

PIETRO ICHINO

SULLA NOZIONE DI GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO (*)

Sommario — 1. Oggetto dello studio. — 2. Il giustificato motivo come perdita futura eccessiva, conseguente alla prosecuzione del singolo rapporto. — 3. La regola del giustificato motivo oggettivo come imposizione di un contenuto assicurativo nel rapporto di lavoro. — 4. Individuazione della perdita attesa come dato inerente al singolo rapporto di lavoro. Rilevanza della nozione di costo-opportunità. — 5. Critica della regola giurisprudenziale che consente il licenziamento per soppressione del posto ma vieta il licenziamento per sostituzione del lavoratore. — 6. La regola giurisprudenziale del c.d. *repêchage*. — 7. Le aporie della giurisprudenza in materia di scarso rendimento. — 8. La questione dei criteri di scelta dei lavoratori nel licenziamento individuale. — 9. Un caso particolare di perdita attesa: l'impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa. — 10. La questione dell'insindacabilità delle scelte imprenditoriali. — 11. La scelta dell'imprenditore di cessare l'attività e il fallimento dell'impresa. — 12. L'individuazione della soglia. Rilevanza o no del pregiudizio subito dal lavoratore nel caso concreto. — 13. Non trasparenza delle motivazioni delle sentenze in materia di g.m.o.

1. - Se si esclude il motivo discriminatorio, illecito, futile o capriccioso del licenziamento, che è oggetto di uno specifico divieto a sé stante, 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 dall'art. 3 della legge 15 luglio 1966 n. 604: 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. Questa *perdita attesa* è il risultato attualizzato della differenza tra l'insieme di tutti i costi e l'insieme di tutte le utilità che dalla prosecuzione del rapporto di lavoro deriveranno nell'arco di tempo prevedibile.

Non qualsiasi esigenza disciplinare e non qualsiasi perdita attesa possono costituire giustificato motivo di licenziamento: altrimenti l'art. 3 della legge n. 604/1966, che regola la materia, non avrebbe alcun effetto limitativo della facoltà di recesso del datore. In questo scritto mi propongo di individuare più precisamente in che cosa consista quell'effetto limitativo, in riferimento alla giustificazione del licenziamento di natura non disciplinare.

2. - Come si è appena detto, deve innanzitutto escludersi con sicurezza che il giustificato motivo oggettivo 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 che il datore di lavoro si attende dalla prosecuzione del rapporto, poiché altrimenti nessun datore di lavoro 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

(*) Il saggio anticipa parzialmente il contenuto del capitolo sui licenziamenti del secondo volume de *Il contratto di lavoro*, in corso di pubblicazione nell'ambito del *Trattato di diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu e F. Messineo, continuato da L. Mengoni e P. Schlesinger, per i tipi dell'Editore Giuffrè.

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 (1); 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 (2). 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 (3).

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°: "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.

3. - Non costituisce imposizione di un obbligo assistenziale la ripartizione 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): deve ritenersi che, con la disciplina limitativa del licenziamento per motivo oggettivo, l'ordinamento imponga inderogabilmente questa ripartizione del rischio tra le parti del rapporto di lavoro subordinato, lasciando ai meccanismi di mercato il compito di assicurare la remunerazione del rischio stesso mediante una corrispondente riduzione delle retribuzioni, ovvero 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).

(1) V. ad es. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, 1980, 89: "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".

(2) V. fra queste, oltre alle sentenze citate nelle due note che seguono, Cass. 3 novembre 1992 n. 11909, *NGL*, 1993, 90; Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, *NGL*, 1995, 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".

(3) 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, 488; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, *DL*, 2000, II, 31. In questa linea si colloca anche T. Milano 15 marzo 1997, *OGI*, 1997, 162, secondo il quale la perdita attesa deve essere "influyente in modo decisivo" sui normali equilibri aziendali.

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 farsi carico. Esaminiamo per primo il problema dell'individuazione della perdita attesa.

4. - 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 (4). Senonché 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 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 giustifica certo 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* (5). 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 invece il mantenere il lavoratore al suo posto impedisce di collocare a quel posto un lavoratore più produttivo o di utilizzare una macchina

(4) Cfr., ad es., Cass. 30 maggio 2001 n. 7376, *NGL*, 2001, 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. Ancor più irrazionalmente, in alcune sentenze si attribuisce rilievo decisivo al calo del fatturato aziendale: T. Milano 16 giugno 1999, *OGL*, 1999, 454.

(5) V. fra queste Cass. 24 giugno 1994 n. 6067, cit. nella nota 2; T. Milano 15 marzo 1997, *OGL*, 1997, 162; Cass. 18 novembre 1998 n. 11646, *DL*, 2000, II, 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 (6). La sopravvivenza dell'impresa dipende – in ultima analisi – proprio dalla sua capacità di individuare ed eliminare costantemente i costi-opportunità. 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.

5. - 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 (7); 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 (8). 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 autonomo!) (9); 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 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 so-

(6) Sulla nozione di costo-opportunità v. R. COOTER, T. ULEN, *Law and Economics*, Reading Mass., 1997², 28.

(7) V. in questo senso, tra le più recenti, Cass. 29 marzo 1999 n. 3030, *OGI*, 1999, p. 449, e *NGL*, 1999, 434; Cass. 17 marzo 2001 n. 3899, *LG*, 2001, 786, e *OGI*, 2001, 374; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, *OGI*, 2002, 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, 747; Cass. 23 ottobre 2001 n. 13021, *GLav*, 2001, n. 45, 51; Cass. 20 dicembre 2001 n. 16106, *GLav*, 2002, n. 5, 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, 496, con nota di S. MUGGIA, *Brevi osservazioni sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, e Cass. 22 giugno 2000 n. 8515, *NGL*, 2000, 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, 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, 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 29.

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

(9) V. in questo senso Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, q. *Riv.*, 1995, II, 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, q. *Riv.*, 2000, II, 136, con nota di G. ZILIO GRANDI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e assunzione diretta delle mansioni da parte del datore di lavoro*.

stituzione del lavoratore A con la macchina; non vi è dunque alcun motivo logico per considerare legittima la seconda sostituzione e non la prima. Questo non significa, beninteso, che il licenziamento debba considerarsi sempre legittimo in entrambi i casi, né che in entrambi i casi esso debba considerarsi sempre illegittimo: 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 a 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. Lo stesso rifiuto, del resto, è praticato sistematicamente anche dalla giurisprudenza d'oltr'alpe (10). 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 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 dall'intendimento 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*, § 11).

6. - 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 rispet-

(10) 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, 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, 121-144.

to alla precedente (11); analogo onere della 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 (12). 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 sostanzialmente 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.

7. - I giudici del lavoro tendono per lo più a ravvisare nello scarso rendimento una giustificazione del licenziamento soltanto quando tale difetto della prestazione sia in qualche modo imputabile a negligenza del lavoratore (13), 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 regola giurisprudenziale generale 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*, § 5): il lavoratore incolpevole non può essere sostituito. Abbiamo appena visto, però, come la distinzione tra soppressione e sostituzione nasconda in realtà una valutazione del giudice circa il costo-opportunità

(11) V. fra le molte in questo senso Cass. 19 luglio 1993 n. 6814, *MGL*, 1993, 464; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, *DL*, 1998, II, 178, con nota di G. DELLA ROCCA, *Oneri probatori nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 13 ottobre 1997 n. 9967, q. *Riv.*, 1998, II, 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, 220; Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, *MGL*, 2002, 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, 28. In dottrina, nello stesso senso, v. soprattutto M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 313-315. In senso parzialmente contrario v. però Cass. 9 maggio 2002 n. 6667, *GLav*, 2002, n. 28, 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 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".

(12) 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, q. *Riv.*, 1997, II, p. 612, con ampia nota critica di P. CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore*), le Sezioni Unite, con la sentenza 7 agosto 1998 n. 7755 (q. *Riv.*, 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, tesi che 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).

(13) Per la tesi secondo la quale lo scarso rendimento non può costituire giustificato motivo *oggettivo*, essendo sempre necessario che esso sia imputabile a negligenza del lavoratore, v. tra le altre 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, *OGI*, 2000, p. 752, e *DL*, 2001, II, p. 200.

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.

8. - Va rafforzandosi l'orientamento giurisprudenziale secondo il quale anche al licenziamento individuale per motivo oggettivo il datore di lavoro è tenuto ad applicare un criterio ragionevole di scelta del lavoratore (14). 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) 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 (15).

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 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

(14) V. in questo senso, ultimamente, Cass. 21 novembre 2001 n. 14663, cit. nella nota 11, 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 nota prec. In dottrina v. in proposito soprattutto M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 11, 319-329.

(15) Cfr. la relazione introduttiva del convegno fiorentino dell'Aidlass del 1968 di G. PERA (*I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, nel volume, recante lo stesso titolo, degli atti del convegno fiorentino dell'Aidlass del 1968, 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, 23-24.

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*.

In riferimento alla materia dei licenziamenti collettivi si registrano massime contrastanti sul punto se i criteri di scelta debbano essere applicati in riferimento all'intera organizzazione aziendale (16), oppure in riferimento alla singola sede o unità produttiva (17), oppure ancora in riferimento all'ambito ragionevolmente confacente alle esigenze aziendali, dovendo l'imprenditore motivare adeguatamente la restrizione (18). 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 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 sia di entità tale da poter essere ragionevolmente accollato all'impresa, oppure no.

9. - 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 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 (19). 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; e sovente è da questa difficilmente distinguibile.

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 guida di automezzi), oppure ancora della scadenza del permesso di soggiorno di un lavoratore extra-comunitario (20). 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 presta-

(16) Così Cass. 22 giugno 1999 n. 6357, q. *Riv.*, 2000, II, 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, 142.

(17) T. Milano 8 settembre 1993, q. *Riv.*, 1991, II, 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".

(18) In questo senso, fra le altre, Cass. 10 giugno 1999 n. 5718, q. *Riv.*, 2000, II, 189, dove peraltro si precisa che la delimitazione dell'ambito di applicazione deve essere debitamente motivata; e ultimamente Cass. 24 gennaio 2002 n. 809, *NGL*, 2002, 233, dove si ammette la possibilità che l'area di applicazione dei criteri di scelta venga ristretta a un ambito delimitato rispetto all'intera azienda, quando ciò sia giustificabile in relazione a determinate esigenze tecnico-organizzative.

(19) V. per tutte Cass. 6 novembre 1996 n. 9684, cit. nella nota 12.

(20) 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, q. *Riv.*, 2002, II, p. ***, con nota di L. VENDITTI, *Lavoro degli extracomunitari e scadenza del permesso di soggiorno*.

zione) (21). 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, 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 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 possa prevedersi 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 (22). 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 (23).

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 professionalmente inferiori rispetto a quelle originarie (24). Si pone qui la stessa questione che si pone in materia di *repêchage* (v. § 6): quella, cioè, di stabilire il limite della perdita imponibile 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 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 non viene però 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.

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

(22) 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, q. *Riv.*, 2001, p. 366, con nota di M. AGOSTINI, *Ancora su impossibilità temporanea della prestazione e licenziamento*).

(23) V. in senso contrario M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 11, 349-353, dove l'A. sostiene la non riconducibilità dell'impedimento personale del lavoratore alla nozione di g.m.o.

(24) Oltre alle sentenze citt. nelle note *** e ***, v. il caso particolare a cui si riferisce Cass. 11 agosto 1998 n. 7904 (q. *Riv.*, 1999, II, 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 la possibilità di trasferimento e riutilizzazione in altra unità produttiva. Nello stesso senso v. ultimamente Cass. 26 maggio 2001 n. 7210, *GLav*, 2001, n. 31, 31; Cass. 19 gennaio 2002 n. 572, *LPO*, 2002, 382.

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, che dispone in tal caso la ricostituzione del rapporto nel momento in cui sopravvenga un provvedimento di archiviazione, assoluzione, proscioglimento o non luogo a procedere. La norma, 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 (25). 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 mantenimento 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 (26). 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; 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

(25) In questo senso v. Cass. 2 maggio 2000 n. 5499, *NGL*, 2000, 616, cui si riferisce il commento di M. GIUDICI, *Reintegrazione del lavoratore licenziato per carcerazione ingiusta*, *DPL*, 2001, 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, q. *Riv.*, 2000, II, 547, con nota di M. BORZAGA, *In tema di carcerazione preventiva del lavoratore e giustificato motivo oggettivo di licenziamento*.

(26) 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., 854.

basta a dissipare ogni sospetto. Ma un sistema moderno ed evoluto dovrebbe essere in grado di affrontare efficacemente anche i problemi occupazionali di chi soffre di un *handicap* sociale quale quello di chi abbia subito un arresto e un procedimento penale, così come quello 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 tale *handicap* 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.

10. - Ricorre quasi come una formula di rito nella nostra giurisprudenza – come del resto in quella d’oltr’Alpe (27) - 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 (28). 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 (29): escluso, infatti, il caso del motivo illecito o capriccioso, che determina la nullità dell’atto indipendentemente dall’art. 3 della legge n. 604/1966, ed escluso il motivo disciplinare, all’origine dell’atto risolutivo sta sempre essenzialmente una valutazione prognostica circa la perdita conseguente alla prosecuzione del rapporto, in termini di costo contabile (è questo il caso della pura e semplice soppressione del posto con corrispondente riduzione di attività) o di 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. Orbene, conciliare il controllo della valutazione prognostica con la sempre proclamata insindacabilità delle scelte dell’imprenditore è pressoché impossibile.

Sovente nella motivazione della sentenza il problema viene risolto affermandosi la necessità di un controllo giudiziale sulla genuinità della scelta 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 (30), oppure “non veramente necessaria” (31); ma se si esaminano le sin-

(27) V. ad es. Cass. 8 dicembre 2000, *Société anonyme de télécommunications c. Coudière*, DO, 2001, 357.

(28) V. per tutte Cass. 30 marzo 1994 n. 3128, cit. nella nota 9; Cass. 13 novembre 1999 n. 12603, *OGL*, 2000, 186; Cass. 16 dicembre 2000 n. 15894, *NGL*, 2001, 340; Cass. 7 gennaio 2002 n. 88, cit. nella nota 7. In dottrina, nello stesso senso, v. ultimamente O. MAZZOTTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2002, 599.

(29) Cfr. M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 11, 304: “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”. 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 verifica 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.

(30) V. ad esempio Cass. 20 novembre 2001 n. 14604, *NGL*, 2002, 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

gole 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" (32); come dire: organizza pure l'azienda come vuoi, ma alla fine sarò sempre io (giudice) a decidere se quel lavoratore deve continuare a lavorare per te oppure no (33).

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 (34). Senonché anche questa distinzione appare incompatibile con la regola dell'insindacabilità della scelta imprenditoriale: il controllo giudiziale che essa comporta non può non investire in qualche misura anche le scelte organizzative o di indirizzo produttivo dell'imprenditore. Consideriamo, ad esempio, il caso "classico" (perché ripetutamente discusso in dottrina e giurisprudenza) (35) 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 e del tutto isolato, 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 attuandola, 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 orienta-

giudice accertare che il motivo addotto a sostegno del licenziamento è "pretestuoso", senza entrare profondamente nel merito della questione?

(31) Cfr. Cass. 30 gennaio 1998 n. 938, q. *Riv.*, 1998, II, 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 "obbiettive" e che le scelte su cui esse si fondano siano state poste in essere dall'imprenditore per necessità reali, il giudice non deve forse entrare nel merito di quelle scelte? (e 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).

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

(33) V. ad esempio il caso a cui si riferisce Cass. 20 dicembre 1995 n. 12999, q. *Riv.*, 1996, II, 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.

(34) Distinzione originariamente proposta da G. PERA, *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, cit. nella nota 16, partic. 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, q. *Riv.*, 2002, II, p. 613, con nota di C. OGRISEG, *Libertà delle scelte economico-organizzative e licenziamento per g.m.o. del lavoratore a tempo parziale*. V. anche Cass. 6 novembre 2001 n. 13714, q. *Riv.*, 2002, II, p. 613, col commento di C. OGRISEG sopra citato, 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.

(35) V. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 1, e giurisprudenza *ivi* citata.

menti giurisprudenziali di cui si è detto sopra, concernenti l'obbligo del *repêchage* (36), 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 i venditori 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 su di una vera e propria scelta organizzativa, nella quale il giudice si sarà sostituito all'imprenditore (37).

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 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 nessuno è in grado di prevedere in concreto costi e utilità di un rapporto di lavoro per una determinata azienda meglio di quanto può farlo l'imprenditore. Egli 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 proprio 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

(36) 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 34.

(37) 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 24, dove si giustappongono la riaffermazione di quel principio e l'enunciazione della regola per cui il giudice può e deve controllare che il lavoratore non possa essere "utilmente" spostato in seno all'azienda.

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 – qui sì - dell'insindacabilità delle stesse. 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; ma se non lo fa la legge, nulla vieta che sia il giudice a farlo, anche prima dell'emanazione della sentenza (38); e anzi questo è per molti aspetti consigliabile, proprio per la maggiore trasparenza che la sua decisione in tal modo assume e per il rispetto rigoroso che in tal modo (e solo in tal modo) viene garantito dell'insindacabilità delle scelte organizzative e delle valutazioni dell'imprenditore. In questo modo, oltretutto, l'esplicitazione 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 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; e che, 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 (39), deve spiegare in che cosa tale elemento consista; ma l'art. 3 della legge 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 (40).

(38) 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.

(39) V. l'intervento di P.G. ALLEVA nel dibattito sul mio libro *Il lavoro e il mercato*, q. Riv., 1997, I, 248: “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’”. Per una proposta fondata su di argomenti profondamente diversi da quelli proposti da P.G. Alleva e volta all'attenuazione della rigidità della nozione di 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 motivo di licenziamento e la tutela reale del posto di lavoro tra rigidità e rigore: aspetti problematici e una proposta*, q. Riv., 2001, I, 123-138.

(40) 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 ad esse una sorta di “uscita di sicurezza”, nel caso in cui quegli interessi non fossero adeguatamente dimostrabili in

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 § 12). 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 soltanto da una perdita destinata a essere subita *dall'imprenditore in quanto tale*: da una perdita, dunque, di natura esclusivamente patrimoniale.

11. - 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. (41). 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 da impossibilità di godersi altrimenti la vita), supera il profitto che egli può trarne. Se l'azienda non è in perdita, il titolare può cederla a un altro imprenditore, evitando in tal modo i licenziamenti. La tesi della assoluta insindacabilità della scelta di chiudere l'azienda – purché si tratti di scelta effettiva e non simulata – (42) 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 (43); 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 consentono 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, stabilisce l'integrale applicabilità di quella disciplina restrittiva “anche quando le imprese ... intendano cessare l'attività”. I “costi di licenziamento” assai rilevanti, che questa norma impone all'imprenditore per il licenziamento collettivo costituiscono altrettanti “filtri automatici” delle scelte che vi sono sottese, anche quando esse si concretano nella

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.

(41) V. per tutte in questo senso Cass. 5 aprile 1990 n. 2831, *NGL*, 1990, 188; Cass. 30 maggio 1995 n. 6083, *OGL*, 1996, 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.

(42) L'ampia trattazione di questo tema proposta da M. NAPOLI (*La stabilità reale del rapporto di lavoro*, cit. nella nota 11, 284-303) conferma questa conclusione: “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” (293-294).

(43) 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, 197.

chiusura totale ed effettiva dell'azienda. Se dunque, nel caso di cessazione dell'attività, è assoggettato alle limitazioni previste dall'ordinamento il recesso del datore nella forma del licenziamento collettivo, non si vede perché non dovrebbero ritenersi applicabili in questo caso anche le limitazioni imposte dall'ordinamento al recesso del datore nella forma del licenziamento individuale. Se ne deve concludere, a mio avviso, che anche nel caso di licenziamento individuale per chiusura dell'azienda si applichi la regola generale del giustificato motivo, cioè la necessità di una perdita attesa superiore all'entità massima che il giudice ritiene ragionevolmente accollabile all'imprenditore, accertabile nel modo di cui si è detto nelle pagine precedenti: il licenziamento è giustificato soltanto se l'imprenditore è realmente disposto a pagare, per evitarlo, 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, si estende anche al rischio della sopravvenuta pigrizia o disaffezione di quest'ultimo, sempre entro il limite del "massimale" oltre il quale si configura il giustificato motivo oggettivo. Anche il ragionamento sul licenziamento per chiusura dell'azienda rimanda dunque alla questione cruciale dell'individuazione di quel limite.

12. – Si discute se per la determinazione della perdita massima accollabile all'impresa (che è quanto dire la perdita 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, 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 (44), 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 sviluppate in condizione di poter meglio competere nel mercato dei capitali e degli investimenti.

Se nella 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) (45). Senonché un argomento contrario rilevante può trarsi in proposi-

(44) 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*, q. Riv., 1998, I, 19-47). È tuttavia plausibile che la stessa influenza sia esercitata di fatto dalle condizioni del mercato sulle decisioni giudiziali in materia di giustificato motivo oggettivo.

(45) In questo senso sono normalmente orientate la giurisprudenza tedesca e quella austriaca.

to, 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, cui si aggiungono le quindici mensilità a cui il lavoratore ha diritto nel caso in cui egli rinunci alla reintegrazione: questo importo complessivo di venti mensilità dell'ultima retribuzione ben può essere assunto come una sorta di parametro generale, cui il giudice può fare riferimento per la fissazione della soglia minima di perdita attesa necessaria perché si configuri il giustificato motivo di licenziamento (46). Così come 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, il giudice può fare riferimento, allo stesso fine, 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, in relazione al pregiudizio che al lavoratore deriva dal licenziamento nel caso concreto.

13. - 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) (47) piuttosto che su quello dell'applicazione dello *ius conditum* (48). I giudici italiani e stranieri 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 di posizioni molto ampia. In questa varietà di posizioni è eviden-

(46) 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.

(47) 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. De Benedetti (può leggersi in q. *Riv.*, 1999, III, 141-155).

(48) 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 *Ap-punti sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento* (q. *Riv.*, 1999, III, 3-10), in risposta al *Colloquio* di G. PERA (ivi, 1998, III, 211).

temente 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.

SULLA NOZIONE DI GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO – Sommario – Il saggio esamina criticamente le massime giurisprudenziali consolidate in materia di giustificazione economica del licenziamento, mettendone in evidenza aspetti rilevanti di inconsistenza sul piano logico e proponendo una lettura del giustificato motivo oggettivo, non soltanto *de iure condendo* ma anche *de iure condito*, fondata sulla nozione economica di perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto.

ABOUT THE NOTION OF GOOD ECONOMIC REASON FOR DISMISSAL – Summary – The essay criticises the recurrent decisions of Italian courts in the field of economic justification for dismissals. It stresses their lack of logic foundation and proposes a new interpretation of the juridical notion of good economic reason for dismissal, founded on the economic notion of expected loss consequent to the continuation of the individual work relationship, not only in the perspective of a legislative reform, but also referring to the law in force to-day.