



Numero 3 / 2025

**L'obbligo di *repêchage* nelle sentenze della Corte costituzionale tra
giustificatezza del licenziamento e sussistenza del fatto**

Maria Teresa SALIMBENI

L'obbligo di *repêchage* nelle sentenze della Corte costituzionale tra giustificatazza del licenziamento e sussistenza del fatto

Maria Teresa SALIMBENI

Associata di Diritto del lavoro nell'Università Suor Orsola Benincasa di Napoli

Abstract: l'A. propone una lettura delle sentenze della Corte costituzionale, (relative all'insussistenza del fatto nel licenziamento per ragioni d'impresa, sia nell'art.18, l. 300/1970 sia nel d. lgs. 23/2015), che evidenzia la continuità, non da tutti condivisa, di una interpretazione volta ad estrapolare, dalla nozione di fatto posto a base del licenziamento, l'obbligo di *repêchage*.

The A. proposes a reading of the rulings of the Constitutional Court, (relating to the non-existence of the fact in dismissal for business reasons, both in art. 18, law. 300/1970 and in Legislative Decree 23/2015), which highlights the continuity, not shared by all, of an interpretation aimed at extrapolating the obligation of repêchage. from the notion of fact underlying dismissal.

Sommario: 1. Le sentenze della Corte costituzionale n. 59/2021 e 125/2022: la rimozione dei limiti alla piena e immediata valenza dell'insussistenza del fatto del g.m.o. di natura economica. - 2. La corretta interpretazione delle due sentenze della Consulta sull'art. 18, co. 7, l. 300/1970 porta all'espunzione del *repêchage* dal fatto la cui insussistenza determina la reintegrazione. 3. La sentenza n. 128/2024 della Corte costituzionale sull'art. 3 d. lgs. 23/2015 e la non inclusione nel "fatto" del *repêchage*: un'auspicabile armonizzazione del complessivo sistema sanzionatorio del licenziamento per g.m.o. illegittimo.

1. Il c.d. obbligo di *repêchage* è figura di matrice giurisprudenziale che si ricollega al concetto di licenziamento come *extrema ratio*, nelle sue diverse accezioni più o meno forti, ossia come il male da evitare anche a costo di un demansionamento del lavoratore.¹ Consiste nella ricerca

¹ In dottrina la teoria risale all'emanazione dello Statuto dei lavoratori che con l'art. 18 aveva operato un "forte spostamento della frontiera mobile tra libertà di organizzazione dell'impresa, da un canto, utilità sociale, dall'altro" (G.F. MANCINI, Art. 18, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, F. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli-il Foro Italiano, Bologna, Roma, 1972; p. 258) ed era intesa come limite costituzionale all'attività d'impresa. Per la descrizione esemplificativa delle varie accezioni, più o meno forti del principio, M.T. CARINCI, *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, I, 202-209.

In giurisprudenza, non può non ricordarsi come la consacrazione dell'obbligo di *repêchage* sia intervenuta con la fondamentale sentenza delle SU n. 7755 del 1998. Esplicitamente la sentenza, che andava a comporre un contrasto in materia di impossibilità sopravvenuta per inidoneità psico – fisica del lavoratore, afferma che il datore di lavoro è obbligato a ricercare una diversa collocazione nell'ambito dell'azienda al lavoratore divenuto parzialmente inabile, riverberandosi l'inottemperanza a tale obbligo sulla legittimità del licenziamento. Situazione del tutto peculiare, tant'è che la stessa è stata poi disciplinata dalla l. 68/1999 – artt. 4 e 10, la cui violazione è sanzionata esplicitamente dalla legge (art. 18) con l'annullabilità del licenziamento e con la reintegrazione, poi con il Jobs Act (D. Lgs. 23/2015), con la nullità (art.2).

Da ultimo Cass. 15.07.2025, n. 19556: "Il principio originariamente affermato in caso di sopravvenuta infermità permanente, è stato poi esteso anche alle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo dovute a soppressione del posto di lavoro in seguito a riorganizzazione aziendale,

di una collocazione alternativa, anche in mansioni inferiori, del dipendente licenziato per soppressione del posto di lavoro a fronte di una ragione organizzativo-produttiva.

La riconduzione del mancato rispetto dell'obbligo di *repêchage* alla “manifesta” (poi divenuta mera) insussistenza del fatto nel licenziamento per ragioni aziendali che, a norma dell'art.18, co. 7, l. 300/1970, dà luogo alla reintegrazione attenuata, costituisce diritto vivente sancito dalla Corte di Cassazione². Inoltre, a partire dal 2016, la Cassazione ha ridefinito i contorni di questo obbligo, elemento costitutivo del fatto, anche da un punto di vista processuale, affermando che la prova dell'impossibilità di adempiervi si riversa sul datore di lavoro, escluso ogni onere di tipo allegatorio in capo al lavoratore e ne ha tracciato i contenuti alla luce dell'art. 2103 c.c., ampliandoli fino a ricomprendervi anche, oltre alle mansioni inferiori, i contratti a termine³.

In contrasto con il dominante orientamento giurisprudenziale sulla collocazione del *repêchage* entro il fatto rilevante, deve considerarsi l'intervento della Corte costituzionale sull'art. 18, co 7, l. 300/1970 (sentenze n. 59/2021 e 125/2022).

La Consulta chiamata a pronunciarsi ben due volte sulla legittimità costituzionale dell'art. 18, co. 7, è intervenuta con due sentenze che hanno ripristinato la coerenza del sistema relativamente alle asimmetrie di tutela riscontrabili tra licenziamento disciplinare e licenziamento economico, e lo ha fatto rimuovendo i limiti alla piena e immediata valenza dell'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o., ma senza decidere sulla natura e composizione del fatto stesso e, quindi, neanche sulla riconducibilità a esso dell'inosservanza dell'obbligo di *repêchage*.

Le sentenze nn. 59 del 2021 e 125 del 2022, che hanno rimosso la discrezionalità del giudice e la necessità che l'insussistenza sia manifesta, dopo aver spiegato le ragioni dell'assimilazione, dal punto di vista concettuale e sanzionatorio, del vizio di insussistenza del fatto, nel licenziamento disciplinare e in quello per ragioni attinenti all'impresa⁴, (attingendo ai principi di ragionevolezza, uguaglianza e armonia interna al sistema delineato dalla riforma dell'art.18, l. 300/1970), non si pronunciano sull'inclusione del *repêchage* nella nozione di fatto (né erano state chiamate a pronunciarsi sul punto).

In particolare, la sentenza n. 59/2021, seppur in motivazione fornisce una ricostruzione della fattispecie che dà luogo alla reintegrazione, si limita a registrare la posizione assunta dalla Corte di Cassazione richiamandone alcune sentenze e il loro contenuto: “*i presupposti di legittimità del licenziamento per g.m.o.sono da intendersi le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di*

ravvisandosi le medesime esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro da ritenersi prevalenti su quelle della salvaguardia della professionalità del lavoratore”.

² A partire da Cass. 02.05.2018, n.10435. Conformi: Cass. 19.05.2021, n. 13643; Cass. 18.01.2022, n. 1386. Da ultimo: Cass. 20.11.2024, n. 29914; Cass. 11.12.2024, n. 32008; Cass. 19.12.2024, n. 29914; Cass. 24.12.2024 n. 34416; Cass. 09.07.2025 n. 18804.

³ V. da ultimo. Cass. 10.07.2024 n. 18904.

⁴ affermando, nella prima (n.59/2021) che “*...In un sistema che, per consapevole scelta del legislatore, annette rilievo al presupposto comune dell'insussistenza del fatto e a questo presupposto collega l'applicazione della tutela reintegratoria, si rivela disarmonico e lesivo del principio di uguaglianza il carattere facoltativo del rimedio della reintegrazione per i soli licenziamenti economici...*”; nella seconda (125/2022) che. “*...nel peculiare sistema delineato dalla legge n. 92 del 2012, la reintegrazione, sia per i licenziamenti disciplinari sia per quelli economici, si incardina sulla nozione di insussistenza del fatto. che chiama in causa l'aspetto qualificante dei presupposti di legittimità del licenziamento...*”.

lavoro e, infine, l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 11 novembre 2019, n. 20102). Perché possa operare il rimedio della reintegrazione, è sufficiente che la manifesta insussistenza riguardi uno dei presupposti appena indicati (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 12 dicembre 2018, n. 32159)". Nel ritenere irragionevole e incostituzionale la discrezionalità del giudice in ordine al rimedio della reintegrazione, la Consulta dunque non affronta il tema della natura del fatto da un punto di vista qualificatorio ma si limita a statuire che ove il fatto sia insussistente la reintegrazione è dovuta, e non rimessa alla discrezionalità del giudice, nel licenziamento economico come in quello disciplinare.

Analogamente, e forse in maniera ancor più evidente, la sentenza n. 125 del 2022, eliminando l'aggettivo "manifesta", non ha, in alcun punto, sancito che l'insussistenza del fatto nel g.m.o. include la violazione dell'obbligo di *repêchage*. Al contrario, affermando che "*nell'ambito del licenziamento economico, il richiamo all'insussistenza del fatto vale a circoscrivere la reintegrazione ai vizi più gravi, che investono il nucleo stesso e le connotazioni salienti della scelta imprenditoriale..*" e che "*rientrano nell'ambito della tutela indennitaria le ipotesi in cui il licenziamento è illegittimo per aspetti che, pur condizionando la legittimità del licenziamento, esulano dal fatto giuridicamente rilevante, inteso in senso stretto..*" ha chiaramente fatto intendere che il fatto giuridicamente rilevante è costituito dal nucleo della scelta imprenditoriale, e ha dato rilievo, ai fini dell'applicazione della tutela reintegratoria, soltanto alle ipotesi di vizi "*più gravi*"⁵, lasciando intuire che l'opzione per la rilevanza del solo fatto organizzativo-produttivo abbia una sua giustificazione alla luce della particolare gravità dell'eventuale mancanza di esso.

2. Per quella che si ritiene debba essere la portata applicativa delle sentenze nn. 59 e 125 non si condividono le critiche relative a una presunta intenzionale interferenza della Corte costituzionale sul potere legislativo⁶, in un'ottica ampliativa della tutela reintegratoria nel licenziamento per g.m.o., che era stata, invece, limitata nel 2012. Invero, si ravvisa nei due interventi relativi all'art. 18, co. 7, l. 300/1070 prevalentemente, se non esclusivamente, un intento razionalizzatore *intra legem*, soprattutto nel caso della sentenza n. 125/2022 sulla manifesta insussistenza, e pertanto non sembra che si possa parlare di una volontà controriformatrice⁷ della disciplina rimediale per il licenziamento, attuata attraverso una rinverita supremazia della reintegrazione⁸. Gli interventi della Corte su citati sono stati improntati, più che al bilanciamento degli interessi (che secondo alcuni avrebbe portato alla

⁵ V. C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo le "riforme" della Corte costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I, 100 - 101

⁶ V. G. PACCHIANA PARRAVICINI, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della corte costituzionale n. 125 del 19 maggio 2022*, nota a Corte costituzionale 125/2022 e Tribunale di Ravenna 7 luglio 2022, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, II, 447, la quale ipotizza che la Consulta, ampliando l'ambito della tutela reintegratoria in materia di licenziamento per g.m.o., abbia consegnato agli interpreti un sistema sanzionatorio contrario alla volontà del legislatore che aveva inteso invece attribuire un ruolo primario alla tutela indennitaria.

⁷ C. PISANI, *La Corte costituzionale elimina il regime di tutela indennitaria previsto dall'art. 18 Statuto dei lavoratori per il motivo oggettivo di licenziamento da soppressione del posto*, nota a C. cost. 19 maggio 2022 n. 125, in *Arg. Dir. lav.*, 2022, 4, 721 ss

⁸ Come efficacemente affermato da A. MARESCA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e reintegrazione (questa volta non più "recessiva" ma "espansiva")*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, II, 740: "...L'irragionevolezza dei criteri di diversificazione dei rimedi predisposti dall'art. 18, co. 7 e la loro conseguente rimozione da parte della Corte costituzionale non deve avere come ricaduta necessaria l'espansione della reintegrazione, non essendo tale rimozione preordinata a far riguadagnare terreno a essa".

prevalenza dell'interesse del lavoratore rispetto a quello dell'impresa), ai principi di eguaglianza, ragionevolezza e razionalità, intese come coerenza interna alla singola legge e/o istituto⁹.

La Corte costituzionale sollecitata a intervenire, dapprima sulla parte del co. 7, dell'art. 18 l. 300/1970 che disponeva la facoltatività della reintegrazione, poi sull'aggettivo "manifesta", che accompagnava il sostantivo infondatezza, ha ragionevolmente deciso che l'insussistenza del fatto costituisce il vizio più grave del provvedimento espulsivo, sia per g.m.o. sia per ragioni disciplinari, con ciò rispettando proprio la logica che informa il nuovo art. 18, e che è ispirata alla gradualità delle sanzioni in ragione della gravità del vizio e alla compresenza di due rimedi sanzionatori (graduati anch'essi al loro interno): indennitario e reintegratorio. In un sistema basato sulla presenza della sanzione ripristinatoria sia nel licenziamento disciplinare sia in quello economico, l'aver riportato sugli stessi binari giudiziari (mera prova dell'insussistenza e conseguente obbligatorietà della reintegrazione), entrambe le tipologie di licenziamento appare un'operazione improntata a ragionevolezza e rispettosa della discrezionalità, costituzionalmente legittima, del legislatore.

Se i due interventi della Corte costituzionale sul co. 7 dell'art. 18 l. 300/1970 si collocano sul giusto piano della razionalizzazione interna dei rimedi, come si crede debba farsi, non ne risulta intaccata la concezione del fatto (la cui insussistenza determina la più grave delle sanzioni) che comprenda unicamente le ragioni organizzative addotte e il nesso causale che le collegano al licenziamento: la mancanza di uno di questi due elementi genera l'illegittimità del recesso con applicabilità della sanzione reintegratoria, senza i limiti che derivavano dalla discrezionalità del giudicante e dalla necessaria manifesta evidenza dell'insussistenza del fatto.

Diversamente deve dirsi per il mancato assolvimento dell'obbligo di *repêchage* o per la mancata prova dell'impossibilità di adempiervi, che non attengono al nucleo fattuale del licenziamento ma comunque alla causa e/o giustificatezza dello stesso.

Ma al di là della motivazione espressa, e della non rilevanza decisoria dell'inclusione del *repêchage* nel fatto posto a base del licenziamento per ragioni d'impresa, è proprio la reintegrazione obbligata per insussistenza semplice, conseguente al duplice intervento ablativo della Corte costituzionale, a portare a una revisione della nozione di fatto al fine di escluderne il *repêchage* e di consentire che il comma 7 dell'art. 18, nella parte in cui prevede la tutela indennitaria nelle altre ipotesi in cui non ricorrano gli estremi del g.m.o., non diventi una norma apparente¹⁰.

⁹ B. CARUSO, *Licenziamento e "politiche" giurisdizionali del lavoro. (Riflessioni a partire dalle sentenze nn. 128 e 129/2024 della Corte costituzionale), del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, 331, parla di tentativo esplicito da parte della Corte Costituzionale, soprattutto con la sentenza 125/2022, di rafforzare la razionalità interna della legge. Sebbene lo stesso Autore affermi che nelle sentenze relative alla legislazione sanzionatoria del licenziamento illegittimo la Corte costituzionale abbia usato il principio di ragionevolezza, ben oltre il controllo di razionalità interna della legge, per perseguire il valore della tutela del lavoro attraverso la reintegra postergando valori concorrenti esterni come la libertà d'impresa e l'inclusione degli outsiders: B. CARUSO, *Agorà, Corte costituzionale n. 128 3 129 del 16 luglio 2024: ancora sulla legittimità costituzionale della disciplina dei licenziamenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I542-543.

¹⁰ In questo senso: R. DE LUCA TAMAJO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto "vivente"*, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 2/2023, 7; C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo le "riforme"...*, cit., 96; A. MARESCA, *op. cit.*, 738; A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 3/2022, 6.

Eliminati i filtri della manifesta insussistenza e della discrezionalità del giudice, che consentivano di applicare la sanzione indennitaria anche a ipotesi di insussistenza del fatto, non si saprebbe davvero individuare le altre ipotesi di mancanza di g.m.o. meno gravi, al di là della violazione dei criteri di buona fede e correttezza nella scelta del lavoratore.

Dovendosi trarre da tutto ciò una conclusione in ordine alla rilevanza del *repêchage*, questa è nel senso che lo stesso attiene certamente alla giustificatazza del recesso, che è da considerarsi illegittimo ove il datore di lavoro non dimostri, insieme alla ragione tecnico-organizzativa addotta e al nesso causale che la collega al licenziamento irrogato, la non ricollocabilità del lavoratore in altra posizione aziendale, negli ambiti e con i limiti che la giurisprudenza della Cassazione ha ormai dilatato enormemente ma sui quali non ci si soffermerà in questa sede¹¹.

La non osservanza dell'obbligo di dimostrare la non utilizzabilità "altrove" in azienda del lavoratore, integrerà, però, una di quelle altre ipotesi di mancanza degli estremi del g.m.o., meno gravi, che per l'art. 18, co. 7, danno luogo alla tutela indennitaria, simmetricamente a quanto previsto per il licenziamento disciplinare.

All'indomani di queste due sentenze, la giurisprudenza della Cassazione continua a considerare la violazione del *repêchage* come vizio di insussistenza del fatto e a ordinare la reintegrazione,¹² confermando il proprio precedente orientamento, probabilmente sentendosi avallata, anziché scoraggiata, dagli interventi della Consulta¹³.

3. Se le sentenze della Corte costituzionale 59/21 e 125/22 possono configurarsi come un intervento di razionalizzazione e recupero di simmetria tra le sanzioni relative ai licenziamenti per motivi soggettivi e oggettivi, tutto interno all'art. 18 l. 300/1970, la sentenza n. 128 del 2024, che interviene sull'art. 3 del d.lgs. 23 /2015, presenta ben altra portata, ponendosi l'obiettivo di portare coerenza sistematica nell'ambito della normativa sanzionatoria del licenziamento per g.m.o., non soltanto nell'ambito della legge sottoposta al suo esame, ma anche nella complessiva disciplina dell'istituto¹⁴.

La Corte dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3, co. 2, d.lgs. 23/2015 nella parte in cui non prevede, così come invece nel licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, che la reintegrazione si applichi "*...anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore*".

La diversa dimensione qualitativa della sentenza del 2024 rispetto alle precedenti 59/21 e 125/2022 emerge dal fatto che, mentre queste ultime hanno rimosso limiti alla tutela

¹¹ Sull'ampliamento a dismisura dell'ambito del *repêchage* da parte della giurisprudenza, C. PISANI, *La tempesta perfetta da abuso di repêchage* in *Riv. it. dir. lav.*, 2025, I, 27 ss.

¹² V. le sentenze in nota 2

¹³ V. C. DE FRANCO, [L'obbligo di repêchage e la graduazione delle sanzioni nella giurisprudenza](#), in *Lavoro Diritti Europa*, LDE, 1/2024, 10-11

¹⁴ V. B. CARUSO, *Agorà, Corte costituzionale.*, cit., 535, secondo il quale la Corte avrebbe perseguito e attuato l'obiettivo di costruire un sistema alternativo a quello delineato dal legislatore progressivamente estendendo la tutela reintegratoria in entrambe le leggi, servendosi di protocolli argomentativi fortemente orientati al valore della tutela del lavoratore postergando valori concorrenti esterni (libertà d'impresa) o interni al principio lavoristico (promozione dell'occupazione o inclusione degli outsiders nel mercato del lavoro).

reintegratoria (per insussistenza del fatto) nel licenziamento per g.m.o. comunque già prevista dal legislatore, la prima, con un approccio decisamente più creativo e manipolativo, introduce la tutela reale per il motivo oggettivo, alterando la logica rimediale prevista dal legislatore che aveva scelto di escludere la reintegrazione per tutti i licenziamenti economici¹⁵.

La sentenza in tutto il suo impianto motivazionale raffronta la disciplina del d. lgs, 23/20215 con quella dell'art. 18 l. 300/1970, *tertium comparationis*, esplicitando in tal modo la volontà di apportare coerenza alla materia complessiva, e, pur ricordando, come negli altri precedenti, che la reintegrazione non costituisce il solo e indefettibile modello di tutela del prestatore a fronte dell'illegittimità del licenziamento, pur tuttavia, nell'ottica di una gradualità di rimedi rapportato alla gravità del comportamento datoriale, ribadisce i due seguenti principi, già affermati nella sentenza 59/2021, cui connette l'ineluttabile conseguenza della reintegrazione: 1) l'insussistenza del fatto non può rilevare diversamente nel licenziamento disciplinare e in quello per g.m.o.; 2) l'insussistenza del fatto denota il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro.

Quindi, da un lato, la Corte ritorna ad appoggiare il suo *decisum* al dovuto rispetto delle simmetrie interne (e anche esterne in questo caso) tra sanzione per licenziamento disciplinare e licenziamento per ragioni aziendali; dall'altro, aggiunge, *ad adiuvandum decisionis*, al già dichiarato carattere traumatico per il lavoratore di un licenziamento basato su un fatto insussistente, la lesione alla sua dignità¹⁶; inoltre, fa leva sull'aggraviabilità della tutela reintegratoria derivante dalla possibilità per il datore di qualificare qualunque licenziamento come economico.

Ma, quel che conta rilevare è la puntuale differenza che la Corte costituzionale stabilisce tra causa del recesso e giustificatezza dello stesso: mentre la causa è da intendersi in senso fenomenico, quale "ragione" fattuale cui si riconnette il licenziamento, la "giustificatezza" è concetto più ampio, che attiene alla fattispecie complessivamente individuata dal legislatore. Riferendosi al licenziamento individuale in generale, infatti, la Corte, al punto 8, afferma che il licenziamento non può essere senza causa, quest'ultima identificantesi in una inadempienza del lavoratore o in ragioni attinenti all'attività e organizzazione dell'azienda: se mancano l'inadempimento, o altro comportamento costituente giusta causa, o la ragione attinente all'organizzazione aziendale, il licenziamento viola innanzitutto la regola della necessaria causalità del recesso prima ancora di quella della sua necessaria giustificatezza. E, ulteriormente specificando il concetto, al punto 10, la Corte precisa che il recesso datoriale, sia per giusta causa sia per giustificato motivo, fondato su un fatto insussistente è senza causa prima che senza giusta causa.

¹⁵ L'art. 7, lett. c, della l. delega 183/2014 esclude l'applicabilità della sanzione reintegratoria in tutta l'area dei "licenziamenti economici". Si verifica quindi l'anomalia di un decreto delegato che a seguito dell'intervento correttivo della Corte costituzionale si pone in contrasto con la legge delega, già più volte riconosciuta costituzionalmente legittima dalla stessa Corte: sentenze n. 46/2000, n. 194/2018. In questo senso P. ICHINO, *Appunti sulla riforma dei licenziamenti per motivi economici e le sue modifiche recenti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, 409. Inoltre la Consulta nella sentenza n. 7/2024 aveva escluso l'illegittimità costituzionale della mancata previsione della reintegrazione per violazione dei criteri di scelta nel licenziamento economico collettivo.

¹⁶ Per P. TOSI, E. PUCETTI, *Agorà, I licenziamenti disciplinari ed economici nel Jobs Act "riscritto" dalla Consulta*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, 313, il fatto insussistente nel licenziamento disciplinare attenendo al profilo della colpa può ledere la dignità della persona a differenza che nel licenziamento economico dove il fatto è assolutamente estraneo al lavoratore. In senso analogo. P. ICHINO, *op. cit.*, 410.

In relazione, poi, al licenziamento per g.m.o., nei due ultimi passaggi motivazionali si esprime chiaramente nel senso che se il posto di lavoro è stato soppresso, ma il lavoratore avrebbe potuto essere ricollocato in azienda, il licenziamento è illegittimo perchè la giustificatazza del licenziamento richiede - secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità - che il lavoratore non sia utilmente ricollocabile in azienda: in tale evenienza il fatto materiale (causa in senso fenomenico), sussiste ma non giustifica il licenziamento (mancanza di causa giusta) cui si riconnetterà, quindi, per scelta del legislatore, la sola tutela indennitaria. Inoltre aggiunge che la *reductio ad legitimitatem* della disposizione censurata “...deve tener fuori, dalla sua portata applicativa, la possibilità del ricollocamento del lavoratore licenziato per ragioni di impresa, non diversamente dal licenziamento fondato su un fatto insussistente, che esclude il rilievo, a tal fine, della valutazione di proporzionalità del licenziamento...”. Segue il *decisum* che dichiara l'incostituzionalità dell'art. 3, co.2, d. lgs. 23/2015 “...nella parte in cui non prevede che si applichi anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore”¹⁷.

4. Sul piano che qui rileva e che è quello dell'attuale collocazione dell'obbligo di *repêchage* nell'ambito della giustificatazza del licenziamento e dei rimedi contro la sua violazione, la sentenza 128/2024 chiude un percorso iniziato dalla Corte costituzionale nel 2021 e che, a discapito dell'attuale orientamento della Corte di cassazione in tema di insussistenza del fatto, espunge dal rimedio reintegratorio la non ricollocazione in azienda del lavoratore licenziato per g.m.o. o la mancata prova della sua ricollocabilità.

Questa conclusione appare coerente, innanzitutto, rispetto al rapporto sussistente tra fattispecie licenziamento per g.m.o. configurata dal legislatore nell'art. 3, l. 604/1966 e concetto di fatto, utilizzato dal legislatore del 2012 e 2015 allo scopo di graduare le sanzioni sia nel licenziamento disciplinare sia in quello per ragioni inerenti all'impresa. Se infatti non vi è dubbio che il licenziamento per g.m.o. è fattispecie giuridica cui si riconnettono: a) le ragioni organizzative e/o produttive che determinano la soppressione del posto di lavoro; b) il nesso causale tra queste ultime e licenziamento (art. 3, l. 604/1966), ai quali si aggiunge, per consolidata giurisprudenza divenuta diritto vivente, c) la non ricollocabilità del lavoratore licenziato, il fatto, cui fa riferimento il legislatore del 2012 riformulando l'art. 18, l. 300/1970, consiste nell'elemento fenomenologicamente determinante la ragione del recesso¹⁸, ed è sicuramente un concetto più ristretto, e finalisticamente necessario per ottenere il risultato della graduazione di tutele in ragione della differente gravità del comportamento datoriale. E' questa una scelta confermata dalla Corte costituzionale che, anzi, proprio in relazione all'art. 18, co. 7, ha purificato la nozione di fatto espungendone qualificazioni limitanti e

¹⁷ Secondo A. Tursi, *L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto e l'irrilevanza del repêchage ai fini della reintegrazione*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, 1209-1210, la sentenza 128/2024 si segnala per aver accompagnato l'attesa e scontata inclusione della tutela reale nel licenziamento economico ingiustificato con una sorprendente, e condivisibile, rilettura della regola giurisprudenziale del *repêchage* che segna “...un arresto nella vicenda demolitiva della riforma, se non addirittura un punto a suo favore”.

¹⁸ Sia pur depurato dalla materializzazione estrema che sembrerebbe derivare dalla formulazione dell'art. 3, d. lgs. 23/2015 e quindi comprendente tutte le connotazioni che lo rendano idoneo ad avere consistenza giuridica sia pure da un punto di vista meramente fenomenologico: nel g.m.o. deve trattarsi di una modifica organizzativa che si manifesti non insensata e che deve essere collegata causalmente al licenziamento, pur se non necessariamente ragionevole da un punto di vista economico; nel g.m.s. o nella giusta causa in un inadempimento abbia una sia pur minima rilevanza disciplinare.

sottomissione alla discrezionalità del giudice onde farlo assurgere a elemento la cui semplice insussistenza determina la sanzione più grave della reintegrazione.

Ne è seguita l'operazione manipolativo-additiva della sentenza 128/2024 che ha omologato la disciplina del Jobs Act a quella prodotta dalla legge Fornero, introducendo, nel d. lgs. 23/2015, l'alternativa indennità/reintegrazione anche nel licenziamento economico illegittimo e sottoponendola alla regola della graduazione in relazione al disvalore del licenziamento, all'interno della quale l'insussistenza del fatto genera la sanzione più grave.

Pertanto, soltanto chi rinneghi la modulazione di tutele afferente al complesso normativo in tema di licenziamento illegittimo, e affermi che ogni illegittimità del licenziamento dovrebbe essere sanzionata con la tutela reale, può continuare a discettare sul valore assiologico e determinante dell'unitarietà della nozione di giustificato motivo oggettivo, pur nella sua triplice composizione, ai fini dell'inclusione in esso del *repêchage*. All'interno di questa composita nozione il "fatto", costituisce la ragione fenomenologica determinante che in un rapporto di causa/effetto produce come conseguenza il licenziamento. Nel che è insita la necessaria presenza del nesso che unisce la ragione produttiva-organizzativa al licenziamento. La ricollocabilità in azienda del lavoratore come *extrema ratio* è un obbligo accessorio che connota la legittimità dell'agire datoriale in un sistema ordinamentale orientato alla tutela del lavoro e dei lavoratori (artt. 4 e 35 Cost.) ma consiste in un *posterius*¹⁹ rispetto alla scelta organizzativa e alle sue conseguenze immediate sulla forza lavoro, scelta tutelata anch'essa dalla Costituzione (art. 41).

Essendo evidente che l'obbligo di *repêchage* si configura a valle della ragione tecnico - organizzativa che produce la soppressione del posto di lavoro e il conseguente licenziamento, alcuni autori ricorrono al concetto di "effettività" delle ragioni economiche, affermando che il *repêchage* altro non rappresenta se non la cartina di tornasole della sussistenza della ragione per cui le mansioni non possono più essere utilizzate²⁰. Il ragionamento è tautologico e anche deviante laddove, proprio evidenziando la caratteristica del *repêchage*, che è quella di ricercare un reimpiego in mansioni diverse, lo si utilizza per valutare la sussistenza/insussistenza del fatto della soppressione di mansioni diverse. Al di là della costruzione logica, non sembra corretto elevare la mancata riallocazione del lavoratore a elemento di validazione della ragione tecnico-organizzativa addotta dal datore di lavoro, da un punto di vista sia fattuale sia giuridico, e quanto meno forzata appare l'affermazione che diversamente opinando la Corte costituzionale non ha esitato a "... mutilare la nozione di causa/fatto con eliminazione da essa del *repêchage* ..." ²¹.

In realtà sembrerebbe più corretto, in alcuni casi, porre l'accento sulla insussistenza del nesso causale anziché insistere sull'ancoraggio del *repêchage* al fatto. Sovente, infatti, ciò che viene fatto valere come violazione del *repêchage* in realtà è mancato rispetto del nesso causale che si può ravvisare, ad esempio, allorché il datore di lavoro elimini realmente una postazione di lavoro e accorpi le mansioni ad essa afferenti in capo a un lavoratore che è sfornito delle competenze necessarie per svolgerle insieme a quelle già attribuitegli, a differenza del licenziato

¹⁹ A. MARESCA, *Il giustificato motivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, in A. PERULLI, (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, 82.

²⁰ M. T. CARINCI, *Licenziamento per "fatto materiale insussistente" nel Jobs Act: la Corte costituzionale ri-orienta o dis-orienta il sistema? Una prima analisi di C. cost. 128 e 129 del 2024*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, 374

²¹ M.T. CARINCI, *op. ult. cit.*, 374.

che insisteva soltanto su quelle soppresse ma era in grado di svolgere anche le altre. In questa ipotesi il licenziamento è illegittimo e merita la tutela reale, perchè l'operazione organizzativa compiuta, che ha portato alla reale soppressione di alcune mansioni, avrebbe implicato come conseguenza la cessazione del rapporto di lavoro del dipendente non più utilizzabile²². In ipotesi come questa è l'operazione aziendale che viene in rilievo e se ne valuta il collegamento rispetto all'effettuato licenziamento.

Sul piano, poi, della rilevanza del vizio del licenziamento, e della gradualità delle sanzioni, appare altresì ragionevole, pur nella conferma dell'omnicomprensività della fattispecie giustificato motivo oggettivo che abbraccia anche il *repêchage*, porre su piani differenti un licenziamento privo della ragione giustificatrice e uno in cui la ragione sussiste ma il datore di lavoro non si fa carico di trovare una diversa sistemazione al lavoratore eccedente²³. Altro, infatti, è addurre un'inesistente modifica organizzativa, altro è non ricollocare o non riuscire a provare l'incollocabilità del licenziando in mansioni a volte altamente disomogenee e in aziende molto grandi o e diversamente dislocate sul territorio: in questi casi la prova non è semplice e la sanzione della reintegrazione non appare sinceramente congrua²⁴. Senza contare che appare quanto meno poco consona all'interpretazione del g.m.o. fornita dalla Cassazione a partire dalla sentenza n. 25201 del 2016, come qualsiasi ragione organizzativa, purchè sussistente, quand'anche improntata al maggiore profitto, ritenere che, a fronte dell'accertata riorganizzazione per ragioni di riduzione dei costi, implicante la soppressione del posto, il datore di lavoro che abbia violato il *repêchage* debba comunque mantenere, seppure in altre mansioni, il costo del lavoratore addetto alla mansione soppressa e non, invece, assoggettarsi alla sanzione indennitaria.

L'esclusione del *repêchage* dal fatto e la sanzione della violazione del correlato obbligo con la mera indennità sembrano potersi evincere già dalle sentenze della Consulta relative all'art. 18 l. 300/1970, ma alcuni interpreti ritengono, invece, che dalla sentenza n. 128/2024 si debba ricavare una diversità di trattamento tra le due discipline (art. 18 e art. 3 d. lgs. 23/2015). Quest'ultima avrebbe, infatti, ritenuto non irragionevole l'espunzione del *repêchage* dal "fatto materiale allegato dal datore di lavoro", nozione diversa e più ristretta rispetto al "fatto" tout court di cui parla l'art. 18, co. 7 l. 300/1970²⁵. Ne deriverebbe l'impossibilità di estendere, in via interpretativa, quanto predicato dalla sentenza 128/2024 in tema di *repêchage*, alla norma statutaria²⁶. Sembra invece auspicabile, nonché plausibile, considerare le ragioni che portano ad assimilare le sentenze della Consulta sull'art. 18, co. 7, l. 300/1970 alla 128/2024,

²² In questo senso, la ricostruzione di V. NUZZO, *Anatomia del repêchage, una indagine su non pretestuosità ed extrema ratio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, 393, appare corretta, nei limiti in cui l'Autrice ravvisa una differenza tra *repêchage* legato all'operazione invocata a giustificazione del licenziamento e *repêchage* come obbligo di ricerca di un reimpiego nell'ambito dell'intera compagine aziendale. Nella prima accezione il mancato reimpiego può rientrare nella violazione del nesso causale, nel qual caso scatta la reintegrazione, o nella violazione del *repêchage* o dei criteri di scelta tra più lavoratori ugualmente licenziabili, ipotesi per cui scatta, invece, la tutela indennitaria.

²³ In questo senso: V. LUCIANI, *Il licenziamento per motivi oggettivi dopo la sentenza n. 128/2024 della Consulta: alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2025, I, 49

²⁴ In questo senso anche C. PISANI, *La tempesta perfetta ...*, cit., 33

²⁵ Nel senso che a tutt'oggi il *repêchage* resti un elemento costitutivo del fatto rilevante ai sensi dell'art. 18 e non del "fatto materiale" di cui all'art. 3, co. 2, d. lgs. 23/2015, e che ciò determini una diversa sanzione nei due casi: A. RICCOBONO, *La tutela reale e la "coperta corta". Note a margine di Corte Cost. n. 128/2024*, in *WP, CSDLE*, 486/2024, 11-12.

²⁶ S. GIUBBONI, *La disciplina del licenziamento dopo le sentenze 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 2024, fasc. 4, 1328

un'omologazione delle sanzioni collegate all'inosservanza del repêchage, accomunandole sotto l'ombrello della sanzione indennitaria.

In questo senso milita oltre la, non da tutti condivisa, analogia tra le sentenze relative all'art. 18 e quella sul Jobs Act, la quasi totale assimilazione dei rimedi nei due sistemi normativi e la scarsa attitudine definitoria dell'aggettivo "materiale", tra l'altro utilizzato dal legislatore del Jobs Act originariamente solo per il licenziamento disciplinare, nonché una non trascurabile necessità di armonizzazione del sistema di tutela contro i licenziamenti illegittimi²⁷.

²⁷ Ritiene che non possa esservi spazio per accreditare due costruzioni diverse, perchè la nozione di fatto sul quale si fonda il licenziamento non può che essere unitaria. V. LUCIANI, *op. cit.*, 52.