

RIVISTA ITALIANA DI DIRITTO DEL LAVORO

Fondata da ALDO CESSARI, già diretta da GIUSEPPE PERA e da PIETRO ICHINO

Direttore responsabile
RAFFAELE DE LUCA TAMAJO



Direttore
LUIGI MONTUSCHI

Comitato scientifico

CARLO CESTER - MAURIZIO CINELLI - RICCARDO DEL PUNTA - GIUSEPPE FERRARO
EDOARDO GHERA - PIETRO ICHINO - ARTURO MARESCA - ORONZO MAZZOTTA
ROBERTO ROMEI - FRANCESCO SANTONI - RENATO SCOGNAMIGLIO - PATRIZIA TULLINI
JESÚS CRUZ VILLALÓN - MAXIMILIAN FUCHS - ANTOINE LYON CAEN - ALAN NEAL



GIUFFRÈ EDITORE

estratto
4 / 18

INDICE SOMMARIO

PARTE PRIMA

DOTTRINA

- PIETRO ICHINO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il contenuto assicurativo del contratto di lavoro*. 545
Justified economic reason for dismissal and insurance content of employment contracts
- GIUSEPPE MELLADÒ, *L'esclusione e il licenziamento del socio lavoratore nell'era del Jobs Act* 561
Expulsion and dismissal of the cooperative member after the Jobs Act reform
- VITO PINTO, *La somministrazione di manodopera in favore delle amministrazioni pubbliche. Questioni giuridiche e criticità gestionali* 587
Temporary agency work in the public sector. Legal issues and management criticalities
- ANNA FENOGLIO, *Il tempo di lavoro nella New Automation Age: un quadro in trasformazione* 625
Working time in the New Automation Age: a changing framework
- ALESSANDRA SARTORI, *Prime osservazioni sul decreto «dignità»: controriforma del Jobs Act con molte incognite*. 651
First comments on the so-called «dignity» decree: counter-reform of the Jobs Act with many unknown variables
- PIERGIUSEPPE LAI, *Contributo all'inquadramento della prima fase del rito Fornero* 679
The first stage of the Fornero proceedings

PARTE SECONDA

NOTE A SENTENZA

Rapporto di lavoro

RICCARDO DIAMANTI, <i>Abuso e reiterazione di contratti di collaborazione nei call center</i>	752
GABRIELE FAVA e ROBERTO PARRUCINI, <i>La Cassazione si pronuncia sulla legittimità delle registrazioni effettuate da parte dei dipendenti sul luogo di lavoro</i>	769
ALESSANDRA INGRAO, <i>Il giustificato motivo oggettivo nel Jobs Act: ambito applicativo, ragione organizzativa e confini con il licenziamento nullo</i> .	784
FABIOLA LAMBERTI, <i>Il lavoratore ha diritto al risarcimento del danno patito anche se non risulta provato il mobbing</i>	795
VALERIA NUZZO, <i>Sull'utilizzo delle agenzie investigative per il controllo della prestazione resa fuori dai locali aziendali</i>	802
SILVIA ORTIS, <i>Il badge aziendale e i controlli a distanza: le contraddizioni dell'evoluzione giurisprudenziale di fronte al novellato quadro normativo</i> .	814
SARA RESCIGNO, <i>Riforma della sentenza di reintegrazione e ripetibilità delle somme: l'indennità ex art. 18, comma 4, St. lav. supera il vaglio di costituzionalità</i>	823
PAOLO TOSI e ELISA PUCETTI, <i>Il diritto di satira e la dignità della persona: il caso dell'impiccagione figurata del datore di lavoro</i>	838

Diritto della previdenza sociale

ALESSANDRA CORDIANO e MARCO PERUZZI, <i>Unioni omoaffettive e riconoscimento della pensione di reversibilità prima della riforma Cirinnà</i>	852
LIVIO RUBINO, <i>Impugnativa del rifiuto alla richiesta di trasferimento ex art. 33, co. 5, l. n. 104/1992 da parte del lavoratore che presta cura ed assistenza ad una persona con disabilità</i>	860

Diritto dell'Unione europea

VALERIA CAPUANO, <i>Cittadinanza europea e lavoro pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa: il caso dei musei italiani</i>	891
ELISA CHIEREGATO, <i>Il principio di non discriminazione in base all'età nel dialogo tra Corti superiori: il caso del personale aereo dei servizi segreti al vaglio della Corte di giustizia</i>	903
CATERINA PAREO, <i>Il licenziamento collettivo può costituire un'eccezione al divieto di licenziamento della lavoratrice madre?</i>	932

LOREDANA ZAPPALÀ, <i>Nozione di «coniuge» sans phrase: la tutela dei diritti fondamentali delle same sex families</i>	953
---	-----

Diritto processuale del lavoro

LUIGI DI PAOLA, <i>Giudicato implicito, “deducibile” e frazionamento della tutela giurisdizionale con riferimento alle azioni di impugnativa negoziale nell’ambito del rapporto di lavoro</i>	968
---	-----

Diritto sindacale

FEDERICO FUSCO, <i>I rapporti tra contratti collettivi di diverso livello. Problemi aperti</i>	989
PIETRO LAMBERTUCCI, <i>La Corte costituzionale e il sindacato delle forze armate e della polizia ad ordinamento militare tra incertezze interpretative e rinvio alla legge</i>	1005
SILVIA ORTIS, <i>Recesso dal contratto collettivo aziendale ed esclusione dei profili di antisindacalità nelle fisiologiche dinamiche delle relazioni industriali</i>	1022

La giurisprudenza che fa discutere

PIETRO ICHINO, <i>Il rapporto tra il danno prodotto dal licenziamento e l’indennizzo nella sentenza della Consulta</i>	1050
MARIA TERESA CARINCI, <i>La Corte costituzionale ridisegna le tutele del licenziamento ingiustificato nel Jobs Act: una pronuncia destinata ad avere un impatto di sistema</i>	1059

PARTE TERZA

OSSERVATORIO

Legislazione in materia di lavoro

— L’esordio del governo giallo-blu: il decreto dignità (rinvio). La nuova direttiva europea sul distacco transnazionale di lavoratori (di M. CORTI e A. SARTORI)	243
--	-----

<i>Libri ricevuti</i> (a cura di R. DE LUCA TAMAJO e L. TEBANO)	251
--	-----

PIETRO ICHINO

Ordinario di diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Milano

IL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO E IL CONTENUTO ASSICURATIVO DEL CONTRATTO DI LAVORO

Che cosa dice, che cosa non dice e a che cosa allude
il nuovo orientamento della giurisprudenza di Cassazione (*)

SOMMARIO: 1. La svolta della Cassazione sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento e le sue ragioni. — 2. Dove si colloca il limite della «perdita sopportabile» per l'impresa, ovvero il «massimale» della polizza assicurativa implicita nel contratto di lavoro. — 3. Una lettura della sentenza n. 25201/2016 che ignora una parte rilevante dell'elaborazione dottrinale sul g.m.o. e fa dire alla Cassazione ciò che essa non dice. — 4. Il limite dell'utilità pratica dell'interpretazione costituzionalmente orientata. — 5. La determinazione indiretta della «soglia» della perdita attesa accollabile all'impresa ad opera del d.lgs. n. 23/2015 e la sua correzione recata dal d.l. n. 87/2018.

1. *La svolta della Cassazione sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento e le sue ragioni.* — La ormai notissima sentenza 7 dicembre 2016 n. 25201 (1), da molti considerata come uno spartiacque epocale nell'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Cassazione, a ben vedere si è limitata a fare propria un'osservazione che avrebbe dovuto essere considerata ovvia da molto tempo: cioè che le ragioni economico-organizzative idonee a giustificare un licenziamento individuale non riguardano necessariamente l'andamento economico complessivo dell'azienda, ma si fondano di norma sul bilancio specifico del singolo rapporto di lavoro, in relazione alle esigenze organizzative e produttive che esso è destinato a soddisfare.

(*) Questo articolo è destinato al volume di *Scritti in onore di Carlo Cester*, in corso di pubblicazione per i tipi di Cacucci.

(1) In q. *Riv.*, 2017, II, 743, con il commento di M. PALLINI, *La (ir)rilevanza dei "motivi" dell'impresa nel sindacato di legittimità del licenziamento economico*.

In precedenza era invece prevalso un orientamento giurisprudenziale secondo cui soltanto l'esigenza di ridurre una perdita di bilancio dell'intera azienda o di un suo ramo configurerebbe un possibile giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ma non l'esigenza di eliminare la perdita inerente al singolo rapporto di lavoro: in altre parole, secondo questo orientamento prevalso in precedenza il licenziamento sarebbe giustificato soltanto dall'intendimento di risanare un bilancio aziendale in perdita, ma non da quello di migliorare un bilancio aziendale ancora in attivo, per prevenire una crisi. Senonché, per un verso, l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere complessivamente 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 singolo rapporto. Per altro verso, l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere complessivamente in attivo, nonostante che un singolo rapporto produca una perdita rilevante: e qui — osserva ora del tutto condivisibilmente la Cassazione — ben può ravvisarsi un interesse dell'imprenditore, apprezzabile anche alla luce dell'art. 3 della l. n. 604/1966 («regolare svolgimento dell'attività produttiva»), a risolvere quel singolo rapporto per eliminare quella perdita. Considerare senz'altro giustificato il licenziamento nel primo caso costituisce un errore esattamente come considerarlo senz'altro ingiustificato nel secondo.

Il vecchio orientamento giurisprudenziale portava alla conseguenza assurda per cui l'imprenditore sarebbe legittimato a correggere un difetto della propria organizzazione aziendale soltanto quando l'impresa nel suo complesso sia sull'orlo del fallimento. La Cassazione ora riconosce invece che la gestione corretta dell'impresa impone di correggere quel difetto ben prima che l'impresa si trovi in procinto di tracollare: se l'ordinamento statutale lo impedisse — dice la motivazione della sentenza n. 25201/2016 — ciò sarebbe assurdo sul piano economico e contrario agli interessi stessi dei dipendenti dell'impresa.

Questo e questo soltanto dice la sentenza (torneremo sul punto più diffusamente nel § 3). Ciò tuttavia — precisa la Corte, in un passaggio della motivazione che viene talvolta indebitamente obliato — «non significa affatto che la decisione imprenditoriale sia sottratta a ogni controllo e sfugga a ben precisi limiti». In altre parole, anche secondo questo nuovo orientamento della Cassa-

zione, non *qualsiasi* perdita derivante dal singolo rapporto di lavoro, quale che ne sia l'entità, è idonea a giustificare il recesso dell'imprenditore.

La facoltà di recesso datoriale per motivi economici è dunque soggetta a "precisi limiti". Si tratta di chiarire quali siano questi limiti cui allude la Corte.

2. *Dove si colloca il limite della «perdita sopportabile» per l'impresa, ovvero il «massimale» della polizza assicurativa implicita nel contratto di lavoro.* — Dal prosieguo della motivazione della sentenza n. 25201/2016 non è dato trarre la definizione di questi limiti. Mentre la prima parte della sentenza, la *pars destruens*, è molto nitida e incisiva, la *pars construens* lo è molto meno (2). In questo sta il suo difetto, se gliene si deve imputare uno; ma il difetto non sta nell'aver negato l'esistenza di un limite alla facoltà di recesso del datore per motivi economici, bensì soltanto nell'averne enunciato l'esistenza senza chiarire in che cosa esso consista, dove esso si collochi. Questo è lo spazio nel quale è compito della dottrina ricostruire l'impianto teorico del "limite preciso" alla facoltà di recesso del datore per motivo economico-organizzativo.

Vero è che neanche i commenti della sentenza pubblicati fino a oggi hanno molto arricchito il cantiere della *pars construens* con materiali nuovi, né lo hanno attrezzato con strumenti concettuali migliori rispetto a quelli risalenti ai primi dibattiti di 50 anni or sono sul giustificato motivo oggettivo — «controllo dell'effettività della scelta imprenditoriale», «controllo del nesso casuale tra la scelta stessa e la cessazione del rapporto» — dei quali si fa cenno anche nell'ultima parte della stessa sentenza in esame. Ma qualche passo avanti si sta compiendo. È un passo avanti, per esempio, quello che compie Carlo CESTER nel suo commento alla sentenza su questa *Rivista* (3), là dove osserva che, se si vuole attribuire un qualche contenuto pratico alla limitazione della facoltà di recesso

(2) Cfr. R. DE LUCA TAMAJO, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, ne *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. PERULLI, Giappichelli, 2017, 22, dove si osserva che la massima enunciata e argomentata dalla Corte nella sentenza n. 25201/2016 «appare, viceversa, poco o nulla conferente al fine della ricognizione contenutistica del giustificato motivo oggettivo».

(3) 2017, I, 153-171.

del datore enunciata un po' troppo genericamente nella sentenza n. 25201/2016, non basta che della scelta imprenditoriale venga verificata l'effettività e il nesso causale con il singolo licenziamento (conclusione cui invece era pervenuta in precedenza, in linea di principio, Maria Teresa CARINCI) (4) occorre invece «una ragione che non solo “esiste” nella realtà organizzativa e gestionale, ma anche che in quella realtà ha *una sua consistenza*, o se si vuole *serietà* [...] qualunque ne sia poi l'obiettivo, sia esso quello di rimediare a perdite o di ridurre costi, sia quello di incrementare profitti o altro» (5). Insomma, come è detto esplicitamente nella norma francese omologa del nostro articolo 3 della legge n. 604/1966, non basta che la *cause* del licenziamento sia *réelle*: occorre che essa sia anche *sérieuse* (6); dove per *sérieuse* — avverte CESTER — non può che intendersi “consistente”, ovvero “di peso apprezzabile”. E poiché stiamo parlando della perdita che l'imprenditore si attende dalla prosecuzione del singolo rapporto, cioè di una grandezza economica, tutto questo sta a dire — e anche la sentenza n. 25201/2016 lo dice — che per giustificare il licenziamento non basta una perdita attesa di entità qualsiasi, ma occorre che si possa ritenere superata una *soglia massima* di perdita che all'impresa può essere accollata; o, se si preferisce, di perdita che essa è contrattualmente tenuta a sopportare.

Di questo schema Luca CALCATERRA aveva in precedenza proposto una costruzione interessante (7), presentando il licenziamento per giustificato motivo economico come un caso particolare di recesso dal contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta. Un difetto forse imputabile a questa costruzione sta nel fatto che essa

(4) *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005, dove l'A. ravvisa nella norma sul g.m.o. la fonte di una facoltà di recesso del datore suscettibile di essere esercitata in funzione di qualsiasi *effettivo* interesse economico dell'impresa, individuando il limite della facoltà nel solo divieto di abuso del diritto. Salvo poi proporsi di spiegare con l'applicazione di quel divieto l'intero contenuto della giurisprudenza sulla disciplina limitativa del licenziamento in ciascuna delle sue articolazioni, ivi compreso l'obbligo del *repêchage*.

(5) C. CESTER, cit., 169 (i corsivi sono miei). Sostanzialmente nello stesso senso R. DE LUCA TAMAJO, cit.

(6) Il confronto tra le due norme è oggetto dello studio comparatistico di C. OGRISEG, *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro. Contributo allo studio sulle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese*, Giuffrè, 2007.

(7) *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2008.

acomuna il contratto di lavoro subordinato alla generalità degli altri contratti di durata, mettendone in ombra una peculiarità sottolineata invece dagli economisti: il suo essere essenzialmente caratterizzato dalla coniugazione dello scambio retribuzione/lavoro con un “contenuto assicurativo”. Nell’ordine di idee proposto dall’economia del lavoro, il limite della facoltà di recesso dell’impresa per motivo economico è costituito dall’entità massima della copertura assicurativa alla quale l’impresa stessa si impegna (o è inderogabilmente tenuta) verso il lavoratore subordinato, in modo analogo a quello in cui una compagnia assicurativa si obbliga verso il proprio assicurato: in caso di “sinistro”, il danno è accollato all’impresa fino a concorrenza con un massimale determinato. In questo ordine di idee, evidentemente, l’“onerosità sopravvenuta” non eccessiva, ovvero la perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto al di sotto del “massimale”, non costituisce una patologia rispetto al programma contrattuale, come nella generalità degli altri contratti, bensì un evento previsto e specificamente regolato proprio per mezzo della clausola limitativa della facoltà di recesso, analogamente a quanto avviene nel contratto di assicurazione (8).

Si osservi come la costruzione del giustificato motivo oggettivo in termini di perdita attesa (in conseguenza della prosecuzione del

(8) Affermare questo non significa affatto proporre un “approccio asettico” alla questione, insensibile al «dramma umano (...) di chi subisce la separazione» che «in termini di sicurezza e autostima produce sempre un trauma» (questo mi imputa B. CARUSO, *La fattispecie “giustificato motivo oggettivo” di licenziamento tra storie e attualità*, ne *Il licenziamento* cit., a cura di A. PERULLI, 5-7 e 16). Il motivo per cui l’ordinamento vieta all’impresa di recedere dal rapporto pur in presenza della previsione che la sua prosecuzione produrrebbe una perdita sta proprio nella considerazione del dramma personale e del trauma che B. CARUSO richiama; e quanto maggiore è quella considerazione, tanto più elevata è la soglia della perdita attesa che l’ordinamento impone all’impresa di sopportare. Ma se non si ponesse un limite alla perdita attesa che l’impresa deve accollarsi, si minerebbe la vitalità stessa dell’impresa, col rischio che il dramma personale e il trauma finiscano coll’essere inflitti alla generalità dei suoi dipendenti. A ben vedere, l’approccio di *law & economics* alla questione criticato da B. CARUSO, che conduce O. BLANCHARD e J. TIROLE (in *q. Riv.*, 2004, I, 161-211) a proporre il diritto del lavoratore all’indennizzo in *qualsiasi* caso di licenziamento economico, è assai più attento a quel dramma personale e a quel trauma di quanto non sia l’approccio tradizionale, che priva il lavoratore dell’indennizzo nel caso in cui il motivo economico del licenziamento superi il vaglio giudiziale, come se in quel caso il dramma personale e il trauma non si verificassero.

singolo rapporto) superiore a una determinata soglia consenta di spiegare logicamente la regola di fonte giurisprudenziale del c.d. *repêchage* come corollario della regola generale, rendendolo compatibile con il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali e attribuendo alla regola giurisprudenziale stessa un contenuto pratico apprezzabile, ma al tempo stesso delimitandolo in modo razionale in coerenza con il principio enunciato nella sentenza della Cassazione n. 25201/2016 (9). Se in azienda ci fosse un posto di lavoro scoperto nel quale la persona licenziata potesse essere “ripescata” utilmente con azzeramento della perdita che si registra nella posizione di lavoro precedente, il licenziamento stesso non sarebbe stato neppure intimato: perché mai l’impresa dovrebbe affrontarne i costi e i rischi, in presenza di quella soluzione? Se l’impresa licenzia è perché anche nella nuova posizione si determinerebbe una perdita. Tuttavia — e proprio in questo consiste la regola del *repêchage* — se la perdita che si determina nella nuova posizione rientra nel “massimale” assicurato, cioè non supera la “soglia” della perdita ragionevolmente accollabile all’impresa, quest’ultima è tenuta ad accollarsela. Donde una conseguenza di notevole rilievo in sede di applicazione dell’apparato sanzionatorio previsto dalla legge n. 92/2012 (cd. legge Fornero): poiché nella quasi totalità dei casi il “ripescaggio” del lavoratore in altra posizione in seno all’organizzazione aziendale comporta una qualche perdita, in termini contabili o in termini di costo-opportunità, il giudizio negativo sul licenziamento fondato sul mancato “ripescaggio” è quasi sempre un giudizio di insufficienza del motivo addotto dall’imprenditore (la perdita conseguente al “ripescaggio” non sarebbe stata di entità tale da giustificare il recesso) con conseguente applicazione della sanzione indennitaria, e non un giudizio di “manifesta insussistenza del motivo” con conseguente reintegrazione (10).

(9) La regola del cd. *repêchage* è infatti ribadita anche da Cass. 24 maggio 2017, n. 13015 (q. Riv., 2017, II, 744, con nota di M. PALLINI cit. nella nota 1), che si pone in linea di continuità con la sentenza n. 25201 dell’anno precedente. Ultimamente sul punto specifico, in riferimento al nuovo orientamento della Cassazione, v. anche R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell’impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, ne *Il licenziamento* cit., a cura di A. PERULLI, 31-48.

(10) In senso contrario M.T. CARINCI, *L’obbligo di “ripescaggio” nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, q.

Il problema, sul piano pratico, è che né la legge né il contratto stabiliscono a quanto ammonti il “massimale”, ovvero il limite del rischio accollato all’impresa. La sua determinazione resta così affidata al giudice caso per caso, col risultato che l’entità precisa della copertura assicurativa non è conoscibile dalle parti *ex ante* ed è suscettibile di notevoli variazioni a seconda dell’orientamento e della sensibilità del magistrato che decide il singolo caso.

Un esempio concreto può aiutare a ricapitolare il discorso svolto fin qui, mostrando tra l’altro quanto poco sia sostenibile la tesi del divieto drastico di licenziamento per sostituzione del lavoratore (11), se non altro per l’impossibilità di tracciare una linea di demarcazione netta tra sostituzione del lavoratore e soppressione del suo posto con simultanea assunzione di altro lavoratore, ma addetto a mansioni diverse. Consideriamo il caso di un’impresa che licenzi un centralinista monoglotta per assumerne una in grado di parlare inglese, motivando il provvedimento con la scelta gestionale di disporre di una addetta al centralino in grado di sostenere il colloquio con interlocutori stranieri:

Riv., 2017, I, 203-240, dove tuttavia l’A. considera soltanto il caso in cui il recupero della persona licenziata in seno all’organizzazione aziendale possa avvenire con azzeramento della perdita derivante dalla prosecuzione del rapporto (quando questo fosse il caso, l’impresa non licenzierebbe perché il licenziamento stesso presenta sempre un costo apprezzabile). In questo caso, argomenta M.T.C., deve ravvisarsi la manifesta insussistenza del motivo addotto a sostegno del licenziamento, con la conseguente irrogazione della sanzione reintegratoria. Poiché tuttavia il caso considerato da M.T.C. è rarissimo per non dire inesistente, mentre nella realtà si ci si trova sempre in presenza di un “ripescaggio” possibile soltanto al prezzo di una qualche perdita attesa per l’impresa, in termini contabili o di costo-opportunità, l’eventuale giudizio negativo è sempre un giudizio di *insufficienza* di questa perdita a giustificare il licenziamento: donde — in applicazione della legge Fornero del 2012 — la necessaria irrogazione della sanzione indennitaria. Nello stesso senso, sia pure sulla base di un’argomentazione parzialmente diversa, M. PALLINI, *op. cit.*, 766-767.

(11) Tesi, questa, ricorrente con grande frequenza nei repertori di giurisprudenza e affermata anche in sentenze di Cassazione che aderiscono alla svolta inaugurata con la sentenza n. 25201/2016; v. per es. Cass. 7 agosto 2017 n. 19655, *q. Riv.*, 2017, II, 744, con la nota di M. PALLINI cit. nella nota 1. La stessa tesi è sostenuta in dottrina da M.T. CARINCI sulla base di un «divieto di concorrenza tra i lavoratori» che sarebbe desumibile dall’art. 39 Cost.: *op. cit.* nella nota 4, p. 135; *op. cit.* nella nota prec., p. 215 (dove curiosamente viene citato a sostegno della tesi del divieto assoluto del licenziamento per sostituzione di una persona con un’altra un passaggio del mio *Il contratto di lavoro*, vol. III, *Tratt CM*, 241-244, che però è interamente dedicato a confutare questa tesi).

— può considerarsi molto improbabile il caso in cui il giudice si accontenti della dimostrazione che questa scelta è “reale”, cioè che il lavoratore licenziato parla solo l’italiano e che la nuova assunta effettivamente sa l’inglese: se infatti non accadesse mai o quasi mai che arrivino chiamate da persone che parlano inglese, la perdita attesa dalla prosecuzione del vecchio rapporto sarebbe irrilevante;

— nella quasi totalità dei casi, pertanto, il giudice chiederà all’impresa di dimostrare non solo che la scelta è “reale”, ma altresì che al centralino arriva effettivamente o è ragionevolmente prevedibile che arrivi nel prossimo futuro qualche chiamata da interlocutori anglofoni: cioè di dimostrare l’esistenza di una perdita attesa apprezzabile (“consistente”, “seria”) conseguente al mantenere al suo posto il centralinista monoglotta;

— le decisioni dei vari giudici divergeranno nella determinazione della frequenza necessaria delle chiamate che è ragionevole attendersi nel caso specifico da parte di interlocutori anglofoni: un giudice con orientamento marcatamente *pro-business* si accontenterà della probabilità che ne arrivi normalmente una sola ogni due o tre mesi (ovvero fisserà la soglia della perdita attesa necessaria per giustificare il licenziamento a un livello basso; che è quanto attribuire al contratto di lavoro un contenuto assicurativo modesto), mentre un giudice più orientato in senso *pro-labour* riconoscerà la giustificatezza del licenziamento soltanto se le telefonate da interlocutori anglofoni sono mediamente almeno una alla settimana (attribuendo così al contratto di lavoro un contenuto assicurativo più alto: la perdita attesa corrispondente al caso della frequenza media solo mensile o bimestrale delle telefonate in inglese sarà considerata come rientrante nel “massimale” e quindi non idonea a giustificare il licenziamento).

Sul versante della determinazione della soglia di perdita attesa massima accollabile all’impresa, dunque, la sentenza n. 25201/2016 reca un contributo assai scarso; e anche la dottrina prevalente si limita ad affermare che una soglia esiste, ma non riesce ad aggiungere altro in linea generale, se non che essa deve corrispondere a una perdita di entità non modesta. La questione pratica che deve affrontare chiunque affronti un caso di licenziamento per motivo oggettivo resta così apertissima. E, fermo restando il punto che non qualsiasi perdita attesa può giustificare il licenziamento, molto ampio resta lo spazio entro il quale può manifestarsi l’orienta-

mento *pro-business* o *pro-labour* di ciascun magistrato su questo terreno.

3. *Una lettura della sentenza n. 25201/2016 che ignora una parte rilevante dell'elaborazione dottrinale sul g.m.o. e fa dire alla Cassazione ciò che essa non dice.* — Una lettura diversa della sentenza n. 25201/2016 è invece quella che ne dà Valerio SPEZIALE (12). Il quale dalla *pars destruens* della motivazione, quella in cui la Corte spiega perché il licenziamento può essere legittimo anche quando il bilancio aziendale è in attivo, trae la conclusione secondo cui la sentenza eliminerebbe ogni limite sostanziale al recesso datoriale per motivo economico, ravvisando quindi in essa «una adesione all'orientamento più liberista». Un po' affrettatamente, a mio avviso, perché in questo modo V.S. oblitera del tutto la parte della motivazione dove invece la Corte afferma esplicitamente l'assoggettamento del recesso datoriale a «precisi limiti» e al relativo controllo giudiziale, così riconoscendo che non qualsiasi perdita derivante dal singolo rapporto di lavoro è idonea a giustificare il licenziamento. Mi sembra, poi, che lo stesso V.S. si contraddica nella parte conclusiva dello scritto, dove — citando adesivamente Simone VARVA (13) — arriva ad ammettere che, secondo una interpretazione corretta della disciplina vigente, «il licenziamento potrebbe anche essere giustificato dalla volontà di *prevenire* una crisi aziendale», salvo precisare subito dopo che in tal caso l'esigenza cui il licenziamento stesso risponde deve avere una qualche consistenza (14); dunque il licenziamento può essere giustificato anche quando il bilancio aziendale non è ancora in rosso (può, cioè, essere finalizzato non a superare una crisi in atto, ma a prevenirla) purché la perdita inerente al singolo rapporto di lavoro abbia una certa rilevanza: esattamente quanto afferma la sentenza n. 25201/2016. Tanto più affrettata appare dunque l'equivalenza che V.S. propone tra l'affermazione, contenuta nella sentenza, dell'ammissibilità del licenziamento per g.m.o anche quando il bilancio è in attivo o in pareggio e una pretesa adesione della Corte

(12) *DLRI*, 2017, 127-167; la citazione tra virgolette è tratta da p. 138.

(13) *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica di giudizio*, Giappichelli, 2015.

(14) V. SPEZIALE, *op. cit.*, 159 (corsivo mio).

a un orientamento liberista estremo, dal quale deriverebbe la caduta di ogni protezione dell'interesse delle persone che lavorano alla continuità del proprio lavoro e del reddito.

Con questa sentenza, come si è visto, la Cassazione si limita ad affermare che 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 risolvere il rapporto stesso (si pensi al caso di un'impresa che produce utili, ma che si trova ad avere alle proprie dipendenze un dipendente del tutto improduttivo, in seguito all'automatizzazione del lavoro in precedenza da lui svolto); e che, viceversa, l'attività dell'azienda o di un suo ramo può essere complessivamente in perdita, senza che ne consegua un interesse apprezzabile dell'impresa a risolvere un determinato rapporto di lavoro, almeno fino a che essa 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). Come si è già visto (§ 1), considerare senz'altro ingiustificato il licenziamento nel primo caso costituisce un errore esattamente come considerarlo senz'altro giustificato nel secondo.

In numerose sentenze precedenti al 2016, per giustificare il divieto assoluto del licenziamento nel caso in cui il bilancio dell'impresa fosse in attivo si citava il principio per cui *potior est qui certat de damno vitando, quam qui certat de lucro captando* (15). Senonché in un mercato dei beni e dei servizi concorrenziale — quale sempre più diffusamente tende a essere 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

(15) Cfr. tra le altre Cass. 24 giugno 1994, n. 6067, *NGL*, 1995, 87; T. Milano 15 marzo 1997, *OGL*, 1997, 162; Cass. 18 novembre 1998, n. 11646, *DL*, 2000, II, 31.

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 nel vecchio orientamento giurisprudenziale, ora abbandonato dalla Corte di Cassazione, stava 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 (nell'esempio proposto sopra, la centralinista poliglotta) o di utilizzare una macchina 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 (16). La sopravvivenza dell'impresa in un mercato concorrenziale dipende — in ultima analisi — proprio dalla sua capacità di individuare giorno per giorno 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.

4. *Il limite dell'utilità pratica dell'interpretazione costituzionalmente orientata.* — Si torna così al tema della perdita attesa come conseguenza della prosecuzione del rapporto, e quindi all'interrogativo circa l'entità della soglia oltre la quale essa può giustificare

(16) V. per tutti su questo concetto R. COOTER -, T. ULEN, *Law and Economics*, Reading Mass., 1997, 28.

il licenziamento. L'impostazione del discorso risultante dalla sentenza n. 25201/2016 non conduce affatto alla conseguenza necessaria di un azzeramento della protezione dell'interesse delle persone che lavorano alla continuità del rapporto: nel sistema concettuale proposto, il "contenuto assicurativo" del rapporto ben può ancora variare da valori minimi a valori anche molto elevati. In altre parole, il sistema concettuale proposto consente, sì, un'interpretazione dell'articolo 3 della legge n. 604/1966 fortemente *pro-business*, nel senso che essa determina un contenuto assicurativo del rapporto molto modesto, ma consente anche un'interpretazione della stessa norma fortemente *pro-labour*, nel senso che ne deriva un contenuto assicurativo molto alto (17).

Il saggio di Valerio SPEZIALE prescinde totalmente dalla costruzione del giustificato motivo oggettivo in termini di perdita attesa dalla prosecuzione del singolo rapporto, ivi compresa la sua variante proposta da Luca CALCATERRA centrata sulla nozione di eccessiva onerosità sopravvenuta. Questo lo porta a obliterare la parte della sentenza n. 25201/2016 nella quale, proprio in riferimento alla possibilità di quella perdita attesa, la Corte afferma che essa può sì costituire giustificato motivo oggettivo del licenziamento, ma soltanto entro "precisi limiti", cioè a condizione che la perdita stessa superi una determinata soglia: *obiter dictum*, questo, con cui viene richiamata sinteticamente proprio quella costruzione. L'intero saggio è quindi dedicato a un'articolata e complessa argomentazione a sostegno della tesi secondo cui il principio costituzionale di protezione del lavoro non ammetterebbe un regime nel quale fosse assente qualsiasi limite alla facoltà dell'imprenditore di licenziare: qui sfondando — come si suol dire — una porta aperta; per giungere poi, sulla base di una «interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 3 della legge n. 604/1966», alla conclusione secondo cui per la validità del licenziamento è necessaria «la sussistenza di cause "serie" e di una certa gravità» (18). Cioè — come si è visto — alla stessa identica conclusione cui giunge Carlo CESTER non *contro* la sentenza n. 25201/2016, ma sviluppando un'affermazione in essa contenuta. Che è poi, nella sostanza, la

(17) Per una esposizione compiuta della critica del vecchio orientamento giurisprudenziale rinvio a *Il contratto di lavoro*, vol. III, Giuffrè, 2003, § 516.

(18) V. SPEZIALE, *op. cit.*, 157.

stessa conclusione cui era in precedenza giunto Luca CALCATERRA, sia pure per altra strada, con la sua costruzione del giustificato motivo oggettivo di licenziamento come caso particolare di eccessiva onerosità sopravvenuta, ovvero di perdita attesa superiore a una soglia massima di sopportabilità.

Né, rispetto a quanto si legge nella sentenza n. 25201/2016, l'argomentazione "costituzionalmente orientata" sembra consentire risultati differenti là dove essa porta V.S. ad affermare che «il licenziamento potrebbe anche essere giustificato dalla volontà di prevenire una crisi aziendale» ma «lo stato di difficoltà economica evitabile dovrebbe essere *consistente e non modesto*» (19): è questa esattamente la stessa cosa che dice la Cassazione sia nella *pars destruens*, sia nella *pars construens* della sentenza del 2016. Oppure dove l'A. afferma che «il licenziamento "necessario" è (...) quello imposto da circostanze esterne che ne richiedano la realizzazione perché la conservazione del posto di lavoro sacrificerebbe in modo rilevante le esigenze economiche e organizzative dell'impresa, imponendo *costi, diseconomie o inefficienze troppo elevati*» (20): così riconoscendo esplicitamente che le diseconomie, le inefficienze e i costi che giustificano il licenziamento sono quelli derivanti dalla «conservazione del posto di lavoro», inerenti cioè al bilancio del singolo rapporto e non a quello dell'intera azienda. E si torna così, ancora una volta, esattamente a quanto ha affermato la Cassazione nella sentenza n. 25201/2016.

Per altro verso, il ricorso all'"interpretazione costituzionalmente orientata" della disciplina dei licenziamenti cui viene dedicato tanto impegno argomentativo non consente di fare neppure il minimo passo avanti nella precisazione del significato concreto dell'espressione «cause serie e di una certa gravità». Su questo punto, come si è visto, nella parte dello scritto in cui V.S. tira le conclusioni si trovano le stesse espressioni generiche che si trovano nella motivazione della sentenza n. 25201/2016 e nell'elaborazione dottrinale sulla materia. L'"interpretazione costituzionalmente orientata" della disciplina dei licenziamenti è dunque con tutta evidenza compatibile con qualsiasi interpretazione dell'articolo 3 della legge n. 604/1966 che imponga in qualche misura un conte-

(19) *Op. cit.*, 159 (corsivi miei).

(20) *Op. cit.*, 157 (corsivi miei).

nuto assicurativo del rapporto di lavoro subordinato; e non aiuta a risolvere la questione pratica che più interessa, cioè a individuare criteri sicuri per stabilire con sufficiente approssimazione dove si collochi la soglia della perdita attesa che deve considerarsi sopportabile per l'impresa.

5. *La determinazione indiretta della «soglia» della perdita attesa accollabile all'impresa ad opera del d.lgs. n. 23/2015 e la sua correzione recata dal d.l. n. 87/2018.* — A risolvere quest'ultimo problema è mirata la riforma dell'apparato sanzionatorio che il legislatore ha attuato in due tempi, tra il 2012 e il 2015, sostituendo la reintegrazione con un indennizzo di entità minima e massima predeterminata per il caso di licenziamento ritenuto dal giudice non sorretto da motivo sufficiente: così facendo il legislatore ha stabilito indirettamente la soglia massima di perdita attesa che l'ordinamento accolla all'impresa, o se si preferisce il "massimale" della copertura assicurativa che il contratto di lavoro a tempo indeterminato garantisce al lavoratore. La *ratio* di questa riforma sta, per un verso, nella consapevolezza della difficoltà — per non dire impossibilità — di adempimento da parte dell'imprenditore dell'onere della prova circa la perdita attesa, cioè di un evento futuro, per altro verso nella consapevolezza dell'ineliminabile imprevedibilità della valutazione del giudice in proposito: l'indennizzo predeterminato come conseguenza dell'esito negativo del vaglio giudiziale circa il motivo oggettivo del licenziamento svolge, per così dire, la funzione di una "valvola di sicurezza", producendo l'effetto di determinare il limite massimo del *severance cost* nel caso in cui il rapporto di lavoro abbia un bilancio in perdita. Fermo restando, ovviamente, il ruolo insostituibile del giudice nell'accertamento del motivo illecito che in ipotesi si nasconde sotto il motivo economico-organizzativo addotto dall'imprenditore, cioè nell'accertamento della violazione di un diritto assoluto della persona che lavora, cui conseguirebbe la sanzione reintegratoria.

In questo senso Valerio SPEZIALE ha ragione quando ravvisa un nesso logico tra la sentenza n. 25201/2016 e l'evoluzione della disciplina dei licenziamenti verificatasi negli anni immediatamente precedenti. La riforma legislativa del 2012-2015 ha, appunto, l'effetto di determinare i "precisi limiti" della facoltà di licenziamento evocati nella sentenza n. 25201/2016: da un lato la tutela dei

diritti assoluti della persona che lavora, a presidio dei quali viene confermata la reintegrazione (*property rule*, posta a protezione della libertà e dignità della persona), dall'altro lato la tutela del contenuto assicurativo del rapporto entro un "massimale" indirettamente fissato dalla legge con la quantificazione precisa dell'indennizzo (*liability rule*, posta a protezione dell'interesse alla continuità del rapporto). La tecnica normativa adottata dal legislatore, però, a differenza di quanto afferma V.S., non implica di per sé una minor protezione contro il licenziamento per motivo economico: il contenuto assicurativo del rapporto, infatti, dipende dall'entità dell'indennizzo, quindi della "soglia" della perdita attesa massima che può essere accollata all'impresa. E l'entità della "soglia" può essere stabilita dal legislatore anche a livelli molto alti, largamente al di sopra di quelli osservabili nel panorama comparatistico, come è accaduto ultimamente con il drastico aumento che ne è stato disposto dall'articolo 3 del d.l. n. 87/2018.

Milano, settembre 2018

Postscriptum — Dopo che questo scritto era stato licenziato per la stampa si è avuta notizia della sentenza n. 194/2018 con la quale la Corte costituzionale ha stabilito che l'indennizzo cui il lavoratore licenziato ha diritto, nel caso di insufficienza del motivo addotto dall'imprenditore, non può essere rigidamente predeterminato dalla legge in proporzione alla sola anzianità di servizio (la sentenza può leggersi in questo fascicolo, parte II, p. 1031 e ss. con i commenti di M.T. CARINCI e mio): rientra dunque nella discrezionalità del giudice determinarlo, pur sempre entro il minimo e il massimo stabilito dalla legge, ma anche in riferimento ad altri parametri. Il dispositivo della sentenza disattende, invece, la censura mossa alla parte della legge nella quale si stabiliscono un minimo e un massimo dell'indennizzo dovuto. Nell'ordine di idee proposto in questo saggio, l'effetto di questa sentenza costituzionale è di sganciare dall'anzianità di servizio in azienda la "soglia" oltre la quale la perdita attesa dalla prosecuzione del rapporto consente il licenziamento, rendendola maggiormente variabile a discrezione del giudice, ma pur sempre entro il limite massimo delle 36 mensilità fissato dall'art. 3 del d.lgs. n. 23/2015, come modificato dal d.l. n. 87/2018.

IL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO E IL CONTENUTO ASSICURATIVO DEL CONTRATTO DI LAVORO. — Riassunto. *Il saggio prende le mosse dall'esame del contenuto della sentenza di Cassazione n. 25201/2016, cui viene comunemente attribuito il valore di una svolta giurisprudenziale nel senso di una sostanziale liberalizzazione dei licenziamenti per motivi economici. La sentenza nega che il licenziamento possa essere considerato legittimo solo in presenza di una situazione di crisi aziendale con bilancio in rosso; ma afferma che il licenziamento deve pur sempre essere finalizzato a eliminare o ridurre un costo o inefficienza di entità rilevante. L'A. propone quindi una costruzione generale del giustificato motivo oggettivo di licenziamento fondata sull'idea che nel contratto di lavoro subordinato lo scambio lavoro/retribuzione si coniughi con un rapporto assicurativo: l'impresa si accolla il rischio che per circostanze sopravvenute il rapporto prosegua in perdita, ma soltanto fino a un "massimale", cioè a una soglia di perdita attesa, oltre alla quale il rapporto può essere sciolto. Il saggio si conclude osservando come le riforme dell'apparato sanzionatorio contro i licenziamenti ingiustificati attuate nel 2012 e nel 2015, con il passaggio dalla reintegrazione (property rule) all'indennizzo (liability rule), abbiano prodotto l'effetto di stabilire indirettamente la soglia massima di perdita attesa che l'impresa deve accollarsi, la cui determinazione in precedenza era invece interamente affidata a una amplissima discrezionalità del giudice caso per caso. La sentenza n. 194/2018 della Corte costituzionale su questa materia ha soltanto restituito al giudice una discrezionalità nella determinazione dell'indennizzo, ma pur sempre entro i limiti minimo e massimo stabiliti dalla legge.*

JUSTIFIED ECONOMIC REASON FOR DISMISSAL AND INSURANCE CONTENT OF EMPLOYMENT CONTRACTS. — Summary. *The essay examines the content of the Italian Cassation Court decision no. 25201/2016, which is commonly regarded as a jurisprudential turning point in the sense of a liberalisation of layoffs for economic reasons. The ruling denies that a dismissal can be considered legitimate only in the case of a corporate loss-making crisis; nevertheless, it states that, in any case, every dismissal is expected to be aimed at eliminating or reducing a substantial cost or inefficiency. In this context, the Author proposes a general construction of the justified objective reason for dismissal based on the idea that in an employment contract the exchange between work and salary is combined with an insurance relationship: the company takes the risk that, due to new circumstances, the relationship may continue at a loss, but only up to a threshold, beyond which the relationship can be terminated. The 2012 and 2015 Italian reforms of the sanctions against unjustified dismissals, the paper concludes, imply the transition from the reinstatement (property rule) to a predetermined indemnification (liability rule). In other words, these reforms have indirectly established the threshold of the expected loss that the company has to bear, which was previously determined by the courts on a case-by-case basis with a very wide discretion. The recent Constitutional Court's decision n. 194/2018 did nothing but restore a courts' discretion in determining the indemnification entity, but still within the statutory minimum and maximum limits.*