. rappresentarsi che il carico di lavoro è tale da poter essere ripartito su un numero inferiore di prestatori (il cui ritmo operativo sarà presumibilmente aumentato), rendendosi possibile soddisfare le esigenze aziendali con un organico ridotto.

¹⁰ Cfr. Cass. 7 agosto 2017, n. 19655; Cass. 15 giugno 2017, n. 14871; Cass. 31 maggio 2017, n. 13808; Cass. 24 maggio 2017, n. 13015; Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015; Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201; Cass. 30 novembre 2016, n. 24458; Cass. 28 settembre 2016, n. 19185; Cass. 20 settembre 2016, n. 18409, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 57, con nota di B. CAPONETTI, *Licenziamento per g.m.o. della lavoratrice part time*; Cass. 21 luglio 2016, n. 15082; Cass. 1 luglio 2016, n. 13516; Cass. 20 novembre 2015, n. 23791; Cass. 18 novembre 2015, n. 23620; App. Milano 8 marzo 2017.

¹¹ Cfr. ancora Cass. 16 marzo 2015, n. 5173.

¹² Ritiene le recenti pronunce influenzate dalle ultime riforme V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o “normale” licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

¹³ Cfr. l'articolata motivazione di Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201.

¹⁴ Cfr. ad es. M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, 386.

¹⁵ Così Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015; Cass. 31 maggio 2017, n. 13808; Trib. Bari 3 novembre 2016; *contra*, M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e “controllo di pretestuosità”*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione, secondo i cui i motivi di mero profitto o di riparazione di perdite fuoriescono dalla fattispecie e dunque, anche se esternati, non dovrebbero formare oggetto di verifica da parte del giudice (nel senso dell'a., cfr. Cass. 18 novembre 2015, n. 23620).

¹⁶ Cfr. *sub* 4 ss.

La Corte previene poi sul nascere l'obiezione sulla reviviscenza del recesso *ad nutum*, se fondato su qualsivoglia ragione economica datoriale. La condivisibile replica è che anche il fine di mero profitto non elimina il vaglio del giudice: sia perché occorre pur sempre riscontrare una modifica organizzativa¹⁷, effettiva e non pretestuosa¹⁸ (nel caso, citato, di riduzione di personale accompagnata dalla redistribuzione delle mansioni, la prova di un abuso, quantomeno, dello straordinario smentirebbe ad es. la causale addotta¹⁹); sia perché la ragione del licenziamento deve essere successiva all'assunzione, dovendosi dunque configurare un *quid novi*²⁰; sia perché la posizione effettivamente soppressa deve potersi riferire (c.d. nesso causale) alla ragione del recesso²¹. Certo, la S.C. sembra assumere una nozione lata del nesso (meramente logica

¹⁷ Modifica che, secondo G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: dalla ragione economica alla ragione organizzativa*, in *Lav. giur.*, 2017, 429 ss., deve accertarsi attraverso parametri oggettivi, quale la sopravvenuta inutilità della prestazione.

¹⁸ Non è richiesta dall'art. 3 "una ristrutturazione aziendale di ampia portata": cfr. Cass. 19 aprile 2017, n. 9869. D'altro canto, secondo Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, "quel che è vietato non è la ricerca del profitto mediante riduzione del costo del lavoro o di altri fattori produttivi (nell'ottica dall'art. 41, co. 1° Cost. la libertà di iniziativa economica è finalizzata alla ricerca del profitto, sia pure nel rispetto del co. 2°), ma il perseguire il profitto *soltanto* mediante un abbattimento del costo del lavoro realizzato con il puro e semplice licenziamento d'un dipendente che, a sua volta, non sia dovuto ad un effettivo mutamento dell'organizzazione tecnico-produttiva, ma esclusivamente al bisogno di sostituirlo con un altro da retribuire di meno, malgrado l'identità (o la sostanziale equivalenza) delle mansioni". Una parte della dottrina ritiene tuttavia che, sul punto dell'illegittimità della mera sostituzione motivata dal costo del prestatore, la Corte si contraddica: cfr. V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione; C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 161-162. Secondo M.T. CARINCI, *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 215, la preclusione della sostituzione deriva dal divieto di concorrenza tra lavoratori ex art. 39 Cost. e dall'art. 2113 c.c. Il criterio del costo del prestatore viene però recuperato dalla Cassazione nei criteri di scelta (v. *infra*). Esclude anche che la sostituzione possa avvenire con un lavoratore più produttivo R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

¹⁹ Per vero, in giurisprudenza sembra rilevare lo svolgimento di lavoro straordinario *tout court*. Non costituisce così g.m.o. la pretesa soppressione delle mansioni, con ricorso al lavoro straordinario di altri lavoratori (Cass. 22 giugno 2000, n. 8515, sul presupposto che il g.m.o. possa essere sorretto solo da una crisi aziendale; Cass. 17 giugno 1997, n. 5419).

²⁰ Cfr. Cass. 16 novembre 2016, n. 23352, che nel confermare la necessità del *quid novi* ritiene che esso non sia incompatibile con una eccedenza occupazionale dovuta a un obbligo di assunzione contratto alcuni anni prima: "unico limite, quanto alla risalenza nel tempo dei fatti costituenti il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, deve ravvisarsi nel loro sopravvenire rispetto al momento di assunzione dell'obbligo a concludere il contratto di lavoro, avendo l'imprenditore già valutato in quel momento, con la assunzione dell'impegno, la utilizzabilità del lavoratore nella impresa ed essendosi in ogni caso obbligato, in quella situazione, ad utilizzarlo, così auto-limitando il proprio potere di iniziativa economica".

²¹ V. ad es. Cass. 30 novembre 2016, n. 24458: "Il riscontro di effettività non attiene alla sola scelta aziendale di sopprimere il posto di lavoro occupato dal lavoratore o di ridurre il personale, non potendo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo trovare la sua ontologica giustificazione nella scelta operata (ad libitum) dall'imprenditore (sarebbe così preclusa in radice la verifica di legittimità non rimanendo al giudice altro riscontro se non la presa d'atto che il lavoratore licenziato occupava il posto di lavoro soppresso), ma attiene alla verifica del nesso causale tra soppressione del posto di lavoro e le ragioni della organizzazione aziendale addotte a sostegno del recesso". Per una fattispecie di carenza del nesso, v. Trib. Milano 27 febbraio 2017.

e non di congruità od opportunità economico-sociale²²). Ma ciò è coerente con l'ampia interpretazione dell'art. 3, seconda parte, l. n. 604/1966. Una penetrante valutazione sul punto, infatti, vanificherebbe la concezione delle ragioni oggettive di cui al nuovo orientamento²³.

In coerenza con la prospettiva di valorizzare la discrezionalità imprenditoriale nella libera combinazione, ex art. 41, c. 1, Cost., dei rapporti di lavoro e dei fattori produttivi, la Cassazione ripropone sì l'obbligo datoriale di adottare oggettivi e trasparenti criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, in caso di riduzione di personale tra più posizioni fungibili²⁴; ma, disattendendo più decisamente la preferibile applicazione analogica dell'art. 5, l. n. 223/1991, amplia la libertà del datore, purché nei limiti della buona fede. Il che significa ammettere criteri ulteriori come quello del possesso di altri redditi, del "più agevole accesso al mondo del lavoro"²⁵, della produttività individuale o, addirittura, del costo del lavoratore²⁶. Criterio, quest'ultimo, che la Corte viceversa esclude possa integrare la causale del recesso, perché la mera sostituzione del lavoratore con altro più giovane o comunque meno oneroso non darebbe luogo alla soppressione della posizione lavorativa. In definitiva, se un vincolo economico alle scelte datoriali ancora sussiste, è quello che deriva dalla differenza di costo derivante dal progredire dell'anzianità di servizio del lavoratore²⁷.

Sinora, la giurisprudenza non si è comunque spinta sino a richiedere la comunicazione dei criteri di scelta nell'atto di recesso (né ha precisato sul punto la ripartizione degli oneri probatori)²⁸. Anche se è probabile che la questione possa essere rimeditata, considerato che, di fatto, la corretta scelta dei lavoratori è ormai ritenuta uno degli "estremi" del g.m.o.²⁹

Non vi è dubbio, dunque, che la nuova impostazione della S.C. costituisca un vero e proprio *revirement*. Ciò che importa valutare, però, è se esso corrisponda meglio al

²² Cfr. M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento – Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2016, 71 ss.

²³ Una parte dei commentatori, tuttavia, ritiene che con il nuovo orientamento la S.C. faccia coincidere tautologicamente la ragione ex art. 3, l. n. 604/1966, con la scelta di licenziamento: v. ad es. C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in questionegiustizia.it, 8 febbraio 2017. Invero, la Corte afferma esplicitamente che la scelta soppressiva sia per sé insufficiente se non accompagnata da un effettivo mutamento dell'organizzazione.

²⁴ Secondo A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e "paradigma" del diritto del lavoro*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione, l'utilizzo dei criteri di scelta costituisce una applicazione del principio di proporzionalità, volto a realizzare un contemperamento di interessi tra datore e lavoratore.

²⁵ Cfr. Trib. Bari 3 novembre 2016: "sul punto, infatti, la difesa della società ha precisato che la razionalità della scelta in questione trova ulteriore riscontro nel fatto che il ricorrente, gestore di altra società con la propria sorella - la xxx s.r.l. -, era quello maggiormente in grado di rimanere nel mondo del lavoro rispetto agli altri dipendenti".

²⁶ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25192, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 519, con nota di S. BRUN, *Licenziamento economico (individuale) e criteri di scelta: l'impresa può licenziare il meno "produttivo"*; in *Lav. giur.*, 2017, 253 s., con nota di C. GAROFALO, *Ragionando ancora di criteri di scelta nel licenziamento per g.m.o.*; cfr. anche App. Firenze 20 ottobre 2016, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 248 ss., con nota di M. FERRARESI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e criteri di scelta dei lavoratori: insoddisfacente il ricorso alle clausole generali di correttezza e buona fede*.

²⁷ Altro sarebbe se la sostituzione avvenisse con lavoratore dotato di competenze professionali diverse (ad es. conoscenze informatiche o di lingue straniere): in tal caso, parrebbe difficile ritenere identiche la posizione soppressa e quella risultante dalla nuova assunzione.

²⁸ Cfr. Trib. Vercelli 6 settembre 2016.

²⁹ Cfr. Cass. 8 luglio 2016, n. 14021, che applica la tutela meramente indennitaria ex art. 18, c. 5, S.I.

significato dell'art. 3, l. n. 604/1966 e sia più coerente con l'evoluzione dell'ordinamento. E la risposta appare complessivamente positiva³⁰.

3. Gli sviluppi in tema di *repêchage*

Nonostante l'obbligo di *repêchage* costituisca una creazione giurisprudenziale³¹, non suffragata da dati normativi né testuali né sistematici e, piuttosto, ulteriormente smentita dalle recenti riforme³², non poteva certo immaginarsi che esso fosse da un momento all'altro abbandonato, formando indiscutibilmente parte del diritto vivente³³. Sebbene appaia contraddittorio escludere l'invocabilità dell'*extrema ratio* per la causale ex art. 3 (v. *sub* 2.)³⁴ e poi richiamarla per il ripescaggio³⁵.

Forse, però, non era così facilmente immaginabile la svolta sull'onere della prova³⁶, dopo una ventennale elaborazione che lo ha scisso dall'onere di allegazione, riversando

³⁰ Per un commento adesivo, si v. in particolare M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 133 ss.; per uno critico, v. soprattutto V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

³¹ Si consenta il rinvio a M. FERRARESI, *L'obbligo di repêchage tra riforme della disciplina dei licenziamenti e recenti pronunce di legittimità*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, 833 ss. Cfr. di recente R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione, secondo cui il ripescaggio non ha un reale fondamento positivo.

³² Cfr. F. CARINCI, *Licenziamento e tutele differenziate*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 2016, 134.

³³ Così, ancora, R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

³⁴ Cfr. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201: "la diversa interpretazione, infatti, non trova riscontro in dati interni al dettato normativo bensì viene patrocinata sulla base di elementi extra-testuali e di contesto e trae origine nella tesi dottrinale della *extrema ratio* secondo cui la scelta che legittima l'uso del licenziamento dovrebbe essere «socialmente opportuna»".

³⁵ Cfr. ad es. Cass. 5 gennaio 2017, n. 160, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 12 ss., con nota di F. COLELLA, *Ripartizione degli oneri deduttivi e assertivi in tema di repêchage: punto fermo o punto interrogativo?*; in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 245, con nota di G. CALVELLINI, *Obbligo di repêchage: vecchi e nuovi problemi all'esame della Cassazione*; Cass. 11 ottobre 2016, n. 20436. Rileva la contraddizione M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 138.

³⁶ Cfr. Cass. 26 luglio 2017, n. 18506; Cass. 19 aprile 2017, n. 9869; Cass. 12 gennaio 2017, n. 618, in *Lav. giur.*, 2017, 326 ss., con nota di I. BRESCIANI, *L'onere della prova in tema di ripescaggio in un caso di sopravvenuta inidoneità alle mansioni*; Cass. 5 gennaio 2017, n. 160; Cass. 11 ottobre 2016, n. 20436; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101, in *Dir. rel. ind.*, 2016, 843, con nota di M. FERRARESI, *L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 302, con nota di L. MONTEROSSO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage: nessun onere di allegazione*; Cass. 22 marzo 2016, n. 5592, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 455 ss., con note di R. BELLÈ, *Poteri datoriali e azioni a tutela del lavoratore. Il caso del repêchage tra vecchio e nuovo* e G. GIANNI, *Onere di allegazione ed onere della prova nel cd. repêchage: un revirement non inatteso ed un equilibrio ancora da trovare*, in *Lav. giur.*, 2016, 794 ss., con nota di C. ROMEO, *L'epilogo in tema di repêchage e onere probatorio*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 993 ss., con nota di S. BINI, *A proposito della divaricazione tra onus probandi e onus allegandi in materia di obbligo di repêchage*; Trib. Torino, ord. 5

quest'ultimo (seppure con qualche temperamento) sul prestatore di opere³⁷. E, tuttavia, tale rivisitazione³⁸ non è altro che lo sviluppo coerente della dottrina del ripescaggio, fondato, a seconda delle concezioni, sull'*extrema ratio* del recesso per g.m.o., sul limite della buona fede all'esercizio del potere di licenziamento, sull'art. 2103 c.c. Come sono sviluppi coerenti, in tale prospettiva, quelli che nel corso degli anni hanno condotto ad un ampliamento dell'obbligo in parola, invero sino quasi a farne perdere il controllo³⁹. E senza contare che il dibattito ha lasciato tuttora aperte questioni di non poco momento, come quella relativa all'iniziativa di adibizione a mansioni inferiori in luogo del recesso (se rimessa al potere unilaterale del datore, a una proposta di accordo da parte di esso, a una previa manifestazione di disponibilità del lavoratore)⁴⁰ e alle conseguenze retributive di tale adibizione⁴¹. Per converso, va osservato che il nuovo vigore conferito al ripescaggio appare distonico con il *trend* che lo ha ritenuto meritevole, dopo la l. n. 92/2012, della protezione meramente indennitaria⁴².

In ogni caso, delle due l'una: o il *repêchage* non appartiene al g.m.o. (ma la giurisprudenza unanime è nel senso opposto) oppure, se ne costituisce uno degli "estremi", richiede la prova datoriale *ex art. 5*, l. n. 604/1966. E non si vede come l'onere possa essere condizionato e limitato dalle capacità di allegazione del lavoratore, come noto inficiate dalla sua (necessariamente) parziale conoscenza dell'organizzazione. A tale strutturale opacità, nemmeno la procedura *ex art. 7*, l. n. 604/1966⁴³ (esclusa comunque per gli assunti dal 7 marzo 2015) può ovviare, non potendosi considerare l'equivalente di una procedura di informazione e consultazione sindacale come quella *ex lege* 23 luglio 1991, n. 223⁴⁴.

aprile 2016. *Contra*, Cass. 12 agosto 2016, n. 17091; Cass. 16 maggio 2016, n. 10018; Cass. 10 maggio 2016, n. 9467.

³⁷ Cfr., ancora di recente, Cass. 16 maggio 2016, n. 10018, secondo cui però "l'onere di collaborazione non può essere spinto sino a pretendere che il lavoratore specifichi dati dei quali non è e non può essere a conoscenza". V. la rassegna di E. GRAMANO, *Natura e limiti dell'obbligo di repêchage: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1310 ss.

³⁸ A parte lo "scambio" che potrebbe essersi realizzato, all'interno della Sezione lavoro, con il mutamento di orientamento sulla causale, come in una sorta di compensazione "sociale": cfr. R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

³⁹ Si pensi in particolare all'obbligo di adibizione a mansioni inferiori: v. di recente Cass. 26 maggio 2017, n. 13379; Cass. 9 novembre 2016, n. 22798; *contra*, Cass. 12 agosto 2016, n. 17091. Per l'obbligo di *repêchage* infragruppo, v. Trib. Milano 16 dicembre 2016. Ciò dovrebbe rendere avvertiti del fatto che, come previsto per ipotesi speciali (relative alle condizioni fisio-psichiche del lavoratore *ex artt. 4*, c. 4, l. 12 marzo 1999, n. 68; 42, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81; 55-*octies*, d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, e il d.p.r. 27 luglio 2011, n. 171; 15, d.lgs. 8 aprile 2003, n. 66), esso richiederebbe un fondamento positivo esplicito.

⁴⁰ Per l'obbligo della proposta a carico del datore, v. Cass. 9 novembre 2016, n. 22798.

⁴¹ Per la diminuzione della retribuzione, cfr. Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375; per la conservazione del progressivo trattamento, cfr. Cass. 5 aprile 2007, n. 8596.

⁴² Si v., tra le altre, Trib. Torino, ord. 5 aprile 2016; Trib. Padova, ord. 21 dicembre 2014, in *Guida lav.*, 2014, n. 28, 86; App. Milano 22 ottobre 2014, in *Guida lav.*, 2014, n. 17, 35.

⁴³ Su cui, v. di recente M. PAPALEONI – D. CAGETTI, *Forma del licenziamento*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI – F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. quinto, Cedam, Padova, 2017, spec. 709 ss.

⁴⁴ Diversa sembra essere la procedura di ricollocazione contemplata dall'art. 25, Ccnl delle agenzie per il lavoro, 27 febbraio 2014, in cui l'approfondimento delle alternative occupazionali per i lavoratori assunti a tempo indeterminato dai fornitori appare più puntualmente regolato, anche ai fini della verifica della legittimità del licenziamento per g.m.o. *ex art. 34*, c. 4, d.lgs. n. 15 giugno 2015, n. 81: per una analisi della giurisprudenza, v. L. GIASANTI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e somministrazione*

Chi, al contrario, sostiene la possibilità di scindere tra onere di allegazione ed onere della prova, ritiene che addurre semplicemente il mancato (tentativo di) ripescaggio non soddisfi il primo onere, che dovrebbe essere circostanziato. In altri termini, per questa tesi allegare un inadempimento non può significare soltanto affermarlo. Dunque, il prestatore non potrebbe semplicemente dichiarare di non essere stato ripescato, ma dovrebbe appunto esplicitare come avrebbe potuto esserlo⁴⁵. Tuttavia, il principio di vicinanza della prova⁴⁶, costantemente invocato dalla giurisprudenza in materia, pare suggerire una accezione ristretta dell'onere di allegazione, più coerente con il parametro costituzionale ex art. 24 Cost. Nella medesima prospettiva garantista, coerentemente, le eventuali allegazioni del lavoratore non circoscrivono e non elidono la necessità della piena prova da parte datoriale⁴⁷.

Le ricadute del nuovo orientamento sono significative soprattutto per le imprese di maggiori dimensioni. Esse, infatti, dovranno curarsi di produrre in giudizio la documentazione che attesti la mobilità occupazionale aziendale dal licenziamento (meglio ancora, dal periodo immediatamente precedente) e per un congruo periodo successivo⁴⁸. Il *repêchage* potrà dirsi soddisfatto se in tale arco temporale non risultino nuove assunzioni, o siano state effettuate per reperire professionalità incompatibili con quella posseduta dal lavoratore licenziato. E, tuttavia, se dovesse prendere piede l'orientamento che fonda, o continua a fondare, il *repêchage* sull'art. 2103 c.c.⁴⁹, l'onere dovrà ampliarsi a tutte le mansioni esercitabili in base al medesimo livello di

di lavoro, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 296 ss.; R. SCARAMELLA, *Agenzie per il lavoro, procedura di licenziamento e reintegra*, in *Guida lav.*, 2017, n. 30, 25 ss.

⁴⁵ Cfr. A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

⁴⁶ Cfr. Cass. 12 gennaio 2017, n. 618: “mentre il lavoratore non ha accesso (o non ne ha di completo) al quadro complessivo della situazione aziendale per verificare dove e come potrebbe essere riallocato, il datore di lavoro ne dispone agevolmente, sicché è anche più vicino alla concreta possibilità della relativa allegazione e prova”. Il principio è applicato come noto anche al fine di onerare il datore di lavoro della prova della carenza dei requisiti di applicazione dell'art. 18 S.l.: v., di recente, Cass. 19 aprile 2017, n.9867. Il principio costituisce una declinazione dell'art. 24 Cost.: cfr. sul punto D. BORGHESI, *L'onere della prova nei licenziamenti disciplinari e discriminatori*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 872 ss.

⁴⁷ Cfr. ad es. Cass. 12 gennaio 2017, n. 618: “ove, peraltro, il lavoratore contesti – come nella specie – le allegazioni datoriali mediante l'indicazione di eventuali posizioni disponibili non evidenziate dal datore, l'onere probatorio di quest'ultimo potrà essere correlato *anche* alle indicazioni fornite dal lavoratore” (corsivo aggiunto).

⁴⁸ Alcuni parametri normativi suggeriscono il termine di sei mesi: cfr. gli artt. 14, c. 1, lett. b); 20, c. 1, lett. b); 32, c. 1, lett. b), d.lgs. n. 81/2015; 15, c. 3, l. 29 aprile 1949, n. 264. V. di recente Cass. 4 luglio 2017, n. 16388, che ha ritenuto congruo il periodo di un anno dalla perdita del tesserino di accesso all'area aeroportuale. Per una attesa di sette anni prima del recesso dovuto al ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, v. Cass. 29 settembre 2016, n. 19315.

⁴⁹ Cfr. Trib. Milano 16 dicembre 2016: “dal 25 giugno 2015, la disciplina della modifica delle mansioni è stata radicalmente cambiata (art. 2103 c.c.; art. 3 D.Lgs. 81/2015), ed è stata superata la nozione di «equivalenza» delle mansioni per cui il lavoratore può essere adibito ad altre mansioni purché riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte oppure corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito, con aggravamento dell'onere della prova in tema di *repêchage*”. In dottrina, cfr. ad es. M.T. CARINCI, *L'obbligo di “ripescaggio” nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 230 ss.; A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione, per il quale la disposizione resta il parametro di riferimento del ripescaggio (distinguendo poi un ambito fisiologico da uno speciale di adibizione a diverse mansioni).

inquadramento del contratto collettivo e, almeno, al livello inferiore ricompreso nella medesima categoria legale⁵⁰. L'utilizzo dell'art. 2103 c.c. appare in effetti problematico, non essendo più sintonico con la disciplina dei licenziamenti, come invece nel rapporto tra gli artt. 13 e 18 S.I.⁵¹, entrambi orientati alla garanzia del "posto", e di un preciso posto di lavoro⁵².

Ma probabilmente la lunga marcia del *repêchage* non è ancora conclusa. Se in un recente arresto – sempre al probabile fine di contenere gli effetti dell'obbligo nei confronti delle imprese di maggiori dimensioni – la Cassazione ha ritenuto di limitare la verifica delle posizioni disponibili alla medesima unità produttiva del dipendente licenziato⁵³, ciò è stato fatto senza una motivazione persuasiva. Semplicemente, la Corte ha fatto leva, in via puramente negativa, sulle presunte diversità del licenziamento per g.m.o. dai licenziamenti collettivi, dove occorre la fotografia della situazione aziendale complessiva.

A tal proposito, non sembra siano stati ancora considerati adeguatamente i nessi, sempre più stretti, tra le due fattispecie, che dovrebbero condurre a superare la tesi della diversità ontologica, con riverberi tra l'altro sull'ammissibilità del sindacato giudiziale della causale *ex art. 24*, l. n. 223/1991, sul grado di specificazione dei motivi del recesso⁵⁴ e sull'applicazione analogica dei criteri di scelta *ex art. 5*⁵⁵.

⁵⁰ Per P. PIZZUTI, *Interesse dell'impresa e prestazione lavorativa*, Giappichelli, Torino, 2017, 180 ss., il ripescaggio a mansioni inferiori ha ora come fondamento positivo il patto di dequalificazione disciplinato dall'art. 2103, c. 6, c.c., dopo le modifiche *ex art. 3*, d.lgs. n. 81/2015.

⁵¹ Cfr. V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione, che fonda il ripescaggio, come più in generale l'interpretazione dell'art. 3, l. n. 604/1966, sul principio di *extrema ratio*, ricavato dal principio lavoristico permeante la Costituzione.

⁵² La reintegrazione va infatti effettuata in relazione alle mansioni svolte dal lavoratore e, qualora non fosse possibile, a mansioni equivalenti: v. di recente Cass. 17 agosto 2017, n. 20123.

⁵³ Così Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467, in *Lav. giur.*, 2017, 480 ss., con nota di R. NUNIN, *Licenziamento individuale per motivo oggettivo e rilievo del patto di demansionamento: "l'obbligo di comparazione può porsi soltanto nelle ipotesi di licenziamento collettivo, nelle quali la legislazione si ispira alla esigenza di garantire il minore impatto sociale possibile della riduzione del personale"*; cfr. anche Cass. 10 agosto 2016, n. 16897, che ha ritenuto legittimo il licenziamento dei lavoratori addetti al solo appalto estinto, senza comparazioni con la restante compagine aziendale; *contra*, Cass. 24 maggio 2011, n. 11356 e, in dottrina, R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione.

⁵⁴ Per questi aspetti, v. M. RICCI – A. OLIVIERI – C. CORBO, *Nozione e procedura*, in E. GRAGNOLI (a cura di), *L'estinzione del rapporto di lavoro subordinato*, in M. PERSIANI – F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. quinto, Cedam, Padova, 2017, spec. 1251 ss.

⁵⁵ Per l'analogia di struttura tra licenziamento per g.m.o. e licenziamenti collettivi, v. ad es. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale tra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, 5-6.

4. Dal g.m.o. al licenziamento disciplinare, nullo e discriminatorio

La riforma Fornero, differenziando le tutele in ragione delle ipotesi di illegittimità del recesso, ha posto – o, meglio, riproposto – il problema del confine tra g.m.o. e altri motivi di licenziamento⁵⁶, scaturendone diverse conseguenze sanzionatorie. L'esclusione della reintegrazione e la riduzione dell'indennità, operate dal d.lgs. n. 23/2015, non hanno fatto che accrescere l'interesse sul punto⁵⁷, essendosi aggravato il rischio di un utilizzo del g.m.o. strumentale e di “copertura”. E hanno più evidentemente disvelato, in definitiva, che quando si parla di g.m.o. si tratta certo di “fatti” posti a base del relativo recesso (cfr. art. 18, c. 7, S.l.), ma si discorre anche, necessariamente, di motivi in senso tecnico⁵⁸. Infatti, è a partire dall'accertamento dei predetti fatti (o dalla loro insussistenza, o dalla sussistenza di fatti diversi) che si può risalire all'intento che ha mosso il datore alla scelta di licenziamento: accanto o in luogo del motivo oggettivo apparente, potrebbe rivelarsi un intento punitivo e disciplinare, ritorsivo *ex art.* 1345 c.c.⁵⁹, altrimenti nullo per previsione legale, discriminatorio. La qualificazione formale *ex art.* 2, c. 2, l. n. 604/1966, o prospettata direttamente in giudizio, non può infatti precludere un diverso riscontro giudiziale (anche se sulla base della domanda del lavoratore⁶⁰) stante l'imperativa disciplina.

E, poiché l'indagine non può che partire dalla comunicazione di recesso (che circoscrive il *thema decidendum* del processo), si spiega la nuova attenzione dell'interprete per le conseguenze della sua insussistenza o genericità. Proprio perché finalizzata a consentire al lavoratore la conoscenza delle ragioni del licenziamento e a valutare la convenienza

⁵⁶ Questione certo non del tutto nuova: si pensi alla discussa distinzione tra licenziamento nullo, annullabile o inefficace, e in particolare alla giurisprudenza che applica le conseguenze di diritto comune al caso di difetto formale nell'area della tutela obbligatoria *ex lege* n. 604/1966 (ma, più di recente, v. Cass. 5 settembre 2016, n. 17589, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, II, 295 ss., con nota di R. DI MEO, *L'interpretazione contra legem del licenziamento inefficace nelle pmi e il livellamento verso il basso delle “tutele” in una recente pronuncia della Corte di Cassazione*; in *Lav. giur.*, 2017, 487 ss., con nota di E. GIORGI, *Inefficacia del licenziamento e conseguenze sanzionatorie*; la pronuncia applica l'art. 8 di detta legge). L'orientamento ha dato luogo a un intenso dibattito critico in dottrina: v., di recente, P. TOSI, *L'attualità della legge n. 604/1966*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, 630.

⁵⁷ Cfr. di recente F. MARINELLI, *Il licenziamento discriminatorio e per motivo illecito*, Giuffrè, Milano, 2017, spec. 159 ss.

⁵⁸ Cfr. E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale tra licenziamenti individuali e collettivi*, in F. GALGANO (diretto da), *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, Cedam, Padova, 2006, 6 ss.

⁵⁹ Con applicazione della tutela reintegratoria piena anche ai sensi del d.lgs. n. 23/2015: cfr. Trib. Roma 24 giugno 2016, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 528, con nota di M. SALVAGNI, *Nel contratto a tutele crescenti il licenziamento ritorsivo rientra tra i casi di nullità suscettibili di reintegrazione*. Nel medesimo senso, cfr. M. BIASI, *Saggio sul licenziamento per motivo illecito*, Wolters Kluwer-Cedam, Milano, 2017, 172.

⁶⁰ Come evidenziato di recente da Cass. 24 marzo 2017, n. 7687, che ha sostenuto la “non rilevanza d'ufficio di profili di nullità del licenziamento non dedotti dalla parte, posto che, in un sistema processuale fondato sul principio della domanda e sul conseguente divieto di ultrapetizione, non si giustificerebbe diversamente la previsione della L. n. 300 del 1970, art. 18, comma 7, come modificato dalla L. n. 92 del 2012 e del D.Lgs. n. 23 del 2015, art. 4, nella parte in cui fanno riferimento alla applicazione delle tutele previste per il licenziamento discriminatorio (quindi affetto da nullità) «sulla base della domanda formulata dal lavoratore»”; *contra*, in precedenza, Cass. 28 agosto 2015, n. 17286.

dell'impugnazione, da un lato sono da escludere mere formule di stile⁶¹; dall'altro occorre interrogarsi sulla eventuale natura di violazione sostanziale della assoluta carenza di motivazione o di quella eccessivamente generica⁶², anche in ragione del diverso trattamento sanzionatorio, dimezzato negli importi per il vizio solo formale⁶³.

La totale ignoranza delle ragioni dell'atto espulsivo condiziona infatti la scelta del prestatore di ricorrere al giudice per l'incertezza del rischio di causa (a parte il modesto indennizzo previsto appunto per il mero vizio formale). Di più, anche a fronte dell'espunzione, per i nuovi assunti, della procedura stragiudiziale di confronto *ex art. 7, l. n. 604/1966* – luogo, quantomeno, di un primo confronto sul possibile oggetto del contenzioso – non è irragionevole credere che la tendenza già affacciata in giurisprudenza⁶⁴ possa consolidarsi e che la progressiva assimilazione strutturale tra licenziamenti individuali e collettivi induca ad applicare ai primi i principi di correttezza e buona fede – e in sintesi di completezza – nella redazione delle comunicazioni inerenti al recesso, già sperimentati sui secondi.

Una volta che risulti, sul piano formale e/o sostanziale, l'assoluta carenza della giustificazione oggettiva – diremmo, con l'art. 18, c. 7, S.l., la “manifesta insussistenza del fatto” – si resta tuttavia ancora nell'ambito del recesso semplicemente privo di giustificazione, posto che la qualificazione come nullo o discriminatorio – a parte i casi in cui è sancita dalla legge: cfr. *sub 5.* – richiede la domanda e la prova, almeno presuntiva, del prestatore⁶⁵.

Sul punto, tuttavia, poco dopo la promulgazione del *Jobs Act* (ancora una coincidenza?) la Cassazione ha puntualizzato un aspetto di centrale importanza. In un noto arresto⁶⁶

⁶¹ Cass. 26 giugno 2017, n. 15877, reputa insufficiente la motivazione dovuta alla “perdurante carenza di lavoro che ci costringe a ridurre il personale”. Cfr. anche A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, in corso di pubblicazione, per la necessaria specificità dei motivi.

⁶² Cfr. G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. n. 23/2015*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2016, 317 ss.

⁶³ Cfr. F. MARINELLI, *Il licenziamento individuale affetto da vizi formali o procedurali*, in M.T. CARINCI – A. TURSI (a cura di), *Jobs Act – Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 161 ss., secondo cui il vizio di motivazione include “solo la mera assenza di specificità”, e ciò perché, in ragione della giurisprudenza costituzionale, la comunicazione dei motivi *ex art. 2, c. 2, l. n. 604/1966* appare “tra le norme di rango ordinario a contenuto, se non costituzionalmente vincolato, quanto meno necessario”.

⁶⁴ Oltre alla cit. Cass. 26 giugno 2017, n. 15877, cfr. per la materia disciplinare Trib. Milano, ord. 22 aprile 2013, nonché Trib. Trieste, ord. 13 marzo 2014 e Trib. Trieste 18 dicembre 2014, in *Lav. giur.*, 2015, 1039 ss., con nota di A. YAKOVLEV, *La motivazione assolutamente generica accede alla nozione di insussistenza del fatto*, secondo cui la motivazione così generica da impedire la conoscenza del fatto disciplinare è equiparabile al vizio sostanziale, con applicazione dell'art. 18, c. 4, S.l. Analogamente, cfr. Trib. Milano, ord. 15 aprile 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1037 ss., con nota di F. MERCURI, *Genericità della contestazione dell'addebito e insussistenza del fatto contestato*; v. pure D. IARUSSI, *Vizi di genericità nella contestazione disciplinare e loro conseguenze*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, 25 ss. Cfr. altresì, M. BARBIERI – A. DE SALVIA – R. DI MEO, *Il licenziamento individuale della legge n. 92/2012 nelle prime pronunce di legittimità (e in quelle di merito)*, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 204-205.

⁶⁵ Per una conferma del principio, v. ad es. Trib. Roma 30 maggio 2017.

⁶⁶ Cfr. Cass. 5 aprile 2016, n. 6575, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 714 ss., con note di M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*, D. GOTTARDI, *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*, E. TARQUINI, *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto del lavoro derogabile*; in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1221 ss., con nota di E. PASQUALETTO, *La Cassazione completa la parabola dell'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per illiceità dei motivi*; in *Dir. rel. ind.*, 2016, 855, con nota di M.T. CROTTI,

essa, con attenta motivazione, ha più nettamente segnato il confine tra discriminazione e motivo illecito, sancendo che il motivo discriminatorio può anche rilevare oggettivamente – cioè a prescindere dall'intenzione soggettiva del datore – e, di più, prevale sul possibile coesistente motivo oggettivo. Il che significa come l'eventuale compresenza di un g.m.o. non vale ad evitare la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio.

Con ciò, la S.C. ha reso più poroso il confine tra fattispecie meritevoli del mero indennizzo e, per contro, della reintegrazione, sia perché la mera giustificazione del recesso potrebbe non essere sufficiente per la sua validità; sia perché, dando ingresso alla concezione oggettiva della discriminazione, ha reso possibile dimostrarla anche solo in forza del suo concreto impatto sulle condizioni di lavoro. Vieppiù, la giurisprudenza ha già mostrato di saper valorizzare, anche per la fattispecie *ex art. 1345 c.c.*, la prova presuntiva, di cui la prima potrebbe essere proprio la manifesta insussistenza del motivo addotto⁶⁷, magari accanto alla violazione dei criteri di scelta⁶⁸. Il che si giustifica per la difficoltà del lavoratore di fornire una prova piena di motivi normalmente occulti; per il radicamento legale – ed anzi sovranazionale – della presunzione in tema di discriminazioni; per l'attenzione che un giudice, normalmente sensibile alle istanze di protezione del contraente debole, presta al possibile utilizzo fraudolento (in senso lato) del g.m.o., soprattutto ora che la differente qualificazione del recesso comporta significative diversità di tutela.

5. L'indennizzo sanzione di sistema? Gli spazi della reintegrazione piena o attenuata

Insomma, non sembra che la reintegrazione sia divenuta, o destinata a divenire, così marginale. È assai probabile che questa fosse l'intenzione del legislatore, come si desume dall'art. 1, c. 7, lett. c), l. 10 dicembre 2014, n. 183⁶⁹. Ma il d.lgs. n. 23/2015 non contiene, tecnicamente, fattispecie residuali o sanzioni di sistema. Non è cioè previsto che, per tutti i casi non espressamente contemplati dalla disciplina (e non sono

Licenziamento della lavoratrice che si sottopone al procedimento di fecondazione assistita: la discriminazione opera obiettivamente; in *Mass. giur. lav.*, 2017, 146 ss., con nota di B. CAPONETTI, *Sulla distinzione tra discriminazione e motivo illecito determinante: la Cassazione e la lavoratrice che aspira alla maternità*; in *Mass. giur. lav.* 2016, 854 ss. (e ivi ulteriori precedenti), con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento discriminatorio e per motivo illecito: l'orientamento della Cassazione è condivisibile*. Cfr. anche D. IZZI, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *Lav. giur.*, 2016, 748 ss.; S. SCARPONI, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 455 ss.

⁶⁷ Così, espressamente, Trib. Milano 13 giugno 2017, in *Guida lav.*, 2017, n. 30, 21, con commento di A. PATRIZI – M. MUSELLA, *Tutele crescenti, licenziamento per motivi economici illegittimo e reintegra*. In senso analogo, v. F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti di sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 252/2015, 13.

⁶⁸ Così nel caso deciso da Trib. Ancona 2 maggio 2016.

⁶⁹ Che contempla tra i principi e criteri direttivi l'esclusione "per i licenziamenti economici [del]la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato".

pochi né irrilevanti: basti pensare al recesso *ex art. 2110 c.c.*⁷⁰), si applichi la tutela indennitaria crescente con l'anzianità di servizio. Ha invece articolato una serie di fattispecie di recesso illegittimo, che impegna l'interprete a ricondurvi i casi concreti⁷¹. Se proprio si vuole individuare il trattamento sanzionatorio più ricorrente e "attraente", alla luce della prima elaborazione giurisprudenziale sul d.lgs. n. 23/2015, esso appare piuttosto la reintegrazione attenuata *ex art. 3, c. 2*. Per sé comminata per la sola insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, e con onere della prova dell'insussistenza "direttamente" in giudizio, essa, anche sulla scorta della giurisprudenza *ex art. 18 S.l.*, sembra applicabile al fatto inteso più ampiamente in senso giuridico⁷²; alla mancata⁷³ o tardiva contestazione dell'addebito disciplinare⁷⁴, nonché alla tardiva irrogazione del licenziamento al termine del procedimento disciplinare, se il lasso temporale decorso è tale da denotare la mancanza di volontà estintiva del rapporto⁷⁵; al patto di prova nullo⁷⁶; alla prolungata malattia qualificata come giusta causa di recesso dal datore⁷⁷. Sino a spingere a sostenere che, ogni qual volta il recesso

⁷⁰ Ormai definitivamente separato dal g.m.o.: v. sul punto di recente Cass. 24 ottobre 2016, n. 21377, per la quale la differenza ontologica tra recesso per superamento del periodo di comportamento e per g.m.o., da un lato, esonera il datore di lavoro dall'obbligo di specificare i giorni di malattia, non applicandosi l'art. 2, c. 2, l. n. 604/1966; dall'altro, impedisce di tenere conto del recesso ai fini della verifica della quota di riserva *ex lege* n. 68/1999. In questo senso, v. anche R. VOZA, *Licenziamento e malattia: le parole e i silenzi del legislatore*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 248/2015, 9 ss. Ma si pensi anche alle ipotesi di ingiustificatezza *ex artt. 2112 c.c.* (ricondotta all'art. 18, c. 1, S.l., da Trib. Milano 23 marzo 2017), 6, c. 8 e 8, c. 1, d.lgs. n. 81/2015.

⁷¹ A meno di seguire quella parte della dottrina che recupera in via interpretativa la tutela di diritto comune, vuoi per i casi non espressamente contemplati, vuoi per i licenziamenti in frode alla legge, illeciti sotto il profilo causale *ex art. 1343 c.c.*, arbitrari (ad es. *sub specie* di abuso del diritto: in tal senso, di recente, v. L. ZOPPOLI, *Il licenziamento e la legge: una (vecchia) questione di limiti*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, 435 ss.; o di violazione dell'art. 2087 c.c.: cfr. O. RAZZOLINI, *I nuovi confini della discrezionalità del giudice in materia di lavoro a termine e licenziamento*, in *Lav. dir.*, 2016, 430 ss.).

⁷² Cfr., per una fattispecie disciplinata dal *Jobs Act*, Trib. Roma 4 aprile 2016, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 686 ss., con nota di M. BIASI, *Il gran ritorno del fatto giuridico nel nuovo regime a tutele crescenti*. È del tutto preponderante in dottrina l'opinione secondo cui il fatto sia da intendersi in senso giuridico anche dopo il d.lgs. n. 23/2015: v. ad es. M.V. BALLESTRERO, *Il ruolo della giurisprudenza nella costruzione del diritto del lavoro*, in *Lav. dir.*, 2016, 803. Per una fattispecie *ex art. 18 S.l.*, v. Cass. 20 settembre 2016, n. 18418, in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 51, con nota di M. SALVAGNI, *L'irrilevanza giuridica del fatto equivale alla insussistenza della condotta*.

⁷³ Cfr. Cass. 14 dicembre 2016, n. 25745.

⁷⁴ La questione è stata rimessa, a causa del contrasto interno alla Sezione lavoro, alle Sezioni unite da Cass., ord. 21 aprile 2017, n. 10159, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 489 ss., con nota di C. PISANI, *Le tutele esclusivamente risarcitorie per le tardività del licenziamento disciplinare*. In precedenza, cfr. Cass. 31 gennaio 2107, n. 2513. La Cassazione ha invece applicato il c. 6 dell'art. 18 S.l. per la violazione dell'obbligo di sentire il lavoratore a sua difesa: cfr. Cass. 7 dicembre 2016, n. 25189; e per una contestazione (non eccessivamente) generica: cfr. Cass. 10 agosto 2016, n. 16896.

⁷⁵ Secondo le considerazioni di Cass. 26 agosto 2016, n. 17371.

⁷⁶ Per una fattispecie disciplinata dalla l. n. 92/2012, cfr. Cass. 3 agosto 2016, n. 16214, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1274 ss., con nota di S. TAVERNITI, *La nullità della proroga del patto di prova e gli effetti sanzionatori del recesso illegittimo*. In applicazione del d.lgs. n. 23/2015, cfr. Trib. Milano 3 novembre 2016 e Trib. Torino 16 settembre 2016, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 544 s., con nota di F. SANTINI, *L'elaborazione giurisprudenziale in materia di "insussistenza del fatto materiale" ex articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015*.

⁷⁷ Cfr. Trib. Milano 5 ottobre 2016, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 544 s., con nota di F. SANTINI, *L'elaborazione giurisprudenziale in materia di "insussistenza del fatto materiale" ex articolo 3, comma 2, decreto legislativo n. 23/2015*; in *Arg. dir. lav.*, 2017, 461 ss., con nota di A. MATTEI, *Sulla c.d. "manifestata insussistenza della giusta causa" nel licenziamento individuale dopo il Jobs Act*, con applicazione dell'art. 3, c. 2, d.lgs. n. 23/2015.

avvenga per una ragione (manifestamente) infondata, esso deve ritenersi esercitato per un motivo soggettivo e dunque, in assenza di un “fatto contestato”, dovrebbe applicarsi la reintegrazione attenuata⁷⁸.

Se quest’ultima soluzione appare forzare il dato legale – perché svilisce fortemente l’indennità crescente – vale, qui pure, quanto prospettato per il licenziamento nullo *ex art.* 1345 c.c. o perché discriminatorio: attraverso la prova presuntiva, il lavoratore potrebbe offrire al giudice lo spunto per una indagine sulla reale motivazione del recesso, che si pretenda per g.m.o. ma sia ipoteticamente disciplinare⁷⁹.

E la sanzione *ex art.* 3, c. 2, ha ulteriori potenzialità applicative. Potrebbe adattarsi al caso, non infrequente, del licenziamento motivato dallo scarso rendimento del prestatore e rivendicato come oggettivo, in contrasto con l’orientamento prevalente che lo ritiene ontologicamente disciplinare⁸⁰: il mancato esperimento del procedimento condurrebbe il giudice a condannare il datore alla reintegrazione a effetti risarcitori attenuati. Ma, nell’ipotesi dello scarso rendimento *sub specie* di eccessiva morbilità, potrebbe anzi prospettarsi la reintegrazione piena, per violazione dell’art. 2110, c. 2, c.c., naturalmente se si ritiene che la norma configuri uno dei “casi di nullità espressamente previsti dalla legge”.

Ancora, la tutela reintegratoria attenuata potrebbe colpire il licenziamento per rifiuto del trasferimento del lavoratore, che, qualificato per g.m.o., almeno nell’eventualità della manifesta insussistenza delle ragioni *ex art.* 2103 c.c. potrebbe essere ritenuto disciplinare. Infine, analoga soluzione potrebbe valere per il licenziamento del lavoratore rifiutato dal committente o dall’utilizzatore, per esercizio della clausola di gradimento inserita nel contratto di appalto o di somministrazione, quando tale esercizio sia correlato a fatti aventi obiettivamente natura disciplinare.

In due ulteriori ipotesi – oltre a quella, citata, *ex art.* 2110, c. 2, c.c. – il recesso per g.m.o. può configurarsi nullo con la conseguente tutela reintegratoria piena. Si tratta del licenziamento per cessazione dell’attività aziendale nei confronti della lavoratrice madre o in periodo di matrimonio⁸¹. L’ineffettività della cessazione non solo configura l’atto espulsivo come ingiustificato, ma per espressa qualificazione legale conduce alla declaratoria di nullità e al relativo trattamento sanzionatorio.

⁷⁸ E ciò per il ricorrere di una frode alla legge (in particolare, allo stesso art. 3, c. 2): cfr. B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storie e attualità*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.IT* – 323/2017, 19; C. ZOLI, *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dalla legge n. 604 del 1966 al d. lgs. n. 23 del 2015*, in G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto “a tutele crescenti”*, in M. PERSIANI – F. CARINCI (ordinati da), *Quaderni di Argomenti di Diritto del Lavoro*, n. 14, Cedam, Padova, 2015, 75 ss.

⁷⁹ Cfr. L. VENDITTI, *Le nuove regole sanzionatorie del licenziamento: una lettura in controluce*, in *Mass. giur. lav.*, 2017, 669.

⁸⁰ V. di recente Cass. 22 novembre 2016, n. 23735, in *Lav. giur.*, 2017, 336 ss., con nota di A. VENTURA, *Lo scarso rendimento quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento*; in *Riv. giur. lav.*, 2017, II, 272, con nota di D. CALDERANA, *L’autoqualificazione del datore di lavoro nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo non ha rilevanza*; in *Arg. dir. lav.*, 2017, 713 ss., con nota di F. PISANI, *Licenziamento per scarso rendimento mascherato da licenziamento disciplinare*; *contra*, Cass. 4 settembre 2014, n. 18678. Per la possibilità di qualificarlo come g.m.o., v. invece di recente S. BRUN, *Licenziamento economico (individuale) e criteri di scelta: l’impresa può licenziare il meno “produttivo”*, nota a Cass. 7 dicembre 2016, n. 25192, in *Dir. rel. ind.*, 2017, 525 ss.

⁸¹ V. artt. 54, c. 3, lett. b), d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151 e 35, c. 5, lett. b), d.lgs. 11 aprile 2006, n. 198. Cfr., per la prima fattispecie, Cass. 31 luglio 2013, n. 18363; per la seconda, Cass. 19 settembre 2016, n. 18325. Secondo altro orientamento (cfr. Cass. 16 febbraio 2007, n. 3620) la medesima regola si applica anche in caso di soppressione del reparto autonomo: in tal caso il recesso sarebbe nullo sia per la mancata soppressione, sia per la carenza di autonomia del reparto, sia per il difetto del nesso causale.

6. In particolare, la disabilità del prestatore

Un profilo delicato attiene al licenziamento per inidoneità fisio-psichica alle mansioni, per l'insorgere o l'aggravarsi di una patologia del prestatore. Come noto, nella l. n. 92/2012 la fattispecie è espressamente ricondotta al motivo oggettivo e la carenza del presupposto sostanziale è sanzionata con la reintegrazione attenuata (senza l'alternativa del mero indennizzo)⁸².

Con riguardo al d.lgs. n. 23/2015, mentre in una prima bozza del testo la fattispecie era soggetta alla medesima tutela, su suggerimento della Commissione lavoro del Senato essa è stata traslata all'art. 2 (c. 4), perché inerente alla materia discriminatoria. E al termine "inidoneità" è subentrato quello di "disabilità", mentre è venuto meno ogni riferimento letterale al motivo oggettivo. Si è dunque posto il problema se possa distinguersi una semplice inidoneità alle mansioni che, se insussistente, configura un mero difetto di g.m.o. con la conseguente tutela indennitaria crescente, da un recesso motivato dalla disabilità del prestatore, ascritto invece alla tutela reintegratoria piena⁸³. Ancora, si discute se l'ipotesi ex art. 2, c. 4, sia equiparata al recesso discriminatorio solo ai fini della sanzione, o se ne assuma pure la natura.

La fattispecie è senz'altro ambigua e, se si pensa che l'art. 2 è applicabile pure alle piccole imprese e di fatto, quale ipotesi discriminatoria, ai dirigenti⁸⁴, se ne comprende la rilevanza anche pratica. Senza contare che recessi di questo tipo paiono destinati a crescere numericamente con l'allungamento della vita lavorativa, dovuto all'innalzamento progressivo dell'età pensionabile.

La soluzione preferibile appare comunque quella che riconduce all'art. 2, c. 4, ogni licenziamento per (asserita, ma insussistente) inidoneità fisio-psichica alle mansioni, e che lo annovera tra le fattispecie di discriminazione in senso tecnico, operanti in modo oggettivo. Sotto il primo profilo, infatti, la nozione di disabilità fatta propria dalle fonti sovranazionali è così ampia⁸⁵ da ricomprendere ogni menomazione avente un carattere stabile e preclusivo del mantenimento della posizione lavorativa; inoltre, la disposizione richiama "anche", ma non solo, i casi di cui alla l. n. 68/1999 sul lavoro dei disabili. Il che significa come sia immaginabile, più in generale, la ricomprensione pure delle inidoneità alle mansioni riscontrate attraverso la sorveglianza sanitaria di cui al d.lgs. n. 81/2008⁸⁶.

⁸² Cfr., per una applicazione, Cass. 30 novembre 2015, n. 24377; per un caso relativo al pubblico impiego, Cass. 4 ottobre 2016, n. 19774. Evidenzia la mancanza di discrezionalità in capo al giudice a proposito della reintegrazione anche Trib. Roma 4 maggio 2017.

⁸³ Risolve la questione in senso positivo P. LAMBERTUCCI, *Il lavoratore disabile tra disciplina dell'avviamento al lavoro e tutela contro i licenziamenti: brevi note a margine dei provvedimenti attuativi del c.d. Jobs Act alla "prova" della disciplina antidiscriminatoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1158 ss.

⁸⁴ Nel senso che il rinvio di cui al c. 1 dell'art. 18 S.l., applicabile ai dirigenti, all'art. 15 S.l. (seppure mediato dall'art. 3, l. 11 maggio 1990, n. 108) potrebbe indurre a interpretare la discriminazione sulla base dell'handicap alla luce dell'art. 2, c. 4, d.lgs. n. 23/2015.

⁸⁵ Cfr. l'art. 1, c. 2, Convenzione dell'Onu per la tutela delle persone con disabilità, ratificata con l. n. 18/2009 e approvata con decisione del Consiglio dell'Unione europea 2010/48/CE del 26 novembre 2009, di adesione dell'Ue a detta Convenzione: "per persone con disabilità si intendono coloro che presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri".

⁸⁶ Cfr. S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, I, 627.

Sotto il secondo profilo, il fatto stesso di intercettare una situazione di disabilità del prestatore rende il recesso oggettivamente discriminatorio⁸⁷, a prescindere dall'elemento intenzionale del datore (il che, dunque, consente pure di esperire il rito *ex art.* 28, d.lgs. 1 settembre 2011, n. 150).

Ma i problemi interpretativi non si esauriscono qui. Resta infatti da comprendere se la massima sanzione si applichi, non solo per l'accertata insussistenza della inidoneità alla mansione, ma anche ad es. per la violazione delle procedure stragiudiziali di verifica medica⁸⁸, per il mancato ripescaggio, per la mancata adozione degli accomodamenti ragionevoli⁸⁹ e per la violazione della quota di riserva all'esito del recesso⁹⁰. La soluzione positiva sembra imposta dal peculiare carattere di garanzia di questi elementi per la tutela del lavoratore disabile e, per taluni di essi, dal radicamento degli obblighi nella normativa antidiscriminatoria di fonte sovranazionale⁹¹.

⁸⁷ Per la concezione *lato sensu* discriminatoria, cfr. D. GAROFALO, *Il giustificato motivo oggettivo nella riforma Renzi: le fattispecie controverse*, in E. GHERA – D. GAROFALO (a cura di), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, 143.

⁸⁸ Per l'essenzialità alla validità del licenziamento per g.m.o. del giudizio negativo della commissione medica ai sensi della l. 5 febbraio 1992, n. 104, v. Cass. 28 aprile 2017, n. 10576: "la rigorosa conclusione discende coerente dalla speciale protezione accordata al disabile dalla disciplina interna e sovranazionale, finalizzata a ridurre i margini di apprezzamento discrezionale del datore di lavoro allorché l'inidoneità alla mansione del lavoratore ponga la questione della eventuale risoluzione del rapporto di lavoro, affidando ad un soggetto qualificato con caratteri di terzietà un peculiare giudizio tecnico"; Cass. 23 marzo 2017, n. 7524.

⁸⁹ Per una fattispecie disciplinata dalla l. n. 92/2012, cfr. Trib. Ivrea 24 febbraio 2016, che ha ritenuto ragionevole un accomodamento del costo di euro diecimila, peraltro inferiore alla somma offerta dal datore a titolo di conciliazione della controversia. Il giudice applica così l'art. 18, c. 7, S.l. Per l'applicazione della tutela contro le discriminazioni, v. P. LAMBERTUCCI, *Il lavoratore disabile tra disciplina dell'avviamento al lavoro e tutela contro i licenziamenti: brevi note a margine dei provvedimenti attuativi del c.d. Jobs Act alla "prova" della disciplina antidiscriminatoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1165.

⁹⁰ Tuttavia, Cass. 23 maggio 2017, n. 12911, ha ritenuto di applicare la reintegrazione attenuata *ex art.* 18, c. 4, S.l. Pur avendo inquadrato l'obbligo della quota di riserva nella *ratio* di speciale tutela del lavoratore disabile alla luce della disciplina anche sovranazionale, la Corte conclude per la sussistenza di una violazione dei criteri di scelta. Per la quota relativa alla manodopera femminile nei licenziamenti collettivi, v. Cass. 3 febbraio 2016, n. 2113, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 765 ss., con nota di L. AMORIELLO, *La regola di conservazione della percentuale di manodopera femminile nel licenziamento collettivo e le sue criticità*, che pare adottare una rigorosa concezione della presunzione *ex art.* 40, d.lgs. n. 198/2006, addossando in sostanza l'onere della prova della violazione della quota sulla lavoratrice.

⁹¹ Ci si riferisce in particolare agli accomodamenti ragionevoli, di cui all'art. 3, c. 3-*bis*, d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216, introdotto dopo la condanna della Corte di Giustizia dell'Unione europea, 4 luglio 2013, C-312/11, e radicato nell'art. 5, dir. n. 2000/78/CE del 27 novembre 2000. Cfr. Trib. Pisa, ord. 17 aprile 2015, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 164 ss., con nota di V. CANGEMI, *Riflessioni sul licenziamento per inidoneità psico-fisica: tra ingiustificatazza e discriminatorietà*.