

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie*

Giuseppe Santoro Passarelli

1. I requisiti di identificazione della fattispecie.	360
2. Rilevanza del giustificato motivo oggettivo “organizzativo”.	361
3. La rilevanza delle ragioni alla base della soppressione del posto di lavoro, il criterio dell’inutilità sopravvenuta della prestazione e gli indicatori di ottimizzazione del processo produttivo.	364
4. L'obbligo di repechage: l'onere del datore di lavoro e la cosiddetta allegazione del lavoratore.	366

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 317/2016

1. I requisiti di identificazione della fattispecie.

Come è noto l'art. 3 della legge n. 604 individua la fattispecie del giustificato motivo oggettivo nelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa".

Dalla esegesi della norma risulta che i requisiti del giustificato motivo oggettivo sono tre:

- 1) Le ragioni che determinano la soppressione del posto di lavoro;
- 2) il nesso di causalità che esiste tra la soppressione del posto e il licenziamento;
- 3) l'obbligo del *repechage*.

L'identificazione del primo requisito è controversa.

Infatti, secondo un primo orientamento il datore di lavoro sarebbe tenuto a provare l'effettività e la veridicità della soppressione del posto e il nesso di causalità tra questa e il licenziamento e si aggiunge, dovrebbe provare in buona sostanza che il licenziamento non sia pretestuoso.

In buona sostanza per questo orientamento il giudice non deve verificare le ragioni che hanno determinato la soppressione del posto.

Tale orientamento, inoltre, sembra porsi in contrasto con la stessa lettura tradizionalmente accolta dell'art. 3, l n. 604/1966, perché finisce con lo svalutare due dei tre elementi costitutivi della fattispecie astratta, ossia da una parte le "ragioni" che dovrebbero determinare la soppressione del posto (identificando la causa – la ragione -, con l'effetto della stessa – la soppressione), e dall'altra parte il nesso di causalità (atteso che le ragioni dovrebbero determinare il licenziamento, mentre secondo il succitato orientamento, in definitiva il nesso, tautologicamente, sussisterebbe tra la soppressione del posto ed il licenziamento).

Si noti che il confine tra licenziamento pretestuoso e ritorsivo è talvolta molto labile e si risolve sul piano della prova, non sempre agevole per il lavoratore. E tuttavia le conseguenze sono assai diverse perché nel caso del licenziamento pretestuoso la sanzione è il risarcimento mentre per il licenziamento ritorsivo che rientra nell'area del licenziamento discriminatorio la sanzione è quella della reintegrazione.

Secondo un altro orientamento è invece necessario che il licenziamento sia determinato da una ragione economica come ad esempio la difficoltà non temporanea ma duratura attinente alla scarsa produttività (riduzione del fatturato, aumento eccessivo dei costi di produzione) o all'organizzazione del lavoro (sostituzione di una prestazione manuale con la macchina) o al regolare funzionamento di essa.

Secondo questa tesi la facoltà dell'imprenditore di sopprimere un posto di lavoro sussisterebbe solo per fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli non contingenti oppure a spese straordinarie.

In realtà questa interpretazione non solo non tiene conto che il valore della concorrenza proprio della normativa europea è ormai penetrato come criterio di interpretazione anche della normativa italiana e sembra ormai persuasiva e prevalente la tesi che la nostra normativa mira a garantire l'esistenza e la competitività sul mercato dell'impresa ben prima che la stessa si trovi in situazione di difficoltà economica.

Si aggiunga che il sindacato del giudice sulle ragioni economiche alla base del licenziamento finisce, il più delle volte, per lambire il merito delle scelte imprenditoriali, anche se le sentenze che accolgono quest'orientamento premettono sempre che è precluso al giudice il sindacato di merito sulle scelte imprenditoriali.

Se è vero quindi che la giurisprudenza unanime riconosce che al giudice è precluso il controllo di merito, ciò non significa che la decisione imprenditoriale sia sottratta al controllo di legittimità. Controllo che ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 non può esaurirsi come invece sostiene una parte della dottrina e della giurisprudenza soltanto nell'accertamento della sussistenza e della veridicità della soppressione del posto e nell'accertamento del nesso di causalità tra la soppressione del posto e il licenziamento, ma deve avere come oggetto la sussistenza e la veridicità delle ragioni che hanno determinato la soppressione del posto di lavoro¹²⁰⁵. Né si può dire che, in questo caso, il controllo del giudice ha come oggetto la congruità e l'opportunità delle scelte organizzative ovviamente insindacabili da parte del giudice ai sensi dell'art. 41 cost.

Certamente una difficoltà stabile dell'impresa o la riduzione del fatturato, imponendo una riduzione dei costi, o la semplice riduzione dei costi per restare competitivi nel mercato ormai globale integrano gli estremi del requisito economico e possono considerarsi ragioni che legittimano la soppressione di un posto e quindi del licenziamento.

2. Rilevanza del giustificato motivo oggettivo "organizzativo".

Si tratta però di stabilire se al di là delle "ragioni" economiche anche una ragione esclusivamente organizzativa sia di per se sufficiente ad integrare uno degli estremi della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

E nel principio di diritto enunciato nella motivazione di una recentissima sentenza della Cassazione 7 dicembre 2016 n. 25201 trova riconoscimento la definizione di giustificato motivo organizzativo distinto da quello economico.

¹²⁰⁵ Per i suddetti motivi non può essere condivisa la sentenza della Suprema Corte che ha qualificato come giustificato motivo oggettivo l'assenteismo "a macchia di leopardo" di un lavoratore che, senza superare il periodo di comporto e quindi non essendo licenziabile ai sensi dell'art. 2110 c.c., danneggiava comunque il regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro.

Non condivido la soluzione proposta da questa sentenza perché nella fattispecie concreta comunque non si ravvisa la soppressione del posto di lavoro e l'inutilità della prestazione di lavoro ma per stessa ammissione del datore di lavoro ogni volta era necessario provvedere alla sostituzione del lavoratore assente perché evidentemente la mansione svolta era indispensabile per quel tipo di organizzazione del lavoro.

In realtà nel caso esaminato dalla sentenza il comportamento del lavoratore assente appare più propriamente riconducibile allo scarso rendimento che, peraltro, non è riconosciuto dalla giurisprudenza come fattimotivo soggettivo. Infatti lo scarso rendimento del lavoratore rileva nei limiti della negligenza del lavoratore e cioè da una violazione della diligente collaborazione dovuta dal lavoratore al datore di lavoro e cioè dell'inadempimento.

La difficoltà di sganciare lo scarso rendimento dalla negligenza dipende dalla difficoltà di stabilire la soglia minima di produzione e cioè di misurare oggettivamente lo scarso rendimento indipendentemente dalla negligenza.

E come è noto, sono le parti collettive che di regola individuano la soglia minima di produzione nella determinazione delle tariffe di cottimo anche se è appena il caso chiarire che lo scarso rendimento ha tratto all'esecuzione della prestazione mentre il cottimo, come è stato definitivamente chiarito, è una forma di retribuzione commisurata al risultato nell'unità di tempo e non alla durata temporale della prestazione.

In altri termini lo scarso rendimento, a mio avviso, si colloca nell'area dell'inesatto adempimento e quindi può integrare una ragione che giustifica il licenziamento per giustificato motivo soggettivo purché si tratti di notevole inadempimento non risultando sufficiente né l'inadempimento né tanto meno l'inadempimento di lieve entità.

E l'inesatto adempimento non può certo dar luogo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Infatti, si afferma che “è sufficiente che le ragioni inerenti all’attività produttiva e all’organizzazione del lavoro determinino un effettivo mutamento dell’assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa”. E tra “le ragioni” la Suprema Corte “non esclude anche quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell’impresa”¹²⁰⁶.

E ancora nel principio di diritto enunciato in questa motivazione si conferma implicitamente quanto affermato da un’altra recente sentenza del 28/09/2016 n. 19185 secondo la quale il giustificato motivo oggettivo “organizzativo” rileva a condizione che il licenziamento sia la conseguenza e non la causale del riassetto organizzativo¹²⁰⁷.

E tuttavia quest’ultima sentenza ha elevato “la soppressione del posto” a rango di primo presupposto del giustificato motivo oggettivo senza preoccuparsi di verificare le ragioni del riassetto organizzativo che sono alla base della soppressione del posto, mentre la sentenza del 7 dicembre 2016, da un lato, riafferma il controllo da parte del giudice della veridicità e della sussistenza della causale economica, (se) addotta dall’imprenditore a monte della scelta espulsiva, e dall’altro, al di fuori di tale ipotesi, per la soppressione di una individuata posizione lavorativa ritiene che “la ragione organizzativa e produttiva che determina il ridimensionamento del personale” possa identificarsi nell’effettivo mutamento dell’assetto organizzativo.

Orbene questa motivazione può prestarsi a qualche osservazione e puntualizzazione.

In primo luogo la motivazione esclude che l’andamento economico negativo dell’azienda costituisca presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare e il giudice accertare e però per contro afferma che ove il licenziamento sia stato motivato richiamando l’esigenza di fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli ovvero a spese notevoli di carattere straordinario, e in giudizio si accerti che la ragione indicata non sussiste, il recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale addotta dall’imprenditore.

Ma a ben riflettere non è affatto persuasivo che lo stesso fatto possa assumere o non assumere rilevanza causale e quindi diventare un requisito della fattispecie a seconda che sia menzionato o non menzionato nella lettera di intimazione del licenziamento.

Inoltre nel principio di diritto si afferma anche che è sufficiente che “le ragioni inerenti all’attività produttiva e all’organizzazione del lavoro tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell’impresa, determinino un effettivo mutamento dell’assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa”

¹²⁰⁶ Secondo questa sentenza è legittimo il licenziamento intimato da un’azienda per soppressione della mansione di direttore operativo per ridurre la catena di comando.

¹²⁰⁷ Secondo la sentenza 19185 del 2016 “certe mansioni invece di essere assegnate ad un solo dipendente possono essere suddivise tra più lavoratori ognuno dei quali le vedrà aggiunte a quelle già espletate: il risultato finale fa emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente. In tale evenienza il diritto del datore di lavoro di ripartire diversamente determinate mansioni fra più dipendenti non deve far perdere di vista la necessità di verificare il rapporto di congruità causale fra scelta imprenditoriale e il licenziamento nel senso che non basta che i compiti espletati dal lavoratore licenziato risultino essere stati distribuiti ad altri ma è necessario che tale riassetto sia all’origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta”.

In altri termini la sentenza, in alternativa alla ragione economica, da verificare così come addotta dal datore di lavoro nei suoi presupposti fattuali, individua la ragione di tipo organizzativo nell'effettivo riassetto organizzativo o nella migliore efficienza gestionale ovvero in un incremento della redditività dell'impresa ma esonera il datore di lavoro dall'onere di indicare i parametri e criteri oggettivi che consentano al giudice di verificare l'effettività e la veridicità delle ragioni alla base della soppressione del posto e quindi del licenziamento.

Sotto questo profilo quindi la sentenza sembra accogliere la tesi della mera non pretestuosità del licenziamento.

Ne consegue che:

- solo ove il datore di lavoro adduca una ragione economica alla base della soppressione del posto, il giudice è legittimato a verificare la veridicità e la sussistenza di questa causale;
- ove invece il datore di lavoro adduca una ragione di tipo organizzativo alla base della soppressione del posto, il giudice deve limitarsi ad accertare la modifica della struttura organizzativa (che può identificarsi nella redistribuzione delle mansioni o soppressione della funzione alla quali era addetto il lavoratore, o nell'esternalizzazione della sua attività a terzi, o nella innovazione tecnologica che rende superfluo il suo apporto), perché è lo stesso riassetto organizzativo, nelle motivazioni della Corte, la ragione di cui l'imprenditore deve fornire la prova.

È però fin troppo evidente, a fronte di questa impostazione interpretativa, che da oggi in poi qualunque imprenditore si guarderà bene dall'indicare le ragioni economiche alla base del licenziamento, per non cadere sotto la scure dell'accertamento del giudice, ma si limiterà a dedurre genericamente nella lettera di licenziamento l'esistenza di un riassetto organizzativo alla base del licenziamento (ad es.: effettiva soppressione o redistribuzione delle funzioni e mancata assunzione di altri lavoratori).

D'altra parte, come si è detto, la sentenza omette (forse volutamente) di indicare parametri e criteri oggettivi che consentano al giudice di accertare la veridicità e la effettiva sussistenza delle ragioni organizzative addotte dal datore di lavoro per timore che il suo sindacato possa essere considerato di merito.

Ma a questo proposito si deve chiarire una volta per tutte che il sindacato sulla sussistenza e veridicità delle ragioni "organizzative" addotte dall'imprenditore per giustificare la soppressione del posto non deve essere confuso con il sindacato di merito sulla congruità delle scelte dell'imprenditore, perché in quest'ultimo caso si tratterebbe di un controllo discrezionale non consentito, mentre nel primo caso il controllo del giudice è di legittimità e quindi non solo è consentito, ma doveroso ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966.

In altre parole la sentenza, pur conferendo dignità normativa al *requisito organizzativo* in sé e per sé considerato, mediante il richiamo a categorie non valutabili esclusivamente dal punto di vista economico, quali la "*migliore efficienza gestionale*" che determini "la soppressione di una posizione lavorativa", come si è detto, non ha enucleato, consapevolmente o inconsapevolmente criteri idonei per individuare tale ragione organizzativa, in assenza dei quali il riassetto organizzativo rischia di appiattirsi tautologicamente sulla mera soppressione del posto, che invece dovrebbe costituire la *conseguenza* della ragione organizzativa (e con ciò finendo per tradire la stessa interpretazione letterale della norma, che si riferisce alla "ragione" che *determina* la soppressione del posto/licenziamento).

In tale ottica pertanto appare opportuno individuare alcuni possibili parametri di identificazione della ragione organizzativa, per evitare che tale presupposto nasca *ab origine* svuotato di contenuto e che si traduca in ciò che la Corte afferma di non volere, ossia “un recesso *ad nutum* frutto di scelte autosufficienti ed insindacabili dell'imprenditore” (cfr. ancora Cass. n. 25201/2016, p. 13).

In realtà solo l'uso di criteri e parametri oggettivi esclude che il controllo del giudice diventi di merito ovvero una semplice ratifica notarile della decisione del datore di lavoro di sopprimere il posto di lavoro.

E ancora, l'uso di tali criteri e parametri evita che il giustificato motivo oggettivo in nome del riassetto organizzativo, diventi una sorta di licenza al datore di lavoro di sopprimere con assoluta discrezionalità posti di lavoro, risultando sufficiente l'accertamento della veridicità della soppressione del posto di lavoro. Se così fosse si avvalorerebbe la tesi della mera non pretestuosità del licenziamento, che qui si contesta perché in ultima analisi potrebbe tradursi in una sorta di licenziamento *ad nutum* mascherato e neppure oneroso.

3. La rilevanza delle ragioni alla base della soppressione del posto di lavoro, il criterio dell'inutilità sopravvenuta della prestazione e gli indicatori di ottimizzazione del processo produttivo.

Per evitare questo rischio, resto convinto che il datore di lavoro per licenziare per giustificato motivo oggettivo “organizzativo” debba preventivamente indicare “le ragioni che determinano nel caso specifico la soppressione del posto”.

E il giudice deve accertare che le ragioni alla base del riassetto organizzativo addotte dal datore di lavoro siano vere ed effettivamente sussistenti e, in secondo luogo, deve indicare i parametri di cui si avvale per controllare che il suddetto riassetto dichiarato abbia determinato effettivamente la soppressione del posto di lavoro.

E tra questi parametri va segnalata sicuramente la sopravvenuta inutilità della prestazione di lavoro¹²⁰⁸. Non solo, ma quando l'imprenditore adduca come causa del licenziamento una più efficace gestione aziendale o un incremento di produttività il giudice, per accertare la veridicità e la

¹²⁰⁸ Si possono prospettare diversi esempi in cui la prestazione diventa oggettivamente inutile.

Interessante la fattispecie esaminata dalla Corte di Cassazione n. 23620 del 2015, concernente una clinica operante nel settore della sanità privata in accreditamento con il SSN, la quale aveva assunto la lavoratrice, poi licenziata per g.m.o., quale tecnico di laboratorio responsabile del laboratorio di analisi.

Alla base del licenziamento per motivo oggettivo era stato posto “Provvedimento amministrativo della Regione datato 16 aprile 2006, che ravvisava, per garantire qualità ed efficacia del servizio sanitario, la necessità di assumere per il laboratorio di analisi, un direttore laureato in biologia o in chimica”.

Ne “consequiva l'inutilità” delle mansioni affidate alla lavoratrice.

In sostanza, secondo i giudici di legittimità che hanno deciso la suddetta controversia (Cass. n. 23620 del 2015) il giustificato motivo oggettivo “ben può consistere in una valutazione dell'imprenditore che, in base all'andamento economico dell'impresa rilevato dopo la conclusione del contratto, ravvisi la possibilità di sostituire un personale meno qualificato con dipendenti maggiormente dotati di conoscenze e di esperienze e quindi di attitudini produttive”.

In questo caso quindi il dipendente licenziato è sostituito da un altro più qualificato e la finalità non è la riduzione dei costi.

Altro esempio nel settore degli Studi legali, tradizionalmente, almeno per gli studi più strutturati, era comune avere una o più segretarie che si occupavano di deposito e notifica di atti giudiziari in tribunale, rapporti con le cancellerie, insomma i cd “giri” in tribunale. Da un paio di anni, con l'introduzione per legge del Processo civile telematico (PCT), tutto deve o può avvenire telematicamente mediante l'uso di speciali chiavette che si attivano secondo modalità particolari, autorizzate dal Tribunale etc.

sussistenza di queste causali, deve avvalersi di una serie di indici qui indicati a mero titolo esemplificativo ma oggettivamente verificabili come:

- 1) la riduzione della durata temporale dei processi di lavorazione o,
- 2) quando si tratti di strutture complesse, il miglioramento della qualità delle comunicazioni interne,
- 3) la migliore qualità della prestazione di lavoro che sostituisce la precedente o
- 4) la semplificazione e/o velocizzazione dei processi decisionali, o
- 5) la riduzione delle giornate uomo e quindi del numero degli addetti ad un determinato processo produttivo organizzato non più in forma apicale, ma come si dice in gergo, in forma piatta.

A conferma delle osservazioni che precedono è utile in proposito richiamare in nota la dottrina che ha studiato la valutazione e il controllo degli assetti organizzativi dell'impresa¹²⁰⁹.

La procedura telematica nei processi, pur non essendo impossibile da capire, presenta numerose insidie, per la risoluzione delle quali è anche necessario avere qualche cognizione di informatica (e l'errore, in questi casi, si paga caro: inammissibilità del ricorso, tardività della costituzione, documenti non allegati agli atti etc.).

Ebbene, in molti studi legali, stanno assumendo informatici, molto ben pagati, per fare il lavoro che prima era delle segretarie, che quindi vengono licenziate.

Questa esigenza riorganizzativa, lungi dall'essere finalizzata alla riduzione dei costi (i costi aumentano solo: è necessario sottoscrivere un abbonamento annuale al PCT, assumere un lavoratore qualificato), e men che meno al conseguimento dei profitti o una più economica gestione, è semplicemente una riorganizzazione necessitata e subita dagli studi e dai loro titolari (ovviamente poi, inciderà poco in termini di costi per un grande studio, e invece parecchio in uno studio di medie dimensioni).

¹²⁰⁹ (Azzone-Bertelè, *L'impresa. Sistemi di governo, valutazione e controllo*, Milano, 2011; Antoldi, *Economia e organizzazione aziendale*, Milano, 2012) Secondo questo autore l'analisi della struttura e del riassetto dell'organizzazione del personale, che nel caso specifico, prescinde dalla valutazione del motivo economico e cioè dalla riduzione dei costi, deve avere come punto di partenza il "perimetro" dell'impresa ed il suo "grado di integrazione verticale".

Vi possono essere casi in cui un'impresa decide "di svolgere in casa la quasi totalità delle attività necessarie per la realizzazione del prodotto, avere cioè un grado di integrazione verticale molto elevato" (Azzone-Bertelè, *op cit*).

O all'opposto, può decidere di riorganizzare la propria produzione nel senso della deverticalizzazione, esternalizzando alcune fasi del processo produttivo o spostando il "baricentro dell'impresa".

Un esempio nel primo senso è quello di Luxottica: "non è infrequente che un'impresa, in particolare un'impresa industriale originariamente baricentrata sull'attività manifatturiera, recuperi a valle quello che espelle a monte, spostando in avanti il baricentro delle sue attività, per avvicinarsi ai destinatari ultimi dei suoi prodotti e per evitare di diventare ostaggio delle scelte delle imprese commerciali e/o distributive che controllano i canali di distribuzione".

In sostanza, l'impresa può riorganizzarsi rispetto ad attività che "pure se potenzialmente meno profittevoli, essa ritiene pericoloso lasciare totalmente a fornitori esterni: per non favorire fenomeni di spillover e/o per non perdere le competenze necessarie alla concezione e progettazione dell'output futuro e/o per non esporsi a criticità nell'approvvigionamento degli input – in termini di tempi, costi o livelli di qualità".

In altri termini, vi possono essere processi di riorganizzazione produttiva, a prescindere dal fatto che l'integrazione verticale avvenga a monte o a valle, che non necessariamente portano, almeno nel breve e medio periodo, ad una più economica gestione, ad una riduzione dei costi (o secondo il minoritario indirizzo, aumento dei profitti).

"L'integrazione di più attività in una stessa impresa, infatti, comporta sempre significativi costi di coordinamento. Infine, si deve considerare che l'integrazione produce una maggiore rigidità strutturale e può aumentare il livello di rischio di un'impresa" (Antoldi, *op cit*).

Viceversa in caso di riduzione del perimetro di un'impresa, la deverticalizzazione diventa un'esigenza necessaria quando un'azienda a struttura bi-divisionale, divisa per prodotto, che all'interno di ogni divisione-prodotto ha il direttore produzione ed il direttore commerciale, e che, avendo uno dei due prodotti che va meglio dell'altro, decide di concentrare tutte le proprie risorse su un unico bene produttivo, abbandonando l'altro.

In tale ipotesi, si opererebbe il passaggio da un'impresa strutturata come detto per divisioni, ad un'impresa a struttura di tipo funzionale quale azienda mono-prodotto, con un solo direttore commerciale ed un solo direttore produzione.

In conclusione a mio avviso è legittimo un licenziamento determinato da ragioni esclusivamente organizzative e non provocate necessariamente da motivo economico.

Anzi è bene precisare che il riassetto organizzativo, anche se determina la soppressione del posto di lavoro, non comporta necessariamente una riduzione dei costi, ma può lasciarli invariati o determinare almeno temporaneamente un aumento degli stessi.

Il giudice per accertare *ex post* la veridicità e la sussistenza delle ragioni addotte dall'imprenditore che giustificano la soppressione del posto e conseguentemente il licenziamento deve utilizzare un criterio oggettivo come quello della inutilità sopravvenuta della prestazione (da non confondere con l'assolvimento dell'obbligo di *repechage*) e la non sostituzione del lavoratore licenziato con altro soggetto e deve avvalersi dei suindicati criteri e parametri oggettivi¹²¹⁰ nell'ipotesi in cui una più efficace gestione aziendale sia adottata dall'imprenditore come causale del licenziamento.

L'adozione del parametro oggettivo dell'inutilità della prestazione o l'accertamento da parte del giudice dei suindicati criteri quando la più efficace gestione aziendale sia adottata come causale del licenziamento consente anche di superare l'obiezione che il riassetto produttivo possa celare in realtà un licenziamento ritorsivo o l'emarginazione di un dipendente senza per questo integrare gli estremi del mobbing.

4. L'obbligo di *repechage*: l'onere del datore di lavoro e la cosiddetta allegazione del lavoratore.

L'obbligo di *repechage* come uno degli estremi della fattispecie licenziamento per giustificato motivo oggettivo, di derivazione giurisprudenziale non è venuto meno, secondo la maggioranza degli interpreti, con la nuova normativa.

Anche in tal caso, la decisione di concentrare le proprie esistenti risorse su uno anziché due prodotti, in sé avviene ad invarianza di costi, o addirittura con aumento nel breve e medio periodo di costi dovuti alla riorganizzazione stessa, a causa per ipotesi di costi per la formazione del personale che passa da una produzione all'altra.

Ciò che può determinare, quale conseguenza, tale ipotizzata riorganizzazione interna (che a monte ha la ragione produttiva della trasformazione in impresa mono prodotto) è l'inutilità della presenza di due direttori commerciali e due direttori di produzione, con conseguente necessità di rinunciare alle prestazioni di uno dei due.

Ma non per esigenze di riduzione costi o aumento profitti o per una più economica gestione aziendale, ma semplicemente per la irrazionalità, inutilità di mantenere una catena di comando con competenze doppie e sovrapposte.

¹²¹⁰Così ad esempio si tratta di stabilire se il licenziamento di un partimer che non accetta di lavorare a tempo pieno in un'azienda dove l'organizzazione del lavoro è costituita soltanto da rapporti di lavoro a tempo pieno sia giustificato e legittimo o no. È noto che ai sensi dell'art. 5 del decreto n. 61/2000 non costituisce giustificato motivo di licenziamento il rifiuto del lavoratore di svolgere il tempo pieno. E tuttavia la clausola 5 della direttiva 97/81CE ha cura di precisare che il rifiuto alla trasformazione del rapporto non costituisce "in quanto tale" valido motivo di licenziamento "senza pregiudizio per la possibilità di procedere, conformemente alle leggi, ai contratti collettivi e alle prassi nazionali, ai licenziamenti per altre ragioni, come quelle che possono risultare da necessità di funzionamento dello stabilimento considerato. Orbene di fronte alla soluzione scontata che considera nullo tale licenziamento per violazione dell'art. 5 bisogna anche tenere presente, come sostiene ormai buona parte della giurisprudenza che il giudice quando interpreta la norma deve tenere conto del contesto in cui si colloca la fattispecie concreta. Nel caso di specie non esistevano nel nuovo punto vendita posti di lavoro a tempo parziale ma solo rapporti a tempo pieno e quindi la prestazione non aveva alcuna utilità per l'imprenditore perché non assicurava un incremento di produttività e probabilmente la riduceva, e inoltre l'imprenditore aveva correttamente adempiuto all'obbligo di *repechage* offrendo al lavoratore un posto a tempo pieno che lo stesso aveva rifiutato. In questo caso quindi non è il rifiuto del lavoratore di trasformare il rapporto a determinare il licenziamento ma un'autonoma e concomitante obbiettiva ragione di funzionamento dello stabilimento che va sottoposta a controllo da parte del giudice che deve verificare se in un'azienda costituita soltanto da rapporti di lavoro a tempo pieno la prestazione a tempo parziale risulti inutile e forse dannosa perché rallenta il processo produttivo.

Anche se la nuova disciplina stabilendo come unica sanzione il risarcimento del danno per l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tra i due interessi contrapposti, quello dell'imprenditore alla temporaneità del vincolo contrattuale e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro, privilegia il primo rispetto al secondo come ai tempi della legge n. 604 del 1966.

Si può obiettare che questa conclusione non incide sull'identificazione della fattispecie che comunque resta invariata.

E tuttavia si deve prendere atto che la sanzione del risarcimento come sanzione unica per il licenziamento illegittimo per giustificato motivo oggettivo ridimensiona, a mio avviso la tesi del licenziamento *extrema ratio*.

In altri termini il licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo è valido ed è produttivo di effetti ma illecito come avveniva sotto il vigore della legge n. 604 del 1966.

Con la nuova normativa perde completamente importanza anche il discorso svolto sotto la riforma Monti Fornero e cioè se l'obbligo di *repechage* attiene o esula da fatto posto a base del licenziamento. Infatti, secondo una parte della giurisprudenza e della dottrina sotto il regime della precedente disciplina, l'obbligo di *repechage* non atteneva al fatto posto a base del licenziamento e il suo inadempimento determinava l'illegittimità del licenziamento ma era sanzionato solo con il risarcimento del danno. La giurisprudenza e la dottrina che, viceversa ritenevano che l'obbligo di *repechage* attenesse al fatto posto a base del licenziamento affermavano che anche l'inadempimento dell'obbligo di *repechage* era sanzionabile con la reintegrazione.

Con la nuova disciplina introdotta dal decreto Renzi questa distinzione è venuta meno e assorbita dal fatto che la sanzione per il licenziamento ingiustificato per motivo oggettivo è sempre e soltanto costituita dal risarcimento e conseguentemente anche l'inadempimento dell'obbligo di *repechage* è sanzionato con il risarcimento.

Inoltre tra le due tesi che si fronteggiano in ordine al fatto se gravi esclusivamente sul datore di lavoro l'onere di provare l'inutilizzabilità del lavoratore in azienda e la tesi che comunque il lavoratore ha un dovere di collaborare mediante allegazione di altri posti di lavoro presso cui potere essere ricollocato mentre sul datore di lavoro grava l'onere di provare l'impossibilità di assegnarlo a mansioni diverse solo nei limiti delle allegazioni del lavoratore mi sembra preferibile la prima tesi per un duplice ordine di motivi. In primo luogo perché il datore di lavoro dovrebbe avere una conoscenza completa dell'organizzazione della sua azienda rispetto a quella presumibilmente parziale che può avere il lavoratore. In secondo luogo perché non sembra configurabile un vero e proprio onere di allegazione da parte del lavoratore. D'altra parte si potrebbe giustificare un'attenuazione dell'onere probatorio dell'imprenditore laddove il lavoratore indicasse posizioni disponibili non evidenziate dal datore di lavoro e in questo caso avrebbe l'onere di circostanziare la propria richiesta e l'onere probatorio del datore di lavoro sarebbe connesso e limitato alle indicazioni del lavoratore.