

NOTIZIE E COMMENTI

APPUNTI SUL GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO DI LICENZIAMENTO

1. L'intervento del Direttore della Rivista pubblicato nell'ultimo fascicolo (1) mi sollecita ad alcuni chiarimenti sul contenuto e le ragioni della proposta di riforma della disciplina dei licenziamenti contenuta nel mio libro *Il lavoro e il mercato* (2).

La legge oggi vigente (n. 604/1966, art. 3) consente che il lavoratore venga licenziato per esigenze obiettive dell'impresa, ma non specifica quali possano essere tali esigenze; è pertanto demandato al giudice di valutare caso per caso se l'interesse dell'imprenditore al recesso sia tale da giustificare il licenziamento. La stessa cosa può essere espressa, nel linguaggio proprio della scienza economica, con le due seguenti proposizioni:

— il lavoratore può essere licenziato quando dalla prosecuzione del rapporto derivi per l'impresa, in termini di valore atteso, una perdita (derivante da costi contabili o da costi-opportunità, cioè da minor reddito prodotto rispetto a quello che sarebbe prodotto da altro lavoratore disponibile) superiore a una soglia di sopportabilità;

— quale sia questa soglia di sopportabilità, non è stabilito per legge ma è stabilito dal giudice caso per caso.

La mia proposta consiste essenzialmente nel modificare la seconda proposizione, stabilendo per legge il criterio di determinazione della soglia di sopportabilità della perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto. Quale debba essere il criterio di determinazione della soglia, non è parte essenziale della proposta: io ne suggerisco uno, tendente a commisurarla al danno medio (su scala nazionale) sofferto dal lavoratore in conseguenza della perdita del posto, a parità di ultima retribuzione e di anzianità di servizio; ma se ne possono scegliere un'infinità di altri. Non è parte essenziale della proposta neppure l'entità media della soglia così predeterminata, dalla quale consegue l'intensità complessiva del vincolo posto dalla legge: io suggerisco una misura che allineerebbe approssimativamente l'intensità del vincolo posto dalla legge italiana con quello operante nell'ordinamento tedesco o in quello spagnolo, ma può preferirsi una soglia mediamente più alta o una soglia mediamente più bassa; ciò che costituisce parte essenziale della mia proposta è che deve essere il legislatore a decidere in proposito, e non il singolo giudice di volta in volta, in modo sovente imprevedibile, sotto l'influenza di

(1) G. PERA, *Colloquio con Pietro Ichino*, *q. Riv.*, 1998, III, 211.

(2) Milano, Mondadori, 1996.

circostanze ambientali che possono causare effetti irrazionali e addirittura paradossali (3).

La riforma proposta nel mio libro prevede poi un meccanismo di verifica automatica della sussistenza del giustificato motivo di licenziamento così individuato. Una volta stabilita (secondo il criterio definito dalla legge) la soglia di sopportabilità della perdita attesa prodotta dalla prosecuzione del rapporto, per essere sicuri che quella soglia sia stata superata in un caso concreto è sufficiente imporre all'imprenditore un indennizzo di entità pari a quella soglia (con libertà di scelta per il lavoratore di goderne in tutto o in parte sotto forma di preavviso più lungo): se l'imprenditore è disposto a pagare quell'indennizzo, ciò significa necessariamente che la perdita da lui attesa in caso di prosecuzione del rapporto sarebbe superiore. È ben vero che l'imprenditore può sbagliare i propri calcoli in proposito, anche perché si tratta di calcoli eminentemente probabilistici; ma è anche vero che nessuno — certo non il giudice — può farli meglio di lui.

Quanto al rischio che nella scelta del lavoratore da licenziare da parte dell'imprenditore giochi un intento discriminatorio o comunque illegittimo, nulla muterebbe rispetto alla disciplina oggi vigente: sarebbe sempre, come lo è oggi, onere del lavoratore dimostrare la sussistenza di tale intento; e dall'accertamento del motivo illegittimo determinante deriverebbe, come oggi, la nullità del licenziamento.

Nei dibattiti che sono seguiti alla pubblicazione del libro ho sovente incontrato una notevole difficoltà a spiegare questi ultimi due passaggi logici. La difficoltà nasce dalla riluttanza dei giuslavoristi ad accettare l'idea che, esclusa la sussistenza di un motivo illegittimo (come il giudice la può escludere quando essa non sia provata dal lavoratore che impugna il licenziamento), la questione del giustificato motivo oggettivo si riduca già oggi, nel nostro ordinamento vigente, a una valutazione puramente quantitativa circa la perdita prevedibilmente derivante dalla prosecuzione del rapporto e alla sua sopportabilità per l'impresa. Spero che questo breve intervento contribuisca — se non a convincere i miei critici — almeno a chiarire i termini della questione, sia *de iure condito*, sia *de iure condendo*.

2. La mia proposta comporta sì una modifica della legge vigente; ma — ed è questo che mi preme riuscire a spiegare — non un mutamento nel concetto sostanziale di giustificato motivo oggettivo e nella sua funzione di limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro. Qui intendo rispondere alla parte dello

(3) V. in proposito lo studio A. e P. ICHINO, M. POLO, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, in *q. Riv.*, 1998, I, 19-47, dove si mostra come i giudici, presumibilmente in considerazione del maggior costo derivante per il lavoratore della perdita del posto nelle regioni meridionali, applichino di fatto la disciplina limitativa dei licenziamenti in modo più severo nei confronti del datore di lavoro in queste regioni rispetto a quelle centro-settentrionali, determinandosi così una maggiore rigidità effettiva della disciplina stessa proprio là dove, dal punto di vista macroeconomico, sarebbe opportuna una maggiore flessibilità.

scritto di PERA (§ 17) nella quale egli denuncia una ambivalenza nel modo in cui ho presentato la mia proposta: da un lato come « meccanismo meramente applicativo » del principio del giustificato motivo, dall'altro come modifica della legge vigente.

Molti hanno considerato questa proposta come uno stravolgimento dell'assetto attuale della disciplina del licenziamento: si è parlato di una sostanziale abolizione del principio del giustificato motivo e di un passaggio dalla « tutela reale » alla « monetizzazione » del posto di lavoro. Ma il principio del giustificato motivo oggettivo non viene affatto abolito: viene soltanto applicato in modo più sicuro e rigoroso; le uniche differenze esistenti fra la riforma da me proposta e la disciplina vigente sono la determinazione della soglia del giustificato motivo da parte del legislatore invece che del giudice e il fatto che, quando tale soglia sia stata superata e il licenziamento sia quindi legittimo, secondo la mia proposta il lavoratore riceve un congruo indennizzo, mentre secondo la disciplina vigente egli si ritrova per la strada senza una lira.

Per spiegare meglio il ragionamento, ritorno all'affermazione da cui ho preso le mosse: secondo la legge oggi vigente il lavoratore può essere licenziato quando dalla prosecuzione del rapporto derivi per l'impresa, in termini di valore atteso, una perdita (derivante da costi contabili o da costi-opportunità) superiore a una soglia di sopportabilità. Questa affermazione deve essere completata con la seguente, alla cui fondatezza sono dedicati i paragrafi 45 e 46 del mio libro:

— la soglia di sopportabilità della perdita attesa conseguente alla prosecuzione del rapporto, che definisce il giustificato motivo oggettivo di licenziamento di cui all'art. 3 della legge del 1966, è una grandezza di natura esclusivamente patrimoniale, sempre suscettibile di essere espressa in termini monetari.

Se si dissente da quest'ultima proposizione, se cioè si afferma l'esistenza, nel concetto di giustificato motivo oggettivo, di un elemento non patrimoniale, occorre 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 riesco proprio a vedere quale spazio possa esservi, in questa nozione, per elementi di natura non patrimoniale (4). Coloro che hanno qualificato la mia proposta come indebita « monetizzazione del posto di lavoro », hanno l'onere di indicare quali possano essere le « ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa » non consistenti in una perdita attesa, esprimibile in termini monetari. Se essi non sono in grado di indicarle, riconoscano che la riforma

(4) 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, già oggi si applica soltanto il regime di tutela obbligatoria contro il licenziamento, proprio perché il legislatore ha voluto offrire ad esse una sorta di « uscita di sicurezza », nel caso in cui quegli interessi non fossero adeguatamente valutati dal giudice: in caso di soccombenza in giudizio, essi potranno comunque essere fatti salvi pagando l'indennizzo al lavoratore.

proposta non innova sostanzialmente rispetto al principio del giustificato motivo oggettivo di licenziamento: innova soltanto per ciò che riguarda il modo della sua determinazione pratica, sottraendola alla discrezionalità del giudice. Nessuna « monetizzazione » indebita del posto di lavoro, ma soltanto una maggiore trasparenza e prevedibilità del ragionamento attraverso il quale la regola del giustificato motivo oggettivo viene applicata.

Comprendo che questo toglierebbe moltissimo lavoro agli avvocati (oltre che ai giudici del lavoro); ma non credo che la *ratio* della disciplina limitativa dei licenziamenti consista nel sostegno dei redditi del ceto forense.

3. Dunque, il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consiste in una perdita attesa, di importo superiore a una data soglia, che può esprimersi in termini monetari. Nelle sentenze dei giudici del lavoro su questa materia non viene mai precisata questa soglia; oppure affiora talvolta l'idea ingenua che la soglia sia pari a zero: sussisterebbe il giustificato motivo di licenziamento in tutti i casi in cui il bilancio preventivo della prosecuzione del rapporto potesse considerarsi comunque in perdita, quale che fosse l'entità di tale perdita. Ma — quando si escluda il licenziamento per motivi di rappresaglia o di discriminazione, per il quale deve essere mantenuta la comminatoria di nullità — l'imprenditore non licenzia mai un proprio dipendente se il bilancio preventivo del rapporto (comprensivo dei costi contabili e dei costi-opportunità) è in pareggio o in attivo: se egli licenzia è *sempre* perché il bilancio preventivo è in perdita. Se dunque fosse sufficiente qualsiasi perdita attesa per giustificare il licenziamento, ciò equivarrebbe a dire che qualsiasi licenziamento (non dettato da motivi illeciti) è giustificato; non occorrerebbe allora alcuna disciplina limitativa della facoltà di recesso, salvo il divieto del licenziamento determinato da motivi illeciti. La legge è invece intervenuta a limitare la facoltà di licenziamento proprio perché si è voluto evitare che una perdita attesa *qualsiasi* possa portare al licenziamento: per giustificare il recesso — dice implicitamente la legge — la perdita deve superare un limite di sopportabilità. È sostanzialmente sempre questo e solo questo l'oggetto della valutazione del giudice nelle cause su questa materia.

Il giudice potrebbe dunque già oggi, *senza alterare in nulla lo schema attuale della tutela del lavoratore*, procedere in questo modo: esplicitare quale sia a suo avviso la soglia di sopportabilità della perdita attesa nel caso concreto; accertare la disponibilità del datore di lavoro a spendere altrettanto in funzione della cessazione del rapporto di lavoro (accertamento che potrebbe fondarsi, ad esempio, su di un'offerta transattiva fatta dal datore al prestatore di lavoro); dedurre che la perdita attesa prodotta dalla prosecuzione del rapporto è superiore a quella soglia e che quindi il giustificato motivo oggettivo di licenziamento sussiste. Di fatto, nessun giudice si comporta in questo modo: le decisioni in materia di giustificato motivo oggettivo vengono argomentate con ragionamenti apparentemente molto diversi, espressi con massime più o meno tralattizie e ripetitive; ma quei ragionamenti, quando portano a negare la legittimità del licenziamento, nascondono so-

stanziamente questa affermazione: « nel caso specifico ritengo che dalla prosecuzione del rapporto di lavoro ci si debba attendere una perdita di entità sopportabile; non si può licenziare per così poco ».

La riforma che propongo non introduce un meccanismo di tutela del lavoratore qualitativamente diverso da quello vigente, ma si limita a rendere trasparente il criterio di determinazione del giustificato motivo oggettivo, prevedendo che tale criterio sia fissato ed esplicitato dal legislatore invece che essere lasciato alla discrezionalità totale del giudice caso per caso. L'altra previsione — quella per la quale se l'imprenditore è disposto a sopportare un costo pari alla soglia del giustificato motivo per la risoluzione del rapporto il licenziamento deve considerarsi senz'altro legittimo — potrebbe persino, a ben vedere, considerarsi pleonastica: essa è la conseguenza ovvia dell'affermazione iniziale secondo cui esiste sempre un equivalente monetario del giustificato motivo oggettivo. Il fatto che i giudici del lavoro di fatto non praticino questo procedimento per la verifica della sussistenza del giustificato motivo oggettivo di licenziamento è dovuto esclusivamente alla riluttanza, tanto diffusa quanto inespressa e comunque irrazionale, ad ammettere che il giustificato motivo oggettivo non è altro — a ben vedere — se non una perdita attesa dall'imprenditore, conseguente alla prosecuzione del rapporto, di entità superiore a una determinata soglia esprimibile in termini monetari.

4. PERA si chiede (§ 13) se non sarebbe più razionale dar corso all'idea dell'indennizzo in favore del lavoratore licenziato senza sua colpa nel contesto dell'assicurazione contro la disoccupazione, invece che porre l'indennizzo stesso a carico del datore di lavoro. Ma il porre l'indennizzo a carico del datore di lavoro è indispensabile per l'attivazione di quella verifica automatica della sussistenza del giustificato motivo oggettivo, che verrebbe meno se l'indennizzo fosse posto a carico dell'assicurazione.

A favore dell'indennizzo posto a carico dell'imprenditore milita anche un altro argomento assai importante. Nel danno che il lavoratore subisce in conseguenza di una perdita repentina del posto vi è (qui sì!) una componente non patrimoniale, costituita dalla brusca interruzione dei propri rapporti con i colleghi di lavoro, dalla lesione della sua immagine agli occhi dei familiari e dei conoscenti, dalla alterazione improvvisa delle sue abitudini di vita e di lavoro; per non parlare della maggiore difficoltà che normalmente incontra chi cerca un nuovo lavoro dalla posizione di disoccupato rispetto a chi lo cerca dalla posizione di occupato. Orbene, col dare al lavoratore la scelta se riscuotere immediatamente dal datore di lavoro l'indennizzo in denaro in unica soluzione, oppure goderne mese per mese sotto forma di retribuzione per un periodo di preavviso lungo, gli si consente di ridurre al minimo, quando non di eliminare del tutto, la componente non patrimoniale del danno conseguente alla perdita del posto di lavoro (cioè, ovviamente, a condizione che lo svolgimento del preavviso lavorato, almeno entro un congruo limite massimo — ad esempio: un anno — sia materialmente possibile; in caso

contrario, la facoltà di opzione del lavoratore per il preavviso lavorato non potrà che essere limitata o esclusa).

5. PERA si chiede, ancora, come funzioni il meccanismo proposto quando sia « dubbia la collocabilità nella zona del giustificato motivo oggettivo o, viceversa, in quello del giustificato motivo soggettivo » (§ 12): è il caso, ad esempio, del licenziamento per scarso rendimento (da lui considerato nel § 16).

Il meccanismo dovrebbe funzionare così: se il datore di lavoro è in grado di provare la colpa grave del lavoratore, nessun indennizzo è dovuto per il licenziamento, oppure è dovuto un indennizzo ridotto in proporzione all'entità della colpa. Qui, per la valutazione della responsabilità disciplinare del lavoratore, l'intervento del giudice è ineliminabile. Ma se, una volta esclusa la responsabilità del lavoratore e quindi il giustificato motivo *soggettivo*, il datore di lavoro è disposto a pagare l'indennizzo, questo significa — per tutto quanto si è detto sopra — che sussiste (almeno) un giustificato motivo *oggettivo* di licenziamento: che il lavoratore ne sia colpevole o no, dalla prosecuzione del rapporto il datore di lavoro si attende una perdita superiore all'indennizzo, cioè superiore alla soglia di sopportabilità che definisce il giustificato motivo oggettivo.

Certo, in questo modo sfuma di fatto la rilevanza della distinzione fra giustificato motivo oggettivo e soggettivo; ma di questo non c'è ragione di dolersi, anche perché è vasta la zona in cui tale distinzione non è affatto chiara neppure sul piano teorico e non lo è mai stata neppure nel quadro della legislazione vigente.

6. Nel § 19 PERA si dice non convinto della mia tesi secondo cui il nostro ordinamento attribuisce al contratto di lavoro (anche) una funzione sostanzialmente assicurativa. Rispondo che, per sostenere il contrario, occorrerebbe sostenere che *qualsiasi* perdita attesa derivante dalla prosecuzione del rapporto di lavoro giustifichi il licenziamento: cioè che la soglia di sopportabilità della perdita, a norma dell'art. 3 della legge n. 604/1966, sia zero. Questo equivarrebbe a dire — come ho cercato di mostrare sopra — che il datore di lavoro può licenziare liberamente (purché non per motivi illeciti); perché mai, infatti, quando si escluda l'intento discriminatorio o di rappsaglia, egli affronterebbe i costi e le grane del recesso da un rapporto di lavoro dal quale non vi sia motivo di attendersi complessivamente una perdita?

La limitazione della facoltà di recesso del datore di lavoro ha invece esattamente il significato dell'addossamento a lui del rischio di una perdita: anche se le cose andranno male — fino a una soglia di sopportabilità — egli dovrà tenersi quella perdita, per evitare al proprio dipendente il danno della perdita del posto. Che è quanto dire che il datore di lavoro funge, per quell'aspetto ed entro quella misura, da assicuratore del proprio dipendente.

P. si chiede (§ 21): « è sempre possibile questo? anche per improvvise crisi derivanti, ad es., dalla svalutazione della moneta in un paese estero? ». La mia risposta è: sì, è possibile; anche perché i meccanismi automatici del mercato si inca-

ricano di remunerare il rischio, a spese dell'assicurato; di fatto il lavoratore paga, in termini di retribuzione più bassa, il « premio » assicurativo per la polizza implicita nel contratto di lavoro (percepriamo l'entità di questo premio quando confrontiamo, in zone non marginali del mercato, il costo orario del lavoro subordinato con il costo orario del lavoro autonomo: a parità di livello professionale del prestatore un'ora di lavoro autonomo costa mediamente parecchio di più). Ciò che ha fatto grande il ruolo dell'impresa moderna in quest'ultimo secolo, sulle due sponde dell'Atlantico (5) e del Pacifico, è stata proprio la sua capacità di assumere su di sé il rischio, dando sicurezza ai propri dipendenti e ai propri clienti. All'impresa non occorre affatto che la si esoneri dal rischio (questo equivarrebbe a negare la sua stessa natura e funzione essenziale), per collocarlo interamente sul lavoratore, ma soltanto che si predetermini con chiarezza l'estensione della copertura assicurativa cui essa è tenuta nei confronti del lavoratore, in modo che essa possa calcolare e scontare il rischio stesso; ciò che la disciplina italiana attuale dei licenziamenti non le consente di fare.

7. Siamo — per quel che mi consta — l'unico Paese al mondo in cui il giudice, se ritiene che non sussista un giustificato motivo di licenziamento, è obbligato a reintegrare il lavoratore nell'unità produttiva medio-grande. Si suol dire che una disposizione analoga vige anche nell'ordinamento tedesco; ma lì la legge lascia al giudice la scelta fra la reintegrazione e l'indennizzo (nella misura massima di diciotto mensilità); e — per quel che ne so — la sentenza di reintegrazione viene pronunciata soltanto nei casi in cui il giudice ravvisa nel comportamento del datore un intendimento illecito: di fatto, in Germania, non più del 5% dei casi di soccombenza del datore di lavoro in cause di licenziamento. In Spagna l'indennizzo per il licenziamento ingiustificato, in alternativa alla reintegrazione del lavoratore, va da 30 a 45 giorni di retribuzione per ogni anno di anzianità del lavoratore; in Francia ammonta di regola a 6 mensilità; nel Regno Unito non può superare 12.000 sterline (circa 33 milioni di lire italiane). In tutti questi Paesi, in sostanza, viene predeterminato il *tetto massimo* della copertura assicurativa che può essere posta a carico del datore, in favore del prestatore di lavoro; ma viene lasciata al giudice la facoltà di esonerare il datore dall'indennizzo nel caso concreto. A differenza di questi ordinamenti, io propongo che l'indennizzo — di entità predeter-

(5) Il rapporto di lavoro subordinato ha di fatto, in qualche misura, il contenuto assicurativo sopra indicato anche nell'ordinamento statunitense, dove pure la legge (tranne che nello Stato del Montana) non prevede il controllo giudiziale sul giustificato motivo di licenziamento, dal momento che limitazioni rilevanti della facoltà di recesso del datore di lavoro derivano diffusamente non soltanto dai contratti collettivi, nella modesta frazione del tessuto produttivo che ne è coperta, ma anche dalla giurisprudenza di *common law*: v. ultimamente in proposito J.H. VERKERKE, *Un approccio di law and economics alla questione della libertà di licenziamento negli Stati Uniti*, in *q. Riv.*, 1998, I, 293-315; inoltre A.B. KRUGER, *The evolution of unjust-dismissal legislation in the United States*, *ILRR*, vol. 44, n. 4, luglio 1991, pp. 644-660, recensito in *q. Riv.*, 1995, III, 233-236; N. BENEDETTO, *Employment at will e tutela contro i licenziamenti privi di giusta causa: il caso degli Stati Uniti*, *DRI*, 1995, 219-235: ivi numerosi altri riferimenti bibliografici in argomento.

minata o predeterminabile — sia dovuto *in ogni caso*, salvo che il rapporto cessi per colpa del lavoratore; ho spiegato sopra (§ 4) perché questa soluzione mi sembra migliore rispetto a una assicurazione contro la disoccupazione gestita da un ente terzo. In ogni caso è una soluzione più vantaggiosa per il lavoratore licenziato, rispetto a quella tradizionale, sperimentata negli altri ordinamenti.

È davvero così scandaloso e lesivo dei diritti dei lavoratori proporre che anche in Italia, si predetermini in modo chiaro l'entità della copertura assicurativa contro le sopravvenienze negative del rapporto che il datore di lavoro si accolla nei confronti del dipendente? Che cosa ci induce a considerare migliore un ordinamento che affida la determinazione di quella copertura caso per caso a un giudice le cui opzioni di politica del lavoro sono sovente imperscrutabili, rispetto a un ordinamento nel quale sia il legislatore a predeterminarla esplicitando quelle scelte?

Il contenuto essenziale della mia proposta è questo: rendere chiara e trasparente la scelta circa il grado di tutela della stabilità, affidandone la predeterminazione a chi ne risponde politicamente davanti ai propri elettori.

PIETRO ICHINO