

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

Alberto Bosco

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo

1. La scomparsa dei “motivi economici” e della “crisi d’impresa”
2. La “drammatica” importanza del *repêchage* nella più recente giurisprudenza
3. Il superamento del periodo di comporto non è un motivo oggettivo di recesso
4. Come prevenire e rimediare ai (costosi) errori
5. Tutele crescenti, legge 604 e Statuto a confronto

1. La scomparsa dei “motivi economici” e della “crisi d’impresa”

Tutti conosciamo questa norma:

Articolo 3 legge 15 luglio 1966, n. 604

Il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.

Ma spesso dimentichiamo questa:

**Articolo 41 della Costituzione:
L'iniziativa economica privata è libera.**

Che è molto più importante!

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. 1° luglio 2016, n. 13156 – Il datore, nel procedere al **riassetto dell'impresa per un maggior profitto**, non può perseguire tale obiettivo con il licenziamento non giustificato da un effettivo mutamento dell'organizzazione tecnico-produttiva ma solo al fine di sostituire il dipendente con un altro meno retribuito, ancorché addetto alle medesime mansioni.

In caso di riorganizzazione, il **datore**, cui l'art. 41 Cost. lascia la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi per l'incremento della produttività, **non è tenuto a dimostrare l'esistenza di sfavorevoli contingenze di mercato**, trattandosi di necessità non richiesta dall'art. 3 della legge n. 604/1966 e dovendosi altrimenti ammettere la legittimità del licenziamento solo ove esso tenda a evitare il fallimento dell'impresa e non anche a migliorarne la redditività.

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 – Secondo la Suprema Corte:

- a) **l'art. 3 della legge n. 604/1966 esclude che per ritenere giustificato il licenziamento per GMO vi debbano essere situazioni sfavorevoli o spese notevoli e straordinarie;**
- b) *ex art. 41 Cost.* spetta all'imprenditore stabilire l'organico;
- c) **la scelta che ha comportato la soppressione del settore, reparto o posto cui era addetto il dipendente non è sindacabile sotto i profili di congruità e opportunità, purché risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo;**
- d) il fatto che la ristrutturazione possa essere originata dall'obiettivo di una migliore efficienza gestionale o produttiva o da un **incremento della redditività (profitto)**, e non solo dalla necessità di far fronte a una crisi o a spese straordinarie, non significa che la decisione datoriale sia sottratta a ogni controllo.

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 – La stessa sentenza precisa che:

- a) **resta fermo il controllo del giudice sull'effettività e la non pretestuosità della ragione che è stata in concreto adottata dall'imprenditore a giustificazione del recesso;**
- b) va sempre verificato il nesso causale tra la ragione inerente l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro (dichiarata dall'imprenditore) e il licenziamento in termini di riferibilità e coerenza con la ristrutturazione;
- c) se manca il nesso, si rivela l'uso distorto del potere datoriale, con conseguente illegittimità del licenziamento.

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. 3 maggio 2017, n. 10699 – Ai fini della legittimità del licenziamento per GMO ai sensi dell'art. 3 della legge n. 604/1966, **lo stato di crisi o l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un requisito di legittimità**, essendo sufficiente che le **ragioni** inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro, **che devono essere esplicitate nella lettera di recesso**, determinino causalmente un **effettivo mutamento dell'assetto organizzativo** con la soppressione della posizione lavorativa a cui era adibito il lavoratore licenziato.

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. maggio 2017, n. 13015 – L'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto indispensabile, essendo invece **sufficiente che siano dimostrate le ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, tra cui la miglior efficienza gestionale o l'incremento della redditività.**

La Suprema Corte ha ribadito che **il datore, nel procedere al riassetto dell'impresa, può ricercare il profitto anche riducendo il costo del lavoro o altri fattori.**

In caso di riorganizzazione, il datore non deve dimostrare l'esistenza di situazioni sfavorevoli di mercato, senza che possa rilevare, in senso contrario, la presenza di eventuali utili di bilancio.

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. 12 aprile 2018, n. 9127 – La legittimità del licenziamento per GMO non rinvia nell'andamento economico negativo dell'azienda un presupposto che il datore deve necessariamente provare, tale da assurgere a requisito di legittimità del recesso.

È sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo, sopprimendo una posizione lavorativa.

Tra tali ragioni, non possono essere a priori escluse quelle che:
a) attengono a una migliore efficienza gestionale o produttiva, o
b) sono dirette a un **incremento della redditività d'impresa**;
giacché la scelta imprenditoriale di sopprimere il posto non è sindacabile, ex art. 41 Cost., nei suoi profili di congruità e opportunità.

GMO anche senza crisi di impresa

Cass. 20 febbraio 2019, n. 4946 – Perché il licenziamento per GMO sia legittimo, l'andamento economico negativo dell'azienda non è un presupposto fattuale che il datore deve provare, essendo **sufficiente che le ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro – incluse quelle dirette a una migliore efficienza gestionale o all'incremento di redditività – determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo con la soppressione di un'individuata posizione lavorativa.**

Il giudice controlla comunque la correttezza e veridicità della causale addotta dal datore.

2. La “drammatica” importanza dell’obbligo di *repêchage* nella più recente giurisprudenza

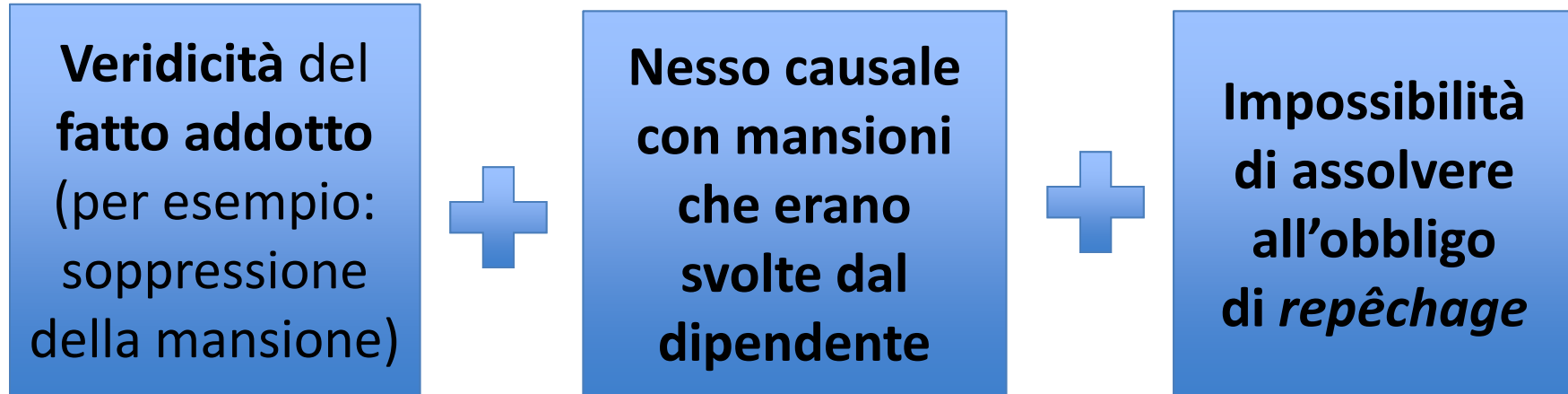
Tutela per il mancato *repêchage*

In caso di illegittimità del licenziamento per GMO, per i lavoratori ex art. 18 (non soggetti alle tutele crescenti) dipendenti da un datore “grande”, se il giudice accerta:

- a) che non c'è il GMO, dichiara risolto il rapporto e condanna il datore a pagare un'indennità tra 12 e 24 mensilità;
- b) la manifesta insussistenza del fatto, può (non deve) annullare il recesso, condannando il datore alla reintegrazione e a pagare un'indennità fino a 12 mensilità.

Tutela per il mancato *repêchage*

La legittimità del recesso per GMO postula 3 condizioni:



ATTENZIONE – Finora, in molte sentenze l'omessa dimostrazione del *repêchage* era sanzionata solo con il risarcimento del danno (da 12 a 24 mensilità).

Tutela per il mancato *repêchage*

Cass. 2 maggio 2018, n. 10435 – Secondo la Cassazione:

a) **la verifica della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, ex art. 18, co. 7, della legge 20 maggio 1970, n. 300, concerne entrambi i presupposti di legittimità del recesso e, quindi, tanto le ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il suo regolare funzionamento quanto l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore (*repêchage*);**

b) fermo l'onere della prova che grava sul datore, la "manifesta insussistenza" va riferita a una evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei suddetti presupposti, che consenta di apprezzare la chiara pretestuosità del recesso.

Tutela per il mancato *repêchage*

Cass. 2 maggio 2018, n. 10435 – Ove il giudice accerti la "manifesta insussistenza del fatto", può scegliere di applicare la **tutela reintegratoria** ex art. 18, co. 4, della legge n. 300/1970, salvo che, al momento della adozione del provvedimento, tale regime sanzionatorio non risulti incompatibile con la struttura organizzativa dell'impresa e, quindi, **eccessivamente oneroso**.

In tal caso, nonostante l'accertata manifesta insussistenza di uno dei requisiti costitutivi del licenziamento, egli può optare per l'applicabilità della **sola tutela indennitaria**.

Tutela per il mancato *repêchage*

Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159 – La decisione muove da una sentenza con cui la Corte d'Appello di Milano, ritenendo violato l'obbligo di *repêchage*, esclusa la reintegra, aveva condannato la società solo a risarcire il danno, con un'indennità pari a 18 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Decidendo sul ricorso del lavoratore, accolto quanto al tipo di tutela applicabile per la violazione dell'obbligo di *repêchage*, la Suprema Corte ha affermato che "**la verifica del requisito della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo concerne entrambi i presupposti di legittimità del recesso, e quindi:**

- a) le ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il suo regolare funzionamento;
- b) **l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore**".

Tutela per il mancato *repêchage*

Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159 – La "manifesta insussistenza" va riferita a un'evidente assenza di tali presupposti, a fronte della quale il giudice può applicare l'art. 18, co. 7, **se tale regime sanzionatorio non è troppo oneroso**".

Poiché la Corte territoriale ha affermato che la violazione dell'obbligo di *repêchage* determina una tutela solo indennitaria, mentre anche la carenza di 1 dei 2 presupposti (lettere *a* e *b* slide precedente) – e quindi anche la sola impossibilità di un diverso impiego del lavoratore in mansioni diverse – può determinare la sanzione reintegratoria ex art. 18, **la pronuncia è stata cassata, con rinvio che consenta al giudice del merito di delibare l'eventuale manifesta insussistenza del presupposto di legittimità del licenziamento, rappresentato dalla possibilità di utilizzare altrove il licenziando.**

Tutela per il mancato *repêchage*

In senso contrario

Cass. 8 gennaio 2019, n. 181 - In tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'insufficienza probatoria circa l'adempimento dell'obbligo di "repêchage" non è sussumibile nell'alveo della manifesta insussistenza del fatto, contemplata dall'art. 18, co. 7, legge n. 300/1970, che va riferita solo a una evidente, e facilmente verificabile sul piano probatorio, assenza dei presupposti di legittimità del recesso (nella specie, **la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva applicato la tutela risarcitoria in assenza di una prova sufficiente dell'impossibilità di reperire una missione compatibile con la professionalità dei lavoratori licenziati**).

Tutela per il mancato *repêchage*

In senso contrario al senso contrario Reintegrazione!!!

L'impossibilità di *repêchage* è un requisito di legittimità del recesso, ed è quindi elemento costitutivo del potere di licenziamento, come la sussistenza delle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il suo regolare funzionamento, ex art. 3 legge n. 604/1966.

La legittimità del licenziamento per GMO presuppone, da un lato, l'esigenza di soppressione di un posto e del necessario nesso di causalità tra tale riorganizzazione e perdita del posto, e dall'altro, l'impossibilità di diversa collocazione del lavoratore licenziato il cui onere della prova è a carico del datore.

In assenza di prova del *repêchage*, il dipendente soggetto all'art. 18 Statuto dei Lavoratori, ha diritto alla reintegra nel posto, oltre che al risarcimento del danno (Cass. 10 ottobre 2019, n. 25575).

Tutela per il mancato *repêchage*

Conclusioni – L'orientamento della Suprema Corte appena sopra riportato, seppur non univoco, **alza notevolmente la soglia di rischio per il datore di lavoro**, il quale, prima di procedere al licenziamento, deve valutare con estrema attenzione le possibili conseguenze del proprio operato, **verificando**, con diligenza e buona fede, **se vi sono altre posizioni di lavoro da offrire al dipendente che si vuole estromettere**.

Tutto ciò, evidentemente, anche alla luce del nuovo testo dell'art. 2103 del codice civile.

Articolo 2103, co. 6 - PRESTAZIONE DI LAVORO

Nelle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati **accordi individuali di modifica delle mansioni**, della **categoria legale** e **livello di inquadramento** e della relativa **retribuzione**, nell'interesse del lavoratore alla:

- conservazione dell'occupazione,
- all'acquisizione di una diversa professionalità
- al miglioramento delle condizioni di vita.

Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, un avvocato o un consulente del lavoro.

**3. Il superamento
del periodo di comportamento
non è un motivo
oggettivo di recesso**

Periodo di comporto: art. 2110 cod. civ.

- In caso di infortunio, malattia, gravidanza o puerperio, se la legge non stabilisce forme equivalenti di previdenza o di assistenza, è dovuta al lavoratore la retribuzione o un'indennità nella misura e per il tempo determinati (di norma) dai contratti collettivi.
- Nei casi di cui sopra, **l'imprenditore ha diritto di recedere dal contratto ai sensi dell'art. 2118 cod. civ. (ossia dando il preavviso) decorso il periodo stabilito dalla legge, dalle norme corporative, dagli usi, secondo equità o, di norma, dal contratto collettivo: si tratta del cd. periodo di comporto.**

Licenziamento prima della fine del periodo di comporta

Il dipendente in malattia non può essere licenziato prima che sia integralmente decorso il periodo di comporta.

E se il datore licenzia prima della fine del comporta?

Le Sezioni Unite della Cassazione (**sentenza 22 maggio 2018, n. 12568**) hanno affermato che – almeno per i lavoratori soggetti all'art. 18 – il **recesso è nullo** (e non solo inefficace) e il dipendente, ex art. 18, co. 4 e 7, ha quindi diritto a:

- a) reintegrazione** nel posto di lavoro; e
- b) risarcimento del danno** fino a un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Tale orientamento è stato confermato da una recentissima pronuncia della Suprema Corte (**Cass. 4 aprile 2019, n. 9458**).

Calcolo del periodo di comporta

Problema

a) il CCNL consente di licenziare un lavoratore dopo 18 mesi di malattia (senza precisare come si debbano conteggiare i mesi)

b) il dipendente si assenta a tale titolo per 545 giorni.

- **Il comporta è stato superato?**
- **Il licenziamento è possibile?**

Calcolo del periodo di comporta

Soluzione

Per rispondere correttamente, occorre leggere con attenzione una recentissima sentenza della Cassazione (**8 aprile 2019, n. 9751**), posto che i criteri di calcolo potrebbero essere i seguenti:

a) 1 mese ha durata convenzionale di 30 giorni, quindi:

$$30 \text{ (giorni)} \times 18 \text{ (mesi)} = 540 \text{ giorni};$$

b) si utilizza il calendario comune, e quindi:

$$365 \text{ (giorni)} : 12 \text{ (mesi)} \times 18 \text{ (mesi)} = 547,56 \text{ giorni.}$$

Nel primo caso il comporta è stato superato e il licenziamento è legittimo, nel secondo no!

Calcolo del periodo di comporta

Soluzione – La durata del periodo di comporta determinato in mesi va calcolata, salvo diversa previsione del contratto collettivo, con riferimento al calendario comune, anche considerando che, se 1 mese fosse pari a 30 giorni, 1 anno durerebbe solo 360 giorni, e non 365, come pacificamente è.

Va pertanto escluso, ove ciò non sia espressamente previsto dal contratto collettivo, **il riferimento al mese come unità convenzionalmente pari a 30 giorni**, con la conseguenza che, nel caso in esame, il comporta non è stato superato.

E quindi: si utilizza il calendario comune:

365 (giorni): 12 (mesi) x 18 (mesi) = 547,56 giorni.

4. Come prevenire e rimediare ai (costosi) errori

Revoca del licenziamento

In caso di revoca del licenziamento, purché effettuata **entro 15 giorni dalla comunicazione della sua impugnazione**, il **rapporto è ripristinato senza soluzione di continuità**, con **diritto** del lavoratore **alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca**, e **non si applicano le sanzioni** ivi previste (art. 18, legge 20 maggio 1970, n. 300).

Identica previsione è contenuta nell'art. 5 del D.Lgs. 4 marzo 2015, n. 23 (**tutele crescenti**).

Revoca del licenziamento

Perché? Un licenziamento va revocato quando il datore di lavoro, o il suo consulente, si accorgono di aver sbagliato a comminarlo, per un'errata valutazione dei fatti, perché si trattava di una lavoratrice in gravidanza e così via.

Revocare vuol dire – ferma l'erogazione della retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca – non dover pagare alcuna (salata) indennità.

Revoca del licenziamento

Come? Su questo punto la giurisprudenza è concorde: la revoca del licenziamento **non** richiede la **forma scritta**, in quanto essa non è prescritta da alcuna norma (Cass. 7 febbraio 2019, n. 3647); ne deriva che la revoca può essere comunicata anche a mezzo telefono (Cass. 18 novembre 1997, n. 11467).

Certo è che il ricorso alla forma scritta è utile ai fini della prova.

Revoca del licenziamento

Quando? La norma prescrive che la revoca va effettuata **entro 15 giorni dalla comunicazione al datore dell'avvenuta impugnazione del recesso** (il lavoratore ha 60 giorni per impugnare).

Tuttavia, in giurisprudenza si ritiene che la revoca possa essere disposta dal datore di lavoro anche se il lavoratore non ha ancora impugnato il licenziamento e, ovviamente, anche se questi non desidera riprendere il servizio (Trib. Genova 27 gennaio 2016).

Computo dell'organico: i 25 dipendenti sono proprio 25?

Dipendente Tempo Indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato
Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato
Dipendente tempo indeterminato	Part time 50%	Part time 50%	Somministrato da Agenzia	Somministrato da Agenzia
Apprendista	Apprendista	Apprendista	Tempo determinato 12 mesi	Tempo determinato 12 mesi
Distacco presso altra impresa	Intermittente	Intermittente	Tempo indeterminato con telelavoro	Tempo indeterminato con telelavoro

Le regole per il computo

Come si conta il lavoratore a tempo indeterminato in regime di telelavoro?

Art. 23, D.Lgs. 80/2015: i datori privati che facciano ricorso al telelavoro per motivi legati ad esigenze di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro in forza di accordi collettivi stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, possono escludere i lavoratori ammessi al telelavoro dal computo dei limiti numerici previsti da leggi e contratti collettivi per l'applicazione di particolari normative e istituti.

L'adibizione al telelavoro, per l'esclusione dal computo, deve essere al 100%

COMPUTO NELL'ORGANICO

I lavoratori ammessi al lavoro agile non si contano nell'organico aziendale per stabilire:

- **il numero di dipendenti in caso di licenziamento illegittimo (risarcimento più basso e no alla reintegrazione nel posto di lavoro)**
- **il numero di disabili da assumere**
- **se spetta lo sconto del 50% sui contributi in caso di contratti a termine per sostituzioni maternità**
- **se spetta la riduzione contributiva apprendisti**
- **onere di stabilizzazione degli apprendisti professionalizzanti, eccetera**

COMPUTO NELL'ORGANICO: pertanto, ove gli stessi siano ammessi al telelavoro solo parzialmente, sono esclusi in proporzione all'orario svolto in telelavoro, rapportato al tempo pieno (Min. Lav., Nota 17.2.2016, prot. n. 970).

Con riguardo all'obbligo di assunzione di lavoratori disabili, il Ministero ha precisato che l'esclusione dal computo nell'organico aziendale:

- è riconosciuta dalla norma unicamente per i datori di lavoro privati;
- presuppone che i lavoratori siano ammessi al telelavoro per l'intero orario di lavoro.

Computo dell'organico: i 25 sono scesi a 14!!!

Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato
Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato	Dipendente tempo indeterminato
Dipendente tempo indeterminato	Part time 50%	Part time 50%	Somministrato da Agenzia	Somministrato da Agenzia
Apprendista	Apprendista	Apprendista	Tempo determinato 12 mesi	Tempo determinato 12 mesi
Distacco c/o altra impresa	Intermittente	Intermittente	Tempo indeterminato con telelavoro	Tempo indeterminato con telelavoro

5. Tutele crescenti, legge 604 e Statuto a confronto

Statuto e D.Lgs. 23/2015: GMO datori “grandi”

Risarcimento	Statuto	Tutele crescenti
Solo indennità	Da 12 a 24 mensilità	Da 6 a 36 mensilità
Reintegrazione più indennità fino a 12 mesi	Manifesta insussistenza fatto posto a base licenziamento (più rischio “repêchage”)	Mai, in nessun caso
Revoca del licenziamento	Sì, sempre, entro 15 giorni da impugnazione: obbligo di rientro del lavoratore	
Offerta di conciliazione	Possibile ma “libera”	“Tipica”: 3 - 27 mesi
No motivi scritti	Da 6 a 12 mensilità	Da 2 a 12 mensilità (1 per anno)
Violazione procedura in ITL	Da 6 a 12 mensilità	Non applicabile

Legge 604 e D.Lgs. 23/2015: GMO datori “medi”

Risarcimento danno	Legge 604/1966	Tutele crescenti
Datore oltre 15 dipendenti: lavoratore + 10 anni anzianità	10 mensilità	Da 3 a 6 mensilità
Datore oltre 15 dipendenti: lavoratore + 20 anni anzianità	14 mensilità	Da 3 a 6 mensilità
RIassunzione	Si, decide il datore	Non prevista
Reintegrazione	No, in nessun caso	
Revoca	Si, sempre, entro 15 giorni da impugnazione: obbligo di rientro del lavoratore	
Offerta conciliazione	Possibile ma “libera”	“Tipica”: 1,5 - 6 mesi
No motivi scritti	Da 2,5 a 6 mensilità	Da 1 a 6 mensilità
Procedura in ITL	Non applicabile	

Legge 604 e D.Lgs. 23/2015: GMO datori “piccoli”

Risarcimento	Legge 604/1966	Tutele crescenti
Importo	Da 2,5 a 6 mensilità	Da 3 a 6 mensilità
Reintegrazione	No, in nessun caso	
Riassunzione	Si, decide il datore	Non prevista
Revoca	Si, sempre, entro 15 giorni da impugnazione: obbligo di rientro del lavoratore	
Offerta conciliazione	Possibile ma “libera”	“Tipica”: 1,5 – 6 mesi
No motivi scritti	Da 2,5 a 6 mensilità	Da 1 a 6 mensilità
Procedura in ITL	Non applicabile	

CRITERI PER QUANTIFICARE IL DANNO DA PARTE DEL GIUDICE		
Art. 8 legge 15 luglio 1966, n. 604	Art. 18, co. 5, legge 20.5.1970, n. 300 *	Art. 3, co. 1, D.Lgs. 23/2015 dopo Corte Cost. 194/2018
Numero dei dipendenti occupati dal datore di lavoro		
Dimensioni dell'impresa	Dimensioni della attività economica	
Anzianità di servizio del lavoratore	Anzianità del lavoratore	Anzianità di servizio del lavoratore
Comportamento e condizioni delle parti		
* Il giudice deve fornire specifica motivazione quanto ai criteri che ha utilizzato nello stabilire la misura del risarcimento tra il minimo e il massimo		