

## CAPITOLO X

### LA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

Sommario – SEZ. I. LA RAGION D'ESSERE DELLA DISCIPLINA INDEROGABILE DELLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO- 1. Il problema della distribuzione migliore del rischio delle sopravvenienze negative fra imprenditore e lavoratore. — 2. Nesso logico tra limitazione della facoltà di recesso dal rapporto a tempo indeterminato e limitazione della facoltà di assunzione con contratto a termine. — 3. Le forme di cessazione del contratto di lavoro. Inapplicabilità al rapporto di lavoro della rescissione per eccessiva onerosità sopravvenuta e inammissibilità della clausola risolutiva espressa. — SEZ. II. IL CONTRATTO A TERMINE. - 4. Evoluzione della disciplina, dalle origini alla stagione del «garantismo flessibile». — 5. La direttiva comunitaria n. 70/1999 e la riforma che ne è seguita nell'ordinamento italiano. — 6. I motivi per i quali è consentita la stipulazione del contratto a termine, secondo l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001. — SEZ. III. IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE. - 7. Evoluzione della disciplina limitativa della facoltà di licenziamento. — 8. Il divieto del licenziamento discriminatorio o comunque determinato da motivo illecito, o da mero arbitrio o capriccio del datore. — 9. La regola del giustificato motivo. — 10. Il giustificato motivo oggettivo. — a) *Il giustificato motivo come perdita futura eccessiva, conseguente alla prosecuzione del singolo rapporto.* — b) *La regola del giustificato motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo nel rapporto di lavoro.* — c) *Individuazione della perdita attesa come dato inerente al singolo rapporto di lavoro. Rilevanza della nozione di costo-opportunità.* — d) *Critica della regola giurisprudenziale che consente la soppressione del posto ma vieta la sostituzione del lavoratore.* — e) *La regola giurisprudenziale del c.d. repêchage.* — f) *Le aporie della giurisprudenza in materia di scarso rendimento.* — g) *La questione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento individuale.* — h) *Un caso particolare di perdita attesa: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.* — i) *La questione dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali.* — l) *La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività e il fallimento dell'impresa.* — m) *La determinazione della soglia. Rilevanza o no del pregiudizio subito dal lavoratore nel caso concreto.* — n) *Non trasparenza delle motivazioni delle sentenze in materia di g.m.o.* — 11. Il giustificato motivo soggettivo. — a) *I casi in cui l'inadempimento costituisce g. m. soggettivo e oggettivo al tempo stesso.* — b) *La peculiarità del g. m. soggettivo rispetto al g. m. oggettivo. Scarsa rilevanza del danno attuale e della perdita attesa nel singolo rapporto.* — c) *Il possibile contrasto fra interesse del datore alla reazione disciplinare e interesse dello stesso alla conservazione del rapporto.* — d) *Rilevanza non esclusiva del venir meno della fiducia del datore circa il corretto adempimento futuro, ai fini del g. m. soggettivo.* — e) *Rilevanza decisiva del criterio di proporzionalità fra gravità soggettiva della mancanza e gravità della sanzione disciplinare. Il nuovo orientamento della Cassazione in proposito.* — f) *La questione se rilevi o no il diverso costo sofferto dal singolo lavoratore per il licenziamento in ciascun caso concreto.* — g) *Rilevanza limitata della predeterminazione del g. m. soggettivo in sede collettiva.* — 12. Effetti distorsivi dell'alea del giudizio sulla portata effettiva della limitazione della facoltà di recesso del datore, nell'area della tutela reale. — SEZ. IV. IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO. - 13. La questione del controllo giudiziale dei motivi del licenziamento collettivo. - 14. La tesi secondo cui al giudice compete soltanto il controllo sulla effettività della scelta imprenditoriale sottesa al licenziamento collettivo. - 15. L'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare. - 16. I costi procedurali e contributivi come “filtro” del giustificato motivo di licenziamento collettivo.

## SEZIONE I

### LA RAGION D'ESSERE DELLA DISCIPLINA INDEROGABILE DELLA CESSAZIONE DEL RAPPORTO DI LAVORO

#### **1. - Il problema della distribuzione migliore del rischio delle sopravvenienze negative fra imprenditore e lavoratore**

Qualsiasi attività lavorativa svolta durevolmente a titolo oneroso da un prestatore in favore di un altro soggetto è esposta a numerose sopravvenienze, cui corrispondono altrettanti rischi, suscettibili di essere posti dal contratto a carico del primo o del secondo. Vi sono innanzitutto le sopravvenienze che possono impedire la prestazione o ridurne o azzerarne la produttività, attinenti alla persona del prestatore stesso: vengono in rilievo a questo proposito soprattutto la malattia, l'infortunio, la maternità, la necessità di accudire parenti gravemente infermi. Vi sono inoltre le sopravvenienze esterne, quali i casi di forza maggiore impeditivi della prestazione, gli *shocks* tecnologici che possono renderne obsoleto il contenuto professionale, le vicende del mercato che possono ridurne la redditività per l'imprenditore. A tutte queste sopravvenienze, che sfuggono al controllo di ciascuna delle due parti del rapporto, si aggiunge come relevantissimo fattore determinante dell'utilità concreta della prestazione la possibile variazione dell'impegno profuso dal prestatore nell'adempimento del debito contrattuale: variazione che sovente sfugge alla possibilità di controllo del creditore, costituendo quindi per lo stesso un possibile rischio aggiuntivo (quello che gli economisti chiamano *moral hazard*: v. cap. VIII, § 15.1). Per altro verso, l'utilità concreta della prestazione, quando questa sia inserita in una attività imprenditoriale, può variare anche in conseguenza di scelte e comportamenti dell'imprenditore che sfuggono alla possibilità di controllo del lavoratore.

In assenza di vincoli posti dall'ordinamento, il contratto di lavoro a carattere durevole, cioè avente per oggetto una prestazione che si estende nel tempo, può collocare in tutto o in parte i rischi di cui si è detto a carico del prestatore, consentendo al suo creditore di recedere dal contratto — oppure consentendogli di ridurre unilateralmente la retribuzione — quando si verifichi la sopravvenienza che riduce l'utilità della prestazione; oppure può collocarli, in tutto o in parte, a carico di quest'ultimo, limitando corrispondentemente la sua facoltà di recedere dal rapporto o di ridurre la retribuzione. In una situazione di mercato perfettamente concorrenziale, che implica l'assenza di costi di transazione rilevanti e in particolare una perfetta simmetria di informazione tra le parti, ci si può attendere che si verifichi tra di esse uno scambio di sicurezza contro retribuzione vantaggioso per entrambe: la parte che è meno propensa al rischio «paga» qualche cosa all'altra in cambio dell'esonero dal rischio; e poiché normalmente meno propenso al rischio è colui che trae la maggior parte del proprio reddito dal singolo rapporto, cioè il lavoratore che presta continuativamente e

in via prevalente o esclusiva la propria opera in favore di un solo committente, in quella situazione la libera negoziazione fra le parti dovrebbe portare spontaneamente alla collocazione di una parte consistente del rischio a carico del committente stesso (mediante clausole di invariabilità della retribuzione e di limitazione della facoltà di recesso), con corrispondente «premio assicurativo» a carico del prestatore (retribuzione inferiore rispetto a quella che egli potrebbe ottenere, a parità di ogni altra condizione, accollandosi il rischio) (1). Poiché, d'altro lato, tra i committenti continuativi l'imprenditore si caratterizza per la maggiore propensione al rischio inerente allo svolgimento futuro del rapporto di lavoro — anche in conseguenza del carattere professionale della sua attività, della pluralità di rapporti di lavoro che egli solitamente intrattiene e della conseguente suddivisione del suo rischio complessivo —, ne consegue che il contratto di lavoro continuativo nell'impresa dovrebbe, per interesse comune delle parti, essere quello in cui si realizza spontaneamente con maggiore frequenza e in maggior misura l'accordo assicurativo fra datore e prestatore di lavoro, cioè lo scambio di sicurezza contro retribuzione. Si realizzerebbe così spontaneamente la situazione ottimale, nella quale l'imprenditore trae profitto dalla propria superiore capacità di sopportazione del rischio acquisendo la prestazione dei propri collaboratori a un costo complessivamente inferiore rispetto a quello che, *coeteris paribus*, egli dovrebbe altrimenti accollarsi, ma al tempo stesso dando loro quella sicurezza che vale per loro più del «premio assicurativo» (cioè del sacrificio retributivo) pagato per conseguirla.

Senonché questo scambio, vantaggioso per tutti, è di fatto generalmente impedito da una asimmetria informativa caratteristica del mercato del lavoro, della quale si è già fatto cenno più volte nel corso di questa trattazione (cap. II, § 5; cap. VIII, § 8): al momento della negoziazione del contratto l'imprenditore conosce inevitabilmente molto peggio del lavoratore o della lavoratrice le loro qualità personali, e in particolare il loro rischio di (o propensione ad assentarsi per) malattia, i loro progetti di maternità/paternità, la loro capacità e volontà di adattarsi all'evoluzione tecnologica; in difetto di informazione adeguata su questi elementi, l'imprenditore è naturalmente portato a preferire il lavoratore o la lavoratrice che gli si presenti chiedendo minore sicurezza e maggiore retribuzione, così segnalandosi come collaboratore meno «a rischio»; viceversa, l'imprenditore tende, per lo stesso motivo, a sospettare che sia più «a rischio» chi chiede maggiore sicurezza a costo di una minore retribuzione (2). Questo fa sì che, anche in un mercato del lavoro non monopsonistico (cap. II, § 3), in assenza di un intervento autoritativo che imponga almeno in parte la collocazione del rischio a carico dell'imprenditore, la domanda di sicurezza dei lavoratori resti tendenzialmente ine-

---

(1) Per lo studio della distribuzione del rischio tra le parti nei contratti di collaborazione continuativa gli economisti fanno riferimento al modello *principal/agent*: v. in proposito cap. VIII, § 15.1; ivi ulteriori riferimenti.

(2) Non opera, invece, od opera in minor misura, una asimmetria informativa in senso inverso, poiché la qualità dell'imprenditore è più facilmente conoscibile dal lavoratore e il *moral hazard* non grava su quest'ultimo nella stessa misura in cui esso grava sull'imprenditore.

spressa: tutto il rischio finisce così coll'essere collocato sulla parte che, in generale, è meno capace di sopportarlo, mentre l'impresa è impedita a trarre profitto dalla propria capacità di produrre e offrire sicurezza (3).

Tra le conseguenze indesiderabili di un eccesso di diffusione dei rapporti di lavoro precari, oltre al suo effetto depressivo sui consumi e sulla fecondità delle famiglie, va annoverato anche, per un verso, il suo effetto depressivo sull'investimento che ciascun lavoratore fa sul proprio «capitale umano» in riferimento alle esigenze dell'impresa da cui dipende, nonché, conseguentemente, sulla sicurezza del lavoro; per altro verso tra quelle conseguenze vanno annoverati gli effetti negativi sul sistema previdenziale e sulla possibilità di sviluppo di forme di previdenza complementare (4).

L'ineliminabile asimmetria informativa fra imprenditore e lavoratore circa le qualità personali di quest'ultimo e il *moral hazard* che grava sul primo fanno sì che, in un mercato del lavoro lasciato a se stesso, la negoziazione individuale tenda a produrre un effetto contrario alla ripartizione ottimale del rischio e dei relativi costi fra le parti. Donde la desiderabilità di un intervento eteronomo volto a imporre la collocazione di una parte rilevante del rischio sull'imprenditore, salvo l'inevitabile aggiustamento automatico dell'equilibrio economico fra le parti, nel senso della riduzione dei livelli retributivi corrispondente al «premio assicurativo» che i lavoratori pagano per la sicurezza ottenuta. Un intervento siffatto è utile e necessario non soltanto ai lavoratori, ma anche all'impresa, per consentirle di svolgere la sua funzione economico-sociale essenziale di produttrice di sicurezza; e per consentirle di trarne quel maggior profitto che il mercato, lasciato a se stesso, non le consentirebbe di conseguire.

Per meglio comprendere questo argomento, si consideri quanto la maggior parte dei lavoratori, anche di quelli professionalmente più forti, sia interessata a sottrarsi a una valutazione periodica dell'opportunità economica della prosecuzione del rapporto (oppure a una rideterminazione periodica del trattamento economico) da parte dell'imprenditore: la sottoposizione continuativa a quella valutazione è fonte di insicurezza, di ansia, di «*stress da esame*»; e l'interesse a sottrarvisi è tanto maggiore quanto più elevata è la possibilità che l'esame dia esito negativo per eventi non controllabili. Ciononostante, al momento della negoziazione delle condizioni di lavoro, anche il lavora-

---

(3) Il riferimento è al noto modello proposto da P. AGHION e B. HERMALIN, *Legal Restrictions on Private Contracts Can Enhance Efficiency*, in *Journal of Law, Economics and Organization*, 1990, n. 2, pp. 381-409.

(4) Cfr. in proposito, in riferimento alla situazione spagnola tra gli anni '80 e gli anni '90, F. DURAN LOPEZ, *L'evoluzione recente della disciplina del lavoro temporaneo e del licenziamento nell'ordinamento spagnolo*, cit. nella nota 9: «la precarizzazione dei rapporti di lavoro ha, per un verso, concorso a innalzare il tasso di infortuni sul lavoro: la percentuale di incidenti sul lavoro per i lavoratori temporanei è di circa il doppio di quella dei lavoratori permanenti (dati riferiti al 1993). Mentre, per l'altro verso, il ricorso a forza lavoro temporanea ha paralizzato o comunque reso più difficile il perseguimento di finalità formative e di riqualificazione professionale, l'instaurazione di politiche collaborative e partecipative all'interno dell'impresa e lo sviluppo dei fondi pensione. Il lavoro temporaneo frena i consumi e disincentiva l'acquisto della prima casa, incidendo in modo determinante persino sulla decisione di avere dei figli o una famiglia» (p. 233).

tore che disponga di diverse alternative (cioè che non soffra di uno squilibrio di potere contrattuale di natura monopsonistica) è normalmente portato a non chiedere di sottrarsi a quella valutazione periodica, per non «segnalarsi» come portatore di un rischio maggiore per il datore di lavoro, soprattutto sul piano del *moral hazard*, rispetto ai lavoratori concorrenti; egli così non chiede sicurezza e non offre al datore di lavoro il «premio assicurativo», che pure sarebbe ben disposto a pagare per acquisirla. Se non è una fonte eteronoma a imporlo, questo scambio — pur vantaggioso per entrambe le parti — spontaneamente tende a non prodursi.

La correzione di questa distorsione tipica del mercato del lavoro mediante un intervento eteronomo sulla distribuzione del rischio delle sopravvenienze fra le parti corrisponde dunque non soltanto a un interesse generale dei lavoratori, in qualche misura condiviso anche dai più dotati e più sicuri di sé fra di essi, ma anche a un interesse degli imprenditori: l'intervento eteronomo è indispensabile per eliminare un ostacolo che altrimenti ridurrebbe di molto la loro capacità di mettere a frutto la propria capacità di assumere su di sé il rischio offrendo ai propri collaboratori sicurezza; quella capacità che nell'ultimo secolo ha esaltato il ruolo economico-sociale dell'impresa su entrambe le sponde dell'Atlantico e del Pacifico (5). Questo spiega il fiorire a tutte le latitudini e longitudini delle normative di fonte legislativa tendenti a limitare la facoltà di recesso dei datori di lavoro, anche prima che tale limitazione fosse prevista in una convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (la conv. 22 giugno 1982 n. 158); e spiega altresì il fenomeno per cui anche nel Paese che più si caratterizza nel panorama mondiale per l'alta propensione al rischio della sua popolazione e per la corrispondente assenza di vincoli legislativi in materia di recesso dal rapporto di lavoro, quei vincoli finiscano per essere in qualche misura reintrodotti e generalizzati per via giurisprudenziale (6).

## **2. - Nesso logico tra limitazione della facoltà di recesso dal rapporto a tempo indeterminato e limitazione della facoltà di assunzione con contratto a termine**

È naturale che in un ordinamento nel quale la facoltà di licenziamento sia fortemente compressa gli imprenditori tendano a preferire, a parità di ogni altra condizione, l'assunzione dei lavoratori con contratto a termine: quanto più breve è il termine, infatti, tanto minore è il rischio circa le

---

(5) Questo argomento porta alla conclusione — paradossale soltanto in apparenza — secondo la quale la disciplina limitativa della facoltà di recesso degli imprenditori, in funzione di una ragionevole copertura assicurativa dei lavoratori contro le sopravvenienze negative, non soltanto non pregiudica la libertà di iniziativa economica, ma anzi, in un mercato del lavoro caratterizzato dalle asimmetrie informative di cui si è detto, costituisce condizione in qualche misura necessaria per il pieno dispiegamento delle potenzialità di sviluppo delle imprese.

(6) V. in proposito A.B. KRÜGER, *The evolution of Unjust-D dismissal Legislation in the United States*, *ILRR*, vol. 44, n. 4, 1991, pp. 644-660 (e la relativa recensione, *Quando sono gli imprenditori a rivendicare la disciplina legislativa del licenziamento*, *RIDL*, 1995, III, pp. 233-236); J.H. VERKERKE, *Un approccio di Law and Economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, *RIDL*, 1998, I, pp. 293-315, qui riprodotto come appendice 2 a questo capitolo.

possibili sopravvenienze negative che il datore di lavoro con il contratto si assume, ovvero il contenuto assicurativo del rapporto. Questo spiega la funzione complementare che la limitazione della facoltà di assumere lavoratori con contratto a tempo determinato svolge rispetto alla limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro: in difetto della prima limitazione, la seconda potrebbe essere agevolmente elusa coll'assumere i lavoratori mediante una successione continua di contratti di durata breve, suscettibile di interruzione nel momento in cui la prestazione lavorativa cessasse di essere redditizia per il datore. Non sorprende, dunque, che gli ordinamenti caratterizzati da una maggiore libertà di licenziamento nei rapporti a tempo indeterminato siano anche quelli caratterizzati da una maggiore o totale libertà di assunzione a termine (così, in particolare, gli U.S.A., ma anche la Gran Bretagna), e viceversa (la maggiore rigidità si riscontri, sui licenziamenti come sui contratti a termine, nei paesi della c.d. fascia mediterranea: Spagna, Italia, Grecia e Turchia) (7).

Questo non toglie che, dove la stabilità dei rapporti a tempo indeterminato è garantita più rigidamente, il mercato del lavoro tenda per reazione a una maggiore diffusione dei rapporti a termine. Accade anche, del resto, che, negli ordinamenti più severi verso le imprese in materia di licenziamento nei rapporti a tempo indeterminato, la conseguente rigidità del sistema venga talvolta temperata con un allentamento dei vincoli in materia di contratto a termine: è quanto è accaduto in Italia dalla fine degli anni '70 fino ad oggi, col risultato di una diffusione dei contratti a termine nettamente superiore rispetto alla media europea (8). Così come, viceversa, si dà il caso della scelta di ridurre i vincoli in materia di licenziamento e aumentarli in materia di contratto a termine, al fine di incrementare la quota di lavoratori a tempo indeterminato rispetto ai titolari di rapporti precari (9).

---

(7) V. in proposito OCSE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, in *Perspectives de l'emploi*, giugno 1999, pp. 51-86. Al metodo seguito dai ricercatori dell'OCSE per la misurazione della rigidità dei regimi nazionali di protezione del lavoro sono state mosse numerose critiche; prevale però nettamente l'opinione che la graduatoria proposta in questo studio sia attendibile, almeno dal punto di vista ordinale.

(8) L'analisi comparatistica mostra «come a mercati del lavoro rigidi si associ generalmente un'alta incidenza dei contratti temporanei (e un'elevata quota di lavoro autonomo), al punto che tali grandezze possono essere considerate veri e propri indicatori di flessibilità/rigidità di un mercato del lavoro»: ISAE, *Rapporto trimestrale. Priorità nazionali: trasparenza, flessibilità, opportunità*, Roma, 2002. Il rapporto mostra inoltre come i rapporti a termine in Italia nell'ultimo decennio si siano raddoppiati, crescendo dagli 899.000 del 1993 ai 1.514.000 del 2001. Sulla diffusione e il tipo di utilizzazione del contratto a termine nell'esperienza italiana v. inoltre P. BARBIERI, *Il lavoro a termine nella recente esperienza italiana: uno sguardo sociologico e alcune considerazioni in proposito*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. BIAGI, Milano, 2002, pp. 21-40.

(9) È la scelta compiuta in Spagna, dove alla metà degli anni '90 il ricorso ai contratti di lavoro temporaneo aveva raggiunto il 35% del totale della manodopera occupata e addirittura il 40% di quella dipendente da aziende private: per questo la riforma dello Statuto dei lavoratori del 1995 ha limitato la possibilità di assunzione a termine, contestualmente riducendo i vincoli in materia di licenziamento nel rapporto a tempo indeterminato; sulla stessa linea si è posto poi l'accordo interconfederale 28 aprile 1997, che può leggersi in *RIDL*, 1997, III, pp. 185-197. In proposito v. F. DURAN LOPEZ, *L'evoluzione recente della disciplina del lavoro temporaneo e del licenziamento nell'ordinamento spagnolo*, *RIDL*, 1996, I, pp. 227-241.

SEZIONE II  
IL CONTRATTO A TERMINE

**4. - Il contratto a termine. Evoluzione della disciplina, dalle origini alla stagione del «garantismo flessibile»**

Nei primi due decenni dell'epoca post-corporativa il contratto di lavoro a tempo determinato — intendendosi per tale quello la cui data di cessazione è predeterminata dalle parti fin dalla sua costituzione — era disciplinato soltanto dall'art. 2097 c.c., che indicava l'apposizione del termine come clausola estranea all'assetto normale del rapporto e imponeva la forma scritta per la sua stipulazione (c. 1°: «Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, se il termine non risulta dalla specialità del rapporto o da atto scritto»), limitando a cinque anni il suo effetto di inibizione della facoltà di dimettersi per operai e impiegati, a dieci anni per i dirigenti (c. 4°), e vietando tale clausola soltanto se apposta «per eludere le disposizioni che riguardano il contratto a tempo indeterminato» (c. 2°) (10).

La norma esplicitava dunque fin da allora il *favor* dell'ordinamento per il contratto a tempo indeterminato (11) e il nesso logico intercorrente tra la limitazione del contratto a termine e la limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro (§ 2): limitazione che lo stesso codice civile disponeva, sia pure in forma assai blanda, con la generalizzazione dell'onere del preavviso di licenziamento (art. 2118) e del pagamento di un'indennità proporzionata all'anzianità del lavoratore nel caso di licenziamento non motivato da colpa del lavoratore (art. 2120).

Quando, all'inizio degli anni '60, il legislatore pose mano al disegno di rafforzamento della protezione della stabilità del posto di lavoro, il primo atto della riforma consistette nella drastica riduzione della possibilità di assunzione del lavoratore a tempo determinato, che precedette soltanto di pochi anni la prima legge sui licenziamenti. L'operazione fu compiuta con la legge 18 aprile 1962 n. 230, che stabiliva tassativamente i casi nei quali era consentito apporre un termine al contratto: lavori a carattere stagionale, sostituzione di lavoratori assenti, esecuzione di lavori a carattere straordinario od occasionale, lavorazioni a fasi successive per ciascuna delle quali si richiedessero maestranze diverse, assunzioni riferite a spettacoli o programmi radiofonici o televisivi (art. 1, c. 2°), assunzione di dirigenti (art. 4) e di salariati nel settore agricolo (art. 6). Veniva inoltre ribadita la necessità della forma scritta per l'apposizione del termine (art. 1, cc. 3° e 4°), ma non per la giu-

---

(10) Sulla disciplina legislativa della materia prima della legge del 1962 v. C. ASSANTI, *Il termine finale nel contratto di lavoro*, Milano, 1958; V. Cassì, *La durata della prestazione di lavoro. II. Il termine*, Milano, 1961.

(11) Cfr. V. Cassì, *op. cit.* nella nota prec., pp. 77-80.

stificazione del termine stesso (12); veniva disciplinata la proroga consensuale del termine (art. 2), estesa al lavoratore a termine l'applicazione della disciplina delle ferie e la garanzia della parità di trattamento rispetto ai lavoratori stabili in riferimento a tutti gli altri istituti retributivi, salva la riduzione in proporzione alla durata del rapporto (art. 5). Ne risultava una disciplina fortemente restrittiva, il cui rigore venne poi accentuato, soprattutto nel corso degli anni '70, da una giurisprudenza molto severa e ulteriormente restrittiva.

Nella seconda metà degli anni '70, uno dei primi provvedimenti della nuova fase della nostra legislazione giuslavoristica, che va sotto il nome del «garantismo flessibile», consistette nel consentire che gli ispettorati del lavoro autorizzassero deroghe al divieto del contratto a termine nei settori del commercio e del turismo (d.l. 3 dicembre 1977 n. 876, convertito nella l. 3 febbraio 1978 n. 18); qualche anno dopo questa disposizione venne estesa a tutti i settori (art. 8-*bis* inserito nel d.l. 29 gennaio 1983 n. 17 dalla legge di conversione 25 marzo 1983 n. 79). La facoltà di derogare al divieto venne poi attribuita anche alla contrattazione collettiva, con l'art. 23 della legge 28 febbraio 1987 n. 56.

A ulteriore temperamento della severità della giurisprudenza in questa materia, l'art. 12 della legge 24 giugno 1997 n. 196 intervenne infine a regolare gli effetti del protrarsi della prestazione lavorativa oltre il termine originariamente pattuito dalle parti, comminando la sanzione della conversione del contratto a termine in contratto a tempo indeterminato soltanto per il caso della protrazione superiore ai venti giorni (trenta per i rapporti di durata superiore al semestre) e attribuendo al lavoratore negli altri casi soltanto una maggiorazione retributiva progressiva (13).

## **5. - La direttiva comunitaria n. 70/1999 e la riforma che ne è seguita nell'ordinamento italiano**

La direttiva 28 giugno 1999 n. 70, che recepisce l'accordo stipulato dalle organizzazioni sindacali europee il 18 marzo dello stesso anno, impone agli Stati membri di garantire ai lavoratori a termine la parità di trattamento rispetto a quelli stabili, salvo il proporzionamento dei trattamenti economici alla durata del rapporto (art. 4), e di impedire che le garanzie di stabilità possano essere eluse mediante la stipulazione in sequenza di contratti a tempo determinato, salvo che tale successione di contratti precari abbia una oggettiva giustificazione; la legislazione nazionale deve inoltre stabilire una «durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi» (art. 5). La stessa direttiva prevede altresì che ai lavoratori venga attribuito il diritto a essere in-

---

(12) V. in questo senso ultimamente Cass. 19 luglio 2002 n. 10607, per quanto mi consta inedita: «Questa Corte ha ripetutamente ribadito che la forma scritta *ad substantiam* del contratto ... riguarda unicamente il termine e non anche le ragioni giustificatrici di tale contratto (cfr. *ex plurimis*: Cass. 8 luglio 1995 n. 7507; Cass. 28 giugno 1981 n. 3517; Cass. 20 maggio 1981 n. 3313)».

(13) Per la bibliografia in tema di contratto a termine, in riferimento all'ordinamento precedente alla riforma del 2001, v. V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, DLRI, 2001, pp. 410-415.



formati sui posti vacanti che si rendano disponibili nell'impresa o stabilimento, «in modo da garantire loro le stesse possibilità di ottenere posti duraturi che hanno gli altri lavoratori» (art. 6) (14).

L'ultima menzionata era la sola disposizione che avrebbe richiesto un intervento legislativo per l'adeguamento del nostro ordinamento nazionale, dal momento che la durata massima complessiva dei rapporti a termine in sequenza risultava già implicitamente ma efficacemente limitata dalla severa disciplina vigente al momento dell'emanazione della direttiva (15). Questa è stata invece assunta come occasione per una rinegoziazione radicale della disciplina della materia tra associazioni imprenditoriali e sindacali, sfociata il 28 aprile 2001 in un accordo sui contenuti della riforma tra la Confindustria e le sole confederazioni Cisl e Uil, rifiutato invece dalla Cgil (16).

All'inizio della XIV legislatura il Governo ha esercitato la delega conferitagli dalla «legge comunitaria» 29 dicembre 2000 n. 422, recependo le indicazioni contenute nell'accordo interconfederale del 28 aprile mediante il decreto legislativo 6 settembre 2001 n. 368, integralmente sostitutivo della disciplina precedente sulla materia: tutte le norme citate nel paragrafo precedente sono abrogate esplicitamente dall'art. 11 (17).

L'intendimento della riforma è dichiaratamente quello di facilitare il più possibile il ricorso al contratto a termine come strumento di flessibilità nell'organizzazione aziendale, in un contesto politico-sindacale nel quale una parte delle confederazioni sindacali è disponibile per questa operazione, mentre si registra una persistente e netta opposizione dell'intero schieramento sindacale contro qualsiasi modifica alla disciplina limitativa del licenziamento. L'opzione dell'allentamento del vincolo sui contratti a termine ha, sì, il difetto di accentuare la separazione, nel tessuto produttivo, tra la categoria dei lavoratori stabili e quella dei precari; ma presenta il vantaggio politico di incentivare nuove assunzioni meno «impegnative» per le imprese, senza diminuire la stabilità dei lavoratori già in attività: è, del resto, la stessa scelta che nei due decenni passati è stata fatta con le larghe

---

(14) V. in proposito M. TIRABOSCHI, *La recente evoluzione della disciplina in materia di lavoro a termine: osservazioni sul caso italiano in una prospettiva europea e comparata*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 8, pp. 41-83: ivi anche informazioni aggiornate sulla disciplina della materia negli altri Paesi europei, sulla quale v. altresì i contributi di M. BIAGI, M. WEISS, P. LORBER, V. MARLEAU, A. FORSYTH, T. HANAMI E Y. SUWA, in *CLLIR*, 1999, n. 2.

(15) Cfr. L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, *ADL*, 2002, pp. 41-43. Nel senso della non necessità della riforma del settembre 2001 ai fini dell'ottemperanza alla direttiva comunitaria, v. anche L. DE ANGELIS, *Il nuovo contratto a termine: considerazioni sul regime sanzionatorio*, *FI*, 2002, V, pp. 16-17 dell'estratto.

(16) Sulla vicenda politico-sindacale che ha preceduto la riforma v. M. BIAGI, *La nuova disciplina del lavoro a termine: prima (controversa) tappa del processo di modernizzazione del mercato del lavoro italiano*, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura dello stesso B., cit. nella nota 8, pp. 3-12.

(17) Sul contenuto della riforma v. i primi commenti di S. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, *LG*, 2001, pp. 913-925; M. PAPALEONI, *Luci e ombre nella riforma del contratto a termine*, *RIDL*, 2001, I, pp. 367-398; L. RUGGIERO, *L'apposizione del termine nel decreto di attuazione della direttiva Ce 99/70*, *MGL*, 2001, pp. 1072-1076; G. CIAMPOLINI, *Proroga, scadenza del termine e successione dei contratti*, *MGL*, 2001, pp. 1084-1087; G. BONATI, *Organico aziendale: computo dei lavoratori a termine*, *MGL*, 2001, pp. 1087-1089; F. BASENGHI, *Contratto a termine e lavoro dirigenziale*, *MGL*, 2001, pp. 1089-1093; G. SUPPIEJ, *La disciplina transitoria dei contratti a termine*, *MGL*, 2001, pp. 1093-1095.

aperture legislative in materia di contratti di formazione e lavoro, la cui appetibilità per le imprese era data, oltre che dagli sgravi contributivi, anche e soprattutto dalla loro natura di contratti a termine. Senonché la tecnica normativa adottata rischia di produrre effetti poco coerenti con l'obiettivo perseguito (18).

## **6. - I motivi per i quali è consentita la stipulazione del contratto a termine, secondo l'art. 1 del d.lgs. n. 368/2001**

A norma dell'art. 1 del decreto, «È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto di lavoro subordinato a fronte di ragioni di carattere tecnico, produttivo, organizzativo o sostitutivo» (per il lavoro stagionale nel settore del trasporto aereo dispone invece l'art. 2, riproducendo integralmente e senza modifiche le disposizioni contenute nell'art. 1 della legge n. 230/1962, lett. f). Con questa disposizione, il legislatore del 2001 sostituisce alla tecnica normativa adottata dal legislatore del 1962, consistente nell'elencazione tassativa dei casi in cui il contratto a termine è consentito, la tecnica della «clausola generale»: più precisamente, pone una sorta di regola del «giustificato motivo» di apposizione del termine, che lascia al giudice una amplissima discrezionalità nella valutazione circa la sussistenza o no della motivazione idonea in ciascun caso concreto, in sostanziale analogia con la disciplina del licenziamento individuale (§ 10) e del trasferimento (19). L'indicazione delle «ragioni» che possono legittimare il contratto a termine secondo la nuova norma è, certo, espressa in un linguaggio più generico, meno stringente e preciso rispetto alla norma previgente (20); ma essa non può assumere altro significato giuridicamente apprezzabile se non quello di una sindacabilità giudiziale dei motivi sui quali si fonda l'apposizione del termine (21). Spetta ora al giudice attribuire un significato più preciso alle singole espressioni usate dal legislatore-

---

(18) Cfr. G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, RIDL, 2002, II, p. 18: «Non è da escludere che in futuro il partito della liberalizzazione debba amaramente pentirsi dell'operazione oggi imposta e sostanzialmente sconfitta in linea di principio». V. anche, in proposito, le osservazioni critiche di R. COSIO, *Lavoro a tempo determinato: apposizione del termine*, DPL, 2002, pp. 1750-1754.

(19) Cfr. sul punto, tra gli altri, A.M. PERRINO, *Contratti a tempo determinato: prime notazioni sul d.leg. 6 settembre 2001 n. 368*, FI, 2001, I, c. 3516.

(20) V. in proposito la circolare ministeriale 1° agosto 2002 n. 42, GU, 13 agosto 2002 n. 189, contenente «prime indicazioni applicative» sulla nuova normativa: «nella disciplina delineata dal decreto legislativo in commento appare superato l'orientamento volto a riconoscere la legittimità dell'apposizione del termine soltanto in presenza di un'attività meramente temporanea, così come, d'altronde, sono superati i caratteri della "eccezionalità", "straordinarietà" e "imprevedibilità" propri delle precedenti ragioni giustificatrici».

(21) In questo senso, tra i primi commentatori, v. G. PERA, *Sulla nuova disciplina del contratto a termine e sul regime sanzionatorio del licenziamento ingiustificato*, cit. nella nota 18; S. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi ecc.*, cit. nella nota 17, p. 917; L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, cit. nella nota 15, p. 43; S. CIUCCIOVINO, nel commentario della nuova legge a cura di G. Santoro Passarelli, NLCC, 2002, sub art. 1, pp. 30-39. V. invece una sottolineatura della liberalizzazione della materia portata dalla nuova legge in L. MENGHINI, *La nuova disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato*, ne *La nuova disciplina del lavoro a termine*, a cura dello stesso A., Milano, 2002, p. 3 («un passo molto più lungo e decisivo, rispetto ai precedenti, verso un'attenuazione dei vincoli che frenano l'uso del lavoro a termine»). Per la tesi dell'insindacabilità dei motivi indicati dal datore di lavoro all'atto dell'assunzione v. M. TIRABOSCHI, commento all'art. 1, ne *Il nuovo lavoro a termine*, a cura di M. Biagi, cit. nella nota 8, partic. pp. 99-106.

re: stabilire, cioè, quali siano le ragioni «di carattere tecnico», «produttivo», «organizzativo» o «sostitutivo» idonee a giustificare una valida predeterminazione negoziale della durata del rapporto, che in precedenza erano individuate dalla legge, o dalla contrattazione collettiva (adesso a questa compete soltanto di determinare il contingentamento dei rapporti di lavoro a termine rispetto agli organici aziendali). E il contratto a termine — lungi dal diventare un nuovo schema di rapporto di lavoro «normale» a fianco del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, suscettibile di essere scelto liberamente dalle parti — «mantiene una collocazione speciale», soggetta a controllo giudiziale (22).

Deve considerarsi pacifica, innanzitutto, la legittimità della stipulazione del contratto a termine in tutti i casi nei quali essa era legittima in base alla legislazione previgente: se infatti un legislatore sicuramente più severo e restrittivo dell'attuale in questa materia aveva ritenuto di dover consentire l'apposizione del termine in quei casi, non si vede davvero come una valutazione negativa sugli stessi casi possa essere data dal giudice nel quadro della nuova disciplina (23).

Un caso ulteriore nel quale il contratto a termine può considerarsi senz'altro giustificato, sulla base di una sorta di interpretazione autentica dell'art. 1 desumibile dal settimo comma, lettera *a*, dell'art. 10 del decreto, è quello dell'«avvio di nuove attività» imprenditoriali, cioè del cosiddetto *start up*, «per i periodi che saranno definiti dai contratti collettivi di lavoro anche in misura non uniforme con riferimento ad aree geografiche e/o comparti merceologici». Alcuni casi, aggiuntivi rispetto alla previsione dell'art. 1, di contratto a termine legittimo sono individuati in articoli successivi del decreto.

Ferma la legittimità del contratto a termine nei casi anzidetti, la formulazione della clausola generale contenuta nell'art. 1 appare compatibile con tre possibili letture. La prima è quella che individua il giustificato motivo di apposizione del termine con il giustificato motivo di licenziamento alla scadenza del termine: l'apposizione del termine è legittima se è prevedibile che a quella data sussisterà altrimenti un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (24). Poiché, come vedremo a suo luogo (§ 10), il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste sostanzialmente non in

---

(22) Cfr. G. PROIA, *Brevi note nelle ragioni che consentono l'apposizione del termine al contratto di lavoro*, ADL, 2002, pp. 186-192; nello stesso senso la prima pronuncia della Cassazione in riferimento alla nuova legge: sentenza 21 maggio 2002 n. 7468, *GLav*, 2002, p. 12, con nota di M. PAPALEONI, *Contratto a tempo determinato e giustificazione del termine*.

(23) Cfr. L. MONTUSCHI, *Ancora nuove regole per il lavoro a termine*, cit. nella nota 15, pp. 43-44. Nel senso dell'opportunità di un'interpretazione della nuova legge che valorizzi gli aspetti di continuità con la disciplina precedente v. L. ANGELINI, *L'apposizione del termine al contratto di lavoro*, LG, 2002, pp. 611-619.

(24) S. CENTOFANTI, *Peculiarità genetiche e profili modificativi del nuovo decreto legislativo sul lavoro a tempo determinato*, cit. nella nota 17: «pur nell'ampio spettro consentito, le nuove ragioni di carattere tecnico produttivo, organizzativo o sostitutivo si avranno solo quando effettivamente sussista una situazione che consenta di ritenere che per quelle determinate mansioni non vi sarà al termine del periodo previsto una ulteriore possibilità di utilizzazione, e quindi quando sia configurabile quasi un giustificato motivo oggettivo di licenziamento *in pectore*. Al di fuori di questo, quelle "ragioni" non saranno tali e non avranno l'idoneità a supportare e giustificare un'assunzione a tempo determinata» (p. 919).

una perdita attesa *qualsiasi*, ma in una perdita attesa superiore a una determinata soglia, questa prima lettura dell'art. 1 avrebbe come conseguenza l'illegittimità dell'apposizione del termine in tutti i casi in cui la perdita attesa dalla prosecuzione ulteriore del rapporto sia inferiore a quella soglia: risultato interpretativo, questo, che si pone in netto contrasto con l'intendimento dichiarato del legislatore.

Il contrasto con l'intendimento dichiarato del legislatore si riduce se la norma viene letta in questo modo: la pattuizione del termine è legittima in tutti i casi nei quali, al momento della costituzione del rapporto, è *ragionevolmente prevedibile* che la prosecuzione del rapporto stesso oltre il termine produca una *qualsiasi* perdita per l'azienda.

È infine compatibile con il tenore letterale della norma una terza sua interpretazione, ancora più «liberista», nella quale alla ragionevole prevedibilità della prosecuzione del rapporto in perdita si sostituisce l'*incertezza superiore al normale circa la redditività positiva* della prosecuzione stessa: la pattuizione del termine è legittima in tutti i casi nei quali al momento della costituzione del rapporto il bilancio attivo o passivo della prosecuzione del rapporto oltre il termine è soggetto a *incertezza maggiore rispetto a quella normalmente propria di un rapporto di lavoro qualsiasi* a tempo indeterminato.

Quest'ultima è — a mio avviso — fra le tre indicate l'interpretazione giuridicamente preferibile, in quanto è la più vicina all'intendimento liberalizzatore dichiarato dal legislatore in modo fin troppo esplicito. Va detto, tuttavia, a questo proposito, che quand'anche questa sia l'interpretazione destinata a prevalere nella nostra giurisprudenza, resterà pur sempre un largo margine di ... incertezza circa il grado di incertezza della redditività futura del rapporto che il singolo giudice riterrà necessario ai fini della legittimità dell'apposizione del termine. E poiché la possibile soccombenza anche in un solo grado dell'eventuale giudizio, con la conseguente reintegrazione anche solo temporanea del lavoratore nel posto di lavoro, comporta per l'azienda costi sproporzionati rispetto al valore del contratto a termine, è facile prevedere che quell'alea avrà un effetto restrittivo assai rilevante sulla diffusione di questo tipo di contratto (25).

Un caso in cui l'incertezza circa la redditività futura del rapporto di lavoro per il datore di lavoro è maggiore rispetto al normale è quello dell'assunzione del giovane al suo primo impiego, o comunque del lavoratore privo di esperienza specifica nelle mansioni contrattuali (i dati disponibili dicono che di fatto il ricorso al lavoro temporaneo tramite agenzia — cap. V, § 9 — avviene oggi all'incirca nella metà dei casi al fine di sperimentare il lavoratore in vista di una sua possibile as-

---

(25) Cfr. sul punto V. SPEZIALE, *La nuova legge sul lavoro a termine*, cit. nella nota 80, pp. 369 e 382-383: «la maggiore incertezza complessiva in materia di contratto a termine potrebbe scoraggiare l'utilizzazione di questo tipo di rapporto e, in ogni caso, espone i datori di lavoro a rischi assai superiori rispetto al passato».

sunzione definitiva) (26): sulla base della lettura della nuova norma sopra proposta, potrebbe dunque sostenersi che in questi casi il contratto a termine sia sempre consentito. A questa tesi potrebbe obiettarsi che in tal modo verrebbe a essere elusa la disciplina limitativa del patto di prova; ma a questa obiezione potrebbe replicarsi che il contratto a tempo determinato offre al lavoratore una posizione più sicura rispetto a quella che gli è offerta dal patto di prova, durante il quale egli può essere licenziato anche prima della scadenza del termine. Sul piano pratico, comunque, l'assunzione a termine del giovane al primo impiego è sempre possibile mediante il contratto di apprendistato (che di fatto, con il contratto di formazione e lavoro, nell'ultimo ventennio ha diffusamente sostituito il patto di prova in un gran numero di casi) o mediante il contratto di inserimento, istituito e disciplinato con gli artt. 54-59 del d. lgs. 10 settembre 2003 n. 276.

Non dovrebbe, almeno in linea teorica, sorgere alcun dubbio circa la legittimità del contratto a termine in tutti i casi in cui l'attività a cui esso si riferisce abbia carattere stagionale, non essendo più necessario che, come nel regime previgente, tale carattere sia sancito da una norma regolamentare. Continueranno a porsi, tuttavia, problemi pratici di non facile soluzione nell'ampia zona di confine tra le attività stagionali e quelle che subiscono qualche interruzione ogni anno, di durata superiore rispetto al limite minimo assoluto dei venti giorni posto dal terzo comma dell'art. 5. Così, ad esempio, una rilevante incertezza graverà sul contratto a termine stipulato reiteratamente, di anno in anno, con insegnanti impegnati per i soli nove o dieci mesi di attività scolastica, per i quali è utilizzabile un contratto a tempo parziale «verticale» che preveda nove o dieci mesi di lavoro e due o tre di sospensione dell'attività.

### SEZIONE III

#### IL LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

#### **7. Evoluzione della disciplina limitativa della facoltà di licenziamento**

È opinione diffusa che prima della legge 15 luglio 1966 n. 604 la regola del preavviso costituisse la sola limitazione della facoltà di recesso unilaterale del datore di lavoro, essendo consentito dal codice civile il c.d. recesso *ad nutum*. In realtà, già il codice civile, attribuendo a qualsiasi lavoratore licenziato senza giusta causa il diritto a un indennizzo (l'«indennità di anzianità» di cui all'art. 2120; ma si trattava in sostanza di una indennità *di licenziamento*), aveva istituito un primo «filtro» delle scelte di recesso unilaterale del datore di lavoro, rendendo antieconomico il licenzia-

---

(26) V. in proposito P. SESTITO, *Le funzioni del lavoro interinale in Italia: opportunità e peculiarità*, in corso di pubblicazione in *PE*, 2002. Quanto ai contratti a termine v. P. BARBIERI, *Il lavoro a termine nella recente esperienza italiana: uno sguardo sociologico e alcune considerazioni in proposito*, cit. nella nota 8.

mento in tutti i casi nei quali la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto fosse inferiore a quell'esborso (§ 10, lett. *b*). Poiché l'indennità era assai più elevata per gli impiegati che per gli operai, ne conseguiva sostanzialmente una tutela della stabilità assai maggiore per i primi che per i secondi.

Con la legge n. 604/1966, oltre all'introduzione del divieto di licenziamento discriminatorio per motivi sindacali, politici o di opinione, vennero compiute due operazioni:

— si stabilì che l'indennità di cui all'art. 2120 c.c. sarebbe stata pagata al lavoratore in tutti i casi di cessazione del rapporto, compresi il caso di licenziamento giustificato e quello delle dimissioni, col risultato che quell'indennità assunse da quel momento la natura di retribuzione differita (27), perdendo l'effetto di «filtro» economico dei licenziamenti;

— per converso, la legge del 1966, recependo quanto disposto da un accordo interconfederale dell'anno precedente (28), stabilì che, qualora il licenziamento fosse privo di idonea giustificazione, il datore di lavoro con più di 35 dipendenti fosse obbligato, alternativamente, a riassumere il lavoratore o a pagargli un indennizzo.

Vista con gli occhi dell'economista, la legge del 1966 non segnò dunque un mutamento qualitativo di grande rilievo nel nostro regime di protezione contro il licenziamento: essa si limitò a sostituire la vecchia indennità di licenziamento prevista dall'art. 2120 c. c. con un indennizzo di entità diversa (ma mediamente non più elevata), calcolato secondo un criterio comune a operai e impiegati e amministrato dal giudice caso per caso. Con la previsione della soglia dei 36 dipendenti per l'applicazione del nuovo regime di tutela contro il licenziamento, però, quella legge istituì sostanzialmente un regime di licenziabilità totalmente libera per le aziende di dimensioni inferiori, non più assoggettate ad alcun «costo di licenziamento» di fonte legislativa; e poiché già all'epoca le imprese con organico inferiore a 36 dipendenti occupavano una parte cospicua dei lavoratori italiani (29), il risultato dell'operazione fu, paradossalmente, quello di una attenuazione del grado complessivo di «protettività» del sistema contro i licenziamenti (ciò di cui sindacati e forze politiche non tardarono ad accorgersi negli anni immediatamente successivi).

---

(27) Con ciò la legge ha di fatto attribuito a tutti i lavoratori in attività al momento della sua entrata in vigore un beneficio *una tantum*, un credito destinato a essere comunque riscosso alla fine del rapporto: un beneficio di cui hanno goduto soltanto i lavoratori in attività in quel momento, poiché è ovvio che da quel momento in poi i trattamenti abbiano preso a essere determinati, in sede di contrattazione collettiva e individuale, tenendosi conto del nuovo elemento di retribuzione differita istituito inderogabilmente dal legislatore.

(28) Accordo interconfederale 29 aprile 1965, stipulato da Cgil, Cisl e Uil con la Confindustria. Le stesse confederazioni avevano convenuto fin dal 1947 circa la necessità di una regolamentazione dei licenziamenti (acc. interconf. 7 agosto 1947 per la costituzione delle commissioni interne, art. 3, lett. *a e b*) e vi avevano provveduto in un primo tempo con l'accordo interconfederale 18 ottobre 1950, recepito in decreto delegato, a norma della legge 14 luglio 1959 n. 741, con il d.P.R. 14 luglio 1960 n. 1011.

(29) V. in proposito la nota 15 al cap. IX.

È stato invece lo Statuto dei lavoratori (legge 20 maggio 1970 n. 300), quattro anni dopo, a rendere assai più severa la disciplina limitativa dei licenziamenti. Esso ne ha, innanzitutto, ampliato notevolmente l'area di applicazione, includendovi tutte le aziende che occupassero nello stesso comune più di 15 dipendenti (il limite si riduce a 5 per le aziende agricole). Esso ha inoltre previsto che, quando il giudice abbia ritenuto ingiustificato il licenziamento, non sia più data all'imprenditore la scelta tra riassunzione del lavoratore e indennizzo, bensì gli sia imposto in ogni caso di ricostituire il rapporto di lavoro e di pagare un risarcimento del danno, nella misura minima di 5 mensilità dell'ultima retribuzione e senza limite massimo. La reintegrazione automatica del lavoratore, combinata con l'assenza di un limite massimo del risarcimento, con la possibile lunga durata del processo e con la scarsa prevedibilità dell'esito del giudizio, ha prodotto l'effetto di un notevolissimo aumento del «costo di licenziamento» mediamente atteso dall'imprenditore *ex ante* (§ 12): in una recente ricerca comparativa esso è valutato per l'Italia pari al valore medio di 34 mensilità dell'ultima retribuzione (30).

La legge n. 108 del 1990 è infine intervenuta a reintrodurre, fino alla soglia dei 15 dipendenti (nell'ambito dello stesso territorio comunale) e dei 60 (sull'intero territorio nazionale), una sorta di indennità di licenziamento ingiustificato, sempre amministrata dal giudice, in misura che va da 2,5 a 14 mensilità a seconda delle dimensioni dell'azienda e dell'anzianità del lavoratore.

## **8. - Il divieto del licenziamento discriminatorio o comunque determinato da motivo illecito, o da mero arbitrio o capriccio del datore**

L'art. 4 della legge n. 604/1966, dando concreta attuazione a principi già in precedenza sanciti (o agevolmente desumibili) dalla Costituzione e da convenzioni e trattati internazionali di cui si è già detto a loro luogo (cap. VII, § 1), commina la nullità per qualsiasi «licenziamento determinato da ragioni di credo politico o fede religiosa, dall'appartenenza ad un sindacato e dalla partecipazione ad attività sindacali». Il divieto, sempre assistito dalla sanzione della nullità, viene poi allargato dall'art. 15 St. lav., come modificato dall'art. 13 della legge 9 dicembre 1977 n. 903, ai licenziamenti «dettati a fini di discriminazione ... razziale, di lingua o di sesso» (31).

Dottrina e giurisprudenza concordano nel considerare come causa di nullità del licenziamento, oltre al motivo discriminatorio, anche qualsiasi altro motivo in sé illecito: regola, questa, desu-

---

(30) OCSE, *Protection de l'emploi et performance du marché du travail*, cit. nella nota 7. Ero giunto a una stima non dissimile (ma sulla base di un criterio di calcolo completamente diverso da quello – assai discutibile – seguito dai ricercatori dell'OCSE) nel mio saggio *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, cap. V.

(31) V. in proposito la rassegna di dottrina e giurisprudenza di L. CORAZZA, *Il licenziamento discriminatorio*, in *Diritto del lavoro. Commentario dir.* da F. Carinci, III, *Il rapporto di lavoro subordinato ecc.*, a cura di M. Miscione, Torino, 1998, pp. 349-354.

mibile agevolmente dagli artt. 1345 e 1418, 2° c., c.c., stante l'applicabilità ai negozi unilaterali, nei limiti della compatibilità logica, delle regole dettate dalla legge in materia di negozi bilaterali.

Al motivo illecito o discriminatorio deve, a mio avviso, essere equiparato il mero arbitrio o capriccio del datore di lavoro, in virtù del principio costituzionale che vieta l'esercizio dell'iniziativa economica in modi che ledano la libertà o la dignità della persona (art. 41 Cost.). Così, ad esempio, deve, a mio modo di vedere, dichiararsi nullo — e non soltanto annullabile per carenza di giustificazione — il licenziamento motivato da fatti inerenti alla vita privata del lavoratore e irrilevanti nel rapporto di lavoro («ti licenzio perché ti servi di un'automobile prodotta da un'impresa concorrente»), oppure dettato da motivi di «tifo» calcistico («ti licenzio perché sei interista»), o da motivi altrimenti futili («ti licenzio perché mi hai battuto in una partita a scacchi»). In questo ordine di idee, appare corretta la dichiarazione di nullità anche del licenziamento del dipendente di cui il datore di lavoro scopra che è l'amante della propria moglie, salvo che, per le dimensioni dell'impresa e/o la collocazione particolare del lavoratore nel suo organigramma, l'inevitabile inimicizia personale tra datore e prestatore costituisca un fattore oggettivo di rilevante turbativa del normale svolgimento dell'attività aziendale, venendo pertanto a costituire motivo legittimo del licenziamento, in quanto motivo inerente all'economia del rapporto contrattuale e non estraneo ad essa (§ 10) (32).

La regola processuale generale, in questa materia, è quella che impone al lavoratore l'onere di dimostrare la discriminazione o altro motivo illecito, o inammissibile, come motivo del licenziamento. È peraltro orientamento giurisprudenziale costante — e pienamente conforme a logica — quello per cui tale motivo assume rilievo soltanto in quanto esso risulti determinante. Viceversa, qualora il datore di lavoro provi a sua volta la sussistenza di altro motivo in sé legittimo, sufficiente

---

(32) Un caso di questo genere, accaduto in una piccola salumeria, è stato invece risolto, all'indomani dell'emanazione dello Statuto dei lavoratori, nel senso della illegittimità del licenziamento del lavoratore adultero da una sentenza che fece scalpore e che è poi rimasta nel lessico giuslavoristico come la «sentenza delle corna»: P. Milano 25 gennaio 1971, *FI*, 1971, I, c. 2072. Il giudice ha qui riconosciuto che «una "offesa" come quella subita [dal datore di lavoro] è comunemente considerata, dalla media dei membri della comunità, come una offesa di rilevante gravità, alla quale la risposta del licenziamento in tronco potrebbe sembrare una reazione sin troppo blanda»; e che «il lavoro, in una azienda a carattere familiare, non poteva non risentire dell'atmosfera alquanto tesa prodottasi» fra datore e prestatore; ma il giudice ha osservato altresì che «anche in Italia esistono delle sacche di arretratezza culturale rispetto ai rapporti fra i due sessi, nel cui ambito, ad esempio, è prosperato e prospera il c.d. "delitto d'onore". Cionostante, ormai, nessuno più sostiene che il diritto debba inchinarsi di fronte a queste forme arcaiche di risoluzione di problemi relativi a rapporti interpersonali, delle quali concordemente si auspica il superamento»; quanto alla tensione nel luogo di lavoro, «essa sembra al giudice priva di ogni rilevanza come possibile giusta causa di licenziamento dell'attore, non potendo in alcun modo ritenersi conforme a diritto che una situazione di tensione determinatasi all'interno del luogo di lavoro debba in ogni caso risolversi con il sacrificio dell'interesse del contraente più debole (prestatore di lavoro nella specie)» (p. 2074: doveva dunque... «dimettersi» dalla salumeria il datore di lavoro?). Va tuttavia osservato che nel caso specifico la controversia verteva soltanto sulle conseguenze economiche del licenziamento e non sulla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro.



a giustificare il licenziamento, questo rende irrilevante l'eventuale motivo (ulteriore) discriminatorio, in quanto concorrente ma non determinante (33).

Il divieto di licenziamento discriminatorio o dettato da motivo illecito o inammissibile si applica in qualsiasi rapporto di lavoro, indipendentemente dalla natura e dalle dimensioni dell'azienda.

## 9. - La regola del giustificato motivo

Insieme al divieto del licenziamento discriminatorio, la legge n. 604/1966 ha introdotto la regola per cui il licenziamento deve essere sorretto da un motivo giustificato (art. 1), con sedici anni di anticipo rispetto all'ordinamento dell'O.I.L., nel quale la stessa regola è stata introdotta mediante la convenzione 22 giugno 1982 n. 158 (peraltro non ratificata dall'Italia) (34) e oltre quattro decenni di anticipo rispetto all'ordinamento comunitario, nel quale quella regola è stata introdotta per la prima volta mediante l'art. 30 della *Carta dei diritti fondamentali* proclamata dal Parlamento e dalla Commissione il 7 dicembre 2000 (35).

L'art. 3 della legge n. 604/1966 definisce il giustificato motivo di licenziamento alternativamente come «un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali» (c.d. giustificato motivo soggettivo) e come una o più «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»: formule, entrambe, estremamente generiche, corrispondenti alla tecnica normativa della «clausola generale» (cfr. § 6), il cui contenuto precettivo pratico è per sua natura fortemente influenzato dall'orientamento e dalla sensibilità del giudice e dalle circostanze, quindi anche suscettibile di mutare nel tempo (36). Ciò non toglie che possa svolgersi in proposito

---

(33) Cfr. Cass. 25 novembre 1980 n. 6259, *FI*, 1982, I, c. 157 (anche in *MGL*, 1981, p. 332, ma con altra massima): «Una volta accertata la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo di recesso, retamente il giudice di merito ritiene superfluo l'esame della domanda tendente alla declaratoria di nullità del licenziamento perché adottato a fini discriminatori»; nel caso specifico, il giudice di merito aveva ritenuto il licenziamento giustificato obbiettivamente da una sopravvenuta rilevante riduzione della capacità lavorativa del prestatore. In senso contrario v. però, in dottrina, in riferimento al trasferimento discriminatorio, L. MONTUSCHI (G. Ghezzi, F. Mancini, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 14-18, Comm SB*, 1981<sup>2</sup>, sub artt. 15-16, pp. 53-54; e, in riferimento al licenziamento discriminatorio, O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 601.

(34) L'art. 10 della convenzione internazionale n. 158/1982 prevede che «Se gli organismi menzionati nell'articolo 8 [organi giurisdizionali o arbitrali] della presente convenzione arrivano alla conclusione che il licenziamento è ingiustificato e se, tenuto conto della legislazione e delle prassi nazionali, essi non hanno il potere, o non ritengono possibile nella circostanza, di annullare il licenziamento e/o di ordinare o di proporre la reintegrazione del lavoratore, dovranno essere abilitati a ordinare il versamento di un'indennità adeguata oppure ogni altra forma di riparazione da considerarsi appropriata».

(35) «Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». Sull'*iter* attraverso il quale si è pervenuti alla formazione e alla proclamazione della *Carta* (la quale, tuttavia, in attesa di essere recepita nella nuova Costituzione dell'Unione, non può ancora considerarsi dotata di effetto giuridico vincolante) v. M. BIAGI, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, RIDL*, 2001, III, p. 3.

(36) Per una ampia panoramica degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali in materia di giustificazione sostanziale del licenziamento v. P. TULLINI e F. LUNARDON, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 31, pp. 197-240.

qualche considerazione di carattere logico-sistematico, suscettibile di fornire alcuni criteri generali di interpretazione e applicazione della norma, nonché alcune utili chiavi di lettura critica degli orientamenti giurisprudenziali formatisi su questa materia.

Le conclusioni a cui pervengo nelle pagine che seguono si discostano nettamente da quelle che parrebbero doversi trarre dalle massime giurisprudenziali ricorrenti in questa materia; ma non si discostano più che tanto dalla motivazione reale (ancorché inespressa) che sottende le decisioni dei giudici del lavoro.

## 10. - Il giustificato motivo oggettivo

Escluso ogni motivo discriminatorio, illecito, futile o capriccioso del licenziamento, oggetto di uno specifico divieto a sé stante (§ 8), i motivi suscettibili di indurre di fatto il datore di lavoro a licenziare un dipendente possono, in linea di fatto, essere soltanto di due tipi, riconducibili rispettivamente ai due possibili «giustificati motivi» indicati dalla clausola generale di cui si è detto nel paragrafo precedente:

— l'interesse di natura disciplinare, consistente nell'esigenza tipicamente aziendale di dissuadere i dipendenti dal tenere un determinato comportamento contrario ai loro doveri contrattuali; oppure

— la previsione che dalla prosecuzione del rapporto derivino complessivamente per l'azienda costi superiori rispetto all'utilità prodotta, che è quanto dire l'attesa di una perdita (deve essere chiaro fin d'ora che la *perdita attesa* di cui stiamo parlando è il risultato della differenza tra l'insieme di tutti i costi e l'insieme di tutte le utilità che prevedibilmente deriveranno per il datore dalla prosecuzione del rapporto di lavoro) (37).

Tuttavia non qualsiasi esigenza disciplinare e non qualsiasi perdita attesa possono costituire giustificato motivo di licenziamento: altrimenti l'art. 3 della legge n. 604/1966 non avrebbe alcun effetto limitativo della facoltà di recesso del datore. Si tratta di individuare più precisamente in che cosa consista quell'effetto limitativo, in ciascuno dei due campi. Esaminiamo per prima la nozione di giustificato motivo oggettivo.

a) *Il giustificato motivo come perdita futura eccessiva, conseguente alla prosecuzione del singolo rapporto.* — Come si è appena detto, deve innanzitutto escludersi con sicurezza che il g.m.o. possa essere costituito da una perdita attesa di entità qualsiasi: se infatti per giustificare il licenziamento fosse sufficiente anche una perdita attesa minima, la norma ne risulterebbe svuotata di ogni effetto limitativo della facoltà di recesso del datore. Il licenziamento, quando non è determinato da un motivo discriminatorio, illecito, futile o capriccioso, oppure da un motivo disciplinare, in linea di fatto è *sempre* motivato dall'intendimento di evitare una perdita apprezzabile in qualche mi-

---

(37) Sulla natura della perdita a cui faccio qui riferimento v. anche *infra*, sub a, l ed m.

sura sul piano economico, che il datore di lavoro si attende dalla prosecuzione del rapporto, poiché altrimenti nessun datore si indurrebbe a licenziare un proprio dipendente (neppure una perdita già patita lo indurrebbe al licenziamento, se non fosse complessivamente in perdita anche il bilancio preventivo della prosecuzione del rapporto); e nessuno meglio del datore di lavoro stesso può valutarne l'esistenza e l'entità. Per conservare un effetto limitativo della facoltà di recesso, dunque, la norma deve essere necessariamente letta nel senso che il lavoratore può essere licenziato soltanto quando dalla prosecuzione del rapporto derivi complessivamente per l'impresa, in termini di valore atteso, una *perdita superiore a una determinata soglia*.

Questa prima acquisizione non può considerarsi banale e scontata: ricorre, infatti, con una certa frequenza in dottrina l'affermazione secondo la quale sarebbe contraria ai principi dell'ordinamento l'imposizione all'imprenditore del mantenimento di un rapporto di lavoro destinato a svolgersi complessivamente in perdita (38); donde, a stretto rigor di logica, la conseguenza per cui basterebbe un bilancio preventivo del singolo rapporto in perdita, anche minima, per giustificare il licenziamento. La stessa affermazione ricorre con una certa frequenza anche in giurisprudenza, e in particolare in diverse sentenze di Cassazione (39). Questa affermazione, come si è detto, è però logicamente incompatibile con la limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro: tale limitazione, quando è riferita alle esigenze economiche dell'impresa (giustificato motivo oggettivo) non può significare altro se non che, entro un determinato limite, l'impresa deve farsi carico della prosecuzione del rapporto anche in perdita (40).

Potrebbe obiettarsi che l'imposizione all'imprenditore della prosecuzione di un rapporto di lavoro in perdita, per quanto limitata questa sia, sarebbe incompatibile con la regola costituzionale che esclude la possibilità di imposizione di obblighi assistenziali a un soggetto privato (art. 38 Cost., c. 5<sup>o</sup>: «l'assistenza privata è libera»). L'unica risposta a questa obiezione che io sia riuscito a trovare consiste nel contenuto assicurativo del rapporto di lavoro subordinato.

b) *La regola del giustificato motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo nel rapporto di lavoro.* — Non costituisce imposizione di un obbligo assistenziale la ripartizione

---

(38) V. ad es. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980: «Non v'è dubbio ... che, secondo buon senso, il rapporto di lavoro non ha più ragion d'essere allorché per le più varie ragioni il lavoratore non si riveli più di alcuna apprezzabile utilità» (p. 89).

(39) V. fra queste, oltre alle sentenze citate nelle due note che seguono, Cass. 3 novembre 1992 n. 11909, *NGL*, 1993, p. 90; Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, *NGL*, 1995, p. 87; Cass. 12 giugno 1995 n. 6621, mass., dove si afferma che non è rilevante «la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale, poiché, accertata l'esigenza della contrazione dei costi, ogni risparmio si rivela in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificato».

(40) A questa affermazione sembrano avvicinarsi, ancorché con formulazione imprecisa, le numerose sentenze nelle quali si sostiene che la perdita attesa non deve essere soltanto contingente, ma «tendenzialmente permanente»: v. in questo senso, tra le altre, Cass. 18 aprile 1991 n. 4164, *NGL*, 1991, p. 488; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, *DL*, 2000, II, p. 31. In questa linea si colloca anche T. Milano 15 marzo 1997, *OGI*, 1997, p. 162, secondo il quale la perdita attesa deve essere «influyente in modo decisivo» sui normali equilibri aziendali.

del rischio delle sopravvenienze negative tale per cui il datore di lavoro funga in determinate circostanze da assicuratore per il proprio dipendente, coprendo il rischio della prosecuzione del rapporto in perdita proprio come un assicuratore copre il rischio di un sinistro del proprio cliente, entro un determinato «massimale» (la soglia ragionevole costituente il giustificato motivo): l'ordinamento impone inderogabilmente questa ripartizione del rischio tra le parti del rapporto di lavoro subordinato per i motivi di cui si è già parlato più volte (41), lasciando ai meccanismi di mercato il compito di assicurare la remunerazione del rischio stesso mediante una corrispondente riduzione delle retribuzioni, una sorta di «premio assicurativo» implicito, che ristabilisce l'equilibrio economico fra le prestazioni contrattuali reciproche. Questo e non altro è, con tutta evidenza, anche il significato dell'art. 2110 c.c., in materia di malattia o infortunio, dove il limite della «copertura assicurativa» imposta inderogabilmente al datore di lavoro è costituito dal termine del periodo di comporto.

In presenza di una sopravvenienza negativa oggettiva, quale la crisi di mercato, o lo *shock* tecnologico al quale il lavoratore non riesca a rispondere riqualificandosi tempestivamente, il datore è dunque tenuto a mantenere in vita il rapporto per coprire il rischio, ma soltanto entro un certo limite massimo di perdita attesa: oltre quel limite l'obbligo cessa (e, allo stato attuale della nostra legislazione in materia, in quel caso il lavoratore può essere licenziato senza alcun indennizzo, con il solo beneficio del preavviso).

Quale sia il limite entro il quale l'imprenditore deve farsi carico della perdita attesa, la legge non dice. Torneremo su questo punto nel prosieguo del discorso, limitandoci per ora a confermare, in via di prima approssimazione, che l'applicazione della regola del giustificato motivo oggettivo richiede due passaggi: l'individuazione della perdita futura che, in un momento dato, ci si può attendere dalla prosecuzione del rapporto e la valutazione se essa superi o no la perdita massima di cui all'impresa può ragionevolmente imporsi il carico. Esaminiamo per primo il problema dell'individuazione della perdita attesa.

c) *Individuazione della perdita attesa come dato inerente al singolo rapporto di lavoro. Rilevanza della nozione di costo-opportunità.* — In alcune sentenze si legge che si configurerebbe un giustificato motivo oggettivo di licenziamento nell'esigenza di ridurre una perdita di bilancio che si registri nell'azienda o in un ramo di essa, ma non nell'esigenza di eliminare la perdita inerente al singolo rapporto di lavoro (42). Senonché l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere com-

---

(41) V. soprattutto cap. II, § 5; cap. VIII, §§ 8 e 9.

(42) Cfr., ad es., Cass. 30 maggio 2001 n. 7376, *NGL*, 2001, p. 624, dove è stata confermata la sentenza che aveva ritenuto irrilevante l'andamento economico dei singoli rapporti, attribuendo invece rilievo all'andamento economico aziendale complessivo. Un errore logico ulteriore ravvisabile in queste sentenze consiste nel fare riferimento a un bilancio consuntivo, mentre il ragionamento non può che essere riferito a un bilancio preventivo, cioè a quanto l'imprenditore può attendersi di complessivamente vantaggioso o svantaggioso *dalla prosecuzione* del singolo rapporto (v. *supra*, *sub*

plessimamente in perdita, senza che ne consegua un interesse apprezzabile dell'imprenditore a risolvere un determinato rapporto di lavoro, almeno fino a che egli non si attenda una perdita *da quel rapporto* (si consideri, ad esempio, il caso di un'impresa il cui bilancio sia in rosso per i costi di produzione troppo elevati, ma che disponga di un addetto alle vendite bravissimo, la cui attività contribuisce a ridurre lo sbilancio di gestione: la perdita complessiva non spiega certo, né tanto meno giustifica, il licenziamento del venditore, almeno fino a quando l'impresa continua la sua attività); viceversa, l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere complessivamente in attivo, nonostante che un singolo rapporto produca una perdita rilevante, alla quale può corrispondere un interesse apprezzabile dell'imprenditore a risolverlo (si pensi al caso di un'impresa che produce utili, ma che si trova ad avere alle proprie dipendenze un operaio del tutto improduttivo, in seguito all'automatizzazione del lavoro in precedenza da lui svolto). Considerare senz'altro giustificato il licenziamento nel primo caso costituisce un errore esattamente come considerarlo senz'altro ingiustificato nel secondo.

In numerose sentenze compare una variante di questo errore, che consiste nell'affermazione secondo la quale il licenziamento sarebbe giustificato soltanto dall'intendimento di evitare una perdita, ma non da quello di conseguire un maggior profitto, secondo il principio per cui *potior est qui certat de damno vitando, quam qui certat de lucro captando* (43). Senonché in un mercato dei beni e dei servizi concorrenziale — quale sempre più diffusamente tende a essere, per diritto comunitario, quello nel quale il nostro diritto del lavoro si applica — la distinzione tra *damnum vitandum* e *lucrum captandum* non ha alcun significato, se riferita ai profitti o perdite derivanti alle imprese dai singoli rapporti di lavoro che si svolgono alle loro dipendenze: per un verso, ogni rapporto di lavoro nell'impresa viene sempre costituito, di regola, perché prevedibilmente produttivo di un *lucrum*; per altro verso ogni rapporto di lavoro da cui ci si attenda una perdita costituisce sempre un *damnum vitandum*, indipendentemente dal fatto che il bilancio complessivo dell'impresa sia contingentemente positivo o negativo. Il criterio di valutazione del singolo licenziamento non può dunque, logicamente, essere quello del saldo attivo o passivo del bilancio aziendale complessivamente inteso.

Alla base dell'errore logico riscontrabile nelle ultime sentenze citate sta sovente la mancata considerazione di una nozione propria della scienza economica: quella di costo-opportunità, che si contrappone alla nozione di costo contabile. La retribuzione pagata al lavoratore è un costo contabile, in quanto figura come tale nella contabilità aziendale; se però il mantenere il lavoratore al suo posto impedisce di collocare a quel posto un lavoratore più produttivo o di utilizzare una macchina

---

a). Ancor più irrazionalmente, in alcune sentenze si attribuisce rilievo decisivo al calo del fatturato aziendale: T. Milano 16 giugno 1999, *OGL*, 1999, p. 454.

(43) V. fra queste Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, cit. nella nota 39; T. Milano 15 marzo 1997, *OGL*, 1997, p. 162; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, *DL*, 2000, II, p. 31.

che consentirebbe di guadagnare di più, questo maggior guadagno perduto costituisce un costo-opportunità: un costo, cioè, che non figura nei libri contabili, ma non per questo è meno rilevante nella vita dell'azienda (44). La sopravvivenza dell'impresa in un mercato concorrenziale dipende — in ultima analisi — proprio dalla sua capacità di individuare costantemente i costi-opportunità e perseguire le opzioni che ne riducono al minimo l'entità. Questo comporta che non si può considerare come scelte imprenditoriali «buone», in materia di licenziamenti, quelle tendenti a ridurre i costi contabili e come scelte «cattive» quelle tendenti a ridurre i costi-opportunità. Il problema, ancora una volta, è di individuare l'entità del costo — sia esso contabile o di opportunità — il cui risparmio può giustificare il licenziamento.

d) *Critica della regola giurisprudenziale che consente la soppressione del posto ma vieta la sostituzione del lavoratore.* — La nozione di costo-opportunità assume un'importanza centrale nell'esame critico di un altro orientamento giurisprudenziale: quello secondo cui il licenziamento sarebbe giustificato quando consegue alla soppressione del posto di lavoro, ma non quando consegue alla sostituzione di un lavoratore con un altro (45); una variante di questo orientamento è ravvisabile nelle sentenze secondo le quali sarebbe vietato procedere al licenziamento soltanto per conseguire un risparmio nel costo del lavoro (46). Per convincersi dell'inaccettabilità logica — o quanto meno della grave imprecisione — di questa regola giurisprudenziale così formulata, basti considerare come essa porti ad approvare senz'altro il licenziamento motivato dalla sostituzione del lavoratore con una macchina (o, talvolta, quello motivato dalla sostituzione del lavoratore subordinato con uno au-

---

(44) Sulla nozione di costo-opportunità v. R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, Reading Mass., 1997<sup>2</sup>, p. 28.

(45) V. in questo senso, tra le più recenti, Cass. 29 marzo 1999 n. 3030, *OGL*, 1999, p. 449, e *NGL*, 1999, p. 434; Cass. 17 marzo 2001 n. 3899, *LG*, 2001, p. 786, e *OGL*, 2001, p. 374; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, *OGL*, 2002, p. 126 (questa in riferimento alla scelta condominiale di soppressione del servizio di portierato). In proposito ricorre frequentemente in giurisprudenza la precisazione secondo cui la legittima soppressione del posto sussiste anche quando le mansioni svolte in precedenza dal lavoratore vengono redistribuite fra altri lavoratori già da tempo alle dipendenze dell'impresa: v. Cass. 14 giugno 2000 n. 8135, *NGL*, 2000, p. 747; Cass. 23 ottobre 2001 n. 13021, *GLav*, 2001, n. 45, p. 51; Cass. 20 dicembre 2001 n. 16106, *NGL*, 2002, p. 356, e *GLav*, 2002, n. 5, p. 21 (ma in senso contrario — cioè nel senso dell'illegittimità del licenziamento in un caso di redistribuzione delle mansioni tra i lavoratori non licenziati — v. in precedenza Cass. 24 giugno 1995 n. 7199, *D&L*, 1996, p. 496, con nota di S. MUGGIA, *Brevi osservazioni sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515, *NGL*, 2000, p. 747). Per la giurisprudenza di merito, sul punto della legittimità del licenziamento per soppressione del posto e illegittimità del licenziamento per sostituzione del lavoratore, v. P. Milano, sez. Cassano d'Adda, 8 gennaio 1996, *D&L*, 1996, p. 776: «Mentre è consentito all'imprenditore procedere al licenziamento individuale o collettivo per dichiarata necessità di sopprimere posti di lavoro in esubero, non è per contro legittima la decisione di espellere lavoratori in base alla semplice determinazione di sostituirli con altri addetti meno qualificati o meno costosi per l'azienda»; qualifica il motivo addotto come «pretestuoso», in un caso di questo genere, T. Bari 9 marzo 2000, *LPO*, 2000, p. 1466. L'ostilità dei giudici del lavoro nei confronti del licenziamento finalizzato alla sostituzione del lavoratore con un altro si esprime sovente con grande evidenza anche in sentenze nelle quali la regola del divieto di licenziamento sostitutivo non viene esplicitamente enunciata: v. ad esempio Cass. 30 gennaio 1998 n. 938, cit. nella nota 68. V. infine le sentenze citt. nelle tre note che seguono.

(46) V. in questo senso ultimamente Cass. 17 marzo 2001 n. 3899, *LPO*, 2001, p. 1415, in riferimento alla sostituzione di un lavoratore anziano con un apprendista.

tonomo) (47); e a condannare, invece, lo stesso licenziamento se motivato con la sostituzione del lavoratore con un altro lavoratore subordinato. L'errore concettuale sottostante a questo orientamento — che è peraltro tra i più consolidati, in giurisprudenza come in dottrina — sta nel non considerare la perfetta identità sostanziale del motivo economico sottostante alla sostituzione del lavoratore con una macchina rispetto al motivo della sostituzione con un altro lavoratore: in entrambi i casi il motivo consiste nell'interesse dell'imprenditore a eliminare un costo-opportunità. E questo costo può essere assai superiore nel caso della mancata sostituzione del lavoratore A con il lavoratore B, rispetto al caso della mancata sostituzione del lavoratore A con la macchina; non vi è dunque alcun motivo logico per considerare giustificata la seconda sostituzione e non la prima. Questo non significa, beninteso, che il licenziamento debba considerarsi sempre giustificato in entrambi i casi, né che in entrambi i casi esso debba considerarsi sempre ingiustificato: significa soltanto che il criterio non può essere costituito dalla distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore.

Vero è che il rifiuto della sostituzione di un lavoratore con un altro risponde all'esigenza generale di limitazione della concorrenza tra i lavoratori, esigenza che fin dalle origini ispira il diritto del lavoro e il movimento sindacale (cap. II, §§ 2-4). Lo stesso rifiuto, del resto, è praticato sistematicamente anche dalla giurisprudenza d'oltr'Alpe (48). Ma il criterio basato sulla distinzione tra soppressione del posto e sostituzione di un lavoratore, oltre a essere improponibile sul piano logico, come si è visto poc'anzi, pone problemi irrisolvibili anche in sede di applicazione pratica. Si pensi al caso dell'impresa che sostituisce un anziano dattilografo dotato di macchina per scrivere tradizionale con un giovane che conosce la videoscrittura e gli altri programmi informatici: è un caso di sostituzione del lavoratore vecchio con un giovane che costa meno e rende di più, o è soppressione di un posto di dattilografo e attivazione di un posto di contenuto professionale diverso? Si pensi, ancora, al caso dell'impresa che sostituisce un fattorino ciclista privo di patente di guida con uno che ne è dotato e può guidare un furgoncino aziendale: è un caso di sostituzione di un lavoratore che

---

(47) V. in questo senso Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, *RIDL*, 1995, II, p. 173, con nota di G. BOLEGO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore*, in riferimento a un caso di sostituzione di venditori dipendenti con agenti di commercio. In un altro caso è stato ritenuto legittimo il licenziamento del lavoratore per «soppressione del posto» con assunzione in proprio delle mansioni del lavoratore stesso da parte dell'imprenditore: Cass. 6 aprile 1999 n. 3312, *RIDL*, 2000, II, p. 136, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e assunzione diretta delle mansioni da parte del datore di lavoro*.

(48) È emblematico, a questo proposito, il caso della *Videocolor* francese (ora *Thompson Tubes & Displays*), che aveva chiuso il proprio stabilimento di Lione per spostare la produzione a Belo Horizonte in Brasile. La Corte d'Appello di Lione ha dichiarato illegittimi i licenziamenti, considerandoli come motivati dalla sostituzione dei lavoratori francesi con quelli brasiliani; la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza della Corte d'Appello (sent. 5 aprile 1995, *DRI*, 1996, p. 153, con nota di J.-C. JAVILLIER, *Recenti orientamenti della Cassazione francese in tema di licenziamento per motivi economici*), considerando che nel caso specifico «lo stabilimento ... è stato effettivamente chiuso e ... l'attività produttiva è stata trasferita in altri stabilimenti — nella fattispecie all'estero — in un contesto differente, provocando un'effettiva soppressione dei posti di lavoro» (c.m.). In proposito v. anche C. SPINELLI, *Il licenziamento per motivi economici in Francia: profili legislativi e giurisprudenziali*, *DRI*, 1996, pp. 121-144.

rende poco con uno più efficiente, o un caso di soppressione del posto di ciclista e attivazione di un posto di autista?

In questi casi di confine il giudice, anche quando motiva formalmente la sentenza con l'accertamento che si è trattato di soppressione del posto, oppure di sostituzione del lavoratore, in realtà fonda la decisione sull'entità del vantaggio che l'impresa trae dall'operazione: se il vantaggio è ingente, il licenziamento ha buone probabilità di essere convalidato, altrimenti no. Ma così facendo, in realtà, il giudice ragiona sull'entità del costo-opportunità risparmiato dall'impresa con il licenziamento, che è quanto dire sull'entità della perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto di lavoro: se quel costo supera una certa soglia ritenuta dal giudice ragionevole il licenziamento è giustificato, altrimenti no.

Si dà, certo, anche il caso in cui l'impresa effettivamente sopprima puramente e semplicemente un posto di lavoro, riducendo corrispondentemente il proprio organico e la propria attività. Ma anche in questo caso non mi sembra corretto l'orientamento giurisprudenziale assolutamente dominante, secondo il quale il licenziamento è senz'altro legittimo: la scelta che lo sottende, infatti, potrebbe essere determinata dalla prospettiva di evitare una perdita attesa di entità minima; e abbiamo visto come non sia sufficiente una perdita qualsiasi per giustificare la risoluzione del rapporto di lavoro: anche in questo caso si pone un problema di entità della perdita attesa e di superamento o no della soglia al di sopra della quale la perdita stessa giustifica il licenziamento (sulla possibilità di un discorso in tutto e per tutto analogo in riferimento al caso della cessazione di attività dell'intera impresa, v. *infra*, sub I).

e) *La regola giurisprudenziale del c.d. repêchage*. — Un'altra massima ricorrente è quella secondo la quale neppure la soppressione del posto di lavoro basterebbe per giustificare il licenziamento, dovendo il datore di lavoro dimostrare altresì di non poter riutilizzare il lavoratore in altra posizione, anche di contenuto professionale diverso rispetto alla precedente (49); analogo onere del-

---

(49) V. fra le molte in questo senso Cass. 19 luglio 1993 n. 6814, *MGL*, 1993, p. 464; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, *DL*, 1998, II, p. 178, con nota di G. DELLA ROCCA, *Oneri probatori nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 13 ottobre 1997 n. 9967, *RIDL*, 1998, II, p. 327, con nota di A. PIZZOFERRATO, *Licenziamento per soppressione del posto di lavoro e impossibilità di ricollocare il lavoratore in altre mansioni equivalenti*; Cass. 20 novembre 2001 n. 14592, *NGL*, 2002, p. 220, e *RGL*, 2002, II, p. 452, con nota di F. MILLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*; Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, *MGL*, 2002, p. 268, con nota di G. GRAMICCIA, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo*. Analogo orientamento si registra nella giurisprudenza francese: v. ultimamente A. Limoges 13 dicembre 2000, *DO*, 2002, n. 1, p. 28 (dove il giudice si è spinto a ritenere l'obbligo di *repêchage* applicabile anche alla società controllante, con conseguente annullamento del licenziamento intimato a una lavoratrice dalla società controllata). In dottrina, a favore dell'obbligo di *repêchage*, v. soprattutto M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 313-315. In senso parzialmente contrario v. però Cass. 9 maggio 2002 n. 6667, *GLav*, 2002, n. 28, p. 27: «Nel caso di licenziamento individuale plurimo per soppressione di un reparto aziendale, l'unico obbligo cui è tenuto il datore di lavoro nella scelta dei lavoratori da licenziare è quello generico di correttezza e buona fede, il cui contenuto va tuttavia individuato utilizzando quali parametri i criteri di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991. Non sussiste dunque alcun obbligo di c.d. *repêchage*, riguardando quest'ultimo le sole ipotesi in cui il recesso dipenda dalla sopravvenuta incompatibilità tra la professionalità del lavoratore e la posizione



la prova viene fatto gravare sul datore nel caso in cui sopravvenga una impossibilità per il lavoratore di svolgere le proprie vecchie mansioni, ma residui una sua capacità di svolgerne altre (50). Va osservato, a questo proposito, che se con lo spostamento del lavoratore ad altre mansioni l'imprenditore potesse attendersi dalla prosecuzione del rapporto un sia pur minimo profitto, o anche soltanto un pareggio tra costi e benefici, egli non avrebbe alcun interesse a licenziare quel lavoratore e procederebbe al *repêchage* spontaneamente, senza necessità che sia l'ordinamento a imporglielo. Se il *repêchage* deve essergli imposto, come vincolo derivante dall'interpretazione e applicazione della legge, ciò significa che da questa operazione l'impresa si attende una qualche perdita futura. Il limite dell'obbligo di *repêchage* corrisponde dunque, secondo logica, alla soglia massima della perdita che all'impresa può essere imposta (ovvero al limite entro il quale dovrà considerarsi sopportabile lo sbilancio tra l'utilità che potrà trarsi dal nuovo lavoro assegnato al lavoratore e i relativi costi). Ancora una volta, la questione cruciale riguarda la soglia massima della perdita attesa che può essere imposta al datore di lavoro.

f) *Le aporie della giurisprudenza in materia di scarso rendimento.* — I giudici del lavoro tendono per lo più a ravvisare nello «scarso rendimento» (*rectius*: difetto di intensità della prestazione) una giustificazione del licenziamento soltanto quando tale difetto sia in qualche modo imputabile a negligenza del lavoratore (51), volendosi con ciò impedire che questi venga sostituito con un altro prestatore soltanto perché «oggettivamente» meno produttivo; ad esempio: perché meno giovane, meno robusto, meno intelligente, o meno colto. Esiste però sempre un limite massimo oltre il quale anche la differenza di rendimento incolpevole giustifica il licenziamento.

L'orientamento dei giudici su questa materia può considerarsi, a ben vedere, come un'espressione particolare della massima giurisprudenziale che consente il licenziamento soltanto se conseguente alla soppressione del posto di lavoro, ma non se conseguente alla sostituzione di un lavoratore con un altro (v. *supra*, *sub d*): il lavoratore incolpevole non può essere sostituito. Abbiamo

---

lavorativa contrattuale e non anche quella in cui il recesso sia effetto della scelta, riservata esclusivamente al datore, di determinare ... la giusta dimensione della sua azienda in relazione alle esigenze di mercato».

(50) Dopo un lungo periodo durante il quale la Corte di Cassazione aveva negato l'obbligo del *repêchage* nel caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore (v. tra le altre in questo senso Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, *RIDL*, 1997, II, p. 612, con ampia nota critica di P. CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psico-fisica del lavoratore*), le Sezioni Unite, con la sentenza 7 agosto 1998 n. 7755 (*RIDL*, 1999, II, p. 170, con nota di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*) hanno sposato la tesi contraria, nel senso della sussistenza dell'obbligo del *repêchage* anche in questo caso; la stessa tesi in precedenza era parsa prevalere nella giurisprudenza di merito (v. tra le altre P. Milano 15 ottobre 1997, *L80*, 1988, p. 255; P. Roma 20 novembre 1989, *DPL*, 1990, p. 650; T. Milano 11 dicembre 1992, *D&L*, 1993, p. 677).

(51) Rinvio in proposito al mio *Il contratto di lavoro*, vol. II, Milano, 2003, § 279. Per la tesi secondo la quale lo «scarso rendimento» non può costituire giustificato motivo oggettivo, essendo sempre necessario che esso consista in realtà in uno «scarso impegno» del lavoratore, v. anche Cass. 23 febbraio 1996 n. 1421 (*LG*, 1997, p. 294, e *D&L*, 1996, p. 1019, con nota di S. MUGGIA, *Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento*), dove si argomenta in proposito che «il rapporto di lavoro deve considerarsi un'obbligazione di *facere* e non di *risultato*»; esattamente nello stesso senso Cass. 19 agosto 2000 n. 11001, *OGL*, 2000, p. 752, e *DL*, 2001, II, p. 200.

appena visto, però, come la distinzione tra soppressione e sostituzione nasconda in realtà una valutazione del giudice circa il costo-opportunità che l'imprenditore si propone di evitare con il licenziamento del lavoratore: se quel costo-opportunità supera la soglia della perdita che il giudice ritiene ragionevolmente accollabile all'impresa, il licenziamento è giustificato nonostante la sostituzione del lavoratore. Lo stesso identico ragionamento può proporsi (e di fatto, a ben vedere, viene seguito dai giudici) in materia di licenziamento per scarso rendimento: se il difetto incolpevole di rendimento supera la soglia di tollerabilità, il giudice qualificherà la fattispecie in termini di impedimento oggettivo sopravvenuto della prestazione. Anche in questa materia, dunque, la questione non può ridursi soltanto all'accertamento della colpa del lavoratore: il minor rendimento incolpevole di un lavoratore rispetto a un altro non ne giustifica *normalmente* il licenziamento, ma lo giustifica quando la differenza supera una soglia, oltre la quale il costo-opportunità costituirebbe una perdita non ragionevolmente accollabile all'impresa.

g) *La questione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento individuale.* — Va rafforzandosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale anche nel licenziamento individuale per motivo oggettivo il datore di lavoro è tenuto ad applicare un criterio ragionevole di scelta del lavoratore tra quelli svolgenti mansioni uguali o simili (52). La regola trova agevole fondamento nell'applicazione analogica di quanto stabilito esplicitamente a questo proposito dalla legge per il licenziamento collettivo (art. 5 della legge n. 223/1991: § 15) (53) e nel principio generale di buona fede (art. 1375 c.c.); ma può considerarsi anche come corollario della clausola generale contenuta nell'art. 3 della legge n. 604/1966, dovendo essere giustificato non soltanto il licenziamento di *un* lavoratore svolgente un determinato tipo di mansioni, ma anche il fatto che tra più lavoratori fra loro fungibili in tale posizione la scelta cada su di uno piuttosto che su di un altro, in considerazione del pregiudizio diverso che la perdita del posto può causare all'uno rispetto all'altro, soprattutto a causa dell'età (l'anziano ha maggiori difficoltà nel reperimento della nuova occupazione e nella riqualificazione professionale che per questo si renda necessaria) e dei carichi di famiglia (54).

Il problema pratico nasce dal fatto che la nozione di fungibilità tra lavoratori può essere intesa in modi diversi: si può ritenere che un lavoratore sia fungibile rispetto a un altro soltanto quando possa essergli sostituito immediatamente, senza necessità di alcun addestramento, oppure quando la

---

(52) V. in questo senso Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, cit. nella nota 49, dove la regola della correttezza nella scelta del lavoratore da licenziare viene indicata come sostanzialmente coincidente con quella del c.d. *repêchage*; Cass. 9 maggio 2002 n. 6667, cit. nella stessa nota. In dottrina v. in proposito soprattutto M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella stessa nota, pp. 319-329.

(53) Cass. 21 dicembre 2001 n. 16144, *NGL*, 2002, p. 352.

(54) Cfr. la relazione introduttiva al convegno fiorentino dell'Aidlass del 1968 di G. PERA, (*I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, nel volume recante lo stesso titolo, Milano, 1969), tesi riproposta dallo stesso A. in un altro convegno fiorentino di quattro anni successivo: v. G. PERA, *La rilevanza dell'interesse dell'impresa nella motivazione dei licenziamenti*, ne *I licenziamenti collettivi per riduzione del personale*, Milano, 1973, pp. 23-24.

sostituzione richieda un periodo di addestramento breve, oppure anche quando essa richieda un addestramento più impegnativo e costoso; si può ritenere che un lavoratore sia fungibile rispetto a un altro soltanto quando possa sostituirlo senza alcuna perdita di produttività, oppure quando la perdita di produttività non superi un certo limite.

Dalle decisioni dei giudici del lavoro su questo punto si deduce in sostanza che la fungibilità a cui essi fanno riferimento sussiste solo se la somma di costi di riaddestramento e costi-opportunità non supera un certo limite. Ancora una volta, nel silenzio della legge, la determinazione di questo limite dipende dall'orientamento del giudice e dalla sua personale propensione ad attribuire maggior peso alle esigenze aziendali o al pregiudizio sofferto dal lavoratore in conseguenza del licenziamento. Così, ad esempio, sovente l'impresa ha interesse a licenziare il lavoratore anziano e a tenere il più giovane, in quanto — a parità di qualificazione professionale e addestramento — quest'ultimo è più produttivo e più versatile; se la differenza di produttività fra i due è dovuta soltanto all'età, essa difficilmente è di entità tale da giustificare la scelta di licenziare l'anziano; se però la differenza di produttività è aumentata dal fatto che solo il giovane possiede capacità informatiche particolarmente utili per il processo produttivo, è possibile che questa circostanza sia considerata suscettibile di giustificare la scelta di licenziare l'altro. Anche la determinazione della nozione di fungibilità applicabile per la scelta del lavoratore da licenziare rimanda, dunque, alla questione cruciale della soglia massima della perdita che può essere accollata all'impresa: cioè alla stessa questione che si pone in materia di soppressione del posto o sostituzione del lavoratore e in materia di *repêchage*.

Si registrano massime contrastanti sul punto se i criteri di scelta debbano essere applicati tra i lavoratori dell'intera azienda o soltanto tra quelli della sola unità produttiva nella quale si procede a un licenziamento (55). Il dilemma è agevolmente risolvibile se lo si imposta in termini di entità della perdita massima accollabile all'imprenditore: in questo ordine di idee, la fungibilità effettiva

---

(55) Nel senso che i criteri debbano essere applicati in riferimento all'intera azienda, v. Cass. 22 giugno 1999 n. 6357, *RIDL*, 2000, II, p. 189, con nota di L. CORAZZA, *Ambito di comparazione e criteri di scelta: osservazioni sulla coerenza degli accordi ex art. 5, l. n. 223/1991*; Cass. 18 dicembre 2001 n. 15993, *OGL*, 2002, p. 142; nel senso che essi debbano invece essere applicati in riferimento alla singola sede o unità produttiva, Cass. 24 gennaio 2002 n. 809, *FI*, 2002, I, c. 691 (con massima fuorviante), e Cass. 3 aprile 2002 n. 4736, *NGL*, 2002, p. 518, nonché *MGL*, 2002, con nota di R. DEL PUNTA, *L'ambito di applicazione dei criteri di scelta nel licenziamento collettivo*: «l'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da collocare in mobilità può essere ristretta in ambito più limitato rispetto al "complesso aziendale" a cui fa riferimento l'art. 5 della legge n. 223 del 1991, non in forza di una determinazione unilaterale del datore di lavoro, ma solo ove la predeterminazione del campo di selezione (reparto, stabilimento ... e/o singole lavorazioni o settori produttivi) sia giustificata dalle esigenze tecnico-produttive e organizzative che hanno dato luogo alla riduzione del personale» (in applicazione di questo principio, entrambe le sentenze citate hanno ritenuto censurabile la sentenza di merito che, nel quadro della valutazione circa l'ambito di applicazione dei criteri di scelta, aveva ritenuto violati tali criteri in un caso in cui il datore di lavoro aveva operato il confronto soltanto all'interno di un dato profilo professionale e non dell'intera gamma dei profili afferenti a una categoria definita dal contratto collettivo). In precedenza, nello stesso senso, T. Milano 8 settembre 1993, *RIDL*, 1991, II, p. 580, con nota di M. CARO, *Sull'ambito entro cui si applicano i criteri di scelta dei licenziandi in caso di licenziamento collettivo*: «La selezione dei lavoratori da licenziare per ristrutturazione aziendale non può essere effettuata mettendo a confronto il personale dell'intera azienda, né il personale del solo reparto che si intende smantellare, dovendosi invece mettere a confronto tutti i lavoratori addetti all'unità produttiva in cui tale reparto è inserito e che svolgono mansioni omogenee».

tra lavoratori operanti in unità produttive diverse dipende, a parità di ogni altra condizione, dal costo del loro trasferimento dall'una all'altra, che a sua volta dipende per lo più dalla distanza geografica tra di esse. Ciò che al giudice spetta di valutare, anche in questo caso, è se tale costo, sommato agli altri di varia natura derivanti dalla sostituzione, sia di entità tale da poter essere ragionevolmente accollato all'impresa, oppure no.

h) *Un caso particolare di perdita attesa: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa.* — La sopravvenienza negativa oggettiva generatrice della perdita attesa può consistere in un impedimento della prestazione assoluto ma temporaneo.

Quando si tratti di malattia o infortunio, si applica la regola del comportamento, che consiste in sostanza nella predeterminazione della durata massima dell'impedimento, oltre la quale il licenziamento è giustificato. La giurisprudenza è prevalentemente orientata nel senso di escludere l'applicabilità della disciplina del comportamento nel caso dell'infermità irreversibile: in tal caso il lavoratore potrebbe essere licenziato immediatamente (56). Questo orientamento non mi convince: non riesco a comprendere per quale motivo ragionevole l'ordinamento dovrebbe escludere dalla copertura assicurativa garantita dal contratto al lavoratore l'infermità permanente, che è evento più grave e socialmente pericoloso rispetto all'infermità temporanea; ed è evento non sempre facilmente distinguibile dall'infermità temporanea.

L'impedimento può anche essere di natura diversa dall'infermità psico-fisica, come nel caso dell'arresto o carcerazione, oppure della sospensione dell'autorizzazione amministrativa a svolgere determinate mansioni (si pensi al caso della sospensione della patente di guida di un lavoratore addetto alla conduzione di automezzi), oppure ancora della scadenza del permesso di soggiorno di un lavoratore extra-comunitario (57). In riferimento ai casi di questo genere, prevale in giurisprudenza la tesi secondo cui sarebbe applicabile l'art. 1464 c.c. (impossibilità parziale *ratione temporis*), rispetto a quella secondo cui sarebbe applicabile l'art. 1256, 2° c., c.c. (impossibilità temporanea della prestazione) (58). Questo orientamento mi sembra senz'altro condivisibile, poiché il secondo comma dell'art. 1256 è esplicitamente riferito soltanto alle prestazioni istantanee, *uno actu* (solo queste,

---

(56) V. per tutte Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, cit. nella nota 50. Per un caso in cui, invece, è stata riconosciuta una sorta di «continuità» tra la tutela del lavoratore malato e quella del lavoratore colpito da impossibilità sopravvenuta di svolgimento delle mansioni, v. Cass. 21 gennaio 2002 n. 572, *D&L*, 2002, p. 426, con nota di R. MUGGIA, *Licenziamento per comportamento e impossibilità della prestazione*.

(57) Nel senso dell'equiparazione della scadenza del permesso di soggiorno alle altre cause di impossibilità sopravvenuta della prestazione, anche ai fini del possibile giustificato motivo di licenziamento, v. recentemente Cass. 11 luglio 2001 n. 9407, *MGL*, 2001, p. 842, con nota di R. GIOVAGNOLI, *Gli effetti sul rapporto della scadenza del permesso di soggiorno*; *RIDL*, 2002, II, p. 762, con nota di L. VENDITTI, *Lavoro degli extracomunitari e scadenza del permesso di soggiorno*.

(58) Cass. 11 gennaio 1995 n. 266, *RIDL*, 1995, II, p. 667, con nota di M. VASARRI, *Ancora in tema di custodia cautelare del lavoratore*; Cass. 14 dicembre 1999 n. 14065, *FI*, 2000, I, c. 51; Cass. 17 giugno 1997 n. 5416, *DPL*, 1997, p. 2703, dove peraltro si afferma che per la giustificazione del licenziamento non è necessario che l'impossibilità sopravvenuta investa l'attività lavorativa del dipendente in modo totale.

a ben vedere, non le prestazioni a carattere continuativo, sono suscettibili di «ritardo» nell'esecuzione). Quanto all'art. 1464, esso, se riferito all'impossibilità parziale *ratione temporis* di una prestazione a carattere continuativo, qual è quella di lavoro subordinato, consente il recesso del creditore quando venga meno un suo «interesse apprezzabile» alla parte prevedibile di prestazione futura che tornerà a essere possibile dopo la cessazione dell'impedimento. In materia di lavoro subordinato — rapporto a esecuzione continuata — la nozione di «interesse apprezzabile» non può che essere interpretata nel senso della prevedibilità, al tempo stesso, di una apprezzabile utilità della prestazione futura, di cui ci si possa attendere la ripresa a breve termine, ma anche e soprattutto nel senso della non prevedibilità di un costo di sostituzione temporanea del lavoratore talmente elevato da non poter essere ragionevolmente accollato all'imprenditore; e in tale previsione non potrà non tenersi conto anche dell'incertezza circa la durata dell'impedimento (59). Anche in questo caso, in sostanza, può ritenersi che il datore di lavoro debba farsi carico del rischio dell'impedimento, ma soltanto entro un limite ragionevole, oltre il quale l'impedimento medesimo costituisce giustificato motivo di recesso; anche in questo caso, dunque, come in tutti quelli esaminati sopra, al giudice competono in ultima analisi due operazioni: valutare la perdita attesa nel caso concreto e stabilire se essa sia compresa o no nella «copertura assicurativa» dovuta dal datore al prestatore; se la perdita attesa eccede il «massimale» assicurato, il licenziamento è giustificato (60).

Quando l'impedimento fisico del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali abbia carattere definitivo, numerose sentenze dell'ultimo decennio affermano che il licenziamento è giustificato soltanto in quanto non sia «ragionevolmente possibile» adibire il lavoratore ad altre mansioni, anche di contenuto quantitativamente ridotto o professionalmente inferiore rispetto a quelle originarie (61). Si pone qui la stessa questione di cui si è discusso trattando del c.d. *repêchage* (v. *supra*, *sub e*): quella, cioè, di stabilire il limite della perdita suscettibile di essere imposta all'imprenditore in funzione del reinserimento del lavoratore in un'altra posizione in seno all'azienda in cui egli possa svolgere un'attività utile; essendo ovvio, anche in questo caso, che se vi fosse

---

(59) Questo è il solo significato che può attribuirsi alla massima ricorrente secondo la quale, nel caso di impossibilità temporanea sopravvenuta *per factum principis*, grava sul datore di lavoro l'onere della prova «circa la necessità tecnico-organizzativa del recesso» (così, tra le altre, Cass. 21 luglio 2000 n. 9620, *RIDL*, 2001, p. 366, con nota di M. AGOSTINI, *Ancora su impossibilità temporanea della prestazione e licenziamento*).

(60) V. però in senso contrario M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 49, pp. 349-353, dove l'A. sostiene la non riconducibilità dell'impedimento personale del lavoratore alla nozione di g.m.o.

(61) V. il caso particolare a cui si riferisce Cass. 11 agosto 1998 n. 7904 (*RIDL*, 1999, II, p. 370, con nota di V. MARINO, *Accusa di collusione mafiosa e licenziamento*): il sig. F. viene segnalato al suo datore di lavoro dall'autorità pubblica competente come soggetto da allontanare per «incompatibilità ambientale» dovuta a collusione mafiosa; il licenziamento per g.m.o. che ne consegue viene tuttavia ritenuto illegittimo in difetto di prova da parte dell'imprenditore circa l'impossibilità di trasferimento e riutilizzazione in altra unità produttiva. Nello stesso senso v. ultimamente Cass. 26 maggio 2001 n. 7210, *GLav*, 2001, n. 31, p. 31; Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, *LPO*, 2002, p. 382. In senso contrario (insussistenza del diritto del lavoratore a vedersi assegnate mansioni diverse, salvo che ciò sia previsto da specifica disposizione di legge o contrattuale) v. Cass. 18 marzo 1995 n. 3174, *GI*, I, 1, c. 1635, con nota di V. BARBANTI, *Il mutamento in peius delle mansioni del lavoratore*.

una possibilità di spostamento del lavoratore senza perdita attesa per l'azienda, o addirittura con prospettiva di profitto, l'imprenditore disporrebbe spontaneamente in tal senso senza alcuna necessità che l'ordinamento ve lo costringa. L'obbligo di *repêchage* del lavoratore irreversibilmente impedito alle mansioni precedenti ha un senso soltanto in quanto esso impone al datore di lavoro di accollarsi una perdita attesa, la cui entità massima, però, nel nostro ordinamento attuale non viene precisata: spetta al giudice caso per caso determinarne l'entità, distinguendo il reinserimento che può essere ragionevolmente imposto al datore da quello che comporterebbe una perdita eccessiva. Quando l'impedimento sia causato dalla sottoposizione del lavoratore a misura di custodia cautelare in carcere o arresto domiciliare a norma degli artt. 284 o 285 c.p.p., nella valutazione della legittimità del licenziamento occorre tenere conto anche della disciplina speciale della materia contenuta nell'art. 102-*bis* aggiunto al d.lgs. 28 luglio 1989 n. 171 (norme di attuazione del nuovo codice di procedura penale) dall'art. 24 della legge 8 agosto 1995 n. 332: la norma prevede la ricostituzione del rapporto nel momento in cui sopravvenga un provvedimento di archiviazione, assoluzione, proscioglimento o non luogo a procedere. La disposizione in esame, limitandosi a prevedere la reviviscenza di un rapporto, non toglie validità ed efficacia al licenziamento, la cui legittimità deve sempre essere valutata soltanto *ex ante*, cioè in relazione alla situazione esistente al momento in cui esso viene disposto (62). Proprio la garanzia di ricostituzione del rapporto nel caso in cui il lavoratore risulti incolpevole consente, anzi, di ritenere che — in una logica di bilanciamento degli interessi in gioco — lo spazio del licenziamento legittimo al momento dell'arresto del lavoratore risulti ampliato dalla norma in esame, dal momento che ora il lavoratore è indifferente a tale scelta del datore di lavoro: se infatti l'arresto si rivelerà imputabile a responsabilità penale del lavoratore medesimo, esso non potrà considerarsi come impedimento incolpevole e chi lo ha subito non sarà meritevole di protezione a carico del datore; ma in attesa della conclusione del procedimento penale quest'ultimo deve comunque farsi carico dell'eventualità che il lavoratore risulti innocente e il rapporto debba essere conseguentemente ricostituito. Anche dopo il licenziamento il datore sopporta, così, il costo dell'impossibilità della sostituzione definitiva del lavoratore, esattamente come se il rapporto fosse rimasto invece sospeso.

In altre parole, per effetto della norma in esame, in riferimento al caso dell'arresto il debito assicurativo del datore nei confronti del lavoratore assume un contenuto particolare rispetto al caso generale dell'impedimento incolpevole: si tratta sempre di sopportare il costo dell'impossibilità di sostituire definitivamente il lavoratore, ma in questo caso tale impossibilità non nasce dal manteni-

---

(62) In questo senso v. Cass. 2 maggio 2000 n. 5499, *NGL*, 2000, p. 616, cui si riferisce il commento di M. GIUDICI, *Reintegrazione del lavoratore licenziato per carcerazione ingiusta*, *DPL*, 2001, pp. 852-854. Sulla necessità che la valutazione della legittimità del licenziamento del lavoratore arrestato venga operata *ex ante* e non *ex post* v. anche Cass. 1° settembre 1999 n. 9239, *RIDL*, 2000, II, p. 547, con nota di M. BORZAGA, *In tema di carcerazione preventiva del lavoratore e giustificato motivo oggettivo di licenziamento*.

mento in vita del rapporto fino alla cessazione dell'impedimento, bensì dall'eventualità della sua ricostituzione *ex lege*. Resta da chiedersi, a questo proposito, se non sia irragionevole far carico al datore di lavoro di una situazione di incertezza, circa la possibile reviviscenza del rapporto, che non è eliminata neppure dall'eventuale passaggio in giudicato di una sentenza civile di convalida del licenziamento: anche in questo caso l'incertezza può protrarsi per anni, attraverso le alterne vicende del procedimento penale a carico del lavoratore (si osservi che la reintegrazione può conseguire anche a sentenza penale di assoluzione non definitiva, cui può fare poi seguito una sentenza di condanna), con conseguente possibilità di illimitato aggravamento del costo del debito di sicurezza che viene accollato al datore nei confronti del prestatore. L'assenza di un «massimale» di questa «copertura assicurativa» fa sì che essa possa trasformarsi in un obbligo sostanzialmente assistenziale, contrastante con il principio di cui all'ultimo comma dell'art. 38 Cost. e per lo più insostenibile quando esso gravi sul titolare di un'impresa di piccole dimensioni (63). La soluzione adottata dal legislatore del 1995 è peraltro discutibile anche sul piano dell'opportunità: nel corso del procedimento penale, infatti, il lavoratore può tornare in libertà, senza però avere ancora diritto alla reintegrazione nel posto di lavoro perché non ancora assolto; in tale situazione, che può protrarsi anche a lungo, la prospettiva della reintegrazione possibile induce per lo più il lavoratore a non cercare o a trascurare nuove occasioni di lavoro stabile, che potrebbero invece, a conti fatti, essere vantaggiose per lui come per l'ex-datore di lavoro.

La norma in esame nasce, a ben vedere, dalla sfiducia del legislatore nella capacità del mercato del lavoro di offrire opportunità di occupazione a chi abbia perso il posto, soprattutto quando la perdita sia dovuta alla sottoposizione a procedimento penale: la sentenza di assoluzione sovente non basta a dissipare ogni sospetto. Ma un sistema moderno ed evoluto dovrebbe essere in grado di affrontare efficacemente anche i problemi occupazionali di chi soffra di un handicap sociale quale quello di chi abbia subito un arresto e un procedimento penale, così come dello handicap ancor più grave di chi abbia subito una condanna e abbia scontato (o stia scontando in semilibertà) una pena, con servizi di assistenza intensiva capaci di neutralizzare tali vere e proprie menomazioni e con interventi di sostegno del reddito del disoccupato, che potrebbero anche tener conto del dovere dello Stato di risarcire adeguatamente chi abbia perso il lavoro a causa di detenzione ingiusta.

i) *La questione dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali*. — Ricorre quasi come una formula di rito nella nostra giurisprudenza — come del resto in quella d'oltr'Alpe (64) —

---

(63) La norma non distingue tra imprese grandi e piccole ed è quindi applicabile in qualsiasi rapporto di lavoro: v. in proposito le condivisibili osservazioni di M. GIUDICI, *op. cit.* nella nota prec., p. 854.

(64) V. ad es. Cass. 8 dicembre 2000, *Société anonyme de télécommunications c. Coudière*, DO, 2001, p. 357; inoltre, più recentemente, la decisione del *Conseil Constitutionnel* francese 12 gennaio 2002 n. 455, ADL, 2002, p. 511, che ha

l'affermazione secondo la quale le valutazioni e le scelte dell'imprenditore circa l'organizzazione o le dimensioni dell'azienda sarebbero insindacabili, dovendo il giudice del lavoro limitarsi a controllare che esse siano state effettivamente attuate e che il licenziamento ne costituisca una conseguenza necessaria (65). Se questa enunciazione non fosse soltanto rituale e i giudici che la inseriscono nelle proprie sentenze si attenessero rigorosamente a ciò che essa significa, la regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento ne risulterebbe svuotata di ogni contenuto pratico, cioè la limitazione della facoltà di recesso dell'imprenditore verrebbe meno quasi del tutto (66): escluso, infatti, il caso del motivo illecito o capriccioso, che come si è visto determina la nullità dell'atto indipendentemente dall'art. 3 della legge n. 604/1966 (§ 8), ed escluso il motivo disciplinare, all'origine dell'atto risolutivo sta sempre essenzialmente una valutazione prognostica circa una perdita economica apprezzabile conseguente alla prosecuzione del rapporto, determinata da un costo contabile (è questo il caso della pura e semplice soppressione del posto con corrispondente riduzione di attività) e/o da un costo opportunità (nel caso della sostituzione del lavoratore con un altro, o con una macchina); e l'intervento del giudice, in applicazione della regola del giustificato motivo oggettivo, non può, logicamente, che appuntarsi su quella valutazione prognostica, consistendo proprio nel controllo della sua idoneità a costituire motivo giustificato di licenziamento.

Conciliare il controllo di quella valutazione prognostica con la sempre proclamata insindacabilità delle scelte dell'imprenditore è difficile. Sovente nella motivazione della sentenza il problema viene risolto affermandosi la necessità di un controllo giudiziale sulla genuinità della scelta

---

dichiarato incostituzionale l'art. 321-1 del *Code du travail*, nella parte relativa alla definizione del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, per contrasto con il principio della libertà di impresa.

(65) V. per tutte Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, cit. nella nota 172; Cass. 13 novembre 1999 n. 12603, *OGL*, 2000, p. 186; Cass. 16 dicembre 2000 n. 15894, *NGL*, 2001, p. 340; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, cit. nella nota 45. In dottrina, nello stesso senso, v. ultimamente O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, cit. nella nota 33, p. 599. La piena sindacabilità delle scelte gestionali dell'imprenditore sottostanti al licenziamento era invece diffusamente negata negli anni '70: v. ad es. P. Monza 18 aprile 1973, *RGL*, 1973, II, p. 791, con nota di P. PAPA, nella cui motivazione si leggono alcune considerazioni con le quali il giudice sembra vestire i panni del consulente di organizzazione aziendale: «il "quadro generale" della azienda suscita non poche perplessità ... L'intrecciarsi o lo scontrarsi di iniziative contraddittorie, la sempre diversa impostazione del lavoro richiesta dai diversi dirigenti ... non possono convincere dell'oggettività delle ragioni addotte per il licenziamento dello Stefanelli. La mancanza nella Ankerfarm di una politica aziendale di lungo respiro (soprattutto sotto il profilo della qualificazione professionale dei dipendenti) è testimoniata, tra l'altro, dal fatto che, resasi opportuna una "ricerca di mercato", non si riuscì a utilizzare la prestazione dello Stefanelli, che pure nel settore acquisti doveva ormai avere una competenza specifica di base» (p. 806; dove l'argomentazione si conclude con un richiamo esplicito alla teoria della funzionalizzazione dell'impresa all'utilità sociale: «È questa la "socialità" di una iniziativa imprenditoriale che riesce a ritoccare e correggere — come è giusto faccia — i suoi obiettivi, ma solo al prezzo, socialmente inaccettabile, di disfarsi di suoi dipendenti?»). Segnalo inoltre in proposito la sapida rassegna di giurisprudenza proposta da G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 38, pp. 107-109.

(66) Cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 49: «Ritenere ... sufficiente la prova del nesso di causalità tra scelta imprenditoriale (attinente alla organizzazione del lavoro) e licenziamento significa ritenere che un qualsiasi intervento sull'organizzazione del lavoro legittimerebbe il licenziamento ... Una tale conclusione implicherebbe continuità dell'esperienza precedente, incentrata sulla libera recedibilità» (p. 304). Questa osservazione ineccepibile si colloca però nel contesto di una complessa argomentazione (pp. 303-319), al termine della quale l'A. giunge alla conclusione (pp. 318-319) secondo cui il giustificato motivo di licenziamento si configura in tutti (e soltanto) i casi in cui si verifichi una effettiva diminuzione del numero degli addetti, ponendosi in tali casi soltanto la questione della scelta del lavoratore da licenziare: affermazione, questa, cui può rivolgersi gran parte delle osservazioni critiche esposte nelle pagine che precedono in riferimento agli orientamenti giurisprudenziali oggi dominanti in materia di g.m.o.



accampata dall'imprenditore: l'annullamento del licenziamento non conseguirebbe all'accertamento del fatto che l'imprenditore ha compiuto una scelta sbagliata, ma del fatto che l'imprenditore in realtà non l'ha compiuta, oppure ne ha compiuta una «pretestuosa», non genuina (67), oppure «non veramente necessaria» (68); ma se si esaminano le singole vicende più da vicino, è agevole convincersi che in realtà, nella maggior parte dei casi, il giudice entra profondamente nel merito della scelta, si ingerisce senza riguardi nella gestione dell'azienda. L'insindacabilità delle scelte dell'imprenditore, affermata in una parte della sentenza, viene di fatto svuotata di significato in altra parte, dove il giudice afferma che grava comunque sul datore l'onere di provare la «reale esistenza» dei motivi addotti, il «nesso di causalità» fra tali motivi e il singolo licenziamento, l'«effettiva impossibilità» di adibire utilmente il lavoratore licenziato a mansioni diverse da quelle che egli già svolgeva (69); il che equivale a dire: organizza pure l'azienda come vuoi, ma alla fine sarò sempre io (giudice) a decidere se è ragionevole — e quindi dovuto — che quel lavoratore continui a lavorare per te oppure no (70).

In numerose sentenze viene particolarmente enfatizzata, a questo proposito, la distinzione tra «scelta sottostante» — riguardante l'organizzazione, l'indirizzo o le modalità dell'attività produttiva, oppure le dimensioni dell'azienda — e scelta conseguente di licenziare un determinato lavoratore: insindacabile la prima, sarebbe sindacabile soltanto la seconda (71). Senonché anche quella distinzione appare incompatibile con il divieto di licenziamento ingiustificato posto dalla legge: il

---

(67) V. ad esempio Cass. 20 novembre 2001 n. 14604, *NGL*, 2002, p. 225: «Ove vengano dedotte esigenze di riassetto organizzativo, finalizzato a una più economica gestione dell'azienda — la cui scelta imprenditoriale è insindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità — licenziamento ingiustificato ... può considerarsi solo quello non sorretto da alcun motivo (e che quindi sia meramente arbitrario) ovvero sorretto da *un motivo che si dimostri pretestuoso* e quindi non corrispondente alla realtà, di talché la sua ragione debba essere rinvenuta unicamente nell'intento di liberarsi della persona ... e non in quello di perseguire il legittimo esercizio del potere riservato all'imprenditore»; ma come può il giudice accertare che il motivo addotto a sostegno del licenziamento è «pretestuoso», senza entrare profondamente nel merito della questione?

(68) Cfr. Cass. 30 gennaio 1998 n. 938, *RIDL*, 1998, II, p. 610, con nota di V. MARINO, *L'«oggettività» della situazione antecedente al licenziamento o al trasferimento quale giustificato o «comprovato» motivo dello stesso*: la massima ufficiale dice che «Le ragioni di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966 debbono essere obiettive e non derivanti da scelte compiute dallo stesso datore senza alcuna necessità». Ma per verificare che le ragioni addotte dall'imprenditore siano «obiettive» e che le scelte su cui si fondano siano state poste in essere dall'imprenditore per necessità reali, il giudice non deve forse entrare nel merito di quelle scelte? (infatti, nel caso specifico, il giudice entra nel merito della scelta dell'imprenditore di promuovere un inserviente di cucina al ruolo di cuoco, alla quale era conseguito il licenziamento di un altro cuoco con minori carichi di famiglia).

(69) V. ad esempio, esattamente in questi termini, T. Teramo 28 febbraio 2002, *GLav*, 2002, n. 31, p. 33.

(70) V. ad esempio il caso a cui si riferisce Cass. 20 dicembre 1995 n. 12999, *RIDL*, 1996, II, p. 632, con nota di L. NANNIPIERI, *Sul licenziamento del lavoratore a part-time che rifiuta il passaggio a tempo pieno*: libero il datore di lavoro di decidere che in una determinata posizione occorre un lavoratore a tempo pieno, ma sarà il giudice a decidere se il lavoratore addetto in precedenza a quella posizione possa o no essere utilizzato altrimenti in azienda.

(71) Distinzione originariamente proposta da G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit. nella nota 179, p. 26; in senso conforme, in quell'occasione, v. anche G. GIUGNI, *ivi*, pp. 101-102. Per la giurisprudenza più recente in questo senso v. Cass. 9 luglio 2001 n. 9310, *mass.*; Cass. 13 novembre 2001 n. 14093, *RIDL*, 2002, II, p. 613, con nota di C. OGRISEG, *Libertà delle scelte economico-organizzative e licenziamento per g.m.o. del lavoratore*. V. invece Cass. 6 novembre 2001 n. 13714, *ivi*, dove la sindacabilità dell'«operato del datore di lavoro, anche precedente al provvedimento», è ammessa, ma soltanto alla stregua del principio di correttezza e buona fede.

controllo giudiziale che questo comporta non può non investire in qualche misura anche le scelte organizzative o di indirizzo produttivo dell'imprenditore. Consideriamo, ad esempio, il caso del licenziamento di una centralinista monoglotta, sostituita con un'altra che sa parlare il tedesco, e ipotizziamo che il motivo del licenziamento sia costituito dagli affari che l'impresa sta incominciando a coltivare con un cliente tedesco; se dall'istruttoria giudiziale risulterà che si tratta di un affare occasionale, il giudice probabilmente considererà insufficiente l'esigenza aziendale adottata dall'imprenditore per giustificare il licenziamento (in altre parole: il giudice riterrà che il costo-opportunità derivante dalla prosecuzione del primo rapporto di lavoro sia inferiore alla soglia minima necessaria perché esso costituisca giustificato motivo di recesso); ma così facendo il giudice entrerà inevitabilmente nel merito della scelta organizzativa dell'imprenditore, valutando la sua utilità effettiva per l'impresa, ovvero la perdita che, non attuando quella scelta, l'impresa subirebbe.

La distinzione tra «scelta sottostante», di cui si pretende l'insindacabilità, e scelta (sindacabile) di licenziare un determinato lavoratore è, del resto, sostanzialmente contraddetta dagli orientamenti giurisprudenziali di cui si è detto sopra, concernenti l'obbligo del *repêchage* (72), o l'applicazione di un criterio ragionevole nella scelta del lavoratore da licenziare: quando il giudice valuta la possibilità (*rectius*: la non eccessiva onerosità) dello spostamento di un lavoratore da una posizione all'altra in seno all'azienda, o la fungibilità di un lavoratore con un altro, egli interviene proprio sull'organizzazione aziendale, sulle modalità dell'attività produttiva, discriminando esigenze di cui occorre tener conto da esigenze che devono essere considerate non rilevanti. Consideriamo, ad esempio, il caso di un imprenditore che decida di licenziare un venditore esperto di un settore merceologico in crisi; ipotizziamo che il venditore licenziato sostenga di essere in grado di vendere anche prodotti diversi trattati dall'impresa, in settori nei quali il mercato «tira» e gli addetti alle vendite sono sovraccarichi di lavoro; in omaggio alla regola del *repêchage*, il giudice presumibilmente non rifiuterà di valutare la fondatezza di questa allegazione, bensì cercherà di accertare se e quanto essa corrisponda al vero; egli cercherà quindi, in sostanza, di confrontare il costo contabile derivante dalla prosecuzione del rapporto di lavoro con l'utilità che potrebbe derivare all'impresa dal potenziamento di un altro reparto; oppure valuterà la fungibilità tra quel venditore e uno degli altri più giovane o con minori carichi di famiglia, per decidere quale dei due debba essere licenziato; l'eventuale giudizio di illegittimità del licenziamento si fonderà in ogni caso su di una vera e propria scelta organizzativa, nella quale il giudice si sarà sostituito all'imprenditore (73).

---

(72) In un caso recente la regola del *repêchage* viene confermata nella stessa sentenza che afferma l'insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore: Cass. 13 novembre 2001 n. 14093, cit. nella nota prec.

(73) La contraddizione tra l'applicazione della regola del *repêchage*, come comunemente applicata dai giudici del lavoro (con ricerca attiva delle posizioni aziendali nelle quali il lavoratore può essere reinserito) e il principio della insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore è particolarmente evidente nella massima ufficiale di Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, cit. nella nota 61, dove si giustappongono la riaffermazione di quel principio e l'enunciazione della

Detto questo, la questione dell'insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore non può però essere elusa: essa si pone sul piano teorico, poiché il principio della libertà d'impresa (art. 41 Cost.) obbliga l'interprete a chiarire il limite entro il quale il giudice può sostituirsi all'imprenditore nelle sue valutazioni e nelle sue scelte; essa si pone inoltre sul piano pratico, per la grave difficoltà tecnica in cui il giudice si trova — e chiunque altro al suo posto si troverebbe — quando gli si chiede di sovrapporre la propria valutazione e le proprie scelte a quelle dell'imprenditore. La realtà è che, in linea generale, nessuno è in grado di prevedere in concreto costi e utilità di un rapporto di lavoro per una determinata azienda meglio di quanto possa farlo l'imprenditore. Questi può, certo, sbagliare i propri conti, e sovente li sbaglia, ma in tal caso paga di tasca propria: nessuno, dunque è più motivato di lui a evitare gli errori.

I problemi del giudice investito della controversia sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento, quando si trova di fronte all'imprenditore che dichiara la propria previsione di perdita, sono essenzialmente due: innanzitutto accertare che questi non metta nel conto anche utilità illecite; inoltre accertare che egli non dichiari una perdita maggiore di quella che effettivamente prevede, per sottrarsi al «debito assicurativo» (obbligo di sopportare la perdita fino a un certo limite) che la legge gli impone. Il primo problema — verificare che non vi siano in realtà motivi illeciti — non è il più difficile da risolvere, sul piano pratico: dove il lavoratore allega la sussistenza di motivi discriminatori, di rappresaglia, o anche soltanto futili o capricciosi (ciò che, peraltro, nella maggior parte dei casi non accade), il giudice ben può fondare la propria decisione anche soltanto su presunzioni semplici, fondate sulle circostanze e sul suo fiuto. Ipotizziamo ora che i motivi illeciti non siano allegati o non ve ne sia traccia; a questo punto si tratta di verificare la sincerità della dichiarazione dell'imprenditore circa la perdita attesa; e c'è un solo modo in cui questa può essere verificata con precisione assoluta: accertare quanto l'imprenditore stesso è disposto a pagare per ottenere la cessazione del rapporto. L'ammontare di ciò che l'imprenditore è disposto a pagare è infatti sicuramente inferiore all'entità della perdita da lui attesa in conseguenza della prosecuzione del rapporto; la conoscenza di quell'ammontare consente pertanto di accertare con sicurezza se la perdita attesa supera quello che il giudice considera come limite massimo di perdita ragionevolmente accollabile all'impresa.

Si tratta, in sostanza, di «vedere le carte» all'imprenditore, utilizzando l'ipotetico costo di risoluzione del rapporto (il c.d. *firing cost*) come «filtro automatico» delle sue scelte, nel rispetto più rigoroso dell'insindacabilità delle stesse; ovvero utilizzando quello che gli economisti chiamano il

---

regola per cui il giudice può e deve controllare che il lavoratore non possa essere «utilmente» spostato in seno all'azienda.

*revelation principle* (74). Sul piano pratico, la cosa dovrebbe funzionare così: quando possano escludersi i motivi illeciti, il giudice nel corso del tentativo di conciliazione indica quella che egli ritiene essere la soglia, ovvero la perdita (o «copertura assicurativa») massima che può essere imposta all'impresa; se l'imprenditore è disposto a pagare altrettanto al lavoratore, questo significa che la perdita da lui attesa è superiore e che quindi il licenziamento è giustificato. Riterrei meglio che fosse la legge a istituire questo «filtro automatico» stabilendo il criterio per la determinazione della soglia in relazione alle variabili rilevanti (v. *infra, sub m*); ma se non lo fa la legge, nulla vieta che sia il giudice a farlo, anche prima dell'emanazione della sentenza (75); e anzi ciò è per molti aspetti consigliabile, proprio per la maggiore trasparenza che la sua decisione in questo modo assume e per il rispetto rigoroso che viene così (e solo così) garantito dell'insindacabilità delle scelte organizzative e delle valutazioni dell'imprenditore. In questo modo, oltretutto, l'esplicitazione iniziale da parte del giudice dell'entità della perdita massima che egli ritiene accollabile all'impresa consente al lavoratore, nel caso in cui la perdita attesa sia effettivamente superiore, di ottenere in sede conciliativa un indennizzo che, altrimenti, la sentenza di convalida del licenziamento oggi non può dargli. Allo stato attuale del diritto positivo, ovviamente, il datore di lavoro potrà rifiutare di pagare al lavoratore la somma indicata dal giudice in sede di tentativo di conciliazione, riservandosi di dimostrare altrimenti, nel prosieguo del giudizio, che la perdita attesa è superiore. Ma l'esperienza insegna che fornire questa prova in altro modo è solitamente assai difficile, essendo l'aleatorietà del giudizio altissima e non altrimenti eliminabile; e che pertanto in questa materia, quando il giudice fa una proposta transattiva ragionevole, al datore di lavoro conviene sempre pagare.

Questo discorso presuppone, ovviamente, che tanto la perdita attesa dall'imprenditore, quanto la soglia costituente il giustificato motivo oggettivo, siano grandezze di natura esclusivamente patrimoniale, sempre suscettibili di essere espresse in termini monetari. Chi ritiene che non sia così, cioè afferma l'esistenza, nel concetto di giustificato motivo oggettivo, di un elemento non patrimoniale (76), ha l'onere di spiegare in che cosa tale elemento consista; ma l'art. 3 della legge

---

(74) Il *r. p.* è quello in forza del quale si assume la somma di denaro che un soggetto è disposto a pagare, per ottenere un bene, come misura dell'utilità che il bene stesso riveste per quel soggetto.

(75) A questa mia tesi, esposta nel corso di un seminario, un collega ha obiettato che l'enunciazione preventiva, da parte della legge o del giudice, dell'entità della soglia renderebbe «troppo facile» il licenziamento, eliminando l'alea del giudizio. Ma logica vuole che, se la «difficoltà» del licenziamento (*rectius*: la perdita attesa che si intende accollare al datore di lavoro, in funzione della «copertura assicurativa» cui il suo dipendente ha contrattualmente diritto) deve essere maggiore, l'aumento venga perseguito mediante la fissazione di una soglia più elevata conoscibile *ex ante*, non mediante l'incertezza circa l'entità della soglia stessa.

(76) V. l'intervento di P.G. ALLEVA nel dibattito sul mio libro *Il lavoro e il mercato*, RIDL, 1997, I: «una lunghissima esperienza mi ha convinto ... che le scelte legislative in tema di vincolo al recesso si muovono su un altro piano, perché nelle cause di licenziamento non si parla “del mio e del tuo” ma “di me e di te”» (p. 248). Per una proposta fondata su argomenti profondamente diversi da quelli sostenuti da P.G. ALLEVA e volta all'attenuazione della rigidità del vincolo derivante dalla regola del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ma volta altresì a privilegiare l'effettività della reintegrazione a scapito dei profili puramente retributivi o risarcitori della tutela reale, v. L. DE ANGELIS, *Il giustificato*

n. 604/1966 parla a questo proposito di «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa»: non mi è dato individuare alcuno spazio, in questa nozione, per elementi di natura non patrimoniale, cioè comprendere quali possano essere le «ragioni» a cui la norma fa riferimento, se non consistenti in una perdita attesa, esprimibile in termini monetari (77).

Si osservi che il discorso non cambia nel caso in cui si ritenga che la soglia costituente il giustificato motivo dipenda anche dall'entità del pregiudizio subito dal lavoratore per effetto del licenziamento (di questo discutiamo nel paragrafo che segue). È vero, infatti, che a quel pregiudizio, il quale investe anche la persona del lavoratore, possono contribuire al tempo stesso componenti di natura patrimoniale e non patrimoniale; ma è altrettanto vero che, anche quando quel pregiudizio influisca sulla definizione del g.m.o., quest'ultimo è pur sempre costituito, per sua natura intrinseca, soltanto da una perdita destinata a essere subita *dall'imprenditore* in quanto tale: da una perdita, dunque, di natura esclusivamente patrimoniale. È infatti quella perdita attesa — e quella soltanto (v. *supra, sub a*) — che può giustificare, o non giustificare perché troppo esigua, il licenziamento finalizzato a evitarla.

1) *La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività e il fallimento dell'impresa.* — Un punto sul quale si registra una notevolissima concordanza di vedute in dottrina e in giurisprudenza, almeno sul piano teorico, è l'insindacabilità assoluta della scelta dell'imprenditore di cessare la propria attività: insindacabilità che viene per lo più fondata sul principio di libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. (78). Ma anche questo punto merita di essere discusso, nell'ordine di idee proposto nelle pagine che precedono.

Dal punto di vista microeconomico, è previsione di una perdita anche il motivo che induce al licenziamento il datore di lavoro intenzionato a cessare la propria attività imprenditoriale per vecchiaia o disaffezione: in questo caso la disutilità della prosecuzione dell'attività per l'imprenditore, in termini di sacrificio personale (valutato, ovviamente, dal suo punto di vista soggettivo e costituito anche da tedio, o dall'impedimento a godersi altrimenti la vita), supera l'utilità che egli può trarne.

---

*motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, RIDL, 2001, I, pp. 123-138.

(77) Salvo che nel caso delle organizzazioni non imprenditoriali di tendenza, dove il giustificato motivo oggettivo di licenziamento può consistere in interessi di natura non economica. A queste organizzazioni, peraltro, il legislatore ha ritenuto di applicare soltanto il regime di tutela obbligatoria contro il licenziamento, proprio perché ha voluto offrire loro una sorta di «uscita di sicurezza», nel caso in cui quegli interessi non fossero adeguatamente dimostrabili in giudizio, o comunque non fossero adeguatamente valutati dal giudice: in caso di soccombenza in giudizio, essi potranno comunque essere fatti salvi pagando l'indennizzo al lavoratore.

(78) V. per tutte in questo senso Cass. 5 aprile 1990 n. 2831, NGL, 1990, p. 188; Cass. 30 maggio 1995 n. 6083, OGL, 1996, p. 193, dove si precisa che la decisione di cessare l'attività è legittima anche se è determinata dalla prospettiva delle perdite conseguenti a rivendicazioni sindacali in atto nell'azienda. Negli anni '70 non sono mancate, però, pronunce nel senso della sindacabilità, in sede di verifica giudiziale della legittimità del licenziamento, della scelta dell'imprenditore di cessare la propria attività: v. ad es. T. Bolzano 21 marzo 1975, RGL, 1975, II, p. 1046.

Se l'azienda non è in perdita, il titolare può cederla a un altro imprenditore, evitando in tal modo i licenziamenti; ma egli non può essere obbligato a farlo, se la scelta di chiudere è insindacabile. La tesi della assoluta insindacabilità della scelta di chiudere l'azienda — purché si tratti di scelta effettiva e non simulata — (79) implicherebbe un'indifferenza assoluta dell'ordinamento in proposito, indifferenza che costituirebbe un'eccezione alla regola generale del giustificato motivo oggettivo di licenziamento come definita nelle pagine che precedono: qui il licenziamento sarebbe legittimo in ogni caso, anche quando dalla prosecuzione del rapporto l'imprenditore si attenda una perdita (intesa nel senso sopra precisato) di entità minima.

Il problema non si risolve col riferimento all'art. 2119 c.c., che esclude espressamente la configurabilità della giusta causa nel fallimento dell'impresa datrice di lavoro (80); e neppure con il riferimento all'art. 2112, che esclude la legittimità del licenziamento in vista della cessione dell'azienda. Né l'una né l'altra norma prevedono che venga sottoposta a controllo la scelta dell'imprenditore, o del curatore fallimentare, se chiudere l'azienda, oppure cederla a chi possa continuare a gestirla. Contro la tesi della libertà totale di licenziamento per cessazione dell'attività milita invece un altro argomento sistematico assai rilevante: il secondo comma dell'art. 24 della legge 23 luglio 1991 n. 223, recante la disciplina dei licenziamenti collettivi (§ 15), stabilisce l'integrale applicabilità di quella disciplina restrittiva «anche quando le imprese ... intendano cessare l'attività». I costi assai rilevanti che questa norma impone all'imprenditore per il licenziamento collettivo costituiscono altrettanti filtri delle scelte che vi sono sottese, anche quando esse si concretano nella chiusura totale ed effettiva dell'azienda. Se dunque, nel caso di cessazione dell'attività, è assoggettato ai filtri posti dall'ordinamento il recesso del datore nella forma del licenziamento collettivo, parrebbe che debbano ritenersi applicabili in questo caso anche i filtri posti per il recesso del datore nella forma del licenziamento individuale. Se ne può concludere, a mio modo di vedere (ma dottrina e giurisprudenza sono, come si è detto, orientate nel senso opposto), che la regola del giustificato motivo si applichi, anche nel caso di licenziamento individuale per chiusura dell'azienda, nel senso che anche in questo caso la legittimità del recesso dipenda dalla prevedibilità di una perdita superiore all'entità massima che il giudice ritiene ragionevolmente accollabile all'imprenditore: perdita attesa dimostrata dal fatto che quest'ultimo sia realmente disposto a pagare, per la cessazio-

---

(79) Cfr. l'ampia trattazione di questo tema proposta da M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 48, pp. 284-303, sulla base della quale l'A. conclude: «Che la decisione di cessare l'attività produttiva (anche al di fuori delle procedure concorsuali) debba considerarsi insindacabile in sede di valutazione della giustificatezza dei licenziamenti è esatto, ma ciò non vuole dire che il giudice non debba compiere una penetrante indagine al fine di scoprire ... l'effettività e la definitività» della chiusura; «Se la cessazione dell'attività produttiva ... è effettiva e definitiva, non finalizzata a un mutamento dell'impresa o al trasferimento dell'azienda, allora il licenziamento totale appare giustificato» (pp. 293-294).

(80) Il fallimento, o apertura di altra procedura concorsuale, non giustifica neppure, di per sé, la sospensione della prestazione lavorativa e/o della relativa controprestazione retributiva: v. ultimamente in proposito A. Torino 29 novembre 2001, *D&L*, 2002, p. 197.

ne del rapporto, una somma pari a quell'entità massima. In altre parole: la «copertura assicurativa» in favore del prestatore di lavoro, che con la disciplina limitativa del licenziamento individuale l'ordinamento impone all'imprenditore, dovrebbe a mio avviso estendersi anche al rischio della sopravvenuta sua pigrizia o disaffezione, sempre entro il limite del «massimale» oltre il quale si configura il giustificato motivo oggettivo.

In questo ordine di idee, anche il ragionamento sul licenziamento per chiusura dell'azienda rimanda alla questione cruciale dell'individuazione di quel limite.

m) *La determinazione della soglia. Rilevanza o no del pregiudizio subito dal lavoratore nel caso concreto.* — Si discute se per la determinazione della perdita attesa massima accollabile all'impresa (che è quanto dire la perdita attesa minima idonea a giustificare il licenziamento) debba adottarsi un criterio generale indifferente al pregiudizio che dal licenziamento deriva in concreto per il singolo lavoratore, o se invece debba ritenersi necessaria una perdita attesa più alta quando il pregiudizio per il lavoratore sia più grave, e viceversa. La questione ha un notevole rilievo pratico: se infatti si attribuisce peso al pregiudizio sofferto dal lavoratore in concreto, ne consegue una limitazione più grave della facoltà di recesso del datore là dove il mercato del lavoro presenta un tasso di disoccupazione più elevato, nonché nei casi in cui il lavoratore ha maggiori carichi di famiglia ed è più avanti negli anni.

L'orientamento giurisprudenziale favorevole all'applicazione anche in materia di licenziamenti individuali della norma sui criteri di scelta, dettata dalla legge per i licenziamenti collettivi (v. *supra*, lett. g), sembra confermare la rilevanza anche nel licenziamento individuale del pregiudizio sofferto dal lavoratore in concreto: due di quei criteri attribuiscono infatti rilievo, rispettivamente, ai carichi di famiglia e all'anzianità del lavoratore. Nessun riferimento è invece dato reperire in alcuna norma di legge al possibile rilievo delle condizioni del mercato del lavoro; è tuttavia plausibile che anche queste pesino di fatto nelle decisioni giudiziali (81), nonostante che di ciò, per quel che mi consta, non sia mai stata fatta menzione nella motivazione di una sentenza. L'attribuzione di un peso alle condizioni del mercato del lavoro — ben comprensibile come comportamento tacito del singolo giudice del lavoro — è tuttavia assai poco desiderabile sul piano macroeconomico, poiché ne consegue una maggiore severità effettiva della limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro proprio là dove occorrerebbe invece un mercato del lavoro più fluido e capace di favorire la migliore allocazione delle risorse umane, questo essendo necessario per porre le regioni meno svi-

---

(81) Un'influenza effettiva assai rilevante delle condizioni del mercato del lavoro sul comportamento dei giudici nelle controversie in materia di licenziamento è stata rilevata sulla base di un campione costituito soltanto da licenziamenti disciplinari (A. e P. ICHINO, M. POLO, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, RIDL, 1998, I, pp. 19-47; il saggio è qui riprodotto come appendice 1 a questo capitolo). È tuttavia plausibile che la stessa influenza sia esercitata di fatto dalle condizioni del mercato anche sulle decisioni giudiziali in materia di giustificato motivo oggettivo.

luppate in condizione di poter meglio competere nel mercato dei capitali e degli investimenti. D'altra parte, se per la determinazione della soglia minima della perdita che può giustificare il licenziamento dovesse attribuirsi peso decisivo al pregiudizio derivante dal licenziamento stesso per il lavoratore nel caso concreto, questo comporterebbe, logicamente, che la soglia stessa si abbassasse fino ad azzerarsi quando dal licenziamento non derivi per il lavoratore un pregiudizio apprezzabile (come nel caso in cui gli venga offerta immediatamente un'altra occupazione nella stessa località e senza perdita professionale o retributiva) (82). Senonché un argomento contrario rilevante può trarsi in proposito, nel nostro ordinamento, dalla fissazione legislativa del risarcimento minimo per il licenziamento ingiustificato, nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav., in cinque mensilità dell'ultima retribuzione. A questo poi si aggiungono le quindici mensilità a cui il lavoratore ha invariabilmente diritto nel caso in cui egli rinunci alla reintegrazione. L'importo complessivo di venti mensilità dell'ultima retribuzione ben può dunque essere considerato come una sorta di parametro generale, suscettibile di essere assunto dal giudice quale punto di riferimento per la fissazione della soglia minima di perdita attesa necessaria perché si configuri il giustificato motivo di licenziamento (83), salvo aumento o riduzione — fermo il minimo — in relazione alle circostanze e in particolare all'anzianità di servizio del lavoratore (variabile, quest'ultima, cui l'ordinamento attribuisce esplicitamente rilievo preminente nella materia in esame). Allo stesso modo il giudice può fare riferimento, per la determinazione della soglia, ai minori importi indicati dalla legge per l'indennizzo nell'area della tutela obbligatoria, modulati tra il minimo di due mensilità e mezza e il massimo di quattordici in relazione alle dimensioni dell'impresa e all'anzianità di servizio del lavoratore, quando il rapporto di lavoro si collochi in quell'area.

Per concludere su questo punto, la legge lascia il giudice libero nella determinazione della soglia minima della perdita attesa che può costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento; ma non manca di offrirgli alcuni parametri assai precisi ai quali attenersi nell'esercizio di quella discrezionalità, nonché alcuni riferimenti positivi su cui fondare solidamente la variabilità della soglia, al di sopra del minimo delle cinque (o due e mezza) mensilità, in relazione al pregiudizio che al lavoratore deriva dal licenziamento nel caso concreto.

---

(82) In questo senso è normalmente orientata la giurisprudenza austriaca. Per un caso, tratto dalla giurisprudenza francese recente, in cui le particolari difficoltà personali della lavoratrice licenziata, nel reperimento di una nuova occupazione, causate dalla sua età avanzata, sono state menzionate esplicitamente nella motivazione della sentenza quale argomento a sostegno dell'illegittimità del licenziamento, v. A. Limoges 13 dicembre 2000, cit. nella nota 49.

(83) È evidente l'influenza che questo parametro esercita sul prezzo medio di mercato della risoluzione consensuale del rapporto di lavoro: sulla base della mia esperienza professionale diretta posso dire che nell'Italia settentrionale quel prezzo medio, quando il rapporto è protetto da stabilità reale, si aggira tra le diciotto e le ventiquattro mensilità dell'ultima retribuzione, riducendosi o aumentando in relazione alla minore o maggiore anzianità di servizio. Nell'Italia meridionale il prezzo è, comprensibilmente, più elevato.



n) *Non trasparenza delle motivazioni delle sentenze in materia di g.m.o.* — Certo, il discorso svolto fin qui ha maggiori speranze di avere un seguito sul piano dello *ius condendum* (fissazione per legge di un indennizzo dovuto in ogni caso al lavoratore, corrispondente alla soglia ritenuta ragionevole dal legislatore in relazione alle variabili rilevanti, quali la retribuzione del lavoratore, l'anzianità di servizio, le dimensioni dell'impresa, il tipo di rapporto) (84) piuttosto che su quello dell'applicazione dello *ius conditum* (85). A legislazione invariata, i giudici continueranno prevedibilmente a fare quanto hanno fatto fin qui. Essi continueranno, cioè, a valutare approssimativamente caso per caso l'entità della perdita futura conseguente alla prosecuzione del rapporto, a decidere se sia ragionevole che quella perdita sia accollata all'impresa per evitare al lavoratore il pregiudizio della perdita del posto, infine a motivare la decisione omettendo di fornire indicazioni precise sui due passaggi essenziali, ma scegliendo la massima che di volta in volta riterranno più adatta al caso specifico: se convalideranno il licenziamento, nella motivazione verrà ribadita l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, oppure si darà atto dell'infungibilità del lavoratore, o del fatto che il suo posto è stato effettivamente soppresso; se invece annulleranno il licenziamento, nella motivazione si osserverà che il datore di lavoro non ne ha dimostrato l'effettiva necessità, oppure che il lavoratore era fungibile con un altro e proprio quest'altro avrebbe dovuto essere licenziato, oppure ancora che il posto non è stato effettivamente soppresso, poiché il lavoratore è stato in realtà sostituito con un altro.

Quanto al contenuto sostanziale delle sentenze, credo che se oggi sottoponessimo a un gruppo di giudici del lavoro scelti a caso un insieme di casi giudiziari in materia di licenziamento, ordinato secondo la gravità del motivo economico (cioè della perdita attesa) e chiedessimo loro di indicare dove si colloca il discrimine tra licenziamento giustificato e no, probabilmente otterremmo una serie di risposte distribuite in una gamma molto ampia. In questa varietà di risposte è evidentemente impossibile dire quale sia quella che più esattamente corrisponde al contenuto precettivo della norma legislativa.

Va peraltro rilevato che la giurisprudenza è sensibile ai mutamenti culturali e *lato sensu* politici. E nel clima oggi dominante di preoccupazione per gli effetti di una eccessiva rigidità nell'applicazione della regola del giustificato motivo, già si avverte qualche segno di propensione, da parte di alcuni giudici del lavoro, a un abbassamento della soglia. Sono però soltanto sensazioni

---

(84) È questa la logica in cui si colloca la proposta da me formulata ne *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, cap. V, tradotta l'anno successivo nel disegno di legge 4 febbraio 1997, n. 2075, presentato al Senato da F. DEBENEDETTI (può leggersi in *RIDL*, 1999, III, pp. 141-155).

(85) Sul punto che una riforma siffatta non configurerebbe, di per sé, una alterazione nel meccanismo logico del giustificato motivo oggettivo di licenziamento, bensì soltanto una sua diversa modalità di applicazione, rinvio ai miei *Appunti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento* (*RIDL*, 1999, III, pp. 3-10), in risposta al *Colloquio* di G. PERA (ivi, 1998, III, p. 211).

tratte dalla pratica forense: anche di questo, ovviamente, nessuna traccia nella motivazione di alcuna sentenza.

## 11. Il giustificato motivo soggettivo

Oltre al giustificato motivo oggettivo, come si è detto (§ 9), l'art. 3 della legge n. 604/1966 prevede quale possibile giustificazione del licenziamento il «notevole inadempimento» del lavoratore, così confermando la regola civilistica generale della risoluzione per inadempimento di importanza «non scarsa» (artt. 1453 e 1455 c.c.) o «notevole» (art. 1564 c.c.), ma riconducendo la fattispecie sotto la disciplina del recesso unilaterale del datore (86).

La sostanziale corrispondenza tra la nozione di inadempimento del lavoratore rilevante in materia di recesso del datore di lavoro e la nozione di inadempimento posta dagli articoli menzionati del codice civile è stata negata nel corso degli anni '70 e anche in seguito, sul labile presupposto che nell'art. 3 della legge n. 604/1966, a differenza del codice civile, non si fa alcun riferimento all'interesse del creditore (87). In realtà, nella valutazione dell'inadempimento del lavoratore, così come nella valutazione di qualsiasi inadempimento contrattuale, non può mai prescindere dall'interesse contrattualmente rilevante della controparte creditrice: la tesi contraria mi sembra piuttosto il frutto di una sorta di vertigine da cui una parte della dottrina giuslavoristica è stata colta dopo l'«autunno caldo» del 1969 e la conseguente emanazione dello Statuto dei lavoratori (88).

Nella nozione di giustificato motivo soggettivo l'interesse del datore assume dunque un rilievo centrale, al pari di quanto può dirsi della nozione di giustificato motivo oggettivo. Vedremo però come tale interesse debba essere qui individuato e valutato facendosi riferimento all'economia dell'intera compagine aziendale e non soltanto del singolo rapporto di lavoro. La distinzione tra giustificato motivo oggettivo e soggettivo assume comunque un notevole rilievo sul piano degli effetti, perché nel secondo caso la legittimità del recesso è subordinata al rispetto

---

(86) V. in argomento M.V. BALLESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento*, ne *La disciplina dei licenziamenti*, a cura di F. Carinci, Napoli, 1991, pp. 97-126. Per una rassegna dottrinale e giurisprudenziale delle principali questioni su questa materia v. G. BURRAGATO, *Il licenziamento disciplinare*, LPO, 2002, pp. 438-449.

(87) «La mancata o inesatta esecuzione non potrà essere più valutata ... “avuto riguardo all'interesse” del contraente fedele, ossia per la sua incidenza sull'economia del contratto, per la sua attitudine a turbare l'equilibrio contrattuale ... l'eventuale sfiducia nel futuro adempimento che la condotta del lavoratore abbia determinato nell'imprenditore non avrà più peso ... l'inadempimento andrà apprezzato unicamente *in quanto tale*, come se ci si muovesse nell'ottica non del contratto, ma dell'obbligazione. A rilevare nel nostro caso non sarà, cioè, il combinato disposto degli artt. 1455 e 1564 cod. civ., ma l'art. 1218 cod. civ.»: così F. MANCINI (G. Ghezzi, L. Montuschi, U. Romagnoli), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Comm SB, 1972, p. 260. Aderiva a questa veduta M.V. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, pp. 330-331; v. invece in senso parzialmente difforme M. NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 49, p. 225.

(88) Lo stesso MANCINI, a distanza di vent'anni, ha parlato in proposito di «cedimento all'“insorgenza populistica” di quegli anni»; e ha preso le distanze dal proprio commento all'art. 18, qualificandolo come «un'operazione fondamentalmente tendenziosa in cui, benché avess[e] fatto un uso sagace dello strumento dogmatico, il segno ideologico è pesante come non era stato mai prima e come non sarebbe mai più stato dopo» (*Intervista*, RIDL, 1993, I, pp. 170-171).

delle regole procedurali dettate dall'art. 7 St. lav., per la parte in cui esse sono applicabili anche in materia di licenziamento.

a) *I casi in cui l'inadempimento costituisce g. m. soggettivo e oggettivo al tempo stesso.* —

In alcuni casi la differenza appare minima o addirittura inesistente. In particolare, quando l'inadempimento del lavoratore sia tale da far venire meno la ragionevole prospettiva del regolare adempimento futuro, esso sarebbe suscettibile di rientrare anche nella nozione di giustificato motivo oggettivo: in tal caso, infatti, l'evento ben può costituire una «ragione inerente all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», rendendo prevedibile una perdita non ragionevolmente accollabile al creditore. Vi sono dunque eventi qualificabili come giustificato motivo soggettivo, in quanto consistenti in un notevole inadempimento, che costituiscono — a stretto rigor di logica — anche giustificato motivo oggettivo. Su questo punto, però, la dottrina in passato si è ripetutamente pronunciata in senso nettamente contrario (89); e non mi risulta che la configurabilità, nel comportamento scorretto del lavoratore, di un giustificato motivo soggettivo e oggettivo al tempo stesso sia mai stata riconosciuta in una sentenza: a differenza di quanto può dirsi in materia di trasferimento, in materia di licenziamento la giurisprudenza afferma univocamente che laddove il motivo addotto dal datore di lavoro contenga un rimprovero nei confronti del dipendente, il procedimento disciplinare *ex art. 7 St. lav.* costituisce e sempre requisito indefettibile per la legittimità del provvedimento, anche quando questo abbia per così dire natura anfibia (90).

b) *La peculiarità del g. m. soggettivo rispetto al g. m. oggettivo. Scarsa rilevanza del danno attuale e della perdita attesa nel singolo rapporto.* — Il giustificato motivo soggettivo non può comunque essere considerato soltanto come un caso particolare di giustificato motivo oggettivo, poiché altrimenti la sua menzione nell'art. 3 dovrebbe considerarsi pleonastica, priva di un significato giuridico apprezzabile. L'interesse tipico che l'ordinamento tutela, consentendo il licenziamento per inadempimento del dipendente, non consiste soltanto nella prevenzione di una perdita futura derivante dalla prosecuzione del singolo rapporto, come nel caso del giustificato motivo oggettivo, bensì anche e soprattutto nell'interesse dell'imprenditore a disporre di un deterrente contro il comportamento irregolare di tutti i dipendenti (gli economisti parlerebbero a questo proposito di

---

(89) P. TOSI, *I dirigenti d'azienda*, Milano, 1974: «le “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” non possono certamente venire collegate con le condizioni del soggetto che svolge certe mansioni, ma solo con le mansioni in quanto tali. Non è cioè consentito far penetrare surrettiziamente nell'area del giustificato motivo oggettivo ipotesi che, pur appartenendo naturalmente all'area della giusta causa o del giustificato motivo soggettivo, non hanno rilevanza risolutiva sotto questo profilo, in ragione dell'irrigidimento legislativo dei limiti di queste nozioni: pena la trasformazione delle “ragioni” dell'art. 3 della legge n. 604 in una clausola di chiusura praticamente illimitata» (p. 193). Nello stesso senso M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 174, pp. 352-353.

(90) V. in questo senso G. BURRAGATO, *Il licenziamento disciplinare*, cit. nella nota 211, pp. 443-444.

un'esigenza di contenimento del *moral hazard*) (91): quell'interesse peculiare che spiega e giustifica l'attribuzione all'imprenditore del potere disciplinare.

L'inadempimento notevole del lavoratore è dunque suscettibile di giustificare il licenziamento anche quando esso in concreto non abbia direttamente prodotto e non sia suscettibile di produrre in futuro un danno: regola, questa, sulla quale la giurisprudenza appare fermissima (92). Assai meno ferma, invece, la giurisprudenza appare su di un'ulteriore conseguenza che deve trarsi dalla peculiarità del giustificato motivo soggettivo testè sottolineata: la mancanza grave è suscettibile di giustificare il licenziamento anche quando ci si possa attendere che essa non si ripeta in futuro e non sia quindi prevedibile, in caso di prosecuzione del rapporto di lavoro, un suo bilancio in perdita. Basti, per convincersene, considerare il caso limite di un lavoratore che, incontrando in azienda un cliente o un collega che gli ha sottratto la moglie, accecato dalla gelosia lo aggredisca e lo uccida: il licenziamento dell'omicida per amore è sicuramente giustificato anche quando la sua personalità e le circostanze inducano a escludere che egli possa tenere nuovamente in futuro un comportamento analogo e che dunque quel comportamento possa incidere sulla fiducia del datore nel corretto adempimento futuro: ciò che conta, per la giustificazione del licenziamento in un caso di questo genere, non è affatto il venir meno del ragionevole affidamento del datore sul corretto adempimento futuro, bensì l'interesse dell'imprenditore a dissuadere chiunque altro in azienda dal comportarsi in quel modo. Se quello dell'omicida per gelosia è un caso di scuola, qui proposto soltanto per chiarire i termini del ragionamento, assai più frequente è invece il caso in cui il lavoratore colpevole di una mancanza grave riesce a convincere l'organo giudicante che si è trattato di una *défaillance* isolata, che egli è sinceramente pentito e interamente ravveduto, che quindi non vi è un serio pericolo che la cosa si ripeta, ottenendo così la reintegrazione nel posto di lavoro con tanto di risarcimento del danno (93). Quella dimostrazione non può, invece, considerarsi sufficiente per escludere il giustificato

---

(91) Sulla nozione di *moral hazard* e sui «salari di efficienza» come meccanismo retributivo mirante a ridurre il rischio per l'impresa v. cap. VIII, §§ 12 e 15.3. È evidente come il licenziamento disciplinare costituisca elemento essenziale di questo meccanismo, per la minaccia in esso implicita, rivolta a tutti i dipendenti dell'impresa, della perdita del *surplus* retributivo nel caso in cui il difetto di collaborazione venga scoperto.

(92) V. per tutte Cass. 23 febbraio 1996 n. 1421, *RIDL*, 1997, II, p. 189, con nota di G. MARTINUCCI, *Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione*; Cass. 4 settembre 1999 n. 9354, cit. nella nota 96; Cass. 13 aprile 2002 n. 5332, *LG*, 2002, p. 994.

(93) Cass. 25 maggio 1995 n. 5735, *OGL*, 1996, p. 491: «Il licenziamento, sanzione idonea a privare il lavoratore e la sua famiglia dei mezzi sufficienti all'esistenza, deve conseguire a illeciti di proporzionale gravità e non a fatti, seppure penalmente rilevanti, che ... non sono destinati verosimilmente a ripetersi una volta contestati e seguiti da una sanzione disciplinare conservativa». Esattamente nello stesso senso Cass. 23 giugno 1997 n. 5601, *RIDL*, 1998, II, p. 614, con nota di E. DALL'ARA, *Giusta causa e proporzionalità tra fatto e sanzione disciplinare*, in riferimento a un caso di appropriazione indebita da parte del lavoratore; inoltre T. Messina 15 luglio 1999, *RIDL*, 2000, II, p. 533, con nota critica di M. CATTANI: «Se il lavoratore, reintegrato in via cautelare nel posto di lavoro in attesa della decisione di merito, si sia poi comportato irreprensibilmente in un lungo periodo successivo, le prove acquisite in un giudizio penale terminato con una sentenza non definitiva di condanna non costituiscono motivo sufficiente a escludere l'accoglimento del ricorso proposto dallo stesso lavoratore per essere reintegrato nel posto di lavoro»; e ultimamente Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, mass., nella quale, in riferimento a un caso di furto di modesta entità commesso da una lavoratrice, si legge: «il Giudice di merito ha considerato che la [lavoratrice] occupava in azienda una posizione che non prevedeva alcun parti-

motivo di licenziamento, perché — come si è detto — l'ordinamento tutela l'interesse del datore all'effetto deterrente del licenziamento contro qualsiasi comportamento analogo, indipendentemente dalla propensione a ripeterlo del lavoratore che se ne è reso colpevole: mantenere il cassiere «ladro *una tantum*» nel suo posto di lavoro, quand'anche sia certo che egli non ruberà mai più, incoraggia altri a tenere (magari... per una volta sola) lo stesso comportamento.

Sta di fatto, tuttavia, che la giurisprudenza è costante nell'affermare che l'inadempimento capace di giustificare il licenziamento è soltanto quello «idoneo a scuotere la fiducia del datore di lavoro» e a «far ritenere che la continuazione del rapporto si risolva in un pregiudizio per gli scopi aziendali» (94), così sostanzialmente trasformandosi il giustificato motivo soggettivo in un caso particolare di giustificato motivo oggettivo (v. *supra*, *sub a*).

c) *Il possibile contrasto fra interesse del datore alla reazione disciplinare e interesse dello stesso alla conservazione del rapporto.* — Si osservi, peraltro, come l'interesse dell'imprenditore a conseguire l'effetto deterrente della punizione possa cedere di fronte al suo interesse alla prosecuzione del rapporto, quando da questa il datore si attenda un utile rilevante (si pensi, ad esempio, al caso della mancanza grave, di per sé sicuramente meritevole di licenziamento, commessa però da un operaio specializzato molto difficilmente sostituibile; oppure da un venditore che, se licenziato, potrebbe portar via con sé una parte consistente della clientela; oppure anche da un lavoratore non particolarmente efficiente, ma in un momento in cui la manodopera è scarsa, il mercato «tira» e tutte le risorse umane disponibili possono produrre notevoli profitti).

Dottrina e giurisprudenza sono unanimi nel ritenere che la valutazione del maggiore o minor peso, nel caso concreto, dell'interesse alla reazione disciplinare, rispetto all'eventuale interesse a conseguire l'utile prevedibilmente derivante dalla prosecuzione del rapporto, sia riservata in via esclusiva all'imprenditore: la sussistenza di una prospettiva di prosecuzione del rapporto complessivamente utile per l'azienda non influisce dunque in alcun modo sulla legittimità del licenziamento disciplinare, quando la gravità della mancanza commessa dal lavoratore obiettivamente lo giustifichi.

d) *Rilevanza non esclusiva del venir meno della fiducia del datore circa il corretto adempimento futuro, ai fini del g. m. soggettivo.* — Se quanto fin qui osservato ha fondamento, si può concluderne che il venir meno della fiducia del datore, in conseguenza di una mancanza grave del lavo-

---

colare affidamento del datore di lavoro, svolgendo mansioni di semplice operaia ...; che non vi erano elementi che autorizzassero "a far ritenere il pericolo di una reiterazione dei fatti" in quanto unico era l'episodio contestato ... Correttamente, pertanto, il Tribunale ... ha escluso l'esistenza di una ragionevole proporzione tra addebito e sanzione inflitta».

(94) Così, fra le altre Cass. 9 novembre 2000 n. 14551, *FI*, 2001, I, c. 95, dove questa affermazione è esplicitamente riferita al g.m. soggettivo e alla giusta causa di licenziamento, essendo la seconda considerata come una variante aggravata del primo (§ 12).

ratore, nella possibilità di prosecuzione utile del rapporto, o nel regolare adempimento futuro dell'obbligazione lavorativa, caratterizza tutti i casi in cui la mancanza costituisce *anche* giustificato motivo oggettivo (prevedibilità di una perdita futura superiore alla soglia: § 10). Ma poiché il giustificato motivo soggettivo non è soltanto un caso particolare di giustificato motivo oggettivo — v. *supra*, *sub b* —, occorre convenire che il venir meno della fiducia del creditore nel regolare adempimento futuro non costituisce un requisito necessario per la giustificazione del provvedimento sanzionatorio.

Il licenziamento disciplinare deve essenzialmente fungere da deterrente contro i comportamenti irregolari, cioè deve influire sulla volontà di tutti i dipendenti dell'azienda di impegnarsi per conformare il proprio comportamento ai canoni di diligenza e correttezza; per questo nella giustificazione del licenziamento disciplinare in quanto tale assume un peso determinante la dimostrazione dell'imputabilità dell'inadempimento a colpa del lavoratore, più che la dimostrazione della probabilità che egli ricada nella mancanza (del resto, è normale che colui di cui si scopre una mancanza, se non viene licenziato, tenda almeno per qualche tempo ad astenersi dal ripeterla, anche perché sa di essere controllato più strettamente degli altri). Di questo i giudici non paiono, tuttavia, sempre convinti: si è visto (95), infatti, come ricorra con una certa frequenza nella motivazione delle sentenze l'affermazione secondo la quale il licenziamento disciplinare sarebbe privo di giustificazione in considerazione di un ravvedimento del lavoratore o comunque della non prevedibilità di una sua ricaduta nella mancanza commessa.

e) *Rilevanza decisiva del criterio di proporzionalità fra gravità soggettiva della mancanza e gravità della sanzione disciplinare. Il nuovo orientamento della Cassazione in proposito.* — Criterio decisivo per la giustificazione del licenziamento disciplinare — come di qualsiasi sanzione minore, a norma dell'art. 2106 c.c. — è invece quello della gravità della mancanza commessa sotto il profilo della colpa, intesa in un senso eminentemente psicologico e soggettivo. Poiché la funzione della sanzione disciplinare è essenzialmente di limitare il *moral hazard* (v. *supra*, *sub a*), ovvero di dissuadere tutti i dipendenti dell'azienda dal tenere comportamenti contrari all'interesse contrattuale del datore (quindi di influire sulla loro volontà), ciò che conta in questa materia è la buona fede contrattuale, ovvero quella che viene comunemente — e senza connotazioni indebitamente moralistiche — indicata come l'etica del rapporto (96). Così, ad esempio, sul piano disciplinare — a differenza del piano su cui si colloca il g. m. oggettivo — lo scarso rendimento assume un rilievo diverso a seconda di quanto esso sia imputabile a incapacità incolpevole del lavoratore, oppure invece a un suo

---

(95) V. nota 93.

(96) Cfr. Cass. 4 settembre 1999 n. 9354, *RIDL*, 2000, II, p. 346, con nota di S. BRUN, *Licenziamento per fatti extralavorativi e accertamenti probatori in materia di licenziamento discriminatorio*.

difetto di impegno e dedizione al lavoro (97); deve essere considerato più grave sul piano disciplinare l'eccesso di velocità abituale nella guida di un automezzo aziendale, ancorché non abbia causato sinistri, rispetto a un modesto eccesso di velocità occasionale, che però abbia concorso a causare un danno rilevante; allo stesso modo, deve essere considerata più grave la contravvenzione deliberata, da parte del funzionario, ai criteri dettati dalla banca datrice di lavoro per l'amministrazione del credito, ancorché non ne sia derivata alcuna perdita, rispetto all'errore commesso in buona fede nella valutazione della solvibilità di un cliente, che abbia causato una perdita rilevante; deve essere, infine, considerato più grave il comportamento del lavoratore che fa registrare due giorni di assenza ingiustificata per andare a sciare con gli amici, rispetto all'assenza ingiustificata di una settimana del lavoratore rimasto — senza avervi diritto — ad assistere un anziano amico malato e solo.

Possono assumere rilievo, su questo piano, anche mancanze commesse dal lavoratore al di fuori della prestazione lavorativa, in tutti i casi in cui il contratto gli vieti determinati comportamenti nella vita privata. E può assumere rilievo decisivo la recidiva.

La valutazione circa l'idoneità della mancanza a giustificare il licenziamento può essere influenzata da un'infinità di circostanze, delle quali non è qui possibile proporre una esauriente classificazione (98); e la valutazione stessa è inevitabilmente influenzata dalla concezione che ciascun giudice ha della gravità del licenziamento come punizione (99). Anche qui, analogamente a quanto accade in materia di giustificato motivo obiettivo (§ 10, *sub n*), la gamma delle posizioni è ampia e variegata: vi sono ancora giudici che considerano il licenziamento disciplinare quasi come una con-

---

(97) V. in proposito § 10, lett. *f* e ivi le sentenze citt. nella nota 51.

(98) Cfr. Cass. 2 febbraio 1998 n. 1016, *RIDL*, 1998, II, p. 822, con nota di M. CARO, *Criteri di indagine per l'accertamento della giusta causa di licenziamento, con riferimento a un caso di abuso del telefono aziendale*, dove si afferma che l'indagine del giudice «va effettuata ... non con riferimento al fatto astrattamente considerato, bensì agli aspetti concreti afferenti alla natura e alla qualità del singolo rapporto, alla posizione delle parti, al grado di affidamento richiesto dalle specifiche mansioni del dipendente, nonché alla portata soggettiva del fatto stesso, ossia alle circostanze del suo verificarsi e ai motivi e all'intensità dell'elemento intenzionale e di quello colposo». Così, ad esempio, sono stati considerati come circostanze idonee a ridurre in modo decisivo la gravità della mancanza imputata al lavoratore: il fatto che essa costituisse reazione al comportamento scorretto di un superiore (Cass. 19 dicembre 1998 n. 12717, *RIDL*, 1999, II, p. 832, con nota di F. BANO, *Quando l'aggressione ai danni del superiore gerarchico non è insubordinazione*; Cass. 14 agosto 1999 n. 8641, *RIDL*, 2000, II, p. 359, con nota di D. SIMONATO, *Richiesta di ferie e silenzio del datore di lavoro: abbandono del posto o comportamento concludente?*); il fatto che la mancanza fosse stata commessa per motivi di particolare rilievo morale (Cass. 4 dicembre 1995 n. 12484, *RIDL*, 1996, II, p. 628, con nota di V. MARINO, *Licenziamento e proporzionalità della sanzione*); il fatto che la mancanza consistesse in un comportamento che era stato diffusamente tollerato in azienda, se non addirittura esplicitamente consentito (Cass. 7 aprile 1998 n. 3591, *RIDL*, 1999, II, p. 136, con nota di M.L. DE MARGHERITI, *Sull'obbligo di diligenza del prestatore di lavoro*; Cass. 30 ottobre 2000 n. 14311, *RIDL*, 2001, II, p. 389, con nota critica di G. PERA, *Il «furto temporaneo» del cassiere di banca si può tollerare*). Non è stato invece considerato come circostanza altrettanto decisiva il fatto che il lavoratore avesse commesso la mancanza sotto l'effetto di una forte emozione: Cass. 8 gennaio 2000 n. 143, *FI*, 2000, I, c. 1554, con note di A.M. PERRINO e L. DE ANGELIS. Per una rassegna della casistica giurisprudenziale in materia di licenziamento disciplinare v. M. D'ONGHIA, *Il licenziamento disciplinare*, in *Diritto del lavoro. Commentario* dir. da F. Carinci, III, cit. nella nota 31, pp. 313-348.

(99) Mi sia consentito rinviare, a questo proposito, alla mia nota alla sentenza T. Milano 8 febbraio 2001, *Sull'indeterminatezza delle nozioni di giusta causa e di giustificato motivo di licenziamento*, *RIDL*, 2001, II, pp. 599-603.

danna a morte (100), richiedendo pertanto una gravità estrema della mancanza del lavoratore per la sua giustificazione; ma vi sono anche giudici severissimi nei confronti dei lavoratori; e, fra i due poli estremi, non è difficile trovare tutte le sfumature intermedie (101). Cosicché può accadere che la stessa identica mancanza sia considerata da un giudice meritevole del licenziamento, mentre un altro giudice la considera tutt'al più meritevole di una multa o di una sospensione dal lavoro di qualche giorno (102). Ad esempio, si suole considerare — anche sulla base di una disposizione ricorrente nella contrattazione collettiva nazionale — che l'assenza ingiustificata debba durare almeno una settimana, ovvero cinque giorni lavorativi, per poter costituire valido motivo di licenziamento; ma non mancano sentenze che hanno considerato sufficiente un'assenza ingiustificata di uno o due giorni, in considerazione delle particolari circostanze (103).

Non è considerato decisivo, ai fini della legittimità del licenziamento, il rilievo penale della mancanza, neppure quando il reato sia commesso ai danni del datore di lavoro: così, l'appropriazione indebita da parte del lavoratore di prodotti aziendali di modesto valore è sovente ritenuta passibile soltanto di sanzioni disciplinari minori (104), al pari della piccola frode commessa dal cassiere che omette la registrazione di un incasso (105). Viceversa, la mancanza contrattuale costituente anche reato può giustificare il licenziamento indipendentemente dalla (e prima della) condanna del lavoratore in sede penale (106).

---

(100) V. ad esempio Cass. 25 maggio 1995 n. 5735, cit. nella nota 93, o Cass. 30 ottobre 2000 n. 14311, cit. nella nota 98.

(101) V. in proposito lo studio delle variazioni del comportamento dei giudici nello spazio e nel tempo, in riferimento a mancanze classificate secondo il tipo e la gravità, cit. nella nota 81.

(102) Così, ad esempio, la piccola frode ai danni dell'azienda è stata considerata come motivo idoneo a giustificare il licenziamento in Cass. 25 maggio 1995 n. 5742 (*RIDL*, 1996, II, p. 153, con note di M. PAPALEONI e M. PALLA, *Opinabilità del concetto di giusta causa di licenziamento e strabismo della Corte di Cassazione*), ma non nella sentenza emessa nello stesso giorno da un altro collegio della stessa Corte, n. 5753 (ivi); l'abuso del telefono aziendale è stato considerato come motivo idoneo a giustificare il licenziamento in Cass. 7 aprile 1999 n. 3386 (*RIDL*, 1999, II, p. 649, con nota di G. PERA, *Il licenziamento per abuso di telefono aziendale*) dove è stata confermata sentenza di convalida di licenziamento di una lavoratrice che aveva effettuato qualche decina di conversazioni telefoniche interurbane nell'arco di quattro mesi mediante l'apparecchio aziendale; ma non in Cass. 2 febbraio 1998 n. 1016, cit. nella nota 98, dove è stata invece confermata la sentenza di illegittimità del licenziamento di un dipendente di azienda telefonica che aveva temporaneamente collegato il numero telefonico della propria abitazione con una linea di servizio. L'appropriazione indebita di denaro da parte di un impiegato bancario è stata ritenuta idonea a giustificare il licenziamento in Cass. 22 febbraio 1995 n. 2019 (*RIDL*, 1996, II, p. 136, con nota di A. PADALINO, *Giusta causa di licenziamento e operazioni irregolari poste in essere dall'impiegato di un istituto di credito*), ma non in Cass. 28 settembre 1998 n. 9692, *RIDL*, 1999, II, p. 184, con nota di G. PERA, *Rubare non è grave?*

(103) V. ad es. T. Milano 3 luglio 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 396, con nota di M. CARO.

(104) V. in questo senso Cass. 25 maggio 1995 n. 5753, cit. nella nota 227; Cass. 28 settembre 1998 n. 9692, cit. nella stessa nota; Cass. 27 novembre 1999 n. 13299, *RIDL*, 2000, II, p. 380, con nota di M. CATTANI, *Sulla legittimità del licenziamento per furto di beni aziendali di modesto valore e sui limiti del sindacato di merito della Corte di Cassazione*; Cass. 21 maggio 2002 n. 7462, *GLav*, 2002, p. 22. Ma in un altro caso è stata ritenuta sufficiente a giustificare il licenziamento la piccola truffa commessa dal venditore ai danni del datore di lavoro consistente nell'attestare visite a clienti non effettuate: Cass. 14 maggio 1998 n. 4881, *RIDL*, 1999, II, p. 156, con nota di M. CATTANI, *Sulla nozione di giusta causa di licenziamento*.

(105) Cass. 28 settembre 1996 n. 8571, *DPL*, 1997, p. 401.

(106) Cass. 2 dicembre 1996 n. 10752, *RIDL*, 1997, II, p. 594, con nota di R. MAGRO, *Molestie sessuali come giusta causa di licenziamento e irrilevanza della sentenza penale di assoluzione dal reato di libidine violenta*; Cass. 8 marzo



La Corte di Cassazione è porsa negli ultimi tempi volersi proporre come fonte di una interpretazione vincolante della *voluntas legis* in materia di giustificazione del licenziamento disciplinare, con alcune sentenze nelle quali, modificando la propria giurisprudenza precedente, essa ha affermato la propria competenza per la valutazione della bontà dell'applicazione fatta dal giudice di merito delle clausole generali del giustificato motivo e della giusta causa di recesso (107); ma è facilmente prevedibile che questo nuovo orientamento giurisprudenziale, pur se destinato a consolidarsi, non porterà a una maggiore determinatezza di quelle due nozioni, perché anche fra i numerosi giudici della Corte addetti alla Sezione lavoro si riscontra la stessa — e del tutto legittima — varietà di opinioni che si riscontra fra i giudici di merito.

f) *La questione se rilevi o no il diverso costo sofferto dal singolo lavoratore per il licenziamento in ciascun caso concreto.* — Si pone, in materia di licenziamento disciplinare, una questione in tutto analoga a quella di cui si è detto in tema di g. m. oggettivo: se cioè il giudice debba o no tenere conto, nella valutazione della proporzionalità fra sanzione e mancanza, del peso diverso del licenziamento per il lavoratore in situazioni diverse: è evidente, infatti, che il licenziamento costituisce in generale un evento più grave per il lavoratore anziano rispetto al più giovane, per chi ha persone a carico rispetto a chi non ne ha; per chi vive in una zona in cui il tasso di disoccupazione è elevato rispetto a chi vive dove c'è lavoro per tutti. Nessun cenno in proposito sono riuscito a trovare nella pur abbondantissima giurisprudenza sul giustificato motivo soggettivo: non un solo caso nel quale il giudice abbia motivato esplicitamente una sentenza di annullamento del recesso osservando che nel caso specifico il licenziamento costituiva una punizione eccessiva, in considerazione della numerosa prole da sfamare, o del coniuge infermo, o della difficoltà maggiore che altrove per il lavoratore licenziato di reperire una nuova occupazione; né, pe converso, alcun caso nel quale il giudice abbia motivato la convalida del licenziamento osservando che nel caso specifico tale provvedimento non aveva conseguenze personali gravi, poiché il lavoratore licenziato era un giovane ancora convivente con i genitori, oppure aveva già reperito un'altra occupazione soddisfacente. Cio-

---

1998 n. 2626, *RIDL*, 1999, II, p. 146, con nota di P. Tullini, *Il licenziamento in tronco, la fiducia e i c.d. fatti extralavorativi*; Cass. 5 agosto 2000 n. 10315, *RIDL*, 2001, II, p. 339, con nota di L. D'ARCANGELO, *Giusta causa di licenziamento e usura*. Sul possibile rilievo in sede civile dell'avvenuto patteggiamento in sede penale (in riferimento a un caso di usura ed estorsione) v. Cass. 8 ottobre 1998 n. 9976, *RIDL*, 1999, II, p. 377, con nota di V.A. POSO, *Ulteriori precisazioni sull'efficacia della sentenza penale emessa a seguito di patteggiamento nel giudizio civile di impugnazione del licenziamento disciplinare*.

(107) V. tra le prime, in questo senso, Cass. 22 ottobre 1998 n. 10514, *FI*, 1999, I, c. 1967; Cass. 18 gennaio 1999 n. 434, *FI*, 1999, I, c. 1891; Cass. 22 aprile 2000 n. 5299, *DPL*, 2000, p. 2555; Cass. 8 maggio 2000 n. 5822, *DPL*, 2000, p. 2556; e ultimamente Cass. 26 luglio 2002 n. 11109, *LPO*, 2002, p. 1195. Su questo nuovo orientamento della Corte v. le osservazioni critiche di R. e S. MUGGIA, *Licenziamenti per inadempimento: le incertezze interpretative nelle sentenze dell'ultimo biennio*, *LG*, 2000, p. 524. V. inoltre, in senso apparentemente contrario, Cass. 19 giugno 2000 n. 8313, *RIDL*, 2001, II, p. 112, con nota di M.L. VALLAURI, *Espressioni ingiuriose, abitudini lessicali e giusta causa di licenziamento. Alcune osservazioni sulla natura di giusta causa e giustificato motivo*; Cass. 15 novembre 2001 n. 14229, *NGL*, 2001, p. 266.

nondimeno sono convinto che sovente le circostanze menzionate esercitino di fatto un'influenza assai rilevante sulla decisione della controversia (108).

g) *Rilevanza limitata della predeterminazione del g. m. soggettivo in sede collettiva.* — Nei primi anni di applicazione della legge n. 604/1966 era parso affermarsi un orientamento favorevole alla predeterminazione in sede collettiva delle mancanze del lavoratore suscettibili di giustificare il licenziamento (109). Nel corso degli anni '70 è però venuto consolidandosi l'orientamento contrario, motivato con il carattere inderogabile della nozione legale di giustificato motivo (oltre che di giusta causa) di licenziamento (110): la disposizione collettiva assume dunque rilievo decisivo, in questa materia, soltanto se più favorevole per il lavoratore (111). Ciò non toglie, tuttavia, che del contenuto della disposizione collettiva il giudice debba comunque tenere conto, motivando il proprio discostarsi, nel caso concreto, dalla valutazione che le parti collettive abbiano dato della corrispondente fattispecie astratta (112).

## **12. - Effetti distorsivi dell'alea del giudizio sulla portata effettiva della limitazione della facoltà di recesso del datore, nell'area della tutela reale**

È stato osservato che, nell'area di applicazione dell'art. 18 St. lav., i lavoratori e gli imprenditori determinano le proprie strategie di comportamento nelle controversie in materia di licenziamento per giustificato motivo o giusta causa facendo riferimento non all'orientamento *medio* tra quelli dei giudici del lavoro che potranno essere investiti della questione, bensì all'orientamento del giudice più severo circa la legittimità del licenziamento (113). In una vicenda giudiziale che può svolgersi attraverso tre, quattro, cinque e persino sei e più gradi di giudizio — ivi compresi i due possibili gradi del giudizio cautelare — e durare molti anni, basta infatti una sola decisione contraria alla legittimità del licenziamento, con conseguente reintegrazione del lavoratore e pagamento

---

(108) Cfr. su questo punto le note 82 e 83.

(109) In questo senso v. R. CORRADO, *Manuale di diritto del lavoro*, Torino, 1973: «rientra nell'autonomia negoziale di conferire a certi impegni del lavoratore un contenuto fiduciario più intenso di quello normale, in modo da attribuire ad alcuni inadempimenti una rilevanza risolutiva, che normalmente non hanno (artt. 1456 e 1457 cod. civ.)» (p. 537).

(110) V. tra le prime sentenze in questo senso P. Milano 21 novembre 1973, *OGI*, 1974, p. 228; A. Milano 22 febbraio 1974, *FPad*, 1974, I, c. 410; più recentemente Cass. 23 aprile 1990 n. 3357, *RIDL*, 1991, II, p. 902, con nota di V.A. POSO. In dottrina nello stesso senso P. SANDULLI, nel *Commentario dello Statuto dei lavoratori* diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975, vol. II, *sub art.* 18, p. 506; Cass. 4 giugno 2002 n. 8107 (a quanto mi consta inedita), in motivazione.

(111) Cass. 29 aprile 1998 n. 4395, *DPL*, 1998, p. 2598. Per un caso in cui, tuttavia, il giudice ha considerato applicabile la sanzione del licenziamento nonostante che il contratto collettivo applicabile e il regolamento disciplinare aziendale prevedessero sanzioni minori per mancanze formalmente dello stesso tipo, v. Cass. 28 aprile 1995 n. 4735, *RIDL*, 1996, II, p. 866, con nota di T. VETTOR, *La violazione del minimum etico quale causa legittimante il licenziamento per giusta causa: un caso di molestie sessuali del lavoratore verso terzi*.

(112) Cass. 2 luglio 1987 n. 5804, *RIDL*, 1988, II, p. 261, con nota di E. VULLO; Cass. 28 novembre 1998 n. 12132, *RIDL*, 1999, II, p. 659, con nota di M. CARO, *La nozione di rissa rilevante nel diritto del lavoro*.

(113) Per questo ed altri rilievi critici circa l'apparato sanzionatorio indifferenziato *ex art.* 18 St. lav. v. F. LISO, *Appunti sulla riforma della disciplina dei licenziamenti*, *RIDL*, 2002, I, pp. 169-182; M. BRISCIANI, *Licenziamenti illegittimi: una proposta «conservativa»*, *DPL*, 2002, pp. 1643-1645.

delle retribuzioni e contributi previdenziali (con le sanzioni civili e amministrative per il ritardo) relativi al periodo intercorso tra il licenziamento e la sentenza stessa, per attribuire al lavoratore un rilevante beneficio economico e causare una perdita altrettanto rilevante per l'impresa. Perdita che di fatto può essere recuperata dall'impresa soltanto in parte, e non nella parte maggiore, in seguito all'eventuale successiva sentenza di riforma o cassazione favorevole alla legittimità del licenziamento: sia perché quanto è stato pagato al lavoratore per il periodo successivo alla prima decisione, a lui favorevole, è per giurisprudenza consolidata irripetibile, sia perché quanto è stato pagato indebitamente al lavoratore a titolo di risarcimento del danno per il periodo precedente alla sentenza a lui favorevole è sovente irrecuperabile di fatto.

In altre parole, nell'area della tutela reale una controversia giudiziale in materia di licenziamento è molto simile a una partita articolata in diverse *manches*, nella quale al lavoratore basta vincere una sola per vincere almeno gran parte della posta in gioco. È questo uno dei fattori determinanti — e non il meno importante — della rigidità effettiva della disciplina dei licenziamenti nel nostro ordinamento, che è notevolmente maggiore rispetto a quella degli ordinamenti nei quali il giudizio di insufficienza dei motivi del licenziamento non porta senz'altro alla reintegrazione del lavoratore, ma soltanto all'imposizione dell'alternativa tra la reintegrazione e il risarcimento del danno entro un limite predeterminato, anche assai elevato. L'ampia varietà delle opinioni dei giudici su quale sia il confine tra licenziamento giustificato e non giustificato (114) esiste anche in Francia, Spagna o Gran Bretagna; ma lì non accade — o accade assai meno frequentemente — che basti la soccombenza del datore di lavoro in un solo grado del giudizio, anche iniziale, o intermedio, per determinare un esito sostanzialmente per lui negativo dell'intero giudizio, nonostante l'eventuale sentenza favorevole finale.

#### SEZIONE IV

##### IL LICENZIAMENTO COLLETTIVO

### **13. - La questione del controllo giudiziale dei motivi del licenziamento collettivo**

Abbiamo visto (§ 10, lett. *i*) come dottrina e giurisprudenza prevalenti sostengano, in linea di principio, l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali sottostanti alla decisione di procedere a un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo; ma abbiamo pure visto che, se davvero quelle scelte imprenditoriali fossero insindacabili, la nozione di giustificato motivo oggettivo come limite alla facoltà di recesso del datore si svuoterebbe di qualsiasi contenuto. Mi sono proposto di

---

(114) V. in proposito §§ 10, lett. *n*, e 11, lett. *e*.

mostrare, in particolare, come non regga all'analisi critica la tesi secondo cui il giudice può e deve controllare soltanto l'effettività della scelta compiuta dal datore di lavoro di sopprimere un determinato posto di lavoro, senza entrare nel merito dei suoi motivi e del suo contenuto, perché non è possibile distinguere ontologicamente in modo netto «soppressione di un posto» e «sostituzione di un lavoratore»: se un imprenditore licenzia un dipendente, e non lo fa per motivi illeciti, lo fa sempre per eliminare una perdita che egli si attende dalla prosecuzione del rapporto di lavoro, o in termini di costo contabile (quando l'utilizzazione di un fattore produttivo diverso è per lui più vantaggiosa), o in termini di costo-opportunità; e in questo secondo caso l'operazione che il giudice compie, è in sostanza, una valutazione dell'entità del costo-opportunità risparmiato: se il risparmio supera una certa soglia il giudice qualifica la fattispecie come soppressione del posto, in caso contrario la qualifica come sostituzione del lavoratore (§ 10, lett. *c*, *d* ed *e*). In realtà, non qualsiasi scelta imprenditoriale può giustificare il licenziamento, ma soltanto quella volta a evitare una perdita attesa che superare una certa soglia: il giustificato motivo oggettivo consiste essenzialmente nell'esigenza di evitare quella perdita attesa, considerata eccessiva. E il sindacato giudiziale sul motivo oggettivo consiste essenzialmente nel controllo che la perdita attesa non sia inferiore a quella che il giudice ritiene necessaria per la legittimità del licenziamento.

In riferimento al licenziamento collettivo si pone un problema del tutto analogo, anche se il riferimento normativo è diverso.

Alcuni Autori adducono a sostegno della sindacabilità delle scelte dell'imprenditore, ovvero dei motivi che lo inducono a licenziare, un argomento di carattere logico sistematico: che senso avrebbe ammettere una libertà totale di licenziare cinque lavoratori in una volta sola, a fronte dei limiti rigorosi alla facoltà di licenziamento di un lavoratore per volta (115)? Altri Autori traggono argomento a sostegno della stessa tesi dalla disposizione contenuta nel terzo comma dell'art. 4, che impone all'imprenditore di comunicare a rappresentanze e organizzazioni sindacali i «motivi che determinano la situazione di eccedenza», nonché i «motivi tecnici, organizzativi o produttivi per i quali si ritiene di non poter adottare misure idonee a porre rimedio alla predetta situazione ed evitare, in tutto o in parte, la dichiarazione di mobilità» (116): che senso avrebbe imporre tale comunicazione dei motivi se la loro fondatezza ed effettività non fosse suscettibile di un controllo in sede giudiziale?

---

(115) Cfr. M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, ne *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci, vol. I, Napoli, 1991, secondo il quale deve essere «respinta la logica ... per cui licenziando una persona per volta è giusto rispettare regole di ferro, mentre licenziando insieme più di una persona sarebbe possibile rispettare regole meno rigorose o non rispettarne affatto» (p. 307).

(116) V. in questo senso, tra gli altri, F. MAZZIOTTI, *Riduzione di personale e messa in mobilità*, in *Integrazioni salariali eccedenze di personale e mercato del lavoro*, a cura di G. Ferraro, F. Mazziotti, F. Santoni, Napoli, 1992, pp. 131-133, il quale sostiene pertanto l'applicabilità, anche nel caso del licenziamento collettivo, della normativa sul controllo del giustificato motivo dettata per il licenziamento individuale; P. CHIECO, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, EGT, 1999, pp. 24-27 dell'estratto (ivi ulteriori riferimenti).

#### 14. – La tesi secondo cui al giudice compete soltanto il controllo sulla effettività della scelta imprenditoriale sottesa al licenziamento collettivo

Alla domanda con cui si chiude il paragrafo precedente i sostenitori dell'insindacabilità delle scelte sottostanti al licenziamento collettivo rispondono che la comunicazione dei motivi alle organizzazioni sindacali costituisce un passaggio essenziale per garantire l'effettività e incisività del confronto tra le parti sociali su quelle scelte, nonché poi il confronto sulla stessa materia in sede amministrativa; ma la legge questo soltanto garantirebbe, affidando esclusivamente a questo confronto la funzione di filtro delle scelte imprenditoriali (117). Al giudice — in questo ordine di idee, in cui sembra collocarsi la maggioranza della dottrina e della giurisprudenza (118) — è precluso ogni sindacato di merito su quelle scelte, dovendo egli limitarsi a controllare che la soppressione dei

---

(117) V. in questo senso, tra gli altri, G. Pera, *Le novità nella disciplina dei licenziamenti*, Padova, 1993, partic. pp. 32-35; Id., *I licenziamenti collettivi*, ne *Il fattore occupazionale*, a cura di M. Cinelli, Torino, 1993, p. 89; F. Liso, *Il ruolo dei poteri pubblici e privati nella nuova legge ecc.*, ivi, pp. 39-45: «Nel nostro caso ... non si va al di là di un semplice obbligo di consultazione ... un semplice vincolo procedimentale. Qui ... ci si trova dinnanzi ad un obbligo che rappresenta solo una complicazione di un processo decisionale che parte non scalfito nella sua unilateralità e che origina da una sfera di potere rimasta inalterata nei suoi contenuti essenziali» (p. 45).

(118) Oltre agli scritti citt. nella nota prec., v. F.D. MASTRANGELI, *Requisiti sostanziali del licenziamento collettivo e controllo giudiziale*, ne *Il fattore occupazionale nelle crisi di impresa*, a cura di M. Cinelli, cit. nella nota prec., p. 162; A. TOPO, *I poteri dell'imprenditore nelle riduzioni di personale*, Padova, 1996, partic. pp. 76-81 (ma — se ben intendo il pensiero dell'A. — in riferimento al solo licenziamento collettivo ex art. 24, non in riferimento a quello dei lavoratori in Cigs, di cui all'art. 4); R. DEL PUNTA, *La legge n. 223/1991 e i licenziamenti collettivi: un primo bilancio teorico*, in AA.VV., *I licenziamenti collettivi*, *QDLRI*, 1997, n. 19: «Certamente il crinale fra un sindacato sul rifiuto immotivato di soluzioni alternative ed un sindacato sul rifiuto *tout court* di dette soluzioni è molto sottile, e nondimeno non dovrebbe essere superato, se si ritiene che nella legge non vi sia alcuna concessione ad un'accezione dell'*extrema ratio*, incentrata su un obbligo sostanziale di ricorrere, prima del licenziamento collettivo, a tutte le possibili misure alternative» (pp. 18-19; v. anche l'ultimo paragrafo dello scritto, pp. 23-27); F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, ivi, partic. p. 46; M. TATARELLI, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2000<sup>2</sup>, pp. 414-415. Per la giurisprudenza v. Cass. 12 ottobre 1999 n. 11455, *OGI*, 1999, p. 1062: «In materia di licenziamenti collettivi per riduzione del personale la legge 23 luglio 1991 n. 223, nel prevedere agli artt. 4 e 5 la puntuale, completa e cadenzata procedimentalizzazione del provvedimento datoriale di messa in mobilità, ha introdotto un significativo elemento innovativo consistente nel passaggio dal controllo giurisdizionale esercitato *ex post* nel precedente assetto ordinamentale, a un controllo dell'iniziativa imprenditoriale, concernente il ridimensionamento dell'impresa, devoluto *ex ante* alle organizzazioni sindacali, destinatarie di decisivi diritti di informazione e consultazione secondo una metodica già collaudata in materia di trasferimento di azienda. I residui spazi di controllo devoluti al giudice in sede contenziosa non riguardano più, quindi, gli specifici motivi della riduzione del personale (a differenza di quanto accade in relazione ai licenziamenti per giustificato motivo obbiettivo), ma la correttezza procedurale della operazione, con la conseguenza che non possono trovare ingresso in sede giudiziaria tutte quelle censure con le quali, senza contestare specifiche violazioni delle prescrizioni dettate dai citati artt. 4 e 5 e senza fornire la prova di maliziose elusioni dei poteri di controllo delle organizzazioni sindacali e delle procedure di mobilità al fine di operare discriminazioni tra i lavoratori, si finisce per investire l'autorità giudiziaria di una indagine sulla presenza di "effettive" esigenze di riduzione o trasformazione dell'attività produttiva».

posti di lavoro sia effettiva e non fittizia (119), che è quanto dire «definitiva» e non temporanea (120), e che i criteri di scelta dei lavoratori siano stati rispettati (121).

Senonché il controllo sul fatto che la soppressione dei posti sia «definitiva» e non temporanea comporta la determinazione di un lasso di tempo (sei mesi? dodici? ventiquattro?) entro il quale l'imprenditore non può procedere a nuove assunzioni di lavoratori con caratteristiche simili a quelle dei licenziati poiché ciò manifesterebbe l'illegittimità del licenziamento collettivo operato: non è certo pensabile, infatti, che il licenziamento collettivo attuato oggi sia legittimo soltanto in quanto l'imprenditore non assuma *mai più* un solo lavoratore fungibile con uno dei licenziati (la legge stessa, del resto, prevede espressamente la possibilità che i lavoratori licenziati abbiano un diritto di precedenza in caso di nuove assunzioni entro un anno, con ciò ammettendo che tali assunzioni possano legittimamente avvenire prima di quel termine, pur dopo un legittimo licenziamento). Ma determinare quel lasso di tempo equivale sostanzialmente a stabilire in qualche modo una soglia della perdita attesa oltre la quale il licenziamento è giustificato; equivale, cioè, a dire all'imprenditore: puoi licenziare se è prevedibile che, altrimenti, il bilancio del rapporto di lavoro si mantenga in perdita per più di un certo numero di mesi (o anni).

E non è tutto. Il controllo sul fatto che la soppressione dei posti sia effettiva e «definitiva» comporta la determinazione della soglia di fungibilità con i lavoratori licenziati entro la quale il nuovo assunto deve considerarsi come lavoratore «sostituito» a quello licenziato. Valgono a questo proposito tutte le considerazioni già svolte in tema di licenziamento individuale per giustificato motivo, a proposito della distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore licenziato con altri (§ 10, *sub d*): qui, come si è visto, il giudice non fa altro che valutare se il costo-opportunità risparmiato con il licenziamento superi o no la soglia oltre la quale la perdita non po-

---

(119) V. ad es. Cass. 18 novembre 1997 n. 11465 (*RIDL*, 1998, II, p. 627, con nota di M.L. VALLAURI, *Controllo sulla giustificazione del licenziamento collettivo e ambito applicativo dei criteri di scelta*), la quale ha cassato una sentenza di merito che «si era limitata a riportare le causali di recesso addotte dall'impresa senza minimamente riscontrarle sul piano probatorio e senza dar rilievo, in particolare, al fatto che di cinque lavoratori [dichiarati] eccedenti soltanto il ricorrente era stato licenziato, e che poco prima era stato assunto e adibito alle medesime mansioni svolte dal dipendente un lavoratore più giovane».

(120) Cfr. P. CHIECO, *I licenziamenti. III) Licenziamenti collettivi*, cit. nella nota 116: «Con la legge 23 luglio 1991 n. 223, il legislatore italiano ha posto in essere un disegno di razionalizzazione del mercato del lavoro tutto incentrato sulla volontà di tenere distinte le ipotesi di eccedenze temporanee di personale da quelle definitive: le une gravitanti nell'orbita della (riformata) Cassa integrazione guadagni, le altre destinatarie della disciplina delle riduzioni di personale» (p. 1 dell'estratto). In giurisprudenza, Cass. 4 febbraio 1998 n. 1150, cit. nella nota 408, dove si sottolinea il «carattere non transitorio» che l'esigenza di riduzione dell'organico deve avere per giustificare il licenziamento. La massima di quest'ultima sentenza mostra con evidenza quanto penetrante sia il controllo di merito che si demanda al giudice sulla scelta imprenditoriale: si ritiene infatti corretto che egli desuma quella non transitorietà «da più elementi», di carattere economico-finanziario o tecnico-produttivo, «quali il succedersi di un periodo prima di recessione e poi di stasi della produzione, il mutamento delle tecniche di produzione e del tipo di prodotti, il continuo ricorso per una parte rilevante delle maestranze alla C.i.g.».

(121) In dottrina v. in questo senso M. MISCIONE, *I licenziamenti per riduzione del personale e la mobilità*, ne *La disciplina dei licenziamenti dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, a cura di F. Carinci, cit., p. 341. In giurisprudenza, nello stesso senso, oltre alla sentenza cit. nella nota prec., v. Cass. 18 novembre 1997 n. 11465, cit. nella nota 119.

trebbe essere ragionevolmente accollata all'impresa; facendo questo egli compie, eccome, una valutazione di merito dei motivi del licenziamento.

Per comprendere meglio la questione, ipotizziamo che i due casi pratici di cui abbiamo discusso trattando del licenziamento individuale (ancora § 10, *sub d*) riguardino non uno solo ma dieci lavoratori, di uguale qualifica (dieci vecchi dattilografi sostituiti con dieci giovani esperti in videoscrittura; oppure dieci fattorini privi di patente di guida sostituiti con dieci autisti patentati): la questione affrontata in riferimento al licenziamento individuale è, con tutta evidenza, esattamente la stessa che si pone in riferimento al licenziamento collettivo. In riferimento al licenziamento individuale siamo giunti alla conclusione che, in casi come questi, il giudice, anche quando motiva formalmente la sentenza con l'accertamento che si è trattato di soppressione del posto, oppure di sostituzione del lavoratore, in realtà fonda la decisione sull'entità del vantaggio che l'impresa trae dall'operazione: se il vantaggio è ingente, il licenziamento ha buone probabilità di essere convalidato, altrimenti no; e abbiamo osservato che, così facendo, in realtà, il giudice ragiona sull'entità del costo-opportunità risparmiato dall'impresa con il licenziamento, cioè sull'entità di una perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto di lavoro: se quel costo supera una certa soglia ritenuta dal giudice ragionevole il licenziamento è giustificato, altrimenti no. Se questa conclusione è logicamente fondata in riferimento al licenziamento individuale, essa non può non esserlo anche in riferimento al licenziamento collettivo.

### **15. – L'applicazione dei criteri di scelta dei lavoratori da licenziare**

Di contenuto molto simile rispetto alla valutazione che il giudice compie per distinguere la soppressione del posto dalla sostituzione del lavoratore, poi, è la valutazione che il giudice compie per controllare l'applicazione dei criteri di scelta di cui all'art. 5 della legge n. 223/1991. Valgono anche a questo proposito le considerazioni già svolte in materia di licenziamento individuale per g.m.o., dove pure si pone la questione del criterio di scelta del lavoratore (§ 10, *sub g*): per decidere se due lavoratori devono considerarsi tra loro fungibili in un determinato ruolo produttivo, con conseguente applicabilità dei criteri dell'anzianità e dei carichi di famiglia per la scelta, il giudice deve essenzialmente valutare l'entità della differenza di produttività fra di essi in un determinato ruolo; ed è evidente come questo comporti una penetrante ingerenza del giudice nel merito delle valutazioni e delle scelte organizzative dell'imprenditore (122).

---

(122) Cfr. in proposito la seconda parte della massima di Cass. n. 11465/1997, cit. nella nota 119, massima peraltro comune a numerosissime sentenze: dopo avere ritualmente ribadito l'insindacabilità delle scelte dell'imprenditore, la Corte afferma che «il giudice, investito della legittimità del licenziamento, deve [soltanto] accertare l'imprescindibile nesso eziologico tra il progettato ridimensionamento e i singoli provvedimenti di recesso». Ma quel nesso eziologico non è mai «imprescindibile»: esso è sempre legato a valutazioni di opportunità, fondate sul confronto tra la prevedibile produttività dei diversi lavoratori suscettibili di essere mantenuti in servizio o licenziati; valutazioni nelle quali il giudi-

## **16. – I costi procedurali e contributivi come “filtro” del giustificato motivo di licenziamento collettivo**

Anche in riferimento al licenziamento collettivo, dunque, la tesi della insindacabilità delle scelte imprenditoriali sottostanti al provvedimento presenta delle gravi crepe logiche: anche qui, in realtà, il giudice esercita sovente un vero e proprio controllo di merito su quelle scelte, poiché il controllo sui criteri di scelta dei lavoratori da licenziare e la distinzione tra soppressione del posto e sostituzione del lavoratore comportano sempre una valutazione circa l'entità del costo-opportunità che con il licenziamento l'imprenditore si propone di evitare.

Questo non significa che la tesi dominante dell'insindacabilità dei motivi del licenziamento collettivo sia priva di ogni significato e quindi di rilievo logico-giuridico. Si pensi al caso in cui un datore di lavoro motivi un licenziamento con la necessità di ridurre il personale per ridurre o eliminare una perdita di bilancio: se si tratta di licenziamento individuale, prevale l'idea che il giudice possa controllare la sussistenza effettiva e l'entità della perdita denunciata (il licenziamento verrebbe probabilmente annullato se risultasse che la perdita attesa non esiste affatto, è pura invenzione del datore), nonché controllare la congruità della scelta di licenziare rispetto all'obiettivo di ridurre quella perdita (il licenziamento verrebbe probabilmente annullato se risultasse che la causa della perdita non ha niente a che vedere con la prosecuzione del rapporto di lavoro che il datore di lavoro intende far cessare): in questo consiste il controllo giudiziale del motivo oggettivo del recesso. Se invece si tratta di licenziamento collettivo, e si ritiene — in aderenza all'orientamento dottrinale e giurisprudenziale maggioritario — che la sua motivazione sia insindacabile (essendo sindacabile soltanto il nesso causale tra la scelta imprenditoriale e il singolo atto di recesso) (123), al giudice quei controlli sono preclusi: egli deve limitarsi a controllare che i posti di lavoro dei lavoratori licenziati siano stati davvero soppressi e che i criteri di scelta siano stati rispettati.

La tesi dominante dell'insindacabilità dei motivi del licenziamento collettivo, a differenza di quelli del licenziamento individuale, rende dunque in qualche misura la vita più facile all'imprenditore davanti al giudice. D'altra parte, questa agevolazione sul terreno giudiziale è sempre compensata dai costi della procedura preventiva imposta dalla legge, con tutto il carico di conflittualità sindacale che essa sovente porta con sé e tutte le trappole formali di cui essa è disseminata; e a quei costi si aggiunge, nelle imprese rientranti nel campo di intervento straordinario della

---

ce deve quindi, in tutto e per tutto sostituirsi all'imprenditore. Il controllo di merito che deve essere esercitato dal giudice sulle scelte organizzative dell'imprenditore sottostanti al licenziamento collettivo risulta ancora più esplicitamente dalla sentenza 15 febbraio 2001 n. 2188 (*RGL*, 2001, II, p. 62), secondo la quale quel controllo comporta «una valutazione comparativa delle posizioni dei dipendenti potenzialmente interessati al provvedimento [di licenziamento collettivo], quanto meno con riferimento alle situazioni raffrontabili per livello di specializzazione».

(123) V. note 118-121.



C.i.g., il costo del contributo che la legge accolla al datore di lavoro per il finanziamento del trattamento di mobilità dei lavoratori licenziati. Ne risulta un costo complessivo dell'operazione per l'imprenditore che, secondo la valutazione corrente, non è mediamente inferiore a quello del licenziamento individuale, per la maggior parte connesso con l'alea giudiziale. E il costo complessivo costituisce — come sappiamo — un «filtro automatico» delle scelte dell'imprenditore, inducendo quest'ultimo a rinunciare al licenziamento, anche a quello collettivo, quando quel costo è superiore alla perdita che dalla prosecuzione del rapporto egli complessivamente si attende.