



Numero 1 / 2024

Maria Teresa CARINCI

**L'evoluzione della nozione di *repêchage* nel
licenziamento individuale per gmo di tipo economico*.**

L'evoluzione della nozione di *repêchage* nel licenziamento individuale per gmo di tipo economico*.

Maria Teresa CARINCI

Ordinario di Diritto del Lavoro, Università degli Studi di Milano

SOMMARIO: 1. L'oggetto dell'indagine. 2. Il *repêchage* ex art. 3 l. 604/1966: elemento strutturale del concetto di gmo oppure elemento esterno aggiunto alla struttura del gmo dalla giurisprudenza? 3. Il nesso causale negativo fra riorganizzazione e mansioni del lavoratore: *repêchage* e contenuto dell'obbligazione di lavoro ex art. 2103 c.c. vecchio testo. 4. Segue: *repêchage* e contenuto dell'obbligazione di lavoro ex art. 2103 c.c. nuovo testo. 4. Conclusione.

1. L'oggetto dell'indagine.

Con questo mio contributo vorrei brevemente analizzare quale sia, oggi, la portata e l'estensione del cd. *repêchage* nell'ambito del gmo di licenziamento individuale di tipo economico.

Per fare ciò affronterò dapprima alcuni aspetti cruciali del *repêchage* ex art. 3 l. 604/1966 – la norma che, ponendo per la prima volta limiti al potere di licenziamento datoriale, ha indotto la giurisprudenza, a fronte del licenziamento individuale per ragioni economiche, a ritenere sussistente anche il cd. obbligo di *repêchage* – per poi valutare se le modifiche introdotte dal *Jobs Act*¹ all'art. 2103 c.c. ne abbiano modificato la portata.

2. Il *repêchage* ex art. 3 l. 604/1966: elemento strutturale del concetto di gmo oppure elemento esterno aggiunto alla struttura del gmo dalla giurisprudenza?

*Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento presentato al Convegno "I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. L'onere di *repêchage* tra ius variandi e obblighi di formazione" svoltosi il 15 giugno 2023 in modalità on line ed organizzato con il patrocinio dell'Università di Ca' Foscari di Venezia – Dipartimento di Management, la rivista Lavoro, diritti Europa, l'Università degli studi Suon Orsola Benincasa di Napoli e l'associazione Aidlass Forense.

¹ Segnatamente dall'art. 3, comma 1, D. Lgs. 81/2015.

Com'è noto, secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, il gmo di licenziamento si compone di tre elementi: 1) la *riorganizzazione* della struttura predisposta dal datore, che può riguardare tanto la sua componente personale quanto quella materiale (per es. la decisione di introdurre nuovi macchinari che abbia come conseguenza l'inutilizzabilità di certe mansioni; la scelta di esternalizzare fasi della produzione cui consegua l'eliminazione di alcune mansioni; la determinazione di ridurre la produzione che abbia un impatto sul numero di lavoratori da impiegare ecc.), ma che in ogni caso deve essere *effettiva*; 2) il *nesso causale* fra la riorganizzazione effettuata e le mansioni del singolo lavoratore licenziato, che devono risultare superflue nella nuova struttura predisposta dal datore; 3) il cd. *repêchage*, cioè l'assenza di posizioni vacanti cui il lavoratore possa essere adibito nel rispetto dell'art. 2103 c.c. (cioè – fino alle modifiche introdotte dal *Jobs Act* – nel rispetto del *limite della "equivalenza professionale" previsto da quella norma*).

Se questa lettura del gmo è da tempo condivisa in giurisprudenza, in dottrina invece l'esatta collocazione del *repêchage* ha continuato a rimanere oggetto di discussione, ritenendolo, alcuni, un aspetto intrinseco al gmo – e più in particolare il nesso causale visto in prospettiva negativa²–, altri, un elemento estrinseco al gmo, di pura creazione giurisprudenziale³.

A me pare che su questo aspetto la parola conclusiva l'abbia pronunciata la Corte costituzionale in due importantissime pronunce: Corte Costituzionale 1° aprile 2021, n. 59 e Corte Costituzionale 19 maggio 2022, n. 125.

Nella prima delle due sentenze la Corte non solo ha affermato che la nozione di “fatto” di cui all'art. 18, 7 comma, St.lav. – da intendersi in senso giuridico e non materiale (come “assenza dei presupposti di legittimità del recesso”) – si identifica totalmente con la “causale giustificatrice” prevista dalla legge, cioè appunto con il gmo, ma ha altresì chiarito che gli elementi di cui consta il gmo sono tre: la riorganizzazione, il nesso causale ed il *repêchage*.

Si legge, infatti, al punto 5 della parte in diritto: “Il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino ad un massimo di dodici mensilità, è circoscritto all'ipotesi di manifesta insussistenza del fatto, che postula una evidente assenza dei presupposti di legittimità del recesso e dunque la sua natura pretestuosa [...]. Tale requisito che il remittente non censura, si correla strettamente *ai presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, che è onere del datore dimostrare. *Tali sono da intendersi le ragioni inerenti all'attività produttiva, alla organizzazione del lavoro ed al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alle scelte organizzative del datore di lavoro e, infine, l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore [...]. Perché possa operare il rimedio della reintegrazione è sufficiente che la manifesta insussistenza riguardi uno dei presupposti appena indicati [...]*”. E ancora: “*Tali presupposti, pur nel loro autonomo spazio applicativo, si correlano tutti all'effettività della scelta organizzativa del datore di lavoro*, che il giudice è chiamato a valutare senza sconfinare in un sindacato

² Secondo questa lettura il *repêchage* costituisce il nesso causale negativo perché permette di verificare se effettivamente quel lavoratore non possa più essere adibito a nessuna delle mansioni cui si è obbligato (si tratta delle mansioni di assunzione, di quelle equivalenti cui sia stato successivamente adibito o anche quelle a cui potrebbe essere adibito nel legittimo esercizio dell'art. 2103 c.c.). Cfr. se vuoi M.T. Carinci, *L'obbligo di "ripescaggio" nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, 2017, I, p. 203 ss. In quest'ordine di idee v. R. Del Punta, *Sulla prova della necessità del ripescaggio nel licenziamento economico*, intervento tenuto a Roma all'Università Sapienza il 16 settembre 2016 in occasione del seminario *Il giustificato motivo di licenziamento: la fattispecie*, ora in A. Perulli (a cura di) *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, 2017, Giappichelli, p. 31 ss., ed in precedenza M. Napoli, voce *Licenziamenti*, in DDP comm., vol. IX, 1993, p. 96.

³ In questo senso per tutti cfr. C. Pisani, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103*, in ADL, 2016, 3, p. 537 ss.

di congruità e opportunità. Il vaglio della genuinità della decisione imprenditoriale garantisce che il licenziamento rappresenti pur sempre una *extrema ratio* e non il frutto di un insindacabile arbitrio” [corsivi di chi scrive].

Non diversa appare la presa di posizione della Corte costituzionale nella sentenza n. 125/2022 nella quale – chiamata ulteriormente a valutare la legittimità costituzionale dell’art. 18, 7 comma, St.lav. – la Consulta scrive (punto 8 della parte in diritto): “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 [...]. *Il fatto che è all’origine del licenziamento per giustificato motivo oggettivo include tali ragioni e, in via prioritaria, il nesso causale tra le scelte organizzative del datore di lavoro e il recesso dal contratto, che si configura come extrema ratio, per l’impossibilità di collocare altrove il lavoratore*”.

Se allora nel concetto di fatto/gmo rientrano tanto la riorganizzazione ed il nesso causale, quanto il *repêchage* (con la conseguenza che in caso di loro difetto – nel regime dell’art. 18 St.lav. – dovrà trovare applicazione la tutela reintegratoria), quali sono, viceversa, gli aspetti che ne sono esclusi (cosicché la loro mancanza possa dar luogo alla sola tutela indennitaria)?

Secondo la Consulta (sempre punto 8 della parte in diritto di C. Cost. n. 125/2022): “Rientrano nell’area 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. In tale ambito si colloca il mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengono a personale omogeneo e fungibile [...]*”.

Tre, dunque, sono le componenti strutturali del gmo, *repêchage* incluso.

La giurisprudenza di legittimità, d’altra parte, conferma questa interpretazione⁴ e pone infatti l’onere della prova anche del *repêchage* in capo al datore di lavoro secondo quanto previsto in generale per il gmo dall’art. 5 l. 604/1966⁵.

Chi scrive ritiene che la posizione della Corte costituzionale sia da condividere: il *repêchage ex art. 3 l. 604/1966* appartiene alla struttura del gmo perché permette di controllare se il licenziamento di quello specifico lavoratore sia stato *effettivamente* disposto per una *genuina ragione*

⁴ Cfr. di recente Cass. 18 novembre 2022, n. 34049 (ed i precedenti ivi richiamati).

⁵ Cfr. per tutte Cass. 22 marzo 2016, n. 5592.

organizzativa in quanto le *mansioni*⁶ di quel lavoratore non sono più utili nella nuova struttura organizzativa liberamente predisposta dal datore di lavoro.

Il ripescaggio, dunque, altro non è che la verifica – in prospettiva negativa – del *nesso causale*⁷ fra *riorganizzazione e mansioni del lavoratore*. Come potrebbe, infatti, affermarsi la sussistenza della ragione tecnico–organizzativa di licenziamento se nella nuova organizzazione predisposta dal datore vi fossero posizioni vacanti relative a mansioni che il lavoratore può utilmente svolgere?

Il controllo sul rispetto del ripescaggio, dunque, pone in evidenza il vero interesse sotteso all'atto di licenziamento, permettendo al giudice di verificare se lo specifico licenziamento sottoposto al suo giudizio *sia avvenuto davvero per quella specifica causa tecnico–organizzativa addotta dal datore di lavoro* (e dunque in vista della realizzazione del suo interesse tecnico–organizzativo, protetto dall'art. 41 Cost.) oppure per altre ragioni (si tratti – com'è nella maggior parte dei casi – di ragioni vietate dal sistema – ragioni discriminatorie, ritorsive o illecite⁸ – o di ragioni che in sé sarebbero lecite, ma che avrebbero richiesto il rispetto di forme e procedure poste a tutela della persona che lavora, com'è per il licenziamento disciplinare).

Un'altra notazione mi sembra importante.

Inteso nei termini sopra descritti, il gmo – comprensivo del *repêchage* quale nesso causale negativo – *costituisce un limite davvero minimale del potere di recesso datoriale*, dal momento che richiede solo che il datore rimanga fedele alle proprie libere scelte, attuando effettivamente la riorganizzazione dichiarata e licenziando solo il lavoratore le cui mansioni non siano più utili nella nuova struttura da lui liberamente disposta.

A ben vedere, dunque, nel bilanciamento operato dalla legge – tramite il gmo – fra interesse datoriale a strutturare liberamente la propria organizzazione tecnico–produttiva e interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, è sempre il primo a prevalere.

⁶ In questo senso va infatti inteso il “posto di lavoro” a cui a volte fanno riferimento le sentenze. Nel settore privato, infatti il “posto” in quanto tale non esiste (non esiste infatti alcuna “pianta organica”), ma esistono solo mansioni cui il lavoratore può essere adibito. Nell'adibire i vari lavoratori alle diverse mansioni nell'esercizio del suo potere il datore crea l'organizzazione personale della propria struttura.

⁷V. ancora Cass. 22 marzo 2016, n. 5592 ai sensi della quale: “Ora l'art. 5 l. 604/1966 è assolutamente chiaro nel porre a carico del datore di lavoro “l'onere della prova della sussistenza del gmo di licenziamento”: ed in tal senso esso è interpretato in ordine al controllo giudiziale *dell'effettiva sussistenza del motivo determinato ragioni tecniche, organizzative e produttive, addotto dal datore di lavoro* (...). Ed in esso rientra il requisito di impossibilità di repêchage quale criterio di integrazione delle ragioni inerenti l'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, *nella modulazione della loro diretta incidenza sulla posizione del singolo lavoratore licenziato*, derogabile soltanto quando il motivo consista nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile”. [corsivo di chi scrive].

⁸Per un approfondimento sulla linea di confine fra licenziamento sorretto da gmo e licenziamento discriminatorio/ritorsivo/per motivo illecito mi sia permesso rinviare a M.T. Carinci, *Il licenziamento nullo perché discriminatorio, intimato in violazione di disposizioni di legge o in forma orale*, in M.T. Carinci, A Tursi (a cura di), *Il contratto a tutele crescenti*, Giappichelli Torino, 2015, in particolare p. 45 ss.

Il limite del gmo – pur inteso in questa accezione minimale – rimane tuttavia imprescindibile alla luce del sistema (interno e sovranazionale⁹), se si vuole prendere sul serio la posizione della Corte costituzionale, che più volte ha ribadito che l'obbligo di giustificazione del licenziamento costituisce un *diritto fondamentale della persona*¹⁰.

3. Il nesso causale negativo fra riorganizzazione e mansioni del lavoratore: *repêchage* e contenuto dell'obbligazione di lavoro ex art. 2103 c.c. vecchio testo.

Si tratta ora di discutere se le modifiche introdotte dal *Jobs Act* all'art. 2103 c.c. incidano anche sulla portata del *repêchage* quale componente del gmo di licenziamento.

Per rispondere a questo interrogativo è necessario fare un passo indietro, interrogandosi sui rapporti fra gmo di licenziamento ex art. 3 l. 604/1966 e art. 2103 c.c. vecchio testo.

Secondo l'opinione preferibile, l'art. 2103 c.c. nella versione previgente, non solo riconosceva al datore, con certi limiti, il potere di variare le mansioni del lavoratore rispetto a quelle di assunzione (o a quelle successivamente assegnate), ma al contempo fissava il contenuto dell'obbligazione di fare del lavoratore ed in conseguenza segnava i confini della cooperazione creditoria all'adempimento della prestazione¹¹.

In particolare, in conseguenza dell'integrazione del contratto ad opera dell'art. 2103 c.c. (ex art. 1374 c.c.) doveva ritenersi che l'obbligo di fare assunto dal lavoratore non includesse solo le mansioni di assunzione, ma anche quelle professionalmente “equivalenti” alle ultime effettivamente svolte disponibili nell'organizzazione esistente (ed altresì – secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidatosi, in parte derogatorio rispetto al divieto di demansionamento contenuto nella norma – anche le mansioni inferiori con riferimento alle quali il lavoratore possedesse la professionalità richiesta e che fossero all'atto del licenziamento vacanti, cosicché nessuna modifica organizzativa era richiesta al datore).

Nel raggio di tali mansioni – che costituivano appunto oggetto dell'obbligazione del lavoratore –, il datore era poi onerato dell'esercizio del proprio potere di specificazione *della mansione*

⁹ Mi sia permesso rinviare per considerazioni sui vincoli derivanti dall'art. 30 CFUE e dall'art. 24 CSE a M.T. Carinci, *L'obbligo di “ripescaggio” nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, cit. p. 225 ss. V. tuttavia per diverse considerazioni C. Cost. 8 novembre 2018, n. 194 rispettivamente punti 8 e 14 del considerato in diritto.

¹⁰ Cfr. fra le altre C. Cost. 26 settembre 2018, n. 194, punto 9.1. della parte in diritto; C. Cost. 9 giugno 1965, n. 45.

¹¹ Secondo autorevole dottrina l'art. 2103 c.c. vecchio testo – integrando ex lege il contratto di lavoro – definiva l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore, cfr. fra gli altri M. Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e del trasferimento del lavoratore*, in *DL*, 1971, I, p. 4 ss.; U. Romagnoli, *Commento all'articolo 13*, in U. Romagnoli – L. Montuschi – G. Ghezzi – G.F. Mancini, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Commentario al Codice Civile Scialoja-Branca, Zanichelli–Il Foro italiano*, 1972, p. 174 ss.; T. Treu, *Statuto dei lavoratori e organizzazione del lavoro*, in *RTDPC*, 1972, p. 1030 ss.; G. Giugni, voce *Mansioni e qualifica*, in *ED*, vol. XXV, 1975, p. 554; L. Mengoni, *La cornice legale*, in *L'inquadramento dei lavoratori*, in *QDLRI*, 1987, p. 45 ss.; R. Pessi, *Contributo allo studio della fattispecie di lavoro subordinato*, Giuffrè 1979, p. 79 ss. Ma per una ricostruzione del dibattito su questo aspetto v. da ultimo E. Gramano, *Jus variandi, fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*, Franco Angeli, 2022, specie p. 44 ss.; in precedenza M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *ADL*, 2015, 6, pp. 1156 ss.

*concretamente dovuta*¹², in modo da consentire al lavoratore di adempiere al proprio obbligo di fare eseguendo *una* delle mansioni oggetto dell'obbligo lavorativo.

Se è vero che l'art. 2103 c.c. vecchio testo, così inteso, fondava un autonomo onere di "ripescaggio", distinto dal "ripescaggio" quale limite al potere di licenziamento *ex art. 3, l. 604/1966*¹³, al contempo la norma codicistica, concorrendo ad individuare il debito del lavoratore (*ex art. 1374 c.c.*), nel far ciò inevitabilmente disegnava altresì il perimetro del *repêchage* di licenziamento per gmo.

Il test del *repêchage*, infatti, quale nesso causale negativo fra riorganizzazione e licenziamento del lavoratore non poteva che prendere in considerazione *tutte le mansioni dovute dal lavoratore* – e non solo quelle al momento esercitate – e fra esse, in virtù di legge, tanto le mansioni individuate dal contratto quanto quelle professionalmente "equivalenti" (ed altresì inferiori con riferimento alle quali il lavoratore possedesse la professionalità richiesta) che risultassero all'atto del licenziamento non coperte.

In altre parole, l'art. 2103 c.c., nel segnare l'area del debito del lavoratore, contribuiva con ciò stesso anche a fissare l'ambito del *repêchage* (o il controllo sul nesso casuale negativo) nel licenziamento per gmo: solo nel caso in cui nessuna delle mansioni dovute dal lavoratore fosse disponibile nella struttura predisposta dal datore il nesso fra riorganizzazione e mansioni avrebbe potuto ritenersi sussistente (e con esso, in quanto suo elemento inscindibile, altresì il gmo di tipo economico nel suo complesso).

Del resto quale ragione tecnico–organizzativa di licenziamento avrebbe potuto sussistere ove almeno *una* delle mansioni dovute dal lavoratore fosse invece risultata vacante nella nuova organizzazione disposta dal datore di lavoro?

Se dunque l'art. 2103 c.c. vecchio testo concorrevva (individuando i contenuti del debito del lavoratore) a disegnare con ciò i confini del *repêchage* di licenziamento, deve tuttavia essere segnalata una particolarità derivante dagli specifici contenuti della versione allora vigente della norma codicistica: le mansioni da considerare per il test di *repêchage* – in quanto appunto oggetto dell'obbligo del lavoratore – erano solo *quelle professionalmente "equivalenti"* (e cioè *quelle con riferimento alle quali il lavoratore possedesse già tutte le competenze richieste*).

La lettura congiunta dell'art. 3 l. 604/1966 e dell'art. 2103 c.c. escludeva, pertanto, che sul datore – sia nella fase fisiologica del rapporto (con riferimento all'estensione dell'onere di cooperazione all'adempimento), sia nella fase estintiva (con riferimento al limite del gmo di licenziamento) –

¹² Per l'inclusione del potere direttivo (qui dello *ius variandi*) fra le forme di esplicazione del concorso creditorio all'attuazione dell'obbligazione cfr. M. Grandi, *Riflessioni sul dovere di obbedienza nel rapporto di lavoro subordinato*, in AA.VV., *L'omaggio dell'accademia a Mattia Persiani*, Tomo I, Cedam, p. 692.

¹³ Cfr. L. Nogler, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i "principi" costituzionali*, GDRI, 2007, 4, p. 649 s.

gravasse – al fine di mantenere in servizio il lavoratore – un qualche obbligo di modificare la struttura organizzativa (anche personale¹⁴) da lui liberamente predisposta¹⁵.

Oggi però lo scenario è cambiato. Infatti le modifiche dell'art. 2103 c.c. introdotte dal *Jobs Act* determinano un importante impatto *in primis* sulla estensione del debito del lavoratore e di riflesso sulla struttura del *repêchage* di licenziamento per gmo.

4. Segue: *repêchage* e contenuto dell'obbligazione di lavoro ex art. 2103 c.c. nuovo testo.

Come anticipato il nuovo testo dell'art. 2013 c.c. amplia in modo significativo il raggio del potere datoriale di specificare le mansioni dovute dal lavoratore (*ius variandi*) e di riflesso – giusta l'impostazione dottrinale che si ritiene preferibile e di cui si è dato conto nel paragrafo che precede – ridisegna anche (*ex art. 1374 c.c.*) l'area del debito del lavoratore, che è esteso fino a ricomprendere: in orizzontale non più le sole mansioni professionalmente “equivalenti”, ma tutte le “mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte” (comma 1) la cui individuazione è rimessa – in modo implicito – alla contrattazione collettiva; in verticale – in linea con l'orientamento già consolidatosi in giurisprudenza – “in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore” le “mansioni appartenenti al livello¹⁶ di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale” (comma 2).

Il potere del datore di adibire il lavoratore all'una o all'altra delle mansioni dovute costituisce del pari – come in precedenza – onere di cooperazione all'adempimento.

Tale onere tuttavia riveste oggi rispetto al passato – almeno potenzialmente – un contenuto assai più esteso, perché le tabelle di inquadramento poste dal contratto collettivo (a cui la norma codicistica nella sostanza rinvia) in uno stesso livello possono includere (ed in effetti spesso in concreto includono) mansioni per svolgere le quali sono richieste competenze, abilità, conoscenze molto diverse fra loro, che è possibile non siano tutte al momento in possesso del lavoratore, il quale però è gravato comunque per legge dell'obbligo di svolgerle ove il datore lo richieda.

¹⁴ Il lavoratore, infatti, doveva già possedere la professionalità richiesta per svolgere le nuove mansioni che gli venivano attribuite nell'esercizio del *repêchage*. Cfr. per es. Cass. 9 novembre 2016, n. 22798: “pacifico che la verifica della possibilità del cd. *repêchage* vada condotta con riferimento a mansioni equivalenti”. Per analoga posizione con riferimento al *repêchage* verso mansioni inferiori v. C. App. Roma, 12 marzo 2018, n. 842. Cfr. altresì Cass. 11 novembre 2019, n. 29100 e Cass. 23 febbraio 2022, n. 5981.

¹⁵ Si osservi inoltre che le due ipotesi di ripescaggio presenti nel sistema non comportavano diversità in tema di ripartizione dei carichi probatori, ritenendosi che nell'un caso – ai sensi delle regole probatorie in tema di adempimento – e nell'altro – ai sensi dell'art. 5 l. 604/1966 – l'onere della prova di assegnare al lavoratore altra posizione gravasse sempre sul datore di lavoro. Inoltre sul piano dei rimedi si riteneva che in caso di licenziamento la disciplina speciale (indennitaria o reintegratoria) prevalesse su quella generale in tema di invalidità/inefficacia degli atti negoziali.

¹⁶ Da leggersi come un solo livello di inquadramento inferiore a quello di provenienza.

Proprio per questo – per rendere tutte le mansioni cui il lavoratore si obbliga possibili (art. 1346 c.c.)¹⁷ – l'art. 2103, comma 3, c.c. pone in capo al datore un obbligo accessorio di formazione, che sorge in conseguenza dell'adibizione a quelle nuove mansioni per le quali il lavoratore non possiede al momento adeguata competenza, obbligo che – in virtù di una clausola generale – opera nei casi e nei limiti in cui si dimostri “necessario”.

Ma se così stanno le cose l'abbandono della “equivalenza professionale” – quale limite dello *ius variandi* ed al contempo criterio *ex lege* di individuazione del contenuto dell'obbligazione lavorativa – comporta come conseguenza un cambiamento significativo: in tutti i casi in cui l'inquadramento previsto dal contratto collettivo contempli, nello stesso livello di provenienza (o nel livello inferiore), mansioni per le quali il lavoratore non possiede allo stato la necessaria competenza l'onere datoriale di cooperazione (in virtù dell'obbligo accessorio di formazione) *si trasforma in un onere di modificare “qualitativamente” l'organizzazione personale esistente (con i costi che ciò comporta) adeguando/aggiornando le competenze professionali possedute dal lavoratore.*

Certo nell'intento del *Jobs Act* l'ampliamento del raggio dello *ius variandi* realizzato dal nuovo art. 2103 c.c. – e con esso del debito del lavoratore e del connesso onere di cooperazione all'adempimento del datore di lavoro – avrebbe dovuto trovare argine e razionalizzazione nella contrattazione collettiva. Quest'ultima – preso atto del nuovo ruolo assegnato dalla legge all'inquadramento (non solo quello di fissare la retribuzione, ma anche di definire l'area del debito del lavoratore) – avrebbe infatti dovuto procedere alla revisione dei criteri di classificazione, così assicurando opportuna flessibilità alle imprese, ma al contempo individuando opportuni percorsi di sviluppo professionale per i lavoratori ed altresì contenuti e limiti dell'obbligo accessorio di formazione.

Ciò tuttavia è avvenuto solo in alcuni casi¹⁸.

La giurisprudenza si è dunque trovata in un *impasse*. Infatti adottare una lettura coordinata dell'art. 2103 c.c. nuovo testo e dell'art. 3 l. 604/1966 – come invece a mio parere è necessario alla luce del sistema – avrebbe ristretto in modo significativo l'ambito del licenziamento per gmo di tipo economico e posto in capo al datore di lavoro un obbligo accessorio di formazione dai contorni (e costi) indeterminati.

I giudici hanno dunque preferito una lettura che non coordina, ma separa le due norme. Secondo l'orientamento prevalente il *repêchage* di licenziamento per gmo rimane circoscritto come in passato – pur in carenza di una norma positiva in tal senso – alle sole mansioni professionalmente “equivalenti” rispetto a quelle svolte dal lavoratore¹⁹ (o a quelle immediatamente inferiori) con

¹⁷ In mancanza delle competenze necessarie il lavoratore non potrà ritenersi inadempiente. Per osservazioni sul punto e rinvii alla dottrina cfr. E. Gramano, *op.cit.*, p. 114.

¹⁸ Cfr. P. Tomassetti, *Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale*, in *DRI*, 2019, 4, p.1149 ss. Per le scelte operate dal CCNL metalmeccanici del 2021, Alvino, Imberti, Maresca, Moia, Pero, *CCNL Metalmeccanici 2021: il rinnovamento... alla prova dell'applicazione*, *GDRI*, 2022, 3, 457 ss.

¹⁹ Cfr. Trib. Roma, sez. lav., 24 luglio 2017 ove si legge: “(...) dopo l'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015 che ha introdotto il nuovo testo dell'art. 2103 c.c., deve ritenersi che ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage*, il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare l'indisponibilità di posti di lavoro di livello corrispondente a quello in cui è inquadrato il lavoratore: la scomparsa del riferimento alla categoria dell'equivalenza nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. determina una maggiore ampiezza e flessibilità dell'ambito di utilizzazione orizzontale del dipendente” ma al contempo precisa che l'onere della prova che grava sul datore riguarda

riferimento alle quali egli già possedeva le competenze necessarie. L'obbligo accessorio di formazione previsto dall'art. 2103 c.c. rimane così confinato alla sola ipotesi di esercizio discrezionale dello *ius variandi* in corso di rapporto.

A mio parere tale lettura non può essere condivisa.

Se infatti si conviene con l'idea per cui il *repêchage* nel licenziamento per gmo costituisce *il nesso causale negativo fra riorganizzazione disposta dal datore e mansioni dovute dal lavoratore* (così da verificare se effettivamente quelle mansioni cui il lavoratore si è obbligato non sono più utili nella nuova struttura organizzativa disposta dal datore) le mansioni da prendere a riferimento non possono essere arbitrariamente limitate solo ad alcune fra quelle dovute (cioè appunto le mansioni professionalmente "equivalenti"), ma devono essere *tutte quelle che rientrano nell'obbligo assunto dal lavoratore* (siano esse previste dal contratto o dovute *ex art. 2103 c.c. nuovo testo*).

Nel caso che nello spettro di tali compiti – in virtù delle tabelle classificatorie del contratto collettivo – rientrino anche mansioni per le quali il lavoratore necessita di acquisire nuove competenze e abilità, il nesso causale negativo si arricchisce dell'obbligo accessorio di formazione *ex art. 2103 c.c.*²⁰ In tal modo il gmo di licenziamento in virtù di legge si trasforma *in un vero e proprio obbligo per il datore di trasformare "qualitativamente" "l'organizzazione personale esistente (formando, appunto, il lavoratore)*.

4. Conclusione.

Le conclusioni raggiunte nel paragrafo che precede denotano come il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. – espandendo da una parte l'area del debito del lavoratore e dall'altra il raggio ed i contenuti²¹ del *repêchage* – abbia spostato nel caso del licenziamento per gmo il punto di bilanciamento fra libertà di impresa e "stabilità al lavoro". Ma con una particolarità: il punto esatto del bilanciamento – cioè la latitudine del "ripescaggio" – non è definito dalla legge una volta per tutte, ma è rimesso alle determinazioni del contratto collettivo tramite la definizione dell'inquadramento.

In definitiva nel nuovo scenario è il contratto collettivo che, individuando l'area delle mansioni da collocare sullo stesso livello, è deputato a segnare il bilanciamento fra i contrapposti interessi delle parti.

"la mancata disponibilità di posizioni dello stesso livello e categoria di inquadramento del lavoratore, purché però si tratti di mansioni libere, che non necessitano di idonea formazione in quanto l'obbligo formativo è stato configurato nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. come conseguenza della scelta unilaterale del datore di lavoro in un contesto relativo alla sussistenza di ragioni organizzative e produttive idonee a giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'obbligo di attribuire al lavoratore mansioni che necessitano di adeguata formazione significherebbe infatti imporre al datore un ulteriore costo economico" (corsivo di chi scrive).

²⁰ Trib. Lecco, sez. lav., 31 ottobre 2022, n. 159, in *ADL*, 2023, 4, pp. 811 ss. con nota di A. Bebbler, L'obbligo di *repêchage* si estende alla formazione del lavoratore? Un altro *obiter dictum*.

²¹ Tramite la previsione dell'obbligo di formazione.

Si tratta a parere di chi scrive di una soluzione ragionevole: rimettendo al contratto collettivo l'esatto punto di bilanciamento fra i contrapposti interessi, vengono responsabilizzati i soggetti collettivi, gli unici in grado di intercettare i bisogni dell'impresa, di assecondarne le trasformazioni ed al contempo di valutare in qual misura anche il datore di lavoro, attore di quella trasformazione, ne debba sopportare oltre che i benefici i costi.