

# L'obbligo di repêchage e la corretta ripartizione degli oneri probatori

di P. Dui - 27 Luglio 2024

Sull'argomento, in via generale e specifica, possono vedersi, su *Labor*, [www.rivistalabor.it](http://www.rivistalabor.it) i seguenti contributi (ai quali si rinvia anche per ulteriori riferimenti): M. Palla, 3 aprile 2024, *Incidenza modificativa del repêchage sull'assetto negoziale in essere ed onere della prova circa la incollocabilità altrove del lavoratore*; L. Lorea, 28 febbraio 2024, *L'obbligo di repêchage nell'attuale disciplina del licenziamento per gmo all'esito degli interventi della Corte costituzionale: orientamenti di giurisprudenza a conferma della sua rilevanza quale "elemento costitutivo del fatto"*; F. Andretta, 24 febbraio 2024, *Licenziamento per sopravvenuta inabilità (parziale o) totale alle mansioni e lo speciale onere di repêchage: accomodamenti ragionevoli*; G. Barsotti, 29 aprile 2023, *Il licenziamento del dirigente per soppressione del posto finalizzato al contenimento dei costi aziendali è legittimo e non è condizionato dall'obbligo di repêchage*.

## **Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Una breve premessa**

Ai fini del licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo, l'art. 3 della legge n. 604/1966 richiede: a) la soppressione del settore lavorativo o del reparto o del posto cui era addetto il dipendente, senza che sia necessaria la soppressione di tutte le mansioni in precedenza attribuite allo stesso; b) la riferibilità della soppressione a progetti o scelte datoriali – insindacabili dal giudice quanto ai profili di congruità e opportunità, purché effettivi e non simulati – diretti ad incidere sulla struttura e sull'organizzazione dell'impresa, ovvero sui suoi processi produttivi, compresi quelli finalizzati ad una migliore efficienza ovvero ad incremento di redditività; c) l'impossibilità di reimpiego del lavoratore in mansioni diverse, elemento che, inespreso a livello normativo, trova giustificazione sia nella tutela costituzionale del lavoro che nel carattere necessariamente effettivo e non pretestuoso della scelta datoriale, che non può essere condizionata da finalità espulsive legate alla persona del lavoratore.

L'onere probatorio circa la sussistenza di tali presupposti grava sul datore di lavoro, che può assolverlo anche mediante ricorso a presunzioni, restando escluso che sul lavoratore incomba un onere di allegazione dei posti assegnabili.

Su quest'ultimo punto specifico, la Suprema Corte, nella sentenza in commento (Cass. 2739/2024), ha cassato con rinvio la decisione impugnata della Corte d'appello competente, segnatamente per l'omesso esame della possibilità di ricorrere a mansioni inferiori, come da corretta, attuale lettura dell'art. 2103 c.c. e da giurisprudenza ormai consolidata (cfr. Cass. 31561/2023, cui può rinviarsi per ogni ulteriore aspetto).

La sentenza impugnata mostra di ritenere – come riportato nello storico della lite, su cui v. *infra* – che l'onere di provare l'impossibilità di ricollocare il lavoratore da licenziare sia limitato alla possibilità che quest'ultimo possa svolgere mansioni comunque equivalenti a

quelle precedentemente espletate, trascurando che, per condivisa giurisprudenza della Cassazione, l'indagine va estesa anche all'impossibilità di svolgere mansioni inferiori

Invero, sin da Cass. SS.UU. n. 7755 del 1998, è stato sancito il principio per il quale la permanente impossibilità della prestazione lavorativa può oggettivamente giustificare il licenziamento ex art. 3 l. n. 604 del 1966, sempre che non sia possibile assegnare il lavoratore a mansioni non solo equivalenti, ma anche inferiori; l'arresto riposa sull'assunto razionale dell'oggettiva prevalenza dell'interesse del lavoratore al mantenimento del posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto; 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, ravvisandosi le medesime esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro da ritenersi prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore (Cass. n. 21579 del 2008; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019; Cass. n. 31520 del 2019).

È stato, così, affermato che il datore, prima di intimare il licenziamento, è tenuto a ricercare possibili situazioni alternative e, ove le stesse comportino l'assegnazione a mansioni inferiori, a prospettare al prestatore il demansionamento, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, potendo recedere dal rapporto solo ove la soluzione alternativa non venga accettata dal lavoratore (cfr. Cass. n. 10018 del 2016; v. pure Cass. n. 23698 del 2015; Cass. n. 4509 del 2016; Cass. n. 29099 del 2019).

### **I fatti di causa e la fase di merito**

La Corte di Appello di Roma, con la sentenza impugnata, in riforma della pronuncia di primo grado resa all'esito di un procedimento ex lege n. 92 del 2012, ha respinto l'impugnativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato il 18 maggio 2016 ad una lavoratrice.

La Corte, premesso che alla dipendente erano affidate le mansioni di centralinista e che gli ulteriori compiti alla stessa attribuiti rivestivano il carattere di residualità e di occasionalità, ha ritenuto che, da un lato, l'introduzione del sistema automatico di risposta telefonica, sia stato posto legittimamente dalla società quale elemento organizzativo produttivo integrante l'ipotesi di motivo oggettivo del licenziamento intimato, posto che, all'evidenza l'attività di smistamento delle telefonate è divenuta per la società non più proficuamente utilizzabile e, dall'altro lato, che le mansioni residuali ben potessero essere redistribuite all'interno dell'Ufficio.

Quanto all'adempimento dell'obbligo del *repêchage*, la Corte territoriale ha affermato che, se e vero che l'onere probatorio della impossibilità di utilizzare il lavoratore in altre mansioni – anche diverse purché equivalenti a quelle precedentemente svolte – spetta al datore di lavoro, è anche vero che, trattandosi di prova negativa, la prova relativa non può che essere fornita mediante risultanze probatorie di natura presuntiva, come l'inesistenza all'epoca del recesso di vuoti di organico, in riferimento alle stesse mansioni o a quelle equivalenti, o la

mancata assunzione successivamente al licenziamento e per un periodo congruo di altri dipendenti con la medesima qualifica.

La stessa Corte ha aggiunto che incombe sul lavoratore un onere di allegazione relativamente all'indicazione delle circostanze di fatto idonee a dimostrare, o a far presumere, l'esistenza, nell'ambito della struttura aziendale, di posti di lavoro in cui potrebbe essere utilmente adibito, ponendo in tal modo la parte datoriale nella condizione di poter dimostrare concretamente per quale motivo l'inserimento del lavoratore nelle posizioni lavorative evidenziate non era praticabile; la Corte, quindi, sulla base degli elementi acquisiti al giudizio, ha ritenuto provata "la impossibilità di utilizzare l'attività lavorativa della lavoratrice in altro settore con mansioni equivalenti".

### **Il giudizio di legittimità e l'ordinanza 30 gennaio 2024, n. 2739**

Per la cassazione di tale sentenza ha proposto ricorso la società soccombente con quattro motivi.

Col terzo motivo si lamenta la "Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 (Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.) e dell'art. 2103 c.c. In ordine alla mancata prova del *repêchage*"; si censura la sentenza impugnata per l'erroneo riparto degli oneri di allegazione e prova del *repêchage*, imponendo alla lavoratrice un onere di allegazione non dovuto; si eccepisce che, in ragione del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., in seguito alle modifiche introdotte dall'art. 3 del d. lgs. n. 81 del 2015, "l'ampiezza dell'obbligo di *repêchage* abbraccia tutte quelle posizioni lavorative che siano riconducibili allo stesso livello e categoria possedute dal lavoratore passibile di licenziamento";

Con l'ultimo motivo si denuncia: "Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966 (Art. 360, comma 1, n. 3, c.p.c.) e dell'art. 2103 c.c. In ordine al *repêchage* in mansioni inferiori"; si eccepisce che, nonostante la questione fosse stata posta sin dall'atto introduttivo del giudizio e coltivata nel suo seguito, "la Corte romana non si sia curata della necessaria allegazione e prova della possibilità di *repêchage* in mansioni inferiori".

A differenza delle prime due doglianze, riguardanti specificamente il licenziamento, la terza e la quarta, così come espresse, sono state ritenute fondate, con tutte le conseguenze del caso, sia in ordine alla corretta applicazione dell'obbligo di *repêchage*, sia in merito alla corrispondente ripartizione degli oneri probatori, tra lavoratore e datore di lavoro.

La Cassazione, nel rigettare il primo motivo di ricorso, affronta il tema dei contenuti del recesso per motivo oggettivo; precisa che la sentenza di secondo grado aveva argomentato in relazione alla soppressione del posto di lavoro e non al perseguimento di un maggior profitto. In ogni caso, il ricorrente aveva criticato l'orientamento giurisprudenziale per il quale l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro deve necessariamente provare.

Sul punto, il Supremo Collegio precisa che l'intervento nomofilattico della Corte Suprema ha vocazione di stabilità, anche alla luce delle novelle del codice di rito, operate nel 2006 e nel 2009. Più in particolare, la non vincolatività del precedente va armonizzata con l'esigenza di garantire l'uniformità dell'interpretazione giurisprudenziale, attraverso il ruolo

svolto dalla Corte di legittimità. È, infatti, avvertita l'esigenza per la quale il mutamento di orientamenti consolidati si giustifica solo in presenza di gravi ragioni.

Tornando al tema del giustificato motivo di recesso, la sentenza precisa che è necessario che le rimanenti ed eventuali mansioni, diverse da quelle soppresse, rivestano una loro oggettiva autonomia, in modo che possa ritenersi che il residuo impiego del lavoratore, anche part time, non finisca per configurare la creazione di una diversa ed autonoma posizione lavorativa.

Di più, il carattere di oggettiva autonomia del complesso delle mansioni non soppresse deve essere escluso anche quando, come rilevato dai giudici di merito, abbia carattere residuale, non rilevante, occasionale, promiscuo ed ancillare rispetto ai compiti di altri dipendenti.

Pasquale Dui, avvocato in Milano e professore a contratto nell'università degli Studi di Milano-Bicocca

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 30 gennaio 2024, n. 2739](#)