

# Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: ultime tendenze interpretative in tema di repêchage

di R. Maurelli - 24 Novembre 2022

La disciplina del giustificato motivo oggettivo, così come quella del licenziamento collettivo, ha un impatto cruciale sul tessuto imprenditoriale, tantopiù in tempi di crisi, poiché permette al datore di lavoro di regolare la consistenza dell'organico per motivi che si suole definire, in via generale, economici.

Già da alcuni anni, però, gli assetti giurisprudenziali che regolano la materia sono interessati da una profonda riforma, di cui la recente pronuncia della Cassazione n. 30950, pubblicata il 20 ottobre 2022, è un esempio emblematico, in quanto riassume perfettamente le due direttrici fondamentali lungo cui si muove questa tendenza riformatrice.

Per un verso, infatti, la pronuncia consolida sempre più l'orientamento che fa rientrare nelle «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa» anche le ipotesi in cui la soppressione del posto è motivata da un aumento dei profitti (nello stesso senso Cass. 18 luglio 2019, n. 19302, in *NGL*, 2019, 558; Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, in *ADL*, 2017, 1, 140 ss.; Cass. 18 novembre 2015, n. 23620, in *MGL*, 2016, 7, 461), e senza che sia necessaria la soppressione di tutte le mansioni (da ultimo Cass. ord. 18 gennaio 2022, n. 1386, inedita).

Per altro verso, la Cassazione conferma la propensione ad ampliare di molto l'ambito del *repêchage*, a tutto vantaggio del lavoratore, che si giova di più possibilità di ricollocazione, ben oltre il perimetro aziendale individuato in passato dalla giurisprudenza. Inoltre, è espressione di questo *favor* per il lavoratore una nuova e già consolidata tendenza in tema di ripartizione degli oneri probatori, in virtù della quale è il datore di lavoro a dover dimostrare che il dipendente licenziato non fosse utilmente ricollocabile in altra posizione lavorativa, anche diversa da quella originaria (Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 in *GI*, 2016, 1164 ss.).

Quanto al primo profilo, va detto che lo “sdoganamento” dell'aumento dei profitti come ragione giustificatrice del licenziamento per giustificato motivo oggettivo non è, in fondo, un'idea così rivoluzionaria. La formulazione dell'art. 3 della Legge n. 604/66, infatti, lasciava già intuire che l'elasticità della norma a precetto generico ben si prestava a ricomprendere qualsiasi tipo di scelta imprenditoriale, anche non motivata da uno stato di crisi economico-finanziaria, purché la scelta stessa fosse effettivamente sussistente e non meramente pretestuosa. Sicché qui, più che di interpretazione estensiva, dovrebbe parlarsi di “resipiscenza” della Suprema Corte, che ha finalmente fatto emergere le potenzialità della norma, superando una malintesa concezione dell'*extrema ratio* che aveva indotto, in passato, a restringerne la portata applicativa, in base ad opzioni valoriali che non avevano nulla a che fare con il tenore testuale della disposizione.

Si pensi, ad esempio, al caso di un'azienda che produce motori per auto e per aeroplani, e che non è in situazione di sofferenza economico-finanziaria. Ebbene, nella vigenza del vecchio orientamento, se l'imprenditore decideva, ad un certo punto, di concentrarsi esclusivamente sulla produzione di motori automobilistici, non avrebbe potuto licenziare l'addetto al reparto produzione di motori aeronautici senza addurre un'inesistente congiuntura sfavorevole; il che è come dire che il datore di lavoro ha solo due alternative: intimare comunque, in mancanza dello stato di crisi, un licenziamento illegittimo e sobbarcarsi il costo delle indennità risarcitorie, oppure rinunciare alla scelta organizzativa e rassegnarsi a tenere in vita un reparto produzione non ritenuto più strategico.

Di fatto, quell'orientamento introduceva un inammissibile sindacato nel merito delle scelte organizzative del datore di lavoro, entrando in rotta di collisione con l'art. 41, comma 1, Cost. Tanto è vero che il legislatore, oltre dieci anni fa, aveva sentito la necessità di introdurre una norma, l'art. 30 della Legge n. 183/2010, la quale affermava e afferma tuttora, a chiare lettere, l'insindacabilità delle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro. Tale prescrizione era stata ulteriormente rafforzata, due anni dopo, dalla Legge n. 92/2012, la quale, aggiungendo un periodo al suddetto art. 30, aveva precisato che l'inosservanza delle disposizioni in materia di limiti al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro, costituisce motivo di impugnazione per violazione di norme di diritto.

Quanto al secondo profilo, e cioè quello del *repêchage*, la sentenza in commento aderisce all'orientamento secondo cui la ricollocazione va valutata anche in relazione alle posizioni aziendali disponibili che implicano lo svolgimento di mansioni superiori già di fatto assegnate al dipendente.

La scelta della Suprema Corte è ovviamente condivisibile nel caso concreto, perché l'adibizione di dipendente, per anni, a mansioni superiori può effettivamente ritenersi prova piena dell'esistenza di una corrispondente posizione stabilmente presente nell'organigramma aziendale.

Qualche dubbio in più potrebbe sorgere, invece, in relazione a fattispecie concrete ove l'adibizione a mansioni superiori abbia avuto una durata minima, magari neppure sufficiente a conseguire l'assegnazione definitiva ai sensi dell'art. 2103, comma 7, cod. civ. In tal caso, infatti, l'adibizione meramente temporanea non è indicativa, oltre ogni ragionevole dubbio, dell'esistenza di una posizione libera.

D'altronde è noto che l'adibizione temporanea a mansioni superiori è uno strumento di flessibilità utilizzato dal datore di lavoro per efficientare l'organizzazione, ad esempio, per sostituire per qualche tempo un dipendente assente con diritto alla conservazione del posto. Pertanto, in questi casi, il lavoratore "supplente", chiamato a svolgere le mansioni del superiore, non sta occupando affatto una posizione libera e il mero fatto della sua adibizione non costituisce neppure elemento indiziante di una presunzione semplice, *ex art. 2729 cod. civ.*, circa l'esistenza di una possibilità di *repêchage*.

Queste precisazioni sono opportune perché, occorre ricordarlo, il *repêchage* non è espressamente previsto da alcuna norma di legge, essendo piuttosto il frutto di una creativa

elaborazione giurisprudenziale che lo ha desunto dalla tesi del licenziamento come *extrema ratio*; sicché ogni tensione all'ampliamento dei suoi confini va attentamente vagliata, onde evitare che si possa nuovamente mettere in discussione la libertà dell'iniziativa economica privata.

Non sempre, però, la giurisprudenza sembra adottare una prospettiva ragionevole nel contemperamento fra i contrapposti interessi in gioco.

Si vedano, in questo senso, le pronunce che hanno affermato l'obbligo del datore di tentare la ricollocazione del lavoratore anche presso società appartenenti allo stesso gruppo, magari utilizzando lo strumento del distacco (Cass. 13 novembre 2018, n. 29179, in *GL*, 2019, 3, 27; Cass. 16 gennaio 2014, n. 798, in *GL*, 2014, 11, 22; Cass. 8 marzo 2012, n. 3629, inedita; Cass. 8 agosto 2011, n. 17086, in *GL*, 2011, 40, 34); oppure in mansioni cui il dipendente potrebbe essere assegnato solo previo un breve percorso di formazione (Cass. 14 novembre 2011, n. 23807, in *ADL*, 2012, 4-5).

Tutti queste ipotesi sono accomunate dal fatto che la ricollocazione non è immediatamente possibile, poiché va sostanzialmente “costruita” mediante un percorso che, innanzitutto, presuppone la collaborazione di altri attori, sui quali non sempre l'imprenditore può fare affidamento, e che, comunque, comporta per lui un aggravio di costi. Il caso più emblematico è probabilmente proprio quello del distacco presso altro soggetto giuridico del medesimo gruppo, operazione, questa, che presuppone non solo il consenso della società distaccataria ma che, soprattutto, lascia in capo alla distaccante tutti gli obblighi retributivi preesistenti; sicché, verrebbe da dire, che per il datore di lavoro vi è non solo il danno, ma anche la beffa, poiché non solo deve continuare a pagare il dipendente che avrebbe voluto licenziare, ma deve anche lasciare che a fruire delle sue energie lavorative sia un altro soggetto giuridico.

In altri casi, invece, il *repêchage* appare più ragionevole, come nel caso della ricollocazione con mansioni inferiori compatibili (Cass. 3 dicembre 2019, n. 315820, in *GL*, 2020, 5, 25; Cass. 21 dicembre 2016, n. 26467, in *GL*, 2017, 7, 37; Cass. 19 novembre 2015, n. 23698, in *GL*, 2016, 4, 241; Cass. 1° luglio 2011, n. 14517, in *GL*, 2011, 35, 58), ovvero utilizzando il part-time (Cass. 21 gennaio 2019, n. 1499, in *GL*, 2019, 10, 22; Cass. 6 luglio 2012, n. 11402, in *MGL*, 2012, 11, 876), ovvero, ancora, ricorrendo al trasferimento (Cass. 27 gennaio 2020, n. 1802, inedita; Cass. 29 novembre 2016, n. 24265, in *GL*, 2017, 4, 16; Cass. 1° luglio 2014, n. 14944, in *GL*, 2014, 35, 40), ovvero, infine, al reimpiego in altri appalti (Trib. Milano 5 ottobre 2012, in *RIDL*, 2018, II, 654).

Qui, infatti, il datore di lavoro può tentare la ricollocazione all'interno della sua stessa azienda, senza sobbarcarsi costi ulteriori. Tanto è vero che offerte di *repêchage* di questo tipo vengono avanzate molto spesso, ma poi, altrettanto spesso, sono gli stessi lavoratori che non vogliono accettarle, in quanto non vogliono subire decurtazioni dello stipendio ovvero mutare il proprio luogo di lavoro.

In questa situazione di continue spinte all'ampliamento dell'area del *repêchage*, si inserisce ora il nuovo art. 2103 cod. civ., il quale, al comma 1, ha esteso l'ambito di esigibilità delle mansioni a tutte quelle inquadrate nello stesso livello, purché appartenenti alla medesima categoria legale.

Ad un tale ampliamento dell'area della mobilità orizzontale, potrebbe, si è detto, corrispondere un ampliamento anche delle ipotesi di ricollocazione, in quanto la gamma delle mansioni libere assegnabili al lavoratore in alternativa al licenziamento si estenderebbe anche a tutte quelle non equivalenti, purché, appunto, appartenenti al medesimo livello e categoria delle mansioni ultime effettivamente svolte dal lavoratore.

Un simile automatismo, tuttavia, non appare condivisibile, tantopiù alla luce degli attuali sistemi di inquadramento in cui spesso si trovano accomunate nello stesso livello mansioni che presuppongono professionalità anche molto diverse tra loro.

Pertanto, un criterio selettivo utile per delimitare efficacemente l'area del *repêchage* potrebbe essere quello di distinguere se le nuove mansioni libere a cui dovrebbe essere assegnato il lavoratore in alternativa al licenziamento, pur inquadrate nello stesso livello, richiedano o no che venga impartita al lavoratore apposita formazione.

In caso affermativo, quelle mansioni andrebbero escluse dal *repêchage* in quanto non esiste un obbligo del datore di lavoro di fornire al lavoratore una ulteriore e diversa formazione per salvaguardare il suo posto di lavoro. Ed infatti, neppure l'art. 2103 cod. civ. postula un simile obbligo, in quanto la formazione prevista dal comma 3, è un onere per il datore di lavoro qualora, nel suo interesse, intenda esercitare lo *jus variandi in pejus*. Ma la conclusione non cambierebbe neppure se lo si volesse qualificare come un obbligo, giacché questo sorgerebbe sempre a seguito di una libera scelta del datore di lavoro di esercitare il suddetto potere. Non si può ignorare la differenza tra questa situazione e il licenziamento: nella prima è appunto il datore che sceglie di assegnare il lavoratore a mansioni per le quali non è preparato e quindi di accollarsi i costi della formazione; in relazione al licenziamento si pone invece il problema di stabilire fino a che punto si può imporre al datore il costo economico di una formazione in alternativa al licenziamento, senza collidere con l'art. 41 Cost., tenuto conto, oltretutto, che la formazione per l'impresa rappresenta un doppio costo: non solo quello della formazione stessa, ma anche quello del pagamento della retribuzione durante il periodo dell'aggiornamento professionale.

Se, invece, le mansioni libere inquadrate nello stesso livello non richiedono una formazione, devono essere prese in considerazione al fine del *repêchage*.

In conclusione, dunque, si può affermare che non vi è automatica coincidenza tra l'area di esigibilità delle mansioni e quella del *repêchage*.

Roberto Maurelli, dottore di ricerca e avvocato in Roma

Visualizza il documento: [Cass.,ordinanza 20 ottobre 2022, n. 30950](#)