

**GIURETA**

Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente

Vol. VII  
Anno 2009

---

*Massimiliano Marinelli*

## **Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo**

*Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*

---

Università degli Studi di Palermo

© Massimiliano Marinelli  
Università di Palermo  
[massimiliano.marinelli@unipa.it](mailto:massimiliano.marinelli@unipa.it)

ISSN 1724-7322  
Dipartimento di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente  
Viale delle Scienze, ed. 13 - 90138 Palermo (Italia)  
Tel: (+39) 0916626220 – Fax: (+39) 091596506  
[giureta@unipa.it](mailto:giureta@unipa.it)  
[www.giureta.unipa.it](http://www.giureta.unipa.it)

## INSINDACABILITA' DELLE SCELTE DATORIALI E GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO

*Massimiliano Marinelli\**

SOMMARIO: 1. Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: considerazioni introduttive. – 2. Le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro. – 3. Le ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro. – 4. I limiti al controllo giudiziario ed il nesso di causalità. – 5. Il licenziamento come *extrema ratio*. – 6. Aspetti critici di alcune proposte di riforma.

1. Il “giustificato motivo oggettivo di licenziamento” costituisce da tempo uno dei principali punti di sofferenza nel dibattito sulla stabilità. La sua disciplina ha costituito il punto di partenza di un'articolata proposta di modifica della tutela contro i licenziamenti ingiustificati, che finirebbe (come illustrerò alla fine della mia relazione) con il modificare in modo radicale l'attuale assetto normativo. La proposta *de jure condendo*, contenuta in un libro che ha avuto un notevole successo di vendite alcuni anni fa<sup>1</sup>, è stata poi ripresa dall'Autore in un'opera di complessiva ricostruzione della disciplina del contratto di lavoro<sup>2</sup>. Tuttavia in questo secondo caso la pretesa di applicarla al diritto vigente come criterio interpretativo non appare pienamente fondata, e comunque non sembra essere stata realmente seguita dalla giurisprudenza.

---

\* Professore Straordinario di Diritto del Lavoro presso la facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli studi di Palermo.

<sup>1</sup> V. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, Milano, Mondadori, 1996, 105.

<sup>2</sup> V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, Milano, Giuffrè, 2003, 435.

Secondo l'art. 3, c. 2, della l. 15 luglio 1966 n. 604 il datore di lavoro può recedere dal contratto - oltre che in presenza di un rilevante inadempimento del lavoratore, ascrivibile alla fattispecie del giustificato motivo soggettivo o della giusta causa, ovvero per circostanze estranee al rapporto di lavoro che facciano venire meno la fiducia nel futuro corretto adempimento della prestazione - per ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa<sup>3</sup>. L'enunciato normativo contenuto nella disposizione è così ampio da includere potenzialmente situazioni tra di loro assai diverse, accomunate soltanto dalla loro inerenza all'attività produttiva, e dal non essere riferibili ad un comportamento colpevole del lavoratore. Mentre nelle ipotesi di giusta causa e di giustificato motivo soggettivo il legislatore richiede ai fini della validità del licenziamento un evento che attiene alla sfera giuridica del dipendente, il licenziamento per giustificato motivo oggettivo si colloca su un piano diverso. Esso infatti prescinde totalmente dall'esistenza di un comportamento colpevole del dipendente, pur potendo essere dovuto anche a situazioni non derivanti da una scelta organizzativa del datore di lavoro, e oggettivamente connesse invece alla persona del lavoratore.

Il legislatore ha utilizzato espressioni assai generiche ed indefinite, in quanto non viene specificato quali tra le molte possibili ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al suo regolare funzionamento

---

<sup>3</sup> V. G. PERA, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, in *Riv. dir. lav.*, 1968, I, 221; M. BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, Franco Angeli, 1975, 363; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, Angeli, 1980, 234; G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Padova, Cedam, 1980, 88. Più di recente l'istituto è stato oggetto di studi monografici ad opera di M. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Padova, Cedam, 2005 e di C. OGRISEG, *Rischio economico e modelli di protezione del lavoro. Contributo allo studio delle tutele contro i licenziamenti negli ordinamenti italiano e francese*, Milano, Giuffrè, 2008. Ad esso viene dedicato ampio spazio anche da L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, in *Disciplina dei licenziamenti e mercato del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Venezia 25-26 maggio 2007*, Milano, Giuffrè, 2008, 5.

possano legittimare un recesso. L'art. 3 della l. 604 del 1966 rientra dunque tra le cosiddette norme generali, la cui fattispecie, pur essendo completa nel suo contenuto, non descrive uno o più casi specifici (come invece ad esempio accade nell'art. 2110 c.c. per il licenziamento per superamento del periodo di comporto), bensì un insieme di ipotesi definite in modo generico mediante una categoria riassuntiva<sup>4</sup>, per cui si rende necessaria un'opera molto accentuata di concretizzazione del suo contenuto da parte dell'interprete. Questi individua il significato delle espressioni impiegate dal legislatore mediante il richiamo a valori ed a discipline che non necessariamente sono contenuti nel diritto positivo, rendendo così non facilmente prevedibile il contenuto delle decisioni giudiziarie in merito<sup>5</sup>.

Il riferimento alle esigenze dell'impresa non costituisce però un modo per affermare la piena libertà del datore di lavoro nell'impiego di uno strumento giuridico. Invero quando il legislatore ha voluto ottenere tale risultato, si è astenuto dal prevedere presupposti di sorta per l'esercizio di un potere - consentendo di ricorrere liberamente ad un determinato atto, come accadeva nella disciplina del recesso di cui all'art. 2118 c.c., o come tuttora avviene per il contratto di appalto - ovvero ha affermato l'assoluta libertà nel ricorso ad un contratto, come ad esempio nell'art. 1, c. 1 del D. lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, che sancisce la piena alternatività del lavoro a tempo parziale rispetto al contratto di lavoro subordinato a tempo pieno.

---

<sup>4</sup> V. L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5; S. RODOTÀ, *Il tempo delle clausole generali*, *ivi*, 1987, 709; C. PISANI, *Certezza del diritto e flessibilità*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 67.

<sup>5</sup> V. (in relazione al diverso problema delle clausole generali, le quali lasciano maggiore ampiezza di decisione al giudice) L. MONTUSCHI, *Ancora sulla rilevanza della buona fede nel rapporto di lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 1999, 723; M. PERSIANI, *Considerazioni sul controllo di buona fede nei poteri del datore di lavoro*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 138.

2. Nell'interpretazione dell'art. 3 c. 2 della l. 604 del 1966 la dottrina e la giurisprudenza tendono a separare le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro da quelle relative al regolare funzionamento di quest'ultima<sup>6</sup>. Le prime includono i casi di recesso che siano conseguenza di una scelta organizzativa del datore di lavoro. Alle seconde appartengono invece le ipotesi in cui il licenziamento è motivato dalla scelta del datore di lavoro di non mutare il proprio assetto organizzativo, nel quale però il dipendente non può più essere utilmente inserito<sup>7</sup>.

Non costituiscono un giustificato motivo oggettivo di licenziamento le ipotesi di inadempimento colpevole del lavoratore rispetto alle obbligazioni contrattualmente assunte, nemmeno nei casi in cui ciò abbia determinato una disfunzione organizzativa, la quale assume semmai rilievo ai fini della valutazione della gravità del comportamento del lavoratore. Infatti, pur sussistendo l'interesse del datore di lavoro alla salvaguardia del corretto funzionamento dell'organizzazione produttiva tramite il mantenimento della disciplina al suo interno, il comportamento doloso o colposo del lavoratore è già stato ricondotto dal legislatore, ai fini della valutazione della fondatezza del recesso, nell'ambito di distinti presupposti causali del licenziamento<sup>8</sup>. Questi sono individuati con le espressioni "giustificato motivo soggettivo" o "giusta causa" (della quale peraltro non esauriscono la nozione), per la cui

---

<sup>6</sup> V. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 18; G. DELLA ROCCA, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra dottrina e giurisprudenza*, in *Il dialogo tra dottrina e giurisprudenza nel diritto del lavoro. Quaderni della rivista degli infortuni e delle malattie professionali*, Edizioni Inail, Roma, s.d. (ma 1999), 490.

<sup>7</sup> V. L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 621.

<sup>8</sup> V. P. TOSI, *Il dirigente d'azienda*, Milano, Franco Angeli, 1974, 193; M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 352; G. BURRAGATO, *Il licenziamento disciplinare*, in *Lav. prev. oggi*, 2002, 438.

realizzazione è essenziale non soltanto la sussistenza di un comportamento gravemente lesivo del rapporto obbligatorio o del vincolo fiduciario, ma soprattutto l'esistenza degli elementi soggettivi del dolo o della colpa<sup>9</sup>. Va del resto sottolineato che questi nella valutazione giurisprudenziale prevalgono sull'effettiva lesione dell'interesse del datore di lavoro, essendo ritenuto pienamente legittimo anche il licenziamento per comportamenti che non abbiano arrecato in concreto alcun danno al creditore della prestazione<sup>10</sup>.

Per individuare in modo positivo le ragioni inerenti all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro si è suggerito di fare ricorso alla disposizione contenuta nell'art. 24 della l. 223 del 1991, la quale pone come fondamento giustificativo del licenziamento collettivo la riduzione, la trasformazione o la cessazione dell'attività o del lavoro. Invero, come è stato correttamente osservato, le problematiche legate al fondamento del recesso ed al tipo di controllo giudiziale sulla giustificazione si pongono in modo omogeneo in entrambe le situazioni<sup>11</sup>. Lo stesso legislatore ha legittimato una opzione interpretativa di questo tipo, disponendo all'art. 4, c. 1 del d.l. 20 maggio 1993, n. 148, conv. in l. 19 luglio 1993, n. 236, l'iscrizione nelle liste di mobilità dei lavoratori licenziati da imprese, anche artigiane o cooperative di produzione e lavoro, indipendentemente dal numero dei dipendenti da queste impiegate, licenziati per giustificato motivo oggettivo connesso a riduzione, trasformazione o cessazione di attività o di lavoro. Con tale previsione il

---

<sup>9</sup> V. Cass. 16 febbraio 2000, 1749, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 463, con nota di M. VILLA, *Il diritto di critica del lavoratore e il licenziamento per giusta causa: una sottile linea di confine*; Cass. 26 gennaio 2001, n. 765, in *Giust. civ.*, 1991, I, 1177, con nota di G. MAMMONE, *Licenziamento per giustificato motivo, giusta causa ed elemento soggettivo del lavoratore*.

<sup>10</sup> V. Cass. 8 febbraio 2000, n. 1412, in *Or. giur. lav.*, 2000, I, 479; Cass. 3 marzo 2000, n. 2404; Cass. 27 dicembre 1999, n. 14567, in *Not. giur. lav.*, 2000, 359;

<sup>11</sup> V. R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1998, 699 (sul punto 704); G. FONTANA, *Discrezionalità imprenditoriale e tutela giurisdizionale nei licenziamenti motivati da ragioni economiche*, in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, 323 (sul punto 347).

legislatore ha infatti individuato quanto meno una parte delle ipotesi nelle quali un licenziamento fondato su ragioni non attinenti alla persona del lavoratore appare giustificato, indicate in modo specifico nella scelta imprenditoriale di ridurre, riorganizzare o cessare l'attività economica o l'organizzazione produttiva.

Che la cessazione totale o la chiusura parziale dell'attività possano giustificare il licenziamento individuale, comportando la soppressione di tutti o di una parte dei posti di lavoro, è del resto ritenuto ormai un dato acquisito<sup>12</sup>. Ai fini della giustificatezza del licenziamento non assume rilievo la circostanza che la cessazione dell'attività derivi da una libera scelta del datore di lavoro<sup>13</sup>, ovvero da una decisione dell'autorità giudiziaria<sup>14</sup>, in quanto l'unico elemento preso in considerazione dal legislatore consiste nell'effettività della situazione dedotta alla base del licenziamento. Alla cessazione totale va accomunata dal punto di vista sistematico la chiusura soltanto parziale dell'attività del datore di lavoro, ovvero l'ipotesi in cui questa vada incontro a riduzioni, anche soltanto temporanee. In proposito va segnalato che secondo un'opinione assai diffusa soltanto una cessazione definitiva dell'attività potrebbe legittimare il licenziamento, mentre una semplice interruzione, per periodi di tempo più o meno lunghi, non potrebbe essere ritenuta un giustificato motivo oggettivo di recesso, dovendo in questo caso il datore di lavoro fare ricorso agli strumenti offerti dall'ordinamento per il sostegno temporaneo al reddito del lavoratore, come la cassa integrazione guadagni<sup>15</sup>. Va però osservato che questi non si

---

<sup>12</sup> V. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 123; M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 290. In giurisprudenza v. Cass. 9 dicembre 1992, n. 12998, in *Fallimento*, 1993, 593; Cass. 12 agosto 1994, n. 7417, in *Not. giur. lav.*, 1994, 766

<sup>13</sup> V. Cass. 12 novembre 1993, n. 11162, in *Dir. prat. lav.*, 1994, 245.

<sup>14</sup> V. Cass. 21 giugno 1985, n. 3752, in *Giust. civ.*, 1986, I, 467, con nota di R. DEL PUNTA.

<sup>15</sup> V. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 297.



applicano a tutti i datori di lavoro, per cui dalla loro esistenza non può essere ricavata alcuna regola di carattere generale ai fini interpretativi<sup>16</sup>. Inoltre nessuna disposizione impone agli imprenditori che ne possano godere di fare ricorso a tali strumenti, per cui, pur ritenendo che normalmente, se ne sussistano i presupposti, si farà ricorso alla cassa integrazione guadagni, ciò non è previsto dalla legge come obbligo. Si deve dunque ritenere che non soltanto una cessazione definitiva dell'attività possa giustificare il licenziamento, ma anche una interruzione per un periodo di tempo più o meno lungo<sup>17</sup>.

Tra i casi di giustificato motivo oggettivo va inclusa anche la decisione del datore di lavoro di realizzare un'operazione di decentramento produttivo, consistente nell'affidamento ad un soggetto esterno di alcune fasi della propria attività di impresa, che possono rientrare nel normale ciclo produttivo dell'impresa, ovvero includere attività di carattere meramente accessorio<sup>18</sup>. In questo caso non sussiste una riduzione dell'attività economica svolta dall'impresa, ma soltanto un diverso modo di articolare l'organizzazione produttiva. In particolare all'acquisizione diretta del fattore lavoro, al fine dello svolgimento in proprio di determinate attività, mediante soggetti assunti alle proprie dipendenze, il datore di lavoro sostituisce l'affidamento (normalmente con contratto di appalto, ma anche con diverse tipologie contrattuali) di tali operazioni ad imprenditori in possesso di una propria

---

<sup>16</sup> V. G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, cit., 123.

<sup>17</sup> V. Cass. 3 settembre 1993, n. 9280, in *Giust. civ.*, 1994, I, 1005, con nota di L. ANGELINI, *Comunicazione di scadenza del termine illegittimo e licenziamento individuale o collettivo per cessazione d'attività stagionale (con riferimento alla legge n. 223 del 1991)*.

<sup>18</sup> V. F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 203; R. DE LUCA TAMAJO, *I processi di terziarizzazione intra moenia, ovvero la fabbrica "multisocietaria"*, in *Dir. mer. lav.*, 1999, 49; in giurisprudenza Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, in *Riv. it. dir. lav.*, 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. 6 dicembre 1984, n. 6450, in *Not. giur. lav.*, 1985, 323.

organizzazione. In assenza di un esplicito divieto di fonte legale rispetto a queste operazioni, e qualora la contrattazione collettiva non ponga alcun limite a tale tipo di scelta, l'operazione si presenta pienamente legittima. Di conseguenza i licenziamenti intimati ai lavoratori impiegati nelle attività che l'imprenditore non intende più svolgere in proprio saranno pienamente giustificati, a condizione che essi non possano essere impiegati in altre attività produttive, nei termini che saranno esaminati in seguito.

Non sarebbe invece legittimo un licenziamento intimato per sostituire ai contratti di lavoro subordinato a tempo indeterminato contratti di lavoro a termine, contratti di somministrazione di manodopera a tempo determinato ovvero contratti di lavoro intermittente. In queste ipotesi infatti il legislatore vieta di fare ricorso a tali forme negoziali di acquisizione del fattore lavoro, indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti che normalmente ne consentono l'utilizzo.

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è consentito anche nel caso di una modifica all'organizzazione del lavoro, in forza della quale le mansioni che erano affidate ad un lavoratore vengono ripartite tra altri dipendenti<sup>19</sup>. I compiti in questione non sono soppressi, né sono affidati all'esterno dell'organizzazione produttiva, ma vengono divisi tra altri soggetti, rendendo così superflua la presenza del dipendente. A tale fattispecie si può accostare anche l'ipotesi in cui le mansioni in precedenza assegnate ad un lavoratore vengano assunte in proprio dal datore di lavoro, o dai componenti del

---

<sup>19</sup> V. L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento*, cit., 636. In giurisprudenza v. Cass. 15 novembre 1993, n. 11241, in *Riv. it. dir. lav.* 1994, II, 766, con nota di A. MORONE, *Licenziamento per soppressione del posto e assegnazione ad altri delle mansioni residue o smembrate*; Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, in *Mass. giur. lav.*, 1996, 88; Cass. 17 gennaio 1998, n. 414 in *Not. giur. lav.*, 1998, 188; Cass. 14 giugno 2000, n. 8135, in *Not. giur. lav.*, 2000, 747. *Contra* Cass. 24 giugno 1995, n. 7199 in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 496, con nota di R. MUGGIA, *Brevi osservazioni sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo*.

consiglio di amministrazione della società<sup>20</sup>. In entrambi i casi infatti la riorganizzazione del complesso produttivo porta alla soppressione di un profilo lavorativo non indispensabile, in quanto i compiti in esso rientranti possono essere espletati utilmente dal datore di lavoro, ovvero da altri soggetti già presenti all'interno del complesso produttivo.

Anche la sostituzione di un determinato processo produttivo con un altro, nel quale determinati compiti precedentemente svolti dai lavoratori siano invece affidati a sistemi automatizzati<sup>21</sup>, costituisce una ipotesi di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, in quanto sussiste una riduzione dei posti di lavoro presenti in azienda. L'ipotesi peraltro si interseca con il caso nel quale all'inserimento in azienda di un determinato tipo di macchinari o di sistemi produttivi segua non soltanto la soppressione di un certo numero di posti di lavoro, ma anche la creazione di nuove posizioni lavorative. Si deve ritenere che per il numero di posti di lavoro soppressi a cui faccia riscontro la creazione di nuovi posti di lavoro non vi sia una riduzione di lavoro dell'impresa, ma soltanto una riorganizzazione dell'attività produttiva, cui fa riscontro una esigenza di personale invariata. Tuttavia la riorganizzazione comporta la scomparsa di alcune mansioni e l'inserimento di altre, le quali in astratto potrebbero essere attribuite, prima che a soggetti neoassunti, ai lavoratori il cui posto di lavoro sia stato soppresso.

3. Numerose situazioni riferibili alla sfera personale del lavoratore non configurano un inadempimento contrattuale, ma si ripercuotono sull'organizzazione del lavoro, potendo interferire con il suo regolare

---

<sup>20</sup> V. Cass. 6 aprile 1999, n. 3312, in *Riv. it. dir. lav.*, 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*.

<sup>21</sup> V. Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, in *Not. giur. lav.*, 1991, 488; M. PAPALEONI, *Licenziamento per giusta causa o motivo*, Padova, Cedam, 1998, 181 e la giurisprudenza ivi citata.

funzionamento. Queste possono derivare da situazioni personali del dipendente assai diverse tra di loro, accomunate però dalla circostanza di non essere la conseguenza di scelte organizzative, che determinano una eccedenza di personale, operate dal datore di lavoro, il quale anzi normalmente rimane del tutto estraneo all'avvenimento preso in considerazione. Il riferimento alle ragioni inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro è infatti dal punto di vista linguistico abbastanza ampio da includere tutte le ipotesi che, indipendentemente dalla loro origine, possano produrre effetti nei confronti dell'organizzazione del lavoro. Anche in queste ipotesi però si determina, secondo l'opinione prevalente, una situazione nella quale occorre valutare se prevalga l'interesse del datore di lavoro al corretto funzionamento dell'organizzazione produttiva, o quello del lavoratore alla conservazione del posto<sup>22</sup>. Invero non ogni ragione che si ripercuota sull'organizzazione del lavoro può legittimare il licenziamento di un lavoratore. Deve invece trattarsi di un caso che non renda possibile la prosecuzione del rapporto di lavoro, e che, come già detto in precedenza, non possa essere ricondotto ad altre fattispecie già previste e disciplinate dalla legge come autonome cause di recesso.

Un tipico caso di impossibilità temporanea di svolgimento della prestazione, che non può essere presa in considerazione nell'ambito di fattispecie differenti, è la malattia del lavoratore, la cui disciplina è interamente contenuta nell'art. 2110 c.c. Durante il periodo di conservazione del posto di lavoro l'impossibilità dello svolgimento della prestazione non produce conseguenze sul piano della continuità del rapporto, essendo espressamente vietato al datore di lavoro di recedere. Una volta superato il periodo di comporta invece,

---

<sup>22</sup> V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 448; S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 26, 131 (sul punto 155).

l'impossibilità temporanea diviene definitiva, venendo meno per espressa valutazione del legislatore l'interesse del creditore al conseguimento della prestazione. L'estinzione del rapporto non è però automatica, ma richiede il recesso esplicito del datore di lavoro, comunicato con rispetto dei termini di preavviso ai sensi dell'art. 2118 c.c.

Dall'ipotesi della temporanea impossibilità di svolgimento della prestazione lavorativa dovuta alla malattia, va tenuto distinto il caso nel quale il lavoratore divenga inidoneo alle mansioni assegnategli a causa di una sopravvenuta infermità fisica o psichica. Le due ipotesi possono di fatto venire a coincidere, qualora lo stato di salute del dipendente determini la sua assenza dal posto di lavoro, ma sono concettualmente diverse in quanto per la realizzazione della fattispecie in esame si richiede che – indipendentemente dalla assenza di prestazione – il dipendente non sia più nelle condizioni di adempiere l'obbligazione lavorativa contrattualmente assunta. Dopo alcune oscillazioni<sup>23</sup> la giurisprudenza è pervenuta alla conclusione che, in caso di sopravvenuta infermità permanente del lavoratore, l'impossibilità della prestazione lavorativa integri una ragione inerente al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro, la quale può giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Di conseguenza non è più sufficiente per determinare la cessazione del rapporto la sola impossibilità del lavoratore di eseguire le mansioni proprie della qualifica attribuitagli. Occorre invece accertare anche se il dipendente possa essere impiegato per lo svolgimento di

---

<sup>23</sup> V. Cass. 8 gennaio 1983, n. 140, in *Giust. civ.*, 1983, I, 3037, con nota di M. MEUCCI, *Una opinabile inversione di valori: il diritto dell'impresa di adibire il lavoratore a mansioni diverse per esigenze produttive, non corrisposto per il lavoratore nel caso di sopravvenuta menomazione dello stato di salute*; Cass. 21 maggio 1991, n. 5686; Cass. 21 maggio 1992, n. 6106, in *Not. giur. lav.*, 1992, 662; Cass. 13 marzo 1996, n. 2067, in *Giur. it.*, 1996, I, 1, 1038; Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 612, con nota di P. CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore*, a cui si rimanda per ulteriori riferimenti.

altri compiti, già previsti dall'organizzazione produttiva del datore di lavoro, nei termini che saranno illustrati in seguito. Il licenziamento sarebbe dunque illegittimo qualora sussista la possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività, riconducibile - alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede - alle mansioni attualmente assegnate o a quelle equivalenti (art. 2103 c.c.) o, se ciò fosse stato impossibile, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività rientri nell'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore<sup>24</sup>.

Il legislatore ha introdotto una disciplina relativa alla ricerca di un diverso utilizzo del lavoratore parzialmente inabile alle mansioni di assunzioni che in parte recepisce tale orientamento giurisprudenziale, ponendo una deroga alla disciplina generale vigente per le altre ipotesi di giustificato motivo oggettivo<sup>25</sup>. In particolare secondo l'art. 1, c. 7 della l. 12 marzo 1999, n. 68, i datori di lavoro, pubblici e privati, sono tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che siano divenuti inabili a causa di un infortunio sul lavoro o di una malattia professionale. Ai sensi del successivo art. 4, c. 4 i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'art. 3 della stessa legge se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento, o comunque se la loro infermità deriva dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza e di igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'inabilità derivante

---

<sup>24</sup> V. Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 180, con nota di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile* ed in *Mass. giur. lav.*, 1998, 876, con nota di M. PAPALEONI, *Inidoneità sopravvenuta e repaceage*.

<sup>25</sup> V. A. TURSÌ, *La nuova disciplina del diritto al lavoro dei disabili*, in *Riv. giur. lav.*, 1999, I, 727; A. VALLEBONA, *La nuova disciplina delle assunzioni obbligatorie*, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 476.

dall'infortunio o dalla malattia non costituisce un giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti, ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori, con diritto in ogni caso alla conservazione della retribuzione goduta in precedenza. Tale garanzia peraltro non può eccedere i limiti previsti dall'art.2103 c.c. in materia di irriducibilità della retribuzione, per cui si può ritenere che il diritto sussista soltanto per gli emolumenti che venivano erogati in considerazione delle qualità essenziali delle precedenti mansioni - per la loro particolare difficoltà o per le specifiche conoscenze tecniche implicate - mentre non riguarda le indennità costituenti il corrispettivo delle particolari modalità della prestazione lavorativa e cioè di caratteristiche estrinseche della stessa, non correlate alla qualità del patrimonio professionale del lavoratore<sup>26</sup>.

Alla nozione di giustificato motivo oggettivo viene ricondotta anche l'ipotesi in cui il lavoratore perda il possesso delle autorizzazioni o dei titoli necessari per lo svolgimento della propria attività lavorativa, come nel caso della guardia giurata cui siano state revocate, sospese o non rinnovate le necessarie abilitazioni amministrative<sup>27</sup>, del dipendente di una società aeroportuale cui sia stato ritirato il tesserino che consente l'accesso alla zona doganale<sup>28</sup>, ovvero dell'autista cui sia stata ritirata la patente di guida<sup>29</sup>. In questo caso infatti viene a mancare l'elemento che consente il proficuo inserimento all'interno

---

<sup>26</sup> V. Cass. 8 giugno 1999, n. 5659; Cass. 7 dicembre 2000, n. 15517.

<sup>27</sup> V. Cass. 24 ottobre 2000, n. 13986, in *Diritto e Giustizia*, 2000, 40-41, 43. *Contra* Cass. 7 settembre 1988, n. 5076, in *Riv. it. dir. lav.*, 1989, II, 153, secondo cui la sospensione dei titoli amministrativi che autorizzano la guardia giurata allo svolgimento dell'attività di pubblica sicurezza "determinano l'impossibilità assoluta della prestazione lavorativa e, conseguentemente, la risoluzione del rapporto di lavoro per *factum principis* che è sottratta, in quanto tale, all'operatività della tutela prevista per i licenziamenti illegittimi".

<sup>28</sup> V. Cass. 28 febbraio 1992, n. 2461, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, 351, con nota di V. A. POSO, *Sull'impossibilità temporanea per factum principis come giustificato motivo di licenziamento*; Cass. 10 settembre 1993, n. 9453, in *Giust. civ.*, 1994, I, 95, con nota di M. CARO, *Ritiro del tesserino d'accesso all'area doganale dell'aeroporto e licenziamento per impossibilità sopravvenuta: rilievi critici*.

<sup>29</sup> V. 19 dicembre 1998, n. 12719, in *Not. giur. lav.*, 1999, 212.

dell'organizzazione produttiva, rendendo necessaria, al fine del regolare funzionamento dell'attività, l'attribuzione ad altri soggetti dei compiti svolti dal lavoratore in questione. Può costituire inoltre giustificato motivo di licenziamento la circostanza che il dipendente sia stato incarcerato per fatti estranei allo svolgimento del rapporto di lavoro, in quanto soggetto a misura di custodia cautelare, o perché condannato con sentenza passata in giudicato, e sia dunque nell'impossibilità di rendere la prestazione lavorativa per un periodo di tempo più o meno lungo.

In entrambe le ipotesi sussiste dunque un fatto oggettivo che determina la parziale impossibilità *ratione temporis* dell'attività lavorativa dedotta in contratto, ai sensi dell'art. 1464 c.c.<sup>30</sup>, rispetto alla quale l'apprezzabile interesse del datore di lavoro a ricevere le ulteriori prestazioni del dipendente deve essere valutato in base a criteri oggettivi. Secondo la giurisprudenza prevalente una valutazione di questo tipo va condotta accertando la tollerabilità della mancata esecuzione della prestazione in relazione alle dimensioni dell'impresa, al tipo di organizzazione della stessa, alla natura e all'importanza delle mansioni del lavoratore assente, alla possibilità di affidarle ad altri dipendenti, al periodo di assenza già maturato ed alla sua prevedibile durata<sup>31</sup>. A tale proposito si ritiene che il giudizio prognostico sulla durata della carcerazione tenga conto dell'entità della pena astrattamente applicabile e della sussistenza o meno di precedenti penali, sulla cui base si possa prevedere la possibile concessione di benefici relativi alla libertà personale (quali l'adozione di una misura cautelare alternativa alla detenzione)

---

<sup>30</sup> V. G. BALANDI, *Il procedimento penale a carico del lavoratore*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1980, 904.

<sup>31</sup> V. Cass. 23 giugno 1992, n. 7668, in *Not. giur. lav.*, 1992, 662; Cass. 30 marzo 1994, n. 3118; Cass. 1 settembre 1999, n. 9239, in *Riv. giur. lav.*, 2000, II, 78, con nota di M. VILLA, *Cosa accade al rapporto di lavoro nel caso di carcerazione preventiva del lavoratore?*



che consentano al dipendente di ritornare a prestare la propria attività entro un tempo ragionevole<sup>32</sup>.

Qualora sia possibile fare fronte all'assenza del lavoratore attribuendo i suoi compiti a dipendenti già in servizio, si ritiene che l'influenza del fatto impeditivo della prestazione sull'organizzazione del lavoro non raggiunga un livello tale da giustificare il licenziamento. Se invece la durata dell'assenza non permetta al datore di lavoro di sopperirvi facendo ricorso a mezzi diversi dell'assunzione di personale al posto dei soggetti i quali si trovino nell'impossibilità di prestare la loro attività lavorativa, è legittimo il recesso per giustificato motivo. Tale valutazione dunque prescinde totalmente dal comportamento tenuto dal lavoratore, il quale non viene in alcun modo coinvolto nella decisione del datore di lavoro, che si fonda invece soltanto sulle esigenze relative al corretto funzionamento dell'organizzazione produttiva<sup>33</sup>. Peraltro l'assenza del dipendente privato della libertà personale non potrebbe eccedere ad avviso di alcuni il periodo massimo previsto per la conservazione del posto di lavoro in caso di assenza per malattia, alla cui scadenza l'interesse del datore di lavoro al buon andamento della sua attività renderebbe il licenziamento giustificato<sup>34</sup>. Dalla dichiarazione di infondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'art. 2110 c.c., nella parte in cui non sospende il rapporto di lavoro subordinato fino alla sentenza definitiva, non può essere ricavato alcun argomento contrario al riferimento al

---

<sup>32</sup> V. Trib. Milano, 24 dicembre 1996, in *Lav. giur.*, 1997, 415.

<sup>33</sup> V. Cass. 13 marzo 1999, n. 2267, in *Not. giur. lav.*, 1999, 343, in cui essendo stato ritirato il tesserino di accesso alle aree aeroportuali alla maggioranza dei dipendenti impiegati nelle prestazioni lavorative all'interno di esse, è stato ritenuto legittimo il licenziamento di fronte al rischio che l'impossibilità della prestazione lavorativa, pur destinata ad esaurirsi in pochi giorni, si traducesse in una interruzione dell'attività produttiva, determinata dall'impossibilità di fare fronte alle normali esigenze dell'impresa con il ridotto numero di dipendenti che avevano mantenuto il possesso del titolo.

<sup>34</sup> V. Trib. Napoli, 11 luglio 1992, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, 165, con nota di F. AMATO, *Carcerazione preventiva e licenziamento: un discutibile obiter dictum*. *Contra* Cass. 9 giugno 1993, n. 6409 in *Dir. prat. lav.*, 2339.

periodo di comporto al fine di limitare la durata massima tollerabile di assenza del dipendente privato della libertà personale<sup>35</sup>. In quel caso infatti la questione era stata sollevata adducendo che in caso di carcerazione preventiva del lavoratore l'unica soluzione costituzionalmente legittima sarebbe consistita nel privilegiare in modo assoluto gli interessi di quest'ultimo, precludendo l'estinzione del rapporto fino alla condanna definitiva, o fino alla cessazione dello stato di detenzione. In sostanza il giudice remittente riteneva che sarebbe stato necessario un nuovo caso di sospensione del rapporto di lavoro, del tutto diverso da quelli previsti dall'art. 2110 c.c., in quanto mentre nella fattispecie codicistica l'impossibilità della prestazione preclude il potere di recesso del datore di lavoro soltanto per un periodo limitato, nel caso in questione si sarebbe dovuto escludere del tutto il potere di recesso fino alla cessazione della impossibilità della prestazione, quale che ne fosse la durata. La decisione della Corte Costituzionale di respingere l'eccezione deriva proprio dal fatto che occorre sempre operare un bilanciamento degli interessi del datore di lavoro e del lavoratore, per il quale si potrebbe assumere come parametro quanto previsto per altre fattispecie che presentano problemi analoghi.

Il riferimento al periodo di comporto, per quanto non generalmente accettato, consentirebbe di individuare un equo punto di equilibrio tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e le esigenze inerenti al regolare funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Invero affidando la valutazione sulla tollerabilità dell'assenza a criteri assai generici come quelli indicati in precedenza, si rischia di determinare una situazione di assoluta incertezza sulla fondatezza del licenziamento, che discende dalle conclusioni

---

<sup>35</sup> V. Corte cost., 5 aprile 1984, n. 90, in *Not. giur. lav.*, 1984, 164.

del giudice in relazione alle esigenze del datore di lavoro, svincolate da parametri oggettivi di valutazione.

Va comunque tenuto presente che alcuni contratti collettivi contengono una disciplina particolare per i casi in cui il lavoratore sia sottoposto a procedimento penale con privazione della libertà personale, disponendo la sospensione del rapporto di lavoro per un periodo predeterminato, talvolta con la previsione di un assegno alimentare. Altri inoltre prevedono che il mancato possesso del titolo autorizzatorio allo svolgimento delle mansioni non può legittimare il licenziamento, disponendo soltanto la sospensione dell'obbligazione lavorativa, e della corrispondente obbligazione retributiva<sup>36</sup>, per un determinato periodo, allo scadere del quale il datore di lavoro può procedere al licenziamento del dipendente senza preavviso. Si deve ritenere che in questo caso le parti del contratto abbiano individuato i termini entro i quali concordano nel ritenere che l'impossibilità sopravvenuta della prestazione non consenta la prosecuzione del rapporto di lavoro, determinando direttamente il punto di equilibrio tra gli interessi contrapposti, cui il giudice non potrebbe sostituire la propria valutazione. Tuttavia il decorso del termine non permette al datore di lavoro di comunicare immediatamente il licenziamento, in quanto, diversamente da quanto accade nella disposizione di cui all'art. 2110 c.c., la riconduzione alla fattispecie di cui all'art. 3 della l. 604 del 1966 comporta l'applicazione dei limiti da esso previsti alla facoltà di recesso, fra cui in primo luogo l'obbligo di ricercare all'interno dell'organizzazione produttiva altre mansioni cui il dipendente possa essere

---

<sup>36</sup> V. l'art. 120 del C.c.n.l. 2004 – 2008 del C.c.n.l. per i dipendenti degli istituti di vigilanza privati, secondo il quale il mancato rinnovo o la revoca del porto d'armi o del decreto che autorizza il dipendente all'esercizio delle mansioni di guardia giurata consentono al datore di lavoro di sospendere il lavoratore dal servizio e dalla retribuzione per un periodo massimo di sei mesi. Qualora entro la scadenza di tale termine il lavoratore non sia rientrato in possesso dei titoli suddetti, l'impresa può procedere al licenziamento.

assegnato. E' evidente che nei casi sopra richiamati le esigenze che avevano portato il datore di lavoro all'assunzione del dipendente che non sia in grado di svolgere la propria attività lavorativa non sono venute meno per il verificarsi della fattispecie impeditiva della prestazione, che si colloca su un piano del tutto separato rispetto alle scelte datoriali, e tuttavia in grado di incidere sul corretto funzionamento dell'organizzazione del lavoro. Non vi è dunque alcuna soppressione del posto di lavoro, per cui la successiva assunzione di un altro dipendente per lo svolgimento delle mansioni in precedenza affidate al lavoratore licenziato non costituisce affatto un indice di illegittimità del licenziamento.

L'ordinamento non dispone alcunché per il caso in cui il provvedimento amministrativo di ritiro dei titoli autorizzativi allo svolgimento dell'attività lavorativa sia stato successivamente annullato, potendo soltanto in astratto configurarsi la possibilità per il lavoratore di agire nei confronti dell'amministrazione per il risarcimento dei danni subiti, essendo ormai superato il limite in passato derivante dalla irrisarcibilità degli interessi legittimi<sup>37</sup>. Una tutela particolare è invece prevista dall'art. 102 bis disp. att. c.p.c., inserito dall'art. 24 della l. 8 agosto 1995, n. 332, per il lavoratore che sia stato licenziato a causa della sottoposizione alla misura della custodia cautelare in carcere o degli arresti domiciliari, e nei cui confronti sia stata pronunciata una sentenza di assoluzione, di proscioglimento o di non luogo a procedere, ovvero sia stata disposta l'archiviazione del procedimento, il quale ha il diritto di essere reintegrato nel posto di lavoro precedentemente

---

<sup>37</sup> V. Cass. 22 luglio 1999, n. 500, in *Giust. Civ.*, 1999, I, 2261, con nota di M. R. MORELLI, *Le fortune di un "obiter": crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*.

occupato<sup>38</sup>. Si è osservato che la disposizione in esame nascerebbe dalla sfiducia del legislatore nella capacità del mercato del lavoro di offrire opportunità occupazionali a chi abbia perduto il posto di lavoro in conseguenza di un procedimento penale, ancorché questo si sia concluso con una decisione favorevole all'imputato, la quale però spesso non basterebbe a dissipare i sospetti. In questo caso però alcuni autori ritengono che il porre un onere come quello in esame a carico del datore di lavoro non sia la scelta più opportuna, in quanto si fa ricadere su un privato incolpevole il risultato di un errore del sistema giudiziario, che meglio potrebbe essere riparato mediante la previsione di un risarcimento posto a carico dello Stato<sup>39</sup>.

La disposizione in esame non incide sulla legittimità del licenziamento intimato dal datore di lavoro, in quanto questo non è stato giustificato da un comportamento asseritamente illecito del dipendente, del quale sia stata successivamente accertata l'insussistenza, bensì dall'oggettiva incidenza dell'assenza del dipendente sulla complessiva organizzazione dell'impresa<sup>40</sup>. Di conseguenza non potrebbe farsi gravare sul datore di lavoro una conseguenza economica ulteriore rispetto alla disposizione di tutela di carattere eccezionale sancita dalla disposizione. Il lavoratore licenziato in conseguenza di un'ingiusta detenzione avrà dunque diritto alla ricostituzione

---

<sup>38</sup> V. C. PISANI, *La reintegrazione nel posto di lavoro per ingiusta detenzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1998, 177; S. PICCININNO, *La reintegrazione del lavoratore licenziato per ingiusta detenzione*, in *Dir. lav.*, 1995, I, 462; L. DE ANGELIS, *La reintegrazione nel posto di lavoro perduto per ingiusta detenzione*, in *Lav. dir.*, 1997, 67; A. MANNA, *Ingiusta detenzione del lavoratore e reintegra: una svolta*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1996, 571.

<sup>39</sup> V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, *cit.*, 453; M. PAPALEONI, *Licenziamento per giusta causa o motivo*, *cit.*, 169.

<sup>40</sup> V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, *cit.*, 451; M. GIUDICI, *Reintegrazione del lavoratore licenziato per carcerazione ingiusta*, in *Dir. prat. lav.*, 2001, 852. Sulla necessità di una valutazione del licenziamento intimato in conseguenza della carcerazione preventiva del lavoratore basata sulla situazione esistente al momento dell'emanazione del provvedimento, ed insensibile alle vicende successive, v. Cass. 1 settembre 1999, n. 9239, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 547, con nota di M. BORZAGA, *In tema di carcerazione preventiva del lavoratore e giustificato motivo oggettivo di licenziamento*.

del proprio rapporto di lavoro, ma non percepirà alcuna indennità risarcitoria ai sensi dell'art. 18, c. 4 della l. 300 del 1970, che presuppone per l'appunto una dichiarazione di illegittimità del licenziamento<sup>41</sup>, e non potrà nemmeno richiedere l'indennità alternativa alla reintegrazione, che presuppone l'applicazione della tutela reale.

La compressione della libera iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. da parte del legislatore, che ha imposto in sostanza sul datore di lavoro il compito di concorrere alla riparazione dei danni da ingiusta detenzione, nonostante abbia tenuto un comportamento del tutto incolpevole, ha costituito oggetto di dubbi di legittimità costituzionale. Se infatti nessuna questione sussiste qualora la posizione lavorativa del soggetto sia rimasta nel frattempo scoperta, si pongono invece problemi rilevanti sul piano dell'organizzazione produttiva sia nel caso in cui il datore di lavoro abbia provveduto (come normalmente accade) all'assunzione di un dipendente per lo svolgimento delle mansioni che il lavoratore privato della libertà personale era nell'impossibilità di svolgere, sia qualora durante il periodo intercorrente tra il licenziamento e la reintegrazione nel posto di lavoro la posizione del lavoratore sia stata soppressa.

Nel primo caso si deve ritenere che, in presenza di due lavoratori astrattamente impiegabili su una sola posizione lavorativa, il datore di lavoro possa procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo del dipendente assunto per sostituire il lavoratore licenziato<sup>42</sup>. Tale soluzione è stata criticata, in quanto in questo modo il prezzo della tutela del dipendente ingiustamente

---

<sup>41</sup> V. Cass. 2 maggio 2000, n. 5499, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 651, con nota di G. GRAMICCIA, "Reintegrazione" a seguito di licenziamento per ingiusta detenzione: un'importante sentenza del S.C.

<sup>42</sup> V. L. DE ANGELIS, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 78

incarcerato viene fatto ricadere su un terzo del tutto incolpevole<sup>43</sup>. Tuttavia l'applicazione della disciplina in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con il conseguente obbligo di ricercare una diversa posizione all'interno del luogo di lavoro, offre una certa tutela all'altro lavoratore.

Nel caso invece in cui durante il periodo di carcerazione del lavoratore la posizione lavorativa sia stata soppressa, il dipendente verrà reintegrato, ma potrà subito dopo essere licenziato<sup>44</sup>. Non si può però ritenere che la soppressione del posto di lavoro sia sufficiente a giustificare il recesso (per cui la reintegrazione avrebbe il solo effetto di rendere farraginoso una procedura dall'esito scontato)<sup>45</sup>, in quanto comunque sussistono i limiti al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, primo fra tutti l'obbligo di ricercare una diversa posizione lavorativa all'interno dell'organizzazione produttiva.

4. La libertà dell'imprenditore riguardo alle modalità di svolgimento della propria attività, sancita dall'art. 41 Cost., non è limitata dall'art. 3 della l. 604 del 1966 per quanto concerne le scelte organizzative che possono essere adottate e le conseguenze che da esse derivino, per cui il giudice dovrebbe soltanto accertare l'esistenza di una determinazione del datore di lavoro, che abbia determinato il sorgere di una delle esigenze indicate nel paragrafo precedente<sup>46</sup>. Il potere di controllo sulla esistenza della fattispecie

---

<sup>43</sup> V. S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 163.

<sup>44</sup> V. C. PISANI, *La reintegrazione nel posto di lavoro*, cit., 181.

<sup>45</sup> Come ritiene invece S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 163.

<sup>46</sup> V. fra molte Cass. 21 luglio 1972, n. 2496, in *Foro it.*, 1972, I, 3418; Cass. 7 ottobre 1974, n. 2652, in *Or. giur. lav.*, 1975, 133; Cass. 10 aprile 1975, n. 1342, in *Foro it.*, 1975, I, 2211; Cass. 21 febbraio 1978, n. 856, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 268; Cass. 28 ottobre 1983, n. 6406; Cass. 26 marzo 1982, n. 1894, in *Riv. it. dir. lav.*, 1982, II, 765, con nota di C. ZOLI, *Note sul giustificato motivo obiettivo*

giustificativa del licenziamento non verrebbe meno, in quanto il giudice dovrebbe accertare comunque, oltre all'esistenza delle ragioni addotte dal datore di lavoro, e la loro riconducibilità alle ipotesi nelle quali il licenziamento per giustificato motivo oggettivo è ammissibile, il nesso di causalità tra queste ed il recesso.

Va peraltro segnalato che, al di là delle mere enunciazioni di principio, le decisioni giudiziarie relative al controllo sulla scelta organizzativa del datore di lavoro, non si sono limitate ad un'analisi entro i limiti sopra richiamati, ed hanno coinvolto di fatto l'opportunità sociale delle decisioni organizzative. E' invero comune in giurisprudenza l'affermazione secondo la quale la libera ed insindacabile scelta organizzativa del datore di lavoro non deve essere pretestuosa<sup>47</sup>, senza che però venga chiarito in quali circostanze le decisioni del datore di lavoro assumano tale caratteristica<sup>48</sup>. Infatti nei rari casi in cui le decisioni giudiziarie tentano di circoscrivere tali concetti, fanno ricorso a nozioni così ambigue e generiche da non permettere una effettiva delimitazione dell'asserito potere di controllo del giudice<sup>49</sup>. Si è inoltre affermato che le scelte organizzative che determinano la legittimità del licenziamento non potrebbero essere strumentali al mero incremento del

---

*di licenziamento*; Cass. 2 febbraio 1988, n. 986, in *Dir. prat. lav.*, 1988, 846; Cass. 27 aprile 1991, n. 4688, in *Giur. it.*, 1991, I, 1, 877, con nota di F. LUNARDON, *Sulla distinzione tra licenziamento collettivo e licenziamento individuale plurimo*; Cass. 7 gennaio 2002, n. 88, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 109.

<sup>47</sup> V. Cass. 20 dicembre 2001, n. 16106, in *Not. giur. lav.*, 2002, 356; Cass. 13 novembre 2001, n. 14093, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 613, con nota di C. OGRISEG, *Libertà delle scelte economico organizzative e licenziamento per g.m.o.*; Cass. 29 marzo 2001, n. 4670, in *Not. giur. lav.*, 2001, 461.

<sup>48</sup> V. F. STOLFA, *Licenziamento per g.m.o.: i nodi irrisolti e le soluzioni possibili*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, 109 (sul punto 120).

<sup>49</sup> V. Cass. 27 novembre 1996, n. 10527, in *Dir. lav.*, 1998, II, 173, che riconduce alla nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo "l'ipotesi di riassetto organizzativi attuati per la più economica gestione dell'azienda, purché non pretestuosi o strumentali, bensì volti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva imponendo un'effettiva necessità di riduzione dei costi". Va peraltro osservato che nel caso in questione la soluzione favorevole al lavoratore è stata determinata dalla violazione dell'obbligo di impiego in mansioni equivalenti, la cui esistenza era stata provata nel corso del giudizio di merito.



profitto del datore di lavoro, ma dovrebbero avere come scopo una più economica gestione dell'azienda, al fine di fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti<sup>50</sup>. Traspare in questo caso in modo evidente l'idea secondo la quale l'imprenditore sarebbe tenuto allo svolgimento della propria attività per finalità diverse rispetto al mero raggiungimento di un risultato economico positivo, con ciò recuperando in modo surrettizio quegli orientamenti che ritenevano legittima la libera iniziativa economica soltanto se la stessa fosse stata socialmente utile. L'interpretazione proposta in sostanza riterrebbe legittimo il licenziamento soltanto qualora la riduzione dei costi da questo derivante fosse necessaria per garantire la prosecuzione dell'impresa, ma non laddove fosse determinata dalla volontà di incrementare il profitto. In questo modo però vengono confusi i due piani dell'indagine, in quanto, a meno che non vi sia un motivo illecito unico e determinante del licenziamento, le ragioni che inducono il datore di lavoro ad adottare una particolare scelta non sono indicate dall'art 3 della l. 604 del 1966 tra gli aspetti sui quali il giudice possa interloquire<sup>51</sup>. I motivi che spingono il datore di lavoro a modificare la propria organizzazione produttiva, ovvero a cessare o a ridurre la propria attività non possono dunque assumere alcun rilievo ai fini della valutazione della fondatezza del licenziamento. Le ragioni esterne che inducono l'imprenditore ad adottare la scelta organizzativa sulla cui base di realizzazione le ragioni legittimanti il licenziamento non entrano dunque a fare parte in alcun modo della fattispecie, per cui non è attribuito al giudice alcun potere di accertare se

---

<sup>50</sup> V. Cass. 5 aprile 1990, n. 2824, in *Riv. giur. lav.*, 1991, II, 306; Cass. 12 giugno 1995, n. 6621; Cass. 20 dicembre 1995, n. 12999, *cit.*; Cass. 18 novembre 1998, n. 11646, in *Dir. lav.*, 2000, II, 31, con nota di A. LEPORE, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento, onere della prova e limiti al sindacato del giudice.*

<sup>51</sup> V. Cass. 26 marzo 1982, n. 1894, *cit.*; Cass. 26 gennaio 1984, n. 624, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985, II, 504; Cass. 30 marzo 1994, n. 3128, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 173, con nota di G. BOLEGO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e insindacabilità delle scelte organizzative dell'imprenditore.*

ed in che misura “i riassetti organizzativi” decisi dall'imprenditore siano “non pretestuosi e strumentali”. La legittimità del recesso non è inoltre messa in discussione dalla presenza di un interesse soggettivo dell'imprenditore a massimizzare il profitto, in quanto questo, oltre ad essere connaturato allo svolgimento dell'attività imprenditoriale, non viene in alcun modo visto con sfavore dall'ordinamento<sup>52</sup>.

Ciò tuttavia non significa che il giudice sia tenuto soltanto ad accertare la sussistenza di una delle scelte che rientrano nell'ampia nozione impiegata dal legislatore all'art. 3 della l. 604 del 1966, in quanto il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di uno specifico lavoratore è legittimo soltanto laddove costituisca la conseguenza delle opzioni organizzative del datore di lavoro. Il giudice è dunque tenuto ad accertare se il licenziamento sia causalmente collegato alla ragione inerente all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro determinata dalla scelta produttiva del datore di lavoro. Qualora la scelta datoriale determini l'eliminazione di una o più specifiche posizioni lavorative, come nel caso di redistribuzione delle mansioni in precedenza assegnate ad un singolo lavoratore, o di affidamento integrale di un'attività all'esterno mediante un contratto di appalto, ciò non presenta particolari difficoltà, in quanto l'identificazione del lavoratore o dei lavoratori da licenziare è immediata.

Diverso è il caso qualora la scelta imprenditoriale riguardi un reparto od un gruppo di mansioni, in cui però le esigenze inerenti all'attività o all'organizzazione del lavoro non determinino la soppressione di tutte le posizioni lavorative coinvolte. In questo caso il riferimento al nesso di

---

<sup>52</sup> V. F. STOLFA, *Il licenziamento per g.m.o., cit.*, 121; in giurisprudenza fra molte Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144; Cass. 13 novembre 1999, n. 12603, in *Or. giur. lav.*, 2000, I, 186; Cass. 6 aprile 1999, n. 3312, *cit.*

causalità con la scelta imprenditoriale consente di individuare il gruppo di lavoratori potenzialmente coinvolti nelle conseguenze della decisione del datore di lavoro, ma non permette la loro selezione, trattandosi di posizioni tra loro intercambiabili<sup>53</sup>. Si è dunque sostenuto che il datore di lavoro sarebbe tenuto ad applicare in via analogica quanto disposto dall'art. 5 della l. 223 del 1991 in materia di licenziamenti collettivi, prevedendo dunque una rigida selezione comparativa delle posizioni lavorative, sulla base dei criteri legalmente predeterminati per il caso dei licenziamenti collettivi<sup>54</sup>. Tuttavia, benché il presupposto dei licenziamenti per riduzione di personale coincida in larga misura con quello del giustificato motivo oggettivo, la diversità di disciplina sul punto emerge chiaramente dalla scelta del legislatore di regolamentare in modo puntuale la selezione dei dipendenti all'interno delle ipotesi disciplinate dalla l. 223 del 1991, e di non prevedere invece nulla per il caso in cui si applichi la l. 604 del 1966<sup>55</sup>. L'obbligo di fare comunque ricorso ai criteri predeterminati dal legislatore, o comunque a criteri oggettivamente predeterminati, non può inoltre essere affermato sulla base del semplice riferimento alla clausole di correttezza e buona fede, in quanto le stesse consentono soltanto un criterio interpretativo delle obbligazioni già esistenti, ma non possono costituire autonoma fonte di nuove obbligazioni<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup> V. P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, III, cit., 446.

<sup>54</sup> V. U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1994, 264; in giurisprudenza v. Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, in *Dir. lav.*, 1993, II, 286, con nota di A. VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*.

<sup>55</sup> V. C. ALESSI, *Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina*, in *Riv. giur. lav.*, 1995, I, 225 (sul punto 256); S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, cit., 144.

<sup>56</sup> V. A. VALLEBONA, *Licenziamento individuale per riduzione di personale*, cit., 292. In giurisprudenza in senso conforme a quanto sostenuto nel testo v. Cass. 17 maggio 1996, n. 4570, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 765, con nota di P. CHIECO, *Le Sezioni Unite e la parità di trattamento: gli equivoci del nuovo diniego della Cassazione*; Cass. 30 marzo 1998, n. 3398, in *Not. giur. lav.*, 1998, 316; Cass. 10 maggio 2002, n. 6763, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 46, con nota di R. RESTELLI, *Motivazione dell'esercizio dello jus variandi e clausole generali di correttezza e buona fede*.

Si deve dunque ritenere che nella selezione dei lavoratori da licenziare per giustificato motivo oggettivo il datore di lavoro non sia tenuto ad applicare i criteri di cui alla l. 223 del 1991, e nemmeno a prevedere un criterio oggettivo di selezione ulteriore tra i dipendenti che potenzialmente potrebbero essere licenziati, sulla base del nesso causale con la decisione imprenditoriale. Egli può dunque scegliere le modalità di selezione dei licenziandi che ritenga più opportune, ovvero non indicare alcun criterio ulteriore rispetto al legame tra il recesso e la scelta organizzativa (sussistente potenzialmente per una pluralità di posizioni lavorative)<sup>57</sup>. Tuttavia, nulla impedisce al datore di lavoro di impiegare ai fini dell'individuazione del lavoratore da licenziare i criteri contenuti nell'art. 5 della l. 223 del 1991, nella loro totalità<sup>58</sup> o soltanto parzialmente<sup>59</sup>, ovvero di individuare un diverso ed ulteriore criterio oggettivo di selezione, tramite una propria scelta unilaterale, ovvero attraverso un accordo sindacale. In questi ultimi casi il giudice potrà accertare soltanto che il criterio scelto per selezionare i lavoratori da licenziare non violi le norme di tutela contro le discriminazioni (come avverrebbe se i licenziandi fossero individuati in base al numero di partecipazioni agli scioperi, ovvero all'adesione o meno ad un'organizzazione sindacale), ovvero non produca, pur essendo astrattamente oggettivo, dei risultati obiettivamente svantaggiosi nei confronti dei soggetti per i quali l'ordinamento abbia approntato una tutela antidiscriminatoria. Sarebbe dunque illegittima, secondo l'art. 4, c. 2 della l. 10 aprile 1991, n. 125<sup>60</sup>, l'adozione di un criterio, non essenziale per lo

<sup>57</sup> V. in questo senso Cass. 9 maggio 2002, n. 6667, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 109.

<sup>58</sup> V. Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 268, con nota di G. GRAMICCIA, *Criteri di scelta del lavoratore da licenziare per giustificato motivo*.

<sup>59</sup> V. Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144.

<sup>60</sup> V. T. TREU - M. V. BALLESTRERO (a cura di), *Legge 10 aprile 1991, n. 125. Azioni positive per la realizzazione della parità uomo-donna*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1994, 1; L. GAETA - L. ZOPPOLI (a cura di), *Il diritto diseguale*, Torino, Giappichelli, 1992.

svolgimento dell'attività lavorativa, che determinasse la presenza di un maggior numero di donne rispetto agli uomini tra i lavoratori da licenziare. In questo caso però non è richiesto, a differenza di quanto accade nei licenziamenti collettivi, che il datore di lavoro non possa collocare in mobilità una percentuale di manodopera femminile superiore a quella occupata nelle mansioni prese in considerazione<sup>61</sup>. Sarebbe inoltre illegittimo, ai sensi rispettivamente dell'art. 2, c. 1, lett. b) del D. lgs. 9 luglio 2003, n. 215, e dell'art. 2, c. 1, lett. b) del D. lgs. 9 luglio 2003, n. 216<sup>62</sup>, il ricorso a criteri che determinino una prevalenza tra i licenziati di persone appartenenti ad uno dei due sessi, ad una determinata razza o origine etnica, ovvero professino una determinata religione o ideologia, siano portatori di handicap, abbiano raggiunto una determinata età ovvero abbiano un particolare orientamento sessuale, a meno che, secondo quanto disposto dall'art. 3, c. 4 del D. lgs. 215 del 2003 e dall'art. 3, c. 6 del D. lgs. 216 del 2003, tale differenza sia giustificata oggettivamente da finalità legittime perseguite mediante mezzi appropriati e necessari. Pur nella genericità dell'espressione impiegata dal legislatore, si può ritenere che un effetto indirettamente discriminatorio possa essere accettato qualora sia inserito nell'ambito del perseguimento di finalità ritenute meritevoli di tutela dall'ordinamento, e purché non si ecceda un criterio di ragionevolezza. Tale tipo di accertamento non è invece richiesto qualora il datore di lavoro applichi i criteri previsti dalla legge per il licenziamento collettivo, i quali sono stati già oggetto di un controllo positivo di legittimità da parte del legislatore.

---

<sup>61</sup> V. B. VENEZIANI, *A proposito di quote e percentuali nel diritto del lavoro italiano e comunitario*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, I, 335.

<sup>62</sup> Attuativi delle direttive comunitarie 2000/43 del 29 giugno 2000 e 2000/78 del 27 novembre 2000, su cui v. P. CHIECO, *Le nuove direttive comunitarie sul divieto di discriminazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, I, 75.

Il datore di lavoro, dopo avere limitato, unilateralmente o attraverso un accordo sindacale, il proprio potere di scelta tra i lavoratori potenzialmente interessati dalle conseguenze delle decisioni relative all'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, sarà tenuto al rispetto del criterio stabilito o concordato, per cui il giudice potrà verificare l'effettiva applicazione delle regole di selezione, secondo un meccanismo ampiamente esaminato in altre ipotesi nelle quali sussista un potere organizzativo del datore di lavoro che vada incontro a limiti di fonte negoziale<sup>63</sup>. Non è però possibile al giudice accertare la corrispondenza tra la scelta datoriale ed il numero di dipendenti da licenziare, in quanto qualunque forma di controllo in questo senso si tradurrebbe in una ingerenza nella decisioni relative all'organizzazione del datore di lavoro<sup>64</sup>.

5. L'accertamento dell'esistenza delle ragioni di cui all'art. 3 della l. 604 del 1996, e del loro nesso di causalità con il recesso, avrebbe potuto esaurire il potere di controllo del giudice sulla fondatezza del recesso intimato al lavoratore per giustificato motivo oggettivo. Questo avrebbe dunque potuto essere ritenuto illegittimo soltanto qualora fosse stato intimato per ragioni illecite, ovvero per una motivazione pretestuosa o falsa<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> Il riferimento è ovviamente ai cosiddetti "concorsi interni" presso i datori di lavoro privati, nei quali alla libera scelta del lavoratore da promuovere si sostituisce un procedimento dai contenuti predeterminati dal datore di lavoro. V. per tutti O. MAZZOTTA, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, I, 188; C. ZOLI, *La giurisprudenza sui concorsi privati tra logiche pubblicistiche e strumenti civilistici: oscillazioni e assestamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, I, 11.

<sup>64</sup> V. F. STOLFA, *Licenziamento per g.m.o.*, cit., 127.

<sup>65</sup> V. G. PERA, *Il licenziamento nell'interesse dell'impresa*, cit., 252.

Tuttavia, pur ritenendo che in linea di principio il legislatore non abbia limitato il potere del datore di lavoro di determinare le dimensioni dell'attività che egli organizza, e non richieda il mantenimento dei livelli occupazionali, si è ritenuto che l'art. 2103 c.c. conterrebbe un principio su cui fondare la difesa in concreto dei livelli occupazionali. Secondo tale tesi, dato che non sarebbe lecita un'organizzazione del lavoro che provocasse una dequalificazione dei dipendenti, non sarebbe valido nemmeno il licenziamento derivante da operazioni destinate a rendere inutilizzabili il patrimonio professionale e le attitudini del lavoratore. In presenza di una chiara opzione del legislatore nel senso della stabilità delle posizioni lavorative, al datore di lavoro non sarebbe dunque sufficiente dimostrare l'esistenza di una scelta che comporti la soppressione di uno o più posti di lavoro. Egli dovrebbe invece dimostrare anche di avere accompagnato le decisioni in merito all'attività ed all'organizzazione produttiva con una politica di lungo respiro, rivolta ad evitare che i lavoratori si trovino impreparati di fronte all'innovazione tecnologica ed alle modifiche produttive derivanti dalla politica dell'imprenditore<sup>66</sup>. Sussisterebbe dunque l'obbligo per il datore di lavoro di creare un sistema di formazione continua per i dipendenti, tale da permettere loro un pronto adattamento ai nuovi compiti richiesti dalle innovazioni tecnologiche. Sarebbe dunque legittimo soltanto il licenziamento non socialmente inopportuno, che potrebbe essere intimato soltanto dopo che il datore di lavoro abbia vanamente ricercato all'interno della propria organizzazione altri compiti da attribuire al lavoratore. A tale fine egli sarebbe obbligato ad impiegare strumenti quali corsi di formazione, o addirittura una ristrutturazione dell'organizzazione produttiva, che consentano un utilizzo

---

<sup>66</sup> V. M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 234.

proficuo del lavoratore. L'ampiezza di tali obblighi peraltro sarebbe determinata dalle maggiori o minori possibilità del datore di lavoro, non essendo possibile imporre ad un'impresa di ampie dimensioni ed ad un piccolo artigiano gli stessi oneri<sup>67</sup>.

La giurisprudenza non ha accettato integralmente la tesi sopra richiamata, ritenendo che non possa essere posto a carico del datore di lavoro il rischio della obsolescenza tecnica delle mansioni derivante dalla innovazione tecnologica<sup>68</sup>. Essa ha tuttavia accolto la teoria del licenziamento come *extrema ratio*, ritenendo che non sarebbe sufficiente per il datore di lavoro dimostrare l'esistenza delle esigenze imprenditoriali così come individuate dal legislatore, e il loro legame con il licenziamento. Ai presupposti di legittimità in questione si aggiungerebbe un ulteriore vincolo per l'esercizio del potere di recesso, per cui anche in caso di soppressione del posto di lavoro cui il dipendente è addetto, il licenziamento sarebbe giustificato solo se nell'organizzazione produttiva esistente non sia possibile impiegare diversamente il lavoratore<sup>69</sup>. Pur mancando una indicazione specifica in questo senso nell'art. 3 della l. 604 del 1966, tale obbligo deriverebbe da una lettura del parametro delle ragioni organizzative improntata al criterio della utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. e degli obblighi di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c., in forza dei quali si imporrebbe al datore di lavoro un obbligo di cooperazione, consistente nel fare quanto gli è possibile per garantire la conservazione del posto di lavoro. Ciò, secondo la dottrina prevalente, non configura un controllo sulle prerogative dell'imprenditore, il

---

<sup>67</sup> V. F. MANCINI, *Sub art. 18*, in G. GHEZZI - F. MANCINI - L. MONTUSCHI - U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, 1° ed., Zanichelli - Il Foro Italiano, Bologna, Roma, 1972, 259.

<sup>68</sup> V. Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, *cit.*

<sup>69</sup> V. L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali*, *cit.*, 73; M. PAPALEONI, *Licenziamento per giusta causa o motivo*, *cit.*, 133, al quale si rimanda per i riferimenti giurisprudenziali.



quale resta libero di adottare tutte le scelte ritenute più opportune al fine del corretto andamento della propria organizzazione produttiva. Di conseguenza non si potrebbe sostenere l'obbligo per il datore di lavoro di optare, tra più possibili strumenti per il raggiungimento della finalità sottesa alle proprie esigenze produttive, per quelli che non comportano la soppressione del posto di lavoro. Tuttavia per legittimare l'esclusione del dipendente dall'organizzazione produttiva non è sufficiente che tali scelte organizzative determinino una modifica all'attività produttiva o all'organizzazione del lavoro, e la soppressione della specifica posizione lavorativa del dipendente. Si richiede infatti ulteriormente che non vi siano posizioni lavorative disponibili all'interno dell'organizzazione datoriale. La verifica della possibilità di un proficuo utilizzo del lavoratore non è però illimitata, in quanto va condotta soltanto con riguardo alle mansioni al cui svolgimento il lavoratore sia contrattualmente tenuto, ovvero a mansioni equivalenti a quelle cui egli sia stato adibito<sup>70</sup>.

La valutazione sulla equivalenza delle mansioni va in primo luogo condotta in relazione alle diverse categorie previste dall'art. 2095 c.c. La progressiva cancellazione delle differenze di disciplina legale derivante dalle modifiche legislative e dagli interventi giurisprudenziali successivi all'entrata in vigore del codice civile, (ad eccezione delle rilevanti peculiarità che tuttora caratterizzano la categoria dirigenziale) ha infatti indotto a ritenere possibile un'unificazione ai fini dell'inquadramento, quanto meno tra le categorie di

---

<sup>70</sup> V. P. ICHINO, *Contratto di lavoro*, III, cit., 444; S. BRUN, *Giustificato motivo di licenziamento*, cit., 150. In giurisprudenza v. Cass. 1 ottobre 1998, n. 9768, in *Giust. civ.*, 1999, I, 1755, con nota di M. CARO, *Rilievi critici in materia di impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto addebitabile al lavoratore*; Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, in *Or. giur. lav.*, 1999, I, 449.

operaio e di impiegato<sup>71</sup>. La contrattazione collettiva potrebbe dunque porre criteri generali di inquadramento anche radicalmente diversi da quelli tradizionalmente impiegati, facendo rientrare lavoratori in precedenza appartenenti a diverse categorie all'interno della medesima area<sup>72</sup>. Va però osservato che un orientamento assai rilevante, benché l'art. 2095 c.c. non contenga una definizione legale delle categorie, ritiene tuttora esistente una differenza di contenuto professionale tra le diverse figure. In particolare si ritiene che il criterio distintivo tra operai ed impiegati (unico caso in cui, dopo l'inquadramento unico, la questione può porsi in concreto) risiede nella diversa tipologia di collaborazione richiesta al lavoratore, che è meramente esecutiva, quando è fornita dagli operai o dagli intermedi, mentre è sostitutiva od integrativa, con un certo grado di autonomia e discrezionalità, quando proviene dagli impiegati<sup>73</sup>, coinvolgendo dunque capacità professionali differenti. Indipendentemente dalla scelta per l'uno o l'altro orientamento, appare però evidente che le figure dell'impiegato e dell'operaio richiedono tuttora un capacità e competenze professionali fortemente differenziate, per cui non può sussistere alcuna equivalenza professionale fra mansioni appartenenti a diverse categorie, quale che sia il modo attraverso cui queste vengono individuate. In proposito si è ritenuto che il datore di lavoro non è tenuto ad attribuire al dipendente mansioni del tutto diverse da quelle fino ad allora svolte, per il solo fatto di avere conseguito un titolo di studio genericamente riferibile alle secondo, in quanto la valutazione della

---

<sup>71</sup> V. A. GARILLI, *Le categorie dei prestatori di lavoro*, Napoli, Jovene, 1988, 137; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, I, Milano, Giuffrè, 2000, 609.

<sup>72</sup> V. G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, Jovene, 1963, 48; F. LISO, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enc. giur. Treccani*, VI, Roma, 1989, 6.

<sup>73</sup> V. P. ICHINO, *Contratto di lavoro*, I, *cit.*, 625, e la giurisprudenza ivi citata.

professionalità del lavoratore va condotta in concreto, e non sulla base delle sue astratte conoscenze<sup>74</sup>.

L'individuazione del contenuto dell'obbligazione principale del lavoratore, e dell'ambito di esercizio del potere datoriale di modificare il contenuto della stessa, contenuto nell'art. 2103 c.c., è dunque fondamentale al fine di accertare l'ambito entro cui l'obbligo del datore di lavoro di ricercare posizioni lavorative cui adibire il dipendente va contenuto. Infatti, per reagire al mutamento dei modelli produttivi, che hanno assunto nel corso del tempo una sempre maggiore complessità, richiedendo una rilevante capacità di adattamento della struttura organizzativa (e dei lavoratori che ne fanno parte)<sup>75</sup>, all'inquadramento articolato su un numero assai elevato di livelli retributivi, suddivisi al loro interno in profili professionali dal contenuto specifico, si è sostituita la tendenza ad una classificazione per aree contrattuali, al cui interno sono collocati i lavoratori, i quali sono obbligati contrattualmente allo svolgimento di tutte le mansioni rientranti all'interno dell'area<sup>76</sup>. In questo caso non si pone il problema della modifica da parte del datore di lavoro del contenuto dell'obbligazione lavorativa, mediante l'esercizio del potere unilaterale di cui all'art. 2103 c.c., in quanto il lavoratore ha già assunto l'obbligo di svolgere anche mansioni diverse da quelle effettivamente svolte, a condizione che le stesse rientrino nell'ambito dell'area contrattuale. Qualora dunque all'interno dell'organizzazione produttiva vi siano posti liberi, che richiedano lo svolgimento di mansioni rientranti nell'ambito dell'obbligazione assunta dal lavoratore, questi andranno

---

<sup>74</sup> V. Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, *cit.*

<sup>75</sup> V. F. CARINCI, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro*, *cit.*, 223.

<sup>76</sup> V. M. MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, 165 (sul punto, anche per una esemplificazione dei contratti collettivi che adottano tale sistema, 170); F. GUARRIELLO, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Napoli, Jovene, 2000, 102. In giurisprudenza Cass. 9 novembre 2000, n. 14546.

necessariamente coperti mediante l'impiego del dipendente, che altrimenti verrebbe licenziato.

L'art. 2103 consente al datore di lavoro di mutare unilateralmente il contenuto dell'obbligazione del lavoratore, adibendolo allo svolgimento di mansioni diverse da quelle di assunzione, o per le quali si sia successivamente raggiunta un'intesa contrattuale. Tuttavia tale potere non è illimitato in quanto la disposizione, al fine di salvaguardare la professionalità del lavoratore, sancisce la nullità degli atti o dei patti che prevedano l'assegnazione di questi a mansioni che non siano equivalenti a quelle di assunzione, ovvero alle ultime effettivamente svolte. All'interno della stessa categoria si può ritenere che le mansioni rientranti in diversi livelli retributivi non possano essere considerate tra di loro equivalenti, per cui l'obbligo del datore di lavoro di ricercare una posizione in cui utilmente impiegare il lavoratore non determina l'obbligo di offrire al lavoratore mansioni superiori<sup>77</sup>. Si ritiene inoltre che debba sussistere una tendenziale omogeneità o assimilabilità delle mansioni di destinazione rispetto alle precedenti, che consenta al lavoratore l'utilizzo del corredo di nozioni, esperienza e perizia acquisito nella fase pregressa del rapporto<sup>78</sup>. Anche qualora tale omogeneità non sia ritenuta indispensabile, si sostiene che in ogni caso i compiti in precedenza assegnati al lavoratore e quelli di nuova destinazione debbano appartenere alla medesima area professionale, al cui interno sono raggruppate diverse qualifiche che presuppongono le medesime

---

<sup>77</sup> V. Trib. Verona, 11 novembre 1992, in *Or. giur. lav.*, 1993, 172; Cass. 19 giugno 1993, n. 6814, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 464.

<sup>78</sup> V. fra molte Cass. 14 luglio 1993, n. 7789, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, II, 355, con nota di M. FRANCO, *Trasferimento ad altra unità produttiva ed adibizione a mansioni non equivalenti*; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, in *Or. giur. lav.*, 1986, 85; Cass. 10 agosto 1999, n. 8577, in *Not. giur. lav.*, 2000, 42; Cass. 1 settembre 2000, n. 11457, in *Diritto e giustizia*, 2003, 35, 50

conoscenze teoriche e capacità pratiche, il cui svolgimento permette al lavoratore la conservazione del patrimonio professionale acquisito<sup>79</sup>.

Se però l'art. 2103 c.c. fosse letto in modo eccessivamente rigido, finirebbe con il produrre effetti negativi per il dipendente, in quanto questi, una volta soppressa la posizione cui egli è addetto, se non ve ne fossero altre equivalenti all'interno dell'organizzazione produttiva, potrebbe legittimamente essere licenziato dal datore di lavoro. A ciò si potrebbe rimediare con un'interpretazione della disposizione che la adegui alla mutata realtà produttiva, consentendo l'adibizione del lavoratore anche a mansioni nelle quali egli non può impiegare il bagaglio professionale già acquisito, ma che comunque consentano di apprendere nuove conoscenze e capacità, a condizione che siano dello stesso valore. Nel caso in cui le nuove mansioni presuppongano una professionalità differente da quella fino ad allora acquisita, sussisterebbe l'onere del datore di lavoro di provvedere alla formazione professionale del lavoratore, costituendo tale riqualificazione il presupposto che renderebbe legittimo il mutamento di mansioni<sup>80</sup>. Questa interpretazione consentirebbe dunque di ampliare l'ambito di esercizio del potere datoriale di modificare il contenuto dell'obbligazione lavorativa del dipendente, estendendolo anche a mansioni per le quali il lavoratore non sia ancora in possesso delle necessarie competenze, che dovranno essere acquisite dallo stesso durante il processo di riqualificazione. Al dovere formativo del datore di lavoro si contrapporrebbe dunque un obbligo di accettare la formazione da

---

<sup>79</sup> V. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli, 1982, 179; C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli, 1996, 113. In giurisprudenza v. Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *Giust. civ.*, 1985, I, 163, con nota di M. PAPALEONI, *L'inderogabilità dell'art. 2103 c.c.*; Cass. 10 aprile 1996, n. 3640; Cass. 17 luglio 1998, n. 7040, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 276, con nota di M. BORZAGA, *Il concetto di equivalenza delle mansioni*, cui si rinvia per ulteriori riferimenti.

<sup>80</sup> V. C. PISANI, *Formazione professionale "continua", equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 396.

parte del dipendente<sup>81</sup>. Nel caso però in cui la modifica del contenuto delle mansioni non derivasse da una libera scelta del datore di lavoro, ma risultasse dall'obbligo imposto dall'interpretazione corretta dell'art. 3 della l. 604 del 1966, tale obbligo andrebbe temporalmente delimitato, per cui il lavoratore potrebbe essere adibito, oltre che alle mansioni per le quali sia già in possesso delle necessarie capacità, anche ad ulteriori mansioni per cui sia richiesta una ulteriore formazione, a condizione che il periodo di tempo necessario per l'acquisizione di tali capacità non ecceda un periodo ragionevole<sup>82</sup>.

Eguale controversa è la questione della possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, come alternativa al licenziamento. Secondo una prima opinione, la norma sarebbe diretta unicamente a preservare il patrimonio professionale già acquisito dal lavoratore, per cui qualunque attribuzione di mansioni che non ne consentissero l'utilizzo violerebbe il divieto posto dall'art. 2103 c.c.<sup>83</sup>. In altri termini, mentre il datore di lavoro deve ricercare una soluzione alternativa al licenziamento nei limiti consentiti dall'ordinamento, tale obbligo non si può estendere al compimento di atti che sono sanzionati a pena di nullità<sup>84</sup>. Secondo una diversa lettura della disposizione invece qualora l'alternativa alla dequalificazione fosse il licenziamento, i patti in deroga al divieto di adibizione a mansioni inferiori di cui all'art. 2103 c.c., e con il quale il datore di lavoro ed il lavoratore

---

<sup>81</sup> V. Cass. 1 marzo 2001, n. 2948, in *Riv. it. dir. lav.*, 2002, II, 70, con nota di L. MARRA, *Un caso di rifiuto ingiustificato di mansioni non equivalenti a norma dell'art. 2103 c.c.*

<sup>82</sup> V. C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, cit., 130.

<sup>83</sup> V. G. PERA, *Interrogativi sullo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 188 (sul punto 200); R. SCOGNAMIGLIO, *Osservazioni sull'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Or. giur. lav.*, 1972, 489; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., 188. In giurisprudenza v. Cass. 17 giugno 1983, n. 4189, in *Not. giur. lav.*, 1983, 451; Cass. 17 giugno 1987, n. 5388, in *Dir. prat. lav.*, 1987, 3321; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *Not. giur. lav.*, 1988, 313.

<sup>84</sup> V. Cass. 5 settembre 1997, n. 8555, in *Dir. lav.*, 1998, II, 376, con nota di A.M. BATTISTI, G. DELLA ROCCA, *Licenziamento collettivo o individuale: requisiti numerici e temi di prova*; Cass. 17 giugno 1983, n. 4189, cit.; Cass. 21 giugno 1985, n. 3752, cit.

concordano l'attribuzione di mansioni inferiori non sarebbero nulli, in quanto rivolto alla salvaguardia del posto di lavoro del dipendente<sup>85</sup>. Secondo alcuni peraltro l'obbligo di ricercare una diversa utilizzazione del lavoratore in azienda si sarebbe esteso non soltanto alle posizioni equivalenti a quelle in precedenza ricoperte, ma a tutte quelle astrattamente rientranti nell'oggetto del contratto di lavoro. Questo era stato ricostruito in modo assai ampio, arrivando ad includere qualsiasi posizione lavorativa individuabile all'interno dell'azienda, anche se del tutto diversa, o professionalmente inferiore, rispetto a quella cui il lavoratore era adibito<sup>86</sup>. Su questo specifico punto l'opinione in questione è rimasta giustamente isolata<sup>87</sup>, in quanto, salvo quanto si dirà oltre per il licenziamento per infermità sopravvenuta, in cui l'art. 4, c. 4 della l. 68 del 1999 prevede una deroga espressa all'art. 2103 c.c., il divieto di adibizione a mansioni inferiori costituisce il limite negativo dell'oggetto del contratto di lavoro, individuando quali sono le mansioni che non possono essere richieste al lavoratore, e che dunque non possono rientrare tra quanto ciascuna delle parti può esigere dall'altra. Il datore di lavoro, pur potendo concordare con il lavoratore l'adibizione a mansioni anche inferiori rispetto a quelle di assunzione o a quelle successivamente acquisite, non è obbligato a formulare tale proposta, restando tale valutazione nell'ambito della sua discrezionalità.

---

<sup>85</sup> V. F. MANCINI, *Sub art. 18, cit.*, 259; M. NAPOLI, *La stabilità reale, cit.*, 259; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda, cit.*, 89. In giurisprudenza v. Cass. 7 marzo 1986, n.1536, in *Mass giur. lav.*, 1986, 393, con nota di A. RICCARDI, *Brevi considerazioni su di una recente sentenza della suprema corte in tema di nullità dei patti contrari all'art. 13, l. n. 300 del 1970*; Cass. 8 settembre 1988, n. 5092, in *Or. giur. lav.*, 1988, 1138; Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, in *Riv. giur. lav.*, 1994, II, 373, con nota di E. MANGANIello, *Dequalificazione consensuale ed interessi prevalenti*; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, in *Lav. giur.*, 2000, 244, con nota di G. MANNACIO, *Danno da dequalificazione professionale*.

<sup>86</sup> V. Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, *cit.*

<sup>87</sup> V. per tutti F. STOLFA, *Licenziamento per g.m.o., cit.*, 114. In giurisprudenza v. Cass. 14 giugno 2000, n. 8135, *cit.*, Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, in *Not. giur. lav.*, 220.

L'obbligo di ricercare un diverso impiego del lavoratore va inoltre limitato entro gli assetti organizzativi insindacabilmente stabiliti dal datore di lavoro, sul quale non ricade l'obbligo di modificare la propria organizzazione produttiva per ricollocare il lavoratore, ma soltanto di attribuire a quest'ultimo i compiti liberi già esistenti nella stessa<sup>88</sup>. Tale ricerca, secondo l'orientamento prevalente in giurisprudenza, deve avvenire avendo come ambito di riferimento topografico l'intera azienda, mentre il riferimento alla sola sede cui era addetto il lavoratore licenziato sarebbe legittimo soltanto qualora questi avesse rifiutato il trasferimento in altra sede<sup>89</sup>. Sarebbe inoltre possibile valutare la possibilità di impiegare in lavoratore in un'altra società facente parte del medesimo gruppo, ma soltanto qualora venisse dimostrata una simulazione degli atti costitutivi<sup>90</sup>, ovvero il frazionamento in frode alla legge di una unica attività di impresa<sup>91</sup>.

In applicazione dell'art. 5 della l. 604 del 1966, l'obbligo di dimostrare la sussistenza dei requisiti di legittimità del licenziamento ricade sul datore di lavoro, il quale deve dunque provare, oltre alla sussistenza delle ragioni addotte alla base del licenziamento e del nesso di causalità tra queste ed il recesso, anche l'impossibilità della diversa utilizzazione del dipendente. Tuttavia riguardo a tale ultimo aspetto la natura negativa del fatto, vale a dire

---

<sup>88</sup> V. Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, *cit.*; Cass. 5 agosto 2000, n. 10339, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 1208, con nota di S. FIGURATI, *Osservazioni sull'obbligo di "repechage" nel licenziamento per sopravvenuta inidoneità alle mansioni*.

<sup>89</sup> V. Cass. 7 luglio 1992, n. 8254, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1993, 404, con nota di M. BROLLO, *L'onere e i mezzi di prova del c.d. repechage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*; Cass. 23 ottobre 1996, n. 9204 e Cass. 23 ottobre 1996, 9369, entrambe in *Lav. giur.*, 1997, 426.

<sup>90</sup> V. G. DE SIMONE, *Titolarità dei rapporti di lavoro e regole di trasparenza. Interposizione, imprese di gruppo, lavoro interinale*, Milano, Franco Angeli, 1995, 255; Cass. 10 novembre 1999, n. 12492, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 81, con nota di E. BOGHETICH, *Licenziamenti individuali e dimensioni dell'azienda: la Cassazione conferma l'onere probatorio del lavoratore*; Cass. 27 febbraio 1995, n. 2261, in *Not. giur. lav.*, 1995, 381.

<sup>91</sup> Cass. 12 marzo 1996, n. 2008, in *Not. giur. lav.*, 1996, 345; Cass. 29 novembre 1996, n. 10688, in *Riv. it. dir. lav.*, 1997, II, 572, con nota di P. LAMBERTUCCI, *La nozione di trasferimento di azienda tra diritto comunitario e diritto interno*.



la non utilizzabilità altrimenti del lavoratore, può essere dimostrata soltanto attraverso la dimostrazione del fatto positivo contrario<sup>92</sup>. Occorre dunque provare che tutti i posti residui presenti in azienda al momento del licenziamento, e che richiedano lo svolgimento di mansioni equivalenti a quelle assegnate al lavoratore, sono stabilmente occupati. Si deve inoltre dimostrare che non è in programma alcuna nuova assunzione nella stessa qualifica del dipendente licenziato<sup>93</sup>, ovvero in mansioni ad essa equivalenti. La dimostrazione di tale ultima circostanza è sufficiente a legittimare il recesso, nel caso in cui questo derivi da situazioni oggettivamente incidenti sul funzionamento dell'organizzazione datoriale, ma che attengono alla persona del lavoratore.

Si ritiene peraltro che l'onere probatorio del datore di lavoro vada contenuto entro limiti di ragionevolezza, e nell'ambito delle contrapposte deduzioni delle parti. Ricade dunque sul lavoratore licenziato l'onere di allegare l'esistenza di posizioni lavorative equivalenti libere all'interno dell'organizzazione produttiva. Il datore di lavoro sarebbe soltanto tenuto a provare l'infondatezza di quanto affermato dal lavoratore nell'atto introduttivo del giudizio, dimostrando l'inesistenza delle posizioni lavorative indicate dal lavoratore, ovvero che i posti esistenti sono tutti coperti<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> V. A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, Cedam, 1988, 132; in giurisprudenza Cass. 13 febbraio 1998, n. 1557, in *Giust. civ.*, 1999, I, 249; Cass. 28 aprile 1981, n. 2586, in *Giur. it.*, 1982, I, 1, 560.

<sup>93</sup> V. Cass. 10 marzo 1992, n. 2881, in *Not. giur. lav.*, 1992, 853; Cass. 3 giugno 1994, n. 5401, in *Mass. giur. lav.*, 1994, 587, con nota di M. PAPALEONI, *Il risarcimento del danno ex legge n. 108 del 1990*; Cass. 26 ottobre 1996, n. 9639, in *Lav. giur.*, 1997, 426; Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, *cit.*

<sup>94</sup> V. R. DEL PUNTA, *Disciplina del licenziamento*, *cit.*, 711; Cass. 23 ottobre 1998, n. 10559, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 158; Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, *cit.*

6. La disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha raggiunto una sufficiente stabilità, frutto di interventi giurisprudenziali ormai consolidati, che costituiscono un ragionevole bilanciamento tra gli opposti interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori.

Tuttavia l'assetto attuale della disciplina è stato oggetto di una serrata critica, che ne ha enfatizzato gli aspetti di incertezza, legati all'impiego della clausola generale il cui contenuto è stato esaminato nei paragrafi precedenti<sup>95</sup>. Ad essi si aggiunge una considerazione apparentemente empirica, e rispondente a quello che parrebbe essere il buon senso comune, per la quale la maggiore o minore possibilità del lavoratore di ottenere ragione in caso di licenziamento sarebbe direttamente collegata alla collocazione geografica del Tribunale in cui la controversia viene promossa. Secondo un esame degli orientamenti giurisprudenziali infatti i Giudici meridionali sarebbero più severi dei giudici settentrionali nella valutazione dei presupposti casuali del licenziamento, e ne dichiarerebbero l'illegittimità con maggiore frequenza<sup>96</sup>. I criteri statistici sulla cui base questo studio sarebbe stato condotto sono però assai discutibili, atteso che i casi esaminati sono stati selezionati sulla base di criteri non strettamente oggettivi, e riguardano un numero limitato di licenziamenti, intimati nel settore bancario.

Per rimediare a tale stato di incertezza, ed alla disparità di trattamento fondata esclusivamente su considerazioni soggettive dei giudici, si propone di sostituire la reintegrazione con una indennità, che sarebbe dovuta in ogni caso in cui il recesso del datore di lavoro sia dovuto da ragioni economiche. L'importo di questo trattamento viene determinato sulla base del concetto di

---

<sup>95</sup> V. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 114.

<sup>96</sup> V. A. ICHINO – P. ICHINO – M. POLO, *L'influenza delle condizioni del mercato del lavoro regionale sulle decisioni dei giudici in materia di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, I, 19.

“perdita attesa”, collegato al maggior costo che l’imprenditore sarebbe costretto a subire dalla conservazione del rapporto con il dipendente. In particolare sussisterebbe “il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel caso in cui il sacrificio derivante per l’imprenditore dalla prosecuzione del rapporto (misurato dalla sua disponibilità a sopportare un costo in cambio della sua risoluzione) sia pari o superiore al sacrificio economico e professionale derivante dalla perdita del posto per il lavoratore medio con pari retribuzione e pari anzianità di servizio”<sup>97</sup>. Mentre però il costo per il lavoratore viene misurato sulla base di indici concreti, e collegati alla realtà del mercato del lavoro (l’ultima retribuzione mensile, il tempo medio di attesa per trovare un altro lavoro, il rischio di una riduzione retributiva in caso di nuovo impiego), la perdita prevedibilmente derivante dalla prosecuzione del rapporto è valutata in modo assai discutibile. Si propone infatti di considerare “il caso frequentissimo in cui l’imprenditore, per sopprimere un posto in organico, è disposto a pagare al lavoratore a fondo perduto una somma corrispondente a dodici, quindici o persino venti e più mensilità di retribuzione, in cambio della cessazione immediata del rapporto”<sup>98</sup>. Tale disponibilità costituirebbe la prova del fatto che l’imprenditore non soltanto non riterrebbe di potere trarre profitto dall’impiego del dipendente, ma subirebbe una perdita “pari almeno alla somma che egli è disposto a pagare al lavoratore per la prosecuzione della stessa”. Tuttavia l’offerta dell’imprenditore di corrispondere una somma per interrompere il rapporto di lavoro è determinata interamente dalla disciplina di protezione contro i licenziamenti ingiustificati, fondato – laddove trovi applicazione l’art. 18 della l. 20 maggio 1970, n. 300 – sul rischio di subire, anche a distanza di tempo, la

---

<sup>97</sup> V. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato, cit.*, 128.

<sup>98</sup> V. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato, cit.*, 121.

reintegrazione del dipendente. Si tratta dunque di una disponibilità condizionata in modo decisivo dal sistema di tutela applicabile all'ipotesi in cui il recesso si riveli successivamente ingiustificato, e che dunque in realtà non tiene conto della produttività del dipendente, ma soltanto del costo (non della prosecuzione del rapporto ma) di un'eventuale dichiarazione di illegittimità del recesso.

E' innegabile che *de jure condendo* la proposta non eliminerebbe totalmente le possibilità di tutela per i lavoratori, in quanto applicando il sistema proposto si potrebbe arrivare ad indennità di importo assai elevato (fino a 36 mensilità) per i lavoratori con maggiore anzianità. Tuttavia se questa indennità si sostituisse interamente all'indennità di preavviso – dovuta nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo – i lavoratori con minore anzianità subirebbero una perdita netta rispetto al sistema attuale, senza alcun beneficio. Il preavviso infatti, nel caso in cui il recesso non sia dovuto a giusta causa, è sempre dovuto, indipendentemente dalla fondatezza o meno delle ragioni addotte. Se invece l'indennità si aggiungesse al preavviso, alla perdita del posto di lavoro per i dipendenti licenziati senza un'effettiva ragione produttiva si accompagnerebbe il vantaggio, per i dipendenti licenziati in presenza di ragioni effettive, di godere di un ulteriore trattamento economico.

Un sistema del genere potrebbe inoltre non essere gradito ai datori di lavoro, specialmente ai più piccoli, che già oggi non sono sottoposti alla tutela di tipo reintegratoria contro i licenziamenti illegittimi, e che dunque in caso di recesso ingiustificato rischiano al più di pagare l'indennità sostitutiva della riassunzione, di cui all'art. 8 della l. 15 luglio 1966, n. 604. Questa, anche nell'ipotesi più favorevole al lavoratore, non può comunque eccedere le 14 mensilità.

Come già illustrato in precedenza però il tasso di incertezza connesso all'utilizzo di una norma generale per definire una fattispecie, qualora l'art. 3 della l. 604 del 1966 sia correttamente interpretato, non è tale da rendere drammaticamente imprevedibile l'esito del giudizio. Non è inoltre esatto affermare che vi sarebbero significative differenze tra gli orientamenti dei giudici, determinate dalla realtà del mercato del lavoro locale. L'unico studio condotto con un serio approccio statistico di cui sono a conoscenza, e che risale ormai ad alcuni anni fa, è infatti arrivato a conclusioni diverse da quelle poste alla base della proposta sopra sintetizzata<sup>99</sup>. Pur con le cautele derivanti dalla difficoltà di reperire dati omogenei ed utilizzabili, tale studio era pervenuto alla conclusione secondo cui “le regioni con i tassi di disoccupazione più elevati – le regioni meridionali – occupano le prime posizioni in fatto di tassi di litigiosità (specialmente dal 1994 al 1998) e le ultime posizioni per quanto riguarda le percentuali di sentenze favorevoli ai proponenti (in tutti gli anni, dal 1990 al 1998)”. La diversità (in favore dei lavoratori che avevano agito nei tribunali del nord) poteva essere spiegato in modo convincente non sulla base di una pretesa diversità di impostazione dei giudici meridionali rispetto a quelli settentrionali, ma perché nel Mezzogiorno il tasso di impugnazione dei licenziamenti è assai più elevato rispetto alle altre aree del paese, proprio a causa della maggiore disoccupazione. Mentre infatti in presenza di un mercato del lavoro funzionante il lavoratore tende a non impugnare un licenziamento apparentemente legittimo, in quanto gli è piuttosto agevole trovare un'altra occupazione, nelle aree in cui ciò non accade prevale la tendenza a tentare in ogni caso la via giudiziale, nella speranza di trarre profitto dalle inevitabili incertezze collegate alla tecnica legislativa

---

<sup>99</sup> V. M. MACIS, *Il mercato del lavoro e la giurisprudenza in materia di licenziamenti (Italia 1989-1998)*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, 269.

adottata. Inoltre mentre nella parte settentrionale del paese gli imprenditori hanno solitamente una visione più lungimirante dei problemi, per cui normalmente, in presenza di un licenziamento che presenti aspetti dubbi, o che sia infondato, tentano una soluzione conciliativa, l'imprenditore meridionale – anche a causa della minore capacità finanziaria – tende a resistere ad oltranza. Oltre alle ragioni fondate sulla volontà di difendere comunque la stabilità del posto di lavoro, vista come valore in sé, tale da legittimare anche soluzioni non immediatamente utili sul piano economico<sup>100</sup>, vi sono alcuni motivi pratici che ostano ad un intervento limitato alla sola ipotesi del recesso per ragioni economiche.

Invero se la tutela indennitaria non riguardasse il licenziamento motivato da inadempimenti contrattuali o da perdita della fiducia nel corretto adempimento futuro delle prestazioni, potremmo avere delle conseguenze paradossali. Se il datore di lavoro chiamato in giudizio da un lavoratore licenziato per giusta causa o giustificato motivo soggettivo potesse chiedere, in via riconvenzionale e subordinata, l'accertamento dell'esistenza di un recesso motivato da ragioni economiche – sulle quali il Giudice non dovrebbe avere alcun potere di controllo – nessun datore di lavoro fonderebbe immediatamente il licenziamento su queste ultime. In prima battuta invece addurrebbe un inadempimento, regolarmente contestato, al dipendente, e rifiuterebbe il pagamento dell'indennità, confidando nella lunghezza e nell'incertezza del processo al fine di raggiungere una soluzione conciliativa con il dipendente, meno onerosa per le sue finanze.

Se invece nel corso del giudizio non fosse possibile l'accertamento di motivi diversi, ma anche qualora l'imprenditore volesse evitare di correre alcun

---

<sup>100</sup> V. M. NAPOLI, *Elogio della stabilità*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, 26, 9.

rischio, potremmo avere la situazione paradossale per cui anche i licenziamenti fondati su inadempimenti gravi del lavoratore, per lo meno nelle grandi imprese, verrebbero ricondotti a “giustificato motivo oggettivo” per non rischiare la reintegrazione, in caso di accertamento dell’infondatezza delle ragioni addotte.

Non a caso la proposta, nella sua versione originaria, perviene in sostanza ad affermare la necessità di cancellare il principio di giustificatezza del licenziamento. Questo avrebbe sempre l’effetto di risolvere il rapporto di lavoro, salva la possibilità per il dipendente di ottenere il pagamento di un’indennità<sup>101</sup>.

Ciò non costituirebbe affatto una novità nell’ordinamento, perché in realtà il licenziamento ingiustificato, secondo la formulazione originaria dell’art. 2120 c.c., non era affatto privo di sanzione. Invero il lavoratore licenziato senza sua colpa – e dunque in assenza di giusta causa – aveva diritto comunque al pagamento dell’indennità di anzianità, determinata in una misura pari all’ultima retribuzione mensile, moltiplicata per gli anni di servizio. Tale funzione compensatoria dell’indennità in questione è stata poi cancellata dalle successive estensioni di essa anche ai casi di recesso giustificato e di dimissioni del lavoratore<sup>102</sup>, ma verrebbe in questo modo riassunta dal nuovo tipo di trattamento riconosciuto al lavoratore licenziato. Ciò in un momento nel quale il trattamento di fine rapporto – che ha sostituito nella sua funzione l’indennità di anzianità – tende perdere la natura di retribuzione differita, per assumere il ruolo di fonte di finanziamento della previdenza complementare, sempre più necessaria in conseguenza della progressiva riduzione del tasso di

---

<sup>101</sup> V. P. ICHINO, *Il lavoro e il mercato*, cit., 134.

<sup>102</sup> V. G. SANTORO PASSARELLI, *Dall’indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Milano, Giuffrè, 1984; C. SMURAGLIA, *Riflessioni sull’indennità di anzianità*, in *Riv. giur. lav.*, 1977, I, 251.

sostituzione della pensione rispetto all'ultima retribuzione, conseguenza del passaggio ad un sistema di calcolo tendenzialmente contributivo.

Assisteremmo dunque ad un ritorno al modello codicistico: l'auspicabilità o meno di tale soluzione ricade ovviamente nell'ambito delle personali sensibilità di ciascuno.