



**CONVEGNO  
NAZIONALE**

CON IL PATROCINIO DI



Comune di Bologna

# LAVORO 4.0

**Innovazione digitale:  
categorie giuridiche  
alla prova**



**BOLOGNA**  
**25-27 OTTOBRE 2018**



# Il licenziamento tecnologico: nozione di giustificato motivo oggettivo e forma della comunicazione

*Prof. Carlo Cester*

Università di Padova

L'art. 3, l. n. 604/1966: una norma a precetto generico rimasta immutata da 50 anni

## 1. La nozione di GMO

*Dottrina:* due filoni interpretativi

- Il GMO come semplice limite al licenziamento arbitrario; prevale la tutela della libertà di iniziativa economica (art. 41 Cost.) (G. Pera)
- Il GMO esige il rispetto di normali regole di razionalità organizzativa (G. Giugni); la libertà di impresa è sottoposta a limiti (bilanciamento di interessi); controllo sulle scelte imprenditoriali e possibile interferenza

Un aggiornamento normativo: l'art. 30, comma 1, l. n. 184/2010, per cui il controllo del giudice è limitato alla verifica del presupposto di legittimità e non può tradursi in una valutazione di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al solo datore di lavoro



## *Giurisprudenza: grande varietà di opinioni:*

- necessità di rimediare a situazioni economiche sfavorevoli e non contingenti (c.d. costo contabile)
- modifica organizzativa «neutra» con soppressione del posto
- modifica organizzativa in funzione di esternalizzazione
- GMO tecnologico sia in funzione «difensiva», sia in funzione espansiva, di aumento di produttività ed efficienza (c.d. costo di opportunità)
- soppressione del posto e redistribuzione delle mansioni (anche non di tutte)
- GMO per mera sostituzione: qui la soluzione è sempre negativa

Controlli condivisi su: effettività della scelta, relativa stabilità, nesso di causa con il licenziamento

Rilevanza della situazione concreta, della motivazione addotta, delle prove offerte

Nella concretezza del processo è spesso difficile stabilire il confine tra controllo di legittimità e controllo di merito

## La sentenza della Cassazione n. 25201/2016 (e Cass. n. 10699 e 24882/2017):

- l'interpretazione letterale: nell'art. 3 tutte le ragioni sono comprese
- la delimitazione del GMO alle sole ipotesi di situazioni economiche sfavorevoli comporterebbe un controllo di merito sulle scelte del datore
- profilo oggettivo: ridimensionamento organizzativo
- resta il controllo su effettività, non pretestuosità e nesso causale
- non c'è GMO in caso di mera sostituzione

### Criticità e prospettive:

- se tutte le scelte di riduzione sono comprese, allora anche la mera sostituzione dovrebbe essere ammessa (è sempre scelta di una più efficiente organizzazione);
- il rischio della autogiustificazione del licenziamento;
- «ragioni» oggettive di cui all'art. 3 e scelte: nel GMO c'è sempre una scelta discrezionale, una prognosi di non utilizzabilità (oltre la perdita attesa: Ichino)

Comparazione di interessi, test di sufficienza, proporzionalità, ragionevolezza: rischi e opportunità; il limite della mancanza di ragionevole consistenza delle ragioni addotte



## 2. La questione del *repechage* (non ricollocabilità altrove del lavoratore)

- creazione giurisprudenziale (dall'idea del licenziamento *extrema ratio*)
- è immanente alla nozione di GMO (la riutilizzazione si misura sull'intera azienda)
- è la prova in negativo del nesso di causa

E' ormai diritto vivente; restano aperti i problemi applicativi

### Ambito di applicazione dell'onere di *repechage*

- Non può essere imposta una modifica organizzativa (in realtà essa è implicita)
- L'onere va riferito solo a mansioni equivalenti e compatibili (si può esigere un patto di demansionamento precedente?)
- Estensione a mansioni inferiori (prima da parte della giurisprudenza, ora con il nuovo art. 2103 c.c., che amplia la ricollocabilità)





## Aspetti probatori (varie posizioni):

- necessità di allegazione da parte del lavoratore
- l'impossibilità di ricollocazione integra le ragioni di cui all'art. 3 e dunque non vi è alcuna variazione degli oneri probatori
- in ogni caso, tendenza alla svalutazione dell'onere e del suo spessore

## 3. L'apparato sanzionatorio

### 3.1. *Carenza di GMO*

a) art. 18 St., comma 7: il giudice «può» dare la tutela reale in caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per GMO:

- fatto e ragioni: non sempre c'è un fatto, a volte c'è solo una valutazione (tutela reale solo nel primo caso, nel secondo tutela indennitaria)
- manifesta insussistenza: espressione infelice, rileva l'evidenza probatoria
- potere discrezionale del giudice (rilievo dell'eccessiva onerosità?)

b) art. 3, d.lgs. n. 23/2015: la sanzione è solo indennitaria; problemi solo per le ipotesi in cui il licenziamento per GMO nasconda una diversa ragione





### 3.2. *Inosservanza dell'onere di repechage*

- Se non inerisce al fatto posto a base del licenziamento, ci sarà tutela indennitaria (nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St.)
- Cass. n. 10435/2018: la norma chiede di verificare la eventuale manifesta insussistenza degli elementi costitutivi del licenziamento e il *repechage* è fra questi (evidenza probatoria della manifesta insussistenza). Dubbio: l'assenza dei presupposti giustificativi assicura sempre la tutela reale? Quale allora l'ambito di applicazione del comma 5?



## Forma della comunicazione del licenziamento

Art.2, l. n. 604/1966:

il datore di lavoro deve comunicare per iscritto il licenziamento (con contestuale motivazione)

- *ratio*: richiamare l'attenzione sull'importanza dell'atto e sulle conseguenze dello stesso (tutela del lavoratore: la forma al servizio della sostanza)
- forma scritta non significa necessariamente forma cartacea (che è solo uno dei possibili strumenti di comunicazione)
- la posta in gioco: individuazione del *dies a quo* ai fini dell'impugnazione del licenziamento; sanzione dell'inefficacia del licenziamento

Tendenza giurisprudenziale a privilegiare il *profilo sostanziale* (tesi finalistica, nessuna sacralità): ai fini del rispetto della regola della forma scritta è indifferente il mezzo utilizzato, purché venga garantito il rispetto dell'obiettivo, cioè:

- l'individuazione di una chiara volontà risolutoria;
- la sua riferibilità al datore di lavoro (forma 'indiretta'); ruolo della sottoscrizione;
- l'ingresso nella sfera di conoscenza del lavoratore



## Vecchi problemi:

- La contestazione del contenuto del plico (il plico vuoto o la difformità): prova a carico del lavoratore
- Telegramma dettato al telefono: il datore deve provare l'origine del documento (anche attraverso semplici presunzioni)

La questione più rilevante è non tanto la nozione di atto scritto (necessariamente ampia, comprende i documenti informatici), quanto la nozione di atto scritto ai sensi dell'art. 2702 c.c. e dunque la necessità di **sottoscrizione** da parte del suo autore.

Progressiva attenuazione in giurisprudenza (es.: Cass. n. 7044/2010) della rilevanza essenziale della sottoscrizione (ciò in controtendenza rispetto al c.d. 'formalismo di protezione' nei contratti di prestazione di servizi di investimenti):

- assenza di sottoscrizione (e solo intestazione e denominazione dell'impresa); sottoscrizione da parte di persona non legittimata: sanatoria con la produzione in giudizio del documento



# Nuovi (?) problemi

Le nuove tecnologie e i nuovi sistemi di comunicazione: praticità d'uso e carattere istantaneo della comunicazione (*fax, mail, sms, Whats App*):

- nessun dubbio che si possa parlare di atto scritto
- ma la questione di fondo è sempre quella di accertare con chiarezza la **provenienza** della comunicazione dal datore di lavoro (sottoscrizione o sistemi equipollenti), oltre alla conoscibilità da parte del destinatario

Rilevanza del codice dell'amministrazione digitale (art. 20, 21 e 45, d.lgs. n. 82/2005):

- il documento informatico con firma elettronica semplice è liberamente valutabile dal giudice (art.20, comma 1-bis);
- in caso di firma digitale o firma elettronica qualificata il documento ha l'efficacia dell'art. 2702 c.c. (art. 20, comma 1-bis e 21, comma 2)
- ma la questione è se la regola speciale della forma scritta *ad substantiam* imponga sempre una sottoscrizione affidabile (con esclusione della firma semplice), senza che possa avere rilievo la conoscenza da parte del destinatario



## a) Fax

E' possibile l'individuazione sia del mittente che del destinatario (ok di arrivo): stessi strumenti presuntivi del telegramma

## b) Mail

- Mail a firma c.d. debole: non garantisce la provenienza (anche se con digitazione di *username e password*)
- Mail con firma digitale: c'è garanzia (la Pec attiene invece al meccanismo di trasmissione certificato, ma nulla dice circa il rispetto del requisito della sottoscrizione)

## c) Sms

E' riconosciuto ad altri fini (comunicazione inizio attività nel lavoro accessorio e intermittente, modalità telematiche per le dimissioni ecc.), ma per il licenziamento è privo di garanzie circa la provenienza e la ricezione.

Giurisprudenza oscillante (Appello Firenze n. 629/16 per la validità)

## d) Whats App e simili

Considerazioni analoghe a sms, con l'aggravante che questi messaggi vengono archiviati non dal gestore telefonico ma sul singolo telefono senza lasciare traccia altrove





- Sono possibili interferenze con l'obbligo di motivazione contestuale?

In teoria no, perché questa riguarda i contenuti dell'atto scritto; in concreto, può esserci difficoltà a coniugare la sinteticità dei nuovi strumenti comunicativi con le necessità di adeguata motivazione

- Conseguenze sanzionatorie



*Grazie per l'attenzione*

Prof. Avv. Carlo Cester