

Con il nuovo art. 2103 c.c. cambiano anche le regole del *repêchage* (?)

di Antonella Mauro

Tag: #repêchage #licenziamento #iusvariandi

La sentenza del [Tribunale di Milano del 16 dicembre 2016 n. 3370](#) sembra ampliare significativamente i confini del c.d. obbligo di *repêchage* che grava in capo al datore di lavoro che intende procedere al licenziamento del lavoratore per soppressione della posizione.

Come è noto, l'**obbligo di *repêchage* è una condizione di legittimità del licenziamento per ragioni economiche di matrice puramente giurisprudenziale** e consiste nella verifica da parte del datore dell'inesistenza di posizioni ulteriori rispetto a quella soppressa alle quali adibire alternativamente il lavoratore interessato per evitarne il licenziamento. Nel corso del tempo la stessa giurisprudenza che lo ha di fatto creato ne ha definito le **caratteristiche** che, in linea generale, si collocano nella cornice del **rispetto della discrezionalità e dell'autonomia imprenditoriale**. In particolare, la **verifica doveva essere riferita solo alle posizioni lavorative con mansioni equivalenti a quelle effettivamente svolte dal lavoratore e coerenti con la sua professionalità**, l'adibizione a tali mansioni **non doveva comportare una modifica dell'assetto aziendale** e, infine, **il lavoratore doveva cooperare a tale processo indicando le mansioni** alle quali poter essere adibito in alternativa al licenziamento. (cfr., fra le tante, [Cass. 1 agosto 2013, n. 18416](#); Cass. 8 febbraio 2011, n. 3040).

Con riferimento poi a questa indicazione il datore avrebbe dovuto dimostrare di aver effettuato la verifica della possibilità del ripescaggio e il giudice avrebbe infine valutato l'idoneità del procedimento svolto dal datore. Questo era quanto accadeva, secondo orientamenti giurisprudenziali che potevano decisamente ritenersi consolidati, prima della sentenza in esame; **anche coerentemente con la precedente formulazione dell'art. 2103 c.c.** (che imponeva al datore di adibire il prestatore alle mansioni assegnate all'atto dell'assunzione oppure a quelle corrispondenti alla categoria superiore successivamente acquisita ovvero a **mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte**).

Nel caso di specie, la Società licenziava la propria dipendente per giustificato motivo consistente nella soppressione della posizione alla quale questa era adibita. La lavoratrice, impugnando il licenziamento in via giudiziale, indicava le mansioni alternative alle quali avrebbe potuto, secondo la sua valutazione, essere adibita in alternativa al licenziamento. Il Giudice, sottolinea però che le Società del gruppo convenute non avessero fornito prova dell'assolvimento dell'obbligo di *repêchage* con riferimento alle specifiche mansioni indicate dalla dipendente. In base a quanto ricostruito a proposito delle caratteristiche dell'obbligo di *repêchage*, **il Giudice avrebbe ben potuto fermarsi qui e dichiarare l'illegittimità del licenziamento. Invece va ben oltre e aggiunge un riferimento alla disciplina dello *ius variandi* ex art. 2103 c.c. come riformato dal d.lgs. 81/2015**, precisando (l'argomentazione per agganciare il nuovo *ius variandi* al *repêchage* non è, in verità, ben chiara) che il datore avrebbe dovuto far riferimento non alle "mansioni equivalenti" (parametro da ritenersi superato), ma a quelle **«riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime**

effettivamente svolte oppure corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito» (v. art. 2103 co. 1 c.c.). Di conseguenza, dichiara illegittimo il licenziamento riconducendolo alle “altre ipotesi” in cui non ricorrono gli estremi del g.m.o. e condanna le Società residenti in giudizio al pagamento dell'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità.

In base a questa interpretazione **si delinerebbero, quindi, nuovi contenuti caratterizzanti l'obbligo di *repêchage***: il nuovo parametro di riferimento non sarebbero più le “mansioni equivalenti”, ma quelle da individuarsi in base al nuovo art. 2103 c.c. che disciplina l'esercizio dello *ius variandi*, con un **sostanziale aggravamento dell'onere della prova a carico del datore**.

L'adozione di questo approccio, non era inaspettato ed era anzi già stato ipotizzato da più commentatori (per una prima panoramica sulle opzioni dottrinali, M. Menegotto, [La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act. Nuovi spazi per la flessibilità funzionale](#)).

Questo perché **può**, prima di tutto, **essere considerato come il naturale precipitato dell'ampliamento del concetto di mansioni esigibili in via ordinaria** dal lavoratore in virtù della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c..

Inoltre (posto che, si può ritenere che il riferimento al vecchio art. 2103 c.c. fosse implicito laddove la giurisprudenza richiamava alle “mansioni equivalenti”), è utile ricordare che in passato la giurisprudenza aveva già fatto **esplicito riferimento all'art. 2103 c.c. in tema di *repêchage*, ammettendo - in deroga al divieto di demansionamento** previsto dalla vecchio testo della norma - la possibilità di adibire il lavoratore anche a mansioni inferiori (compatibili con il suo bagaglio professionale) in alternativa al licenziamento per ragioni economiche. Secondo la Corte infatti, ove il demansionamento sia un'alternativa alla totale perdita del posto di lavoro, il datore sarebbe tenuto a prospettare al lavoratore la possibilità di essere adibito a mansioni inferiori (cfr. Cass. 9 novembre 2016, n. 22798 alla quale si rimanda anche per la ricostruzione dell'orientamento in questione e per ulteriore giurisprudenza).

Non si trascuri, infine, l'ipotesi che l'interpretazione di cui si discute sia anche **il prezzo che i giudici ritengono che il datore debba pagare a fronte dell'ampliamento dei suoi poteri in tema di *ius variandi*** e della generale sterilizzazione del rimedio della reintegrazione che è avanzata progressivamente a partire dal 2012. Come spesso accade in tema di licenziamenti, dove le tutele legislative si affievoliscono il giudice tende a salvaguardarle il più possibile, **in un'ottica di bilanciamento tra interessi datoriali e quelli del prestatore**, con una tendenza garantista nei confronti di quest'ultimo, tradizionalmente considerato parte debole del rapporto di lavoro; visione che è anche, il linea di massima, coerente con l'ordinamento.

Tuttavia, il caso specifico ci pone di fronte a diversi problemi non trascurabili.

In primis l'interpretazione adottata potrebbe essere **non conforme all'intenzione del legislatore** che ha riformato l'art. 2103 c.c. Lo scopo principale era, infatti, quello di intervenire sulla disciplina dello *ius variandi*, per incrementare la mobilità interna dei lavoratori e di incentivare la contrattazione collettiva ad una ridefinizione organica dei sistemi di inquadramento e di definizione e classificazione delle mansioni (non a caso l'effetto dell'interpretazione del nuovo 2103 c.c. di cui si discute. era stata definita icasticamente “preterintenzionale” da A. Tursi, [Nuova disciplina delle mansioni con effetti preterintenzionali](#)).

Inoltre la sentenza esaminata non risolve – anzi nemmeno affronta – il tema degli **obblighi formativi** che il nuovo art. 2103 c.c. impone al datore in caso di adibizione del lavoratore a mansioni disomogenee rispetto alla propria professionalità, indipendentemente dal livello di inquadramento della nuova destinazione. Sarebbe opportuno in particolare valutare se **gli sforzi che il datore dovrebbe profondere nella formazione del lavoratore da adibire a mansioni disomogenee e non coerenti con il suo bagaglio professionale in ottemperanza all'obbligo di *repêchage* sia compatibile con il principio di non ingerenza nella determinazione dell'assetto aziendale**. Peraltro, si segnala che la Suprema Corte si è già espressa sul punto, ma prima della novella in questione, nel senso dell'esclusione

dell'obbligo del datore di lavoro di fornire al lavoratore «un'ulteriore o diversa formazione per salvaguardare il suo posto di lavoro» (cfr Cass. 11 marzo 2013, n. 5963 in un commento di R. Zuccaro, [L'obbligo di repêchage non impone la riqualificazione del personale](#)).

Alla luce delle criticità che si è tentato di evidenziare in sintesi in questa sede, **sarebbe auspicabile un tentativo definitivo dell'obbligo di repêchage da parte del legislatore.**

È opportuno aggiungere a questo proposito che la Corte di Cassazione ha già avuto modo di esprimersi anche nel senso di un significativo aggravamento dell'onere della prova a carico del datore, sovvertendo il principio di cooperazione del lavoratore nell'individuazione delle mansioni alternative di cui si è detto all'inizio (cfr. Cass, 22 marzo 2016, n. 5592).

È curioso che, nello scontro titanico tra esigenza di certezza del diritto e prevedibilità degli esiti dei giudizi in tema di licenziamento individuale (e quindi dei relativi costi), il legislatore non sia ancora intervenuto su un punto tanto cruciale: ad oggi il *repêchage* resta, infatti, forse uno dei pochi aspetti della disciplina dei licenziamenti in cui le regole del gioco sono definite e modificate di fatto quasi esclusivamente dalla giurisprudenza.

Antonella Mauro
ADAPT Junior Fellow
 @a_mauro89