
S O M M A R I O

I contenuti del presente fascicolo sono disponibili anche sul sito www.lpo.it

ARTICOLI E DOTTRINA

TERESA CARROCCIO VINCENZO SALVAGGIO	
Brevi osservazioni sul divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato ed indeterminato: riflessi applicativi in materia di permessi retribuiti per motivi di studio nel pubblico impiego	245
DONATELLA CASARI	
e-mail, sms, whatsapp: le nuove frontiere del recesso datoriale	257
MASSIMO CORRIAS	
Osservazioni sulla insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento a partire da alcuni recenti casi giurisprudenziali.	271
MICHELANGELO SALVAGNI	
Licenziamenti discriminatori e ritorsivi: evoluzione della giurisprudenza e ripartizione dell'onere della prova	287

GIURISPRUDENZA

Prescrizione quinquennale per i contributi dovuti dal datore di lavoro in caso di collocazione in mobilità dei dipendenti <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 12 gennaio 2018, n. 672</i> <i>Pres. D'Antonio - Est. Rivero</i>	315
Sull'obbligo di iscrizione e contribuzione alla gestione separata Inps degli ingegneri esercenti attività libero professionale iscritti all'albo ma esclusi da tutela previdenziale Inarcassa <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 18 dicembre 2017, n. 30344</i> <i>Pres. D'Antonio - Est. Cavallaro</i>	322
Dubbi sulla soluzione "alternativa" proposta dalla Cassazione a SS. UU. rispetto al contrasto giurisprudenziale esistente sui vizi formali del procedimento disciplinare. Con particolare riferimento alla contestazione tardiva dell'addebito <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 27 dicembre 2017, n. 30985</i> <i>Pres. Canzio - Est. Berrino</i>	335

Sommario

Ancora sul danno differenziale e sulla competenza funzionale del giudice del lavoro tra *iure hereditatis* e *iure proprio*

Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 22 dicembre 2017, n. 30857

Est. Garri e Tribunale di Frosinone, Sez. Lav., sentenza 22 maggio 2017, n. 7

Est. Lisi 345

Videosorveglianza occulta: tra diritto di riservatezza e legittimità del licenziamento

Nota a Corte europea dei diritti dell'uomo, Terza Sezione, sentenza 9 gennaio 2018, n.

1874/13 e n. 8567/13, López Ribalda e altri v. Spagna 355

Massimo Corrias*

Osservazioni sulla insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore nel giustificato motivo oggettivo di licenziamento a partire da alcuni recenti casi giurisprudenziali.

SOMMARIO:

1. Nozione e natura del giustificato motivo di licenziamento: cenni
2. Il sindacato giudiziale sulle ragioni economiche e organizzative dell'imprenditore nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo
3. Insindacabilità delle scelte organizzative e obbligo di *repechage*.

1. Nozione e natura del giustificato motivo di licenziamento: cenni

L'art. 3 della L. n. 604 del 1966 definisce il giustificato motivo oggettivo identificandolo nelle "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa"¹. La formula legislativa, nel-

* Ricercatore di Diritto del Lavoro - Università di Cagliari.

¹ Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo, senza pretesa di completezza e limitandosi alle opere meno risalenti, vedi M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Tratt. dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2005; E. GRAGNOLI, *La riduzione del personale fra licenziamenti individuali e collettivi*, *ibidem*, Padova, 2006; MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Torino, 2005; L. CALCATERRA, *La giustificazione causale del licenziamento per motivi oggettivi nella giurisprudenza di legittimità*, in *Dir. rel. ind.*, 2005, 641 e ss.; ID., *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, Napoli, 2009; S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 2002, n. 26, 143 e ss.; EAD, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Padova, 2012; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, in *Arg. dir. lav.*, 2008, 31 e ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 58 e ss.; S. VARVA, *Il licenziamento economico*, Torino, 2015; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Torino, 2016; AA.VV., in A. PERULLI (a cura di) *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, 2017.

la sua indeterminatezza, ha dato luogo a numerose incertezze interpretative in relazione a diversi profili. Il primo attiene alla natura stessa di tale disposizione che, secondo una parte della dottrina, andrebbe ascritta alla categoria delle clausole generali²; tesi che sembra oggi supportata dall'art. 30, comma 1, della L. n. 183 del 2010 che qualifica espressamente in tal senso le norme in materia di recesso dal contratto di lavoro subordinato, tra le quali vi è senza dubbio l'art. 3 della l. n. 604 del 1966.

Di diverso avviso è un altro indirizzo interpretativo il quale sottolinea la diversità di struttura tra la disposizione in esame e le clausole generali. Infatti, mentre queste ultime sono norme aperte che demandano al giudice il loro completamento tramite il rinvio a parametri esterni quali gli *standard* o regole sociali³, nell'art. 3, L. n. 604 del 1966 la fattispecie è integralmente individuata dalla legge, seppure con riferimento ad una generalità di casi definiti mediante una formula riassuntiva rappresentata, nel caso di specie, dalle ragioni produttive e organizzative: si tratterebbe, quindi, di una norma generale ma non di una clausola generale in senso stretto⁴. Anche l'esame delle motivazioni con-

² In tale senso, G. GIUGNI, *Intervento*, in *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, Atti delle Giornate di studio di diritto del lavoro, Firenze, 27-28 aprile 1968, Milano, 1969, 103; F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, in GHEZZI, MANCINI, MONTUSCHI, ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1981, 87; P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, vol. III, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 2003, 447. Sul tema, si veda il volume *Clausole generali e diritto del lavoro*, Atti delle giornate di studio Aidlass, Roma 29-30 maggio 2014, Milano 2015, con le relazioni di G. LOY, S. BELLOMO e P. CAMPANELLA.

³ Per tutti, L. MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, 5 e ss.; C. CASTRONOVO, *L'avventura delle clausole generali*, *ibidem*, 22 e ss.; più recentemente, L. NIVARRA, *Le clausole generali e i principi generali del diritto nel pensiero di Luigi Mengoni*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, 411 e ss.; V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010, 2 e ss.

⁴ M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 103; C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, *op. cit.*, 39; L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 651; R. DEL PUNTA, *Sulla prova della impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, 33. Di diverso avviso A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, *ibidem*, 63-64, secondo il quale il giustificato motivo oggettivo di licenziamento, a differenza di quello soggettivo, non sarebbe un concetto elastico in quanto il legislatore avrebbe volutamente scelto di non specificare il contenuto che le ragioni possono di volta in volta assumere perché ritiene che esse siano quelle insindacabilmente decise dall'imprenditore.

tenute in alcune sentenze della Suprema Corte in materia di giustificato motivo oggettivo⁵ sembra confermare quanto appena rilevato posto che la legittimità del licenziamento non è valutata dai giudici sulla base di *standard* o regole sociali ma solo ed esclusivamente sui parametri contenuti nell'art. 3 L. n. 604 del 1966 interpretati sistematicamente alla luce dell'art. 41 Cost⁶.

A tale ultimo riguardo, siffatti parametri idonei a integrare le “ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa” risultano essere: una modifica organizzativa, che può riguardare la componente materiale o personale dell'impresa e deve essere effettiva e non contingente. Inoltre, tale modifica deve rivelarsi strettamente connessa con la soppressione del posto di lavoro del lavoratore destinatario del licenziamento; si richiede, in altri termini, che tra la decisione organizzativa e il provvedimento espulsivo vi sia un rapporto di stretta consequenzialità, comunemente indicato come nesso di causalità⁷.

Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, la presenza di una modifica organizzativa dalla quale derivi la soppressione di una determinata posizione lavorativa non è da sola sufficiente a configurare un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, essendo richiesta anche la dimostrazione della inutilizzabilità del lavoratore in altre posizioni lavorative presenti nell'impresa⁸. Ciò premesso, alcune recenti sentenze della Suprema Corte⁹ offrono l'occasione per riflettere sul rapporto tra il controllo giudiziale sul giustificato motivo oggettivo di licenziamento e il principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore.

⁵ Cfr. il par. successivo.

⁶ Si vedano, sul punto, le condivisibili considerazioni di M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, op. cit., 104.

⁷ Cass., Sez. Lav., 1 luglio 2016, n. 13516 in *Notiz. giur. lav.*, 2017, 66, parla di “rapporto di congruità causale tra la scelta imprenditoriale e il licenziamento”. In argomento, le osservazioni di M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nei rapporti di lavoro subordinato*, op. cit., 133 secondo la quale “di nesso causale si può parlare solo in senso figurato, dal momento che non si ha una consequenzialità fra fatti naturali, ma fra decisioni, atti di volontà”.

⁸ Si tratta del c.d. obbligo di *repechage* sul quale si tornerà nel par. n. 3.

⁹ Ci si riferisce, in particolare, a Cass., Sez. Lav., 7 dicembre 2016, n. 25201, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 140 e ss., con commento di M. PERSIANI, *Giustificato motivo e autorità del punto di vista giuridico*, 133 e ss. e in *Il Foro. it.*, n. 1/2017, 123 e ss., con nota di G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo “organizzativo”: la fattispecie* ed a Cass., Sez. Lav., 1 luglio 2016, n. 13516, in *Notiz. giur. lav.*, 2017, 66; Cass., Sez. Lav., 3 maggio 2017, n. 10699, Cass., Sez. Lav., 24 maggio 2017, n. 13015, Cass., Sez. Lav., 7 agosto 2017, n. 19655, tutte in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 743, con nota di M. PALLINI, *La (ir)rilevanza dei “motivi” dell'impresa nel sindacato di legittimità del licenziamento economico* sulle quali vedi *infra* il par. successivo.

Al fine di inquadrare correttamente tale problematica occorre brevemente permettere che il licenziamento, oltre ad essere un negozio unilaterale avente contenuto patrimoniale, è anche un atto di esercizio di un diritto potestativo¹⁰ e in questa tipologia di atti il problema della causa si pone con modalità del tutto peculiari rispetto al contratto¹¹.

Al riguardo, non è un caso che, nella dottrina maggioritaria, sia sostanzialmente condiviso l'assunto che il recesso del datore di lavoro non debba essere considerato un negozio causale¹². Se, infatti, il licenziamento è, allo stesso tempo, un negozio giuridico unilaterale e un atto di esercizio di un diritto potestativo espressamente attribuito dall'ordinamento per assolvere la funzione di estinguere un rapporto contrattuale¹³, esso non comporta alcuna attribuzione o modificazione patrimoniale ingiustificata ma mira esclusivamente a realizzare l'interesse riconosciuto e regolato dalle norme attributive del diritto di recesso. Pertanto, in ipotesi di questo tipo, come è stato giustamente osservato¹⁴, il problema della "causa" (intesa nel senso di funzione economico individuale) non si pone perché quando una norma di legge – come nel caso del licenziamento – attribuisce un potere giuridico predeterminato nel contenuto, nelle

¹⁰ Sul piano generale, la compatibilità tra la qualificazione in termini di negozio di un atto di esercizio del diritto potestativo, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, 395. Con specifico riferimento alla configurazione del recesso del datore di lavoro come negozio giuridico unilaterale e come diritto potestativo, per tutti, F. SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995, 252 e ss.; G. D'AVANZO, voce *Recesso*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1967, 1030; M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di "lavoro subordinato"*, in G. DE NOVA (a cura di), *Recesso e risoluzione nei contratti*, Milano, 1994, 1043 e ss. al quale si rinvia per ulteriori riferimenti bibliografici. Parla di "diritto a licenziare" esprimendo dubbi sulla sua configurazione come diritto potestativo, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra principi costituzionali*, op. cit., 2007, 616-617.

¹¹ In questi termini, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., 395, nota 110.

¹² In questo senso, G. ARDAU, *La risoluzione per inadempimento del contratto di lavoro*, Milano, 1954, 153 e ss.; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, 15 e ss.; sul punto anche P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994, 4 e ss. *Contra*, F. MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, 12; M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o per "motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, op. cit., 646.

¹³ Con le modalità ed i limiti previsti dall'ordinamento medesimo.

¹⁴ Sul punto, diffusamente, G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, op. cit., 395 e spec. nota 110.

modalità di esercizio e negli effetti non vi è spazio per l'autonomia privata per realizzare interessi diversi da quelli previsti dall'ordinamento¹⁵.

Cosicché, l'aver previsto che il recesso del datore di lavoro deve essere caratterizzato dalla presenza di una giusta causa o di un giustificato motivo non vuol dire avere individuato in questi elementi la causa del licenziamento ma aver limitato, mediante la previsione di alcuni presupposti sostanziali, l'ampiezza del diritto di recesso¹⁶. In altri termini, giusta causa e giustificato motivo, quali presupposti tipici del recesso del datore di lavoro non concorrono alla qualificazione giuridica dell'atto né alla sua struttura negoziale ma rimangono esterni ad essa¹⁷.

2. Il sindacato giudiziale sulle ragioni economiche e organizzative dell'imprenditore nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo

È affermazione comune in giurisprudenza che in materia di giustificato motivo oggettivo l'indagine del giudice deve limitarsi a verificare l'effettiva sus-

¹⁵ Ciò, naturalmente, sul piano del giuridicamente rilevante e non su quello dell'"essere". A tale proposito, si vedano le considerazioni di M. TIRABOSCHI, *Categorie civilistiche e recesso unilaterale: il contratto di "lavoro subordinato"*, *op. cit.*, 1050.

¹⁶ Per la configurazione delle nozioni di giusta causa e giustificato motivo quali presupposti dell'atto di licenziamento, seppure con sfumature diverse, si vedano M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 222; M.V. BALESTRERO, *Giusta causa e giustificato motivo di licenziamento*, in (a cura di) F. CARINCI, *La disciplina dei licenziamenti individuali dopo le leggi 108/1990 e 223/1991*, Napoli, 1991, 222; L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali*, *op. cit.*, 616 e ss.; C. ZOLI, *La tutela delle posizioni "strumentali" del lavoratore*, Milano, 1988, 90 e ss.; P. TULLINI, *Clausole generali e rapporto di lavoro*, Rimini, 1990, 145 e ss.; EAD, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, Milano, 1994, 44 e ss. Ma, sul punto, vedi già L. MENGONI, *La stabilità dell'impiego nel diritto italiano*, in *La stabilità dell'impiego nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Lussemburgo, 1958, 257. *Contra*, M.T. CARINCI, *Il licenziamento discriminatorio o per "motivo illecito determinante" alla luce dei principi civilistici: la causa del licenziamento quale atto unilaterale fra vivi a contenuto patrimoniale*, *op. cit.*, 646.

¹⁷ Così M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, *op. cit.*, 15 e ss. Come è stato giustamente osservato (L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali*, *op. cit.*, 618) ricondurre la giusta causa e il giustificato motivo al profilo causale del negozio di recesso equivale, in concreto, a fare ricorso alla tecnica dei limiti interni del diritto di recesso; tecnica, peraltro, che la migliore dottrina ha da tempo sottoposto a convincenti critiche, per tutti, M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in RIVA SANSEVERINO, MAZZONI (diretto da), *Nuovo Trattato di Diritto del Lavoro*, Padova, 1971, 593 e ss. Sulla configurazione del giustificato motivo oggettivo come presupposto esterno del licenziamento si veda anche M. MARAZZA, *Giustificato motivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, 50.

sistenza dei motivi posti a fondamento del licenziamento e, quindi, delle ragioni organizzative e produttive di cui all'art. 3, L. n. 604/1966 e il nesso di causalità tra queste e il licenziamento senza sindacare l'opportunità e la congruità delle scelte organizzative e produttive dell'imprenditore al quale l'art. 41 Cost. riserva piena autonomia sulle stesse¹⁸.

Tuttavia, una parte della dottrina ha già da tempo rilevato che, in realtà, il controllo giudiziale sul giustificato motivo, in alcuni casi, non si limita alla verifica della presenza degli elementi appena indicati¹⁹.

Si tratta, ad esempio, delle situazioni nelle quali una parte della giurisprudenza ritiene necessario che le modifiche organizzative attuate dal datore di lavoro siano dettate dall'esigenza di fronteggiare situazioni sfavorevoli o sostenere spese di carattere straordinario²⁰. Oppure, allorquando, sempre ai fini della configurabilità del giustificato motivo oggettivo, si richiede che il datore di lavoro alleggi e dimostri l'inesistenza nell'impresa di altre posizioni lavorative alle quali adibire il lavoratore caratterizzate da mansioni equivalenti o anche inferiori rispetto a quelle svolte al momento del licenziamento²¹.

Per quanto concerne l'orientamento che propugna la necessità del "requisito" della situazione economica sfavorevole viene richiamato il principio di stabilità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato che, per essere superato, richiederebbe appunto la presenza di motivazioni "non convenientemente eludibili"²² che sono, appunto, indeterminate nella preesistenza di una crisi del-

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. Lav., 30 novembre 2010, n. 24235, in *Giust. civ. Mass.*, 2010, 1529; Cass., Sez. Lav., 11 luglio 2011, n. 15157, *ibidem*, 2011, 1043; Cass., Sez. Lav., 14 maggio, 2012, n. 7474, *ibidem*, 2012, 608; Cass., Sez. Lav., 20 settembre 2016, n. 18409, in *DeJure*, banca dati, Milano; Cass., Sez. Lav., 5 agosto 2016, n. 16544, *ibidem*; Cass., Sez. Lav., 4 aprile 2016, n. 6501, *ibidem*; Cass., Sez. Lav., 12 giugno, 2015, n. 12242, *ibidem*; Cass., Sez. VI, 9 dicembre 2014, n. 25874, *ibidem*. Si tratta del c.d. principio della insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore adesso legislativamente sancito dall'art. 30, comma 1, L. n. 183/2010.

¹⁹ Così P. ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in A. CICU, F. MESSINEO (diretto da), *Tratt. Di diritto civile e commerciale*, vol. III, Milano, 2003, 436 e ss.; Id., *Appunti sul giustificato motivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, III, 3 ss; M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, *ibidem*, 2004, 796 e ss. Più recentemente, M. MARAZZA, *Giustificato motivo di licenziamento e "controllo di pretestuosità"*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, 51 e ss.

²⁰ In questo senso, Cass., Sez. Lav., 24 giugno 2015, n. 13116, in *D&G*, 2015; Cass., 16 marzo 2015, n. 5173, in *Riv. giur. lav.*, 2015, II, 574; Cass., Sez. Lav., 8 ottobre 2012, n. 17087; Cass., Sez. Lav., 9 luglio 2012, n. 11465, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 226 e ss.; Cass., Sez. Lav., 11 luglio 2011, n. 15157, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, 7-8, 1043.

²¹ Si veda il par. successivo.

²² Cfr. Cass. n. 4116 del 1991.

l'azienda o, comunque, di una sfavorevole situazione economica. Quest'ultima, è considerata, quindi, un requisito di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che, come tale, deve essere provato dal datore di lavoro e accertato dal giudice. Con l'ulteriore e significativa conseguenza che l'interesse economico perseguito dal datore di lavoro assume rilievo nella verifica della legittimità del recesso operato da quest'ultimo e, soprattutto, diviene oggetto del sindacato del giudice. Secondo questa impostazione, quindi, una scelta organizzativa diretta alla riduzione dei costi o all'accrescimento del profitto risulta per definizione inadeguata a integrare gli estremi del giustificato motivo oggettivo in quanto mancante del requisito costituito dalla "preesistente situazione sfavorevole"²³.

All'orientamento appena descritto si è contrapposto e si contrappone un altro secondo il quale le ragioni che integrano il giustificato motivo oggettivo sono anche quelle riconducibili ad una modifica organizzativa "quali ne siano le finalità e, quindi, comprese quelle dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti"²⁴. Si tratta di quelle pronunce che, senza richiedere la preesistenza di una situazione sfavorevole dell'azienda, hanno ritenuto giustificato il licenziamento nel caso di soppressione del posto di lavoro riconducibile ad una pluralità di circostanze quali l'esternalizzazione dell'attività a terzi tramite contratto di appalto²⁵ o l'affidamento ad un lavoratore autonomo²⁶, la redistribuzione delle mansioni tra il personale già in forza all'azienda²⁷, l'acquisto di un nuovo macchinario che abbia reso determinate mansioni obsole-

²³ Cfr. Cass., Sez. Lav., 16 marzo 2015, n. 5173, cit.: "il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo della L. 15 luglio 1966, n. 604, ex art. 3, è determinato non da un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale, ma dalla necessità di procedere alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore, soppressione che non può essere meramente strumentale ad un incremento di profitto ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti".

²⁴ Così Cass., Sez. Lav., 1 luglio 2016, n. 13516, cit., 66; Cass., Sez. Lav., 11 gennaio 2013, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 228, con nota di G. FRANZA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo: l'interesse al profitto è insindacabile*; Cass., Sez. Lav., 24 maggio 2007, n. 12094 in *DeJure*, banca dati, Milano.

²⁵ Cfr. Cass., Sez. Lav., 8 luglio 2016, n. 14201, in *Riv. giur. sarda*, 2017, 85 e ss. con nota di S. AURIEMMA, *Esternalizzazione e criteri di scelta nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo: tuela reale attenuta in caso di insussistenza del fatto giuridico ?*; Cass., Sez. Lav., 11 aprile 2003, n. 5777, in *Mass. giur. lav.*, 2003, 668.

²⁶ Cass., Sez. Lav., 13 ottobre 1997, in *Riv. it. dir. lav.*, 1998, II, 327; Cass., Sez. Lav., 5 settembre 2008, n. 22535, in *DeJure*, banca dati, Milano; Cass., Sez. Lav., 20 settembre 2010, n. 19842, *ibidem*; Cass., Sez. Lav., 9 luglio 2012, n. 11465, *ibidem*;

²⁷ Cass., Sez. Lav., 21 novembre 2011, n. 24502 in *DeJure*, banca dati, Milano; Cass., Sez. Lav., 23 settembre 2015, n. 18780, *ibidem*;

te, la mera riduzione del numero di addetti ad un reparto²⁸. A ben vedere, le varie situazioni appena elencate sono caratterizzate dal fatto che le scelte organizzative effettuate dal datore di lavoro (all'esito delle quali risulta sovrabbondante una posizione lavorativa) sono tutte finalizzate ad un incremento della produttività che, a sua volta, si traduce in risparmio dei costi in termini assoluti o percentuali²⁹. Quello che conta, ai fini della legittimità del recesso, è che la contrazione dei costi derivi da un effettivo mutamento della organizzazione tecnico-produttiva aziendale³⁰ senza che rilevi la motivazione sottostante quest'ultimo, sia essa riconducibile ad una preesistente situazione di crisi o di difficoltà dell'azienda o all'obbiettivo di aumentare la redditività dell'impresa.

A tale orientamento hanno recentemente aderito alcune sentenze della Suprema Corte³¹ con l'intento evidente di rafforzarlo e forse, come è stato giustamente rilevato³², di porre una parola definitiva sulla questione. La Suprema Corte afferma con chiarezza che l'interpretazione letterale dell'art. 3 L. n. 604/1966 "*esclude che per ritenere giustificato il licenziamento per motivo oggettivo debba ricorrere, ai fini della integrazione della fattispecie astratta, un presupposto fattuale – che il datore di debba indefettibilmente provare ed il giudice conseguentemente accertare – identificabile nella sus-*

²⁸ Cfr. Cass., Sez. Lav., 9 maggio 2002, n. 6667, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 108; Cass., Sez. Lav., 4 marzo 1993, n. 2595, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 472.

²⁹ Sul punto, Cass., Sez. Lav., 1 luglio 2016, n. 13516, cit., 67 nella cui articolata motivazione la Cassazione si diffonde sul rapporto tra produttività e contrazione dei costi in termini assoluti (ossia quando la stessa quantità di prodotto o di servizi viene realizzata con un minor impiego di fattori produttivi) e in termini percentuali (ossia quando fermi restando i costi di produzione si riesca a ottenere una maggiore quantità di prodotti o servizi rispetto a prima); in dottrina, M. NOVELLA, *I concetti di costo contabile, di costo-opportunità e di costo sociale nella problematica gius-economica del giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 990 e ss.

³⁰ Circostanza da escludere nell'ipotesi in cui il datore di lavoro si limiti a sostituire un lavoratore con un altro meno costoso, in quanto in questo caso non vi è alcuna modifica organizzativa, cfr. per tutte, Cass., Sez. Un., 11 aprile 1994, n. 3353, in *Dir. lav.*, 1994, II, 267; Cass., Sez. Lav., 1 luglio 2016, n. 13516, cit., 68.

³¹ Ci intende riferire a Cass. n. 25201/2016, Cass., n. 13516/2016, Cass., 2017, n. 10699/2017, Cass. n. 13015/2017, Cass., n. 19655/2017, tutte citate nella nota 9.

³² In particolare Cass. n. 25201/2016 è stata da più parti equiparata ad una pronuncia delle Sezioni Unite, cfr. C. CESTER, *Giustificato motivo di licenziamento e difficoltà economiche: a proposito di una recente presa di posizione della Corte di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 155; A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, op. cit.*, 73.

sistenza di «situazioni sfavorevoli» ovvero di «spese notevoli di carattere straordinario», cui sia necessario fare fronte”³³. Sostenere il contrario, continua la Cassazione, significa introdurre un limite non legislativamente previsto al potere dell’imprenditore di determinare la dimensione occupazionale dell’impresa durante la vita della stessa, con una evidente contraddizione rispetto a quanto accade nella fase iniziale della intrapresa economica nella quale non vi sono dubbi che l’imprenditore possa liberamente determinare l’estensione occupazionale dell’impresa stipulando i contratti di lavoro che ritiene funzionali alla propria attività. Tale libertà non può venir meno neanche durante la successiva vita dell’impresa, salvo un espresso limite legislativo in tal senso che, però, secondo la Suprema Corte, non può rinvenirsi nell’art. 3 della L. n. 604 del 1966 e nemmeno nell’art. 41 Cost. Cosicché risulta privo di giustificazione interpretativa l’assunto secondo il quale il datore di lavoro, di fronte all’alternativa tra una più efficiente gestione aziendale e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo di un lavoratore, possa scegliere la seconda opzione solo se debba contrastare una preesistente crisi aziendale o, comunque, una situazione sfavorevole.

Con specifico riferimento alla questione del controllo giudiziale sulle scelte organizzative dell’imprenditore, la Suprema Corte afferma espressamente che richiedere la presenza di una situazione economica sfavorevole ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo significa introdurre nella fattispecie legale prevista dall’art. 3 L. n. 604 del 1966 un elemento non previsto con una interpretazione “*che trasmoda inevitabilmente, talvolta surrettiziamente, nel sindacato sulla congruità e sulla opportunità delle scelte imprenditoriali*”³⁴ ossia nella valutazione di merito delle scelte tecniche, organizzative, e produttive del datore di lavoro³⁵.

3. Insindacabilità delle scelte organizzative e obbligo di re- chage

Se, dunque, la Corte di Cassazione sembra aver preso atto che il requisito della situazione economica sfavorevole è incompatibile con il principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell’imprenditore sancito dall’art. 30, comma 1, L. n. 183/2010³⁶, un discorso differente deve essere con-

³³ Così, Cass. n. 25201/2016, cit.

³⁴ Cfr. sempre Cass. 25201/2016, cit.

³⁵ Sul punto, L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 2007, 473.

³⁶ Non a caso espressamente richiamato dalla sentenza n. 25201/2016 prima esaminata.

dotto in relazione all'ulteriore elemento richiesto ai fini della configurazione del giustificato motivo oggettivo, ossia l'obbligo di *repechage*³⁷.

Sull'obbligo in questione, solitamente ricondotto alla teoria del licenziamento come estrema *ratio*³⁸, non vi è unanimità di vedute in dottrina³⁹. Secondo alcuni, esso costituirebbe solo un profilo dell'accertamento dell'esistenza del nesso causale tra la modifica organizzativa e la soppressione della posizione del lavoratore; si tratterebbe, in particolare, della prova in negativo del nesso di causalità, nel senso che oggetto della verifica giudiziale sarebbe l'assenza di "un collegamento tra un eventuale diverso interesse del datore di lavoro, quale che sia, e la posizione del lavoratore e cioè se il licenziamento colpisca quel lavoratore per ragioni non correlate alla sua professionalità"⁴⁰. L'obbligo

³⁷ Cfr. tra le tante, Cass., Sez. Lav., 2 maggio 2018, n. 10435, in *ilgiuslavorista.it*, con nota di L. DI PAOLA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e violazione dell'obbligo di repechage: i regimi di tutela applicabili*; Cass., Sez. Lav., 12 agosto 2016, n. 17091, Cass., Sez. Lav., 5 gennaio 2017, n. 160, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 12, con nota di F. COLELLA, *Ripartizione degli oneri deduttivi e assertivi in tema di repechage: punto fermo o punto interrogativo*; Cass., Sez. Lav., 22 marzo 2016, n. 5592, in *Giur. it.*, 2016, 1164, con nota di M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage.*; Cass., Sez. Lav., 12 luglio 2012, n. 11775; Cass., Sez. Lav., 26 marzo 2010, n. 7381.

³⁸ Cfr. Cass., 24 giugno 2015, n. 13116, in *D&G*, n. 25, 2015, 70 e ss.: "giustificandosi il recesso solo come *extrema ratio*, il datore di lavoro ha l'onere di provare, con riferimento alla organizzazione aziendale esistente all'epoca del licenziamento e anche attraverso fatti positivi, tali da determinare presunzioni semplici, l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore in mansioni diverse da quelle che prima svolgeva"; nello stesso senso, Cass., Sez. Lav., 13 giugno 2012, n. 9596, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 67. Sul punto, S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale, op. cit.*, 149 e ss. Per ulteriori riferimenti dottrinali sulla teoria del licenziamento come *extrema ratio* vedi *infra*.

³⁹ Si precisa che ci limiterà all'esame del solo profilo relativo al fondamento dell'obbligo di *repechage* in quanto connesso con il discorso che si conduce e non verranno prese in considerazione le questioni relative all'ampiezza dell'obbligo (ossia l'individuazione delle posizioni lavorative da prendere in considerazione per il ricollocamento del lavoratore) e alla ripartizione degli oneri probatori. Su entrambi gli aspetti si veda, diffusamente, M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti, op. cit.*, 24 e ss., 222 e ss.

⁴⁰ È la ricostruzione di M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato, op. cit.*, 137; EAD., *L'obbligo di "ripecaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 217. In questo senso, recentemente, anche A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, op.*

di *repechage*, in quanto non “dotato di consistenza autonoma” assumerebbe rilevanza secondo le “modalità tipiche di un limite interno, solo in collegamento con il potere di licenziamento ed in funzione di esso”⁴¹.

Un'altra impostazione ricostruisce l'obbligo di *repechage* quale limite esterno al potere di recesso⁴² da ricondurre alla teoria del licenziamento come estrema *ratio* nel sua versione “leggera”, nel senso che il potere di licenziamento non sarebbe collegato funzionalmente ad un determinato fine da perseguire⁴³ ma condizionato al solo rispetto dell'onere di dimostrare la inutilizzabilità in mansioni equivalenti del dipendente licenziato⁴⁴. Sotto questo profilo, si ritiene che il requisito della effettività delle ragioni organizzative operi nella duplice direzione costituita dalla reale presenza delle ragioni stesse e della impossibilità di reimpiegare utilmente il lavoratore.

Di differente avviso è un'altra parte della dottrina secondo la quale nel nostro sistema normativo non vi sarebbe un reale fondamento positivo per l'obbligo di ripescaggio che costituirebbe, dunque, una mera creazione giurisprudenziale⁴⁵.

cit., 66 e 79 e ss., secondo il quale l'obbligo di ripescaggio consentirebbe di verificare se la scelta organizzativa e la conseguente soppressione del posto di lavoro siano in concreto la causa efficiente del licenziamento.

⁴¹ Così sempre M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 136. Da tale ricostruzione dell'obbligo di *repechage* deriva che la modifica organizzativa, il nesso di causalità e il *repechage* costituirebbero articolazioni di una fattispecie unitaria di cui verificare l'esistenza, cfr. S. CAIROLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015*, in G. SANTORO-PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale, rapporto di lavoro*, VII ed., Milano 2017, 1433.

⁴² C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, *op. cit.*, 47; L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, *op. cit.*, 648.

⁴³ Come affermato, invece, dai sostenitori della teoria del licenziamento come *extrema ratio* nella sua versione più pregnante; per una panoramica sulle varie ricostruzioni vedi L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, *op. cit.*, 468.

⁴⁴ Così, C. ZOLI, *I licenziamenti per ragioni organizzative: unicità della causale e sindacato giudiziale*, *op. cit.*, 47. Cfr. anche M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, *op. cit.*, 105 e ss., che distingue tra la teoria del licenziamento come *ultima ratio* (quella secondo la quale il potere di licenziamento avrebbe vincoli finalistici costituiti dal principio di stabilità del rapporto di lavoro e che consentirebbero l'esercizio del diritto di recesso solo in presenza di una situazione di crisi dell'impresa) e la teoria del licenziamento come *extrema ratio* con cui, come già anticipato, si richiede la prova in negativo del nesso di causalità tra la modifica organizzativa e la soppressione del posto di lavoro.

⁴⁵ In questo senso, sebbene con sfumature diverse, M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2000, 34; R. PESSI, *I li-*

L'analisi della teoria del licenziamento come estrema *ratio* richiederebbe la disamina del rapporto tra l'art. 3 della L. n. 604 del 1966 e le altre disposizioni in materia di licenziamento individuale via via succedutesi nel tempo sino alla recente disciplina introdotta dal D.Lgs. n. 23 del 2015⁴⁶. A tale riguardo, ci si limita a osservare che l'elemento fondante di tale ricostruzione, almeno nella sua versione originaria, risiedeva nella interpretazione dell'art. 3 della L. n. 604 in combinato disposto con l'art. 18 L. n. 300 del 1970 che postulava in capo al lavoratore un diritto alla conservazione del posto di lavoro il cui limite "contenuto nella nozione di giustificato motivo oggettivo, coincide infatti e necessariamente, con uno spazio di libertà riservato all'imprenditore; uno spazio la cui residualità è esattamente colta dalla formula del licenziamento *ultima ratio*"⁴⁷. Tuttavia, con l'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 23 del 2015, è venuto meno uno dei dati normativi su cui poggiava tale interpretazione posto che la disposi-

licenziamenti individuali per motivi economici, in AA.VV., *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, II, Bari, 2015, 771; M. FERRARESI, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, op. cit., 25 e ss.; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 231; R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repaceage*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., 104 e 106. Riconosce la derivazione giurisprudenziale del *repaceage* anche R. DEL PUNTA, *Sulla Prova della impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, *ibidem*, 35.

⁴⁶ Sulla nuova disciplina di cui all'art. 3 del D.Lgs. n. 23 del 2015 e sul contratto a tutele crescenti, senza pretesa di completezza, F. CARINCI - C. CESTER, *Il licenziamento all'indomani del D.Lgs. n. 23/2015*, in *ADAPT, Labor Studies, e-book series*, n. 46, 2015; M.T. CARINCI - A. TURSI, *Jobs Act. Il contratto a tutele crescenti*, Torino, 2015; G. FERRARO (a cura di), *I licenziamenti nel contratto "a tutele crescenti"*, in *Quad. arg. dir. lav.*, n. 14, Padova, 2015; R. PESSI - C. PISANI - G. PROIA - A. VALLEBONA, *Jobs Act e licenziamento*, Torino, 2015; M. MARAZZA, *Il regime sanzionatorio dei licenziamenti nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015.

⁴⁷ Così, M.V. GENTILI BALLESTRERO, *I licenziamenti*, Milano, 1975, 385. Ma già F. MANCINI, *Commento all'"art. 18"*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in A. SCIALOIA, G. BRANCA (a cura di), *Commentario al codice civile*, Bologna-Roma, 1972, 259 e ss., il quale pone a fondamento di tale ricostruzione il diritto al lavoro di cui all'art. 4 della Cost. e il limite dell'utilità sociale previsto nell'art. 41 Cost.; nello stesso senso, U. ROMAGNOLI, *Intervento*, in AA.VV., *I licenziamenti nell'interesse dell'impresa*, op. cit., 75. Più recentemente, V. SPEZIALE, *Il giustificato motivo oggettivo: extrema ratio o "normale" licenziamento economico?*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, op. cit., 132 e ss.; per una sintesi delle tesi sul licenziamento quale *ultima ratio*, M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, op. cit., 105 e ss. e S. BRUN, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e sindacato giudiziale*, op. cit., 149 e ss.

zione appena indicata prevede quale unica sanzione per il licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo il pagamento di una indennità risarcitoria; dal che è lecito trarre forti dubbi circa la possibilità di poter applicare al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ormai collocato nell'area di tutela debole, la teoria della *extrema ratio*⁴⁸. Invero, proprio con espresso riferimento all'area della tutela obbligatoria prevista dall'art. 8 della L. n. 604 del 1966 - e il ragionamento sembra poter valere anche per quella sancita dall'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 23 del 2015 - è stato osservato che il giustificato motivo di licenziamento non rappresenta un presupposto con il quale il legislatore ha limitato il diritto di recesso del datore di lavoro, ma un "onere accessorio ed esterno allo stesso potere di licenziamento il cui esercizio negoziale in caso di assenza delle causali è comunque (...) valido ed efficace, sebbene illecito"⁴⁹.

In definitiva, il nuovo contesto normativo non sembra rafforzare la costruzione del *repechage* come derivato della teoria del licenziamento come *extrema ratio*⁵⁰.

⁴⁸ Sul punto, F. CARINCI, *Dallo statuto al Contratto a tutele crescenti: il "cambio di paradigma"*, in *Giur. it.*, 2016, 783; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo "organizzativo": la fattispecie*, *op. cit.*, 139. Peraltro, anche nel vigore dell'art. 18 della n. 300 del 1970 nella sua formulazione originaria, si riteneva opinabile la configurazione del licenziamento come *extrema ratio*; cfr. M. PERSIANI, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, *op. cit.*, 34. Per ulteriori riferimenti dottrinali, L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, *op. cit.*, 280 e ss.

⁴⁹ Le parole sono di L. NOGLER, *Licenziamenti individuali e principi costituzionali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, *op. cit.*, 616; nello stesso senso, P. TULLINI, *Contributo alla teoria del licenziamento per giusta causa*, *op. cit.*, 181.

⁵⁰ In questo senso, invece, si continua a esprimere una parte della giurisprudenza: cfr., Cass. 5 gennaio 2017, n. 160, *cit.*, secondo la quale è "necessaria la prova della inutilizzabilità del lavoratore in altre posizioni equivalenti, secondo un consolidato principio giurisprudenziale che inverte la tesi del licenziamento come *extrema ratio*". Alcun cenno, alla teoria del licenziamento come *extrema ratio* si rinviene, invece, nella recentissima sentenza n. 10435 del 2 maggio 2018, *cit.* nella quale la Corte di Cassazione ha comunque ribadito che l'obbligo di *repechage* rientra nella nozione di giustificato motivo oggettivo aggiungendo che il requisito della manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento "concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore". Da tale premessa, la Suprema Corte trae la conseguenza che nel caso di violazione dell'obbligo di ripescaggio il Giudice possa disporre la reintegrazione laddove ritenga tale regime sanzionatorio non eccessivamente oneroso per il datore di lavoro.

Sotto un altro profilo, la teoria del licenziamento come estrema *ratio* e, segnatamente, il suo principale corollario, ossia l'obbligo di *repechage*, sembrano collidere con il principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore così come riaffermato dalle recenti sentenze della Suprema Corte esaminate nel par. precedente.

Come si è detto, i Giudici di legittimità hanno chiarito che l'art. 3 della L. n. 604 del 1966 deve essere interpretato nel senso che per configurare il giustificato motivo oggettivo è sufficiente la presenza di una modifica organizzativa effettiva e connessa con la soppressione del posto di lavoro del lavoratore destinatario del licenziamento senza che assumano rilievo gli interessi perseguiti dal datore di lavoro, siano essi costituiti dal risparmio dei costi o dall'incremento del profitto. Pertanto, la mancanza di una occupazione alternativa non sembra poter essere considerata un elemento della fattispecie in quanto non costituisce una delle ragioni organizzative o produttive richieste dalla disposizione⁵¹.

Inoltre, la riconosciuta possibilità di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo in seguito ad una modifica organizzativa finalizzata al risparmio dei costi o all'incremento del profitto⁵² si pone in contrasto con la qualificazione di inevitabilità del licenziamento per un'altra ragione. Invero, richiedere la dimostrazione della inutilizzabilità del lavoratore in altre posizioni lavorative eventualmente disponibili e, qualora ve ne fossero, imporre la sua destinazione ad una di esse, significherebbe impedire, di fatto, al datore di lavoro di conseguire le suddette finalità con le modalità organizzative dallo stesso individuate che possono consistere, come si è detto, anche nella scelta di ridurre la dimensione occupazionale dell'impresa⁵³.

Ed è proprio in relazione a tale aspetto della libertà organizzativa dell'imprenditore che l'obbligo di *repechage* dispiega il principale effetto limitativo⁵⁴, nonostante la giurisprudenza si premuri di specificare che il ripescaggio opera con

⁵¹ Sul punto, diffusamente, M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage*, *op. cit.*, 1168.

⁵² Sempre che, è opportuno ricordarlo, sia connessa con la reale soppressione della posizione occupata dal lavoratore licenziato e non risulti che quest'ultimo è stato sostituito con un altro meno costoso.

⁵³ Così, Cass., n. 25201/2016, ma già Cass., Sez. Lav., 4 marzo 1993, n. 2595, in *Mass. giur. lav.*, 1993, 472 e ss.: "Si richiede, inoltre, la prova da parte del datore di lavoro dell'impossibilità di utilizzare altrimenti, in mansioni compatibili con la loro qualifica, i lavoratori licenziati. Ora è chiaro che se il motivo consiste nella necessità di ridurre il personale dell'azienda, una tale prova non può essere richiesta: il lavoratore è per definizione non impiegabile altrimenti". Nello stesso senso, Cass., Sez. Lav., 9 maggio 2002, n. 6667, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, 108 e ss.

⁵⁴ Sulla libertà del datore di lavoro di determinare la dimensione della propria azienda si è più volte espressa la Corte Costituzionale; si vedano, in particolare, le sentenze nn. 78/ 1958, 356/1993, 316/1990.

riferimento alla organizzazione così come insindacabilmente predisposta dal datore di lavoro e in relazione ai soli posti vacanti. Infatti, se è ritenuto contrario alla regola del *repechage* e, conseguentemente, annullato un licenziamento per giustificato motivo oggettivo disposto in presenza di una posizione lavorativa libera e compatibile con la professionalità del licenziando, è evidente che la scelta organizzativa consistente nel lasciare vacante “quel” determinato posto di lavoro è, di fatto, preclusa al datore di lavoro; dunque, in tale situazione, la facoltà del datore di lavoro di determinare la dimensione aziendale secondo le proprie (in)sindacabili valutazioni sembrerebbe notevolmente compressa⁵⁵. Inoltre, alla luce dell’orientamento giurisprudenziale esaminato nel paragrafo precedente, non è agevole comprendere perché una modifica organizzativa finalizzata al risparmio dei costi possa giustificare il licenziamento solo in assenza di posti vacanti a cui adibire il lavoratore licenziando. E’ evidente che una tale conclusione sembra poter essere fondata ancora e solo sulla teoria del licenziamento come estrema *ratio*, teoria che però, considerato il D.Lgs. n. 23/2015, non sembra poter trovare adeguato fondamento nell’attuale assetto normativo del giustificato motivo oggettivo⁵⁶.

A tale riguardo, indicazioni persuasive non sembrano sinora giungere dalla giurisprudenza laddove si consideri che la recente sentenza n. 10435/2018 della Corte di Cassazione, sebbene non contenga alcun riferimento alla teoria del licenziamento come estrema *ratio*, assume che nella nozione di giustificato motivo oggettivo “rientra sia l’esigenza della soppressione del posto di lavoro sia l’impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore”⁵⁷ senza però corredare

⁵⁵ Secondo R. DEL PUNTA, *Sulla Prova della impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, op. cit., 35 il *repechage* comporta una inevitabile “ingerenza nelle prerogative organizzative dell’imprenditore”.

⁵⁶ Sul punto, R. ROMEI, *Natura e struttura dell’obbligo di repechage*, op. cit., 104 secondo il quale “dalle norme di legge ordinaria, ed in particolare dall’art. 3 della legge n. 604/1966 non è nemmeno implicitamente desumibile la regola o il principio del licenziamento come estrema *ratio* e tanto meno dell’obbligo di *repechage*”; nello stesso senso, M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.*, 2017, 138 il quale in adesione a Cass. n. 25201/2016, cit. afferma che le argomentazioni utilizzate dalla Suprema Corte in tale pronuncia “escludono, quando si tratti di accertare l’esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, la rilevanza di situazioni non risultanti dalla formulazione del testo dell’art. 3 della L. n. 604 del 1966”. Anche per G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo “organizzativo”: la fattispecie*, op. cit., 139, la tesi del licenziamento come estrema *ratio* risulta ridimensionata dalla disciplina sanzionatoria prevista dal D.Lgs. n. 23/2015.

⁵⁷ Così testualmente Cass., Sez. Lav., 2 maggio 2018, n. 10435, cit., secondo la cui l’assolvimento dell’obbligo di *repechage* costituisce, accanto alla soppressione del posto di lavoro, l’altro elemento della nozione complessiva di giustificato motivo oggettivo così come elaborata dalla giurisprudenza.

tale impegnativa affermazione di alcun supporto argomentativo. Con la conseguenza che, come è stato recentemente e autorevolmente osservato, la questione della esatta delimitazione della fattispecie del giustificato motivo oggettivo non sembra potersi dire ancora pienamente risolta⁵⁸.

⁵⁸ Così, M. PERSIANI, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e autorità del punto di vista giuridico*, op. cit., 138.