

Lucia Tria

La cessazione del rapporto di lavoro: licenziamento per giustificato motivo oggettivo, licenziamento collettivo e relative tutele. Mobilità e cassa integrazione nel contenzioso lavoristico¹

SOMMARIO

INTRODUZIONE

1.- Il “ruolo sociale” del giudice. 2.- Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo. Uno sguardo di insieme. 3.- Il blocco dei licenziamenti disposto dalla legislazione dell'emergenza COVID-19.

LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

4.- Definizione ed elementi della fattispecie:

• Effettività della causale; • Esistenza del nesso causale; • Criteri di scelta del lavoratore da licenziare; • Repêchage (ripescaggio); • Regime sanzionatorio

4.1.- La giurisprudenza della Corte di cassazione antecedente la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021. 4.2.- La sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021. 4.3.- La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018. 4.4.- La sentenza della Corte costituzionale n. 150 del 2020.

5.- Alcune ipotesi particolari di licenziamento per GMO:

• Licenziamento intimato per risoluzione del contratto di appalto; • Licenziamento per soppressione di uno specifico servizio legato alla cessazione di un appalto; • Licenziamento e trasferimento di azienda: potere di recesso del cedente; • Licenziamento per GMO e somministrazione di lavoro; • Licenziamento da parte delle aziende speciali delle Camere di commercio; • Licenziamento e detenzione del lavoratore.

6.- La comunicazione delle ragioni del licenziamento.

7.- Licenziamento discriminatorio, nullo o inefficace. Alcune ipotesi esemplificative:

a) Licenziamento intimato oralmente; b) Licenziamento solo in apparenza per GMO; c) Motivo illecito determinante; d) Licenziamento discriminatorio; e) Licenziamento ritorsivo; f) Licenziamento per GMO e periodo di comportamento; g) Licenziamento nel periodo di prova; h) Stato di gravidanza; i) Maternità; l) Matrimonio

8.- Licenziamento del lavoratore malato, disabile o divenuto fisicamente inidoneo al lavoro. Fattispecie esemplificative:

a) Malattia Scarso rendimento e GMO (vedi anche retro: Licenziamento per GMO e periodo di comportamento); b) Licenziamento dei disabili e dei lavoratori divenuti fisicamente o psichicamente inidonei allo svolgimento del lavoro: • Cass. n. 6497 del 09/03/2021 • Altre pronunce della Corte di cassazione • Clausole generali e pluralità di saperi del giudice

9.- Clausole generali e pluralità di saperi del giudice.

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

¹Relazione tenuta il 14 aprile 2021, nell'ambito del Programma delle settimane di formazione civilistica per i magistrati ordinari in tirocinio nominati con D.M. 18.07.2019 e 03.01.2020, Tirocinio mirato seconda Settimana, 12 – 16 aprile 2021 - organizzato dalla Scuola superiore della magistratura, da remoto.

10.- Introduzione. 11.- La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020. 12.- Pronunce recenti della Corte di giustizia UE. 13.- Recentissime dalla Corte di cassazione in materia di licenziamenti collettivi. 14.- Eccedenze di personale nel lavoro pubblico contrattualizzato.

INTEGRAZIONE SALARIALE e MOBILITA'

15.- Aggiornamento in materia di provvidenze per integrazione salariale e mobilità. 15.1.- Introduzione.

15.2.- Giurisprudenza della Corte di cassazione. Uno sguardo di insieme:

•Riparto di giurisdizione•Non necessaria coincidenza tra lavoratori da collocare in mobilità e lavoratori sospesi in CIGS • Specificità dei criteri per la CIGS. Valutazione•Violazione dei criteri di rotazione per la CIGS•Cassa integrazione guadagni in deroga•Natura dell'indennità di mobilità•Indennità di mobilità: estensione ai dipendenti delle imprese commerciali •Illegittima sospensione del rapporto da parte del datore di lavoro•Rientro dalla CIGS. Comportamento del datore di lavoro contrario all'art. 2087 cod. civ. •Decadenza dal diritto al trattamento di integrazione salariale•Società a partecipazione pubblica •Sgravi contributivi

16.- Conclusioni.

INTRODUZIONE

1.- Il “ruolo sociale” del giudice.

Da tempo i più attenti studiosi del diritto pongono l'accento sulla crisi della legge parlamentare come fonte di comandi univoci nell'ambito di quella che Gustavo Zagrebelsky² definisce “l'originaria e costitutiva doppia anima del diritto”—consistente nel comando delle leggi in senso formale e nelle valutazioni di giustizia materiale— tende a prevalere quest'ultima.

Di conseguenza, il richiamo a istanze di giustizia è largamente penetrato nel diritto positivo, nel ragionamento degli operatori, nelle motivazioni e nelle tecniche decisorie della giurisprudenza, specialmente nelle controversie in materia di diritti fondamentali³.

Tali controversie, infatti, sono quelle nelle quali il diritto riceve nel momento dell'esercizio dell'attività giurisdizionale la sua manifestazione maggiormente significativa e sono anche quelle di cui, istituzionalmente, si occupa la Corte costituzionale, ma di cui si occupano, nei rispettivi ambiti, le due Corti europee centrali.

Nell'intensificarsi del dialogo tra le Corti e i giudici, anche i c.d. giudici comuni e, per prima, la nostra Corte di cassazione sono chiamati, con sempre maggiore frequenza a risolvere questioni in cui sono implicati diritti fondamentali.

Ciò è accaduto anche per il notevole aumento di ricorsi in questa materia, dinanzi a tutti i giudici e alle Corti nazionali ed europee.

Dire che la c.d. giustizia materiale è in primo piano rispetto alla legge in senso formale significa che è in primo piano il “ruolo sociale” del giudice⁴, accanto a quello dell'avvocato.

2G. ZAGREBELSKY, *La legge e la sua giustizia*, Bologna, 2008.

3A. CANTARO. *Introduzione* in AA.VV. *Giustizia e diritto nella scienza giuridica europea*. Giappichelli, 2011

4 Si tratta di un argomento molto approfondito in dottrina. Di recente: P.RESCIGNO e S.PATTI, *La genesi della sentenza*, Il Mulino, 2016, ove gli autorevoli autori affrontano e descrivono le tecniche attraverso le quali oggi il giudice è chiamato a incidere, in modo talora determinante, sui contenuti della decisione, tanto attraverso la costruzione del fatto, quanto nel percorso di individuazione della regola del diritto.

Infatti, è soprattutto nello svolgimento di queste due attività – diverse ma complementari – che si manifesta nel modo più significativo la finalità propria del diritto, quale scienza da includere nel novero delle scienze sociali le quali, nell’ambito della categoria delle c.d. “scienze umane”, sono caratterizzate dal fatto di studiare comportamenti collettivi.

E per avere conferma di questo, è sufficiente ricordare le parole di Piero Calamandrei che in un bellissimo libro scritto nel 1935⁵, ma tuttora di grande attualità, ha sottolineato come queste due professioni non si possono fare impegnando solo il cervello e non anche il cuore.

Questo “ruolo sociale” è quello che al giudice è stato assegnato dalla Costituzione perché si manifesta attraverso le motivazioni dei provvedimenti che l’art. 111, sesto comma, Cost. prevede come obbligatorio in tutti i casi, con una scelta tutt’altro che scontata e non presente in molte Costituzioni

Ebbene, per i giudici del lavoro tutto questo è più immediatamente percepibile.

Del resto, è noto che la nostra Costituzione – nella quale la persona e il rispetto della persona hanno un ruolo centrale – per una precisa decisione, anziché dedicare un apposito articolo alla tutela della dignità umana, ha seguito una diversa impostazione, che si è tradotta nella solenne proclamazione, al primo comma dell’art. 1, che «l’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro».

In tal modo è stato creato un profondo collegamento tra democrazia e lavoro, configurandosi la questione democratica come questione del lavoro, come è stato acutamente osservato⁶.

Infatti, secondo la tesi più accreditata⁷, una simile scelta è stata fatta nell’ottica di considerare il lavoro dei singoli consociati non solo come il mezzo con cui mettere a frutto i propri talenti e procurarsi un reddito, ma soprattutto come lo strumento principale per dare «un contenuto concreto» alla partecipazione del singolo alla comunità e per tutelarne la dignità, la cui inviolabilità non è proclamata espressamente da nessun articolo della Costituzione (diversamente da quel che accade in altre Carte) nell’idea che circoscrivere in una disposizione tale concetto avrebbe potuto equivalere a sminuirne la portata, mentre esso rappresenta il “valore fondante” di tutta la Carta.

Ne consegue che, nel nostro ordinamento, per far vivere la democrazia non basta alzare il livello culturale della popolazione, ma è necessario farlo favorendo l’affermazione – come tipo di lavoro dominante – di un lavoro che sia compatibile con il modello avuto di mira dai Costituenti.

Cioè un lavoro diretto al benessere – materiale e spirituale – del singolo e della società e che consenta a ciascuno di coltivare le proprie aspettative personali – anche affettive – programmando, con sacrifici ma con serenità, il proprio futuro, in una condizione in cui vi sia armonia tra lo sviluppo della personalità individuale, che ha bisogno di certezze e di stabilità, e l’esperienza di vita e lavorativa.

5P. CALAMANDREI, *Elogio dei giudici scritto da un avvocato*, 1935

6G. ZAGREBELSKY, “*Fondata sul lavoro*”. *La solitudine dell’articolo 1*, Einaudi, 2013

7 Vedi l’intervista del Presidente emerito della Repubblica Ciampi rilasciata a FERNANDA CONTRI, VicePresidente emerito della Corte costituzionale, pubblicata sul *Secolo XIX* del 4 aprile 2010, p. 49. Inoltre, molti studiosi, nel corso della storia, hanno messo l’accento sul significato dell’*incipit* della nostra Costituzione, che qualcuno oggi vorrebbe cambiare. Fra gli altri si può ricordare C. MORTATI, secondo il quale «nella Costituzione italiana, il lavoro posto a base della Repubblica, non è fine in sé o mero strumento di guadagno, ma mezzo di affermazione della personalità del singolo, garanzia di sviluppo delle capacità umane e del loro impiego».

Un lavoro che non è solo un mezzo di sostentamento economico, ma anche una forma di accrescimento della professionalità e di affermazione dell'identità, personale e sociale, come tale tutelato dagli articoli 1, 2 e 4 Cost. (Cass. 18 giugno 2012, n. 9965).

In questa ottica la tutela del diritto ad un lavoro dignitoso è stata collegata a quella del diritto alla salute, tanto che a questi due diritti è stata attribuita una configurazione simile, essendo stati entrambi delineati in una duplice dimensione sia individuale – cioè come diritti fondamentali delle singole persone – sia anche sociale.

Tale impostazione trova riscontro anche nelle disposizioni della Costituzione in cui si fa espresso riferimento alla “dignità” e, precisamente:

- nell'art. 3, primo comma, Cost., ove, a proposito del principio di uguaglianza, si parla di «pari dignità *sociale*»;
- nell'art. 36, primo comma, Cost., ove il diritto ad un'equa retribuzione è collegato all'obiettivo di assicurare «una esistenza libera e *dignitosa*» al lavoratore e alla sua famiglia;
- nell'art. 41, secondo comma, Cost., ove si stabilisce che l'iniziativa economica privata non possa «svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla *dignità* umana».

2.- Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e licenziamento collettivo. Uno sguardo di insieme.

Siamo così arrivati all'argomento della presente relazione perché il licenziamento per giustificato motivo oggettivo così come il licenziamento collettivo, avendo la loro base in motivazioni legate agli aspetti economici e/o organizzativi del datore di lavoro, sono, fra i licenziamenti, quelli in cui i rapporti tra tutela della dignità del lavoratore e quella della libertà d'impresa sono particolarmente pregnanti.

Quindi in entrambi i casi il ruolo del giudice è di grande rilievo e le risposte da dare sono complesse, sia pure per ragioni diverse.

Nel caso del licenziamento collettivo è prevista una procedimentalizzazione sulla base di una disciplina legislativa anche di origine UE e la difficoltà dipende dalla complessità della vicenda di fatto che comporta la valutazione di plurime diverse situazioni.

Nel caso del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la vicenda di fatto non è normalmente particolarmente complessa ma la normativa è piuttosto scarna e piena di riferimenti a clausole generali che il giudice è chiamato ad interpretare in riferimento alla fattispecie *sub judice*.

Per entrambi gli istituti gli approfondimenti di dottrina sono numerosissimi così come le pronunce giurisprudenziali.

In questa sede mi limiterò, pertanto, ad un sintetico quadro di insieme delle questioni più rilevanti includendo anche il licenziamento dei disabili e facendo principale riferimento alla evoluzione della giurisprudenza e alle più recentidecisioni anche della Corte costituzionale.

Fra queste ultime va ricordata la recentissima sentenza n. 59 del 2021, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge 28 giugno 2012, n. 92, nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerta la manifesta insussistenza del fatto

posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «può altresì applicare» – invece che «applica altresì» – la disciplina di cui al medesimo art. 18, quarto comma.

In questa importante sentenza – il cui contenuto verrà illustrato più avanti – la Corte è pervenuta alla suddetta conclusione accogliendo, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Ravenna riguardante l'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla cosiddetta legge Fornero (legge n. 92 del 2012), nella parte relativa alla previsione della facoltà e non dell'obbligo del giudice di reintegrare il lavoratore arbitrariamente licenziato in mancanza di giustificato motivo oggettivo. L'argomento centrale della Corte è quello secondo cui in caso di insussistenza del fatto – che, oltretutto per il licenziamento economico, deve essere manifesta – la suindicata disposizione comporta una irragionevole disparità di trattamento tra il licenziamento economico e quello per giusta causa, perché in quest'ultima ipotesi è stabilito l'obbligo della reintegra mentre nell'altra è lasciata alla discrezionalità del giudice la scelta tra la stessa reintegra e la corresponsione di un'indennità.

A complemento della presente relazione rinvio alle sentenze (in testo integrale) ad essa allegate e della cui allegazione viene data notizia in nota in carattere grassetto nel corso della trattazione.

3.- Il blocco dei licenziamenti disposto dalla legislazione dell'emergenza COVID-19.

Preliminarmente, va sottolineato che, per effetto della legislazione dell'emergenza COVID-19, ormai da più di un anno resta preclusa, in via generalizzata – e da ultimo in base al d.l. 23 marzo 2021, n. 41 (c.d. decreto Sostegni) fino al 30 giugno 2021 – e indipendentemente dal numero dei dipendenti, la facoltà di recedere dal contratto di lavoro per giustificato motivo oggettivo ai sensi all'art. 3 della legge n. 604 del 1966, confermando la sospensione anche delle procedure in corso di cui all'art. 7 della stessa legge avviate successivamente al 23 febbraio 2020.

È anche precluso l'avvio delle procedure di licenziamento collettivo ai sensi degli articoli 4, 5 e 24 della legge n. 223 del 1991 e restano sospese le procedure pendenti avviate successivamente alla data del 23 febbraio 2020, fatte salve le ipotesi in cui il personale interessato dal recesso, già impiegato nell'appalto, sia riassunto a seguito di subentro di nuovo appaltatore in forza di legge, di contratto collettivo nazionale di lavoro o di clausola del contratto di appalto.

L'art. 8, commi 2, 8 e 10, del decreto Sostegni, con disciplina innovativa ha previsto un prolungamento dal 1° luglio al 31 ottobre 2021 e sempre indipendentemente dal numero dei dipendenti dell'applicazione dello stesso regime, in riferimento sia ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo sia ai licenziamenti collettivi, nei confronti dei datori di lavoro che accedono alla CIGD (Cassa Integrazione Guadagni in Deroga), all'ASO (Assegno Ordinario dei Fondi di solidarietà) e alla CISOA (Cassa Integrazione Speciale per gli operai e impiegati a tempo indeterminato dipendenti da imprese agricole) e quindi delle sole aziende che non rientrano nel campo di applicazione della Cassa Integrazione Guadagni Ordinaria (CIGO).

Le sospensioni e le preclusioni non operano nelle seguenti ipotesi: licenziamenti motivati dalla cessazione definitiva dell'attività dell'impresa, conseguenti alla messa in liquidazione della società senza continuazione, anche parziale, dell'attività; nei casi in cui nel corso della liquidazione non si configuri la cessione di un complesso di beni o attività che possano configurare un trasferimento d'azienda o di un ramo di essa (art. 2112 cod. civ.); nelle ipotesi di accordo collettivo

aziendale, stipulato dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, di incentivo alla risoluzione del rapporto di lavoro.

L'art. 15 del decreto n. 41 cit. contiene "Misure a sostegno dei lavoratori in condizione di fragilità" e ripristina, fino al 30 giugno 2021, la norma (scaduta il 15 ottobre 2020) che stabilisce l'equiparazione dell'assenza dal lavoro, a causa della particolare condizione di fragilità, al ricovero ospedaliero nonché lo svolgimento dell'attività lavorativa, per questi lavoratori, di norma in modalità "agile" (smart working).

Si prevede, quindi, un incremento del contenzioso alla fine del blocco.

Sul punto mi limito a ricordare la recente ordinanza del 26 febbraio 2021⁸ con la quale il Tribunale di Roma ha dichiarato illegittimo il licenziamento di un dirigente intimato durante il periodo di "blocco" dei licenziamenti, previsto in generale per i recessi per giustificato motivo oggettivo. Nell'ordinanza si rileva che la "ratio" del "blocco" dei licenziamenti "appare essere evidentemente quella, in un certo senso di ordine pubblico, di evitare in via provvisoria che le pressoché generalizzate conseguenze economiche della pandemia si traducano nella soppressione immediata di posti di lavoro". Questo si traduce in una compressione temporanea della libertà di iniziativa economica di cui sull'art. 41 Cost., tendenzialmente destinata a trovare contemperamento in misure di sostegno alle imprese e ispirata ad un criterio di solidarietà sociale consistente nel non lasciare che il danno pandemico si scarichi sistematicamente ed automaticamente sui lavoratori (in conformità con gli artt. 2 e 4 Cost.). Tale esigenza, ad avviso del Tribunale, è da considerare sicuramente comune anche ai dirigenti i quali anzi sono più esposti al rischio di perdere il lavoro, stante la maggiore elasticità del loro regime contrattual-collettivo di preservazione dai licenziamenti arbitrari (cd. giustificatazza) rispetto a quello posto dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966 (ex plurimis, tra le più recenti, Cass. 34736 del 2019).

Tale circostanza, secondo il Tribunale, già pone "in limine" un problema di ragionevolezza della dei dirigenti dal blocco dei licenziamenti per GMO in rapporto con l'art. 3 Cost., problema rafforzato (si direbbe "raddoppiato") dal fatto che i dirigenti sono invece protetti in caso di licenziamento collettivo (art. 24, co. 1, legge n. 223 del 1991 nel testo novellato dall'art. 16, co. 1, lett. a, legge n. 161 del 2014).

In sintesi, il Tribunale sottolinea che "se è difficile capire perché i dirigenti dovrebbero essere esclusi da un 'blocco' dei licenziamenti chiaramente improntato al criterio della preclusione della giustificazione economica, ancor meno risulta comprensibile perché il divieto dovrebbe operare per costoro in caso di licenziamento collettivo e non in caso di licenziamento individuale, a differenza degli altri lavoratori".

Anzi il divieto previsto per i licenziamenti collettivi porta alla significativa conclusione che il legislatore non abbia in realtà inteso fondare una distinzione basata sullo "status" del lavoro dirigenziale e sulla particolarità di esso.

La "giustificatazza oggettiva" del recesso dei dirigenti condivide sostanzialmente la natura – salvo il più ampio ambito di legittimazione al recesso – del giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della legge n. 604 cit. perché anch'essa attiene comunque a "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso". Ne deriva che il riferimento della legge all'art. 3 cit. va inteso come diretto ad identificare la natura della ragione che

⁸Allegata alla presente relazione, in testo integrale.

non può essere posta a fondamento del recesso, non a delimitare l'ambito soggettivo di applicazione del divieto; funzione che, se il legislatore avesse inteso perseguire, si sarebbe presumibilmente tradotta in una diversa tecnica normativa (soggettiva e non tipologica).

Questa lettura appare al Tribunale preferibile “se del caso per via costituzionalmente orientata”, con la precisazione che, in mancanza di diversa revisione specifica, deve trovare applicazione l'art. 18, co. 1, della legge n. 300 del 1970 c.m. dalla legge n. 92 del 2012, trattandosi di sicura “nullità virtuale” secondo l'art. 1418, primo comma, cod. civ., disposizione imperativa che vieta il recesso.

Il Tribunale ha, quindi, ordinato alla società convenuta di reintegrare il ricorrente nel posto di lavoro, e ha condannato la medesima al risarcimento del danno, in misura pari all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento alla reintegrazione, oltre agli accessori di legge (artt. 429 cod. proc. civ. e 150 disp. att. cod. proc. civ.) e al versamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

Si tratta di un provvedimento innovativo e interessante che sta facendo molto discutere gli interpreti.

oooooooooooooooooooo

LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

4.- Definizione ed elementi della fattispecie.

In base alla seconda parte dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 «il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato [...] da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa».

Gli elementi della fattispecie sono i seguenti:

- a) effettività della causale
- b) esistenza del nesso causale
- c) repêchage
- d) criteri di scelta del lavoratore da licenziare

Ovviamente, la valutazione dei suddetti elementi è complessiva, non atomistica.

a) Effettività della causale

Secondo l'interpretazione giurisprudenziale – ormai assurta al rango di “diritto vivente” nella giurisprudenza sia della Corte di cassazione sia dei giudici del merito – a partire da Cass. 7 dicembre 2016, n.25201⁹ l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare per giustificare il recesso, anche se non è sufficiente addurre un risparmio dei costi per licenziare, occorrendo che sia disposto un riassetto organizzativo effettivo che determini la soppressione della posizione lavorativa. Se però il licenziamento sia stato motivato richiamando l'esigenza di fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli ed in giudizio si accerta che la ragione indicata non sussiste, il

⁹Allegata alla presente relazione, in testo integrale.

recesso può risultare ingiustificato per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità e sulla pretestuosità della causale addotta dall'imprenditore; quindi il sindacato del giudice è sempre esteso al controllo sulla effettività e non pretestuosità della scelta organizzativa a monte e sul nesso di causalità tra essa ed il licenziamento¹⁰.

Nella sentenza capofila (n. 25201 del 2016), la Corte ha dato atto dell'esistenza di due orientamenti interpretativi da tempo presenti in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo:

a) il primo secondo cui alla base di detto licenziamento doveva esservi la necessità di far fronte a situazioni sfavorevoli non contingenti comportanti scelte in termini di riassetto organizzativo dell'azienda e, tra queste, la necessità di sopprimere determinati posti di lavoro;

b) il secondo per il quale la legittimità della risoluzione del rapporto di lavoro deriva dalla decisione dall'imprenditore a seguito di riorganizzazioni e ristrutturazioni aziendali dal medesimo adottate nell'esercizio della libera iniziativa economica, quali ne siano le finalità e quindi anche quelle volte al risparmio di costi o all'incremento dei profitti.

La Corte ha anche sottolineato la convergenza dei due suddetti indirizzi su due aspetti: l'esistenza di un limite all'esercizio del potere datoriale rappresentato dalla non pretestuosità della scelta organizzativa; il riconoscimento del potere giudiziale di controllo sull'effettività della scelta medesima e sul nesso causale tra questa e la soppressione del posto di lavoro.

Nella sentenza si è, preliminarmente, rilevato che, in via meramente ipotetica, il legislatore potrebbe stabilire – nella cornice costituzionale costituita dagli artt. 3 e 41 Cost. – che il licenziamento per motivo oggettivo possa ritenersi giustificato solo in presenza di una accertata crisi d'impresa, ma questo non è avvenuto nel caso dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, sicché in mancanza di una espressa disposizione al riguardo, tale condizione non è ricavabile aliunde in via interpretativa.

Ne deriva che “esigere la sussistenza di una situazione economica sfavorevole per rendere legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo significa inserire nella fattispecie legale astratta disegnata dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966 un elemento fattuale non previsto, con una interpretazione che trasmoda inevitabilmente, talvolta surrettiziamente, nel sindacato sulla congruità e sulla opportunità della scelta imprenditoriale”, in contrasto con quanto costantemente ribadito dalla giurisprudenza di legittimità ed espressamente statuito dall'art. 30, comma 1, della legge n. 183 del 2010.

La Corte ha altresì sottolineato che la suindicata interpretazione non presenta profili di tensione con l'ordinamento dell'Unione europea.

Tra le possibili ipotesi di ristrutturazione organizzativa costituente “la ragione inerente all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro” che può legittimare il licenziamento ai sensi del citato art. 3 della legge n. 604 cit. dando luogo ad un effettivo ridimensionamento riferito alle unità di personale impiegate in una ben individuata posizione lavorativa, la Corte – senza carattere di esaustività, ma solo in via esemplificativa sulla scorta di casi già esaminati – ha enumerato le seguenti:

¹⁰ Tra i provvedimenti conformi alla sentenza citata nel testo si vedano: Cass. n. 4015/2017; Cass. n. 10699/2017, Cass. n. 13015/2017, Cass. n. 24882/2017; Cass. n. 29238/2017; Cass. n. 10435/2018; Cass. n. 19302/2019; Cass. n. 3819/2020; Cass. n. 15400/2020; Cass. n. 15401/020; Cass. n. 1514/2021).

- la soppressione della posizione lavorativa del dipendente licenziato
- la redistribuzione delle mansioni del lavoratore licenziato tra più dipendenti già in forze
- la innovazione tecnologica che rende superfluo l'apporto del lavoratore
- la cd. esternalizzazione della sua attività a terzi

A tali situazioni possono aggiungersi, sempre in via esemplificativa:

- il riassetto organizzativo dell'impresa per una più economica gestione
- la contrazione dell'attività produttiva e così via

- la "delocalizzazione" che nasce dalla scelta dell'impresa di spostare altrove – in tutto o in parte – la propria attività produttiva e nella larga maggioranza dei casi in un diverso Paese. Si tratta di una situazione che non coincide la esternalizzazione, anche se può accadere che le due scelte siano contestuali.

Infatti, con il termine delocalizzazione si allude ad un mero spostamento geografico dell'attività produttiva, a prescindere da ogni variazione della struttura giuridica del soggetto imprenditore (può così accadere che una medesima casa-madre apra una filiale o unità produttiva all'estero continuando a produrre in prima persona lo stesso bene o servizio, ma in un luogo diverso) mentre con il termine esternalizzazione si allude alla dismissione di una fase o parte dell'attività produttiva prima realizzata dall'impresa al suo interno, seguita dalla riacquisizione del prodotto, del semilavorato, del servizio realizzato ora da un terzo, a prescindere da ogni variazione spaziale (può così accadere che il terzo realizzi il prodotto, il semilavorato o il servizio all'interno dello stabilimento dell'impresa esternalizzante)¹¹. I licenziamenti per ragioni economiche – licenziamento individuale per GMO e licenziamenti collettivi – sono fra gli strumenti maggiormente utilizzati per le delocalizzazioni, ma va anche considerato che, in questo ambito, il diritto del lavoro viene chiamato in causa solo in alcune ipotesi perché "le strategie di delocalizzazione aggirano in misura consistente gli strumenti giuslavoristici per avvalersi invece delle soluzioni offerte dal diritto commerciale"¹², grazie anche alla mancanza, in ambito UE, di una politica fiscale comune tra tutti gli Stati membri¹³.

Quest'ultimo problema è molto complesso e dibattuto, mi limito a ricordare la nota sentenza della Corte di Giustizia UE del 12 settembre 2006, C-196/04 Cadbury-Schweppes, con la quale è stato stabilito che la libertà di stabilimento consente di localizzare ai fini dell'imposta sul reddito un'impresa in un Paese UE anche per sole motivazioni fiscali, purché non si tratti di "costruzioni puramente artificiali, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normale imposta sugli utili generati da attività svolte sul territorio nazionale".

In ogni caso va sottolineato che la Corte, nell'anzidetta sentenza, ha altresì specificato che i suddetti effetti di ristrutturazione organizzativa possono essere originati dall'obiettivo di una migliore efficienza gestionale o produttiva ovvero finalizzati ad un incremento della redditività d'impresa (e quindi eventualmente del profitto) e non solo determinati dalla necessità di fare fronte a situazioni economiche sfavorevoli non contingenti oppure a spese straordinarie.

¹¹ Vedi, in materia: M. T. CARINCI, *Le delocalizzazioni produttive in Italia: problemi di diritto del lavoro*, Working Paper, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", "IT – 44/2006, centrostudidantona@lex.unict.it

¹² Vedi: M. T. CARINCI cit.

¹³ Vedi, per tutti: LIVIA SALVINI, *I regimi fiscali e la concorrenza tra imprese*, *Giur. comm.*, 2016, 130/1 e ss.

Ma ha anche aggiunto che questo non significa affatto che la decisione imprenditoriale sia sottratta ad ogni controllo e sfugga a ben precisi limiti.

Infatti, tutti i diversi orientamenti sono concordi in ordine all'esistenza del controllo giudiziale sull'effettività del ridimensionamento nonché sul nesso causale tra la ragione addotta e la soppressione del posto di lavoro del dipendente licenziato.

Parimenti costituisce limite al potere datoriale costantemente affermato dalla giurisprudenza di legittimità quello identificato nella non pretestuosità della scelta organizzativa, che comporta che resti saldo il controllo del giudice sulla effettività e non pretestuosità della ragione concretamente addotta dall'imprenditore a giustificazione del recesso.

E è stata ricordata la costante affermazione secondo cui: "il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi di riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., ma al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore. Pertanto, non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità la scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato" (Cass. n. 24235 del 2010; Cass. n. 15157 del 2011; Cass. n. 7474 del 2012; tra le più recenti conformi: Cass. n. 18409 del 2016; Cass. n. 16544 del 2016; Cass. n. 6501 del 2016; Cass. n. 12242 del 2015; Cass., ord. VI sez., n. 25874 del 2014, queste ultime in motivazione).

Così se il licenziamento è motivato dall'esistenza di una crisi aziendale o di un calo del fatturato e in giudizio si accerta invece che la ragione indicata non sussiste, il recesso può essere dichiarato illegittimo dal giudice del merito non per un sindacato su di un presupposto in astratto estraneo alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo, bensì per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità o sulla pretestuosità della ragione addotta dall'imprenditore. Infatti, l'inesistenza del fatto messo a fondamento del licenziamento così come giudizialmente verificata rende in concreto il recesso privo di effettiva giustificazione. Inoltre, deve sempre essere verificato il nesso causale tra l'accertata ragione inerente all'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.

Tanto premesso, la Corte ha deciso di dare continuità, al fine di consolidarlo, al secondo orientamento innanzi delineato, ribadendo, altresì un principio già affermato nella giurisprudenza di legittimità secondo cui, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quel che è vietato al datore di lavoro "non è la ricerca del profitto mediante riduzione del costo del lavoro o di altri fattori produttivi (nell'ottica dell'art. 41 primo comma, Cost. la libertà di iniziativa economica è finalizzata alla ricerca del profitto), ma il perseguire il profitto (o il contenimento delle perdite) soltanto mediante un abbattimento del costo del lavoro realizzato con il puro e semplice licenziamento d'un dipendente che, a sua volta, non sia dovuto ad un effettivo mutamento dell'organizzazione tecnico-produttiva, ma esclusivamente al bisogno di sostituirlo con un altro da retribuire di meno, malgrado l'identità (o la sostanziale equivalenza) delle mansioni"(Cass. SU n.

3353 del 1994; conf. Cass. n. 3899 del 2001; nonché Cass. 21 luglio 2016, n. 15082 e Cass. n. 13516 del 2016, in motivazione).

In definitiva, la Corte di cassazione ha anche sottolineato che la combinazione degli indicati 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 autosufficienti ed insindacabili dell’imprenditore”.

Di qui la cassazione della sentenza impugnata nella quale, in mancanza di prova da parte del datore di lavoro dell’esigenza di fare fronte a sfavorevoli e non contingenti situazioni economiche ovvero per sostenere notevoli spese di carattere straordinario, era stata ritenuta non sufficiente ai fini della legittimità del licenziamento del lavoratore “la dimostrazione dell’effettività della riorganizzazione” che pure risultava coerente con la motivata esigenza tecnica di rendere più efficiente la gestione aziendale.

Pur essendosi, come si è detto, la giurisprudenza nazionale conformata alla sentenza n. 25201 del 2016, i principi in essa affermati sono stati – e sono tuttora – oggetto commenti di dottrina anche critici¹⁴, basati specialmente sull’assunto secondo cui le condizioni economiche sfavorevoli in essa sarebbero configurate come un “presupposto fattuale” “estraneo” alla fattispecie, sicché non sarebbero state configurate come il presupposto implicito della legittimità del recesso (pure capace di imporsi ove incluso nelle motivazioni scritte del licenziamento. Pertanto, non sarebbe stato individuato un confine netto tra la categoria di giustificato motivo oggettivo e le scelte imprenditoriali e non sarebbero stati considerati principi costituzionali di tutela del lavoro e della dignità dei lavoratori, attuati attraverso la legislazione del 1966 e del 1970 come una garanzia di stabilità del posto di lavoro sacrificabile, a tutela del contrapposto interesse datoriale, unicamente in presenza di ragioni serie e non eludibili, di condizioni necessitanti un intervento di riorganizzazione aziendale. Si è sostenuto, quindi, che con la contestata impostazione si finirebbe per cadere nell’errore prospettico, ma sostanziale, di individuare quale filtro di costituzionalità e quindi banco di prova della tenuta costituzionale della norma, unicamente il principio di libertà di iniziativa economica privata, così retrodatando la lettura restrittiva dei diritti dei lavoratori e del loro fondamento costituzionale, in uno con la visione espansiva e quasi protettiva degli interessi delle imprese e dello spazio di manovra delle stesse, che è alla base della legislazione che ha introdotto il contratto a tutele crescenti¹⁵.

In questa ottica si è affermato che la sentenza avrebbe aderito alla tendenza volta alla riduzione del controllo giudiziale delle decisioni di gestione dell’impresa, che si vuole esente da condizionamenti esterni (che non siano quelli fondati su espresse norme di legge o sull’azione esterna dell’autonomia collettiva), ridimensionando così il ruolo della giurisprudenza del lavoro che fin dagli albori è stato centrale e finalizzato al contemperamento per via giudiziale di interessi costituzionalmente rilevanti (come sono quelli relativi, da un lato, alla libertà economica e dall’altro alla tutela del lavoro), mentre per effetto dell’indicato orientamento la giurisprudenza avrebbe il

14 Per un’ampia ricostruzione dell’orientamento espresso nella citata sentenza (poi consolidatosi) con ampi richiami dei dottrina adesiva e critica vedi: M. FERRARESI, *Recenti sviluppi del dibattito sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento Dall’apparato sanzionatorio alla fattispecie*, Università degli Studi di Pavia 2017 ADAPT University Press www.bollettinoadapt.it

15 Vedi per tutti: C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, www.questionegiustizia.it 8 febbraio 2017

prevalente ruolo di garantire la deliberazione unilaterale dell'imprenditore, vagliata esclusivamente per la effettività e veridicità di quanto dallo stesso addotto¹⁶.

Alcuni hanno anche rilevato che il superamento della tesi secondo cui il presupposto del licenziamento per GMO deve essere l'andamento negativo (consistente e non contingente) dell'azienda avrebbe comportato anche il superamento della concezione del licenziamento quale *extrema ratio*, il che non sarebbe suffragato né dalla lettera dell'art. 3, legge 15 luglio 1966, n. 604, né dal dato costituzionale, i quali fanno propendere per la soluzione opposta.

Alcuni autori hanno anche sostenuto che il nuovo indirizzo giurisprudenziale sia stato influenzato dalle coeve riforme legislative¹⁷.

Ma non sono mancati molti autorevoli commenti adesivi¹⁸ che spesso muovono dall'osservazione secondo cui, sul piano sistematico, la concezione del licenziamento come *extrema ratio* avesse come fondamento prossimo la tutela reale ex art. 18 St.lav. (nel testo originario) con il conseguente "diritto al posto" o alla stabilità del rapporto¹⁹, aggiungendo che questa impostazione, prima modificata dalla legge n. 92 del 2012, è stata poi superata dal d.lgs. n. 23 del 2015.

In questa ottica si è sottolineato come per valutare la "la nuova impostazione" adottata dalla Corte di cassazione ciò che conta è rilevare che corrisponde meglio al significato dell'art. 3, legge n. 604 del 1966 ed è maggiormente coerente con l'evoluzione dell'ordinamento.

Inoltre, in essa, per bloccare sul nascere l'obiezione sulla reviviscenza del recesso ad nutum, fondato su qualsivoglia ragione economica datoriale, è stato specificato che anche il fine di mero profitto non elimina il vaglio del giudice: sia perché occorre pur sempre riscontrare una modifica organizzativa, effettiva e non pretestuosa (nel caso, citato, di riduzione di personale accompagnata dalla redistribuzione delle mansioni, la prova di un abuso, quantomeno, dello straordinario smentirebbe ad es. la causale addotta); sia perché la ragione del licenziamento deve essere successiva all'assunzione, dovendosi dunque configurare un *quid novi*; sia perché la posizione effettivamente soppressa deve potersi riferire (c.d. nesso causale) alla ragione del recesso²⁰.

Sul punto dell'illegittimità della mera sostituzione motivata dal costo del prestatore alcuni autori rilevano che il criterio del costo del prestatore viene recuperato dalla Corte di cassazione nei criteri di scelta, ma l'argomento è dibattuto²¹.

16 Peraltro, per meglio comprendere la varietà di posizioni, vedi M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017, secondo cui i motivi di mero profitto o di riparazione di perdite fuoriescono dalla fattispecie e dunque, anche se esternati, non dovrebbero formare oggetto di verifica da parte del giudice (nel senso dell'a., vedi: Cass. 18 novembre 2015, n. 23620). G. IANNIRUBERTO, *Iniziativa economica e tutela del lavoro*, *Riv. it. dir. lav.*, 2020, I, 515e ss. per un interessante commento incentrato sulla responsabilità sociale dell'impresa alla luce della Costituzione.

17 Vedi per tutti: V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: giurisprudenza e dottrina a confronto*, Giappichelli, Torino, 2017

18 Fra gli altri: M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 133 ss.;

19 Vedi, in tal senso, ad esempio: ad es. M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Angeli, Milano, 1975, 386

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

21 Una parte della dottrina ritiene che, sul punto dell'illegittimità della mera sostituzione motivata dal costo del prestatore, la Corte si sia contraddetta: V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio* etc. cit.; C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione*

Comunque, come si è detto, l'indicata impostazione è tuttora seguita dalla giurisprudenza della Corte di cassazione e da quella nazionale assolutamente maggioritaria e ciò è dovuto principalmente al fatto che essa ha il pregio di avere delineato in modo esauriente e costituzionalmente orientato il contenuto fattuale e precettivo delle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", che prima venivano intese in modo spesso non collimante nei diversi giudizi.

Ma, al contempo, tale indirizzo, grazie all'articolata motivazione che lo sostiene, ha altresì contribuito a delineare lo spazio del controllo giudiziale, senza ridimensionarlo ma configurandolo entro ambiti più certi che in passato anche se necessariamente non determinabili a priori, dato il tipo di fattispecie, ma comunque da intendere come finalizzato alla valutazione coordinata di tutti gli elementi che contraddistinguono il tipo di licenziamento in esame

Alla suddetta definizione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo si collegano tre principali questioni:

- la sussistenza del nesso causale tra recesso datoriale e motivo addotto a suo fondamento;
- la individuazione dei criteri per evitare che la ragione organizzativa di cui all'articolo 3 legge 604 del 1966 (causa) si identifichi con la mera soppressione del posto di lavoro (effetto), con il rischio che il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tramodi in licenziamento ad nutum e/o discriminatorio;
- la collocazione sistematica, nell'ambito del giustificato motivo oggettivo, dell'obbligo del repêchage, cui è strettamente connesso il tema degli effetti giuridici della violazione dell'obbligo e del tipo di tutele applicabili.

b) Esistenza del nesso causale

Il principio di base in materia è che, per l'affermazione della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, non è sufficiente accertare la sussistenza delle ragioni addotte dal datore di lavoro a sostegno della modifica organizzativa attuata, essendo sempre necessario che dette ragioni incidano, in termini di causa efficiente, sulla posizione lavorativa ricoperta dal lavoratore licenziato, solo così potendosi verificare la non pretestuosità del recesso.

In base a detto principio è stata, ad esempio, confermata la sentenza di merito che aveva dichiarato illegittimo il licenziamento intimato perché, pur avendo accertato la riduzione del fatturato e l'eliminazione di una specifica attività aziendale, aveva anche rilevato che il lavoratore licenziato, formalmente inserito nell'organigramma quale addetto a tale attività, non vi era mai stato adibito in concreto (Cass. n. 8661 del 28/03/2019).

Nella medesima ottica, secondo la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione: ai fini della legittimità del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro

della Corte di Cassazione, in Riv. it. dir. lav., 2017, I, 161-162. Secondo M.T. CARINCI, L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act, in Riv. it. dir. lav., 2017, I, 215, la preclusione della sostituzione deriva dal divieto di concorrenza tra lavoratori ex art. 39 Cost. e dall'art. 2113 c.c. Peraltro, il criterio del costo del prestatore viene però recuperato dalla Corte di cassazione nei criteri di scelta. Esclude che la sostituzione possa avvenire anche con un lavoratore più produttivo R. DE LUCA TAMAJO, Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, in A. PERULLI(a cura di), Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

debba necessariamente provare, essendo sufficiente che la scelta imprenditoriale abbia comportato la soppressione del posto di lavoro e che le ragioni addotte dal datore di lavoro a sostegno della modifica organizzativa da lui attuata abbiano inciso, in termini di causa efficiente, sulla posizione lavorativa ricoperta dal lavoratore licenziato. Il licenziamento risulterà ingiustificato, per la mancanza di veridicità o la pretestuosità della causale addotta, in presenza dell'accertamento in concreto dell'inesistenza di dette ragioni, cui il giudice sia pervenuto senza però attribuire rilievo all'assenza di effettive motivazioni economiche, perché ciò integrerebbe una insindacabile valutazione di scelte imprenditoriali, che si pone in violazione dell'art. 41 Cost. In applicazione del suddetto principio, è stata cassata la sentenza di merito che - in relazione a vicenda in cui era stata accertata l'effettiva soppressione della posizione della lavoratrice licenziata e la sua diretta dipendenza causale dalla ragione riorganizzativa aziendale - aveva ritenuto non giustificato il licenziamento, dando peso al non dimostrato squilibrio tra costi di gestione e margini di competitività dell'impresa e alla mancanza di allegazione della variabile di incidenza dei costi e degli effetti sulla redditività nel mercato, oltre che alla "insostenibilità economica di un organico composto da due ulteriori unità" (Cass. n. 15400 del 20/07/2020).

Cass. n. 3819 del 14/02/2020 ha cassato la sentenza impugnata che, con riferimento al licenziamento intimato ad un lavoratore per effetto di una redistribuzione delle mansioni, aveva ritenuto che andasse provata non la effettività della riorganizzazione, bensì l'andamento economico negativo - dedotto dal datore a fondamento della predetta riorganizzazione soltanto in sede di comparizione per l'espletamento del tentativo di conciliazione - che aveva imposto la riduzione dei costi e la rimodulazione dell'organizzazione del lavoro. La Corte è pervenuta a tale conclusione sulla base del seguente principio: "in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato al lavoratore per soppressione del posto determinata da una diversa redistribuzione delle mansioni tra il personale in servizio, il riscontro di effettività deve concernere la sola scelta aziendale di sopprimere il posto di lavoro occupato dal lavoratore medesimo e la verifica del nesso causale tra soppressione del posto e le ragioni dell'organizzazione aziendale addotte a sostegno del recesso, essendo irrilevante l'obiettivo perseguito dall'imprenditore (consista esso in una migliore efficienza, in un incremento della produttività, ovvero nella necessità di far fronte a situazioni economiche sfavorevoli o a spese straordinarie), a meno che l'obiettivo in questione, posto esclusivamente a base della causale addotta come causa diretta del recesso, si riveli pretestuoso e carente di veridicità".

Nella sentenza n. 29101 del 11/11/2019 la Corte di cassazione ha confermato la sentenza di merito nella quale era stato ritenuto che la giustificazione addotta a supporto del licenziamento, incentrata sul venir meno dell'attività dal lavoratore dedicata al telegiornale ed alle trasmissioni di un canale televisivo ceduto dalla società datoriale ad altra emittente televisiva, fosse stata smentita dall'istruttoria, essendo emerso che il predetto lavoratore, al momento del recesso, era adibito in via prevalente ad altre mansioni, rimanendo così escluso il necessario nesso causale tra la cessione del canale televisivo ed il licenziamento. Nell'occasione è stato affermato il seguente principio: "in tema di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, la ritenuta mancanza di un nesso causale tra recesso datoriale e motivo addotto a suo fondamento è sussumibile nell'alveo di quella particolare evidenza richiesta per integrare la manifesta insussistenza del fatto che giustifica, ai sensi dell'art. 18, comma 7, legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, la tutela reintegratoria attenuata".

La suindicata sentenza è conforme alla sentenza n. 31496 del 05/12/2018 nella quale, in base al medesimo principio, è stata confermata la sentenza di merito che aveva ritenuto pretestuoso il

licenziamento dell'unico dipendente della società con mansioni impiegatizie, motivato dalla cessazione di uno dei cinque contratti di appalto che il datore aveva in essere, trattandosi di sopravvenienza che non aveva comportato un automatico svuotamento, o comunque una sensibile riduzione, del contenuto dell'attività lavorativa, tale da giustificare la soppressione del posto di lavoro.

Con soluzione parzialmente diversa Cass. n. 7167 del 13/03/2019 ha affermato che in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ricorre l'ipotesi della "manifesta insussistenza del fatto", di cui al comma 7 dell'art. 18, St. lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012, allorché il nesso causale tra il riassetto organizzativo e la soppressione del posto di lavoro occupato dal lavoratore licenziato sia eliso da una condotta datoriale obiettivamente e palesemente artificiosa, in quanto diretta all'esercizio di un potere di selezione arbitraria del personale da licenziare, come tale integrante il presupposto per l'applicazione della tutela di cui al comma 4 del predetto art. 18. Pertanto, è stata confermata la sentenza di merito che aveva disposto la reintegrazione di una lavoratrice, licenziata a seguito della soppressione del reparto cui era addetta, sul rilievo che la collocazione della stessa presso tale reparto, destinato ad essere soppresso in breve tempo, era avvenuta in evidente esubero.

Cass. n. 23352 del 16/11/2016 ha affermato che la necessità di un nesso causale tra il recesso ed il mutamento sopravvenuto delle esigenze imprenditoriali esistenti all'inizio del rapporto di lavoro trova deroga allorché l'assunzione sia avvenuta in adempimento di una obbligazione contrattuale e l'imprenditore, soltanto in esito all'adempimento stesso, abbia la possibilità di valutare tutte le situazioni aziendali, anche preesistenti, che non consentono un utile impiego del lavoratore, con l'unico limite che i fatti posti a base del licenziamento siano successivi al momento di assunzione dell'obbligo a concludere il contratto di lavoro ed in cui l'imprenditore, valutata l'utilizzabilità del lavoratore nell'impresa, si è obbligato, in quella situazione, ad utilizzarlo. Così statuendo, la Corte di cassazione, confermando la sentenza impugnata, ha ritenuto legittimo il licenziamento di due manutentori, disposto da una società contestualmente alla loro assunzione avvenuta in esecuzione di un obbligo contratto all'atto della precedente esternalizzazione dei servizi tecnici e manutentivi, rilevando che, successivamente, i capannoni presso i quali era stata effettuata la manutenzione erano stati trasferiti ai singoli soci, rendendo, così, priva di oggetto la prestazione di quei lavoratori.

c) Criteri di scelta del lavoratore da licenziare

Quanto ai criteri di scelta da applicare per individuare il lavoratore da licenziare, la questione dibattuta riguarda l'utilizzabilità o meno, pur nella diversità dei rispettivi regimi, dei criteri che l'art. 5 della legge n. 223 del 1991 ha dettato per i licenziamenti collettivi per l'ipotesi in cui l'accordo sindacale ivi previsto non abbia indicato criteri di scelta diversi e, conseguentemente, se si possano prendere in considerazione in via analogica i criteri dei carichi di famiglia e dell'anzianità, non assumendo, invece, rilievo le esigenze tecnico-produttive e organizzative data la situazione di totale fungibilità tra i dipendenti (Cass. n. 16144 del 21/12/2001).

La questione rileva ai fini del controllo della conformità della scelta dei lavoratori da licenziare ai principi di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 cod. civ. ai quali deve essere informato ogni comportamento delle parti del rapporto contrattuale e quindi anche il recesso di una di esse.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (vedi, per tutte: Cass. n. 6085 del 04/03/2021 e nello stesso senso: Cass. n. 24882 del 20/10/2017) ai fini del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 richiede:

a) la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente, senza che sia necessaria la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite allo stesso;

b) la riferibilità della soppressione a progetti o scelte datoriali - insindacabili dal giudice quanto ai profili di congruità e opportunità, purché effettivi e non simulati - diretti ad incidere sulla struttura e sull'organizzazione dell'impresa, ovvero sui suoi processi produttivi, compresi quelli finalizzati ad una migliore efficienza ovvero ad incremento di redditività;

c) l'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse, elemento che, inespreso a livello normativo, trova giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, che non può essere condizionata da finalità espulsive legate alla persona del lavoratore (Cass. n. 24882 del 2017).

L'onere di provare la sussistenza di questi presupposti è a carico del datore di lavoro ma questi può assolverlo anche mediante il ricorso a presunzioni. Resta quindi escluso che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili.

Non v'è dubbio che, ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, se il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è motivato dalla generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, la scelta del dipendente (o dei dipendenti) da licenziare per il datore di lavoro non è totalmente libera ma comunque limitata, oltre che dal divieto di atti discriminatori, dalle regole di correttezza ex artt. 1175 e 1375 cod. civ., potendo farsi riferimento, a tal fine, ai criteri di cui all'art. 5 della legge n. 223 del 1991, quali standard particolarmente idonei a consentire al datore di lavoro di esercitare il suo potere selettivo coerentemente con gli interessi del lavoratore e con quello aziendale (vedi Cass. 07/08/2020 n. 16856).

L'art. 5 comma 1, cit. prescrive che "l'individuazione dei lavoratori da collocare in mobilità deve avvenire in relazione alle esigenze tecnico-produttive, ed organizzative del complesso aziendale, nel rispetto dei criteri previsti da contratti collettivi stipulati con i sindacati di cui all'articolo 4, comma 2, ovvero in mancanza di questi contratti nel rispetto dei seguenti criteri in concorso tra loro: a) carichi di famiglia; b) anzianità; c) esigenze tecnico produttive ed organizzative".

Peraltro, per il licenziamento per GMO non deve farsi riferimento all'art. 5 comma 1, cit. nell'ipotesi in cui sia stato accertato che il datore di lavoro abbia individuato in modo ragionevole tra le professionalità omogenee l'ambito in cui effettuare la riduzione. Infatti, una simile scelta formulata non in modo generico ma adeguato appartiene al datore di lavoro cui compete in via esclusiva l'individuazione delle modalità organizzative dell'attività.

Pertanto, essa non può essere censurata dal giudice che ne deve prendere atto, con l'unico limite della sua assoluta irragionevolezza.

Conseguentemente, è stata confermata la sentenza di merito nella quale era stato accertato che nell'organizzazione ridisegnata era necessaria la permanenza del personale medico che poteva andare in sala operatoria (anestesista e chirurgo) e che l'ambito in cui eseguire la riduzione era stato individuato tra le professionalità omogenee dei medici e la soppressione del posto di lavoro aveva riguardato l'unico medico non specializzato al quale era precluso l'esercizio di attività in sala operatoria (Cass. 04/03/2021 n. 6085).

d) Repêchage (ripescaggio)

Si tratta di un elemento della fattispecie di origine giurisprudenziale (a partire da Cass. n. 3578 del 12/12/1972) e che si traduce – per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo – nell’obbligo del datore di lavoro (con il connesso onere probatorio) di vagliare, prima di procedere al licenziamento, tutte le possibili soluzioni di ricollocazione del lavoratore in azienda²².

In altri termini, qualora ciò sia possibile il datore di lavoro ha l’obbligo di reimpiegare il lavoratore da licenziare in mansioni diverse da quelle svolte in precedenza, in modo tale da consentire la prosecuzione del rapporto di lavoro ed evitare il licenziamento.

Tale elemento è, dunque, **connesso strettamente alle “ragioni”** che sono alla base del recesso in quanto si collega alle modalità dell’esercizio dell’attività di impresa da parte del datore di lavoro e alle decisioni assunte per sopprimere una posizione lavorativa, per esigenze economiche o di riorganizzazione aziendale come, ad esempio, innovazioni tecnologiche, redistribuzione delle mansioni tra altri dipendenti, esternalizzazione di una certa attività oppure per l’insoppravvenuta inidoneità alla mansione del lavoratore (situazione quest’ultima che merita un’analisi specifica, vedi oltre paragrafo 7).

La suindicata connessione è evidente nella verifica del requisito della “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” previsto dall’art. 18, comma 7, St.lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012, in quanto tale verifica concerne sia le ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa sia l’impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore, cioè il cd. *repêchage*, essendo questi i due presupposti di legittimità del recesso (Cass.n. 10435 del 02/05/2018).

In questa ottica la Corte di cassazione. ha confermato la sentenza di merito nella quale era stata ravvisata l’illegittimità del licenziamento, con conseguente applicazione dell’art. 18, comma 4, St.lav. novellato, per non esser stata, tra l’altro, in alcun modo provata dal datore la impossibilità di ricollocare il lavoratore in altra postazione lavorativa, risultando così integrata la evidente e facilmente verificabile assenza di uno dei presupposti giustificativi del licenziamento cui è riferibile il suddetto requisito (Cass. n. 29102 del 11/11/2019).

Per quel che concerne la ripartizione dell’**onere probatorio** del *repêchage* in base ad un primo orientamento si affermava che pur essendo a carico del datore di lavoro l’onere di provare, anche mediante elementi presuntivi e indiziari, l’impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte, tuttavia tale prova non erada intendere in modo rigido, “dovendosi esigere dallo stesso lavoratore che impugni il licenziamento una collaborazione nell’accertamento di un possibile *repêchage*, mediante l’allegazione dell’esistenza di altri posti di lavoro nei quali egli poteva essere utilmente ricollocato” (Cass. 3040/2011; in senso conforme Cass. 6559/2010; Cass. 4299/ 2013).

In ogni caso, ove fosse accertata, anche attraverso presunzioni gravi, precise e concordanti, l’impossibilità di un ricollocamento, la mancata allegazione da parte del lavoratore di una posizione lavorativa disponibile poteva rafforzare tale quadro probatorio indiziario al fine di escludere la possibilità di *repêchage* (Cass. 12794/2018; Cass. 5996/2019; C. App. Catania 57/2020), come nell’ipotesi di allegazione da parte del lavoratore di posizioni lavorative a suo avviso disponibili che invece risultino insussistenti “in un contesto di accertata e grave crisi economica ed organizzativa dell’impresa” (Cass. 30259/2018).

Peraltro, con un più recente indirizzo la Corte cassazione ha affermato che sul datore di lavoro incombe non soltanto l’onere probatorio, ma anche quello di allegazione della possibilità di

²² Fra i tanti approfondimenti vedi: F. SPENA, *Il licenziamento economico-obbligo di repêchage* www.lavorodirittieuropa.it n. 2 del 2018.

ricollocazione nell'impresa del lavoratore, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i suddetti oneri(Cass. 22 marzo 2016, n. 5592; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. 5 gennaio 2017, n. 160; Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882; Cass. 23 maggio 2018, n. 12794; Cass. 13 novembre 2018, n. 29179)²³.

In Cass. n. 160 del 2017 cit. è stato specificato che l'opzione ermeneutica che configura a carico del lavoratore l'onere di segnalare una sua possibilità di riallocazione nell'ambito dell'assetto organizzativo aziendale, non appare coerente con la lettera e la ratio che sorregge l'art. 5 legge n. 604 del 1966, secondo cui l'onere della prova circa l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza è posto a carico della parte datoriale, con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore. Inoltre, il descritto orientamento non si palesa coerente con la condivisibile linea evolutiva della giurisprudenza in tema di onere della prova che va accentuando il principio della vicinanza della prova, inteso come apprezzamento dell'effettiva possibilità per l'una o per l'altra parte di offrirla. Invero, mentre il lavoratore non ha accesso (o non ne ha di completo) al quadro complessivo della situazione aziendale per verificare dove e come potrebbe essere riallocato, il datore di lavoro ne dispone agevolmente, sicché è anche più vicino alla concreta possibilità della relativa allegazione e prova.

In base a tale ultimo indirizzo – attualmente seguito dalla giurisprudenza di legittimità – il lavoratore ha l'onere di dimostrare il fatto costitutivo dell'esistenza del rapporto di lavoro a tempo indeterminato risolto con il licenziamento per GMO, nonché di allegare l'illegittimo rifiuto del datore di continuare a farlo lavorare in assenza di un giustificato motivo, mentre incombono sul datore di lavoro gli oneri di allegazione e di prova dell'esistenza del giustificato motivo oggettivo, che include anche l'impossibilità del cd. repêchage, ossia dell'inesistenza di altri posti di lavoro in cui utilmente ricollocare il lavoratore (Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 cit.). È stato così superato l'orientamento secondo cui il lavoratore doveva allegare l'esistenza di altri posti di lavoro presso cui poter essere ricollocato, inclusi quelli determinanti una dequalificazione e manifestare la disponibilità a ricoprire le mansioni di livello inferiore, anche in altre unità produttive, mentre l'unico onere a carico del datore era quello di provare, solo nei limiti delle allegazioni della controparte, l'impossibilità di assegnare il lavoratore a mansioni diverse(come ritenuto, fra le tante, anche da Cass. 16 maggio 2016, n. 10018).

Inoltre, ai fine dell'onere della prova che grava sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, la “manifesta insussistenza” va riferita ad una evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei prescritti presupposti, che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso: ragioni economiche, nesso causale con la posizione del lavoratore, impossibilità di repêchage (indirizzo consolidato a partire da Cass. n. 10435/2018 cit.; Cass. 31496/18; 7167/19; Cass. 29101/19; Cass. 29102/19; 30070/19).

Nelle stesse decisioni è stato precisato che, quanto alle conseguenze dell'avvenuto accertamento della “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento”, di cui all'art. 18, comma 7, St.lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012, il giudice può scegliere di applicare la tutela reintegratoria di cui al comma 4 del medesimo art. 18, purché, al momento dell'adozione del provvedimento giudiziale, tale regime sanzionatorio non risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell'impresa e dunque non sia eccessivamente oneroso per il datore di lavoro; in tal caso, nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei requisiti costitutivi del licenziamento, si sosteneva che il giudice potesse comunque optare per l'applicabilità della tutela indennitaria di cui al comma 5.

²³ Vedi, per tutti: R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. PERULLI (a cura di) cit.

Come vedremo più avanti, per effetto della sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021, alla suddetta facoltà di scelta è stato sostituito l'obbligo del giudice di reintegrare il lavoratore arbitrariamente licenziato nell'ipotesi di "manifesta insussistenza del fatto".

Peraltro, l'obbligo di repêchage ha comunque come limite "la ragionevolezza dell'operazione, che non deve comportare rilevanti modifiche organizzative ovvero ampliamenti di organico o innovazioni strutturali non volute dall'imprenditore" (così Cass. 31521/2019).

Pertanto, il suddetto onere della prova può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva ed indiziaria anche se, in alcuni casi si precisa ulteriormente che il lavoratore, pur non avendo il relativo onere probatorio che grava per intero sul datore di lavoro, ha comunque un onere di deduzione e di allegazione della possibilità di repêchage (Corte di Appello di Bologna, sentenza del 11 gennaio 2017, n. 1025).

In ogni caso l'obbligo per il datore di lavoro di dimostrare l'impossibilità di adibire il dipendente da licenziare in altri posti di lavoro rispetto a quello da sopprimere (cd. obbligo di repêchage) è incompatibile con motivazioni strettamente collegate alla mera riduzione dei costi per il personale, in quanto il mantenimento in servizio del dipendente, seppure in altre mansioni, contrasterebbe con la predetta esigenza (Cass. n. 1508 del 25/01/2021).

Quanto al tipo di **mansioni da valutare ai fini dell'obbligo del repêchage**, è pacifico che la verifica debba essere condotta principalmente con riferimento a mansioni equivalenti a quelle svolte dal lavoratore.

Più complessa è la questione relativa alla possibilità tenere conto della eventuale adibizione a mansioni inferiori, come risulta da Cass. n. 22798 del 09/11/2016, ove viene effettuata una ricostruzione della evoluzione delle soluzioni offerte dalla giurisprudenza a tale questione-

In un primo momento la suindicata possibilità è stata esclusa nel vigore dell'art. 2103 cod. civ. nel testo vigente prima della riformulazione introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 81 del 2015, in quanto tale disposizione nel secondo comma comminava la nullità di ogni patto contrario a quanto stabilito dal suo primo comma, stabilendo così che se datore di lavoro che avesse voluto modificare le mansioni del lavoratore avrebbe potuto farlo solo conferendogli mansioni superiori o equivalenti.

La giurisprudenza risalente, pertanto, affermava che il suddetto regime non consentiva deroghe neppure nell'ipotesi in cui la sua applicazione potesse risolversi in un pregiudizio per il lavoratore, essendola previsione della nullità di ogni patto contrario finalizzata ad eliminare ogni possibilità di elusione del divieto di variazione deteriore della posizione del lavoratore e a privilegiare così l'esigenza della certezza, con l'adozione di "uno strumento di tutela rigido, che opera in tutte le direzioni e può, quindi, in condizioni particolari, comportare anche un sacrificio per il prestatore di lavoro" (vedi: Cass. n. 1026 del 1980; Cass. n. 7281 del 1983).

Nel corso del tempo, sono state previste delle eccezioni al divieto inderogabile di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori sia da parte del legislatore (ad esempio ex. art. 4, co. 11, legge n. 223 del 1991; art. 4, co. 4, legge n. 68 del 1999; art. 7, co. 5, legge n. 151 del 2001) sia ad opera della giurisprudenza, sull'assunto della ragionevolezza delle deroghe all'espressa previsione di nullità nelle sole ipotesi in cui si riscontra una oggettiva prevalenza dell'interesse del dipendente al mantenimento del posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto.

Un passaggio fondamentale di tale evoluzione è rappresentato dalla sentenza delle Sezioni Unite n. 7755 del 1998, che per l'ipotesi di sopravvenuta infermità permanente e la conseguente impossibilità della prestazione lavorativa ha stabilito che il recesso del datore di lavoro dal rapporto

di lavoro subordinato, ai sensi della legge n. 604 del 1966 artt. 1 e 3, può essere oggettivamente giustificato a condizione che risulti ineseguibile l'attività svolta in concreto dal prestatore e che non sia possibile assegnare il lavoratore a mansioni equivalenti ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. o eventualmente inferiori, in difetto di altre soluzioni.

Tale indirizzo è stato seguito, con riguardo alla stessa ipotesi, anche dalla successiva giurisprudenza che ha precisato che l'assegnazione a mansioni inferiori del lavoratore divenuto fisicamente inidoneo costituisce un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, adeguamento che deve essere sorretto, oltre che dall'interesse, anche dal consenso del prestatore (Cass. n. 15500 del 2009; Cass. n. 18535 del 2013).

Cass. n. 10018 del 2016 ha poi aggiunto che, poiché la inidoneità del prestatore giustifica il recesso solo nell'ipotesi in cui le energie lavorative residue non possano essere utilizzate altrimenti nell'impresa neppure in mansioni inferiori, il datore di lavoro, prima di intimare il licenziamento, è tenuto a ricercare possibili soluzioni alternative e, ove le stesse comportino l'assegnazione a mansioni inferiori, deve prospettare al prestatore il demansionamento, divenendo libero di recedere dal rapporto solo qualora la soluzione alternativa non venga accettata.

Gli esposti principi sono poi stati applicati anche in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo diverse da quelle per sopravvenuta infermità permanente (v. Cass. n. 21579 del 2008).

Così nel caso di soppressione, a seguito della riorganizzazione aziendale, del posto di lavoro si è statuito che alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente con quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la ratio di numerosi interventi normativi, ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili anche con il suo bagaglio professionale, purché tali mansioni siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore. (Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 21579 del 2008). E si è aggiunto che, sempre nei suindicati limiti, le ragioni poste a fondamento della ricordata pronuncia delle Sezioni Unite n.7755 del 1998 conservano piena validità anche nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente a soppressione del posto di lavoro in conseguenza di riorganizzazione aziendale in quanto anche in questa ultima ipotesi è ravvisabile una nuova situazione di fatto (inerente al nuovo assetto dell'impresa anziché alla sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore) legittimante il consequenziale adeguamento del contratto, così come identiche sono le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro, prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore (Cass. n. 4509 del 2016, conforme a Cass. n. 21579/2008 cit.).

A partire dalla citata Cass. n. 21579/2008 tale impostazione può dirsi ormai consolidata considerandosi i suddetti principi applicabili a tutte le ipotesi di licenziamento GMO per riorganizzazione aziendale, nei seguenti termini:

“in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo a causa della soppressione del posto cui era addetto il lavoratore, il datore ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussistesse alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa per l'espletamento di mansioni equivalenti, ma anche, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, di aver prospettato al dipendente, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale” (vedi, per tutte: Cass. n. 23698/2015; Cass. n. 4509/2016; Cass. n. 26467/2016; Cass. n. 13379/2017; Cass. n. 29099/2019).

In questa ottica, ad esempio, Cass. 29099/2019 cit. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto legittimo il licenziamento intimato al lavoratore in seguito all'esternalizzazione dell'attività svolta da quest'ultimo, in una vicenda in cui al lavoratore era stata previamente offerta una posizione di mansione inferiore – non esistendo posti disponibili del suo livello di inquadramento – ma l'interessato l'aveva rifiutata.

È stato, altresì, specificato che nella ipotesi di soppressione del posto di lavoro, ai fini dell'obbligo del repêchage, non vengono in rilievo tutte le mansioni inferiori dell'organigramma aziendale ma solo quelle che siano compatibili con le competenze professionali del lavoratore, ovvero quelle che siano state effettivamente già svolte, contestualmente o in precedenza, senza che sia previsto un obbligo del datore di lavoro di fornire un'ulteriore o diversa formazione del prestatore per la salvaguardia del posto di lavoro (Cass. n. 31520 del 03/12/2019).

Tuttavia, grava sul datore di lavoro l'obbligo di provare – in base a circostanze oggettivamente riscontrabili – che il lavoratore non abbia la capacità professionale richiesta per occupare la diversa posizione libera in azienda, altrimenti il rispetto dell'obbligo di repêchage risulterebbe sostanzialmente affidato ad una mera valutazione discrezionale dell'imprenditore (Cass. n. 23340 del 27/09/2018).

In ogni caso, l'orientamento giurisprudenziale che estende l'obbligo di repêchage alle mansioni inferiori ha trovato riscontro nella modifica dell'art. 2103 cod. civ. ad opera del d.lgs. n. 81 del 2015 che – per i licenziamenti successivi al 24 giugno 2015 – ammette espressamente il demansionamento, che, in particolare, può realizzarsi:

- in via unilaterale, nel caso in cui la modifica degli assetti organizzativi aziendali incida sulla posizione del lavoratore, con la possibilità per quest'ultimo di essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore comunque rientranti nella medesima categoria legale di appartenenza;

- mediante accordo in sede protetta, qualora la modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione avvenga nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.

Anche in questo caso, come già ritenuto con riguardo al precedente quadro di origine giurisprudenziale, si è precisato che “l'aggravamento dell'onere gravante sul datore di lavoro in ordine all'impossibilità di repêchage pure rispetto a mansioni inferiori” espressamente derivante dall'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 2103 cod. civ., non può tuttavia ritenersi assoluto, dovendo considerarsi limitato alle “mansioni libere, che non necessitino cioè di idonea formazione”, in quanto “l'obbligo di attribuire al lavoratore mansioni che necessitino di adeguata formazione significherebbe imporre al datore di lavoro un ulteriore costo economico” (Trib. Roma 24 luglio 2017, in analogia a Cass. 31521/2019 cit.).

Per Tribunale di Milano, 16 dicembre 2016, n. 3370, a decorrere dal 25 giugno 2015, la disciplina della modifica delle mansioni è stata radicalmente cambiata (art. 2103 cod. civ.; art. 3 d.lgs. n. 81/2015), ed è stata superata la nozione di “equivalenza” delle mansioni, per cui il lavoratore può essere adibito ad altre mansioni purché riconducibili nello stesso livello e nella categoria legale di inquadramento alle ultime mansioni effettivamente svolte oppure corrispondenti all'inquadramento superiore successivamente acquisito, con aggravamento dell'onere della prova in tema di repêchage.

In definitiva, la giurisprudenza ha evitato di attribuire al terzo comma dell'art. 2103 cod. civ. – secondo il quale il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento

dell'obbligo formativo – una valenza estensiva dell'obbligo di repêchage fino al punto da obbligare il datore di lavoro a provvedere alla formazione necessaria perché il lavoratore possa essere utilmente impiegato in altre mansioni al fine di evitare il licenziamento.

In una ottica analoga è stato altresì affermato che in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sebbene non sussista un onere del lavoratore di indicare quali siano al momento del recesso i posti esistenti in azienda ai fini del repêchage, ove il lavoratore medesimo, in un contesto di accertata e grave crisi economica ed organizzativa dell'impresa, indichi le posizioni lavorative a suo avviso disponibili e queste risultino insussistenti, tale verifica ben può essere utilizzata dal giudice al fine di escludere la possibilità del predetto repêchage. Pertanto, nella specie, è stata confermata la sentenza di merito che aveva escluso la possibilità di un reimpiego del lavoratore in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, per avere ciò verificato anche mediante la ravvisata insussistenza delle posizioni lavorative indicate dal lavoratore medesimo come disponibili (Cass. n. 15401 del 20/07/2020, in conformità con Cass. n. 30259 del 22/11/2018).

Quanto al **luogo di eventuale “ripescaggio”** in linea generale il datore di lavoro deve dimostrare l'impossibilità di un utile ricollocamento del lavoratore all'interno dell'intera azienda, tanto più in presenza della dichiarata disponibilità del dipendente di accettare trasferimenti di sede oltre all'assegnazione a mansioni diverse, anche inferiori, pur di evitare il licenziamento.

In particolare, da tempo risalente, la giurisprudenza ha affermato che l'onere del datore di lavoro di dimostrare l'impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore va assolto in riferimento a tutte le sedi dell'attività aziendale, essendo sufficiente la limitazione dell'offerta alla sede cui il lavoratore licenziato era addetto soltanto nel caso di preliminare rifiuto del medesimo a trasferirsi altrove (Cass. 10 marzo 1992 n. 2881; Cass. 3 giugno 1994, n. 5401; Cass. 23 ottobre 1996 n. 9204; Cass. 26 ottobre 1996 n. 9369; Cass. 16 maggio 2003, n. 7717).

In questa ottica, Cass. 15 luglio 2010, n. 16579, ha confermato la sentenza di merito che aveva posto a carico del datore di lavoro l'onere di provare la impossibilità di impiegare il lavoratore in altre sedi sia in Italia sia all'estero.

Si è anche affermato come principio consolidato che ai fini della prova della sussistenza del giustificato motivo obiettivo del licenziamento, l'onere, incombente sul datore di lavoro, di dimostrare l'impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di altre mansioni analoghe a quelle svolte in precedenza, concernendo un fatto negativo, va assolto mediante la dimostrazione di fatti positivi corrispondenti, quali la circostanza che i residui posti di lavoro, riguardanti mansioni equivalenti, fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori, ovvero che, dopo il licenziamento e per un congruo periodo, non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica dei lavoratori licenziati.

Peraltro, per un principio altrettanto fermo, la ricerca dell'utile reimpiego a carico del datore di lavoro non include la ricollocazione presso altre società appartenenti al medesimo gruppo di imprese, perché nell'ambito del rapporto di lavoro il gruppo di imprese rileva nei soli casi di artificioso frazionamento di un'unica realtà aziendale in aziende solo formalmente appartenenti a soggetti diversi.

Di conseguenza, se, come regola generale, la suindicata dimostrazione datoriale deve concernere tutte le sedi dell'attività aziendale, essendo sufficiente la limitazione alla sede cui era addetto il lavoratore licenziato solo nell'ipotesi di preliminare rifiuto del medesimo a trasferirsi altrove, non può tuttavia farsi riferimento al rifiuto del trasferimento presso una sede di un'altra società, sia pure facente parte dello stesso “gruppo”. Infatti, il “gruppo” di imprese è rilevante sotto il profilo economico e non anche sotto quello giuridico, salvo che si accerti l'esistenza di un unico

rapporto di lavoro con le diverse società, qualora le relazioni all'interno di detto "gruppo" siano tali da avere dato vita ad un unico centro di imputazione dei rapporti giuridici, in ragione dell'esistenza di un'unica struttura organizzativa e produttiva, dell'integrazione tra le attività esercitate dalle diverse imprese, del coordinamento tecnico, amministrativo e finanziario e dello svolgimento della prestazione di lavoro in modo indifferenziato in favore delle differenti imprese del "gruppo" (vedi, per tutte, fra le prime: Cass. n. 7717 del 16/05/2003 cit.).

In particolare, nel corso del tempo, si è giunti alla conclusione che il collegamento economico-funzionale tra imprese di un medesimo gruppo non comporta il venir meno dell'autonomia delle singole società dotate di personalità giuridica distinta e non determina ex se l'estensione degli obblighi inerenti al rapporto di lavoro con una di esse alle altre dello stesso gruppo, mentre la codatorialità nell'impresa di gruppo presuppone l'inserimento del lavoratore nell'organizzazione economica complessiva a cui appartiene il datore di lavoro formale nonché la condivisione della prestazione del medesimo, al fine di soddisfare l'interesse di gruppo, da parte delle diverse società, che esercitano i tipici poteri datoriali e diventano datori sostanziali, anche ai fini dell'applicazione delle disposizioni in tema di licenziamento collettivo. Pertanto, nella specie, è stata confermata la decisione di merito che, ravvisata una situazione di codatorialità per avere il lavoratore prestato la propria attività indistintamente per più imprese del gruppo, essendo sottoposto ai poteri direttivi della capofila, aveva dichiarato illegittimo il recesso disposto nell'ambito di una procedura di licenziamento collettivo riferita alla singola realtà aziendale invece che all'impresa di gruppo (Cass. n. 267 del 09/01/2019; vedi anche: Cass. 13809/17; Cass. 11166/18; Cass. 6664/19).

In altri termini, perché sia configurabile un obbligo di repêchage nell'ambito del "gruppo", non è sufficiente un collegamento economico-funzionale tra imprese, ma è necessaria la sussistenza di un unico centro d'imputazione del rapporto di lavoro, che ricorre ogniqualvolta vengano accertati i seguenti requisiti: a) unicità della struttura organizzativa e produttiva; b) integrazione tra le attività esercitate dalle varie imprese del gruppo e il correlativo interesse comune; c) coordinamento tecnico e amministrativo-finanziario tale da individuare un unico soggetto direttivo; d) utilizzazione contemporanea della prestazione lavorativa da parte delle varie società (Cass. 29179/2018; Cass. 1656/2020).

La presenza di tali elementi dovrà essere rigorosamente provata dal lavoratore e verrà valutata dal giudice del merito.

Qualora tale valutazione sia negativa, il criterio generale è che nell'ipotesi in cui l'azienda sia parte di un gruppo di imprese, "non può pretendersi dal datore di lavoro di dimostrare anche l'impossibilità di occupare il lavoratore presso altre società in qualche modo da lui controllate (ma costituenti soggetti diversi)" (Cass. 12645/2003; in senso conforme, tra le tante Cass. 1527/2003; Trib. Milano 16 luglio 2008; C. App. Milano 10 settembre 2010).

Quanto alla possibilità di **modificare l'orario di lavoro** si è affermato che se le mansioni diverse da quelle soppresse rivestono, nell'ambito del complesso dell'attività lavorativa svolta, una loro oggettiva autonomia e non risultano quindi intimamente connesse con quelle prevalenti soppresse, può ravvisarsi la possibilità di un utilizzo parziale del lavoratore nella medesima posizione lavorativa, se del caso ridotta con l'adozione del part-time (Cass. n. 11402 del 06/07/2012).

Nello stesso ordine di idee, Cass. n. 6229 del 16/03/2007 ha affermato che tra la soppressione parziale del posto ed il riassetto organizzativo dell'azienda mediante l'utilizzazione di altri dipendenti in servizio, non c'è un nesso di diretta ed automatica consequenzialità, nel senso che la valutazione del giustificato motivo oggettivo non si esaurisce nel riconoscimento dell'autenticità, e

non pretestuosità, della soppressione parziale, implicando, la soppressione parziale, una maggiore o minore attività residuale che il lavoratore licenziato potrebbe svolgere per il solo fatto che già la espletava in precedenza. Conseguentemente, il datore di lavoro può respingere la parziale utilità residuale della prestazione lavorativa riorganizzando l'attività produttiva con la redistribuzione delle mansioni tra altri dipendenti solo dopo che sia stata esclusa, per ragioni tecnico-produttive, la possibilità di espletamento, ad opera del lavoratore solo parzialmente eccedentario, della parte di prestazione lavorativa liberatasi per effetto della parziale soppressione del posto ricoperto e quindi la possibilità di continuare ad utilizzare, solo parzialmente, il dipendente nella stessa posizione lavorativa originaria. Esclusione verificabile ove la prestazione del lavoratore non sia in concreto utilizzabile altrove in azienda ovvero in caso di indisponibilità, del lavoratore medesimo, a svolgere l'attività lavorativa residua con rapporto part-time

Per quel che concerne **l'assunzione di personale in concomitanza con il licenziamento** per GMO, la legge non prevede espressamente un divieto di assunzione dopo il licenziamento, ma secondo la giurisprudenza la mancata assunzione per la stessa qualifica per un congruo periodo successivo al licenziamento è sicuramente una buona prova indiziaria dell'impossibilità di procedere a repêchage.

I principi di base sono i seguenti:

a) ove il datore di lavoro abbia assunto, successivamente al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, nuovo personale, è necessario, al fine di ritenere raggiunta la prova dell'inutilizzabilità aliunde del lavoratore licenziato, che il datore medesimo, su cui grava l'onere probatorio, indichi le assunzioni effettuate, il relativo periodo, le qualifiche e le mansioni affidate ai nuovi dipendenti e dimostri che queste ultime non siano da ritenere equivalenti a quelle svolte dal lavoratore licenziato, tenuto conto della professionalità da questi raggiunta. Pertanto, è stata confermata la sentenza impugnata che aveva rigettato l'impugnativa del licenziamento, rilevando che l'impresa aveva affidato in appalto ad una società esterna l'attività di gestione del magazzino cui i lavoratori licenziati erano addetti, ritenendo irrilevanti le nuove assunzioni operate in relazione a mansioni del tutto diverse (Cass. n. 18416 del 01/08/2013);

b) l'onere della prova del motivo, che per espressa previsione normativa (art. 5 legge n. 604 del 1966) grava sul datore di lavoro, può comprendere anche la prova di non aver effettuato altre assunzioni, nel periodo seguente al recesso impugnato, per le medesime mansioni già assegnate al lavoratore licenziato, dovendo, peraltro, escludersi che la produzione di un libro matricola incompleto possa integrare una prova adeguata o idonea a spostare sul lavoratore l'onere che grava sul datore di lavoro (Cass. n. 5512 del 08/03/2011).

Su queste basi, ad esempio, Cass. n. 2874 del 24/02/2012 ha considerato non è idoneo ad interrompere il legame tra il recesso datoriale e il riassetto organizzativo aziendale finalizzato ad una più economica gestione dell'azienda e basato sul ridimensionamento del personale, che sia stato attuato mediante licenziamento di tre lavoratori a tempo indeterminato e assunzione di due apprendisti, in un quadro di delocalizzazione produttiva all'estero con la successiva modifica dell'attività dell'impresa.

Nella stessa ottica l'eventuale assunzione di personale con contratto a termine nello stesso periodo di tempo in cui è avvenuto il licenziamento non è da considerare di per sé sufficiente a dimostrare il mancato adempimento dell'obbligo di ripescaggio. Nella sentenza n. 909 del 7 aprile 2017, la Corte di appello di Milano ha escluso la violazione dell'obbligo di repêchage nel caso di una assunzione a termine per sostituzione, in quanto "la diversità di inquadramento... e la differente tipologia del contratto (se a termine) non consentono di effettuare utili raffronti per concludere su

una concreta possibilità di ricollocazione” del licenziato (nel caso di specie, si era proceduto ad una nuova assunzione a tempo determinato per sostituire un altro dipendente momentaneamente assente avente diritto alla conservazione del posto).

Nello medesimo senso anche il Tribunale di Roma, con ordinanza del 27 ottobre 2014, ha escluso la violazione dell’obbligo di repêchage nel caso di un’assunzione con contratto a tempo determinato avvenuta poco prima del licenziamento, in quanto tale tipologia contrattuale escluderebbe l’obbligo per il datore di proporre la posizione al lavoratore come valida alternativa al licenziamento.

Per una ipotesi particolare, Cass. n. 23352 del 16/11/2016 ha precisato che la necessità di un nesso causale tra il licenziamento per GMO e il mutamento sopravvenuto delle esigenze imprenditoriali esistenti all’inizio del rapporto di lavoro trova deroga allorché l’assunzione sia avvenuta in adempimento di una obbligazione contrattuale e l’imprenditore, soltanto in esito all’adempimento stesso, abbia la possibilità di valutare tutte le situazioni aziendali, anche preesistenti, che non consentono un utile impiego del lavoratore, con l’unico limite che i fatti posti a base del licenziamento siano successivi al momento di assunzione dell’obbligo a concludere il contratto di lavoro ed in cui l’imprenditore, valutata l’utilizzabilità del lavoratore nell’impresa, si è obbligato, in quella situazione, ad utilizzarlo. Così statuendo, la Corte, confermando la sentenza impugnata, ha ritenuto legittimo il licenziamento di due manutentori, disposto da una società contestualmente alla loro assunzione avvenuta in esecuzione di un obbligo assunto all’atto della precedente esternalizzazione dei servizi tecnici e manutentivi, rilevando che, successivamente, i capannoni presso i quali era stata effettuata la manutenzione erano stati trasferiti ai singoli soci, rendendo, così, priva di oggetto la prestazione di quei lavoratori.

e) Regime sanzionatorio

Quanto al **regime sanzionatorio**, contro i licenziamenti illegittimi l’originario modello, incentrato sulla tutela reintegratoria per tutte le ipotesi di nullità, annullabilità e inefficacia del licenziamento è stato sostituito, per rapporti a tempo indeterminato instaurati **fino al 7 marzo 2015**, da quattro regimi (tutela reintegratoria forte e debole, tutela indennitaria forte e debole) quali previsti dall’art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato nel 2012 dalla cd. riforma Fornero,

Per i lavoratori assunti **dopo il 7 marzo 2015** trova applicazione l’art. 3, comma 1, del d.lgs. 23 del 2015, così come modificato dall’art. 3 del d.l. n. 87 del 2018, convertito dalla legge n. 96 del 2018, sul c.d. contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, attuativo del c.d. Jobs Act, che si caratterizza per una diversa ratio e per un diverso regime di tutele.

La suddetta modulazione temporale dell’applicazione del d.lgs. n. 23 del 2015 è stata considerata dalla Corte costituzionale (sentenza n. 194 del 2018, che verrà analizzata più avanti) non contrastante con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, dovendo essere valutata alla luce della ragione giustificatrice costituita dallo «scopo», dichiaratamente perseguito dal legislatore, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell’art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014).

Va, inoltre, precisato che, in tutti i casi e nei confronti di tutti i datori di lavoro (indipendentemente dalle relative dimensioni), sia il d.lgs. n. 23 del 2015 sia il regime previgente prevedono la tutela reintegratoria piena nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio, di licenziamento nullo per causa di matrimonio o di maternità o di paternità oppure retto da motivo illecito determinante, di licenziamento dichiarato inefficace perché intimato in forma orale, licenziamento di cui sia stato accertato dal giudice il difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4,

e 10, comma 3, della legge 12 marzo 1999, n. 68 (ipotesi prevista dall'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 23 del 2015).

Tale forma di tutela comporta la reintegrazione del lavoratore nel posto precedentemente occupato, il riconoscimento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione di importo minimo, invalicabile, di cinque mensilità, con detrazione di quel che il lavoratore abbia percepito per effetto dello svolgimento di altre attività lavorative (l'*aliunde perceptum*), con i contributi previdenziali e assistenziali. Inoltre, il lavoratore, in sostituzione della reintegrazione, può chiedere al datore di lavoro un'indennità pari a quindici mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, senza rinunciare al risarcimento del danno patito nel periodo tra l'estromissione e la richiesta dell'indennità sostitutiva, che già risolve il rapporto di lavoro.

Per i lavoratori cui si applica l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, come novellato nel 2012, si prevede, inoltre, una tutela reintegratoria attenuata e una tutela indennitaria, declinata in forma piena e ridotta, regime applicabile ai datori di lavoro che occupino più di quindici dipendenti (cinque, se si tratta di imprese agricole) nell'unità produttiva in cui ha avuto luogo il licenziamento o nell'ambito dello stesso Comune o che occupino complessivamente, sia pure in diverse unità produttive, più di sessanta dipendenti.

La tutela reintegratoria attenuata comporta la reintegrazione nel posto di lavoro, al pari della tutela reintegratoria piena, ma viene limitato a dodici mensilità l'ammontare dell'indennità risarcitoria che il datore di lavoro è obbligato a corrispondere dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione. Da tale importo, peraltro, deve essere detratto non solo quel che il lavoratore abbia guadagnato in virtù di altre occupazioni (l'*aliunde perceptum*), ma anche quel che avrebbe potuto guadagnare adoperandosi con l'ordinaria diligenza nella ricerca di un'altra attività lavorativa (l'*aliunde percipiendum*). Anche in questo caso il lavoratore ha la facoltà di optare per l'indennità sostitutiva della reintegrazione.

Tale forma di tutela si applica ai licenziamenti disciplinari, per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, allorché il giudice riscontri l'insussistenza del fatto contestato o la riconducibilità del fatto alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari nonché ai licenziamenti intimati senza giustificazione «per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore», o intimati in violazione delle regole che, nell'ambito del licenziamento per malattia, disciplinano il periodo di comporto (art. 2110 cod. civ.).

Nei licenziamenti economici—prima della sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021 (analizzata più avanti) — la tutela reintegratoria attenuata era applicabile nelle ipotesi di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo», a discrezione del giudice, essendo una simile scelta derogatoria rispetto alla prescritta regola della corresponsione di una indennità risarcitoria, compresa tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità²⁴.

In base alla giurisprudenza della Corte di cassazione il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino a un massimo di dodici mensilità, doveva essere circoscritto all'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto, dimostrata da una evidente assenza dei presupposti di legittimità del recesso comportante la natura pretestuosa del licenziamento (vedi, per tutte: Cass. 19 marzo 2020, n. 7471).

²⁴ Per questa parte vedi: V. FORCOLIN, *Cos'è l'obbligo di repêchage e cosa dice la giurisprudenza* www.toffolettodeluca.it 20 maggio 2020.

Quanto alla determinazione dell'indennità risarcitoria deve essere considerato che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 194 del 2018 (di cui si dirà più avanti), ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 nella parte in cui faceva riferimento all'esclusivo criterio dell'anzianità di servizio ai fini della determinazione dell'indennità risarcitoria spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, stabilendo che al suddetto fine il giudice deve tenere conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n.23 del 2015 – ma anche degli altri criteri, desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti).

Va anche tenuto presente che analoga decisione è stata assunta dalla Corte costituzionale con sentenza n. 150 del 2020 (di cui si dirà più avanti) con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015 nella parte relativa alla determinazione dell'importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio, nell'ipotesi di vizi formali del licenziamento, nell'ipotesi di licenziamento illegittimo per violazione del requisito della motivazione (art. 2, comma 2, legge n. 604 del 1966) o per violazione della procedura prescritta dall'art. 7 St.lav. per i quali al lavoratore spetta un'indennità pari a 1 mensilità per ogni anno di servizio, con un limite minimo di 2 mensilità e un limite massimo pari a 12 mensilità.

In entrambe le sentenze il Giudice delle leggi ha stabilito che nel rispetto dei limiti minimo e massimo oggi fissati dal legislatore, il giudice nella determinazione dell'indennità, deve tenere conto in primo luogo dell'anzianità di servizio ma anche di altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle particolarità del caso concreto.

Per i lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 la nuova disciplina dei licenziamenti illegittimi riconosce al lavoratore tutele diverse in base alle dimensioni dell'azienda.

Per i licenziamenti comminati dai datori di lavoro che superano le soglie dimensionali fissate dall'art. 18 St.lav. –cioè datori di lavoro che occupino più di quindici dipendenti(cinque, se si tratta di imprese agricole) nell'unità produttiva in cui ha avuto luogo il licenziamento o nell'ambito dello stesso Comune oppure che occupino complessivamente, sia pure in diverse unità produttive, più di sessanta dipendenti – valgono i seguenti regimi di tutela:

a) nei casi di licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, per i quali sia dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, il datore di lavoro è condannato a reintegrare il lavoratore nel posto di lavoro e al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali. Al dipendente spetta altresì un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto e corrispondente al periodo che va dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione. A tale indennità, che non può in ogni caso superare le 12 mensilità, va dedotto sia quanto percepito dal lavoratore per lo svolgimento di altre attività lavorative (l'aliunde perceptum) sia le somme che il lavoratore avrebbe potuto percepire accettando una congrua offerta di lavoro(l'aliunde percipiendum);

b) in tutti gli altri casi di licenziamento individuale ingiustificato, il rapporto si estingue comunque e al lavoratore è dovuta unicamente una indennità che varia tra le 6e le 36 mensilità (da 2 a 12, se si tratta di violazione procedimentale);

c) in particolare, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, se il giudice accerta l'illegittimità del licenziamento, dichiara l'estinzione del rapporto di lavoro e condanna il datore di lavoro al pagamento di un'indennità, non assoggettata a contribuzione previdenziale, di importo pari a 2 mensilità di retribuzione per ogni anno di servizio (la base di calcolo è costituita, anche in questo caso, dall'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto). In ogni caso, l'indennità non potrà essere inferiore a 6 mensilità, né potrà superare le 36 mensilità;

d) il regime sanzionatorio indicato si applica anche nelle ipotesi di licenziamento collettivo illegittimo per violazione della procedura prescritta dalla legge (in particolare, le procedure richiamate all'art. 4, comma 12, legge n. 223 del 1991) o per violazione dei criteri di scelta (art. 5, comma 1, legge n. 223 del 1991);

Per la determinazione dell'indennità valgono i criteri indicati dalla Corte costituzionale nelle sentenze n. 194 del 2018 e n. 150 del 2020, richiamate.

Per i dipendenti di aziende che non raggiungono le soglie numeriche fissate dall'art. 18 St.lav. la nuova disciplina prevede l'applicazione del medesimo regime di tutele previsto per i dipendenti delle imprese di maggiori dimensioni, con due importanti differenze: è esclusa la reintegrazione nell'ipotesi del licenziamento disciplinare dichiarato illegittimo per insussistenza del fatto materiale e la tutela economica risulta sostanzialmente dimezzata.

In particolare, l'indennità che spetta al lavoratore deve essere calcolata nel seguente modo:

a) in caso licenziamento intimato per giusta causa, per giustificato motivo soggettivo o per giustificato motivo oggettivo, se il giudice accerta l'illegittimità del licenziamento, l'indennizzo è pari a 1 mensilità per ogni anno di servizio e in ogni caso, l'indennizzo non può essere inferiore a 3 mensilità, né può superare le 6 mensilità. Peraltro, anche in questo caso, per la determinazione dell'indennità deve essere applicata la sentenza n. 194 del 2018 della Corte costituzionale, cit.;

b) in caso di licenziamento illegittimo per violazione dell'obbligo di motivazione previsto dall'art. 2, co. 2, della legge 604/1966, ovvero, nell'ipotesi di licenziamento disciplinare, per violazione della procedura prevista dall'art. 7 della Legge 300 del 1970, al lavoratore spetta un'indennità pari a mezza mensilità per ogni anno di servizio, con un limite minimo di 1 mensilità e un limite massimo di 6 mensilità. E per questa fattispecie va applicata la sentenza n. 150 del 2020 della Corte costituzionale cit.

4.1.- La giurisprudenza della Corte di cassazione antecedente la sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021.

I PRESUPPOSTI NORMATIVI:

a) nel caso di “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”, ovvero nel caso in cui sia evidente l'assenza di uno dei presupposti legittimanti il recesso per giustificato motivo oggettivo (i.e. le ragioni poste a base del licenziamento e l'impossibilità di repêchage) si può avere la reintegra del lavoratore con un risarcimento di 12 mensilità al massimo dell'ultima retribuzione globale di fatto;

b) nella seconda delle ipotesi indicate di illegittimità rientrano tutte le “altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del giustificato motivo oggettivo”, per le quali è prevista una sanzione esclusivamente risarcitoria tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti.

I PRINCIPI AFFERMATI

in considerazione del disposto normativo dell'art. 18 Fornero, secondo cui in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo il giudice "può" applicare la tutela reintegratoria attenuata esclusivamente in caso di "manifesta insussistenza del fatto", deve ritenersi che l'intenzione del legislatore sia quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro ad ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria. Pertanto, in caso di mancato assolvimento dell'onere di repêchage, il giudice, ove ritenga che la reintegra sia "eccessivamente onerosa" per il datore, può applicare la tutela indennitaria ex art. 18 comma 5 Stat. lav. (Cass. 10435/2018; nella specie, la Corte, avendo accertato l'effettiva sussistenza del motivo di licenziamento – ristrutturazione con esternalizzazione dell'attività – ha confermato l'applicazione della tutela indennitaria in considerazione della carenza probatoria dell'obbligo di repêchage).

Nella stessa ottica, fra le altre:

- Cass. n. 16253 del 29/07/2020 secondo cui il discrimine tra le due forme di tutela, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo, è descritto dal comma 7 dell'art. 18 novellato, per il quale il giudice "può" attribuire la cd. tutela reintegratoria attenuata, tra tutte le "ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi" del giustificato motivo oggettivo, esclusivamente nel caso in cui il "fatto posto a base del licenziamento" non solo non sussista, ma anche a condizione che detta "insussistenza" sia "manifesta", sicché non pare dubitabile che l'intenzione del legislatore, pur tradottasi in un incerto testo normativo, sia quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro ad ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria in materia di licenziamento individuale per motivi economici.

- Cass. 7471/2020ove è stato ribadito che, per consolidata giurisprudenza, la "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" deve intendersi come una chiara, evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti di legittimità del recesso, sicché nel caso in cui il datore fornisca una prova non sufficiente della impossibilità di impiegare il dipendente in diverse mansioni, non può parlarsi di "manifesta insussistenza" del fatto, con la conseguenza che va applicata la sola tutela risarcitoria (conformi: Cass. 26460/2019; Cass. 181/2019; Cass. 16702/2018; Cass. 10435/2018);

- Cass. n. 29101 dell'11/11/2019che ha statuito che, in tema di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, la ritenuta mancanza di un nesso causale tra recesso datoriale e motivo addotto a suo fondamento è sussumibile nell'alveo di quella particolare evidenza richiesta per integrare la manifesta insussistenza del fatto che giustifica, ai sensi dell'art. 18, comma 7, legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, la tutela reintegratoria attenuata. Pertanto, la Corte di cassazione ha confermato la sentenza di merito nella quale era stato ritenuto che la giustificazione addotta a supporto del licenziamento, incentrata sul venir meno dell'attività dal lavoratore dedicata al telegiornale ed alle trasmissioni di un canale televisivo ceduto dalla società datoriale ad altra emittente televisiva, fosse stata smentita dall'istruttoria, essendo emerso che il predetto lavoratore, al momento del recesso, era adibito in via prevalente ad altre mansioni, rimanendo così escluso il necessario nesso causale tra la cessione del canale televisivo ed il licenziamento;

- Cass. n. 2366 del 03/02/2020che ha stabilito che se il giudice accertata sussistenza del requisito della "manifesta insussistenza del fatto posto" alla base del licenziamentoper GMO può scegliere di applicare la tutela reintegratoria di cui al comma 4 del medesimo art. 18, soltanto se, al momento di adozione del provvedimento giudiziale, tale regime sanzionatorio non risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell'impresa e dunque "eccessivamente oneroso" per il datore di lavoro. L'esercizio di detto "potere discrezionale del giudice", commisurato al principio della "eccessiva onerosità", si sottrae al sindacato di legittimità, ove sorretto da motivazione

plausibile. Pertanto, è stata ritenuta sufficientemente motivata la sentenza di merito in cui si era fatto ricorso alla tutela reintegratoria, in considerazione delle grandi dimensioni dell'azienda multinazionale, "in assenza di ulteriori elementi che evidenzino una situazione di difficoltà logistica, organizzativa o economica";

- Cass. n. 10435 del 02/05/2018 ha precisato che nel suindicato caso di "eccessiva onerosità", nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei requisiti costitutivi del licenziamento, il giudice potrà optare per l'applicabilità della tutela indennitaria di cui al comma 5. In altre parole, il giudice, pur nel caso di manifesta insussistenza del fatto, potrà pronunciare la reintegrazione del lavoratore «subordinatamente all'ulteriore valutazione discrezionale rispetto alla non eccessiva onerosità del rimedio» (Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930);

- Cass. n. 7471 del 19/03/2020 ove sono stati sintetizzati i principi affermati dalla Corte di cassazione in materia nel seguente modo:

a) il nuovo regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 9 del 2012, prevede di regola la corresponsione di un'indennità risarcitoria, compresa tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità, riservando il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino a un massimo di dodici mensilità, alle ipotesi residuali, che fungono da eccezione, nelle quali l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento è connotata di una particolare evidenza, sicché la violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta tra lavoratori adibiti allo svolgimento di mansioni omogenee dà luogo alla tutela indennitaria, dovendosi escludere che ricorra, in tal caso, la manifesta insussistenza delle ragioni economiche poste a fondamento del recesso (Cass. 25 luglio 2018, n. 19732);

b) ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria prevista dall'art. 18, quarto comma legge cit., il giudice è tenuto ad accertare che vi sia una evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento e, in caso di esito positivo di tale verifica, a procedere all'ulteriore valutazione discrezionale sulla non eccessiva onerosità del rimedio, essendo altrimenti applicabile la sola tutela risarcitoria di cui all'art. 18, quinto comma (Cass. 31 gennaio 2019, n. 2930);

c) il requisito della "manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" è da intendere come chiara, evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti di legittimità del recesso, cui non può essere equiparata una prova meramente insufficiente (Cass. 25 giugno 2018, n. 16702).

In senso diverso Cass. n. 17528 del 14/07/2017 ha affermato che l'espressione "può altresì applicare", contenuta nell'art. 18, comma 7, St.lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012, deve interpretarsi nel senso che, a fronte dell'inesistenza del fatto posto a base del licenziamento, il giudice, tenuto conto degli elementi del caso concreto, applica la reintegra, essendo esclusa ogni sua discrezionalità. Se, viceversa, emerge che il fatto posto a fondamento del licenziamento esiste, ma non sia ritenuto concreto un giustificato motivo oggettivo, trova applicazione la tutela indennitaria. Pertanto, è stata confermata la sentenza impugnata che aveva ritenuto insussistente il fatto giustificativo del licenziamento fondato sul mancato superamento di un inesistente patto di prova.

4.2.- La sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021.

Va ribadito²⁵ che il regime sanzionatorio per il licenziamento per GMO è stato di recente incisivamente modificato dalla **sentenza della Corte costituzionale n. 59 del 2021**²⁶ che ha

²⁵ Vedi sopra paragrafo 2.

²⁶ **Allegata alla presente relazione, in testo integrale.**

dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, settimo comma, secondo periodo, della legge 20 maggio 1970, n. 300, come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge 28 giugno 2012, n. 92, nella parte in cui prevede che il giudice, quando accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «può altresì applicare» – invece che «applica altresì» – la disciplina di cui al medesimo art. 18, quarto comma.

Con la sentenza è stata accolta, in riferimento all'art. 3 Cost., la questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Ravenna dell'articolo 18 dello Statuto dei lavoratori, come modificato dalla cosiddetta legge Fornero (legge n. 92 del 2012), nella parte relativa alla previsione della facoltà e non dell'obbligo del giudice di reintegrare il lavoratore arbitrariamente licenziato in mancanza di giustificato motivo oggettivo.

A tale conclusione la Corte, con ampia e articolata motivazione, è pervenuta sulla base dell'argomento centrale secondo cui in caso di insussistenza del fatto – che, oltretutto per il licenziamento economico, deve essere manifesta – la suindicata disposizione comporta una irragionevole disparità di trattamento tra il licenziamento economico e quello per giusta causa, perché in quest'ultima ipotesi è stabilito l'obbligo della reintegra mentre nell'altra è lasciata alla discrezionalità del giudice la scelta tra la stessa reintegra e la corresponsione di un'indennità.

La Corte ha, fra l'altro, rilevato che, nel quadro di un ampio intervento riformatore sulle tutele contro i licenziamenti illegittimi, con l'art. 18, settimo comma, secondo periodo, dello Statuto dei lavoratori, così come modificato dall'art. 1, comma 42, lettera b), della legge n. 92 del 2012, il legislatore ha inteso redistribuire «in modo più equo le tutele dell'impiego» anche mediante l'adeguamento della disciplina dei licenziamenti «alle esigenze del mutato contesto di riferimento» e la previsione «di un procedimento giudiziario specifico per accelerare la definizione delle relative controversie» (art. 1, comma 1, lettera c, della legge citata).

All'originario modello, incentrato sulla tutela reintegratoria per tutte le ipotesi di nullità, annullabilità e inefficacia del licenziamento, oggi fanno riscontro quattro regimi, applicabili ai rapporti a tempo indeterminato instaurati fino al 7 marzo 2015. A decorrere da questa data si dispiega la disciplina introdotta dal d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23 che si caratterizza per una diversa ratio e per un diverso regime di tutele.

L'art. 18 cit. come novellato nel 2012 alla tutela reintegratoria piena – applicabile, indipendentemente dal numero dei dipendenti occupati, nelle ipotesi di licenziamento discriminatorio, nullo dichiarato inefficace perché intimato in forma orale – si aggiungono una tutela reintegratoria attenuata e una tutela indennitaria, declinata in forma piena e ridotta, da applicare ai datori di lavoro che occupino più di quindici dipendenti (cinque, se si tratta di imprese agricole) nell'unità produttiva in cui ha avuto luogo il licenziamento o nell'ambito dello stesso Comune o che occupino complessivamente, sia pure in diverse unità produttive, più di sessanta dipendenti.

Nel presente giudizio di legittimità costituzionale viene in considerazione la tutela reintegratoria attenuata.

Tale tutela si applica ai licenziamenti disciplinari, per giusta causa o giustificato motivo soggettivo, allorché il giudice riscontri l'insussistenza del fatto contestato o la riconducibilità del fatto alle condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi o dei codici disciplinari.

La medesima tutela sanziona anche i licenziamenti intimati senza giustificazione «per motivo oggettivo consistente nell'inedoneità fisica o psichica del lavoratore», o intimati in violazione delle regole che, nell'ambito del licenziamento per malattia, disciplinano il periodo di comportamento (art. 2110 del codice civile).

Nei licenziamenti economici, la tutela reintegratoria attenuata può essere applicata nelle ipotesi di «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo».

Quanto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo connesso a ragioni economiche, produttive e organizzative, che rappresenta il fulcro della sollevata questione di legittimità costituzionale, il nuovo regime sanzionatorio previsto dall'art. 18 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, prescrive di regola la corresponsione di una indennità risarcitoria, compresa tra un minimo di dodici e un massimo di ventiquattro mensilità.

Il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino a un massimo di dodici mensilità, è circoscritto all'ipotesi della manifesta insussistenza del fatto, che postula una evidente assenza dei presupposti di legittimità del recesso e dunque la sua natura pretestuosa (Cass. 19 marzo 2020, n. 7471).

Il suindicato requisiti correla strettamente ai presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, che è onere del datore di lavoro dimostrare.

Tali sono da intendere le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro e, infine, l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore (Cass. 11 novembre 2019, n. 29102). Perché possa operare il rimedio della reintegrazione, è sufficiente che la manifesta insussistenza riguardi uno dei presupposti appena indicati (Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159).

Tali presupposti, pur nel loro autonomo spazio applicativo, si raccordano tutti all'effettività della scelta organizzativa del datore di lavoro, che il giudice è chiamato a valutare, senza sconfinare in un sindacato di congruità e di opportunità.

Il vaglio della genuinità della decisione imprenditoriale garantisce che il licenziamento rappresenti pur sempre una *extrema ratio* e non il frutto di un insindacabile arbitrio.

Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità (Cass. 3 febbraio 2020, n. 2366) la reintegrazione non è obbligatoria, neppure quando l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento si connota come manifesta.

Sia il dato testuale sia la *ratio legis* confermano tale soluzione in quanto, nel contesto dell'art. 18, settimo comma, cit., al perentorio «applica» del primo periodo fa riscontro il «può applicare» del secondo periodo e questo sottende, secondo il significato proprio delle parole, una facoltà discrezionale del giudice.

Ma questo evidenzia come la disposizione censurata, nel sancire una facoltà discrezionale di concedere o negare la reintegrazione, contrasti con l'art. 3 Cost., per plurime ragioni.

La Corte ricorda di avere già in epoca risalente fondato sul diritto al lavoro (art. 4, primo comma, Cost.) e sulla tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.), l'esigenza

di circondare di «doverose garanzie» e di «opportuni temperamenti» le fattispecie di licenziamento (sentenza n. 45 del 1965, punto 4 del Considerato in diritto).

L'attuazione del diritto «a non essere estromesso dal lavoro ingiustamente o irragionevolmente» (sentenza n. 60 del 1991, punto 9 del Considerato in diritto) è stata ricondotta, anche di recente, nell'alveo delle valutazioni discrezionali del legislatore, quanto alla scelta dei tempi e dei modi della tutela (sentenza n. 194 del 2018, punto 9.2. del Considerato in diritto), anche in ragione della diversa gravità dei vizi e di altri elementi oggettivamente apprezzabili come, per esempio, le dimensioni dell'impresa.

Si è anche rimarcato che la reintegrazione non rappresenta «l'unico possibile paradigma attuativo» dei principi costituzionali (sentenza n. 46 del 2000, punto 5 del Considerato in diritto).

In un assetto integrato di tutele, in cui alla Costituzione si affiancano le fonti sovranazionali (art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30) e dell'Unione europea (art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – CDFUE –, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007), «molteplici possono essere i rimedi idonei a garantire una adeguata compensazione per il lavoratore arbitrariamente licenziato» (di recente, sentenza n. 254 del 2020, punto 5.2. del Considerato in diritto).

Nell'apprestare le garanzie necessarie a tutelare la persona del lavoratore, il legislatore, pur nell'ampio margine di apprezzamento che gli compete, è vincolato al rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza.

Nella specie il carattere meramente facoltativo della reintegrazione rivela una disarmonia interna al peculiare sistema delineato dalla legge n. 92 del 2012 e viola il principio di eguaglianza.

Infatti, in un sistema che, per consapevole scelta del legislatore, annette rilievo al presupposto comune dell'insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l'applicazione della tutela reintegratoria, si rivela disarmonico e lesivo del principio di eguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici, a fronte di una inconsistenza manifesta della giustificazione addotta e del ricorrere di un vizio di più accentuata gravità rispetto all'insussistenza pura e semplice del fatto.

Invero, l'esercizio arbitrario del potere di licenziamento, sia quando adduce a pretesto un fatto disciplinare inesistente sia quando si appella a una ragione produttiva priva di ogni riscontro, lede l'interesse del lavoratore alla continuità del vincolo negoziale e si risolve in una vicenda traumatica, che vede direttamente implicata la persona del lavoratore. L'insussistenza del fatto, pur con le diverse gradazioni che presenta nelle singole fattispecie di licenziamento – essendo il licenziamento disciplinare meritevole di tutela reintegratoria ove si accerti l'insussistenza del fatto, mentre per il licenziamento economico, si richiede finanche il più pregnante presupposto dell'insussistenza manifesta – denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro, che la Corte ha enucleato sulla base degli artt. 4 e 35 Cost. (sentenza n. 41 del 2003, punto 2.1. del Considerato in diritto).

Tali elementi comuni alle fattispecie di licenziamento poste a raffronto, valorizzati dallo stesso legislatore nella previsione di una identica tutela reintegratoria, privano di una ragione giustificatrice plausibile la configurazione di un rimedio meramente facoltativo per i soli licenziamenti economici.

Nella stessa ottica, risulta privo di un fondamento razionale anche l'orientamento giurisprudenziale che assoggetta a una valutazione in termini di eccessiva onerosità la reintegrazione dei soli licenziamenti economici, che incidono sull'organizzazione dell'impresa al pari di quelli disciplinari e, non meno di questi, coinvolgono la persona e la dignità del lavoratore.

La Corte precisa che alla violazione del principio di eguaglianza e alla disarmonia interna a un sistema di tutele, già caratterizzato da una pluralità di distinzioni, si associa l'irragionevolezza intrinseca del criterio distintivo adottato, che conduce a ulteriori e ingiustificate disparità di trattamento.

Infatti, come sostiene il rimettente la previsione censurata ha le caratteristiche di una norma "in bianco" e, in quanto tale, manifesta l'irragionevolezza di una disciplina «del tutto priva di criteri applicativi» idonei a orientare il potere discrezionale di disporre o meno la reintegrazione.

Per i licenziamenti economici, il legislatore non solo presuppone una evidenza conclamata del vizio, che non sempre è agevole distinguere rispetto a una insussistenza non altrimenti qualificata, ma rende facoltativa la reintegrazione, senza offrire all'interprete un chiaro criterio direttivo.

La scelta tra due forme di tutela profondamente diverse – quella reintegratoria, pur nella forma attenuata, e quella meramente indennitaria – è così rimessa a una valutazione del giudice disancorata da precisi punti di riferimento.

Il richiamo alla eccessiva onerosità, che la giurisprudenza di legittimità ha indicato nell'intento di conferire alla previsione un contenuto precettivo meno evanescente, non pone rimedio all'indeterminatezza della fattispecie.

Tale nozione, funzionale a tracciare la linea di confine tra due forme di tutela dalla comune matrice risarcitoria (risarcimento in forma specifica o per equivalente), si colloca nel contesto di grandezze economiche comparabili.

Nella disciplina della reintegrazione, invece, che si è via via affinata come autonoma tecnica di tutela rispetto al paradigma dell'art. 2058 cod. civ., essa finisce per rivelarsi inadeguata.

L'eccessiva onerosità, declinata come incompatibilità con la struttura organizzativa nel frattempo assunta dall'impresa, presuppone valutazioni comparative non lineari nella dialettica tra il diritto del lavoratore a non essere arbitrariamente estromesso dal posto di lavoro e la libertà di iniziativa economica privata. Né serve a individuare parametri sicuri per la valutazione del giudice nel riconoscimento di due rimedi – la reintegrazione o l'indennità – caratterizzati da uno statuto eterogeneo.

In un sistema equilibrato di tutele, la discrezionalità del giudice riveste un ruolo cruciale, come la Corte costituzionale ha riconosciuto di recente nel censurare l'automatismo che governava la determinazione dell'indennità risarcitoria per i licenziamenti viziati dal punto di vista sostanziale (sentenza n. 194 del 2018) o formale (sentenza n. 150 del 2020), dapprima commisurata alla sola anzianità di servizio. Al giudice è stato restituito un essenziale potere di valutazione delle particolarità del caso concreto, in base a puntuali e molteplici criteri desumibili dall'ordinamento, frutto di una evoluzione normativa risalente e di una prassi collaudata.

Nella fattispecie sottoposta all'odierno scrutinio, la diversa tutela applicabile – che ha implicazioni notevoli – discende invece da un criterio giurisprudenziale che, per un verso, è

indeterminato e improprio e, per altro verso, privo di ogni attinenza con il disvalore del licenziamento.

Il mutamento della struttura organizzativa dell'impresa che preclude l'applicazione della tutela reintegratoria è riconducibile allo stesso imprenditore che ha intimato il licenziamento illegittimo e può dunque prestarsi a condotte elusive. Tale mutamento, inoltre, può intervenire a distanza di molto tempo dal recesso ed è pur sempre un elemento accidentale, che non presenta alcun nesso con la gravità della singola vicenda di licenziamento.

È, pertanto, manifestamente irragionevole la scelta di riconnettere a fattori contingenti, e comunque determinati dalle scelte del responsabile dell'illecito, conseguenze di notevole portata, che si riverberano sull'alternativa fra una più incisiva tutela reintegratoria o una meramente indennitaria.

Per costante giurisprudenza costituzionale (fra le molte, sentenza n. 2 del 1986, punto 8 del Considerato in diritto), ben può il legislatore delimitare l'ambito applicativo della reintegrazione.

Nondimeno, un criterio distintivo, che fa leva su una mutevole valutazione casistica e su un dato privo di ogni ancoraggio con l'illecito che si deve sanzionare, non si fonda su elementi oggettivi o razionalmente giustificabili e amplifica le incertezze del sistema.

Inoltre, nel demandare a una valutazione giudiziale sfornita di ogni criterio direttivo – perciò altamente controvertibile – la scelta tra la tutela reintegratoria e la tutela indennitaria, la disciplina censurata contraddice la finalità di una equa redistribuzione delle «tutele dell'impiego», enunciata dall'art. 1, comma 1, lettera c), della legge n. 92 del 2012.

L'intento di circoscrivere entro confini certi e prevedibili l'applicazione del più incisivo rimedio della reintegrazione e di offrire parametri precisi alla discrezionalità del giudice rischia di essere vanificato dalla necessità di procedere alla complessa valutazione sulla compatibilità con le esigenze organizzative dell'impresa.

Anche da questo punto di vista, si ravvisa l'irragionevolezza censurata dal Tribunale di Ravenna remittente.

4.3.- La sentenza della Corte costituzionale n. 194 del 2018.

Con la sentenza della Corte Costituzionale **n. 194 del 8 novembre 2018**²⁷, è stata dichiarata la parziale fondatezza delle questioni, con cui il Tribunale di Roma rimettente aveva dedotto la violazione degli artt. 3, 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. – questi ultimi due articoli in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea – da parte dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte riguardante la previsione di una tutela contro i licenziamenti ingiustificati non specifica dell'interesse del lavoratore all'adempimento del contratto di lavoro a tempo indeterminato – la reintegrazione è, infatti, preclusa – ma per equivalente, quindi, soltanto economica e oltretutto rigidamente ancorata al solo criterio dell'anzianità di servizio

Preliminarmente la Corte ha sottolineato chela differenza di regime prevista per i licenziamenti illegittimi, rispettivamente per i lavoratori assunti prima e dopo il 7 marzo 2015, non contrasta con il «canone di ragionevolezza» e, quindi, con il principio di eguaglianza, se ad essa si guarda alla luce della ragione giustificatrice costituita dallo «scopo», dichiaratamente perseguito dal

²⁷Allegata alla presente relazione, in testo integrale.

legislatore, «di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione» (alinea dell'art. 1, comma 7, della legge n. 183 del 2014).

Sempre in via preliminare la Corte costituzionale ha, poi, chiarito che non vi sono elementiche possano consentire di ritenere che la censurata disciplina dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sia stata adottata in attuazione del diritto dell'Unione, in particolare, per attuare disposizioni nella materia dei licenziamenti individuali.

Nello specifico, ai fini dell'applicabilità della CDFUE, l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 dovrebbe rientrare nell'ambito di applicazione di una norma del diritto dell'Unione diversa da quelle della Carta stessa (ex plurimis, Corte di giustizia, terza sezione, sentenza 1° dicembre 2016, causa C-395/15, Mohamed Daouidi contro Bootes Plus SL e altri, punto 64; ottava sezione, ordinanze 8 dicembre 2016, causa C-27/16, Angel Marinkov contro Predsedatel na Darzhavna agentsia za balgarite v chuzhbina, punto 49, e 16 gennaio 2014, causa C-332/13, Ferenc Weigl contro Nemzeti Innovációs Hivatal, punto 14; terza sezione, ordinanza 12 luglio 2012, causa C-466/11, Gennaro Currà e altri contro Bundesrepublik Deutschland, punto 26).

D'altra parte, il solo fatto che l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 ricada in un settore nel quale l'Unione è competente ai sensi dell'art. 153, paragrafo 2, lettera d), del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) non può comportare l'applicabilità della Carta dato che, riguardo alla disciplina dei licenziamenti individuali (e, tanto meno, nella situazione specificamente regolata dall'art. 3, comma 1), l'Unione non ha in concreto esercitato tale competenza, né ha adottato, mediante direttive, prescrizioni minime (ex plurimis, Corte di giustizia, decima sezione, sentenza 5 febbraio 2015, causa C-117/14, Grima Janet Nisttahuz Poclava contro Jose María Ariza Toledano, punto 41; quinta sezione, sentenza 10 luglio 2014, causa C-198/13, Víctor Manuel Julian Hernández e altri contro Regno di Spagna e altri, punti 36 e 46; settima sezione, ordinanza 16 gennaio 2008, causa C-361/07, Olivier Polier contro Najar EURL, punto 13).

In sintesi, la Corte ha chiarito sul punto che non vi sono dunque disposizioni del diritto dell'Unione che impongano specifici obblighi agli Stati membri – né all'Italia in particolare – nella materia disciplinata dal censurato art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, sicché è da escludere che la CDFUE sia applicabile alla fattispecie e che l'art. 30 della stessa Carta possa essere invocato, quale parametro interposto, nella presente questione di legittimità costituzionale.

Passando all'esame del merito delle ulteriori questioni sollevate, la Corte ha, in primo luogo, sottolineato come il contestato meccanismo di tutela sorregge l'intero impianto della disciplina delineata dal legislatore, anche nei casi in cui non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa (salve le ipotesi, disciplinate dal comma 2 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015, in cui «sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore»).

Di qui la necessità di uno scrutinio complessivo del denunciato art. 3, comma 1, entro cui rientra anche il caso in cui non ricorrono gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, fattispecie quest'ultima che ricorre nel giudizio a quo.

La qualificazione come «indennità» dell'obbligazione prevista dall'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 non ne esclude la natura di rimedio risarcitorio, a fronte di un licenziamento. Quest'ultimo, anche se efficace, in quanto idoneo a estinguere il rapporto di lavoro, costituisce pur sempre un atto illecito, essendo adottato in violazione della preesistente non modificata norma imperativa secondo cui «il licenziamento del prestatore di lavoro non può avvenire che per giusta

causa ai sensi dell'art. 2119 del codice civile o per giustificato motivo» (art. 1 della legge n. 604 del 1966).

Il meccanismo di quantificazione indicato connota l'indennità come rigida, in quanto non graduabile in relazione a parametri diversi dall'anzianità di servizio, e la rende uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità. L'indennità assume così i connotati di una liquidazione legale forfetizzata e standardizzata, proprio perché ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio, a fronte del danno derivante al lavoratore dall'illegittima estromissione dal posto di lavoro a tempo indeterminato.

Tale meccanismo inoltre opera entro limiti predefiniti sia verso il basso sia verso l'alto. Verso il basso la previsione di una misura minima dell'indennità è pari a quattro (ora sei) mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, verso l'alto la previsione di una misura massima dell'indennità è pari a ventiquattro (ora trentasei) mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR. Una tale predeterminazione forfetizzata del risarcimento del danno da licenziamento illegittimo che non risulta incrementabile, pur volendone fornire la relativa prova.

Di qui la conclusione che il denunciato art. 3, comma 1, nella parte in cui determina l'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», contrasta, anzitutto, con il principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse (terzo dei profili di violazione dell'art. 3 Cost. prospettati dal rimettente). Tanto più che, nel prestabilirne interamente il quantum in relazione all'unico parametro dell'anzianità di servizio, tale previsione connota l'indennità, oltre che come rigida, come uniforme per tutti i lavoratori con la stessa anzianità.

Nell'ampia motivazione si sottolinea, che quando viene meno la tutela reale, esclusa, come già detto, per i lavoratori assunti dopo il 6 marzo 2015 (salvo che nei casi di cui al comma 2 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015) in una vicenda che coinvolge la persona del lavoratore nel momento traumatico della sua espulsione dal lavoro, la tutela risarcitoria non può essere ancorata all'unico parametro dell'anzianità di servizio. Non possono che essere molteplici i criteri da offrire alla prudente discrezionale valutazione del giudice chiamato a dirimere la controversia. Tale discrezionalità si esercita, comunque, entro confini tracciati dal legislatore per garantire una calibrata modulazione del risarcimento dovuto, entro una soglia minima e una massima.

Si aggiunge che la determinazione dell'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», contrasta altresì con il principio di ragionevolezza, sotto il profilo dell'inefficienza dell'indennità medesima a costituire un adeguato ristoro del concreto pregiudizio subito dal lavoratore a causa del licenziamento illegittimo e un'adeguata dissuasione del datore di lavoro dal licenziare illegittimamente. Così essa non realizza un equilibrato componimento degli interessi in gioco: la libertà di organizzazione dell'impresa da un lato e la tutela del lavoratore ingiustamente licenziato dall'altro.

Nell'impianto legislativo il licenziamento collettivo si articola in un complesso istituto che contempera due fattispecie, quella del licenziamento collettivo per messa in mobilità e quella del licenziamento collettivo per riduzione del personale, rispettivamente disciplinate dagli artt. 4 e 24 della Legge n. 223/1991.

Dalla ritenuta irragionevolezza del censurato art. 3, comma 1, nella parte in cui determina l'indennità in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», discende anche il vulnus recato da tale previsione agli artt. 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost., in quanto il «diritto al lavoro» (art. 4, primo comma, Cost.) e la «tutela» del lavoro «in tutte le sue forme ed applicazioni» (art. 35, primo comma, Cost.) comportano la garanzia dell'esercizio nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti (vedi sentenze n. 45 del 1965 e n. 63 del 1966).

Infine, viene anche riscontrata, per il tramite dell'art. 24 della Carta Sociale Europea, sia dell'art. 76 – nel riferimento operato dalla legge di delegazione al rispetto delle convenzioni internazionali – sia dell'art. 117, primo comma, Cost

L'art. 24 della Carta sociale europea prevede che, per assicurare l'effettivo esercizio del diritto a una tutela in caso di licenziamento, le Parti contraenti si impegnano a riconoscere «il diritto dei lavoratori licenziati senza un valido motivo, ad un congruo indennizzo o altra adeguata riparazione» (primo comma, lettera b).

Nella decisione resa a seguito del reclamo collettivo n. 106/2014, proposto dalla Finnish Society of Social Rights contro la Finlandia, il Comitato europeo dei diritti sociali ha chiarito che l'indennizzo è congruo se è tale da assicurare un adeguato ristoro per il concreto pregiudizio subito dal lavoratore licenziato senza un valido motivo e da dissuadere il datore di lavoro dal licenziare ingiustificatamente.

Il filo argomentativo che guida il Comitato si snoda attraverso l'apprezzamento del sistema risarcitorio in quanto dissuasivo e, al tempo stesso, congruo rispetto al danno subito (punto 45).

Si ricorda che la Corte costituzionale ha già affermato l'idoneità della Carta sociale europea a integrare il parametro dell'art. 117, primo comma, Cost. e ha anche riconosciuto l'autorevolezza delle decisioni del Comitato, ancorché non vincolanti per i giudici nazionali (sentenza n. 120 del 2018).

Il citato art. 24, che si ispira alla Convenzione OIL n. 158 del 1982, specifica sul piano internazionale, in armonia con l'art. 35, terzo comma, Cost. e con riguardo al licenziamento ingiustificato, l'obbligo di garantire l'adeguatezza del risarcimento, in linea con quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale sulla base del parametro costituzionale interno dell'art. 3 Cost. Si realizza, in tal modo, un'integrazione tra fonti e – ciò che più rileva – tra le tutele da esse garantite (sentenza n. 317 del 2009, punto 7. del Considerato in diritto, secondo cui «[i]l risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento deve essere di segno positivo»).

In conclusione, in parziale accoglimento delle questioni sollevate in riferimento agli artt. 3 (in relazione sia al principio di eguaglianza, sotto il profilo dell'ingiustificata omologazione di situazioni diverse, sia al principio di ragionevolezza), 4, primo comma, 35, primo comma, e 76 e 117, primo comma, Cost. (questi ultimi due articoli in relazione all'art. 24 della Carta sociale europea), il denunciato art. 3, comma 1, viene dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

Si precisa che le «mensilità», cui fa ora riferimento l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015 sono da intendere relative all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del TFR, così come si evince dal d.lgs. n. 23 del 2015 nel suo complesso, con riguardo alla commisurazione dei risarcimenti.

Il giudice, nel rispetto dei limiti, minimo e massimo, dell'intervallo in cui va quantificata l'indennità spettante al lavoratore illegittimamente licenziato, terrà conto innanzi tutto dell'anzianità di servizio – criterio che è prescritto dall'art. 1, comma 7, lett. c) della legge n. 184 del 2013 e che ispira il disegno riformatore del d.lgs. n.23 del 2015 – nonché degli altri criteri desumibili in chiave sistematica dalla evoluzione della disciplina limitativa dei licenziamenti (numero dei dipendenti occupati, dimensioni dell'attività economica, comportamento e condizioni delle parti).

4.4.- La sentenza della Corte costituzionale n. 150 del 2020.

Nella stessa ottica, la Corte costituzionale, con la **sentenza n. 150 del 2020**²⁸, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. 4 marzo 2015, n. 23, limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

Il Tribunale di Bari e il Tribunale di Roma, entrambi in funzione di giudici del lavoro, avevano dubitato, in complessivo riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, 24 e 35, primo comma, della Costituzione, della legittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui prevede, per il licenziamento intimato in violazione del requisito di motivazione o della procedura di cui all'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, la condanna del datore di lavoro al pagamento di una indennità non assoggettata a contribuzione previdenziale «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio» e attribuisce così rilievo esclusivo, ai fini della quantificazione dell'indennità, al criterio dell'anzianità di servizio.

La Corte ha dichiarato la fondatezza delle questioni sollevate da entrambi i rimettenti con riferimento agli artt. 3, 4, primo comma, e 35, primo comma, Cost.

Nella articolata motivazione la Corte ha, fra l'altro, sottolineato che le prescrizioni formali, la cui violazione la disposizione censurata ha inteso sanzionare con la tutela indennitaria, rivestono una essenziale funzione di garanzia, ispirata a valori di civiltà giuridica. Nell'ambito della disciplina dei licenziamenti, il rispetto della forma e delle procedure assume un rilievo ancora più pregnante, poiché segna le tappe di un lungo cammino nella progressiva attuazione dei principi costituzionali.

L'obbligo di motivazione, inizialmente subordinato a una specifica richiesta del lavoratore, ha assunto caratteri più stringenti, in séguito alle novità introdotte dall'art. 1, comma 37, della legge n. 92 del 2012. Il datore di lavoro è, infatti, obbligato a dar conto in maniera sollecita e circostanziata delle giustificazioni per l'applicazione della sanzione più grave, secondo il principio di buona fede che permea ogni rapporto obbligatorio e vincola le parti a comportamenti univoci e trasparenti.

L'obbligo di motivazione, che ha il suo corollario nella immutabilità delle ragioni del licenziamento, è tratto qualificante di una disciplina volta a delimitare il potere unilaterale del datore di lavoro, al fine di comprimere ogni manifestazione arbitraria dello stesso.

Le previsioni dell'art. 7 della legge n. 300 del 1970, richiamate dalla disposizione oggi censurata, assegnano un ruolo centrale al principio del contraddittorio, più che mai cruciale nell'esercizio di un potere privato che si spinge fino a irrogare la sanzione espulsiva (sentenza n. 204 del 1982, punto 11.1. del Considerato in diritto). La conoscibilità delle norme disciplinari, la preventiva contestazione dell'addebito, il diritto del lavoratore di essere sentito, non sono vuote prescrizioni formali, ma concorrono a tutelare la dignità del lavoratore, come traspare anche dalla collocazione sistematica della norma nel Titolo I dello statuto dei lavoratori, denominato «Della

²⁸Allegata alla presente relazione, in testo integrale.

libertà e dignità del lavoratore». Dopo questo intervento del legislatore, il potere disciplinare, nient'affatto dimidiato né tanto meno sospeso, assume le cadenze di un procedimento: esso si estrinseca nel rispetto di precise regole e si snoda attraverso fasi successive (sentenza n. 204 del 1982, punto 11.1. del Considerato in diritto).

Le garanzie sancite dall'art. 2 della legge n. 604 del 1966 e dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori, consistono nell'imporre alle parti di esternare le contrapposte ragioni, al fine di chiarire i punti controversi e favorire, ove possibile, composizioni stragiudiziali. Tali garanzie preludono a un esercizio più efficace del diritto di difesa nel corso della fase giudiziale che il lavoratore può scegliere di instaurare successivamente.

La violazione delle prescrizioni formali e procedurali, all'origine di un possibile e più ampio contenzioso riferito al recesso del datore di lavoro, rischia di disperdere gli elementi di prova che si possono acquisire nell'immediatezza dei fatti e attraverso un sollecito contraddittorio e incide, pertanto, sull'effettività del diritto di difesa del lavoratore.

L'obbligo di motivazione e la regola del contraddittorio sono riconducibili al principio di tutela del lavoro, enunciato dagli artt. 4 e 35 Cost., che impone al legislatore di circondare di «doverose garanzie» e di «opportuni temperamenti» il recesso del datore di lavoro (sentenza n. 45 del 1965, punto 4. del Considerato in diritto), come ribadito dalla Corte da ultimo nella sentenza n. 194 del 2018 (punto 9.1. del Considerato in diritto).

La Corte ha affermato, sin da epoca risalente, che l'inosservanza del principio del contraddittorio e delle scansioni procedurali imposte dall'art. 7 dello Statuto dei lavoratori «può incidere sulla sfera morale e professionale del lavoratore e crea ostacoli o addirittura impedimenti alle nuove occasioni di lavoro che il licenziato deve poi necessariamente trovare. Tanto più grave è il pregiudizio che si verifica se il licenziato non sia posto in grado di difendersi e fare accertare l'insussistenza dei motivi "disciplinari", peraltro unilateralmente mossi e addebitati dal datore di lavoro» (sentenza n. 427 del 1989).

Il contraddittorio «esprime un valore essenziale per la persona del lavoratore» (sentenza n. 364 del 1991, punto 2. del Considerato in diritto) e anche l'obbligo di motivazione risponde ad analoghe esigenze di tutela. La violazione di tale obbligo, difatti, non solo preclude in radice il dispiegarsi del contraddittorio, ma reca offesa alla dignità del lavoratore, esposto all'irrogazione della sanzione espulsiva senza avere adeguata cognizione delle ragioni che la giustificano.

La disciplina del licenziamento affetto da vizi di forma e di procedura, proprio per gli interessi di rilievo costituzionale che sono stati richiamati, deve essere incardinata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, così da garantire una tutela adeguata.

La prudente discrezionalità del legislatore, pur potendo modulare la tutela in chiave eminentemente monetaria, attraverso la predeterminazione dell'importo spettante al lavoratore, non può trascurare la valutazione della specificità del caso concreto. Si tratta di una valutazione tutt'altro che marginale, se solo si considera la vasta gamma di variabili che vedono direttamente implicata la persona del lavoratore. Nel rispetto del dettato costituzionale, la predeterminazione dell'indennità deve tendere, con ragionevole approssimazione, a rispecchiare tale specificità e non può discostarsene in misura apprezzabile, come avviene quando si adotta un meccanismo rigido e uniforme.

Nella specie, la disciplina censurata non attua un equilibrato contemperamento tra i diversi interessi in gioco.

Entrambi i rimettenti prendono le mosse dalla sentenza n. 194 del 2018, con la quale è stata dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui determinava l'indennità per il licenziamento intimato senza giusta causa e senza giustificato motivo oggettivo o soggettivo in un «importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio».

La Corte ritiene necessario ripercorrere le ragioni su cui è stata fondata la declaratoria di illegittimità costituzionale dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015 lungo una linea di continuità, al fine di esaminare la disciplina dell'indennità dovuta per il licenziamento affetto da vizi formali e procedurali.

Anche la fattispecie attualmente scrutinata si caratterizza per un criterio di determinazione dell'indennità commisurato alla sola anzianità di servizio e oscillante tra un limite minimo di due mensilità e un insuperabile limite massimo di dodici mensilità.

Al dato significativo dell'identità del criterio consegnato dal legislatore, si affianca la considerazione della ratio decidendi della pronuncia della Corte, che serve a orientare la soluzione dell'odierno dubbio di costituzionalità.

Nel giudizio deciso con la sentenza n. 194 del 2018, le censure non riguardavano le soglie fissate dal legislatore, ma il «meccanismo di determinazione» dell'indennità, in quanto «rigido e automatico» (punto 3. del Considerato in diritto). Partendo da tali premesse, sono state ritenute ininfluenti le innovazioni introdotte dal d.l. n. 87 del 2018, come convertito, giacché esse si limitavano ad apportare correttivi alle soglie stabilite dal legislatore (innalzate da quattro a sei mensilità nel minimo e da ventiquattro a trentasei mensilità nel massimo), senza incidere sul meccanismo denunciato dal rimettente e senza mutare, pertanto, i termini essenziali delle questioni proposte.

La carenza di giustificazione del licenziamento sul piano sostanziale rende più stridenti i profili di contrasto con i parametri costituzionali evocati e fa emergere, con ancor maggiore evidenza, l'irragionevolezza intrinseca del criterio adottato dal legislatore, per la rigidità che lo caratterizza.

Non può condurre a diverse conclusioni la differenza che intercorre tra i vizi meramente formali o procedurali e i vizi sostanziali del licenziamento. Essa, difatti, si riverbera sulla diversa modulazione dell'indennità sancita dalla legge, ma non vale a rendere ragionevole e adeguato un criterio che si presta a censure di irragionevolezza intrinseca. Un sistema che, solo per i vizi formali, lasci inalterato un criterio di determinazione dell'indennità imperniato sulla sola anzianità di servizio non potrebbe che accentuare le sperequazioni e la frammentarietà di una disciplina dei licenziamenti, già attraversata da molteplici distinzioni.

In conclusione, la Corte nel dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 4 del d.lgs. n. 23 del 2015, limitatamente alle parole «di importo pari a una mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio», specifica che, nel rispetto dei limiti minimo e massimo oggi fissati dal legislatore, il giudice, nella determinazione dell'indennità, terrà conto innanzitutto dell'anzianità di servizio, che rappresenta la base di partenza della valutazione. In chiave correttiva, con apprezzamento congruamente motivato, il giudice potrà

ponderare anche altri criteri desumibili dal sistema, che concorrano a rendere la determinazione dell'indennità aderente alle particolarità del caso concreto.

Ben potranno venire in rilievo, a tale riguardo, la gravità delle violazioni, enucleata dall'art. 18, sesto comma, dello statuto dei lavoratori, come modificato dalla legge n. 92 del 2012, e anche il numero degli occupati, le dimensioni dell'impresa, il comportamento e le condizioni delle parti, richiamati dall'art. 8 della legge n. 604 del 1966, previsione applicabile ai vizi formali nell'ambito della tutela obbligatoria ridefinita dalla stessa legge n. 92 del 2012.

Infine, si sottolinea che spetta alla responsabilità del legislatore, anche alla luce delle indicazioni enunciate in più occasioni dalla Corte, ricomporre secondo linee coerenti una normativa di importanza essenziale, che vede concorrere discipline eterogenee, frutto dell'avvicinarsi di interventi frammentari.

5.- Alcune ipotesi particolari di licenziamento per GMO

Meritano una, sia pure sintetica, menzione, alcune ipotesi particolari

•Licenziamento intimato per risoluzione del contratto di appalto

Per Cass. n. 3129 del 01/02/2019 è illegittimo per difetto del nesso causale il licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato per risoluzione del contratto di appalto cui il lavoratore è stato adibito con assegnazione di mansioni non coerenti con l'inquadramento spettante; nondimeno, ai fini dell'individuazione della tutela applicabile, fra quella reintegratoria e quella indennitaria, il giudice di merito deve espressamente verificare se sia evidente l'insussistenza della ragione inerente l'attività produttiva ovvero l'impossibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore.

Cass. n. 16253 del 29/07/2020 ha ritenuto del tutto sovrapponibile alla manifesta insussistenza del fatto l'assoluto difetto di collegamento fra la cessazione dell'appalto e l'attività lavorativa svolta dal dipendente alla luce non solo della ordinarità delle cessazioni degli appalti nell'attività imprenditoriale, ma anche dell'assenza di qualsivoglia elemento di prova allegato da parte ricorrente circa la dimostrazione della stabile adibizione del dipendente nell'appalto cessato, esclusa *ictu oculi* dalla Corte d'appello unitamente con la sussistenza del nesso di causalità e, quindi, del fatto costituente giustificato motivo oggettivo del licenziamento. Di qui la affermata correttezza della scelta del giudice di secondo grado di optare per la tutela reintegratoria attenuata di cui al comma 4 dell'art. 18 nel suo combinato disposto con il successivo comma 7.

•Licenziamento per soppressione di uno specifico servizio legato alla cessazione di un appalto

Per Cass. n. 25653 del 27/10/2017 quando la ragione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo consiste nella soppressione di uno specifico servizio legato alla cessazione di un appalto e non si identifica nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il nesso causale tra detta ragione e la soppressione del posto di lavoro è idoneo di per sé a individuare il personale da licenziare, senza che si renda necessaria la comparazione con altri lavoratori dell'azienda e l'applicazione dei criteri previsti dall'art. 5, legge n. 223 del 1991.

Con riferimento all'ipotesi di cessazione dell'appalto con passaggio diretto dei lavoratori licenziati alle dipendenze di altra impresa subentrante è stato stabilito, in linea generale, che ove il contratto collettivo preveda, per l'ipotesi di cessazione dell'appalto cui sono adibiti i dipendenti, un sistema di procedure idonee a consentire l'assunzione degli stessi, con passaggio diretto e immediato, alle dipendenze dell'impresa subentrante, a seguito della cessazione del rapporto

instaurato con l'originario datore di lavoro e mediante la costituzione ex novo di un rapporto di lavoro con un diverso soggetto, detta tutela non esclude, ma si aggiunge, a quella apprestata a favore del lavoratore nei confronti del datore di lavoro che ha intimato il licenziamento, con i limiti posti dalla legge all'esercizio del suo potere di recesso, non incidendo sul diritto del lavoratore di impugnare il licenziamento intimatogli per ottenere il riconoscimento della continuità giuridica del rapporto originario. Né la scelta effettuata per la costituzione di un nuovo rapporto implica, di per sé, rinuncia all'impugnazione dell'atto di recesso, dovendosi escludere che si possa desumere la rinuncia del lavoratore ad impugnare il licenziamento o l'acquiescenza al medesimo dal reperimento di una nuova occupazione, temporanea o definitiva, non rivelandosi, in tale scelta, in maniera univoca, ancorché implicita, la sicura intenzione del lavoratore di accettare l'atto risolutivo (Cass. n. 29922 del 20/11/2018).

•Licenziamento e trasferimento di azienda: potere di recesso del cedente

In caso di cessione d'azienda, l'alienante conserva il potere di recesso attribuitogli dalla normativa generale, sicché il trasferimento, sebbene non possa esserne l'unica ragione giustificativa, non può impedire il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sempre che abbia fondamento nella struttura aziendale autonomamente considerata e non nella connessione con il trasferimento o nella finalità di agevolarlo; né deve ritenersi - qualora, nell'imminenza del trasferimento dell'azienda, l'imprenditore alienante receda dal rapporto di lavoro nei casi in cui detta facoltà gli sia attribuita - che nel suo esercizio in concreto l'imprenditore ponga in essere un atto emulativo o in frode alla legge, oppure in violazione dei principi di correttezza e buona fede a norma degli artt. 1175 e 1375 c.c. Pertanto, è stata confermata la sentenza di appello che aveva ritenuto prescritta l'azione di impugnativa del licenziamento, proposta a distanza di otto anni dalla relativa intimazione ad opera dell'azienda cedente, sul presupposto della annullabilità del recesso e non della sua nullità ex art. 2112, quarto comma, cod. civ. (Cass. n. 11410 del 11/05/2018).

Per Cass. n. 3186 del 04/02/2019 il licenziamento causato dal trasferimento d'azienda non è nullo ma annullabile per difetto di giustificato motivo oggettivo, in quanto l'art. 2112 cod. civ. non pone un generale divieto di recesso datoriale ma si limita ad escludere che la vicenda traslativa possa di per sé giustificarlo. Ne consegue che il licenziamento intimato in vista di una futura fusione societaria - non ancora attuale al momento del recesso - concretizza l'ipotesi della manifesta insussistenza del fatto ex art. 18, comma 7, St.lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012.

•Licenziamento per GMO e somministrazione di lavoro

In Cass. n. n. 26607 del 18/10/2019 sono stati affermati i seguenti principi, con riguardo all'ipotesi di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato:

a) al rapporto tra agenzia e dipendente si applica la disciplina dei licenziamenti individuali, restando indifferenti, rispetto alle tutele inderogabili del lavoro subordinato, le vicende del contratto commerciale; ne consegue che la grave mancanza del lavoratore, anche ove idonea a determinare la cessazione della missione, può integrare giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento solo se ricorrano i presupposti previsti dall'art. 2119 cod. civ. o dall'art. 3 della legge n. 604 del 1966, così come non costituiscono di per sé giustificato motivo oggettivo la cessazione della missione presso l'utilizzatore e l'estinzione del contratto tra quest'ultimo e l'agenzia;

b) il licenziamento per giustificato motivo oggettivo da parte del somministratore nei confronti del dipendente è subordinato alla prova dell'impossibilità di reperire, per un congruo periodo di tempo, occasioni di lavoro compatibili con la professionalità originaria o acquisita del lavoratore, nonché dell'impossibilità di mantenerlo in condizione di ulteriore disponibilità. Nella specie è stata ritenuta non dimostrata l'impossibilità della ricollocazione essendo stata accertata

l'esistenza, presso l'utilizzatrice, all'epoca di cessazione della missione, di numerose attività, aperte e vacanti, alle quali il lavoratore poteva essere assegnato;

c) in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel contratto di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, lo svolgimento della procedura di riqualificazione professionale ex art. 25 del c.c.n.l. del 7 aprile 2014 non esonera il datore di lavoro dall'onere della prova dell'impossibilità di reimpiego del dipendente, in applicazione della disciplina legale in materia, non derogata, sul punto, dalla contrattazione collettiva, potendo l'esito della procedura suddetta costituire elemento indiziario valutabile dal giudice unitamente al restante materiale probatorio.

Cass. n. 29105 del 11/11/2019 ha poi affermato che, in tema di somministrazione di lavoro a tempo indeterminato, l'ultima retribuzione globale di fatto, cui dev'essere commisurata l'indennità risarcitoria in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dichiarato illegittimo, deve essere parametrata al tipo di danno subito dal lavoratore, id est la prosecuzione della missione presso l'utilizzatore, nel caso di indebita interruzione della stessa, ovvero la prosecuzione della disponibilità del lavoratore, nel caso in cui la cessazione del rapporto con l'utilizzatore non sia imputabile all'agenzia. Il risarcimento corrisponderà, nel primo caso, alla retribuzione percepita presso l'utilizzatore, e, nel secondo caso, all'indennità di disponibilità percepita dal lavoratore al momento del licenziamento. Pertanto, è stata confermata la decisione di merito che aveva commisurato l'indennità risarcitoria alla retribuzione da ultimo percepita presso l'utilizzatore, sul rilievo che il licenziamento era stato dichiarato illegittimo perché il lavoratore aveva concluso la missione nonostante non fosse risultata provata la contemporanea interruzione del contratto commerciale tra datore di lavoro-utilizzatore e agenzia (Cass. n. 29105 del 11/11/2019).

•Licenziamento da parte delle aziende speciali delle Camere di commercio

Nell'ipotesi di licenziamento del personale in servizio presso le aziende speciali delle Camere di commercio per giustificato motivo oggettivo, consistente nell'accertata impossibilità di prosecuzione dell'attività per grave dissesto economico, la giustificatezza del recesso non è esclusa dal mancato accorpamento con altre aziende speciali ex art. 3, comma 2, lett. b, del d.lgs. n. 219 del 2016, trattandosi di normativa speciale, che prevede l'aggregazione non come obbligatoria ma solo in presenza di determinati presupposti; né, rispetto alle altre aziende speciali, sono applicabili i principi in tema di obbligo di repêchage, trattandosi di un contesto plurisoggettivo, rispetto alla ricollocazione del lavoratore nella medesima azienda caratterizzato dal perseguimento di interessi pubblicitistici, rispetto al regime privatistico (Cass. n. 7068 del 12/03/2021).

•Licenziamento e detenzione del lavoratore

Secondo Cass. n. 6714 del 10/03/2021 la sottoposizione del lavoratore a carcerazione preventiva per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali, ma consente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ove, in base ad un giudizio ex ante, tenuto conto di ogni circostanza rilevante ai fini della determinazione della tollerabilità dell'assenza (tra cui le dimensioni dell'impresa, il tipo di organizzazione tecnico-produttiva, le mansioni del dipendente, il già maturato periodo di sua assenza, la ragionevolmente prevedibile ulteriore durata dell'impedimento, la possibilità di affidare temporaneamente ad altri le mansioni senza necessità di nuove assunzioni), non persista l'interesse del datore di lavoro a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente, senza che sia configurabile a carico del datore di lavoro, l'obbligo del cd. repêchage, istituto che richiede una fungibilità e una idoneità attuale lavorativa (sia pure parziale) del dipendente, situazioni che non ricorrono nel caso di impossibilità sopravvenuta della prestazione per stato di detenzione del lavoratore, cui consegue, ex art. 1464 cod. civ., il venir meno dell'apprezzabile interesse datoriale al parziale adempimento della prestazione lavorativa. Pertanto è stata confermata la sentenza di merito con cui era stata rigettata l'impugnativa del licenziamento proposta da un lavoratore al quale, dopo la sospensione dal

servizio a seguito della sottoposizione ad una misura restrittiva della libertà personale, era stata intimata la risoluzione del rapporto in ragione della protrazione dello stato custodiale per oltre un anno.

Nella stessa ottica, Cass. n. 19315 del 29/09/2016 ha affermato che la sottoposizione del lavoratore a misura di sicurezza detentiva o alla carcerazione preventiva per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali ma consente il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ove, in base ad un giudizio ex ante, tenuto conto delle dimensioni dell'impresa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva, della natura ed importanza delle mansioni del dipendente, del già maturato periodo di sua assenza, della ragionevolmente prevedibile ulteriore durata dell'impossibilità della prestazione, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le mansioni senza necessità di nuove assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della tollerabilità dell'assenza, non persista l'interesse del datore di lavoro a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente. Pertanto, è stata confermata la legittimità del licenziamento di un dipendente che per sette anni era rimasto assente dal posto di lavoro, in quanto sottoposto a misura di sicurezza detentiva del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario, e non aveva informato il datore di lavoro della successiva sostituzione di detta misura con quella della libertà vigilata.

Cass. n. 12721 del 01/06/2009 ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto insussistenti gli estremi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, essendo mancata la specifica dimostrazione da parte del datore di lavoro onerato, della intollerabilità dell'assenza del dipendente in relazione all'organizzazione aziendale ed alla sostituibilità del lavoratore. A tale conclusione la Corte è pervenuta rilevando che lo stato di detenzione del lavoratore per fatti estranei al rapporto di lavoro non costituisce inadempimento degli obblighi contrattuali, ma integra gli estremi della sopravvenuta temporanea impossibilità della prestazione, e giustifica il licenziamento solo ove, in base ad un giudizio ex ante - che tenga conto delle dimensioni dell'impresa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva in essa attuato, della natura ed importanza delle mansioni del lavoratore detenuto, nonché del già maturato periodo di sua assenza, della ragionevolmente prevedibile ulteriore durata della sua carcerazione, della possibilità di affidare temporaneamente ad altri le sue mansioni senza necessità di nuove assunzioni e, più in generale, di ogni altra circostanza rilevante ai fini della determinazione della misura della tollerabilità dell'assenza - costituisca un giustificato motivo oggettivo di recesso, non persistendo l'interesse del datore di lavoro a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente detenuto.

6.- La comunicazione delle ragioni del licenziamento.

Anche a causa della previsione di regimi sanzionatori differenziati per le diverse ipotesi di licenziamento illegittimo la delimitazione del confine tra il recesso per GMO e il recesso fondato su altri motivi è divenuta molto problematica, nel senso che è aumentato il rischio di un utilizzo del GMO apparente e di "copertura". Nel senso che può verificarsi che il vero intento posto alla base della scelta datoriale del licenziamento possa essere – accanto o in luogo del motivo oggettivo apparente – un intento punitivo e disciplinare, ritorsivo ex art. 1345 cod. civ. o altrimenti nullo per previsione legale, discriminatorio.

La qualificazione formale dei motivi che hanno determinato il licenziamento – ex art. 2, comma 2, legge n. 604 del 1966 – non può infatti precludere un diverso riscontro giudiziale (anche se sulla base della domanda del lavoratore) stante la natura imperativa della norma sulla comunicazione dei motivi ex art. 2, comma secondo, legge n. 604/1966 che qualcuno ritiene da

ricomprendere “trale norme di rango ordinario a contenuto, se non costituzionalmente vincolato, quanto meno necessario”²⁹.

Del resto, la novellazione dell’art. 2, comma 2, della legge n. 604 del 1966 ad opera dell’art. 1, comma 37, della legge n. 92 del 2012, si è limitata a rimuovere l’anomalia della possibilità di intimare un licenziamento scritto immotivato, introducendo la contestualità dei motivi, ma non ha mutato la funzione della motivazione, che resta quella di consentire al lavoratore di comprendere, nei termini essenziali, le ragioni del recesso; ne consegue che nella comunicazione del licenziamento il datore di lavoro ha l’onere di specificarne i motivi, ma non è tenuto, neppure dopo la suddetta modifica legislativa, ad esporre in modo analitico tutti gli elementi di fatto e di diritto alla base del provvedimento. Pertanto, in un giudizio relativo ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato nel 2016, la Corte di cassazione avendo il datore di lavoro richiamato l’art. 2 del d.m. 21 aprile 2011, emanato in attuazione dell’art. 28, comma 6, del d.lgs. n. 164 del 2000, recante norme comuni per il mercato interno del gas, ed indicato come motivo di recesso la cessione degli impianti di distribuzione del gas ad altra impresa con il passaggio diretto alle dipendenze della predetta subentrante e con salvaguardia delle condizioni economiche godute, ha escluso fosse anche tenuto ad esporre le ragioni della inutilizzabilità aliunde del lavoratore, trattandosi di elemento implicito da provare direttamente in giudizio (Cass. n. 16795 del 06/08/2020).

Quel che è certo è che la comunicazione dei motivi di recesso circoscrive il thema decidendum del processo ed è finalizzata a consentire al lavoratore la conoscenza delle ragioni del licenziamento e a valutare la convenienza dell’impugnazione, di qui la necessità di stabilire quali sono le conseguenze della sua insussistenza o genericità³⁰.

Inoltre, come ha sottolineato anche la Corte costituzionale, nella richiamata sentenza n. n. 150 del 2020, il licenziamento affetto da vizi di forma e di procedura si pone in contrasto con interessi di rilievo costituzionale; pertanto la relativa disciplina deve essere incardinata nel rispetto dei principi di eguaglianza e di ragionevolezza, così da garantire una tutela adeguata al lavoratore.

La Corte di cassazione, con consolidato indirizzo, afferma che per poter ritenere legittimo il licenziamento individuale per GMO motivato dalla necessità di operare una riduzione del personale occorre che il datore di lavoro dimostri i motivi che lo hanno indotto al licenziamento e a far ricadere la scelta sull’unica unità produttiva licenziata (vedi, tra le altre: Cass. 26 giugno 2017, n. 15877; Cass. 6 settembre 2003, n. 13058; Cass. 20 maggio 2002 n.7316), facendo leva anche sui canoni di correttezza e buona fede cui deve essere informato, ai sensi dell’art. 1175 cod. civ., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche il recesso di una di esse (Cass. n. 7046/2011).

È stato in particolare precisato che le ragioni poste alla base della decisione di sopprimere una determinata unità lavorativa, che l’imprenditore ha l’obbligo di specificare, devono essere obiettive e non pretestuose (Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874; Cass. n. 19616/2011, Cass. n. 21282/2006).

È stata anche esclusa la possibilità fare ricorso a mere formule di stile e quindi è stato considerato inidoneo il riferimento alla sola “perdurante carenza di lavoro che ci costringe a ridurre il personale”, pur a fronte della richiesta dei motivi di licenziamento pacificamente formulata dal lavoratore (Cass. n. 15877 del 2017 cit.)³¹.

29 Vedi: F. MARINELLI, *Il licenziamento individuale affetto da vizi formali o procedurali*, in M.T. CARINCI – A. TURSI (a cura di), *Jobs Act – Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino, 2015, 161 ss.,

30 Vedi: M. FERRARESI, *Recenti sviluppi* cit.

31 Al riguardo vedi: A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI a cura di), cit. nonché G. BOLEGO, *Il licenziamento immotivato alla luce del d.lgs. n. 23/2015*, in *Giorn. dir. lav. e rel. ind.*, 2016, 317 ss.

Deve anche tenersi conto dell'orientamento secondo cui qualora il datore di lavoro, citato in giudizio dal lavoratore licenziato per giustificato motivo oggettivo, eccepisca la nullità del contratto di lavoro, non sussiste la violazione del principio di immutabilità della causa di licenziamento, atteso che in tal modo non si fa valere una diversa ragione di legittimità del licenziamento, ma la mancanza dei presupposti per l'applicabilità stessa delle norme di tutela perché comunque, la nullità del rapporto esula dalla disponibilità delle parti e deve essere verificata dal giudice. Pertanto, Cass. n. 5131 del 12/03/2004 ha confermato la sentenza di merito che, nell'ambito di un giudizio di licenziamento di un insegnante presso una scuola privata, effettuato per contrazione della popolazione scolastica, ha ritenuto nullo – secondo quanto eccepito dal datore di lavoro – il contratto di lavoro perché stipulato in mancanza di abilitazione all'insegnamento (vedi anche: Cass. n. 19576 del 13/09/2006 e Cass. n. 20341 del 20/09/2006, conformi).

Anche in considerazione del diverso trattamento sanzionatorio, dimezzato negli importi per il vizio solo formale, assume rilievo stabilire quando esso ricorre e quali ne siano gli effetti, tenendo conto anche dell'orientamento secondo cui il licenziamento nullo per vizi formali può essere rinnovato, in base agli stessi motivi addotti a giustificazione del precedente recesso e con l'adozione delle modalità prescritte ed omesse, senza che sia necessaria la revoca del primo atto di risoluzione del rapporto, poiché tale rinnovazione si risolve nel compimento di un negozio diverso ed esula dallo schema dell'art. 1423 cod. civ., norma diretta ad impedire la sanatoria di un negozio nullo con effetti ex tunc e non a comprimere la libertà delle parti di reiterare la manifestazione della propria autonomia negoziale (vedi, per tutte: Cass. n. 20519 del 30/07/2019 conforme Cass. 6773 del 2013).

7.- Licenziamento discriminatorio, nullo o inefficace. Alcune ipotesi esemplificative.

a) Licenziamento intimato oralmente

Per consolidato indirizzo della Corte di cassazione il lavoratore che impugni il licenziamento allegandone l'intimazione senza l'osservanza della forma scritta ha l'onere di provare, quale fatto costitutivo della domanda, che la risoluzione del rapporto è ascrivibile alla volontà datoriale, seppure manifestata con comportamenti concludenti, non essendo sufficiente la prova della mera cessazione dell'esecuzione della prestazione lavorativa. Nell'ipotesi in cui il datore eccepisca che il rapporto si è risolto per le dimissioni del lavoratore e all'esito dell'istruttoria - da condurre anche tramite i poteri officiosi ex art. 421 c.p.c. - perduri l'incertezza probatoria, la domanda del lavoratore andrà respinta in applicazione della regola residuale desumibile dall'art. 2697 cod. civ. (fra le tante: Cass. n. 9108 del 01/04/2021; Cass. n. 3822 del 08/02/2019).

Per Cass. n. 25847 del 16/10/2018 qualora il lavoratore deduca di essere stato licenziato oralmente e faccia valere in giudizio la inefficacia o invalidità di tale licenziamento, mentre il datore di lavoro deduca la sussistenza di dimissioni del lavoratore, il materiale probatorio deve essere raccolto, da parte del giudice di merito, tenendo conto che, nel quadro della normativa limitativa dei licenziamenti, la prova gravante sul lavoratore è limitata alla sua estromissione dal rapporto, mentre la controdeduzione del datore di lavoro assume la valenza di un'eccezione in senso stretto, il cui onere probatorio ricade sull'eccepiente ai sensi dell'art. 2697, secondo comma 2, cod. civ. Pertanto, è stata confermata la decisione di merito che aveva ritenuto che il lavoratore non avesse dimostrato la mancata accettazione della propria prestazione lavorativa da parte del datore di lavoro, risultando unicamente una missiva - inviata dal difensore del lavoratore oltre un mese dopo l'interruzione del rapporto - nella quale si lamentava solo la mancata regolarizzazione, senza fare alcun riferimento ad un pregresso licenziamento ovvero ad un recesso da parte dello stesso lavoratore.

Cass. n. 16955 del 01/08/2007 ha affermato che il licenziamento intimato oralmente è radicalmente inefficace per inosservanza dell'onere della forma scritta imposto dall'art. 2 della

legge 15 luglio 1966, n. 604, novellato dall'art. 2 della legge 11 maggio 1990, n. 108, e, come tale, è idoneo a risolvere il rapporto di lavoro, non rilevando, ai fini di escludere la continuità del rapporto stesso, né la qualità di imprenditore del datore di lavoro, né il tipo di regime causale applicabile (reale od obbligatorio), giacché la sanzione prevista dal citato art. 2 non opera soltanto nei confronti dei lavoratori domestici (ai sensi della legge n. 339 del 1958) e di quelli ultrasessantenni (salvo che non abbiano optato per la prosecuzione del rapporto), conseguendone, quindi, che la radicale inefficacia del licenziamento orale prescinde dalla natura stessa del recesso e, segnatamente, dalla sua eventuale natura disciplinare, in relazione alla quale l'osservanza del dovuto procedimento presuppone anzitutto il rispetto della forma scritta, quale prescrizione che risponde ad una fondamentale esigenza di certezza e si pone su un piano di tutela più generale. Nella specie, la sentenza della Corte territoriale - in riforma della sentenza di primo grado che, su una domanda di nullità del licenziamento intimato oralmente, aveva affermato la natura disciplinare del recesso con conseguente declaratoria di illegittimità dello stesso in regime obbligatorio - si dichiarava, a seguito di gravame del lavoratore sulla sola statuizione relativa all'applicata tutela risarcitoria, l'inefficacia del recesso per inosservanza della forma scritta e veniva condannato il datore di lavoro al pagamento delle retribuzioni dal licenziamento alla reintegra. La Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata, dichiarando altresì infondato il motivo di ricorso con cui il datore di lavoro aveva denunciato la violazione del giudicato interno formatosi rispetto alla incontestata statuizione della pronuncia di primo grado relativa alla riconosciuta natura disciplinare del licenziamento.

b) Licenziamento solo in apparenza per GMO

In linea generale, deve escludersi la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento individuale, quando, al di là di ogni riferimento a ragioni dell'impresa, il licenziamento si fonda su un comportamento riconducibile alla sfera volitiva del lavoratore e lesivo dei suoi doveri contrattuali e quindi abbia natura ontologicamente disciplinare, essendo sottratta al datore di lavoro la possibilità di qualificare la ragione giustificatrice, ancor più nel vigore della legge n. 92 del 2012, che ha novellato l'art. 18 St.lav. attribuendo alla tutela reintegratoria, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, un ruolo più residuale di quello ad essa assegnato nel licenziamento disciplinare. Pertanto, in Cass. 22/11/2016, n. 2373 è stata considerata errata la sussunzione nell'art. 3, seconda parte, della legge n. 604 del 1966 di un licenziamento motivato dal mancato adeguamento della prestazione alle mutate condizioni di mercato, imputabile alla condotta del lavoratore³².

Un ulteriore effetto di tale erronea qualificazione della ragione giustificatrice del recesso si desume da Cass. n. 2365 del 03/02/2020 ove è stato precisato che le garanzie procedurali previste dall'art. 7 della legge n. 300 del 1970 si applicano a tutti i casi in cui il datore di lavoro voglia recedere dal rapporto per ragioni "ontologicamente" disciplinari, a garanzia del diritto di difesa e di tutela dell'onore, decoro, immagine, anche professionali del lavoratore.

c) Motivo illecito determinante

Con riferimento al nuovo testo dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, come modificato dalla legge n. 92 del 2012 - che ha previsto, ai fini della nullità del licenziamento, la rilevanza del motivo illecito determinante ex art. 1345 cod. civ. anche non necessariamente unico - è stato precisato che il suddetto carattere determinante può restare escluso dall'esistenza di un giustificato motivo oggettivo solo ove quest'ultimo risulti non solo allegato dal datore di lavoro, ma anche comprovato e, quindi, tale da poter da solo sorreggere il licenziamento, malgrado il concorrente motivo illecito (Cass. n. 30429 del 23/11/2018). Pertanto, Cass. n. 27325 del 17/11/2017 ha confermato la sentenza

³² In *Riv. Giur. Lav. prev. soc.* 2017, con nota di D. CALDERARA, L'autoqualificazione del datore di lavoro nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo non ha rilevanza, p. 272.

di merito che aveva ritenuto l'illegittimità del licenziamento, del cui giustificato motivo oggettivo non era stata raggiunta la prova, essendosi anche accertato che il vero motivo risiedeva nella volontà di vessare la lavoratrice.

d) Licenziamento discriminatorio

La nota Cass. n. 6575 del 05/04/2016 ha nettamente segnato il confine tra discriminazione e motivo illecito stabilendo che il motivo discriminatorio può anche rilevare oggettivamente – cioè a prescindere dall'intenzione soggettiva del datore – e, per di più, prevale sul possibile coesistente motivo oggettivo. Ciò significa che l'eventuale compresenza di un GMO non vale ad evitare la nullità del licenziamento in quanto discriminatorio³³.

Di conseguenza, la mera giustificazione del recesso potrebbe non essere sufficiente per la sua validità e comunque il carattere oggettivo della discriminazione consente di dimostrarla anche solo sulla base del suo concreto impatto sulle condizioni di lavoro. Inoltre, seguendo l'indirizzo della giurisprudenza favorevole a valorizzare anche per la fattispecie ex art. 1345 cod. civ, la prova presuntiva, tale prova potrebbe riguardare la manifesta insussistenza del motivo addotto, magari accanto alla violazione dei criteri di scelta. Il che si giustifica per la difficoltà del lavoratore di fornire una prova piena di motivi normalmente occulti; per il radicamento legale – ed anzi sovranazionale – della presunzione in tema di discriminazioni; per l'attenzione che un giudice, normalmente sensibile alle istanze di protezione del contraente debole, presta al possibile utilizzo fraudolento (in senso lato) del GMO soprattutto ora che la differente qualificazione del recesso comporta significative diversità di tutela.

Per Cass. n. 24648 del 03/12/2015 il divieto di licenziamento discriminatorio, sancito dall'art. 4 della legge n. 604 del 1966, dall'art. 15 St.lav. e dall'art. 3 della legge n. 108 del 1990, è suscettibile – in base all'art. 3 Cost. e sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Giustizia UE in materia di diritto antidiscriminatorio e antivessatorio, in particolare, nei rapporti di lavoro, a partire dalla introduzione dell'art. 13 nel Trattato CE, da parte del Trattato di Amsterdam del 1997 – di interpretazione estensiva, sicché l'area dei singoli motivi vietati comprende anche il licenziamento per ritorsione o rappresaglia, ossia dell'ingiusta e arbitraria reazione ad un comportamento legittimo del lavoratore quale unica ragione del provvedimento espulsivo, essendo necessario, in tali casi, dimostrare, anche per presunzioni, che il recesso sia stato motivato esclusivamente dall'intento ritorsivo.

Cass. n. 23338 del 27/09/2018 ha affermato che in tema di licenziamento discriminatorio, in forza dell'attenuazione del regime probatorio ordinario introdotta per effetto del recepimento delle direttive n. 2000/78/CE, n. 2006/54/CE e n. 2000/43/CE, così come interpretate dalla CGUE, incombe sul lavoratore l'onere di allegare e dimostrare il fattore di rischio e il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe,

33 In *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 714 ss., con note di M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio alla luce della disciplina nazionale: nozioni e distinzioni*; D. GOTTARDI, *L'attesa decisione sulla nozione oggettiva di discriminazione, in un caso di annunciata procreazione medicalmente assistita*; E. TARQUINI, *La Corte di Cassazione e il principio di non discriminazione al tempo del diritto del lavoro derogabile*; in *Arg. dir. lav.*, 2016, 1221 ss., con nota di E. PASQUALETTO, *La Cassazione completa la parabola dell'emancipazione del licenziamento discriminatorio dal licenziamento nullo per illiceità dei motivi*; in *Dir. rel. ind.*, 2016, 855, con nota di M.T. CROTTI, *Licenziamento della lavoratrice che si sottopone al procedimento di fecondazione assistita: la discriminazione opera obiettivamente*; in *Mass. giur. lav.*, 2017, 146 ss., con nota di B. CAPONETTI, *Sulla distinzione tra discriminazione e motivo illecito determinante: la Cassazione e la lavoratrice che aspira alla maternità*; in *Mass. giur. lav.* 2016, 854 ss. (e ivi ulteriori precedenti), con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento discriminatorio e per motivo illecito: l'orientamento della Cassazione è condivisibile*. Nonché: D. IZZI, *Il licenziamento discriminatorio secondo la più virtuosa giurisprudenza nazionale*, in *Lav. giur.*, 2016, 748 ss.; S. SCARPONI, *Licenziamento discriminatorio: una svolta della Cassazione in un caso riguardante la procreazione medicalmente assistita*, in *Riv. giur. lav.*, 2016, II, 455 ss. Citazioni tratte da M. FERRARESI, cit.

deducendo al contempo una correlazione significativa tra questi elementi, mentre il datore di lavoro deve dedurre e provare circostanze inequivoche, idonee ad escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria del recesso. Pertanto, è stata esclusa la configurabilità di una condotta discriminatoria nel licenziamento di una lavoratrice affetta da handicap, in forza della dimostrata necessità di riduzione del personale di un'unità e del divieto di recesso nei confronti dell'unica altra dipendente ex art. 54, comma 9, del d.lgs. n. 151 del 2001.

Per Cass. n. 20204 del 25/07/2019 in tema di comportamenti datoriali discriminatori, nel caso di discriminazione diretta la disparità di trattamento è determinata dalla condotta e nel caso di discriminazione indiretta la disparità vietata è l'effetto di un atto, di un patto, di una disposizione, di una prassi in sé legittima. Ne consegue che, essendo diversi i presupposti di fatto e, conseguentemente, le allegazioni che devono sorreggere le rispettive azioni, viola il principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato il giudice che senza una specifica richiesta, ed in mancanza di specifiche allegazioni, pur nell'identità del petitum, muti la causa petendi e qualifichi come diretta la discriminazione indiretta prospettata dalla parte. In applicazione di tale principio, è stata cassata la sentenza di merito che aveva qualificato come richiesta di accertamento di discriminazione diretta la domanda di un lavoratore, che chiedeva venisse dichiarato nullo il licenziamento intimatogli per essere indirettamente discriminatoria la disciplina collettiva sul comparto quando applicata ai lavoratori disabili, sostituendo la causa petendi dedotta con altra fondata su un fatto diverso da quello allegato.

Secondo Cass. n. 1 del 02/01/2020 nei giudizi antidiscriminatori, i criteri di riparto dell'onere probatorio non seguono i canoni ordinari di cui all'art. 2729 cod. civ., bensì quelli speciali di cui all'art. 4 del d.lgs. 216 del 2003 (applicabile *ratione temporis*), che non stabiliscono un'inversione dell'onere probatorio, ma solo un'agevolazione del regime probatorio in favore del ricorrente, prevedendo una "presunzione" di discriminazione indiretta per l'ipotesi in cui, specie nei casi di coinvolgimento di una pluralità di lavoratori, abbia difficoltà a dimostrare l'esistenza degli atti discriminatori. Ne consegue che il lavoratore deve provare il fattore di rischio, e cioè il trattamento che assume come meno favorevole rispetto a quello riservato a soggetti in condizioni analoghe e non portatori del fattore di rischio, ed il datore di lavoro le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta, in quanto dimostrative di una scelta che sarebbe stata operata con i medesimi parametri nei confronti di qualsiasi lavoratore privo del fattore di rischio, che si fosse trovato nella stessa posizione. Pertanto, è stata cassata la sentenza di appello che, applicando i criteri presuntivi ordinari, aveva addossato l'onere probatorio sul sindacato ricorrente senza tener conto che i trasferimenti, che avevano interessato il 6% degli addetti allo stabilimento, avessero tuttavia colpito per l'80% gli iscritti al sindacato medesimo.

La recente e innovativa Cass. n. 5476 del 26/02/2021 ha affermato che in tema di comportamenti datoriali discriminatori fondati sul sesso nell'ambito del lavoro pubblico contrattualizzato, l'art. 40 del d.lgs. n. 198 del 2006 stabilisce un'attenuazione del regime probatorio ordinario in favore della parte ricorrente, la quale è tenuta solo a dimostrare una ingiustificata differenza di trattamento o anche solo una posizione di particolare svantaggio dovute al fattore di rischio tipizzato dalla legge in termini tali da integrare una presunzione di discriminazione, restando, per il resto, a carico del datore di lavoro l'onere di dimostrare le circostanze inequivoche, idonee a escludere, per precisione, gravità e concordanza di significato, la natura discriminatoria della condotta. Nella specie, la Corte - in relazione alla domanda con cui una lavoratrice aveva dedotto la sussistenza di una discriminazione per avere il datore di lavoro negato, non procedendo alla proroga di un contratto a termine, il mantenimento in servizio della medesima, a causa del suo stato di gravidanza, e invece concesso il rinnovo di contratti a termine a tutti i colleghi che si trovavano nelle sue stesse condizioni contrattuali - ha cassato la sentenza di merito che aveva respinto la predetta domanda sul rilievo che in giudizio non erano stati forniti elementi

circa la stipula di nuovi contratti con gli altri dipendenti fondati sulla medesima causale di quello della lavoratrice, così finendo, però, per porre a carico di quest'ultima una prova piena di tutti gli elementi significativi di una discriminazione, e senza considerare il criterio della vicinanza della prova, il quale portava a ritenere che i contratti in questione fossero nella materiale disponibilità del datore di lavoro.

e) Licenziamento ritorsivo

Preliminarmente va precisato che, in base alla giurisprudenza, il licenziamento per ritorsione, diretta o indiretta, può essere definito come quel provvedimento espulsivo motivato da una ingiusta e arbitraria reazione del datore di lavoro ad un comportamento legittimo del lavoratore colpito o di altra persona a questi legata.

Per Cass.n. 3986 del 27/02/2015 non può considerarsi ritorsivo un licenziamento palesemente (anche se erroneamente) basato sull'inosservanza di direttive aziendali, qualora manchi la prova, il cui onere incombe sul lavoratore, della sussistenza di un motivo illecito determinante. Di qui la conferma della sentenza impugnata, che aveva dichiarato la illegittimità del licenziamento disciplinare adottato in violazione dell'art. 7 della legge 20 maggio 1970, n. 300, escludendone, tuttavia, la natura discriminatoria, in assenza della allegazione e prova del motivo illecito determinante.

Secondo Cass. n. 28453 del 07/11/2018 l'allegazione del carattere ritorsivo del licenziamento impugnato comporta a carico del lavoratore l'onere di dimostrare l'illiceità del motivo unico e determinante del recesso, sempre che il datore di lavoro abbia almeno apparentemente fornito la prova dell'esistenza della giusta causa o del giustificato motivo del recesso, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966. La prova della unicità e determinatezza del motivo non rileva, invece, nel caso di licenziamento discriminatorio, che ben può accompagnarsi ad altro motivo legittimo ed essere comunque nullo.

Nella stessa ottica Cass. n. 23583 del 23/09/2019 ha affermato che l'onere della prova del carattere ritorsivo del licenziamento grava sul lavoratore, ben potendo, tuttavia, il giudice di merito valorizzare a tal fine tutto il complesso degli elementi acquisiti al giudizio, compresi quelli già considerati per escludere il giustificato motivo oggettivo, nel caso in cui questi elementi, da soli o nel concorso con altri, nella loro valutazione unitaria e globale consentano di ritenere raggiunta, anche in via presuntiva, la prova del carattere ritorsivo del recesso. Pertanto, è stata confermata la sentenza impugnata che, dopo avere escluso la sussistenza in concreto del giustificato motivo, aveva posto in relazione tra loro gli elementi indiziari acquisiti al giudizio, unitamente alla circostanza della contiguità temporale tra il rientro dalla malattia del lavoratore e l'intimazione del recesso, così ritenendo - secondo una valutazione dell'id quod pletumque accidit - che l'iniziativa datoriale non trovasse altra plausibile spiegazione se non nella rappresaglia per la lunga malattia.

Per Cass. n. 9468 del 04/04/2019 in tema di licenziamento nullo perché ritorsivo, il motivo illecito addotto ex art. 1345 cod. civ. deve essere determinante, cioè costituire l'unica effettiva ragione di recesso, ed esclusivo, nel senso che il motivo lecito formalmente addotto risulti insussistente nel riscontro giudiziale. Ne consegue che la verifica dei fatti allegati dal lavoratore, ai fini all'applicazione della tutela prevista dall'art. 18, comma 1, St.lav. novellato, richiede il previo accertamento della insussistenza della causale posta a fondamento del licenziamento. Pertanto, è stata cassata la sentenza di merito che, invece di vagliare in via preliminare il giustificato motivo oggettivo addotto, aveva operato un indebito giudizio di comparazione tra i motivi ritorsivi indicati dal lavoratore e le ragioni datoriali.

f) Licenziamento per GMO e periodo di comporto

Le Sezioni Unite, con la sentenza n. 12568 del 22/05/2018, modificando il precedente indirizzo, hanno stabilito che il licenziamento intimato per il perdurare delle assenze per malattia od infortunio del lavoratore, ma prima del superamento del periodo massimo di comporto fissato dalla contrattazione collettiva o, in difetto, dagli usi o secondo equità, è nullo per violazione della norma imperativa di cui all'art. 2110, comma secondo, cod. civ.

Pertanto, Cass. n. 31763 del 07/12/2018 ha precisato che le regole dettate dall'art. 2110 cod. civ. per le ipotesi di assenze da malattia del lavoratore prevalgono, in quanto speciali, sulla disciplina dei licenziamenti individuali e si sostanziano nell'impedire al datore di lavoro di porre fine unilateralmente al rapporto sino al superamento del limite di tollerabilità dell'assenza (cd. comporto) predeterminato dalla legge, dalle parti o, in via equitativa, dal giudice, nonché nel considerare quel superamento unica condizione di legittimità del recesso, nell'ottica di un contemperamento tra gli interessi confliggenti del datore di lavoro (a mantenere alle proprie dipendenze solo chi lavora e produce) e del lavoratore (a disporre di un congruo periodo di tempo per curarsi, senza perdere i mezzi di sostentamento); ne deriva che lo scarso rendimento e l'eventuale disservizio aziendale determinato dalle assenze per malattia del lavoratore non possono legittimare, prima del superamento del periodo massimo di comporto, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

g) Licenziamento nel periodo di prova

Per Cass. n. 402 del 17/01/1998 il lavoratore licenziato in periodo di prova può dedurre, oltre al motivo illecito del recesso, anche il motivo estraneo all'esperimento offrendo vuoi la prova diretta della sua esistenza, vuoi quella indiretta del positivo superamento dell'esperimento che depone, con la valenza della presunzione semplice, per l'esistenza di un motivo diverso da quello del mancato superamento dell'esperimento stesso; ma tale motivo estraneo all'esperimento non costituisce di per sé solo motivo illecito ex art. 1345 cod. civ., né è a quest'ultimo equiparabile quanto all'idoneità ad inficiare il recesso come affetto da vizio di nullità. Ne consegue che, ove il lavoratore dimostri che il recesso è avvenuto per un motivo che non è qualificabile come motivo illecito, ma che è estraneo all'esperimento lavorativo (quale nella specie la sopravvenienza di un'esigenza aziendale di ridimensionamento di un reparto e di conseguente soppressione di un posto di lavoro), il giudice non può ritenerne per ciò solo l'illegittimità, ma deve valutarne la giustificatezza - in termini non dissimili dal giustificato motivo oggettivo di licenziamento in regime di recesso causale - al fine di accertare l'idoneità, o meno, del recesso a per termine alla prova ed a risolvere il rapporto.

Cass. n. 17528 del 14/07/2017 ha affermato che la locuzione di cui all'art. 18, comma 7, St.lav., come novellato dalla legge n. 92 del 2012, "può altresì applicare" deve interpretarsi nel senso che, a fronte dell'inesistenza del fatto posto a base del licenziamento, il giudice, tenuto conto degli elementi del caso concreto, applica la reintegra, essendo esclusa ogni sua discrezionalità. Ove, viceversa, emerga che il fatto posto a fondamento del licenziamento esista, ma non sia ritenuto concretare un giustificato motivo oggettivo, trova applicazione la tutela indennitaria. Pertanto, è stata confermata la sentenza impugnata che aveva ritenuto insussistente il fatto giustificativo del licenziamento fondato sul mancato superamento di un inesistente patto di prova.

Nei rapporti di lavoro privatizzati alle dipendenze della P.A. il recesso del datore di lavoro nel corso del periodo di prova ha natura discrezionale e dispensa dall'onere di provarne la giustificazione, il che lo differenzia dal recesso assoggettato al regime della legge n. 604 del 1996, fermo restando che l'esercizio del potere di recesso deve essere coerente con la causa del patto di prova, che consiste nel consentire alle parti del rapporto di lavoro di verificarne la reciproca convenienza. Ne consegue che non sarebbero configurabili un esito negativo della prova ed un valido recesso qualora le modalità dell'esperimento non risultassero adeguate ad accertare la

capacità lavorativa del prestatore in prova ovvero risultasse il perseguimento di finalità discriminatorie o altrimenti illecite, incombendo, comunque, sul lavoratore, l'onere di dimostrare la contraddizione tra recesso e funzione dell'esperimento medesimo (Cass. n. 21586 del 13/08/2008).

Per Cass. n. 22396 del 13/09/2018 nel pubblico impiego privatizzato, l'obbligo - imposto dalle parti collettive alle Amministrazioni - di motivare il recesso intimato durante il periodo di prova, in quanto finalizzato a consentire la verificabilità giudiziale della coerenza delle ragioni del recesso rispetto alla finalità della prova e all'effettivo andamento della prova stessa - non porta ad omologare il predetto recesso al licenziamento disciplinare, anche ove fondato sull'assenza di diligenza nell'esecuzione della prestazione, poiché tale mancanza ben può essere valorizzata al solo fine di giustificare il giudizio negativo sull'esperimento; né l'obbligo in parola incide sulla ripartizione degli oneri probatori, spettando comunque al lavoratore dimostrare il perseguimento di finalità discriminatorie o altrimenti illecite o la contraddizione tra recesso e funzione dell'esperimento medesimo.

h) Stato di gravidanza

Per Cass. n. 9268 del 03/04/2019 in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, lo stato di gravidanza sopravvenuto durante il periodo di preavviso se non è causa di nullità del recesso - rilevando al riguardo, ai sensi dell'art. 54, comma 5, del d.lgs. n. 151 del 2001, il momento in cui il licenziamento è intimato e non quello in cui diviene efficace - costituisce evento idoneo a determinare la sospensione del periodo di preavviso ex art. 2110 cod. civ., con conseguente applicabilità della relativa disciplina.

In materia, si è di recente pronunciata, in una fattispecie relativa al lavoro pubblico contrattualizzato, Cass. n. 5476 del 26/02/2021 di cui si è detto sopra (a proposito del licenziamento discriminatorio).

i) Maternità

In tema di licenziamento della lavoratrice madre, la verifica in ordine alla sussistenza della colpa grave che ne rende inoperante il divieto ex art. 54, comma 3, lett. a), del d.lgs. n. 151 del 2001, in presenza di una fattispecie autonoma e peculiare, che non può ritenersi integrata da un giustificato motivo soggettivo ovvero da una situazione prevista dalla contrattazione collettiva quale generica giusta causa, deve estendersi ad un'ampia ricostruzione fattuale del caso concreto ed alla considerazione della vicenda espulsiva nella pluralità dei suoi diversi componenti, quali le possibili ripercussioni sui diversi piani personale, psicologico, familiare ed organizzativo della fase dell'esistenza in cui la donna si trova, con un rigore valutativo adeguato, ponendosi tale colpa come causa di esclusione di un divieto che attua la tutela costituzionale della maternità e dell'infanzia (Cass. n. 2004 del 26/01/2017).

Attesa l'applicabilità al rapporto di lavoro domestico della tutela della maternità prevista dall'art. 2110 cod. civ., anche per tale rapporto di lavoro, in occasione della maternità, deve ritenersi sussistente il divieto di licenziamento per un periodo che, non essendo applicabile né la legge n. 1204 del 1971 (non estensibile in toto allo speciale rapporto delle collaboratrici familiari in quanto presupponente un'organizzazione del lavoro capace di consentire la sostituzione per lunghi periodi della lavoratrice in gravidanza e puerperio), né le convenzioni internazionali in materia (non direttamente operanti atteso il rinvio, in esse contenuto, a interventi complementari del legislatore nazionale), dovrà essere individuato dal giudice che, in mancanza di usi normativi e in caso di non applicabilità del contratto collettivo di categoria, determinerà equitativamente le modalità temporali del divieto di licenziamento della lavoratrice domestica in maternità, definendo i diritti e gli obblighi delle parti durante il periodo in cui tale divieto sia ritenuto operante. Legittimo parametro di riferimento di tale giudizio equitativo, per la sua coerenza con le norme della legge n. 1204 del

1971 applicabili anche alle lavoratrici domestiche, può essere individuato in quel periodo (due mesi prima e tre mesi dopo il parto) in cui è vietato adibire al lavoro tutte le lavoratrici dipendenti, riconoscendo alle stesse una indennità giornaliera adeguata alla retribuzione, indennità corrisposta, nel caso delle collaboratrici familiari, direttamente dall'INPS (Cass. n. 6199 del 22/06/1998).

Diversamente Cass. n. 17433 del 02/09/2015 ha affermato che in tema di lavoro domestico non opera il divieto di licenziamento della lavoratrice in stato di gravidanza atteso che l'art. 62, comma 1, del d.lgs. n. 151 del 2001, richiama gli artt. 6, comma 3, 16, 17, 22 commi 3 e 6 (con il relativo trattamento economico e normativo), ma non anche l'art. 54 dello stesso decreto.

1) Matrimonio

In materia di nullità del licenziamento a causa di matrimonio, tra le ipotesi tassative di deroga al divieto di licenziamento contemplate dall'art. 35, comma 5, del d.lgs. n. 198 del 2006, quella di cui alla lett. b), relativa alla "cessazione dell'attività dell'azienda cui la lavoratrice è addetta", non è assimilabile alle ragioni di ristrutturazione e riorganizzazione aziendale idonee a determinare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, fermo restando che, ove ricorra l'ipotesi della deroga, nessun onere grava sulla lavoratrice diretto a dimostrare l'esistenza di una residua possibilità occupazionale all'interno dell'azienda (Cass.n. 18325 del 19/09/2016).

8.- Licenziamento del lavoratore malato, disabile o divenuto fisicamente inidoneo al lavoro. Fattispecie esemplificative

a) Malattia Scarso rendimento e GMO (vedi anche retro: Licenziamento per GMO e periodo di comportamento)

Per Cass. 4 settembre 2014, n. 18678 se le modalità con cui le assenze dal lavoro si verificano danno luogo ad una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per la società datrice di lavoro, rivelandosi la prestazione stessa inadeguata sotto il profilo produttivo e pregiudizievole per l'organizzazione aziendale così da giustificare il provvedimento risolutorio allora le assenze, anche se incolpevoli, configurano lo scarso rendimento e rendono la prestazione non più utile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale. Le stesse, infatti, incidono sulle esigenze di organizzazione e funzionamento dell'azienda, determinando scompensi organizzativi. Di qui la conferma della sentenza impugnata, che aveva affermato la legittimità del licenziamento intimato, sul presupposto che le reiterate assenze effettuate dal lavoratore, comunicate all'ultimo momento ed "agganciate" ai giorni di riposo, determinavano uno scarso rendimento ed una prestazione lavorativa non sufficientemente e proficuamente utilizzabile per il datore di lavoro, incidendo negativamente sulla produzione aziendale.

Secondo Cass. n. 23063 del 10/10/2013 lo stato di malattia del lavoratore preclude al datore di lavoro l'esercizio del potere di recesso quando si tratti di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, tuttavia, il licenziamento, ove intimato, non è invalido ma solo inefficace e produce i suoi effetti dal momento della cessazione della malattia.

Cass. n. 2554 del 10/02/2015 ha affermato che in tema di licenziamento per superamento del periodo di comportamento, a fronte della richiesta del lavoratore di conoscere i periodi di malattia, il datore di lavoro deve indicare, a pena di inefficacia del licenziamento, i motivi del recesso ex art. 2, secondo comma, della legge 15 luglio 1966, n. 604. Pertanto, è stata cassata la sentenza di appello in quanto il datore di lavoro aveva ricevuto la richiesta di conoscere i periodi di malattia nella sede legale della società, come attestato dal timbro apposto alla ricevuta di ritorno, ma non aveva fornito l'indicazione dei motivi del recesso.

b) Licenziamento dei disabili e dei lavoratori divenuti fisicamente o psichicamente inidonei allo svolgimento del lavoro

• Cass. n. 6497 del 09/03/2021

In questa materia è intervenuta di recente Cass. n. 6497 del 09/03/2021, nella quale sono stati affermati i seguenti principi:

a) nell'ipotesi di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore e in presenza dei presupposti di applicabilità dell'art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. n. 216 del 2003, il datore di lavoro ha l'onere di provare la sussistenza delle giustificazioni del recesso, ai sensi dell'art. 5 della legge n. 604 del 1966, dimostrando non solo il sopravvenuto stato di inidoneità del lavoratore e l'impossibilità di adibirlo a mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute, ma anche l'impossibilità di adottare accomodamenti organizzativi ragionevoli, con la possibilità di assolvere tale ultimo onere mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari presuntivi, idonei a indurre nel giudice il convincimento che il datore di lavoro abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata in grado di scongiurare il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto;

b) in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante da una condizione di handicap, il datore di lavoro è tenuto, ai fini della legittimità del recesso, a verificare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori, nonché ad adottare, qualora ricorrano i presupposti di applicabilità dell'art. 3, comma 3-bis, del d.lgs. n. 216 del 2003, ogni "ragionevole accomodamento organizzativo" che, senza comportare oneri finanziari sproporzionati, sia idoneo a contemperare, in nome dei principi di solidarietà sociale, buona fede e correttezza, l'interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente alla sua condizione psico-fisica con quello del datore a garantirsi una prestazione lavorativa utile all'impresa, anche attraverso una valutazione comparativa con le posizioni degli altri lavoratori, fermo il limite invalicabile del pregiudizio alle situazioni soggettive di questi ultimi aventi la consistenza di diritti soggettivi.

La motivazione della sentenza è molto ricca e articolata sicché può essere utile riportare i passaggi salienti in questa sede, muovendo dalla premessa che nella specie la Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento per sopravvenuta inidoneità fisica di un lavoratore addetto a un servizio di autolinee – il quale pacificamente si trovava in una situazione soggettiva di handicap, rilevante ai fini della relativa disciplina – per essersi il datore di lavoro limitato ad affermare l'impossibilità del repêchage, adducendo l'assenza di posti disponibili nell'organigramma della biglietteria e del lavaggio autobus.

In primo luogo la Corte ha effettuato una ricognizione del complesso quadro normativo di riferimento a partire dal d.lgs. n. 216 del 2003, che, nel dare "Attuazione della direttiva 2000/78/CE per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro", ha stabilito, tra l'altro, che "Il principio di parità di trattamento senza distinzione ... di handicap ... si applica a tutte le persone sia nel settore pubblico che privato ed è suscettibile di tutela giurisdizionale" con specifico riferimento anche a "occupazione e condizioni di lavoro, compresi gli avanzamenti di carriera, la retribuzione e le condizioni del licenziamento" (art. 3, comma 1, lett. b).

La Corte ha poi osservato che in seguito a condanna dell'Italia da parte della Corte di Giustizia dell'Unione Europea per inadempimento alla citata direttiva (sentenza 4 luglio 2013, C-312/2011), il d.l. 28 giugno 2013, n. 76 (art. 9, comma 4-ter), convertito dalla legge 9 agosto 2013,

n. 99, ha inserito nel testo dell'art. 3 del d.lgs. n. 216 del 2003, il comma 3 bis del seguente tenore: "Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie, e strumentali disponibili a legislazione vigente".

Nel diritto interno la legge 12 marzo 1999, n. 68, è specificamente dedicata a disciplinare "il diritto al lavoro dei disabili" attraverso "servizi di sostegno e di collocamento mirato". Fermo il principio che "il datore di lavoro non può chiedere al disabile una prestazione non compatibile con le sue minorazioni" (art. 10, co. 2, I. n. 68 del 1999), nel caso di aggravamento delle condizioni di salute del soggetto assunto come invalido ai fini del collocamento obbligatorio, aggravamento tale da porre problemi di compatibilità con la prosecuzione dell'attività lavorativa, "il disabile ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista" e "il rapporto di lavoro può essere risolto nel caso in cui, anche attuando i possibili adattamenti dell'organizzazione del lavoro", la commissione integrata di cui all'art. 4 della I. n. 104 del 1992 accerti "la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all'interno dell'azienda"(art. 10, co. 3, I. n. 68 del 1999).

La stessa legge, per "i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia", stabilisce che "l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori" (art. 4, co. 4, I. n. 68 del 1999)

Sulla medesima linea si colloca l'art. 42 del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in materia di tutela della salute e della sicurezza sui luoghi di lavoro, secondo il quale il datore di lavoro, ove le misure indicate dal medico competente prevedano una inidoneità alla mansione specifica, "adibisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori".

Sul fronte delle tutele, i più recenti interventi legislativi hanno previsto disposizioni specifiche per il caso del licenziamento del lavoratore in condizione di inidoneità fisica o psichica ovvero di disabilità.

In particolare, il comma 7 dell'art. 18 della I. n. 300 del 1970, come modificato dalla legge 28 giugno 2012 n. 92, ha previsto l'applicazione della reintegrazione nel posto di lavoro e del pagamento di un'indennità non superiore a 12 mensilità per il caso in cui si accerti "il difetto di giustificazione del licenziamento intimato, anche ai sensi degli articoli 4, comma 4, e 10, comma 3, della legge n. 68 del 1999, per motivo oggettivo consistente nell'inidoneità fisica o psichica del lavoratore".

L'art. 2 del d.lgs. 4 marzo 2015 n. 23 ha riconosciuto, invece, la tutela reintegratoria piena oltre che per il "licenziamento discriminatorio" anche per quello illegittimo "per difetto di giustificazione per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore", con analogo riferimento agli articoli della legge n. 68 del 1999.

Peraltro, la Corte di cassazione specifica che, nella controversia esaminata, non vi era motivo di impugnazione riguardante la tutela applicabile ovvero la natura discriminatoria del

licenziamento, temi esorbitanti rispetto all'oggetto del contendere, sicché l'effettuato richiamo alle disposizioni che governano le conseguenze sanzionatorie del licenziamento difforme dal modello legale si considera utile per completare sistematicamente la cornice disciplinaria e perché consente, da ultimo, di porre l'accento sull'art. 3 della legge n. 604 del 1966, al quale tradizionalmente, si riconduce, talvolta unitamente agli artt. 1463 e 1464 cod. civ., il recesso per giustificato motivo oggettivo in caso di impossibilità della prestazione lavorativa dovuta a sopravvenuta infermità permanente del lavoratore (vedi: Cass.SU n. 7755 del 1998, secondo cui l'art. 3 della legge n. 604 del 1966 "costituisce specificazione, e non deroga, di quelle norme codicistiche").

In ambito interazionale viene, in primo luogo, in considerazione la "Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità", adottata il 13 dicembre 2006, ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge n. 18 del 2019, approvata a nome della Comunità europea con la decisione 2010/48/CE del Consiglio del 26 novembre 2009, nella quale è garantito il riconoscimento del "diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri" (art. 27). La Convenzione considera (art. 2) "discriminazione fondata sulla disabilità qualsivoglia distinzione, esclusione o restrizione sulla base della disabilità che abbia lo scopo o l'effetto di pregiudicare o annullare il riconoscimento, il godimento o l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali in campo politico, economico, sociale, culturale, civile o in qualsiasi altro campo", precisando che "essa include ogni forma di discriminazione, compreso il rifiuto di un accomodamento ragionevole". E per "accomodamento ragionevole" intende le "le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali".

In ambitoUE, la citata direttiva 2000/78/CE, dopo una serie di considerando, all'art. 1 sancisce che essa... "mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate (su) ... gli handicap ... per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento". L'art. 5 poi, intitolato "Soluzioni ragionevoli per i disabili", statuisce che: "per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste soluzioni ragionevoli. Ciò significa che il datore di lavoro prende i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro un onere finanziario sproporzionato. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili".

Questo complesso quadro, frutto di successive stratificazioni normative, sovente non coordinate tra loro, di livello interno e internazionale, sollecita la funzione nomofilattica della giurisprudenza di legittimità che però è resa non agevole dalla concorrenza di fonti composite e multilivello.

Per quanto riguarda il licenziamento, l'ambito applicativo della direttiva 78/2000/CE e dell'art. 3, comma bis, del d.lgs. n. 216 del 2003 con indirizzo conforme, è stato delineato nel senso che il fattore soggettivo dell'handicap non è ricavabile dal diritto interno ma unicamente dal diritto dell'Unione Europea (Cass. n. 6798 del 2018; Cass. n. 13649 del 2019; Cass. n. 29289 del 2019),

secondo il quale si tratta di “una limitazione, risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature, che, in interazione con barriere di diversa natura, può ostacolare la piena ‘ed effettiva partecipazione dell’interessato alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori” (CGUE sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C337/11, punti 38-42; 18 marzo 2014, Z., C-363/12, punto 76; 18 dicembre ,2014, FOA, C-354/13, punto 53; 1 dicembre 2016, Mo. Da. C-395/15, punti 41-42). Si è altresì stabilito che grava sul lavoratore che ne abbia interesse allegare e dimostrare di trovarsi nelle condizioni descritte (Cass. n. 27502 del 2019).

Per quel che concerne l’individuazione degli “accomodamenti ragionevoli”, la Corte di cassazione ha statuito che “in tema di licenziamento per inidoneità fisica sopravvenuta del lavoratore, derivante pia una condizione di handicap, sussiste l’obbligo della previa verifica, a carico del datore di lavoro, della possibilità di adattamenti organizzativi ragionevoli nei luoghi di lavoro ai fini della legittimità del recesso”, secondo una interpretazione conforme agli obiettivi della direttiva 2000/78/CE e con specificazione che “il giudizio espresso in concreto sulla ragionevolezza delle soluzioni è giudizio di fatto sindacabile in sede di legittimità nei limiti di deducibilità del vizio di motivazione”(Cass. n. 6798/2018 cit.; conforme Cass. n. 13649/2019 cit.).

Si è poi precisato che nella suddetta verifica occorre tenere conto “del limite costituito dall’inviolabilità in pejus (art. 2103 cod. civ.) delle posizioni lavorative degli altri prestatori di lavoro” ed evitare “oneri organizzativi eccessivi (da valutare in relazione alle peculiarità dell’azienda ed alle relative risorse finanziarie)”, in considerazione della esigenza del “mantenimento degli equilibri finanziari dell’impresa” (Cass. n. 27243 del 2018; in conformità v. Cass. n. 6678 del 2019 e Cass. n. 18556 del 2019).

Di recente Cass. n. 34132 del 2019, dopo aver rammentato che l’art. 2 della Convenzione di New York del 2006 considera quale accomodamento ragionevole “le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un carico sproporzionato ed eccessivo”, ha cassato la sentenza impugnata onde consentire al giudice del rinvio “la valutazione della proporzionalità e della non eccessività delle misure di adattamento ... sia rispetto all’organizzazione aziendale sia con riguardo agli altri lavoratori”.

Detto questo, la Corte di cassazione rileva che la deliberata scelta del legislatore di trasporre nell’ordinamento interno la formula delle fonti sovranazionali della adozione di “accomodamenti ragionevoli”, in dichiarata attuazione della direttiva n. 78/2000/CE, ha comportato l’utilizzo di una nozione a contenuto variabile – categoria dogmatica estesa, nell’ambito della quale possono variamente collocarsi clausole generali, norme elastiche, concetti giuridici indeterminati, finanche i principi –che ha come caratteristica strutturale proprio l’indeterminatezza, derivante dalla impossibilità di una tipizzazione delle condotte prescrivibili.

Di conseguenza, il legislatore ha conferito all’interprete il compito di individuare lo specifico contenuto dell’obbligo gravante su ogni datore di lavoro, pubblico o privato previsto dal comma 3 bis dell’art. 3 cit., guidato dalle circostanze del caso concreto, sicché non è possibile predeterminarne in astratto l’esatto contenuto.

La Corte di cassazione è pertanto chiamata a fornire criteri di giudizio anche nei casi in cui il contenuto indeterminato della norma è destinato a misurarsi con la variabilità del reale, onde comunque orientare l’attività degli interpreti, intesi sia come operatorichiamati a conformare la propria condotta al parametro normativo sia come giudici chiamati a dirimere eventuali controversie al riguardo.

In considerazione anche della giurisprudenza della CGUE – ove si usa l’espressione “soluzioni ragionevoli”– si precisa che si deve trattare di “accomodamenti” volti alla eliminazione delle barriere di diversa natura che ostacolano la piena ed effettiva partecipazione dei disabili alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori (sentenze 11 aprile 2013, HK Danmark, C-335/11 e C-337/11, punto 54; del 4 luglio 2013, Commissione/Italia, C-312/11, punto 59; dell’11 settembre 2019, DW, C-397/18, punto 64), ivi compresa anche la riduzione dell’orario di lavoro e comunque sempre scelti “in modo che vengano preservati gli equilibri finanziari” dell’impresa (vedi: Corte Cost. n. 78 del 1958; Corte Cost. n. 316 del 1990; Corte Cost. n. 356 del 1993).

Al limite della sproporzione del costo si affianca quello della ragionevolezza, la cui verifica per le Sezioni Unite (a partire dalla sentenza n. 4570 del 1996) “è stata sempre imposta dalla giurisprudenza di questa Corte in tutti i casi in cui si debba stabilire una comparazione dei diritti e delle aspettative in materia di lavoro (concorsi, promozioni, licenziamenti collettivi ecc.)” ed “il tramite per un controllo di ragionevolezza sugli atti di autonomia individuale è rappresentato dalle clausole generali di correttezza e buona fede”:

Peraltro, l’osservanza del “canone di correttezza e buona fede presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale ai sensi degli artt. 1175 e 1375 cod. civ.” (vedi Cass. SU n. 5457 del 2009) ed è “immanente all’intero sistema giuridico, in quanto riconducibile al dovere di solidarietà fondato sull’art. 2 Cost.” (vedi: Cass. SU n. 15764 del 2011; Cass. SU n. 23726 del 2007; Cass. SU n. 18128 del 2005), esplicando “la sua rilevanza nell’imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell’altra” (Cass. SS.UU. n. 28056 del 2008).

Proprio dalla connotazione della ragionevolezza come espressione dei più ampi doveri di buona fede e correttezza nei rapporti contrattuali si possono trarre indicazioni metodologiche utili per orientare prima il destinatario della norma ad individuare il comportamento dovuto e poi, eventualmente, il giudice, al fine di misurare l’esattezza dell’adempimento dell’obbligo di accomodamento nella concretezza del caso singolo.

Dagli indicati principi deriva il dovere di ciascun contraente di cooperare alla realizzazione dell’interesse altrui anche nel caso degli accomodamenti, sulla base di questa premessa occorrerà soppesare gli interessi giuridicamente rilevanti delle parti coinvolte: l’interesse del disabile al mantenimento di un lavoro confacente con il suo stato fisico e psichico, in una situazione di oggettiva ed incolpevole difficoltà; poi l’interesse del datore a garantirsi comunque una prestazione lavorativa utile per l’impresa, tenuto conto che l’art. 23 Cost. vieta prestazioni assistenziali, anche a carico del datore di lavoro, se non previste per legge (Cass. SU n. 7755/1998 cit.) e che la stessa direttiva 2000/78/CE, al suo considerando 17, “non prescrive ... il mantenimento dell’occupazione ... di un individuo non competente, non capace o non disponibile ad effettuare le funzioni essenziali del lavoro in questione”. Non può, infine, aprioristicamente escludersi che la modifica organizzativa coinvolga, in maniera diretta o indiretta, altri lavoratori, sicché, in tal caso, fermo il limite non valicabile del pregiudizio a situazioni soggettive che assumano la consistenza di diritti soggettivi altrui, occorrerà valutare comparativamente anche l’interesse di costoro.

All’esito di questo complessivo apprezzamento, potrà dirsi ragionevole ogni soluzione organizzativa praticabile che miri a salvaguardare il posto di lavoro del disabile in un’attività che sia utile per l’azienda e che imponga all’imprenditore, oltre che al personale eventualmente coinvolto, un sacrificio che non ecceda i limiti di una tollerabilità considerata accettabile secondo

“la comune valutazione sociale”(per tale formula vedi Cass. SU n. 5688 del 1979, che, proprio a proposito dell’integrazione del comportamento dovuto dal datore di lavoro ex art. 1175 cod. civ., ha ritenuto che quest’ultimo è da considerare “vincolato non solo a non frapporre ostacoli alla realizzazione dell’interesse dell’altra parte, ma anche a fare tutto ed esattamente quanto la comune valutazione sociale consideri necessario”).

L’inadempimento dell’obbligo di accomodamento ragionevole, già inteso dalla Corte – nella giurisprudenza innanzi richiamata – come condizione di legittimità del licenziamento del lavoratore disabile, integra certamente il “difetto di giustificazione” del recesso, cui si riferiscono sia l’art. 18, co. 7, legge n. 300 del 1970 novellato (vedi Cass. n. 26675 del 2018), sia l’art. 2 del d.lgs. n. 23 del 2015, riconoscendo una tutela reintegratoria, sebbene diversificata, anche a prescindere dalla riqualificazione dell’atto come “discriminatorio”, che è questione dibattuta ma non rilevante nella specie.

La Corte di cassazione ricorda poi di avere già riconosciuto come la tutela ripristinatoria ex art. 18, comma 4; legge n. 300 del 1970 novellato, anche nel caso di licenziamento collettivo in violazione della quota di riserva prescritta dall’art. 3 della legge n. 68 del 1999, sia una opzione interpretativa rispettosa del dettato normativo e conforme alla finalità della disciplina - anche internazionale - posta a speciale protezione del disabile (vedi: Cass. n. 26029 ‘del 2019)

L’obbligo di accomodamento ragionevole concorre con le discipline specifiche cui si è già fatto cenno. Così per i soggetti assunti come invalidi ai fini del collocamento obbligatorio, nel caso di aggravamento delle condizioni di salute, il rapporto di lavoro può essere risolto solo nel caso in cui, “anche attuando i possibili adattamenti dell’organizzazione del lavoro”, la Commissione integrata di cui all’art. 4 della I. n. 104/92 “accerti la definitiva impossibilità di reinserire il disabile all’interno dell’azienda” (art. 10, co. 3, I. n. 68 del 1999).

L’art. 4, co. 4, della stessa legge, per i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia, stabilisce che tali eventi “non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori”.

Tale obbligo datoriale di repêchage, anche in mansioni inferiori, del dipendente inidoneo alla mansione è stato poi generalizzato dall’art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008, ma già vigeva nel diritto vivente sulla scorta del principio stabilito dalla più volte richiamata sentenza n. 7755 del 1998 delle Sezioni unite della Corte.

Evidentemente l’impossibilità di ricollocare il disabile, adibendolo a diverse mansioni comunque compatibili con il suo stato di salute, non esaurisce gli obblighi del datore di lavoro che intenda licenziarlo, perché, laddove ricorrano i presupposti di applicabilità dell’art. 3, co. 3-bis, d.lgs. n. 216 del 2003, dovrà comunque ricercare possibili “**accomodamenti ragionevoli**” che consentano il mantenimento del posto di lavoro, in una ottica di ottimizzazione delle tutele giustificata dall’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà sociale (art. 2 Cost.), tanto più pregnanti in caso di sostegno a chi versa in condizioni di svantaggio.

Delineati i confini dell’obbligo di “accomodamento ragionevole” gravante sul datore di lavoro, la Corte passa all’esame delle conseguenziali regole che ripartiscono gli **oneri di allegazione e prova** in un giudizio avente ad oggetto una fattispecie di impugnativa del licenziamento quale quella esaminata.

Al riguardo si sottolinea che, come per ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966, l'onere della prova della sussistenza delle giustificazioni nell'esercizio del potere di recesso spetta al datore di lavoro a mente dell'art. 5 della stessa legge.

Pertanto, per il caso in concreto esaminato dalla Corte, si precisa che il datore di lavoro deve provare la sopravvenuta inidoneità fisica o psichica del lavoratore e l'impossibilità di ricollocare il medesimo in altre posizioni lavorative per l'espletamento di mansioni, eventualmente anche inferiori, compatibili con il suo stato di salute.

In generale, in ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore rappresentano presupposti di legittimità del recesso (per tutte v. Cass. n. 10435 del 2018). Secondo la più recente giurisprudenza di legittimità, poi, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repêchage del dipendente licenziato, senza che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili (Cass. n. 5592 del 2016; Cass. n. 12101 del 2016; Cass. n. 20436 del 2016; Cass. n. 160 del 2017; Cass. n. 9869 del 2017; Cass. n. 24882 del 2017; Cass. n. 27792 del 2017). Trattandosi di prova negativa, il datore di lavoro ha sostanzialmente l'onere di fornire la prova di fatti e circostanze esistenti, di tipo indiziario o presuntivo, idonei a persuadere il giudice della veridicità di quanto allegato circa l'impossibilità di una collocazione alternativa del lavoratore nel contesto aziendale (ancora Cass. n. 10435/2018 cit.; nonché sull'utilizzo del metodo presuntivo in materia: Cass. n. 237'89 del 2019).

Usualmente si prova che nella fase concomitante e successiva al recesso, per un congruo periodo di tempo, non sono avvenute nuove assunzioni oppure sono state effettuate per mansioni richiedenti una professionalità non posseduta dal prestatore (v., ad ex., Cass. n. 22417 del 2009; ma pure: Cass. n. 9369 del 1996; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 3040 del 2010).

A questi oneri che tradizionalmente gravano sul datore di lavoro, in caso di applicazione dell'art. 3, co. 3-bis, d.lgs. 216 del 2003, si aggiunge quello distinto relativo all'adempimento dell'obbligo di accomodamento ragionevole, pure esso inteso come condizione di legittimità del recesso.

Pertanto, a fronte del lavoratore che deduca e provi di trovarsi in una condizione di limitazione, risultante da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature secondo il diritto dell'Unione europea – quale fonte dell'obbligo datoriale di ricercare soluzioni ragionevoli che potessero evitare il licenziamento causato dalla disabilità – graverà sul datore di lavoro l'onere di provare di aver osservato l'obbligo di "accomodamento" ovvero che il relativo inadempimento è dovuto a causa non imputabile. In tale situazione di riparto, non è certo sufficiente per il datore semplicemente allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili, in cui ricollocare il lavoratore, come se si trattasse di un ordinario repêchage, così creando una sovrapposizione con la dimostrazione, comunque richiesta, circa l'impossibilità di adibire il disabile a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute.

Né spetta al lavoratore, o tanto meno al giudice, individuare in giudizio quali potessero essere le possibili modifiche organizzative appropriate e ragionevoli idonee a salvaguardare il posto di lavoro, sovvertendo l'onere probatorio e richiedendo una collaborazione nella individuazione degli accomodamenti possibili non prevista neanche per il repêchage ordinario in mansioni inferiori, oramai esteso dal recesso per sopravvenuta inidoneità fisica alle ipotesi di soppressione del posto di

lavoro per riorganizzazione aziendale (ab imo, Cass. n. 21579 del 2008; conformi: Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019).

Le stesse ragioni che hanno spinto la Corte a rimeditare un risalente orientamento che chiedeva al lavoratore che impugnava il licenziamento l'allegazione dell'esistenza di altri posti nei quali egli potesse essere utilmente ricollocato – ragioni quali (vedi: Cass. n. 5592/2016 cit.) l'inappropriata divaricazione tra oneri di allegazione e prova, l'impossibilità di alterare surrettiziamente l'onere sancito dall'art. 5 legge n. 604/66, il principio di riferibilità o vicinanza della prova di fatti attinenti ad una organizzazione aziendale rispetto alla quale il lavoratore è estraneo – militano nel senso che, anche nella specie, vadano applicati i principi generali che regolano il riparto degli oneri di allegazione e prova nell'adempimento delle obbligazioni così come stabiliti da Cass. SU n. 13533 del 2001.

In tale sentenza le Sezioni Unite hanno stabilito che in tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. Le SU Corte hanno ulteriormente precisato che il suindicato principio trova un limite nell'ipotesi di inadempimento delle obbligazioni negative, nel qual caso la prova dell'inadempimento stesso è sempre a carico del creditore, anche nel caso in cui agisca per l'adempimento e non per la risoluzione o il risarcimento (tali principi sono ormai consolidati; vedi, di recente: Cass. n. 826 del 20/01/2015).

Al fine di verificare l'adempimento o meno dell'obbligo legislativamente imposto dall'art. 3, comma 3-bis, cit. senza sconfinare in forme di responsabilità oggettiva occorre avere presente il contenuto del comportamento dovuto, così come dianzi definito, e si deve considerare che esso si caratterizza non tanto, in negativo, per il divieto di comportamenti che violano la parità di trattamento, quanto piuttosto per il suo profilo di azione, in positivo, volta alla ricerca di misure organizzative ragionevoli idonee a consentire lo svolgimento di un'attività lavorativa, altrimenti preclusa, a persona con disabilità. In tale prospettiva, l'onere gravante sul datore di lavoro potrà essere assolto mediante la deduzione del compimento di atti o operazioni strumentali rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole, che assumano il rango di fatti secondari di tipo indiziario o presuntivo, i quali possano indurre nel giudicante il convincimento che il datore abbia compiuto uno sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa appropriata che scongiurasse il licenziamento, avuto riguardo a ogni circostanza rilevante nel caso concreto.

Ovviamente il datore di lavoro potrà anche dimostrare che eventuali soluzioni alternative, pur possibili, siano prive di ragionevolezza, magari perché coinvolgenti altri interessi comparativamente preminenti, ovvero siano sproporzionate o eccessive, a causa dei costi finanziari o di altro tipo ovvero per le dimensioni e le risorse dell'impresa.

Del resto, la Corte ha già avuto occasione di affermare, peraltro a proposito dell'art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008 – il quale prevede che il lavoratore divenuto inabile alle mansioni specifiche possa essere assegnato anche a mansioni equivalenti o inferiori – che nell'inciso “ove possibile” si contempera “il conflitto tra diritto alla salute ed al lavoro e quello al libero esercizio dell'impresa, ponendo a carico del datore di lavoro l'obbligo di ricercare – anche in osservanza dei principi di buona fede e correttezza nell'esecuzione del rapporto – le soluzioni che, nell'ambito del piano organizzativo prescelto, risultino le più convenienti ed idonee ad assicurare il rispetto dei diritti del lavoratore” e impone al datore di lavoro anche di rispettare l'onere processuale di dimostrare di avere fatto tutto il possibile, nelle condizioni date, per l'attuazione dei suddetti diritti (in termini: Cass. n. 13511 del 2016).

Nella fattispecie sub judice la Corte territoriale aveva sottolineato che il datore di lavoro “si è limitato ad affermare l'impossibilità del repêchage del dipendente fisicamente inidoneo secondo gli usuali criteri (statici) vigenti in tema di giustificato motivo oggettivo per soppressione delle mansioni”; in particolare la società – secondo la Corte del merito – aveva solo provato che nella biglietteria l'organigramma non prevedeva ulteriori addetti e analogamente aveva fatto per escludere il possibile reimpiego del lavoratore nelle mansioni di lavaggio autobus o in quelle di verificatore in affiancamento ad altro collega; inoltre nessuna dimostrazione era stata fornita che la destinazione alternativa del lavoratore portatore di handicap “avrebbe imposto un onere finanziario sproporzionato o comunque eccessivo anche con riferimento alla formazione professionale.

Tuttavia, come si è detto, ai fini dell'adempimento dell'obbligo previsto dall'art. 3, co. 3-bis, d.lgs. n. 216 del 2003, non era sufficiente per la società allegare e provare che non fossero presenti in azienda posti disponibili in cui ricollocare il lavoratore, sovrapponendo la dimostrazione circa l'impossibilità di adibire il dipendente a mansioni equivalenti o inferiori compatibili con il suo stato di salute con il distinto onere di ricercare altre soluzioni ragionevoli, né tanto meno era sufficiente trincerarsi dietro la mera affermazione che di accomodamenti praticabili non ve ne fossero, lamentando che il lavoratore non ne aveva individuati.

Pure con i motivi di ricorso per cassazione la parte datoriale aveva ribadito che l'azienda era in “condizione di pieno organico” e che “non vi erano posizioni scoperte in organigramma”, come se si discutesse solo di una ordinaria violazione dell'obbligo di repêchage, mentre non aveva evidenziato alcun atto o operazione strumentale rispetto all'avveramento dell'accomodamento ragionevole che potesse indurre nei giudici del merito il convincimento che fosse stato compiuto quello sforzo diligente ed esigibile per trovare una soluzione organizzativa che evitasse il recesso; anzi, aveva criticato pure quella parte della sentenza impugnata in cui la Corte territoriale, del tutto plausibilmente, aveva invece argomentato che la circostanza che l'azienda non si fosse affatto posta “il problema di trovare ragionevoli situazioni per ricollocare” il dipendente emergeva con chiarezza dalla deposizione del medico competente, il quale, come teste, aveva dichiarato di non essere mai stato richiesto dalla società di esprimere valutazioni in ordine al ricollocamento del lavoratore.

Sulla base delle indicate considerazioni la Corte di cassazione ha confermato la sentenza impugnata.

• Altre pronunce della Corte di cassazione

In tema di licenziamento del lavoratore disabile, ai fini della determinazione della quota di riserva di cui all'art. 3 della legge n. 68 del 1999, dalla cui violazione consegue l'annullabilità del recesso ex art. 10, comma 4, della stessa legge, vanno computati anche i lavoratori apprendisti perché non espressamente esclusi dal successivo art. 4, trattandosi di norma speciale, volta ad assicurare una tutela rafforzata ai disabili e destinata a prevalere su quella generale di cui all'art. 53, comma 2, del d.lgs. n. 276 del 2003, che comunque fa salve "specifiche previsioni di legge", la cui interpretazione va operata in conformità ai principi dettati dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti del disabile del 13 dicembre 2006, ratificata dall'Italia con legge n. 18 del 2009 e dall'Unione Europea con decisione n. 2010/48/CE, nonché all'art. 26 della cd. Carta di Nizza e all'art. 15 della Carta sociale europea (Cass. n. 2210 del 04/02/2016).

Per Cass. n. 15873 del 20/09/2012 in tema di licenziamento del lavoratore disabile, l'art. 10, comma 4, della legge n. 68 del 1999 - che prevede l'annullabilità del recesso esercitato nei confronti del lavoratore disabile (o di categoria equiparata) occupato obbligatoriamente «qualora, nel momento della cessazione del rapporto, il numero dei rimanenti lavoratori occupati obbligatoriamente sia inferiore alla quota di riserva» prevista dal precedente art. 3 della legge - riguarda soltanto il «recesso di cui all'articolo 4, comma 9, della legge 23 luglio 1991, n. 223, ovvero il licenziamento per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo» e non anche gli altri tipi di recesso datoriale. Ne consegue che la norma non si applica al licenziamento disciplinare, nelle sue diverse configurazioni, in conformità con l'idea ispiratrice di tutta la legge n. 68 del 1999 di coniugare la valorizzazione delle capacità professionali dei disabili (o equiparati) con la funzionalità economica delle imprese che li assumono (conforme: Cass. n. 64 del 04/01/2017).

Ne ribadire il suindicato principio Cass. n. 3931 del 26/02/2015 ha precisato che in tema di licenziamento del lavoratore disabile, l'art. 10, comma 4, della legge 12 marzo 1999, n. 68 non si applica al licenziamento disciplinare, nelle sue diverse configurazioni, in conformità con l'idea ispiratrice di tutta la legge n. 68 del 1999 di coniugare la valorizzazione delle capacità professionali dei disabili (o equiparati) con la funzionalità economica delle imprese che li assumono.

Cass. SU n. 8452 del 02/04/2008 ha affermato che in tema di diritto al lavoro dei disabili, l'art. 8, comma 5, della legge n. 68 del 1999, nello stabilire che i lavoratori disabili, licenziati per riduzione di personale o per giustificato motivo oggettivo, mantengono la posizione in graduatoria acquisita all'atto di inserimento nell'azienda, invece di richiedere una nuova iscrizione con decorrenza ex nunc, reca una disposizione di favore, frutto di una scelta discrezionale del legislatore operata, nel rispetto del principio stabilito dall'art. 38, primo comma, Cost., in base ad un bilanciamento tra la tutela del disabile già beneficiario di un atto di avviamento e quella degli altri disabili in attesa ancora del primo atto di avviamento, la quale, proprio per l'eccezionalità della garanzia ed il contesto normativo nel quale è collocata (ossia la disciplina degli elenchi e delle graduatorie dei disabili), va interpretata nel senso che il mantenimento della posizione di graduatoria presuppone che l'avviamento al lavoro del disabile sia avvenuto in forza di collocamento obbligatorio e non già di collocamento ordinario.

9.- Clausole generali e pluralità di saperi del giudice.

Per concludere sul punto va ribadito che, ormai da tempo, nell'Unione europea e nell'ordinamento internazionale la tutela del disabile ha assunto un ruolo sempre più pregnante.

Basti pensare che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea – proclamata a Nizza nel 2000 e successivamente adattata a Strasburgo il 13 dicembre 2007– all'art. 26 (intitolato «Inserimento dei disabili») stabilisce che:«L'Unione riconosce e rispetta il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità».

A questa Carta l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha attribuito il valore giuridico dei trattati, ma anche in precedenza ad essa è stato riconosciuto «carattere espressivo di principi comuni agli ordinamenti europei» (Corte costituzionale, sentenze n. 135 del 2002, n. 393 e n. 394 del 2006) avente, quindi, come tale valore di ausilio interpretativo (Corte cost. sentenze n. 349 del 2007, n. 251 del 2008).

Inoltre, per quanto attiene alla normativa internazionale, la Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, entrata in vigore sul piano internazionale il 3 maggio 2008 e ratificata e resa esecutiva dall'Italia con legge 3 marzo 2009, n. 18, all'art. 27 statuisce che «gli Stati Parti riconoscono il diritto al lavoro delle persone con disabilità, su base di uguaglianza con gli altri; segnatamente il diritto di potersi mantenere attraverso un lavoro liberamente scelto o accettato in un mercato del lavoro e in un ambiente lavorativo aperto, che favorisca l'inclusione e l'accessibilità alle persone con disabilità». Diritto – specifica la Convenzione in parola – che deve essere garantito, anche attraverso l'adozione di «appropriate iniziative» volte, fra l'altro, a favorire l'assunzione delle persone con disabilità nel settore pubblico ovvero il loro impiego nel settore privato.

Né va dimenticato che a tale ultima Convenzione la Corte costituzionale, a partire dalla sentenza n.80 del 2010, ha attribuito valore cogente nel nostro ordinamento (vedi, per tutte: Cass. 6 aprile 2011, n. 7889).

Per effetto della direttiva 2000/78/CE (cui è stata data attuazione con il d.lgs. 9 luglio 2003, n. 216) è stato stabilito un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione, di condizioni di lavoro e di formazione professionale, finalizzato, in particolare, a combattere qualunque tipo di discriminazione in ambito lavorativo e/o di formazione fondato, fra l'altro, sugli handicap.

L'art. 5 della direttiva esige, in particolare, che tutti i datori di lavoro, pubblici e privati, siano tenuti ad adottare provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze concrete in favore dei disabili.

Con sentenza della Corte di giustizia UE del 4 luglio 2013, causa C-312/11, il nostro Stato è stato condannato per non corretta e completa trasposizione del citato art. 5 della direttiva, avendo la CGUE ritenuto che legislazione nazionale, anche se valutata nel suo complesso, “non impone all'insieme dei datori di lavoro l'obbligo di adottare, ove ve ne sia necessità, provvedimenti efficaci e pratici, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, a favore di tutti i disabili, che riguardino i diversi aspetti dell'occupazione e delle condizioni di lavoro, al fine di consentire a tali persone di accedere ad un lavoro, di svolgerlo, di avere una promozione o di ricevere una formazione”.

Nella citata sentenza - così come nelle coeve sentenze HK Danmark, 11 aprile 2013, C335/11 e C-337/11; Z., 18 marzo 2014, C-363/12 - la Corte ha precisato che: a) la nozione di “handicap” non è definita nella citata direttiva 2000/78/CE; b) tuttavia tale nozione, anche alla luce della

Convenzione dell'ONU sui diritti delle persone con disabilità del 13 dicembre 2006 6 - (ratificata e resa esecutiva dall'Italia con la legge n. 18 del 2009), deve essere intesa nel senso diriferirsi ad una limitazione risultante in particolare da menomazioni fisiche, mentali o psichiche durature che, in interazione con barriere di diversa natura, possono ostacolare la piena ed effettiva partecipazione della persona interessata alla vita professionale su base di uguaglianza con gli altri lavoratori; e) pertanto l'espressione "disabile" utilizzata nell'art. 5 della direttiva 2000/78/CE deve essere interpretata come comprendente tutte le persone affette da una disabilità corrispondente alla definizione enunciata nel punto precedente. Conseguentemente, con il d.l. n. 76 del 2013, convertito dalla legge n. 99 del 2013, al d.lgs. n. 216 del 2003, art. 3 è stato aggiunto il comma 3 bis, secondo cui: "Al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori. I datori di lavoro pubblici devono provvedere all'attuazione del presente comma senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica e con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente".

La suindicata Convenzione ONU è stata salutata come il primo grande trattato sui diritti umani del XXI secolo e rappresenta sicuramente una "svolta epocale" nel percorso di accettazione, partecipazione e inserimento dei disabili nella vita sociale e lavorativa.

Essa – che rappresenta il primo strumento internazionale vincolante per gli Stati in materia di tutela dei disabili, visto che le Regole standard ONU sulla disabilità, oltre a risalire al 1993, erano prive di forza vincolante – ha come principale obiettivo quello di portare la società a cambiare atteggiamento nei confronti delle persone con disabilità, onde garantire loro il reale riconoscimento dei fondamentali diritti delle pari opportunità e di non discriminazione (arg. ex: Cass. n. 14388 del 14/07/2016).

Di tutto questo si deve tenere conto quando, in sede giudiziaria, si esaminano questioni riguardanti l'inserimento dei disabili nel mondo del lavoro, che sono complesse e delicate.

All'importante sentenza della Corte di cassazione n. 6497 del 2021 non si può non riconoscere il valore e la capacità di aver dimostrato piena consapevolezza della necessità di un simile approccio unitamente con la prospettazione di soluzioni – o almeno del metodo per di soluzione – di una serie di problematiche di grande impatto per il settore.

La sentenza conferma inoltre come il legislatore faccia frequente ricorso alle clausole generali – come il "giustificato motivo", gli "accomodamenti ragionevoli" o anche la "giusta causa" – per la ricostruzione dei requisiti fattuali di legittimità del licenziamento. Il giudice è chiamato ad effettuarne la concreta individuazione conformandosi ai principi generali dell'ordinamento e agli standards valutativi esistenti nella realtà sociale, nella cornice dei beni tutelati dalla Costituzione, dal diritto UE e dalle Convenzioni internazionali.

Questo non deve essere interpretato come una rinuncia da parte del legislatore a provvedere alla definizione di quei requisiti fattuali, quanto piuttosto come il riconoscimento della impossibilità di "imbrigliare la realtà" in norme astratte con riguardo alle diverse fattispecie considerate.

Del resto, il nostro sistema prevede molte altre clausole generali. Tali sono ad esempio la "buona fede" e la "correttezza".

Ovviamente, in casi del genere il giudice è chiamato ad effettuare una operazione di integrazione del precetto normativo (norma cd. elastica), nella quale, nell'esprimere il relativo giudizio di valore necessario ad integrare il parametro generale contenuto nella norma, deve provvedere all'interpretazione della stessa mediante la valorizzazione sia di fattori esterni relativi alla coscienza comune sia di principi che la disposizione implicitamente richiama, dando concretezza a quella parte mobile della medesima che il legislatore ha voluto tale per adeguarla ad un dato contesto storico-sociale, ovvero a determinate situazioni non esattamente ed efficacemente specificabili a priori (fra le altre: Cass. n. 8047 del 21/03/2019; Cass. n. 7426 del 26/03/2018).

Il suddetto giudizio è, pertanto, censurabile in sede di legittimità come violazione di norme di diritto, ai sensi dell'art. 360, primo comma, n. 3, cod. proc. civ., quando esso si ponga in contrasto con i principi dell'ordinamento e con quegli standard valutativi esistenti nella realtà sociale che concorrono, con i menzionati principi, a comporre il diritto vivente, cioè a condizione però che la contestazione in tale sede contenga una specifica denuncia di incoerenza del giudizio rispetto agli indicati standard e non si traduca in una richiesta di accertamento della concreta ricorrenza degli elementi fattuali che integrano il parametro normativo, accertamento che è riservato ai giudici di merito (fra le altre: Cass. n. 8047 del 21/03/2019; Cass. n. 7426 del 26/03/2018, citate nonché Cass. n. 13534 del 20/05/2019).

Infatti, l'operazione valutativa compiuta dal giudice di merito nell'applicare clausole generali come quelle della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo non sfugge ad una verifica in sede di giudizio di legittimità, sotto il profilo della correttezza del metodo seguito e del rispetto dei criteri e principi desumibili dall'ordinamento generale, a cominciare dai principi costituzionali, e dalla disciplina particolare, anche collettiva, in cui la concreta fattispecie si colloca, mentre l'applicazione in concreto del più specifico canone integrativo, così ricostruito, rientra nella valutazione di fatto devoluta al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità se non per vizio di motivazione (Cass. n. 14504 del 28/05/2019).

Ne deriva che la suddetta operazione di concretizzazione delle clausole generali richiede, da parte del giudice, una pluralità di saperi onde pervenire alla valutazione giuridica conclusiva.

Questo conferma la persistente validità dell'affermazione del grande giurista Francesco Carnelutti del secolo scorso secondo cui "chi sa solo il diritto non sa neppure il diritto".

Oggi, a maggior ragione, nel mondo globalizzato – che è diventato "più piccolo" – un giurista non può ignorare anche realtà che una volta sarebbero sembrate "lontane", perché l'interpretazione giuridica, così come la creazione di nuove norme, è sempre più inevitabilmente influenzata dal contesto spazio-temporale nel quale viene compiuta, in quanto questa dimensione consente alla scienza giuridica di assolvere al meglio la sua specifica finalità che è quella di studiare i comportamenti collettivi ai fini della soluzione dei problemi concreti di propria competenza che possono sorgere quotidianamente.

Questo è certamente complicato ma è anche il bello del lavoro del giudice.

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

10.- Introduzione.

La trattazione di questo argomento è finalizzata esclusivamente a fornire uno sguardo di sintesi su alcune delle questioni più ricorrenti e problematiche, alla luce della recente giurisprudenza nazionale e della CGUE.

Deve essere, in primo luogo, ricordato che anche il licenziamento collettivo ha la sua causa in ragioni legate all'organizzazione e all'attività produttiva dell'impresa ma è governato da una disciplina profondamente diversa da quella dettata per il licenziamento individuale e può coinvolgere lavoratori inseriti in una unità produttiva o in un ramo aziendale, ovvero in un particolare reparto e/o settore di cui, in ragione di una riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro, ovvero di una crisi aziendale, venga dichiarato l'esubero e, dunque, la licenziabilità.

Tale disciplina introdotta con la legge n. 223 del 1991 – la cui applicabilità presuppone la presenza di precisi indici causali e numerico-temporali – è di derivazione UE e, come ricorda la recente Cass. n. 28816 del 2020, per consolidati indirizzi della Corte di cassazione, tale legge, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato ex post nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, dovuto ex ante alle organizzazioni sindacali, destinate di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda.

Pertanto – a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo – i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più gli specifici motivi della riduzione del personale ma la correttezza procedurale dell'operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di una indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva (v. Cass. n. 11455 del 1999, Cass. nn. 13450, 13727, 14434, 13839 e 14553 del 2000, n. 11194 del 2001, Cass. n. 11651 del 2003, Cass. n. 9134 del 2004, Cass. n. 21300 del 2006, Cass. 19347 del 2007, n. 5089 del 2009; da ultimo Cass. 30250 del 2018).

Ciò significa che la legittimità dell'esercizio del potere datoriale di recesso è subordinata al rispetto di specifiche procedure, nella fase di avvio, nella gestione congiunta dell'esubero ed infine nella fase finale di irrogazione dei licenziamenti.

Prima dell'entrata in vigore della legge n. 223 del 1991, la disciplina della mobilità dei lavoratori e quella dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale erano distinte.

Pertanto, sol grazie alla necessità (dopo una condanna della CGUE) di dare attuazione della direttiva n. 129/1975/CEE è stato possibile varare una normativa di carattere generale nella quale, modificando radicalmente l'ottica precedente, si è valorizzata la mobilità esterna dei lavoratori, concepita come un momento successivo al licenziamento collettivo³⁴.

Grazie alla disciplina dettata dalla legge n. 223 del 1991, il legislatore ha avviato la riforma dell'intero sistema della gestione delle eccedenze di manodopera attraverso il duplice strumento

34M. SPATARO, *Licenziamento collettivo* www.altalex.com 12 maggio 2020.

della Cassa integrazione guadagni – oggi riformato dal d.lgs. n. 148 del 2015 e s.m.i. – volto a porre rimedio alle situazioni temporanee di crisi occupazionale di impresa e del licenziamento collettivo, che ha quale suo presupposto il passaggio dalla temporaneità della situazione di emergenza alla sua definitività.

La normativa in esame ha subito nel tempo diverse modifiche, molto spesso spinte dai moniti UE, che hanno riguardato sia l'ampliamento del suo ambito di applicazione sia l'apparato sanzionatorio.

Con il d.lgs. n. 110 del 2004, in seguito alla sentenza di condanna della CGUE, causa C-32/02, novellando l'articolo 24 della legge n. 223 del 1991 con l'introduzione dei commi 1-bis, 1-ter e 1-quater, la disciplina dei licenziamenti collettivi per riduzione del personale è stata estesa anche ai privati datori di lavoro non imprenditori che occupino più di 15 dipendenti, incluse le c.d. organizzazioni di tendenza.

La riforma del 2012 (c.d. Legge Fornero) ha, in seguito, introdotto una serie di modifiche alla procedura di mobilità e ha inciso in maniera rilevante sul sistema sanzionatorio, optando per la eliminazione della tutela reintegratoria in caso di violazioni della procedura e mantenendo detta tutela esclusivamente nei casi in cui il licenziamento collettivo sia intimato in assenza di forma scritta ovvero in violazione dei criteri di scelta.

Successivamente per effetto della sentenza di condanna della CGUE C-596/12, è stata estesa la applicabilità della legge sui licenziamenti collettivi alla categoria dei dirigenti, a lungo esclusi dall'applicazione della detta disciplina proprio perché qualificati soggetti contrattualmente forti rispetto agli altri lavoratori subordinati, bisognosi di minor tutela e comunque garantiti nei casi e con le modalità stabilite dalla contrattazione collettiva. Di conseguenza, la legge n. 161 del 2014 ha introdotto il comma 1-quinques dell'art. 24, della legge n. 223 cit. che ha previsto l'applicabilità della disciplina sui licenziamenti collettivi anche ai dirigenti, in base ad uno specificoregime.

Infine, in continuità con la precedente legge n. 92 del 2012, il d.lgs. n. 23 del 2015 (c.d. Jobs Act), ha ulteriormente innovato in modo radicale l'intero sistema sanzionatorio in caso di licenziamento collettivo illegittimo o inefficace, prevedendo, in linea con quanto disposto per i licenziamenti individuali per motivi economici, l'eliminazione della tutela reintegratoria per ogni genere di licenziamento economico illegittimo, sia esso individuale o collettivo per i soli lavoratori assunti dopo il 7 marzo 2015 e la sostituzione di tale forma di tutela con una tutela meramente indennitaria.

Tale diversità di disciplina comporta – come già si è detto per il licenziamento individuale – che, a parità di situazioni, un lavoratore assunto prima del 7 marzo 2015, può usufruire, applicando il quarto comma dell'art. 18 della legge n. 300 del 1970, della tutela reintegratoria e di un'indennità commisurata a dodici mensilità nonché, applicando il quinto comma dello stesso art. 18, della tutela indennitaria tra dodici e ventiquattro mensilità. Invece un lavoratore assunto con decorrenza successiva al 7 marzo 2015, «ha diritto soltanto a quattro mensilità, se è dimostrato il requisito dimensionale del datore di lavoro, altrimenti può ottenere soltanto due mensilità».

Si è anche precisato che la Corte costituzionale ha escluso la contrarietà di tale differente regime legato alla data di assunzione al principio di uguaglianza-ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. (vedi, spec. Corte cost., sentenza n. 194 del 2018 cit.).

Ulteriori modifiche sono state introdotte dal d.l. n. 87 del 2018 (c.d. Decreto Dignità) e, successivamente, dalla relativa legge di conversione 9 agosto 2018, n. 96.

Tale ultimo decreto, all'art. 3, comma 1, ha modificato l'art. 3, comma 1, del d.lgs. n. 23 del 2015, limitatamente alla parte in cui stabilisce il limite minimo e il limite massimo entro il quale è possibile determinare l'indennità da corrispondere al lavoratore ingiustamente licenziato. Il citato art. 3, comma 1, del d.l. n. 87 del 2018 ha innalzato tali limiti, rispettivamente, da quattro a sei mensilità (limite minimo) e da ventiquattro a trentasei mensilità (limite massimo) dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto (TFR).

Molteplici sono anche le pronunce della Corte costituzionale in materia.

Deve essere, preliminarmente, precisato che con il termine procedura di mobilità oggi si indica il licenziamento collettivo, che l'imprenditore può adottare in presenza delle due seguenti condizioni, previste dalla legge 223 del 1991.

- La prima ricorre allorché l'imprenditore, che ha già in atto sospensioni dal lavoro con intervento della Cassa integrazione guadagni straordinaria, ritenga di non poter attuare il risanamento o la ristrutturazione necessari al superamento della Cassa.

- La seconda si verifica allorché l'imprenditore, che occupi più di 15 dipendenti, intenda licenziare almeno 5 lavoratori, nell'arco di 120 giorni, in conseguenza di una riduzione o di una trasformazione di attività o di lavoro oppure quando lo stesso intenda cessare l'attività.

In entrambi i casi, l'imprenditore deve seguire la specifica procedura prevista dalla legge, informando preventivamente le Rappresentanze sindacali aziendali e i Sindacati maggiormente rappresentativi.

L'informazione deve riguardare i motivi che impediscono l'adozione di strumenti alternativi al licenziamento e le misure eventualmente programmate per ridurre l'impatto sociale.

A richiesta del sindacato, all'informazione dovrà seguire un esame congiunto, all'esito del quale le parti possono raggiungere un accordo, che individui – tra l'altro – i criteri di scelta dei lavoratori da licenziare eventualmente in maniera diversa da quelli indicati dalla legge (carichi di famiglia, anzianità, esigenze aziendali).

Tali criteri rappresentano un aspetto di estrema rilevanza e la loro concreta applicazione è stata oggetto di controversie giudiziarie che hanno stabilito precisi limiti nella c.d. determinazione pattizia tra datore di lavoro e sindacato per la loro definizione.

Importante è sottolineare altresì come la giurisprudenza abbia definito anche ulteriori aspetti procedurali, quali la mancata segnalazione all'UPLMO dei criteri di scelta applicati, che generano la nullità dei licenziamenti.

Tale obbligo è stato confermato dalla legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro, la quale ha, inoltre, precisato che la comunicazione deve essere inviata entro sette giorni dai licenziamenti.

Peraltro, la stessa legge ha previsto la possibilità che gli eventuali vizi della comunicazione possano essere sanati ad ogni effetto di legge nell'ambito di un accordo sindacale concluso nel corso della procedura di licenziamento collettivo.

Un altro tema spesso oggetto di controversia riguarda la scelta dei lavoratori da porre in mobilità e, più specificamente, quale riferimento produttivo debba essere preso in considerazione nel caso di chiusura di uno stabilimento di una società con diverse sedi.

Altra questione che ha più volte sollecitato azioni giudiziarie riguarda l'individuazione della soglia prevista dalla legge per l'applicabilità della procedura di mobilità, cioè in quale modo e con quale riferimento temporale si debba calcolare il numero dei dipendenti dell'impresa.

La legge e la giurisprudenza hanno definito anche particolari forme di tutela per le lavoratrici donne, così come specifiche condizioni che possono determinare la riassunzione del lavoratore posto in mobilità.

A seguito della messa in mobilità, il lavoratore viene iscritto in un'apposita lista, che gli garantisce un accesso al lavoro agevolato.

Inoltre, il datore di lavoro ha la possibilità di assumere a termine, per non più di 12 mesi, i lavoratori iscritti nelle liste di mobilità.

Il lavoratore in mobilità ha il diritto di percepire l'indennità di mobilità, a condizione che abbia almeno 12 mesi di anzianità aziendale (di cui 6 di lavoro effettivamente prestato) e sempre che il suo datore di lavoro rientri nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria.

Per quel che riguarda il regime sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento collettivo illegittimo si sono susseguite le succedute profonde modifiche legislative negli ultimi quattro anni che hanno significativamente diminuito le tutele offerte ai lavoratori licenziati, attraverso la sostanziale riduzione delle ipotesi in cui al datore di lavoro è fatto obbligo di reintegrare il dipendente licenziato nell'ambito di una procedura collettiva che non abbia rispettato la disciplina dettata dal legislatore. Similmente a quanto accaduto per i licenziamenti individuali, anche in materia di licenziamenti collettivi è stato progressivamente ridotto l'ambito di applicabilità della tutela reintegratoria.

Peraltro, la giurisprudenza è molto copiosa.

Molte sono le pronunce anche della Corte costituzionale in materia di licenziamento collettivo, a partire dalla nota sentenza n. 268 del 1994, ove è stato affermato che i criteri di scelta previsti dagli accordi sindacali devono rispettare, in primo luogo, il principio di non discriminazione (sindacale, politica, religiosa, razziale, sessuale, linguistica) sancito dall'art. 15 St.lav., nonché il principio di razionalità. In altre parole, i criteri concordati devono possedere i caratteri dell'obiettività e della generalità, oltre a dover essere coerenti con il provvedimento della mobilità.

Peraltro, alcuni dei principi enunciati nelle sentenze sopra riportate a proposito di giudizi relativi a licenziamenti individuali si applicano anche ai licenziamenti collettivi (vedi spec. sentenze n. 194 del 2018 e n. 150 del 2020, sui criteri da applicare per la determinazione dell'indennità da corrispondere nell'ipotesi di licenziamento viziato dal punto di vista sostanziale oppure formale).

La sentenza più recente emessa dalla Corte costituzionale con riguardo ad un giudizio avente ad oggetto un licenziamento collettivo è la n. 254 del 2020, anch'essa molto nota.

Il dispositivo è di inammissibilità, ma la motivazione è molto articolata ed affronta questioni di portata generale.

11.- La sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020.

Con la **sentenza n. 254 del 2020**³⁵ è stata dichiarata l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art. 1, comma 7, della legge 10 dicembre 2014, n. 183 (Deleghe al

³⁵Allegata alla presente relazione, in testo integrale.

Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro) e degli artt. 1, 3 e 10 del decreto legislativo 4 marzo 2015, n. 23 (Disposizioni in materia di contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti, in attuazione della legge 10 dicembre 2014, n. 183), sollevate dalla Corte d'appello di Napoli – nel corso di un giudizio di appello avente ad oggetto l'impugnazione di un licenziamento collettivo – in riferimento agli artt. 3, 4, 24, 35, 38, 41, 111, 10 e 117, primo comma, della Costituzione, questi ultimi due in relazione agli artt. 20, 21, 30 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (CDFUE), proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 e adattata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 e all'art. 24 della Carta sociale europea, riveduta, con annesso, fatta a Strasburgo il 3 maggio 1996, ratificata e resa esecutiva con la legge 9 febbraio 1999, n. 30.

Ad avviso della Corte remittente le disposizioni censurate contrasterebbero, anzitutto, con l'art. 3 Cost., in quanto, nel contesto della medesima procedura di licenziamento collettivo, introdurrebbero «un ingiustificato differente regime sanzionatorio» nell'ipotesi di violazione dei criteri di scelta.

Pur in presenza di «identiche violazioni relative a fattispecie del tutto omogenee, intervenute simultaneamente nella medesima procedura comparativa», sarebbero previsti due regimi sanzionatori «del tutto disomogenei per livelli di tutela», con una conseguente «irragionevole disparità di trattamento».

Il fluire del tempo non giustificerebbe una tale disomogeneità, nell'ambito di un medesimo licenziamento collettivo, né si potrebbe invocare la finalità di «favorire l'ingresso nel mondo del lavoro dei nuovi assunti attraverso una flessibilizzazione dell'uscita», finalità che di per sé si contrappone alla disciplina dei licenziamenti collettivi.

Il giudice a quo ha denunciato, inoltre, il contrasto con l'art. 3 Cost., sotto un distinto profilo, correlato con gli artt. 4 e 35 Cost.

Il legislatore avrebbe attuato un irragionevole bilanciamento tra gli interessi di rilievo costituzionale, coinvolti nella disciplina dei licenziamenti collettivi. I lavoratori assunti a decorrere dal 7 marzo 2015 vedrebbero fortemente compresso il diritto, tutelato costituzionalmente, a restare occupati, mentre un'ampia flessibilità sarebbe riconosciuta al datore di lavoro nell'effettuare scelte di riduzione del personale.

Il sistema così congegnato, «del tutto svincolato dal danno effettivo» e parametrato alla retribuzione utile ai fini del calcolo del trattamento di fine rapporto (TFR), che la contrattazione collettiva potrebbe perfino azzerare, sarebbe privo di efficacia dissuasiva e non contribuirebbe a orientare il datore di lavoro verso un esercizio responsabile del potere di recesso.

Per le medesime considerazioni è stata dedotta la violazione dell'art. 41 Cost.: la disciplina in esame sacrificerebbe i «valori della dignità umana e dell'utilità sociale», che il datore di lavoro non può ignorare, neanche quando esercita la scelta di ridurre il personale occupato.

L'inadeguatezza della tutela si coglierebbe anche guardando al profilo previdenziale, come pure a quello processuale.

Per il profilo previdenziale, la Corte remittente ha sostenuto che solo la reintegrazione assicura «[i]l ripristino della posizione previdenziale effettiva». La tutela indennitaria implicherebbe la

«perdita della posizione contributiva», che non sarebbe compensata dal sistema degli ammortizzatori sociali. Vi sarebbe dunque contrasto con l'art. 38 Cost.

Nel considerare il profilo processuale, le censure sono state incentrate sulla scelta del legislatore di eliminare lo speciale e più celere "rito Fornero" (art. 1, commi da 47 a 68, della legge n. 92 del 2012), applicabile «alle controversie aventi ad oggetto l'impugnativa dei licenziamenti nelle ipotesi regolate dall'articolo 18 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni, anche quando devono essere risolte questioni relative alla qualificazione del rapporto di lavoro».

Le controversie in esame sarebbero ora trattate secondo il meno spedito rito ordinario di cognizione. Il legislatore avrebbe violato gli artt. 24 e 111 Cost., rendendo «meno efficace, perché privo di immediatezza», il rimedio giurisdizionale.

Per il giudice a quo l'inefficace sistema sanzionatorio infrangerebbe anche gli «obblighi derivanti dall'adesione ai Trattati dell'Unione» e la «normativa interposta», in particolare la Carta sociale europea, che prevedono sanzioni effettive «quale necessaria tutela di un diritto sociale fondamentale».

Sul punto la Corte d'appello di Napoli è partita dal presupposto che, per effetto della direttiva 98/59/CE del Consiglio del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, tale disciplina sia «ormai "attratta" nelle competenze concretamente attuate dall'Unione Europea» e che tanto basti per ricondurla nell'ambito di applicazione della CDFUE.

Le previsioni censurate lederebbero il diritto a una tutela effettiva, efficace, adeguata e dissuasiva contro i licenziamenti ingiustificati, in violazione degli artt. 10 e 117, primo comma, Cost., in relazione all'art. 30 CDFUE e all'art. 24 della Carta sociale europea.

Secondo la Corte rimettente, l'art. 30 CDFUE non rappresenterebbe «una disposizione meramente programmatica priva di un proprio nucleo precettivo specifico attuabile nel giudizio», ma porrebbe «un vincolo nei confronti del Legislatore nazionale», poiché, interpretato alla luce dell'art. 24 della Carta sociale europea, dovrebbe comportare un congruo indennizzo o altre misure adeguate nel caso di licenziamento ingiustificato.

Il giudice a quo ha denunciato il contrasto con gli artt. 10 e 117, primo comma, Cost., in relazione agli artt. 20 e 21 CDFUE, in quanto «un sistema sanzionatorio, suscettibile di generare per violazioni del tutto equiparabili una sostanziale difformità di disciplina rispetto alla misura applicabile in capo al soggetto responsabile dell'illecito» rischierebbe di penalizzare «i lavoratori più giovani» e di introdurre disparità di trattamento.

Gli artt. 10 e 117, primo comma, Cost. sarebbero violati anche per il tramite dell'art. 47 CDFUE, che sancisce il diritto a rimedi adeguati, poiché il legislatore non avrebbe assicurato «un rimedio efficace, effettivo e con capacità di inibire la violazione di un diritto fondamentale».

La scelta del legislatore delegato di estendere il nuovo regime sanzionatorio anche ai licenziamenti collettivi violerebbe, infine, l'art. 76 Cost.

Questi erano i profili di censura.

La Corte costituzionale, preliminarmente, ha ritenuto opportuni soffermarsi ad evidenziare taluni tratti peculiari della vicenda sottoposta alla propria attenzione e a dare conto delle novità sopravvenute rispetto all'ordinanza di rimessione³⁶.

Al riguardo la Corte costituzionale ha precisato che, con riferimento alla violazione delle norme della Carta di Nizza, il giudice a quo aveva ritenuto di proporre contemporaneamente rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea e incidente di costituzionalità. La questione proposta in via pregiudiziale si prefiggeva, nell'ottica del doppio rinvio che il rimettente ha esperito, di chiarire il «contenuto della Carta dei Diritti fondamentali», per assumere poi «una diretta rilevanza nel giudizio di costituzionalità»

Di recente nella giurisprudenza costituzionale è stato ribadito (sentenze n. 63 e n. 20 del 2019 e ordinanze n. 182 del 2020 e n. 117 del 2019) che l'attuazione di un sistema integrato di garanzie ha il suo caposaldo nella leale e costruttiva collaborazione tra le diverse giurisdizioni, chiamate – ciascuna per la propria parte – a salvaguardare i diritti fondamentali nella prospettiva di una tutela sistemica e non frazionata.

A tale riguardo, non è senza significato che l'art. 19, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE), firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993, consideri nel medesimo contesto – così da rivelarne il legame inscindibile – il ruolo della Corte di giustizia, chiamata a salvaguardare «il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati» (comma 1), e il ruolo di tutte le giurisdizioni nazionali, depositarie del compito di garantire «una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione» (comma 2).

A séguito del rinvio pregiudiziale avviato dall'attuale rimettente, si è pronunciata per prima la Corte di giustizia dell'Unione europea che, con ordinanza del 4 giugno 2020 (causa C-32/20, TJ contro Balga srl), ha dichiarato manifestamente irricevibili le questioni proposte.

Tale decisione è incentrata sull'assenza «di un collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e la misura nazionale in questione», collegamento richiesto dall'art. 51, paragrafo 1, della Carta di Nizza. Esso non si identifica nella mera affinità tra le materie prese in esame e nell'indiretta influenza che una materia esercita sull'altra (punto 26).

In consonanza con tali indicazioni, anche la Corte costituzionale opera una rigorosa ricognizione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea ed è costante nell'affermare che la CDFUE può essere invocata, quale parametro interposto, in un giudizio di legittimità costituzionale soltanto quando la fattispecie oggetto di legislazione interna sia disciplinata dal diritto europeo (sentenza n. 194 del 2018, punto 8. del Considerato in diritto e, già in precedenza, sentenza n. 80 del 2011, punto 5.5. del Considerato in diritto).

La direttiva 98/59/CE istituisce una procedura di consultazione dei rappresentanti dei lavoratori e di informazione dell'autorità pubblica competente, al fine di limitare il ricorso a riduzioni del personale e attenuarne le conseguenze mediante «misure sociali di accompagnamento intese in particolare a facilitare la riqualificazione e la riconversione dei lavoratori licenziati» (Corte di giustizia, ordinanza 4 giugno 2020, già citata, punto 30). Questa fonte di diritto secondario ha dato luogo, per la natura procedurale delle disposizioni ora richiamate, a una «armonizzazione parziale», che tuttavia «non si propone di realizzare un meccanismo di compensazione economica generale a

³⁶ Per un commento alla sentenza n. 254 del 2020, con una ricostruzione della vicenda complessiva in cui si inserisce vedi: C. MUSELLA, *Licenziamenti collettivi e Corte costituzionale. La partita non si chiude con la sentenza 254/2020* www.lavorodirittieuropa.it 14 gennaio 2021.

livello dell'Unione in caso di perdita del posto di lavoro né armonizza le modalità della cessazione definitiva delle attività di un'impresa» (punto 31).

La violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, così come le modalità adottate dal datore di lavoro nel dar séguito ai licenziamenti, sono materie che, nella ricostruzione fornita dalla Corte di Lussemburgo, non si collegano con gli obblighi di notifica e di consultazione derivanti dalla direttiva 98/59/CE e restano, in quanto tali, affidate alla competenza degli Stati membri (punto 32).

Da questi rilievi discende che la situazione giuridica della lavoratrice ricorrente nel procedimento principale «non rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione» e che l'interpretazione delle disposizioni della Carta dunque «non ha alcun rapporto con l'oggetto del procedimento principale» (punto 23).

Detto questo, la Corte costituzionale precisa che sulle vicende ora richiamate non ha ragione di esprimersi, ritenendo sussistenti molteplici profili di inammissibilità da esaminare d'ufficio.

Il primo di tali profili attiene alla descrizione della fattispecie concreta e alla motivazione in ordine al requisito della rilevanza.

A fronte di un'impugnazione che investe l'inosservanza dei criteri di scelta e, in via subordinata, il mancato rispetto delle procedure, la Corte d'appello di Napoli non ha illustrato in alcun modo le ragioni che inducono a privilegiare l'inquadramento della vicenda controversa nella prima delle fattispecie dedotte nel ricorso e, pertanto, a censurare la relativa disciplina sanzionatoria, comparandola, quanto a efficacia dissuasiva, a quella antecedente.

È proprio con riguardo alla violazione dei criteri di scelta, difatti, che appare netta la cesura tra la tutela reintegratoria assicurata dall'art. 5, comma 3, terzo periodo, della legge n. 223 del 1991 e la tutela meramente indennitaria introdotta dall'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015. Per la violazione delle procedure, al contrario, non si riscontra una apprezzabile discontinuità, poiché anche la disciplina anteriore (art. 5, comma 3, secondo periodo, della legge n. 223 del 1991) contempla una tutela meramente indennitaria, pur se diversamente configurata.

L'onere di motivazione si rivela, peraltro, ancor più pregnante in un giudizio di appello, chiamato a sindacare, sulla base di specifici motivi di gravame, la correttezza di una decisione di primo grado che ha rigettato integralmente il ricorso.

La Corte rimettente non ha offerto alcun ragguaglio sulle ragioni che fondano l'illegittimità del licenziamento collettivo per violazione dei criteri di scelta e inducono, dunque, a disattendere le valutazioni di segno contrario espresse dal giudice di primo grado.

Con riguardo alla disciplina sanzionatoria dei licenziamenti individuali viziati sotto il profilo sostanziale (sentenza n. 194 del 2018) o dal punto di vista formale o procedurale (sentenza n. 150 del 2020), la Corte ha potuto scrutinare il merito delle censure anche alla luce dell'argomentazione esaustiva svolta in punto di rilevanza dai giudici a quibus, che hanno di volta in volta illustrato il ricorrere di una ipotesi di illegittimità, sostanziale o formale, dei licenziamenti impugnati e la necessità di applicare la corrispondente disciplina di protezione.

Pur consapevole del fatto che il dubbio di costituzionalità verte sulle conseguenze sanzionatorie previste solo nel caso di accoglimento delle domande, l'odierno rimettente ha trascurato di

descrivere la fattispecie concreta e di allegare elementi idonei a corroborare l'accoglimento dell'impugnazione in virtù di una violazione dei criteri di scelta, già esclusa dal giudice di prime cure.

L'applicazione della disciplina sanzionatoria, che il giudice a quo ha sospettato di incostituzionalità, richiede preventivamente l'individuazione dei vizi del licenziamento collettivo. Tale presupposto riveste un rilievo cruciale alla luce sia dell'alternativa che la parte delinea tra inosservanza dei criteri di scelta e inosservanza della procedura, sia dell'intervento di una pronuncia di primo grado che ha escluso ogni vizio dell'impugnato licenziamento collettivo.

Su tale ineludibile antecedente logico, il rimettente non si è soffermato e ha ommesso, anche solo con un'argomentazione non implausibile, di avvalorare la rilevanza dei prospettati dubbi di costituzionalità.

Tali lacune nella descrizione della fattispecie concreta impediscono, dunque, alla Corte di valutare la rilevanza delle questioni sollevate.

Un altro elemento che concorre a determinare l'inammissibilità delle questioni è individuato nell'incertezza in ordine all'intervento richiesto alla Corte costituzionale.

Si rileva al riguardo che la formulazione delle censure non consentiva di comprendere se il rimettente prefigurava l'integrale caducazione dell'art. 10 del d.lgs. n. 23 del 2015, nella parte in cui sanziona la violazione dei criteri di scelta, o una pronuncia sostitutiva, diretta ad allineare il contenuto precettivo di tale previsione alle soluzioni dettate dall'art. 5, comma 3, terzo periodo, della legge n. 223 del 1991, come ridefinito dall'art. 1, comma 46, della legge n. 92 del 2012.

Neppure era stata risolta l'alternativa, che comunque investe le scelte eminentemente discrezionali del legislatore, tra il ripristino puro e semplice della tutela reintegratoria o la rimodulazione della tutela indennitaria, in una più accentuata chiave deterrente.

Dalla giurisprudenza della Corte (sentenze n. 150 del 2020, punto 9. del Considerato in diritto, n. 194 del 2018, punto 9.2. del Considerato in diritto, e n. 46 del 2000, punto 5. del Considerato in diritto) e dalle stesse fonti internazionali evocate dal giudice a quo (art. 24 della Carta sociale europea), si ricava, difatti, che molteplici possono essere i rimedi idonei a garantire una adeguata compensazione per il lavoratore arbitrariamente licenziato.

Sia la tutela reintegratoria sia la tutela indennitaria possono essere diversamente modulate e ampio è il margine di apprezzamento che spetta al legislatore nell'attuazione dei diritti sanciti dagli artt. 4 e 35 Cost. e, in una prospettiva convergente, dall'art. 24 della Carta sociale europea.

A fronte di una vasta gamma di soluzioni, la Corte rimettente non ha enunciato in termini nitidi l'intervento idoneo a sanare le numerose sperequazioni censurate, sulla base di precisi punti di riferimento già presenti nella trama normativa.

Per tutte le indicate ragioni le questioni vengono dichiarate inammissibili.

12.- Pronunce recenti della Corte di giustizia UE

Ordinanza 4 giugno 2020 nella causa C-32/20

Nella vicenda descritta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 254 del 2020 – come ivi indicato – è intervenuta l'ordinanza della CGUE 4 giugno 2020, causa C-32/20, con la quale la Corte si è dichiarata manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Napoli (Italia).

Al riguardo è stato rilevato che l'articolo 6 della direttiva 98/59 e la relativa giurisprudenza si applicano solo alle procedure volte a far rispettare gli obblighi previsti dalla direttiva stessa. Poiché dall'ordinanza di rinvio è emerso inequivocabilmente che la controversia oggetto del procedimento principale non riguardava la violazione di un obbligo imposto dalla direttiva 98/59, bensì la violazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare, i quali rientrano nella competenza degli Stati membri, detto articolo 6 e detta giurisprudenza non possono trovare applicazione nel caso di specie.

In mancanza di elementi che consentano di constatare l'applicabilità della direttiva 98/59 (concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi) alla situazione giuridica della ricorrente nel procedimento principale, occorre dichiarare, sulla base dell'articolo 53, paragrafo 2, del regolamento di procedura, che la Corte è manifestamente incompetente a rispondere alle questioni sollevate dalla Corte d'appello di Napoli con ordinanza del 18 settembre 2019.

Sentenza 17 marzo 2021 nella causa C-652/19

I lavoratori licenziati nel 2017 dalla Consulmarketing SpA. hanno presentato un ricorso al Tribunale di Milano, che, constatata l'illegittimità del licenziamento collettivo (riguardante 350 lavoratori), ha disposto la reintegrazione nell'impresa di tutti i lavoratori interessati, ad eccezione del signor KO. Il giudice ha infatti ritenuto che non potesse beneficiare dello stesso regime di tutela degli altri lavoratori licenziati, perché il suo contratto a tempo determinato era stato trasformato in un indeterminato dopo il 7 marzo 2015, data di entrata in vigore del Jobs Act.

La CGUE ha rilevato che le era stato chiesto di stabilire se il diritto dell'Unione osti ad una normativa quale quella denunciata, prevedente due differenti regimi riguarda due regimi successivi di tutela dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo illegittimo. Da un lato, un lavoratore a tempo indeterminato il cui contratto è stato stipulato fino al 7 marzo 2015 può, ai sensi della legge n. 223 del 1991, rivendicare la sua reintegrazione nell'impresa. D'altro lato, un lavoratore a tempo indeterminato il cui contratto è stato stipulato a partire da tale data ha diritto soltanto a un'indennità entro un massimale, ai sensi del decreto legislativo n. 23 del 2015.

Ed ha concluso affermando i seguenti principi:

1) una normativa nazionale che prevede l'applicazione concorrente, nell'ambito di una stessa e unica procedura di licenziamento collettivo, di due diversi regimi di tutela dei lavoratori a tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo effettuato in violazione dei criteri destinati a determinare i lavoratori che saranno sottoposti a tale procedura non rientra nell'ambito di applicazione della direttiva 98/59/CE del Consiglio, del 20 luglio 1998, concernente il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia di licenziamenti collettivi, e non può, pertanto, essere esaminata alla luce dei diritti fondamentali garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e, in particolare, dei suoi articoli 20 e 30;

2) la clausola 4 dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, deve essere interpretata nel senso che essa non osta a una normativa nazionale che estende un nuovo regime di tutela dei lavoratori a

tempo indeterminato in caso di licenziamento collettivo illegittimo ai lavoratori il cui contratto a tempo determinato, stipulato prima della data di entrata in vigore di tale normativa, è convertito in contratto a tempo indeterminato dopo tale data.

Peraltro, la Corte ha anche precisato che il fatto che la ricorrente nel procedimento principale abbia acquisito, dopo la data indicata, la qualità di lavoratrice a tempo indeterminato non esclude la possibilità per essa di avvalersi, se ne ricorrono le circostanze, del principio di non discriminazione sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro (vedi, in tal senso, sentenza del 18 ottobre 2012, Valenza e a., da C 302/11 a C 305/11, EU:C:2012:646, punto 34). A tal riguardo è sufficiente constatare che la differenza di trattamento di cui la ricorrente nel procedimento principale sostiene di essere vittima risulta dal fatto che essa è stata inizialmente assunta a tempo determinato.

13.- Recentissime dalla Corte di cassazione in materia di licenziamenti collettivi.

Con la **sentenza n. 5647 del 02/03/2021** è stata confermata la sentenza di merito con la quale era stato respinto il reclamo della società datrice di lavoro, confermandosi integralmente la decisione di primo grado che aveva dichiarato l'illegittimità del licenziamento intimato alla lavoratrice attuale controricorrente all'esito di una procedura di riduzione di personale, con applicazione della tutela reintegratoria e indennitaria prevista dall'art. 18, co. 4, legge n. 300 del 1970, come novellato dalla legge n. 92 del 2012.

Alla suddetta conclusione si è pervenuti sul principale argomento secondo cui la Corte territoriale non ha commesso alcun errore di diritto, perché ha applicato la tutela di cui al comma 4 dell'art. 18 legge n. 300 del 1970 non per una mera violazione formale, quanto piuttosto perché non era stata effettuata alcuna comparazione della lavoratrice con personale ritenuto fungibile, in violazione dei principi di diritto affermati dalla giurisprudenza di legittimità secondo i quali il datore di lavoro non può limitare la scelta dei lavoratori da porre in mobilità ai soli dipendenti addetti al reparto soppresso o ridimensionato laddove detti lavoratori siano comunque giudicati idonei ad occupare le posizioni lavorative di colleghi addetti ad altri reparti, con la conseguenza che non può essere ritenuta conforme a legge la scelta di lavoratori solo perché impiegati in detto reparto,

Nella motivazione la Corte di cassazione ha, fra l'altro, affermato che:

a) non è dubbio che la valutazione se più lavoratori svolgano o meno mansioni fungibili involge un apprezzamento di fatto affidato all'accertamento del giudice di merito. Se si critica il risultato di tale valutazione, peraltro nella specie conformemente effettuata dai giudici di entrambi i gradi di merito, non si denuncia un errore di diritto bensì si invoca un sindacato su di una quaestio facti precluso in sede di legittimità;

b) in tema di licenziamento collettivo, il doppio richiamo operato dall'art. 5, comma 1, della legge n. 223 del 1991 alle esigenze tecnico-produttive ed organizzative del complesso aziendale, comporta che la riduzione del personale deve, in linea generale, investire l'intero ambito aziendale, potendo essere limitato a specifici rami d'azienda soltanto se caratterizzati da autonomia e specificità delle professionalità utilizzate, infungibili rispetto alle altre;

c) ne consegue che il riferimento al "personale abitualmente impiegato", aggiunto all'originario testo dell'art. 4, comma 3, della legge n. 223, dal d.lgs. n. 151 del 1997, comporta che i profili professionali da prendere in considerazione sono quelli propri di tutti i dipendenti potenzialmente interessati (in negativo) alla mobilità, tra i quali potrà, all'esito della procedura, operarsi la scelta dei lavoratori da collocare in mobilità;

d) la dimostrazione della ricorrenza delle specifiche professionalità o comunque delle situazioni oggettive che rendano impraticabile qualunque comparazione, costituisce onere probatorio a carico del datore di lavoro (Cass.n. 22824 e n. 22825 del 2009; Cass. n. 14612 del 2006; più di recente: Cass. n. 203 del 2015 e Cass. n. 19105 del 2017);

e) pertanto, non può essere ritenuta legittima la scelta di alcuni lavoratori solo perché impiegati nel reparto lavorativo soppresso o ridotto, trascurando il possesso di professionalità equivalente a quella di addetti ad altre realtà organizzative (Cass. n. 14612 del 2006; Cass. n. 25353 del 2009, Cass. n. 9711 del 2011; vedi. pure Cass. n. 26376 del 2008; Cass. n. 11034 del 2006; Cass. n. 13783 del 2006);

f) ne consegue l'illegittimità del licenziamento collettivo operato da un datore di lavoro che non abbia in alcun modo esperito il confronto tra tutti i lavoratori aventi professionalità omogenea a quella posseduta dagli altri lavoratori rimasti in servizio (Cass. n. 17177 del 2013);

g) naturalmente grava sul datore di lavoro provare che lavoratori dotati del medesimo inquadramento professionale non siano in grado di svolgere le mansioni di posizioni lavorative residue all'esito della riorganizzazione aziendale. Nella specie, invece, la società ricorrente, ancora nel ricorso per cassazione aveva ribadito che la lavoratrice de qua faceva parte "di un ramo d'azienda che non esisteva più e che, quindi, non aveva più alcuna necessità di addetti", come se la sola circostanza dell'adibizione al reparto soppresso fosse sufficiente a giustificare la mancata comparazione con il personale ancora in servizio;

h) la ricorrente così ha richiamato un criterio di scelta - l'adibizione al reparto soppresso - radicalmente illegittimo in mancanza di una comparazione con lavoratori di pari inquadramento professionale, sicché non può venire in considerazione il principio secondo cui "l'annullamento del licenziamento per violazione dei criteri di scelta ai sensi dell'articolo 5 legge n. 223 del 1991, nella formulazione vigente anteriormente alle modifiche ex lege 92 del 2012, non può essere domandato indistintamente da ciascuno dei lavoratori licenziati ma soltanto da coloro che, tra essi, abbiano in concreto subito un pregiudizio per effetto della violazione, perché avente rilievo determinante rispetto al licenziamento" (Cass. n. 24558 del 2016; Cass. n. 13871 del 2019);

i) l'art. 5, comma 3, legge n. 223 del 1991, successivamente alla novella ex art. 1, co. 46, legge n. 92 del 2012, distingue la tutela indennitaria in caso di "violazione delle procedure richiamate dall'art. 4, co. 12" dalla tutela anche reintegratoria nell'ipotesi di "violazione dei criteri di scelta previsti dal comma 1";

l) la giurisprudenza di legittimità ha definito il confine tra 'vizio formale' (incompletezza della comunicazione circa i criteri di scelta) e 'vizio sostanziale' (violazione dei criteri di scelta) al fine di individuare le tutele previste dall'art. 5, co. 3, della legge n. 223/1991;

m) in particolare, è stato chiarito che la "violazione dei criteri di scelta", legittimante la reintegrazione nel posto di lavoro ed il pagamento di una indennità risarcitoria, si ha "allorquando i criteri di scelta siano illegittimi, perché in violazione di legge o illegittimamente applicati, perché attuati in difformità dalle previsioni legali o collettive" (Cass. n. 12095 del 2016; conformi Cass. n. 19320 del 2016; Cass. n. 2587 del 2018);

n) infatti, un conto è l'omissione o l'inadeguatezza della comunicazione di chiusura della procedura con cui occorre spiegare come sono stati individuati i lavoratori da licenziare (violazione della procedura), altro conto è selezionare i lavoratori da licenziare in difformità dalle prescrizioni legali o dalle previsioni collettive (violazione dei criteri di scelta). Nel primo caso, laddove vi sia esclusivamente una violazione dell'obbligo procedurale, il lavoratore può essere comunque destinatario di un licenziamento che lo selezioni sulla base di criteri di scelta in concreto

correttamente applicati, mentre, nel secondo caso, il lavoratore non è stato individuato sulla base di criteri legittimi;

o) pertanto, per consolidato principio: «Quando la comunicazione ex art. 4, co. 9, legge n. 223 del 1991 carente sotto il profilo formale delle indicazioni relative alle modalità di applicazione dei criteri di scelta si sia risolta nell'accertata illegittima applicazione di tali criteri vi è, in conformità ai principi di questa Corte (vedi Cass. n. 2587 del 2018; Cass. n. 19320 del 2016; Cass. n. 12095 del 2016), annullamento del licenziamento, con condanna alla reintegrazione nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria in misura non superiore alle dodici mensilità (ex art. 18, co. 4, testo novellato)» (in termini, Cass. n. 19010 del 2018).

Nella **sentenza n. 28816 del 2020 del 16/12/2020** è stato accolto il ricorso della società datrice di lavoro avverso una sentenza di appello che, a sua volta, aveva accolto il reclamo proposto da un lavoratore e, in riforma della sentenza di primo grado, aveva annullato il licenziamento intimato al ricorrente all'esito di una procedura di mobilità ex legge n. 223 del 1991; ordinandone la reintegrazione nel posto di lavoro con risarcimento del danno nella misura di dodici mensilità.

Alla suddetta conclusione la Corte di cassazione è pervenuta stabilendo quanto segue:

a) è erronea l'affermazione secondo cui nella comunicazione di avvio la società datrice di lavoro avrebbe dovuto indicare, quale elemento di regolarità formale della procedura, anche i nominativi dei quattro lavoratori "addetti allo stacco catena verniciatura", e segnatamente il nominativo del quarto addetto;

b) infatti, giova ribadire che, nella fase di avvio della procedura, la funzione della comunicazione di cui all'art. 4, comma terzo, della legge n. 223 del 1991, è quella di consentire alle organizzazioni sindacali una partecipazione con efficacia adeguata al ruolo che il legislatore assegna loro nell'ambito di una vicenda dalla quale esce mutata la stessa struttura dell'azienda (vedi Cass. n. 13196 del 2003);

c) per la regolarità della procedura occorre che la medesima comunicazione, conformata ai requisiti prescritti - l'indicazione dei motivi che determinano la situazione di eccedenza, nonché il numero, la collocazione aziendale ed i profili professionali del personale da eliminare - consenta alle organizzazioni sindacali di verificare il nesso tra le ragioni che determinano l'esubero di personale e le unità che, in concreto, l'azienda intende espellere, di talché sia evidenziabile la connessione tra le enunciate esigenze aziendali e l'individuazione del personale da licenziare (vedi Cass. n. 24646 del 2007);

c) come la Corte ha costantemente affermato, la legge n. 223 del 1991, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale, esercitato ex post nel precedente assetto ordinamentale, ad un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, dovuto ex ante alle organizzazioni sindacali, destinatane di incisivi poteri di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimenti di azienda;

d) i residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obiettivo) ma la correttezza procedurale dell'operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire

l'autorità giudiziaria di una indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva (v. Cass. n. 11455 del 1999, Cass. nn. 13450, 13727, 14434, 13839 e 14553 del 2000, n. 11194 del 2001, Cass. n. 11651 del 2003, Cass. n. 9134 del 2004, Cass. n. 21300 del 2006, Cass. 19347 del 2007, n. 5089 del 2009; da ultimo Cass. 30250 del 2018);

e) in particolare, va ribadito che, ove la ristrutturazione della azienda interessi una specifica unità produttiva o un settore, la comparazione dei lavoratori per l'individuazione di coloro da avviare a mobilità può essere limitata al personale addetto a quella unità o a quel settore, salvo l'idoneità dei dipendenti del reparto, per il pregresso impiego in altri reparti della azienda, ad occupare le posizioni lavorative dei colleghi a questi ultimi addetti, spettando ai lavoratori l'onere della deduzione e della prova della fungibilità nelle diverse mansioni (Cass. n. 18190 del 2016);

f) la fungibilità opera nel senso che, ove il lavoratore interessato dal licenziamento abbia dimostrato di possedere una professionalità fungibile, la sua comparazione può non essere limitata a quella degli appartenenti allo stesso reparto o settore interessato dalla riduzione (nella specie, la ristrutturazione dell'azienda aveva interessato specifici settori e profili professionali), poiché la fungibilità rivela l'idoneità del lavoratore ad occupare posizioni lavorative di reparti diversi, in cui lo stesso si è trovato ad operare precedentemente in azienda, fermo restando che in tali casi spetta pur sempre al lavoratore l'onere di allegare e dimostrare tale sua fungibilità;

g) nel caso in esame, la sentenza impugnata non riferisce che il lavoratore di cui si tratta avesse dimostrato di avere una professionalità fungibile rispetto ad altro lavoratore indicato, avente il diverso profilo professionale di "addetto allo stacco-mulettista", profilo per il quale la società non aveva ritenuto esistenti eccedenze di personale;

h) pertanto, la Corte d'appello, applicando erroneamente il principio di diritto relativo alla rilevanza della professionalità fungibile, ha spinto la propria valutazione sul merito delle scelte aziendali, compiendo un'indagine preclusa al giudice ai sensi dell'art. 41 Cost.

Altre pronunce

Secondo Cass. n. 5240 del 26/02/2020 in tema di licenziamenti collettivi per cessazione dell'attività d'impresa, l'art. 24, comma 1, legge 23 luglio 1991, n. 223 - a cui rinvia il comma 2 della stessa norma - nel richiedere, ai fini dell'applicabilità della relativa disciplina, che le imprese "**occupino più di quindici dipendenti**", deve essere interpretato nel senso che il predetto requisito dimensionale non deve essere determinato in riferimento al momento della cessazione dell'attività e dei licenziamenti, ma con riguardo all'occupazione media dell'ultimo semestre, in analogia con quanto espressamente stabilito dall'art. 1, comma 1, della stessa legge n. 223 del 1991 ai fini dell'intervento di cassa integrazione straordinaria (conforme: Cass. n. 26028 del 17/10/2018). Pertanto, la suddetta disciplina è applicabile, con attribuzione ai lavoratori licenziati del diritto all'iscrizione nelle liste di mobilità e percezione della relativa indennità, anche all'impresa che, al momento dei licenziamenti, abbia un numero di dipendenti inferiore a sedici, ma che nei mesi precedenti abbia compensato tale carenza superando il limite dimensionale (Cass. n. 1465 del 21/01/2011).

Per Cass. n. 6086 del 04/03/2021 in tema di licenziamento collettivo per riduzione di personale, la **comparazione tra lavoratori** di professionalità equivalente addetti a diverse unità produttive deve tener conto non solo delle mansioni concretamente svolte in quel momento, ma anche della capacità professionale degli addetti ai settori da sopprimere, mettendo quindi a confronto tutti coloro che siano in grado di svolgere le mansioni proprie dei settori che sopravvivono, indipendentemente dal fatto che in concreto non le esercitino al momento del licenziamento collettivo. Pertanto, è stata cassata la sentenza di merito che aveva giudicato legittima una procedura di licenziamento collettivo nella quale era stato attribuito un punteggio pari a zero ai

lavoratori operanti nei settori da sopprimere e punteggi, invece, notevolmente superiori a coloro che esercitavano le mansioni nei settori che sarebbero sopravvissuti, omettendo del tutto di considerare il profilo della rispettiva professionalità.

Secondo Cass. n. 808 del 16/01/2020 in tema di licenziamento collettivo, la gestione procedimentalizzata ha lo scopo di realizzare l'effettivo coinvolgimento del sindacato nelle scelte organizzative dell'impresa vincolando l'imprenditore al loro rispetto anche dopo la chiusura della procedura; ne deriva che non è consentito al datore di lavoro di **tornare sulle scelte compiute** quanto al numero, alla collocazione aziendale ed ai profili professionali dei lavoratori in esubero, ovvero ai criteri di scelta dei singoli lavoratori da estromettere, attraverso ulteriori e successivi licenziamenti individuali la cui legittimità è subordinata alla individuazione di situazioni di fatto diverse da quelle poste a base del licenziamento collettivo. Pertanto, è stata confermata la decisione di merito che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento individuale intimato sulla base delle medesime ragioni poste a fondamento del licenziamento collettivo.

Cass. n. 26029 del 15/10/2019 ha affermato che nel caso di licenziamento collettivo, la **violazione della quota di riserva** prescritta dall'art. 3 della legge n. 68 del 1999 rientra nell'ipotesi di "violazione dei criteri di scelta" in quanto assunti in contrasto con espressa previsione legale, ai sensi dell'art. 5, comma 3, della legge n. 223 del 1991, con conseguente applicazione della tutela reintegratoria ex art. 18, comma 4, St.lav. novellato, quale opzione interpretativa rispettosa del dettato normativo e conforme alla finalità della disciplina - anche sovranazionale - in materia, posta a speciale protezione del disabile.

Per Cass. n. 1515 del 21/01/2019 in tema di licenziamento collettivo, la cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, qualificata dalla devoluzione alle parti sociali di un controllo preventivo sulla ricorrenza delle ragioni sottese alla procedura di riduzione del personale, non esclude che il giudice possa **verificare l'intento elusivo** del datore di lavoro nel far ricorso alla procedura in questione, mediante un accertamento di fatto dell'intera vicenda che ha portato al licenziamento. Pertanto è stata confermata la sentenza del giudice di merito, il quale aveva accertato che la totale cessazione dell'attività produttiva - adottata dalla società a giustificazione della mancata adozione di alcun criterio di scelta del personale in eccedenza - non si era in realtà verificata, in quanto la predetta società aveva acquisito ulteriori commesse durante la procedura di mobilità, e, subito dopo la chiusura di quest'ultima, aveva appaltato parte dei lavori a ditte esterne nonché proceduto alla riassunzione di alcuni dipendenti.

14.- Eccedenze di personale nel lavoro pubblico contrattualizzato.

Cass. n. 18813 del 12/07/2019 ha affermato che in tema di eccedenze di personale e di mobilità collettiva tra Amministrazioni pubbliche, ai sensi dell'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla legge n. 183 del 2011, il provvedimento amministrativo di definizione della dotazione organica, necessario presupposto della misura di collocamento in disponibilità, è sindacabile da parte del giudice ordinario, e può essere disapplicato, nei casi in cui ne emerga l'illegittimità per violazione di legge o per eccesso di potere, al fine di valutarne l'idoneità ad incidere validamente sulle situazioni di diritto soggettivo che allo stesso risultano riconnesse, restando, tuttavia, insindacabili le scelte discrezionali relative alle esigenze di personale e alle corrispondenti qualifiche necessarie a soddisfarle. La Corte ha quindi confermato la decisione di merito che, in relazione ad un dirigente comunale dichiarato eccedentario a seguito della riduzione della dotazione organica per realizzare un risparmio di spesa, verificata la sussistenza della motivazione dell'atto riorganizzativo e l'assenza di elementi sintomatici dell'eccesso di potere, aveva giudicato irrilevante che il Comune avesse sopperito al collocamento in disponibilità del dirigente attribuendo le mansioni superiori ad un addetto di livello inferiore, con assunzione diretta del Sindaco della responsabilità dell'area di competenza.

Per Cass. n. 16997 del 25/06/2019 in tema di procedura di mobilità collettiva, nella vigenza dell'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001, nel testo antecedente alle modifiche apportate con l'art. 16 della legge n. 183 del 2011, di rinvio alla procedura prevista dalla legge n. 223 del 1991, trovano applicazione i medesimi principi affermati in relazione alle procedure di mobilità ed ai licenziamenti collettivi interessanti il personale delle imprese private. Ne consegue che, ai fini della completezza della comunicazione preventiva di cui all'art. 4, comma 3, della stessa legge n. 223 del 1991, il sindacato giudiziale va esercitato in una prospettiva «sostanzialistica», tenendo conto dei motivi della riduzione del personale, attribuendo rilievo solo a “maliziose elusioni” volte a fuorviare o a ledere l'esercizio dei poteri di controllo preventivo attribuito ai soggetti collettivi. Pertanto, è stata ritenuta irrilevante la mancata formale indicazione dei motivi tecnici ed organizzativi per i quali non potevano essere riassorbiti gli esuberanti, trattandosi di informazione già compresa nelle ragioni che avevano imposto il ridimensionamento della pianta organica.

Secondo Cass. n. 15008 del 31/05/2019 in tema di eccedenze di personale e di mobilità collettiva tra Amministrazioni pubbliche, l'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dalla legge n. 183 del 2011, va coordinato con l'art. 6 dello stesso decreto, che, nel testo vigente dopo la modifica operata dal d.l. n. 95 del 2012, conv. con modif. dalla legge n. 135 del 2012, prescrive che i processi di riorganizzazione degli uffici che comportino individuazione di esuberanti devono essere preceduti dall'informazione alle organizzazioni sindacali e dall'esame congiunto con le stesse sui criteri per l'individuazione degli esuberanti, esame imposto dall'art. 2 del richiamato d.l. n. 95 del 2012 anche per le procedure da avviare per ridurre le dotazioni organiche nei termini indicati dallo stesso art. 2, comma 1. Il difetto dell'esame congiunto, che deve precedere l'adozione dell'atto organizzativo di ridefinizione della dotazione organica, si risolve in un vizio di detto atto, che, anche quando è espressione di un potere unilaterale di diritto pubblico, può essere disapplicato dal giudice ordinario, quale atto presupposto, con conseguente illegittimità del recesso intimato all'esito della procedura ex art. 72 del d.l. n. 112 del 2008 o del collocamento in disponibilità. Nelle Unità sanitarie locali, dove gli atti organizzativi hanno natura di atti di diritto privato, la cognizione del giudice ordinario nelle procedure di eccedenza di personale si estende all'atto presupposto e l'illegittimità di quest'ultimo, se adottato in violazione delle disposizioni di legge che disciplinano la variazione delle dotazioni organiche, si riflette sugli atti successivi della procedura.

Cass. n. 18835 del 28/07/2017 ha affermato che in tema di eccedenze di personale e di mobilità collettiva tra Amministrazioni pubbliche, regolate dall'art. 33 del d. lgs. n. 165 del 2001 (nella vigenza della disciplina anteriore alle modifiche introdotte, a decorrere dal 1° gennaio 2012, dalla legge n. 183 del 2011 e dal d.l. n. 95 del 2012, conv., con modif., dalla legge n. 135 del 2012), in caso di collocamento in disponibilità in violazione dei criteri di scelta da cui sia conseguita la risoluzione del rapporto alla scadenza del periodo di sospensione, il lavoratore che faccia valere la suddetta violazione ha diritto anche al ripristino della funzionalità del rapporto, poiché la risoluzione dello stesso rientra tra gli effetti pregiudizievoli dell'illegittimo collocamento in disponibilità. In tale caso, trova applicazione l'art. 63, comma 2, del d.lgs. n. 165 del 2001, che attribuisce al giudice del lavoro anche il potere di adottare nei confronti della P.A. qualsiasi tipo di sentenza, ivi compresa la sentenza di condanna ad un 'facere'.

Per Cass. n. 5046 del 25/02/2020 in tema di collocamento in disponibilità nel settore pubblico, il procedimento di gestione dell'eccedenza del personale degli enti locali, conseguente allo stato di dissesto, è soggetto al regime speciale disciplinato dal T.U. n. 267 del 2000, proprio del riassetto organizzativo attuato a fini di un risparmio di spesa, pertanto ad esso non è applicabile l'incombente della preventiva consultazione sindacale, di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001.

Secondo Cass. n. 5543 del 06/03/2017 nel pubblico impiego contrattualizzato, l'art. 33, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo, applicabile “ratione temporis”, anteriore alle modifiche apportategli dal d.lgs. n. 150 del 2009) si interpreta nel senso che, anche nell'ipotesi di

eccedenze di personale per un numero inferiore a dieci unità, la P.A. è tenuta a far precedere il collocamento in disponibilità da ogni possibile tentativo di impiegare diversamente il lavoratore (c.d. repêchage), sicché, in mancanza di diversa regolamentazione introdotta dalla contrattazione collettiva, è legittimo il patto di declassamento stipulato ex art. 4, comma 11, della n. 223 del 1991 fra l'amministrazione ed il dipendente, ancorché le mansioni di nuova attribuzione siano diverse ed estranee alla qualifica dirigenziale già attribuita.

Per Cass. n. 5544 del 06/03/2017 nel pubblico impiego contrattualizzato, in caso di eccedenze di personale di cui all'art. 33 del d.lgs. n. 165 del 2001 (nel testo anteriore alle modifiche apportate dal d.lgs. n. 150 del 2009), ove la dichiarazione di esubero interessi un numero di lavoratori inferiori alle dieci unità, non trova applicazione la procedura di consultazione sindacale prevista dal comma 1 dello stesso articolo, la cui necessità è riservata alle eccedenze in numero superiore, ma in virtù del rinvio al comma 7, operato dal comma 2 del citato art. 33, la P.A. è solo tenuta a tentare ogni possibile riutilizzazione di tale personale prima della collocazione in disponibilità.

oooooooooooooooooooo

INTEGRAZIONE SALARIALE e MOBILITA'

15.- Aggiornamento in materia di provvidenze per integrazione salariale e mobilità

15.1.- Introduzione.

In caso di sospensione o riduzione dell'attività lavorativa possono essere erogati dall'INPS, alle condizioni specificamente stabilite, differenti trattamenti diretti ad integrare la retribuzione quali cassa integrazione salariale ordinaria (CIGO), straordinaria (CIGS) e in deroga (CIGD), assegno ordinario (ASO), cassa integrazione salariale operai agricoli (CISOA), indennità di mancato avviamento al lavoro (IMA).

La CIGS, in particolare, è una provvidenza erogata dall'INPS in favore dei lavoratori dipendenti, la cui azienda datrice di lavoro è in crisi economica o in fase di ristrutturazione/riorganizzazione.

Dopo il superamento del periodo "critico" dell'azienda i dipendenti potranno tornare a lavorare "a regime".

Se però, in condizioni di crisi economica come l'attuale, il periodo critico non solo non viene superato, ma l'azienda si ritrovi in situazioni ancora peggiori fino alla drastica decisione di ridurre il personale, allora l'azienda stessa – alle condizioni previste dalla legge n. 223 del 1991 – può dare l'avvio alla procedura di mobilità per riduzione di personale, in conseguenza della cessazione dell'attività ovvero della riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro.

La mobilità è finalizzata al licenziamento collettivo sicché la relativa provvidenza va distinta da quella di integrazione salariale che invece presuppone che i lavoratori siano ancora dipendenti.

Sulla base della legge n. 223 del 1991 nella scelta dei lavoratori da licenziare l'azienda deve applicare i criteri ivi previsti a partire da carichi familiari, anzianità di servizio e mansione svolta dai lavoratori in relazione alle esigenze aziendali.

Ai lavoratori che abbiano perso il posto all'esito di una procedura di mobilità, venendo meno il percorso prefigurato nel programma di CIGS, ovvero che abbiano subito un licenziamento collettivo viene corrisposta l'indennità di mobilità, ma solo se si tratta di lavoratori assunti con un contratto a tempo indeterminato che abbiano maturato un'anzianità aziendale pari o superiore a 12 mesi, di cui almeno 6 effettivamente lavorati.

Nella legge n. 223 del 1991 (artt. 7 e ss.) la suddetta provvidenza veniva denominata indennità di mobilità, erogata dall'INPS con il concorso al relativo finanziamento anche delle imprese rientranti nel campo di applicazione della Cassa integrazione guadagni straordinaria (CIGS).

La Riforma Fornero (legge n. 92 del 2012) ha disposto la soppressione dell'indennità di mobilità a partire dal 1° gennaio 2017 prevedendo in favore dei lavoratori licenziati a far data dal 31 dicembre 2016, al posto dell'indennità di mobilità, la Assicurazione sociale per l'impiego (AspI) e la c.d. mini AspI, in presenza dei requisiti rispettivamente indicati dalla legge.

Il d.lgs. 4 marzo 2015, n. 22, con riferimento agli eventi di disoccupazione verificatisi a partire dal 1° maggio 2015, ha sostituito l'ASpI e la cd. Mini ASpI con la Nuova assicurazione sociale per l'impiego (cd. NaspI), innovando in maniera rilevante la disciplina con riferimento alla durata e ai requisiti contributivi in presenza dei quali si ha diritto all'erogazione dell'indennità configurata come un ammortizzatore sociale, avente lo scopo di fornire sostegno e tutela ai lavoratori – in particolare subordinati – che si trovino in stato di disoccupazione per ragioni indipendenti dalla propria volontà.

Il suddetto d.lgs. n. 22 del 2015 ha altresì unificato le indennità di disoccupazione (ordinaria e a requisiti ridotti) e l'indennità di mobilità, superando la riforma Fornero che invece aveva previsto trattamenti diversificati per questi due ammortizzatori sociali.

L'articolo 15, del d.lgs. n. 22 del 2015 cit. ha istituito, in via sperimentale per il 2015, la "Dis-Coll" cioè l'indennità di disoccupazione mensile in favore dei collaboratori coordinati e continuativi, anche a progetto, che abbiano perduto involontariamente la propria occupazione e siano iscritti in via esclusiva alla Gestione Separata INPS.

La legge 22 maggio 2017, n. 81 (cosiddetto Jobs Act del lavoro autonomo), attraverso la modifica e integrazione del citato art. 15 del d.lgs. n. 22 del 2015, ha stabilizzato la misura, estendendola dal 1° luglio 2017 anche agli assegnisti e ai dottorandi di ricerca con borsa di studio.

Per la Dis-Coll sono stabiliti specifici requisiti, a partire dalla mancanza di una partita IVA.

Nel periodo della pandemia vi sono stati plurimi interventi legislativi in questa materia.

15.2.- Giurisprudenza della Corte di cassazione. Uno sguardo di insieme.

● Riparto di giurisdizione

In Cass. SU n. 615 del 15/01/2021 è stato affermato che spetta alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia relativa alla pretesa risarcitoria dell'imprenditore, fondata sulla lesione dell'affidamento riposto nella condotta della Pubblica Amministrazione in materia di cassa integrazione guadagni, ordinaria e straordinaria, che si assume difforme dai canoni di correttezza e buona fede; ciò in quanto la responsabilità della P.A. per il danno prodotto al privato quale conseguenza della violazione dell'affidamento dal medesimo riposto nella correttezza dell'azione amministrativa sorge da un rapporto tra soggetti (la Pubblica Amministrazione ed il privato che con questa sia entrato in relazione), inquadrabile nella responsabilità di tipo contrattuale, secondo lo schema della responsabilità relazionale o da "contatto sociale qualificato", inteso come fatto idoneo a produrre obbligazioni ex art. 1173 cod. civ., e ciò non solo nel caso in cui tale danno derivi dalla emanazione e dal successivo annullamento di un atto ampliativo illegittimo, ma anche nel caso in cui nessun provvedimento amministrativo sia stato emanato, cosicché il privato abbia riposto il proprio affidamento in un mero comportamento dell'Amministrazione.

•Non necessaria coincidenza tra lavoratori da collocare in mobilità e lavoratori sospesi in CIGS

La procedura per la dichiarazione di mobilità di cui all'art. 4 della legge n. 223 del 1991, necessariamente propedeutica all'adozione dei licenziamenti collettivi, è intesa a consentire una seria verifica dell'effettiva necessità di porre fine ad una serie di rapporti di lavoro in situazioni di sofferenza dell'impresa, e, proprio in vista di tale risultato, il comma terzo del citato art. 4 individua con estrema ampiezza i contenuti della comunicazione che il datore di lavoro è tenuto a fornire alle organizzazioni sindacali, emergendo, in particolare, che l'ambito della verifica che congiuntamente dovranno operare il datore di lavoro e le organizzazioni sindacali abbraccia l'impresa nel suo complesso e può estendersi anche a posizioni lavorative che, al momento, non risultano comprese nel trattamento di integrazione salariale, con la conseguenza che la prospettiva di mobilità, rimettendo in discussione gli equilibri complessivi dell'azienda, chiama necessariamente in discussione tutte le posizioni lavorative, senza che sia configurabile, quindi, una necessaria coincidenza tra collocandi in mobilità e lavoratori sospesi in cassa integrazione guadagni straordinaria, coincidenza che neppure è imposta dall'art. 1, terzo comma, del decreto - legge n. 478 del 1993, (conv. dalla legge 26 gennaio 1994, n. 56). Tuttavia, tale non (necessaria) coincidenza tra lavoratori sospesi in CIGS e destinatari della mobilità è condizionata al verificarsi di sopravvenienze rispetto alle situazioni che determinarono l'esubero del personale sospeso e alla presenza di dipendenti rimasti in servizio con mansioni fungibili rispetto alle professionalità dei cassintegrati, atteso che ai sensi del primo comma dell'art. 4 cit. la procedura di mobilità opera innanzitutto per i lavoratori sospesi. Pertanto, è stata confermata la sentenza di merito che aveva ritenuto la scelta limitata ai dipendenti sospesi la cui professionalità non era fungibile con quelli in servizio, dopo aver accertato che all'esito della CIGS la ristrutturazione non consentiva l'impiego di tutti i lavoratori sospesi (Cass. n. 10591 del 19/05/2005).

L'ambito della verifica da effettuare per disporre il collocamento in mobilità ex art. 4 della legge n. 223 del 1991 abbraccia l'impresa nel suo complesso e può estendersi anche a posizioni lavorative non comprese nel trattamento di integrazione salariale. Ne consegue che il provvedimento con il quale il lavoratore è stato collocato in CIGS non assume alcun rilievo in sede di impugnativa del licenziamento conseguente al collocamento in mobilità, la cui legittimità deve essere valutata con esclusivo riferimento agli accordi sindacali che ne costituiscono il fondamento specifico (Cass. n. 14800 del 30/05/2019).

In caso di intervento straordinario della cassa integrazione guadagni, la connessione della procedura con quella di mobilità non esime dal rispetto dei criteri di scelta di cui alla legge n. 223 del 1991, né esonera dagli oneri di comunicazione indicati nell'art. 1 comma 7, della stessa legge, essendo diverse le finalità proprie dei criteri previsti per individuare,rispettivamente, i lavoratori da sospendere in CIGS (nella prospettiva del superamento della crisi aziendale, all'esito di un programma mirato di ristrutturazione, riorganizzazione e conversione) e quelli da licenziare, qualora l'attuazione del programma suddetto non ne consenta un integrale reimpiego nell'assenza di misure alternative (Cass. n. 21705 del 06/09/2018).

•Specificità dei criteri per la CIGS. Valutazione.

In tema di procedimento per la concessione della CIGS, la verifica dell'adeguatezza della comunicazione ex art. 1, comma 7, della legge n. 223 del 1991 - sotto il profilo della specificità dei criteri di individuazione dei lavoratori da spostare e delle modalità della rotazione - deve essere condotta con valutazione in astratto ed ex ante, e non ex post e in concreto, dovendo assolvere alla funzione di porre le associazioni sindacali in condizione di contrattare i criteri di scelta dei lavoratori da sospendere e di assicurare al lavoratore la previa individuazione di tali criteri e la verificabilità dell'esercizio del potere del datore di lavoro. Pertanto, è stata ritenuta esente da

critiche la sentenza impugnata che aveva considerato generici i criteri riferiti alla “professionalità”, “fungibilità” e “poli-professionalità” dei lavoratori, in assenza di parametri concreti ai quali ancorare la relativa verifica. (Cass. n. 25737 del 15/10/2018).

•Violazione dei criteri di rotazione per la CIGS

Per Cass. n. 20466 del 28/09/2020 nell’ipotesi di accertata violazione dei criteri di rotazione per la collocazione in cassa integrazione, cui sia correlata anche la totale privazione di mansioni, il risarcimento del danno patrimoniale da illegittima sospensione - ristorato con il pagamento delle differenze fra il trattamento in CIG e le retribuzioni maturate nei relativi periodi - non assorbe il danno non patrimoniale sofferto per la forzata inattività - da liquidare in base a valutazione equitativa, anche mediante il ricorso alla prova presuntiva - quale lesione del fondamentale diritto al lavoro, inteso soprattutto come mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun cittadino nonché dell’immagine, della dignità e della professionalità del dipendente.

•Cassa integrazione guadagni in deroga.

Cass. n. 27398 del 29/10/2018 ha affermato che in tema di cassa integrazione guadagni “in deroga”, il decreto del Ministro del Lavoro concessivo della CIG è l’atto al quale la legge, in coerenza con gli accordi definiti in sede governativa, conferisce la possibilità di derogare alla normativa vigente, in relazione agli oneri di comunicazione dell’avvio della procedura. Pertanto, il datore di lavoro che deduce di non essere tenuto alle relative comunicazioni, ha l’onere di allegare e provare che vi sia stata, da parte di tale fonte abilitata, una deroga espressa in relazione al suddetto profilo, dovendo altrimenti operare la ordinaria disciplina, con il suo corredo di garanzie a tutela degli interessi individuali dei lavoratori.

•Natura dell’indennità di mobilità

Secondo Cass. n. 11704 del 03/05/2019 l’indennità di mobilità di cui all’art. 7, comma 12, della legge n. 223 del 1991, costituisce un trattamento di disoccupazione, cui è applicabile il termine di decadenza previsto dall’art. 129, comma 5, del r.d.l. n. 1827 del 1935, di sessanta giorni dall’inizio della disoccupazione indennizzabile, e cioè dall’ottavo giorno successivo a quello della cessazione del rapporto di lavoro. Ai fini della individuazione del dies a quo cui ancorare la decorrenza del termine decadenziale, grava sull’ente previdenziale interessato a far valere la decadenza l’onere di dimostrare una diversa e anteriore data di conoscenza del licenziamento rispetto a quella ricavabile dalla domanda amministrativa. Pertanto, è stata confermata la sentenza di merito che, nell’ipotesi di lavoratore già collocato in cassa integrazione a zero ore, aveva ritenuto tempestiva la domanda di indennità di mobilità da questi presentata lo stesso giorno della comunicazione, da parte del Centro per l’impiego, del suo inserimento nelle liste di mobilità, senza che l’INPS avesse fornito la prova di una precedente conoscenza della cessazione del rapporto.

•Indennità di mobilità: estensione ai dipendenti delle imprese commerciali

Per Cass. n. 9023 del 01/04/2019 l’estensione della indennità di mobilità a favore dei dipendenti di imprese commerciali con meno di 200 e più di 50 dipendenti, prevista dall’art. 7, comma 7, del d.l. n. 148 del 1993, conv. con modif. dalla legge n. 236 del 1993, e successive proroghe, opera anche per la corresponsione anticipata di cui all’art. 7, comma 5, della legge n. 223 del 1991, in riferimento all’integrale importo spettante e non limitatamente all’anno in cui è stata concessa, senza che rilevi la cancellazione dalle liste di mobilità per effetto dell’esercizio dell’opzione, atteso che il diritto al trattamento matura prima della cancellazione, anche in caso di pagamento dell’indennità in un’unica soluzione ed in via anticipata.

•Impresa con attività mista; industriale e commerciale

Secondo Cass. n. 5383 del 07/03/2018 la normativa sulla mobilità, introdotta dalla legge n. 223 del 1991, con l'esplicito richiamo operato all'istituto della cassa integrazione guadagni straordinaria, prevista dall'art. 2 della legge n. 1115 del 1968, ha inteso riconoscere il diritto all'indennità di mobilità ai soli lavoratori di imprese industriali che occupino più di quindici dipendenti, restando invece esclusi da tale indennità i lavoratori di imprese svolgenti attività a carattere misto, nei confronti delle quali non è possibile un ampliamento o una modifica della sfera di operatività della cassa integrazione. Pertanto, è stata riformata la decisione di merito che aveva riconosciuto l'indennità di mobilità ad una dipendente addetta ad una attività produttiva computando, ai fini del requisito dimensionale, anche i dipendenti di altra unità operativa della stessa società addetti, tuttavia, ad una attività commerciale (conforme: Cass. n. 10786 del 2000).

•Illegittima sospensione del rapporto da parte del datore di lavoro

I lavoratori collocati in cassa integrazione guadagni a seguito di illegittima sospensione del rapporto da parte del datore di lavoro hanno diritto ad ottenere la retribuzione piena, e non già il minore importo delle integrazioni salariali, sicché la relativa somma liquidata a titolo di risarcimento del danno costituisce retribuzione imponibile ai fini contributivi (stante l'ampia nozione della stessa ai sensi dell'art. 12 della legge n. 153 del 1969) e tributari, in base all'art. 6, comma 2, del d.P.R. n. 917 del 1986, secondo cui le indennità a titolo di risarcimento costituiscono redditi della stessa categoria di quelli perduti (Cass. n. 10516 del 03/05/2018).

•Rientro dalla CIGS. Comportamento del datore di lavoro contrario all'art. 2087 cod. civ.

Cass. n. 9901 del 20/04/2018 ha ravvisato una violazione dell'art. 2087 cod. civ., con conseguente obbligo di risarcimento del danno biologico, nella condotta tenuta dal datore di lavoro nei confronti di una lavoratrice alla quale, dopo il rientro dalla cassa integrazione, non erano stati assegnati compiti da svolgere, era stato disattivato il telefono e non era stato consentito di sostituire personale assente per maternità, nonostante le reiterate richieste. La Corte è pervenuta a tale conclusione rilevando che, nell'ipotesi di demansionamento, il danno non patrimoniale è risarcibile ogni qual volta la condotta illecita del datore di lavoro abbia violato, in modo grave, i diritti del lavoratore che siano oggetto di tutela costituzionale, in rapporto alla persistenza del comportamento lesivo, alla durata e reiterazione delle situazioni di disagio professionale e personale, nonché all'inerzia del datore di lavoro rispetto alle istanze del lavoratore, anche a prescindere da uno specifico intento di declassarlo o svilirne i compiti.

•Decadenza dal diritto al trattamento di integrazione salariale

Cass. n. 3116 del 09/02/2021 ha affermato che in tema di decadenza dal diritto al trattamento di integrazione salariale, l'art. 8, comma 5, del d.l. n. 86 del 1988, conv., con modif., dalla legge n. 160 del 1988, "ratione temporis" vigente, che individua le attività lavorative soggette a comunicazione preventiva (o ad autocertificazione in caso di personale di volo) all'INPS, va inteso nel suo significato più ampio, come riferentesi all'insieme di condotte umane caratterizzate dall'utilizzo di cognizioni tecniche, del più vario genere, senza che assuma alcun rilievo la loro effettiva remunerazione, rilevando la sola potenziale redditività, perché lo scopo della norma è quello di consentire all'INPS la verifica circa la compatibilità dell'attività da svolgere con il perdurare del lavoro presupposto dell'integrazione salariale. In applicazione del suddetto principio di cui in massima, è stato ritenuto che formasse oggetto di necessaria autocertificazione all'INPS l'attività preparatoria di addestramento dei piloti volta al conseguimento della licenza di volo.

Secondo Cass. n. 14426 del 27/05/2019 in tema di decadenza del lavoratore dal trattamento di integrazione salariale nel caso di svolgimento di attività di lavoro autonomo o subordinato ex art. 8,

commi 4 e 5, del d.l. n. 86 del 1988, conv. con modif. dalla legge n. 160 del 1988, il credito restitutorio dell'INPS sorge quando l'Istituto ha erogato il trattamento non dovuto, momento da cui decorre di conseguenza la prescrizione decennale, mentre è irrilevante, a tal fine, quello diverso e successivo in cui l'Istituto venga a conoscenza della natura indebita dell'erogazione effettuata, salva la ricorrenza della sospensione di cui all'art. 2941 n. 8 cod. civ. per il mancato inoltro di comunicazioni obbligatorie da parte del beneficiario della prestazione.

• **Società a partecipazione pubblica**

Per Cass. n. 25354 del 11/10/2018 in materia di contributi previdenziali, la gestione di servizi pubblici mediante società partecipate, anche in quota maggioritaria, dagli enti pubblici locali non può beneficiare dell'esonero del versamento dei contributi per cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, disoccupazione e mobilità, in quanto la finalità perseguita dal legislatore nazionale e comunitario nella promozione di strumenti non autoritativi per la gestione dei servizi pubblici locali è specificamente quella di non ledere le dinamiche della concorrenza, assumendo rilevanza determinante, in ordine all'obbligo contributivo, il passaggio del personale addetto alla gestione del servizio dal regime pubblicistico a quello privatistico. Ne consegue che la finalizzazione della società per azioni, partecipata da ente pubblico locale, alla gestione di un servizio pubblico mediante affidamento cd. in house (ossia ad un soggetto che, giuridicamente distinto dall'ente pubblico conferente, sia legato allo stesso da una relazione organica) rileva ai fini della tutela del mercato e della concorrenza ma non ha alcun effetto ai fini dell'esonero del versamento dei contributi previdenziali per il finanziamento della cassa integrazione guadagni ordinaria e straordinaria, la disoccupazione e la mobilità.

Cass. n. 11209 del 09/05/2018 ha affermato che le società partecipate a capitale misto, in quanto erogatrici di servizi al pubblico in regime di concorrenza, non beneficiano del regime di esenzione dagli obblighi contributivi per cassa integrazione ordinaria, straordinaria e mobilità, già previsto per le imprese industriali degli enti pubblici dall'art. 3 del d.l. C.P.S. n. 869 del 1947, senza che possa invocarsi in senso contrario il disposto di cui all'art. 10 del d.lgs. n. 148 del 2015, recante disposizioni per il riordino della normativa in materia di ammortizzatori sociali, laddove prescrive che i correlati obblighi contributivi riguardano anche "le imprese industriali degli enti pubblici, salvo il caso in cui il capitale sia interamente di proprietà pubblica", in quanto detta norma non ha introdotto disposizioni innovative rispetto al passato, ma ha valenza meramente ricognitiva dell'esistente e di sistemazione della materia.

• **Sgravi contributivi**

Presupposto per l'applicabilità dello sgravio contributivo di cui all'art. 3, commi 5 e 6, della legge n. 488 del 1998 è che l'impresa abbia realizzato un incremento occupazionale mediante nuove assunzioni di personale che già risulti iscritto nelle liste di collocamento o di mobilità o fruitore della cassa integrazione guadagni, in coerenza con la finalità delle disposizioni in esame volte ad incentivare l'assunzione di soggetti che non abbiano o abbiano perduto l'occupazione in determinate zone d'Italia e a favorire, al contempo, la ripresa economica nelle stesse zone. Ne consegue che il beneficio non compete nel caso di trasformazione di un contratto di lavoro a tempo parziale in contratto di lavoro a tempo pieno, trattandosi di una mera modificazione della quantità temporale della prestazione lavorativa già in essere e non di nuova assunzione avente le finalità ed i caratteri indicati dalla disposizione (Cass. n. 20867 del 21/08/2018 e Cass. n. 16378 del 2012).

16.- Conclusioni

Dopo questa lunga carrellata, per concludere mi limito a prendere in prestito le belle parole del bravo Collega Stani Gentile per darvi questo consiglio (dopo più di 40 anni di attività):

“metteteci passione, tanta perché nel processo i diritti non stanno in vista come sullo scaffale di un supermercato bisogna intuirli e cercarli; in particolare, nelle nostre materie sensibili; ancora di più nei periodi emergenziali e questo risultato, che è il fine della giurisdizione, non viene raggiunto dal giudice che si limita a regolare il traffico delle domande e delle eccezioni.

Ci vuole un giudice minatore, che scava, fatica e insieme sogna”.

Benvenuti!