

Cristina Alessi (*)

IL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO: PER UNA RILETTURA DEL PENSIERO DI MARIO NAPOLI (**)

SOMMARIO: 1. La nozione di giustificato motivo oggettivo e il ruolo dell'interprete. — 2. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di *repêchage*. — 3. Giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo.

1. — *La nozione di giustificato motivo oggettivo e il ruolo dell'interprete* — Negli ultimi anni, complici anche i ripetuti interventi del legislatore sulla materia del licenziamento per ragioni economiche, si sono moltiplicati gli studi sul giustificato motivo oggettivo. Oltre agli studi monografici (1), si registrano numerosissimi interventi prima sulla riforma Fornero, colpevole di aver introdotto la figura tutt'altro che semplice da decodificare della «manifesta insussistenza» del fatto posto alla base del licenziamento ai fini dell'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro (2), poi sul d.lgs. n. 23/2015, che ha escluso del tutto la reintegrazione per i licenziamenti per ragioni oggettive (3), accogliendo sostanzialmente l'impostazione di Pietro Ichino sul «costo di separazione» tra lavoratore e impresa nel caso di licenziamento per ragioni economiche (4).

(*) Professoressa associata di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia.

(**) Il presente scritto riproduce l'intervento svolto a Cagliari il 9 giugno 2017 nell'ambito del convegno «Conversazioni sul pensiero di Mario Napoli: un confronto sulla disciplina attuale dei licenziamenti», in corso di pubblicazione negli Atti del convegno.

(1) Si vd., tra le monografie più recenti, Ferraresi 2016; Varva 2015; Brun 2012; Calcaterra 2009; Carinci 2005.

(2) La previsione ha dato luogo a un acceso dibattito in dottrina. Si vd., tra gli altri, Perulli 2012, 785 ss.; Ponterio 2013, 73 ss.; Speciale 2012, 560 ss.

(3) Sulla nuova disciplina del licenziamento per ragioni oggettive dopo la riforma si vd., oltre agli Autori già citati, Tarquini 2015, 213 ss.; Perulli, Fiorillo 2015; Carinci, Tursi 2015; Ghera, Garofalo 2015.

(4) Pietro Ichino ha espresso la suddetta posizione in molteplici scritti. Si vd., tra i tanti: Ichino 1996, 91 ss.; Id. 2007, 888 ss.

Riaprire *La stabilità reale del rapporto di lavoro* (5) in questo nuovo quadro normativo induce a riflettere su quanto poco del dibattito sulle ragioni oggettive di licenziamento sia cambiato, alla fine, perché si continua a discutere della nozione di giustificato motivo oggettivo, dell'inclusione o meno in essa del cd. *repêchage*, delle conseguenze collegate all'accertamento dell'insussistenza delle ragioni oggettive nel caso dei licenziamenti collettivi (6). Basta sfogliare le ultime annate delle riviste lavoriste per rendersene conto.

Certo, i termini della questione sono diversi; credo anche io che le modifiche introdotte dal legislatore in tema di sanzioni si riflettano anche sulla nozione di giustificato motivo oggettivo e che il quadro complessivo è mutato (7). Penso tuttavia che il guadagno dell'elaborazione teorica di Mario Napoli continui a restare sullo sfondo delle posizioni dottrinali (e anche giurisprudenziali) più recenti.

Non c'è dubbio che nel momento in cui è stato scritto *La stabilità reale...* l'asse della regolazione fosse decisamente spostato nella direzione della tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Non a caso l'approccio rispetto alla definizione di giustificato motivo oggettivo è quello sistematico, volto cioè a collocare le norme in materia di licenziamento per ragioni oggettive all'interno del complesso sistema di stabilità delineato dal legislatore. Quando si occupa di definire il significato della nozione di «ragioni attinenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» (8), ad esempio, Mario Napoli ci ricorda che le ragioni addotte dall'impresa devono essere stabili, non contingenti, perché nel sistema giuridico è presente un diverso strumento volto a rispondere a esigenze transitorie di riduzione del lavoro: la Cassa integrazione guadagni. Ciò significa, in quest'ottica, che «non è corretto ritenere che le evenienze prese in considerazione dal legislatore come causa di sospensione del rapporto di lavoro possano valere anche come causa di risoluzione: si verificherebbe l'assurdo di permettere la produzione di effetti alternativi in presenza di una medesima fattispecie» (9). In questa frase è condensata la sua posizione circa il ruolo del controllo del giudice

(5) Napoli 1980.

(6) Si vd., da ultimo, i saggi raccolti in Perulli 2017.

(7) Si vd. Romei 2015, 557 ss.

(8) Nella sua ricostruzione, fra l'altro, a ciascuna delle locuzioni che compongono la definizione viene attribuito un ben preciso significato. Si vd. Napoli 1980, in particolare le pagine 284 e seguenti. Ritene che la distinzione non abbia implicazioni pratiche Varva (2015, 27 ss.).

(9) Napoli 1980, 302.

altro punto dolente delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali più recenti. Il giudice, cioè, valutando se la ragione addotta dal datore di lavoro corrisponda a quella stabilita dalla legge, non opera affatto un controllo di merito delle scelte imprenditoriali, ma si limita a verificare la sussistenza dei presupposti applicativi della disciplina dei licenziamenti o, invece, della Cassa integrazione guadagni, che sono *diversi*. Di questi aspetti bisognerebbe tener conto quando si affronta il significato da attribuire a norme scritte nel tentativo (un po' maldestro) di limitare il controllo giudiziale su previsioni come quella in materia di g.m.o.; il riferimento, com'è evidente, è anzitutto all'art. 30 della l. n. 183/2010 (10): norma molto contestata ma di scarso impatto (11).

Ora, come accennato, il quadro è totalmente cambiato. Ho già sostenuto che le modifiche più recenti della disciplina delle tipologie contrattuali flessibili e dei licenziamenti per ragioni oggettive vanno lette insieme e non possono che indicare una valorizzazione molto spinta dell'intangibilità (e quindi dell'insindacabilità) delle scelte dell'imprenditore relative all'assetto ottimale della propria organizzazione produttiva, in termini di organico (12). Il passaggio dal sistema causale a quello acausale per il contratto a termine e la somministrazione e l'eliminazione della reintegrazione nel posto di lavoro per i licenziamenti economici ne sono gli esempi più lampanti. In questo quadro, insomma, perfino il superamento dei limiti fissati dalla legge (la percentuale di contingentamento per i contratti a termine e le ragioni economiche per i licenziamenti) non incide sulla scelta imprenditoriale, che resta ferma, ma sul costo connesso alla scelta medesima (la sanzione amministrativa per i contratti a termine e il risarcimento del danno per il licenziamento economico).

Una simile ricostruzione, però, non significa affatto che a partire dalla riforma introdotta dalla l. n. 92/2012, e ancor più dopo il d.lgs. n. 23/2015, la validità del negozio di recesso non sia più condizionata «dalla sussistenza di una delle ragioni indicate dall'art. 3 della l. n. 604/1966» (13). In verità, in questo caso occorre dire proprio che il recesso è idoneo a far cessare il rapporto di lavoro nonostante sia invalido, come del resto avviene da sempre nell'area della stabilità obbligatoria (14). Del resto, è ben possibile che

(10) Sul significato della previsione, si vd. Carinci 2012, 216 ss.

(11) Lo segnala anche Speziale 2017a, 1.

(12) Si vd. Alessi 2015, 597 ss.

(13) In questo senso Romei 2015, 563.

(14) Come sottolinea Napoli (1997, 219 ss.), «l'imprenditore ha l'obbligo di non licenziare senza giusta causa o giustificato motivo. Ma come accade per tutti gli ob-

atti invalidi siano produttivi di effetti, secondo le regole generali di diritto civile (15); nel diritto del lavoro, poi, il rimedio del risarcimento del danno è espressione di una scelta regolativa che «volutamente si astiene dall'interferire nella discrezionalità delle scelte di organizzazione dell'impresa» (16), anche in presenza di un atto datoriale non conforme alla previsione di legge. Questa osservazione, che fino alla riforma Fornero valeva solo per l'area della tutela obbligatoria, è oggi estensibile, come si è detto, a tutte le scelte dimensionali del datore di lavoro, ivi comprese quelle che si esercitano attraverso il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Si tratta di una delle espressioni dello «stretto legame strutturale e funzionale tra contratto di lavoro e impresa» (17).

In questa situazione, che senz'altro a Mario Napoli non sarebbe piaciuta affatto (basti pensare alle parole di fuoco scritte sull'art. 18 *post* riforma Fornero) (18), credo sia necessario richiamare la direttiva metodologica che lui sempre ricordava e che riconduceva al suo maestro, Luigi Mengoni, cioè la fedeltà alla lettera della legge e il rigore nell'interpretazione (19). Ed è proprio nell'interpretazione del concetto di giustificato motivo oggettivo che Mario Napoli si è sempre scagliato contro l'approccio che tende a ricondurlo a generiche «ragioni economiche», così come contro il suo inquadramento come clausola generale e non come norma generale, secondo quanto scriveva ancora Luigi Mengoni (20).

In effetti, la rinuncia a interpretare e, dunque, a riempire di significato la nozione di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» come limiti al diritto al mantenimento del posto di lavoro mi pare sia abbastanza diffusa, con qualche eccezione (21). L'analisi più spesso si sposta sull'effettività della scelta datoriale e sulle sue ricadute in termini di riduzione di posti di lavoro, nonché sul nesso di causalità tra l'una e l'altra. La giurisprudenza, al contrario, ha mostrato di voler mantenere un approccio diverso, se è vero che, anche di

bligghi, se l'obbligo è violato l'autore del licenziamento sarà responsabile del risarcimento del danno».

(15) Si vd. Tommasini 1972.

(16) Così Liebman 2002, 42.

(17) Napoli 2015a, 64.

(18) Napoli 2015b, 4 ss.

(19) Si vd. il ricordo di Mengoni in Napoli 2002, 123 ss.

(20) Mengoni 1986, 5 ss. Sul punto si vd. anche Loy 2015, 10; Campanella 2015, 90 ss.; Tullini 1990.

(21) Si vd., per esempio, Brun 2012, 44 ss. Si vd. anche le osservazioni di Maresca 2017, 86 ss.

recente, il dibattito ha riguardato la necessità di ricondurre o meno a «situazioni sfavorevoli – non meramente contingenti – influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva» il licenziamento intimato ai lavoratori. La Cassazione, in particolare, ha precisato che, «dal punto di vista dell'esegesi testuale della disposizione» (l'art. 3 della l. n. 604/1966, *ça va sans dire*), «non appare immeritevole di considerazione l'obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l'attività dell'impresa attraverso le modalità, e quindi la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievoli» (22). Una pronuncia, questa, che riduce davvero all'osso il controllo giudiziale (23), peraltro non particolarmente benvisto dal legislatore negli ultimi anni, come si è detto, e che sembra mettere una pietra tombale sull'esigenza di ricostruzione dogmatica della fattispecie (24), che invece occorre mantenere sempre viva (25).

2. — *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage* — Sulle questioni legate alla ricostruzione della fattispecie e all'inclusione in essa del cd. obbligo di *repêchage*, in verità, il pensiero di Mario Napoli è straordinariamente attuale. Una volta risolto il problema dell'individuazione delle causali giustificative del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, infatti, già nel 1980 egli discuteva del fatto che la riorganizzazione, la ristrutturazione e la riconversione aziendale possono considerarsi ragioni legittimanti il licenziamento purché ne sia dimostrata l'effettività e la connessione con il posto di lavoro soppresso. «La riorganizzazione o la riconversione non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nei confronti di ogni lavoratore, ma soltanto di quei lavoratori che non trovano posto nella nuova organizzazione del lavoro» (26). La questione, arrivati a questo punto, non è tanto che tipo di scelte organizzative il datore di lavoro faccia (né, tantomeno, quali ne siano le ragioni economiche a monte ovvero i motivi, gli scopi anche di risparmio dei costi e di incremento degli utili), ma quali ne siano le ricadute effettive in termini di organizzazione del lavoro, anche svolgendo gli opportuni adattamenti all'organizzazione

(22) Cass. 7.12.2016, n. 25201, in *RIDL*, 2017, II, 743. Sulla sentenza, si vd.: Caruso 2017, spec. 9 ss.; Santoro Passarelli 2016; Persiani 2017, 133 ss.

(23) Così Caruso 2017, 5.

(24) Ancora Caruso 2017, 6 ss.

(25) In questo filone si collocano le osservazioni di Speziale 2017a, 21 ss.

(26) Napoli 1980, 315.

produttiva stessa. Nell'ottica della ricostruzione sistematica del sistema di stabilità disegnato dal legislatore, Mario Napoli assegna un ruolo fondamentale all'art. 2103 c.c. sulle mansioni del lavoratore, che contengono in sé «il Dna dello sviluppo della professionalità». In questo quadro «non è l'art. 13 della legge n. 300 a imporre una lettura restrittiva del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ma è l'esistenza di un effettivo sistema di stabilità che consente all'art. 13 di operare in tutta la sua portata» (27).

Certamente la modifica della disciplina limitativa dei licenziamenti conseguente alla riforma Fornero e al *Jobs Act* ha assestato un duro colpo a questa ricostruzione (28); non si può non notare, tuttavia, come dalla recente modifica dell'art. 2103 c.c. possano farsi discendere alcune conseguenze importanti in ordine all'accertamento della legittimità del licenziamento per ragioni oggettive.

Secondo l'impostazione che ho appena ricordato, dalla lettura del sistema di stabilità del rapporto di lavoro alla luce dell'art. 2103 c.c. Mario Napoli faceva discendere l'idea del licenziamento come *extrema ratio* e dell'obbligo di *repêchage* come concetto interno alla nozione di giustificato motivo oggettivo. Oggi evidentemente il sistema di stabilità del rapporto di lavoro è cambiato profondamente, specie quando a essere in gioco siano le scelte dimensionali del datore di lavoro, come si è visto. In questo nuovo quadro, però, si deve recuperare l'interpretazione secondo cui il licenziamento per giustificato motivo oggettivo non può essere considerato legittimo se vi è la possibilità di ricollocare il lavoratore all'interno dell'impresa anche in mansioni diverse (e quindi in ipotesi inferiori) (29), e anche là dove sia necessario un periodo di formazione per adeguare la professionalità del lavoratore alla sua nuova collocazione nell'organizzazione produttiva (30). Una simile obbligazione, che Mario Napoli ricavava già dal sistema precedente, si può oggi ricostruire tran-

(27) Napoli 1980, 312; si vd. anche la critica di Ferraresi 2016, 24 ss.

(28) Secondo Ferraresi (2017, 12), l'utilizzo dell'art. 2103 c.c. non è più sintonico con la disciplina dei licenziamenti.

(29) Così anche Gramano 2015, 545. In senso contrario, Maresca 2017, 99 ss.

(30) Sul punto, rinvio ad Alessi 2004, spec. 128 ss. La giurisprudenza prevalente, prima della riforma dell'art. 2103 c.c., negava l'esistenza dell'obbligo del datore di lavoro di formare il lavoratore per consentirgli di salvaguardare il suo posto di lavoro: si vd. Cass. 11.3.2013, n. 5693; sul punto, rinvio ad Alessi 2004, spec. 128 ss. La giurisprudenza prevalente, prima della riforma dell'art. 2103 c.c., negava l'esistenza dell'obbligo del datore di lavoro di formare il lavoratore per consentirgli di salvaguardare il suo posto di lavoro: si vd. Cass. 11.3.2013, n. 5693, in *FI*, 2013, I, 2215. Ritiene che nel caso di licenziamento l'obbligo di *repêchage* non si estenda alle mansioni per le quali sia necessario assolvere l'obbligo di formazione Romei (2017, 130).

quillamente sulla base del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., che pone a carico del datore di lavoro l'obbligo di formare il lavoratore qualora gli assegni mansioni inferiori (pur nell'ambito della stessa categoria legale) «nel caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore» (31). Se è consentita una breve digressione, è opportuno ricordare che l'insorgere dell'obbligo formativo non è limitato al solo caso del mutamento *in peius* delle mansioni (come si potrebbe pensare se si leggesse il terzo comma dell'art. 2013 come collegato esclusivamente al secondo), ma emerge ogni volta che il mutamento delle mansioni (orizzontale o verticale) determini la necessità di adeguare la professionalità del lavoratore alla sua nuova collocazione nell'organizzazione produttiva. Questa mi pare la lettura più corretta della previsione: la sola che consente di considerare «ragionevole» l'ampliamento dello *ius variandi* del datore di lavoro oltre l'ambito dell'equivalenza professionale (32). Credo insomma che un simile obbligo si possa ritenere sussistente in *ogni* ipotesi di modifica della posizione del lavoratore che richieda un adeguamento della sua professionalità, a maggior ragione quando detta modifica sia conseguente a una decisione organizzativa che potrebbe condurre a un licenziamento per ragioni oggettive. In questo senso, peraltro, si era orientata parte della giurisprudenza precedente al *Jobs Act* e la Cassazione più recente, che sottolinea come l'obbligo di *repêchage* debba estendersi alla verifica della possibilità di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle precedentemente svolte (33). È come se al datore di lavoro venisse imposto, ogni volta che una scelta organizzativa possa incidere sul mantenimento del posto di lavoro, l'obbligo di adottare una *soluzione ragionevole* che consenta al lavoratore di inserirsi nella nuova organizzazione (34): una sorta di contrappeso rispetto all'ampliamento dei poteri datoriali. Tra l'altro, come segnala la dottrina più attenta, l'obbligo di adozione di soluzioni ragionevoli previsto dal d.lgs. n. 216/2003 per la garanzia del diritto al lavoro dei disabili potrebbe diventare un criterio generale utile a risolvere i casi in cui si pongono in conflitto diritti

(31) In questo senso anche Del Punta 2017, 58 ss.

(32) Sul punto, si vd. Corti 2016, spec. 62 ss.; Brollo 2015, 1156 ss.; Pisani 2016, 1114 ss.; Avondola 2016, 369 ss.

(33) Cass. 26.5.2017, n. 13379; Cass. 21.12.2016, n. 26467; Cass. 9.11.2016, n. 22798, in *De&Gonline*, 2016, 30 novembre.

(34) In senso contrario Carinci (2017, 208), secondo la quale «il diritto-pretesa al posto di lavoro non comporta alcun onere a carico del datore di lavoro di modificare in alcun modo l'organizzazione (tecnico-materiale o personale) né, di conseguenza, alcun costo».

e libertà (35), almeno quando si tratta di casi di discriminazione. Nel caso del licenziamento per ragioni oggettive, un discorso analogo può farsi in relazione al conflitto tra la libertà di iniziativa economica privata e il diritto al mantenimento del posto di lavoro, che pure ha un sia pur inesperto fondamento costituzionale (36). Il profilo più delicato, semmai, è quello relativo all'individuazione del punto oltre il quale l'onere di riclassificazione imposto al datore di lavoro diviene eccessivo, e dunque irragionevole.

Al di là di questi profili, il problema è quello di stabilire quali conseguenze riconnettere alla mancata dimostrazione da parte del datore di lavoro dell'impossibilità di ricollocare il lavoratore in mansioni diverse (37), una volta che sia applicabile l'art. 18 St. lav. come modificato dalla riforma Fornero. La norma, che Mario Napoli non ha esitato a definire un vero e proprio mostro giuridico (38), prevede infatti la reintegrazione nel caso del licenziamento per ragioni oggettive per il quale sia stata dimostrata in giudizio la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento. Ora, la soluzione dipende certamente dalla qualificazione da dare all'onere di *repêchage*: se cioè vada inteso come requisito aggiuntivo, esterno, rispetto alla giustificazione (come mi pare sostenga Bruno Caruso) (39) o come elemento interno alla giustificazione, come invece sostiene buona parte della dottrina (40) e come senz'altro riteneva Mario

(35) Sulla possibilità di estendere l'obbligo di adozione di misure ragionevoli oltre l'ambito delle discriminazioni sulla base della disabilità si vd. il *report* Commissione europea 2013.

(36) Non è possibile affrontare in questa sede il dibattito sull'interpretazione delle norme costituzionali in materia di lavoro e segnatamente dell'art. 4 Cost.; sul punto, sia consentito il rinvio ad Alessi (2004, 29 ss.), con particolare riferimento al diritto alla giustificazione e alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Si vd. anche le osservazioni di Speciale 2017a, spec. 11 ss. Nega che il diritto alla stabilità del posto di lavoro abbia un radicamento costituzionale Romei (2017, 124 ss.).

(37) La Cassazione più recente addossa al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di ricollocare il lavoratore su altre posizioni e il relativo onere di allegazione, che in precedenza invece la giurisprudenza accollava al lavoratore, sulla base della considerazione secondo cui nel «fatto estintivo (cioè nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento) della cui prova è onerato il datore di lavoro rientra pure l'impossibilità del cd. *repêchage*»: in tal senso Cass. 13.6.2016, n. 12101, in *DRI*, 2016, 842 ss., con nota di Ferraresi. Sulla questione, si vd. le osservazioni di Del Punta 2017, 51 ss.

(38) Napoli 2015b, 5.

(39) Caruso (2017, 12) colloca l'obbligo di *repêchage* tra gli elementi estrinseci alla fattispecie giustificato motivo oggettivo. Nello stesso senso si vd. Ferraresi 2016, 76 ss.

(40) Si vd. la ricostruzione di Varva 2015, 33 ss. Per l'opinione secondo cui il *repêchage* è parte integrante del g.m.o. si vd.: Speciale 2017a, 3 ss.; Carinci 2017, 216 ss.

Napoli (41). In questa seconda ipotesi, si dovrebbe dunque concludere per l'applicazione della tutela reintegratoria, anziché di quella economica.

A me pare difficile sostenere che l'obbligo di *repêchage* si ponga all'esterno della giustificazione del licenziamento, proprio perché ha a che fare con l'effettività della scelta organizzativa del datore di lavoro (42). La giurisprudenza, tuttavia, anche là dove ritenga il suddetto obbligo parte integrante del g.m.o., sostiene che la sua violazione non integra la fattispecie della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, applicando dunque la tutela indennitaria in luogo di quella reintegratoria (43). La questione si porrà, com'è noto, finché vi saranno lavoratori assunti prima della fatidica data del 7 marzo 2015; da quel momento in poi la sanzione per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo sarà esclusivamente risarcitoria, in ossequio alla linea di politica del diritto che sta alla base, come ho già detto più volte, del *Jobs Act*. Fino ad allora, però, si dovrebbe discutere dei rilievi mossi all'art. 18 *post* Fornero da Mario Napoli, che ne ha denunciato a gran voce la contrarietà alla Costituzione per «arbitrarietà, contraddittorietà, e quindi per irragionevolezza». In effetti, la scelta di differenziare la sanzione sulla base del carattere manifesto o meno dell'insussistenza del fatto, anche a voler ammettere che una simile distinzione sia possibile (44), solleva più di una perplessità, proprio per la sua scarsa, se non nulla, ragionevolezza (45). Non è dato comprendere, infatti, perché mai i lavoratori licenziati per un fatto insussistente, ma non manifestamente, dovrebbero essere meno tutelati degli altri. Al momento, tuttavia, una simile questione di costituzionalità non risulta posta, mentre pende davanti alla Consulta il ricorso per la dichiarazione di incostituzionalità del d.lgs. n. 23/2015, nella parte in cui differenzia le sanzioni in ragione della data di assunzione dei lavoratori (46).

(41) Napoli 1980, 311 ss.

(42) La soluzione accolta non è però pacifica in dottrina. Nel senso indicato nel testo si vd. Perulli 2012, 96; *contra*, Peruzzi 2017, 87 ss.

(43) T. Torino 5.4.2016; T. Varese 4.9.2013, T. Milano 28.11.2012, in *DRI*, 2013, 152 ss., con nota di Santoro Passarelli.

(44) In questo senso pare orientata la giurisprudenza più recente, che distingue, ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria o indennitaria, il caso in cui il fatto posto a base del licenziamento sia inesistente da quello in cui «il fatto posto a fondamento del licenziamento esista, ma non sia ritenuto concretare un giustificato motivo oggettivo»: così Cass. 14.7.2017, n. 17528, in *GD*, 2017, 68. Ancora una volta, la questione che si pone è quella della distinzione tra fatto materiale e fatto giuridico, come sottolinea bene Albi (2012, 21). Sul punto, si vd. Peruzzi 2017, 89 ss.

(45) In questo senso Albi 2012, 20.

(46) T. Roma 26.7.2017, ord., in *RGL*, 2017, II, 333 ss., con commento di Speciale (2017b).

Per i lavoratori assunti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015, la sanzione economica si applica anche là dove il datore di lavoro non dimostri l'impossibilità di reimpiego del lavoratore su altre mansioni (47), proprio perché il *repêchage* fa parte della nozione di giustificato motivo oggettivo. Non mutano dunque le conseguenze sanzionatorie, ma l'obbligo di *repêchage* mantiene la sua importanza, dal momento che ben può verificarsi il caso della sussistenza di una ragione economica, che come si è visto la giurisprudenza tende a dilatare moltissimo, che comporti la soppressione di un certo posto di lavoro, ma non l'impossibilità di reimpiego del lavoratore nell'ambito dell'organizzazione produttiva. Certo, in questo caso la sanzione è (solo) di carattere economico: una sanzione cioè che lascia ferma la decisione del datore di lavoro e che può condurre all'utilizzo del licenziamento come strumento di gestione ordinaria dell'impresa (48), specie quando l'esiguità dell'importo da corrispondere al lavoratore non abbia un carattere effettivamente deterrente.

3. — *Giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo* — Vorrei spendere alcune parole conclusive anche su uno dei temi che hanno formato oggetto di pagine, a mio avviso, insuperate di Mario Napoli. Mi riferisco alla materia dei licenziamenti collettivi per riduzione di personale.

Non è questa la sede per ripercorrere tutto il percorso interpretativo svolto in *La stabilità reale...* per dimostrare che la «materia» che l'art. 11 della legge n. 604 del 1966 esclude dalle proprie disposizioni (e che l'art. 24, comma 5, legge n. 223/1991, include nelle proprie) è esclusivamente la procedura di informazione e consultazione sindacale. Tra l'altro, credo che chiunque si sia accostato allo studio del licenziamento per motivi oggettivi non abbia potuto prescindere dalla lettura di quelle pagine. Mi pare però che l'aspetto più interessante sia proprio la distinzione tra il licenziamento come atto idoneo a far cessare il singolo rapporto di lavoro (che dunque è individuale e come tale assoggettato alle regole di cui alla legge n. 604/1966) e «la procedura da osservare per l'emanazione dell'atto», che è diversa se i licenziamenti programmati sono pari almeno a 5, come nel sistema delineato dalla legge n. 223/1991.

(47) Tarquini 2015, 214 ss.

(48) Sempre Napoli (1980, 334) sottolinea come «la scomparsa del licenziamento *ad nutum* sta a dimostrare la non utilizzabilità del licenziamento come strumento di gestione dell'impresa, come arma di repressione del conflitto collettivo e soprattutto come mezzo per soddisfare il bisogno di un uso flessibile della manodopera, adeguandolo all'andamento del mercato».

Una simile ricostruzione ha permesso di sovrapporre esattamente la ragione giustificativa del licenziamento collettivo (la riduzione o trasformazione di attività o di lavoro) con il giustificato motivo oggettivo; cosa che con l'entrata in vigore della legge n. 223/1991, secondo Mario Napoli, ha ridotto l'ambito di riferimento dell'art. 3 della l. n. 604/1966 ai licenziamenti di meno di cinque lavoratori e ai licenziamenti nell'impresa con meno di 15 dipendenti (49). La giurisprudenza maggioritaria, tuttavia, ha seguito un diverso percorso in punto di controllo giudiziale sulla sussistenza delle ragioni oggettive che giustificano il licenziamento collettivo. Basta dare una scorsa ai repertori per rendersi conto che in questa materia, come peraltro presagiva con la consueta acutezza Massimo D'Antona (50), il controllo sindacale ha sostituito praticamente *in toto* il controllo sulla giustificazione, ivi compresa la verifica dell'impossibilità di adibire il lavoratore (o i lavoratori) a mansioni diverse da quelle ricoperte prima del licenziamento (51).

Anche nel caso del licenziamento collettivo, peraltro, la direttiva di fondo delle riforme più recenti emerge con una certa evidenza. Nel caso della riforma Fornero, proprio la valorizzazione della discrezionalità del datore in ordine al dimensionamento della propria organizzazione produttiva ha condotto a limitare la reintegrazione (con indennità massima di 12 mensilità) all'ipotesi di violazione dei criteri di scelta, mentre per quanto riguarda la violazione della procedura la sanzione è solo indennitaria (si vd. l'art. 5, c. 3, l. n. 223/1991, come modificato dall'art. 1, c. 46, l. n. 92/2012). Resta sempre del tutto priva di sanzione la violazione del requisito causale, che l'art. 5 continua a non considerare, anche attraverso una scelta abbastanza singolare delle previsioni dell'art. 18 alle quali rinviare. Per la violazione della procedura, infatti, si richiama «il regime di cui al terzo periodo del settimo comma» dell'art. 18, che individua i criteri per la determinazione dell'indennità dovuta al lavoratore nelle «altre» ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo *soggettivo* o della giusta causa, evitando accuratamente di rinviare alla prima parte del settimo comma, che riguarda l'assenza di giustificazione del licenziamento per ragioni oggettive (52).

(49) Napoli 1997, 258 ss.

(50) D'Antona 1993, 883 ss.

(51) Si vd.: C. App. Roma 19.11.2015; T. Milano 19.11.2015; T. Milano 20.10.2015, tutte in *ADL*, 2016, 358 ss., con nota di Brun (2016), e ivi ulteriori riferimenti.

(52) Segnala la stranezza del rinvio, imputandola però all'intento «di escludere che anche la totale omissione della procedura possa determinare l'applicazione della tutela reintegratoria», Pellacani (2015, 234, testo e nota 32).

Il processo di progressivo alleggerimento delle sanzioni si è poi completato con il d.lgs. n. 23/2015, che ha escluso la reintegrazione anche per la violazione dei criteri di scelta, assimilando le sanzioni a quelle previste per il licenziamento individuale (per ragioni oggettive) ingiustificato. Tralascio di considerare l'applicazione della reintegrazione piena per il solo caso del licenziamento collettivo privo di forma scritta; ipotesi che mi pare rasentare l'impossibilità.

Ora, io credo che un simile assetto, insieme al fatto che le riforme più recenti hanno limitato il ruolo del sindacato al tavolo delle trattative, debba portare a riconsiderare la questione dell'accertamento dell'effettiva sussistenza della ragione giustificativa del licenziamento collettivo (53). La debolezza del controllo sindacale, unita alla possibile efficacia sanante dell'accordo intervenuto nel corso della procedura e al livello tutto sommato contenuto delle sanzioni per la violazione della procedura e dei criteri di scelta, dovrebbe insomma indurre a recuperare il ruolo della giustificazione del licenziamento intimato nel quadro di una procedura di licenziamento collettivo (54); posizione che del resto Mario Napoli ha sempre sostenuto, ma che la giurisprudenza, salvo sporadiche eccezioni (55), ha rifiutato di accogliere. La questione delle sanzioni da applicare nel caso della carenza di giustificazione del licenziamento collettivo non potrà che essere risolta guardando alle sanzioni previste per il licenziamento individuale per g.m.o., sia dalla riforma Fornero che dal d.lgs. n. 23/2015, a seconda della data di assunzione dei lavoratori (56). Per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015, dunque, la carenza di giustificazione del licenziamento dovrebbe condurre, a seconda dei casi, alla reintegrazione di cui al comma 4 o alla tutela economica di cui al comma 5 dell'art. 18 (57), mentre, per chi è stato assunto dopo, la sanzione per la carenza di giustificazione del licenziamento dovrebbe essere quella di cui all'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23/2015.

(53) In questo senso, condivisibilmente, Varva 2015, 154 ss.

(54) Si vd. anche Natullo 2015, 551 ss.

(55) In giurisprudenza si registra una sola pronuncia di legittimità, prima della riforma Fornero, che sostiene la necessità del controllo del giudice sul «requisito fattuale di legittimità» che giustifica il ricorso al licenziamento collettivo: si vd. Cass. 18.11.1997, n. 11465, in *RIDL*, 1998, II, 627 ss., con nota di Vallauri (1998).

(56) Riprendo qui la posizione che ho sostenuto nell'analisi dei rapporti tra l. n. 604/66 e l. n. 223/91. Si vd. Alessi 1995, 225 ss.

(57) In giurisprudenza, sostiene l'applicabilità del regime previsto dall'art. 18, comma 7, St. lav. nell'ipotesi di «assenza delle ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo» T. Roma 21.1.2014, in *RIDL*, 2014, II, 579, con nota di Pistore (2014).

Riferimenti bibliografici

- Albi P. (2012), *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dopo la riforma Monti-Fornero*, in W.P. Csdle «Massimo d'Antona».IT, n. 160.
- Alessi C. (1995), *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in RGL, I, 225 ss.
- Alessi C. (2004), *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffré, Milano.
- Alessi C. (2015), *Il sistema acausale di apposizione del termine e di ricorso alla somministrazione: come cambia il controllo sulla flessibilità*, in DLRI, 597 ss.
- Avondola A. (2016), *La riforma dell'art. 2013 c.c. dopo il Jobs Act*, in RIDL, I, 369 ss.
- Brollo M. (2015), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in ADL, I, 1156 ss.
- Brun S. (2012), *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova.
- Brun S. (2016), *Trasferimento d'azienda e licenziamento collettivo: la tutela dell'occupazione e lo spirito «disatteso» delle recenti riforme*, in ADL, 2016, II, 358 ss.
- Calcaterra L. (2009), *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, Napoli.
- Campanella P. (2015), *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, in DLRI, 90 ss.
- Carinci M.T. (2005), *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova.
- Carinci M.T. (2012), *Clausole generali e limiti al sindacato del giudice. A proposito dell'art. 30, l. n. 183/210*, in Marinelli M., Nogler L. (a cura di), *La riforma del mercato del lavoro*, Utet, Torino, 216 ss.
- Carinci M.T. (2017), *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, I, 200 ss.
- Carinci M.T., Tursi A. (a cura di) (2015), *Jobs Act: il contratto a tutele crescenti*, Torino, Giappichelli.
- Caruso B. (2017), *La fattispecie «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento tra storie e attualità*, in W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT, n. 323.
- Commissione europea (2013), *Reasonable accommodation beyond disability in Europe*, Office for Official Publications of the European Union, Luxembourg.
- Corti M. (2016), *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il «Jobs Act» (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in VTDL, n. 1, 55 ss.
- D'Antona M. (1993), *«Riduzione di personale» e licenziamenti: la rivoluzione copernicana della l. 223/91*, in FI, I, 2027 ss.
- Del Punta R. (2017), *Sulla prova dell'impossibilità di ripescaggio nel licenziamento economico*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 55 ss.
- Ferraresi M. (2016), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino.
- Ferraresi M. (2017), *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dall'apparato sanzionatorio alla fattispecie*, in Working Paper Adapt, n. 12.

- Ghera E., Garofalo D. (2015), *Le tutele per i licenziamenti e per la disoccupazione involontaria nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari.
- Gramano E. (2015), *La riforma della disciplina del jus variandi*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 540 ss.
- Ichino P. (1996), *Il lavoro e il mercato. Per un diritto del lavoro maggiorenne*, Mondadori, Milano.
- Ichino P. (2007), *Le questioni aperte in materia di licenziamento per motivo oggettivo*, in *ADL*, I, 888 ss.
- Liebman S. (2002), *Il sistema dei rimedi nella disciplina dei licenziamenti individuali*, in *QDLRI*, n. 26, 35 ss.
- Loy G. (2015), *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in *DLRI*, 3 ss.
- Maresca A. (2017), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 86 ss.
- Mengoni L. (1986), *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *RCDP*, 5 ss.
- Napoli M. (1980), *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano.
- Napoli M. (1997), voce *Licenziamenti*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 219 ss.
- Napoli M. (2002), *Ricordo di Luigi Mengoni, Maestro di diritto e di umanità, cultore di diritto del lavoro*, in *Jus*, 123 ss.
- Napoli M. (2015a), *Il diritto del lavoro dentro e oltre il diritto civile*, in Id., *Diritto del lavoro. In trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 60 ss.
- Napoli M. (2015b), *Il diritto del lavoro tra sfregio della stabilità e attesa dello sviluppo*, in Id., *Diritto del lavoro. In trasformazione (2010-2014)*, Giappichelli, Torino, 4 ss.
- Natullo G. (2015), *Tutele sostanziali e tutele procedurali nel licenziamento collettivo: tra diritto vivente ed evoluzione normativa*, in *RIDL*, I, 551 ss.
- Pellacani G. (2015), *Il licenziamento collettivo*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 225 ss.
- Persiani M. (2017), *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, in *ADL*, I, 133 ss.
- Perulli A. (2012), *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, in *ADL*, I, 785 ss.
- Perulli A. (a cura di) (2017), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino.
- Perulli A., Fiorillo L. (a cura di) (2015), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, Torino.
- Peruzzi M. (2017), *La prova del licenziamento ingiustificato e discriminatorio*, Giappichelli, Torino.
- Pisani C. (2016), *Lo jus variandi, la scomparsa dell'equivalenza, il ruolo dell'autonomia collettiva e la centralità della formazione nel nuovo art. 2103*, in *ADL*, I, 1114 ss.
- Pistore G. (2014), *La manifesta insussistenza delle ragioni giustificatrici del licenziamento collettivo: rito applicabile, sindacato del giudice e conseguenze sanzionatorie*, in *RIDL*, 2014, II, 579 ss.

- Ponterio C. (2013), *Il licenziamento per motivi economici*, in *ADL*, I 73 ss.
- Romei R. (2015), *La nuova disciplina del licenziamento: qualche spunto di riflessione*, in *DLRI*, 557 ss.
- Romei R. (2017), *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in Perulli A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, Torino, 130 ss.
- Santoro Passarelli G. (2016), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo «organizzativo»: la fattispecie*, in *W.P. Csdle «Massimo D'Antona».IT*, n. 317.
- Speziale V. (2012), *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *RIDL*, I, 560 ss.
- Speziale V. (2017a), *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o «normale» licenziamento economico?*, in *www.europeanrights.eu*, 1° giugno.
- Speziale V. (2017b), *La questione di legittimità costituzionale del contratto a tutele crescenti*, in *RGL*, 2017, II, 333 ss.
- Tarquini E. (2015), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in Zilio Grandi G., Biasi M. (a cura di), *Commentario breve alla riforma «Jobs Act»*, Cedam, Padova, 213 ss.
- Tommasini R. (1972), voce *Invaldità (dir. priv.)*, in *ED*, vol. XII, 575 ss.
- Tullini P. (1990), *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Maggioli, Rimini.
- Vallauri M.L. (1998), *Controllo sulla giustificazione del licenziamento collettivo e ambito applicativo dei criteri di scelta*, in *RIDL*, 1998, II, 627 ss.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino.

ABSTRACT

Il saggio propone una rilettura della monografia di Mario Napoli, La stabilità reale del rapporto di lavoro, alla luce dei più recenti orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Secondo l'Autrice, le più recenti riforme della disciplina del licenziamento per ragioni economiche (individuale e collettivo) hanno ridotto, ma non completamente annullato, il ruolo del giudice nell'indagine sulla sussistenza del motivo economico. In particolare, un ruolo importante nella ricostruzione della giustificazione del licenziamento è svolto dal cd. «repêchage»: cioè dall'obbligo del datore di lavoro di dimostrare l'impossibilità di ricollocare il lavoratore all'interno dell'impresa. Alla luce dell'art. 2103 c.c., modificato dal Jobs Act, l'obbligo di repêchage deve ritenersi esteso alle mansioni inferiori, anche qualora sia necessario formare il lavoratore per il loro svolgimento. Per quanto riguarda il licenziamento collettivo, l'Autrice sostiene che, a fronte dell'alleggerimento delle sanzioni per la violazione della procedura e della riduzione del ruolo del sindacato, occorra recuperare il ruolo della giustificazione, del tutto trascurato dalla giurisprudenza.

THE ECONOMIC DISMISSALS AND THE MARIO NAPOLI'S THEORY.

The essay proposes an actualization of Mario Napoli's book, La stabilità reale del rapporto di lavoro, in the light of the most recent judicial trends concerning economic dismissals.

According to the Author, the most recent reforms of the regulation of economic dismissals (individual and collective) have reduced, but not completely canceled, the role of the judge in the evaluation of the economic ground of the dismissals. Particularly, the employer's duty to prove that he can't offer an alternative job to the employee (id est: the so called «repêchage») plays an important role in the judicial control on the fairness of the dismissals. In the light of art. 2103 of the Civil Code, as amended by the so called Jobs Act, the duty to «repêchage» must be considered extended to jobs in a lower position, even if a period of traineeship is required. As for the collective dismissal, the Author argues that the judicial control on the ground of dismissal, completely neglected by the case law, must be recovered. This conclusion comes from the fact that the law has reduced, on the one hand, the compensation for failure to consult and, on the another hand, the role of employees representatives.