

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

Bruno Caruso

1. Il giustificato motivo oggettivo e le storie parallele. La storia scritta dalle imprese e dai lavoratori.	162
2. La storia scritta dalla giurisprudenza e dalla dottrina.	163
3. La storia del giustificato motivo di licenziamento al capolinea? La narrazione del legislatore.	165
4. I percorsi della narrazione giurisprudenziale. Quattro elementi intrinseci alla fattispecie giustificato motivo oggettivo e due estrinseci.	166
4.1. Elementi intrinseci.	167
4.2. Elementi estrinseci.	169
5. Una valutazione di sintesi del percorso giurisprudenziale. Dal controllo di ragionevolezza sociale in senso forte alla verifica di proporzionalità in senso stretto.	171
6. Alcune conclusioni.	173

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 323/2017

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

La fattispecie giustificato motivo di licenziamento (da ora anche gmo) – in qualunque modo la si voglia qualificare, norma, clausola generale o concetto elastico⁵⁷⁸ – è un concetto chiave, a partire dal quale sarebbe possibile narrare una serie di storie parallele del diritto del lavoro italiano post costituzionale. Attraverso la piccola storia del giustificato motivo oggettivo si potrebbe, in qualche modo, attraversare la grande storia della disciplina.

Innanzitutto la storia narrata dalle imprese. In questo caso, il gmo, nella lettura combinata e integrata dell'art. 3 della legge n. 604⁵⁷⁹, e dell'art. 24⁵⁸⁰ della legge n. 223/1991, è stato vissuto come una sorta di soglia/tetto consentita di utilizzo della flessibilità numerica⁵⁸¹. Nell'immaginario collettivo degli imprenditori italiani l'attivazione del controllo giurisprudenziale da parte del dipendente licenziato – per ragioni attinenti a fatti aziendali – ha finito per costituire una sorta di parametro/tetto dell'efficienza aziendale, di possibile recupero di produttività, di contenimento dei costi; in altri termini, di regolatore dinamico delle strategie organizzative e aziendali con riguardo alla quantità di costo del lavoro sopportabile.

Accanto a questa narrazione va collocata, in parallelo, quella che viene fuori dalla percezione soggettiva dei lavoratori ricorrenti, dei loro legali e del sindacato che spesso ha fornito loro i servizi legali: essa è stata scritta, avvalendosi di un soggetto terzo, vale a dire, attraverso le motivazioni dei giudici. In tale storia parallela, il gmo, soprattutto nella fase di sviluppo della tecnica e dell'organizzazione fordista del lavoro⁵⁸², è stato inteso come un vero e proprio scudo a difesa non del diritto al lavoro (come principio), ma del diritto al *singolo e concreto posto di lavoro*, in un determinato contesto, fisico, produttivo e geografico (la difesa del posto prima ancora del lavoro e non solo di fronte alla crisi ma anche di fronte a scelte di mera razionalizzazione produttiva e organizzative dell'imprenditore)⁵⁸³. Dunque il gmo come strategia di tutela della stabilità non in astratto,

⁵⁷⁸ Sulla qualificazione della fattispecie legale giustificato motivo oggettivo si intrattengono le monografie più recenti sul tema: S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, Padova, 2012, p. 107 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 1 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 23; ID., *Sindacato giudiziale e motivo oggetto di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 3, p. 475 ss. Si veda pure A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in corso di pubblicazione.

⁵⁷⁹ «Ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

⁵⁸⁰ «In conseguenza di una riduzione o trasformazione di attività o di lavoro».

⁵⁸¹ Le recenti riforme, prima la legge Fornero poi il contratto a tutele crescenti, vanno nel senso di una unificazione delle fattispecie nella nozione unitaria di licenziamento economico che si distingue, quanto a regole applicabili, in ragione del numero dei soggetti coinvolti.

⁵⁸² Per un inquadramento storico del fordismo, declinato al plurale, si rinvia a B. SETTIS, *Fordismi*, il Mulino, Bologna, 2016.

⁵⁸³ La teorizzazione della reintegrazione connessa a una visione del lavoro come *job property* è notoriamente dovuta a P. Ichino: per una rivisitazione storica, P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, relazione presso la Scuola della Magistratura 2016, p. 6 ss. ma già ID., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, p. 473 ss., e ID. *La Corte Costituzionale e la discrezionalità del legislatore ordinario in materia di licenziamenti (note sulla sentenza 7 febbraio 2000, n. 36 e su alcuni precedenti)*, in *Riv. it. dir. lav.*, I, 2006, p. 353 ss. Stranamente i critici della posizione di Ichino (per es. M. V. BALLESTRERO, *Il valore e il costo della stabilità*, in *La stabilità come valore e come problema*, a cura di Ballestrero, Giappichelli, Torino, 2007, p. 3 ss.) finiscono per dargli ragione, nella misura in cui connettono la difesa della posizione di lavoro alla utilità economica che ne deriva in termini di quantità e continuità di reddito. C'è tutto un filone di pensiero, addirittura risalente a Gramsci, e che passa per le eroiche difese del singolo posto di lavoro delle *unions* britanniche nel trentennio glorioso, che connette la difesa di una certa posizione di lavoro e del lavoratore che la occupa alla salvaguardia di un patrimonio di conoscenza e di professionalità acquisito, in funzione della ideologia del "controllo operaio o sindacale", da difendere contro scelte poco lungimiranti e contrarie all'interesse dell'impresa, oggettivamente inteso, da parte dell'imprenditore stesso. Come ricorda Mengoni (L. MENGONI, *La regola della stabilità dal punto di vista del diritto comune dei*

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

Occorre ricordare, incidentalmente, che questa narrazione del gmo, come scudo del diritto alla stabilità del singolo posto, nelle teorizzazioni che l'hanno giustificata come derivante direttamente dalla Costituzione e dai suoi principi, non è stata condivisa dalla Corte costituzionale – non solo nelle due decisioni di inizio secolo ma già in precedenza⁵⁸⁴. Nella sua giurisprudenza in tema di legislazione sui licenziamenti, la Corte, come ricorda Ballestrero, accenna soltanto indirettamente ad un profilo di *effettività* della tutela, nel momento in cui richiama (Corte cost. n. 46/2000) la Carta sociale europea che, come è noto, fa riferimento a un criterio di *adeguata riparazione*⁵⁸⁵; *effettività*⁵⁸⁶ che è uno *step* successivo (demandato al legislatore) rispetto all'ancoraggio costituzionale ormai certo e acquisito – non fosse altro perché contenuto nell'art. 30 della Carta europea dei diritti fondamentali dell'UE – del principio di non arbitrarietà del licenziamento e di causalità del recesso.

Come è ampiamente noto, la Corte ha ripetutamente negato l'idea che esista, nella nostra Costituzione, un diritto alla stabilità, inteso quale riparazione in forma specifica del licenziamento illegittimo, da considerare diritto immanente all'ordinamento giuridico. Il che ha avuto riflessi nelle operazioni di bilanciamento tra diritto al lavoro e libertà di iniziativa economica, anche con riguardo al licenziamento economico, e ben prima delle recenti riforme. In tal senso, si è escluso che il parametro di controllo di causalità dell'atto, attraverso il gmo, possa preludere a una verifica di razionalità astratta (e non di ragionevolezza concreta) della gestione tecnico produttiva dell'impresa⁵⁸⁷. Si è escluso, detto in altro modo, che sia possibile sottoporre il controllo sulle scelte organizzative dell'impresa a vincoli interni allo stesso potere di gestione, che lo finalizzerebbero verso uno scopo pre-selezionato dall'ordinamento sulla base di una gerarchia di valori: per esempio, la scelta datoriale è tanto più razionale quanto più salvaguardi la base occupazionale, ovvero tra le possibili scelte gestionali va preferita quella più tollerabile socialmente⁵⁸⁸. È proprio nell'esclusione di simili controlli "di merito" che risiede il senso ultimo della diffusa massima giurisprudenziale della insindacabilità del potere di gestione dell'imprenditore.

2. La storia scritta dalla giurisprudenza e dalla dottrina.

Alla coppia dei protagonisti che hanno gestito nella concreta materialità dei rapporti di lavoro il giustificato motivo di licenziamento, si affianca la coppia dei protagonisti che vi hanno discettato

contratti, in AAVV., *La stabilità dell'impiego nei paesi membri della C.E.C.A.*, Ufficio Pubblicazioni CEE, Lussemburgo, 1958, p. 233), il concetto di "posto di lavoro", come bene giuridico proposto dalla dottrina tedesca, è penetrato nel dibattito italiano attraverso C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Dir. lav.*, 1954, p. 171.

⁵⁸⁴ Cfr. Corte cost. 7 febbraio 2000, n. 46; Corte cost. 6 febbraio 2003, n. 41; ma si v. pure l'ordinanza 10 febbraio 2006, n. 56 e Corte cost. 11 novembre 2011, n. 302. Si v. anche Corte cost. n. 45/1965; Corte cost. n. 27/1969; Corte cost. n. 178/1975. Sulle posizioni della Corte costituzionale, si v. la ricostruzione di V. BAVARO, M. D'ONGHIA, *Profilo costituzionale del licenziamento nullo*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 305/2016.

⁵⁸⁵ L'art. 24 della Carta sociale europea aggiunge al diritto a non essere licenziato senza valido motivo «il diritto ... ad un congruo indennizzo o altra *adeguata* riparazione».

⁵⁸⁶ Sul tema dell'effettività della tutela contro il licenziamento apprestata nel contratto a tutele crescenti, si v. gli argomentati dubbi di P. TULLINI, *Effettività dei diritti fondamentali del lavoratore: attuazione, applicazione, tutela*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2, p. 219 ss.

⁵⁸⁷ È questo il recente e sintetico approdo raggiunto di recente dalla Cass. sentenza n. 25201/2016 su cui *infra*.

⁵⁸⁸ In tal senso, con ampie e condivisibili argomentazioni, S. BRUN, *Il licenziamento economico*, cit., p. 65 ss. ma *passim*.

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

La giurisprudenza, è bene precisare, questo equilibrio non l'ha trovato in astratto, a livello di principio o di teoria generale, con soluzioni valide per ogni uso e in ogni segmento della regolazione lavoristica e in ogni caso si tratta di un equilibrio mobile non statico. L'ha trovato su singole questioni, o, addirittura, su pezzi di questioni: per esempio l'equilibrio che sembra ora raggiunto sulla configurazione della fattispecie gmo, con la sentenza della Corte di Cassazione n. 25210/2016 (il controllo giudiziale ridotto all'osso, attraverso una rivalutazione della formula letterale della norma e non di una sua presunta teologia) non è detto che debba essere di portata o contenuto analogo su altre questioni interpretative cruciali, che la nuova stagione del *Jobs Act* presenta: per esempio la questione del rimedio reintegratorio nel licenziamento disciplinare palesemente sproporzionato in regime Fornero⁵⁸⁹.

Nella vicenda del gmo, tuttavia, la giurisprudenza italiana ha lasciato una indelebile traccia non solo del suo farsi diritto vivente, intervenendo nello spazio volutamente lasciato aperto dal legislatore con la regolazione a maglie larghe; ma anche del rendersi protagonista di un processo di mediazione sociale di interessi su un tema cruciale dei rapporti individuali di lavoro.

Il capitolo della storia del gmo scritto dalla dottrina è altrettanto ampio e importante. È stato inaugurato dalla enunciazione della celebre tesi di Giuseppe Pera⁵⁹⁰ nella relazione Aidlass del 1968, definita liberista; ma Pera era un giurista, come a tutti noto e come lui stesso amava definirsi, liberale, e non liberista nell'accezione attuale, per intenderci, del *Washington consensus*. La tesi suonava, sintetizzando al massimo, pressappoco così: il controllo giudiziale del licenziamento economico deve essere ridotto all'osso, dovendosi limitare, proprio in ragione della genericità del precetto legale e della sua rigorosa lettura letterale, a vagliare la effettività della scelta di soppressione del posto e dunque della riduzione occupazionale (la soppressione del posto), qualunque sia la ragione addotta – economica esterna o organizzativa interna – purché vera e non elusiva o pretestuosa; con l'aggiunta di un successivo controllo, caso per caso, del nesso di

⁵⁸⁹ Sul licenziamento sproporzionato nel regime Fornero (altro discorso nel d.lgs n. 23/2015, ove il giudizio di proporzionalità è espressamente espunto dalla valutazione della sussistenza del fatto al fine del rimedio reintegratorio: art. 3, co. 2) la Cassazione, in diversi *obiter dicta*, sembra escludere la valutazione di proporzionalità con riguardo alla sussistenza del fatto (sentenza n. 18418/2016); ma in modo non chiaro, con riguardo al problema della sanzione applicabile, sembra pure ritenere la proporzionalità della sanzione come elemento costitutivo della fattispecie giusta causa o addirittura dello stesso fatto giuridico licenziamento disciplinare: «deve essere svolto anche d'ufficio l'apprezzamento relativo alla proporzionalità fra sanzione ed illecito disciplinare, poiché attiene alla sua stessa sussumibilità sotto il concetto di giusta causa o giustificato motivo di licenziamento: diversamente, risulterebbe interrotta la sequenza logica "fatto norma effetto giuridico" attraverso la quale si afferma l'esistenza d'un fatto sussumibile sotto una norma che ad esso ricollegli un dato "effetto giuridico", sentenza n. 10950/2016.

⁵⁹⁰ G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, relazione al Convegno dell'Aidlass, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa. Atti delle Giornate di Studio di Firenze, 27-28 aprile 1968*, Giuffrè, Milano, 1969, p. 11 ss.

conseguenzialità con il lavoratore licenziato in seguito alla soppressione di quel determinato posto.

La tesi, al di là del suo merito, più o meno discutibile (si è detto che il controllo giudiziario si sarebbe così ridotto a una presa d'atto quasi notarile della scelta dell'imprenditore, sfiorando appena la valutazione in termini di amministrazione del contratto: l'imprenditore nella qualità di datore di lavoro)⁵⁹¹, inaugura, comunque, un fortunato approccio di metodo allo studio dell'istituto; tale approccio ha finito per costituire una sorta di traccia, meglio ancora, come dicono gli scienziati sociali, una sorta di *path dependance* per le elaborazioni successive. Nella ricostruzione dell'istituto, la dottrina giuslavorista (con dovute eccezioni)⁵⁹² ha finito, infatti, per privilegiare anch'essa, sul solco aperto dalla giurisprudenza, un approccio pratico/casistico, quasi di realismo giuridico. Si è dedicata più allo studio delle modalità pratiche di applicazione della giurisprudenza, proponendone a volte correzioni di rotta, mettendo in secondo piano l'esigenza di una ricostruzione dogmatica o sistematica della fattispecie.

Questo approccio "realistico" raggiunge il suo culmine nella ricostruzione di Pietro Ichino⁵⁹³, ispirata dal metodo dell'analisi economica del diritto: il gmo valutabile soltanto in termini di sopportabilità e/o della convenienza del costo della separazione da parte dell'imprenditore. È una costruzione che – partendo dalla critica all'approccio ermeneutico della giurisprudenza e a certi suoi risultati – arriva paradossalmente a negare le sue stesse origini realiste: nega, cioè, l'approccio al gmo come suggerimento ai giudici di possibili (e corretti, alla luce dell'ancoraggio normativo) modelli di sentenza. Ciò nella misura in cui, nelle conclusioni di Ichino, si nega aprioristicamente l'opportunità e la legittimità stessa del controllo giudiziario sul licenziamento economico, proponendo una riforma legislativa che consenta all'imprenditore un meccanismo automatico di risoluzione, non controllato dal giudice, che presuppone una scelta binaria – dettata da un calcolo razionale di convenienza – tra l'addossarsi il costo del licenziamento (legislativamente pre-stabilito), ovvero mantenere la diseconomia conseguente alla continuazione del rapporto che genera inefficienza.

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

L'ultimo capitolo delle storie parallele sul gmo è la narrazione che ne ha fatto il legislatore soprattutto negli ultimi anni; prima con il velleitario tentativo del Collegato lavoro⁵⁹⁴, mirato tautologicamente (un vero *loop* concettuale) a definire con una clausola generale (la esclusione del controllo giudiziale di merito delle scelte imprenditoriali) lo stesso contenuto della clausola/norma generale

⁵⁹¹ Soprattutto le critiche di F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 72 ss.

⁵⁹² Si v., L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2007, 4, p. 593 ss. Pure L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Editoriale scientifica, Napoli, 2009. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo di licenziamento*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 142, 2, p. 415 ss.; in precedenza, i seminali lavori di M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Franco Angeli, Milano, 1975; M. D'ANTONA, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, Cedam, Padova, 1979; M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Franco Angeli, Milano, 1980.

⁵⁹³ P. ICHINO, *La riforma del mercato del lavoro tra diritto ed economia*, cit.

⁵⁹⁴ Art. 30, legge n. 183/2010, co. 1 «In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'articolo 409 del codice di procedura civile e all'articolo 63, comma 1, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente».

giustificato motivo (ma qual è la scelta di merito con riguardo alle valutazioni tecniche, organizzative e produttive, già richiamate dalla norma sul gmo, che il giudice non deve sindacare?). Non a caso l'art. 30 è stato messo nel ripostiglio degli attrezzi giuridici inutili, con la sua retrocessione a mera direttiva interpretativa che non significa nulla o quasi e che non costituisce certamente un *quid novi* regolativo, salva una inopinata rivalutazione della norma effettuata dalla sentenza della Cassazione n. 25201/2016 (*infra*).

È stato un tentativo che ovviamente non ha sciolto le aporie del significato e della portata del controllo del giudice, allorché valuta la legittimità del licenziamento per gmo alla luce della portata ampia e indefinita del precetto legale (basti guardare alla giurisprudenza successiva al 2010 che non ha, certo, cambiato di segno in ragione dell'innovazione normativa). E ciò in ragione del fatto che il vero problema che pone il giustificato motivo di licenziamento non è la qualificazione tipologica del controllo assegnato al giudice – di merito o di mera legittimità – posta la non risolvibilità definitiva dell'alternativa sul piano concettuale; ma la sua estensione in concreto: fino a dove può spingersi in concreto il giudice nell'influenzare la scelta gestionale dell'imprenditore relativa alla flessibilità numerica⁵⁹⁵.

Più strutturale e incisiva, invece, la riforma del 2012 (legge Fornero) così come, più recentemente, la regolamentazione introdotta dal contratto a tutele crescenti: sull'onda delle suggestioni di Pietro Ichino, non portate sino alle conseguenze ultime da lui teorizzate (il progetto Blanchard-Tirole e la predeterminazione fissa del costo di separazione senza alcuna valutazione giudiziale)⁵⁹⁶, la fattispecie non viene riscritta formalmente, ma viene ridisegnata sostanzialmente giocando sugli effetti *a valle* e *collaterali* del licenziamento. Vale a dire, con il sistema (attenuato) delle sanzioni e intervenendo con il procedimento di conciliazione obbligatoria preventiva e con la conciliazione facoltativa sul prezzo del licenziamento nel contratto a tutele crescenti. Sono, questi ultimi, strumenti che non si limitano a circoscrivere il controllo del giudice sull'atto, ma che tendono a evitarlo del tutto o a renderlo residuale, e, comunque, molto marginale.

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

La storia più interessante sul gmo è, senza dubbio, quella scritta dalla giurisprudenza. Se la si guarda retrospettivamente, soprattutto nella versione della Corte di Cassazione, può dirsi che l'elaborazione giurisprudenziale probabilmente non è arrivata al capolinea⁵⁹⁷, ma certamente il passare del tempo e la sedimentazione dei precedenti⁵⁹⁸ hanno giovato a una migliore messa a punto

⁵⁹⁵ Già in tal senso R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, 4, p. 699 ss.

⁵⁹⁶ M.P. POTESTIO, *Il Jobs Act e il modello di Blanchard e Tirole*, in Mulino, Bologna, 2015, n. 3, p. 444 ss.; sul tema rinvio a B. CARUSO, *Il Contratto a tutele crescenti tra politica e diritto: variazioni sul tema*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 265/2015.

⁵⁹⁷ Un tentativo di sintesi forte, sulla struttura della fattispecie, è comunque operato dalla cit. sentenza n. 25201/2016 che ha suscitato ampia eco anche sulla stampa quotidiana come se si trattasse di un orientamento del tutto nuovo; il commento più informato in tal senso appare quello di G. Falasca sul *Il sole* 24 ore del 31 dicembre 2016, *Lecito il «recesso» per profitto, nulla di nuovo per la Cassazione*. Ampiamente critico invece il commento di Ciccarelli su *Il Manifesto* del 30 dicembre 2016, *Si ai licenziamenti perché rispettano la libertà dell'imprenditore*. In senso analogo su *Il Messaggero* del 30 dicembre 2016, *Per la Cassazione «licenziare in nome del profitto si può»*, sulla *Repubblica* dello stesso giorno *«Si può licenziare per fare più profitti»* e su *Italia oggi*, *Per il profitto si può licenziare*.

⁵⁹⁸ Anche se i sistemi di *civil law* si confrontano notoriamente con i precedenti e il *case law* non è esente da sistemazioni dogmatiche che trascendono i precedenti. Per tutti, M. LUPOI, *Common Law e Civil Law (alle radici del diritto europeo)*, in *Foro it.*, V, c. 439.

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

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

4.1. Elementi intrinseci.

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

b) Secondo segmento: le ragioni, sia di mercato sia organizzative, che generano riduzione o trasformazione di lavoro e attività, devono essere stabili e non contingenti; se sono volatili diventano pretestuose. Nella versione più sensibile a un bilanciamento con il principio del diritto al lavoro, le modifiche *devono* essere addirittura definitive: il che implicherebbe, quantomeno, una capacità di prognosi tecnica delle scelte organizzative dell'imprenditore da parte del giudice. Questi elementi, stabilità e non transitorietà, definibili come caratteristiche intrinseche alla modifica tecnico organizzativa⁵⁹⁹ – tranne nella versione della definitività – aggiungono

⁵⁹⁹ S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, cit.

poco al segmento precedente, nel senso che confermano che la scelta deve essere effettiva, non pretestuosa e quindi non fraudolenta, abusiva o arbitraria. La non volatilità della riduzione e/o trasformazione può essere considerata, per altro, la traduzione giurisprudenziale della teoria dottrinale del *quid novi*⁶⁰⁰.

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

Tale segmento è controverso nella giurisprudenza della Suprema Corte, anche se ancora riproposto (Cass. n. 5173/2015). È probabile, tuttavia - soprattutto dopo la chiara presa di posizione della Suprema Corte (Cass. 25201/2016)⁶⁰¹, che rilancia la tesi giusta la quale non rilevano, e non vanno sindacati, né i motivi a monte della scelta, né gli obiettivi a valle che l’imprenditore intende perseguire – che tale segmento ricostruttivo della griglia di controllo giudiziale sia destinato a venir meno⁶⁰². La sentenza, infatti, ripropone, attraverso un’accurata autoanalisi critica dei percorsi della Suprema Corte, la tesi di Pera sulla necessità di “riduzione all’osso” del controllo giudiziale: effettività della scelta di soppressione del posto a prescindere dai motivi a monte e degli obiettivi a valle, non pretestuosità dello stesso e nesso di consequenzialità con la individuazione di un determinato lavoratore/trice.

Questo segmento interpretativo – relativo all’indagine sulla sussistenza di obiettivi di profitto imprenditoriale – viene oggi messo in discussione in dottrina, per una considerazione che attiene alla correttezza del circolo ermeneutico⁶⁰³: il vaglio della scelta organizzativa di impresa alla luce dei motivi psicologici ed etici dell’imprenditore (il profitto come fine egoistico) non è consentito dalla legge; la norma si limita a prendere in considerazione, allo scopo del controllo, l’effetto dell’atto di gestione, presupponendone la sua veridicità: la trasformazione o la riduzione dell’attività, ma non la sua *ratio*, a monte, o il fine a cui deve tendere⁶⁰⁴.

⁶⁰⁰ Su cui insiste molto S. VARVA, *Il licenziamento economico*, cit.

⁶⁰¹ La sentenza ha decisamente virato nel senso della piena neutralizzazione dei motivi del licenziamento (sia di crisi di mercato esterno, sia di riorganizzazione interna) con riguardo alla ricostruzione della fattispecie, con conseguente rivalutazione dell’art. 41, co. 1, Cost.: «*Dal punto di vista dell’esegesi testuale della disposizione è sufficiente che il licenziamento sia determinato da ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, tra le quali non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attengono ad una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d’impresa. Non è quindi necessitato che si debba fronteggiare un andamento economico negativo o spese straordinarie e non appare pertanto immeritevole di considerazione l’obiettivo aziendale di salvaguardare la competitività nel settore nel quale si svolge l’attività dell’impresa attraverso le modalità, e quindi la combinazione dei fattori della produzione, ritenute più opportune dal soggetto che ne assume la responsabilità anche in termini di rischio e di conseguenze patrimoniali pregiudizievole*».

⁶⁰² Prima della sentenza n. 2501/2016, già in tal senso, con motivazione adeguata con riguardo al concetto di produttività, Cass. n. 13516/2016.

⁶⁰³ Si veda DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in corso di pubblicazione.

⁶⁰⁴ L’esegesi letterale della norma è l’asse su cui ruota l’argomentazione della cit. sentenza n. 25201/2016.

d) Il quarto segmento della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie gmo, è l'esistenza del nesso causale tra *scelta aziendale e soppressione del posto* occupato dal lavoratore da licenziare. La verifica dell'esistenza del collegamento eziologico tra i due elementi, ragionevolmente, impedisce che la modifica organizzativa sia il viatico per eliminare dipendenti semplicemente sgraditi. In questa prospettiva, il nesso causale costituisce il *trait d'union* necessario tra scelta organizzativa e atto di gestione riguardante il personale. Il nesso non è ovviamente deterministico, ma implica una giustificabilità della scelta datoriale e, quindi, la necessità del controllo giudiziario su di esso, proprio per evitare che il licenziamento non sia altro che un pretesto⁶⁰⁵. Questo passaggio, fortemente sottolineato dalla sentenza n. 25201/2016⁶⁰⁶, acquisisce particolare importanza alla luce del nuovo quadro di tutela contro il licenziamento per gmo. La soppressione di posto, enfatizza la sentenza, deve essere effettiva: se la scelta di licenziare viene motivata con la crisi, essa deve essere adeguatamente comprovata; se non risulta tale, il licenziamento è ingiustificato, ma se risultasse pure pretestuoso esso si esporrebbe ai rimedi contro gli atti illeciti o discriminatori del datore di lavoro⁶⁰⁷, vale a dire la nullità e la reintegra. Onde può dirsi che il licenziamento per ragioni non effettive dischiude il vaglio di pretestuosità, qualora tale qualificazione del licenziamento venga adeguatamente allegata e provata (anche con il gioco delle presunzioni e con l'utilizzo dell'ampia tastiera istruttoria di cui è dotato il giudice del lavoro che, in periodo di "vacche magre" quanto a tutele sostanziali, va debitamente ri-considerata)⁶⁰⁸.

4.2. Elementi estrinseci.

e) Il quinto segmento è l'assolvimento, più o meno ampio, dell'onere di *repêchage*: la dimostrazione, cioè, che del licenziamento non si possa fare a meno, neppure utilizzando il lavoratore in altro modo o altrove, anche, come di recente stabilito dalla Corte di Cassazione, in mansioni di contenuto inferiore (Cass. n. 26467/2016; Cass. n. 22798/2016; Cass. n. 23698/2015), imponendo al datore di lavoro comportamenti che l'ordinamento giuridico al più considera volontari⁶⁰⁹. Qui si è di fronte al controllo di ragionevolezza in concreto, che implica pure una valutazione *lato sensu* di proporzionalità della scelta gestionale rispetto all'interesse al mantenimento dell'occupazione (non del singolo posto).

f) Il sesto segmento, infine, è il rispetto dell'obbligazione di correttezza e buona fede *sub specie* di applicazione di criteri di scelta sociali trasparenti e oggettivi (possibilmente ma non necessariamente mutuati dall'art. 5 della legge n. 223/1991⁶¹⁰), quando la scelta in astratto potrebbe ricadere su

⁶⁰⁵ In tal senso G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit.

⁶⁰⁶ «Infine deve sempre essere verificato il nesso causale tra l'accertata ragione inerente l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro come dichiarata dall'imprenditore e l'intimato licenziamento in termini di riferibilità e di coerenza rispetto all'operata ristrutturazione. Ove il nesso manchi, anche al fine di individuare il lavoratore colpito dal recesso, si disvela l'uso distorto del potere datoriale, emergendo una dissonanza che smentisce l'effettività della ragione addotta a fondamento del licenziamento», Cass. n. 25201/2016.

⁶⁰⁷ «La combinazione di siffatti controlli e limiti, oltre le comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori del datore, esclude che il potere di questi di risolvere il rapporto per motivazioni economiche possa essere assimilato ad un recesso ad nutum frutto di scelte auto-sufficienti ed insindacabili dell'imprenditore» (così ancora Cass. 25201/2016, cit.).

⁶⁰⁸ Si rinvia a B. CARUSO, *Tutela giurisdizionale, onere della prova, equità processuale, una ricerca sul diritto del lavoro nel processo*, in *Rass. giur. lav.*, I, 1982, p. 1 ss.

⁶⁰⁹ In tal senso A. MARESCA, cit.

⁶¹⁰ In tal senso perspicuamente, molto di recente, Corte di Cass. sentenza n. 25192/2016, secondo cui il datore di lavoro, nella scelta

una pluralità di posizioni fungibili. Va ribadito che le ultime due tipologie di controllo (*repêchage* e criteri di scelta) costituiscono vere e proprie verifiche della proporzionalità in senso proprio dell'atto di gestione del datore di lavoro e sono ancillari rispetto alle precedenti.

Orbene, i primi quattro segmenti della ricostruzione giurisprudenziale della fattispecie sono interni al perimetro della fattispecie legale, mentre gli ultimi due, obbligo di *repêchage* e criteri di scelta, sono esterni⁶¹¹: essi sono stati per così dire "incollati" alla fattispecie legale, per scopi, comprensibili, di bilanciamento degli interessi ma con effetti manipolativi, in senso additivo. Ciò è avvenuto progressivamente, man mano che si sono attenuati o sono risultati poco solidi i bilanciamenti definitivi degli elementi primari, interni alla fattispecie. È possibile che il *trend* di valorizzazione di questi due parametri di controllo, che sono comunque da tempo utilizzati dalla giurisprudenza, si sia accentuato dopo l'art. 30 del Collegato lavoro, come risposta alla direttiva interpretativa di limitazione del sindacato di merito.

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

È possibile, dunque, che quel che la giurisprudenza di legittimità ha ceduto alla libertà di scelta dell'imprenditore con riguardo agli elementi, per così dire, interni, costitutivi della fattispecie (da ultimo con la citata sentenza n. 25201/2016), l'abbia compensato con una accentuazione degli oneri (anche probatori) derivanti dagli elementi esterni (*repêchage* e criteri di scelta: da ultimo Cass. n. 26467/2016)⁶¹².

In tal senso, tuttavia, la giurisprudenza ha operato un bilanciamento costituzionalmente sostenibile, dato che il controllo si è concentrato sulla ragionevolezza sociale in senso debole e sulla proporzionalità in senso stretto dell'uso del potere, in riferimento a vincoli esterni (interessi altrui) e non a vincoli interni all'uso del potere stesso. Come ha ben scritto una autrice⁶¹³, la logica complessiva del controllo è stata quella tipica dei limiti esterni ai diritti e alle libertà costituzionalmente garantiti (gli unici ammessi dalla Costituzione): la libertà di iniziativa economica non risulta piegata al raggiungimento di fini imposti o vietati dal legislatore (ad esempio: la conservazione dei rapporti di lavoro già instaurati o la scelta che produca meno licenziamenti possibili); più semplicemente il suo esercizio viene limitato dalla sussistenza di condizioni precise così da contemperarlo con la tutela di interessi diversi, compresenti e paritari sul piano costituzionale.

del dipendente, tutti astrattamente licenziabili, può basarsi su criteri di scelta diversi da quelli previsti per i licenziamenti collettivi, purché quelli adottati rispondano comunque a principi di correttezza e buona fede. Nella specie i giudici di legittimità hanno ritenuto legittimo, a parità di mansioni, il licenziamento per motivi economici del dipendente con lo stipendio più elevato, meno "performante" e con redditi ulteriori rispetto a quello di lavoro.

⁶¹¹ *Contra* in dottrina M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, Padova, 2005. Sul tale filone di pensiero del licenziamento come *extrema ratio*, anche, al tempo, F. LISO, *La mobilità*, cit., p. 94.

⁶¹² Si rinvia alle considerazioni e ai richiami giurisprudenziali di R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in corso di pubblicazione.

⁶¹³ S. BRUN, *Il licenziamento economico*, cit., p. 215 ss.

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

L'evoluzione della giurisprudenza sul giustificato motivo oggettivo ha segnato, dunque, un progressivo passaggio da un *controllo di ragionevolezza sociale in senso forte* a un *controllo di ragionevolezza sociale in senso debole* e di *proporzionalità in senso stretto*: con il primo tipo di controllo, si introduce anche una valutazione delle circostanze e degli scopi del licenziamento non scervri da una componente valutativa, attraverso una casistica legittimante che dovrebbe essere del legislatore ma non del giudice. Il controllo di ragionevolezza sociale in senso forte si risolverebbe, infatti, in considerazioni circa l'opportunità sociale e/o economica della scelta, valutata in ragione degli scopi (appartiene a questo tipo il controllo che nega la legittimità del licenziamento per aumentare i profitti).

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

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

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

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

Se ne deduce che operazioni di sostituzione devono considerarsi illegittime, *a fortiori*, anche se

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

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

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

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

Dal che è evidente come la sentenza citata non abbia posto fine a tutte le questioni che l'evoluzione tecnologica pone sul tappeto. Ma l'approdo all'ingiustificatezza del licenziamento meramente sostitutivo appare allo stato quello che meglio sistema il quadro attuale, nella consapevolezza che il problema che la realtà pone (la scomparsa del lavoro, *rectius* di alcuni lavori in specifici settori in ragioni dell'innovazione tecnologica)⁶¹⁴ non può essere certo affrontato e risolto dalla giurisprudenza.

Per il resto, negli assetti giurisprudenziali di legittimità più recenti, si consolida l'indirizzo volto ad estendere, temporalmente e spazialmente, gli oneri di *repêchage* e quindi ad approfondirli (da ultimo Cass. n. 26467/2016 cit., Cass. n. 13516/2016 cit.) e a consolidare la valutazione di correttezza e buona fede dell'operato del datore di lavoro, attraverso l'applicazione estensiva dei criteri di scelta automatici dell'anzianità di servizio e dei carichi di famiglia, in funzione di bilanciamento (cfr. Cass. n. 1402/2016 e Cass. n. 12101 n. 5592/2016; n. 4509/2016). Si è consolidata in tal modo l'idea del licenziamento economico come estrema o ultima *ratio*.

Questo tipo di controllo, proprio perché esterno alla fattispecie, non è legittimato, ma neppure vietato dal legislatore: si tratta di una tipica operazione di integrazione giurisprudenziale della fattispecie legale e comunque di creatività giurisprudenziale – si ribadisce – legittima perché consentita dall'elevato tasso di elasticità della legge. Ma proprio perché si tratta di una valutazione di

⁶¹⁴ È di questi giorni il dibattito sull'articolo del *Financial Times* relativamente a cinque settori a rischio di scomparsa nei prossimi 20 anni, con conseguenti elevati rischi occupazionali: agenzie di viaggio e *tour operator*, produzioni di componenti industriali, manutenzione e riparazione auto, assicurazione auto, consulenza finanziaria. Si veda la Stampa del 2 gennaio 2017, *Allarme lavoro entro vent'anni scompariranno cinque settori*.

proporzionalità conseguente a un bilanciamento, caso per caso, di esigenze occupazionali e libertà di impresa, i due parametri devono essere valutati pragmaticamente in un'ottica consequenzialista e non utilizzati come dogmi o come surrogati di altri tipi di controlli: di ragionevolezza sociale forte o addirittura di razionalità *tout court*.

Come scrive un insigne costituzionalista, Augusto Cerri⁶¹⁵, l'armonizzazione dei diversi principi costituzionali, anche quando si presenta come operazione interpretativa, si sviluppa attraverso un bilanciamento idoneo a comporli secondo un principio di proporzionalità che tenga conto della realtà concreta. Il che significa, ritornando al tema, che una imposizione di oneri di *repêchage*, spaziale e temporale, particolarmente gravosa anche per il profilo probatorio⁶¹⁶ e a prescindere dalle concrete situazioni di fatto, non significherebbe altro che attuare un controllo che finisce per imporre, tra più soluzioni possibili, quella a minore impatto occupazionale; con l'attuazione, dunque, di una tipologia di controllo non consentito, come detto, nella cornice costituzionale di bilanciamento egualitario tra diritto al lavoro e libertà di impresa. Ciò soprattutto se tali oneri probatori risultino particolarmente aggravati (al limite della *probatio diabolica*) alla luce delle modifiche, nel frattempo intervenute, all'art. 2103 c.c.⁶¹⁷.

La scelta poi di imporre l'applicazione rigida di criteri di scelta sociali, aprioristici e apparentemente oggettivi, non fa i conti con il fatto che l'impresa oggi può dimostrare, avendone certamente l'onere motivazionale, che la scelta di un destinatario di un licenziamento per gmo può cadere su un soggetto anziché su un altro, non solo in virtù di ragioni connesse all'organizzazione tecnica del lavoro in senso oggettivo, ma anche con riguardo a nuove caratteristiche soggettive, di competenza professionale e/o psicologiche e relazionali, ma anche a ragioni di grado di fidelizzazione e di diverso costo del lavoro (in tal senso la significativa apertura di Cass. n. 25192/2016 cit.), qualora debitamente e oggettivamente dimostrate come effettive e non pretestuose.

Certo, non tutto è fabbrica 4.0: ci sono pure i supermercati e i *call center* (il neo-fordismo di ritorno) e, pure, la logistica e i servizi alla persona; ma proprio per questa estrema variabilità dei modelli di organizzazione del lavoro, la valutazione della complessità sociale e delle sue sfaccettature, con i relativi effetti riflessivi sulla complessità organizzativa imprenditoriale, non può rimanere fuori dalla integrazione giurisprudenziale della fattispecie del giustificato motivo oggettivo.

6. Alcune conclusioni.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche negli ultimi itinerari, continua a essere considerato dalla giurisprudenza una scelta ultima e non di amministrazione ordinaria e fisiologica delle risorse umane. Tale approccio coglie un dato di realtà e anche di ragion pratica: non pare, infatti, ricorrente o plausibile che un imprenditore avveduto consideri la soppressione di posto,

⁶¹⁵ A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pub.*, 2016, p. 650, ma *passim*.

⁶¹⁶ Si rinvia a R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, cit.

⁶¹⁷ Si faccia il caso di una impresa con unità produttive distribuite nel territorio nazionale, che dovrebbe dimostrare la non disponibilità in esse di qualsivoglia posizione di lavoro, anche di contenuto professionale inferiore a quella che si intenda sopprimere, e alle possibili strategie elusive che verrebbero altrimenti incoraggiate di offrire, al solo scopo di ottemperare formalmente all'onere, posizioni di lavoro geograficamente oltre che professionalmente irricevibili.

implicante il licenziamento di una persona, una scelta aziendale di ordinaria amministrazione, fisiologica, routinaria, e come altre. La separazione, al fuori dell'asettico approccio di *law and economics*, non implica, nella realtà, neppure per l'imprenditore, una mera scelta di efficienza e di costo economico, ma sottintende sempre un dramma umano anche da parte di chi decide di separarsi e, a maggior ragione, di chi subisce la separazione: in termini di sicurezza e autostima produce sempre un trauma⁶¹⁸.

Ciò anche in un mercato del lavoro ove le transazioni fluide, da posto a posto, sono congruamente supportate dai servizi pubblici per il lavoro. Nell'ordinamento italiano il controllo giudiziario tramite *repêchage* (assiologicamente e funzionalmente corretto e non irrigidito oltre i limiti di ragionevolezza) opera come strumento ormai consolidato di bilanciamento e di proporzionalità in concreto tra libertà di iniziativa economica e diritto al lavoro; il controllo di effettività e non pretestuosità della scelta serve a evitare l'abuso del ricorso al licenziamento economico e a ricordare agli imprenditori più spregiudicati che c'è un limite di "sistema" nell'uso dello strumento.

La sistemazione ermeneutica operata dalla giurisprudenza sembra pertanto approdata a un punto di equilibrio; si afferma, con chiarezza e maggiore decisione rispetto al passato, che il licenziamento per gmo è "neutro" rispetto ai motivi che l'hanno determinato, siano essi riorganizzazioni interne, di tipo tecnologico o meramente organizzative, siano crisi esterne di mercato; il licenziamento per gmo non implica riduzione di attività ma solo soppressione di posto, anche per ragioni di incremento di produttività.

Tale sistemazione suggerisce alcune considerazioni:

a) Il gmo può essere utilizzato anche in caso di crisi, ma in questo caso, il datore di lavoro, auto sottoponendosi allo *screening* di effettività, si espone a contestazioni di merito, su cui il giudice è legittimato a intervenire. La giurisprudenza rende di fatto ancor più cruciale la motivazione di licenziamento non nel senso della sindacabilità, di merito o di legittimità, ma solo nel senso della effettiva sussistenza.

b) Giusto il ragionamento proposto dalla recente Cass. n. 25201/2016, la nozione di licenziamento economico torna a divaricarsi: indirettamente si finisce, infatti, per riproporre una certa differenza qualitativa e non solo quantitativa tra licenziamento per gmo e licenziamento collettivo. L'art. 24 della legge n. 223/1991 fa riferimento alla riduzione o trasformazione di attività come elemento costitutivo della fattispecie e sembra, dunque, difficile – usando *a contrario* l'argomento dei giudici di legittimità – considerare all'interno del perimetro della fattispecie licenziamento collettivo un licenziamento meramente dettato da ragioni di riorganizzazione interna, a scopi di mero incremento di produttività, e non di riduzione di attività e dunque di crisi. La Suprema Corte sembra assestata, infatti, nel caso del licenziamento collettivo, a considerare la riduzione di attività, e quindi la crisi, come elemento costitutivo della fattispecie. In sintesi, in base al ragionamento esplicitato in Cass. n. 25201/2016, si finisce per riproporre una divaricazione delle due fattispecie di licenziamento economico: il licenziamento per gmo come indipendente dai motivi, il licenziamento collettivo, invece, connesso a riduzione di attività e dunque a una situazione di crisi che deve essere debitamente accertata dal giudice.

⁶¹⁸ Si veda il bel libro scritto per i giovani, ma utile per tutti, di V. PERRONE, *Il lavoro che sarai*, Feltrinelli, Milano, 2016 (in particolare, p. 105).

c) La stessa giurisprudenza testé citata sembra suggerire strategie di impugnazione del licenziamento per gmo che possono aver come esito la reintegra, anche a prescindere dalla manifesta insussistenza del fatto, vale a dire anche nel regime sanzionatorio del d.lgs n. 23/2015. Il combinato disposto tra insussistenza e pretestuosità, da provare e a cui applicare le «*comuni tutele del lavoratore dagli atti illeciti o discriminatori*» suona come un monito contro un uso datoriale distorto dello strumento; detto in altri termini, sbaglia chi pensa di sbarazzarsi di lavoratori scomodi o improduttivi e piega a questo scopo la scelta organizzativa e il licenziamento economico; si espone quanto meno a una valutazione giudiziale dell'atto di gestione quale atto in frode alla legge ex art. 1344 c.c se non come atto a causa illecita ex. 1343 c.c. Il licenziamento dichiarato oggettivo, ma che si riveli non essere ontologicamente tale in quanto non ne ricorre la benché minima parvenza, potrà essere riqualficato in termini di atto elusivo di una norma imperativa quale l'art. 3 comma 2, d.lgs. n. 23/2015⁶¹⁹.

Da qui il passo, per una migliore definizione del licenziamento per scarso rendimento, è breve. Ma questo è un altro, e ben più complicato, capitolo, tutto ancora da scrivere, anche da parte della giurisprudenza.

⁶¹⁹ In tal senso condivisibilmente C. Zoli, I licenziamenti (ricordando S. Magrini), relazione al convegno in ricordo di S. Magrini, Roma, Luiss, 5 maggio 2017, il quale aggiunge «Si tratta di una conclusione agevolmente sostenibile se il lavoratore prova di aver in precedenza ricevuto rimproveri o addirittura contestazioni, ovvero se riesce a fornire elementi presuntivi dai quali il giudice possa convincersi che il licenziamento ha natura intrinsecamente disciplinare. Ma al medesimo risultato potrebbe ugualmente pervenirsi se si ammette che “si sarebbe di fronte ad un uso distorto del potere datoriale di recesso, azionato per una causale diversa da quella consentita da norme imperative, che esigono la ricorrenza di un giustificato motivo oggettivo”, cosicché “potrebbe prospettarsi un vizio di nullità di cui all'articolo 1343 cod. civ. (.) Oppure, sempre invocando la frode alla legge, che – si ricorda – non richiede alcuna indagine sulle intenzioni dell'autore dell'atto, si potrebbe sostenere che si sia in presenza di un licenziamento per ragioni soggettive: infatti, tra le ragioni soggettive e quelle oggettive, al di fuori degli ambiti del licenziamento *ad nutum, tertium non datur*, cosicché, mancando le seconde, entrano in gioco necessariamente le prime. A quel punto il datore non potrebbe sottrarsi alla reintegra neppure dimostrando in giudizio che il prestatore di lavoro ha commesso addebiti sanzionabili in sede disciplinare, persino qualora essi siano fondati o comunque non appaiano tali da comportare in generale l'applicazione della tutela reale. Invero, da un lato, come anticipato (§ 3), si potrebbe sostenere che la contestazione disciplinare, e la possibilità di difendersi che essa comporta per il lavoratore, rappresenti elemento costitutivo del potere disciplinare e condizione di legittimità dell'atto di recesso. Dall'altro, in ogni caso, l'art. 3, comma 2, d. lgs. n. 23/2015 collega la reintegra, tra l'altro, proprio alla mancata contestazione di un fatto, oltre che all'insussistenza sul piano “materiale” che dovesse emergere in giudizio di tale fatto».