

ADL

ARGOMENTI DI DIRITTO DEL LAVORO

FONDATI DA MATTIA PERSIANI

DIRETTI DA

Mattia Persiani e Franco Carinci

1/2019

Diritti a pensione, diritti quesiti, diritti tiranni

**L'argomentazione del principio di proporzionalità
nel Tribunal Constitucional spagnolo**

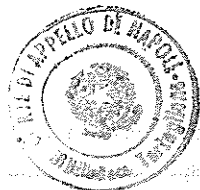
Il licenziamento per motivi economici ed il *repechage* nel diritto del lavoro che cambia

Profili di diritto transitorio nel concorso tra legge e contrattazione collettiva

Azione di classe risarcitoria e azione collettiva inibitoria:

novità anche per il diritto del lavoro?

**Contrasto all'assenteismo dei pubblici dipendenti
e utilizzo dei sistemi di verifica biometrica dell'identità**



GUIDO VIDIRI

già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione

IL LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI ED IL REPECHAGE NEL DIRITTO DEL LAVORO CHE CAMBIA

SOMMARIO: 1. La crisi del diritto del lavoro come diritto «valoriale». 2. L'incertezza del diritto e le clausole generali. 3. L'incertezza del diritto e le clausole generali nella Carta costituzionale. 4. Il licenziamento per motivi economici nella giurisprudenza di legittimità. 5. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed il *repechage* prima e dopo il jobs act. 6. Il *repechage* e la giurisprudenza creativa della Corte di Cassazione. 7. Il *repechage* e la ripartizione dell'onere della prova.

1. La crisi del diritto del lavoro come diritto «valoriale».

Nel primo numero del 2009 della Rivista italiana del diritto del lavoro è stato pubblicato un saggio di Paolo Grossi, in cui si è fatto riferimento dall'illustre giurista all'evoluzione negli ultimi sessanta anni del secolo scorso del diritto del lavoro, scosso nella sue fondamenta da una molteplicità di innesti innovativi che hanno fatto dubitare il giuslavorista - da sempre personaggio alla ricerca di se stesso - sulla sua reale identità⁽¹⁾.

Nel suddetto saggio si è riportato un lungo frammento di un intervento tenuto nel 2005 nell'Università di Firenze da Matteo Dell'Olio, universalmente rimpianto, il quale ebbe a rimarcare che "il diritto del lavoro non è stato mai nichilista, è sempre stato valorista, ha sempre perseguito dei valori ed il valore di fondo ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore"; ed ebbe anche ad osservare che "la tutela della libertà umana del lavoratore ... quindi non può essere annegata ... nel diritto commerciale, né ... magari con tutto il diritto, nell'economia"⁽²⁾.

Purtroppo il carattere valoriale del diritto del lavoro si è affievolito negli ultimi anni soprattutto a seguito di quello che può essere definito, seppure con qualche approssimazione, il "nuovo corso del diritto del lavoro", iniziato con la legge n. 92 del 2012 (c.d. legge Fornero), e proseguito con effetti peggiorativi con i decreti del Job Act.

E tutto questo in progressiva continuità con un preoccupante degrado della civiltà giuridica del nostro Paese in ragione di una sostanziale vanificazione del principio della certezza del diritto e di un ordinamento che ha visto una crescita esponenziale dei poteri del giudice a discapito degli altri poteri dello Stato per ef-

(1) Per una utile, puntuale ed articolata sintesi dei numerosi mutamenti normativi che hanno interessato il diritto del lavoro nell'Italia Repubblicana dalla Liberazione sino alla fine del secolo scorso cfr. P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2019, I, pag. 5 e segg.

(2) Sul punto v. P. GROSSI, *La grande avventura ecc.*, op. cit., pagg. 30-31.

fetto di una costante e sinora inarrestabile perdita della generale credibilità delle istituzioni⁽³⁾.

Il che ha generato una conflittualità crescente tra l'esecutivo e l'ordine giudiziario, improntata al mancato rispetto delle rispettive funzioni con "illegittime" e "reciproche" invasioni di campo e con il consequenziale effetto che i giudici finiscono non di rado per "creare" decisioni che fanno sorgere il fondato sospetto di essere espressione di una giustizia "resiliente", incapace cioè di assorbire e vanificare pregiudizi, rigidi condizionamenti culturali e radicate opzioni sul piano socio-economico e politico. Cause queste di provvedimenti giudiziari non di rado "imprevisti", "ballerini", "strabici" e talvolta tra essi anche in palese discontinuità motivazionale, che finiscono così per legittimare il sospetto che ciò incentivi un attivismo giudiziario volto coscientemente a ledere il principio dell'affidabilità e della certezza del diritto⁽⁴⁾.

2. L'incertezza del diritto e le clausole generali.

La mera lettura delle leggi emanate intorno agli anni settanta del secolo scorso consente di apprezzare l'impegno di una scienza giuridica volta a patrocinare convintamente l'integrale applicazione di normative – quali quelle della l. 20 maggio 1970, n. 300 (c.d. Statuto dei lavoratori) e della legge 11 agosto 1973 n. 533 ("Disciplina delle controversie individuali di lavoro e delle controversie in materia di previdenza e di assistenza obbligatoria") – volte a tutelare a pieno titolo le libertà dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali ed a rendere poi effettive e celeri tali tutele anche a livello processuale. Il che ha portato a ravvisare nell'indicata epoca un accentuato fervore dottrinario ed una giurisprudenza impegnata con entusiasmo nell'assolvere il difficile compito di attualizzare l'intento innovatore di una legislazione funzionalizzata a meglio equilibrare il rapporto lavorativo a favore della parte più debole di detto rapporto⁽⁵⁾.

(3) In relazione alla crescita dei poteri del giudice in una ottica di diritto comparato ROBERT H. BORK, (celebre avvocato e professore di diritto costituzionale alla Yale University), *Il giudice sovrano. Coercing virtue*, Ed. Liberilibri, 2007, pag. 7, osserva testualmente: «Le nazioni occidentali hanno temuto a lungo di venire contagiate dalla "malattia americana", ovvero dal fenomeno dell'appropriazione da parte dei giudici dell'autorità appartenente al popolo e ai suoi rappresentanti eletti. Oggi tali nazioni stanno imparando, forse troppo tardi, che questa forma di imperialismo non è tanto una malattia americana quanto una malattia giudiziaria che non conosce confini».

(4) Sottolinea puntualmente SERENA SILEONI, nella Prefazione al libro di ROBERT H. BORK, *Il giudice sovrano ecc.*, op. cit., pag. XX, che l'attivismo dei giudici se da un lato compromette la stabilità e la certezza del diritto – sia in termini di costituzione dei diritti che di organizzazione dei poteri, indipendentemente da qualsiasi concessione della giustizia o della morale – dall'altro compromette il rispetto del principio democratico e del potere dei cittadini di darsi le leggi per mezzo dei loro rappresentanti politicamente responsabili.

(5) Rammenta P. GROSSI, *La grande avventura ecc.*, op. cit., pag. 15, che negli anni settanta lo Statuto dei lavoratori ha dato fiato a quelle giovani energie che avevano accolto con favore le sue novità dirompenti e che si proiettavano ben volentieri in un futuro tutto da disegnare, con l'effetto che la dottrina tra-

«Diversamente dall'indicato e risalente passato attualmente si riscontra invece una generale e totale sfiducia verso un assetto ordinamentale, che ha progressivamente eroso i principi fondanti della civiltà giuridica con una legislazione che, da un lato, ha avuto negative ricadute sulla libertà, dignità e decoro dei lavoratori e, dall'altro, ha portato ad una riduzione del potere rappresentativo del sindacato e degli spazi della sua autonomia negoziale. Sfiducia accresciuta per effetto di normative - è bene ribadirlo - che per essere confuse, lacunose e sovente indecifrabili e prive di qualsiasi progettualità hanno contribuito ad alimentare il tasso di incertezza e di inaffidabilità delle risposte giudiziarie anche in termini temporali della loro tenuta⁽⁶⁾».

Per di più è stato da più parti evidenziato come un fattore che funge da moltiplicatore di tali incertezze vada individuato nelle c.d. clausole generali, la cui interpretazione può divenire terreno privilegiato per scelte assiologiche del giudice mettendone alla prova la sua "imparzialità" e "terzietà". È innegabile infatti che il contenuto «vago» ed «indeterminato», che connota dette clausole è tale da influenzare il rapporto tra il giudice e la legge specialmente in presenza di contestuali circuiti culturali e mass-mediatici, sempre più invasivi e talvolta anche aggressivi. A ben vedere nella dottrina e nella giurisprudenza le clausole generali si configurano come un "enigma avvolto nel mistero" essendo declinabili in numerosi modi, tanto da essere state identificate o assimilate in alcuni casi a "norme di principio" o a "norme di contenuto indeterminato, vago o elastico"; in altri casi qualificate «a fattispecie aperte», di contenuto così generico da rendere difficile l'individuazione *a priori* degli accadimenti riconducibili alla norma stessa; ed infine in altri casi "alle clausole generali in senso stretto" che si caratterizzano per l'assoluta indeterminatezza ed il cui significato non è individuabile se non per mezzo di specifici parametri di giudizio.

Quanto sinora esposto legittima l'opinione che i contributi volti sul versante speculativo e teorico a certificare una nozione unificante ed esaustiva della clausola generale non hanno sortito sinora, come si è visto, esito positivo. Ne consegue che di contro nella realtà fattuale riveste per l'interprete una indubbia utilità - quanto meno per le problematiche analoghe a quelle in questa sede scrutinate - collocare in una unica categoria tutte le norme aventi un contenuto vago, indeterminato, elastico, lacunoso o da risultare - comunque e per qualsiasi

dizionale rimase turbata e confusa tanto da subire una clamorosa emarginazione ad opera di una nuova generazione di giuristi (MANCINI, GIUGNI, GHEZZI, ROMAGNOLI, TREU, MONTUSCHI, GHERA, GRANDI, CARINCI, PERSIANI), pronta ad assumere il governo e le sorti della nuova disciplina in armonia con i tempi e gli eventi di quegli anni.

(6) Per una critica all'attuale assetto normativo con specifico riferimento alla materia giuslavoristica cfr. G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni industriali*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2014, pag. 692 e segg.

motivo - di difficile lettura. A fronte di siffatte norme infatti il problema più rilevante è attinente al rapporto tra legge e giudice, per il pericolo che l'ampio spazio di discrezionalità lasciato a quest'ultimo possa agevolare la formazione di indirizzi giurisprudenziali condizionati da pregiudizi o da rigide opzioni di natura ideologica o sinanche da principi della scuola storica del diritto libero. Tutto ciò porta ad infrangere il sentimento di legalità ed a devolvere al giudice compiti creativi impropri ogni volta che la norma venga reputata in contrasto con un "principio di giustizia" da porre a base della decisione, a seguito sovente di una ricerca disinvolta al di fuori dei dati testuali e delle generali regole dell'ordinamento.

3. L'incertezza del diritto e le clausole generali nella Carta costituzionale.

Le considerazioni svolte forniscono i parametri argomentativi per una compiuta valutazione delle norme della Carta Costituzionale ed in particolare di quelle che per il linguaggio adoperato e per il loro ambito applicativo risultano sul versante interpretativo analoghe alle clausole generali riscontrabili nella codicistica civile, anche se l'interpretazione dei precetti costituzionali può avere ricadute maggiormente vincolanti per la collettività come nel caso in cui sorga un contrasto nell'applicazione di alcune disposizioni rinvenibili tra i suoi "Principi fondamentali" (artt. 1, 3, 4 Cost.), o tra quelle incluse nella Parte Prima, Titolo III, avente ad oggetto i "Rapporti economici" (artt. 35, 36, 38, 41 Cost.).

Sulla capacità in termini immediatamente applicativi dei principi fondamentali della Carta nella materia giuslavoristica e sulla loro affermata specifica forza espansiva si sono già in passato mosse numerose riserve.

In particolare con riferimento all'art. 1 - contrariamente alla tesi volta a riconoscere alla norma in esame il valore di generale criterio regolativo dell'intero sistema dei rapporti tra cittadini tra loro e con lo Stato - si è evidenziato sin da epoca risalente che con detta norma gli intenti e le finalità del Costituente erano state disattese in ragione della sua sostanziale inefficacia e si era inoltre avanzata una severa e caustica critica anche a livello ordinamentale per la solennità che si era voluto riconoscere al suo contenuto⁽⁷⁾.

(7) Per il riconoscimento di una *superlegalità costituzionale* dei "Principi fondamentali" della Carta - resa palese dal rigetto della proposta avanzata in sede di Assemblea Costituente di trasferirli in un «Preambolo» perché tale soluzione avrebbe comportato una loro minore vincolatività cfr.: C. MORTATI, *Costituzione (Dottrine generali)*, in *Enc. Dir.*, vol. XI, Milano 1962, pag. 214, per il quale con i i suddetti Principi doveva esprimersi la funzione ad essi assegnata di porre le linee direttive del disegno poi svolto nelle parti successive della Carta, che era quello di fornire il criterio generale di una interpretazione «suscettibile di riunire in un insieme unitario le molteplici manifestazioni dello Stato, segnando altresì i limiti invalicabili ad ogni mutamento costituzionale».

Per una opposta opinione sul valore dei Principi fondamentali della Costituzione vedi invece: C.A. JEMOLO che in una Conferenza tenuta nel 1965 alla Accademia dei Lincei, facendo una analisi del linguaggio

Per quanto attiene inoltre ai “Rapporti economici”, va rimarcato che sempre in epoca remota il nucleo normativo dell’art. 41 Cost. - nesso necessario di collegamento tra le diverse disposizioni incluse nella generale normativa di tali rapporti - era stato analizzato, ora nell’ottica liberale attraverso l’antitesi autorità- libertà, privilegiando l’iniziativa economica privata in chiave garantistica come baluardo a difesa della libertà costituzionale del cittadino; ora invece come norma finalizzata ad accreditare sinanche un marxismo astratto e astorico, praticato e teorizzato però in alcune “realità storiche e nazionali“. Ed in una ottica critica si era anche evidenziato come la summenzionata norma costituzionale per la vaghezza ed indeterminatezza del suo contenuto fosse stata utilizzata con finalità ideologiche venendo considerata “la strada maestra” per la costruzione del socialismo, finendosi in tal modo con il ridefinire la libertà economica e per convertirla così “dal diritto di libertà in funzione sociale, come tale sottoposta, addirittura, al sindacato giudiziario dell’eccesso di potere”⁽⁸⁾. Ed ancora sulla disposizione discussa nell’Assemblea Costituente e poi tradotta nel comma 2 del vigente art. 41- in cui è fatto riferimento alla utilità sociale” come limite alla libertà di iniziativa economica - si ebbe con parole illuminanti già allora ad affermare che “la difficoltà intorno a cui si sono sinora travagliate generazioni intere di studiosi è costituita da quella che nel linguaggio abbreviato si dice essere il ponte tra l’individuo e l’utilità di ogni altro individuo” perché mentre si può apprezzare l’utilità che il singolo individuo conferisce al fine che vuole conseguire “nessuno è riuscito mai a sapere quale sia il significato che una collettività, anche di due persone, può dare all’utilità non dei singoli ma dell’insieme dei due”⁽⁹⁾.

della Carta Costituzionale e mettendone in luce alcune formule ambigue e contraddittorie riscontrabili sin dalla sua nascita, ebbe tra l’altro, con sottile e caustica ironia, a dire: «A rischio di attirarmi anatemi comincerei a mettere tra le espressioni che nulla significano quella dell’art. 1 (“Repubblica fondata sul lavoro”) e lo stesso appellativo di democratica, termine che viene accettato da tutti, da persone che hanno le opinioni tra loro più antitetiche»; ed ebbe ancora ad interrogarsi sul significato da dare all’art. 4 Cost. che - a parere dell’illustre giurista - avrebbe potuto assumere un senso solo se avesse assicurato a chiunque « il diritto di ottenere da un ufficio statale, da un giorno all’altro, un posto di lavoro retribuito» (così C.A. JEMOLO, *Cos’è la Costituzione?*, Roma 2008, Collana Saggine n. 123, in cui accanto ad altri studi dello stesso Autore, viene riportato l’intero testo della citata Conferenza).

(8) Cfr. sul punto più ampiamente F. GALGANO, in F. GALGANO-S. RODOTÀ, in *Commentario alla Costituzione* a cura di G. BRANCA (Artt. 41-45), *Rapporti economici*, Vol. II, sub art. 41, Bologna - Roma, 1983, pagg. 40-41, che tra l’altro ricorda come Umberto Romagnoli abbia denunciato il vizio antico della scienza giuridica del Paese di leggere le norme giuridiche «con gli occhiali dell’ideologia».

(9) Per una più ampia articolazione della critica a quello che sarebbe divenuto il testo attualmente vigente dell’art. 41 Cost. cfr. l’intervento di L. EINAUDI del 9 maggio 1947 nell’Adunanza plenaria dell’Assemblea Costituente che si legge integralmente nel libro dello stesso L. EINAUDI dal titolo: *In lode del profitto e altri scritti*, a cura di A. GIORDANO, Ed. Liberilibri, 2011, pag. 121 e segg.

Per l’assunto che l’art. 41 è espressione di tendenze “diverse e contraddittorie” per cercare di conciliare il principio di libertà economica con quello dell’intervento pubblico cfr. P. CALAMANDREI, che ha anche af-

Alla stregua di quanto osservato è indubbio che l'art. 41 Cost. rappresenta una norma di non agevole approccio ermeneutico perché impone all'interprete il difficile compito di individuare un "equo bilanciamento" tra diritti potenzialmente conflittuali e specificatamente tra il diritto alla libera iniziativa economica (art. 41, comma 1, Cost.) ed altri diritti che avendo analoga copertura costituzionale non possono essere vanificati o vulnerati da iniziative economiche capaci di arrecare pregiudizi alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana (art. 41, comma 2, Cost.).

Un approccio ermeneutico che voglia essere di qualche utilità deve pertanto indurre l'interprete ad interrogarsi sulla capacità del testo della vigente Costituzione a dare risposte adeguate: alle domande nuove nascenti dai mutamenti culturali, sociali e politici intervenuti nel corso degli anni con velocità esponenziale, e più specificamente, alle numerose problematiche derivanti da una globalizzazione dei mercati; alla moltiplicazione delle tipologie del rapporto di lavoro con un appannarsi dei tradizionali criteri distintivi della autonomia e della subordinazione; ed infine ad un progressivo aumento della flessibilità e precarietà del lavoro, destinata a tradursi in una "crescita" dei contratti a termine ed in una corrispondente e contemporanea "decrescita" di quelli a tempo indeterminato⁽¹⁰⁾.

Fattori questi che impongono da ultimo una rilettura delle norme che rispettino nell'ambito di un ordinamento complesso a più livelli - i principi giuridici dell'Unione Europea attraverso la c.d. interpretazione conforme che porta ad adeguare le leggi statali ed i precetti della nostra Carta al diritto sovranazionale. Una siffat-

fermato che risulta impossibile individuare nella suddetta norma un "centro di equilibrio" stante la diversa sensibilità degli interpreti, oscillante ora verso il principio della libertà ora verso il principio della direzione economica nell'economia (cfr. *Atti I Ass. Cost.*, pagg. 157-158).

Per A. BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. Dir.*, XXI, Milano, 1971, pag. 603, è riscontrabile nella nozione di "utilità sociale" una "irriducibile poliedricità" perché essa "ha l'effetto di produrre una vera e propria bipolarità semantica, il cui referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili, in un caso ai lavoratori dipendenti e, nell'altro, all'intera società o, più precisamente, a quel gruppo o a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta investito dell'interesse sociale".

(10) Rinviene nell'accentuato accrescimento del contratto a termine un pericoloso strumento di scardinamento delle tutele acquisite nel tempo dai lavoratori: L. GALLINO, *Vite rinviate. Lo scandalo del lavoro precario*, Ed. Laterza, 2014, pag. 9, il quale osserva che con la diffusione dei contratti precarizzati a danno di quelli a tempo indeterminato "è stata la stessa normalità del lavoro e della vita a venire revocata" con l'effetto che "coloro che trascorrono lunghi periodi di tempo nella precarietà finiscono per percepire se stessi in modo diverso dagli altri".

Più in generale per una diversa opinione sulle tipologie contrattuali del lavoro e sul loro impatto in termini giuridici ed economici sul mercato del lavoro cfr. di recente G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda: un istituto sempre in bilico tra libertà di impresa (art. 41 Cost.) e diritto al lavoro (artt. 1 e 4 Cost.)*, in *Corriere Giur.*, 2018, pag. 965 e segg. cui *adde* tra tutti per una critica delle rigidità riscontrabili nella materia giuslavoristica: P. ICHINO, *Il mercato del lavoro*, Milano 1996, che ha patrocinato già in epoca lontana la necessità di un mutamento del diritto del lavoro ed un cambiamento della cultura sindacale al fine di correggere le disfunzioni di un sistema volto a privilegiare gli *insiders* ed a trascurare gli *outsiders*.

ta procedura ermeneutica induce a affermare che il diritto alla libertà di impresa intesa come «esercizio di libertà personale da conservare, per quanto è possibile, nella sua forma pura, come potere di libertà» può spingersi sinanche a compri-
mere in modo pre-costituito, e non sulla base della regola del bilanciamento degli interessi in comparazione, i diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche⁽¹¹⁾.

Anche la Corte costituzionale ha già in passato nell'applicazione delle disposizioni dell'art. 41 Cost. evidenziato l'ampia portata della libertà dell'imprenditore nella gestione dell'azienda, non potendosi subire nell'esercizio di una attività economica arbitrarie intromissioni in detta libertà⁽¹²⁾.

4. Il licenziamento per motivi economici nella giurisprudenza di legittimità

L'individuazione dei parametri valutativi su cui fondare un esauriente esame delle molteplici problematiche scaturenti dal licenziamento per motivi economici rende utile per motivi di chiarezza argomentativa un pur breve *excursus* nella giurisprudenza di legittimità sull'indicato istituto.

Un primo indirizzo ha affermato che per la legittimità del licenziamento in esame sono necessarie una "sfavorevole situazione economica" e "l'effettività" e non "pre-

(11) Sul punto cfr. le sentenze *Viking* (Corte di Giustizia 11 dicembre 2007, C-438/08) e *Laval* (Corte di Giustizia 18 dicembre 2007, C-341/05), che sono state oggetto di numerosi commenti tra i quali: U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Riv. Lav. Rel. Ind.*, 2008, pag. 147 e segg.; M. PALLINI, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2009, II, pag. 3 e segg.

Per una chiara sintesi delle diverse opinioni relative all'impresa come espressione della libertà economica privata cfr. per tutti M. BARBERA, *L'idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, in *C.I.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" it.*, 293/2016, 8-9.

Per un esame approfondito dei diversi indirizzi dottrinari e giurisprudenziali sui principi enunciati nelle sentenze *Viking* e *Laval* cfr. M. ROCCELLA e T. TREU, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Milano, 2016, pagg. 170-176, per i quali le libertà economiche appaiono gerarchicamente sovraordinate nella scala valoriale del sistema giuridico dell'Unione e che «ciò che esce seriamente ridimensionato dalla pronunce della Corte è il principio di autodeterminazione, di cruciale rilievo nella tradizione costituzionale di molti Stati membri, in tema di libertà sindacali».

Da ultimo per l'individuazione delle cause e dei fattori che hanno portato nella dottrina e nella giurisprudenza a privilegiare la libertà di impresa sul diritto al lavoro cfr. di recente G. VIDIRI, *Il trasferimento d'azienda*, op. cit., pagg. 979-980.

(12) Cfr. al riguardo: Corte cost. n. 548 del 1990, in *Giur. Cost.*, 1990, pag. 3147, cui *adde* tra le altre: Corte cost. n. 339 del 2001, *ivi*, 2001, pag. 2900.

In dottrina sull'interpretazione da parte della Corte costituzionale dell'art. 41 in conformità con i principi dell'Unione Europea cfr. R. NIRO, *sub art. 41, Commentario della Costituzione* a cura di R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI, Torino, 2006, pagg. 852-853, la quale precisa che per effetto del pieno riconoscimento della libertà economica di cui al comma primo dell'art. 41, si tende a neutralizzare, sino al punto di ritenersi "quiescenti", non solo le prescrizioni di cui al terzo comma (inerenti alla possibilità di intervento pubblico nonché di indirizzo e coordinamento dell'iniziativa privata in vista del perseguimento di "fini sociali") ma anche quelle di cui al comma secondo del menzionato articolo (inerenti ai limiti dello svolgimento dell'iniziativa privata).

testuosità” del riassetto organizzativo dell’impresa, dovendosi escludere comunque la legittimità del recesso nel caso in cui si sia agito in via strumentale e cioè soltanto per ottenere un profitto attraverso un abbattimento dei costi sul lavoro⁽¹³⁾.

Al suddetto indirizzo si è contrapposto un diverso orientamento che – sulla base della lettura del combinato disposto dei due primi commi dell’art. 41 Cost. – ha riconosciuto all’imprenditore, come capo dell’impresa (art. 2086 c.c.), una maggiore libertà nella gestione dell’azienda ed una maggiore flessibilità in sede di cessazione del rapporto lavorativo. In questa direzione si è poi aggiunto che le ragioni inerenti alle esigenze produttive ovvero all’assetto organizzativo e strutturale dell’impresa valgono a vario titolo a legittimare il licenziamento individuale ai sensi dell’art. 3 della l. 15 luglio 1966 n. 604 anche in quei casi in cui la scelta datoriale non è stata determinata dalla volontà di fronteggiare una crisi aziendale ma invece da un reale e serio intento di incrementare la produzione o di eliminare il pericolo di ridurre per il futuro i risultati positivi già ottenuti⁽¹⁴⁾.

Quest’ultimo orientamento, in via di consolidamento ed in linea, come si è visto, con i dettati dell’Unione Europea, ha trovato un valido supporto in recenti decisioni dei giudici di legittimità che – attraverso una interpretazione dell’art.

(13) Per tale indirizzo cfr. fra le altre: Cass. 24 giugno 2015, n. 13116; Cass. 16 marzo 2015, n. 5173; Cass. 26 marzo 2011, n. 7006, ed in precedenza Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Guida al lavoro*, 2006, 48, pag. 30, che ha reputato legittimo il licenziamento individuale sempre che si sia in presenza di una soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto del lavoratore licenziato purché non sia pretestuoso il riassetto organizzativo, e senza che sia richiesta la soppressione di tutte le mansioni in precedenza svolte dal lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere diversamente ripartite ed attribuite ad altri lavoratori.

Per l’illegittimità invece del licenziamento di un lavoratore non giustificato da una effettiva modifica dell’organizzazione aziendale ma disposto per sostituirlo con altro meno retribuito ancorché addetto alle medesime (o sostanzialmente equivalenti) mansioni vedi: Cass. 21 luglio 2016, n. 15082 cui *adde* in termini analoghi Cass. 1 luglio 2016, n. 13618.

(14) Seguono tali principi ormai consolidati Cass. 18 novembre 2015, n. 23629 (in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, pag. 203, con nota di N. FRASCA, *L’insindacabilità della scelta del datore di lavoro nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, ed in *Lav. Giur.*, 2016, pag. 582, con nota di G. ZAMPINI, *Licenziamento per g.m.o. e riorganizzazione del lavoro. Una ipotesi di recesso*) secondo cui costituisce legittima causa di risoluzione del rapporto la decisione – insindacabile se non pretestuosa – dell’imprenditore di sostituire personale meno qualificato con altro più dotato professionalmente, essendo sottratto alla valutazione del giudice il fine di conseguire un arricchimento o una utilità ai fini produttivi cui *adde* in precedenza con analoga motivazione: Cass. 11 aprile 2003 n. 5777, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, pag. 668, con nota di F. SANTINI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella società della new economy*, secondo cui è legittima ogni ragione economica che abbia determinato il licenziamento, non escluse le esigenze di mercato o il perseguimento di un incremento del profitto attraverso modifiche organizzative volte a raggiungerlo o anche la “terziarizzazione” dei servizi cui era addetto il lavoratore licenziato; da ultimo negli stessi sensi Cass. 3 maggio 2017, n. 10699.

In dottrina per la condivisione degli indicati principi e per ulteriori riferimenti dottrinari e giurisprudenziali in tema cfr. G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e repechage*, in *Corriere giuridico*, 2017, pag. 659 e segg.

41 Cost. rispettosa della normativa dell'Unione Europea - hanno statuito che l'iniziativa economica deve essere tutelata come presupposto indefettibile di un sistema economico rispettoso delle esigenze del mercato, con la conseguenza che non è consentito condizionare le scelte gestionali dell'imprenditore attraverso una "funzionalizzazione dell'attività economica" o una "riduzione in rigidi confini del suo spazio operativo"⁽¹⁵⁾.

Diversamente da quanto è stato talvolta sostenuto al riguardo risultano ormai consolidati e non più oggetto di valide contestazioni i *dicta* giurisprudenziali che hanno più volte ribadito la non sindacabilità dei profili di congruità ed opportunità delle scelte datoriali anche se rivolte ad incrementare il profitto, ritenendo di contro doveroso da parte del giudice sia il controllo sulla effettività e non pretestuosità delle ragioni concretamente addotte a giustificazione del recesso nonché sul nesso causale tra l'accertata ragione e l'intimato licenziamento⁽¹⁶⁾.

5. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed il *repechage* prima e dopo il *jobs act*.

Nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha trovato più volte applicazione in giurisprudenza il principio del c.d. *repechage*, consistente nell'obbligo del datore di lavoro di utilizzare il lavoratore in mansioni alternative, anche se inferiori, a quelle in precedenza svolte, sempre che non fosse necessario modificare l'organizzazione aziendale.

È opinione generalmente condivisa che, a fronte della gravità della sanzione della perdita dell'occupazione, il *repechage* rappresenti l'*extrema ratio* oltre cui non può spingersi il bilanciamento tra la libertà imprenditoriale e l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto⁽¹⁷⁾.

(15) Così Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 cit., seguita poi da Cass. 3 maggio 2017, n. 10699 e Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882 e da ultimo Cass. 2 maggio 2018, n. 10435, in *Guida al diritto*, fasc. 23, pag. 40, con nota di M. TATARELLI, *Scatta il risarcimento per mancato obbligo di attivare il repechage*.

(16) Cfr. di recente tra le moltissime: Cass. 2 maggio 2018, n. 10435 cit.

(17) Per l'affermazione dell'obbligo del datore di lavoro, pure in assenza di una espressa previsione del contratto collettivo, di assegnare al lavoratore anche mansioni diverse ed inferiori alle precedenti cfr. tra le altre: Cass., Sez. Un., 5 agosto 1998, n. 7755 (in *Giust. Civ.*, 1998, I, pag. 2451, con nota di G. GIACALONE, *Sopravvenuta inidoneità del lavoratore ed onere datoriale del repechage*; ed in *Mass. Giur. Lav.*, 1998, pag. 876, con nota di M. PAPALEONI, *Inidoneità sopravvenuta e repechage*) secondo cui l'assegnazione a mansioni inferiori non può prescindere dalla utilizzabilità da parte dell'impresa della nuova attività lavorativa secondo "l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore". Più di recente Cass. 18 novembre 2015, n. 23698, (in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2016, II, pag. 182, con nota di F. S. GIORDANO, *Sui limiti dell'obbligo di repechage*), secondo cui l'art. 2103 c.c., va interpretato alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire una organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto con l'onere però per il datore di lavoro, in ottemperanza del

Tanto premesso, con riferimento al suddetto *repechage*, di creazione giurisprudenziale perché privo di base normativa⁽¹⁸⁾, al fine di accertare se ed a quali condizioni il datore di lavoro sia tenuto al c.d. “ripescaggio” del lavoratore - e conseguentemente sia obbligato a provare l'impossibilità di assegnarlo a mansioni inferiori - è opportuno un preventivo esame sulla interpretazione da dare all'art. 2103 c.c. al fine di meglio valutare la portata del tutto innovativa che il suddetto decreto n. 81 del 2015 ha avuto sulla problematica in esame⁽¹⁹⁾.

Per lungo tempo si è ritenuto che il sapere e l'esperienza acquisiti dal lavoratore nell'esercizio delle mansioni affidategli non potesse essere disperso con conseguente danno alla “sua professionalità” a seguito dell'assegnazione di nuovi e diversi compiti⁽²⁰⁾.

In questa ottica il disposto dell'art. 2103 c.c. è stato interpretato nel senso di privilegiare in ogni caso l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto attraverso l'adempimento dell'obbligo di *repechage* e per l'effetto l'assegnazione del lavoratore anche a mansioni inferiori, a condizione però di salvaguardare in ogni caso una omogeneità delle nuove mansioni con le precedenti. Ed in tale direzione si è giunti nel tempo per riconoscere, sempre a tutela del lavoratore, anche

principio della correttezza e buona fede, di prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni, anche inferiori, compatibili con il suo bagaglio professionale.

(18) Osserva C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, pag. 152, che l'idea del *repechage* è una delle più formidabili creazioni giurisprudenziali riguardanti il rapporto di lavoro, non essendo espressamente imposta da alcuna norma ma venendo ricavata in via interpretativa, secondo alcuni *praeter legem*.

(19) Tra i molteplici contributi sulle problematiche in tema di *repechage* scaturenti dal d. lgs n. 81 del 2015, cfr. per tutti: C. PISANI, *La nuova disciplina ecc.*, op. cit., pagg. 149-154; G. IANNIRUBERTO, *Ius variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, in *Mass Giur. Lav.*, 2016, pag. 260 e segg.; A. VALLEBONA, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina delle mansioni nel Jobs Act.*, *ivi*, pag. 6 e segg.; G. VIDIRI, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, pag. 465 e segg.

(20) È stato ricordato, proprio con riferimento al periodo antecedente all'entrata in vigore del d. lgs n. 81/2015, che l'art. 13 Stat. lav. è stato criticato per l'eccessiva rigidità che ha portato nell'impiego della forza lavoro, tanto da indurre la dottrina a segnalare l'esigenza di una applicazione flessibile e contrattata della suddetta norma per garantire una tutela “dinamica” e non “statica” della professionalità del lavoratore. Cfr. al riguardo F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, *Il rapporto di lavoro subordinato*, vol. 2, Torino 2011, pag. 100, ed ancora M. ROCCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, a cura di D. GOTTARDI - F. GUARINIELLO, Torino, 2013, pag. 311, secondo cui la tutela della professionalità ha costituito la finalità essenziale dell'art. 13 Stat. lav., quella cioè di consentire lo spostamento del lavoratore a mansioni equivalenti (mobilità orizzontale) oppure a mansioni superiori (mobilità verticale).

In sede giurisprudenziale si è più volte ribadito che il rispetto dell'equivalenza delle mansioni configura un principio volto a garantire essenzialmente la dignità del lavoratore, parte più debole del rapporto, da qualsiasi depauperamento del suo patrimonio professionale. Cfr. al riguardo *ex plurimis*: Cass. 3 febbraio 2015, n. 1916, Cass. 4 marzo 2014, n. 4989, Cass. 24 giugno 2013, n. 15769, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, II, pag. 611, ed ancora Cass. 10 dicembre 2009, n. 25997, secondo cui il principio della professionalità acquisita resta impregiudicato anche in presenza di un accorpamento convenzionale delle mansioni, precludendo la disciplina legale solo una indiscriminata fungibilità suscettibile di incidere negativamente su talé professionalità.

la validità del patto di demansionamento previo il suo consenso (non viziato), e comunque in presenza di condizioni legittimanti il licenziamento in assenza di accordo tra le parti.

Nello stesso tempo è stato pure precisato che il possibile ricollocamento non può essere limitato all'unità produttiva alla quale il lavoratore è stato addetto ma deve essere esteso all'intero complesso aziendale.⁽²¹⁾

Sul versante processuale con riferimento all'obbligo di *repechage* ed al connesso onere probatorio, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria nel periodo antecedente alla vigenza del citato d. lgs. n. 81/2015 – modificativo dell'art. 2103 c.c. – hanno affermato che essendo il licenziamento, come è stato ricordato, una *extrema ratio* incombe sul datore di lavoro provare l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni differenti ed anche inferiori a quelli svolte in precedenza. A tale soluzione si è però giunti precisando che non è il datore di lavoro a dovere accertare, nel silenzio assoluto della controparte, tutti gli elementi costitutivi del *repechage*, essendo comunque anche il lavoratore tenuto – con un comportamento collaborativo volto a trovare un equo bilanciamento tra interessi ontologicamente confliggenti – a fornire almeno qualche “elemento utile” sulla identificazione delle posizioni lavorative gradite o sulle condizioni (comprese quelle ambientali, territoriali ecc.) riguardanti le nuove mansioni da svolgere, che ritiene di non potere accettare per sue personali e specifiche esigenze. E tutto ciò al fine evidente di non imporre al datore di lavoro una *probatio diabolica*⁽²²⁾.

(21) Per gli elementi richiesti per la validità del patto di demansionamento cfr.: Cass. 7 febbraio 2015, n. 2375, in *Notiz. Giur. Lav.*, 2005, pag. 189, e successivamente Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, in *Giur. It.*, 2015, pag. 2685, con nota di D. DE FEO, *Mansioni e limiti di derogabilità del principio di equivalenza*.

L'estensione del *repechage* all'intero complesso aziendale è affermata da Cass. 13 maggio 2003, n. 7169, in *Mass. Giur. Lav.* 2004, pag. 758, con nota di M. LANOTTE, *Chiusura del ramo di azienda e licenziamento collettivo: contenuto della comunicazione datoriale e operatività dei criteri di scelta*, e più di recente da Cass. 14 dicembre 2016, n. 25737. È stata invece esclusa nel caso di gruppo di imprese o di collegamento tra le stesse sempre che non si sia invece in presenza di “un centro unico di imputazione dei rapporti giuridici”, come ribadito tra le tante da Cass. 21 settembre 2010, n. 19931 in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2011, II, pag. 717, con nota di S. BRUN, *Sulla irrilevanza del collegamento societario nel giudizio in ordine alla legittimità degli atti di gestione del rapporto di lavoro*, ed in precedenza da Cass. 13 maggio 2003, n. 7717, *ivi*, 2003, II, pag. 819, con nota di A.V. POSO, *Brevi osservazioni sull'obbligo di repechage nell'ambito del gruppo di società in caso di inadempimento per giustificato motivo oggettivo*.

(22) In dottrina osserva autorevolmente M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo e obbligo di repechage*, in *Giur. It.*, 2016, pagg. 1166-1167, che la tesi volta ad incentrare sul datore di lavoro l'onere probatorio con riferimento al ricollocamento “se pure presuppone che l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo debba essere esclusa quando risulti che il lavoratore avrebbe potuto essere comunque utilizzato, tuttavia non è ragionevole imporre al datore di lavoro una *probatio diabolica* come quella di dimostrare che nella sua organizzazione produttiva non esistono altre possibilità di utilizzare il lavoratore licenziato”.

Per l'indirizzo, sicuramente minoritario prima del d. lgs. n. 81 del 2015, secondo cui l'onere di dimostrare la mancanza di mansioni alternative graverebbe sul datore di lavoro cfr.: Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 e Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 (ambidue pubblicate in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2016, II, pag. 302 e segg., con

Come è noto, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. ha rotto un argine che ha a lungo resistito a tutela della professionalità e dignità del lavoratore perché soltanto a partire della vigenza dell'art. 3 del citato d. lgs. n. 81 del 2015 si è giunti ad ammettere espressamente, in presenza di alcuni presupposti, una modifica peggiorativa delle mansioni assegnate al lavoratore, anche a costo di una perdita o di una riduzione della sua acquisita professionalità⁽²³⁾.

Orbene, la *ratio* e le finalità della nuova disciplina codicistica sulle mansioni accreditano ulteriormente la tesi che non possa configurarsi l'istituto del *repechage* per l'assoluta incompatibilità di detto istituto con la volontà del legislatore quale emerge dal dato normativo.

Questa tesi però non ha trovato riscontro in alcune recenti decisioni dei giudici di legittimità verso le quali sono state avanzate in dottrina riserve sia sul versante giuridico che su quello della "ragionevolezza"⁽²⁴⁾.

6. Il *repechage* e la giurisprudenza creativa della Corte di Cassazione.

Pur dopo la riforma dell'art. 2103 c.c. si sono rinnovate le critiche nei confronti di quelle sentenze che hanno ritenuto di estendere il *repechage* anche alla nuova disciplina sullo svolgimento di mansioni *in peius*, che non contempla in alcuna

nota di L. MONTEROSI, *Il licenziamento per giustificato motivo: nessun obbligo di allegazione* le quali hanno statuito che sul datore di lavoro grava per l'intero l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi del giustificato motivo oggettivo e quindi anche l'impossibilità assoluta del *repechage* per cui al lavoratore non spetta neanche l'onere di allegare le diverse e possibili posizioni lavorative nelle quali intende essere utilizzato.

Seguono quest'ultimo indirizzo in dottrina C. ALESSI, *Il giustificato motivo oggettivo: per una rilettura del pensiero di Mario Napoli*, in *Riv. Giur. Lav. Prev. Soc.*, 2018, I, pag. 309 e segg.; M.T. CARINCI, *L'obbligo di riscappaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2017, I, pag. 200 e segg.; V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o «normale» licenziamento economico?*, in *www.europearights.eu*, 2017, 1 giugno, pag. 3 e segg.

(23) Rivela però puntualmente C. CESTER, *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, I, pag. 167 e segg., che spazi non trascurabili per modifiche innovative nella regolamentazione delle mansioni si erano già aperti da tempo sia a livello di normativa sociale (con i ben noti casi della lavoratrice madre a salvaguardia della sua salute; del lavoratore divenuto inidoneo e, tuttavia, ancora recuperabile in mansioni diverse da quelle in precedenza svolte; ed infine con le controverse aperture dell'art. 8 del d. lgs. n. 138 del 2011 sulla contrattazione derogatoria di prossimità), e sia a livello giurisprudenziale (in virtù di un orientamento della Corte di Cassazione che - scavalcando l'inderogabilità della normativa sulle mansioni e rimodulandone le tutele sulla base della comparazione con interessi esterni alla norma stessa - ha ritenuto legittime, peraltro su base consensuale, le modifiche peggiorative volte a garantire la conservazione del posto di lavoro, come se si trattasse di un principio generale).

(24) Il riferimento alla recente giurisprudenza è relativo a Cass. 23 maggio 2018 n. 12794 e 2 maggio 2018, n. 10435, con nota di M. TATARELLI, *Scatta il risarcimento per mancato obbligo di attivare il *repechage**, in *Guida al diritto* 2018, fasc. 23, pag. 40, che si basano sull'assioma che non sussiste alcun onere collaborativo per il lavoratore neanche in tema di allegazione dei presupposti fattuali del ricollocamento, gravando interamente l'onere probatorio sul datore di lavoro, anche se poi si riscontra in sede motivazionale un distinto percorso argomentativo tra le suddette sentenze.

sua disposizione il *repechage*. Al riguardo è stato rimarcato come non si possa ampliare in via interpretativa l'idea stessa e l'ambito applicativo del "ripescaggio" del lavoratore licenziato perché in tal modo si verrebbe a cumulare "creazione" a "creazione" e si finirebbe con l'evocare la portata biblica dell'onnipotenza divina che "mal si attaglia al nostro mondo di miseri mortali, a cui appartengono persino i giudici"⁽²⁵⁾.

In tale direzione è stato inoltre evidenziato da più parti che l'assenza di qualsiasi disposizione in materia di *repechage* ha reso la problematica in esame in qualche misura permeabile alle opzioni culturali, ideologiche e politiche dell'interprete in ragione della rilevanza dei contrapposti interessi che finiscono per essere coinvolti, il che ha portato in dottrina ed in giurisprudenza ad un soggettivismo interpretativo non esente da valutazioni di politica sociale⁽²⁶⁾.

Circostanze queste che sono destinate oltre che nel diritto sostanziale anche sul versante di quello processuale ad accrescere l'area delle incertezze con consequenziali ricadute pure in sede giudiziaria. È evidente infatti che addossare, anche dopo il d. lgs n. 81 del 2015, sul solo datore di lavoro l'onere di provare l'impossibilità di assegnare al lavoratore licenziato nuove mansioni alternative - comprese quelle, pure se numerose, appartenenti al livello di inquadramento inferiore (purché rientranti nella medesima categoria legale) - rende la prova non solo più difficile rispetto al passato ma impossibile contro ogni principio di ragionevolezza⁽²⁷⁾.

(25) In questi sensi C. PISANI, *La nuova disciplina ecc.*, op. cit., pagg. 152-153 e note 44 e 45, il quale dopo avere stigmatizzato la critica che è stata mossa verso una parte autorevole della dottrina che ha preso in esame le problematiche scaturenti dal licenziamento e dal *repechage* (ICHINO, PERSIANI, DE ANGELIS, DEL PUNTA), ha poi evidenziato che vi è stata su tali problematiche una palese forzatura rispetto al quadro legale cui ha fatto riferimento la suddetta dottrina, ed ha al riguardo aggiunto che le costruzioni che hanno cercato di dare una base teorica alla problematica sull'onere della prova, attraverso la qualificazione del licenziamento come *extrema ratio*, non si sono però mai spinte fino a condividere la suddetta forzatura perché hanno sempre tentato di mantenersi all'interno della logica del contratto.

(26) Evidenzia M. PERSIANI, *Il licenziamento per giustificato motivo*, op. cit., pag. 1166, che il problema in esame, per essere condizionato "da valutazioni di politica sociale", non ha avuto in giurisprudenza ed in dottrina una "soluzione definitiva e soddisfacente".

(27) L'infondatezza della tesi che, sulla ripartizione dell'onere della prova responsabilizza unicamente l'imprenditore, risulta in modo chiaro, ad esempio, in presenza di un licenziamento irrogato ad un operaio o impiegato da una grande società con più sedi, stabilimenti e rami aziendali, perché in tale caso è irragionevole, configurando una prova *diabolica*, demandare al datore di lavoro l'onere di dimostrare, senza alcuna collaborazione del dipendente, quali delle possibili e numerose collocazioni lavorative siano di suo gradimento e nello stesso tempo utili nella gestione aziendale.

Va nuovamente rimarcato che seguono la tesi volta a ridurre gli spazi di operatività dell'obbligo di *repechage* anche sul versante probatorio tra i molti: C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento*, op. cit., pagg. 145-154; V. MIRAGLIA, *La Corte di cassazione ritorna sull'obbligo di repechage*, in *Giur. It.*, 2016, pagg. 2199-2201; M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pagg. 1168-1169.

Ne può infine sottacersi sul piano fattuale che in mercati sempre più aperti e caratterizzati da una accentuata volatilità di capitali un diritto “incerto” e “non calcolabile” e “decisioni giudiziarie tardive” – e talvolta anche “inaffidabili” per pregiudizi e rigide opzioni culturali – sono tutti elementi destinati ad incidere negativamente sulla produttività delle imprese e sugli investimenti, con diretti e pronti effetti pure sul piano occupazionale⁽²⁸⁾.

7. Il *repechage* e la ripartizione dell'onere della prova.

In linea con quanto sinora esposto ben può patrocinarsi la tesi della inconfigurabilità dell'istituto del *repechage* pur dopo l'entrata in vigore del Jobs Act, che ha di fatto finito per agevolare nella giurisprudenza su tale istituto la formazione di un “diritto creativo”.

Si è sostenuto infatti da una parte della dottrina sulla base dell'interpretazione dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 che il *repechage* è un elemento integrativo della fattispecie del giustificato motivo oggettivo, e si è contestualmente affermato che grava sul solo datore di lavoro l'onere di provare tutti gli elementi costitutivi di tale motivo, e si è negato invece che possa addossarsi sul lavoratore qualsiasi onere sostitutivo sul piano dell'allegazione anche perché si avrebbe in caso contrario la “singolare” ed “inedita” divaricazione dell'onere della prova dei fatti costitutivi da quello di allegazione⁽²⁹⁾.

Il lungo e complesso *iter* argomentativo dell'indicato indirizzo che ha ampliato le incertezze in una materia, che richiede invece per gli interessi in gioco risposte

R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2016, pag. 639 ha ritenuto *diabolica* per il datore di lavoro la prova della inutilizzabilità del dipendente licenziato in mansioni di livello inferiore. Successivamente l'Autore ha qualificato come opinioni estreme quelle secondo cui la prova dovrebbe essere assolta dal datore di lavoro ai fini dell'accertamento del diritto del lavoratore a svolgere mansioni diverse dalle precedenti e correlate a livelli inferiori (cfr. R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano, 2017, pag. 658).

Addebita O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Padova, 2017, pag. 535, alla giurisprudenza una dubbia coerenza – rispetto a quanto sostenuto in tema di equivalenza di mansioni – nell'affermare che, in caso di soppressione del posto cui è adibito il lavoratore, grava invece sul datore di lavoro l'onere di provare la concreta inutilizzabilità del dipendente in altre e diverse mansioni.

(28) Cfr. sul punto *amplius*: *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, che contiene alcuni saggi di N. IRTI con numerose e profonde riflessioni sulle cause di un diritto sempre più incerto e pertanto “incalcolabile” nonché sulle conseguenze socio-economiche che da tale “incalcolabilità” discendono.

(29) Per la tesi volta a prendere le distanze dall'indirizzo secondo cui l'onere del *repechage* è un elemento interno ed integrativo della causa del licenziamento per motivo oggettivo cfr.: tra gli altri: M. PERSIANI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pag. 1169; B. CARUSO, *La fattispecie «giustificato motivo oggettivo» di licenziamento tra storie e attualità*, in *WWWC.I.S.D.L.E.* “Massimo D'Antona. it”, n. 323/2017; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016, pag. 76 e segg.

Contra invece da ultimo C. ALESSI, *Il giustificato motivo oggettivo*, op. cit., cui si rinvia anche per la ricca bibliografia in materia.

giudiziarie affidabili, poggia su un fragilissimo fondamento sia sul piano giuridico che su quello della “ragionevolezza”.

Da un lato va rammentato che la tesi che si intende criticare si è sempre fondata sulla configurabilità del *repechage* come un istituto volto a garantire al lavoratore la c.d. “tutela reale” per doversi individuare la sua *ratio* nel privilegiare il diritto alla conservazione del “posto di lavoro” sul diritto alla libertà di impresa.

L’entrata in vigore del Jobs Act mostra però a pieno titolo la non sostenibilità di tale tesi per essersi dal legislatore riconosciuto il diritto del lavoratore licenziato alla conservazione del “posto di lavoro” solo in casi residuali e tassativi⁽³⁰⁾, mentre la mera tutela risarcitoria rappresenta il generale sistema sanzionatorio nella risoluzione dei rapporti di lavoro⁽³¹⁾, rispetto al quale è di tutta evidenza l’inconferenza sul piano valoriale del richiamo – come estrema *ratio* del licenziamento –

(30) In termini analoghi per quanto attiene al regime sanzionatorio introdotto con la legge n. 92 del 2012 con riferimento al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo e per il riconoscimento come *regola generale* della corresponsione di una indennità risarcitoria (compresa tra un minimo di dodici mensilità e un massimo di ventiquattro mensilità) cfr. da ultimo: Cass. 25 luglio 2018, n. 19732 e Cass. 18 dicembre 2017, n. 30323, che hanno invece qualificato il ripristino del rapporto di lavoro (con un risarcimento sino ad un massimo di dodici mensilità) come *ipotesi residuale*, che funge così da eccezione. Statuizioni queste che, ricalcando le regole generali di ripartizione dell’onere della prova di cui all’art. 2697 c.c., possono essere disattese solo in presenza di contrarie e chiare disposizioni di legge.

(31) Per tale indirizzo cfr. Cass. 22 marzo 2015, n. 5592 (pubblicata integralmente in *Arg. Dir. Lav.*, 2016, II, pag. 997, con nota di S. BINI, *A proposito della divaricazione tra “onus probandi” e “onus allegandi”*, ed in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, II, pag. 455 e segg., con note di R. BELLE’, *Poteri datoriali e azioni a tutela del lavoratore, Il caso del repechage tra vecchio e nuovo*, e di G. GIANNI, *Onere di allegazione ed onere della prova nel c.d. repechage: un revirement non inatteso ed un equilibrio ancora da trovare*) che addebita alle tesi contrarie la “singolare” ed “inedita” divaricazione dell’onere della prova dei fatti integrativi del giustificato motivo di licenziamento tra datore di lavoro licenziante e l’onere di allegazione del lavoratore licenziato. Per una condivisione del principio del *repechage* come elemento costitutivo della fattispecie del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo cfr. più di recente Cass. 20 ottobre 2017, n. 24882; Cass. 5 gennaio 2017, n. 160; Cass. 13 giugno 2016, n. 12101.

Da ultimo sembra volere attenuare la rigidità della giurisprudenza volta ad addossare sempre e comunque al datore di lavoro la prova in tema di *repechage*: Cass. 23 maggio 2018, n. 12794, che, in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo ha affermato che sebbene non sussista un onere del lavoratore di indicare quali siano i posti disponibili in azienda ai fini del “repechage” - gravando la prova della impossibilità del ricollocamento sul datore di lavoro - precisa però che una volta accertata, anche attraverso presunzioni gravi precise e concordanti, tale impossibilità, la mancanza di allegazioni del lavoratore circa l’esistenza di una posizione lavorativa disponibile vale a corroborare il descritto quadro probatorio.

Ancora più recentemente la Cassazione con sentenza 22 ottobre 2018, n. 26675 sembra dissociarsi - col supporto della normativa dell’Unione europea - in tema di *repechage* dalle sentenze sopra indicate. Ed invero la suddetta pronuncia distingue la *fattispecie della manifesta infondatezza del giustificato motivo oggettivo riguardante la ricollocazione di un lavoratore inabile fisicamente o psichicamente*, in cui non può farsi riferimento al *repechage* (in ragione del diritto del lavoratore alla reintegra a fronte del quale vi è, non il potere discrezionale del datore di lavoro, ma un suo obbligo) dalla *diversa fattispecie per giustificato motivo oggettivo per motivi economici*, in cui invece non si riscontra una manifesta infondatezza del fatto ed in cui è previsto invece a livello sanzionatorio un apparato indennitario in presenza del licenziamento illegittimo sicché nella ricerca di nuove mansioni da assegnare al lavoratore incombe sul datore di lavoro

del *repechage*, per avere tale istituto avuto sempre la finalità di garantire la “tutela reale” in ragione di un equo equilibrio tra due contrapposti diritti ⁽³²⁾.

L'indirizzo qui criticato contraddice inoltre l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione Europea che ha progressivamente valorizzato il diritto al libero esercizio dell'attività economica privilegiando, nei termini in precedenza indicati, la libertà di impresa sul diritto al lavoro ⁽³³⁾. Inoltre crea di fatto – a seguito dell'eliminazione del criterio numerico dei dipendenti nella normativa sui licenziamenti illegittimi – una indifferenziata applicazione dell'apparato sanzionatorio privo di ragionevolezza, dal momento che trascura del tutto le diverse ricadute scaturenti dal licenziamento illegittimo nelle grandi imprese ed in quelle di media e piccola dimensione ⁽³⁴⁾.

Alla stregua di tutte le precedenti riflessioni si impone dunque un ritorno ai generali principi codicistici, in ragione del silenzio assoluto dell'art. 3 del d. lgs. n. 81/2015 sul *repechage*, e di un quadro ordinamentale fortemente innovativo in tema di licenziamenti e di regolazione delle mansioni dei lavoratori, in cui risulta significativo il silenzio del legislatore pure in relazione alla ripartizione dell'onere della prova intorno agli elementi qualificanti del licenziamento e in merito

l'obbligo di provare, al fine del ripescaggio, le diverse possibili nuove collocazioni del lavoratore, che a sua volta è tenuto però al rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Detta sentenza, con il modulare il *repechage* in ragione della singola fattispecie scrutinata, si pone di fatto in contrasto con la tesi che considera il suddetto istituto come elemento interno alla stessa causale del licenziamento e, quindi, sempre indispensabile per la sua applicazione in ogni tipologia di licenziamento.

(32) Non è quindi un caso che nel tempo della sola vigenza in tema di licenziamenti individuali dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 non si sia mai pensato all'istituto del *repechage*, alla creazione del quale la giurisprudenza ha fatto ricorso solo dopo l'introduzione della “tutela reale” a seguito dell'art. 18 della legge 20 maggio 1970 n. 300.

(33) G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo “organizzativo”*, op. cit., pagg. 138-139, dopo avere ricordato che la maggior parte dei giuslavoristi ha ritenuto che il *repechage*, di formazione giurisprudenziale, è il più rilevante ostacolo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ha poi affermato che la nuova disciplina prescrivendo un apparato sanzionatorio di natura risarcitoria in caso di illegittimità del suddetto licenziamento, tra i due interessi contrapposti, quello dell'imprenditore alla libertà di esercizio di una attività economica e quello del lavoratore alla continuità ed alla stabilità del suo posto di lavoro, «privilegia il primo rispetto al secondo, come ai tempi della legge n. 604 del 1966».

(34) Evidenzia M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pag. 1169, come sia inappropriato il criterio di riferibilità o di vicinanza della prova richiamato dall'indirizzo volto a gravare il solo datore di lavoro della prova della impossibilità di ricollocamento del lavoratore licenziato, perché: nelle imprese di medie o piccole dimensioni un qualsiasi lavoratore, attento e dotato di una normale attitudine a percepire la sostanza delle situazioni, è in grado, anche con la collaborazione dei compagni di lavoro, di conoscere i particolari della struttura ed il funzionamento dell'organizzazione di lavoro nella quale è occupato; mentre nelle grandi imprese, in caso di crisi aziendale, si ricorre al licenziamento collettivo, rispetto al quale ai fini della scelta dei lavoratori in esubero non è determinante la mancanza di occupazioni alternative ed il lavoratore ben può fare affidamento sulle informazioni di cui, si deve presumere, dispongano le strutture sindacali aziendali.

alle consequenziali sanzioni da applicare. Nei casi in cui il lavoratore impugna il licenziamento per mancanza di giustificato motivo oggettivo denunciandone l'invalidità - risulta quindi vincolante l'applicazione anche sul piano probatorio dei principi codicistici dettati per l'azione di annullamento (art. 1441 e ss. c.c.)⁽³⁵⁾ e di quelli di correttezza e buona fede, che presiedono il contratto di lavoro dalle trattative sino alla sua esecuzione ed al recesso dal rapporto lavorativo (artt. 1175, 1337, 1375 e cc.). Ragioni queste che rafforzano la fondatezza del consistente indirizzo giurisprudenziale che ha da tempo applicato con riferimento al *repechage* la regola della correttezza "comportamentale", cui equivale nel processo il dovere delle parti e dei loro difensori di "comportarsi" nel giudizio con lealtà e probità (art. 88 c.p.c.)⁽³⁶⁾.

Per quanto detto va riaffermato ancora una volta che deve trovare piena e convinta adesione la dottrina che preferisce - per la "irragionevolezza" di addossare al datore di lavoro una prova "impossibile" e "diabolica" - fare riferimento nella materia esaminata alle regole civilistiche anche perché esse consentono per la loro flessibilità una esaustiva valutazione delle singole fattispecie attraverso "un equo bilanciamento degli interessi confliggenti".

E per concludere una ultima e più generale riflessione sul piano ordinamentale.

Si incorrerebbe nel pericolo di ledere i principi fondamentali del "giusto processo" se ripetute sentenze "creative" "irragionevoli" o "ideologicamente condizionate" delle Sezioni ordinarie della Corte di Cassazione su problematiche di rilevante rilievo finissero di fatto per divenire con il decorso del tempo "diritto

(35) L'accoglimento di tale tesi comporta l'assoggettamento alla prescrizione quinquennale del diritto azionato dal lavoratore per far valere l'invalidità del licenziamento (art. 1442, comma 1, c.c.), e sul piano processuale la non rilevabilità d'ufficio di detta invalidità - da parte del giudice del lavoro - del licenziamento irrogato, nonché l'indicazione - ai sensi dei generali principi di cui all'art. 2697 c.c. - nell'atto di impugnazione del lavoratore dei posti che si intendono occupare e /o delle mansioni alternative, anche se inferiori, che si intendono svolgere (a mero titolo di riferimento cfr. in tema di ripartizione dell'onere probatorio nelle azioni di annullamento *ex plurimis*: Cass. 19 febbraio 2018, n. 3934 (ord), Cass. 23 dicembre 2014 n. 27351 nonché Cass. 18 aprile 2005, n. 8079, in *Riv. Not.*, 2006, II, pag. 560, in materia testamentaria, e Cass. 24 marzo 1979, n. 1697 in tema di assicurazioni).

(36) È opportuno una volta ancora il richiamo a M. PERSIANI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., pag. 1169, secondo il quale nella distribuzione dell'onere della prova tra le parti in causa deve essere realizzato un ragionevole ed equilibrato contemperamento degli opposti interessi tenendo conto che nei rapporti obbligatori vige il dovere di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.) e che anche i rapporti processuali devono essere caratterizzati da lealtà e collaborazione (art. 88 c.p.c.).

Sostanzialmente negli stessi sensi tra i molti: S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015, pag. 39, secondo cui "il datore di lavoro è certamente nelle condizioni più agevoli per dare conto della reale strutturazione dell'organigramma aziendale, anche in relazione alle posizioni vacanti", al contempo però è comunque "ragionevole imporre al lavoratore che impugni il licenziamento di circostanziare la richiesta di essere ricollocato, così da scongiurare il pericolo che il ricorso sia fondato su una rivendicazione del tutto generica ed indeterminata".

vivente” e (sinanche) “fonte normativa” in mancanza di un precedente approdo - come avvenuto per troppo tempo per le materie qui esaminate - alle Sezioni Unite, deputate istituzionalmente esse sole a decidere, in termini definitivi e, quindi, non più giuridicamente censurabili – i ricorsi sulle questioni “di massima di particolare importanza”(art. 374, comma 2, c.p.c.)⁽³⁷⁾.

ABSTRACT: *L'Autore nel suo saggio, dopo avere evidenziato i principi regolatori della libertà di impresa nella Costituzione e nell'ordinamento dell'Unione Europea, afferma che valgono a legittimare il licenziamento individuale non solo le situazioni di crisi o difficoltà economiche dell'imprenditore ma anche le esigenze reali, concrete e non pretestuose di incrementare la produzione o di scongiurare il pericolo di riduzione dei risultati positivi raggiunti. Successivamente, con riferimento al repace, l'Autore critica severamente l'indirizzo giurisprudenziale che addossa al solo datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di ricollocamento del lavoratore licenziato attraverso una prova diabolica, ed esonerando quest'ultimo da qualsiasi condotta collaborativa, in violazione del principio della "ragionevolezza" e della generale regola codicistica di correttezza e buona fede.*

ABSTRACT: *The author, in his essay, after having highlighted the regulatory principles of the freedom of enterprise in the Constitution and in the European Union, affirms that it is worth to legitimize the individual dismissal not only the crisis situations or economic difficulties of the entrepreneur but also the real, concrete and not pretentious needs to increase production or to avoid the danger of reducing the positive results achieved. Subsequently, with reference to the repace, the author severely criticizes the jurisprudential address that attaches to the sole employer the burden of proving the impossibility of relocation of the employee fired through a diabolical test, and exempting the latter from any collaborative conduct, in violation of the principle of "reasonableness" and of the general code of correctness and good faith.*

(37) Sul percorso per giungere alla piena applicazione della nomofilachia cfr.: G. VIDIRI, *Art. 360 bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, I, pagg. 526-527, secondo cui il principio della certezza del diritto costituisce la ragione fondante della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione “della quale le Sezioni Unite sono l'organo più autorevole”.