

LICENZIAMENTO PER G.M.O.: I NODI IRRISOLTI E LE SOLUZIONI POSSIBILI

Riv. it. dir. lav., fasc.1, 2003, pag. 109

Francesco Stolfa

Classificazioni: DIRITTO DEL LAVORO

Sommario: 1. I limiti del testo legislativo e la supplenza giurisprudenziale. - 2. Il c.d. obbligo di repêchage. - 3. La conclamata insindacabilità dei criteri di gestione aziendale, - 4. L'individuazione dei licenziandi. - 5. Limitare la discrezionalità del giudice e indennizzare comunque il lavoratore licenziato.

1. Il legislatore del 1966, nel definire il concetto di giustificato motivo oggettivo di licenziamento, ha utilizzato espressioni generiche, per certi versi persino sibilline, consentendo il recesso aziendale per "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa". Queste espressioni non dicono quasi nulla e la loro genericità le espone a un ampio ventaglio di ipotesi interpretative, non consentendo, in particolare, di definire se e in che misura, rispetto a tali ragioni, possa esplicarsi il sindacato del giudice del lavoro(1).

Come sempre, di fronte all'incapacità del legislatore di compiere adeguate scelte di politica del diritto, ha finito per ampliarsi eccessivamente la funzione di supplenza della giurisprudenza che, infatti, nei successivi trentacinque anni si è assunta un compito difficilissimo, consistente non tanto nell'applicazione quanto nella vera e propria definizione del precetto legislativo.

Il terreno su cui la giurisprudenza ha dovuto avventurarsi è risultato però scivolosissimo non solo per l'inusitata ampiezza del ventaglio delle possibili opzioni esegetiche offerte dall'ambiguo testo legislativo, ma anche perché la fattispecie ha caratteristiche tali da non consentire di individuare, neanche sul piano teorico, il giusto punto di equilibrio fra le contrapposte esigenze in campo che, anzi, appaiono sostanzialmente inconciliabili poiché entrambe meritevoli di tutela: l'esigenza aziendale (elementare e naturale) di adeguare - anche - il proprio organico alle mutevoli dinamiche del mercato e quella contrapposta del lavoratore, che abbia sempre fatto il proprio dovere, a poter contare sulla stabilità del rapporto. I rischi che si corrono spostando in avanti o indietro il livello di tutela sono quindi quello di incidere eccessivamente sulla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore, consentendo al giudice di sindacarne le scelte tecnico-organizzative-produttive, oppure, per converso, quello di rendere eccessivamente precario il rapporto di lavoro.

La giurisprudenza, quindi, sin dal momento di entrata in vigore della legge, ha subito vistosi ondeggiamenti.

Semplificando e sintetizzando al massimo l'animatissimo dibattito, è qui utile segnalare alcune fra le innumerevoli problematiche affrontate: a) la possibilità per il giudice di sindacare, e in che misura, la decisione organizzativa imprenditoriale che ha determinato l'eccedenza di personale; b) l'individuazione dei criteri per la scelta dei licenziandi; c) la configurabilità o no di un obbligo, a carico del datore di lavoro, di assegnare ai lavoratori in esubero altre posizioni lavorative disponibili in azienda, evitando così il licenziamento; d) infine, se questo c.d. obbligo di repêchage debba estendersi fino a comprendere addirittura mansioni del tutto diverse o inferiori rispetto a quelle svolte dai lavoratori prima del licenziamento.

Su nessuna di queste problematiche, ancora oggi, giurisprudenza e dottrina sembrano essere pervenute a soluzioni univoche né convincenti.

2. Particolarmente illuminante, per comprendere lo stato dell'arte in questa materia, appare l'esame degli orientamenti espressi dalla giurisprudenza più recente su quello che si presenta forse come il

tema più controverso: il contenuto e i limiti dell'obbligo di repêchage. Sull'argomento era intervenuta una importante pronuncia delle Sezioni unite, a suo tempo pubblicata in numerose riviste con diverse note di commento(2), che aveva esaminato una fattispecie di impossibilità sopravvenuta della prestazione lavorativa per inidoneità fisica del lavoratore, estendendo a quella fattispecie il principio secondo cui il diritto di recesso dell'imprenditore è consentito solo nell'impossibilità di una diversa utilizzazione del prestatore in azienda. Quella medesima pronuncia aveva peraltro precisato che tale obbligo di repêchage si estende non solo alle altre posizioni lavorative identiche a quella precedentemente ricoperta dal prestatore ma anche a tutte le altre astrattamente rientranti nell'oggetto del contratto di lavoro. Le Sezioni unite, in quella pronuncia, abbracciarono, peraltro, una concezione molto ampia di oggetto del contratto di lavoro, ritenendo che esso si estendesse, sostanzialmente, a qualsiasi altra posizione lavorativa individuabile all'interno dell'azienda, anche del tutto diversa o professionalmente inferiore a quella precedentemente ricoperta dal lavoratore inidoneo. La Corte, in particolare, argomentando dal fatto che, a norma dell'art. 2094 c.c., il prestatore di lavoro si obbliga a svolgere la sua attività alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore, il quale quindi finisce per definire in concreto, volta per volta, la prestazione da svolgere, affermò che l'impossibilità della prestazione lavorativa debba ritenersi sempre parziale ex art. 1464 c.c. e che l'imprenditore non possa legittimamente rifiutare la prestazione residua del lavoratore, cioè lo svolgimento, da parte di questi, di mansioni diverse da quelle per le quali egli è divenuto inidoneo. Da tale valutazione non potevano, secondo la Corte, ritenersi escluse neanche le posizioni lavorative che, dal punto di vista professionale, fossero del tutto diverse o inferiori, dovendosi intendere le limitazioni fissate dall'art. 2103 c.c. come poste nell'esclusivo interesse del lavoratore. Resterebbe salvo, secondo la Corte, solo il caso in cui l'imprenditore non abbia "un interesse apprezzabile" (ex art. 1464 c.c.) alla prestazione residua offerta dal lavoratore; ma tale ultima valutazione, nell'ambito del contratto di lavoro, in ragione delle evidenti implicazioni di carattere personale e sociale, non potrebbe essere rimessa alla discrezionalità imprenditoriale, dovendo invece essere condotta secondo i canoni della buona fede oggettiva, in quanto tale sindacabile da parte del giudice. In altre parole, il datore di lavoro può rifiutarsi di adibire il prestatore ad altre posizioni lavorative, anche diverse o inferiori, che questi si dichiara disponibile a svolgere, solo nei casi-limite in cui ciò "comporti aggravii organizzativi e in particolare il trasferimento di singoli colleghi dell'invalide".

Una tesi, quella sostenuta dalle Sezioni unite del 1998, come si vede, particolarmente garantistica e tale da incidere profondamente sui poteri imprenditoriali posto che la medesima, in sostanza, estende illimitatamente l'obbligo di repêchage, fino a ricomprendervi tutte le posizioni lavorative aziendali.

Il principio così formulato, sebbene espressamente riferito al licenziamento per inidoneità (in ordine al quale l'obbligo di repêchage era stato a lungo negato)(3), non può non riferirsi anche, e a maggior ragione, alle ipotesi canoniche di licenziamento per g.m.o. (riduzione di personale, cessazione dell'attività aziendale, ecc.) in ordine alle quali quel medesimo obbligo è sempre stato affermato - soprattutto dopo l'intervento delle Sezioni unite che, come si è detto, hanno ricondotto anche l'impossibilità sopravvenuta nell'alveo del g.m.o.-(4).

La giurisprudenza successiva della Sezione lavoro, tuttavia, non vi si è uniformata(5). Le pronunce più recenti, in particolare, se ne discostano apertamente, senza peraltro mai citare l'orientamento delle Sezioni unite e limitandosi ad affermare che l'obbligo di repêchage deve riguardare tutte le mansioni di uguale livello professionale. Una pronuncia, ad esempio, pur affrontando il tema marginalmente, limita il repêchage alle sole "mansioni compatibili" con "la qualifica" del lavoratore da licenziare(6). Un'altra sentenza, pur affrontando ex professo il problema degli ambiti del repêchage, si limita ad affermare che esso deve essere circoscritto dal disposto dell'art. 2103 c.c. e non deve "certo" riguardare "mansioni inferiori o del tutto diverse"(7). In un altro caso, tuttavia, relativo a un licenziamento non derivante da inidoneità psicofisica, avendola il ricorrente espressamente sollevata, la Sezione lavoro non ha potuto esimersi dall'affrontare approfonditamente la questione; senonché, anche qui, le conclusioni divergono sensibilmente dal principio di diritto espresso dalle Sezioni unite. La Sezione lavoro ritiene, infatti, "evidente che il demansionamento del lavoratore... possa essere ammesso solamente se sia l'effetto di un preciso accordo stipulato fra le parti" e che la ricerca delle mansioni inferiori "non può costituire un onere per il datore di lavoro (al contrario di quanto comunemente si ritiene riguardo al reperimento di mansioni equivalenti)". Secondo la Sezione lavoro, dunque, è il lavoratore che deve fornire la prova di aver individuato una "soluzione alternativa", sia

pure dequalificante, e che in ordine ad essa si sia raggiunto un accordo fra le parti o quanto meno si sia svolta una "trattativa" non conclusasi positivamente "per un ostacolo frapposto dal datore di lavoro e ascrivibile a un comportamento non improntato a buona fede"(8). Traspare da questo argomentare involuto e per certi versi apodittico tutta la riluttanza della Sezione lavoro ad accogliere il principio di diritto sancito dalle Sezioni unite. Infatti, le conclusioni cui perviene la Corte con quest'ultima sentenza valgono a negare che l'illegittimità del licenziamento possa derivare dall'inadempimento dell'obbligo di repêchage a mansioni inferiori non avendo il lavoratore fornito la prova dell'esistenza di tali mansioni e tantomeno della conclamata trattativa.

Ancor più recentemente, infine, è intervenuta un'altra pronuncia di legittimità che ha complicato ulteriormente la prospettiva esegetica, sostenendo che l'obbligo di repêchage sussiste solo quando il licenziamento per g.m.o. derivi da incompatibilità fra la professionalità del lavoratore e l'organizzazione aziendale, così come definita dall'imprenditore. Quando, invece, l'imprenditore decida la soppressione di una parte della propria azienda (ad esempio un reparto o un ufficio) egli non avrebbe l'onere di provare l'impossibilità di reimpiego dei licenziandi in altri reparti o uffici ponendosi, in tal caso, solo il problema dei criteri da utilizzare per la selezione(9). In quest'ultimo caso, la Corte sembra ritenere che l'imposizione dell'obbligo di repêchage finirebbe per condizionare eccessivamente l'autonomia imprenditoriale. Di fatto, però, essa così arriva a operare una sorta di curioso capovolgimento della prospettiva esegetica preesistente alla pronuncia delle Sezioni unite.

È agevole immaginare le difficoltà che potrà incontrare qualsiasi interprete nell'individuare la norma giuridica da applicare in questa materia ai casi concreti. Non mi riferisco tanto agli avvocati chiamati a sostenere, per mandato, una determinata tesi; per costoro, anzi, v'è abbondanza di riferimenti, così da rendere sostanzialmente sostenibili tutte le tesi. Mi riferisco, invece, ad esempio, a un direttore del personale o a un sindacalista che devono consigliare, rispettivamente, un'azienda o un lavoratore in una situazione di fatto corrispondente alla fattispecie giuridica esaminata. In presenza di simili contrasti e nella conseguente situazione di incertezza interpretativa, ammesso che costoro riescano a ricostruire con sufficiente approssimazione gli orientamenti contrapposti, dovranno necessariamente attestarsi, per elementare prudenza, sulla posizione rispettivamente più scomoda: il lavoratore dovrà tener conto che numerose sentenze della Sezione lavoro gli negano il diritto al c.d. repêchage in pejus (si perdoni la confusione di lingue) e, quindi, non potrà far leva su di esso. L'azienda, al contrario, per le stesse ragioni prudenziali, dovrà evitare di licenziare dipendenti comunque riutilizzabili anche in mansioni "del tutto diverse o inferiori", allargando lo spettro della verifica a tutte le posizioni lavorative aziendali che il lavoratore dichiara di voler ricoprire (senza alcuna possibilità per il datore di lavoro di valutarne l'idoneità). Ecco un modo per scontentare tutti riducendo oltremisura i margini di tutela di entrambi gli interessi coinvolti.

Né si possono tacere alcune perplessità di ordine giuridico che l'orientamento accolto dalle Sezioni unite fa sorgere. Esso sembra imporre all'imprenditore un obbligo troppo oneroso e tale da incidere eccessivamente sulla sua autonomia così come garantita dall'art. 41 Cost. Prevedere che egli debba accettare l'offerta del lavoratore in esubero di svolgere qualsiasi altra mansione astrattamente ipotizzabile all'interno dell'azienda significa incidere pesantemente sull'organizzazione produttiva di questa, condizionandone oltremisura l'efficienza e i risultati. Se è vero, infatti, che la prestazione del lavoratore subordinato, per sua natura, può essere anche notevolmente modificata nel corso del rapporto, è altrettanto vero che tali modifiche devono necessariamente passare al vaglio della libera e autonoma valutazione dell'imprenditore, cioè di colui che è giuridicamente ed economicamente responsabile dell'andamento aziendale. Si ha quindi un bel ribadire continuamente, in tutte le sentenze in materia di g.m.o., l'insindacabilità delle scelte imprenditoriali, specialmente di quelle inerenti all'assetto organizzativo dell'impresa: con la teoria dell'obbligo di repêchage in pejus si finisce per attribuire al giudice il potere di cambiare profondamente tale assetto organizzativo, assegnando a un lavoratore in esubero compiti che l'imprenditore non gli avrebbe magari mai affidato, non ritenendolo idoneo.

La tesi sostenuta dalle Sezioni unite, in ordine alla quale si comprendono le perplessità, espresse implicitamente dalla Sezione lavoro ma formulate chiaramente da una parte della dottrina(10), pare in realtà fondata sull'erronea ricostruzione della nozione di ius variandi. L'oggetto del contratto di lavoro non è affatto così ampio come sembra ritenere la Corte nella sentenza n. 7755/1998; non si estende,

infatti, fino a ricomprendere l'intero ambito di esercizio dello ius variandi imprenditoriale, poiché quest'ultimo (a differenza del c.d. potere direttivo in senso stretto)(11), consiste - come emerge dalla sua stessa denominazione - nella possibilità, eccezionalmente riconosciuta dall'ordinamento a una delle parti del rapporto di lavoro, di modificare l'altrui prestazione così come dedotta in contratto. Si tratta di un potere del tutto eccezionale, riconosciuto all'imprenditore proprio in quanto titolare unico dell'organizzazione aziendale, e costituisce lo strumento per modificare continuamente tale organizzazione (in riferimento al fattore lavoro) onde adeguarla alle mutevoli esigenze del mercato. Tale potere, poi, nel nostro ordinamento è stato sottoposto ad alcune limitazioni a tutela della dignità professionale del lavoratore (art. 2103 c.c.). Il suo ambito di esercizio non è comunque affatto utile a determinare l'oggetto del contratto di lavoro, quindi la prestazione cui è tenuto il lavoratore, proprio perché è connesso a prerogative tipiche del ruolo che l'imprenditore è chiamato a svolgere nell'ambito dell'azienda, ai compiti più esclusivi di questi, connessi al suo ruolo, costituzionalmente tutelato, di capo dell'impresa. Lo ius variandi (in quanto si configura come potere e non come obbligo) può essere utilizzato per individuare la prestazione contrattualmente dovuta dal lavoratore solo una volta che sia stato legittimamente e liberamente esercitato dal datore di lavoro.

L'oggetto del contratto di lavoro, pertanto, si individua con riferimento alla posizione lavorativa attribuita in contratto e alle successive variazioni legittimamente determinate dall'imprenditore nell'esercizio dello ius variandi; non certo tenendo conto di tutti gli ambiti di esercizio di quel potere astrattamente ipotizzabili. Oltre la posizione lavorativa iniziale, ovvero quella successivamente determinata dall'imprenditore nei limiti dell'art. 2103 c.c., siamo al di fuori del contratto e, come per ogni modifica contrattuale, si richiede il consenso di entrambe le parti(12). Per questo, l'obbligo di repêchage non può estendersi a tutte le posizioni lavorative astrattamente ipotizzabili in azienda (anche professionalmente inferiori o del tutto diverse).

Ma v'è di più. Tale obbligo risulta eccessivamente ampio - a mio avviso - anche se riferito a tutte le posizioni lavorative esistenti in azienda, definibili come professionalmente equivalenti, a norma dell'art. 2103 c.c. Neanche l'astratta valutazione di equivalenza professionale può, infatti sostituirsi alla valutazione di idoneità (tecnico-professionale) che rientra fra le prerogative esclusive dell'imprenditore. Non è sufficiente accertare che due posizioni lavorative siano professionalmente equivalenti per poter ritenere che un lavoratore sia in grado di svolgerle entrambe: entrano in gioco, legittimamente, in quest'ultima valutazione elementi diversi dalla professionalità astratta (rilevante solo al fine di valutare il legittimo esercizio dello ius variandi) che non possono non essere rimessi all'autonoma determinazione dell'imprenditore. Diversamente torneremmo a qualcosa che richiama l'imponibile di manodopera, di antica memoria.

Dal principio di esecuzione del contratto secondo buona fede (art. 1375 c.c.) e da quello che impone al creditore di collaborare all'adempimento della prestazione del debitore (art. 1206 c.c.) può farsi derivare non più che l'obbligo per il datore di lavoro di adibire il lavoratore in esubero a posizioni lavorative che siano non solo professionalmente equivalenti ma anche sostanzialmente analoghe a quella da lui precedentemente ricoperta, sempreché l'imprenditore non dimostri che vi ostino serie ragioni tecniche, produttive o organizzative. Si può rispolverare, al riguardo, la nozione di "qualifica professionale" o, più modernamente, di "profilo professionale" per meglio individuare l'ambito di tale obbligo datoriale, in opportuna coincidenza, del resto, con quanto si ritiene in ordine al diritto di riassunzione con precedenza di cui all'art. 15 della l. 29 aprile 1949, n. 264(13). Quindi, prima di operare il licenziamento, il datore di lavoro dovrà verificare soltanto se, nell'organizzazione aziendale data, non sia possibile adibire il lavoratore ad altre posizioni lavorative corrispondenti al suo profilo professionale(14).

3. Quasi tutte le motivazioni delle sentenze intervenute in materia di licenziamento per g.m.o. esordiscono affermando, a chiare lettere, l'insindacabilità dei criteri di gestione aziendale, dunque l'assetto organizzativo-produttivo deciso dall'imprenditore. Del pari però il medesimo principio, nelle statuizioni conclusive adottate, subisce quasi sempre rilevanti affievolimenti.

Si è già avuto modo di rilevare quanto certe pronunce finiscano per incidere su quelle medesime prerogative imprenditoriali che affermano di voler salvaguardare, mediante l'eccessiva estensione dell'obbligo di repêchage.

In realtà, in quasi tutte le decisioni che intervengono in questa materia, i giudici finiscono per sindacare, in modo più o meno rilevante, il merito delle decisioni organizzative, tecniche o produttive dalle quali deriva la situazione di esubero di personale.

Il "grimaldello" più comunemente usato è costituito dal concetto di "non pretestuosità": la scelta organizzativa è libera e insindacabile, purché non pretestuosa. In questo senso si esprime la già citata Cass. n. 16106/2001; ma i precedenti sono numerosissimi(15). Quasi nessuna di queste pronunce chiarisce, peraltro, quando e in base a quali criteri la scelta aziendale debba ritenersi pretestuosa. E, quando qualche decisione tenta di essere al riguardo più precisa, evidenzia subito quali margini di discrezionalità l'utilizzo di un concetto così generico e ambiguo riservi all'intervento del giudice, consentendogli di entrare a gonfie vele nel merito delle decisioni organizzative imprenditoriali(16).

In molti altri casi la giurisprudenza è ancor più invadente, giungendo a sottoporre le decisioni imprenditoriali a un esplicito sindacato di merito(17). Si pensi al filone giurisprudenziale (sorretto anche da cospicua dottrina)(18) secondo cui la decisione organizzativa aziendale, da cui deriva l'esubero di personale, non può essere sorretta da mere esigenze di profitto, ma deve essere dettata da necessità di mercato o dall'intento di migliorare l'efficienza o la produttività dell'impresa(19).

Non mancano peraltro pronunce, anche di legittimità, che sostengono esattamente il contrario, consentendo il licenziamento anche quando sia giustificato dalla mera esigenza di contenere i costi e, quindi, di aumentare i profitti o ridurre le perdite(20).

Quest'ultimo orientamento, seguito finora solo sporadicamente dalla giurisprudenza, sia di merito sia di legittimità, pare riscuotere maggior interesse nelle pronunce più recenti. Si segnala in questo senso, in particolare, una recentissima pronuncia della Corte di Cassazione(21) che parte dall'affermazione, senza tentennamenti o condizioni, del principio secondo cui "il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva deve essere valutato dal datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, poiché tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.; al giudice spetta invece il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore". La medesima sentenza giunge ad affermare anche che "non è il giudice a dover determinare il "giusto numero" dei dipendenti da licenziar. Essa aggiunge tuttavia, in parte contraddicendosi, che il controllo del giudice deve consistere non solo "nella verifica dell'effettiva esistenza delle esigenze obiettive di cui parla l'art. 3 della l. n. 604/1966", ma anche "delle ragioni della scelta del singolo lavoratore licenziato".

Anche sul delicatissimo tema della sindacabilità delle scelte imprenditoriali dalle quali deriva il licenziamento per g.m.o. si è manifestata, dunque, un'impressionante varietà di orientamenti giurisprudenziali. Al riguardo, ancor più che sull'obbligo di repêchage, si fa fatica a individuare l'orientamento prevalente e, in particolare, non è affatto agevole regolarsi nell'articolare la motivazione del licenziamento: se questa debba cioè limitarsi a esprimere una certa determinazione aziendale o debba, invece, estendersi anche alle motivazioni di carattere economico e gestionale che l'abbiano indotta. In presenza, ad esempio, di un licenziamento finalizzato a ridurre i costi aziendali bisogna spiegare anche perché (l'imprenditore ritiene che) tale riduzione sia opportuna o necessaria? Se l'eccedenza deriva dalla chiusura di un reparto o ufficio occorre spiegare anche per quali ragioni (economiche o gestionali) l'imprenditore è giunto a quella decisione? E la decisione aziendale deve risultare necessaria o anche solo opportuna?

Le incertezze e i contrasti di cui innanzi sarebbero apparsi ancor più stridenti se questa rassegna avesse approfondito l'esame della giurisprudenza di merito: è comprensibile che, in mancanza di orientamenti definiti in sede di legittimità, i giudici di merito si siano sentiti autorizzati a riempire l'art. 3 della l. n. 604/1966 dei contenuti più vari.

L'esperienza insegna che ogni azienda, dovendo procedere a un licenziamento per g.m.o., tenderà, per ovvie ragioni prudenziali, ad abbondare in motivazioni (fornendo dati, bilanci, diagrammi sui flussi di mercato, fatture, ordinativi, ecc.), e a farne oggetto di una complessa attività istruttoria che poi finirà inevitabilmente per essere esaminata e valutata dal giudice(22), risolvendosi così ogni licenziamento per g.m.o. nell'occasione per una estemporanea (e atecnica) valutazione della congruità e

ragionevolezza della gestione di quell'azienda.

4. Altrettanto gravi sono le incertezze interpretative emerse in relazione ai criteri di individuazione dei lavoratori da licenziare.

Al riguardo, la giurisprudenza non è concorde neanche nel ritenere che debba essere individuato (e sia quindi sindacabile) un preciso criterio di scelta. Nelle pronunce di merito, in particolare non manca chi ritiene che "il datore di lavoro non ha alcun obbligo di indicare i criteri di scelta dei lavoratori licenziati nè il giudice può entrare nel merito della scelta operata dall'imprenditore"(23).

La giurisprudenza prevalente sembra, peraltro, concorde nel ritenere che la scelta dei licenziandi non sia libera dovendosi invece individuare un preciso nesso di causalità fra la decisione organizzativa aziendale di base e il licenziamento "di quel determinato lavoratore". La stessa giurisprudenza sembra concorde anche nell'escludere che il lavoratore possa invocare criteri di scelta prefissati e basati anche su situazioni personali(24).

Il criterio del nesso di causalità è però del tutto insufficiente a risolvere la maggior parte dei casi concreti, poiché, come ammette la stessa giurisprudenza, "a parte il caso limite in cui la ristrutturazione consente di individuare il singolo posto di lavoro da sopprimere, il nesso causale si arresterà necessariamente a un'area più o meno ampia di posti di lavoro equivalenti, non più riferibile a tutti i dipendenti dell'impresa, ma neppure a un unico dipendente"(25). In altre parole, è evidente che mediante il criterio del nesso di causalità si potrà arrivare all'individuazione dei lavoratori astrattamente coinvolti dalla decisione imprenditoriale di base (ad esempio coloro che operano in un determinato reparto o ufficio, la cui operatività deve essere ridotta, o che ricoprono le specifiche posizioni lavorative eccedenti); ma, se l'imprenditore non intende coinvolgerli tutti nella condizione di esubero, infatti accade nella maggioranza dei casi, resterà comunque aperto il problema della loro selezione. A ciò si aggiunga il caso in cui la riduzione di personale sia dettata unicamente dall'esigenza di contrarre la produzione o, semplicemente, di ridurre i costi: in tali casi, applicando il mero nesso di causalità, tutti i dipendenti dell'azienda sono potenzialmente coinvolti nella situazione di esubero.

In ordine a questo, che è il problema principale connesso con la scelta dei licenziandi, la giurisprudenza non è riuscita a trovare soluzioni univoche, poiché quei criteri non sono fissati dalla legge. Tutte le decisioni tendono, sul punto, ad applicare, ancora una volta, il principio di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c., lasciando al giudice, anche su questo delicatissimo argomento, un margine di discrezionalità (cui corrisponde un margine di incertezza per gli operatori) troppo ampio. E se è vero che molte delle pronunce, specie di legittimità, fanno riferimento ai criteri di scelta che oggi la l. n. 223/1991 prevede per i licenziamenti collettivi, non è affatto certo se questo criterio debba ritenersi necessario (in quanto derivante da un'applicazione analogica della disciplina dei licenziamenti collettivi) o sia semplicemente una delle possibili opzioni a disposizione dell'imprenditore in applicazione dell'art. 1375 c.c., quindi sindacabile dal giudice. Una recente pronuncia della Cassazione(26) finisce per confondere i due piani e così, se da un lato ritiene che "potrà farsi riferimento, in via analogica, ai criteri" fissati dall'art. 5 della l. n. 223/1991, d'altro canto finisce subito dopo per accontentarsi di una loro utilizzazione parziale o meglio meramente indicativa applicando il criterio dell'età anagrafica, ritenuto "pienamente coerente" con quelli, ben diversi(27), fissati dalla legge per i licenziamenti collettivi.

In realtà, i due piani esegetici appaiono invece ben distinti: se si ritiene che l'art. 5 della l. n. 223/1991 debba analogicamente applicarsi al licenziamento per g.m.o. al fine di selezionare posizioni lavorative fra loro fungibili, si deve coerentemente applicare integralmente e fedelmente quella norma; se invece si ritiene che essa sia insuscettibile di estensione (analogica) al licenziamento individuale la si potrà utilizzare come mero punto di riferimento per l'interprete che, solo in tal caso, sarà libero di applicarla parzialmente o in via meramente indicativa. In questo senso appare più corretta la ricostruzione esegetica operata da un'altra pronuncia che, ritenendo applicabili in via analogica i criteri dell'art. 5 della l. n. 223/1991, ha conseguentemente ritenuto insufficiente un "generico riferimento alle rispettive situazioni familiari, senza offrire elementi di comparazione rispetto alla posizione di altri dipendenti"(28). Sul punto, le incertezze derivanti dalle divisioni della giurisprudenza sono aggravate

da quelle della dottrina(29).

Solo su un aspetto sembra essersi consolidato un orientamento giurisprudenziale nettamente prevalente: a differenza che nel licenziamento collettivo, i lavoratori coinvolti nell'esubero, le cui posizioni possono essere comparate, non sono tutti i dipendenti aziendali ma solo quelli direttamente individuati dalla scelta organizzativa di base. Se l'imprenditore ha deciso, ad esempio, di ridimensionare un dato reparto, la scelta espulsiva dovrà essere operata solo fra i lavoratori addetti a quel reparto; se ha deciso di eliminare certi macchinari obsoleti per sostituirli con sistemi computerizzati che richiedono un minor numero di addetti, l'esubero riguarderà solo gli operai addetti ai macchinari sostituiti.

Un punto pressoché inesplorato, ma che non pare affatto secondario, è però quello della determinazione del numero dei licenziandi. Certo, (quasi)(30) tutta la giurisprudenza ha abbracciato il principio secondo cui tale dato numerico deve essere ricavato in via deduttiva, con nesso di causalità diretta, dalle scelte imprenditoriali di base. Se però questo principio è idoneo a risolvere il problema in alcuni casi (in particolare quando la decisione del datore di lavoro consista nella soppressione di una parte ben definita della struttura aziendale), lo è di meno quando il licenziamento venga deciso per ridurre semplicemente la produzione o i costi aziendali. In tali casi, in realtà, non è possibile sindacare il numero dei licenziandi (che peraltro non è quasi mai esattamente individuabile in via deduttiva) senza sindacare la stessa scelta imprenditoriale di base.

5. Questa breve e incompleta rassegna della giurisprudenza in materia di licenziamento per g.m.o. fa emergere, dunque, una situazione interpretativa piuttosto confusa, caratterizzata da forti contrasti e da orientamenti le cui radici non sono agevolmente rinvenibili nel testo legislativo. La giurisprudenza, chiamata a svolgere una rilevante funzione di supplenza per riempire di contenuto una disciplina legale troppo generica, non è riuscita, in definitiva, a individuarne uno pacificamente accettato e quindi affidabile per l'interprete. Essa, d'altro canto, ha spesso assunto orientamenti che, incidendo eccessivamente sull'autonomia imprenditoriale, sono entrati in contrasto con esigenze essenziali dell'impresa moderna, destinata a operare in un mercato dai confini sempre più ampi e sfumati. Ritenerne che il giudice possa sindacare i criteri di gestione dell'impresa, le scelte che l'imprenditore è chiamato a compiere quotidianamente per assicurare la sua sopravvivenza economica, è incompatibile con un sistema economico e giuridico ispirato ai principi liberali, sia pure temperati dalle esigenze di tutela del lavoratore in quanto persona, e, quindi, con il quadro giuridico definito dall'art. 41 Cost. È, del resto, quella stessa giurisprudenza, almeno nelle proclamazioni di principio, a ritenere inaccettabile una simile intrusione; ma poi, come si è visto, ampliando a dismisura il c.d. obbligo di repêchage o il concetto di non pretestuosità o i criteri di scelta, perviene a conclusioni incoerenti con i principi.

La conseguenza è che, generalmente, le aziende sono di fatto costrette, nei giudizi, a esplicitare non solo le decisioni organizzative poste alla base dei licenziamenti, ma anche i criteri gestionali che le hanno indotte, finendo per sottoporli inevitabilmente al vaglio del magistrato; il quale arriva persino a sindacare se gli intenti che muovono l'imprenditore nella gestione dell'azienda siano soltanto il profitto o altri più meritevoli.

Proprio tale contrasto fra principi proclamati e statuizioni adottate nel caso concreto danneggia gli operatori pratici e li induce in confusione (quindi spesso in errore).

L'analisi svolta nelle pagine precedenti dimostra che il licenziamento per g.m.o., per sua natura, può essere sindacato solo se e nella misura in cui si accetti il controllo del giudice sui criteri di gestione dell'impresa. Se, invece, come sembra, si conviene sulla loro insindacabilità, si deve conseguentemente accettare anche il fatto che il licenziamento per g.m.o., così come quello collettivo, sia insindacabile nel merito. Il giudice potrà verificare solo l'effettiva attuazione della decisione aziendale di base e, entro certi limiti, la scelta dei licenziandi. In particolare, quando la riduzione di personale sia dettata dalla mera esigenza di ridurre i livelli o i costi di produzione, dovranno applicarsi, a mio avviso, in via analogica, e quindi in modo completo e ineludibile, i medesimi criteri di scelta previsti per i licenziamenti collettivi. Si potrà, tutt'al più, ritenere - applicandosi il principio dell'esecuzione del contratto secondo buona fede di cui all'art. 1375 c.c., con la medesima prudenza

con cui viene utilizzato in ogni altro ambito del diritto civile⁽³¹⁾ - l'obbligo del datore di lavoro di adibire il prestatore alle altre posizioni lavorative professionalmente analoghe (cioè normalmente assegnate a personale avente la medesima qualifica o profilo professionale) esistenti all'interno dell'impresa. Ma lo strumento di verifica che appare più efficace e più rispettoso delle prerogative imprenditoriali non potrà che essere quello connesso alla mancata assunzione di nuovo personale con la medesima qualifica entro un congruo lasso di tempo successivo al licenziamento: ove l'impresa dimostri di essere riuscita a fare a meno del lavoratore licenziato senza assumerne altri in sua sostituzione o comunque con la sua qualifica, il licenziamento dovrà necessariamente ritenersi legittimo, sotto ogni profilo.

È questo, a mio avviso, l'orientamento che pare potersi desumere dagli stessi testi legislativi (l. n. 604/1966 e l. n. 223/1991) che non sembrano voler operare alcuna particolare distinzione fra il licenziamento individuale per g.m.o. e quello collettivo (ritenuto insindacabile nel merito), se non per il ruolo offerto all'autonomia sindacale⁽³²⁾.

Il fatto che la giurisprudenza, per oltre trentacinque anni, abbia seguito altre strade non può indurre l'interprete ad accettare come definitivi i risultati conseguiti, perché quei risultati sono contraddittori, insoddisfacenti e soprattutto inservibili per ricostruire la norma utile alla soluzione dei casi concreti. È opportuno chiedersi, piuttosto, se non sia arrivato il momento, per il legislatore, di assumersi fino in fondo le proprie responsabilità intervenendo a chiarire o rettificare il testo normativo di riferimento.

In quest'ottica i contraddittori e confusi risultati della supplenza giurisprudenziale assumono maggiore rilevanza e forniscono indicazioni che non possono essere ignorate. Non si può negare, infatti, che, applicando il principio della insindacabilità dei criteri gestionali nel caso del licenziamento individuale per g.m.o., la tutela degli interessi del lavoratore ne resterebbe notevolmente indebolita, non potendo egli contare né sull'intervento sindacale (prima del recesso) né su quello assistenziale (dopo), entrambi previsti solo nei licenziamenti collettivi.

In questo, il nostro ordinamento giuslavoristico mostra una lacuna determinatasi sin dal momento della trasformazione dell'indennità di licenziamento in indennità di anzianità⁽³³⁾, e forse anche una contraddizione rispetto al principio della giustificazione del recesso datoriale⁽³⁴⁾: il fatto che un lavoratore del tutto incolpevole possa ritrovarsi senza lavoro dall'oggi al domani, nel lasso di tempo, quasi sempre brevissimo, corrispondente al periodo di preavviso e senza altra forma di tutela, ripugna alla coscienza sociale (che ha da tempo "metabolizzato" il principio della giusta causa), particolarmente nel nostro sistema socio-giuridico nel quale, come hanno ben evidenziato recenti analisi⁽³⁵⁾, i lavoratori sono tutelati e protetti in azienda ma sono abbandonati a sé stessi e privi di assistenza nel mercato⁽³⁶⁾.

È forse questa lacuna-contraddizione che ha finora indotto i giudici del lavoro italiani - per lo più poco dotati di cultura economica, al pari, del resto, dei loro colleghi d'oltr'Alpe, ma particolarmente attenti e sensibili verso i problemi sociali e di tutela del lavoratore⁽³⁷⁾ - a spingersi lungo la pericolosa china della sindacabilità della gestione aziendale, lasciandosi andare a taluni eccessi di tutela (rispetto a quanto forse consentiva il testo legislativo) per evitare lo spettro del licenziamento a lavoratori incolpevoli.

Su questa strada, però, non è più possibile inoltrarsi. Le contraddizioni teoriche e gli inconvenienti pratici provocati dai limiti della supplenza giurisprudenziale, in definitiva l'incerta praticabilità del licenziamento per g.m.o., stanno diventando sempre più insopportabili nell'attuale contingenza economica, soprattutto per le piccole e medie imprese⁽³⁸⁾; esse stanno, peraltro, già innescando evidenti processi reattivi che, per loro natura, sono destinati a sfociare, quasi sempre, in eccessi di segno opposto⁽³⁹⁾.

Nel caso del licenziamento per g.m.o., il punto di equilibrio fra le contrapposte ma ugualmente meritevoli esigenze del lavoratore (di una ragionevole stabilità) e dell'imprenditore (di un'adeguata flessibilità dei fattori produttivi) può essere individuato soltanto da una riforma legislativa che, da un lato, impedisca ogni tipo di sindacato sulle scelte imprenditoriali di base ma, nel contempo, assicuri una qualche forma di tutela anche al lavoratore incolpevole legittimamente licenziato⁽⁴⁰⁾. Ed è

importante che tale tutela (evidentemente di natura indennitaria) sia posta a carico dell'imprenditore e non della pubblica assistenza(41), affinché essa possa costituire comunque una remora contro tali licenziamenti, operando come un filtro automatico e imparziale delle scelte imprenditoriali. Si eviterebbe così di porre, come accade ora, sullo stesso piano (a tutela zero) i lavoratori che perdono il posto incolpevolmente e quelli che lo perdono in quanto responsabili di gravi inadempimenti(42).

LICENZIAMENTO PER G.M.O.: I NODI IRRISOLTI E LE SOLUZIONI POSSIBILI. - Riassunto. La genericità del testo dell'art. 3 della l. n. 604/1966 ha portato la giurisprudenza a svolgere una funzione di supplenza consistita nella definizione più che nell'interpretazione del precetto legislativo e che si è spinta a sindacare i criteri di gestione dell'impresa molto più di quanto appaia dalle affermazioni di principio che accompagnano quasi tutte le sentenze. I "grimaldelli" usati a tale scopo sono la dilatazione oltremisura dell'obbligo di repêchage, il concetto di non pretestuosità della scelta imprenditoriale di base, la determinazione dei criteri di scelta dei licenziandi. Questo atteggiamento eccessivamente invasivo dei giudici è stato probabilmente indotto dall'assoluta carenza di tutela giuridica, sindacale e assistenziale per il lavoratore individualmente licenziato per g.m.o., determinatasi nel nostro ordinamento a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 9 della l. n. 604/1966 (che ha trasformato l'indennità di licenziamento in indennità di anzianità). Appare dunque sempre più necessaria una riforma legislativa che, da un lato, impedisca le intrusioni giudiziali nei metodi di gestione dell'impresa ma, dall'altro, reintroduca una qualche forma di tutela indennitaria per tutte le ipotesi di licenziamento giustificato ma non imputabile al lavoratore.

DISMISSAL FOR ECONOMIC REASONS: UNRESOLVED PROBLEMS AND POSSIBLE SOLUTIONS. - Summary. The vagueness of the definition of economic reasons for dismissal in Sect 3 of the Statute No. 604/1966 obliged the courts to settle - rather than to interpret - the legislative rule and to exert an intrusive control over company management choices, more than appears in the statements of principle which accompany almost all the decisions. The passepartout used by courts for this purpose are: i) the excessive enlargement of the duty of the worker's relocation in the company; ii) the control over reasonableness of the management choice; iii) the selection criteria for workers to be dismissed. This excessively intrusive attitude of the courts was probably caused by the total lack of workers' protection on the juridical and union grounds, as well as from the welfare point of view, after the coming into force of Sect. 9 of Statute No. 604/1966 (which transformed the previous severance payment into a sort of deferred salary). Therefore it appears ever more necessary to introduce a legislative reform that, on the one hand, prevents intrusion into company management choices, but, on the other, re-introduces some form of compensatory protection for all eventualities of justified dismissal for economic reasons.

Note:

(1) Proprio per la genericità della formulazione legislativa, è preferibile desumere la definizione del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo ex art. 3, l. 11 luglio 1966, n. 604 a negativis rispetto alle altre due fattispecie disciplinate dalla legge: quella del licenziamento motivato da inadempimento colpevole del lavoratore e quella del licenziamento collettivo ex art. 24 della l. n. 223/1991. Occorre, tuttavia, subito corredare questa definizione di due avvertenze d'uso, che traggo da P. Ichino, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale* Cicu-Messineo-Mengoni, 2003, § 517 (che peraltro ho potuto leggere solo allorché il presente saggio era pressoché ultimato): da un lato, in dottrina non è pacifica la coincidenza fra la nozione generale di inadempimento di cui agli artt. 1453 e 1455 c.c. e quella rilevante ai fini del licenziamento, anche se, ai nostri fini, ciò che conta è che il fatto che motiva il recesso (qualificabile o no come inadempimento) non sia imputabile a colpa o dolo del lavoratore; d'altro lato, è stato evidenziato che taluni comportamenti del lavoratore sono tali da giustificare il licenziamento sia sotto il profilo soggettivo che sotto quello oggettivo. Rientrano nel concetto proposto di g.m.o. le ipotesi di recesso motivato dalla soppressione di un ambito organizzativo-produttivo dell'azienda (cfr. Cass. 17 dicembre 1997, n. 12764, NGL, 1998, 191), dalla riorganizzazione produttiva (mediante scomposizione delle posizioni lavorative e redistribuzione delle mansioni: cfr. Cass. 15 novembre 1993, n. 11241, q. Riv., 1994, II, 766, con nota di Morrone, *Licenziamento per soppressione del posto di lavoro e assegnazione ad altri delle mansioni residue o smembrate; ovvero mediante affidamento all'esterno delle medesime*: cfr. Cass. 13 ottobre 1997, n. 9967, q. Riv., 1998, II, 327, con nota di Pizzoferrato, *Licenziamento per soppressione del posto di lavoro e impossibilità di ricollocare il*

lavoratore in altre mansioni equivalenti); ma vi rientra anche, a certe condizioni, il recesso finalizzato alla mera riduzione dei costi aziendali (v. infra, par. 3). Vi è pure compreso (non senza contrasti: cfr. P. Tullini, F. Lunardon, Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento, DLComm, 1998, 228) il c.d. licenziamento per inadempimento incolpevole del lavoratore, motivato cioè dalla sua sopravvenuta incompatibilità con l'organizzazione aziendale per obsolescenza professionale, per carenza di requisiti professionali (autorizzazioni amministrative, iscrizione ad albi, porto d'armi, patente di guida ecc.), per inidoneità psico-fisica, per impossibilità sopravvenuta. Appare invece, infine, di dubbio inquadramento l'ipotesi dello scarso rendimento (sul tema cfr. P. Tullini, F. Lunardon, op. cit., 211-212). La giurisprudenza prevalente tende ad ammettere il licenziamento per scarso rendimento solo qualora esso sia imputabile a negligenza del lavoratore: v. Cass. 23 febbraio 1996, n. 1421, in q. Riv., 1997, II, 189 (con nota di Martinucci, Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione), e in D&L, 1996, 1019 (con nota adesiva di S. Muggia, Brevi note sul licenziamento per scarso rendimento); nonché Cass. 19 agosto 2000, n. 11001, OGL, 2000, 752. In senso critico verso questa impostazione si è espresso Ichino, Il contratto di lavoro, t. III, cit., § 516, lett. f). Le varie ipotesi di g.m.o. testé enunciate, soprattutto quelle più controverse, saranno analizzate, di seguito, nel testo

(2) Cass., S.U., 7 agosto 1998 n. 7755, è stata pubblicata in q. Riv., 1999, II, 170 (con nota di G. Pera, Della licenziabilità o non del lavoratore divenuto totalmente inabile); ma anche, fra l'altro, in LG, 1999, 429 (con nota di Mannacio); in D&L, 1998, 1029; in DL, 1999, II, 258 (con nota di Tricoli); in FI, 1999, I, 198; in OGL, 1998, 697 (con nota di Ludovico); in CG, 1999, 729 (con nota di Pacifico). Per un commento della sentenza, inserito in una più ampia trattazione dell'argomento, cfr anche G. Ludovico, L'evoluzione della giurisprudenza in materia di sopravvenuta impossibilità della prestazione lavorativa, DRI, 2001, 117 ss. Come si sottolinea soprattutto in quest'ultimo contributo, la sentenza si segnala anche per aver definitivamente ricondotto nella nozione di giustificato motivo oggettivo il c.d. inadempimento incolpevole e per aver, anzi, sancito il principio della riconducibilità di ogni fattispecie risolutiva del rapporto di lavoro nell'ambito della disciplina generale del licenziamento, pena l'arbitraria riduzione dei livelli di tutela

(3) In tal senso si era espressa la giurisprudenza prevalente, prima dell'intervento delle S.U.; cfr. fra le più recenti: Cass. 21 maggio 1991, n. 5686, mass.; Cass. 26 giugno 1991, n. 7196, OGL, 1991, 672; Cass. 21 maggio 1992, n. 6106, NGL, 1992, 662; Cass. 18 marzo 1995, n. 3174, GI, 1995, I, 1, 1635 (con nota di Barbanti); Cass. 12 giugno 1995, n. 6601, mass., con riferimento a un'ipotesi di licenziamento per superamento del periodo di comporta; Cass. 13 marzo 1996, n. 2067, GI, 1996, I, 1, 1038; Cass. 6 novembre 1996, n. 9684, q. Riv., 1997, II, 612 (con nota di Campanella). Nel senso opposto, ravvisava, invece, anche prima delle S.U., l'obbligo di repêchage un orientamento giurisprudenziale minoritario e più recente: cfr. Cass. 23 agosto 1997, n. 7908, MGL, 1997, 871 e Cass. 3 luglio 1997, n. 5961, ivi, 1998, 437

(4) Cfr. G. Ludovico, L'impossibilità, cit., spec. 122

(5) Cass. 1° ottobre 1998, n. 9768, GC, 1999, I, 1755 (con nota di Caro) limita il repêchage a mansioni "di analogo livello professionale"; Cass. 29 marzo 1999, n. 3030, OGL, 1999, I, 449, usa indifferentemente la medesima espressione e quella di "mansioni equivalenti"; Cass. 20 novembre 2001, n. 14592, mass., 2001, 1966, pur seguendo il medesimo iter argomentativo delle S.U., se ne discosta però clamorosamente nelle conclusioni, limitando il repêchage alle sole "mansioni equivalenti". Per trovare qualche pronuncia conforme all'orientamento delle Sezioni unite in materia di licenziamento per g.m.o. non dovuto a inidoneità del lavoratore, bisogna scorrere la giurisprudenza di merito: cfr. T. Napoli 30 marzo 2000, OGL, 2000, I, 353, con nota di Golferini, nonché T. Milano 11 gennaio 2000, LG, 2000, 469 (m). Anche in materia di inidoneità sopravvenuta, del resto, la Sezione lavoro si è uniformata solo parzialmente: cfr. la sent. 5 agosto 2000, n. 10339, NGL, 2001, 101, secondo cui l'imprenditore è tenuto a giustificare il recesso anche con l'impossibilità di adibire il prestatore a mansioni inferiori solo "nel caso in cui il lavoratore abbia - sia pure senza forme rituali - manifestato la sua disponibilità ad accettarle"

(6) Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, mass

(7) Cass. 14 giugno 2000, n. 8135, OGL, 2000, I, 742

(8) Cass. 20 dicembre 2001, n. 16106, mass

(9) Così Cass. 9 maggio 2002, n. 6667 (q. fasc., II, 108), che introduce una vera e propria inedita distinzione ontologica fra i due tipi di licenziamento per g.m.o.: quello motivato dall'incompatibilità fra la professionalità del lavoratore e l'organizzazione aziendale e l'altro che deriva, invece, da

autonome (e insindacabili) decisioni dell'imprenditore di modificare tale organizzazione. Solo nel primo caso il datore di lavoro avrebbe l'onere di provare l'impossibilità di reimpiegare il lavoratore in altre posizioni di lavoro, proprio perché, in mancanza di tale prova, non potrebbe configurarsi neanche il g.m.o., così come motivato. Per un precedente parzialmente in termini cfr. Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, DL, 1993, II, 286 (con nota di Vallebona) secondo cui "è chiaro che se il motivo consiste nella necessità di ridurre il personale dell'azienda, una tale prova non può essere richiesta: il lavoratore licenziato è per definizione non impiegabile altrimenti". Sostengono, invece, la necessità di effettuare il repêchage anche in caso di riduzione di personale, Cass. 21 giugno 1998, n. 1891, mass.; Cass. 7 luglio 1992, n. 8254, mass.; Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, MGL, 1991, 426; P. Lucca 28 gennaio 1999, OGL, 1999, I, 775; P. Milano 28 marzo 1997, LG, 1997, 683; T. Torino 27 aprile 1996, GPiem, 1997, 46 (m.)

(10) Cfr. M. Papaleoni, Inidoneità sopravvenuta e repêchage, MGL, 1998, 876 ss

(11) Sul tema cfr. ampiamente F. Liso, La mobilità del lavoratore in azienda, Cacucci, Bari, 1979, 108 ss.; sia consentito rinviare anche a F. Stolfa, Patto di prova e collocamento: nuovi spunti per una riflessione unitaria sulla costituzione del rapporto di lavoro, q. Riv., 1985, II, 279 ss., spec. 294-295

(12) Su posizioni analoghe, cfr. Papaleoni, op. ult. cit., spec. 884

(13) La giurisprudenza ritiene non solo che questa norma sia tuttora in vigore ma anche che la medesima, nell'attuale quadro normativo, debba riferirsi indifferentemente ai licenziamenti collettivi e a quelli individuali; Cass. 8 febbraio 2000, n. 1410, MGL, 2000, 663, con nota di Marietti ha anche circoscritto tale obbligo imprenditoriale ai soli casi di assunzione di lavoratori con la "medesima qualifica". Analoghi diritti di precedenza sono sanciti anche da altre norme come ad es. l'art. 23 della l. 28 febbraio 1987, n. 56 in materia di assunzioni a termine (anche in riferimento a questa norma la giurisprudenza ha chiarito che il diritto di precedenza vale solo per le assunzioni operate "con la medesima qualifica"; in tal senso cfr. Cass. 14 maggio 1993, n. 5521, q. Riv., 1994, II, 106, con nota di M. Franco). Per evidenti ragioni di coerenza normativa appare, quindi, opportuno uniformare i limiti del diritto di repêchage a quelli previsti per il diritto di riassunzione

(14) Per la nozione di qualifica o di profilo professionale cfr. F. Liso, La mobilità del lavoratore in azienda, cit., 96 ss

(15) Cfr., fra le tante, Cass. 13 novembre 2001, n. 14093, mass.; Cass. 23 ottobre 2001, n. 13021, mass.; Cass. 29 marzo 2001, n. 4670, NGL, 2001, 461; Cass. 16 dicembre 2000, n. 15894, ivi, 2001, 340; Cass. 14 settembre 1995, n. 9715, MGL, 1996, 425; Cass. 3 novembre 1992, n. 11909, mass

(16) Secondo Cass. 17 agosto 1998, n. 8057, mass., i "riassetti organizzativi" decisi dall'imprenditore possono ritenersi "non pretestuosi e strumentali" quando sono "volti a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti che influiscano decisamente sulla normale attività produttiva imponendo un'effettiva necessità di riduzione dei costi". Con la stessa formulazione Cass. 27 novembre 1996, n. 10527, DL, 1998, II, 173. È evidente come, in questi casi, la verifica di non pretestuosità sia servita al giudice per sindacare profondamente l'autonomia imprenditoriale

(17) Si veda ad es. Cass. 9 luglio 2001, n. 9310, MGL, 2001, 1241, secondo cui "l'art. 3 della l. n. 604/1966 richiede che le ragioni inerenti all'attività produttiva - sia che derivino da esigenze di mercato ed attengano perciò a motivi estranei alle scelte imprenditoriali, sia che conseguano invece a riorganizzazioni o ristrutturazioni operate dall'imprenditore - siano tali, nella loro oggettività e non in forza di un atto del datore di lavoro che presenti margini di arbitrarietà"

(18) Cfr., M. Tatarelli, Il licenziamento individuale e collettivo, Cedam, Padova, 2000, 255. Contra cfr. G. Pera, Colloquio con Pietro Ichino, q. Riv., 1998, III, 211 ss., spec. 218: "Non ho alcun dubbio sulla possibilità di licenziare per assumere soggetti più efficienti e meno costosi"

(19) Secondo Cass. 18 novembre 1998, n. 11646 (DL, 2000, II, 31, con nota di Lepore), "nella nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento ex art. 3 l. 15 luglio 1966, n. 604 rientra l'ipotesi di un riassetto organizzativo dell'azienda attuato al fine di una più economica gestione di essa e deciso dall'imprenditore non semplicemente per un incremento del profitto bensì per far fronte a sfavorevoli situazioni, non meramente contingenti, influenti in modo decisivo sulla normale attività produttiva"; nello stesso senso, con le stesse parole, Cass. 5 aprile 1990, n. 2824, RGL, 1991, II, 306; di "riduzione imposta da una seria ragione di utile gestione dell'azienda" parla Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, MGL, 1991, 426; sempre nello stesso senso Cass. 2 febbraio 1983, n. 903, mass. e Cass. 10 maggio 1986, n. 3127, mass. La rassegna diventa ancor più significativa se si estende alla giurisprudenza di merito, laddove ci si può imbattere nel giudice che ritiene insufficiente l'intento di ridurre i costi, anche se determinato da un calo delle vendite, richiedendo "una riorganizzazione o

ristrutturazione dell'attività aziendale che si traduce in una seria ragione di utile gestione dell'azienda" (T. Milano 23 luglio 1999, LG, 1999, 1164); o nel giudice che non consente la sostituzione di lavoratori con altri meno qualificati (P. Milano 8 gennaio 1996, D&L, 1996, 776); o, infine, in quello che, bontà sua, ma solo in presenza delle solite situazioni sfavorevoli non meramente contingenti, ritiene sufficiente l'esigenza di operare una riduzione dei costi anche "modesta"

(20) Cfr. Cass. 13 novembre 1999, n. 12603, OGL, 2000, 186, secondo cui è ravvisabile il "giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della l. n. 604/1966 nel licenziamento... che sia giustificato dalla soppressione del posto di lavoro conseguente a esigenze relative a una riorganizzazione aziendale finalizzata a una più economica gestione... restando insindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità la relativa scelta imprenditoriale, senza che la necessaria verifica dell'effettività di questa comporti un'indagine in ordine ai margini di convenienza e di onerosità dei costi connessi al sistema organizzativo modificato dall'imprenditore, atteso che la trasformazione ben potrebbe comportare un maggiore costo, nella previsione dell'ottenimento di migliori risultati"; Cass. 6 aprile 1999, n. 3312, q. Riv., 2000, II, 136, con nota di G. Zilio Grandi, secondo cui è giustificato il licenziamento motivato dall'intento di ridurre i costi aziendali mediante lo svolgimento diretto da parte del datore di lavoro delle mansioni precedentemente svolte dal lavoratore; Cass. 23 giugno 1998, n. 6222, mass. che esclude ogni indagine "in ordine ai margini di convenienza e di onerosità dei costi connessi al sistema organizzativo modificato"; Cass. 2 febbraio 1988, n. 986, mass., esclude che il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare che la ristrutturazione sia derivata da "validi e apprezzabili motivi". Particolarmente esplicite alcune pronunce di merito, come A. Torino 30 dicembre 2000 (GPiem, 2001, 131): "La soppressione del posto per "terziarizzazione" del settore integra un giustificato motivo oggettivo di licenziamento ex art. 3 l. n. 604/1966. E non è richiesto che il riassetto sia effettuato per affrontare situazioni sfavorevoli piuttosto che per incrementare il profitto"; P. Milano 30 maggio 1995, OGL, 1995, 671: "Nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo per soppressione di un'area produttiva, il datore di lavoro non ha alcun obbligo di indicare i criteri di scelta dei lavoratori licenziati né il giudice può entrare nel merito della scelta operata dall'imprenditore". Interessante, sul punto, il tentativo di Cass. 30 marzo 1994, n. 3128 (q. Riv., 1995, II, 173, con nota di Bolego) - di fronte al richiamo di una delle parti alla giurisprudenza di segno opposto - di smussare un contrasto che invece appare netto: "Il giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3 della l. 15 luglio 1966, n. 604 può anche consistere nell'esigenza sopravvenuta di una riorganizzazione del lavoro attraverso la soppressione di posti, attuata al fine di una più economica gestione dell'impresa. In tale ottica, il riferimento alla necessità che un tale ridimensionamento non "meramente strumentale" ad incremento del profitto (così, ad es. Cass. 5 aprile 1990, n. 2824, RGL, 1991, II, 306) ma si ricolleggi a ragioni concrete, non transeunti, di utile gestione (cfr. Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, MGL, 1991, 426) non può che esprimere semplicemente il requisito della serietà e non pretestuosità di esso"

(21) Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, cit

(22) L'oggettiva situazione di incertezza esegetica in cui versa l'istituto del g.m.o. è testimoniata anche e soprattutto da alcuni elementi di carattere pratico desumibili dall'esame del testo integrale delle sentenze: molte di quelle di legittimità innanzi citate riformano le sentenze di merito impugnate, altrettanto spesso le conclusioni del pubblico ministero sono difformi e le spese processuali risultano quasi sempre compensate

(23) P. Milano 30 maggio 1995, OGL, 1995, 671

(24) "Nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il lavoratore non può pretendere, come in caso di licenziamento collettivo, che il recesso debba essere attuato secondo criteri di scelta prefissati e basati anche su situazioni personali": così Cass. 27 novembre 1996, n. 10527, DL, 1998, II, 173; in senso conforme v. Cass. 30 ottobre 1990, n. 10461, NGL, 1991, 399; Cass. 27 aprile 1991, n. 4688, MGL, 1991, 437; Cass. 3 agosto 1998, n. 7620, NGL, 1998, 725

(25) Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, DL, 1993, II, 286, con nota critica di Vallebona

(26) Cass. 21 dicembre 2001, n. 16144, cit

(27) I criteri fissati dall'art. 5 della l. n. 223/1991 sono l'anzianità (intesa come anzianità di servizio di servizio: cfr. Cass. 27 maggio 1997, n. 4685, MGL, 1997, 632; P. Catania 5 agosto 1995, GC, 1996, I, 3301) e i carichi di famiglia, oltre alle esigenze tecnico-produttive e organizzative aziendali che sono inutilizzabili nell'ambito del ragionamento svolto nel testo attesa la presupposta fungibilità delle posizioni lavorative in considerazione

(28) Così Cass. 21 novembre 2001, n. 14663, mass. V. anche Cass. 4 marzo 1993, n. 2595, DL, 1993,

II, 286 (con nota critica di Vallebona) in applicazione del principio generale di esecuzione del contratto secondo buona fede ritiene "del tutto naturale" in materia di licenziamento per g.m.o. il riferimento ai criteri di scelta fissati per i licenziamenti collettivi

(29) Si sono espressi, fra gli altri, per l'estensione al g.m.o. dei criteri di scelta dei licenziamenti collettivi: M. D'Antona, Commento all'art. 5, in Commentario alla l. n. 223/1991, diretto da M. Persiani, NLCC, 1994, 928; U. Carabelli, I licenziamenti per riduzione di personale, DLRI, 1994, 264; R. Del Punta, I licenziamenti collettivi, in AA.VV., La nuova cassa integrazione guadagni e la mobilità, Cedam, Padova, 1993, 382. Contra: v. C. Alessi, Il licenziamento collettivo per riduzione di personale: fattispecie e disciplina, RGL, 1995, 256

(30) Il riferimento è a Cass. n. 16144/2001, cit., secondo cui, come si è già visto, "non è il giudice a dover determinare il giusto numero dei dipendenti da licenziare". La medesima pronuncia, però, chiarisce più oltre che "la prova" a carico del datore di lavoro "deve riguardare anche le ragioni della scelta del singolo lavoratore licenziato: il fatto che costui, piuttosto che altri, venga licenziato"

(31) Cass. civ., Sez. III, 9 marzo 1991, n. 2503, FI, 1991, I, 2077: "nell'esecuzione del contratto (e del rapporto obbligatorio) la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale e generale del *neminem laedere*. Questo impegno di solidarietà, proiettato al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto, il quale è quindi tenuto - secondo buona fede - a compiere quegli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari al fine di salvaguardare l'utilità dell'altra parte, ma nella misura in cui si tratti di atti che non comportano un apprezzabile sacrificio a suo carico". Cfr. anche, sul tema, Cass. civ., Sez. I, 5 novembre 1999, n. 12310, FP, 2000, I, 348

(32) Cfr. in tal senso la tesi sostenuta, fra gli altri, in dottrina, da M. Napoli, Licenziamento, voce in Digesto, IV ed., vol. IX, Utet, Torino, 1993, 58 ss., e, in giurisprudenza, da Cass. n. 1410/2000, cit., secondo cui non c'è differenza ontologica fra licenziamento collettivo e licenziamento per g.m.o

(33) Come è noto, prima della modifica introdotta dall'art. 9 della l. n. 604/1966, nel testo originario dell'art. 2118 c.c. l'indennità di licenziamento svolgeva la funzione di indennizzare il lavoratore licenziato senza sua colpa

(34) Introdotto dalla medesima l. n. 604/1966

(35) Il riferimento è ovviamente al libro di P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Mondadori, Milano, 1996 (cfr. spec. i capitoli I, II e V) e a vari contributi del compianto M. Biagi, ora sintetizzati nel noto *Libro Bianco sul mercato del lavoro*

(36) Ciò anche perché nel mercato del lavoro non svolgono, ormai da tempo, alcuna apprezzabile funzione (di assistenza, riqualificazione e ricollocamento dei disoccupati) né le strutture amministrative né le organizzazioni sindacali. Sia prima che dopo (e, sotto altre spoglie, anche durante) il periodo corporativo, il sindacato italiano ha partecipato direttamente alla funzione del collocamento finché, nel secondo dopoguerra, con l'emanazione della l. n. 264/1949 (c.d. progetto Fanfani) esso ha abdicato totalmente in favore del collocamento pubblico, nell'ambito del quale sperava di poter svolgere un ruolo rilevante che, invece, come è noto, è del tutto mancato. Sul tema, con riferimento specifico, ma non esclusivo, al collocamento agricolo, sia consentito rinviare a C. Lagala-F. Stolfi, *Collocamento in agricoltura: un'indagine sul campo*, DLRI, 1979, 443 ss

(37) Ogni generalizzazione offre naturalmente il fianco ad accuse di pressapochismo. L'affermazione contenuta nel testo deve intendersi riferita alla generalità dei giudici del lavoro e agli orientamenti prevalenti che essi hanno saputo esprimere. Sul punto cfr. P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, cit., 114 ss

(38) Sul punto, sia consentito rinviare ancora al mio breve contributo dal titolo *È possibile salvare l'art. 18 dello Statuto dei lavoratori?*, cit

(39) Come dimostrano le recenti iniziative legislative del governo che mirano non a rendere più agevoli i licenziamenti legittimi bensì ad attenuare le conseguenze sanzionatorie di quelli illegittimi: cfr. ancora il mio articolo supra cit

(40) L'indennità da liquidare al lavoratore legittimamente ma incolpevolmente licenziato per g.m.o. potrebbe naturalmente essere graduata in relazione alle dimensioni dell'azienda, all'anzianità del lavoratore o anche in relazione a particolari esigenze di mercato, fino ad essere del tutto azzerata se l'imprenditore dimostri che la scelta gestionale di base era inevitabile e necessitata per consentire la sopravvivenza dell'azienda. Resterebbe sempre a carico dell'imprenditore l'onere di provare l'effettiva attuazione della scelta organizzativa alla base del licenziamento come anche l'impossibilità del *repêchage* e l'uso dei criteri di scelta, nei limiti indicati nel testo. In mancanza, il licenziamento

dovrebbe considerarsi illegittimo con conseguente applicazione del sistema sanzionatorio vigente. Sul tema non si può non citare la nota proposta di P. Ichino, op. ult. cit., spec. par. V, successivamente specificata nel saggio in q. Riv., 1999, III, 3, Appunti sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo di licenziamento. L'idea di Ichino non è agevolmente sintetizzabile; nella sostanza, l'A. ipotizza che, quale unica condizione perché l'imprenditore possa operare il licenziamento, vi sia la corresponsione al lavoratore di una sostanziosa indennità (da determinarsi in modo minuzioso e articolato), salvo che l'imprenditore stesso riesca a provare la sussistenza di un notevole inadempimento del lavoratore. Sul dibattito dottrinale suscitato da tale proposta cfr. ancora G. Pera, Colloquio con Pietro Ichino, cit.; ivi i richiami sia bibliografici sia giornalistici)

(41) Sul punto insiste P. Ichino, ne *Il lavoro e il mercato*, cit., 127 ss., nonché in *Appunti sul licenziamento per g.m.o.*, cit. *Contra* G. Pera, op. ult. cit., secondo cui l'indennità a favore del lavoratore licenziato dovrebbe, più propriamente, essere posta a carico del sistema assistenziale pubblico

(42) Numerosi altri ostacoli rendono poco praticabile il potere di recesso imprenditoriale nel vigente sistema sostanziale e processuale di diritto del lavoro (per un'analisi dei medesimi e dei possibili correttivi da introdursi nel diritto sostanziale e processuale, rinvio al mio articolo ult. cit., ove formulo una proposta di stabilizzazione graduale del rapporto di lavoro, mediante l'ampliamento del periodo di prova e l'aggiunta ad esso di un ulteriore periodo iniziale a stabilità attenuata, che consenta alle parti di sperimentare le proprie reciproche compatibilità prima di instaurare un rapporto di lavoro stabile e pienamente tutelato)

Utente: DE BENEDITTIS E MARTINE STOLFA - www.iusexplorer.it - 19.05.2015