



Onere di repechage e demansionamento del lavoratore

a cura di Roberto Vasapolli – Avvocato in Verona

Licenziamento per giustificato motivo oggettivo per motivi afferenti all'impresa

Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo rappresenta l'atto risolutivo del rapporto posto in essere dal datore di lavoro per ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa²⁰.

I **presupposti** di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo per motivi afferenti all'impresa, che possono condurre alla soppressione del posto di lavoro, del settore o del reparto, cui era addetto il dipendente, sono individuati dalla giurisprudenza, pertanto,

nella **effettività delle ragioni di ordine produttivo e organizzativo indicate dall'imprenditore** nell'atto di recesso, che devono trarre origine da situazioni oggettive e non da mere scelte datoriali che non trovano riscontro nelle ragioni invocate

e nella **sussistenza di un nesso causale intercorrente tra le medesime ragioni e la soppressione del posto del singolo lavoratore**, di modo da individualizzare il motivo di recesso con riferimento alla specifica posizione lavorativa²¹.

La sussistenza di tali presupposti, come noto, resta comunque soggetta all'eventuale verifica giudiziale, la quale mira a verificare se, in concreto, siano effettivamente riscontrabili e non abbiano natura contingente le particolari esigenze aziendali adottate dall'imprenditore a giustificazione del provvedimento.

In tal senso, tanto la giurisprudenza di merito quanto quella di legittimità sono ormai concordi nel ritenere non sindacabile, sotto il profilo di congruità ed opportunità, le scelte imprenditoriali che hanno comportato la soppressione del posto di lavoro, rappresentando le relative determinazioni espressione del principio di libertà economica costituzionalmente tutelata (art.41 Cost.).

Per l'effetto al giudice spetta unicamente il compito di verificare l'effettiva sussistenza del motivo adottato dall'imprenditore e del nesso causale tra tale motivo e la soppressione del posto.



Nonostante tale principio sia sempre risultato condiviso dagli interpreti, in talune pronunce si è giunti, di fatto, a sindacare anche in concreto la decisione datoriale, finendo con il censurare il licenziamento che risulti comunque adottato in contrasto con i principi di buona organizzazione aziendale e razionalità tecnica²².

²⁰ Il provvedimento espulsivo a tal fine adottato non fa riferimento, pertanto, a comportamenti imputabili al lavoratore che abbiano rilevanza disciplinare, ma attiene esclusivamente ad esigenze oggettive dell'impresa che impongono al datore di lavoro la soppressione di un determinato posto di lavoro.

²¹ Secondo Cass., 20 luglio 2003, n.12270, è a tal proposito indispensabile che il motivo addotto a giustificazione del licenziamento sia dotato del carattere di stabilità e produca, pertanto, i propri effetti nel medio o lungo termine, dovendosi quindi escludere la legittimità del licenziamento determinato da semplici fluttuazioni di mercato congiunturali, occasionali o di breve periodo.

²² Secondo una prima opzione interpretativa, infatti, le ragioni idonee a legittimare l'atto di recesso sono solo quelle dirette a fronteggiare situazioni aziendali sfavorevoli, come tali idonee ad incidere negativamente sull'attività produttiva e che impongono una

Si è così considerato:

- ✎ **illegittimo**, da un lato, il licenziamento adottato in conseguenza di un riassetto organizzativo che non risultava effettivamente connesso con la denunciata crisi aziendale, quanto piuttosto al conseguimento di un mero incremento di profitto²³;
- ✎ e, dall'altro, **valido** l'atto di recesso intimato a seguito della soppressione del posto di lavoro derivata da modifiche organizzative o gestionali volte ad agevolare l'introduzione di innovazioni normative o la riduzione di costi²⁴.

La diversa "sensibilità" degli interpreti nell'applicazione di tali principi ha spinto quindi il legislatore ad intervenire per ribadire, laddove possibile, i contenuti e i limiti cui deve sottostare l'esercizio del potere di controllo giudiziale.

Con la recente approvazione del *c.d. Collegato lavoro* (L. n.183 del 4 novembre 2010) il legislatore ha infatti statuito come (anche), nel caso di recesso, il controllo giudiziale possa involgere, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, il solo accertamento del presupposto di legittimità del licenziamento e non estendersi quindi al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono (unicamente) al datore di lavoro²⁵.

Onere di *repechage* e limiti fissati dall'articolo 2103 c.c.

L'imprenditore che ha adottato un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, oltre a dar prova dell'effettività delle ragioni addotte e del nesso causale tra le stesse e la soppressione del posto di lavoro, dovrà altresì dimostrare l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore, all'interno della propria struttura aziendale, ad una mansione diversa da quella per la quale è stato assunto e compatibile con la professionalità acquisita nel corso del rapporto (*c.d. onere di repechage*), dovendo attribuirsi all'atto espulsivo la natura di *extrema ratio* cui ricorrere quando risulti effettivamente impossibile adottare soluzioni diverse.

Secondo l'opinione comune, infatti, l'obbligo di dimostrare l'impossibilità di riutilizzare il dipendente in altre mansioni, dal cui assolvimento dipende la legittimità del licenziamento, è costituito da una prova di carattere negativo e può essere assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi che devono investire l'intera struttura aziendale ed essere riferiti ad ogni unità produttiva presente sul territorio nazionale²⁶.

Ciò nonostante, dal punto di vista processuale il conseguente onere probatorio viene contenuto entro limiti di ragionevolezza, considerando tutti gli elementi di fatto che caratterizzano il caso concreto e tenendo conto delle reciproche allegazioni delle parti.

In tal senso si è ritenuto possibile dimostrare l'impossibilità di un'utile ricollocazione del dipendente anche mediante il ricorso a risultanze di natura presuntiva e indiziaria, spettando, di contro, al dipendente l'onere di dedurre e di allegare la possibilità di *repechage* da parte dell'azienda²⁷.

riduzione dei costi per salvaguardare gli equilibri economici dell'impresa (Cass., 26 luglio 2004, n.14034). Secondo un diverso orientamento, che appare forse più in linea con il disposto dell'art. 41 della Cost. e con il principio di insindacabilità delle scelte datoriali sopra richiamato, ogni ragione economica sottesa alla riorganizzazione aziendale, che renda necessario il licenziamento, è tale da giustificare la soppressione del posto di lavoro, quali che siano le ragioni che in concreto hanno determinato tale riorganizzazione (Cass., 1 giugno 2005, n.11678).

²³ Cass., 26 luglio 2004, n.14034.

²⁴ Cass., 1 giugno 2005, n.11678.

²⁵ La novella si limita a formalizzare il principio di insindacabilità delle scelte imprenditoriali, già enucleato dall'art. 41 Cost. e pacificamente affermato dalla giurisprudenza. Di conseguenza è opinione diffusa tra i vari interpreti che tale norma abbia, in realtà, un valore essenzialmente simbolico e non sia, come tale, idonea ad apportare benefici in termini di prevedibilità delle decisioni e di certezza del diritto.

²⁶ Pret. Milano, 30 giugno 1997, ha a tale proposito considerato legittimo il licenziamento per giustificato motivo oggettivo adottato dall'imprenditore a seguito del rifiuto opposto dal lavoratore alla mera proposta di trasferimento, senza che fosse stato adottato il relativo provvedimento, ritenendo in tal caso comunque assolto l'onere probatorio gravante sul datore di lavoro.

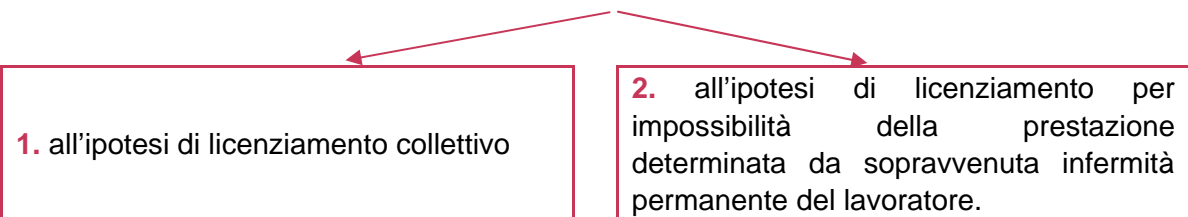
²⁷ In tal senso, Cass., 19 febbraio 2008, n.4068, ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto illegittimo il licenziamento intimato a danno del lavoratore, preposto alla gestione di una filiale della società in Genova, essendo risultata confermata la circostanza

Proprio per tali ragioni, ed al fine di evitare che la prova richiesta al datore di lavoro divenga diabolica o impossibile, viene imposto al lavoratore di allegare l'effettuazione di nuove assunzioni, riferite a compiti equivalenti, poste in essere successivamente al recesso intimato, o di indicare gli elementi di fatto idonei a far presumere l'esistenza, all'interno della struttura aziendale, di una postazione lavorativa riferita a mansioni equivalenti (o anche inferiori) ove essere utilmente collocato²⁸.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, tuttavia, l'obbligo di *repechage* non sarebbe in realtà incondizionato, posto che il suo ambito di applicazione verrebbe comunque limitato dal precetto di cui all'art.2103 c.c., a mente del quale il lavoratore ha diritto ad essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle superiori che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, risultando nulla ogni pattuizione contraria.

Conseguentemente, anche in ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dovrebbe reputarsi illegittima qualsiasi condotta datoriale che comporti una lesione della professionalità del lavoratore in violazione del disposto di cui all'art.2103 c.c., ancorché la stessa sia stata adottata, quale *extrema ratio*, in funzione di salvaguardia di altri interessi, pure costituzionalmente garantiti, del lavoratore, a nulla rilevando, sotto tale profilo, che l'interesse in gioco sia rappresentato dalla conservazione, o meno, del posto di lavoro.

Detto filone interpretativo faceva leva sull'interpretazione della normativa di settore e sul fatto che il legislatore aveva in realtà disciplinato la possibilità di derogare alla previsione sopra richiamata unicamente con riguardo:



1. Nel **primo caso**, l'art.4, co.11, della L. n.223/91, aveva infatti previsto la possibilità di sottoscrivere, all'interno delle procedure di mobilità, accordi sindacali che disponessero il riassorbimento anche solo parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, con assegnazione degli stessi a mansioni diverse, ed inferiori, rispetto a quelle possedute, al fine di evitare il loro licenziamento.

2. Nel **secondo caso**, l'art.4, co.4, L. n.68/99, aveva invece disposto la possibilità di recedere dal rapporto di lavoro del lavoratore afflitto da infermità permanente solo allorquando lo stesso non potesse essere destinato a mansioni diverse anche inferiori all'interno della struttura aziendale.

Al di fuori di tali specifiche eccezioni, pertanto, non residuerebbe in capo al datore di lavoro la possibilità di impiegare il proprio dipendente in mansioni inferiori, anche qualora detta decisione sia l'unica che consenta di evitare il licenziamento per giustificato motivo

dedotta dal lavoratore in giudizio per cui, a fronte del recesso intimato nei suoi confronti, il datore di lavoro aveva provveduto ad assumere altro dipendente nella sede di Milano con la stessa qualifica del licenziato subito dopo il licenziamento e che altra assunzione, sempre per lo svolgimento delle medesime mansioni, era stata disposta nel periodo in cui la società aveva già programmato la chiusura della sede genovese.

²⁸ Pertanto, solo a fronte di tale puntuale allegazione, sorge in capo al datore di lavoro l'onere di dimostrare l'impossibilità di *repechage*, per la materiale indisponibilità di tali posizioni lavorative (Cass., 2 aprile 2004, n.6556), o la mancata effettuazione di nuove assunzioni a seguito del licenziamento, avendo riguardo in tal senso solo la struttura interna all'azienda.

oggettivo²⁹, dovendosi ritenere prevalente la tutela della professionalità del dipendente, mediante l'assegnazione a mansioni diverse ma equivalenti.

Demansionamento quale *extrema ratio* per la conservazione del posto di lavoro

Un diverso orientamento, che è andato consolidandosi negli ultimi anni, reputa invece **ammissibile anche un declassamento del lavoratore**, quale *extrema ratio* volta a scongiurare l'ipotesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, purché questi presti consenso a svolgere mansioni inferiori rispetto all'inquadramento posseduto³⁰.

Le **argomentazioni** proposte a sostegno di tale opzione interpretativa prendevano originariamente spunto da una precedente sentenza delle Sezioni Unite, ove veniva affermato il principio per cui, in caso di sopravvenuta inidoneità permanente alla prestazione, il licenziamento avrebbe potuto considerarsi legittimo solo qualora non si fosse potuto adibire il lavoratore a mansioni diverse anche se di livello inferiore, senza che in detta ipotesi si potesse parlare di dequalificazione, quanto piuttosto di adeguamento del contratto ad una nuova situazione di fatto³¹.

Secondo le prime pronunce, alle medesime conclusioni si doveva pervenire anche nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo conseguente alla soppressione del posto di lavoro, laddove il diverso assetto dell'impresa rappresentava, al pari della sopravvenuta inidoneità alla prestazione, una nuova situazione di fatto idonea a legittimare il consequenziale adeguamento del contratto.

Identiche, inoltre, erano anche in detta ipotesi le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro che avevano giustificato, nel caso in precedenza esaminato dalle Sezioni Unite, il declassamento del lavoratore.



Dovendo, pertanto, contemperare valori e diritti comunque costituzionalmente garantiti, la Suprema Corte aveva ritenuto che, anche nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dovesse considerarsi prevalente l'esigenza di conservazione del posto di lavoro rispetto alla esigenza di tutela della professionalità acquisita³², affermando il principio per cui in ogni ipotesi di recesso la verifica della possibilità di *repechage* va fatta, oltre che con riferimento a mansioni equivalenti, anche avendo riguardo a mansioni inferiori, qualora i lavoratori abbiano manifestato la propria disponibilità in tal senso³³.

A tal fine, tuttavia, era comunque necessario che il patto di demansionamento, da un lato, fosse anteriore o coevo al licenziamento, non potendo le condizioni che legittimano l'adozione del recesso consistere in fatti o manifestazioni di volontà sopravvenuti alla data del licenziamento³⁴ e, dall'altro, non potesse derivare dalla volontà unilaterale del

²⁹ Tale orientamento giurisprudenziale, ribadito anche da Cass., 20 gennaio 2009, n. 1406, considera il licenziamento per giustificato motivo oggettivo quale figura distinta ed autonoma rispetto al licenziamento collettivo, essendo differenti i presupposti sostanziali che contraddistinguono le due ipotesi di recesso. Il licenziamento collettivo, infatti, non presuppone necessariamente una crisi aziendale, né tanto meno la necessità di addivenire ad un ridimensionamento aziendale, potendo fondarsi anche solo nella volontà di procedere ad una contrazione della forza lavoro, con incidenza sul solo elemento personale dell'azienda.

³⁰ Cass., 18 ottobre 1999, n. 11727, ha ritenuto quindi possibile la modifica in *peius* delle mansioni del lavoratore, qualora la stessa sia disposta per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione, posto che l'utilizzazione del dipendente in mansioni inferiori non contrasta con l'esigenza di dignità e di libertà della persona, configurandosi piuttosto quale soluzione più favorevole rispetto alla formale applicazione della norma.

³¹ Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755.

³² Cass., 13 agosto 2008, n. 21579.

³³ Diversamente argomentando, infatti, una rigida applicazione dell'art. 2103 c.c., potrebbe portare ad una soluzione che contrasta con i principi di ragionevolezza e buon senso, soprattutto in quelle situazioni ove eventuali accordi che prevedano l'assegnazione a mansioni inferiori rappresentino, a ben vedere, l'unica possibilità che ha il lavoratore di salvaguardare il proprio impiego.

³⁴ Alla luce di tali principi, Cass., 18 marzo 2009, n. 6552, cit. ha escluso che la manifestazione di volontà del lavoratore di accettare l'adibizione a mansioni inferiori intervenuta successivamente al licenziamento possa comportare la declaratoria di illegittimità del recesso per violazione dell'obbligo di *repechage*.

datore di lavoro, quanto piuttosto da una modifica concordata del contratto di lavoro originariamente sottoscritto da realizzarsi, a tutela delle reciproche posizioni ed al fine di evitare eventuali successivi contenziosi, secondo le modalità previste dall'art.2113 c.c.³⁵, ultimo comma, mediante la sottoscrizione di un verbale di conciliazione.

Con la recentissima [sentenza n.23926 del 25 novembre 2010](#), la Suprema Corte è tornata ad occuparsi della problematica in oggetto, ribadendo ulteriormente come l'impossibilità della prestazione lavorativa, quale giustificato motivo oggettivo di recesso dal contratto di lavoro subordinato, non sia ravvisabile per effetto della sola ineseguibilità dell'attività da ultimo svolta dal prestatore di lavoro, potendo essere esclusa dalla possibilità di adibire il dipendente ad una diversa attività che sia riconducibile non solo alle mansioni da ultimo svolte o ad esse equivalenti ma anche, se ciò sia impossibile, a mansioni inferiori, purché tale attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.

IL CASO

La pronuncia da ultimo richiamata è relativa al caso di un lavoratore che, dopo un periodo di cassa integrazione guadagni cui era seguita la soppressione del reparto al quale risultava addetto, a seguito della sottoscrizione di un accordo sindacale che consentiva il rientro anticipato dalla Cig con assegnazione anche a mansioni inferiori, aveva fatto rientro in servizio venendo assegnato a mansioni diverse ed inferiori, ma con mantenimento del medesimo trattamento inquadramentale ed economico.

I giudici di legittimità, dopo aver ribadito come la nullità di patti contrari al divieto di declassamento di mansioni, prevista dall'art.2103 c.c., operi anche in presenza di accordi sindacali, hanno tuttavia escluso che il *c.d. patto di dequalificazione*, qualora rappresenti l'unico mezzo per conservare il posto di lavoro, possa essere inteso quale deroga alla norma sopra richiamata, dovendo essere inteso quale adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto venutasi a creare.

Tale patto, quindi, richiede quali presupposti per la sua validità, da un lato, l'impossibilità sopravvenuta di assegnare il prestatore di lavoro a mansioni equivalenti alle ultime esercitate e, dall'altro, la manifestazione, anche in forma tacita, della disponibilità del lavoratore ad accettare.

Nel caso di specie, pertanto, fonte del patto di deroga doveva essere inteso non tanto l'accordo sindacale, quanto piuttosto la disponibilità dello stesso lavoratore a svolgere le inferiori mansioni assegnate.

Disponibilità che, tuttavia, non richiede necessariamente una formalizzazione in sede sindacale né tanto la novazione del rapporto e che la Suprema Corte ha ritenuto di poter desumere, per *facta concludentia*, per effetto della (sola) mancata reazione immediata da parte del dipendente al conferimento dei nuovi compiti.

La conclusione cui si perviene con la sentenza in commento, pur partendo da apprezzabili esigenze di tutela del "bene" lavoro e dalla necessità di una sempre maggiore cautela nell'adozione di provvedimenti espulsivi che gravi ricadute provocano nel tessuto sociale, ad avviso di chi scrive appare tuttavia non condivisibile nella misura in cui desume, in mancanza di altri elementi, il consenso del lavoratore dalla mera inerzia rispetto al provvedimento datoriale di attribuzione delle nuove mansioni.

A medesime conclusioni, anche a voler tener conto del necessario contemperamento degli interessi costituzionalmente tutelati in simili fattispecie (di conservazione del posto

³⁵ Tale norma dispone la legittimità delle rinunce e/o transazioni aventi ad oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi, qualora le stesse siano intervenute in sede giudiziale e/o sindacale, ai sensi e per gli effetti di cui agli artt. 185, 410 e 411 c.p.c.

di lavoro e di tutela della professionalità acquisita), si sarebbe, d'altro canto, potuti pervenire, se non richiamando la disciplina di cui all'art.4, co.4, L. n.68/99, quanto meno estendendo, in via analogica, ad ogni ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'applicabilità della disciplina ora contenuta nell'art.42 del T.U. Sicurezza Lavoro (D.Lgs. n.81/08, come novellato dal D.Lgs. n.106/09), che impone al datore di lavoro, in caso di accertata inidoneità del lavoratore alla mansione specifica e prima di ricorrere al licenziamento, di assegnare lo stesso a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori, garantendo al dipendente stesso il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.

Diversamente argomentando appare infatti difficilmente giustificabile, in linea generale ed al di fuori della specificità del caso concreto, il mantenimento in favore del lavoratore del medesimo trattamento economico in precedenza goduto, a fronte della vigenza tra le parti di un patto di dequalificazione tacito, volto alla sola conservazione del posto di lavoro.

La modifica del rapporto di lavoro e l'impiego del lavoratore in mansioni inferiori

Alla luce del recente arresto della Suprema Corte, l'onere di *repechage* che grava sul datore di lavoro in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo deve intendersi pacificamente esteso, oltre che all'impossibilità di adibire il dipendente a mansioni equivalenti, anche all'impossibilità di assegnare al lavoratore mansioni di profilo inferiore, che siano comunque compatibili con la professionalità dallo stesso posseduta³⁶ e che consentano di evitare l'esercizio, altrimenti necessitato, del potere di recesso.

In tale ultima ipotesi, tuttavia, pare quanto meno opportuno pervenire alla dequalificazione del dipendente, che si sostanzia in una vera e propria novazione del rapporto di lavoro, mediante la sottoscrizione di un accordo transattivo, in sede sindacale o avanti la Direzione Provinciale del Lavoro, che vada a regolare anche l'aspetto retributivo del dipendente "dequalificato".



In detto accordo, infatti, dovrà essere dato conto in premessa delle ragioni di carattere oggettivo che hanno imposto la riorganizzazione aziendale, la conseguente soppressione del posto di lavoro e l'impossibilità di adibire il dipendente a mansioni equivalenti a quelle in precedenza svolte e, dall'altro, alla possibilità di assegnare il lavoratore a mansioni diverse ed inferiori quale *extrema ratio* per evitare il licenziamento.

A fronte di tali specificazioni dovrà poi essere ribadito il consenso del lavoratore alla modifica *in peius* del rapporto, mediante sottoscrizione di un nuovo contratto di lavoro che preveda il suo inquadramento nel nuovo (ed inferiore) profilo professionale, con esplicita rinuncia dello stesso a proporre eventuale contenzioso al fine di far accertare l'eventuale illegittimità della condotta datoriale.

³⁶ Cass., 13 agosto 2008, n. 21579.