

Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e “repechage” dopo il Jobs Act

di Guido Vidiri

L'Autore ritiene nel suo saggio che la diversità degli indirizzi dottrinari e giurisprudenziali riscontrabili in materia di licenziamenti disposti per motivi economici siano in buona misura addebitabili ad una errata lettura dell'art. 41 Cost. e, più in generale, alla sempre dominante tradizione della nostra cultura giuridica di leggere la Costituzione “con gli occhiali della ideologia”. Considerazione questa che porta ad evidenziare che il citato art. 41, se interpretato alla luce dell'“attuale normativa europea, induce a riconoscere una rafforzata tutela della libertà economica dell'imprenditore e dei suoi poteri di gestione dell'azienda al fine di fare fronte alla concorrenza di un mercato sempre più globalizzato. Da ciò consegue però un drastico e non equilibrato affievolimento delle tutele dei lavoratori e delle organizzazioni sindacali che si concretizza, da un lato, nel legittimare l'imprenditore a recedere dal rapporto di lavoro anche per motivi economici e non solo quindi nel caso di crisi economica e, dall'altro, nel tentativo di “fare risorgere” l'obbligo del “repechage” per via giudiziaria ponendo a carico del solo imprenditore l'onere di fornire la prova della inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni diverse da quelle in precedenza dallo stesso svolte.

1. Il licenziamento individuale per motivi economici: un dibattito ancora aperto

Sul licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, determinato da ragioni di carattere economico, si riscontrano da tempo sia in giurisprudenza che in dottrina opinioni differenziate per quanto attiene ai requisiti richiesti per riconoscerne la legittimità, anche se in questi ultimi anni il dibattito sul tema si è ravvivato per essersi modificate e moltiplicate, anche per effetto del diritto dell'UE, le norme sulla cessazione del rapporto lavorativo.

(1) Cfr. in tali sensi: Cass. 10 maggio 1986, n. 3127, secondo cui il giustificato motivo di licenziamento si riscontra anche per far fronte a notevoli spese di carattere straordinario in ragione delle quali non rileva la modestia del risparmio in rapporto al bilancio aziendale in quanto, una volta accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in esso attuabile si mostra in diretta connessione con tale necessità e quindi da questa oggettivamente giustificata. Così in precedenza : Cass. 2 febbraio 1983, n. 903.

(2) Così Cass. 24 giugno 2015, n. 13116; Cass. 16 marzo

Un primo indirizzo giurisprudenziale ha già in passato ritenuto che il suddetto licenziamento deve essere giustificato dalla necessità di fare fronte a spese notevoli di carattere straordinario o a “sfavorevoli situazioni dell'impresa che non siano meramente contingenti e che inoltre in modo rilevante influiscano negativamente sull'attività produttiva” (1). Indirizzo questo che ha trovato di recente supporto in articolate argomentazioni, secondo cui per la legittimità del licenziamento risultano sempre necessarie una “sfavorevole situazione economica” ed anche “ l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo” (2), sicché deve esclu-

2015, n. 5173; Cass. 25 marzo 2011, n. 7006 cui *adde* pure Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282, in *Guida lav.*, 2006, 48, 30, che ha dichiarato però legittimo il licenziamento individuale nel caso in cui si sia in presenza di una soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto cui era addetto il lavoratore licenziato sempre che risulti l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo e senza che necessiti anche la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite.

dersi la legittimità del recesso datoriale nel caso in cui si sia agito in via strumentale solo per perseguire un profitto attraverso un abbattimento del costo del lavoro (3).

A tale indirizzo si è opposto un diverso orientamento che patrocina una lettura del combinato disposto dei primi due commi dell'art. 41 Cost. volta a riconoscere all'imprenditore - come capo dell'impresa (art. 2086 c.c.), che "esercita professionalmente una attività economica organizzata ai fini della produzione o dello scambio di beni e servizi" (art. 2082 c.c.) - una maggiore libertà nella gestione della impresa. In tale orientamento vanno incluse quelle decisioni secondo le quali i motivi inerenti alle esigenze produttive ovvero all'assetto organizzativo e strutturale dell'azienda possono, a vario titolo, legittimare ai sensi dell'art. 3 della L. 15 luglio 1966, n. 604 il licenziamento individuale, anche in quei casi nei quali la scelta datoriale non è stata determinata dalla necessità di fronteggiare una grave crisi aziendale ovvero situazioni economiche sfavorevoli in rami, settori o reparti dell'impresa, ma è stata invece originata da una reale e seria volontà di incrementare la produzione o di scongiurare per il futuro il pericolo di vanificare i risultati economici raggiunti o di ridurre i profitti per ragioni, anche esterne, alla gestione ed organizzazione dell'impresa (4).

(3) In tali termini *ex plurimis*: Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, che ritiene illegittimo il puro e semplice licenziamento di un dipendente non giustificato da un effettivo mutamento della organizzazione tecnico-produttiva ma solo dal fine di sostituirlo con un altro meno retribuito ancorché addetto alle medesime (o sostanzialmente equivalenti) mansioni; ed in precedenza: Cass. 1° luglio 2016, n. 13518. Per la configurabilità invece di un giustificato motivo oggettivo nella soppressione d'una posizione lavorativa derivante da una diversa ripartizione di mansioni fra il personale in servizio cfr.: Cass. 4 novembre 2004, n. 21121 e, successivamente, Cass. 2 ottobre 2006, n. 21282 cit., nonché Cass. 28 settembre 2016, n. 19185. (che leggesi in *Guida dir.*, 2016, 43, 52, con nota di F.S. Ivella), secondo cui con una siffatta ripartizione si attua una più efficiente e più economica gestione aziendale nel senso che, invece di assegnarle ad un solo dipendente, certe mansioni possono essere suddivise tra più lavoratori ognuno dei quali se le vedrà aggiungere a quelle già espletate sicché il risultato finale potrà fare emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che a tutte tali mansioni era addetto in modo esclusivo o prevalente.

(4) Per tale orientamento cfr. tra le tante: Cass. 18 novembre 2015, n. 23620 (in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, II, 293, con nota di N. Frasca, *L'insindacabilità della scelta del datore nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, ed in *Lav. giur.*, 2016, 582, con nota di G. Zampini, *Licenziamento per g.m.o. e riorganizzazione del lavoro. Una ipotesi di recesso*), che ha cassato con rinvio la sentenza del giudice d'appello che aveva ritenuto l'illegittimità del licenziamento per l'assenza di prova della crisi aziendale statuendo il principio che costituisce causa di risoluzione del rapporto di lavoro per onerosità sopravvenuta la valutazione dell'imprenditore, sottratta al sindacato nel merito da

La perdurante, come si è visto, diversità di opinioni, riscontrabile come è noto fra i giuslavoristi anche in dottrina, impone una prima e preliminare riflessione sulla mancanza di approdi affidabili in una materia che, avendo ad oggetto l'equilibrio tra due contrapposti diritti a copertura costituzionale (diritto alla libera iniziativa imprenditoriale e diritto al lavoro), abbisogna di una chiara normativa di regolamentazione del rapporto lavorativo sia nella fase del suo svolgimento - soprattutto per quanto attiene all'esercizio delle mansioni del lavoratore - che in quella terminale avente ad oggetto la, da sempre, problematica materia dei licenziamenti.

2. La normativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 3, L. n. 604/1966) e le clausole generali

È assunto da condividere che la disposizione sul licenziamento individuale "per giusta causa o per giustificato motivo" ai sensi dell'art. 2119 c.c. e dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966 è ascrivibile alla tipologia delle c.d. clausole generali che, per avere un contenuto generico vanno specificate, all'esito dell'attività ermeneutica, dal giudice attraverso la individuazione di standards valutativi aventi natura giuridica, la cui disapplicazione è quindi deducibile in sede di legittimità come violazione di legge *ex art. 360, n. 3, c.p.c.* (5).

parte del giudice che, sulla base dell'andamento economico dell'impresa successivo alla conclusione del contratto, ritenga necessario sostituire personale meno qualificato con altro maggiormente dotato di professionalità, dovendosi ritenere estraneo al controllo giudiziale il fine di arricchimento, o non impoverimento, perseguito dall'imprenditore, comunque suscettibile di determinare un incremento di utili a beneficio dell'impresa e, dunque, dell'intera comunità dei lavoratori. Per statuzioni di analogo contenuto in precedenza tra le altre: Cass. 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. Giur. lav.*, 2003, 668, con nota di F. Santini, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento nella società della New Economy*, secondo cui in caso di riorganizzazione o ristrutturazione aziendale, ferma la necessità della prova della effettività del relativo processo, è legittima ogni ragione, in senso economico, che lo abbia determinato, non escluse le esigenze di mercato o il perseguiti di un incremento dei profitti attraverso modifiche organizzative volte a per seguirlo sicché va ritenuto sussistente il giustificato motivo oggettivo di licenziamento consistente nella terziarizzazione dei servizi cui è addetto il lavoratore licenziato.

(5) In giurisprudenza per la qualificazione della norma sulla "giusta causa" e sul "giustificato motivo" come "clausola generale" o "norma elastica" vedi tra le tante: Cass. 18 gennaio 1999, n. 434, in questa *Rivista*, 1999, 6, 718, con nota di S. Recchioni, *Norme "elastiche", standards valutativi e sindacato di legittimità della Corte di cassazione*, ed ancora in *Foro it.*, 1999, I, 1891, con nota di E. Fabiani, *Sindacato della Corte di Cassazione sulla norme elastiche e giusta causa del licenziamento*, nonché in *Giust. civ.*, 1999, I, 667, con nota critica di G. Giacalone, *Dalla certezza del diritto alla "civiltà del lavoro": un licenziamento in tronco da parte della Corte di Cassazione?*; Cass. 26 aprile 2012, n. 6498 in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2012, II, 736

Il tema delle clausole generali, affrontato in numerose occasioni dalla Corte di cassazione ed in dottrina già in tempi risalenti da autorevoli ed approfonditi studi (6), ha visto rinnovarsi un ampio dibattito sulle numerose problematiche che dal suo esame scaturiscono (7).

In particolare per quanto riguarda l'interpretazione di dette clausole, si è evidenziato come il sintagma "clausole generali" sia ambiguo per esprimere una molteplicità di significati che tendono a sovrapporsi, totalmente o parzialmente, con altre nozioni in uso presso i giuristi ed i giudici, e come esso finisca dunque per caratterizzarsi per una "elevata vaghezza non risultando ben chiaro il significato delle due parole che lo compongono ed apparente altrettanto indefinite le nozioni assunte come parzialmente o completamente sinonime" (8). Ed in una analoga ottica si è anche rilevato che "uno dei profili maggiormente problematici di ogni elaborazione del tema delle suddette clausole è quello relativo alla difficoltà di concretizzarne e specificarne il contenuto in una serie di direttive sufficientemente certe e prevedibili" (9).

Per quanto attiene invece l'iter interpretativo da seguire, nel prendere atto dell'abituale equiparazione tra 'principio' e 'clausola' (10), si è poi affermato che nella applicazione delle clausole in esame

con nota di S. Magnifico, *La fragilità del vincolo fiduciario nel settore del credito*; ed in epoca più recente e da ultimo Cass. 23 settembre 2016, n. 18715, per la statuizione sul versante processuale che la giusta causa di licenziamento, quale clausola generale, viene integrata valutando una molteplicità di elementi fattuali, la cui disapplicazione è deducibile in sede di legittimità come violazione di legge, ai sensi dell'art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c., solo ove si denunci che la combinazione ed il peso dei dati fattuali, come definiti ed accertati dal giudice di merito, non ne consentano la riconduzione alla nozione legale, mentre l'omesso esame di un parametro tra quelli individuati dalla giurisprudenza con un valore decisivo - nel senso che l'elemento trascurato avrebbe condotto ad un diverso esito della controversia - va denunciato come vizio di cui all'art. 360, comma 1, n. 5, c.p.c., ferma in tale caso la possibilità di argomentare comunque successivamente che tale vizio avrebbe cagionato altresì un errore di sussunzione per falsa applicazione di legge.

(6) Cfr. al riguardo per tutti: L. Mengoni, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 ss.; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, ivi, 1987, 709 ss., ed in precedenza la nota monografia di F. Roselli, *Il controllo della cassazione sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983.

(7) Più di recente tra i numerosissimi contributi in materia cfr. per tutti: F. Di Marzo, *Ringiovanire il diritto? Spunti su concetti indeterminati e clausole generali*, in *Giust. civ.*, 2014, 330 ss.; S. Patti, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013; M. Libertini, *Clausole generali, norme di principio, norme di contenuto indeterminato. Una proposta di distinzione*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, 345 ss.; G. D'Amico, *Clausole generali e controllo del giudice*, in *Giur. it.*, 2011, 1704 ss.; V. Veluzzi, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, ivi, 1720 ss., ed ancora Id, *Le clausole generali*, Milano, 2010.

occorre "in primo luogo individuare, tenendo conto delle direttive contenute nella norma, ed alla luce delle circostanze del caso, quale comportamento debba essere considerato corretto"; e si è infine specificato che "il significato storico della clausola generale, concretizzato alla luce del caso concreto, serve da modello e nel contempo da punto di partenza per la decisione di nuovi casi" (11).

Le indicate opinioni, nell'intento di identificare dei parametri valutativi entro i quali deve muoversi l'interprete, fanno infine emergere, nei differenziati percorsi argomentativi, una netta divaricazione tra una opzione culturale di accentuato timore e diffidenza, anche per ragioni storiche, verso tutte le disposizioni normative di contenuto astratto e di non agevole decifrabilità (12), ed un'altra opposta opzione che guarda invece, con piena condivisione, ad un sistema di fonti normative con ambiti applicativi flessibili perché capaci di rendere permeabile l'intero assetto ordinamentale alle esigenze emergenti della società. Opinione questa ultima che trova logica fondatezza nella necessità per l'interprete di dovere sempre più spesso ricorrere, soprattutto nel diritto privato europeo, alle clausole generali sia per la funzione da esse svolte di rafforzamento del sistema al fine di adattare la singola

(8) Cfr. V. Veluzzi il quale - nella nota che precede la sua monografia, *Le clausole generali* cit., 1-3, evidenzia che è abitudine ricorrente dei giudici ritenerne perfettamente, o solo in certa misura, sinonime le nozioni di: "clausole generali", "standards valutativi" (o più semplicemente "standards"), norme a "contenuto indeterminato", "norma elastica", "concetto valvolare", "nozione a contenuto variabile" ed ancora altre.

(9) Così testualmente S. Scognamiglio, *Clausole generali e linguaggio del legislatore: lo standard della ragionevolezza nel d.p.r. 24 maggio 1988 n. 224*, in *Quadrimestre*, 1992, 62.

(10) Osserva S. Patti, *Ragionevolezza* cit., 46, che il termine "principio" risponde maggiormente alla tradizione italiana ed a quella del *common law*, mentre si parla di clausole nella dottrina tedesca, che ha in parte influenzato quella italiana.

(11) In questi testuali termini cfr. S. Patti, *op. cit.*, 47. Parla in modo simile della interpretazione delle clausole generali di "interpretazione/concretizzazione": L. Mengoni, in *Autonomia privata e Costituzione*, in *Banca, borsa, tr. cred.*, 1997, 1 ss., al fine di volere significare come in tal caso l'attività ermeneutica sia funzionalizzata alla individuazione di singole regole concrete riconducibili alla clausola, nonostante la genericità del suo contenuto.

(12) Nel richiamare l'opera e le parole di Wieacker (*Privatechtsgechichte der Neuzeit*, Gottingen, 1967.477) S. Patti, *op. cit.*, 82, sottolinea che il timore per il l'arbitrio nel giudice spiega la diffidenza nei confronti delle clausole generali e le preoccupazioni storicamente fondate in Germania alla luce dell'esperienza del nazionalsocialismo nei confronti di una fuga nelle clausole generali. Ricorda ancora L. Mengoni, *Spunti per una teoria* cit., pag. 7 e note 6 e 7, come la confusione delle clausole generali con l'equità sia una delle cause degli eccessi in cui cade la giurisprudenza tedesca.

regola alle caratteristiche del caso concreto e di colmare vuoti di regolamentazione, e sia anche per la continuità che le direttive presentano rispetto alla disciplina (pre)esistente negli ordinamenti degli Stati membri dell'Unione europea. In tale direzione si è evidenziato come nelle direttive e, ancor prima, nei progetti di codice civile europeo si riscontrino sovente un numero eccessivo di clausole generali che suscita perplessità per l'antico monito secondo cui "un abuso di clausole generali" comporta un ingiustificato trasferimento di responsabilità dal legislatore al giudice con il pericolo di determinare spesso anche un'illusione di armonizzazione (13). Ricadute negative queste ultime che sono state anche fatte risalire a ragioni geo-politiche essendosi autorevolmente rilevato che mentre ambito politico ed ambito giuridico tendono a coincidere - e perciò ad assumere la medesima fisionomia territoriale - scambi economici ed atti dell'impresa capitalistica volgono invece oltre i confini (14).

3. Il controllo del giudice sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo

È opinione condivisa da dottrina e giurisprudenza che il controllo del giudice in tema di licenziamento individuale per motivo economico debba essere limitato alla verifica della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore, e cioè: all'accertamento nel concreto dell'inerzia della scelta imprenditoriale e delle ragioni del conseguente licenziamento alle situazioni oggettive normativamente fissate (ad esempio adempimento degli obblighi derivanti dagli artt. 2104 e 2105 c.c., indispensabili per la corretta esecuzione del lavoro ed anche quindi per la produttività dell'impresa), e successivamente della sussistenza del nesso causale tra tale

(13) Sul punto più ampiamente cfr. S. Patti, *op. cit.*, 69, il quale dopo avere premesso che nonostante nei codici di matrice europea si faccia ampio ricorso alle clausole generali - cui si affiancano sovente *legal standards*, principi, formule elastiche, concetti giuridici indeterminati - osserva anche che nella normativa europea e nei progetti di codificazione la delimitazione concettuale tra le suddette figure continua a causare difficoltà e incertezze.

(14) Così N. Irti, *Norme e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, 2001, 12, che aggiunge testualmente che si perviene in tal modo ad una sorta di scissione all'interno della società e dello stesso individuo perché "politica e diritto non lasciano la fissa e stabile casa" mentre "l'economia prende casa ovunque si ofrano mercato e guadagno".

(15) In dottrina in questi termini vedi tra gli altri: M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale e collettivo*, Padova, 2012, 192 ss., e per identico orientamento, R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2016, 638, per il quale il giudice "può e deve verificare": la *veridicità della ragione addotta* (ad esempio, della chiu-

motivo e la soppressione del posto di lavoro. Lo stesso giudice non può invece sindacare, sotto il profilo della congruità ed opportunità, i criteri di gestione dell'impresa o la scelta organizzativa della produzione, rappresentando le relative determinazioni espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41, comma 1, Cost. (15). Ciò premesso, per quanto attiene al merito delle ragioni configuranti il giustificato motivo del licenziamento individuale, si rinviene però nella realtà fattuale una diversa e opposta lettura della clausola generale ora in commento.

Come in precedenza si è infatti ricordato - ed è bene sottolinearlo ancora una volta - un indirizzo è volto a far rientrare nella previsione normativa tutte le ragioni economiche sottese alla riorganizzazione o ristrutturazione della impresa, anche se queste sono rivolte al solo incremento dei profitti non potendosi sottoporre a condizioni il diritto dell'imprenditore di scegliere gli assetti produttivi e organizzativi ritenuti più convenienti. Con un diametralmente opposto approccio ermeneutico si è patrocinata invece la tesi secondo cui il giustificato motivo oggettivo è integrato solo da quelle ragioni dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli o a mettere mano a riassetti organizzativi imposti dalla crisi economica della azienda.

Nel condividere il primo dei due indicati indirizzi, basandosi soprattutto sull'esegesi letterale dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966, si è così statuito in giurisprudenza che per la legittimità del licenziamento è sufficiente che lo stesso sia determinato da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione dell'azienda ed al regolare funzionamento di essa, tra le quali ragioni "non possono essere aprioristicamente o pregiudizialmente escluse quelle che attingono ad una migliore efficienza gestionale o pro-

sura dell'unità cui apparteneva il lavoratore o della soppressione del posto da questi occupato) ed il *nesso di causalità* tra la scelta imprenditoriale a monte e l'implicazione che ne è stata tratta (un nesso non ravvisabile, ad esempio, nel caso in cui è stato licenziato un dipendente non addetto all'unità produttiva soppressa o nel caso in cui il dipendente è stato assegnato a detta unità immediatamente prima del licenziamento).

In giurisprudenza per il consolidato indirizzo secondo cui al giudice spetta il controllo sulla effettiva sussistenza del motivo del licenziamento cfr. tra le altre da ultimo: Cass. 10 maggio 2016, n. 9467, in *Giur. it.*, 2016, 2195 con nota di V. Miraglia, *La Corte di Cassazione ritorna sull'obbligo di repechage*; e tra le recenti in motivazione: Cass. 20 settembre 2016, n. 18409 e Cass. 4 aprile 2016, n. 16544; cui *adde*: Cass. 14 maggio 2012, n. 7474; Cass. 30 novembre 2010, n. 24235 ed, ancora, in tempi più risalenti: Cass. 14 luglio 2005, n. 14815, in *Mass. Giur. lav.*, 2005, 939 con nota C. Timellini, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo, stabilità reale e contratto a termine*.

duttiva ovvero anche quelle dirette ad un aumento della redditività d'impresa” (16). E considerazioni analoghe trovano riscontro nei *dicta* dei giudici di legittimità quando affermano che al controllo in sede giudiziale sfugge “il fine di arricchimento o di non impoverimento, perseguito dall'imprenditore (anche nei casi in cui questo controllo sia tecnicamente possibile), dal momento che un aumento del profitto si traduce non, o non solo, in un vantaggio per il patrimonio individuale dell'imprenditore ma principalmente in un incremento degli utili della ‘stessa impresa’, ossia in un vantaggio anche per la comunità dei lavoratori” (17). Ed una ragione fondante di tale assunto è stata poi rinvenuta anche nell'art. 30, comma 1, L. 4 novembre 2010, n. 183, perché - allorquando le disposizioni di legge nelle materie di lavoro (privato e pubblico) contengano clausole generali in tema di recesso datoriale - il controllo giudiziale va limitato esclusivamente all'accertamento dei presupposti di legittimità del suddetto recesso non potendosi mai estendere al merito delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono esclusivamente al datore di lavoro.

La suddetta norma, nel testo divenuto definitivo a seguito della legge Fornero (art. 1, comma 43, L. 20 giugno 2012, n. 92) (18), è stata infatti ripetutamente e correttamente letta come confermativa della tesi volta ad includere le difficoltà economiche dell'azienda e le condizioni sfavorevoli del

(16) Cfr. al riguardo in motivazione: Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 (in *Foro it.*, 2017, I, 123, con nota di G. Santoro-Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo “organizzativo”: la fattispecie*) anche per la considerazione che non pare dubbio che spetti all'imprenditore stabilire la dimensione occupazionale dell'azienda non solo nel momento genetico in cui essa nasce e si instaurano i rapporti di lavoro in misura ritenuta funzionale allo scopo di perseguire il profitto, ma anche durante la vita dell'azienda, perché la selezione del livello occupazionale rimane libera non potendo essere sindacata al di fuori dei confini stabiliti dal legislatore “non essendo affidato al giudice il compito di contemperare *ex post* interessi configgenti stabilendo quello ritenuto prevalente, se un tale potere non trova riscontro nella legge”. In termini simili vedi: Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015, che in motivazione statuisce che, ai fini della legittimità del licenziamento, sono sufficienti ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro “ivi comprese quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, purché idonee a determinare un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo”.

(17) Cfr. al riguardo Cass. 18 novembre 2015, n. 23620, cit. che in una fattispecie avente ad oggetto la decisione dell'imprenditore di sostituzione di personale sulla base dell'andamento di mercato ha cassato con rinvio la sentenza di appello che aveva ritenuto l'illegittimità del licenziamento per l'assenza della prova della crisi aziendale, aggiungendo in motivazione che “al controllo giudiziale della reale operazione di riorganizzazione del personale e di retribuzione delle mansioni può non

mercato non come le uniche causali legittimanti ai sensi dell'art. 3 della L. n. 604 del 1966 il licenziamento economico essendo stata – è opportuno ricordarlo nuovamente – affermata con articolate ed ampie motivazioni la esclusiva competenza del datore di lavoro per quanto attiene la valutazione di merito delle ragioni poste a base del suo provvedimento.

Ma, a ben vedere, le ragioni della scelta tra le due tesi tuttora contrapposte in tema di licenziamento economico più che basarsi sugli artt. 3, L. n. 604 del 1966 e 30, comma 1, L. n. 183 del 2010 - cui la giurisprudenza ha sinora fatto costante riferimento - devono trovare un più solido fondamento sull'art. 41 Cost., la cui interpretazione assume un rilievo decisivo per individuare gli elementi condizionanti la legittimità del licenziamento per ragioni di carattere economico (19).

4. Poteri dell'imprenditore, iniziativa economica privata ed art. 41, commi 1 e 2, Cost.

È stato perspicuamente osservato che il tema del rapporto tra legislatore e giurisprudenza nell'applicazione del diritto del lavoro risulta infido e scivoloso perché rischia di essere trattato o in chiave politico-ideologica o di restare su un piano “alto” teorico-filosofico, relativo ai rapporti tra interpretazione e diritto (20).

essere estranea, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte d'appello, la verifica delle difficoltà economiche in reparti diversi da quello in cui operò la lavoratrice licenziata”.

(18) Con la legge Fornero si sono aggiunte al citato art. 30, comma 1, L. n. 183 del 2010 le seguenti parole “ L'inosservanza delle disposizioni di cui al precedente periodo, in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto”.

(19) Al riguardo è opportuno comunque rilevare che mentre Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 cit. ritiene che la disposizione di cui all'art. 30, comma 1, L. n. 183/2010 ha il chiaro fine di limitare l'intervento giudiziale sui poteri dell'imprenditore, escludendo che l'accertamento ed il controllo giudiziario possa estendersi sul merito delle valutazioni del datore di lavoro, Cass. 16 novembre 2015, n. 23620 cit., nell'affermare che l'esercizio del potere organizzativo dell'imprenditore è illegittimo per svilimento di potere (il *detournement* della giurisprudenza amministrativa francese) quando il motivo addotto non risulta provato, dà invece una lettura riduttiva della portata della suddetta disposizione e ne esclude ogni rilevanza ai fini decisionali in tema di licenziamento per motivi economici.

(20) In tali sensi M. Magnani, *Il giudice e la legge*, in *Riv.it. dir. lav.*, 2013, I, 777 ss., che accettando l'invito di L. Montuschi, direttore della Rivista ha partecipato ad un rilevante dibattito sul rapporto tra la legge da una parte e la giurisprudenza e la dottrina dall'altra, a cui sono intervenuti in termini non sempre convergenti, anche: R. Riverso - C. Ponterio (quali coordinatori del gruppo dei giudici del lavoro di Magistratura

Chi non ha la capacità o la volontà di percorrere nello studio delle problematiche giuridiche i piani alti della "teoria" e quelli ancora più elevati della "filosofia" per credere che lo "studio del diritto" è lo studio di una "scienza pratica", non può però negare il pericolo che l'interprete possa rimanere in qualche misura condizionato dalle proprie opzioni culturali nell'esame di tematiche che, come quella oggetto del presente scritto, hanno effetti rilevanti e diretti sul contesto socio-economico della intera collettività. Ragione questa che spiega, seppure in parte, il contrasto di cui si è dato atto, e che da tempo si riscontra nelle problematiche in esame, la cui soluzione impone una riflessione su di una norma, quale quella dell'art. 41 Cost., di non agevole lettura (21).

È utile ricordare al riguardo che la suddetta norma è stata redatta all'esito di un acceso dibattito - avvenuto in sede di III Sottocommissione dell'Assemblea Costituente - su due distintivi articoli (37 e 39), espressivi di due opposte visioni dell'attività economica, che riflettevano due diverse ed opposte opinioni culturali e politiche circa la qualificazione dell'iniziativa economica privata e la dimensione ed operatività dell'intervento statale. A seguito di tale dibattito si è così pervenuti alla formulazione del vigente art. 41, il cui testo è stato aspramente criticato per la sua "pericolosa genericità" dovuta all'impossibilità di coniugare la tesi (richiamata dall'art. 37) volta a configurare l'attività economica come interamente finalizzata alla realizzazione di scopi sociali, con l'altra (espressa dall'art. 39),

democratica), *Quale giudice del lavoro?*, ivi, 2012, I, 720-722; R. Del Punta, *Il giudice e la Costituzione: una replica ai giudici del lavoro di Magistratura democratica*, ivi, 723-727 ed A. Abignente, *Note in margine ad un interessante dibattito*, ivi, 729-734.

(21) Per considerazioni di carattere generale e per l'assunto che il vero problema che sempre si pone nel rapporto tra legislazione e giurisprudenza è quello della "qualità" della normazione cfr.: M. Magnani, *Il giudice e la legge*, cit., 782, la quale osserva che quando il compromesso politico determina situazioni di stallo regolativo o enunciati normativi "opportunistici", è inevitabile che il giudice provveda alla decisione con il bagaglio della sua formazione e della sua cultura. Una formazione ed una cultura cui non è estraneo il ceto accademico, parte essenziale del circuito interpretativo.

(22) Cfr. per una esaurente sintesi sul dibattito svolto in sede di Assemblea Costituente che ha preceduto la formulazione del testo vigente dell'art. 41 Cost. (inserito nella Parte I, Titolo III, della Costituzione Repubblicana avente ad oggetto i rapporti economici) vedi: R. Niro, *sub art. 41 del Commentario della Costituzione* a cura di R. Bifulco - A Celotto - M. Olivetti, Torino, 2006, 848-850, la quale evidenzia come con il superamento degli iniziali articoli redatti in sede di sottocommissione si sia operata dal Costituente una scelta in favore del riconoscimento dell'iniziativa economica privata in termini di libertà (primo comma dell'attuale art. 41) e come tuttavia la si sia corredata "di una serie di limiti penetranti ed importanti corri-

deputata invece a riconoscere l'iniziativa economica privata come libera e con il solo limite di non arrecare danno alla collettività (22).

E sempre nell'ambito di una ricostruzione storica dell'art. 41 Cost. un autorevole e noto giurista - nell'esaminare negli anni ottanta del secolo scorso la portata della suddetta norma con un esaustivo *iter argomentativo* e con riflessioni ancora di viva attualità perché tuttora conferenti con le tematiche in questa sede trattate - ha ricordato, in relazione alla disciplina della libertà economica, come detta libertà, nelle moderne Costituzioni occidentali, rappresenti la libertà borghese per eccellenza che ha conservato il significato suo proprio di prerogativa che spetta al cittadino in quanto tale, e non per fruizione di una concessione politica, per avere perduto da tempo quei connotati antistatalisti e giusnaturalistici che al principio l'avevano accompagnato (23). Con un più specifico richiamo alla libertà di cui al primo comma del citato art. 41 lo stesso studioso ha poi rilevato che la libertà dei privati è quella "di disporre delle risorse, materiali e umane", di "organizzare l'attività produttiva" e, quindi, "di decidere che cosa produrre, quanto produrre, come produrre, dove produrre" (24). E nella stessa direzione ha infine affermato, per quanto attiene al rapporto tra iniziativa economica privata ed iniziativa pubblica, che la Costituzione non attribuisce il "primo" a nessuna delle due iniziative, collocando l'una e l'altra "su un piano di parità" (25); ed ha anche rimarcato come della suddetta norma costituzionale fosse mancata "una

spondenti al non contrasto con la sicurezza, la libertà, la dignità umana ma soprattutto con l'utilità sociale (secondo comma)".

(23) In questi sensi cfr.: F. Galgano, in F. Galgano- S. Rodotà, *Rapporti economici*, Tomo II, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca (art. 41-44), Bologna-Roma, 1982, *sub art. 41, par. 3*, pag. 8 e nt. 3, che rimarca come nella storia del pensiero economico la svolta che ha portato ad abbandonare l'idea che la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost. possa configurarsi come "diritto fondamentale" - e cioè come "diritto dell'uomo" ai sensi dell'art. 2 - a stata sottolineata da Keynes, che ha decretato la fine del *laissez faire* con l'esortazione di liberarsi "dai principi metafisici o generali" sui quali, di tempo in tempo, esso si è basato.

(24) Così testualmente F. Galgano, *op. loc. ult. cit.*, che nel riportare il pensiero di Keynes di cui al testo cita il saggio del suddetto Autore: *Fine del "laissez faire"*, in *Riv. società*, 1971, 667.

(25) Sul punto cfr. ancora F. Galgano, *op. cit.*, par. 5, p. 16 e nt. 3, secondo il quale è significativo, sotto questo aspetto, il terzo comma dell'art. 41 Cost., il quale stabilisce che "la legge determina i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata a fini sociali". Comma da cui si è desunto, sia pure indirettamente, che come vi è il principio di libertà della iniziativa economica privata, espressamente enunciato nel primo comma dell'art. 41, così deve intendersi sussistente un analogo principio di li-

chiave di lettura unitaria" perché era prevalsa nella sua interpretazione la sempre dominante tradizione della nostra cultura giuridica quella cioè di "leggere la Costituzione con gli occhiali della ideologia" (26).

Inoltre in una pure succinta ricostruzione della storia dell'art. 41 non può tralasciarsi di considerare quello che ebbe a scrivere uno dei padri della nostra Costituzione che, dopo avere espresso rammarico per il mancato inserimento in detta norma di un comma atto a limitare i poteri dei monopoli, ebbe ad osservare al riguardo che lo scopo dei suoi redattori, era stato quello di fissare un principio di massima (gli uomini sono liberi di attendere a quelle imprese economiche che a loro sembreranno più convenienti) per poi porre limiti all'affermata libertà di iniziativa. Ma nel fissare detti limiti avevano però fatto uso delle parole "utilità sociale", prive di qualsiasi concreto significato perché "non esiste" una definizione scientifica dell'utilità sociale tanto che non era mancato chi, preoccupato di questo "niente", aveva immaginato di trovare il limite alla libertà assoluta della iniziativa privata tanto da proporre di cancellare le parole "in contrasto con l'utilità sociale" di cui al vigente art. 41, comma 2, Cost. perché "senza senso" e di sostituir-

berà della iniziativa economica pubblica".

(26) Sul punto vedi sempre Galgano, *op. cit.*, 40, che ha al riguardo rammentato come l'art. 41 sia stato, da un canto analizzato nell'ottica liberale e dall'altro canto, sia stato invece riguardato nell'ottica di un marxismo astratto ed astorico ovvero nell'ottica del marxismo praticato e teorizzato in altre realtà storiche e nazionali, ed anche letto in versione di socializzazione della proprietà dei mezzi di produzione e come la sola "strada maestra" per la costruzione del socialismo.

(27) Sulle ragioni fondanti delle critiche sulla formulazione dell'art. 41 Cost. vedi più ampiamente: L. Einaudi, *Questo titolo terzo* (breve saggio avente ad oggetto le norme economiche della Costituzione), nel libro *In lode del profitto e altri scritti*, a cura di A. Giordano, Torino, 2011, 131 ss., secondo il quale per negare alla suddetta norma qualsiasi efficacia basta rilevare: che l'utilità "sociale" non è quella dei "singoli" individui componenti una società; che essa non equivale alla somma aritmetica delle utilità degli individui componenti la società perché risulta da una combinazione chimica, spirituale dalla quale nasce qualcosa che non è misurabile; che se anche potessimo ammettere per un istante la ipotesi assurda che l'utilità del tutto sia uguale alla somma delle utilità degli individui, noi ci troveremmo dinanzi ad uno dei più celebrati *pons asinorum* della scienza economica, tanto vero che "gli inglesi l'hanno chiamato l'ostacolo del *no bridge* e con queste due parole si insegna nelle scuole di tutto il mondo". Ed analoghi concetti ha espresso lo stesso L. Einaudi nel suo intervento nell'Assemblea Costituente in Adunanza plenaria del 9 maggio 1947 (riportato anche esso in *In lode del profitto*, cit., 121-129), nel corso del quale, - opponendosi all'inserimento in Costituzione di clausole di rinvio alla necessità di una qualche forma di pianificazione - ebbe ad affermare che "la difficoltà intorno a cui si sono finora travagliate generazioni intere di studiosi è costituita da quello che in linguaggio abbreviato, si dice essere il ponte fra l'utilità di un individuo e l'utilità di ogni altro individuo"

le quindi con altre parole che a lui parevano più concrete (27).

5. La difficile lettura dell'art. 41 Cost. tra "libertà economica" dell'imprenditore e "utilità sociale"

Corollario di quanto sinora argomentato è che l'art. 41 Cost. presenta per l'interprete le medesime difficoltà delle clausole generali di cui agli artt. 2119 c.c. e 3, L. n. 604 del 1964, perché la norma costituzionale per la sua indeterminatezza non è idonea a definire i confini entro i quali può esercitarsi liberamente l'iniziativa economica privata e pubblica dell'imprenditore (28). Difficoltà queste riconducibili anche alla lettura data dal Giudice delle leggi del combinato disposto dei primi due commi del citato 41 Cost. Come è stato da più parti evidenziato risulta arduo infatti desumere dalle pronunce della Corte costituzionale una nozione di "utilità sociale" ben definita, non solo in ragione del risvolto "negativo" del controllo su di essa (sono censurate solo le scelte del legislatore che non corrispondono ad una "utilità sociale") ma anche per la varietà dei fini di volta in volta ritenuti idonei a configurare la predetta "utilità sociale" (29).

duo" perché mentre si può apprezzare l'utilità che il singolo individuo conferisce al fine che vuole conseguire "nessuno è mai riuscito 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" (122).

(28) A riprova della indecifrabilità della formula "utilità sociale" di cui al comma 41 Cost. è stato ricordato che sono stati fatti in dottrina vari tentativi per riempire di significato detta formula. Cfr. sul punto *amplius*: R. Niro, *op. cit.*, 854, che osserva al riguardo come nella nozione di "utilità sociale" si sia inteso ravvisarvi: l'esigenza di raggiungere i "massimi livelli occupazionali" secondo una lettura della norma proposta da Mortati, che congiungeva in maniera sistematica l'art. 41 con l'art. 4 Cost.; il "recupero" della nozione utilitaristica di Bentham secondo cui essa corrisponderebbe alla "maggiore quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini"; ed ancora un "principio valvola" che consente l'adattamento dell'ordinamento al mutare dei fatti sociali" o anche un "conceitto di valore" intriso di giustizia sociale, che partecipa dei caratteri dei valori costituzionali connotanti l'ordinamento e quindi è teso alla realizzazione di quel progetto di trasformazione della società italiana voluto dal comma secondo dell'art. 3 Cost.

Parla invece di "irriducibile poliedricità" riscontrabile nella "utilità sociale": A. Baldassare, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano, 1971, 603, secondo cui "il riferimento di tale concetto ai due campi applicativi, costituiti ora dai rapporti interni dell'unità produttiva ora dalla sua attività rivolta all'esterno, 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 od a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dall'interesse sociale".

(29) Sul punto cfr. più ampiamente R. Niro, *op. cit.*, 855,

Pertanto la tormentata vicenda del riconoscimento e della tutela della libertà economica nell'ordinamento costituzionale italiano ha nel tempo creato notevoli ostacoli interpretativi tanto che già negli anni ottanta del secolo scorso è stata prospettata l'opportunità, se non la necessità, di una revisione delle disposizioni costituzionali in materia economica e quindi anche dell'art. 41, ed è stata patrocinata una esplicitazione del principio secondo il quale l'iniziativa economica privata avrebbe dovuto essere "garantita come struttura imprescindibile di un sistema economico che vuole organizzarsi per servire principalmente le esigenze del mercato", al fine di contenere le massicce forme di intervento pubblico nell'economia o, più ancora, la "direzione pubblica dell'economia" (30).

Le considerazioni sinora svolte inducono a rilevare che la definizione dei confini entro i quali va riconosciuta e tutelata la libertà dell'iniziativa economica è stata sinora devoluta ai giudici nazionali senza però una preventiva presa di coscienza degli effetti vincolanti che nel nostro ordinamento scaturiscono dal diritto dell'UE. E ciò - anche per la mancata riforma delle normative costituzionali sui rapporti economici (Parte Prima, Titolo III) da più parti ritenuta necessaria - ha determinato ricadute negative in termini di certezza del diritto perché in un mondo globalizzato sono richiesti approdi normativi e giurisprudenziali affidabili a garanzia di un libero e proficuo esercizio delle attività economi-

che scrutinando le decisioni del giudice delle leggi ritiene però che al fondo delle stesse è possibile rintracciare una "logica comune" corrispondente al principio "secondo cui sono di utilità sociale quei beni che non solo sono ritenuti tali dal legislatore ma che godono anche e soprattutto di diretta protezione e garanzia in Costituzione, che coincidono cioè con altri interessi o diritti costituzionalmente tutelati, quali, ad esempio, la salute, l'ambiente, il diritto al lavoro, ecc., interessi e diritti la cui tutela imponga, nel bilanciamento con l'iniziativa economica privata, una limitazione di quest'ultima, propria alla stregua del comma 2 dell'art. 41".

(30) Sulla necessità di una riforma dell'art. 41 Cost. qualificata come una norma in uno "stato di quiescenza" stante il suo non definito ambito applicativo vedi più estesamente: R. Niro, *op. cit.*, 862-863, secondo la quale però la progressiva integrazione europea ha finito per rendere - in sede di interpretazione della normativa comunitaria - la suddetta norma da strumento di garanzia di una libertà, quella economica, a strumento di garanzia di un sistema economico oggettivamente inteso come di riconoscimento del mercato concorrenziale. Da qui l'effetto non solo di ridurre la portata delle indicazioni di cui al comma terzo dell'art. 41 Cost. ma anche di ridimensionare gli stessi richiami alla libertà, sicurezza e dignità di cui al comma secondo, che sembrano assumere ora una valenza assolutamente "emergenziale", a fronte della progressiva affermazione, coerente con il dettato comunitario, dell'esistenza di un limite alla libertà economica individuale, che immanente a quest'ultima è "costituito dalle esigenze di tutela dello stesso sistema economico di mercato in funzione del quale, la predetta

che e delle iniziative imprenditoriali pubbliche e private (31).

6. Licenziamenti per soppressione del posto di lavoro o per ristrutturazioni aziendali tra diritto interno e diritto dell'UE

È stato evidenziato come l'indefinibilità meramente ontologica, lungi dal costituire un fatto patologico, è un fenomeno non soltanto ricorrente nelle legislazioni di ogni tempo e di ogni luogo, ma addirittura necessario per la sopravvivenza e la vitalità del sistema giuridico, dal momento che denota la presenza dei cosiddetti "principi valvola", di meccanismi, cioè, attraverso i quali si istituiscono poteri volti ad adeguare l'ordinamento al continuo evolversi della vita politica e sociale. Sulla base di tale considerazione si è poi affermato, per quanto attiene alla declinazione della formula "utilità sociale", che detta disposizione appresta un criterio generico, la cui specifica determinazione normativa spetta innanzi tutto agli organi costituzionali - i cui poteri partecipano alla definizione dell'indirizzo politico - e poi ai soggetti privati, in quanto titolari di posizione di autonomia, ed ai giudici di "merito", che sindacano la liceità dei loro comportamenti e delle loro manifestazioni di volontà" (32). Ciò premesso, per meglio definire l'ambito di operatività del rapporto tra il primo ed il comma 2 dell'art. 41 Cost. è necessario tener conto che si è

libertà economica risulterebbe conformata".

(31) Si è ricordato in dottrina il pensiero di M. Weber secondo cui il capitalismo ha bisogno di "un diritto che si possa calcolare in modo simile ad una macchina", e si è poi aggiunto che *la perdita della calcolabilità* "impedisce al capitalista di far conto su ciò che verrà, ossia di considerare il futuro giuridico fra le ragioni delle proprie scelte" (in tali termini cfr. N. Irti, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 15-17, che segnala anche a livello generale "una scissione fra razionalità tecnico-economica e razionalità giuridica, nel senso che mentre l'una rimane calcolabile (o addirittura cresce in grado di calcolabilità), l'altra perde il dominio del futuro, e scade a irrazionale e imprevedibile sicché "il sapere tecnico-economico, che anche è, o aspira ad essere, un 'pre-vedere', si distingue così dal sapere giuridico, il quale non è più in grado di offrire il "prevedere", ossia il calcolo dei domani".

(32) In questi termini cfr. A. Baldassare, *op. cit.*, 606, secondo cui tutti i dubbi sollevati sull'applicabilità del principio della "utilità sociale" da parte dell'autorità giudiziaria nell'esercizio delle sue normali funzioni dovrebbero risolversi "se si ponesse mente non soltanto al rilievo che l'autonomia privata costituisce uno degli strumenti istituzionali rivolti alla scelta dei fini giuridici, ma soprattutto al fatto che la disposizione in discussione, limitatamente alla materia considerata (e cioè ai modi di svolgimento dell'iniziativa economica privata), non fa che conferire valore costituzionale al precezzo sancito nel capoverso dell'art. 1322 c.c., che costituisce il fondamento stesso dell'autonomia contrattuale".

ora in presenza di un ordinamento complesso in cui è necessario mettere a confronto disposizioni appartenenti a testi giuridici diversi, attraverso quella che è stata definita "interpretazione conforme" perché configura un procedimento ermeneutico (letterale o teleologico) attraverso il quale le norme del diritto interno si rendono conformi alle norme sovranazionali (33).

In questo assetto normativo al fine quindi di individuare i presupposti richiesti per la legittimità di un licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo i giudici si sono richiamati all'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella parte in cui si limita a proclamare il diritto del lavoratore ad una efficace tutela in caso del licenziamento ingiustificato, lasciando poi al legislatore comunitario ed a quello nazionale il compito di dare concretezza al contenuto ed agli scopi del principio enunciato. E sempre i giudici hanno poi evidenziato come la Carta sociale europea, ratificata con L. n. 39 del 1999, all'art. 24 stabilisca l'impegno delle parti contraenti a riconoscere il diritto dei lavoratori a non essere licenziati senza un valido motivo e tra essi pone quello "basato sulle necessità di funzionamento dell'impresa"; ed hanno da ultimo ricordato che nell'ordinamento europeo si rinviene una direttiva avente ad oggetto i licenziamenti collettivi e non invece i licenziamenti individuali (34).

(33) In tal modo l'interprete è chiamato a rendere attuativo tra gli Stati dell'Unione europea il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 4, par. 3, T.U.E., e ad operare nei meandri di un ordinamento complesso ed a più livelli, al fine di pervenire - attraverso una corretta utilizzazione dello spazio valutativo delle norme interne riconosciuto al giudice nazionale - alla formazione di quello che è stato denominato "diritto euro-unitario".

Sulle diverse tesi dottrinarie volte a definire la nozione di interpretazione conforme cfr. da ultimo, per un esame esaustivo: M. Luciani, *Interpretazione conforme*, voce *Enc. dir.*, Ann., IX, Milano, 2016, 391 ss.

(34) Cfr. da ultimo Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201 cit., per il richiamo a tale normativa al fine di confortare la tesi secondo la quale nelle ragioni che legittimano il licenziamento individuale per motivi economici rientrano anche quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad una incremento della redditività dell'impresa, e che determinano quindi un effettivo mutamento nell'assetto organizzativo con la soppressione di una individuata posizione lavorativa o nella esternalizzazione della attività a terzi o infine nella ripartizione delle mansioni svolte dal lavoratore licenziato tra più dipendenti già in forza dell'impresa, o da ultimo nella innovazione tecnologica che rende superfluo il suo apporto.

(35) Per le ragioni che giustificano la lettura data alle disposizioni sui rapporti economici dalla Corte costituzionale in sede di interpretazione conforme vedi *amplus*: R. Niro, *op. cit.*, 852 e 853, la quale precisa anche che per effetto del pieno riconoscimento della libertà economica di cui al comma primo del-

Nell'esaminare il disposto dell'art. 41 Cost. di fronte al diritto comunitario si è in dottrina anche detto che non vi è stato a livello normativo una esplicitazione del principio secondo il quale l'iniziativa economica avrebbe dovuto essere garantita come struttura imprescindibile di un sistema economico funzionale alle esigenze delle domande del mercato. La effettiva realizzazione di tale principio si è però ugualmente raggiunta attraverso la giurisprudenza comunitaria che ha portato ad un radicale cambiamento del modo di intendere la parte della Costituzione dedicata ai "rapporti economici", finendo in particolare per esaltare la libertà di iniziativa economica privata di cui al comma 1 dell'art. 41 "in chiave di norma di riconoscimento del mercato concorrenziale" (35). E che l'intervento legislativo nella materia in esame non debba essere tale da costituire un condizionamento delle scelte imprenditoriali - in modo così penetrante da determinare "la funzionalizzazione dell'attività economica" o da restringere in rigidi confini lo spazio operativo dell'attività imprenditoriale - è stato più volte oggetto delle decisioni della Corte costituzionale (36). E principi analoghi sono stati infine ribaditi, in materia di ostacoli alla concorrenza scaturenti dall'esercizio dell'autonomia collettiva, anche dalla Corte di Giustizia, che nei casi *Viking* e *Laval* (37) ha costruito l'attività di impresa principalmente come esercizio di libertà economica personale, che va conservata nella sua forma "pura", co-

l'art. 41 si tende ora a neutralizzare sino al punto di ritenerle "quiescenti" non solo le indicazioni di cui al terzo comma (inerenti alla possibilità di intervento pubblico di indirizzo e di coordinamento dell'iniziativa pubblica e privata in vista del perseguimento di "fini sociali") ma anche quelle di cui al comma secondo (inerenti ai limiti allo svolgimento dell'iniziativa economica).

(36) Cfr. in tali sensi Corte cost. n. 548 del 1990, in *Giur. cost.*, 1990, 3147, cui *adde* tra le altre Corte cost. n. 339 del 2001, *ivi*, 2001, 2900. In dottrina per la condivisione dei principi enunciati dal giudice delle leggi vedi: G. Morbidelli, *Iniziativa giuridica privata*, in *Enc. giur.*, vol. XXVIII, Roma, 1988, 4-5 e, più in generale, per un quadro ricostruttivo delle diverse opinioni sulla natura e portata dell'art. 41 Cost. anche per riferimenti ai progetti di riforma di detto articolo: F. Angelici, *Costituzione ed economia ai tempi della crisi*, e F. Zatti, *Riflessioni sull'art. 41 Cost.: la libertà di iniziativa economica privata tra progetti di riforma costituzionale, utilità sociale, principio di concorrenza e delegificazione*, in *Studi in onore di Claudio Rossano*, vol. IV, Napoli, 2013, rispettivamente 1829 ss. e 2235 ss.

(37) Le sentenze *Viking* (Corte di giustizia 11 dicembre 2007, n. C-438/05) e *Laval* (Corte di Giustizia 18 dicembre 2007, n. C- 341/05) sono state oggetto di numerosi commenti tra i quali vedi: U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Riv. dir. lav. rel. ind.*, 2008, 147 ss. e M. Pallini, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 3 ss.

me “potere di libertà”. A seguito delle indicate decisioni si è così coerentemente affermato che si è arrivati a comprimere in modo pre-costituito - e non sulla base di un esercizio attento del bilanciamento degli interessi in gioco - gli stessi diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche (38); e si è inoltre denunciata “la deriva liberistica” della Corte di Giustizia per avere ostacolato la possibilità di valorizzare i contenuti più pregnanti della direttiva n. 96/71 quale “effettivo schermo contro forme sleali di competizione (de-)regolativa apertamente basate sul *dumping sociale*” (39).

Nonostante le suddette critiche l’evoluzione nel corso del tempo della giurisprudenza costituzionale, in linea con quella della Corte di Giustizia, induce ad affermare che la libertà di iniziativa economica privata viene attualmente ad essere pienamente garantita dal comma primo dell’art. 41 Cost. perché, nel contrasto tra l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto e quello del datore di lavoro ad espellere unità lavorative la cui attività non risultano più funzionali alle esigenze dell’impresa, deve prevalere quest’ultimo interesse anche in ragione dell’incremento della produzione e con essa della occupazione.

In tale ottica si giustifica l’impossibilità di sindacare le scelte gestionali dell’imprenditore da parte del giudice. Questi infatti deve limitarsi ad accettare la concreta realizzazione e la consistenza di tali scelte non potendo invece valutare l’indispensabilità o la convenienza della ristrutturazione, della riconversione o delle modifiche dell’assetto organizzativo.

(38) Sul punto anche per una chiara sintesi delle diverse opinioni relative alla impresa come espressione della libertà economica privata cfr. di recente: M. Barbera, *L’idea di impresa. Un dialogo con la giovane dottrina giuslavoristica*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”*, IT- 293/2016, 8-9.

(39) Per un esame approfondito della norma costituzionale, con ampi riferimenti al diritto dell’UE, vedi di recente: M. Roccella - T. Treu, *Diritto del lavoro dell’Unione Europea*, Milano, 2016, 170- 176.

(40) In questi sensi cfr. F. Carinci, R. De Luca Tamajo, P. Tosi, T. Treu, Vol. 2, *Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2011, 327-331, che reputano necessarie, tra le condizioni di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l’effettività delle esigenze aziendali richiamate nella motivazione del licenziamento ed un preciso nesso di causalità tra tali esigenze ed il licenziamento, per cui sarebbe ingiustificato un licenziamento che secondo “le comuni regole tecniche di buona organizzazione” non appaia “conseguenza razionale ed indefettibile rispetto alla pure insindacabile scelta tecnica ed organizzativa, ovvero non sia legato a quest’ultima da uno stretto nesso di causalità (ad esempio: licenziamento di un lavoratore non interessato da un processo di riorganizzazione”).

In termini analoghi in precedenza: M. Persiani, *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in G. Mazzoni - L. Riva Sanseverino (diretto da), in *Nuovo tratt. dir. lav.*, Padova, 1971, II, 690, per il quale infatti il nesso di causalità deve intendersi quale legame di coerenza e di stretta conse-

zativo dell’azienda. In altri termini il giudice non può sindacare sul piano economico gli atti gestionali dell’imprenditore, essendo insito nel libero esercizio di ogni attività economica il rischio di impresa, anche se si è osservato che in sede giudiziale la condotta datoriale può essere verificata, alla stregua delle “comuni regole tecniche di buon funzionamento”, dovendo sempre emergere la coerenza del licenziamento rispetto alla modifica organizzativa realizzata (40).

Per concludere sul punto, se non si vuole continuare a leggere, come si è fatto per il passato, la Costituzione “con gli occhiali dell’ideologia” devesi ora - senza alcuna riserva mentale o opzione politica - riconoscere che l’art. 41 in esame va interpretato, alla luce della giurisprudenza europea, come norma volta a rafforzare la libertà di iniziativa economica dell’imprenditore, consentendogli il libero ed autonomo esercizio dei propri poteri per meglio fare fronte alla concorrenza in un mercato sempre più globalizzato e, nello stesso tempo, ponendolo al riparo da ogni invadenza dello Stato in ragione della riaffermazione del primato dell’economia di mercato (41).

E sempre sulla base dei principi valoriali espressi dall’art. 41 Cost. va ribadito la legittimità del licenziamento individuale per ragioni economiche in tutti quei casi in cui l’imprenditore esercita i suoi poteri di gestione e riorganizzazione dell’azienda procedendo ad esempio: alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore licenziato (42); al licenziamento per ragioni

quenzialità tra esigenza imprenditoriale e decisione di recedere dal contratto di lavoro da vagliarsi con il metro delle “regole tecniche di buon organizzazione”; e che in altro scritto (*Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, I, 21) rileva anche che la funzione dell’art. 3 della L. n. 604/1966, fonte normativa dell’atto di recesso - motivato da “ragioni inerenti all’attività produttiva, all’organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” - consiste nel riportare ad equilibrio l’asimmetria che caratterizza il contratto di lavoro “riempiendo di contenuto quella clausola generale dell’utilità sociale di cui al comma 2 dell’art. 41 Cost., che solo un intervento del legislatore poteva operare”. Per tali riferimenti dottrinari, per i numerosi richiami giurisprudenziali ed infine per condivisibili considerazioni sulla complessa tematica scrutinata, vedi di ultimo: V. Miraglia, *La Corte di Cassazione ritorna sull’obbligo di repechage*, in *Giur. it.*, 2016, 2198-2199.

(41) È stato ricordato sul piano storico da F. Galgano, *op. cit.*, 40 che l’art. 41 in esame, ritenuto nucleo normativo fondamentale del Titolo III, Parte I, Cost. - in quanto “nesso necessario di collegamento” fra le diverse disposizioni della “Costituzione economica” - lo si è già in passato analizzato nell’ottica, liberale, della antitesi autorità-libertà, privilegiando la proclamata libertà di iniziativa economica privata e leggendo la riserva di legge in chiave garantista, come baluardo a difesa di una libertà costituzionale del cittadino.

(42) Così Cass. 14 luglio 2005, n. 14815 cit., che ritiene necessario però che il licenziamento sia collegato ad effettive ra-

inerenti all'attività produttiva nel cui ambito rientra il riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione della azienda (43); ad un suddivisione delle diverse mansioni, in precedenza assegnate al lavoratore licenziato, tra il personale rimasto in servizio, al fine di una più economica ed efficiente gestione aziendale (44); al licenziamento c.d. tecnologico nel quale la soppressione del posto di lavoro deriva dalla scelta dell'imprenditore in base alla quale l'attività lavorativa è allocata diversamente a seguito di una complessiva riorganizzazione del sistema produttivo modellato sulla impresa-rete o su forme di delocalizzazione di sedi, reparti, o settori produttivi dell'azienda (45).

Alla luce delle considerazioni svolte va ulteriormente ribadito che le scelte gestionali dell'imprenditore - sia che riguardino l'attività produttiva o la riorganizzazione dell'azienda sia che afferiscano al regolare e proficuo svolgimento in essa dell'attività lavorativa, e sia ancora nella ipotesi che il licenziamento scaturisca o meno dalla soppressione del posto del lavoro - non sono assoggettate a limitazioni alcuna.

Il nesso di causalità - da intendersi come legame di coerenza e di stratta consequenzialità tra esigenze imprenditoriali e decisione di recedere dal contratto

gioni di carattere produttivo-organizzativo, che siano sussistenti all'epoca della comunicazione del licenziamento.

(43) Così Cass. 30 novembre 2010, n. 24235 cit. che precisa come il giudice non possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, atteso che tale scelta è espressione della libertà di iniziativa economica privata tutelata dall'art. 41 Cost.

(44) Cfr. al riguardo Cass. 28 settembre 2016, n. 19185, cit., che, con riferimento alla fattispecie esaminata, ha evidenziato come la suddivisione delle mansioni svolte dal solo lavoratore licenziato tra il personale dell'impresa faccia risultare in esubero la sua posizione lavorativa.

(45) In una fattispecie di delocalizzazione all'estero di una impresa e di correzione della sua attività produttiva Cass. 24 febbraio 2012, n. 2874 ha statuito che il nesso di causalità tra il recesso datoriale ed il riassetto organizzativo aziendale non è automatico potendo essere accertato e valutato come pretestuoso alla stregua delle specifiche circostanze e modalità della crisi aziendale.

Per un ragionato esame sui modelli di riorganizzazione delle imprese e sulle conseguenze che ne scaturiscono sulla libertà di iniziativa economica dell'imprenditore e sui limiti posti a detta libertà per quanto attiene alla materia dei licenziamenti cfr.: R. Del Punta, *Disciplina del licenziamento e modelli organizzativi delle imprese*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1998, 709, ed ora G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo* cit., 136-137, che nell'esaminare il nesso causale tra le ragioni adottate dall'imprenditore in sede di recesso ed il disposto licenziamento ritiene necessario, per escluderne la pretestuosità, procedere all'analisi della struttura e del riassetto della organizzazione del personale, precisando poi che è legittimo un licenziamento determinato da ragioni esclusivamente organizzative e non provocate necessariamente da motivi economici.

(46) In questi termini cfr. in nota 40: M. Persiani, *La tutela dell'interesse del lavoratore*, cit.

to - deve sempre essere comunque valutato alla stregua "delle regole tecniche di buona organizzazione" (46), e non fondato invece su "analisi economiche di mercato prive di qualsiasi affidabilità" o contrarie al "principio di ragionevolezza" (47).

7. Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed il *repechage* prima del Jobs Act

È stato più volte ribadito in giurisprudenza che il licenziamento per giusta causa debba essere considerato assistito da giustificato motivo nei casi in cui il lavoratore non possa essere utilizzato in mansioni diverse, anche se inferiori, rispetto a quelle in precedenza svolte. Si è così, attraverso i *dicta* dei giudici di legittimità, consolidato il principio del c.d. *repechage*, consistente nell'obbligo del datore di lavoro di utilizzare il lavoratore in mansioni alternative, se reperibili in azienda, ponendosi a fondamento di tale indirizzo l'assunto che il licenziamento va considerato quale *extrema ratio* oltre la quale non può spingersi il bilanciamento tra la libertà imprenditoriale e l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto (48).

(47) Casi questi in cui la mancanza di "ragionevolezza" può celare nell'imprenditore intenti persecutori e/o discriminatori nei riguardi del lavoratore. Sul significato dei termini "ragionevolezza" e "ragionevole" nella codicistica e nel diritto dell'UE cfr.: S. Patti, *op. cit.*, 20-22, per il quale, dato che il diritto non può non rispondere a criteri di ragionevolezza, l'attuale sua fortuna nei giuristi si giustifica per l'influenza del *common law* e per effetto della globalizzazione del diritto, perché è frequente l'utilizzazione dei suddetti termini nei progetti di codice civile europeo, che in misura crescente rappresentano modelli di regolamentazione per i legislatori nazionali, contribuendo ed alimentare il dibattito tra i civilisti europei.

(48) Per quanto riguarda l'orientamento giurisprudenziale volto a riconoscere nel datore di lavoro un vero e proprio obbligo, anche 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., SS.UU., 5 agosto 1998, n. 7755, (in *Giust. civ.*, 1998, I, 2451, con nota di G. Giacalone, *Sopravvenuta inidoneità del lavoratore e onere datoriale del repechage*, ed in *Mass. Giur. lav.*, 1998, 876, con nota di M. Papaleoni, *Inidoneità sopravvenuta e repechage*), che precisa anche come l'adibizione a mansioni inferiori non possa prescindere dalla utilizzabilità da parte dell'impresa della diversa attività lavorativa secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore; cui *adde* più di recente Cass. 18 aprile 2011, n. 8833 e, tra le ultime, Cass. 19 novembre 2015, n. 23698, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, 2016, II, 182, con nota di F.S. Giordano, *Sui limiti dell'obbligo di repechage*, secondo cui l'art. 2103 c.c. si interpreta alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente, e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la "ratio" di numerosi interventi normativi. Ne consegue che ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un apposito patto (o una richiesta)

Con riferimento al *repechage* - di creazione giurisprudenziale perché privo di base normativa - si assiste da tempo ad un acceso dibattito al fine di stabilire - allorquando il licenziamento sia stato intimato per giustificato motivo oggettivo - se ed a quali condizioni il datore di lavoro risulti obbligato al c.d. "ripescaggio" del lavoratore, e se sia altresì tenuto anche a provare la impossibilità di assegnarlo a mansioni alternative, anche inferiori, rispetto a quelle già svolte (49).

Ai fini di un ordinato *iter* motivazionale è opportuno qualche riferimento all'interpretazione data all'art. 2103 c.c. prima dell'entrata in vigore dell'art. 3 del D.Lgs n. 81/2015, perché ciò consente di meglio individuare la portata accentuatamente innovativa che detto decreto ha avuto sulle problematiche ora in esame (50).

Per lungo tempo si è interpretata la norma codicistica nel senso di impedire che le cognizioni, le esperienze ed il sapere acquisiti dal lavoratore nell'esercizio delle sue mansioni venissero disperse a danno della "acquisita professionalità" per effetto dell'assegnazione di nuovi e diversi compiti (51). La giurisprudenza però, privilegiando in ogni caso l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto ha ritenuto dovuta, attraverso il *repechage*, l'as-

del lavoratore in tal senso anteriore o contemporaneo al licenziamento, essendo onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpegno in mansioni, anche inferiori, compatibili con il suo bagaglio professionale.

(49) Non può sottacersi che la soluzione della problematica in esame risulti in qualche misura permeabile alle opzioni culturali, ideologiche o politiche dell'interprete in ragione della rilevanza dei contrapposti interessi che finiscono per essere coinvolti, tanto che si è al riguardo rilevato che non vi è stata in giurisprudenza ed in dottrina una risposta definitiva e soddisfacente perché condizionata da valutazioni di politica sociale (M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo*, in *Giur. it.*, 2016, 1666).

(50) Tra i già numerosi contributi sul D.Lgs n. 81/2015 cfr. G. Ianniruberto, *Ius variandi orizzontale e nuovo art. 2013 c.c.*, in *Mass. Giur. lav.*, 2016, 260 ss.; A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, *ivi*, 6 ss.; G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 465 ss.; C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino, 2015; F. Amendola, *La nuova disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81/2015*, in *Dir. Lav. mer.*, 2015, 478 ss.; M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1156 ss.; V. Nuzzo, *Il nuovo art 2013 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, 853 ss.

(51) Sul punto e con riferimento al periodo antecedente all'entrata in vigore dell'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2015 cfr.: F. Carinci - R. De Luca Tamajo - P. Tosi - T. Treu, *op. cit.*, 100, per l'assunto che l'art. 13 Stat. lav. è stato considerato una delle norme più criticate 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. Per analoghe

segnalazione al lavoratore di mansioni anche inferiori a condizione che vi fosse una certa omogeneità tra dette mansioni e quelle precedenti. E la stessa giurisprudenza ha altresì finito nel tempo per riconoscere la validità del patto di demansionamento, previo comunque il consenso non viziato del lavoratore e la presenza di condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in assenza di un accordo tra le parti (52).

Con riferimento poi all'ambito applicativo dell'obbligo del "repechage" è stato affermato che il possibile ricollocamento del lavoratore non deve essere limitato all'unità produttiva alla quale questi è addetto, ma deve invece essere esteso all'intero complesso aziendale (53), anche se nello stesso tempo si è precisato che tale estensione non può invece avvenire nel caso di un gruppo o di un mero collegamento di imprese, tranne che si sia in presenza di "un centro unico di imputazione dei rapporti giuridici" (54).

Sul versante processuale, infine, con riferimento all'obbligo del *repechage* ed al connesso onere probatorio la dottrina e la giurisprudenza, nel periodo antecedente al D.Lgs. n. 81 del 2015 - sul presupposto che il licenziamento per ragioni economiche costituisce un rimedio necessario per rispondere ad

considerazioni: M. Roccella, *Manuale di diritto del lavoro*, a cura di D. Gottardi - F. Guariniello, Torino, 2013, 311, secondo cui la tutela della professionalità ha costituito la finalità essenziale dell'art. 2103 c.c., quella cioè di consentire lo spostamento del lavoratore a mansioni equivalenti (c.d. mobilità orizzontale) oppure a mansioni superiori (c.d. mobilità verticale).

In giurisprudenza per l'indirizzo maggioritario che ha reputato l'equivalenza delle mansioni un principio volto essenzialmente a garantire il lavoratore, quale parte più debole del rapporto, da qualsiasi depauperamento del suo patrimonio professionale vedi: Cass. 3 febbraio 2015, n. 1916; Cass. 4 marzo 2014, n. 4989; Cass. 24 giugno 2013, n. 15769, in *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 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 di mansioni, precludendo la disciplina legale solo una indiscriminata fungibilità suscettibile di incidere negativamente su tale professionalità.

(52) In tali termini: Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, in *Not. giur. lav.*, 2005, 189, e più di recente Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, in *Giur. it.*, 2015, 2083, con nota di D. De Feo, *Mansioni e limiti di derogabilità del principio di equivalenza*.

(53) Cfr. tra le molte: Cass. 10 maggio 2003, n. 7169, in *Mass. Giur. lav.*, 2004, 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 da ultimo Cass. 14 dicembre 2016, n. 25737.

(54) Cfr. tra le altre: Cass. 21 settembre 2010, n. 19931, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, II, 717, con nota di S. Brun, *Sulla (ir)rilevanza del collegamento societario nel giudizio in ordine alla legittimità degli atti di gestione del rapporto di lavoro*, ed in precedenza: Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, *ivi*, 2003, II, 819, con nota di A. V. Poso, *Brevi osservazioni sull'obbligo di repechage nell'ambito del gruppo di società in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo*.

esigenze dell'impresa non altrimenti risolvibili - hanno ritenuto che, costituendo detto licenziamento una *extrema ratio*, è a carico del datore di lavoro la prova della impossibilità di adibire a mansioni differenti dalle precedenti il lavoratore, ma quest'ultimo è comunque tenuto in ogni caso a fornire "elementi utili" ad individuare in concreto le posizioni lavorative equivalenti ed idonee ad essere utilmente occupate ovvero ad indicare almeno il reparto o il settore nel quale intende operare (55).

8.... e dopo il Jobs Act

Il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. rompe un argine che, a livello normativo generale, resisteva a difesa della professionalità e dignità del lavoratore, a partire dalla formula originaria del codice civile, perché la recente novella dell'art. 3 del D.Lgs n. 81/2015 ammette ora esplicitamente sia pure in presenza di alcuni presupposti, una modifica peggiorativa delle mansioni assegnate al lavoratore, con possibile perdita o depauperamento della sua professionalità (56). Si è stabilito infatti che non è più richiesta una rigorosa equivalenza professionale tra le nuove mansioni e quelle già svolte, rimarcandosi anche come l'intento di evitare il licenziamento abbia ispirato il recente legislatore ad attenuare notevolmente l'inderogabilità del principio alla conservazione della professionalità del lavoratore (57).

Il carattere spiccatamente innovativo dalla suddetta normativa ha assunto inoltre rilievo anche sul

(55) Per una attenta e ragionata ricostruzione degli indirizzi volti al consolidamento di approdi affidabili e resistenti nel tempo cfr.: V. Miraglia, *La Corte di cassazione* cit., 2201, cui si rinvia anche per i necessari riferimenti dottrinari e giurisprudenziali su una problematica - quella della prova del rispetto dell'obbligo di ricollocamento - rivelatasi, come correttamente è stato osservato, "quanto mai spinosa".

Ritiene che la tesi risultata prevalente in dottrina ed in giurisprudenza è "espressione di un ragionevole compromesso": M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo* cit., 1166-1167, il quale rileva al riguardo che la soluzione proposta "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 minoritario secondo il quale l'onere di dimostrare la mancanza di occupazioni alternative graverebbe per intero sul datore di lavoro cfr. da ultimo: Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 e Cass. 22 marzo 2016, n. 5592. (ambedue pubblicate anche in *Riv. giur. dir. lav. prev. soc.*, 2016, II, 302 ss., con nota adesiva di L. Monterossi, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e *repechage*: nessun onere di allegazione*) le quali hanno statuito che sul datore di lavoro grava l'onere di provare tutti gli elementi integrativi del giustificato motivo oggettivo e, quindi, anche l'impossibilità del *repechage* per cui al lavoratore non spetta l'onere sostitutivo di allegare le diverse posizioni lavorative nelle quali può essere utilmente utilizzato.

piano processuale perché viene ora privata di qualsiasi fondamento la tesi, in precedenza minoritaria, che addossa interamente sul solo datore di lavoro l'onere di provare l'impossibilità di una differente utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle precedentemente svolte.

Va evidenziato come non si possa dubitare che, a seguito della legge Fornero e del Jobs Act, si è inteso rendere più flessibile il rapporto di lavoro sia per quanto attiene al mutamento delle mansioni, - potendo ora il lavoratore essere adibito a mansioni anche inferiori purché rientranti nella medesima categoria legale - sia anche con riguardo al recesso datoriale a seguito delle numerose modifiche apportate all'originario testo dell'art. 18 dello statuto dei lavoratori.

Nello stesso tempo neanche può negarsi, alla stregua di evidenti ragioni di coerenza logico-ordinamentale, che la riconosciuta maggiore flessibilità è la risultante di una lettura dell'art. 41 Cost. conforme a quella che ne ha dato l'Unione europea al fine di rafforzare, come si è visto, in un mercato concorrenziale la libera iniziativa economica, con l'effetto che tra i due contrapposti interessi, quello dell'imprenditore ad una libera e responsabile gestione dell'azienda - anche in sede di modifiche dei suoi assetti organizzativi - e quello del lavoratore alla continuità ed alla stabilità del posto di lavoro, va privilegiato il primo interesse sul secondo (58).

Corollario di quanto sinora detto è, dunque, che l'approccio dell'interprete con le problematiche in

(56) Al riguardo per quanto attiene alla comparazione tra interessi configgenti cfr. tra gli altri di recente: C. Cester, *La modifica in *peius* delle mansioni nel nuovo art. 2013 c.c.*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2016, I, 167 ss., che ricorda anche come spazi non trascurabili per una legittima modifica peggiorativa delle mansioni si erano aperti già da tempo sia a *livello normativo speciale* (con i ben noti casi: della lavoratrice madre a salvaguardia della sua salute ; del lavoratore divenuto inidoneo e tuttavia ancora recuperabile; dell'accordo collettivo in sede di procedura di mobilità al fine di evitare il licenziamento ; ed infine pure con le controverse aperture dell'art. 8 del d. lgs. n. 138 del 2011 sulla contrattazione, anche derogatoria, di prossimità) e sia a *livello giurisprudenziale* in virtù di un orientamento costante della Corte di Cassazione che (scavalcando la inderogabilità della norma sulle mansioni e riarticolandone la tutela 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 quasi si trattasse di un principio generale.

(57) In questi precisi termini : M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo*, cit., 1167.

(58) Sugli effetti dell'art. 3 del D.Lgs. n. 81 del 2015 cfr.: G. Santoro Passarelli, *Il licenziamento per giustificato motivo*, cit., 138-139, che dopo avere evidenziato come la maggioranza degli interpreti ritenga che l'obbligo del *repechage*, di formazione giurisprudenziale, è ritenuto il più rilevante ostacolo al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, aggiunge però che "la nuova disciplina stabilendo come unica sanzione il risarcimento del danno per l'illegittimità del licenziamento per giusti-

esame deve essere rispettoso del contenuto valoriale dell'art. 41 Cost., e deve quindi indurre ad attualizzare i dettami di una economia che, improntata ai valori del liberismo (59), ponga l'imprenditore nell'esercizio della sua attività al riparo da rigidità normative, da un diritto "incerto" perché "non calcolabile", ed ancora da risposte giudiziarie tardive e/o influenzate da pregiudizi nonché da opzioni culturali o scelte politiche radicate.

Condizioni queste ultime che, in mercati sempre più aperti e caratterizzati da una accentuata volatilità dei capitali, hanno ricadute pregiudizievoli sul versante socio-economico sia in termini di produttività delle imprese che di investimenti, con diretti e pronti effetti pure sul piano occupazionale (60).

9. Esiste ancora l'obbligo del *repechage*?

In linea con quanto sinora detto è doveroso condividere l'assunto di chi, sulla base del carattere fortemente innovativo della novella sulle mansioni, nega nella sua stessa configurabilità l'obbligo di *repechage*.

ficato motivo oggettivo, tra i due interessi contrapposti, quello dell'imprenditore alla temporaneità del vincolo contrattuale e quello del lavoratore alla continuità e alla stabilità del posto di lavoro, privilegia il primo rispetto al secondo, come ai tempi della legge n. 604 del 1966".

(59) Per l'affermazione che per liberismo si intende essenzialmente la libertà economica, ossia la libertà del mercato, della concorrenza fra industrie, aziende, semplici lavoratori in qualsiasi condizioni storica, geografica, sociale, e per le ulteriori precisazioni che il liberismo lotta anche contro l'invadenza della iniziativa statale nel libero mercato e che può essere ricondotto al nome del grande economista e grande studioso Hayek, vedi R. Paolozzi, *Liberismo e liberalismo*, in <http://www.ernestopaolozzi.it/764/Liberismo-e-liberalismo>, 1 ss., secondo cui mentre per il liberismo senza la libertà economica non può sussistere la libertà politica, per il liberalismo invece è ipotizzabile una società liberale di tipo diverso.

Per un confronto rilevatore del disaccordo sul rapporto tra liberismo e liberalismo tra B. Croce - per il quale non è possibile legare meccanicamente, come fa il liberismo tutte le libertà, etiche, politiche, culturali alla pura libertà economica - e L. Einaudi, cfr. il saggio di quest'ultimo, *Dei diversi significati del concetto di liberismo economico e dei suoi rapporti con quello di liberalismo*, in *La Riforma sociale*, XXXVIII, Vol. XLII, 1931, nn. 3-4, 186-194 (ora ripubblicato in L. Einaudi, *In lode del profitto e altri scritti*, a cura di A. Giordano, Torino, 2011, 59-68), il quale ribadisce la tesi che il liberalismo ed il liberismo non possono che essere considerati due aspetti della stessa costruzione teorica perché "la scienza economica è un'astrazione pura, e non può non essere una astrazione pura" sicché "di fronte ai problemi concreti l'economista non può essere mai né liberista, né interventista, né socialista ad ogni costo; ma a volta a volta osteggià i dazi doganali protettivi, perché reputa che l'attività economica sia massima quando sia aperta senza limiti la via alla concorrenza della merce estera; è favorevole alle leggi limitatrici del lavoro delle donne e dei fanciulli, alla proibizione del lavoro notturno, al risarcimento degli infortuni su lavoro, alle pensioni di vecchiaia, perché considera tali freni e presidi legislativi mezzi efficaci a far crescere la produttività operaia; è contrario alla socializzazione universale, perché prevede che essa attenuerebbe l'interesse a produrre ma vuole che lo Stato

pechage o, quanto meno, ne riduce la portata sul versante processuale, prendendo le distanze da quella giurisprudenza che ha posto a totale carico dell'imprenditore la prova della impossibilità di una utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quelle in precedenza svolte, stante la infondatezza delle ragioni poste a fondamento di una, fortemente minoritaria, giurisprudenza (61).

Ed invero una interpretazione basata, oltre che sulla lettera, anche sulla *ratio* dell'art. 3 del D.Lgs n. 81/2015 porta ad affermare la insussistenza dell'obbligo di *repechage* nel caso disciplinato nel primo comma del suddetto articolo, in cui il licenziamento consegue ad una riduzione di personale, e cioè alla soppressione del posto di lavoro nell'ambito di posizioni omogenee. In detta eventualità non è possibile infatti chiedere la prova dell'impossibilità del *repechage* atteso che altri posti di lavoro, in cui il dipendente potrebbe essere collocato, esistono essendovi in azienda dei colleghi del prescelto che continuano a lavorare (62).

consideri le ferrovie come industria pubblica, reputando dannoso alla collettività il monopolio privato dei mezzi di trasporto" (*op. ult. cit.*, 61-63).

(60) Per l'affermazione che calcolare il futuro giuridico è "contare su ciò che verrà", ossia sulle leggi che saranno emanate e sulle sentenze che saranno pronunciate cfr.: N. Irti, *Un diritto incalcolabile* cit., 5, cui *adde*: *Capitalismo e calcolabilità giuridica* nella raccolta di saggi dello stesso Autore (*in op. ult. cit.*, 47), per l'assunto che "di fronte al diritto incalcolabile, il capitalismo (nazionale o planetario, competitivo o monopolistico) si trova in una alternativa: o di sfruttare le buie incognite del futuro, piegandosi a forme di pirateria finanziaria e di brutale affarismo; o invece di fuggirne, e di darsi, in qualche misura, un proprio diritto".

(61) Cfr. per la tesi volta a ridurre, dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 del D.Lgs. n. 81 del 2015, gli spazi di operatività dell'obbligo di *repechage* a carico dell'imprenditore anche sul versante probatorio cfr.: C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento* cit., 145-154; V. Marsiglia, *La Corte di cassazione* cit., 2199-2201; M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, cit., 1168-1169.

Per R. Del Punta, *Diritto del lavoro* cit., 639, sarebbe diabolica la prova da parte del datore di lavoro sulla inutilizzabilità del dipendente licenziato in altre mansioni di livello inferiore ove dovesse avere ad oggetto un fatto negativo, motivo per il quale la giurisprudenza ha ammesso che essa possa essere fornita tramite la dimostrazione di fatti positivi, come quello di non avere effettuato, in concomitanza con il licenziamento o poco dopo (di massima entro il semestre successivo), una nuova assunzione nelle mansioni astrattamente assegnabili al lavoratore licenziato.

(62) In tali esatti termini cfr.: D. Bracci, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in AA.VV., *Il licenziamento dalla legge Fornero al Jobs Act* (a cura di L. Di Paola), Milano, 2016, 221, il quale ritiene invece che la regola del *repechage* deve trovare sicura applicazione nei casi di licenziamento per soppressione nel posto di lavoro perché una volta verificata tale soppressione non resta altro che accertare se il lavoratore può essere utilmente ricollocato in azienda. Per una diversa soluzione vedi sempre : C. Pisani, *La nuova disciplina* cit. 149-150, secondo il quale per il combinato disposto dei commi primo e

Ma anche in relazione all'*ius variandi in peius* deve negarsi che sull'imprenditore possa interamente addossarsi il suddetto l'obbligo sul presupposto che debba tentarsi tutto il possibile per evitare il licenziamento come estrema *ratio* per impedire la cessazione del rapporto lavorativo. L'imprenditore non sembra a ciò tenuto a fronte della lettera dei secondo comma del art. 3, D.Lgs. n. 81/2015 che, con l'usare il "può" invece del "deve", comprova che, nell'assegnare al dipendente mansioni inferiori, il datore di lavoro esercita un potere discrezionale, il che si evince anche dalla disposizione del terzo comma, laddove prescrive che il mutamento di mansioni è accompagnato "ove necessario" dall'assolvimento dell'obbligo formativo, da considerarsi un onere funzionale all'esercizio del suddetto potere (63). Ne consegue che il mancato adempimento di detto onere, per non comportare la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni

terzo dell'art. 3, D.Lgs. n. 81/2015 continua a rimanere valido il principio per cui nella disciplina del rapporto di lavoro "ordinario" non è rintracciabile un obbligo generale del datore di lavoro di formazione del proprio dipendente perché "obblighi di questo tipo sono previsti soltanto nei rapporti con finalità formative o di reinserimento, la cui causa di scambio tra prestazione e retribuzione si arricchisce appunto con l'obbligo formativo, anche esterno, gravante sul datore di lavoro, configurandosi così contratti a causa mista, quale è, ad esempio, l'apprendistato". In giurisprudenza, sempre per quanto attiene al licenziamento per giustificato motivo oggettivo consistente nella soppressione di un posto di lavoro in presenza di più posizioni fungibili in quanto occupate da lavoratori con professionalità sostanzialmente omogenee, cfr. tra le altre: in motivazione Cass. 7 dicembre 2016, n. 25192 secondo cui non è utilizzabile il criterio della impossibilità di *repechage*, dovendo il datore di lavoro improntare l'individuazione del soggetto da licenziare a criteri di correttezza e buona fede, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ovvero ad altri criteri purché non arbitrari, ma improntati a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati, cui *adde*, successivamente, sempre in motivazione: Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467 per la puntualizzazione che nella ipotesi di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo la sua legittimità è condizionata alla sola verifica della effettività della esigenza dell'impresa di una riduzione del personale e del rapporto causale tra tale esigenza ed il licenziamento concretamente operato, dal momento che una questione di comparazione tra lavoratori si pone unicamente nei casi in cui la esigenza di riorganizzazione aziendale sia potenzialmente riferibile ad una pluralità di posizioni di lavoro.

(63) Cfr. per la tesi che porta ad escludere l'obbligo del *repechage* sulla base della chiara lettera del comma secondo dell'art. 3 del D.Lgs. n. 81/2015, cfr. C. Pisani, *La nuova disciplina* cit., 151, che configura anche come un onere l'assolvimento dell'obbligo formativo.

(64) Così U. Gargiulo, *Lo ius variandi ed il nuovo 2103 cod. civ.*, in *WP CISDLE "Massimo D'Antona".it*, n. 268/2015 secondo cui "un obbligo che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo".

(65) Per una severa critica delle sentenze che anche dopo la riforma dell'art. 2103 c.c. hanno ritenuto di estendere il *repechage* anche nei casi di mobilità in *peius*, cfr.: C. Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 132, che nel dichiarare di non potere condividere il suddetto orientamento rimarca con forza che quan-

ridimensiona di fatto l'efficacia precettiva della disposizione sino quasi ad annullarla (64). E che il "repechage" o il "ripescaggio" del lavoratore non possa allo stato trovare più applicazione trova ulteriore ragione fondante nella considerazione che - mentre alla formazione in sede giurisprudenziale di tale istituto si era potuto giungere in epoca antecedente alla legge Fornero, in cui il licenziamento per mancanza di giustificato motivo oggettivo, veniva penalizzato con la reintegrazione nel posto di lavoro - il Jobs Act delega ora la tutela reale del lavoratore a casi marginali, prevedendo invece la sanzione risarcitoria come sanzione unica per la tipologia del licenziamento in esame (65).

Il tentativo di "fare risorgere" il *repechage* per via giudiziaria - specialmente se correlato all'onere a carico del solo imprenditore di fornire la prova della inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni diverse (66)-renderebbe inoltre diabolica (o

do si tenta di ampliare l'ambito entro il quale deve operare il "ripescaggio" del lavoratore nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo "sarebbe buon metodo non dimenticare che già l'idea stessa di *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* per cui cumulare creazioni a creazioni, se evoca l'idea biblica della onnipotenza divina, mal si attaglia al nostro mondo di miseri mortali, a cui appartengono perfino i giudici.

Sulla giurisprudenza "creativa" nella materia giuslavoristica e sulla sovrapposizione del potere giudiziario su quello legislativo cfr. *amplius*: G. Vidiri, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.*, 2011, I, 1205 ss., e più di recente *Id.*, II c.d. "rito Fornero": *incertezza del diritto e giusto processo*, *ivi*, 2016, 1149 ss., che evidenzia come il pericolo di una "giurisprudenza anarchica" e di "sentenze creative e/o a sorpresa", con conseguente perdita della credibilità dell'intero sistema giustizia, sia "un effetto in buona misura addebitabile a leggi difficilmente decifrabili, che non di rado offrono l'occasione per disattendere, attraverso una soggettiva e libera interpretazione del dato normativo, la volontà del legislatore" (*op. ult. cit.*, 1159 - 1160).

(66) Per quanto attiene all'onere probatorio sull'impossibilità di una utilizzazione in mansioni diverse del lavoratore licenziato, la giurisprudenza di legittimità ha ribadito ripetutamente che chi impugna il licenziamento è tenuto a collaborare nell'accertamento di un possibile *repechage* mediante l'allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro nei quali potrebbe essere ricollocato, conseguendo a tale allegazione il successivo onere del datore di lavoro di provare la non utilizzabilità del dipendente nei posti indicati (in questi termini *ex plurimis*: Cass. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. 10 maggio 2016, n. 9467 cit.; Cass. 14 gennaio 2016, n. 496, inedita; Cass. 26 marzo 2015, n. 19923; Cass. 3 marzo 2014, n. 4920, Cass. 8 novembre 2013, n. 25197 e Cass. 19 ottobre 2012, n. 18025, tutte inedite per quanto consta; ed ancora: Cass. 12 luglio 2012, n. 11775, in *Not. giur. lav.*, 2012, 641 e Cass. 26 aprile 2012, n. 6501, in *Or. giur. lav.*, 2012, I, 362, ed in *Riv. crit. dir. lav.*, 2012, 553, con nota di M. L. Serrano, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per sopravvenuta inidoneità fisica*).

In dottrina escludono che la prova della impossibilità di una diversa collocazione possa essere addossata interamente sul

meglio impossibile) detta prova per avere ad oggetto un fatto negativo e finirebbe per di più sul piano sostanziale per violare il disposto dell'art. 41 Cost. Per tale via si determinerebbe una eccessiva rigidità nel rapporto di lavoro con conseguente ingiustificata limitazione della libertà di iniziativa economica dell'imprenditore anche perché si concederebbe un ampio spazio ad un soggettivismo giurisprudenziale, facendo così sorgere consistenti dubbi sul versante costituzionale. Si finirebbe infatti con il devolvere in ultima analisi al giudice - senza la preventiva prescrizione di adeguati parametri valutativi, - il compito di stabilire fino a che punto possa addossarsi sul datore di lavoro, in alternativa al licenziamento, il costo economico della necessaria formazione, da aggiungersi a quello derivante dal diritto del lavoratore "alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento" (67).

10. Considerazioni (minime) sul diritto a formazione giurisprudenziale

Chi oggi si approccia con il diritto del lavoro, dopo averne seguito nel tempo il suo evolvere, non

datore di lavoro tanto da essere tenuto anche alla allegazione delle diverse mansioni cui potrebbe essere adibito il dipendente licenziato, cfr. tra i tanti: M. Tatarelli, *Il licenziamento individuale*, cit., 201, il quale osserva che sebbene l'onere gravi integralmente sul datore di lavoro, detto onere deve però essere contenuto entro i limiti della ragionevolezza tenendo conto dei concreti aspetti della vicenda e delle deduzioni del lavoratore sicché è necessario in particolare che questi alleghi l'esistenza di una alternativa possibilità di lavoro, trattandosi della condizione che attiva l'onere datoriale di dimostrare l'utilità di una diversa utilizzazione. Per una ragionevole attenuazione dell'onere della prova a carico del datore di lavoro cfr. anche: S. Varva, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Torino, 2015, 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, è comunque "ragionevole imporre al lavoratore che impugni il licenziamento di circostanziare la richiesta di essere reinserito, così da scongiurare il pericolo che il ricorso sia fondato su una rivendicazione del tutto generica ed indeterminata".

Contro tale indirizzo cfr.: Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 e Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 (ambedue in *Riv. giur. lav. e prev. soc.*, 2016, II, 302, con nota adesiva di L. Monterossi, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo* cit.) le cui ragioni - consistenti nell'addossare sull'imprenditore non solo l'onere di allegare tutte le nuove mansioni (anche quelle di livello inferiore) cui potrebbe essere adibito il lavoratore da ricollocare ma anche di dimostrare l'inutilità delle stesse - non possono essere condivise per il motivo, di per sé assorbente, che esse disattendono il "princípio di ragionevolezza" per essere il datore di lavoro tenuto ad una prova sicuramente diabolica (cioè impossibile), perché la questione riguardante la ricollocazione del lavoratore ha allo stato "raggiunto ormai una latitudine sicuramente molto ampia, ma dai limiti piuttosto incerti, in quanto si estende ad ogni possibilità di reimpiego del lavoratore, il cui posto è stato soppresso, in altre mansioni equivalenti

può che constatare con rammarico come vi sia stato un suo costante e graduale deterioramento accentuatosi soprattutto negli ultimi anni a seguito della legge Fornero e dei numerosi interventi normativi del Jobs Act, tradottisi sovente in scelte compromissorie al ribasso, volte unicamente all'acquisizione immediata di maggior consenso, e che hanno portato alla stesura di leggi articolatesi in disposizioni lacunose e poco chiare a causa di una tecnica approssimativa e priva di qualsiasi progettualità.

Per di più deve prendersi realisticamente atto che la recente regolamentazione delle mansioni avente ad oggetto "la flessibilità nella gestione del rapporto lavorativo" si inserisce tra la nuova regolamentazione sulla "flessibilità in entrata" e quella sulla "flessibilità in uscita", ridisegnando così un "nuovo diritto del lavoro" che porta ad un graduale smantellamento delle tutele delle organizzazioni sindacali e degli stessi lavoratori e ad una progressiva "spersonalizzazione" del loro rapporto, con un conseguenziale avvicinamento dei contratti di lavoro ai comuni contratti di scambio a contenuto patrimoniale (68).

o inferiori o con prestazioni ad orario ridotto o in altre unità produttive della stessa azienda (anche all'estero) o, infine, in altre società dello stesso gruppo (così A. Maresca, *Il licenziamento ingiustificato tra reintegrazione e indennità risarcitoria onnicomprensiva*, in L. Fiorillo - A. Perulli (diretto da), *Il nuovo diritto del lavoro. La riforma del mercato del lavoro*, Torino, 2014, 180).

(67) In dottrina parlano di inesistenza di un obbligo legale di *repechage* perché detto obbligo è opera creativa della sola giurisprudenza cfr. tra i molti: M. Persiani - G. Proia, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003, 164-165; G. Santoro Passarelli, *Diritto del lavoro*, Torino, 2013, 370 e più di recente: M. Persiani, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo* cit., 1168, secondo il quale l'obbligo del *repechage* non si colloca tra le condizioni richieste per la legittimità del licenziamento perché opera in un momento "logicamente e cronologicamente" successivo, trattandosi di un elemento che non incide "sul diritto a licenziare", ma ne impedisce l'esercizio; V. Miraglia, *La Corte di cassazione*, cit., 2203 e nt. 35, secondo la quale "la nuova formulazione del comma secondo dell'art. 2103 c.c. sembrerebbe individuare una facoltà del datore di lavoro e non un obbligo in tal senso"; C. Pisani, *La nuova disciplina* cit., 152-153, che - dopo avere premesso che la giurisprudenza tende a dare per acquisito aprioristicamente che il *repechage* costituisce un presupposto per la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ignorando così le critiche mosse sul punto da una parte della dottrina - denuncia poi che la stessa giurisprudenza amplia addirittura l'estensione di tale presupposto, senza accorgersi che in questo modo finisce con l'imporre al datore di lavoro l'obbligo di offrire al lavoratore la modifica del contratto. Soluzione questa a cui non sono riuscite a dare una base teorica neppure le costruzioni che configurano il licenziamento come *extrema ratio* per essersi sempre mante- nute all'interno della logica del contratto.

(68) Sul punto cfr. più ampiamente: G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, II, 479 ss.

Come evidenziato in dottrina la tutela dell'uomo che lavora all'interno della organizzazione produttiva deve concretizzarsi nella disciplina legislativa che, nella comparazione di tutti gli interessi coinvolti nella produzione secondo i principi espressi dall'art. 41 Cost., ne definisca un ragionevole ed equilibrato bilanciamento prevedendo limiti ai poteri dell'impresa (69).

Ed è alla giurisprudenza affidato - attraverso l'interpretazione sia del disposto dell'art. 3 della L. n. 604/1966 (con riferimento alla individuazione della fattispecie del licenziamento per motivi economici) sia del nuovo art. 2103 c.c. (in riferimento alla mobilità orizzontale e verticale del lavoratore) - il difficile compito di fissare, in applicazione dei principi costituzionali, degli *standards* valutativi per un giusto equilibrio tra interesse dell'imprenditore ad un libero esercizio della sua attività economica e quello del dipendente alla conservazione del posto di lavoro. Problematica questa non certo di agevole soluzione perché nella materia giuslavo-

ristica vi è sovente una assenza di approdi giurisprudenziali affidabili e resistenti nel tempo, anche a causa - è bene ribadirlo ancora una volta - di normative dal contenuto non chiaro, lacunose e dal linguaggio disinvolto (70).

Tutto ciò non rende di certo azzardata la previsione che - come sempre avviene allorquando la politica mostri le proprie debolezze - i poteri valutativi e di controllo della magistratura siano destinati ad accrescere con inappropriate invasioni di campo e con il conseguente pericolo che - specialmente in aree ordinamentali socialmente sensibili - l'interpretazione di normative dal contenuto indecifrabile possa sfociare in un diritto a formazione giurisprudenziale condizionato, in qualche misura, da rigide e radicate opzioni culturali che, trovando seguito in settori autoreferenziali sia della magistratura che della scienza giuridica, vengano poi reclamizzate con invasivi e condizionanti circuiti *mass-mediatici* (71).

(69) Osserva S. Bini, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime considerazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, I, 1256, che a venire in rilievo nell'esame del nuovo testo dell'art. 2013 c.c. è tutta la dimensione assiologico-valoriale sottesa alla disciplina lavoristica.

(70) Afferma N. Irti, *I "cancelli delle parole"*, in *Lezioni Magistrali*, collana diretta da L. d'Alessandro - A. Sandulli, Napoli, 2015, 37-38, che "Non c'è linguaggio 'democratico' della legge, ma soltanto un linguaggio preciso o impreciso, forte nella nettezza dei contenuti o debole nei vagheggiamenti dei propositi" sicché "un sicuro disegno politico si esprime in pacata linearità del linguaggio" mentre "incerte e fragili volontà si nascondono dietro enfasi di parole". Quanto detto dall'illustre giurista porta ad evidenziare in questa sede che il linguaggio del *Jobs Act* risulta oltre che "enfatico" anche "irridente" quando definisce la nuova tipologia negoziale, introdotta con il D.Lgs. n. 23 del 2015, contratto di lavoro a tempo indeterminato a "tutele crescenti" per nascondere, con uno studiato gioco di parole, la ben diversa realtà di un sostanziale ridimensionamento del precedente apparato normativo posto a garanzia del lavoratore, potendo ora il datore di lavoro in ogni momento risolvere il contratto sulla base della semplice sussistenza di un qualsiasi fatto dannoso. Linguaggio che inoltre appare volutamente "criptico" ovvero semplicemente "disinvolto" quando il recente legislatore dopo avere soppresso ogni riferimento alla "equivalenza delle mansioni" riscopre sorprenden-

temente solo in sede di accordi individuali il requisito della "professionalità del lavoratore" (comma sesto del nuovo testo dell'art. 2103 c.c.), di cui il corretto esercizio delle mansioni e l'acquisita competenza sono significativa espressione della "persona" del dipendente e dei suoi valori, che rendono obbligatoria la tutela in tutti i casi in cui con la sua "professionalità" vengono sacrificati anche la sua dignità ed il suo decoro.

(71) Ritornano alla memoria, per risultare tuttora di viva attualità, le parole di un autorevole filosofo del diritto che negli anni quaranta del secolo scorso, dopo avere indicato - nell'oscurità della norma, nella sua lacunosità, nella sua mancanza di semplicità, nella sua instabilità, nella molteplicità delle disposizioni in cui essa può articolarsi, nella pluralità delle leggi ed ancora nella lunghezza dei giudizi - i modi di *manifestazione di fatto* della incertezza del diritto in cui però non è dato rinvenire alcun finalità programmatica, ebbe poi a scrivere che detta finalità "si ritrova invece nelle correnti che apportano una minaccia anche teorica alla certezza del diritto, e che si pongono proprio di scalzare questa certezza, che considerano non come un valore ma come un disvalore, nella esperienza giuridica e nel mondo sociale" aggiungendo anche che "sotto uno scopo che si presenta ben diverso, la scuola del diritto libero mira preterintenzionalmente ad infrangere la certezza del diritto ed ad annichilire di fatto il sentimento della legalità" (cfr. in tali esatti termini F. Lopez De Onata, *La certezza del diritto*, nella collana *Civiltà del diritto*, già diretta da F. Calasso e curata da F. Mercadante, Milano, 1968, 81).