



Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • Aut. C/RM/AUT. 21/2015



LAVORO E PREVIDENZA OGGI

anno XLV • luglio-agosto 2018

7-8



Lavoro e Previdenza Oggi

Pubblicazione mensile fondata nel 1974

Direttore

Marco Pavesi
e-mail: mpavesi@lpo.it

Direttore Responsabile

Ariela Riva

Coordinatore Redazionale

Arturo Di Mario
e-mail: redazione@lpo.it

Responsabile abbonamenti

Lea Volpini
e-mail: abbonamenti@lpo.it

Editore

Iuridica Edizioni Distribuzioni S.r.l.
Via Boezio 2/A - 00192 Roma
Web: www.lpo.it
e-mail: direzione@lpo.it

Composizione

EffeVu Service - Bari

Stampa e legatura

Press Up - Roma

Copyright

© Iuridica Edizioni Distribuzioni S.r.l. - Roma

Registrazioni

Trib. di Milano n. 26 del 25/01/1974
Trib. di Roma n. 578 del 31/10/2002
R.O.C. 18453/2009

Abbonamenti

Italia € 197,00
Estero € 264,00
Telematico (pdf) € 156,00
Numero singolo € 30,00

ISSN 0390-251X

Codice privacy: la Casa Editrice garantisce l'utilizzo dei dati personali degli abbonati limitatamente alla comunicazione delle proprie iniziative editoriali

LAVORO

E

PREVIDENZA

OGGI

*Pubblicazione periodica ad elevato valore culturale
Ministero dei beni culturali e ambientali*

L'abbonamento decorre dal 1° gennaio al 31 dicembre di ogni anno; nel caso di abbonamenti sottoscritti in corso d'anno l'abbonato riceve gli arretrati già pubblicati. In mancanza di regolare disdetta entro la fine dell'anno, ovvero dopo l'invio del fascicolo n. 2 dell'anno successivo ed in perdurante assenza di disdetta, l'abbonamento si intende tacitamente rinnovato per un anno

Comitato scientifico

NICOLA DE MARINIS
Consigliere della Corte di Cassazione

VINCENZO FERRARI
*Ordinario di Diritto privato
Università della Calabria*

GIUSEPPE FERRARO
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Napoli Federico II*

LUIGI FIORILLO
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Napoli Federico II*

FIGIELLA LUNARDON
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Torino*

DOMENICO MEZZACAPO
*Associato di Diritto del lavoro
Università di Roma La Sapienza*

PAOLO MORMILE
Giudice della Sez. Lavoro – Tribunale di Roma

PASQUALE PASSALACQUA
*Associato di Diritto del lavoro
Università di Cassino e del Lazio Meridionale*

MATTIA PERSIANI
*Professore Emerito di Diritto del lavoro
Università di Roma La Sapienza*

ROBERTO PESSI
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università LUISS Guido Carli*

IOLANDA PICCININI
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università LUMSA di Roma*

ANTONIO PILEGGI
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Roma Tor Vergata*

GIAMPIERO PROIA
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Roma Tre*

GIULIO PROSPERETTI
*Ordinario di Diritto del lavoro
Università di Roma Tor Vergata*

PIERO SANDULLI
*Associato di Diritto processuale civile
Università di Teramo*

GIUSEPPE SANTORO PASSARELLI
*Emerito di Diritto del lavoro
Università di Roma La Sapienza*

PAOLO SORDI
Presidente del Tribunale di Frosinone

Comitato direttivo

PASQUALE PASSALACQUA - IOLANDA PICCININI - ANTONIO PILEGGI - PAOLO SORDI

Direzione e Redazione

Direttore
MARCO PAVESI

Direttore responsabile
ARIELA RIVA

Direzione scientifica
ANTONIO PILEGGI
MASSIMO VICECONTE

Coordinamento scientifico
DOMENICO MEZZACAPO

Redattore capo
ARTURO DI MARIO

Coordinamento editoriale
FABRIZIO FERRARO
F. SAVERIO GIORDANO
FRANCESCO MARASCO

Collaboratori redazionali

FLAVIO BARASCHI

MARIA LAVINIA BUCONI

DARIO CALDERARA

DARIO CONTE

STEFANO DAL MASO

GIOVANNA DE NARDO

CHIARA DE SANTIS

RAFFAELE DEL GAUDIO

MICHELE DIANA

ANTONIO FEDERICI

FABRIZIO FERRARO

GIORGIO FRONTINI

MARIA ANTONIA GARZIA

FRANCESCA GIACOMINI

F. SAVERIO GIORDANO

CHIARA MAGGI

FRANCESCO MARASCO

MATTIA MINUTO

ROSALINDA MONTESARCHIO

FLAVIO V. PONTE

ANTONIO PRETEROTI

MARIANNA RUSSO

MICHELANGELO SALVAGNI

ENRICO M. TERENCEZIO

SERGIO TESTA

S O M M A R I O

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

ARTICOLI E DOTTRINA

VALENTINO DE NARDO	
La democrazia compiuta con i diritti quesiti (il nuovo modello di Stato democratico). La pensione, quale diritto quesito	369
LUIGI FIORILLO	
Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione	389
RICCARDO FRATINI	
Giustificato motivo oggettivo, ragioni tecniche e organizzative, <i>repêchage</i> e valutazione giudiziale	410
DOMENICO MEZZACAPO	
Il licenziamento individuale nella prospettiva dell'Unione europea	424

GIURISPRUDENZA

La “manifesta insussistenza” nel giustificato motivo oggettivo tra verità empirica e verità processuale <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 2 maggio 2018, n. 10435</i> <i>di Dario Conte</i>	438
Interposizione fittizia: la tutela del lavoratore in caso di opposto rifiuto della prestazione lavorativa <i>Nota a Corte di Cassazione, Sez. Un., sentenza 7 febbraio 2018, n. 2990</i> <i>di Paolo Iervolino</i>	461
La Cassazione cala un poker sul divieto di conversione del contratto di lavoro a termine illegittimo in contratto a tempo indeterminato nell'ambito di società partecipate <i>Nota a Corte di Cassazione 14 febbraio 2018, n. 3621; 22 febbraio 2018, n. 4358; 1° marzo 2018, n. 4897 e 7 marzo 2018, n. 5395</i> <i>di Pasquale Passalacqua</i>	464

Sommario

La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di <i>repêchage</i> fa parte del fatto e la sua violazione può comportare l'applicazione della tutela reale <i>Nota a Corte di Cassazione, sentenza 2 maggio 2018, n. 10435</i> <i>di Michelangelo Salvagni</i>	481
---	-----

La Cassazione in funzione nomofilattica: l'obbligo di *repêchage* fa parte del fatto e la sua violazione può comportare l'applicazione della tutela reale

Nota a Corte di Cassazione, sentenza 2 maggio 2018, n. 10435 – Pres. Di Cerbo – Est. Boghetich

Lavoro (Rapporto di) – Licenziamento individuale - Licenziamento per g.m.o. – Soppressione del posto di lavoro - Manifesta insussistenza del fatto – Obbligo di *repêchage* integrato nella fattispecie del g.m.o. – Violazione – Tutela indennitaria - Tutela reale.

di **Michelangelo Salvagni***

*Poiché nella nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo rientra sia l'esigenza della soppressione del posto di lavoro sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore, il riferimento legislativo alla "manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento" va inteso con riferimento a tutti e due i presupposti di legittimità della fattispecie", cosicché il giudice di merito, una volta che sia evidente la violazione anche di uno solo degli elementi costitutivi del recesso, tra cui rientra anche l'obbligo di *repêchage*, può ordinare la reintegrazione nel posto di lavoro ove tale regime sanzionatorio non sia eccessivamente oneroso per il datore di lavoro.*

SOMMARIO

1. Il caso di specie.
2. Il principio espresso dalla Cassazione: l'obbligo di *repêchage* fa parte del fatto la cui violazione comporta l'applicazione della tutela reale
3. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo di effettività delle ragioni.
4. Natura dell'obbligo di *repêchage*.
5. Evoluzione giurisprudenziale del *repêchage*: dalla ricollocazione del lavoratore solo in mansioni equivalenti alla ricerca di posizioni alternative anche per lo svolgimento di compiti inferiori
6. Obbligo di *repêchage* quale elemento costitutivo del fatto: gli orientamenti della dottrina prima e dopo la Riforma Fornero.
7. Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di violazione del *repêchage*: reintegra o solo tutela indennitaria?
8. Rilievi conclusivi.

* Avvocato in Roma.

1. Il caso di specie

La Corte di Appello di Bologna, all'esito del giudizio di reclamo proposto ex art. 1, comma 58, L. n. 92/2012, pur ritenendo dimostrata l'esigenza aziendale posta alla base del recesso, ossia una esternalizzazione di una delle attività collegata eziologicamente ai bilanci in negativo, ha accertato tuttavia il mancato assolvimento dell'obbligo di *repêchage* gravante sul datore di lavoro, dichiarando l'illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo. Ciò in ragione delle diverse assunzioni effettuate dalla società nel periodo prima del recesso. Conseguentemente, i giudici della Corte territoriale, in ragione del 5° comma, art. 18, Stat. Lav., hanno applicato solo la tutela indennitaria prevista al 7° comma per le ipotesi in cui non ricorrano «*gli estremi del predetto giustificato motivo*». Avverso tale sentenza la lavoratrice ha proposto ricorso per cassazione, deducendo che la violazione dell'obbligo di *repêchage*, nell'integrare l'ipotesi di «*manifesta insussistenza del fatto*» pure contemplata dal 7° comma, art. 18, Stat. Lav., conduce alla reintegrazione nel posto di lavoro prevista dal successivo 4° comma, in luogo della tutela indennitaria applicata dalla Corte territoriale. In particolare, la ricorrente ha dedotto che l'errore dei giudici di merito è consistito nel non aver correttamente valutato le conseguenze dell'inosservanza da parte del datore del dovere di ricollocazione che rappresenta «*l'altra faccia della medaglia della causa economica che il mancato con la quale configura una fattispecie unitaria*».

2. Il principio espresso dalla Cassazione: l'obbligo di *repêchage* fa parte del fatto la cui violazione comporta l'applicazione della tutela reale

La sentenza della Cassazione in esame risulta di rilevante interesse in quanto afferma che il *repêchage* è un elemento costitutivo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, fa parte del fatto. La Suprema Corte, peraltro, sostiene assolvimento di tale adempimento è idoneo ad integrare la fattispecie della manifesta insussistenza del giustificato motivo oggettivo posto a fondamento del recesso di cui al 7° comma, art. 18, Stat. Lav., ciò determinando l'applicazione della tutela reale ivi prevista. In particolare, la Cassazione, esercitando la propria funzione nomofilattica, ha enunciato il seguente principio di diritto: «*la verifica del requisito della manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore*». Aggiungono, poi, i giudici di legittimità che la manifesta insussistenza va riferita «*ad una evidente assenza dei suddetti presupposti a*

fronte della quale il giudice può applicare la disciplina di cui comma 4 del medesimo art. 18 ove tale regime sanzionatorio non sia eccessivamente oneroso per il datore di lavoro”.

Alla luce di tali statuizioni, il presente commento si propone di delineare qual è il filo rosso che collega eziologicamente le due fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e dell’obbligo di *repêchage* con riferimento alle conseguenze sanzionatorie in caso di inosservanza di quest’ultimo. In particolare, l’odierna annotazione si propone di analizzare il *repêchage* sotto un duplice profilo: da una parte, con riferimento alle disposizioni della Legge Fornero e ai recenti orientamenti giurisprudenziali, se tale obbligo debba qualificarsi quale elemento interno o esterno alla fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; dall’altra, se in caso di mancata ricollocazione *aliunde* del prestatore, debba applicarsi la tutela reale o solo quella indennitaria.

Tale delimitazione del tema d’indagine è dovuta non solo ad un’esigenza di brevità di esposizione ma anche al fatto che, su questo stesso numero della rivista, e in relazione alla sentenza di Cassazione in esame, altri autori, ai quali si rinvia, tratteranno in maniera più analitica le questioni della manifesta insussistenza nel giustificato motivo, del controllo di effettività e dell’evoluzione del *repêchage*.¹

3. Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo di effettività delle ragioni

Nelle controversie riguardanti il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, e in particolare quelli per soppressione del posto di lavoro, il giudice, per comprendere se il recesso è legittimo, dovrà necessariamente accertare il nesso di causalità tra la scelta imprenditoriale e la reale esigenza economico-organizzativa.² Tale verifica, tuttavia, non potrà non tenere in considerazione, e ciò a maggior ragione a seguito della sentenza di Cassazione del 2 maggio 2018, del dovere di reimpiego del prestatore imposto al datore di lavoro, cosicché il licenziamento deve costituire l’*extrema ratio*³. Il magistrato dovrà,

¹ In tal senso, si veda su Questo stesso numero della Rivista, D. CONTE, *La “manifestata insussistenza” nel giustificato motivo oggettivo tra verità empirica e verità processuale*, nonché R. FRATINI, *Giustificato motivo oggettivo, ragioni tecniche e organizzative, repêchage e valutazione giudiziale*.

² Sul controllo del giudice sulla effettività delle ragioni del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, si veda Cass. 10 maggio 2016, n. 9467. In *Giur. it.*, 2016, 2195, con nota di V. MIRAGLIA, *La Corte di Cassazione ritorna sull’obbligo di repêchage*.

³ Sul punto si veda anche Cass., 16 marzo 2015, n. 5173, in *Riv. giur. lav.*, 2015, 4, II, 574, con nota di M. SALVAGNI, *Il controllo giudiziale sull’effettività del licen-*

pertanto, valutare *ex post* la genuinità della scelta imprenditoriale effettuando controlli di coerenza e adeguatezza (attraverso la sussistenza del c.d. nesso di causalità), necessità (anche con la verifica dell'avvenuto tentativo di *repêchage*) e proporzionalità del sacrificio imposto al prestatore dall'atto risolutorio⁴. Secondo l'interpretazione maggioritaria della giurisprudenza, il datore di lavoro deve provare in giudizio il nesso causale tra la scelta imprenditoriale che ha determinato il recesso e la posizione del lavoratore licenziato⁵. In concreto, la verifica giudiziale sulle ragioni organizzative che giustificano il licenziamento per motivi economici – organizzativi riguarda esclusivamente il profilo dell'effettività dei motivi adottati dal datore di lavoro, tra cui però rientra anche l'accertamento della inesistenza di posizioni lavorative analoghe o alternative a quella soppressa⁶.

Il controllo di effettività delle ragioni del recesso, così come sin qui delineato, a parere della giurisprudenza, non confligge con il principio di insindacabilità delle scelte organizzative poiché è compito precipuo della magistratura verificare l'esistenza di un nesso di consequenzialità tra la ragione aziendale e il licenziamento, senza però che si possa interferire sulle motivazioni poste alla base del recesso⁷.

ziamento per motivo oggettivo, che nel censurare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo i cui reali motivi erano esclusivamente esigenze di profitto richiama, tra i requisiti necessari alla validità del recesso anche l'obbligo di *repêchage*, affermando in tal senso che “*non costituiscono idonea giustificazione al licenziamento per giustificato motivo oggettivo le ragioni addotte dal datore di lavoro ove tali ragioni richiamino a un generico ridimensionamento dell'attività imprenditoriale che non può essere meramente strumentale ad un incremento del profitto, ma devono essere dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli non contingenti. Il lavoratore ha quindi il diritto che il datore di lavoro (su cui incombe il relativo onere) dimostri la concreta riferibilità del licenziamento individuale ad iniziative collegate ad effettive ragioni di carattere produttivo organizzativo, e non ad un mero incremento di profitti, e che dimostri, inoltre, l'impossibilità di utilizzare il lavoratore stesso in altre mansioni equivalenti a quelle esercitate prima della ristrutturazione aziendale.*”

⁴ A. PERULLI, *Razionalità e proporzionalità nel diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2005, 105.

⁵ Sul punto, si riscontra un indirizzo consolidato nell'orientamento giurisprudenziale, tra cui, *ex plurimis*: Cass., 6 settembre 2003, n. 13058, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 94; Cass., 20 agosto 2003, n. 12270, in *Il Foro it. Rep.*, 2003, voce Lavoro (rapporto) [3890] n. 1576; Cass., 14 dicembre 2002, n. 17928, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2003, 402; Cass., 24 giugno 1994, n. 6067, in *Notiz. giur. lav.*, 1995, 87.

⁶ Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Riv. giur. lav.*, n. 1, II, 2014, 46, con nota di M. RUSSO, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra tradizione e innovazione.*

⁷ Cfr. Cass., 21 luglio 2016, n. 15082, in *Lav. giur.*, 2016, 1019, secondo cui il datore di lavoro, nel dar prova dell'impossibilità del *repêchage*, non deve anche dimo-

4. Natura dell'obbligo di *repêchage*

L'obbligo di *repêchage*, la cui teorizzazione va ricollegata al concetto del licenziamento quale *extrema ratio*, risale ad una elaborazione dottrinale degli anni '70⁸. La teoria del dovere di ricollocazione del dipendente nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo si è sviluppata, in particolare, nella successiva elaborazione giurisprudenziale che ha tratteggiato l'ambito di delimitazione delle scelte imprenditoriali rispetto sia alle ragioni poste a giustificazione del recesso per giustificato motivo oggettivo, sia al sacrificio imposto al lavoratore per la perdita del posto di lavoro⁹. Tutto ciò tenendo sempre in considerazione il necessario bilanciamento dei contrapposti interessi costituzionalmente garantiti per la tutela del lavoro e dell'impresa (artt. 4 e 41 della Cost.), ove alla giurisprudenza è affidato “il difficile compito di fissare degli standards valutativi per un giusto equilibrio tra interesse dell'imprenditore ad un libero esercizio della sua attività economica e quella del dipendente alla conservazione del posto di lavoro”¹⁰. In dottrina, tuttavia, non sono mancate critiche a tale creazione di origine giurisprudenziale sul presupposto che la fattispecie dell'obbligo *repêchage* non sarebbe ancorata ad alcuna specifica norma che ne disciplini l'ambito di applicazione¹¹. I fautori di tali censure sostengono, infatti, che l'art. 3 della Legge n. 604 del 1966 impone solo che il recesso per motivo oggettivo sia giustificato da “ragioni inerenti l'atti-

strare l'impossibilità di rimedi alternativi alla prescelta riorganizzazione del lavoro, poiché diversamente opinando si introdurrebbe un non consentito controllo giurisdizionale sul merito delle scelte dell'imprenditore relative all'organizzazione tecnico produttiva della sua azienda.

⁸ Fautore della tesi dell'obbligo di *repêchage* è F. MANCINI, in *Commento all'art. 18, Commentario allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, 1972.

⁹ In tal senso, *ex multis*: Cfr. Cass., 21 luglio 2016, n. 15082, in *Lav. giur.*, 2016, 1019, secondo cui il datore di lavoro, nel dar prova dell'impossibilità del *repêchage*, non deve anche dimostrare l'impossibilità di rimedi alternativi alla prescelta riorganizzazione del lavoro, poiché diversamente opinando si introdurrebbe un non consentito controllo giurisdizionale sul merito delle scelte dell'imprenditore relative all'organizzazione tecnico produttiva della sua azienda. Sul punto, si veda anche Cass., 7 aprile 2010, n. 8237, *Arg. dir. lav.*, 2011, 2, 349.

¹⁰ In tal senso, G. VIDIRI, *Art. 41 Cost.: licenziamento per motivi economici e repêchage dopo il Jobs Act*, in *Corr. giur.*, 2017, 5, 675 ove l'autore evidenzia come negli indirizzi giurisprudenziali e dottrinali in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di *repêchage* vi sia stata spesso una lettura non corretta dell'art. 41 della Cost.

¹¹ Con riferimento all'invenzione giurisprudenziale dell'obbligo *repêchage* si veda, in senso critico, C. PISANI, *Il repêchage nel licenziamento per motivi oggettivi: la creazione si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 4, 187.

vità produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa" e non anche un obbligo di ripescaggio¹². Altri autori, invece, propendono per l'esistenza di un obbligo di *repêchage* nell'ordinamento che trova i propri fondamenti in "un'interpretazione sistematica-adequatrice conforme alla Carta fondamentale" rinvenibile, appunto, nell'art. 3, L. n. 604/1966, che invece fissa proprio i requisiti di legittimità del licenziamento per ragioni economiche¹³. In particolare, è stato sostenuto che il dovere di ripescaggio "implica non tanto, come si suol dire, un diritto al reimpiego del lavoratore, ma l'accertamento che la situazione tecnico-produttiva dell'azienda non consente più una sua proficua utilizzazione"¹⁴.

Da quanto fin qui esposto, è possibile delineare una nozione "integrata" di giustificato motivo oggettivo che deve tenere necessariamente in considerazione anche la fattispecie del *repêchage* quale ulteriore strumento avente funzione limitativa del recesso del datore di lavoro. Infatti, secondo i più recenti orientamenti giurisprudenziali (di cui si darà conto nel successivo paragrafo), viene posto a carico del datore di lavoro che irroga il licenziamento per motivi economici-organizzativi, il dovere di collocare il lavoratore, altrimenti licenziato, in una diversa e proficua posizione all'interno dell'azienda.

5. Evoluzione giurisprudenziale del *repêchage*: dalla ricollocazione del lavoratore solo in mansioni equivalenti alla ricerca di posizioni alternative anche per lo svolgimento di compiti inferiori

Nel tempo, l'orientamento giurisprudenziale in tema di obbligo *repêchage* ha gradualmente allargato le maglie di tale fattispecie. Inizialmente, vi era un indirizzo più rigido che prevedeva la ricollocazione del dipendente in caso di recesso solo in compiti equivalenti e ciò proprio in ragione del divieto di varia-

¹² Sul *repêchage* quale fattispecie creativa ad opera della giurisprudenza in quanto non esisterebbe un obbligo legale si veda, tra i vari autori: M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in *Giur. it.*, 2016, 1666 e ss., nonché C. PISANI, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 cod. civ.*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, 537. Cfr. altresì: G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 2015, 1, 60-61; M. PERSIANI – G. PROIA, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003, 164-165; nonché M. NOVELLA, *Dubbi e osservazioni critiche sul principio di insindacabilità delle scelte economico-organizzative dell'imprenditore*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2004, 2, II, 791.

¹³ In tal senso, P. TULLINI, *Riforma della disciplina dei licenziamenti e nuovo modello giudiziale di controllo*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, I, 168.

¹⁴ S. BRUN, *L'obbligo di repêchage tra elaborazione giurisprudenziale e recenti riforme*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 4, 781.

zione in *peius* delle mansioni *ex art.* 2103 c.c.¹⁵. Tale impostazione prevedeva, tuttavia, in capo al lavoratore un specifico onere di deduzione e allegazione in giudizio dell'esistenza di posti vacanti per la propria utilizzazione, con il limite che tali posizioni fossero di natura equivalente rispetto alla professionalità posseduta¹⁶. Risultava minoritario, invece, l'indirizzo giurisprudenziale che riteneva determinante, ai fini dell'obbligo di ripescaggio, la ricerca di posizioni differenti e alternative anche con riferimento a compiti inferiori¹⁷. In tal senso, la giurisprudenza ammetteva una deroga al divieto di variazione in *peius ex art.* 2103 c.c. giustificandola sul presupposto del prevalente l'interesse del dipendente al mantenimento del posto di lavoro¹⁸. Recentemente, la Suprema Corte ha ampliato l'ambito di applicazione dell'obbligo di *repêchage*, anche alla luce della eliminazione del principio di

¹⁵ Sul punto si vedano, *ex multis*.: Cass., 10 marzo 1992, n. 2881, e, in senso conforme, Cass., 3 giugno 1994, n. 5401, nonché Cass., 27 novembre 1996, n. 10527 e Cass., 14 dicembre 2002, n. 17928, tutte consultabili su www.dejure.it.

¹⁶ In tal senso, tra le tante: Cass., 12 febbraio 2014, n. 3224, in *Notiz. giur. lav.*, 2014, 522; Cass., 1 agosto 2013, n. 18416, in *Mass. giur. lav.*, 2014, 1/2, 35, nonché Cass., 8 novembre 2013, n. 25197, in *Lav. giur.*, 2014, 181.

¹⁷ In merito si veda Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 296, con nota di D. ZANETTO, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e controllo da parte del giudice*, secondo cui, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il giudice deve accertare la reale sussistenza del motivo addotto dal datore di lavoro, nonché il nesso di causalità tra il medesimo e l'individuazione del soggetto destinatario del provvedimento di licenziamento, gravando sempre sul datore di lavoro l'onere di prospettare al lavoratore la possibilità di essere adibito a mansioni inferiori. Sul punto, in dottrina confronta anche M. BROLO, *Le modificazioni oggettive: il mutamento di mansioni*, in C. CESTER (a cura di), *Il rapporto di lavoro subordinato: costituzione e svolgimento*, in F. CARINCI, *Diritto del Lavoro, Commentari*, Torino, vol II, tomo II, 1517 e ss..

¹⁸ Sull'adibizione a mansioni inferiori che non contrasta la tutela della professionalità se essa rappresenta l'unica alternativa al licenziamento, si veda Cass., Sez. Un., n. 7755 del 1998, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 1999, II, 170, con nota di PERA, nonché Cass., 13 agosto 2008, n. 21579, pubblicata rispettivamente in *Mass. giur. lav.*, 2009, 3, 159, con nota di C. PISANI, *Il licenziamento impossibile: ora anche l'obbligo di modificare il contratto*, e in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 3, II, 664; cfr. anche Cass., 23 ottobre 2013, n. 24037, in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 2, II, 296; nonché Cass., 22 maggio 2014, n. 11395, in *D&G*, 2014. Sulla cosiddetta "dequalificazione contrattata" cfr. Cass., 15 maggio 2012, n. 7515, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 67, con nota di M. FALSONE, *Sul c.d. obbligo di repêchage e la dequalificazione contrattata*. Sempre sul demansionamento quale unica alternativa al recesso datoriale che non necessita di apposito patto o richiesta si veda anche Cass., 19 novembre 2015, n. 23698, in *Riv. giur. lav.*, 2016, 2, II, 182, con nota di F. S. GIORDANO, *Sui limiti dell'obbligo di repêchage*.

equivalenza *ex art.* 2103 c.c. *post* D.Lgs. n. 81 del 2015¹⁹, affermando che lo stesso si estende inevitabilmente anche a mansioni inferiori²⁰. Le recenti modifiche legislative in tema di mansioni, pertanto, sembrano aver definitivamente archiviato il limite posto al datore di lavoro del rispetto del bagaglio professionale del lavoratore. Conseguentemente, occorre comprendere quali siano le effettive ricadute sul rapporto di lavoro e sulla conservazione dello stesso a causa della eliminazione del principio dell'equivalenza *ex art.* 2103 c.c.. Il datore di lavoro, in realtà, dispone oggi di un potere più ampio con riferimento ad una collocazione flessibile del prestatore nell'ambito della propria organizzazione del lavoro sia in senso orizzontale sia in senso verticale (intendendosi, in questi termini, la possibilità di adibizione del prestatore a mansioni inferiori). Quindi, in base alle recenti modifiche legislative in tema di mansioni, emerge come il datore di lavoro, in caso di licenziamento per motivo oggettivo, non sia più legato, ai fini dell'obbligo *repêchage*, al rispetto della regola dell'equivalenza dettata dalla precedente formulazione dell'art. 2103 c.c.. Infatti oggi, in base all'art. 2103 c.c., comma sesto, è possibile stipulare con il prestatore patti di dequalificazione il cui obiettivo è la tutela del posto di lavoro²¹. Tale norma individua le ipotesi legali tipiche e tassative nelle quali è ammesso il cosiddetto "patto in deroga" alle mansioni del li-

¹⁹ Il nuovo Decreto Legislativo n. 81 del 2015, entrato in vigore il 25 giugno 2015, sostituisce integralmente l'art. 2103 c.c., introducendo, al primo comma, la seguente formulazione "il lavoratore deve essere adibito a mansioni per le quali è stato assunto ovvero a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a quelle mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria di inquadramento delle ultime effettivamente svolte".

²⁰ Da ultimo, si veda Cass., 26 maggio 2017, n. 13379, in *Riv. giur. lav.*, 2017, 4, II, e ss., con nota di M. SALVAGNI, *Repêchage in mansioni inferiori dopo il Jobs Act: obbligo o facoltà?*, nonché Cass., 9 novembre 2016, n. 22798, Cass., 21 dicembre 2016, n. 26467 e Cass., 5 gennaio 2017, n. 160, tutte pubblicate in *Riv. giur. lav.*, 2017, 2, II, 245, con nota di G. CALVELLINI, *Obbligo di repêchage: vecchi e nuovi problemi all'esame della Cassazione*. Sull'obbligo del datore di lavoro di dimostrare l'insussistenza di mansioni inferiori in alternativa al recesso per soppressione del posto di lavoro si veda anche Cass., 10 maggio 2016, n. 9467, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 4-5, 887 e ss., con nota di G. GAUDIO, *Repêchage tra riforma Fornero e Jobs Act*.

²¹ Le disposizioni di cui al comma 6 dell'art. 2103 c.c. stabiliscono infatti: "nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita [...]". Il nuovo art. 2103 c.c. prevede, peraltro, la possibilità per il datore di lavoro di adibire il

vello posseduto, tra le quali viene espressamente prevista quella della “*conservazione del posto di lavoro*”. A giudizio di chi scrive, pertanto, il datore di lavoro, prima di procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo (proprio in ragione degli ultimi orientamenti giurisprudenziali sopra evidenziati), ha un obbligo e non una mera facoltà di trovare per il lavoratore posizioni alternative non solo con riferimento a mansioni riconducibili alla categoria di appartenenza o, comunque, al livello posseduto dal prestatore al momento del recesso, ma anche a quelle di tipo inferiore. Perché il fine da perseguire, secondo la regola del recesso quale *extrema ratio*, consiste nel trovare soluzioni tese alla salvaguardia del lavoro. Ciò in ragione di due argomentazioni collegate eziologicamente tra loro: da una parte, l’obbligo di *repêchage* (da configurarsi quale elemento costitutivo della fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo²²); dall’altra, quello di correttezza e buona fede *ex artt. 1175 e 1375 c.c.*²³, entrambi elementi che, proprio in virtù di tale connessione funzionale, impongono al datore di vagliare ogni soluzione possibile tesa alla conservazione del posto di lavoro, compresa quella di assegnare il dipendente anche a mansioni inferiori²⁴.

In virtù di quanto sin qui esposto, l’obbligo di ricollocazione rappresenta lo strumento di ulteriore verifica della correttezza delle scelte imprenditoriali

prestatore a mansioni inferiori stabilendone il presupposto giuridico al comma 2, ossia “*in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale*”.

²² Secondo l’elaborazione giurisprudenziale sia della sentenza in commento, Cass., 2 maggio 2018, n. 10435, sia delle decisioni di Cass., 22 marzo 16, n. 5592 e di Cass., 13 giugno 2016, n. 12101.

²³ Sul rispetto dei principi di correttezza e buona fede si veda Cass., 15 maggio 2012, n. 7509, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 323, con nota di R. GALARDI, *Note in tema di licenziamento connesso a trasferimento di ramo d’azienda*, ove si sostiene che in tema di licenziamento per giustificato motivo oggettivo se il motivo consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile – in relazione al quale non sono utilizzabili né il normale criterio della posizione lavorativa da sopprimere, né il criterio della impossibilità di “*repêchage*” – il datore di lavoro deve pur sempre improntare l’individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell’art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e, quindi, anche del recesso di una di esse.

²⁴ Per una completa ricostruzione sull’evoluzione giurisprudenziale in tema dell’obbligo di *repêchage*, anche in mansioni inferiori, sia consentito rimandare a M. SALVAGNI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo e l’obbligo di repêchage anche in mansioni inferiori nell’interpretazione dottrinale e giurisprudenziale prima o dopo il Jobs Act*, in *Lavoro e prev. oggi*, 2017, 5-6, 254 e ss.

che, inteso in una visione più ampia, completa la fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

6. Obbligo di *repêchage* quale elemento costitutivo del fatto: gli orientamenti della dottrina prima e dopo la Riforma Fornero

La dottrina si è divisa sulla rilevanza del *repêchage* quale presupposto della legittimità del recesso. La tematica sulla quale si sono incentrate le discussioni degli autori, e ciò anche prima della cosiddetta Legge Fornero, è se la violazione di tale obbligo comporti o meno non solo la illegittimità del licenziamento ma anche la tutela reintegratoria²⁵.

Tale problematica ha poi avuto ulteriori motivi di riflessione successivamente alla L. 28 giugno 2012, n. 92 che, modificando il regime sanzionatorio applicabile in caso di licenziamento illegittimo, ha posto agli interpreti alcuni interrogativi sulla disposizione normativa che consente la reintegrazione del lavoratore (c.d. tutela reale attenuata) con riferimento alla qualificazione giuridica della «*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento*». In particolar modo, la dottrina e la giurisprudenza, a seguito della Riforma Fornero, si sono domandate se la violazione dell'obbligo di *repêchage* rientri o meno nella «*manifesta insussistenza del fatto*» e implichi, in caso di sua inosservanza, la tutela reale.

Secondo parte della dottrina, l'obbligo di *repêchage* non rientra tra gli elementi costitutivi della fattispecie del giustificato motivo oggettivo comportando, in caso di violazione dello stesso, non la reintegrazione del lavoratore, ma solo la sanzione indennitaria di cui al comma 5 dell'art. 18, L. n. 300 del 1970, come modificata dalla L. n. 92/2012²⁶. Al riguardo si è sostenuto che

²⁵ Sul punto, con riferimento agli orientamenti dottrinali antecedenti alla Riforma Fornero si segnala: F. SCARPELLI, *La nozione e il controllo del giudice*, in *I licenziamenti collettivi*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1997, 19, 29 e ss. nonché U. CARABELLI, *I licenziamenti per riduzione di personale in Italia*, in AA.VV., *I licenziamenti per riduzione del personale in Europa*, Bari, 2001, 217, secondo cui il *repêchage* rientra nella fattispecie costitutiva del recesso per giustificato motivo oggettivo la cui violazione comporta l'illegittimità del recesso. Di avviso contrario, L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 29, 648 e ss. Con riferimento, invece, ai contributi della dottrina dopo la Riforma Fornero si segnala: G. GAUDIO, *Repêchage tra riforma Fornero e Jobs Act.*, *op. cit.*, 887 e ss., nonché E. GRAMANO, *Natura e limiti dell'obbligo di repêchage: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 6, 1310 e ss.

²⁶ In tal senso, G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo e l'ambito della tutela risarcitoria*, in *Arg. dir. lav.*, 2013, 2, 236 e ss.

l'obbligo di reimpiego è cosa diversa dalle ragioni che giustificano il recesso e “*costituisce logicamente e cronologicamente, elemento di una fattispecie che non solo è diversa da quella che ha come effetto il diritto di licenziare, ma che è anche destinata a produrre effetti diversi: non già il sorgere del diritto a licenziare, ma l'impedimento del suo esercizio*”²⁷. Altri autori, invece, hanno sostenuto che il *repêchage* sia un elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo e rientri pienamente nel “fatto”, la cui violazione determina, quindi, l'insussistenza del fatto e la conseguente reintegrazione del lavoratore.²⁸ Con riferimento a tale ultimo orientamento dottrinale, è stato affermato che il reimpiego *aliunde* del lavoratore fa parte del fatto e l'inosservanza di tale obbligo deve ritenersi “*coessenziale alla valutazione della manifesta insussistenza*”. In tal caso, il licenziamento è illegittimo per carenza di giustificazione in quanto, “*benché di origine giurisprudenziale, il repêchage può infatti dirsi per diritto vivente un attributo normativo sostanziale nella definizione del giustificato motivo oggettivo*”²⁹. In merito, è stato inoltre osservato che l'obbligo di ricollocazione del lavoratore è un “*elemento consustanziale al fatto*”³⁰ e che “*il carattere manifesto, o no, dell'eventuale insussistenza del fatto afferisce anche a questo aspetto*”³¹.

²⁷ M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in *Giur. it.*, 2016, 5, 1168 e ss., il quale ha affermato che l'impossibilità di *repêchage* rappresenta un elemento esterno al giustificato motivo e non può rientrare tra le ragioni di cui all'art. 3, L. n. 604/1966. Su posizioni analoghe, si veda anche S. BINI, *A proposito della divaricazione tra onus probandi e onus allegandi in materia di obbligo di repêchage*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 4-5, 1003, secondo cui il *repêchage* deve essere considerato quale fattispecie a sè stante rispetto alle ragioni del licenziamento.

²⁸ In questo senso, A. VALLEBONA, *Il repêchage fa parte del «fatto»*, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 11, 750. Sulla violazione dell'obbligo di *repêchage* che comporta l'applicazione della tutela reintegratoria si veda anche V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 3, I, 563-564. Sul punto, confronta altresì F. SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento per rifiuto della trasformazione del rapporto a tempo pieno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, II, 284 e ss..

²⁹ A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 Stat. Lav. ratio ed aporie dei concetti normativi*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, 787 e ss., secondo cui il controllo della possibilità di utilizzazione *aliunde* rientra nell'ambito dell'accertamento della sussistenza del fatto.

³⁰ M. T. CARINCI, *Fatto «materiale» e fatto «giuridico» nella nuova articolazione delle tutele ex art. 18 statuto dei lavoratori*, 2013, in *Riv. dir. proc.*, 1326.

³¹ G. AMOROSO, *Le tutele sostanziali e processuali del novellato art. 18 dello Statuto dei Lavoratori tra giurisprudenza di legittimità e Jobs Act*, 2015, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, II, 341.

7. Gli orientamenti giurisprudenziali in tema di violazione del *repêchage*: reintegra o solo tutela indennitaria?

In materia di obbligo di *repêchage*, prima della sentenza in esame, si era già espressa la Suprema Corte che, con due arresti del 2016, ossia le sentenze n. 5592 del 22 marzo e la n. 12101 del 13 giugno, aveva chiarito come dovesse interpretarsi tale obbligo in caso di licenziamento per motivo oggettivo, analizzando con particolare rigore la tematica della ripartizione dell'onere della prova tra le parti³². Le sentenze della Cassazione del 2016 hanno suscitato particolare interesse in quanto, in totale controtendenza rispetto al precedente indirizzo giurisprudenziale³³, hanno affermato il principio per cui l'onere della prova sull'impossibilità di *repêchage* incombe totalmente sul datore di lavoro, non essendo invece il lavoratore onerato di alcuna allegazione in tal senso.³⁴ I giudici di legittimità, pertanto, con citate le sentenze del 2016, hanno fornito una interpretazione "estensiva" del dovere di *repêchage*, affermando che l'impossibilità della ricollocazione del dipendente rientra nei requisiti del giustificato motivo. In particolare, tale profilo è stato approfondito dalla decisione n. 12101 del 13 giugno 2016, secondo cui non "*può dirsi che l'impossibilità del repêchage costituisca autonomo fatto estintivo rispetto all'esistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive tali da determinare la soppressione d'un dato posto di lavoro e, come tale, richieda un'apposita autonoma contestazione da parte del lavoratore: si tratta - invece - di due aspetti del medesimo fatto estintivo (il giustificato motivo oggettivo, appunto), fra loro inscindibili perché l'uno senza l'altro "è" (ndr) inidoneo a rendere valido il licenziamento*".

³² Pubblicate entrambe in *Riv. giur. lav.*, 2016, 3, II, 302, con nota di L. MONTEROSSO, *Licenziamento per giustificato motivo e repêchage: nessun onere di allegazione*. Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 è stata pubblicata anche in *Giur. it.*, 2016, 1666 e ss, con nota di M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage* nonché in *Lav. giur.*, 2016, 8-9, 794 e ss, con nota di C. ROMEO, *L'epilogo in tema di repêchage e onere probatorio*. Cass. 13 giugno 2016, n. 12101 è stata pubblicata su anche in *Giur. it.*, 2017, 412 e ss, con nota di M. R. MEGNA, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra impossibilità di repêchage ed oneri probatori*.

³³ Si vedano *ex multis*: Cass., 10 maggio 2016, n. 9467, in *www.dejure.it*; Cass., 8 novembre 2013, n. 25197, in *www.dejure.it*; Cass., 8 febbraio 2011, n. 3040, in *Giur. lav.*, 2011, n. 10, 26.

³⁴ Su una diversa interpretazione dell'onere della prova in tema di *repêchage*, secondo cui il lavoratore deve in ogni caso collaborare all'accertamento della possibilità di ricollocazione, si veda L. CONFESSORE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: repêchage e demansionamento*, in *Giur. it.*, 2014, 8, 1969.

Tornando alla sentenza in commento, a parere di chi scrive, il principio espresso dai giudici di legittimità è dirompente in quanto conferma l'orientamento per cui il *repêchage* è elemento interno al fatto. Invece, sino alle decisioni della Suprema Corte sopra menzionate, la giurisprudenza di merito aveva valutato il dovere di ripescaggio quale elemento esterno al fatto, ritenendo appunto che la violazione dello stesso non comportasse l'applicazione della reintegrazione ma solo la tutela indennitaria *ex art.* 18, comma 4, L. n. 300/70. Ed infatti, a giudizio della magistratura di merito, l'inosservanza della ricollocazione del dipendente deve ricollegarsi non alla manifesta insussistenza che può dar luogo alla tutela reintegratoria di cui all'art. 18, co. 7, Stat. Lav., ma solo alle "altre ipotesi" in cui il giudice, pur accertando profili di illegittimità del licenziamento, dichiara il rapporto di lavoro risolto. Si segnala, al riguardo, un orientamento del Tribunale di Roma del 13.09.2017³⁵ e del 8.8.2013, nonché una decisione del Tribunale di Varese del 4/9/2013, secondo cui, in caso di soppressione del posto di lavoro, la violazione dell'obbligo di *repêchage* è un elemento esterno alla fattispecie del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, non fa parte del "fatto posto a base del licenziamento", essendo invece solo una sua conseguenza; ciò comporta l'applicazione della tutela indennitaria forte di cui al co. 5 del novellato art. 18 Stat. Lav.³⁶. I provvedimenti di merito che, invece, hanno reintegrato il lavoratore in caso di soppressione del posto di lavoro sul presupposto che il *repêchage* fa parte del fatto e sulla violazione del dovere di reimpiego sono rari e, a quanto consta, si rinviene tra quelli pubblicati solo un'ordinanza del 3 giugno 2013 del Tribunale di Reggio Calabria³⁷.

Solo recentemente, con una decisione di qualche mese precedente a quella della Suprema Corte in esame, la Corte di Appello di Roma, con sentenza del 01 febbraio 2018, n. 469 - è tornata su tale tematica affermando che "costituendo ormai diritto vivente l'approdo giurisprudenziale secondo cui l'im-

³⁵ In *Giur. lav.*, 2018, 13, 5.

³⁶ Cfr. in merito ordinanze del Tribunale Roma del 4. Settembre 2013 e del Tribunale di Varese pubblicate entrambe in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, 1, con nota di C. DI CARLUCCIO, *Licenziamento economico: alternative di reimpiego prospettabili al lavoratore e sanzioni per il caso di omesso repêchage*, 2014, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 167-168.; sul punto, si veda anche Trib. Genova 14 dicembre 13, in *Arg. dir. lav.*, 2014, 3, 798, con nota di A. BIAGIOTTI, *Profili interpretativi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo tra vizi formali e obbligo di repêchage*; nonché Trib. Milano 20 novembre 2012, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 1, 39 e ss, con nota di A. VALLEBONA, *La tutela reale nel licenziamento per motivo oggettivo e per motivo illecito*, nonché le seguenti decisioni, inedite a quanto consta: Trib. Milano 7 giugno 2017, Trib. Torino 5 aprile 2016.

³⁷ In *Mass. giur. lav.*, 2014, 4, 229 e ss..

possibilità di ricollocamento del lavoratore il cui posto sia stato soppresso costituisce una delle condizioni di fatto che legittimano il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, anche tale impossibilità costituisce un elemento del “fatto” che deve sussistere per evitare l’applicazione della tutela reintegratoria attenuata”³⁸. Secondo i giudici capitolini, pertanto, qualora il datore di lavoro ometta di fornire la prova dell’impossibilità di ricollocare il lavoratore all’interno della compagine aziendale, trova applicazione la c.d. tutela reale attenuata introdotta dalla L. n. 92/2012 e prevista in ipotesi di “*manifesta infondatezza del fatto*” posto a fondamento del recesso datoriale.

8. Rilievi conclusivi

L’assunto secondo cui l’obbligo di *repêchage* fa parte del fatto, come ribadito dalla sentenza in analisi e già espresso nei recenti arresti della Cassazione del 2016, riapre i termini della questione con riferimento alla applicazione della tutela reale *ex art. 18*, come riformato dalla Legge Fornero, in caso di sua inosservanza. Perché, incontrovertibilmente, il corollario che emerge dal nuovo indirizzo di legittimità, a differenza di quello che si era consolidato nella giurisprudenza di merito sopra richiamato, è il seguente: se l’obbligo di *repêchage* è elemento costitutivo delle ragioni del licenziamento e il datore non ha rispettato tale presupposto fattuale, il recesso risulta illegittimo. Quindi, nel caso in cui ne ricorrano gli estremi (requisito dimensionale), la sanzione non può che essere quella della tutela reale *ex art. 18*, quarto comma. Sul punto si richiama, condivisibilmente, quanto affermato dalla sentenza in analisi secondo cui “*posto che nella nozione di licenziamento per giustificato motivo oggettivo rientra (...) sia l’esigenza della soppressione del posto di lavoro sia l’impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore, il riferimento legislativo alla “manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento” va inteso con riferimento a tutti e due i presupposti di legittimità della fattispecie*”. Ciò in quanto, per una semplice conseguenza logica, se l’obbligo di ripescaggio fa parte del fatto e la tutela reale si applica in caso di manifesta insussistenza del fatto, l’inosservanza di tale dovere rende il recesso “manifestamente” illegittimo in quanto si configura la violazione di una fattispecie che deve considerarsi unitaria. In tal caso, infatti, risulta violato il precetto del licenziamento quale *extrema ratio* avendo l’imprenditore l’onere di dimostrare di aver tentato ogni soluzione alternativa al recesso anche in ragione

³⁸ In corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav.*, 2018, 2, II, con nota di M. SALVAGNI, *Violazione del repêchage e reintegra: l’obbligo di ricollocazione è un elemento del fatto*.

delle nuove disposizioni ex D.Lgs. n. 81/2015, tra le quali rientra quella, oggi giuridicamente praticabile, di ricollocare il lavoratore in azienda in mansioni alternative o addirittura inferiori, essendo “caduto” il principio della equivalenza professionale, così come confermato dai recenti orientamenti di legittimità³⁹. Sempre che non si voglia “giocare” con sofismi giuridici ove, una volta assodato e fatto proprio l’orientamento secondo cui il *repêchage* fa parte del fatto, si arrivi ad affermare che la reintegra non spetterebbe sul presupposto che la violazione di tale requisito non integri la “manifesta insussistenza del fatto”. Al pari di quanti sostengono che, quando il fatto posto alla base del re-

³⁹ La Corte di Cassazione, infatti, ha confermato l’interpretazione esegetica in tema di obbligo di *repêchage* anche in mansioni inferiori, oltre che con le decisioni citate alla precedente nota 20), con i seguenti arresti: Cass., 9 novembre 2016, n. 22798, consultabile su *ilgiuslavorista.it* con nota del 27 gennaio 2017 di R. SPAGNUOLO, *Obbligo di repêchage per mansioni inferiori?*, ove si afferma che il datore di lavoro è tenuto a ricercare possibili soluzioni alternative ancor prima di procedere al recesso e, ove sia configurabile l’assegnazione a mansioni inferiori, prospettare al prestatore tale dequalificazione professionale; solo qualora la soluzione alternativa non venga accettata dal lavoratore allora il datore è libero di recedere dal rapporto; Cass., 21 dicembre 2016, n. 26467, in cui i giudici di legittimità hanno ribadito il principio, più volte espresso in tema di licenziamento per riorganizzazione aziendale secondo cui, “*nei casi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l’onere del datore di lavoro di provare l’adempimento all’obbligo di repêchage va assolto anche in riferimento a posizioni di lavoro inferiori, ove rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore e compatibili con l’assetto organizzativo aziendale; il datore di lavoro, in conformità al principio di correttezza e buona fede nella esecuzione del contratto, è tenuto a prospettare al lavoratore la possibilità di un impiego in mansioni inferiori quale alternativa al licenziamento ed a fornire la relativa prova in giudizio*”. Cass., 5 gennaio 2017, n. 160, che si è attestata su principi analoghi affermando che l’onere della prova, ex art. 5, L. n. 604 del 1966, circa l’impossibilità di adibire il dipendente licenziato per ragioni oggettive in mansioni analoghe (o inferiori) a quelle svolte in precedenza, spetta al datore di lavoro “*con esclusione di ogni incombenza, anche solo in via mediata, a carico del lavoratore*”. In tal senso, si veda anche Cass. n. 23698 del 2015, ove in una ipotesi di soppressione, a seguito della riorganizzazione aziendale, del posto di lavoro si è statuito che “*l’art. 2103 c.c. si interpreta alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un’organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la “ratio” di numerosi interventi normativi, sicché, ove il demansionamento rappresenti l’unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale*”.

cesso è insussistente ma non poi così manifesto, allora si applicherebbe solo la tutela indennitaria. Seguendo tale impostazione ermeneutica, si corre il rischio che l'avverbio “*manifestamente*” presti il fianco ad una incerta applicazione della tutela reale in balia, quindi, di canoni interpretativi soggettivi e di difficile comprensione. Sul punto, appare quindi condivisibile quell'orientamento, espresso dalla prevalente dottrina e da ultimo dalla citata sentenza della Corte di Appello di Roma del 1° febbraio 2018, secondo cui i fatti o esistono o non esistono, onde, sul piano logico, nulla distingue un fatto insussistente da uno manifestamente insussistente⁴⁰.

⁴⁰ In tal senso, si veda A. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 Statuto Lavoratori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, 2, 1, 443.