

Il giustificato motivo oggettivo: *extrema ratio* o “normale” licenziamento economico?

Sommario: 1. Il rinnovato interesse per il giustificato motivo oggettivo di licenziamento (gmo) – 2. Gli orientamenti giurisprudenziali sulle ragioni economiche ed organizzative – 3. L'interpretazione della dottrina prevalente: il licenziamento economico quale *extrema ratio* - 4. L'impossibilità di qualificare il gmo come *extrema ratio* in base all'art. 3 della l. 604/1966 anche alla luce delle recenti innovazioni legislative – 5. Il fondamento costituzionale del giustificato motivo oggettivo quale *extrema ratio* – 6. Segue. Le fonti europee ed il ruolo svolto dall'art. 24 della Carta Sociale Europea – 7. Le concrete ipotesi di licenziamento per gmo (crisi economica, soppressione del posto, nesso causale, riorganizzazione ecc.) - 8. Il licenziamento per gmo come “normale” recesso economico: critica – 9. Il controllo di merito o di legittimità del giudice – 10. Conclusioni.

1. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo (gmo) è da tempo ritornato al centro del dibattito nella dottrina e nella giurisprudenza. Il rinnovato interesse per il tema è dovuto a vari fattori. In primo luogo vanno segnalati gli interventi legislativi che hanno influenzato direttamente la materia. Tra questi l'introduzione dell'art. 30 della l. 183/2010 che ha stabilito il divieto per il giudice di sindacare nel merito le valutazioni tecniche, organizzative e produttive del datore di lavoro esercitate nel recesso economico. Questa disposizione è stata infatti letta come un tentativo di arginare “l'invasione” della magistratura nel controllo delle ragioni economiche utilizzate a fondamento del recesso, secondo quanto sostenuto da una parte della dottrina, che aveva sottolineato l'ampiezza del fenomeno e la sua contrarietà alle regole del nostro ordinamento giuridico¹. Questa tesi, criticabile dal punto di vista teorico e tendente ad enfatizzare un fenomeno in realtà molto meno diffuso e rilevante di quanto si volesse far credere, ha comunque ispirato questa disposizione. A distanza di parecchi anni si può affermare che l'influenza della norma sulla giurisprudenza è stata alquanto limitata, anche se in tempi recenti la Cassazione l'ha utilizzata come uno degli argomenti (ma non il principale) per confermare una interpretazione meno restrittiva dell'art. 3 della l. 604/1966 (§ 2).

Le modifiche legislative più significative, peraltro, sono quelle che hanno riformato il sistema sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento per gmo illegittimo, limitando la reintegrazione ad ipotesi particolari (la “manifesta insussistenza”) o eliminandola del tutto, con sostituzione di una indennità risarcitoria (contratto a tutele crescenti). Le innovazioni in questo campo, pur non coinvolgendo direttamente la nozione prevista dall'art. 3 della l. 604/1966, hanno sollecitato una riflessione anche sulle ragioni economiche ed organizzative. Ci si è chiesto, infatti, se una graduazione del sistema sanzionatorio in relazione a diverse ipotesi di mancanza del giustificato motivo non influenzasse la stessa individuazione delle causali, imponendo un ripensamento degli esiti interpretativi raggiunti.

In questo contesto un ruolo essenziale è stato svolto dalla giurisprudenza. La materia, in presenza di una legislazione ormai risalente nel tempo (ricongruibile alle normative del 1966 e del 1970, senza che la riforma del 1990 avesse esercitato una particolare influenza), aveva avuto alcune oscillazioni iniziali, ma si era poi stabilizzata su alcune interpretazioni in tema di ragioni economiche ed organizzative e di *repechage*. Si trattava di una stabilizzazione relativa, perché non mancavano opinioni discordanti, ma era possibile individuare dei principi guida che consentivano di orientarsi con sufficiente chiarezza nelle questioni

¹ Si rinvia, sul punto a V. NUZZO, *La norma oltre la legge. Causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura Editrice, 2012, 101 ss., con indicazione degli autori che hanno sostenuto tale tesi.

principali coinvolte. Negli ultimi anni, tuttavia, si sono registrati mutamenti significativi, con divaricazioni che hanno messo in evidenza contrasti interpretativi in relazione a vari aspetti di questa materia. Contrasti che, almeno apparentemente, non sembravano essere condizionati dalle recenti riforme legislative in materia (di esse, salvo casi sporadici, non vi è traccia nelle motivazioni). In ogni caso, le nuove tendenze espresse dal legislatore – caratterizzate dalla riduzione delle tutele dei lavoratori connesse al licenziamento privo di gmo – hanno trovato conferma nella recente lettura della normativa in materia da parte della Cassazione, con l'adozione di soluzioni interpretative più favorevoli per le imprese.

Queste decisioni contrastanti da parte dei giudici di legittimità hanno spinto la Cassazione a tentare di risolvere la questione cercando di individuare un orientamento condiviso all'interno della Sezione Lavoro, con il proposito di applicarlo in modo costante ed al fine di evitare oscillazioni interpretative che indubbiamente rendevano problematico, per gli operatori, trovare linee guida uniformi da utilizzare nell'attività professionale o nelle stesse sentenze adottate dai giudici di merito. L'esigenza, dunque, è quella di garantire una maggiore "certezza del diritto", con un intento sicuramente apprezzabile. Come è noto, la stabilità degli orientamenti giurisprudenziali è certamente difficile da raggiungere in un contesto che ha profondamente mutato la stessa funzione del giudice e caratterizzato dalla caoticità degli interventi legislativi, la moltiplicazione delle fonti, il pluralismo dei valori, la frammentazione degli ordinamenti giuridici e sociali. Tutti questi fattori hanno esaltato la funzione "creativa" della interpretazione giurisprudenziale, stimolata anche (ma non solo) da un continuo processo di adattamento delle norme ad una realtà in continua trasformazione². Ne è derivata, come risulta dall'analisi della giurisprudenza, una varietà di opinioni da parte dei giudici, che ha accresciuto l'incertezza complessiva del sistema.

Il tentativo di ridurre questa divaricazione nelle interpretazioni ha indotto la Suprema Corte a delineare questo nuovo metodo di decisione "condivisa" nella Sezione Lavoro, basato su una discussione preventiva di tutti i giudici interessati e nella scelta di una soluzione interpretativa votata dalla maggioranza dei componenti e da adottare successivamente da tutti i collegi giudicanti al fine di evitare orientamenti divergenti. Non è dato sapere, al momento, se e quanto questo nuovo metodo funzionerà. Si tratta, in ogni caso, di una importante innovazione metodologica, in grado di diminuire i contrasti interni alla Cassazione. Anche se, nella misura in cui ridurrà la positiva dialettica interna tra diverse opinioni, questo sistema richiederà che le differenti interpretazioni tra i magistrati che dovessero via via presentarsi possano trovare una sede – anche interna alla Sezione – nel quale avere voce ed eventualmente influenzare un ripensamento dell'orientamento maggioritario adottato. In ogni caso, a parte questi profili, la recente sentenza del 7 dicembre 2015, n. 25201, che è la prima sul gmo realizzata con la nuova metodologia descritta, ha per questa ragione una importanza fondamentale, perché sembra destinata ad individuare l'orientamento che la Cassazione assumerà almeno per un lungo periodo di tempo³.

² Su tali aspetti mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro ed il "diritto vivente" sulle regole interpretative*, DLRI, 2008, 613 ss. (con ampie indicazioni bibliografiche). In generale sul problema della interpretazione e sul ruolo della giurisprudenza in relazione al gmo cfr. V. NUZZO, *La norma oltre la legge* cit., 3 ss. e 93 ss.

³ A parte gli aspetti indicati, il nuovo metodo utilizzato dalla Sezione Lavoro della Cassazione solleva problemi in relazione al ruolo che il codice di rito assegna alle Sezioni Unite, a cui, ai sensi dell'art. 374 c.p.c., spetta il compito di risolvere le difformità interpretative esistenti nelle Sezioni Semplici. I giudici del lavoro della Suprema Corte, infatti, vengono a svolgere il medesimo ruolo delle S.U., come dimostra la struttura della motivazione della sentenza n. 25201/2016. Essa, infatti, è argomentata allo stesso modo di

La stessa dottrina è tornata ad occuparsi del gmo, sollecitata anche (ma non esclusivamente) dalle recenti riforme legislative in materia, e sono state proposte alcune teorie particolarmente innovative, ispirate, tra l'altro, alla impostazione tipica della *Law and Economics*. In questa sede l'attenzione verrà dedicata in particolare all'analisi della giurisprudenza, senza trascurare peraltro gli apporti dati dalla dottrina – anche più risalente nel tempo- che, come vedremo, ha sempre esercitato una funzione determinante nell'influenzare la magistratura. In questo ambito, analizzare alcune tesi dottrinali che appartengono alla “storia” del Diritto del lavoro può essere utile per mettere a fuoco alcuni snodi problematici della materia e per vagliare, sotto un profilo di razionalità critica, la “tenuta” di alcune interpretazioni che sono state adottate dalla giurisprudenza.

In questo lavoro non analizzerò il *repechage*. La scelta non è certo connessa alla minore importanza dell'argomento. Anzi, se si consoliderà l'orientamento giurisprudenziale che esclude il rilievo della causale economica ed organizzativa “a monte” del licenziamento, il “ripescaggio” costituirà l'unico vero limite al licenziamento economico. Il recesso, infatti, insindacabile nelle sue ragioni giustificative, sarà comunque condizionato dall'obbligo di dimostrare l'impossibilità di riutilizzazione del lavoratore in altre mansioni. Ho preferito peraltro concentrare la mia attenzione sulla causale del licenziamento, che pone delicati problemi interpretativi. Anche se non mi sottrarrò al compito di individuare il fondamento normativo del *repechage*, che è parte integrante del gmo.

2. In relazione alle ragioni economiche ed organizzative che possono giustificare il licenziamento, la Cassazione ha da tempo adottato due diversi orientamenti⁴. Le diverse interpretazioni sull'esigenza economica a fondamento del recesso condividono alcuni principi quali il “controllo giudiziale sull'effettività del ridimensionamento e sul nesso causale tra la ragione adottata e la necessità della soppressione del posto di lavoro del dipendente licenziato”⁵, l'impossibilità di sostituire un lavoratore più costoso con un altro economicamente più conveniente e, in alcuni casi, altri aspetti ulteriori⁶.

La differenza fondamentale sta tuttavia nella individuazione delle condizioni che legittimano il recesso. In base ad una interpretazione più restrittiva⁷, il licenziamento per gmo presuppone una situazione di difficoltà economica. Esso, infatti “è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto, ma deve essere diretta

una pronuncia che si preoccupa di risolvere un contrasto interpretativo tra diversi orientamenti della Cassazione. Si potrebbe, quindi, dedurre che la “decisione collegiale” della Sezione Lavoro sia in contrasto con quanto previsto dal codice di procedura civile.

4 Su queste diverse interpretazioni giurisprudenziali cfr. C. PONTERIO, *La valutazione del giudice e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *Questione Giustizia*, 2016, <http://www.questionegiustizia.it>, 2 ss.; ID., *Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, *Questione giustizia*, <http://www.questionegiustizia.it>, 2017, 2; S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico. Orientamenti in tema di sindacato giudiziale*, 2016, 1 (dattiloscritto); ID., *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli, 2015, 29 ss., in particolare 47 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016, 66 ss.

5 Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, *dejure*, 4.

6 Ad esempio, la soppressione del posto con redistribuzione delle mansioni è comune ad entrambi gli orientamenti che si stanno analizzando, anche se in un caso occorre una ragione ulteriore rispetto alla mera eliminazione della posizione organizzativa, mentre per l'interpretazione meno rigida la soppressione è di per sé sufficiente a giustificare il recesso

7 Utilizzo la terminologia di S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico* cit., 1.

a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti”⁸, “tanto da imporre un’effettiva necessità di riduzione dei costi”⁹.

Un orientamento più “liberista”¹⁰ ritiene che qualsiasi ragione economica ed organizzativa, purché effettivamente esistente e non pretestuosa, sia tale da poter giustificare il licenziamento. In sostanza sarebbe legittima “ogni ragione (in senso economico) che abbia determinato (il recesso) e quindi non solo i motivi estranei alle determinazioni imprenditoriali, cioè le esigenze di mercato, ma anche le modifiche organizzative esclusivamente finalizzate a un incremento di profitti”¹¹. Infatti “le ragioni inerenti all’attività produttiva e all’organizzazione del lavoro ‘possono essere le più diverse’ e non solo quelle che ne riconoscono la legittimità se ‘dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli’ (Cass. n. 9310 del 2001, in motivazione), non potendosi distinguere nelle ragioni economiche a sostegno della decisione imprenditoriale ‘tra quelle determinate da fattori esterni all’impresa o di mercato, e quelle inerenti alla gestione dell’impresa o volte ad una organizzazione più conveniente per un incremento del profitto’ (Cass. n. 5777 del 2003)”¹².

L’orientamento più restrittivo, dunque, lega la legittimità del licenziamento a fattori esterni sfavorevoli e non a mere scelte imprenditoriali da essi indipendenti, lo configura in termini di “necessità” e quale “*extrema ratio*”¹³. La casistica giurisprudenziale dimostra come queste sentenze richiedano un crisi di carattere non contingente, dotata di un certa rilevanza e non di “modestissima consistenza”, rilevabile dai bilanci aziendali (con l’evidenza di passività) o da altri indicatori economici (ad es. volumi di fatturato, andamento calante delle commesse) e tale da comportare effettive ristrutturazioni interne¹⁴.

Le decisioni più “liberiste” invece prescindono dalle condizioni esterne sfavorevoli e identificano il gmo nelle scelte economiche ed organizzative dell’impresa (quindi non connesse a ragioni legate alla persona del lavoratore), effettivamente esistenti (e pertanto non pretestuose), coincidenti con qualsiasi ragione tecnica produttiva che determina la soppressione del posto e sia in nesso di causalità con il lavoratore licenziato. In tale contesto la crisi aziendale può anche mancare del tutto ed il recesso può essere il prodotto di una riorganizzazione dell’impresa legata a svariate condizioni, comunque non rilevanti ai fini della legittimità del licenziamento¹⁵.

8 Cass. 16 marzo 2015, n. 2015.

9 Cass. 9 luglio 2012, n. 2012. Per un riepilogo di questo orientamento v. in particolare Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, cit., 2 ss., con indicazione di alcune decisioni anche risalenti nel tempo.

10 Così S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico* cit., 3. In senso analogo A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo, soppressione del posto e “paradigma” del diritto del lavoro*, 2016, 3 – 4 (dattiloscritto).

11 Cass. 23 giugno 1998, n. 6222.

12 Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, cit., 3. L’orientamento più rigido sarebbe in contrasto con “la lettera e lo spirito dell’art. 3” della l. 604/1966 e sarebbe “comunque incompatibile con l’art. 41 co 1° Cost. che lascia all’imprenditore (con il limite di cui al cpv dello stesso articolo) la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi a fini di incremento della produttività aziendale”. Mentre, imporre le “sfavorevoli situazioni di mercato superabili o mitigabili soltanto mediante una riorganizzazione tecnico-produttiva ed il conseguente licenziamento di un dato dipendente” significherebbe ammettere la legittimità del recesso esclusivamente ove esso “tenda ad evitare il fallimento dell’impresa e non anche a migliorarne la redditività” (Cass. 1 luglio 2016, n. 13516, in motivazione).

13 C. PONTERIO, *La valutazione del giudice* cit., 3.

14 Si rinvia alle sentenze indicate da S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico* cit., 2 – 3.

15 A questa interpretazione sono riconducibili “quelle molteplici decisioni che senza concretamente indagare sulla persistenza della situazione sfavorevole, riconducono ad un giustificato motivo oggettivo di licenziamento la soppressione del posto seguita dalla cd. esternalizzazione dell’attività a terzi (Cass. n. 6222 del 1998; Cass. n. 13021 del 2001; Cass. n. 18416 del 2013) ovvero alla ripartizione delle mansioni tra il personale già in forza all’azienda (Cass. n. 24502 del 2011; Cass. n. 18780 del 2015; Cass. n. 14306 del 2016; Cass. n. 19185 del 2016, tutte in motivazione; per il caso di soppressione parziale delle mansioni v. Cass. n. 6229 del 2007; Cass. n. 11402 del 2012)”: Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, cit., 4.

L'interpretazione meno restrittiva è stata adottata dalla Cassazione con la sentenza 7 dicembre 2016, n. 25201 già più volte citata. E, come si è già spiegato, la sua motivazione – espressa nei termini del superamento di un contrasto giurisprudenziale, quasi si trattasse di un intervento delle Sezioni Unite – e il nuovo “metodo collegiale” adottato dalla Sezione Lavoro (§ 1) lasciano pensare che si tratti di un orientamento destinato a consolidarsi nel tempo¹⁶.

La Suprema Corte argomenta queste conclusioni in base ad una pluralità di argomentazioni. In primo luogo la formulazione letterale dell'art. 3 della l. 604/1966, che non consente di attribuire rilievo alla esistenza di “situazioni sfavorevoli” o di “spese notevoli di carattere straordinario”. La disciplina costituzionale poi, con particolare riferimento agli artt. 4 e 41, alla luce della “pluridecennale giurisprudenza della Corte costituzionale”, non impone l'esistenza delle condizioni sopra descritte. La libertà di iniziativa economica privata, in assenza di interventi legislativi di diverso tenore (e non è questo il caso dell'art. 3 della l. 604/1966), permette all'imprenditore di stabilire la dimensione ottimale dell'impresa, scegliere come perseguire il profitto (che è lo scopo lecito da realizzare). Non spetta al giudice “il compito di contemperare *ex post* interessi confliggenti stabilendo quello ritenuto prevalente se tale potere non trova riscontro nella legge”, poiché il limite tra licenziamento – espressione della libertà di iniziativa economica – e tutela dell'occupazione – riconducibile al “fine sociale” previsto dalla seconda parte dell'art. 41 – è una prerogativa del legislatore e non può essere surrogato dal giudice. E, anche se “in via meramente ipotetica la norma potrebbe stabilire – nella cornice costituzionale innanzi detta – che il licenziamento per motivo oggettivo possa ritenersi giustificato solo in presenza di una accertata crisi di impresa, è anche vero che ove ciò non faccia espressamente, come nel caso dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966, tale condizione non è ricavabile *aliunde* in via interpretativa”. D'altra parte, il magistrato non dispone “di strumenti conoscitivi e predittivi che consentano di valutare quale possa essere la migliore opzione per l'impresa e la collettività” e non può imporre all'impresa “costi impropri o non dovuti in base alla legge, quando piuttosto la Costituzione investe i poteri pubblici del compito di perseguire l'interesse collettivo dell'occupazione”.

La tesi contraria, d'altra parte, nella misura in cui si traduce in un controllo sulla necessità ed inevitabilità del singolo recesso – connessa alla soppressione del posto conseguente alla crisi di impresa - “sottende un sindacato sulla congruità ed opportunità della scelta organizzativa” che, oltre ad essere estraneo all'art. 3 della l. 604/1966, è inibito dall'art. 30 della l. 183/2010. Questa disposizione, che non può essere letta come priva di qualsiasi significato, riconferma l'impossibilità di qualsiasi sindacato di merito, che si ha quando si realizza “un giudizio comparativo tra più possibili soluzioni, selezionando quella che appare più confacente sotto il profilo organizzativo o produttivo che connota la discrezionalità propria delle ragioni imprenditoriali, ove non altrimenti limitate dalla legge”.

A diverse conclusioni, continua la sentenza 25201/2016, non si può giungere neanche utilizzando le fonti normative europee. L'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, infatti, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, può essere applicata solo in presenza di una direttiva, esistente per i licenziamenti

¹⁶ Un primo segnale in tal senso è rinvenibile in Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015 (dejure, 1 ss.), nella quale “il Collegio condivide e fa propri i principi di diritto recentemente affermati da questa Corte con la sentenza n. 25201 del 2016...” (3). In effetti la lettura della motivazione dimostra come questa sentenza aderisca integralmente al precedente del dicembre dell'anno precedente.

collettivi e non per quelli individuali. D'altra parte questa disposizione non individua il concreto contenuto della tutela in materia e lascia ampia libertà regolativa al legislatore nazionale ed europeo. Mentre l'art. 24 della Carta sociale europea (ratificata con la l. 30/1999), che lega il recesso economico alle "necessità di funzionamento dell'impresa", non può essere utilizzato, perché la Corte di Giustizia si è dichiarata "incompetente a pronunciarsi in materia di interpretazione di norme di diritto internazionale che vincolano gli Stati membri, ma esulano dalla sfera del diritto dell'Unione"¹⁷.

La sentenza è indubbiamente ben scritta e si sforza di delineare, con dovizia di argomenti, un iter logico interpretativo solido, toccando tutti gli aspetti più controversi. Esprimo subito una mia valutazione critica della decisione, che si espone a varie censure che cercherò di motivare in seguito. Peraltro, la mia preferenza per l'orientamento più restrittivo non esclude che queste decisioni – forse da considerarsi come ormai superate – si esponano ad alcune obiezioni di non poco rilievo. Esse dimostrano la complessità di questa materia e soprattutto la difficoltà di trovare soluzioni che consentano di individuare un unico parametro entro cui ricondurre il giustificato motivo oggettivo, a fronte della varietà di situazioni che sono alla base di un licenziamento individuale economico. Infatti una crisi di impresa è elemento molto differente dalla soppressione del posto conseguente ad una tecnologia *labour saving*, o ad una esternalizzazione diretta a ridurre i costi e ad incrementare l'efficienza dell'impresa. Per tale ragione è necessario approfondire la questione e cercare di districarsi da un intreccio di problemi di non facile soluzione.

3. Gli orientamenti giurisprudenziali in precedenza descritti – ed in particolare quello più restrittivo – possono essere meglio compresi se si analizzano le interpretazioni della dottrina in materia di gmo. La tesi prevalente – che si formò particolarmente dopo l'emanazione della l. 300/1970 – fu quella secondo la quale il licenziamento economico dovesse essere inteso come *extrema ratio* e cioè quale "rimedio ultimo e necessitato per soddisfare esigenze di impresa di carattere organizzativo e produttivo non altrimenti risolvibili"¹⁸. Questa interpretazione venne fondata innanzitutto sulle innovazioni apportate dalla introduzione dello statuto dei lavoratori. Infatti, l'art. 18 di questa legge, con la previsione della reintegrazione, e più in generale con tutta la nuova disciplina garantistica (l'intero statuto e soprattutto il suo titolo I) avevano particolarmente rafforzato l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro ed imponevano, quindi, una lettura diversa della disposizione, con "un forte spostamento della 'frontiera mobile' tra libertà di organizzazione dell'impresa, da un canto, utilità sociale, dall'altro"¹⁹. In sostanza "l'iniziativa economica...deve ora fare i conti con un bene (quello corrispondente all'interesse del lavoratore al mantenimento dell'occupazione) dotato di una forza di resistenza prima sconosciuta". Con la conseguenza che non appariva "più proponibile quella posizione interpretativa che, limitando il giudizio sulla ricorrenza del giustificato motivo obiettivo ad una valutazione di coerenza del provvedimento di licenziamento rispetto

¹⁷ Cass. 25201/2016, cit., 4 – 9. Per un'analisi critica della sentenza cfr. C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 2 ss.

¹⁸ S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 29.

¹⁹ G. F. MANCINI, *Art. 18*, in G. GHEZZI – G. F. MANCINI – F. MONTUSCHI – U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli – Foro Italiano, 1972, 257.

alle esigenze aziendali addotte a sua motivazione, finiva (e finisce) per riconoscere a tali esigenze esclusivamente la funzione di garantire...la *non arbitrarietà* dell'esercizio del potere"²⁰. Impostazione, quest'ultima, seguita ad esempio da Giuseppe Pera "sulla base di una visione che privilegia in termini incondizionati il valore costituzionale della libertà di iniziativa economica"²¹.

Questa interpretazione del gmo venne accolta da molti studiosi di grande autorevolezza²². Essa, a mio giudizio, vede nell'art. 18 e nello statuto dei lavoratori una disciplina che inserisce l'interesse alla conservazione del posto di lavoro nella causa del contratto, senza modificarne la struttura tradizionale, ma qualificandola in modo particolare e limitando di conseguenza in modo consistente il potere di licenziamento²³. Tale lettura, inoltre, considera il nuovo sistema sanzionatorio e, più in generale le tutele garantite al lavoratore dalla l. n. 300 del 1970, come strumenti che impongono un bilanciamento tra iniziativa economica privata ed utilità sociale tale da far prevalere soprattutto il secondo aspetto e da legittimare una interpretazione che determina "la più penetrante incisione sul potere di organizzazione imprenditoriale"²⁴. Altra parte della dottrina giunse alle medesime conclusioni utilizzando soprattutto i principi costituzionali (in particolare l'art. 41, comma 2, e 4, comma 1, Cost.), con una analisi che privilegia il valore dell'occupazione su quello dell'iniziativa economica privata e configura il licenziamento per gmo come una situazione di necessità economica (il recesso appunto come *extrema ratio*)²⁵.

Ovviamente vi sono state anche diverse letture delle norme costituzionali, tendenti a leggere in modo differente il loro contenuto o privilegiando il comma 1 dell'art. 41 Cost., rispetto al comma 2 o all'art. 4 Cost.²⁶. Inoltre sono state sviluppate teorie di contenuto assai diverso. Senza alcuna pretesa di completezza e limitandosi solo a quelle più recentemente espresse, vanno ricordate quelle basate sul principio dell'abuso del diritto²⁷, sulla "perdita attesa" (in chiave di *Law and Economics*)²⁸, sulla proporzionalità e razionalità degli atti imprenditoriali²⁹ o di proporzionalità "in senso stretto"³⁰ ed altre ancora³¹. Alcune di queste teorie,

20 F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Angeli, 1982, 74 – 75. Per una ricostruzione di questi orientamenti cfr. R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repechage*, 2 ss. (dattiloscritto).

21 F. LISO, *La mobilità* cit., 75, nt. 6, con riferimento alla tesi espressa da questo autore nella sua *Relazione*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Giuffrè, 1969, 11 ss.

22 Tra questi, ad es. e per tutti, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in L. RIVA SANSEVERINO – G. MAZZONI, *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, Cedam, 1971, 685 ss.; T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione*, RTDPC, 1972, 1051; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, 1980, 309 ss.; U. ROMAGNOLI, *Art. 18*, in G. GHEZZI – G. F. MANCINI – F. MONTUSCHI – U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli – Foro Italiano, 1981, 98 ss.

23 In relazione alla sussistenza di interessi del lavoratore che possono connotare lo scambio senza alterare la struttura del rapporto fondamentale e la causa del contratto mi sia consentito di rinviare a V. SPEZIALE, *Mora del creditore e contratto di lavoro*, Cacucci, 1992, 210 ss.

24 T. Treu, *Statuto dei lavoratori e organizzazione* cit., 1051.

25 Per una ricostruzione delle varie teorie che fondano l'*extrema ratio* sulla interpretazione dei principi costituzionali e sul loro bilanciamento cfr., da ultimo, M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 16 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 29 ss.. A questi a. si rinvia per le indicazioni bibliografiche.

26 Queste ricostruzioni sono analizzate da M. FERRARESI, *op. ult. cit.*, 12 ss.

27 M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005.

28 P. ICHINO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, RIDL, 2002, I, 472 ss.; ID., *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, RIDL, 1999, III, 3 ss.

29 A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, DLRI, 2005, 1 ss.; ID., *Il licenziamento per motivi economici: spunti comparati e prospettive di riforma*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice del lavoro*, Giappichelli, 2008, 62 ss.

30 S. BRUN, *Il licenziamento economico tra interesse dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012, 29 ss.

31 Tra cui quelle che ricostruiscono il gmo in termini di eccessiva onerosità sopravvenuta per il datore di lavoro nella conservazione del rapporto (L. Calcaterra, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, Edizione Scientifica, 2008), o utilizzano la categoria delle

pur con percorsi argomentativi diversi, giungono a conclusioni analoghe a quelle espresse dalla dottrina più risalente nel tempo in tema di *extrema ratio*, mentre altre sono chiaramente dissonanti. A mio giudizio, tuttavia, la giurisprudenza è stata fortemente influenzata dalle teorizzazioni espresse dagli anni '70 in poi, quando viene enunciato e gradatamente si consolida il principio del gmo già descritto. Queste conclusioni sono state oggi radicalmente messe in discussione dal nuovo indirizzo giurisprudenziale meno restrittivo già esistente da tempo e confermato da Cass. 25201/2016, anche se, come si vedrà, alcune tracce di queste interpretazioni della dottrina sono ancora presenti.

4. La ricostruzione delle teorie che hanno individuato la nozione di gmo e la loro influenza sulla giurisprudenza ci consentono di affermare che i principi fondamentali enucleati dalle sentenze in materia di gmo (si pensi, ad es. alla necessità di serie e non contingenti ragioni economiche ed organizzative) sono connessi alla tesi della “ragione ultima”.

Una simile conclusione, infatti, non può certamente essere desunta dalla formulazione dell'art. 3 della l. 604/1966. Si è osservato che questa norma “è così ampia e generica, nel riferirsi a qualsiasi e non predeterminata ‘ragione’ (economica) da poter virtualmente includere qualsiasi tipo di scelta imprenditoriale, purché, appunto, di scelta imprenditoriale si tratti”³². In realtà si è proposta una ricostruzione esegetica della disposizione basata sul fatto che il gmo “è determinato” da “ragioni” economiche ed organizzative che dimostrerebbero l'esistenza “di una causa esterna e necessitante del recesso”³³.

In effetti, il riferimento alle “ragioni” lascia intendere che si debba essere in presenza di esigenze non rimesse alla mera scelta del datore di lavoro e non collegate alla persona del lavoratore³⁴. Questa conclusione è suffragata dalla interpretazione che dottrina e giurisprudenza hanno sempre dato a formulazioni analoghe. Si pensi al trasferimento del lavoratore, alla clausola appositiva del termine o ad altre analoghe situazioni, nelle quali la causa giustificativa dell'esercizio del potere imprenditoriale (o dell'apposizione di un tempo di scadenza del contratto) è sempre stata collegata ad elementi giustificativi differenti dalla mera volontà del datore di lavoro. D'altra parte la legge avrebbe dovuto usare una diversa locuzione fondata sul “potere” o sulla “decisione” dell'impresa (sempre di carattere economico od organizzativo), mentre le “ragioni” lasciano intendere appunto un elemento di esterno che influenza, in modo più o meno stringente, l'attuazione del licenziamento. E questo spiega perché, in linea di massima, le ricostruzioni teoriche si siano sempre orientate a favore di una causale del gmo non coincidente con la mera volontà imprenditoriale, che si esprime nel potere di interrompere il contratto, ma non nella esigenza che ne è a fondamento³⁵. Non mi

sopravvenienze nel diritto civile (S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 76 ss., anche se questo a. fonda la sua tesi su argomenti ulteriori), o i concetti di lealtà e buona fede (E. GRAGNOLI, *la riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, Cedam, 2006, 37 ss. Per un recente analisi delle varie teorie v. V. NUZZO, *La norma oltre la legge* cit., 93 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 18 ss.

³² DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, DLRI, 1998, 704; ID., *Sulla prova della impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, 2 (dattiloscritto)

³³ C. PONTERIO, *La valutazione del giudice* cit., 7; ID., *Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 6 ss.

³⁴ C. PONTERIO (*Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 6 – 7) sottolinea come la sentenza della Cassazione n. 25201/2016 faccia invece coincidere le “ragioni” con la scelta imprenditoriale.

³⁵ Si rinvia, in tal senso, alla recente panoramica delle varie interpretazioni dottrinarie effettuata da M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 10 ss. e da S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit. 21 ss.. Questo a. sottolinea come “ogni scelta produttivo-organizzativa si fonda su una decisione imprenditoriale, qui si vuole invece fare riferimento alla ‘causa prima’, ovvero al fattore

sembra invece che le parole secondo cui il recesso deve essere “determinato” dalle esigenze dell’attività produttiva o dell’organizzazione del lavoro consenta di affermare che queste ultime devono essere tali da comportare la “necessità” del licenziamento. La locuzione utilizzata dalla legge mi sembra confermi soltanto che vi debba essere un rapporto di “causa – effetto” tra tali fattori e l’esercizio del potere, senza che necessariamente esse si traducano in una “ragione necessaria e non altrimenti evitabile”.

Se, dunque, l’art. 3 della l. 604/1966 pone limiti oggettivi all’esercizio del recesso per gmo, senza dubbio la disposizione non può certo giustificare le interpretazioni più rigide utilizzate in dottrina e giurisprudenza. Anzi, a ben vedere, si può sostenere che – dal punto di vista letterale - la norma consente di effettuare il licenziamento in base a *qualsiasi* ragione economica ed organizzativa³⁶. In questo ambito, pertanto, non si vede perché anche una “ridotta crisi economica”, di carattere contingente e non stabile – non ritenuta sufficiente da una parte della giurisprudenza – non dovrebbe essere un gmo, visto che potrebbe sicuramente essere ricondotta alla fattispecie dell’art. 3. E lo stesso potrebbe affermarsi per una riorganizzazione aziendale di “modestissima consistenza” e non accompagnata da una “ristrutturazione interna”, secondo l’orientamento negativo di alcune decisioni³⁷. Non si comprende, inoltre, per quale ragione vi sarebbe la necessità della “soppressione del posto di lavoro”. Anche la mera sostituzione di un lavoratore più costoso (per anzianità, superiore inquadramento ecc.) con uno meno oneroso (per età, professionalità ecc.) dovrebbe costituire un gmo, al contrario di quanto sostenuto anche dall’orientamento più “liberista” di recente espresso. Chi può dubitare che una riduzione del costo del lavoro non costituisca una ragione inerente all’attività produttiva o all’organizzazione del lavoro? Questo aspetto, invece, non è stato colto dalla Cassazione nella recente sentenza n. 25201/2016, che fonda la sua interpretazione esclusivamente sulla formulazione dell’art. 3 della l. 604/1966, escludendo la possibilità di individuare il senso della disposizione con elementi extratestuali. Una scelta, quest’ultima, che non consente di affermare che la eliminazione della posizione organizzativa sia un requisito indispensabile per il gmo³⁸.

Si è obiettato che, in quest’ultimo caso, non si sarebbe in presenza di una causale attinente alla organizzazione produttiva ma connessa alla “adeguatezza del lavoratore che per il costo o per qualità soggettive (abilità, attitudini, rendimento) non risponde alle esigenze dell’impresa”. In definitiva in tale ipotesi si sarebbe in presenza di una “carezza dei requisiti soggettivi del lavoratore che ne suggeriscono la sostituzione” e non di reali modifiche organizzative³⁹. Si può replicare che il minor costo è sicuramente un dato di carattere oggettivo come qualsiasi altro costo di produzione, relativo a macchinari, software gestionali o anche in relazione ad un fornitore esterno più economico e tale da garantire prodotti o servizi migliori. D’altra parte: la legge parla di fattori connessi alla “organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento”. Un lavoratore più giovane, meglio preparato e che garantisce, a costi inferiori, un miglior

incidente sulla decisione medesima” (69, nt. 156), con una precisazione sicuramente condivisibile.

36 Così anche R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo*, 6 (dattiloscritto).

37 Cfr. le sentenze citate da S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico* cit., 2.

38 Non colgono questa contraddizione anche gli autori che aderiscono alla interpretazione della Cassazione sopra indicata. In tal senso, ad es. B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storia e attualità*, 2017, 8 ss. (dattiloscritto); M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo e “controllo di pretestuosità”*, 2017, 1 ss. (dattiloscritto). Diversa la posizione di R. DE LUCA TAMAJO (v. *infra* § 8).

39 A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, 21 (dattiloscritto).

rendimento e una maggiore professionalità può incidere sulla efficienza della organizzazione del lavoro ed aumentarne la produttività⁴⁰. La sostituzione, inoltre, avrebbe riflessi sull'andamento economico dell'impresa e potrebbe quindi sicuramente essere ricondotta ad una "ragione inerente all'attività produttiva": una dizione che include sicuramente costi inferiori e migliori risultati produttivi. In queste ipotesi, dunque, saremmo sicuramente nell'ambito dell'art. 3 della l. 604/1966.

Un discorso analogo può essere effettuato in relazione al *repechage*. La formulazione letterale dell'art. 3 non consente in alcun modo di accollare al datore di lavoro un ulteriore presupposto di giustificazione del recesso, consistente nella prova, a suo carico, della impossibilità di poter utilizzare il lavoratore, di cui si è soppresso il posto, in altre mansioni. Non è un caso che in tempi recenti un autorevole giurista – cambiando radicalmente idea rispetto a quanto aveva scritto in passato – abbia sostenuto che si sarebbe in presenza di un requisito "creato" da un orientamento giurisprudenziale "*praeter se non contra legem*"⁴¹. In effetti se, per ragioni economiche importanti o semplicemente per effetto di una scelta imprenditoriale si decide di eliminare una certa posizione organizzativa, non si comprende per quale ragione sia necessario garantire una ulteriore possibilità occupazionale al lavoratore, a meno che non vi siano disposizioni ulteriori che, lette con l'art. 3 della l. 604/1966, legittimino tale necessità. In sostanza la norma sui licenziamenti individuali non consente di imporre il *repechage*. E se si pensa quale sia il ruolo che la giurisprudenza attribuisce al "ripescaggio" (con alcuni orientamenti che impongono al datore di lavoro, prima del recesso e quale sua condizione di legittimità, di offrire la possibilità di svolgere mansioni di livello inferiore) si comprende quale sia stata la funzione di "creazione integrativa" svolta dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

Se, dunque, l'*extrema ratio* è un presupposto indispensabile per giustificare molte delle enunciazioni teoriche espresse dalla giurisprudenza (anche quella meno restrittiva), occorre verificare se questa interpretazione del gmo sia ancora sostenibile. E, ovviamente, una tale ricognizione presuppone, come si è ampiamente dimostrato, l'analisi di elementi extra testuali visto che, oggi come in passato, sull'art. 3 della l. 604/1966 non è possibile fondare tale conclusione⁴². Da questo punto di vista, alcuni degli indici normativi che erano stati utilizzati per giustificare la tesi più restrittiva di gmo non hanno sicuramente lo stesso valore che avevano un tempo. Il riferimento è ovviamente alla riforma dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori. Nel licenziamento economico, l'interesse alla conservazione del posto di lavoro è "affievolito" dopo la modifica del 2012 e completamente sparito a seguito del d.lgs. 23/2015 per il contratto a tutele crescenti. Se la reintegrazione non può dirsi del tutto eliminata per i lavoratori assunti antecedentemente al 7 marzo 2015, senza dubbio questo istituto non riveste quel carattere che aveva nel passato. Esso, infatti, non costituisce l'unica sanzione in caso di assenza di gmo e la legge intende circoscriverne l'applicazione ad ipotesi

40 Tornerò, su tale aspetto, nel § 7, testo e nt. 131.

41 M. PERSIANI, *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, ADL, 2013, 18, nt. 48. Questo autore, nel 1971, si era espresso a favore della tesi del *repechage* (ID., *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in G. MAZZONI - L. RIVA SANSEVERINO (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, 1971, 593 ss.). La recente interpretazione di PERSIANI è confermata da R. PESSI, *I licenziamenti individuali per motivi economici*, in AA.VV. *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, t. II, Cacucci, 2015, 771; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 98 ss. e 222 ss. R. ROMEI (*Natura e struttura dell'obbligo di repechage* cit., 6.) sottolinea come "l'obbligo di *repechage* non ha un forte e serio fondamento di diritto positivo".

42 Così anche A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 10 ss., che parla di integrazione valutativa di una norma elastica condotta alla luce dei principi costituzionali (incluso l'art. 30 Carta di Nizza: 8 e 10). In senso analogo C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 3 - 4.

particolari, legate alla nozione di “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento”⁴³. In sostanza il profilo causale dell’interesse alla stabilità del lavoro sussiste ancora ma non ha più quel valore esclusivo o preponderante che aveva una volta e non può, quindi, di per sé, giustificare l’orientamento più restrittivo. Analoghe considerazioni possono essere fatte per la riforma della disciplina delle mansioni. La formulazione originaria era infatti stata considerata da Federico Mancini come uno degli elementi fondamentali per giustificare *l’extrema ratio*, soprattutto per imporre il *repechage*, in considerazione della forte tutela della professionalità del lavoratore. Oggi, come è noto, la situazione è del tutto mutata e non consente di confermare tali conclusioni. Anche il riferimento al Titolo I dello statuto dei lavoratori non può assumere il significato che aveva in precedenza. A parte la modifica dell’art. 13, che - secondo la dottrina dell’epoca - era in quella parte della legge la norma fondamentale da leggere insieme all’art. 18, il contenuto indubbiamente garantistico dell’intero Titolo non è sufficiente a legittimare *l’extrema ratio*, proprio perché sono venuti meno alcuni fondamenti normativi essenziali.

5. A me sembra che l’interpretazione più restrittiva del gmo possa essere giustificata da una lettura dell’articolo 3 della l. 604/1966 alla luce dei principi costituzionali⁴⁴. Va subito detto che una simile operazione non è certo inibita dal carattere di “norma aperta” e non di “clausola” generale che la disposizione del 1966 dovrebbe avere. Una distinzione che è stata recentemente enfatizzata proprio per ridurre la possibilità di integrazione extra testuale alla luce dei principi costituzionali, che non sarebbe possibile per il primo tipo di norma⁴⁵. La interpretazione di una disposizione alla luce dei parametri espressi nella Costituzione è ormai una tecnica ampiamente diffusa e riguarda tutte le norme giuridiche, a prescindere dal loro contenuto più o meno dettagliato. Questa funzione della legge fondamentale è stata espressa dalla dottrina sin dagli anni ’50, quando anche in relazione alle norme costituzionali programmatiche - in base ad una qualificazione successivamente superata dalla Corte costituzionale - si disse che esse avevano “efficacia giuridica interpretativa delle norme subordinate disciplinanti le materie a cui si riferiscono”, con la conseguenza che tali disposizioni avrebbero dovuto essere lette “nel modo più coerente con i principi stessi”⁴⁶. Successivamente questa affermazione fu ribadita in genere per tutte le norme costituzionali⁴⁷ e

43 In verità ho cercato di spiegare che questo tentativo del legislatore di ridimensionare in modo consistente la reintegrazione non è destinato ad avere successo. Non posso argomentare questa mia conclusione e mi limito a rinviare a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo*, in P. Chieco (a cura di), *Flessibilità e tutele nel lavoro - Commentario della legge 28 giugno 2012 n. 92*, Cacucci, 2013, 341 ss.

44 In tal senso anche A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 7 ss., 10 ss.; C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 4 ss., 9.

45 E’ questa l’opinione di M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 3 ss.. Sulla distinzione tra “norma aperta” e “clausola generale” - alquanto controversa - si rinvia, per tutti, a L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, RCDP, 986, 5 ss. e, in tempi più recenti, alle analisi di P. CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro*, DLRI, 2015, 89 ss.; S. BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali* DLRI, 2015, 72 - 73; S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 23 ss. (a questi autori si rimanda per ulteriore bibliografia). Si vedano anche le osservazioni di A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 2 ss. (secondo il quale il gmo non sarebbe né una clausola generale, né “un concetto elastico”). C. PONTERIO (*Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 3- 4) parla di clausola generale. R. ROMEI (*Natura e struttura dell’obbligo di repechage* cit., 1) ritiene che l’art. 3 abbia le caratteristiche tipiche delle “clausole generali o delle disposizioni contenenti dei sintagmi indeterminati delle norme standard”.

46 V. CRISAFULLI, *Sull’efficacia normativa delle disposizioni di principio della Costituzione (1948)*, in ID., *La Costituzione e le sue norme di principio*, Giuffrè, 1952, 41.

47 Cfr. T. GROPPI, *Fondata sul lavoro. La scelta della Costituzione*, RTDPub, 2012, 665 ss. e in www.acli.it, 17, che sottolinea come tale regola sia stata fatta propria dalla Corte Costituzionale sin dalla sentenza n. 1 del 1956, con l’affermazione della efficacia

venne recepita anche dai giudici di legittimità con la nozione di interpretazione conforme a Costituzione⁴⁸. La Corte, infatti, ha più volte sottolineato come una questione di costituzionalità di una disposizione normativa può essere posta soltanto dopo aver cercato di interpretarla in modo conforme alla Costituzione, imponendo in qualche modo una sua lettura coerente con la legge fondamentale, a dimostrazione della diretta efficacia interpretativa, per il giudice ordinario, delle norme in essa contenute⁴⁹. Non vi è dubbio, dunque, che oggi “la stessa Costituzione sia criterio guida nell’interpretazione, cioè canone privilegiato nella selezione, ed a volte nell’ascrizione, dei significati al complessivo materiale normativo, ma anche oggetto di efficacia diretta, ovvero ‘regola del giudizio’”⁵⁰. Tale conclusione, in un ordinamento giuridico plurilivello, è ovviamente estensibile anche alle fonti normative di rango costituzionale superiore a quello nazionale, o a quelle di carattere primario ma riconducibili ad ordinamenti giuridici sovranazionali (come quello dell’Unione Europea), come dimostra la costante giurisprudenza in tema di interpretazione adeguatrice⁵¹.

La lettura dell’art. 3 della l. 604/1966 alla luce dei principi della legge fondamentale in tema di lavoro non può prescindere dall’analisi delle sentenze della Corte Costituzionale che si sono direttamente occupate della questione dei licenziamenti. Una valutazione complessiva delle numerose decisioni in materia dimostra come da esse sia ricavabile il divieto di recesso *ad nutum* e la necessità di introdurre causali giustificative del licenziamento, la cui violazione può essere repressa con tecniche diverse e lasciando al legislatore la scelta dei tempi e dei modi con cui realizzarla⁵². Queste decisioni certamente non permettono di sostenere l’esistenza del gmo come *extrema ratio*, nella misura in cui non consentono di ritenere obbligata la tutela reintegratoria⁵³. Ma questo non significa che tale principio non sia desumibile in altro modo dalle norme costituzionali⁵⁴. Infatti ragionare diversamente vorrebbe dire identificare il recesso come “ragione ultima” con la reintegra nel posto di lavoro. Essa, tuttavia, è soltanto una tecnica sanzionatoria che, pur potendo

giuridica di tutte le norme della Costituzione, anche di quelle che non si prestano ad una applicazione immediata e diretta. Inoltre, “il principio che impone alle leggi conformità alla Costituzione esclude che l’interprete possa, nel dubbio, ‘attribuire’ alle preposizioni date un significato in contrasto con la Costituzione (...) Alle disposizioni di legge deve darsi interpretazione e ricostruzione rispondente alla Costituzione” (C. ESPOSITO, *Nota a Corte cost. sent. n. 10 del 1957*, *CCost*, 1957, 73).

48 V. sul tema, per tutti, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, *Enc. dir. – Annali*, Giuffrè, 2016, 391 ss.; G. LANEVE, *L’interpretazione conforme a Costituzione: problemi e prospettive di un sistema diffuso di applicazione costituzionale all’interno di un sindacato (che resta) accentrato*, *Federalismi.it*, 17/2011, www.federalismi.it, 1 ss.

49 Su tale giurisprudenza della Corte Costituzionale, oltre agli autori citati nella nota precedente, mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *La giurisprudenza del lavoro cit.*, 634 ss.

50 G. LANEVE, *op.ult.cit.*, 31. In senso analogo T. GROPPI, *op.ult.cit.* 18, con riferimento anche alla giurisprudenza costituzionale. In relazione, agli artt. 41 e 4 Cost. si è affermato che i diritti scaturenti da tali norme non possano “non incidere nei rapporti negoziali privati se non come criteri o direttive d’interpretazione delle leggi che li regolano”: L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica fra diritti inviolabili dell’uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. NAPOLI (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Vita e Pensiero, 1998, 7

51 Su tali aspetti si rinvia, da ultimo e per tutti, a M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione cit.*, 451 ss. (a cui si rimanda per ulteriori riferimenti bibliografici).

52 Sul punto cfr., tra gli altri, V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra Costituzione e diritto europeo*, *RIDL*, I, 2016, 132; S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al lavoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, *WP C.S.D.L.E “M D’Antona”*, *INT*, 46/2006, 13; M. D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell’ordinamento comunitario*, *RGL*, 3, *Supplemento*, 17 ss.; F. LISO, *Il diritto al lavoro*, *DLRI*, 2009, 152; M. BENVENUTI, *Lavoro (principio costituzionale del)*, *EGT*, vol. XVIII, 2009, 12 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo cit.*, 60 ss.; B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” cit.*, 2.

53 In tal senso anche R. ROMEI, *Natura e struttura dell’obbligo di repace* cit., 5. Ma non è questa, ad es., la tesi di un costituzionalista quale M. BENVENUTI, secondo cui la reintegrazione sarebbe una norma “a contenuto costituzionalmente vincolato, ovvero (ricompresa tra quelle) disposizioni, per riprendere la definizione corrente posta da C. cost. sent. n. 16/1979, ‘il cui nucleo normativo non possa venire alterato o privato di efficacia, senza che ne risultino lesi i corrispondenti specifici disposti della Costituzione stessa’” (*op.ult.cit.*, 12 - 13).

54 Così M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo cit.*, 63 - 64.

indirettamente incidere sul problema (per i riflessi che ha sul profilo causale degli interessi in gioco) (v. § 3), non esaurisce la questione. La necessità, infatti, di una seria ragione e non di qualsiasi esigenza economica ed organizzativa può essere desunta anche indipendentemente dal regime sanzionatorio ed alla stregua di una ponderazione dei valori costituzionali, tali da richiedere vincoli più stringenti al recesso economico⁵⁵.

Da questo punto di vista mi sembra che una interpretazione restrittiva del gmo possa essere basata sul “principio lavoristico” che caratterizza la nostra Costituzione. Questa nozione, elaborata da Costantino Mortati⁵⁶ esprime il carattere essenziale che il lavoro assume nella nostra legge fondamentale e la sua attitudine a caratterizzarne il contenuto sia in relazione ai principi fondamentali che ai diritti riconosciuti ai lavoratori a livello individuale e collettivo. Non va dimenticato che l’inserimento del lavoro nell’art. 1 e in altre disposizioni dei primi 12 articoli ha lo scopo di “affermare un carattere di preminenza di ogni attività lavorativa nel sistema dei diritti-doveri spettanti ai cittadini”⁵⁷ e attribuisce ad esso un valore equiordinato agli altri principi costituzionali (democratico, pluralista, personalista)⁵⁸, tale da sottrarlo alla possibilità di una sua revisione costituzionale⁵⁹. Quello lavorista è un “principio di struttura, necessario alla individuazione e definizione dell’ordinamento italiano vigente”⁶⁰, esprime “la sintesi fra il principio personalistico...e quello solidarista”⁶¹ e non può essere considerato “come fine a se stesso, né come mero strumento per il conseguimento dei mezzi di sussistenza, bensì come tramite necessario per l’affermazione della personalità”⁶².

Il secondo comma dell’art. 3 della Costituzione, nel riconoscere che la società è fondata sulle disuguaglianze di fatto⁶³, “è stata considerata una sorta di ‘super norma’ di carattere programmatico che indirizza l’intera legislazione ordinaria (...) e giustifica la funzione ‘correttiva’ del diritto del lavoro, nonché gli interventi pubblici diretti a consentire la effettiva partecipazione dei lavoratori, in condizioni di parità, a tutte le attività socio-economiche”⁶⁴. In tale disposizione trovano riconoscimento “sia diritti e aspettative di diritti che mirano a realizzare una maggiore eguaglianza tra lavoratore e datore di lavoro (e dunque un principio di eguaglianza o giustizia commutativa) sia diritti e aspettative di diritti che mirano a realizzare una

55 Ovviamente l’esistenza di questi limiti potrebbe influenzare la valutazione delle eventuale incostituzionalità dell’ammontare del risarcimento del danno derivante dalla illegittimità del licenziamento. Ma questo è un altro discorso, che non verrà esaminato in questa sede.

56 C. MORTATI, *Il lavoro nella Costituzione*, DL, 1954, I, p. 148 ss. (ora ripubblicato in L. GAETA (a cura di) *Costantino Mortati e “Il lavoro nella Costituzione”: una rilettura*, Giuffrè, 2005, con un saggio di U. ROMAGNOLI, *Costantino Mortati*, 105 ss.); C. MORTATI, *Art. 1*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Foro Italiano, 1975.

57 C. cost. 5 maggio 1967 n. 60, in motivazione.

58 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, Cedam, 1991, 152 ss.; V. ONIDA, *Le Costituzioni*, in G. Amato – A. Barbera (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Il Mulino, 1997, 99 ss.; M. NAPOLI, *Le norme costituzionali sul lavoro alla luce dell’evoluzione del diritto del lavoro*, *Studi in onore di E. GHERA*, 2008, 750.

59 M. BENVENUTI, *Lavoro cit.*, 3 (a cui si rinvia per l’indicazione della giurisprudenza costituzionale su tale principio). M. NAPOLI, *op. ult. cit.* 750.

60 M. BENVENUTI, *op. ult. cit.*, 4.

61 C. MORTATI, *Art. 1 cit.*, 12.

62 C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico cit.*, 157. In senso analogo M. Luciani, *La produzione della ricchezza nazionale*, *Costituzionalismo.it*, 2008, www.costituzionalismo.it, 8.

63 U. ROMAGNOLI, *Art. 3, comma 2*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Foro Italiano, 1975, 165.

64 P. TULLINI, *Art. 3 Cost.*, in R. DE LUCA TAMAJO – O. MAZZOTTA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Cedam, 2013, 13 (a cui si rinvia per le indicazioni degli autori che hanno espresso i concetti sopra descritti).

maggior eguaglianza tra i lavoratori stessi (e dunque un principio di eguaglianza, o giustizia, distributiva)⁶⁵. Questa norma attribuisce al lavoro il valore di “strumento costituzionalmente necessario e privilegiato di un processo permanentemente aperto di *emancipazione* e di *socializzazione* dei consociati, che per ciò solo lo rende *irriducibile alla sua mera dimensione economica*”⁶⁶. Il rapporto di lavoro, in sostanza, non è solo un contratto a prestazioni corrispettive diretto a formalizzare la nascita di un posto di lavoro, bensì uno strumento di emancipazione, inclusione e crescita della cittadinanza attiva di una intera classe sociale⁶⁷.

Il diritto al lavoro di cui all’art. 4 Cost., sicuramente riferito anche al contratto di cui all’art. 2094 c.c., non garantisce un posto di lavoro a ciascun cittadino, né il diritto alla sua conservazione⁶⁸, anche se, in tempi recenti Massimo D’Antona ne aveva proposto una lettura differente. Egli riteneva che la disposizione costituzionale ha “un nucleo che può essere ascritto a ciascun cittadino, indipendentemente” dalle politiche del lavoro a carico dello Stato, consistente “nella garanzia dell’uguaglianza (formale e sostanziale) delle persone rispetto al lavoro disponibile, un’uguaglianza che significa equilibrata concorrenza tra le persone, e sicurezza rispetto ad abusi legati a qualità personali, sia nel mercato del lavoro sia durante il rapporto”. Questo autore fondava su tale principio anche la tutela in materia di licenziamenti⁶⁹. Anche se non si volesse accogliere tale interpretazione, la dottrina e, per alcuni aspetti, la giurisprudenza costituzionale hanno affermato che il diritto del lavoro assume comunque una pluralità di significati. E’ un diritto di libertà allo svolgimento di una attività nella quale si realizza la propria personalità. E’ un diritto sociale nei confronti dei pubblici poteri, obbligati a creare le condizioni per la creazione di occupazione di qualità⁷⁰. Affermare la promozione del diritto al lavoro quale principio fondamentale e quale programma essenziale dello Stato ne dimostra l’assoluta centralità dal punto di vista assiologico, secondo le acquisizioni della dottrina costituzionalista. Ed è proprio tale valore che giustifica le sentenze della Corte in materia di licenziamento a cui si è fatto riferimento. Esse, infatti, anche se non ritengono la reintegrazione quale tutela obbligata, non hanno mai smentito il legame profondo tra art. 4 Cost. (ed altre disposizioni costituzionali) e regole in materia di licenziamenti. Tale disciplina, infatti, è stata sempre considerata come espressione “di quell’indirizzo di progressiva garanzia al diritto del lavoro previsto dagli art. 4 e 35 della Costituzione, che ha portato, nel tempo, ad introdurre temperamenti al potere di recesso del datore di lavoro, secondo garanzie affidate alla discrezionalità del legislatore, non solo quanto alla scelta dei tempi, ma anche dei modi di

65 A. GIORGIS, *Art. 3, 2° co, Cost.*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Utet, 2006, 95.

66 M. BENVENUTI, *Lavoro* cit., 4.

67 M. D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione* cit., 23. Sul tema mi permetto di rinviare anche a V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro*, in M.P. IADICCO – V. NUZZO (a cura di), *Le riforme del diritto del lavoro – Politiche e tecniche normative*, in *Quaderni della Rivista DLM*, 2/2016, Editoriale Scientifica, 2016, particolarmente § 3, testo e nt. 54 ss. (con ulteriori riferimenti bibliografici sul tema).

68 Sull’art. 4 Cost. cfr., oltre agli autori citati nelle nt. precedenti, G. F. MANCINI, *Art. 4*, in G. BRANCA (diretto da), *Commentario della Costituzione*, Zanichelli – Foro Italiano, 1975, 199 ss. ed A. CARIOLA, *Art. 4*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. I, Utet, 2006, 114 ss.; S. GIUBBONI, *Il primo dei diritti sociali* cit., 1 ss. (a questi. a. si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici). Per le sentenze della Corte costituzionale in materia di licenziamenti v. *infra* testo e nt. 71.

69 M. D’ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione* cit., 17.

70 Cfr. gli a. citati nella precedente nt. 68. Si è detto, in particolare, che “nella prospettiva costituzionale...l’efficienza economica non è mai uno scopo, ma è solo un mezzo. Ed è anche e soprattutto la *qualità* del lavoro (non solo per i suoi contenuti ma anche per le sue modalità organizzative) che conta” (M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza* cit., 8).

attuazione”⁷¹. La normativa in materia di licenziamenti, dunque, ha un suo preciso fondamento costituzionale, che deve essere tenuto in considerazione in via interpretativa.

Oltre a definire la “forma Stato”, ad essere strumento di emancipazione e cittadinanza sociale, a concorrere alla formazione della identità e della personalità dell’essere umano, i principi costituzionali in tema di lavoro sono funzionali ad attribuire al lavoratore una serie di diritti che, contemplati negli artt. 35 e ss. della Costituzione, disegnano un incisivo programma di tutele. Si tratta di disposizioni che riguardano profili individuali e collettivi del lavoro ed attribuiscono al lavoratore posizioni soggettive in tema di retribuzione, formazione ed elevazione professionale, mobilità e lavoro all’estero, tempo di lavoro, eguaglianza tra generi, tutela della madre, del bambino, del disabile, protezione contro la disoccupazione, legittimazione del contropotere sindacale (anche in azienda), diritto di sciopero ecc.

Il testo costituzionale, dove il lavoro è fortemente presente anche dal punto di vista quantitativo – perché richiamato direttamente “in ben 23 commi della Costituzione repubblicana”⁷², esprime quindi un *favor* costituzionale “per il lavoratore dipendente rispetto al datore di lavoro, lavoratore anch’esso”⁷³. Tra l’altro, l’inclusione del lavoro tra i principi fondamentali comporta che esso assuma “un ruolo centrale nell’interpretazione costituzionale, specialmente nell’ambito del bilanciamento tra diversi valori costituzionali in gioco, prevalendo su altre regole e principi che supremi non sono”⁷⁴.

Il quadro delineato, quindi, consente di affermare la esistenza di un “principio lavoristico” in evidente posizione di supremazia rispetto ad altri diritti costituzionali connessi all’impresa ed alla attività economica. Il licenziamento può certamente essere ricondotto alla libertà di iniziativa economica privata (art. 41, c. 1, Cost.). Ma le limitazioni al potere di recesso non trovano fondamento soltanto nell’art. 4 della Costituzione o nel secondo e terzo comma dell’art. 41, ma devono essere rivenute in tutte le disposizioni in materia di lavoro e nel superiore rilievo costituzionale sopra delineato⁷⁵. In tale ambito, si può certamente affermare “l’idea del carattere fondante del lavoro” e “la sua prevalenza rispetto alla libertà di iniziativa economica privata”⁷⁶. Senza dimenticare che il riferimento alla sicurezza, libertà e dignità contenuto nel comma 2 dell’art. 41 determina “l’attrazione all’interno della Carta costituzionale di valori attinti dai pilastri portanti dell’esercizio dei diritti umani: valori che *in re ipsa* pongono argini d’ordine negativo all’esercizio e al libero dispiegarsi dell’iniziativa economica privata”⁷⁷.

71 C. cost. 7 febbraio 2000 n. 46; così anche C. cost. 13 ottobre 2000 n. 419 (in motivazione). Questo orientamento è confermato anche da altre decisioni, a cominciare dalla prima, la 45/1966, secondo la quale “il diritto al lavoro va assunto quale misura e limite del potere di recesso dell’imprenditore e quale mezzo per ristabilire fra le parti del contratto di lavoro a tempo indeterminato quella parità che allo stato della legislazione è meramente formale” (C. cost. 9 giugno 1965 n. 45) Tali principi sono stati poi ribaditi dalle successive decisioni (da me analizzate in V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* cit., 131 ss.).

72 M. LUCIANI, *op.ult.cit.*, 4. E questo a. sottolinea che, se ai riferimenti diretti contenuti nel testo costituzionale si aggiungono quelli indiretti, il valore del lavoro nella legge fondamentale diventa ancora più rilevante.

73 P. BARILE, *Diritti dell’uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, 1984, 105.

74 T. GROPPI, “*Fondata sul lavoro*” cit., 18, che riprende la tesi di Mortati.

75 Mentre, al contrario, gli a. che hanno analizzato i limiti costituzionali al potere di licenziamento lo hanno fatto basando le proprie interpretazioni esclusivamente sugli artt. 4 e 41 Cost., senza una valutazione del rilievo complessivo del “principio lavoristico” nella nostra Costituzione.

76 “Quest’ultima non solamente compare solo all’art. 41, ma è subordinata rispetto all’utilità sociale, cioè a quel congiunto di diritti contenuti negli art. 2 e 3, c. I, e art. 41, c. II e III, che, affidando alla legge i programmi ed i controlli per indirizzare e coordinare l’iniziativa economica privata a fini sociali, fa da *pendant* con il II c. dell’art. 3” (G. LOY, *Una repubblica fondata sul lavoro*, DLRI, 2009, 203).

77 S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 63.

Ci si può chiedere se questa dimensione preponderante del lavoro nella Costituzione sia ancora attuale. Si è osservato, infatti, che questo tema è “*démodé*”⁷⁸, “dimenticato”⁷⁹ e caratterizzato da una “caduta di attenzione nel dibattito costituzionalistico”⁸⁰. Si è prospettata la formulazione di un indirizzo dottrinario definito come “revisionista”⁸¹, che individua “nel ‘principio lavorista’ un corollario della libertà dell’individuo, da esplicarsi, nel caso specifico, nei rapporti economici” e dal quale “non emerge, in particolare, alcun progetto implicito di affermazione del lavoro dipendente, in quanto tale, o di una sua specifica affrancazione a scapito di altre forme di lavoro o di attività socialmente utili”⁸². Si è sostenuto che la Costituzione italiana in materia di lavoro è “un testo eminentemente contraddittorio”, che consente soluzioni legislative di qualsiasi tipo, come dimostrano i recenti interventi normativi nettamente peggiorativi della tutela dei lavoratori, ma che non escluderebbe (l’improbabile) reintroduzione di discipline più garantistiche. In questa prospettiva, alle disposizioni costituzionali in tema di lavoro non viene riconosciuta alcuna utilità e si sostiene che esse sul piano giuridico sono “quasi nulla”, con un giudizio esteso all’intero testo costituzionale” e riferito anche al rapporto tra gli artt. 1 e 4 della Costituzione, in collegamento con l’art. 3, comma 2⁸³.

Non è possibile ovviamente esaminare in modo approfondito queste obiezioni. Alcune sembrano dettate più dalla delusione per lo iato tra “promesse” contenute nella Costituzione ed effettive realizzazioni normative, soprattutto in anni più recenti, caratterizzati da “vistosi segnali di arretramento” nelle tutele dei lavoratori⁸⁴. Non bisognerebbe dimenticare, peraltro, che la “fase propulsiva” del diritto del lavoro (dalla metà degli anni ’50 alla fine degli anni ’70) non vi sarebbe stata senza le norme costituzionali in materia di lavoro ed i movimenti politici e sociali che ad essi si sono ispirati. Mentre la riduzione delle tutele è frutto di epocali trasformazioni nell’economia, nella società e nella politica e non è certo ascrivibile alla Costituzione. Indubbiamente la nostra legge fondamentale non delinea “un modello, rigido, compatto, chiuso” di tutela del lavoro e ne contiene una nozione “molto ampia e molto articolata”, tale da ricomprendere forme di attività non necessariamente coincidenti con il lavoro subordinato. Essa, tuttavia, contiene un “nucleo di senso profondo”, identificabile con la protezione e l’emancipazione dei lavoratori subordinati e che, in chiave moderna, consente di estendere tali obiettivi a tutti coloro che prestano lavoro “in condizioni di dipendenza socio – economica, al di là della forma giuridica in cui ciò avviene”⁸⁵. Una conferma di tali conclusioni è rinvenibile nelle sentenze della Corte costituzionale che, in materia di lavoro subordinato, individuano nella Costituzione “principi”, “garanzie” “diritti” “sottratti alla disponibilità delle parti”. “Affinchè sia salvaguardato il loro carattere precettivo e fondamentale, essi devono trovare attuazione ogni volta vi sia, nei

78 C. SALAZAR, *Alcune riflessioni su un tema démodé*, PD, 1995, 3 ss.

79 A. CANTARO, *il diritto dimenticato*, Giappichelli, 2007, 6 ss.

80 R. NANIA, *Riflessioni sulla “costituzione economica” in Italia*, in E. GHERA - A. PACE (a cura di), *L’attuazione dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, Jovene, 2009, 61 ss.

81 I. MASSA PINTO, *Costituzione e lavoro: totem e tabù*, *Costituzionalismo.it*, 3/2012, <http://www.costituzionalismo.it>, 3.

82 G. DI GASPARO, *Il lavoro quale fondamento nella Repubblica*, DP, 2008, 863 ss., spec. 877. Si vedano anche gli ulteriori riferimenti bibliografici indicati da I. MASSA PINTO, *op.ult.cit.*, 15, nt. 5.

83 G.U. RESCIGNO, *Lavoro e Costituzione DP*, 2009, 21 ss., 47, 50, 53 – 54; ID, *Il progetto consegnato nell’art. 3, comma 2, della Costituzione italiana*, in E. GHERA - A. PACE (a cura di), *L’attuazione dei principi fondamentali cit.*, 105.

84 Le parole tra virgolette sono di G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro cit.*, 222. A me sembra che in questo ambito possano essere ricondotte le amare riflessioni di G. U. Rescigno.

85 T. GROPPA, *“Fondata sul lavoro” cit.*, 7 – 8.

fatti, quel rapporto economico – sociale al quale la Costituzione riferisce tali principi, tali garanzie e tali diritti”, con la conseguenza che neanche il legislatore ne può disporre negando la qualificazione di lavoro subordinato⁸⁶. Vi è, in queste decisioni, una evidente conferma del carattere essenziale e fondamentale del principio lavoristico.

La Cassazione, con la sentenza 25201/2016, ha totalmente svalutato il rilievo della tutela costituzionale del lavoro. La Corte, in primo luogo, ha affermato l'impossibilità, per il giudice, di integrare l'art. 3 della l. 604/1966 alla luce delle disposizioni della legge fondamentale, ritenendo che tale attività possa essere compiuta solo dal legislatore (§ 2 e 4). Si tratta di una evidente negazione della interpretazione conforme alla Costituzione, che, come si è visto, è ormai “diritto vivente” nel nostro sistema giuridico. Inoltre la lettura dei principi costituzionali in materia è effettuata in modo assai riduttivo. Gli artt. 4 e 35 della Costituzione vengono interpretati come se da essi derivassero solo limiti (la mancanza di un principio di stabilità del lavoro, la discrezionalità del legislatore nella scelta delle tutele) e non anche vincoli al potere di recesso tali da influenzare l'interpretazione delle norme. Queste due disposizioni, inoltre, vengono considerate in modo isolato e non contestualizzate con altre norme a protezione del lavoro, ignorando completamente il “principio lavoristico” ampiamente analizzato.

L'art. 41, poi, viene considerato in un'ottica che esalta soprattutto la sfera di libertà dell'impresa e la sua capacità competitiva, rinviando al legislatore l'introduzione di eventuali limiti alla scelta (insindacabile) del datore di lavoro di come meglio definire il proprio assetto produttivo. Tale interpretazione richiama quelle sulla supremazia ed intangibilità della iniziativa economica privata rispetto ad altri valori costituzionali “rovesciando” il rapporto con le norme a tutela del lavoro già descritto. Viene così, in primo luogo, ignorata una elaborazione teorica che ha sottolineato come la libertà garantita dal primo comma dell'art. 41 Cost. ha perso “gli antichi connotati di ‘sacertà’ e ‘inviolabilità’; non è menzionata nei ‘principi fondamentali’...è certamente, fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita, (visto che) la preoccupazione prevalente del nostro costituente (è), piuttosto, quella di evitare che l'esercizio di questa libertà leda determinati valori sociali o umani (“l'utilità sociale”, la “sicurezza”, la “dignità umana” di cui al comma 2° dell'articolo in esame) o comprometta le realizzazioni dei “fini sociali” di cui al 3° comma”⁸⁷. Una lettura dell'iniziativa economica, come si vede, ben lontana da quella “apologetica” adottata dalla Cassazione e che ha trovato in Giuseppe Pera il suo massimo sostenitore. D'altra parte la interpretazione espressa dalla Suprema Corte, non considera la stessa giurisprudenza costituzionale che, pur valorizzando il nucleo fondamentale della libertà di impresa, ne impone il bilanciamento con altri valori, desumibili dall'art. 41 e da molte altre disposizioni della legge fondamentale⁸⁸.

86 C. cost. 31 marzo 1994 n. 115, *dejure*, 6, a conferma di quanto già affermato da C. cost. n. 121/1993. Tale principio è stato di recente ribadito da C. cost. 7 maggio 2015 n. 76, *dejure*, 7.

87 F. GALGANO, *Art. 41*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione – Rapporti economici*, Zanichelli – Foro Italiano, 1982, 15.

88 Si è giustamente sottolineato che la sentenza n. 25201/2016 “non spiega in concreto come la tesi del licenziamento inteso quale *extrema ratio* possa risultare incompatibile con l'assetto dei principi costituzionali invariati dalla legislazione sul lavoro” ed affida alla libertà di impresa “un ruolo prevalente sulla tutela del lavoro” (C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 5 e 8).

In piena coerenza con quanto affermato da Cass. n. 25201/2016 si è prospettata una interpretazione assai riduttiva del “principio lavoristico”, che avrebbe contenuto ampio, riferito a tutto il lavoro (non solo subordinato) e comunque di carattere generale, privo di valore precettivo rispetto al licenziamento. Il comma 2 dell’art. 41 imporrebbe limiti alla libertà di licenziamento - in termini di predeterminazione delle ragioni economiche ed organizzative, obblighi formali e controllo sul suo contenuto – senza peraltro definire il livello di “gravità” della causale. Il concetto di “utilità sociale” sarebbe “vago” ed ambivalente, perché l’efficienza dell’impresa potrebbe rientrare in tale nozione, costituendo un valore per l’intera società. L’art. 4 della Costituzione non sarebbe una regola applicabile direttamente ai rapporti tra privati e, in via interpretativa, potrebbe avere senso soltanto se l’art. 3 della l. 604/1966 fornisse spazi per una lettura conforme con il suo contenuto. Non è questo il caso della disposizione in questione, da cui non è possibile desumere l’*extrema ratio*. In sostanza nelle norme costituzionali non sarebbe rinvenibile un “sufficiente ancoraggio” a questa interpretazione restrittiva del licenziamento⁸⁹.

Questa lettura non è condivisibile. E’ qui sufficiente rinviare a tutte le osservazioni svolte in precedenza. La tesi criticata è dissonante con la dottrina costituzionale in materia e con la stessa giurisprudenza della Corte sulla indisponibilità del tipo negoziale. Il “principio lavoristico” va ben oltre gli artt. 4 e 41 Cost., non è una mera direttiva “descrittiva” ma un fondamento della nostra Repubblica ed ha un contenuto assai più incisivo di quello sostenuto da questo autore⁹⁰. Anche l’interpretazione da lui adottata del valore dei principi costituzionali in sede di interpretazione di una legge ordinaria non può essere accolta⁹¹.

Al termine di questa analisi si può dunque affermare che la lettura “restrittiva” dell’art. 3 della l. 604/1966 possa essere basata sulla ponderazione tra iniziativa economica privata (di cui il licenziamento economico è espressione) e tutela del lavoro espressa nella Costituzione⁹².

A diverse conclusioni non si perverrebbe se, negando la prevalenza del principio lavoristico (basata, mi sembra, su dati testuali inequivocabili), si volesse affermare che tutela del lavoro e iniziativa economica privata sono diritti fondamentali equiordinati⁹³. In questo caso, infatti, vi dovrebbe sempre essere un giudizio

89 R. ROMEI, *Natura e struttura dell’obbligo di repechage* cit., 4 – 5. A queste osservazioni, l’a. aggiunge anche il fatto che la giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di licenziamenti non può supportare la tesi dell’*extrema ratio* (5). Su tale aspetto rinvio a quanto detto *retro* in questo §, testo e nt. 52 ss. e 71.

90 Vi è una “svalutazione” evidente di principi costituzionali di contenuto ben più pregnante (oltre a quanto già detto, si rinvia alle ulteriori osservazioni svolte in questo §). A parte questa considerazione, mi pare comunque difficile poter dire che “l’utilità sociale” avrebbe un significato ambivalente, al cui interno potrebbe rientrare anche l’efficienza dell’impresa. Questo “valore” – quale proiezione dell’iniziativa economica privata – trova tutela nel comma 1 dell’art. 41 e non nel 2. Su tale aspetto si rinvia, per tutti, a F. GALGANO, cit. nella nt. 88, oltre che a M. LUCIANI, *La produzione della ricchezza* cit., 11 ss.

91 Secondo ROMEI, infatti, la interpretazione costituzionalmente orientata può consistere anche nel trarre direttamente dai principi costituzionali delle “norme non immediatamente desumibili dall’ordito della disposizione”. Tuttavia questa operazione sarebbe possibile soltanto quando la legge consenta “alternative di senso non coerenti con le opzioni di valore incorporate dalla norma” (non sussistenti nel nostro caso) (ID, *op.ult.cit.*, 5). In realtà così facendo si nega il valore immediatamente precettivo in via interpretativa delle norme costituzionali quali “regola di giudizio”. Proprio perché assume tale carattere, la legge fondamentale può definire un contenuto della disposizione anche diverso da quello della sua formulazione letterale, purché tale senso sia coerente con i valori espressi dalla Costituzione e la norma interpretata abbia un contenuto sufficientemente “elastico” da consentire tale esito interpretativo. Il che corrisponde esattamente alle caratteristiche dell’art. 3 della l. 604/1966.

92 L’*extrema ratio* quale espressione del “bilanciamento tra gli artt. 41 e 4 Cost.” è sostenuta anche da L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, DLRI, 602, 611, 613- 614.

93 In tempi recenti, infatti, la Corte Costituzionale, nel valutare il rapporto tra diritto alla salute (art. 32) e al lavoro (art. 4), ha affermato che “tutti i diritti fondamentali tutelati dalla Costituzione si trovano in rapporto di integrazione reciproca e non è possibile pertanto individuare uno di essi che abbia la prevalenza assoluta sugli altri”, dovendosi quindi necessariamente operare un “continuo e vicendevole bilanciamento” tra essi (C. cost. 9 maggio 2015, n. 85, *de jure*. Su tale decisione cfr. M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, <http://www.cortecostituzionale.it>, 9 ss.). Dubito che,

di bilanciamento, necessario nel caso di esistenza “di un conflitto tra diritti e interessi di rango costituzionale suscettibili di valutazione comparata”⁹⁴. E la ponderazione dei diritti dovrebbe avvenire in base ai “test” di “necessità”, “sufficienza” e “proporzionalità”, oltre che di “ragionevolezza”⁹⁵. In particolare il criterio della “proporzionalità” implica che “la compressione di un diritto o di un interesse costituzionale” sia “non eccessiv(o) in relazione alla misura del sacrificio costituzionalmente ammissibile che, in ogni caso, non può essere tale da annullarne il contenuto essenziale”⁹⁶.

In tale ambito non è “proporzionale” né “ragionevole” una interpretazione dell’art. 41, c. 1, Cost. che sia tale da consentire il licenziamento a fronte di qualsiasi ragione economica ed organizzativa e lo legghi solo alla effettiva e non pretestuosa soppressione del posto di lavoro. In tal modo, infatti, la libertà di impresa verrebbe ad avere un valore assoluto e preponderante sul diritto al lavoro (di cui è riflesso l’art. 3 della l. 604/1966). Dire che il licenziamento è legittimo in quanto basato su una qualunque causale economica purché determini la soppressione del posto, significa infatti affermare che l’iniziativa economica prevale sempre e comunque sulla tutela del lavoro, perché è sufficiente che il recesso non sia giustificato da ragioni connesse alla persona del lavoratore. E, quindi, ogni scelta economica è tale da poter legittimare l’interruzione del contratto, senza che all’iniziativa dell’impresa venga posto alcun limite, perché la arbitrarietà del recesso sarebbe penalizzata soltanto in quanto si agirebbe al di fuori dell’art. 41 Cost., ed indipendentemente dalle modalità di esercizio dell’attività economica.

Al contrario la proporzionalità e la ragionevolezza richiedono che la libertà di impresa sia influenzata da fattori economici od organizzativi che abbiano una consistenza tale da prevalere sull’altro diritto fondamentale al lavoro, senza intaccare, ovviamente, il “nucleo essenziale” dell’iniziativa economica, che deve essere salvaguardato⁹⁷. In sostanza, la sussistenza di serie ragioni che impongano la scelta di sacrificare la conservazione dell’occupazione è collegata alla necessità di garantire un minimo di consistenza al diritto sacrificato (quello al lavoro), che altrimenti sarebbe totalmente subordinato alla iniziativa economica e non verrebbe “bilanciato”.

Queste conclusioni non possono essere confutate alla luce della recente evoluzione normativa che tende ad abbandonare la tutela dell’occupazione intesa come protezione del posto di lavoro ed a valorizzare, con vari strumenti, “il reimpiego del lavoratore che ha perso il posto in una nuova occupazione attraverso le politiche attive del lavoro”⁹⁸. Questa tendenza della legislazione è indiscutibile. Essa non è tuttavia

per le ragioni indicate nel testo, tale conclusione sia estensibile anche al rapporto tra principi costituzionali in tema di lavoro e iniziativa economica privata. Tuttavia non intendo evitare la questione del diverso orientamento della Corte Costituzionale e quindi affronto il problema.

94 A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, *Enc. dir - Annali*, II, t. 2, 196, a cui si rimanda anche per la bibliografia fondamentale (tra cui va annoverato R. Bin, *Diritti e argomenti: il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, 1992; G. Zagrebelsky, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, 1992).

95 Sui test del giudizio di bilanciamento v. A. MORRONE, *op.ult.cit.*, 196; M. CARTABIA, *I principi di ragionevolezza e proporzionalità* cit., 10 ss.; A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, DP, 2016, 625 ss. (particolarmente 650 ss.); G. LOY, *Una repubblica fondata sul lavoro*, cit., 225 ss.

96 A MORRONE, *Bilanciamento* cit., 196.

97 Infatti “i limiti che possono essere prescritti a tale libertà (secondo comma del predetto art. 41) non debbono essere tali da renderne impossibile o estremamente difficile l’esercizio” (C. cost. 21 maggio 1970, n. 78). E, in base alla interpretazione qui proposta, non è questo certamente il caso. Su tal aspetti si vedano anche le riflessioni di S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 63 ss.; A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 7 ss.

98 A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 12 – 13.

sufficiente a legittimare una diversa lettura del gmo, in quanto i principi costituzionali hanno sicura prevalenza quali fattori di interpretazione del contenuto dell'art. 3 della l. 604/1966 rispetto ad altre normative contenute in leggi ordinarie (tutte riferite, tra l'altro, ad istituti diversi dalla nozione del licenziamento economico che è rimasta immutata). Anzi, a ben vedere, bisognerebbe verificare se queste nuove discipline normative, tutte incentrate sulla occupabilità e sul sostegno al reddito del disoccupato, sono coerenti con l'assetto costituzionale. La nostra legge fondamentale certamente consente queste forme di protezione nel mercato del lavoro, ma quali garanzie aggiuntive e non sostitutive di quelle connesse al "principio lavoristico", che riguarda anche e soprattutto le tutele nel contratto di lavoro (licenziamento incluso)⁹⁹.

Mi sembra di poter dire, peraltro, che questa nuova tendenza del legislatore abbia trovato conferma nell'orientamento meno restrittivo espresso recentemente dalla Cassazione con la sentenza 25201/2016. Nella motivazione non vi è traccia delle recenti riforme in materia di licenziamento e l'unica disposizione presa in considerazione è l'art. 30 della l. 183/2010 (su cui si tornerà). Tuttavia penso che questa decisione, con la mancanza di una lettura dei principi costituzionali del lavoro in senso limitativo dell'iniziativa economica privata, l'enfasi sull'art. 41, comma 1, Cost. - che inibirebbe il controllo sulle ragioni economiche ed organizzative "a monte" del recesso -, la sottovalutazione di altri indici normativi di segno contrario è espressione dello "spirito del tempo"¹⁰⁰. Ad un legislatore che riduce in modo drastico le tutele in materia di licenziamento si affianca rapidamente la Cassazione che adotta una interpretazione che, di fatto, consente un uso molto ampio del recesso per ragioni economiche. Vi è quindi una "saldatura" tra legislazione e giurisprudenza che esprime una linea di tendenza chiara: il riequilibrio a favore dell'impresa dei poteri esercitabili nel contratto di lavoro. Inoltre questo orientamento della Cassazione si lega anche alla volontà di ridurre o evitare il controllo giurisdizionale sulle scelte imprenditoriali. Su tale aspetto tornerò in seguito (§ 9).

6. Il rilievo del lavoro nella Costituzione italiana – così sottovalutato dalla più recente giurisprudenza della Cassazione - non è certo contraddetto dai principi in materia previsti dall'Unione Europea. Non vi è dubbio, infatti, che anche le fonti normative dell'Unione attribuiscono un valore centrale alla protezione dei lavoratori. In tale ambito, tra l'altro, la costituzionalizzazione delle "Carte dei diritti" ha indubbiamente accentuato ulteriormente le garanzie in materia. E' altrettanto indiscutibile, tuttavia, che la protezione del lavoro nei Trattati europei non ha lo stesso valore desumibile dalla Costituzione italiana. Basta ricordare, ad esempio, che il lavoro è considerato nella sua dimensione di "libertà" e non di diritto pretensivo nei confronti delle autorità pubbliche¹⁰¹. Oppure al valore preponderante attribuito al diritto della concorrenza, visto anche come limite a diritti fondamentali (come ad es. lo sciopero). Infine non va dimenticato il rilievo attribuito alla

99 In tal senso, ad es., M. BENVENUTI, *Lavoro* cit., 15.

100 Uso queste parole con il significato di tendenza culturale predominante in una determinata fase storica, secondo quanto sostenuto da Hegel nelle sue *Lezioni di filosofia della storia*. Per un'analisi in tempi più recenti e per un significato in parte diverso cfr. E. MORIN, *Lo spirito dei tempi*, Booklet Milano, 2005.

101 In tal senso, ad es., G. LOY, *Una repubblica fondata sul lavoro*, cit., 228; M. BENVENUTI, *Lavoro* cit., 15 (a cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche).

“competitività” quale fattore di bilanciamento dei fini protettivi perseguiti dalle politiche sociali dell’Unione (art. 151, c. 2, TFUE).

Si è rilevato, da questo punto di vista, come la recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia europea (CGE) in tema di rapporti tra libertà di impresa e di diritto del lavoro tenda ad affermare la prevalenza della prima. Attraverso una lettura di tale libertà prevista dall’art. 16 della Carta di Nizza quale diritto fondamentale, si assiste ad un “radicale rovesciamento del rapporto tra regole di mercato e di diritto del lavoro”¹⁰². Il riferimento è alle sentenze *Viking* e *Laval*, ad una decisione in materia di trasferimento di azienda (*Alemo – Herron*) e, in tempi più recenti, alla pronuncia del 21 dicembre 2016 (causa C – 2011/15) in tema di licenziamenti collettivi. Il contesto generale è quello di un “rovesciamento funzionale delle direttive sociali da strumento di protezione dei diritti dei lavoratori a mezzo di tutela dell’interesse del datore di lavoro”¹⁰³, in una lettura assolutizzante “della libertà di impresa e dell’autonomia contrattuale asseritamente garantita dall’art. 16 della Carta di Nizza agli operatori economici”¹⁰⁴. Mentre, con particolare riferimento al licenziamento economico, la Corte afferma che “la libertà di impresa debba trovare la massima garanzia, riducendo al minimo gli ostacoli regolativi”¹⁰⁵.

Questa lettura dei principi europei in tema di lavoro è fortemente criticabile e “la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia ospita visioni alternative a tale riduzionistica ridefinizione in chiave neolibertista della costituzione economica europea”¹⁰⁶. In ogni caso questo possibile (ma non scontato) minor valore della tutela del lavoro nelle fonti europee non è in grado di ridurre il rilievo del principio lavoristico della nostra Costituzione. Infatti, per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia, le disposizioni delle Carte dei diritti (Nizza, Cedu) - che hanno ormai pari valore giuridico di quelle contenute nei Trattati (art. 6 TUE) - non hanno efficacia diretta se non quando vi sia una “norma interposta” da intendersi come fonte normativa che espressamente disciplini la materia (ad es. Regolamento o Direttiva)¹⁰⁷. Come è noto non esiste una fonte normativa europea in tema di licenziamenti individuali. Le disposizioni delle Carte previste dal TUE, quindi, non sono in questo caso applicabili¹⁰⁸. In relazione alle norme contenute nei Trattati (incluse quelle riferite al lavoro), la Corte di Giustizia ha più volte affermato la loro diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali. Tale effetto, peraltro, non si realizza sempre, ma occorre compiere una valutazione caso per caso per verificare se sono presenti determinati requisiti, consistenti nella esistenza di un “obbligo sufficientemente chiaro e preciso”, “incondizionato”, ed in assenza di un “potere discrezionale di Stati membri o delle

102 S. GIUBBONI, *Libertà di impresa e diritto del lavoro nell’Unione europea*, *Costituzionalismo.it*, 3/2016, <http://www.costituzionalismo.it>, 3.

103 S. GIUBBONI, *Libertà di impresa* cit., 23.

104 S. GIUBBONI, *op.ult.cit.*, 4.

105 S. GIUBBONI, *op.ult.cit.*, 27.

106 S. GIUBBONI, *op.ult.cit.*, 4.

107 Su tali aspetti mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti* cit., 140 ed alla sentenza CGE 5 febbraio 2015, causa C – 117/14, *Poclava*. Si veda anche Cass, 30 maggio 2016, n. 11129, che, in motivazione, indica sentenze della Corte di Giustizia Europea che confermano tale principio; Cass. 4 dicembre 2013, n. 27102, con analoghe conclusioni in relazione alla CEDU; CGE 26 febbraio 2013, causa C – 617/10, punto 19, con citazione di numerose decisioni in materia.

108 Il riferimento è all’art. 30 della Carta di Nizza. Mentre la CEDU, a parte il divieto di lavoro forzato o obbligatorio, non contiene disposizioni a tutela del lavoro in generale.

istituzioni comunitarie quanto alle modalità di attuazione”¹⁰⁹. Pertanto, a differenza delle norme contenute nella Costituzione italiana, che in via interpretativa sono la “regola di giudizio”¹¹⁰, le disposizioni dei Trattati europei non hanno un generale valore giuridico come quelle contenute nella nostra legge fondamentale. Non va dimenticato, infine, che la nostra Corte costituzionale, in contrasto con la CGE, ha affermato che le norme europee non potranno essere applicate ove siano lesive dei “principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o attentino a diritti inviolabili della persona umana”¹¹¹. In tale contesto, il “principio lavoristico” é uno tra quelli fondamentali del nostro ordinamento e, per tale ragione, assume un ruolo determinante nell’interpretazione della Costituzione e della legge ordinaria¹¹². L’insieme di tutti questi fattori comporta che l’eventuale effetto “regressivo” della disposizioni dei Trattati (eventuale perché, in verità non è detto che questo sia necessariamente l’esito interpretativo) non potrebbe comunque in questo caso operare.

In realtà tra le fonti normative un ruolo importante può essere svolto dall’art. 24 della Carta Sociale Europea (CSE), recepita nel nostro ordinamento dalla l. 30/1999 e che, in relazione al licenziamento economico, parla di un recesso “basato sulla necessità di funzionamento dell’impresa, dello stabilimento o del servizio”. Il riferimento alla “necessità” lascia intendere che la causale economica – organizzativa, oltre a non poter coincidere con la mera volontà del datore di lavoro e a dover essere causata da fattori esterni all’impresa, debba avere un certo grado di serietà ed importanza. Una formulazione, dunque, che si avvicina alla tesi della *extrema ratio* qui sostenuta, che troverebbe, quindi un fondamento diverso da quello di una lettura costituzionalmente orientata dell’art. 3 della l. 604/1966. Questa disposizione non può essere ignorata dall’interprete. Il suo recepimento nell’ordinamento italiano impone di considerare il suo contenuto come elemento di integrazione dell’art. 3 della l. 604. D’altra parte l’art. 24 può essere utilizzato anche come parametro per una lettura costituzionalmente orientata del giustificato motivo oggettivo. L’art. 117 Cost., infatti, impone al legislatore nazionale il rispetto dei “vincoli derivanti dall’ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali”. La recente giurisprudenza della Corte costituzionale ha affermato che le disposizioni dei trattati internazionali, come la Carta Sociale Europea¹¹³, siano “norme interposte” e devono essere utilizzate come parametro di validità delle leggi, in quanto costituiscono “obblighi di diritto costituzionale”¹¹⁴. Pertanto, sia in conseguenza della legge di recepimento – che rende vincolante per lo Stato italiano tutte le disposizioni della Carta (art. 2 l. n. 70/1999), sia per effetto dei principi sopra descritti che

109 V. Cass. 10 dicembre 2002, n. 17564, *dejure*, 8 ss., per un riepilogo di tali principi alla luce della giurisprudenza europea. Essi peraltro sono risalenti alla sentenza *Van Gend en Loos* 5 febbraio 1963 (causa 26/62) e sono stati successivamente confermate dalla giurisprudenza della Corte. Cfr., sul punto, U. VILLANI, *Una rilettura della sentenza Van Gend en Loos dopo cinquant’anni*, *Studi sull’integrazione europea*, 2/2013, 225 ss.; S. LORENZON, *Teoria degli effetti diretti e applicazione del diritto*, <http://annali.unife.it>, 1 ss., con l’analitica indicazione della giurisprudenza CGE in generale ed in relazione all’individuazione dei parametri già indicati (“chiarezza e precisione”; “norma incondizionata”, ecc.: 12 ss.).

110 Cfr. *retro*, testo e nt. da 46 a 50.

111 C. cost. 21 aprile 1989, n. 232, *CS*, 1989, II, 557. Il principio è stato recentemente ribadito da C. cost. 15 aprile 2008, n. 102, *dejure*.

112 V. *retro* § 5.

113 C. PANZERA, *Per i cinquant’anni della Carta Sociale Europea*, Intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il caso italiano. Il diritto del lavoro tra riforme delle regole e vincoli di sistema* (Reggio Calabria, 5.11.2011), 2011, 10 (dattiloscritto), che riporta la espressa definizione attribuita alla Carta dal Comitato Europeo dei Diritti Sociali, secondo la quale essa è «un comune trattato internazionale». In senso analogo C. ZANGHI, *Comunità europea, Enc. dir., Aggiornamento*, IV, Giuffrè, 2000, 303.

114 G. ZAGREBELSKY - V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, 2012, 239, con riferimento alle sentenze n. 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale che hanno sancito i principi descritti. In senso analogo F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Wolters Kluwer, 2015, 91-92.

attribuiscono all'art. 24 un valore costituzionale, questa disposizione ha un rilievo determinante nella definizione del contenuto del giustificato motivo oggettivo.

La Cassazione, nella recente decisione n. 25201/2016, ha escluso qualsiasi valore precettivo dell'art. 24, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia Europa, secondo la quale questa disposizione, pur contenuta in un trattato internazionale, sarebbe estranea al "diritto dell'Unione"¹¹⁵. Tale principio è corretto nella misura in cui la Carta Sociale Europea, non contemplata dall'art. 6 del Trattato UE che è la fonte che ha "costituzionalizzato" le Carte dei diritti, esclude la competenza della Corte di Giustizia a sindacarne il contenuto. Ma la Cassazione ignora completamente il vincolo derivante dal recepimento della CSE nell'ordinamento italiano, che attribuisce alle disposizioni ivi contenute un valore particolare, perché le leggi di recepimento dei trattati internazionali hanno una "forza di resistenza" superiore rispetto alle successive leggi ordinarie¹¹⁶. Essa inoltre non considera il valore "costituzionale" dell'art. 24, alla luce dei principi enucleati dai giudici di legittimità sopra descritti. La mancata considerazione della norma della Carta Sociale è una lacuna grave della sentenza, probabilmente comprensibile in base al fatto che il suo contenuto avrebbe reso molto più difficile giustificare l'orientamento assunto dalla Cassazione sul gmo.

In definitiva le fonti europee non sono in grado di ridurre la valenza interpretativa del principio lavoristico della nostra Costituzione, che è tale da legittimare una lettura del gmo come *extrema ratio*. Tale conclusione è ulteriormente rafforzata dall'art. 24 della CSE che, come si è visto, si pone quale fondamento ulteriore ed autonomo di una interpretazione restrittiva dell'art. 3 della l. 604/1966.

7. A questo punto è necessario soffermarsi sulle varie ipotesi di licenziamento economico, per verificare come la tesi del gmo quale "ragione ultima" debba essere concretamente declinata nella varietà di situazioni in cui si può sostanziare il giustificato motivo oggettivo.

Sono necessari, peraltro, alcuni chiarimenti preliminari. In primo luogo è ora possibile comprendere perché il licenziamento presupponga la soppressione del posto di lavoro, non sia possibile la sostituzione di un lavoratore con un altro meno costoso o più efficiente, vi sia la necessità del *repechage*. Come si è già detto, se il gmo viene a coincidere con *qualsiasi* ragione economica ed organizzativa, questi elementi sarebbero del tutto privi di giustificazione (§ 4).

A parte queste osservazioni, il licenziamento per gmo non può comunque coincidere con un recesso economico non pretestuoso o arbitrario, secondo una impostazione teorica risalente nel tempo¹¹⁷ ed oggi tornata prepotentemente in auge. Una interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3 della l. 604/1966 e l'art. 24 della CSE impongono sia un controllo sulle ragioni economiche ed organizzative che

115 Cass. 25201/2016, cit., 7.

116 Infatti, non è sufficiente che la norma posteriore intenda disciplinare "in modo diverso gli stessi rapporti quanto quella di ripudiare gli impegni internazionali assunti. Ne consegue che una derogazione o modifica delle norme di adattamento del trattato per semplice incompatibilità con una legge posteriore non è possibile" (B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, Editoriale Scientifica, 2006, 293).

117 Si tratta della tesi di Giuseppe Pera già analizzata: § 3 e nt. 20 e 21.

sono alla base della soppressione del posto di lavoro, sia la sussistenza di cause “serie” e di un certa gravità che comportino il licenziamento.

Da questo punto di vista un punto corretto di equilibrio tra iniziativa economica privata ed interesse alla conservazione dell’occupazione può essere individuato nella “necessità” del recesso per il “funzionamento dell’impresa”, secondo le indicazioni desumibili dalla Carta Sociale Europea. Questa situazione si colloca in una posizione intermedia tra inevitabilità del licenziamento e mera opportunità della sua realizzazione. Nel primo caso l’interruzione del contratto potrebbe essere effettuata soltanto quando verrebbe in gioco la stessa sopravvivenza dell’impresa, in uno stato di decozione tale da imporre il fallimento o il ricorso a procedure concorsuali o comunque in una situazione che, pur non coincidendo con tale ipotesi, ne pregiudicherebbe comunque la sua permanenza sul mercato. Si tratterebbe di una compressione dell’iniziativa economica eccessiva e non corrispondente all’assetto degli interessi anche desumibili dal “principio lavoristico”, che riduce in modo consistente il potere di licenziamento ma non lo rende possibile soltanto quando è in gioco la stessa continuità dello svolgimento dell’attività produttiva. Il licenziamento “opportuno” è quello tale da determinare una riduzione di costi o un miglioramento dell’azienda, ma che, pur avendo effetto positivo sulla sua gestione o efficienza, può essere evitato senza eccessivi sacrifici per l’impresa. Questo avviene quando il datore di lavoro, anche in sua assenza, è in grado di realizzare utili e continuare ad essere competitivo sul mercato utilizzando magari altri strumenti che consentano di garantire tali effetti (innovazioni tecnologiche, modifiche organizzative, interventi finanziari o di riassetto societario, sinergie commerciali o produttive che, senza incidere sui livelli occupazionali, garantiscano i miglioramenti perseguiti e così via). Il questo caso il recesso comprimerebbe in modo eccessivo la tutela del lavoro garantita dalla Costituzione. Il licenziamento “necessario” è invece quello imposto da circostanze esterne che ne richiedano la realizzazione, perché la conservazione del posto di lavoro sacrificerebbe in modo rilevante le esigenze economiche ed organizzative dell’impresa, imponendo costi, diseconomie o inefficienze troppo elevati anche utilizzando gli strumenti alternativi prima descritti. E tali circostanze devono “assumere una gravità sufficiente ad incidere in modo *significativo* sugli equilibri organizzativo-produttivi dell’impresa”¹¹⁸. In ogni caso, comunque, il datore di lavoro deve dimostrare che non vi sarebbe possibilità di occupazione alternativa per il lavoratore (*repechage*). Infatti, se vi sono altre attività a cui il dipendente può essere adibito, la necessità economica – pur sussistente – è tale da determinare soltanto la soppressione di specifiche mansioni ma non anche la definitiva eliminazione di una posizione organizzativa in azienda. In relazione a tale ultimo aspetto il “principio lavoristico” svolge un ruolo essenziale quale elemento di compressione ulteriore della iniziativa economica privata.

In coerenza con questa impostazione generale si può passare all’analisi della casistica, che, come si vedrà, è in parte coincidente con l’orientamento giurisprudenziale più restrittivo, rispetto al quale sono però necessarie alcune precisazioni¹¹⁹.

118 S. Varva, *Il licenziamento economico* cit., 69.

119 Nell’analisi delle varie ipotesi non mi occuperò delle ipotesi di “regolare funzionamento” dell’organizzazione del lavoro legate alla persona del lavoratore e non derivanti da profili disciplinari.

In relazione alle “ragioni inerenti all’attività produttiva” si deve trattare di causali “serie e non convenientemente eludibili”, non coincidenti con “un generico programma di riduzione dei costi”, né con “un generico ed astratto timore di conseguenze sfavorevoli”¹²⁰. E’ necessaria quindi una situazione di crisi non contingente ma protratta per un determinato periodo temporale che la giurisprudenza individua spesso in un periodo di due o tre anni. Essa deve avere una certa consistenza e non essere di modesta entità. Deve imporre una riduzione dei costi tramite la soppressione del posto di lavoro e l’eliminazione della posizione organizzativa, non evitabile con altri strumenti a disposizione dell’impresa o comunque tali da determinare incrementi degli oneri economici o inefficienze incompatibili con lo stato di crisi esistente. In ogni caso, poi, occorre fornire la prova della impossibilità del *repechage*¹²¹. La situazione di crisi può essere desumibile da indici vari, quali la riduzione delle commesse, le passività di bilancio, il decremento del fatturato, la crescita dell’indebitamento bancario, un aumento dei costi di gestione derivante dai fattori prima indicati, oppure una consistente riduzione del margine operativo lordo ecc. Tali indici possono essere considerati separatamente o in modo congiunto. L’assenza di tali elementi determina l’illegittimità del licenziamento¹²².

L’interpretazione qui proposta coincide, salvo le precisazioni che seguiranno, con l’orientamento più restrittivo assunto per molti anni dalla Cassazione con riferimento alle “situazioni sfavorevoli non contingenti”, che impongono una “effettiva necessità di riduzione dei costi” e con esclusione, quindi delle condizioni economiche che non abbiano i requisiti di serietà descritti. E molte delle caratteristiche sopra delineate sono state desunte proprio dalla casistica concreta sottoposta alla Suprema Corte ed alle motivazioni utilizzate in queste decisioni.

Non mi sembra che possa assumere rilievo il fatto che il recesso sia dettato dalla volontà di incrementare i profitti. Questa affermazione giurisprudenziale è stata fortemente criticata sia perché è labile la distinzione tra aumento dei profitti e risparmio dei costi¹²³, sia perché essa sarebbe espressiva di un orientamento retrivo ed antieconomico della giurisprudenza, con una valutazione negativa di un dato fisiologico dell’impresa (che nasce appunto per realizzare utili). In verità, l’analisi delle decisioni che affermano tale principio dimostra come spesso il riferimento ai profitti sia soltanto rituale e che l’analisi sul gmo venga effettuata in base ad elementi diversi¹²⁴. Il che sollecita a non enfatizzare troppo un simile argomento. Comunque, in senso generale, l’affermazione è di per sé non accettabile, perché in una economica di mercato i profitti sono la stessa ragione di vita dell’impresa. Essa, peraltro, pur se erronea, può essere accolta soltanto quale sinonimo

120 Sono parole espresse da Cass. 14 aprile 1991, n. 4164. Questa decisione contiene poi l’affermazione, spesso ripetuta nella giurisprudenza successiva, delle “situazioni sfavorevoli non contingenti” (v. *retro* § 2).

121 Si rinvia alla giurisprudenza più restrittiva citata nel § 2. Si vedano anche le sentenze indicate da S. VARVA, *Giurisprudenza e licenziamento economico* cit., 2016, 1 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 47 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 25 ss., 65 ss.

122 In caso, quindi, di crisi di non rilevante entità o di carattere congiunturale, di assenza della effettiva soppressione del posto e così via. Per l’analisi di tali presupposti e per la loro graduazione anche in relazione al regime sanzionatorio previsto dall’art. 18 della l. 300/1970 mi permetto di rinviare a V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo* cit., 344 ss.

123 S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 56.

124 In tal senso V. NUZZO, *La norma oltre la legge* cit., 104, che parla di affermazioni riproposte “*ad abundantiam*”, riprendendo la tesi di L. NOGLER (*La disciplina dei licenziamenti individuali* cit., 641 – 642), secondo il quale tali espressioni non assumono alcun rilievo nella risoluzione del caso concreto. Si veda anche S. Varva, *Il licenziamento economico* cit., 57 (con citazione di altri autori che aderiscono a questa tesi).

della carenza di una serie crisi economica e della volontà, tramite il licenziamento, di ridurre i costi in assenza di tale presupposto.

Il licenziamento potrebbe anche essere giustificato dalla volontà di prevenire una crisi aziendale¹²⁵. Tuttavia lo stato di difficoltà economica evitabile dovrebbe essere consistente e non modesto, alla luce di quanto si è già detto. Inoltre, in questo caso occorrerebbe dimostrare il nesso causale tra recesso ed esclusione della crisi, con la necessità di fornire una prova certamente più difficile – ma non impossibile – rispetto a quella in cui si deve dimostrare l'esistenza di una serie situazione sfavorevole già in atto¹²⁶. Quanto poi al rapporto tra licenziamento e necessità di preservare la competitività dell'impresa – secondo una precisa opzione teorica¹²⁷, la questione deve essere risolta in base al medesimo schema concettuale. Gli elementi in grado di incidere sulla competitività sono diversi (riduzione dei costi, innovazione tecnologica, maggiore efficienza organizzativa ecc.). Tuttavia, nella logica della *extrema ratio*, bisognerà provare che senza uno o più licenziamenti economici sarebbe messa in pericolo la capacità dell'impresa di stare sul mercato in modo efficiente (in relazione ai costi alla organizzazione, alla qualità dei processi e/o dei prodotti). Ovviamente sarà necessario dimostrare che il recesso è in relazione di strumentalità con la finalità di evitare la perdita della competitività o di recuperarla. E, in tale ambito, come nel caso in cui si intenda evitare una crisi aziendale, valore fondamentale potranno avere l'applicazione delle conoscenze proprie delle scienze aziendalistiche (§ 8). Se così non fosse, d'altra parte, si tornerebbe alla problematica già esaminata: poiché qualunque riduzione dei costi è di per sé tale, sul piano teorico, da poter incrementare la competitività del datore di lavoro, dovremmo ritenere il licenziamento sempre giustificato, con una interpretazione non accettabile.

I fattori di crisi prima descritti devono essere sopravvenuti rispetto all'assunzione del lavoratore¹²⁸. Se infatti la costituzione del contratto fosse stata realizzata in presenza degli elementi negativi prima indicati è lo stesso datore di lavoro a ritenere che una nuova posizione organizzativa è compatibile con la situazione aziendale e tale da non legittimare il licenziamento, che sarebbe quindi privo di giustificazione. La crisi descritta, in linea di massima, sarà connessa a fattori esterni alla volontà imprenditoriale, collegati all'andamento del mercato e a tutte le variabili macro o microeconomiche che possano influenzare l'andamento dell'impresa¹²⁹. In ogni caso, anche se essa fosse la conseguenza di errori gestionali del datore di lavoro, tale elemento sarebbe irrilevante. I motivi a fondamento della ragione economica sono sottratti al controllo giurisdizionale (v. § 8). Comunque, impedire il recesso per gmo in quanto la sussistenza di serie

125 S. VARVA, *op.ult.cit.*, 2015, 53 (con ulteriori indicazioni bibliografiche).

126 Su tale aspetto v. *infra* § 8, testo e nt. 163 ss.

127 In tal senso R. DE LUCA TAMAJO (le cui tesi saranno esaminate nel prossimo paragrafo) e R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento*, cit., 710.

128 Così S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 2015, 70, con indicazione degli orientamenti giurisprudenziali che confermano tale principio (citati a nt. 163); Id., *Giurisprudenza e licenziamento economico* cit., 7. Questo a. rileva come “affermare che il recesso possa essere giustificato anche da una ragione economica già sussistente *ab initio*... significherebbe ritenere ammissibile che parte del rischio imprenditoriale possa essere ‘scaricato’ sul rapporto di lavoro” (70 – 71). L'osservazione è sicuramente condivisibile. La necessità di esigenze economiche od organizzative sopravvenute è confermata anche da M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 25.

129 Tale aspetto è stato già analizzato nel § 4 (testo e nt. 34 ss.). La necessità che il gmo si basi su eventi esterni alla mera volontà dell'imprenditore è sottolineato da S. VARVA, *op.ult.cit.*, 69; M. FERRARESI, *op.ult.cit.*, 24, con indicazione di altri autori favorevoli a tale tesi.

condizioni economiche negative sarebbe il frutto di scelte imprenditoriali errate comporterebbe una compressione eccessiva dell'iniziativa economica privata, al di fuori di un corretto bilanciamento con il principio lavoristico. E questo anche in considerazione della naturale rischiosità di molte delle decisioni assunte dall'impresa e dalla impossibilità di esprimere un esatto giudizio prognostico sulla loro efficacia.

La crisi deve determinare la soppressione del posto di lavoro. L'intensità della tutela accordata al lavoratore richiede che la situazione di difficoltà economica sia tale da non consentire il mantenimento della posizione organizzativa in azienda, unita alla prova della impossibilità del ricollocamento in altre mansioni. Si è già spiegato per quale motivo la soppressione non possa coincidere con la sostituzione di un lavoratore meno costoso o più efficiente¹³⁰. In linea generale, si tratterebbe di ragioni economiche perfettamente plausibili per un recesso per gmo. Tra l'altro, in relazione ad un soggetto dotato di una maggiore professionalità specifica ed in grado di incrementare l'apporto di qualità all'impresa, si è in presenza di condizioni certamente importanti, in un contesto produttivo che valorizza sempre più il valore delle performance in chiave di maggiore produttività¹³¹. Tuttavia, in questo caso si privilegia la conservazione dell'occupazione già esistente rispetto al valore aggiunto per l'impresa in termini di costi e di maggiore efficienza, sempre nell'ottica del bilanciamento già descritta. Senza dimenticare che il divieto di sostituzione potrebbe essere ricondotto alla tutela della dignità del lavoratore (art. 41, c. 2, Cost.) e come difesa "dalla concorrenza al ribasso esercitata da altri lavoratori"¹³².

La soppressione del posto può anche avvenire con la redistribuzione delle mansioni presso altri lavoratori. In questo caso, infatti, la posizione organizzativa viene eliminata, purché l'attribuzione delle attività lavorative ad altri sia effettiva e riguardi la parte preponderante dei compiti che in precedenza erano svolti dal lavoratore licenziato¹³³. La soppressione non sussiste nel caso di assunzione di altro lavoratore adibito alle stesse mansioni o a prestazioni analoghe in tempi ravvicinati dopo il licenziamento¹³⁴. Lo stesso può dirsi in presenza della effettuazione di lavoro straordinario da parte di altri dipendenti in rapporto alle medesime attività lavorative e così via. Si è affermato che, per dimostrare l'effettività della operazione, sei mesi costituirebbero il tempo ragionevole entro cui non dovrebbero esservi nuove assunzioni, ai sensi dell'art. 8 della l. 223/1991¹³⁵. Questa ultima disposizione, in verità è stata abrogata con decorrenza dal 1 gennaio 2017 ed in conseguenza dell'art. 2, comma 71, lettera b) della l. 92/2012. Tuttavia essa rinviava al diritto di precedenza di sei mesi, tuttora previsto dall'art. 15, comma 3, della l. 264/1949 in caso di riduzione del

130 V. *retro* § 4 testo e nt. 38 ss. In questo caso si tratta della impossibilità di giustificare il recesso con la sostituzione di una persona con un'altra. La questione è diversa nel caso di effetto sostituivo dovuto alla introduzione di una tecnologia *labour saving* o della esternalizzazione di una certa attività ad una impresa esterna (v. *infra* in questo §). Su tali aspetti cfr. anche M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 73 ss.

131 Questi profili sono particolarmente sottolineati da B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo"* cit., 12 ss. Anche S. VARVA (*Il licenziamento economico* cit. 2015, 76) ammette la sostituzione con un dipendente dotato di migliore professionalità.

132 M. NOVELLA, *Considerazioni sul dialogo tra dottrina e giurisprudenza*, in O. MAZZOTTA (a cura di), *Ragioni del licenziamento e formazione culturale del giudice*, Giappichelli, 2008, 110. La tesi secondo cui la sostituzione del lavoratore violerebbe l'art. 39 Cost., che introdurrebbe un divieto di concorrenza tra i lavoratori, è stato espresso da M. T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 135. In senso analogo R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 12 – 13; V. NUZZO, *La norma oltre la legge* cit. 99.

133 Avevo già espresso in precedenza tale opinione (V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo* cit., 344, nt. 240). In senso analogo M. FERRARESI, *op.ult.cit.*, che parla di soppressione parziale, purché riferita alle "mansioni principali" (75).

134 Si rinvia alla dettagliata casistica giurisprudenziale sottolineata da V. NUZZO, *op.ult.cit.*, 97.

135 M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 10.

personale. Indubbiamente questo periodo temporale può costituire un indice presuntivo efficace, ma non incontrovertibile¹³⁶. Tutto dipende, infatti, dalla situazione concreta. La sussistenza di una modifica sostanziale delle condizioni economiche dell'azienda tale da richiedere una nuova assunzione nelle mansioni sopresse è il vero fattore decisivo (come nel caso dell'arrivo di nuove commesse che consentano di superare la crisi e richiedano professionalità corrispondenti a quelle sopresse). E tale situazione può anche richiedere tempi più brevi o più lunghi di sei mesi, con una verifica da effettuare caso per caso¹³⁷.

Il licenziamento presuppone un nesso causale tra ragione economica, soppressione del posto ed individuazione del soggetto ad esso adibito. In base a parametri di "normalità tecnico – organizzativa"¹³⁸, vi dovrà essere un rapporto di connessione necessaria tra i tre elementi sopra indicati. Se dunque il recesso viene motivato come legato alla crisi di un particolare settore dell'azienda (un reparto, un ufficio, una unità produttiva) o tale da determinare riflessi su specifiche professionalità, la soppressione del posto dovrà riguardare quelle persone e non altre. Mentre, qualora la ragione economica è riferita all'intero complesso aziendale ed ha quindi un carattere più indifferenziato, il nesso causale è meno stringente, potendo essere riferito potenzialmente a tutti i lavoratori interessati. In questo caso è la stessa soppressione del posto a dimostrare l'esistenza del rapporto causa – effetto con la crisi dell'impresa¹³⁹. In entrambe le situazioni descritte (nesso casuale più specifico o più generico) la soppressione potrebbe riguardare più lavoratori tutti fungibili nelle professionalità. In tale ipotesi si dovrà operare una ulteriore selezione, in base ai principi di correttezza e buona fede o in applicazione analogica dei criteri previsti dall'art. 5 l. 223/1991¹⁴⁰. Il rapporto tra licenziamento ed eliminazione della posizione organizzativa dovrà considerarsi escluso in presenza di elementi sintomatici, già analizzati, che mettano in discussione la veridicità della soppressione (assunzione di altri lavoratori, effettuazione di straordinari ecc.).

Il nesso causale va tenuto rigorosamente distinto dal problema del *repechage*. Nel primo caso si tratta di collegare crisi economica, soppressione della posizione organizzativa e lavoratore. Nel secondo, occorrerà dimostrare che non vi sono altri posti di lavoro disponibili diversi da quello che si intende eliminare. Non vi è dubbio, peraltro, che la sussistenza del nesso causale diventa uno degli elementi fondamentali per valutare la effettività della cancellazione del posto di lavoro e del licenziamento.

Il gmo può anche essere basato su ragioni di carattere organizzativo. I casi tipici sono una riorganizzazione della struttura produttiva che, tramite differente distribuzione dei compiti e maggiori sinergie tra i dipendenti, renda superflue alcune posizioni lavorative. Oppure, l'introduzione di nuove

136 Così M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 25 ss. e 76. L'a. analizza il tema ritenendo che questo arco temporale possa essere desunto anche dalla disciplina in tema di somministrazione, con il divieto della sua utilizzazione per mansioni per le quali, nei sei mesi precedenti, siano stati previsti licenziamenti collettivi. A questo saggio si rinvia per l'indicazione di bibliografia sul punto e di ulteriori criteri elaborati dalla dottrina.

137 In sostanza, il criterio da adottare in questo caso è quello della sopravvenienza di circostanze che mutino le esigenze economiche che hanno determinato la situazione di crisi e la necessità della eliminazione della posizione organizzativa. Ed ovviamente è necessario che siano presenti entrambi i requisiti (superamento della crisi e necessità delle medesime professionalità licenziate).

138 In coerenza con quanto sostenuto da G. GIUGNI, secondo cui l'art. 3 della l. 604/1966 "finisce per richiamare l'applicazione di alcune comuni regole tecniche e massime di esperienza" (*Intervento*, in AA.VV., *Il licenziamenti nell'interesse dell'impresa* cit., 103).

139 La questione mi sembra molto meno complessa di come viene espressa da alcuni autori che hanno recentemente analizzato questo problema (S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 32; M. FERRARESI, *op.ult.cit.*, 72 ss.).

140 B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo"* cit., 12; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giusta causa e giustificato motivo* cit., 345. A questi a. si rinvia per le indicazioni giurisprudenziali.

tecnologie che determinino la stessa situazione di esubero. Nello stesso contesto può essere ricondotta la esternalizzazione di determinate attività lavorative, che vengono affidate ad un'altra impresa e non più gestite direttamente dal datore di lavoro, con conseguente soppressione di uno o più posti di lavoro. In tale ambito può essere ricompresa qualsiasi innovazione organizzativa, consistente in “ogni decisione di modifica sia della organizzazione tecnico materiale – ad esempio, l'introduzione di un nuovo processo di lavorazione – sia della organizzazione del lavoro – ad esempio, introduzione del lavoro su più turni, modificazione del rapporto organici – impianti”¹⁴¹.

L'*outsourcing* deve essere tenuto distinto dalla mera sostituzione di un singolo lavoratore per effetto di un contratto di somministrazione, di un rapporto di lavoro autonomo o di un distacco. Sebbene queste ipotesi possano essere ricondotte ad un concetto ampio di esternalizzazione e di riorganizzazione della struttura produttiva, credo che esse siano diverse dalla dismissione di determinate attività per effetto di appalto. Il primo caso può agevolmente essere assimilato all'avvicendamento del dipendente licenziato con un soggetto meno costoso. Si tratta infatti di un mero effetto sostitutivo, che non è in grado di concretizzare una reale soppressione del posto di lavoro¹⁴². La somiglianza tra le due situazioni consente quindi di applicare i medesimi principi già analizzati¹⁴³. Quando invece la eliminazione della posizione organizzativa deriva dalla decisione del datore di lavoro di dismettere la gestione diretta di alcune attività lavorative e di affidarle ad un'altra azienda, si è in presenza di una scelta che non consiste nella mera sostituzione del singolo lavoratore, ma presuppone invece una riorganizzazione dell'impresa in senso più o meno ampio e corrisponde, quindi, alla ipotesi contemplata dall'art. 3 della l. 604/1966.

A questo punto occorre chiedersi se e quando queste ipotesi “inerenti...all'organizzazione del lavoro” possano giustificare il licenziamento individuale economico. L'orientamento più recente della Cassazione esclude addirittura la necessità di fornire la ragione per cui si è proceduto alla soppressione del posto di lavoro, che deve essere valutata soltanto se il datore di lavoro decida ugualmente di fornire una giustificazione “a monte” della eliminazione della posizione organizzativa (una ristrutturazione per innovazione tecnologica, un *outsourcing* ecc.). Una motivazione ulteriore che, alla luce del principio enucleato dal Cass. 25201/2016, sarebbe del tutto superflua ed imporrebbe all'impresa la necessità di spiegare perché si è proceduto alla soppressione del posto. In tal modo essa si esporrebbe ad un controllo (e ad una prova) che potrebbe tranquillamente evitare, limitandosi ad affermare che si è semplicemente eliminata la posizione organizzativa e non vi sono gli estremi per il *repechage*. E' facile prevedere che, se questo orientamento giurisprudenziale si consolida, il datore di lavoro eviterà di fornire motivazioni...non richieste, che si trasformerebbero in una scelta...autolesionistica. Nell'ambito di tale interpretazione, in realtà, non si pone un problema di giustificazione della esigenza produttiva. Tuttavia si è a lungo spiegato che questa impostazione non può essere accolta.

141 F. LISO, *La mobilità* cit., 80.

142 In tal senso anche R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 14.

143 *Contra*, tuttavia, Cass. 9.7.2012, n. 11465, relativa al licenziamento di una biologa, con sostituzione di una professionista esterna e risparmio di costo di Euro 30.000 annuali. Qui peraltro, la Corte non si è posta il problema della sostituzione singola ed ha ritenuto che il risparmio fosse tale da giustificare il recesso.

A parte queste considerazioni, occorre ora comprendere se la riorganizzazione produttiva è di per sé tale da configurare un gmo purché si concretizzi nella soppressione del posto di lavoro e non vi sia la possibilità del *repechage*. Oppure se, per giustificare il recesso, non sia sufficiente *qualsiasi* ragione inerente all'organizzazione del lavoro ed occorra invece un elemento ulteriore. Alla luce dell'analisi sino ad ora effettuata, è evidente come il criterio della "necessità" sia il parametro per valutare se il riflesso che le modifiche organizzative determinano sul rapporto di lavoro sia tale da consentire il licenziamento. Ma quando una innovazione organizzativa può essere definita come necessaria ai fini del gmo? Si è affermato che "il licenziamento giustificato non è semplicemente quello conseguente a scelte insindacabili di riorganizzazione, quali esse siano e quali finalità perseguano, ma quello reso necessario da esigenze organizzative che si impongono al datore di lavoro stesso e che siano verificabili secondo criteri, non solo di effettività, ma di razionalità e di serietà"¹⁴⁴. In altre parole "il datore di lavoro non può procedere come e quando vuole ai riassetto organizzativi dell'azienda"¹⁴⁵ e le innovazioni debbono rispettare le condizioni descritte. Ricordando, tra l'altro che, come si è già spiegato, esse devono avere una serietà tale da incidere in modo significativo sugli equilibri organizzativo-produttivi dell'azienda.

Qualche esempio potrà essere utile. Il primo criterio è quello della incidenza sui costi. Se l'innovazione (si immagini la robotizzazione di un intero reparto o l'introduzione di altre tecnologie che riducano la necessità di lavoro umano, incrementando in modo elevato la produttività) determina una sensibile riduzione dei costi aziendali si è certamente in presenza di un giustificato motivo oggettivo. Tale riduzione, in coerenza con il principio del bilanciamento già analizzato, non può essere ovviamente modesta e deve avere una certa consistenza al fine di evitare una eccessiva compressione dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro. Tra l'altro questa situazione, pur potendo condizionare ovviamente anche i profitti - ma, come si è detto, si tratta di un profilo che non assume rilievo - influenza aspetti rilevanti della vita dell'impresa. Infatti i risparmi sul costo del lavoro si possono tradurre in risorse liberate per ulteriori investimenti produttivi in azienda - incrementandone la redditività, l'efficienza, la produttività - e la riduzione dei costi può incidere sui prezzi di produzione e, quindi sulla stessa competitività dell'impresa sul mercato¹⁴⁶. La prova di questa sensibile riduzione dei costi non si presenta neanche particolarmente impegnativa per il datore di lavoro, in quanto si tratta di paragonare le spese connesse alla innovazione organizzativa (il costo del nuovo macchinario, del software, della nuova tecnologia) con risparmi legati al costo del lavoro¹⁴⁷.

144 C. PONTERIO, *La valutazione del giudice* cit., 7.

145 Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, cit., 3.

146 Non condivido la tesi di S. VARVA, secondo il quale l'innovazione tecnologica (ad es. un nuovo software) non costituirebbe un gmo quando essa è già utilizzata da tempo sul mercato ed il datore di lavoro, pur potendola introdurre, abbia deciso di adottare un diverso modello organizzativo che prescinde da essa (*il licenziamento economico* cit., 76). Mi sembra che, a parte la difficoltà di individuare il momento temporale in cui la nuova tecnologia diventi di generale applicazione, si tratta di una interpretazione eccessivamente rigida. Le ragioni sopra indicate sono sufficienti a configurare, in questo caso, l'innovazione come "necessaria", purché ovviamente esse siano effettivamente esistenti.

147 Il giudizio potrà essere effettuato anche *ex post*, dopo il licenziamento ed in conseguenza dei risparmi effettivamente realizzati sino a quel momento. Ma tale valutazione potrebbe essere effettuata anche *ex ante*, alla luce della futura considerazione sulla possibile riduzione dei costi, connessi alla mancata erogazione delle retribuzioni ed all'ammortamento del valore economico dell'innovazione.

Ad analoghe conclusioni si può giungere nel caso in cui l'innovazione organizzativa non si sostanzia nel mutamento tecnologico, ma in una riorganizzazione del lavoro che, eliminando diseconomie, incrementando le sinergie tra i dipendenti, aumentando la loro produttività in relazione alla professionalità già esistente o acquisibile (e così via) sia in grado di realizzare, senza il/i lavoratori licenziati, consistenti risparmi per l'impresa, legati anche alla maggiore efficienza che ne può scaturire¹⁴⁸.

Altri elementi determinanti possono essere costituiti dal fatto che le innovazioni tecnologiche od organizzative siano in grado di incrementare la qualità dei processi o dei prodotti e di migliorare l'efficienza del sistema in termini di tempi di produzione, riduzione degli errori o dei malfunzionamenti, elevazione dello standard qualitativo e quantitativo ecc. Si tenga presente che, da questo punto di vista, si assiste da numerosi anni allo sviluppo di tecniche che consentono di migliorare gli standard di qualità ed efficienza dei sistemi organizzativi, tramite l'introduzione di processi e controlli che investono tutti gli aspetti più rilevanti della produzione (acquisti di materiali, gestione ordini clienti, progettazione, erogazione del prodotto e del servizio, gestione del personale, delle attività di miglioramento interno, della manutenzione e dei mezzi aziendali ecc.). Queste tecniche, che sono propedeutiche a certificazioni internazionali (come la UNI EN ISO 9001), sono in grado di individuare con un elevato grado di esattezza la qualità dei processi organizzativi e la loro incidenza in termini di efficienza e risultati quantitativi e qualitativi. In base ad esse, dunque, è possibile sia introdurre innovazioni organizzative che perseguano tali obiettivi sia criteri che ne consentano la misurazione in termini di *output*, di miglioramento e di costo¹⁴⁹. Ed è altresì evidente che, tramite queste tecniche, il datore di lavoro è in grado di dimostrare come la riorganizzazione possa giustificare, anche indipendentemente dai costi, uno o più licenziamenti economici. In questi casi, infatti, la soppressione del posto è connessa a rilevanti miglioramenti organizzativi che legittimano il sacrificio dell'interesse alla conservazione dell'occupazione. E questa valutazione può essere estesa a qualsiasi riorganizzazione, incluse le esternalizzazioni di fasi, produzioni, servizi, come pure le sinergie connesse allo sviluppo di contratti di rete e così via.

Ovviamente gli elementi indicati (innovazioni tecnologiche, gestionali, qualità e quantità dei processi e dei prodotti, riduzione dei costi) possono tutti concorrere tra loro, oltre ad essere oggetto anche di una considerazione separata. Ed è altrettanto ovvio che, anche in questo caso, sarà necessario dimostrare la rilevanza e la serietà dell'innovazione organizzativa e che essa sia in nesso causale con una effettiva soppressione del posto, in coerenza con quanto già in precedenza descritto, oltre alla dimostrazione della impossibilità del *repechage*.

8. La interpretazione qui proposta, come si è visto, conduce a conclusioni molto diverse da quella espresse dalla Cassazione con la sentenza n. 25201/2016 e già descritta in precedenza. Le conclusioni

148 Efficienza oggi più facilmente misurabile e prevedibile, in coerenza con gli sviluppi delle scienze organizzative: v. *infra* nel testo.

149 La bibliografia relativa a questa materia è sterminata, ed è quindi impossibile anche abbozzare delle indicazioni sulla letteratura esistente. Si tratta di metodologie di studio proprie delle scienze economiche aziendalistiche, che, ormai, da lunghissimo tempo, hanno raggiunto un elevato livello di attendibilità e diffusione, diventando uno strumento ordinario di misurazione della efficienza delle imprese e dei metodi per il raggiungimento degli obiettivi indicati nel testo.

recentemente espresse dalla Suprema Corte sono tuttavia condivise da una parte della dottrina¹⁵⁰. Queste tesi si fondano su argomentazioni che devono essere analizzate, anche se, come si vedrà, alcune obiezioni sono già desumibili da quanto si è sostenuto in precedenza. Esse, comunque, in coerenza con Cass. n. 25201/2016, sono tutte accomunate dall'idea che, in ogni caso, il gmo presuppone la soppressione del posto di lavoro. Questa affermazione, peraltro, si espone ad alcune considerazioni critiche.

La prima osservazione è che, come si è giustamente osservato, in tal modo si fa coincidere la ragione economica o organizzativa (la causa del recesso) con l'effetto (l'eliminazione della posizione organizzativa), con una tesi che "risolve il requisito del GMO in una sorta di tautologia precettiva, per cui la giustificazione del licenziamento si rinviene nella soppressione del posto, cioè nello stesso licenziamento"¹⁵¹. La tesi mi sembra incontestabile, visto che senza dubbio la soppressione è la conseguenza di una scelta imprenditoriale basata su ragioni economiche, graduabili da quelle più stringenti (come una grave crisi) a quelle meno restrittive (ad es. la volontà di ridurre, seppure in misura ridotta, i costi di gestione), ma che si collocano *prima e al di fuori* della soppressione stessa. Considerazioni analoghe si possono fare quando la eliminazione del posto deriva da una riorganizzazione degli uffici (per aumentarne l'efficienza), dalla introduzione di una tecnologia *labour saving*, dalla esternalizzazione di un settore aziendale per diminuire oneri economici e/o incrementare la qualità del lavoro. Anche in queste situazioni vi sono sempre esigenze aziendali "a monte" a cui *consegue* la soppressione, che, secondo la tesi qui criticata, diventa invece elemento autosufficiente per legittimare il recesso. La tautologia contenuta nella interpretazione descritta è ben colta da una autorevole dottrina, che rileva come, ai fini del gmo, non è sufficiente il venir meno dell'interesse imprenditoriale alla prosecuzione del rapporto, ma occorre "invece che il datore di lavoro realizzi una scelta organizzativa la cui attuazione implica la soppressione del posto di lavoro che legittima il licenziamento"¹⁵². Questa teoria poi predica la insindacabilità di tale scelta e di fatto giunge alle stesse conclusioni della interpretazione qui criticata¹⁵³. Tuttavia essa coglie una contraddizione che caratterizza il nuovo orientamento giurisprudenziale e che non mi sembra possa essere superata.

Vi è poi una ulteriore considerazione. Di fatto, nella misura in cui la soppressione del posto è il gmo e le ragioni che ne sono a fondamento sono un elemento estraneo alla fattispecie – appartenente ad una sfera intangibile delle prerogative imprenditoriali su cui non è possibile indagare – si viene a far coincidere il recesso economico con una scelta rimessa alla pura volontà del datore di lavoro¹⁵⁴. E' sufficiente che il posto venga espunto dall'organizzazione perché il licenziamento sia legittimo, con un controllo giurisdizionale che può spingersi solo a verificare la effettività della situazione affermata dall'impresa e la sua non pretestuosità, che si avrebbe quando, al contrario, la "vera" ragione del recesso sarebbe diversa (atti illeciti o

150 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 1 ss.; A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 1 ss.; M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 1 ss.; B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo"* cit., 1 ss.; R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repaceage* cit., 6

151 A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 4; C. PONTERIO (*Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 8) sottolinea come la interpretazione qui criticata (ed accolta da Cass. 25201/2016) "guardi agli esiti del processo di riassetto organizzativo e in nessun modo alle 'ragioni' dello stesso, espressamente richiamate nell'art. 3 L. 604/1966").

152 A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 14; conf. R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, 2 (dattiloscritto) 3 – 4; R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repaceage* cit., 1

153 A. MARESCA, *op. ult. cit.*, 10 ss.

154 In tal senso anche C. PONTERIO, *Il nuovo orientamento della Cassazione* cit., 8.

discriminatori; cause connesse a comportamenti disciplinarmente rilevanti del lavoratore). In questo modo, tuttavia, si viene a realizzare una perfetta simmetria tra assunzione e licenziamento economico. Nel primo caso la legge affida al datore di lavoro una piena libertà, non chiedendogli di giustificare in alcun modo la ragione per cui decide di dare vita ad una nuova posizione organizzativa in azienda e regolando solo le tipologie contrattuali utilizzabili (la maggior parte delle quali, tra l'altro, sono del tutto "acausali"). Qui, dunque, l'ordinamento giuridico non prevede alcuna forma di controllo. Le ragioni economiche ed organizzative dell'assunzione, che certamente sussistono, non interessano la legge e sono insindacabili. Se il recesso economico si identifica con la soppressione del posto, si viene a realizzare la stessa situazione simmetricamente contraria. La scelta di eliminare la posizione organizzativa è di per sé giustificativa dell'interruzione del contratto di lavoro, come l'assunzione legittima la sua costituzione. Tuttavia, nel caso del licenziamento, il potere di recesso non è "acausale" come l'assunzione, ma presuppone alcuni requisiti tipizzati dalla legge. L'effetto paradossale sarebbe quello per cui due poteri (di creazione ed eliminazione del posto di lavoro), pur essendo soggetti a requisiti completamente diversi, verrebbero totalmente parificati, nonostante la legge li regoli in modi completamente differenti¹⁵⁵. In realtà, in questo caso l'unica distinzione tra assunzione e recesso economico sarebbe che nel secondo vi è il *repechage*, che altererebbe la simmetria tra le due ipotesi. Ma sembra difficile poter ridurre l'art. 3 della l. 604/1966 soltanto a tale aspetto, che certamente non attiene alle ragioni a fondamento del licenziamento ma riguarda un elemento ulteriore, connesso alla mancanza di una vera e propria soppressione del posto se vi è una possibile occupazione alternativa. Questa equiparazione di fatto tra due istituti così diversi è un ulteriore elemento di criticità della interpretazione esaminata e recentemente accolta dalla giurisprudenza della Cassazione.

Le argomentazioni descritte sono di per sé sufficienti a confutare la tesi qui contestata. Senza dimenticare che essa non spiega perché vi sia la necessità della soppressione del posto di lavoro. Tale caratteristica, come già detto (§ 4), può trovare fondamento esclusivamente nella teoria della *extrema ratio*.

Mi sembra, peraltro, che altre considerazioni possano essere espresse nei confronti delle argomentazioni utilizzate dalla interpretazione criticata in questa sede. Si è sostenuto che la formulazione letterale dell'art. 3 della l. 604/1966 non contiene "alcun riferimento lessicale atto a consentire una rilevanza e una 'selezione' delle causali che hanno indotto la modifica organizzativa, tale che solo alcune e non altre legittimerebbero il licenziamento"¹⁵⁶. Questa affermazione è condivisibile, come già detto (§ 4). Questa tesi, peraltro, dimentica che anche in passato, a parità di contenuto della disposizione, si sarebbe dovuti arrivare alla medesima conclusione, che è invece stata rifiutata in base ad una interpretazione sistematica della norma letta con altre disposizioni. Anche oggi il contenuto dell'art. 3 deve essere definito alla luce di dati extratestuali, per mezzo di una lettura costituzionalmente orientata e utilizzando anche l'art. 24 della CSE (§ 5 e 6).

Si afferma, poi, che nella disposizione sul gmo mancherebbero quelle formulazioni, contenute nelle discipline vigenti in Spagna e Francia, che legittimano il recesso economico in presenza di elementi che specificano la qualità e quantità delle causali economiche ed organizzative ("perdita attuale o prevista", "riduzione persistente degli utili o delle vendite" per un determinato periodo temporale; "calo delle

155 Rileva questo aspetto anche S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 72.

156 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 6.

commesse o del volume di affari”; impossibilità di un licenziamento “dettato da finalità di mero miglioramento del profilo finanziario” ecc.)¹⁵⁷. Il legislatore italiano, invece, non ha operato in tale modo. Dunque, ragionando “*a contrario*”, si dovrebbe ritenere che “le finalità a monte della causale tecnica, organizzativa e produttiva” non dovrebbero avere alcun rilievo in chiave interpretativa¹⁵⁸, mentre, nella normativa nazionale, mancherebbe un dato testuale che attribuisca rilevanza ad “un requisito tipizzato e aggiuntivo rispetto alla mera soppressione del posto”¹⁵⁹. Si può replicare che le “finalità” – intese come scopi che il datore di lavoro persegue con il recesso – sono irrilevanti. Occorre solo verificare se in effetti sussistono le ragioni economiche ed organizzative previste dall’art. 3 della l. 604/1966. La legge non parla di soppressione del posto che è un requisito desumibile da una interpretazione restrittiva della disposizione (§ 4) e non può, quindi, essere considerato come un elemento della fattispecie rispetto alla quale le causali organizzative sono un fattore “tipizzato e aggiuntivo”. La soppressione è uno dei requisiti in cui si estrinsecano le “ragioni” previste dall’art. 3. La comparazione tra disciplina nazionale e quelle proprie di Francia e Spagna non consente di affermare che tra esse sussiste una differenza strutturale. In entrambi i casi, infatti, il licenziamento deve basarsi su causali oggettive la cui esistenza consente il recesso economico. L’unica distinzione è che in Italia esse sono formulate in forma generica (con una norma a “fattispecie aperta”) e senza una casistica dettagliata che ne individui in modo più specifico il contenuto. D’altra parte far coincidere le “ragioni” economiche ed organizzative con la soppressione del posto – come sostiene questa interpretazione - si presta alle critiche già analizzate in precedenza.

Un altro argomento a favore della tesi in questa sede non accolta sarebbe rinvenibile nella differenza tra gmo e disciplina dei licenziamenti collettivi. In quest’ultimo caso vi è una netta distinzione tra la causale organizzativa e i “motivi” alla base della situazione di eccedenza, che devono essere comunicati alle organizzazioni sindacali. Questa distinzione non è presente nell’art. 3 della l. 604/1966. I secondi, dunque, sono privi di rilievo, rispetto alla “soppressione del posto e al conseguente licenziamento”¹⁶⁰. In verità i “motivi” contenuti nell’art. 4, c. 3, della l. 223/1991 altro non sono che la esplicitazione delle “ragioni” previste dall’art. 24 della medesima legge (“riduzione o trasformazione di attività o lavoro”) o, in caso di ricorso alla cigs, dal c. 1 dell’art. 4 (“non essere in grado di garantire il reimpiego a tutti i lavoratori sospesi e di non poter ricorrere a misure alternative”). In definitiva, poiché le causali organizzative previste dalla legge sono generiche, in sede di consultazione sindacale si chiede semplicemente di esprimere in forma dettagliata e connessa alla specifica realtà aziendale in cui vi è l’esubero quali sono le “ragioni” previste dalla legge. In sostanza si impone al datore di lavoro di “dare contenuto” a formule legislative astratte (così come, nel gmo, si chiede di concretizzare, in quell’impresa, quanto è astrattamente previsto dall’art. 3 l. 604/1966). Dunque, alla differenza semantica non corrisponde una diversa concettualizzazione. Ai sindacati bisogna spiegare “perché” si licenzia, nei limiti delle condizioni che legittimano il recesso e che sono tipizzate dalla legge. Nulla di più o di meno. E l’informativa non può che riguardare le ragioni di crisi o di carattere organizzativo

157 R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, a cui si rinvia per l’indicazione analitica delle discipline esistenti in questi paesi.

158 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo cit.*, 8.

159 R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, 7.

160 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo cit.*, 8 - 9; in senso analogo A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento cit.*, 8 - 9.

che consentono la riduzione di personale. La conferma di quanto si sta asserendo può essere rinvenuta nell'analisi della giurisprudenza relativa alla informativa sindacale ai sensi dell'art. 4 della l. 604/1966. Le motivazioni delle sentenze nelle quali si valuta la completezza e la veridicità dei "motivi" comunicati ai sindacati dimostrano come essi siano perfettamente coincidenti con la descrizione delle causali organizzative che legittimano la eccedenza di mano d'opera.

In senso parzialmente diverso, ma con un evidente collegamento a quanto sostenuto in relazione ai licenziamenti collettivi, si ritiene che un controllo sulle ragioni a fondamento del licenziamento significherebbe valorizzare i "motivi" del recesso. Tuttavia essi hanno rilievo soltanto in casi eccezionali, come nell'ipotesi del licenziamento discriminatorio di rappresaglia o pretestuoso. Pertanto non avrebbero spazio "motivi... ulteriori rispetto alla causale oggettiva"¹⁶¹. In verità le "ragioni" espresse nell'art. 3 della l. 604/1966 sono appunto condizioni oggettive di legittimazione del recesso che nulla hanno a che vedere con "intenti" personali del datore di lavoro che esprimono finalità vietate dalla legge in modo espresso (come nel caso delle discriminazioni) o in senso generale (come nel motivo illecito, in quanto in contrasto con norme imperative, ordine pubblico o buon costume)¹⁶². Ancora una volta si sovrappongono istituti giuridici diversi. Quando la legge subordina l'esercizio dei poteri imprenditoriali a presupposti di legittimità di carattere economico organizzativo (si pensi, ad esempio al trasferimento di un lavoratore) impone soltanto la valutazione sulla loro esistenza, senza che possano assumere rilievo ragioni personali del datore di lavoro diverse dalla causale oggettiva. Ed anche in questo caso il controllo del giudice non può fermarsi alla verifica dell'effettivo mutamento di sede del lavoratore ma si estende alle ragioni tecnico produttive che ne sono a fondamento¹⁶³.

Si afferma, inoltre, che consentire il licenziamento solo in presenza di una grave crisi economica permetterebbe di modificare l'organizzazione del lavoro solo in questo caso e non anche "per prevenire o contenere una crisi imminente o per ottimizzare l'efficienza o la competitività dell'impresa"¹⁶⁴. In realtà non è così. La "necessità" del recesso – che non implica, come si sostiene, la presenza di una situazione di "tracollo" dell'impresa¹⁶⁵ - può essere giustificata anche in tali ipotesi, purché vi siano i requisiti rigorosi già descritti, che possono riguardare sia la volontà di evitare una possibile crisi futura sia la necessità di preservare la competitività dell'impresa (§ 7). L'unica differenza è che, in questo caso, l'onere probatorio a carico dell'impresa può essere più difficile, ma certo non impossibile alla luce delle acquisizioni proprie delle scienze ragionieristiche ed aziendali. Queste ultime, infatti, sono in grado di individuare, con elevato grado di probabilità, quali fattori possono incidere, in futuro, sulla profittabilità e redditività dell'impresa (in relazione a costi industriali, oneri finanziari, possibile evoluzione del mercato ecc.). Chi ha consuetudine con

161 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 10, che richiama una tesi espressa da G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, DLRI, 2014, 416.

162 "Il motivo illecito - che, se comune ad entrambe le parti, quando sia stato il solo a determinarne la volontà, comporta la nullità del contratto - si identifica con una finalità vietata dall'ordinamento, poiché contraria a norma imperativa o ai principi dell'ordine pubblico o del buon costume, ovvero poiché diretta ad eludere, mediante detta stipulazione, una norma imperativa": Cass. 9 luglio 2009, n. 16130.

163 In questo caso, infatti, il datore di lavoro deve dimostrare che lo spostamento di sede, anche se non inevitabile, costituisca "una delle ragionevoli scelte adottabili sul piano tecnico, organizzativo e produttivo" (Cass. 30 maggio 2016, n. 11126).

164 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 9.

165 Come invece sostiene R. DE LUCA TAMAJO, *op. ult. cit.*, 9.

la lettura dei bilanci e dei documenti ad essi allegati (Nota integrativa, Relazione sulla gestione ecc.) può agevolmente rendersi conto della realtà di quanto si sta affermando, perché in essi si trova non solo la descrizione dell'esistente ma anche la individuazione delle misure necessarie a risolvere le situazioni di crisi o difficoltà, con giudizi prognostici sulle possibili evoluzioni negative dell'andamento aziendale e sulle misure da intraprendere per prevenire tali conseguenze.

Si sostiene, poi, che sarebbe difficile “adottare parametri di riferimento oggettivi e condivisi attraverso cui misurare il carattere contingente o meno di una crisi economica”¹⁶⁶. Una tesi che non considera come, al contrario, la giurisprudenza abbia, con una elaborazione ormai pluridecennale, proprio consentito di individuare tali “parametri” (ad es. la permanenza, per un certo periodo temporale di bilanci negativi, una consistente riduzione della liquidità, un eccessivo indebitamento bancario ecc.) che sono enucleabili, tra l'altro, proprio dall'acquisizione delle scienze aziendalistiche già citate. Una riprova evidente di quanto si sta sostenendo è rinvenibile proprio nelle enunciazioni contenute nelle legislazioni di altri paesi europei dove sono utilizzate nozioni analoghe a quelle descritte e che sono frutto appunto della esperienza concreta e delle elaborazioni delle scienze citate (*retro* in questo §). Vi è poi una ulteriore considerazione. In molti altri settori del diritto, la legge affida al giudice un controllo analogo a quello richiesto per il gmo. Basti pensare, nell'ambito del Diritto fallimentare, alla valutazione dei requisiti per essere ammessi a procedure concorsuali, in assenza, anche in questa ipotesi di una tipizzazione normativa di casi specifici. In tale ambito, ad es., il fallimento presuppone “lo stato di insolvenza”, che “si manifesta con l'inadempimento o altri fatti esteriori, i quali dimostrino che il debitore non è più in grado di soddisfare regolarmente le proprie obbligazioni” (art. 5, R. D. n. 267/1942). Si è in presenza, anche in questo caso, di una “norma aperta” o di una clausola generale” (v. *retro* § 5, testo e nt. 45 ss.), con nozioni generiche – non molto dissimili da quelle espresse nell'art. 3 della l. 6047/1966 - che presuppongono una integrazione interpretativa da parte della giurisprudenza, che si è puntualmente verificata con una casistica assai dettagliata. Non a caso gli orientamenti in materia fallimentare si esprimono in termini di una "situazione d'impotenza, non transitoria, a soddisfare le proprie obbligazioni, dipendente dalla inadeguatezza delle risorse attive rispetto alle esposizioni debitorie” (T. Cagliari 31 marzo 2013 n. 56). Si sostiene, inoltre, che essa non è esclusa “dalla circostanza che l'attivo superi il passivo e che non esistono conclamati inadempimenti esteriormente apprezzabili” (Cass. 27 marzo 2014, n. 7252) e può sostanziarsi in fattori ulteriori desumibili “dai dati dell'esperienza economica”¹⁶⁷. Non si comprende perché ciò che è possibile nel Diritto fallimentare o commerciale dovrebbe essere escluso in ambito lavoristico.

Si ritiene che “ove la crisi riguardi un solo settore o reparto aziendale, e non altri, viceversa redditivi, all'imprenditore resterebbe preclusa la soppressione del settore deficitario e dei relativi posti di lavoro”¹⁶⁸. In verità la giurisprudenza ha da tempo ammesso che la situazione di crisi possa essere limitata soltanto ad una

166 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 9.

167 Ad es. “nell'incapacità di produrre beni con margini di redditività da destinare alla copertura delle esigenze dell'impresa (prima di tutte l'estinzione dei debiti), nonché nell'impossibilità di ricorrere al credito in condizioni normali” (Cass. 27 marzo 2014, n. 7252).

168 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 9, in adesione alla tesi di C. PISANI, *Il giustificato motivo oggettivo e le incertezze della giurisprudenza*, MGL, 2016, 435 ss.

parte dell'azienda e che, quindi, la necessità del licenziamento possa riguardare soltanto i lavoratori ad essa addetta¹⁶⁹. In questo caso la settorialità della crisi assume rilievo in relazione ai posti di lavoro da sopprimere, mentre l'andamento positivo di altri settori aziendali può avere valore in rapporto al possibile *repechage*.

Si afferma che “il recesso dal contratto in generale è legittimato soltanto dalla impossibilità sopravvenuta ‘non imputabile’ a chi recede o dalla eccessiva onerosità sopravvenuta; nel g.m.o. di licenziamento nulla evoca la necessità della non imputabilità, della sopravvenienza, della imprevedibilità, della straordinarietà o della eccessività, tipiche, appunto, delle causali risolutive di diritto comune; ciò che induce ad escludere la rilevanza di ‘qualificazioni’ ulteriori della causale organizzativa”¹⁷⁰. Si può obiettare che il recesso, quale potere unilaterale di interruzione del contratto, segue logiche diverse dai rimedi sinallagmatici dei contratti. Infatti esso può essere esercitato *ad nutum*, anche in assenza di inadempimento (artt. 1373; 2118; 1671 c.c.) o per la sussistenza di una giusta causa (art. 2119) ed a prescindere dai fattori sopra indicati, che sono, quindi, privi di qualsiasi rilievo euristico. D'altra parte il licenziamento è un recesso soggetto alle “ragioni” previste da una legge speciale. E' all'interno di tale normativa – integrata da fonti esterne (Costituzione, altre fonti primarie, eventuali disposizioni dei contratti collettivi) – che occorre trovare la definizione del suo contenuto, a prescindere dalle caratteristiche proprie della risoluzione o della rescissione dei contratti.

In senso più generale si afferma che l'art. 3 della l. 604/1966 è una norma che “‘limita’ il principio di stabilità, facendo prevalere su di esso l'interesse dell'imprenditore a dimensionare liberamente la propria iniziativa economica”, con una disposizione sbilanciata a “tutela dei valori attinenti al sistema di produzione, senza che a questi fini rilevi l'interesse antagonistico del lavoratore, che recupera uno spazio solo a ridosso del c.d. obbligo di *repechage*”¹⁷¹. Una prima osservazione: in considerazione del fatto che la disposizione del 1966 è rimasta immutata occorrerebbe quanto meno spiegare come sia possibile che un numero assai elevato di studiosi assai autorevoli, seguiti da consistenti orientamenti giurisprudenziali, abbia espresso opinioni esattamente contrarie. A meno di non ritenere che si sia in presenza di un enorme “abbaglio collettivo”, si deve ritenere che l'art. 3 consente una lettura completamente alternativa a quella proposta, in base a indici normativi diversi. E non è un caso che, in realtà, l'interpretazione più restrittiva sia fondata proprio sulla esistenza di un interesse alla conservazione del posto di lavoro, che trovava nello statuto dei lavoratori numerose conferme (§ 3). Oggi il quadro normativo è cambiato ed occorre trovare una nuova ragione giustificativa della *extrema ratio* (*retro* §§ 5 e 6). Mi sembra peraltro impossibile non confrontarsi con questa evoluzione e proporre in modo apodittico una lettura della disposizione senza confrontarsi con l'insieme delle regole giuridiche desumibili dal sistema¹⁷².

In realtà, come si è visto, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 3 della l. 604/1966, oltre che al contenuto dell'art. 24 della CSE, comportano una soluzione opposta a quella qui criticata. La necessità del licenziamento economico basata su quest'ultima disposizione ed imposta anche dal bilanciamento tra

169 In tema di licenziamenti collettivi si vedano, tra le tante, Cass. 6 novembre 2013, n. 24990; Cass. 11 dicembre 2014, n. 26104; Cass. 7 luglio 2015, n. 13953 (e molte altre).

170 R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, 9.

171 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 10 – 11.

172 La interpretazione qui criticata contesta anche la tesi del *quid novi* (espressa da S.VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 68 ss.) e della sopravvenienza della causale organizzativa che legittima il recesso. Mi sembra, al contrario, che quest'ultimo criterio abbia una sua precisa giustificazione: v. *retro* § 7 testo e nt. 128 ss.

principio lavoristico desumibile dalla Costituzione e iniziativa economica privata non consente di accogliere la tesi contraria alla *extrema ratio* (§ 5). E non vi è dubbio che, a parte le obiezioni sopra indicate, sia proprio l'assenza del rilievo del "vincolo interpretativo costituzionale" e del contenuto di fonti pattizie europee (recepite nel nostro ordinamento) il limite più grande della interpretazione contraria, con un giudizio estensibile anche alla recente sentenza della Cassazione n. 25201/2016 (§ 5 e 6)¹⁷³.

Si è sottolineato come la soluzione adottata recentemente dalla Cassazione legittima "una scelta sostanzialmente autoreferenziale del datore di lavoro" totalmente libero di riorganizzare la propria impresa e licenziare "senza che a ciò osti la presenza o meno di ulteriori variabili economico – aziendali e senza considerazione dei controinteressi del lavoratore". Tale conclusione, peraltro, sarebbe giustificata dai valori propri del "modo di produzione capitalistico: l'efficienza, la razionalità, l'economicità"¹⁷⁴. E soltanto una cultura ispirata dalla "diffidenza ideologica nei confronti di tali valori nonché della produttività e dell'utilità aziendale, maturata negli anni '70, ma certo poco attuale in un sistema globalizzato e altamente competitivo" poteva giustificare conclusioni oggi non più attuali¹⁷⁵. In verità si può obiettare che far coincidere il gmo con una scelta assolutamente libera del datore di lavoro è in contrasto con la tecnica legislativa di sottoporre il potere imprenditoriale a ragioni tecnico organizzative sindacabili dal giudice, la cui esistenza... sarebbe inspiegabile se il titolare del contratto di lavoro potesse operare a suo piacimento¹⁷⁶. D'altra parte i valori della "efficienza, razionalità economicità" devono essere temperati con quelli del lavoro, almeno fino a quando l'ordinamento nazionale ed europeo continuano a ritenere che la tutela della subordinazione costituisca ancora uno scopo fondamentale della regolazione giuridica. Soltanto la totale obliterazione di questo assetto assiologico dei sistemi giuridici contemporanei può condurre a ritenere che l'interesse dell'impresa debba costituire l'unico elemento di riferimento per l'interpretazione di istituti, come la tutela contro il licenziamento ingiustificato, che sono sorti con la finalità di proteggere il lavoratore dinanzi alle scelte economiche ed organizzative dell'impresa e non per assecondare *sempre e comunque* le decisioni assunte dal datore di lavoro.

Tra le ragioni poste a fondamento della tesi più "liberista", la Cassazione, con la sentenza 25201/2016, utilizza anche l'argomento che la interpretazione contraria si tradurrebbe, di fatto, in un controllo "sulla congruità ed opportunità della scelta organizzativa", estraneo all'art. 3 della l. 604/1966 ed inibito dalla normativa vigente¹⁷⁷. Anche questo aspetto deve essere dunque approfondito.

9. La Suprema Corte ritiene dunque, che il controllo sulla ragione "a monte" del gmo "trasmoda inevitabilmente" in un sindacato sul merito della scelta organizzativa. Tale controllo sarebbe in contrasto con l'art. 30 della l. 183/2010, che non può essere considerata come una norma "assolutamente priva di

173 Non è un caso che uno dei più autorevoli sostenitori della tesi "liberista", a cui si è fatto continuamente riferimento in questo §, dedichi al (solo) art. 41 Cost. poche parole (R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 15) senza approfondire una questione che avrebbe meritato ben altra analisi.

174 R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, 15, che riporta le parole di F. MANCINI, *Il diritto del lavoro rivisitato*, PD, 1973, 728.

175 R. DE LUCA TAMAJO, *op.ult.cit.*, 15.

176 Ho già analizzato tale aspetto in precedenza: v. § 4 testo e nt. 34 ss. e § 7.

177 V. *retro* § 2, il testo dopo la nt.16.

significato”. Essa, in verità, inibirebbe un giudizio comparativo tra diverse soluzioni adottate dall’impresa e consentirebbe soltanto la valutazione della “esistenza stessa di una ragione organizzativa o produttiva”¹⁷⁸.

La Cassazione, in tal modo, prende posizione su un dibattito risalente nel tempo, che trova il suo precursore nella autorevole opinione di Giuseppe Pera, secondo il quale il giudice deve limitarsi a verificare l’effettività della scelta imprenditoriale all’origine del licenziamento ed il nesso di causalità tra essa ed il recesso, senza estendere la valutazione alle scelte economiche ed organizzative che ne sono a fondamento¹⁷⁹. In pratica si esprimeva una opinione favorevole alla “libertà dell’imprenditore in ordine al se, al come al quanto dell’impresa” escludendo non solo “l’idea della funzionalizzazione sociale dell’iniziativa economica privata” ma anche “un sindacato sulla razionalità tecnica dell’azione imprenditoriale”¹⁸⁰. Questa tesi aprì un serrato dibattito sia in dottrina e giurisprudenza, con la netta prevalenza dell’opinione secondo cui il controllo del giudice doveva essere di “legittimità” e non di “merito”, anche se poi le soluzioni concrete adottate differivano in modo significativo¹⁸¹. E, come già detto, vi era chi si era fortemente lamentato della tendenza della giurisprudenza a sindacare profili produttivi ed organizzativi che l’art. 41, c. 1, Cost. riservava esclusivamente all’imprenditore (§ 1).

La Cassazione, peraltro, solo apparentemente aderisce alla interpretazione espressa da quella autorevole dottrina nel 1969. La tesi di Pera, in effetti, richiedeva che il controllo sulla esistenza della causale (una crisi economica, una innovazione organizzativa) venisse effettuato in considerazione delle “ragioni” previste dall’art. 3 della l. 604/1966, ferma restando l’insindacabilità della scelta imprenditoriale che aveva determinato tale situazione. La Suprema Corte, invece, esclude tale verifica (salvo che, nella motivazione, il datore di lavoro esprima la sussistenza di fattori giustificativi del recesso) e limita il controllo alla soppressione del posto ed al nesso causale¹⁸². Questa interpretazione esprime dunque una forte discontinuità con gli stessi orientamenti di una parte della giurisprudenza e con una consolidata elaborazione dottrina anche più attenta alla protezione delle prerogative manageriali.

La sentenza, più o meno inconsapevolmente, si colloca nel solco di un orientamento dottrinario che, alla luce delle logiche proprie della Analisi economica del diritto, afferma la necessità di “rendere immuni” le scelte imprenditoriali da qualsiasi ingerenza ritenendole “in sé” razionali e tali da determinare effetti positivi sul sistema economico. In tale ambito si chiede la sostituzione del controllo giudiziario con un regime sanzionatorio che predetermini i costi della violazione della legge, lasciando all’impresa l’opzione – tutta improntata a logiche economiche – tra adempimento e violazione delle regole

178 Cass. n. 25201/2016, cit. 6 – 7.

179 G. PERA, *Relazione*, in *I licenziamenti nell’interesse dell’impresa*, Giuffrè, 1969, 11 ss. La questione era stata posta anche da L. MENGONI, *La stabilità dell’impiego nel diritto italiano*, in *La stabilità dell’impiego nel diritto dei Paesi membri Ceca*, Servizio Pubblicazioni CE, 1958, 279.

180 R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell’impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico* cit., 2.

181 Per la ricostruzione del dibattito in materia, con ampie indicazioni bibliografiche, cfr. V. NUZZO, *La norma oltre la legge* cit., 100 ss.; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 67 ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico* cit., 52 ss.; B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo”* cit., 4 ss. Per l’analisi della problematica in tempi più lontani indispensabile è il riferimento a F. LISO, *la mobilità* cit., 81 ss. (con riferimenti bibliografici dell’epoca); M. NAPOLI, *La stabilità reale* cit. 284 ss.; 314 ss.; U. ROMAGNOLI, *Art. 18* cit., 100 ss.

182 V. *retro* § 2. Questo aspetto è stato comunque lungamente analizzato anche negli altri § di questo lavoro.

contrattuali¹⁸³. Vi è la stessa negazione della funzione di mediazione giudiziaria che l'ordinamento affida al magistrato, a cui demanda la ponderazione tra interessi diversi, espressi nella Costituzione o introiettati nella legge ordinaria. Ed il rifiuto di tale mediazione viene giustificato da ragioni diverse, che vanno dall'incompetenza tecnica del magistrato in materie economiche, alla impossibilità di interferire con le scelte imprenditoriali (protette dall'art. 41, c. 1, Cost.), agli effetti negativi che questo determina su occupazione, sviluppo delle imprese ecc.¹⁸⁴.

Non è possibile ovviamente analizzare tale tesi in modo esauriente. Essa, oltre a fondarsi su una visione riduttiva della funzione giudiziaria – a cui la Costituzione e la legge ordinaria hanno sempre affidato una funzione di invero dei valori assiologici espressi dall'ordinamento giuridico – è smentita dal diritto positivo che sottopone l'attività economica dell'impresa a limiti giuridici a tutela dell'ambiente, della salute, della sicurezza, della libertà e trasparenza degli scambi economici ecc.. E tale situazione non è certamente propria solo del diritto del lavoro, ma è tipica anche di altri settori giuridici, (diritto dell'ambiente, fallimentare, commerciale).

Se, dunque, "l'immunità" dell'impresa dal controllo giudiziario è giuridicamente insostenibile, occorre tuttavia soffermarsi sui limiti della verifica esercitabile dal giudice. In tempi recenti una autorevole dottrina ha espresso la tesi della sindacabilità degli atti imprenditoriali – incluso il gmo - alla luce dei principi di proporzionalità e ragionevolezza, con la possibilità di verificare anche il merito della scelta imprenditoriale¹⁸⁵. Questa interpretazione è sicuramente condivisibile quando sottolinea come non *qualsiasi* ragione economica sia tale da poter legittimare il recesso, ma essa debba avere caratteri di "serietà" tali da essere coerente con esigenze "di razionalità e proporzionalità dell'agire imprenditoriale" individuate alla luce di "principi e valori di ordine costituzionale e sovranazionale"¹⁸⁶. La possibilità di un controllo di merito sul gmo – affermato da questa teoria – presuppone un approfondimento che non posso qui effettuare. La tesi è molto interessante, soprattutto se la "razionalità valoriale" del licenziamento viene individuata nell'ambito di una ponderazione dei valori costituzionali quali "regola di giudizio" esercitabile dal giudice ordinario (§ 5). Anche se bisognerebbe comprendere come questa lettura sia compatibile con una disposizione quale l'art. 30 della l. 183/2010, che preclude espressamente il sindacato del giudice "sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro".

183 La recente disciplina del contratto a tutele crescenti contenuta nel d.lgs. 23/2015 è un chiaro esempio di questa tendenza. Rinvio, sul punto, a V. SPEZIALE, *La mutazione genetica del diritto del lavoro* cit., 81 ss.

184 Per l'analisi approfondita di tale aspetti v. A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato e tutela della stabilità. Il controllo del giudice nei licenziamenti economici in Italia, Francia e Spagna*, RGL, 2012, I, 561 ss.; ID., *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, 13 ss.; ID., *Giustificato motivo oggettivo* cit., 5 ss.

185 A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro* cit., 28 ss.; ID., *Efficient breach, valori del mercato* cit., 566 ss., nel quale l'autore afferma la possibilità per il giudice di vagliare le ragioni alla base del licenziamento economico con un controllo "tanto sotto il profilo della loro concreta sussistenza, tanto sotto il profilo della loro intrinseca razionalità strumentale e valoriale" (567). Il tema, complesso ed affascinante, è stato in generale oggetto della recente analisi di P. LOI, *Il principio di ragionevolezza e proporzionalità nel diritto del lavoro*, Giappichelli, 2016.

186 A. PERULLI, *Giustificato motivo oggettivo* cit., 7, dove l'a. rileva come le ragioni di cui all'art. 3 della l. 604/1966 esprimono "il principio di necessaria ponderazione, in applicazione del criterio di proporzionalità, tra potere di iniziativa economica privata e tutela costituzionale del lavoro".

Comunque, anche nell'ambito della distinzione tradizionale (oggi codificata nell'art. 30 sopra indicato), non è impossibile definire una linea di distinzione tra sindacato di merito e di legittimità. In linea generale la differenza è tra controllo sulla *esistenza* della esigenza economica o organizzativa (legittimità) e verifica delle *motivazioni* che sono all'origine della crisi di impresa o delle modifiche nella struttura dell'impresa (merito). Il primo è un controllo sulla effettività della causale, che serve ad individuare la sussistenza delle "ragioni" previste dall'art. 3 della l. 604/1966 ed è quindi coerente con il modello di limite all'iniziativa economica privata che il legislatore ha prescelto. Il secondo è un sindacato sulla "opportunità" di una determinata scelta gestionale che, in mancanza di espresse previsioni normative, non può essere effettuato perché costituirebbe una invasione delle prerogative manageriali. Qualche esempio può essere utile per comprendere meglio questo principio.

La verifica della soppressione del posto di lavoro e del nesso causale con il lavoratore implica l'accertamento di una situazione di fatto, consistente nella concreta eliminazione di una determinata posizione organizzativa e nella sua riferibilità ad uno specifico soggetto. In questo caso il giudice controllerà che il posto soppresso non si sia tradotto nella mera sostituzione del lavoratore, non vi siano state nuove assunzioni in relazione alla professionalità eliminata, sia stata compiuta una effettiva redistribuzione di mansioni tra altri lavoratori e così via. In tali ipotesi non sarà possibile contestare che la soppressione del posto avrebbe potuto essere evitata con l'adozione di altre misure alternative (una diversa organizzazione del lavoro e ripartizione della mansioni; l'introduzione di nuove tecnologie che avrebbero incrementato la produttività individuale in modo tale da non rendere necessaria l'eliminazione della posizione organizzativa ecc.)¹⁸⁷.

Nel caso di crisi di impresa a fondamento del recesso – che, nella interpretazione qui sostenuta deve essere di carattere non contingente, avere una certa consistenza e protrarsi per un determinato arco temporale (§ 7) – il giudice verificherà la sussistenza di tali requisiti alla luce delle prove fornite dal datore di lavoro, mediante l'accertamento di dati di bilancio, del volume di affari, della entità delle commesse, del margine operativo lordo ecc. Si tratta di un giudizio tecnico, effettuato alla luce delle conoscenze proprie delle scienze che si occupano di tale materie, diretto a verificare la effettività ed entità della crisi denunciata dal datore di lavoro. Al contrario un sindacato di merito sarebbe quello finalizzato ad individuare quali sono le motivazioni che hanno condotto a tale situazione, accertando quali sono le responsabilità dell'imprenditore nella causazione della crisi (se conseguente, ad es., ad errori gestionali o nelle scelte di mercato) o se essa avrebbe potuto essere evitata tramite il ricorso a strumenti alternativi (come l'intervento di nuovi soci, la richiesta di finanziamenti esterni, un più elevato indebitamento bancario). In queste ipotesi, evidentemente, si finirebbe per ingerirsi in aspetti che attengono al "se" ed al "come" svolgere l'attività produttiva. In mancanza di previsioni normative che influenzino tali elementi - presenti ad esempio in altre situazioni, come nel caso in cui, per ragioni di scurezza o di tutela

¹⁸⁷ Probabilmente rientra in questo ambito la contestazione da parte del giudice della volontà del datore di lavoro di trasformare un contratto a tempo parziale in uno a t. pieno o da t. determinato in rapporto stabile: si tratta di scelte di opportunità che difficilmente possono essere contestate in presenza di una effettiva soppressione del posto (in tal senso R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repechage* cit., 3).

dell'ambiente, si impongono all'impresa requisiti stringenti di carattere tecnico, finanziario ecc. – si verrebbe ad incidere su prerogative imprenditoriali che non possono essere sindacate.

Nel caso di un licenziamento motivato da ragioni organizzative il controllo è sempre limitato alla effettività della modifica nella struttura dell'impresa. Si tratterà di verificare se essa si è concretamente realizzata, con l'introduzione di una nuova tecnologia *labour saving*, con la riorganizzazione delle attività, con la esternalizzazione di alcune di esse. Mentre non sarà possibile, anche in questo caso, sindacare se l'introduzione di robots – con gli annessi recessi – o una ristrutturazione che impone la soppressione di determinati posti avrebbe potuto essere evitata con scelte gestionali diverse (quali un prestito straordinario da parte di una banca, una ricapitalizzazione della società, una diversa strategia di marketing ecc.) per le stesse ragioni indicate in precedenza.

Nei casi indicati il giudice dovrà verificare che il licenziamento sia necessario (§ 7). Il che implica, come si è visto, un giudizio sulla serietà della crisi economica, delle ragioni dirette a prevenire la sua insorgenza ed a preservare la competitività dell'impresa, della necessità della innovazione organizzativa in termini di riduzione di costi, di miglioramento di efficienza nella qualità e quantità dei processi e/o dei prodotti. Queste valutazioni, peraltro, potranno essere realizzate utilizzando gli strumenti conoscitivi che le scienze delle organizzazioni produttive e quelle aziendali mettono a disposizione, in base a parametri oggettivi che riducono – senza ovviamente eliminarla – la discrezionalità del giudice (§ 7). Al magistrato, d'altra parte, in questi casi non si chiede nulla di diverso di quanto la legge gli impone in altri casi. Si pensi, in tema di giusta causa, alla valutazione relativa alla gravità del comportamento tale da legittimare un recesso in tronco. Oppure, nell'ambito del diritto dei contratti, al sindacato sull'inadempimento che non deve essere di “scarsa importanza avuto riguardo all'interesse dell'altra” (art. 1455 c.c.). Inadempimento che, quando attiene ad un contratto tra imprese avente ad oggetto la fornitura di servizi tecnici, implica necessariamente una valutazione sulla *performance* del fornitore di cui si deduce la mancata corretta esecuzione, con un giudizio che necessariamente riguarda la quantità e qualità delle prestazioni rese e si riflette sulle caratteristiche della struttura produttiva. Una ipotesi analoga si verifica quando si chiede la Tribunale di valutare lo “stato di insolvenza” di una impresa (§ 8), con un controllo esteso alla situazione debitoria e creditoria dell'azienda, alla “prognosi” sulla capacità di fare fronte ai propri impegni in relazione alla sua capacità produttiva e di stare sul mercato ecc.

Molti altri esempi potrebbero essere fatti. Dunque, la mancanza di “parametri oggettivi e condivisi”¹⁸⁸ per giudicare la serietà di una crisi di impresa o di una innovazione organizzativa, oltre a non corrispondere alla realtà (§ 8) rispecchia una situazione esistente in una molteplicità di ipotesi normative proprie del diritto del lavoro e di altri settori giuridici. Essa, infatti, si verifica ogni qualvolta si chiede al giudice di applicare norme a “fattispecie aperta”, prive di una casistica definita, che viene in genere proprio definita dall'esperienza giurisprudenziale. E non si comprende, allora, perché ciò che è generalmente accolto come una prerogativa del giudice (la valutazione della serietà di un inadempimento,

188 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 9.

della gravità di un comportamento ai fini della giusta causa, della situazione di crisi in cui versa un'impresa per le procedure concorsuali) non possa invece essere ammessa nel caso del gmo.

Le conclusioni descritte sono applicabili anche in relazione al *repechage*, dove, invece, si è detto che si tratterebbe di un caso in cui si realizzerebbe “la sovrapposizione di una scelta gestionale del giudice a quella dell'imprenditore”¹⁸⁹. In realtà una comparazione tra professionalità del lavoratore da licenziare ed altre possibili occupazioni alternative in azienda alla luce dei parametri previsti dalla legge non necessariamente significa un sindacato di merito. Anche in questo caso il magistrato si limita a verificare se il lavoratore può essere adibito ad altri compiti in base agli inquadramenti previsti dal contratto collettivo. D'altra parte, seguendo l'opinione qui criticata, si dovrebbe ritenere che il giudice, quando applica l'art. 2103 c.c., inevitabilmente inciderebbe sulle valutazioni di opportunità gestionale, che sono espressione dell'iniziativa economica privata. Ne deriverebbe che ogni controllo sull'organizzazione di impresa sarebbe in contrasto con la Costituzione, con una tesi francamente paradossale.

I criteri di valutazione sopra individuati consentono di distinguere in modo chiaro tra controllo di “merito” e di “legittimità”. Non condivido quindi l'opinione secondo la quale “nel processo che porta il giudice a valutare la sussistenza della causa giustificativa, ‘il parametro legale si estrinseca nella valutazione di merito della ragione addotta, il che equivale a riconoscere che la legittimità e merito sono talmente intersecati da confondersi’”¹⁹⁰. Questa “confusione” tra i due piani non è una caratteristica ineludibile del controllo giurisdizionale se vengono applicati i parametri descritti¹⁹¹. Ovviamente questo non esclude che, in alcuni casi, i due profili possano essere fortemente intrecciati tanto da rendere difficile la loro separazione¹⁹². Ma questa non è sicuramente la regola.

L'analisi svolta dimostra l'errore concettuale in cui è incorsa la Cassazione con la sentenza n. 25201/2016. Ed anche il richiamo all'art. 30 della l. 183/2010 non è certamente tale da poter giustificare l'interpretazione da essa adottata. Questa disposizione, infatti, se preclude un controllo nel merito delle scelte imprenditoriali di cui si sono fatti alcuni esempi, certamente non impedisce una verifica delle ragioni economiche o organizzative “a monte” del recesso per gmo ed anzi, con il suo riferimento “all'accertamento del presupposto di legittimità”, espressamente lo prevede e lo presuppone. E non è un caso che una autorevole dottrina, favorevole agli esiti interpretativi a cui è giunta la Cassazione, abbia criticato questa parte della motivazione, sottolineando come la verifica delle ragioni previste dall'art. 3 della l. 604/1966 “integrerebbe una valutazione di legittimità dell'agire imprenditoriale e non un sindacato di merito”¹⁹³.

189 P. ICHINO, *La riforma dei licenziamenti ed i diritti fondamentali dei lavoratori*, 2012, in <http://www.pietroichino.it>, 19.

190 A. PERULLI, *Efficient breach, valori del mercato* cit., 567, che aderisce alla tesi di G. FERRARO, *Il controllo giudiziale sui poteri imprenditoriali*, in M. CINELLI, G. FERRARO (a cura di), *Il contenzioso del lavoro*, Giappichelli, 2011, 8 (a cui si riferiscono le parole riportate nel testo).

191 Non sono d'accordo, quindi, con B. CARUSO (*La fattispecie di “giustificato motivo oggettivo”* cit., 5) secondo il quale la distinzione tra sindacato di merito e di legittimità non sarebbe risolvibile sul piano concettuale.

192 C. PONTERIO (*La valutazione del giudice* cit., 4) parla di linea “assai sottile” tra presupposti giustificativi del recesso e sindacato di merito sulla scelta imprenditoriale.

193 R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo* cit., 5. La insindacabilità nel merito della scelta imprenditoriale è confermata da A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo* cit., 4 ss.; 7 ss., che fonda la propria tesi sulla distinzione tra “ragioni” e “motivi”, già criticata in precedenza (v. *retro* § 8, testo e nt. 159 ss.); M. MARAZZA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento* cit., 3 ss.

10. Il nuovo orientamento della Cassazione sul licenziamento per gmo si presta alle numerose critiche già esposte. Esso, in qualche misura, rispecchia un'epoca di radicali trasformazioni del diritto del lavoro e di abbandono di alcune sue matrici originarie¹⁹⁴. Se, come è lecito pensare (§ 1 e 2), tale interpretazione si consoliderà, gli effetti potrebbero essere molto rilevanti. Non va dimenticato, infatti, che i dati a nostra disposizione dimostrano come i licenziamenti economici individuali e collettivi costituiscono la stragrande maggioranza dei recessi¹⁹⁵. Ed è proprio tale situazione a spiegare perché le recenti riforme in materia del 2012 e del 2015 sono state rivolte, in un contesto di limitazione delle tutele, soprattutto a differenziare le discipline, con una protezione più ridotta proprio in relazione al gmo. In tal modo, infatti, si è voluto enfatizzare l'ampliamento delle prerogative manageriali nei recessi più frequentemente utilizzati, a riprova del drastico cambio di indirizzo del legislatore nazionale.

In questo contesto, la lettura dell'art. 3 della l. 604/1966 adottata dalla Suprema Corte, che indiscutibilmente rende più agevole la interruzione del contratto di lavoro, potrebbe assecondare il processo in atto. Alla liberalizzazione dei regimi sanzionatori si affiancherebbe, infatti, una maggiore "facilità" del licenziamento economico. La situazione attuale, pur caratterizzata da una relativa variabilità nel numero dei recessi¹⁹⁶, è anche contrassegnata da una elevata diminuzione del contenzioso in materia¹⁹⁷. Una situazione, quest'ultima, certamente legata a molti fattori (tra cui il costo fiscale del processo e la disciplina attuale in tema di spese legali) ma indiscutibilmente connessa anche alla incidenza delle recenti riforme. Anche se è difficile fare previsioni, non è implausibile che la nuova interpretazione della Cassazione possa accentuare tale tendenza, con riflessi positivi sul numero ed i tempi delle controversie di lavoro, ma con esiti molto negativi sui diritti dei lavoratori. Si tratterebbe di un classico caso di deflazione del contenzioso per riduzione delle tutele molto lontano dal ruolo e dal valore che la nostra Costituzione e le fonti europee attribuiscono al lavoro.

194 Rinvio, oltre a quanto detto in questo saggio, anche alla riflessione svolta nell'articolo *La mutazione genetica del diritto del lavoro* cit., particolarmente 59 ss.

195 Nel 2016 i licenziamenti economici (inclusi i collettivi) nelle imprese con oltre 15 dipendenti sono stati 341.798, mentre quelli disciplinari sono stati 42.418. Nelle aziende con un organico inferiore a 15, i primi sono stati 162.515 ed i secondi 32.142 (*Inps – Osservatorio sul Precariato – Report Gennaio – dicembre 2016*, www.inps.it). Dati analoghi sono riscontrabili negli anni precedenti.

196 "Analizzando le cessazioni per tipologia, i licenziamenti complessivi relativi a rapporti di lavoro a tempo indeterminato, pari a 646.000, risultano in modesto aumento rispetto al 2015 (624.000) e in leggero calo rispetto al 2014 (671.000). Il tasso di licenziamento (calcolato rispetto all'occupazione esposta al rischio di inizio anno) per tutto il 2016 (5,9%) risulta inferiore rispetto a quello corrispondente del 2015 (6,1%) e del 2014 (6,5%). Sul trend dei licenziamenti ha inciso l'introduzione dell'obbligo delle dimissioni on line" (*Inps – Osservatorio sul Precariato* cit.).

197 Nel settore privato, le controversie di lavoro sono diminuite di un terzo dal 2012 al 2016. "Ma ancora più drastica è la riduzione in atto, nello stesso settore, delle liti in materia di licenziamenti e di contratti a termine: nello stesso quinquennio il numero di questi procedimenti giudiziari si è ridotto del 69 per cento" (P. ICHINO, *Licenziamenti: il crollo del contenzioso giudiziale*, <http://www.pietroichino.it>, 18.2.2017, 1, dove l'autore commenta i dati ottenuti dal Ministero della Giustizia).

