

Maria Teresa Carinci
Università degli Studi di Milano

Il licenziamento per gmo

*Convegno promosso
dalla Camera civile di Brescia
Auditorium Capretti, 25 ottobre 2019*

A-Nozione di gmo di tipo
economico

B-Onere della prova

C-Gli effetti di C.Cost. 194/2018 e gli
squilibri del sistema

D-Nozione di gmo di tipo
personale

Nozione di gmo

Art. 3 l. 604/1966: «ragioni inerenti l'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ovvero al regolare funzionamento di essa»

A-Nozione di gmo di tipo economico

Nozione unitaria, secondo la giurisprudenza, scindibile in 3 componenti

1. Ragione tecnico-produttiva; 2. nesso causale; 3. obbligo di repechage

1. Ragioni tecnico- produttive

Cass. 25201/2016: «**Effettivo mutamento dell'assetto organizzativo dell'impresa dal quale derivi la soppressione di una determinata posizione lavorativa**»
[orientamento consolidato, v. Trib. Roma 20/2/2019; Cass. 31496/2018]

Riorganizzazione complessiva e/o della sola
componente personale

Quali: «soppressione della funzione cui il licenziato era adibito, esternalizzazione della attività a terzi, nella ripartizione delle mansioni di questi fra più dipendenti già in forze, nella innovazione tecnologica che renda superfluo il suo apporto» [ancora Cass. 25201/2016; v. anche Cass. 29238/2017; Cass. 10435/2018]

Sostituzione di un lavoratore con un altro ?

«**E' vietato il perseguimento del profitto soltanto mediante un abbattimento del costo del lavoro realizzato con il puro e semplice licenziamento di un dipendente che a sua volta non sia dovuto ad un effettivo mutamento dell'organizzazione produttiva**» Cass. 25201/2016; conf. Cass. 3353/1994; Cass. 3899/2001; Cass. 13516/2016)

Irrilevanza dei motivi alla base
della riorganizzazione

Cass. 25201/2016: «*esigere la sussistenza di una situazione economica sfavorevole per rendere legittimo il licenziamento per gmo significa inserire nella fattispecie legale astratta disegnata da art. 3 l. 604/1966 un elemento fattuale non previsto*» dalla legge, mentre ai sensi della Costituzione spetta al legislatore stabilire il punto di bilanciamento fra tutela del lavoro (art. 4 Cost.) e libertà di impresa (art. 41 Cost.)

«*Non pare dubbio che spetta all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda, evidentemente al fine di perseguire il profitto che è lo scopo lecito per il quale intraprende. Tale scelta è sicuramente libera nel momento genetico in cui nasce l'azienda .. Anche durante la vita dell'azienda la selezione del livello occupazionale dell'impresa rimane libera e non può essere sindacata al di fuori dei confini stabiliti dal legislatore ..*»

[orientamento già maggioritario, v. anche Cass. 19302/2019; Cass. 12794/2018; Cass. 4015/2017; Cass. 29238/2017; Trib. Roma 20/2/2019]

Irrilevanza del merito della
scelta

Cass. 25201/2016: «*non è sindacabile nei suoi profili di congruità ed opportunità della scelta imprenditoriale che abbia comportato la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato*»

[orientamento consolidato v. fra le altre Cass. 31496/2018]

Indicazione dei motivi (non necessari) e
pretestuosità

Cass. 25201/2016: *«Se il licenziamento è motivato dall'esistenza di una crisi aziendale o da un calo del fatturato ed in giudizio si accerta che invece la ragione indicata non sussiste, il recesso può essere dichiarato illegittimo dal giudice del merito non per un sindacato su un presupposto in astratto estraneo alla fattispecie del gmo, bensì **per una valutazione in concreto sulla mancanza di veridicità o sulla pretestuosità della ragione adottata dall'imprenditore**. Overossia l'inesistenza del fatto posto a fondamento del licenziamento così come giudizialmente verificata rende in concreto il recesso privo di giustificazione»* [conf. Cass. 19302/2019; Cass. 4015/2017]

2. Nesso causale

Cass. 25201/2016: «*Effettivo mutamento dell'assetto organizzativo dell'impresa dal quale **derivi la soppressione di una determinata posizione lavorativa***»

[orientamento consolidato, da ultimo Cass.19302/2019; Cass.3129/2019 Cass. 8661/2019;]

In senso
improprio..

... cioè nesso di coerenza fra riorganizzazione e licenziamento di *quel* lavoratore, le cui mansioni sono divenute inutili nella nuova struttura organizzativa liberamente scelta dal datore di lavoro

Se il nesso causale non conduce verso un solo lavoratore. selezione in base ad ulteriori criteri, di carattere sociale

Estensione analogica dei criteri di scelta ex art. 5 l. 223/1991 [per es. Cass. 11124/2004] o per il tramite dei principi di correttezza e buona fede ex 1175 e 1375 c.c. [per es. Cass. 11413/2018; Cass.16144/2001; Cass.6667/2002] o ulteriori criteri oggettivi, razionali, misurabili e predeterminati dal datore di lavoro [Cass. 11413/2018; Cass. 25192/2016]

3. Cd. «obbligo di repechage»

Cass. 10435/2018 *«Posto che nella nozione di licenziamento per gmo rientra sia l'esigenza di soppressione del posto di lavoro sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore, il riferimento legislativo alla «manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento» va inteso con riferimento a tutte e due i presupposti» di legittimità della fattispecie». «Invero a fronte della espressione lessicale utilizzata dal legislatore il «fatto», sganciata dai richiami diretti ed espliciti alle «ragioni» connesse con l'organizzazione del lavoro e l'attività produttiva previste dalla l. 604/1966 art. 3, il riferimento normativo deve intendersi effettuata alla nozione complessiva di gmo così come elaborata dalla giurisprudenza consolidata»*

Già giurisprudenza su onere della prova, v. Cass. 12101/2016 secondo cui riorganizzazione e nesso causale, nonché obbligo di repechage sono *«due aspetti del medesimo fatto estintivo (il gmo appunto) fra loro inscindibili perché l'uno senza l'altro inidoneo a rendere valido il licenziamento»*

Limiti del cd. «obbligo di repechage» ?
Vecchio testo art. 2103 c.c.

In orizzontale ed in
verticale

Cass. 22798/2016 «... Ove il demansionamento costituisca l'unica alternativa al recesso datoriale, non occorre un patto di demansionamento od una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale»

Estensione del cd. obbligo di repechage ? Il nuovo art. 2103 c.c.

MT CARINCI *RIDL* 2017: il nuovo art. 2103 c.c. allarga il debito di lavoro rispetto al passato oltre le mansioni equivalenti, alle mansioni della stessa categoria legale e livello ed a quelle del livello inferiore.

Il datore ha pertanto l'onere di cooperare all'adempimento, assegnando il lavoratore (le cui mansioni originarie non siano più utili all'impresa) ad una delle mansioni rientranti nella categoria legale di riferimento o al livello inferiore, con assolvimento del correlativo obbligo di formazione sancito dall'art. 2013 c.c. stesso (ove necessario).

Nel caso in cui l'obbligo di formazione (i cui limiti dovrebbero essere individuati dai contratti collettivi) non sia assolto l'adibizione alle nuove mansioni non è nulla, ma il datore non può imputare al lavoratore l'inadempimento.

Infatti il lavoratore non è in colpa.

giurisprudenza

Trib. Milano, 16 dicembre 2016: «.. dal 25 giugno 2015 .. è stata superata la nozione di equivalenza delle mansioni, per cui il lavoratore può essere adibito ad altre mansioni purchè riconducibili ad altro livello e categoria ... **con aggravamento dell'onere della prova in tema di repchage**»

Trib. Torino 5 aprile 2016 «per ciò che riguarda l'obbligo di repechage .. le dichiarazioni rese sul punto .. non appaiono sufficienti, considerati sia il tenore generico dei capitoli ... **sia il testo novellato dell'art. 2103, 2 e 3 c.c.**»

B-Onere della prova

L'onere della prova del gmo incombe sul datore di lavoro ex art. 5 l. 604/1966

Cass. 1201/2016 «In materia di licenziamento per gmo spettano al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repechage del lavoratore licenziato in quanto requisito del gmo di licenziamento con esclusione di un onere di allegazione a carico del secondo, perché contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione fra i due suddetti oneri, entrambi gravanti sulla parte deducente.

Esigere che sia il lavoratore licenziato a spiegare dove e come potrebbe essere ricollocato all'interno dell'azienda significa, se non invertire sostanzialmente l'onere della prova, quanto meno divaricare fra loro onere di allegazione e onere probatorio ... una scissione che non si rinviene in nessun altro caso nella giurisprudenza di legittimità.

Invece alla luce dei principi di diritto processuale onere di allegazione ed onere probatorio non possono che incombere sulla medesima parte, nel senso che chi ha l'onere di provare un fatto primario, ha altresì l'onere della relativa compiuta allegazione» [conf. Cass. 5592/2016; Cass. 4460/2015; Cass.618/2017; Trib. Torino 5/4/2016]

Analoghe conclusioni in base al principio di vicinanza della prova

C-Il gmo nel sistema-C.Cost.

194/2018

A) riafferma (in conformità alla propria precedente giurisprudenza: 46/2000; 541/2000; 41/2003; 56/2006), che gli obblighi di giustificazione del licenziamento hanno un fondamento costituzionale, in **quanto costituiscono lo strumento necessario di realizzazione del diritto al lavoro quale "diritto fondamentale della persona" del lavoratore** (punto 9.1.). Il *"diritto a non subire un licenziamento arbitrario"* (così C.Cost. 194 richiamando C. Cost. 541/2000 e 56/2006), è dunque per la Corte il (primo) nucleo insopprimibile del "diritto al lavoro", declinato in chiave personalistica.

pieno riconoscimento delle ragioni dell'impresa

B) *"il diritto al lavoro (art. 4) e la tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35) comportano la garanzia nei luoghi di lavoro di altri diritti fondamentali costituzionalmente garantiti. Il nesso che lega queste sfere di diritti della persona emerge"* da altre pronunce, in particolare C.Cost. 163/1966 là dove si afferma *"che il timore del recesso, cioè del licenziamento spinge o può spingere il lavoratore sulla via della rinuncia ad una parte dei propri diritti"* (punto 13).

Riequilibrio di poteri

Non ammesso dal sistema il meccanismo del «firing cost»

C-Il gmo nel sistema - C.Cost.
194/2018

C)-La Corte, in linea con la propria precedente giurisprudenza, ribadisce che la scelta fra tutela in forma specifica/reintegratoria e tutela economica è **rimessa alla scelta discrezionale del giudice ordinario** (Punto 9.2.). La tutela reintegratoria, per la Corte, dunque **non è costituzionalizzata**.

Ma deve essere adeguata, cioè idonea a
presidiare il gmo e ragionevole

Art. 18, 7 co., St.lav.

La tutela per gmo di tipo economico

Art. 3, 1 co., D.Lgs. 23/2015

IN CASO DI MANIFESTA INSUSSISTENZA DEL «FATTO» NEL GMO DI TIPO ECONOMICO IL GIUDICE «PUO'» APPLICARE TUTELA REALE ATTENUATA, NELLE «ALTRE IPOTESI» TUTELA INDENNITARIA

IN CASO DI CARENZA DEL GMO DI TIPO ECONOMICO SEMPRE TUTELA INDENNITARIA

MANIFESTA INSUSSISTENZA ?

Problemi di costituzionalità

Sul piano sostanziale,

cioè carenza degli elementi essenziali del gmo: riorganizzazione e nesso causale. Il cd. obbligo di repechage conduce sempre a tutela indennitaria [T. Milano 5/11/2012, T. Milano 29/3/2013. Sembra Cass.8661/2019; T. Torino 5/4/2016]

Sul piano probatorio:

«Evidente insussistenza anche di uno solo degli elementi costitutivi del licenziamento [ragione tecnico-organizzativa, nesso causale, repechage]. Il concetto di manifesta insussistenza dimostra che il legislatore ha voluto limitare ad ipotesi residuali il diritto ad una tutela reintegratoria, non potendosi che fare riferimento al piano probatorio sul quale il datore deve cimentarsi, riferito ad un evidente e facilmente verificabile assenza dei presupposti giustificativi del licenziamento che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso» [Cass. 10435/2018; Cass. 16702/2018; Cass. 31496/2018; Cass. 30323/2017; Cass. 3129/2019]

incontrollata discrezionalità del giudice l'area di applicazione delle tutele, in contrasto con il principio di ragionevolezza ex art. 3 Cost.

PUO' ?

deve

«Può» e ricorso ai criteri di eccessiva onerosità per orientare la scelta: *se la tutela reintegratoria è, al momento dell'adozione del provvedimento giudiziale, sostanzialmente incompatibile con la struttura medio tempore assunta dall'impresa allora il giudice dispone tutela indennitaria. [Cass. 10435/2018]*

La tutela in caso di violazione dei criteri di scelta

Art. 18, St.lav.

Cass. 14021/2016; Cass. 19372/2018
Rientra fra le «altre ipotesi»: tutela indennitaria
forte

Contra parte della dottrina: assimilazione alla
violazione dell'obbligo di repacehage

D.Lgs. 23/2015

**LA TUTELA INDENNITARIA e' LA TUTELA
REGOLARE**

D.Lgs. 23/2015 e tutela
indennitaria
C.Cost. 194/2018

È incostituzionale per contrasto con artt. 3 , 4, 35, 76 e 117 Cost. l'art. 3, 1 co. D.lgs. 23/2015 – sia nel testo originario sia nel testo modificato dall'art. 3, comma 1, del decreto-legge 12 luglio 2018, n. 87 – limitatamente alle parole «di importo pari a due mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto per ogni anno di servizio,»;

Modalità di calcolo e limiti alla discrezionalità del giudice ?
Tipo di pronuncia di incostituzionalità ?

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

Problemi dopo C.Cost. 194/2018:
disequilibri del sistema

Nel corpo del d.lgs. 23/2015

RISARCITORIA ATTENUATA
per vizi formali ex art. 4, vigente nella versione originaria, ma
passibile di rinvio a C.Cost

RISARCITORIA DIMIDIATA
(art. 9 per piccole imprese con rinvio ad art. 3, 1 co) Trib.
Genova 11/11/2018

Stesse modalità
di calcolo dell'art.
3, 1 co

Problemi dopo C.Cost. 194/2018:
disequilibri del sistema

Nel d.lgs. 23/2015

Fra 6 e 36 mensilità dell'ultima retribuzione per il calcolo tfr

RISARCITORIA FORTE

Nell'art. 18 st.lav.

Fra 12 e 24 mensilità della retribuzione globale di fatto

Fra 2 e 12 mensilità

RISARCITORIA ATTENUATA

Vizi di motivazione o procedurali

Fra 6 e 12 mensilità

Le indennità sono dimezzate ed in ogni caso con il limite di 6 mensilità

RISARCITORIA DIMIDIATA

Piccole imprese

fra 2,5 e 6 elevabile a 10 e 14 mensilità della retribuzione globale di fatto per lavoratori anziani

3 CASI

REINTEGRATORIA PIENA

REINTEGRATORIA ATTENUATA

6 CASI

Problemi dopo C.Cost. 194/2018:
disequilibri del sistema

Nel d.lgs. 23/2015

Art. 10

LICENZIAMENTI COLLETTIVI

Nell'art. 18 st.lav.

Reintegratoria piena

VIOLAZIONE DELLA FORMA
SCRITTA

Reintegratoria piena

Indennitaria forte con
rinvio ad art. 3, 1 co,
Trib. Bari,
11/10/2018, n. 43328

VIOLAZIONE DELLA PROCEDURA

Indennitaria forte

Tribunale di Milano con
ordinanza del 11/7/ 2019

VIOLAZIONE DEI CRITERI DI SCELTA

Reintegratoria attenuata

Grazie per l'attenzione !

D-Nozione di gmo di tipo personale

Ricadono in quest'ambito ipotesi di impossibilità sopravvenuta della prestazione per cause non imputabili al lavoratore

1) Licenziamento in caso di mancato superamento del periodo di comporta

Art. 2110 c.c.
autonoma causale

Art. 18, 7 co., St.lav.

IN CASO DI VIOLAZIONE DELL'ART. 2110, 2
CO., C.C. TUTELA REALE ATTENUATA

Speciale tutela per una particolare
ipotesi di nullità

Il licenziamento per mancato
superamento del periodo di
comporta è **nullo per**
violazione di norma imperativa
Cass. SU 12568/2018

Quale tutela ai sensi del
D.Lgs. 23/2015?

NESSUNA PREVISIONE

Art. 2 D.Lgs. 23/2015

2) Licenziamento del lavoratore inabile (divenuto inabile o le cui condizioni si siano aggravate nel corso del rapporto)

Incluso **cd. obbligo di repechage**, in mansioni equivalenti o inferiori

Onere della prova a carico del datore Cass. 4757/2015, Cass. 18025/2012

Vero e proprio **obbligo a carico del datore di adattare i luoghi di lavoro (ex art. 3, co. 3 bis, d.lgs. 216/2003**, purchè con onere finanziario **proporzionato alle dimensioni e caratteristiche dell'impresa** e nel **rispetto delle condizioni di lavoro dei colleghi dell'invalido**
Cass. 27243/2018; Cass. 6798/2018

Art. 18, 7 co., St.lav.

D.Lgs. 23/2015

Reintegrazione attenuata
Cass. 32158/2019

Reintegrazione piena

Licenziamento discriminatorio secondo CGUCE se limitazione di capacità risultante da «durature menomazioni fisiche mentali o psichiche che in interazione con barriere di diversa natura può ostacolare la effettiva e piena partecipazione della persona alla vita professionale»

3) Licenziamento del lavoratore per carcerazione preventiva

E' licenziamento per gmo, che ricorre quando il periodo di carcerazione – considerate le dimensioni dell'impresa, del tipo di organizzazione tecnico-produttiva, della natura ed importanza delle mansioni, del maturato periodo di assenza e della prevedibile durata della carcerazione, della possibilità di affidare ad altri le mansioni – rende non tollerabile la conservazione del posto di lavoro Cass. 12721/2009, Cass. 26954/2018, Trib. Latina 1291/2019

Art. 18, 5 co., St.lav.

Tutela indennitaria forte ?
Rientra nelle «altre ipotesi»

D.Lgs. 23/2015

Tutela indennitaria forte