

2017, fascicolo 1  
(Estratto)

Guido Vidiri

**Il licenziamento per motivi economici nel “nuovo corso”  
del diritto del lavoro**

30 ottobre 2017

## Il licenziamento per motivi economici nel “nuovo corso” del diritto del lavoro.

Guido Vidiri

*già Presidente della Sezione Lavoro della Corte di Cassazione*

**Abstract:** Il saggio affronta la complessa tematica sul licenziamento per ragioni economiche per patrocinare una lettura del dato normativo incentrata su una lettura del disposto dell’art. 41 Cost. in conformità del diritto dell’Unione europea. In questa ottica viene esaminata anche la problematica attinente all’istituto del c.d. *repechage* ed alla ripartizione tra le parti del relativo onere probatorio con la presa di distanza da soluzioni suscettibili di risultare permeate da condizionamenti di natura ideologica e/o politica, tendenti a ribaltare sul versante processuale i principi fondanti dell’art. 2697 c.c.

*Sommario:* -1. La “grande avventura” del diritto del lavoro. -2. La moltiplicazione delle fonti normative ed il “declino” del diritto del lavoro ..... -3. .... e l’inizio di un “nuovo corso”. -4. Il licenziamento per ragioni economiche nella contrapposizione del diritto alla libertà di impresa ed alla conservazione del posto di lavoro. – 5. L’art. 41 Cost. e la libertà di impresa nella dottrina e nella giurisprudenza nel diritto dell’Unione europea. -6. Il licenziamento per ragioni economiche ed il c.d. *repechage*. -7- Licenziamento per giustificato motivo oggettivo, *repechage* e giudice “terzo” ed “imparziale”.

1. In uno scritto dal titolo “La grande avventura giuslavoristica”, risalente intorno agli anni dieci di questo secolo, un illustre storico del diritto - nell’elogiare il contenuto di un volume redatto da P. Ichino, R. De Luca Tamajo, G. Ferraro e R. Del Punta – attraverso il quale veniva effettuata la ricostruzione dei sessanta anni di evoluzione del diritto del lavoro correnti dalla liberazione sino alla fine del novecento - ha rimarcato come per i giuristi

rimanesse un grosso lavoro da fare e come risultasse necessario un altrettanto grosso impegno perché soprattutto nel settore giuslavoristico andava vietata la “secca” di una arida posizione, che è la “perversione nichilistica”<sup>1</sup>.

Nello stesso scritto si è ricordato che nell’ultima nota a chiusura del suo saggio R. Del Punta, ha riportato un lungo frammento di un intervento tenuto in sede accademica nel 2005 da un giuslavorista - universalmente rimpianto (Matteo Dell’Olio) - nel corso del quale era stato affermato “che il diritto del lavoro è sempre stato valorista, ha sempre perseguito dei valori e il valore di fondo ... è quello della libertà e della dignità del lavoratore” sicché “la tutela della libertà umana del lavoratore ..... non può essere annegato, con il pretesto della partecipazione, nel diritto commerciale, né con questo, magari con tutto il diritto, nell’economia”<sup>1</sup>. Ed in successione argomentativa si è concluso con l’affermazione di credere “che la dottrina giuslavoristica meriti pienamente quell’appellativo che un nostro pensoso civilista, Vittorio Polacco, dava al diritto commerciale, e cioè di essere il vero bersagliere del diritto privato”<sup>2</sup>.

Benché siano trascorsi solo pochi anni dal menzionato scritto non può sottacersi che l’innegabile e progressivo degrado del generale contesto socio-economico abbia accreditato nel giurista – che intenda abbandonare il pur doveroso ottimismo della volontà e conseguentemente valutare con la sola ragione la realtà in cui opera - l’opinione che l’epoca attuale sia caratterizzata da una evidente eclissi del diritto per essersi perduti quelli che erano per la scienza giuridica i tradizionali, comuni e rassicuranti punti di riferimento<sup>3</sup>.

Tutto ciò spiega le ragioni del “disincanto” ed anche il senso di “frustrazione” di chi, avendo da sempre privilegiato ed affinato lo studio di normative che, sul piano sostanziale e processuale, hanno fatto del diritto del lavoro un “diritto valoriale”<sup>4</sup>, si vede ora

---

<sup>1</sup> Per le parole virgolettate cfr. *amplius* : P. GROSSI, *La grande avventura giuslavoristica*, in *Riv. it. dir. lav.* 2009, I, pagg. 30 e 31.

<sup>2</sup> In questi precisi termini P. GROSSI, *La grande avventura* cit., 31.

<sup>3</sup> Per una esauriente e convincente spiegazione delle ragioni per cui si è verificato un graduale declino del diritto, essendo venuti meno gli storici punti di riferimento, dati dalla codicistica e dalla stessa Carta costituzionale cfr. N. IRTI, *L’età della decodificazione* (Milano 1999), cui *adde* dello stesso Autore : *Nichilismo giuridico* (Laterza 2005, Prefazione al testo dal titolo “*Un libro ancora da scrivere*”, pagg. V-VIII), che considera il diritto “positivo” un diritto “posto”, perché non imita né rispecchia un diritto sovrastante ma è ripiegato in sé e da sé non può uscire dal momento che “le norme sono prodotte” ed “al pari di ogni merce offerte ai consumatori, usate, logorate, sostituite”. Per una visione meno pessimistica cfr. M. BARCELLONA, *Critica del nichilismo giuridico* (Torino 2006, 291 ss.), secondo il quale invece il diritto moderno ha un proprio progetto capace di darsi una propria specifica e dignitosa identità.

<sup>4</sup> Al riguardo è doveroso il richiamo alla legge 20 maggio 1970 n. 300 in relazione al quale i primi autorevoli commentatori hanno osservato che essa ha eliminato <quel clima poliziesco ed autoritario che si era instaurato in molte aziende> e che, oltre a contrastare i principi proclamati dalla Costituzione a garanzia dei diritti individuali dell’uomo, ha anche costituito una palese offesa alla dignità del lavoratore ed alla sua personalità (così D. NAPOLETANO, *Lo statuto dei lavoratori*, Liguori Editori, Napoli 1971, 27). Per l’assunto che lo statuto dei lavoratori ha nel nostro ordinamento rappresentato una disciplina senza precedenti in quanto i poteri di controllo dell’imprenditore sulla “persona del lavoratore”, come aspetto specifico del potere direttivo, si erano sottratti all’attenzione del legislatore vedi : T. TREU, *Statuto dei lavoratori*, in *Enc. dir.*, vol. XLIII, Milano 1051-1053, ed in termini analoghi L. MENGONI, in *Introduzione al Titolo I*, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori*,

costretto ad approcciarsi con un ordinamento complesso a più livelli, nel cui ambito si inserisce una legislazione di “disinvolta tecnicità”, lacunosa, ambigua, come tale responsabile in buona misura anche di una giurisprudenza “anarchica”, “ballerina”, “creatrice”, e non di rado anche “strabica” perché ideologicamente condizionata<sup>5</sup>.

2. Il descritto declino del diritto deve in qualche misura farsi risalire alla moltiplicazione delle fonti normative ed alla difficile compatibilità in molti settori tra norme interne e norme di diritto europeo stante la diversa disponibilità dei singoli Paesi a rinunciare ad una parte della propria sovranità. Dal che conseguono effetti pregiudizievole in termini di certezza del diritto<sup>6</sup>, per essere l'ordinamento europeo incentrato, come si è detto, su più livelli, e per di più correlato ad una legislazione interna anche essa di difficile lettura, tale pertanto da determinare consistenti dubbi interpretativi segnatamente sulla regolamentazione del rapporto lavorativo in sede di recesso<sup>7</sup> e, più in generale, sulla

---

diretto da U. PROSPERETTI, Milano 1975, 30, secondo cui l'idea di fondo del legislatore del 1970 collima con quella del legislatore costituente, per il quale i fattori della produzione non possono essere organizzati da chi assume l'iniziativa economica senza esercitare un potere di comando anche se in un ordinamento democratico il principio di autorità, irriducibilmente inerente all'iniziativa imprenditoriale, deve coordinarsi con il principio di libertà, in cui si compendia la totalità dei valori propri della persona umana.

<sup>5</sup> Sull'ordinamento complesso, sulla crisi della legalità e sul ruolo creativo della giurisprudenza cfr. da ultimo per tutti : L. FERRAJOLI, *Argomentazione interpretativa e argomentazione equitativa contro il creazionismo giurisprudenziale*, in *Interpretazione conforme. Bilanciamento dei diritti e clausole generali* a cura di G. BRONZINI e R. COSIO, Milano 2017, 179-184, che - nel denunciare la reciproca interferenza tra i poteri dello Stato ed il superamento del modello illuminista disegnato dal Montesquieu sulla separazione dei poteri - critica il <compiacimento della teorizzazione della creatività della giurisprudenza, poco importa se basata sulla sua raffigurazione Kelseniana come attività puramente volitiva, o su quella ermeneutica come concretizzazione della legge, o su quella principialista come ponderazione anziché come applicazione di norme, o su quella neopandettistica come concreta vita del diritto, o su quella realista come realtà effettuale o semplicemente come inevitabile supplenza richiesta dal dissesto della legalità>.

<sup>6</sup> Sul principio della certezza del diritto con particolare riferimento al diritto del lavoro cfr. da ultimo G. VIDIRI, *La certezza del diritto tra <positivismo giuridico> e <giusnaturalismo>*, in AA. VV., *Interpretazione conforme cit.*, 3 e ss. e spec. pagg. 10-13, ed in precedenza, ID, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro e nelle relazioni sindacali*, in *Mass. giur. lav.* 2014, 632 e ss..

In argomento - oltre alla doverosa lettura di F. LOPEZ DE ONATE, *La certezza del diritto*, che si legge nella collana “*Civiltà del diritto*” diretta da F. MERCADANTE, contenente alcuni testi classici del sapere giuridico, Milano 1968 - cfr. più di recente : G. COSTANTINO, *Il principio di affidamento tra fluidità delle regole e certezza del diritto*, in *Riv. dir. proc.* 2011, 1073 e ss., nonché - seppure con riferimento alle clausole generali, causa sovente di letture contrastanti - N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016, 9, che evidenzia puntualmente la difficoltà dei giudici di sussumere le singole fattispecie nell'ambito applicativo delle suddette clausole, che <hanno aperto una falla, uno squarcio rovinoso in cui precipita ogni forma di soggettivismo>; e da ultimo M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano 2016, 399-413, che, nel negare alla giurisprudenza la qualifica di fonte del diritto e nel rimarcare - pure a fronte di principi o di clausole generali - l'impossibilità di sovvertire il rapporto fra interpretazione del giudice e nomopoiesi privilegia sul piano applicativo il principio della certezza del diritto, precisando al riguardo come né il dispositivo né la motivazione possano contenere l'enunciazione di alcuna norma nuova

<sup>7</sup> E' stato affermato da più parti che dopo la legge Fornero l'incertezza e l'imprevedibilità dell'esito delle controversie si sono accresciute a seguito dell'attribuzione al giudice di un inedito e non gradito <potere-dovere di scelta discrezionale> - privo di alcun parametro oggettivo - fra <mera infondatezza> e <manifesta infondatezza> delle ragioni poste a base del recesso (così S. MAGRINI, *Quer pasticciaccio brutto dell'art. 18*, in *Arg.*

regolamentazione delle relazioni industriali, in ragione anche di un linguaggio non veritiero<sup>8</sup>.

Non può negarsi infatti che nell’ambito del diritto privato proprio nel settore giuslavoristico si assista ora con maggiore frequenza ad un proliferare di leggi prive di progettualità, volte spesso unicamente all’acquisizione di facili ed immediati consensi, e per di più indecifrabili nei contenuti e nei valori di supporto anche perché articolate in una pluralità di disposizioni, spesso sovrapponibili (se non in palese contraddizione) tra loro.

**3.** La veridicità di quanto detto è agevolmente dimostrabile attraverso l’esame di quello che può considerarsi, per le numerose e radicali innovazioni introdotte, un <nuovo diritto del lavoro> che, iniziato con la legge 28 giugno 2012 n. 92 (cosiddetta legge Fornero), è stato seguito dai diversi decreti del Jobs Act, che hanno innovato l’assetto normativo precedente e ridotto drasticamente le tutele del lavoratore, limitandone la libertà e la dignità.

Invero, più della legge Fornero, sono stati i numerosi interventi normativi del Jobs Act a determinare un graduale smantellamento delle tutele del lavoratore e delle stesse organizzazioni sindacali, con un conseguente avvicinamento dei contratti di lavoro ai contratti di scambio a contenuto patrimoniale, con l’effetto di una progressiva <spersonalizzazione> del rapporto di lavoro.

Più specificamente l’art. 3 del d. lgs. 15 giugno 2015 n. 81 nel modificare il disposto dell’art. 2103 c.c. in materia di <equivalenza delle mansioni>, unitamente all’art. 3 del d. lgs. 4 marzo 2015 n. 23 nel disciplinare il licenziamento per giustificato motivo e giusta causa in tema di contratto di lavoro a tempo indeterminato “a tutele crescenti”, hanno ampliato notevolmente - mediante un non equilibrato bilanciamento dei diversi diritti coinvolti - i poteri direttivi del datore di lavoro con una più accentuata flessibilità sia nella gestione del rapporto lavorativo<sup>9</sup> che in sede di sua cessazione<sup>10</sup>. Ed a tali deludenti risultati

---

*dir. lav.* 2012, I, 535 ss., che ha evidenziato, in modo succinto e nello stesso tempo chiaro, tutti i molti punti della legge 2012 n. 92 suscettibili di severa critica, cui *adde* sulla suddetta legge *ex plurimis*: P. SORDI, C. PAPETTI, A. PALLADINI, G. MIMMO, I. FEDELE, L. DI PAOLA, in *La riforma del lavoro*, Milano 2013.

<sup>8</sup> E’ noto che le relazioni industriali vengono disciplinate da regole (contrattuali o legali) spesso oggetto di acceso dibattito come è stato provato dalle numerose riserve che sono state mosse sul disposto dell’art. 8 della l. 14 settembre 2011 n. 148 e sulla disarticolazione e scomposizione dei contratti collettivi nazionali in contratti nazionali e contratti aziendali (o di prossimità), destinati questi ultimi, specialmente nelle imprese di grandi dimensioni, a convivere con i primi (in tali sensi cfr. *amplius* G. VIDIRI, *Clausole generali e certezza del diritto* cit., par. 6, cui *adde* con specifico riferimento alla contrattazione a doppio livello: ID., *L’art. 8 della legge n. 148 del 2011: un nuovo assetto delle relazioni industriali?*, in *Riv. it. dir. lav.* 2013, 109 ss.; V. LECCESE, *Il diritto sindacale al tempo della crisi*, in *Gior. dir. lav. rel. Ind.*, 2012, 479 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Prime valutazioni e questioni di legittimità costituzionale dell’art. 8 della legge n. 148 del 2011*, in *Arg. dir. lav.* 2011 19 e ss..

<sup>9</sup> Per l’assunto che la posizione del lavoratore ha subito a seguito del d. lgs. n. 81 del 2015 un sostanziale peggioramento a seguito dell’abbandono del criterio legale della “equivalenza delle mansioni” e della sua sostituzione con un sistema classificatorio per aree perché ciò importa una svalutazione contenutistica delle

si è pervenuti - è bene ribadirlo ancora una volta – attraverso una pluralità di norme “mal fatte”, che oltre ad accrescere il contenzioso e conseguentemente la lunghezza dei processi, configurano una minaccia al principio della certezza del diritto, con dirette e gravi ricadute negative sul tessuto socio-economico del Paese anche in termini di investimenti e quindi di occupazione<sup>11</sup>.

In questo nuovo assetto ordinamentale è destinato a crescere il travaglio dei difensori di quanti intendono far valere i diritti riconosciuti al cittadino come <lavoratore> e come <persona>. Costoro infatti - oltre a doversi muovere tra un ginepraio di fonti normative (statali ed europee), di leggi, regolamenti, direttive e precetti di diverso genere e natura – devono anche misurarsi con le insidie di un processo, che attende ancora che l'intero disposto dell'art. 111 Cost. non abbia soltanto una funzione evocativa ma trovi invece una compiuta e pronta attuazione al fine di non rimanere <ingiusto> sino a quando non si riceva, in tempi <ragionevoli>, giustizia da un giudice <terzo> e <imparziale><sup>12</sup>.

---

prestazioni lavorative con l'effettivo pericolo che possano essere vanificati in buona misura i valori della professionalità vedi : G. VIDIRI, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act : una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. dir. lav.* 2016,479. Per puntuali considerazioni sulla vigente normativa sulle mansioni cfr. tra gli altri G. IANNIRUBERTO, *Ius variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, in *Mass. giur. lav.* 2016,260 ss.; F. AMENDOLA, *La nuova disciplina delle mansioni nel d. lgs n. 81/2015*, in *Dir. lav. merc.*,2015, 489 ss.; C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino 2015. , nonché S. BINI, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.* 2015, 1256, che precisa come a venire in rilievo con l'esame del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. sia tutta la dimensione assiologia della disciplina lavorativa.

<sup>10</sup> Il d. lgs n. 23 del 2015 introduce nel nostro ordinamento una nuova tipologia di contratto, che è stato nominato contratto di lavoro a tempo indeterminato “a tutele crescenti”, con un linguaggio che risulta “irridente” perché nasconde, con uno studiato gioco di parole, la triste realtà di un sostanziale ridimensionamento del precedente apparato normativo posto a garanzia del lavoratore e perché consente il licenziamento disciplinare sulla base della sola presenza di un qualsiasi <fatto materiale> dannoso per il datore di lavoro, senza assegnare alcun rilievo all'elemento soggettivo e relegando inoltre la tutela reale solo ad ipotesi residuali.

<sup>11</sup> Ha osservato M WEBER, *Storia economica. Linee di una storia universale dell'economia e della società*, Roma 1993, 298, che l'economia capitalistica ha bisogno di un <diritto che possa calcolarsi in modo simile ad una macchina>. Per un analoga opinione cfr. N. IRTI, *Codice civile e società politica*, Bari 1995, 22, secondo cui occorre una <matematica delle azioni> affinché ciascun soggetto del rapporto economico sia posto in grado di calcolare il comportamento degli altri e di valutare vantaggi e svantaggi della scelta da operare, cui *adde* in argomento *amplius* : ID., *Un diritto incalcolabile*, Torino 2016.

<sup>12</sup> Nella rete soffocante di privilegi ed ingiustizie - spesso sommerse e destinate a rimanere per sempre nascoste - che avvolgono il nostro Paese, un noto costituzionalista nel rivolgere la sua attenzione sui “giudici ingiudicabili” ha osservato : che nella magistratura si riscontra “il vizio di ogni sistema autoreferenziale, dove l'autonomia degenera in separatezza, la separatezza in arbitrio, l'arbitrio, in impunità generalizzata”; ha rimarcato poi che “questo vizio abita anche nella cittadella giudiziaria, sia pure in nome del principio costituzionale che sancisce l'autogoverno della magistratura”; ed ha, infine, scritto in continuità : “Chi giudica i giudici? I giudici medesimi attraverso il C.S.M.”(così M. AINIS, *Privilegium. L'Italia divorata dalle lobby*, Milano 2012, 37-38, il quale aggiunge che la giurisprudenza domestica spara sempre a salve e questo vale pure per la responsabilità civile delle toghe).

Né la denunciata situazione di autoreferenzialità, di separatezza e talvolta di sostanziale irresponsabilità della magistratura è venuta meno a seguito dell'entrata in vigore della legge n. 18 del 2015 (sulla quale vedi da ultimo anche per riferimenti dottrinari e giurisprudenziali in merito : C. COSENTINO, *Indipendenza del magistrato e responsabilità civile*, in *Nuova giur. civ. comm* 2017, 1098 ss.) che, nell'emendare il testo della legge Vassalli, non ha fatto venir meno i denunciati inconvenienti, non valendo a tal fine né la improponibilità dell'azione diretta nei

Quanto ora detto spiega - soprattutto in quei casi in cui vengono in contrasto due o più diritti a copertura costituzionale - le ragioni che conducono ad una dilagante incertezza derivante da un mutevole soggettivismo giudiziario in sede decisionale, che impedisce sovente la formazione di approdi giurisdizionali affidabili e resistenti nel tempo e che, quindi, non agevola la magistratura di legittimità nell'esercizio della sua istituzionale funzione nomofilattica.

Il presente scritto non ha certo la presunzione di affrontare, né tanto meno di risolvere, tutte le numerose problematiche scaturenti dalla intera lettura del già citato art. 3 del d. lgs n. 23 del 2015 (avente ad oggetto il “licenziamento per giustificato motivo e giusta causa”) ma solo quello di limitarsi ad alcune riflessioni- meritevoli certo di ulteriori affinamenti- sull'istituto del licenziamento per ragioni economiche in ragione della sua obiettiva rilevanza.

Non può al riguardo dubitarsi che la regolamentazione del suddetto istituto comporti in sede applicativa il non agevole compito della interpretazione di una norma – quale quella dell'art. 41 Cost – non agevolmente decifrabile e che per tale motivo presenta il pericolo di condizionamenti di natura ideologica, culturale o politica nella individuazione, in sede decisionale, di un equo bilanciamento tra due contrapposti diritti a copertura costituzionale : quello alla libertà di impresa e quello alla conservazione del posto di lavoro<sup>13</sup>.

4. In tema di licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo dipendente da ragioni di carattere economico, si riscontrano da tempo opinioni differenziate per quanto attiene agli elementi richiesti per riconoscerne la legittimità.

Ed invero, un primo indirizzo ha già in passato statuito che il suddetto licenziamento va giustificato sulla base della necessità di far fronte a spese di notevole entità o a “sfavorevoli situazioni dell'impresa che non siano meramente contingenti e che inoltre influiscano negativamente in modo rilevante sull'attività produttiva”<sup>14</sup>.

---

confronti del giudice, né tanto meno l'aumento del *quantum* della rivalsa dello Stato nei suoi confronti, potendosi invece con maggiore efficacia incidere su quelli ritenuti tuttora ingiusti privilegi con “l'esternalizzare”, ad esempio, la funzione disciplinare, separare le carriere tra pubblici ministeri e giudici e, conseguentemente, procedere alla costituzione di due distinti Consigli Superiori ( cfr. per simili considerazioni e per l'indicazione di radicali riforme ritenute necessarie per garantire la imparzialità e la terzietà del giudice : G. VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 2012, 1204 ss., e più di recente ID., *La certezza del diritto* cit. 31 ss.).

<sup>13</sup> Cfr. da ultimo sul bilanciamento dei diritti per tutti G. BRONZINI (*Il bilanciamento nella giurisprudenza : come bilanciare la sovranità popolare?*, in AA. VV. *Interpretazione conforme* cit., pagg. 147-160), L. TRIA (*Brevi osservazioni sul bilanciamento nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, *ivi*, 201-224 ), R. CONTI (*Il bilanciamento come nuova frontiera dell'attività giudiziaria*, *ivi*, 225-245); G. ALLEGRI (*Il bilanciamento tra autonomia e solidarietà per un nuovo modello sociale europeo. Uno spunto costituzionalistico in tempi di crisi*, *ivi*, 283-302).

<sup>14</sup> Cfr. Cass. 10 maggio 1986 n. 3127, secondo cui, una volta accertata l'effettiva necessità della contrazione dei costi in un determinato settore di lavoro, ogni risparmio che sia in concreto attuabile deve mostrarsi in diretta

Indirizzo questo che ha trovato di recente supporti in articolate argomentazioni secondo cui per la legittimità del licenziamento economico risultano sempre necessarie oltre, come ricordato, una “sfavorevole situazione economica”<sup>15</sup>, anche “l’effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo”, dovendosi però escludere comunque la legittimità del recesso datoriale nel caso in cui si sia agito in via strumentale unicamente per perseguire un profitto mediante un abbattimento del costo di lavoro<sup>16</sup>.

All’indicato indirizzo si è contrapposto un diverso orientamento che – sulla base di una lettura del combinato disposto dei primi due commi dell’art. 41 Cost. – riconosce all’imprenditore, come capo dell’impresa (art. 2082 c.c. ), una maggiore libertà nella gestione dell’azienda.

In questa ottica si è poi affermato che le ragioni inerenti alle esigenze produttive ovvero all’assetto organizzativo e strutturale dell’impresa possono, a vario titolo, legittimare il licenziamento individuale ai sensi dell’art. 3 della l. 15 luglio 1966 n. 604 anche in quei casi in cui la scelta datoriale non è stata determinata dalla volontà di fronteggiare una grave crisi aziendale ma invece da un reale e serio intento di incrementare la produzione o eliminare il pericolo di ridurre per il futuro i risultati vantaggiosi già ottenuti<sup>17</sup>.

---

connessione con tale necessità tanto da risultarne oggettivamente giustificato. Negli stessi sensi in precedenza anche : Cass. 2 febbraio 1983 n. 903.

<sup>15</sup> Così fra le altre Cass. 24 giugno 2015 n. 13116; Cass, 16 marzo 2015 n.5173; Cass. 26 marzo 2011 n. 7006; ed ancora Cass. 2 ottobre 2006 n. 21282, in *Guida al lavoro* 2006, 48, 30, che ha ritenuto legittimo il licenziamento individuale in presenza di una soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto cui era addetto il lavoratore licenziato, sempre però che risulti effettivo e non pretestuoso il riassetto organizzativo dell’impresa e senza che necessiti anche la soppressione di tutte le mansioni in precedenza assegnate al lavoratore licenziato, ben potendo le stesse essere solo diversamente ripartite ed attribuite ad altri colleghi..

<sup>16</sup> Vedi *ex plurimis*: Cass. 21 luglio 2016 n. 15082, per l’illegittimità di un licenziamento di un lavoratore non giustificato da un effettivo mutamento della organizzazione tecnico-produttiva, ma disposto per sostituirlo con un altro meno retribuito ancorchè addetto alle medesime (o sostanzialmente equivalenti) mansioni; ed in precedenza Cass. 1 luglio 2016 n. 13618.

<sup>17</sup> 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 di lavoro nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, ed in *Lav. e 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 decisione del giudice d’appello che aveva ritenuto l’illegittimità del licenziamento per l’assenza della prova della crisi aziendale, statuendo il principio che costituisce legittima causa di risoluzione del rapporto di lavoro la valutazione - insindacabile se non pretestuosa - dell’imprenditore che ritenga di sostituire personale meno qualificato con altro più dotato professionalmente, essendo sottratto al controllo giudiziale il fine di conseguire un arricchimento e di ottenere comunque un vantaggio per la sua azienda, e, dunque, per l’intera comunità dei lavoratori, cui *adde* con analoga motivazione 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 perseguimento di un incremento di profitto attraverso modifiche organizzative volte a raggiungerlo) sicchè va ritenuto sussistente il giustificato motivo oggettivo consistente nella “terziarizzazione” dei servizi cui era addetta la lavoratrice licenziata; Cass. 3 maggio 2017 n. 10699, che reputa legittimo il recesso giustificato dal fine di migliorare l’efficienza gestionale ovvero l’incremento della redditività dell’impresa attraverso una riorganizzazione del personale o una ristrutturazione aziendale operata dall’imprenditore, le cui scelte non possono essere valutate sul versante della

L'esigenza di proseguire nell'*excursus* argomentativo con la necessaria chiarezza rende opportuna una premessa metodologica volta a rimarcare come la problematica in esame imponga dapprima una interpretazione della clausola generale dell'art. 3 l. m. 604/1966 (“licenziamento per giustificato motivo”), in conformità degli standards normativi dettati dall'art. 41 Cost., per misurare poi la tenuta di una tale interpretazione a fronte dei principi del diritto europeo.

Percorso questo destinato a risultare particolarmente impervio e scivoloso per chi è chiamato a definire i limiti dell'applicabilità della nozione di “giustificato motivo di licenziamento” al recesso disposto per ragioni economiche non solo per l'incertezza scaturente dalle norme interne, ma anche in ragione di lacune e di principi non sempre chiari del diritto sovranazionale.

Ed un ulteriore impedimento al raggiungimento di un diritto europeo di “ragionevole stabilità” è rappresentato dai c.d. controlimiti, vere e proprie barriere sollevate da ciascuno Stato per evitare l'ingresso di principi ritenuti estranei ai valori fondanti della propria Costituzione o al proprio assetto ordinamentale<sup>18</sup>.

Al riguardo non può trascurarsi di rimarcare come le stesse Alte Corti dell'Unione europea risultino non di rado in tensione con la politica, volta a garantire comunque margini di sovranità statali reputati irrinunciabili tanto da creare zone di oscurità ed ambiguità, ostacolando in tal modo il formarsi di un “diritto vivente” e di una “nomofilachia europea”<sup>19</sup>.

---

loro congruità ed opportunità dal giudice, dovendo l'esame di quest'ultimo limitarsi solo ad accertare la effettiva esistenza delle ragioni organizzative e produttive.

In dottrina in adesione a quest'ultimo indirizzo da ultimo : G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.: Il licenziamento per motivi economici e “repechage” dopo il Jobs Act*, in *Corriere giur.* 2017, 659 ss.

<sup>18</sup> Per la difficoltà che la formazione di un ordinato diritto sovranazionale incontra a seguito delle decisioni delle Corte Costituzionali dei diversi Paesi dell'Unione cfr. più ampiamente S. CASSESE. *Dentro la Corte. Diario di un giudice costituzionale*, Il Mulino, 2015, 315-319, il quale rileva come le due Corti, quella italiana e quella tedesca, si siano mosse in due direzioni opposte <quella italiana nella direzione di trarre dai vincoli comunitari limiti alla sovranità interna ed all'esercizio dei poteri pubblici, quella tedesca nella direzione di trarre dalla Costituzione tedesca limiti ai poteri degli organi comunitari> (così p. 318).

Su un piano più generale a quello che è stato definito diritto eurounitario ostano le antinomie tra le fonti normative stante le perduranti riserve mosse in dottrina e riscontrabili anche in giurisprudenza sui tre tradizionali criteri ordinatori di tali rapporti : cronologico, gerarchico nonché della separazione delle competenze ( per una esauriente critica a ciascuno di tali criteri vedi da ultimo: M. LUCIANI, *op. cit.*, 442-445).

<sup>19</sup> Cfr. al riguardo : G. VIDIRI, *La certezza del diritto* cit., 16-19, che rimarca anche come pericoli di condizionamenti di natura politica e di incertezza ed ambiguità delle norme siano riscontrabili in un ordinamento complesso a più livelli, come emerge anche dalla composizione della Corte di Giustizia che - nel prescrivere la nomina di un giudice per ogni Stato membro e di nove avvocati generali - dispone che questi siano nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri, previa consultazione di un apposito Comitato (previsto dall'art. 255 del T.F.U.E.), deputato a dare i pareri sull'adeguatezza dei candidati, introducendo con tale normativa una procedura in cui non sono estranee, nella scelta dei singoli Paesi, ragioni di natura politica.

5. L’art. 41 Cost. è stata redatto all’esito di un acceso dibattito – avvenuto in sede di III Sottocommissione dell’Assemblea Costituente su due distinti articoli (37 e 39), espressivi di due diverse opinioni dell’attività economica, che riflettevano due opposte opzioni culturali e politiche circa la qualificazione dell’iniziativa economica e la dimensione ed operatività dell’intervento statale. Il testo definitivo della norma è stato aspramente criticato per la sua “pericolosa genericità” dovuta alla impossibilità di coniugare la due tesi su cui si era discusso: l’una volta a configurare l’attività economica come interamente finalizzata alla realizzazione di scopi sociali, l’altra invece deputata a riconoscere l’iniziativa privata come libera e con il solo limite di non arrecare il danno alla collettività<sup>20</sup>.

Nell’esaminare il contenuto e la portata valoriale dell’ora vigente art. 41 Cost. si è in dottrina affermato : che della suddetta norma è mancata “una chiave di lettura unitaria” perché è prevalsa la sempre dominante tradizione della nostra cultura giuridica di leggere la Costituzione con gli occhiali della ideologia<sup>21</sup>; che il precetto costituzionale in esame presenta per l’interprete le medesime difficoltà delle clausole generali (di cui agli artt. 2119 c.c. e 3 l. n. 604 del 1966), perché tale precetto per la sua indeterminatezza non è idoneo a definire con chiarezza i confini entro i quali può esercitarsi liberamente l’iniziativa economica privata dell’imprenditore<sup>22</sup>; che nel dato letterale della disposizione si scorge inoltre una “irriducibile poliedricità” nell’applicabilità della nozione di “utilità sociale” a due

---

<sup>20</sup> Per una compiuta sintesi del dibattito svoltosi in sede di Assemblea Costituente che ha preceduto la stesura del testo vigente dell’art. 41 cfr. R. NIRO, *sub art. 41 Cost. del Commentario della Costituzione*, a cura di R. BIFULCO – A. CELOTTO- M. OLIVETTI, Torino 2006,848-850, la quale evidenzia tra l’altro che con il superamento degli iniziali articoli redatti in sede di Sottocommissione si sia operata dal Costituente una scelta in favore del riconoscimento della 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 corrispondenti al non contrasto con la sicurezza, la libertà, la dignità umana ma soprattutto con l’utilità sociale (secondo comma)”. Da ultimo anche per riferimenti al dibattito tenutosi in sede di Assemblea Costituente cfr. G. VIDIRI, *Art. 41 Cost. cit.*, 660-662.

<sup>21</sup> Sul punto cfr. F. GALGANO, in F. GALGANO- S. RODOTA’, *Rapporti economici*, tomo II, in *Commentario della Costituzione* (art. 41-44), a cura di G. BRANCA, Bologna-Roma 1982, 40, che ha 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 praticato e teorizzato in altre realtà storiche e nazionali, ed anche letto in versione di socializzazione dei mezzi di produzione e come la sola “strada maestra” per la costruzione del socialismo.

<sup>22</sup> In tema cfr. più ampiamente G. VIDIRI, *L’art. 41 Cost. cit.*, 665, che precisa anche come le difficoltà interpretative siano ricollegabili anche alla lettura data dal giudice delle leggi del combinato disposto dei primi due commi dell’art. 41 Cost. perché è arduo desumere dalle pronunce della Corte Costituzionale una nozione di “utilità sociale” ben definita anche in ragione della varietà dei fini di volta in volta ritenuti idonei a configurare la predetta “utilità sociale”. Sui diversi significati suggeriti per riempire di contenuto la formula “utilità sociale” vedi R. NIRO, *op. cit.*, 854, che vi ravvisa un “principio valvola” che consente “l’adattamento dell’ordinamento al mutare dei fatti sociali” o anche un “concetto di valore” intriso di giustizia sociale e che sul punto ricorda anche l’opinione di C. MORTATI ( che ravvisava nella formula in oggetto l’esigenza di raggiungere “i massimi livelli occupazionali” ponendo a fondamento del suo assunto una lettura del testo costituzionale volto a congiungere in maniera sistematica l’art. 41 con l’art. 4 Cost.”), nonché la nozione utilitaristica di J. BENTHAM (corrispondente alla “maggiore quantità di benessere per il maggior numero possibile di uomini”)

distinti campi applicativi , costituiti ora dai rapporti dell’unità produttiva ora dalla sua attività prodotta all’esterno<sup>23</sup>.

Al fine di definire l’effettivo ambito di operatività del rapporto tra il primo ed il secondo comma dell’art. 41 Cost. si è pure rilevato come sia necessario mettere a confronto testi giuridici diversi attraverso quella che è stata definita interpretazione conforme , perché configura un procedimento ermeneutico (letterale e teologico) attraverso il quale le norme del diritto interno si rendono conformi alle norme sovranazionali<sup>24</sup>.

In tale ottica una lettura dell’art. 41 Cost. rispettosa del diritto comunitario induce a prendere atto che si è ormai giunti a livello normativo all’affermazione del principio secondo il quale l’iniziativa economica va garantita come presupposto imprescindibile di un sistema economico funzionale alle esigenze delle domande di mercato, con la conseguenza che l’intervento legislativo nella materia non può condizionare le scelte imprenditoriali in modo così incisivo da determinare “ la funzionalizzazione dell’attività economica” o più in generale la limitazione in rigidi confini dello spazio operativo dell’attività imprenditoriale<sup>25</sup>.

Né può tralasciarsi di evidenziare come per la giurisprudenza comunitaria la libertà di impresa abbia una portata molto ampia riguardando in modo esteso l’esercizio dell’attività imprenditoriale intesa sia come libertà di esercitare una attività economica o commerciale, sia come libertà contrattuale, sia infine come libertà di svolgere una attività di libera concorrenza. Al riguardo si è precisato che la Corte di Giustizia ha costruito l’attività di impresa come esercizio di attività economica personale, che va conservata nella sua forma

---

<sup>23</sup> In tali termini cfr. A BALDASSARE, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. dir.*, vol. XXI, Milano 1971, 603, secondo cui il concetto di “utilità sociale” ha l’effetto di produrre anche una vera e propria “bipolarità semantica”, il cui referente oggettivo si identifica nella soddisfazione di bisogni imputabili, in un caso, ai lavoratori dipendenti , e nell’altro, all’intera società o, più precisamente, a quel gruppo o a quel soggetto che nella singola fattispecie si presenta come investito dell’interesse sociale.

<sup>24</sup> Cfr. sul punto G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.* cit., 666-677, secondo cui 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 allo scopo 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 eurounitario”.

Per la definizione di ogni tipo di interpretazione conforme (al diritto costituzionale, euro unitario ed internazionale) cfr. : M. LUCIANI, *op. cit.* 445 ss , che la identifica nell’obbligo di desumere, dalle norme di una fonte, interpretazioni che siano in armonia con l’interpretazione desunta dalle norme di altra fonte, che sta con la prima in uno specifico rapporto condizionante, al fine di soddisfare esigenze di unità e coerenza inter o infraordinamentale, cui si unisce quella di conservazione degli atti giuridici (così pag. 447).

<sup>25</sup> Sostanzialmente in questi termini cfr. Corte cost. n. 548 del 1990, in *Giur. cost.* 1990, 3147, e tra le altre Corte cost. n. 339 del 2001, *ivi*, 2001, 2900.

In dottrina per una condivisione degli enunciati del giudice delle leggi ed anche per un quadro ricostruttivo delle diverse opinioni sulla natura e portata dell’art. 41 e per riferimenti ai progetti di riforma di detto articolo vedi : F. ANGELICI, *Costituzione e 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..

“pura” come “potere di libertà”<sup>26</sup>, arrivando in tal modo ad affermare che si sono compressi in modo precostituito gli stessi diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche<sup>27</sup>.

E in linea con quanto prescritto dell'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali la giurisprudenza di legittimità - nel rispetto del diritto dell'Unione, dei principi valoriali di cui all'art. 41 Cost. e della legislazione interna - ha poi nella realtà fattuale più volte ribadito la legittimità del licenziamento individuale per ragioni economiche in tutti quei casi in cui l'imprenditore esercita i suoi poteri di gestione e di riorganizzazione dell'azienda procedendo, ad esempio : alla soppressione del posto o del reparto cui è addetto il singolo lavoratore licenziato<sup>28</sup>; al licenziamento per ragioni inerenti all'attività produttiva nel cui ambito rientra il riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'azienda<sup>29</sup>; ad una suddivisione delle mansioni - in precedenza assegnate al lavoratore licenziato - tra il personale rimasto in servizio, al fine di una più economica ed efficiente gestione dell'impresa<sup>30</sup>; al licenziamento c.d. tecnologico nel quale la soppressione nel 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, di reparti, o settori produttivi dell'azienda<sup>31</sup>

---

<sup>26</sup> Cfr. al riguardo 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), che 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 nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2009, II, 3 ss..

In dottrina : per C. MALBERTI, *sub art. 16*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Le fonti del diritto italiano*, a cura di R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA , F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI, Milano 2017, 314-315, il fenomeno imprenditoriale potrebbe considerarsi espressione dell'intenzione, dei redattori della Carta dei diritti fondamentali, di aderire ad un preciso sistema economico, a ciò inducendo anche il richiamo contenuto nelle Spiegazioni al primo e al terzo comma dell'art. 119 Tr. FUE – in cui si fa riferimento ad una “economia di mercato aperta e in libera concorrenza” - suscettibile di essere letto come una implicita adesione dell'art. 16 CDFUE ad un modello economico ispirato ai valori liberisti. Per R. COSIO, *Libertà d'impresa e tutela dei lavoratori nei licenziamenti collettivi*, in *Mass. giur. lav.* 2017, 584 ss., la decisione della Corte di Giustizia UE 21 dicembre 2016, C-201/15, avente ad oggetto la libertà di stabilimento, ha rilevato che l'interpretazione dell'art. 49 del TFUE deve essere condotta alla stregua di quanto prescritto dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali e sulla base di un equilibrato bilanciamento tra le finalità economiche e quelle sociali e tenendo conto delle specifiche circostanze concrete che le singole fattispecie sollevano nei diversi Paesi dell'Unione.

<sup>27</sup> Per R. NIRO, *op. cit.*, 852-853, stante l'effetto del pieno riconoscimento del comma primo dell'art. 41 Cost., si tende ora a neutralizzare non solo le indicazioni di cui al terzo comma ma anche quelle di cui al secondo comma inerenti ai limiti dell'iniziativa economica privata. Per una chiara sintesi delle diverse opinioni relative all'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.

<sup>28</sup> Così Cass. 14 luglio 2005 n.14815 in *Mass. giur. lav.* , 2005, 939, con nota di C. TIMELLINI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo , stabilità reale e contratto a termine*.

<sup>29</sup> Così Cass. 30 novembre 2010 n. 24235.

<sup>30</sup> Così Cass. 28 settembre 2016 n. 19185 cit. .

<sup>31</sup> Sulla delocalizzazione all'estero di una impresa e di modifica della sua attività produttiva cfr. Cass. 24 febbraio 2012 n. 2874, secondo cui il nesso di causalità tra il recesso datoriale ed il riassetto organizzativo

In conclusione, l'evoluzione nel corso del tempo della giurisprudenza in ordine alla libertà di iniziativa economica induce ad affermare che tale libertà viene attualmente ad essere pienamente tutelata dal comma primo dell'art. 41 Cost. perché nel contratto tra l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro e quello del datore di lavoro a rinunciare ad unità lavorative non più funzionali alle esigenze dell'impresa, deve prevalere quest'ultimo interesse soprattutto in ragione dell'incremento della produzione che ne consegue, e con esso della occupazione. Dal che l'impossibilità di sindacare il merito delle scelte gestionali dell'imprenditore con riferimento alla indispensabilità o alla convenienza in senso economico della ristrutturazione, della riconversione o delle modifiche dell'apparato organizzativo dell'azienda per essere insito nel libero esercizio di ogni intrapresa economica il “rischio di impresa”.

Al giudice rimane, pertanto, consentito solo verificare la veridicità e la non pretestuosità della condotta datoriale attraverso un riscontro sul nesso di causalità, da intendersi come legame di coerenza e di stretta dipendenza tra esigenze imprenditoriali e recesso<sup>32</sup>

6. In materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo è da tempo consolidato il principio del c.d. *repechage*, consistente nell'obbligo del datore di lavoro di utilizzare il lavoratore anche in mansioni diverse rispetto a quelle in precedenza svolte, se reperibili in azienda, ponendosi a fondamento di tale indirizzo l'assunto che il licenziamento va considerato come *extrema ratio* oltre la quale non può spingersi il bilanciamento tra il diritto dell'imprenditore ad una libera iniziativa economica, da una parte, ed il diritto del lavoratore alla conservazione del posto, dall'altra<sup>33</sup>.

Sul versante processuale, con riferimento all'onere probatorio connesso all'obbligo del *repechage*, la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria, nel periodo antecedente al d.lgs. n. 81 del 2015 (modificativo dell'art. 2103 c.c.), hanno poi statuito che essendo il licenziamento,

---

aziendale non è automatico, dovendo la sua esistenza essere accertata e valutata alla stregua delle specifiche circostanze e modalità della fattispecie esaminata.

<sup>32</sup> Per quanto attiene ai limiti del sindacato sul licenziamento economico cfr. *amplius* G. VIDIRI, *Art. 41 Cost. cit.*, 666-669, il quale rileva anche che il nesso di causalità deve essere valutato comunque alla luce “delle regole tecniche di buona organizzazione” e non fondato invece su “analisi economiche di mercato prive di qualsiasi affidabilità” o contrarie al “principio di ragionevolezza” (in tali termini *op. cit.*, pag. 669). In argomento vedi di recente : G. SANTORO PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo “organizzativo” : la fattispecie*, nota a Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, in *Foro it.*, 2017, I, 123, secondo cui la selezione del livello occupazionale rimane libera non potendo la scelta imprenditoriale essere sindacata al di fuori dei confini stabiliti dal legislatore e non essendo affidato al giudice il compito di contemperare *ex post* interessi configgenti per stabilire quello prevalente se un tale potere non trova specifico riscontro nella legge. In termini simili da ultimo Cass. 15 febbraio 2017 n. 4015 cit.

<sup>33</sup> In giurisprudenza vedi al riguardo per tale indirizzo sull'obbligo di *repechage* : Cass., Sez Un., 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*; e più di recente tra le altre : Cass. 19 novembre 2015 n. 23698, in *Riv. giur. lav.* 2016, II, 182, con nota di F.S. GIORDANO, *Sui limiti dell'obbligo di repechage*.

come detto, una *extrema ratio*, incombe al datore di lavoro la prova della impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni differenti dalle precedenti.

A tale conclusione sono pervenute precisando che non è il solo datore di lavoro tenuto a fornire ad ogni costo “elementi utili” ad individuare in concreto la impossibilità di individuazione nell’azienda di posizioni lavorative equivalenti a quelle in precedenza svolte dal lavoratore licenziato, risultando indispensabile per tale individuazione una concreta collaborazione di quest’ultimo<sup>34</sup>.

Come è noto, il nuovo testo dell’art. 2103 c.c. ha rotto un argine che, ha a lungo resistito a difesa della professionalità e dignità del lavoratore, perché soltanto di recente con l’art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 si è ammesso espressamente, sia pure in presenza di alcuni presupposti, una modifica peggiorativa nel tempo delle mansioni assegnate al lavoratore, anche a costo di una possibile perdita o depauperamento della sua precedente acquisita professionalità<sup>35</sup>.

Il carattere spiccatamente innovativo della nuova disciplina assume rilevanza anche sul piano processuale perché priva di un qualsiasi fondamento la tesi, già in precedenza minoritaria, che addossa nel *repechage* sul solo datore di lavoro la prova sull’impossibilità di una diversa utilizzabilità del lavoratore in mansioni diverse da quelle in precedenza svolte.

A sostegno di quest’ultimo indirizzo si è di recente evidenziato che esso si basa sulla realistica impossibilità del lavoratore di segnalare le diverse e nuove mansioni da svolgere perché la piena e complessiva cognizione dell’organizzazione aziendale è prerogativa del

---

<sup>34</sup> In dottrina ha ritenuto che il bilanciamento dei diritti sia “espressione di un ragionevole compromesso”: M. PERSIANI, in *La tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del posto*, in G. MAZZONI—L. SANSEVERINO (diretto da), Padova 1971, II, 690. Sul punto cfr. ancora : ID., *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. dir. lav.* 2000, I, 21, per la precisazione che la funzione dell’art. 3 della l. 604/1966 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 legislativo poteva operare”. Su una problematica “quanto mai spinosa” – quale quella della prova del rispetto dell’obbligo di ricollocamento - cfr. di recente : V. MIRAGLIA, *La Corte di Cassazione ritorna sull’obbligo di repechage*, in *Giur. it.*, 2016, 2198-2199 nonché - specificamente per quanto attiene all’onere probatorio prima e dopo il Jobs Act - G. VIDIRI, *Art. 41 Cost. cit.*, 669-674, cui si rinvia per gli opportuni riferimenti dottrinari e giurisprudenziali sul tema.

<sup>35</sup> Rivela però puntualmente C. CESTER, *La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Giornale dir. lav. e rel. Ind.*, 2016, I, 167 ss., come spazi non trascurabili per una modifica peggiorativa si erano già aperti da tempo sia a livello normativo sociale (con i ben noti casi : della lavoratrice madre a salvaguardia della sua salute; del lavoratore divenuto inidoneo e tuttavia ancora recuperabile in altre mansioni; 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), sia a livello giurisprudenziale (in virtù di un orientamento della Corte di Cassazione che - scavalcando la inderogabilità della normativa sulle mansioni e rimodulandone le tutele sulla base della comparazione con interessi esterni alla norma stessa - ha ritenute legittime, peraltro su base consensuale, le modifiche peggiorative volte a garantire la conservazione del posto di lavoro, quasi si trattasse di un principio generale).

datore di lavoro<sup>36</sup>. A tale riguardo si è fatto espresso riferimento all'art. 3 l. n. 604/1966, il cui tenore – si è poi precisato – osta alla configurazione di un onere sostitutivo del lavoratore di allegare le diverse posizioni lavorative nelle quali egli può essere utilmente utilizzato<sup>37</sup>.

Di contro si è però addotto che è l'indicato carattere innovativo della novella sulle mansioni che attesta la inconfigurabilità dell'obbligo del *repechage*, o quanto meno la riduzione del suo ambito applicativo sul versante processuale. Si è così negato in radice il fondamento di quella giurisprudenza che ha posto a totale carico dell'imprenditore la prova della impossibilità di una utilizzazione del lavoratore in mansioni diverse da quella in precedenza svolte.

Opinione questa incentrata sulla lettera e la *ratio* dell'art. 3 d. lgs n. 81/2015, che comprovano la insussistenza del suddetto obbligo datoriale nel caso disciplinato dal primo comma della suddetta disposizione, in cui il licenziamento consegue ad obiettive ragioni economiche, che portano alla soppressione del posto di lavoro nell'ambito di posizione omogenee. In tale eventualità infatti non è consentito richiamarsi al *repechage* dal momento che altri posti di lavoro in cui potrebbe essere collocato il dipendente licenziato sono già occupati da suoi colleghi, sempre che ciò non nasconda però un intento discriminatorio ai danni del licenziato.

Ancora più consistenti ragioni si rinvengono per non addossare interamente sull'imprenditore l'onere probatorio nel caso di *ius variandi in peius* in ragione della lettera del secondo comma del citato art. 3, che con l'usare il “può” invece del “deve” comprova come, nell'assegnare al dipendente mansioni inferiori, il datore di lavoro eserciti un potere discrezionale<sup>38</sup>.

---

<sup>36</sup> Cfr. in tali sensi Cass. 18 giugno 1991 n. 4164, in *Notiz. giur. lav.* 1991, 488, cui *adde* di recente Cass. 13 giugno 2016 n. 12101 e Cass. Cass. 22 marzo 2016 n. 5592 (ambidue pubblicate in *Riv. giur. lav. e prev. soc.* 206, II, 302 ss., con nota adesiva di L. MONTEROSSO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repechage: nessun onere di allegazione*).

<sup>37</sup> Cfr. al riguardo Cass. 13 giugno 2016 n. 12101 e Cass. 22 marzo 2016 n. 5592 *citt.*, 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 sostitutive nelle quali può essere utilmente utilizzato.

<sup>38</sup> In tali termini cfr. *amplius* C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Torino 2015, 145-154, che precisa anche come la configurabilità del potere discrezionale nel datore di lavoro emerga dalla lettera della disposizione del terzo comma dell'art. 3 d. lgs n. 81/2015, 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. Ed ancora per una severa critica dell'indirizzo minoritario volto a rendere a seguito della recente novella sulle mansioni ancora più gravoso ai danni del datore di lavoro l'onere probatorio ai fini del “ripescaggio” del lavoratore licenziato il suddetto Autore rimarca con forza che quando si tenta di ampliare l'ambito entro il quale deve operare il suddetto “ripescaggio” del lavoratore nel licenziamento collettivo “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 imposta da alcuna norma, ma venendo ricavata in via interpretativa, secondo alcuni *praeter legem*, per cui cumulare creazioni a creazioni, se

Nè può trascurarsi di considerare che motivi di coerenza logico-istituzionale portano ad escludere che la novella sulle mansioni nel momento in cui ha inteso riconoscere maggiori spazi di flessibilità nella gestione del rapporto lavorativo all'imprenditore - legittimando l'assegnazione del lavoratore a ciascuna delle molteplici e diverse mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore (purchè rientranti nella medesima categoria legale), comprese quelle previste dalla contrattazione collettiva - abbia poi voluto addossargli interamente il *diabolico compito* di provare da solo l'inutilizzabilità del lavoratore licenziato in ciascuno delle molteplici mansioni di livello inferiore riscontrabili nell'azienda. E tutto questo senza una minima collaborazione da parte del lavoratore nell'indicazione del posto di lavoro che intende in concreto occupare e della nuove mansioni che voglia svolgere<sup>39</sup>.

Tanto meno vale in contrario addurre il disposto dell'art. 3 l. n. 604 n. 1966, dal momento che la formulazione testuale di tale norma - per riguardare la fattispecie del giustificato *motivo oggettivo* - non può assumere alcun valore ai fini della ripartizione dell'onere della prova ex art. 2697 c.c..

Il *repechage* infatti richiede che sia valutata *la singola e soggettiva posizione* del lavoratore licenziato nonché *le particolari condizioni* solo in presenza delle quali il datore di lavoro può legittimamente recedere dal rapporto sicchè il suddetto istituto opera su di un piano ben diverso da quello valutativo riguardante il riparto dell'onere della prova da espletare<sup>40</sup>.

Le argomentazioni sinora svolte inducono, pertanto, a concludere sul punto che il lavoratore che impugni il licenziamento è tenuto a collaborare nell'accertamento di un

---

evoca l'idea biblica della onnipotenza divina, mal si attaglia al nostro mondo di miseri mortali, a cui appartengono perfino i giudici (così C. PISANI, *La nuova disciplina* cit., 132).

Più in generale sulla giurisprudenza “creativa” del giudice nella materia giuslavoristica e sulla conseguente possibile sovrapposizione del potere giudiziario su quello legislativo cfr. G. VIDIRI, *Creatività del giudice e processo del lavoro*, in *Riv. dir. proc.* 2011, I, 1205 ss., e più di recente ID., *Il c.d. rito Fornero : incertezza del diritto e giusto processo*, *ivi*, 2016, I, 1149 ss., che evidenzia come il pericolo di una “giurisprudenza anarchica e di sentenze creative e/o a sorpresa” - con la conseguenza perdita di 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).

<sup>39</sup> Le considerazioni sinora svolte risultano rafforzate dalla giurisprudenza secondo cui il possibile ricollocamento del lavoratore non deve essere limitato all'unità produttiva alla quale questi è addetto, ma deve essere esteso all'intero complesso aziendale (cfr. sul punto tra le altre : Cass. 10 maggio 2003 n. 7169, in *Mass. giur. lav.* 2004, 758, con nota di M. LANOTTE, *Chiusura del ramo d'azienda e licenziamento collettivo: contenuto della comunicazione datoriale e operatività dei criteri di scelta*, e più di recente Cass. 14 dicembre 2016 n. 25736). L'imprenditore, invece, deve fermarsi nella ricerca del ricollocamento solo nel caso di un gruppo o di un mero collegamento di imprese, tranne però che si sia in presenza di “un centro unico di imputazione dei rapporti giuridici” (cfr. *ex plurimis* : 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*).

<sup>40</sup> Così M. PERSIANI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repechage*, in *Giur. it.* 2016, 1168; V. MIRAGLIA, *La Corte di cassazione* cit., 2201-2202 e nt. 28.

possibile *repechage* mediante l’indicazione dei posti di lavoro nei quali egli intende essere ricollocato perché solo da tale indicazione può conseguire l’onere datoriale di provarne la non utilizzabilità nei predetti posti, vigendo tra le parti i principi generali di correttezza e buon fede nei rapporti obbligatori (artt. 1175 e 1375 c.c.) e nei rapporti processuali quelli di lealtà e probità (art. 88 c.p.c.)<sup>41</sup>.

7. La sempre discussa e tormentata tematica del *repechage* nei licenziamenti economici – soprattutto per quanto attiene alla ripartizione dell’onere della prova – sollecita ulteriori riflessioni di natura istituzionale perché la sua soluzione è suscettibile di venire condizionata da valutazione extra-giuridiche in ragione delle sue rilevanti ricadute sul piano socio-economico<sup>42</sup>.

Intorno agli anni quaranta del secolo scorso un noto filosofo del diritto, dopo avere qualificato come minacce <di fatto> alcune cause ostative alla certezza del diritto, riscontrabili ancora oggi (ambiguità e oscurità della norme, mutazione continua di esse, aggiunta perdurante di leggi nuove a leggi vecchie con conseguente loro ipertrofia, moltiplicarsi delle fonti del diritto di diverso livello, lunghezza dei giudizi)<sup>43</sup>, rilevava poi che mentre in esse c’è una consapevolezza oscura e non una dichiarazione programmatica, questa si ritrova invece nelle correnti di pensiero che tendono proprio a scalzare questa

---

<sup>41</sup> In questi termini M. PERSIANI, *Il licenziamento per giustificato motivo* cit., 1169 e negli stessi sensi V. MIRAGLIA, *La Corte di cassazione* cit., 2203, per la quale nel caso di contestazione del licenziamento spetta al lavoratore “eccepire eventualmente, ed in via subordinata, l’esistenza di occupazioni alternative al fine di impedire l’altrimenti legittimo esercizio del potere di recesso”; G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.* cit., 673-674, secondo il quale il tentativo di “fare risorgere” per via giudiziaria l’onere a carico del solo imprenditore di fornire la prova della inutilizzabilità del lavoratore licenziato in mansioni alternative, oltre a rendere *diabolica* (o meglio *impossibile*) tale prova per avere ad oggetto un fatto negativo, finirebbe per violare il disposto dell’art. 41 Cost. per determinare una eccessiva rigidità nel rapporto di lavoro con una ingiustificata limitazione della libertà di iniziativa economica concedendo ampio spazio ad un soggettivismo giuridico perché si devolvrebbe in ultima analisi al giudice – senza la prescrizione di adeguati parametri valutativi – il compito di stabilire fino a che punto possa addossarsi sul datore di lavoro, in alternativa al licenziamento, la prova anche del costo derivante sia dall’obbligo alla formazione del lavoratore per le diverse mansioni da svolgere e sia da quello connesso “alla conservazione del livello di inquadramento” ed al trattamento retributivo in godimento”. Da ultimo sul punto: R. DEL PUNTA, *Diritto del lavoro*, Milano 2017, 658-659, che rimarca ancora una volta come la prova della inutilizzabilità sarebbe *diabolica* (cioè *impossibile*) ove dovesse avere ad oggetto un fatto negativo e ricorda che, per tale motivo, la giurisprudenza ha ammesso che essa possa essere fornita tramite la dimostrazione di fatti positivi, come quello di non avere effettuato - in concomitanza del licenziamento o dopo poco (di massima entro il semestre successivo - nuove assunzioni nella mansioni assegnabili al lavoratore licenziato.

Per tale indirizzo cfr. da ultimo Cass. 10 maggio 2016 n. 9467, in *Giur. it* 2016, 2195, cui *adde ex plurimis*: Cass. 6 ottobre 2015 n. 19923; Cass. 3 marzo 2014 n. 4920; Cass. 6 novembre 2013 n. 25195; Cass. 14 maggio 2012 n. 7474; ed in precedenza Cass. 22 novembre 2009 n. 22417, in *Mass. giur. lav.* 2010, 163.

<sup>42</sup> Così M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo* cit., 1166.

<sup>43</sup> Sulle c.d. <minacce di fatto> alla certezza del diritto vedi tra i filosofi che hanno vaticinato il futuro: F. LOPEZ DE ONATA, *La certezza del diritto* cit., 67-78.

certezza, tanto che illustri giuristi hanno in tutte le epoche espresso il timore che perdurando tutto ciò si corresse il rischio di arrivare a contrapporre il giudice alla legge<sup>44</sup>.

Pericolo sussistente tuttora soprattutto per una legislazione di cattiva fattura, che agevola uno sconfinamento dei poteri dell'ordine giudiziario con invasioni di campo e sovrapposizioni di competenze su altri poteri, con l'effetto finale di elevare di fatto la giurisprudenza a fonte normativa, consentendo in tal modo al giudice di sottrarsi nel giudicare alla “autorità della legge”<sup>45</sup>.

E' doveroso infatti prendere atto che nella realtà fattuale sempre più spesso si assiste alla presenza di un giudice propenso ad esercitare in sede interpretativa una attività creativa piuttosto che a ricercare attraverso la lettura del dato letterale la *voluntas legis*.

Effetto questo in misura non certo trascurabile correlato proprio ad “opzioni culturali” riscontrabili in ampi settori di un correntismo che, dilagante nell'ordine giudiziario e nel suo assetto organizzativo, mostra - nella voluta ed interessata inerzia della politica - di volere di fatto privilegiare sulla figura di un giudice che dà del suo agire quotidiano concreta e silenziosa testimonianza della sua “terzietà” ed “imparzialità”, quella di un giudice, che autocelebrandosi ed autocertificandosi - con l'ausilio di incisivi apparati *mass-mediatici* - “autentico interprete e garante della costituzione”, viene primo legittimato dal consenso popolare allo svolgimento di compiti impropri, e di poi non di rado anche gratificato, sovente con ripetute messe fuori ruolo, attraverso incarichi extragiudiziari di dubbia opportunità.

In tal modo la normativa del <giusto processo> di cui all'art. 111 Cost. corre il rischio di rimanere ancora a lungo di natura evocativa e programmatica anche e soprattutto: nel diritto penale in presenza di reati regolati da norme dal contenuto indecifrabile<sup>46</sup>; e, nell'ambito

---

<sup>44</sup> Cfr. sulle correnti teoriche contro la certezza del diritto anche per esauritivi riferimenti dottrinari dei classici : F. LOPEZ DE ONATA, *La certezza del diritto* cit., 81-97.

<sup>45</sup> Come ha ricordato F. LOPEZ DE ONATA, *La certezza del diritto* cit., 83-84, il Calamandrei ha osservato che la nostra Cassazione è stata istituita secondo la celebre formula <per mantenere la esatta osservanza delle leggi> e <per impedire ad ogni modo al giudice di negare l'autorità della legge, sia nella figura della violazione sia in quella della falsa interpretazione di essa>.

Ragione questa condivisa proprio di recente da M. LUCIANI, *Interpretazione conforme* cit. 409-413 il quale, al fine di ripristinare gli istituzionali confini negati da molti giusnaturalismi tra *ius dicere* e legiferare, enumera numerosi dati significativi che devono indurre a negare che, nel nostro diritto positivo, la giurisprudenza e la dottrina possano costituire fonti di diritto.

<sup>46</sup> E' di certo espressione di un “lunghissimo ed ingiusto processo” e di una giustizia in molti suoi passaggi “cieca e fortemente censurabile”, la vicenda giudiziaria che ha visto coinvolto Bruno Contrada, alto funzionario di polizia e da ultimo anche numero tre del Sisde e capo della mobile di Palermo e della Sezione siciliana della Criminalpol.

Questi condannato alla pena della reclusione di dieci anni (interamente scontati) con sentenza della Corte d'appello di Palermo, divenuta definitiva il 10 maggio 2007 ( per il reato di cui agli artt. 110, 416 e 416 *bis* c.p e per fatti commessi tra il 1979 ed il 1998), ha visto: dapprima condannare dopo molti anni dalla Corte EDU con sentenza 14 aprile 2015 (*causa Contrada c. Italia*. Ricorso n. 66655/13) lo Stato al ristoro a suo favore dei danni subiti (limitati in 10 mila euro oltre interessi) per essersi verificato nel processo in esame la violazione dell'art. 7 della CEDU (perchè i fatti addebitatigli erano avvenuti allorquando la fattispecie dell'art. 416 *bis* c.p. non era

giuslavoristico, relativamente ad istituti, quale quello in questa sede scrutinato, che richiedono una valutazione su contrapposti diritti il cui bilanciamento - è bene evidenziarlo ancora una volta – viene operato in non poche occasioni con “gli occhiali della ideologia”<sup>47</sup>.

---

stata ancora individuata dalla giurisprudenza in modo chiaro all’epoca di accadimento dei fatti stessi); e di poi si è visto almeno riconosciuta finalmente e dopo molti anni il diritto alla negazione di eseguibilità di qualsiasi effetto penale scaturente dalla suddetta decisione della Corte palermitana per effetto di una recente sentenza dei giudici di legittimità (Cass. 20 settembre 2017 n. 43112).

La descritta complessa procedura - cadenzata nel tempo da numerosi interventi di organi giudiziari di diversi livelli e con distinte competenze – può a pieno titolo essere annoverata tra i più eloquenti e significativi esempi di un sistema giudiziario, in cui a pressanti richieste di domande necessitanti di risposte tempestive e affidabili seguono risposte sovente tardive e non di rado anche erronee e ingiustamente lesive del diritto alla libertà ed alla dignità della persona ingiustamente condannata.

Per confortare un tale giudizio è utile la lettura dello scritto di G. SILVESTRI, *Punti fermi in tema di concorso esterno in associazione di stampo mafioso* (nota a Cass. 24 aprile 2014 n. 15727, in *Foro it.* 2013, II, 385), che ricorda in maniera chiara e con riflessioni da illustre giurista che per individuare il fatto tipico e gli elementi (soggettivi ed oggettivi) costitutivi dell’art 416 bis c.p. (norma di certo di non “buona fattura”) sono stati necessari ben tre interventi delle Sezioni Unite (Cass. 5 ottobre 1994. *Demiry*, in *Foro it.* 1995, II, 422; Cass. 30 ottobre 2002, Carnevale, *ivi*, 453; Cass. 12 luglio 2005, *Mannino*, in *Giust. pen.* 2006, 257), dal che si comprende come la suddetta norma abbia creato incertezze sul piano applicativo che nel caso in esame sono sfociate nella condanna di un innocente., il che è stato di recente certificato da Cass. 20 settembre 2017 n. 43112, che (sulla premessa che la condanna dell’imputato è stato l’effetto di un errore di diritto, avendo violato la Corte d’appello di Palermo l’art. 7 CEDU con sentenza divenuta irrevocabile) ha poi, in applicazione dell’art. 670 c.p.p., dichiarato “ineseguibile e improduttiva di effetti penali la suddetta sentenza.

<sup>47</sup> E’ di comune conoscenza per coloro che frequentano per ragioni professionali le aule di giustizia che alcune formule - come quella declinata con le parole “interpretazione costituzionalmente orientata” - siano di fatto divenute per l’uso disinvolto ed inappropriato che spesso ne è stato fatto, mere “clausole di stile” volte ad accreditare in sede giurisprudenziale scelte culturali e/o opzioni di natura ideologica o politica. Tanto accade con modalità analoghe sul versante processuale con la formula “vicinanza della prova”, che talvolta nelle controversie del lavoro ha assunto inspiegabilmente una “funzione magica” perché capace di ribaltare le regole di generale e vincolante applicazione sulla ripartizione dell’onere probatorio, sulla base unicamente di valutazioni (spesso inesprese) di natura extragiuridica perché spesso condizionate da ragioni sociologiche e/o politiche