

IL REPÊCHAGE TRA L'INCERTEZZA DELLA FATTISPECIE E IL (MANCATO) DIALOGO TRA LE CORTI

*The repêchage between the uncertainty of the case and the (lack of)
dialogue between the courts*

Nota a Corte di Cassazione, Sez. Lav., sentenza 20.01.2025, n. 1364

Arianna Riommi *

Abstract [It]: Il commento si concentra sui confini dell'obbligo del datore di lavoro di provare l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Occasione di riflessione è rappresentata dalla sentenza in commento, che, proponendo una lettura restrittiva del suddetto obbligo, induce a riflettere sullo stato dell'arte in seguito all'oscillante evoluzione della giurisprudenza di legittimità sul tema. Il commento, oltre ad analizzare l'obbligo di *repêchage* sotto il profilo della fattispecie, si propone anche di analizzare le conseguenze sanzionatorie connesse alla violazione del *repêchage*. Difatti, tale profilo assume una rinnovata centralità in conseguenza del recente intervento della Corte costituzionale che, con sentenza n. 128 del 2024, ha escluso espressamente che tale violazione comporti la reintegrazione del lavoratore.

Abstract [En]: *The commentary focuses on the boundaries of the employer's obligation to prove the impossibility of usefully employing the worker for the purposes of the legitimacy of dismissal for objective justified reason. The commentary ruling represents an opportunity for reflection, which, by proposing a restrictive reading of the aforementioned obligation, leads to reflection on the state of the art following the oscillating evolution of the case law on the subject. The commentary, in addition to analyzing the obligation of repêchage from the perspective of the specific case, also aims to analyze the sanctioning consequences connected to the violation of repêchage. In fact, this profile assumes a renewed centrality as a result of the recent intervention of the Constitutional Court which, with ruling no. 128 of 2024, expressly excluded that such violation entails the reinstatement of the worker.*

Parole chiave: *repêchage – licenziamento per giustificato motivo oggettivo – mansioni – professionalità del dipendente – regime sanzionatorio.*

Keywords: *repêchage – dismissal for justified objective grounds – job duties – employee's professional qualifications – sanctioning framework.*

Nota a Corte di Cassazione, sez. lav., sentenza 20.01.2025, n. 1364

Pres. Doronzo, Est. Ciriello – Pi.Pa. c. F.Ili De. di Sa.Fi. Spa

In caso di licenziamento per soppressione della posizione, l'onere del datore di lavoro si limita alla dimostrazione dell'inesistenza di posizioni vacanti compatibili con le mansioni del lavoratore, senza obbligo di estendere la ricerca ad altre funzioni non strettamente correlate, né si spinge a dover creare posizioni nuove o ad adibire il lavoratore a mansioni diverse dalla professionalità di riferimento. Il datore di lavoro non è tenuto a creare nuove posizioni o a modificare l'organizzazione aziendale per

conservare il posto al lavoratore, ma deve dimostrare solo l'assenza di posti liberi compatibili con la professionalità del dipendente, non potendo il giudice, una volta emersa la prova della soppressione del posto, imporre al datore di mantenere una posizione di lavoro anche inferiore, perché si sostituirebbe all'imprenditore nel compito di organizzazione aziendale che a lui compete (MASSIMA)

SOMMARIO [IT]: 1. Il caso all'esame della Suprema Corte e il principio espresso. – 2. Il controverso cammino della giurisprudenza di legittimità sull'ambito di estensione del *repêchage*. – 3. Il *repêchage* nella giurisprudenza costituzionale. – 4. Osservazioni conclusive sul nuovo volto del *repêchage*: il fatto rilevante nel gmo tra fattispecie e conseguenze sanzionatorie.

SUMMARY [EN]: 1. The case under review by the Supreme Court and the legal principle affirmed. – 2. The contentious evolution of the Supreme Court jurisprudence concerning the scope of the *repêchage* obligation. – 3. The *repêchage* doctrine in constitutional jurisprudence. – 4. Concluding observations on the evolving notion of *repêchage*: the legally relevant fact in dismissals for justified objective reasons (gmo), between the legal framework and sanctioning consequences.

1. Il caso all'esame della Suprema Corte e il principio espresso.

La sentenza in commento interviene nuovamente sull'estensione dell'obbligo del datore di lavoro di provare l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

La pronuncia propone una lettura restrittiva che, pur di per sé non innovativa nella giurisprudenza di legittimità, assume una rinnovata importanza alla luce dell'oscillante cammino giurisprudenziale nella delineazione dei confini dell'obbligo di *repêchage*.

La pronuncia è intervenuta all'esito di una travagliata vicenda giudiziale, che si è snodata in quattro pronunce di merito e tre di legittimità.

Sul caso in esame si era pronunciata la Corte d'Appello dell'Aquila, la quale, inizialmente, aveva considerato il licenziamento illegittimo in quanto, pur riconoscendo l'effettiva soppressione del posto di lavoro, aveva ritenuto che l'assunzione effettuata poche settimane prima di un lavoratore con mansioni asseritamente analoghe fosse incompatibile con la volontà datoriale di riduzione dei costi¹.

Tale sentenza è stata cassata dalla Suprema Corte, sulla base dell'osservazione per cui l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto che il datore di lavoro deve provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro causalmente determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo e, quindi, la soppressione di una individuata posizione lavorativa, non essendo la scelta datoriale di sopprimere un determinato posto sindacabile sotto il profilo della congruità ed opportunità².

¹ * Dottoranda di ricerca in Diritto del lavoro nell'Università degli Studi di Perugia

App. L'Aquila n. 914/2015.

² Cass., Sez. Lav., 12 aprile 2018, n. 9127.

Tornati nuovamente a pronunciarsi sulla questione, i giudici d'appello dell'Aquila hanno confermato l'illegittimità del licenziamento per le sole violazioni procedurali ritenendo, perciò, dimostrata in giudizio l'effettività della soppressione della posizione organizzativa ricoperta dal ricorrente, confermata anche dalla successiva organizzazione aziendale interna³. Infatti, il lavoratore era stato assunto come "responsabile vendite Retail" per il mercato del Brasile e del Sud America, con il compito di provvedere alla vendita diretta *in loco* dei prodotti; tali attività, in seguito al licenziamento, erano state assegnate al direttore export, che operava nella sede di Pescara.

La Corte ha ritenuto che l'assunzione effettuata dall'azienda datrice non avesse rilievo ai fini della prova del *repêchage* in quanto, sebbene il lavoratore licenziato e il nuovo assunto avessero comparabili profili professionali ed equivalenti mansioni di vendita, operavano su diverse aree geografiche e con diverse modalità di attuazione.

I giudici d'appello, in relazione alla prova del *repêchage*, hanno inoltre evidenziato che il dipendente non avesse allegato nulla circa l'esistenza di altre sedi o posti vacanti in posizioni e mansioni professionalmente affini o inferiori, con conseguente infungibilità delle rispettive posizioni.

Su ricorso proposto dal lavoratore, la Suprema Corte ha cassato nuovamente la sentenza d'appello, ritenendo errata ed in contrasto con la giurisprudenza maggioritaria l'attribuzione a carico del lavoratore di un onere di allegazione di circostanze atte a dimostrare l'esistenza di posizioni libere.

In particolare, è stato evidenziato, da un lato, che incombono sul datore di lavoro gli oneri di allegazione e di prova dell'esistenza del gmo, compresa la prova del *repechage* e, dall'altro, che il giudizio di esclusione della fungibilità non dovesse essere svolto con riguardo alla natura delle mansioni di fatto svolte, ma con riguardo all'omogeneità della professionalità del lavoratore con quella richiesta dalle mansioni libere⁴.

La Corte d'Appello, alla terza pronuncia sul caso, ha ritenuto, dunque, adeguatamente provata l'impossibilità del *repêchage*, anche in via presuntiva ed indiziaria. Inoltre, con riguardo al secondo rilievo della Suprema Corte, ossia la necessità che la comparazione venga svolta in relazione alla professionalità omogenea e non soltanto rispetto alle mansioni di fatto svolte, i giudici del rinvio hanno escluso l'omogeneità delle rispettive professionalità, chiarendo che le due professionalità – quella del dipendente licenziato, impiegato di primo livello e addetto in loco alle vendite al dettaglio nell'area del Brasile e del Sud America e quella del lavoratore assunto poco prima, quadro operante dalla sede aziendale e tramite distributori locali – fossero inevitabilmente diverse, rilevando per tale distinzione le diverse capacità di relazione in caso di vendita diretta con i rivenditori *in loco* e in caso di vendita tramite intermediari, ivi compresa la conoscenza della lingua e degli usi e costumi⁵.

Contro questa sentenza della Corte d'Appello ha proposto nuovamente ricorso l'ex dipendente. La Corte di Cassazione, con la sentenza in commento, lo ha rigettato, accogliendo e confermando la ricostruzione operata dai giudici d'appello.

³ App. L'Aquila n. 647/2018.

⁴ Cass., Sez. Lav., 22 febbraio 2021, n. 4673.

⁵ App. L'Aquila, 15 novembre 2021, n. 555.

In tal senso, la Suprema Corte ha riconosciuto che i giudici di merito si sono conformati alle indicazioni da essa fornite nelle precedenti pronunce, sia con riguardo all'onere della prova gravante interamente sul datore di lavoro sia in riferimento al criterio da adottare per stabilire l'infungibilità delle mansioni, che deve basarsi sulla professionalità complessiva del lavoratore.

I giudici, dunque, dopo aver ritenuto adempiuto l'onere di provare l'impossibilità di adibire utilmente il lavoratore ad altre mansioni, hanno chiarito come neppure l'assunzione precedente al licenziamento possa essere considerata quale elemento che scardini la fondatezza delle motivazioni organizzative poste alla base del licenziamento, in quanto, le due professionalità sono disomogenee e ciò vale a provare l'infungibilità delle due posizioni.

Il ricorrente, al contrario, sosteneva che la Corte d'Appello avesse errato nel non considerare che l'obbligo di *repêchage* non si limitasse ai ruoli identici a quelli occupati, ma dovesse estendersi anche a posizioni diverse purché compatibili con la professionalità acquisita dal lavoratore.

Sul punto, i giudici di legittimità chiariscono che *«l'onere del datore di lavoro si limiti alla dimostrazione dell'inesistenza di posizioni vacanti compatibili con le mansioni del lavoratore, senza l'obbligo di estendere la ricerca ad altre funzioni non strettamente correlate, né si spinge a dover creare posizioni nuove o adibire i lavoratori a mansioni diverse dalla professionalità di riferimento»*.

Viene, inoltre, specificato che *«il datore di lavoro non è tenuto a creare nuove posizioni o a modificare l'organizzazione aziendale per conservare il posto al lavoratore, ma deve dimostrare solo l'assenza di posti liberi compatibili con la professionalità del dipendente, non potendo il giudice, una volta emersa la prova della soppressione del posto, imporre al datore di mantenere una posizione di lavoro anche inferiore, perché si sostituirebbe all'imprenditore nel compito di organizzazione aziendale che a lui compete»*.

2. Il controverso cammino della giurisprudenza di legittimità sull'ambito di estensione del *repêchage*.

Il *repêchage* continua ad essere una fattispecie che, sebbene sia certa nel suo *an*⁶, sicuramente non lo è in ordine ai suoi confini, dati gli oscillanti orientamenti della giurisprudenza di legittimità che alimentano l'aleatorietà di tale obbligo.

Sotto tale profilo, si apprezza la portata della pronuncia in esame che – sebbene non esprima una posizione innovativa in materia, riprendendo, al contrario, orientamenti giurisprudenziali già esistenti e consolidati⁷ – rappresenta un arresto che ridimensiona la portata di alcuni recenti indirizzi giurisprudenziali tesi ad ampliare notevolmente i confini del suddetto obbligo, espandendo il bacino delle posizioni lavorative verso le quali questo

⁶ Cass., Sez. Lav., 3 dicembre 2019, n. 31520, in *ItalgIure*, ove si legge *«l'obbligo di repêchage, ossia l'onere di non poter ragionevolmente utilizzare il dipendente interessato dal recesso in altre mansioni diverse da quelle che svolgeva, costituisce una creazione giurisprudenziale (tratta dalla esegesi dell'art. 3 della legge n. 604 del 1966), formante indiscutibilmente parte del diritto vivente»*.

⁷ Nella sentenza in commento la stessa Corte, in riferimento ai principi enunciati, richiama Cass., Sez. Lav., 30 agosto 2000, n. 11427, Cass., Sez. Lav., 7 gennaio 2005, n. 239, Cass, Sez. VI, 27 settembre 2018, n. 23301 e Cass., Sez. Lav., 3 dicembre 2019, n. 31520.

deve essere adempiuto, sia sotto il profilo temporale che sotto quello delle mansioni rilevanti⁸.

In tal senso appare utile ripercorrere, sia pur brevemente, il dibattito sull'ampiezza del *repêchage*; dibattito oggi ancor più vivo ed attuale a seguito dell'intervento della Corte Costituzionale⁹.

Da oltre un quarto di secolo¹⁰ è pacifico che l'obbligo di ricollocazione si estende, in attuazione del principio di buona fede e correttezza, alle posizioni inferiori¹¹.

Su tale principio, seppur nell'incertezza della materia, si consolidava l'orientamento che individuava il suo limite nelle competenze e capacità professionali del lavoratore, in virtù del fatto che l'obbligo di *repêchage*, con riferimento alle mansioni inferiori, non poteva avere una portata assoluta, ma risultava limitato dalla compatibilità tra le eventuali posizioni di lavoro disponibili e il bagaglio professionale del prestatore¹².

Più precisamente, in adesione a quella parte della dottrina che rinviene i confini dell'obbligo di ricollocazione nei primi due commi dell'art. 2103 c.c.¹³ (cd. limiti interni)¹⁴, così come novellato dalla riforma del 2015, la giurisprudenza chiariva che le mansioni non riconducibili alla medesima categoria legale «non sono suscettibili di essere prese in esame»¹⁵ ovvero che il «riferimento ai livelli di inquadramento predisposti dalla contrattazione collettiva non può rappresentare una circostanza muta di significato»¹⁶.

⁸ Da ultimo Cass., Sez. Lav., 14 aprile 2025, n. 9901; Cass., Sez. Lav., 10 luglio 2024, n. 18904. In dottrina, su quest'ultima pronuncia, v. A. MELLI, *Le oscillazioni dell'onere di repaceage tra anomia e incertezze giurisprudenziali*, in *Dir. rel. ind.*, 2024, IV, p. 1180 ss.

⁹ Vedi *infra* par. 3.

¹⁰ La rilevanza delle mansioni anche significativamente inferiori a quelle di provenienza rispetto all'assolvimento dell'obbligo di *repaceage* è generalmente ammessa dalla giurisprudenza dopo Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, I II, p. 170 ss., con nota di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*.

¹¹ Cass., Sez. Lav., 3 dicembre 2019, n. 31521, secondo la quale «occorre richiamare il principio [...] secondo cui, in attuazione del principio di buona fede e di correttezza, il datore di lavoro deve prospettare al dipendente, al fine di ottenerne il consenso, la possibilità di reimpiego in mansioni inferiori». Nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 8 marzo 2016, n. 4509; Cass., Sez. Lav., 19 novembre 2015, n. 23698.

Per una ricostruzione della giurisprudenza sul punto cfr. E. GRAMANO, *Natura e limiti dell'obbligo di repêchage: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 1310 ss.

¹² Cass., Sez. Lav., 3 dicembre 2019, n. 31521, con nota di S. RENZI, *Obbligo di repêchage per mansioni inferiori: sussiste solo limitatamente a quelle rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore licenziando*, in *Labor*, 18 gennaio 2020.

¹³ M.T. CARINCI, *L'evoluzione della nozione di repêchage nel licenziamento inviduale per gmo di tipo economico*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 1.

¹⁴ Parte della dottrina include tra gli strumenti dell'adempimento del *repêchage* anche l'accordo ex art. 2103, comma 6, con notevole estensione delle mansioni di destinazione, in quanto l'accordo di modifica potrebbe contemplare l'adibizione del lavoratore a qualsiasi mansione presente nell'impresa, anche inferiore di più di un livello e comprese in diversa categoria legale, cfr. M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, in *Var. temi dir. lav.*, 2016, I p. 66; S. BOLOGNA, *Le mansioni del lavoratore tra garantismo e liberalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 195.

¹⁵ Cass., Sez. Lav., 04 marzo 2021, n. 6085. Nello stesso senso Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7755.

¹⁶ Cass., Sez. Lav., 13 novembre 2023, n. 31561. Nello stesso senso cfr. Cass., Sez. Lav., 13 agosto 2008, n. 21579, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, II, p. 664 ss., con nota di S. VARVA, *Sull'obbligo di ricollocamento a mansioni inferiori a favore del licenziato per soppressione della posizione lavorativa*; Cass., Sez. Lav., 18 marzo 2009, n.

Così, la Corte di Cassazione ha escluso che possa essere considerata utile ai fini del *repêchage* qualsiasi posizione lavorativa, dovendo aver riguardo alle competenze e al bagaglio formativo e professionale complessivo del lavoratore licenziato¹⁷.

Il limite dell'omogeneità della professionalità sembrerebbe, dunque, essere centrale e costante nella giurisprudenza di legittimità, ma non si può certo dimenticare che la Corte talvolta ha accolto, invece, una ricostruzione diversa, aderendo alla teoria che rinviene la *ratio* del *repêchage* nell'esigenza di far salva, ad ogni costo, l'occupazione del lavoratore¹⁸.

Ci si riferisce alla recente posizione assunta dai giudici di legittimità che estende le posizioni occupabili dal lavoratore licenziando alla totalità delle mansioni inferiori a quelle di provenienza, alla sola condizione che il prestatore sia concretamente in grado di svolgerle¹⁹, travalicando, così, i cd. limiti interni del *repêchage*.

L'individuazione delle mansioni utili ai fini della ricollocazione non può che confrontarsi con il tema della proiezione formativa, concernente l'obbligo del datore di lavoro, in adempimento del *repêchage*, di formare il lavoratore verso mansioni che egli non è capace di svolgere.

A tale quesito, la giurisprudenza sembrerebbe consolidata nel dare risposta negativa, escludendo in tal modo un obbligo generalizzato di formazione a carico del datore di lavoro²⁰.

L'obbligo, previsto dall'art. 2103, comma 3, c.c. in conseguenza dell'adibizione a nuove mansioni per le quali il lavoratore non abbia adeguata competenza, viene relegato dalla

6552; Cass., Sez. Lav., 25 novembre 2010, n. 23926, in *Danno e resp.*, 2011, III, p. 261 ss. con nota di F. MALZIANI, *Tutela del posto di lavoro e demansionamento*; Cass., Sez. Lav., 15 maggio 2012, n. 7515, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, 1, II, p. 67 ss., con nota di M. FALSONE, *Sul c.d. obbligo di repêchage e la "dequalificazione contrattata"*.

¹⁷ Cfr. Cass., Sez. Lav., 19 aprile 2024, n. 10627, che precisa che il novellato art. 2103 c.c. «non consente di giungere al punto di considerare come posizione utile ai fini del *repêchage* quella che in nessun modo sia riferibile alla professionalità posseduta». La Corte, dunque, esclude che la posizione lavorativa disponibile, nel caso di specie, possa essere presa in considerazione ai fini del *repêchage*, trattandosi «all'evidenza di competenze del tutto differenti dal bagaglio formativo e professionale del reclamato, appartenendo a diversa categoria (impiegatizia piuttosto che operaia)».

Nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 4 marzo 2021, n. 6085.

¹⁸ A. MELLI, *op. cit.*, p. 1182.

¹⁹ Cass., Sez. Lav., 10 luglio 2024, n. 18904, con nota di G. GIAMPÀ, *L'ampiezza e la prova dell'adempimento dell'obbligo di repêchage in una recente di Cassazione*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, IV, p. 506 ss.

Sulla pronuncia si v. A. MELLI, *op. cit.*, p. 1180 ss.

Di recente v. Cass., Sez. Lav., 14 aprile 2025, n. 9901 che parla di «impossibilità di ripescaggio aliunde».

²⁰ Tale impostazione era prevalente anche nella giurisprudenza *ante Jobs Act* su tutti, Cass., Sez. Lav., 14 settembre 1995, n. 9715; Cass., Sez. Lav., 11 marzo 2013, n. 5963.

Si veda Cass., Sez. Lav., 20 giugno 2024, n. 17036, ove si legge che «l'obbligo datoriale di *repêchage*, anche ai sensi del novellato art. 2103, secondo comma c.c., è limitato alle mansioni inferiori compatibili con il bagaglio professionale di cui il lavoratore sia dotato al momento del licenziamento, che non necessitano di una specifica formazione che il predetto non abbia»; nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 19 aprile 2024, n. 10627; Cass., Sez. Lav., 23 febbraio 2022, n. 5981; Cass., Sez. Lav., 15 marzo 2021, n. 5963; Cass., Sez. Lav., 3 dicembre 2019, n. 31521.

Contra Cass., Sez. II, 15 novembre 2011, n. 23870, in *Arg. dir. lav.*, 4-5, 2012, 1018 ss., con nota di M. BONACCI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo ed obbligo di riqualificazione del lavoratore*. Cfr. Cass., Sez. Lav., 7 maggio 2008, n. 11142, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, p. 81 ss.

giurisprudenza alla sola ipotesi di *ius variandi* in corso di rapporto, risultando in tal modo esclusa la possibilità una lettura congiunta e sistematica tra le due fattispecie²¹.

Difatti, la mancata adibizione a mansioni per le quali il lavoratore non è formato non interrompe il nesso di causalità tra fatto organizzativo e licenziamento, in quanto è proprio la mancanza di capacità professionale del lavoratore per le mansioni libere nell'impresa che esclude la natura pretestuosa del licenziamento.

In tal senso, ferma restando l'inesistenza (anche normativa) di un obbligo generalizzato di formazione, si potrebbe ragionare, in senso estensivo, sulla tesi di coloro che ritengono utili ai fini del ripescaggio quelle posizioni che necessitano una formazione minima e limitata²², nei costi e nel tempo, ove tale l'onerosità di tale formazione non sia tale da incidere nelle insindacabili scelte organizzative del datore di lavoro.

Giova, infatti, ricordare che in giurisprudenza un'apertura in tal senso è stata rinvenuta nell'ipotesi di riassetto organizzativo che abbia determinato un'obsolescenza della professionalità del lavoratore. Nel caso di specie si è stabilito che l'assolvimento del *repêchage* è integrato dalla prova di «*impossibilità (o quantomeno antieconomicità) della riqualificazione professionale del dipendente (ad esempio, attraverso corsi professionali o l'affiancamento a qualche collega)*»²³. È stato, dunque, affermato che rientra nell'obbligo di ripescaggio anche la verifica

²¹ *Contra* S. CAIROLI, *Prova di inutilizzabilità nel giustificato motivo oggettivo e riqualificazione del lavoratore*, in *Riv. giur. lav.*, 2023, 2, II, p. 274 ss.; M.T. CARINCI, *L'evoluzione della nozione di repêchage nel licenziamento individuale per gmo di tipo economico*, cit., che sostiene la necessità di una lettura congiunta tra l'art. 2103 c.c. e art. 3 l. 604/66, per cui la modifica apportata dal *Jobs Act* ha di riflesso implicazioni sull'ambito del *repêchage*, ponendosi in capo al datore di lavoro un obbligo accessorio di formazione anche nella fase patologica del rapporto; ID, *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2017, 2, p. 235; E. GRAMANO, *Jus variandi e formazione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Labor*, 3, 2021, p. 273-274; M. DE FALCO, *Il diritto alla riqualificazione professionale per la conservazione del posto di lavoro*, in *Lav. giur.*, 2023, 5, p. 508, secondo cui «*la formulazione dell'art. 2103, comma 3 c.c., che collega l'obbligo formativo all'esercizio dello jus variandi e, quindi, all'esclusivo interesse datoriale, non pare osti a una sua possibile estensione, in via analogica, nell'ipotesi di ricollocazione aliunde del lavoratore, purché gli oneri siano [...] contenuti entro i margini della non eccessiva onerosità*».

In senso contrario al riconoscimento dell'obbligo formativo nell'ambito del *repêchage*, D. GAROFALO, *I licenziamenti economici tra scelte legislative e incursioni ideologiche*, in D. GAROFALO-A. OLIVIERI (a cura di), 2023, Cacucci, Bari, p. 246 ss.; C. PISANI, *L'ambito del repêchage alla luce del nuovo art. 2103 Cod. Civ.*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, III, p. 1 ss.

²² M. CORTI, *op. cit.*, p. 66, che fa riferimento a un «*ragionevole investimento formativo*»; L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, in *Lav. dir.*, 3, 2007, p. 479, che ritiene che l'onere del datore di lavoro sussista solo se la formazione richieda «*modesto impegno*»; M. MARINELLI, *Insindacabilità delle scelte datoriali e giustificato motivo oggettivo*, in *Giureta*, 2009, 7, p. 21 ss.; E. VILLA, *Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *Dir. rel. ind.*, 1, 2020, p. 116 ss.

²³ Trib. Lecco, 31 ottobre 2022, n. 159, in *Lav. giur.*, 2023, 5, p. 499 ss., con nota di M. DE FALCO, *Il diritto alla riqualificazione professionale per la conservazione del posto di lavoro*; e in *Arg. dir. lav.*, 2023, 4, p. 811 ss., con nota di A. BEBBER, *L'obbligo di repêchage si estende alla formazione del lavoratore? Un altro obiter dictum*. In senso favorevole alla pronuncia v. S. CAIROLI, *Prova di inutilizzabilità nel giustificato motivo oggettivo e riqualificazione del lavoratore*, cit.; *contra* D. BELLINI, *L'estensione dell'obbligo di repêchage tra gli obblighi formativi e il principio di ragionevolezza. Brevi note alla sentenza del Tribunale di Lecco del 31 ottobre 2022*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, 1.

In giurisprudenza nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 7 settembre 1993, n. 9386; Cass., Sez. Lav., 7 maggio 2008, n. 11142; Cass. 14 novembre 2011, n. 23807 con nota di M. BONACCI, *Licenziamento per giustificato*

della possibilità di riqualificare il lavoratore e soltanto ove la formazione si riveli impossibile o antieconomica sarà possibile procedere al licenziamento.

In definitiva sembrerebbe potersi affermare che, oltre ai cd. limiti interni, il *repêchage* sia soggetto ad ulteriori limiti, cd. esterni, che hanno riflesso sull'individuazione delle mansioni utili, rappresentati, oltre che dalla richiamata proiezione formativa – se non nei termini *supra* richiamati – dalla generale intangibilità dell'organizzazione aziendale.

Criticità applicative sui confini del *repêchage* si pongono altresì con riferimento all'ambito territoriale della ricollocazione.

Invero, non si può far a meno di rilevare che la giurisprudenza prevalente è incline a ritenere che il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare l'impossibilità di ricollocare diversamente il lavoratore non solo in relazione alla sede nella quale quest'ultimo presta la sua attività, ma anche con riferimento a tutte le sedi, le unità produttive e, comunque, le articolazioni dell'impresa²⁴.

Inoltre, la Suprema Corte, da un lato, sembra mettere in discussione il requisito della necessaria stabilità temporale della ricollocazione del lavoratore²⁵ ammettendo anche l'adibizione delle mansioni a termine, e, dall'altro, estende l'ambito temporale entro cui risulta doveroso il vaglio di ricollocabilità, abbracciando una prospettiva "dinamica"²⁶ dell'obbligo di ripescaggio²⁷.

Difatti, sotto quest'ultimo profilo appare ancora più incerto e gravoso l'obbligo incombente sul datore di lavoro, dato che, sulla scorta dei principi di buona fede e correttezza, questo deve «prendere in esame anche quelle posizioni lavorative che, pur ancora

motivo oggettivo ed obbligo di riqualificazione del lavoratore, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, p. 21018 ss.

²⁴ Cass., Sez. Lav., 21 dicembre 2016, n. 26467; Cass., Sez. VI, 1 ottobre 2013, n. 22417; Cass., Sez. Lav., 24 maggio 2011, n. 11356; Cass., Sez. Lav., 2 ottobre 2006, n. 21282.

In dottrina, R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio*, in A. PERULLI (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Torino, Giappichelli, 2017, p. 39.

²⁵ Cass., Sez. Lav., 10 luglio 2024, n. 18904, secondo cui «è determinante è che il lavoratore sia stato licenziato in violazione dell'articolo 3 legge 604/1966, pur essendovi all'atto del recesso delle posizioni di lavoro alternative ancorché in mansioni inferiori (anche a tempo determinato) e non sia stata effettuata alcuna offerta di lavoro (né a tempo indeterminato, né a tempo determinato) per la ricollocazione in queste mansioni».

Contra Cass., Sez. Lav., 19 aprile 2024, n. 10627, che esclude dalle posizioni utili ai fini dell'obbligo di ricollocazione quelle che si caratterizzano da "precarità temporale"; nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 4 marzo 2021, n. 6085; Cass., Sez. Lav., 14 maggio 2012, n. 7474; Cass., Sez. Lav., 13 ottobre 2008, n. 25043. Nel merito, App. Perugia, 11 maggio 2023, n. 41.

²⁶ G. CAVALLINI, *Il repêchage "in movimento": buona fede e correttezza e valutazione delle posizioni vacanti "poco dopo" (e "poco prima") il licenziamento*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 1, ove si legge che «la valutazione della sussistenza delle possibilità di riutilizzo della professionalità del lavoratore non deve avvenire in una prospettiva statica, sulla base di una fotografia dell'organizzazione aziendale scattata all'istante del recesso, bensì in una prospettiva dinamica che apprezzi la mutevole organizzazione stabilita dal datore di lavoro nel costante moto che la caratterizza».

L'A. ritiene che la valutazione debba considerare specularmente «anche le posizioni che pur già coperte, fossero disponibili poco prima il licenziamento».

²⁷ Per una ricostruzione giurisprudenziale di tali espansioni vedi, di recente, M. VERZARO, *Il gioco dell'oca ovvero come licenziare per giustificato motivo oggettivo. Presupposti nella recente giurisprudenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2025, 1, p. 139 ss.

coperte, si renderanno disponibili in un arco temporale del tutto prossimo alla data in cui viene intimato il recesso»²⁸.

Da questa veloce analisi emerge in modo lampante come tali interpretazioni giurisprudenziali abbiano ampliato, sotto i più vari profili, i margini di tutela per il lavoratore licenziato con notevole aggravio della posizione del datore di lavoro, non di meno sotto il profilo probatorio. Proprio in ragione dell'evoluzione espansiva operata dalla giurisprudenza, parte della dottrina ha manifestato la necessità di un ripensamento del riparto degli oneri di allegazione e prova²⁹.

La Suprema Corte, invero, ritiene che l'onere di allegazione non possa essere valutato disgiuntamente dall'onere della prova gravante sul datore, superando l'orientamento precedentemente consolidatosi che ricostruiva a carico del prestatore di lavoro l'onere di allegare le posizioni disponibili in ossequio ad un «*dovere di collaborazione nella delimitazione dell'oggetto del giudizio*»³⁰.

Pertanto alla luce dell'ormai consolidato cambio di rotta giurisprudenziale³¹ – confermato da ultimo nella sentenza in commento – che ricostruisce i due oneri congiuntamente ed interamente gravanti sul datore di lavoro³², gli unici temperamenti che sembrerebbero ammissibili sono quelli che valorizzano la mancata allegazione da parte del lavoratore con la finalità di corroborare il quadro probatorio descritto e fornito dal datore³³.

²⁸ Cass., Sez. Lav., 8 maggio 2023, n. 12132, in *Dir. merc. lav.*, 2023, 25, 2, pag. 489 ss., con nota di F. NARDELLI, *Il "repêchage" si proietta nel futuro. Si estendono ulteriormente i confini dell'obbligo di ricollocazione del lavoratore*.

²⁹ Vedi L. AMORIELLO, *Riflessioni sull'ampiezza dell'obbligo di repêchage a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c. ad opera del d.lgs. 81/2015*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 1.

³⁰ C. COLOSIMO, *Licenziamenti individuali*, in R. DEL PUNTA-F. SCARPELLI (a cura di), *Codice commentato del lavoro*, Wolters Kluwer, 2020, p. 855. Tra le tante, nella giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass., Sez. Lav., 16 maggio 2016, n. 10018; Cass., Sez. Lav., 6 ottobre 2015, n. 19923; Cass., Sez. Lav., 3 marzo 2014, n. 4920; Cass., Sez. Lav., 8 novembre 2013, n. 25197; Cass., Sez. Lav., 19 ottobre 2012, n. 18025; Cass., Sez. Lav., 26 aprile 2012, n. 6501; Cass., Sez. Lav., 8 febbraio 2011, n. 3040; Cass., Sez. Lav., 9 agosto 2003 n. 12037.

³¹ La svolta giurisprudenziale si ha con Cass., Sez. Lav., 22 marzo 2016, n. 5592, in *Riv. it. dir. lav.*, II, con nota di R. Bellè e A. Gianni; *Giur. it.*, 2016, p. 1164 ss., nota di M. Persiani; e *Dir. rel. ind.*, 2016, 842 ss. nota di M. Ferraresi, ove si sancisce l'«*esclusione di un onere di allegazione al riguardo del secondo (lavoratore), essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i suddetti oneri entrambi spettanti alla parte deducente*». *Contra* il principio sancito da Cass., Sez. Lav., 22 marzo 2016, n. 5592, in dottrina v. R. DAMIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e repêchage: oneri di allegazione ed onere della prova*, in *Labor*, 2016, 1-2, p. 109. La Corte, richiama Cass., Sez. Lav., 7 luglio 1992, n. 8254, in *D&L*, 1993, II, p. 404 ss., con nota di M. Brollo; Cass., Sez. Lav., 18 aprile 1991, n. 4164, in *Orient. giur. lav.*, 1991, p. 707, ma anche Cass., Sez. Lav., 24 febbraio 2003, n. 2810; Sul tema, v. A. VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, CEDAM, Padova, 1988, pp. 131-133.

³² Cfr., *ex multis*, Cass., Sez. Lav., 10 luglio 2024, n. 18904; Cass., Sez. Lav., 30 gennaio 2024, n. 2739; Cass., Sez. Lav., 3 gennaio 2024, n. 87; Cass., Sez. Lav., 12 gennaio 2023, n. 752; Cass., Sez. Lav., 24 settembre 2019, n. 23789; Cass., Sez. Lav., 22 novembre 2017, n. 27792.

³³ Cass., Sez. Lav., 19 aprile 2024, n. 10660, secondo cui «*sebbene non sussista un onere del lavoratore di indicare quali siano al momento del recesso i posti esistenti in azienda ai fini del repêchage, ove il lavoratore medesimo non indichi posizioni lavorative alternative oppure indichi le posizioni lavorative a suo avviso disponibili ma queste risultino insussistenti, tale verifica ben può essere utilizzata dal giudice al fine di escludere la possibilità del predetto repêchage; ma tali principi operano sul diverso piano della ricostruzione del quadro probatorio*»; nello stesso senso Cass., Sez. Lav., 22 febbraio 2021, n. 4673; Cass., Sez. Lav., 20 luglio 2020, n. 15401; Cass., Sez. Lav., 24 settembre 2019, n. 23789; Cass., Sez. Lav., 28 febbraio 2019, n. 5996; Cass., Sez.

È innegabile, dunque, che i confini del *repêchage* siano tutt'altro che chiari e ciascun profilo sommariamente descritto meriterebbe un maggior approfondimento per le implicazioni che ha nella ricostruzione della fattispecie rilevante.

È proprio in ragione di tali criticità che si apprezza il principio di diritto sancito nella sentenza in commento.

In effetti, la Corte, chiarendo che il debito datoriale si «*limiti alla dimostrazione dell'inesistenza di posizioni vacanti compatibili con le mansioni del lavoratore, senza l'obbligo di estendere la ricerca ad altre funzioni non strettamente correlate, né si spinge a dover creare posizioni nuove o adibire i lavoratori a mansioni diverse dalla professionalità di riferimento*», sembrerebbe ripercorrere quella strada a lei già nota³⁴, arginando, in tal modo, il recente "smarrimento" attraversato sul tema.

Tale posizione, a parere di chi scrive, merita di essere condivisa e valorizzata, in quanto si inserisce quale contrappeso nella tendenza interpretativa di ampliare sempre più i confini di un obbligo che deve essere assolto dal datore di lavoro fornendo una prova negativa³⁵.

Si auspica, dunque, da un lato, che la giurisprudenza riesca a limitare l'incertezza in ordine al perimetro entro cui si deve spingere l'obbligo datoriale di ricollocazione e, dall'altro, che non devii nuovamente dalle posizioni assunte nella sentenza in commento con riferimento alle mansioni che devono essere considerate dal punto di vista della professionalità.

3. Il *repêchage* nella giurisprudenza costituzionale.

L'interesse per il *repêchage* assume oggi una rinnovata centralità anche per il recente intervento della Corte Costituzionale con la sentenza n. 128 del 2024, in cui si esclude espressamente che la violazione di tale obbligo comporti l'applicazione della tutela reintegratoria.

Il percorso della giurisprudenza di legittimità sotto il profilo della fattispecie non può allora che confrontarsi con la parallela evoluzione della giurisprudenza costituzionale in materia di tutela per l'illegittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, la quale, ha intrapreso un cammino inteso ad ampliare l'ambito di applicazione della tutela reale, a dispetto della *ratio legis* che ispirava la normativa di riferimento. Stagione, questa, di pronunce del giudice delle leggi che simboleggia un «*cronico disallineamento tra il legislatore e i*

Lav., 23 maggio 2018, n. 12794; Cass., Sez. Lav., 16 maggio 2016, n. 10018.

³⁴ Vedi *supra* nota 7.

³⁵ R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, cit., p. 47; M. PERSIANI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di repêchage*, in *Giur. it.*, 2016, 5, p. 1164, è stato infatti rimeditato secondo cui il lavoratore aveva l'onere di allegare l'esistenza di altri posti di lavoro disponibili (Cass., Sez. Lav., 13 giugno 2016, n. 12101 e Cass., Sez. Lav., 22 marzo 2016, n. 5592). Avendo ad oggetto un fatto negativo, la prova del *repêchage* può essere soddisfatta anche attraverso presunzioni semplici. Cfr. Cass., Sez. Lav., 24 settembre 2019, n. 23789; Cass., Sez. Lav., 26 aprile 2012, n. 6501, in *Orient. giur. lav.*, 2012, I, p. 362; Cass., Sez. Lav., 8 febbraio 2011, n. 3040; Cass., Sez. Lav., 20 maggio 2009, n. 11720; Cass., Sez. Lav., 22 ottobre 2009, n. 22417, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 165, con nota di S. Visonà; Cass., Sez. Lav., 23 ottobre 1996, n. 9204; Cass., Sez. Lav., 26 ottobre 1996, n. 9369; Cass., Sez. Lav., 3 giugno 1994, n. 5401; Cass., Sez. Lav., 28 novembre 1992, n. 12746; Cass., Sez. Lav., 10 marzo 1992, n. 2881. Nella giurisprudenza di merito App. Perugia, 11 maggio 2023, n. 41.

suoi interpreti»³⁶, tanto che si è affermato che oramai la disciplina dei licenziamenti, nel suo profilo rimediabile, è una «disciplina marcatamente giurisprudenziale»³⁷.

Il riferimento è alle note sentenze nn. 59 del 2021³⁸ e 125 del 2022³⁹, che hanno operato una riscrittura dell'art. 18, comma 7, St. lav., conforme a dettato costituzionale, a seguito delle quali per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 la mera insussistenza del fatto nel licenziamento per gmo determina necessariamente l'applicazione della tutela reale⁴⁰.

Il progressivo smantellamento delle discipline dei licenziamenti voluta dal legislatore⁴¹ ha trovato l'apice con la sentenza additiva n. 128 del 2024, con la quale la Corte Costituzionale è intervenuta sull'impianto rimediabile del *Jobs Act* dichiarando l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015, integrandolo nella parte in cui non prevede che si applichi la tutela della reintegrazione a risarcimento limitato ivi prevista anche nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo «in cui sia direttamente provata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore»⁴².

³⁶ Così A. TURSI, *La Corte costituzionale e la riforma dei licenziamenti: quando l'interpretazione sistematica scardina il sistema*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 2, p. 4.

³⁷ Così C. CESTER, *La disciplina rimediabile dei licenziamenti illegittimi: una risistemazione sempre più problematica*, in *Var. tem. dir. lav.*, 2024, 3, p. 485.

³⁸ Con Corte cost., 1 aprile 2021, n. 59, la Corte ha riconosciuto l'illegittimità costituzionale della seconda parte dell'art. 18, comma 7 St. lav., là dove prevede la facoltà e non il dovere del giudice di reintegrare il lavoratore arbitrariamente licenziato in mancanza di giustificato motivo oggettivo. In dottrina vedi S. BELLOMO-A. PRETEROTI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 59/2021 sull'art. 18 St. lav.: una questione di (inaccettabile) discrezionalità*, in *Federalismi.it*, n. 13, 2021; A. PERULLI, *La disciplina del licenziamento per gmo dopo corte costituzionale n. 59/2021*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2021, 2, 187 ss.; S. GIUBBONI, *Il ritorno della reintegrazione. Noterella polemica sul licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza n. 59/2021 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2021, 2, p. 799; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 59/2021*, in *Riv. giu. lav.*, 2021, I, p. 247 ss.; G. PELLICANI, *Licenziamento per motivi economici illegittimo, "manifesta insussistenza" e reintegrazione nell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori: il legislatore scrive "può", la Corte costituzionale sostituisce con "deve"*, in *Biblioteca '20 Maggio'*, 2021, 1, p. 91 ss.

³⁹ Con Corte cost., 19 maggio 2022, n. 125 la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 18, comma 7, dello St. Lav., nella parte in cui prevede che l'insussistenza del fatto, per condurre all'applicazione della reintegrazione, debba essere connotata dal carattere manifesto. In dottrina vedi A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, 3; N. DE MARINIS, *Il regime sanzionatorio del licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo Corte cost. 19.5.2022 n. 125*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, 3; E. GHERA, *Le tre sentenze della Corte Costituzionale sul regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo. Interrogativi e prospettive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, 1, p. 20 ss.; L. ROCCHI, *Le tutele in caso di violazione dell'obbligo di repêchage all'esito della recente giurisprudenza costituzionale: in attesa di un intervento legislativo*, in *Lav. dir. eur.*, 2022, 3.

⁴⁰ A. PRETEROTI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo dopo le sentenze della Corte costituzionale: nuove soluzioni (applicative) generano nuovi problemi (di sistema)*, cit.

⁴¹ A. TURSI, *La Corte costituzionale e la riforma dei licenziamenti: quando l'interpretazione sistematica scardina il sistema*, cit., p. 2 ove si legge che «colpiscono l'estensione, la selettività tematica, la concentrazione e la sequenzialità quasi ritmica dell'opera demolitrice della Corte costituzionale».

⁴² Corte cost., 16 luglio 2024, n. 128, in *Arg. dir. lav.*, 2024, 6, p. 1263, con nota di C. CESTER, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale: il ritorno (moderato) della tutela reale*. Si veda C. PISANI, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, in *Lavoro e giur.*, 2024, 8-9, 1, p. 761 ss.; A. TURSI, *La Corte costituzionale e la riforma dei licenziamenti: quando*

Lungi dal voler analizzare le richiamate pronunce costituzionali, per le quali si rinvia ai commenti già editi⁴³, ciò che interessa è valorizzare l'intima connessione che le stesse hanno con la tematica trattata, ossia la necessità di stabilire i confini certi dell'obbligo di ripescaggio.

Invero, nello studio del *repêchage*, oltre a doversi fare i conti con le criticità ed incertezze che contornano il profilo della fattispecie⁴⁴, ci si trova, in relazione al piano rimediabile, dinanzi ad una disciplina che, a seguito dell'intervento giurisprudenziale, risulta annichilita rispetto al retroterra ideologico di cui è frutto⁴⁵. Si deve aggiungere che la stessa Corte costituzionale sembrerebbe percorrere binari differenti nell'intervenire sullo Statuto e sul *Jobs Act*, mutando, in relazione a quest'ultimo, la posizione precedentemente assunta che vedeva, tra l'altro, la piena condivisione della giurisprudenza di legittimità.

Si fa riferimento alla diversa configurazione del fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo – la cui insussistenza dà luogo alla reintegra – accolta, da un lato, nelle sent. nn. 59 del 2021 e 125 del 2022 e, dall'altro, nella n. 128 del 2024.

Nelle prime, in ossequio alla prospettiva del licenziamento come *extrema ratio*⁴⁶, la Corte sembrerebbe avallare una lettura omnicomprensiva della fattispecie del giustificato motivo oggettivo che comprende il *repêchage*, nei termini in cui considera che i presupposti di legittimità del licenziamento per gmo «sono da intendersi le ragioni inerenti all'attività produttiva, alla organizzazione del lavoro e al suo regolare funzionamento, il nesso causale che lega il recesso alla 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 [...]»⁴⁷.

Tale principio, confermato nella pronuncia successiva sul tema⁴⁸ (salvo per il carattere "manifesto" dell'insussistenza), sancisce che all'interno delle componenti strutturali del gmo deve essere incluso il *repêchage*. In tal modo, risponde alle sollecitazioni della dottrina⁴⁹ e si

l'interpretazione sistematica scardina il sistema, cit., 4; A. RICCOBONO, *Riforme dei licenziamenti ed impatto sulle cause di giustificazione: lo stato dell'arte dopo Corte costituzionale n. 128/2024 e n. 129/2024*. in A. OCCHINO (a cura di), *Licenziamento e scienze sociali*, Giappichelli, Torino, 2024, p. 241 ss.; ID., *La tutela reale e la «coperta corta». Note a margine di Corte Cost. n. 128/2024*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 486/2024; C. CESTER, *La disciplina rimediabile dei licenziamenti illegittimi: una risistemazione sempre più problematica*, cit.; M. FERRARESI, *I licenziamenti economici nella giurisprudenza, dalla legge n. 604/1966 a Corte costituzionale n. 128/2024*, in *Var. tem. dir. lav.*, 2024, n. 3, p. 624 ss.; D. TARDIVO, *Ancora sull'incostituzionalità dell'art. 3 D.Lgs. n. 23/2015: la Consulta chiuderà il cerchio?*, in *Giur. it.*, 2024, n. 2, p. 401 ss.

⁴³ Vedi note 38, 39 e 42.

⁴⁴ Vedi *supra* par. § 2.

⁴⁵ Tale espressione è usata, in relazione all'intervento sul *Jobs Act*, da A. RICCOBONO, *Riforme dei licenziamenti ed impatto sulle cause di giustificazione: lo stato dell'arte dopo Corte costituzionale n. 128/2024 e n. 129/2024*, cit., p. 245.

⁴⁶ G.F. MANCINI, *Art. 18 St.lav.*, in G. GHEZZI-G.F. MANCINI-L. MONTUSCHI-U. ROMAGNOLI (a cura di), *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna, Zanichelli-Roma Società Editrice del Foro Italiano, 1972, p. 258 ss.; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, FrancoAngeli, Milano, 1980, p. 312 ss.

⁴⁷ Cfr. Corte cost., 1 aprile 2021, n. 59, punto 5 della parte in diritto.

⁴⁸ Corte cost., 19 maggio 2022, n. 125.

⁴⁹ In questo senso già A. PERULLI, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 st. lav. ratio ed aporie dei concetti normative*, in *Arg. dir. lav.*, 2012, 4-5, p. 800 ss.; V. SPEZIALE, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2012, 563; L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity*.

pone in linea con il costante indirizzo interpretativo adottato dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁰.

Al contrario, nel sancire l'incostituzionalità dell'art. 3, comma 2, d.lgs. n. 23/2015 – riallineando la normativa a quella dell'art. 18 St. lav. come dalla stessa modificato – la Corte esclude espressamente la reintegrazione (ovvero «*fa salva la scelta del legislatore di escluderla*»⁵¹) nel caso in cui non sia stata assolta la prova dell'impossibilità di ricollocazione, relegando tale ipotesi nella sfera della tutela indennitaria⁵².

Tale *revirement* sembrerebbe operare uno “spacchettamento” del giustificato motivo oggettivo a cui consegue una suddivisione sanzionatoria interna⁵³, che si allinea coerentemente al principio di graduazione delle tutele in base alla gravità del vizio, accolto di recente dalla stessa Corte⁵⁴.

Tale ricostruzione sembrerebbe avallare la posizione di coloro che nell'ambito di applicazione dell'art. 18 St. lav. – contrariamente ed in critica all'indirizzo interpretativo di legittimità consolidato e alla successiva ricostruzione fornita dal giudice delle leggi (nn. 59 e 125) – hanno considerato il *repêchage* elemento esterno e successivo alla nozione di fatto posto

La riforma Fornero (l. 28.6.2012, n. 92) prima, durante e dopo, Editoriale scientifica, Napoli, 2012, pp. 137-138; P. ALBI, *Il licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in M. CINELLI-G. FERRARO-O. MAZZOTTA (a cura di), *Il nuovo mercato del lavoro dalla riforma Fornero alla legge di stabilità 2013*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 275 ss.; M.T. CARINCI, *Il rapporto di lavoro al tempo delle crisi: modelli europei e flexicurity «all'italiana» a confronto*, in *Giornale dir. lav. e relazioni ind.*, 2012, 4, p. 558 ss. Condividono la ricostruzione effettuata dalla Corte M.T. CARINCI, *L'evoluzione della nozione di repêchage nel licenziamento individuale per gmo di tipo economico*, cit.; V. SPEZIALE, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo: le tutele all'esito delle pronunce di illegittimità costituzionale*, in *Lav. dir. eur.*, 2023, p. 1 ss. *Contra*, C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo le «riforme» della Corte Costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2023, I p. 95 ss.; A. MARESCA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e reintegrazione (questa volta non più “recessiva”, ma) espansiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, II, p. 738 ss.; G. PARRAVICINI PACCHIANA, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 19 maggio 2022*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2022, II, pag. 445 ss.; L. AMORIELLO, *Riflessioni sull'ampiezza dell'obbligo di repêchage a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c. ad opera del d.lgs. 81/2015*, cit., ove ritiene che il «*repêchage attiene ad un momento diverso e successivo rispetto al fatto*».

⁵⁰ *Ex multis*, Cass., Sez. Lav., 2 maggio 2018, n. 10435; Cass., Sez. Lav., 2 maggio 2018, n. 10435; Cass., Sez. Lav., 11 novembre 2019, n. 29101; Cass., Sez. Lav., 8 gennaio 2019, n. 181; Cass., Sez. Lav., 5 dicembre 2018, n. 31496; Cass., Sez. Lav., 25 luglio 2018 n. 19732; Cass., Sez. Lav., 25 giugno 2018 n. 16702. Più di recente cfr. Cass., Sez. Lav., 12 aprile 2024, n. 9937; Cass., Sez. Lav., 5 gennaio 2024, n. 417; Cass., Sez. Lav., 30 ottobre 2023, n. 30093; Cass., Sez. Lav., 18 novembre 2022, n. 34049; Cass., Sez. Lav., 18 novembre 2022, n. 34051.

⁵¹ C. PISANI, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, cit., p. 771.

⁵² Cfr. Corte cost., 16 luglio 2024, n. 128, punto 16 motivazione in diritto, «*la violazione dell'obbligo di repêchage attiva la tutela indennitaria di cui al comma 1 dell'art. 3 del d.lgs. n. 23 del 2015*».

⁵³ C. PISANI, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, cit., p. 771.

⁵⁴ Cfr. Corte cost., 22 gennaio 2024, n. 7. In dottrina si veda A. MARESCA, *La legittimità costituzionale delle tutele crescenti si consolida: un pre-commento a Corte costituzionale, 22 gennaio 2024, n. 7*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2024, I, p. 19 ss.

a base del giustificato motivo oggettivo, la cui violazione sarebbe, pertanto, meritevole della sola tutela indennitaria, ritenuta adeguata e soddisfacente⁵⁵.

L'indirizzo, pertanto rispettoso dell'*intentio legis* e volto ad accordare funzione e spazio residuale alla tutela reale, non è un prodotto solo dottrinale, ma era emerso, seppur timidamente, anche in giurisprudenza⁵⁶.

Questa ricostruzione, dapprima minoritaria, che, però, trova oggi l'avallo del giudice delle leggi, sembrerebbe aprire la strada ad un ripensamento dell'indirizzo precedentemente consolidatosi nell'applicazione della tutela reintegratoria anche nel caso in cui il datore dimostri l'effettiva soppressione del posto ma non riesca, poi, a dimostrare l'impossibilità di utile ricollocazione⁵⁷.

In tal senso, non si ritiene ragionevole un sistema rimediale caratterizzato da una differente tutela per il mancato assolvimento dell'obbligo di ripescaggio a seconda che i lavoratori siano assunti prima o dopo il 7 marzo 2015. Emerge, così, la necessità che i confini dell'obbligo di ripescaggio siano univoci e chiariti in modo definitivo.

La configurazione della fattispecie e, dunque, l'individuazione dell'ampiezza dell'obbligo, dovrebbe consistere logicamente in un momento antecedente rispetto all'individuazione della tutela in caso di violazione dello stesso.

Al contrario, il *repêchage*, privo di definizione normativa, è lasciato alla mutevole interpretazione applicativa dei giudici.

La situazione di per sé è inaccettabile e risulta ancora più allarmante alla luce degli interventi della Corte Costituzionale, in quanto, almeno in applicazione dell'art. 18 St. lav., la violazione dell'ampio ed incerto obbligo di ripescaggio comporta la gravosa sanzione per il datore di dover reintegrare il lavoratore.

Ma la situazione non è meno grave per il datore che licenzia il lavoratore assunto dopo il 7 marzo 2015, in quanto la mancata prova della ricollocabilità comporta comunque una sanzione che, sebbene indennitaria, potrebbe comunque essere cospicua.

Sorge allora naturale un interrogativo: è accettabile che il datore di lavoro sconti tale ambiguità⁵⁸?

⁵⁵ A. MARESCA, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e reintegrazione (questa volta non più "recessiva", ma) espansiva*, cit., p. 738 ss., ove si legge «il requisito di accesso alla reintegrazione non riguarda il ripescaggio che si palesa irrilevante nell'accertamento della "insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per gmo" che, invece deve essere incentrato sulla decisione organizzativa o produttiva del datore di lavoro comportante la soppressione del posto del dipendente licenziato», p. 743. Nello stesso senso cfr. C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo la «riforme» della Corte costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, cit.; A. TURSI, *Clausole generali e norme generali nel diritto del lavoro: spunti metodologici per il legislatore e per gli interpreti*, in *Dir. rel. ind.*, 2021, 1, 97 ss.; ID., *La Corte costituzionale e la riforma dei licenziamenti: quando l'interpretazione sistematica scardina il sistema*, in *Lav. dir. eur.*, 2024, 4; G. PARRAVICINI PACCHIANA, *Il fatto posto a fondamento del giustificato motivo oggettivo dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 125 del 19 maggio 2022*, cit., p. 445 ss.

⁵⁶ Trib. Milano 28 novembre 2012, in *Dir. rel. ind.*, 2013, 1, p. 152 ss. e *ivi*, adesivamente, G. SANTORO-PASSARELLI, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e ambito della tutela risarcitoria*.

⁵⁷ C. PISANI, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, cit.

⁵⁸ Contra S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 134, secondo cui il *repêchage* «ha assunto nelle mani della giurisprudenza caratteristiche di stabilità e chiarezza».

È certo che il debitore, qualora non adempia all'obbligo, debba essere sanzionato, ma allo stesso tempo lo si deve mettere in condizione di poterlo adempiere correttamente, conoscendo in anticipo l'ampiezza dello stesso, sotto i vari profili.

Pertanto, la risposta al quesito posto non può che essere negativa.

4. Osservazioni conclusive sul nuovo volto del *repêchage*: il fatto rilevante nel gmo tra fattispecie e conseguenze sanzionatorie.

Dall'analisi effettuata emerge come l'obbligo di *repêchage*, che oggi trova anche appiglio normativo a seguito dell'intervento costituzionale, sia caratterizzato da una forte ambiguità in ordine ai suoi confini.

Difatti, come visto, il profilo concernente la fattispecie è strettamente connesso al piano rimediabile operante in caso di violazione e, pertanto, risulta necessaria una ricostruzione condivisa ed unitaria dell'obbligo in questione che superi definitivamente l'aleatorietà nel quale oggi è immerso.

In *primis* è necessario stabilire all'interno di quali mansioni il datore di lavoro è tenuto a provare il ricollocamento. E qui si apprezza, a parere di chi scrive, il principio enunciato dalla Suprema Corte nella recente sentenza del n. 1364 del 2025, che, ripercorrendo sentieri già conosciuti e sconfessando letture estensive, limita la prova all'inesistenza di posizioni compatibili con le mansioni del lavoratore, escludendo quelle non strettamente correlate ovvero che esigono una diversa professionalità rispetto a quella del lavoratore licenziando.

Impostazione, questa, che sembrerebbe controbilanciare la richiamata tendenza giurisprudenziale ad ampliarne i confini in relazione ad altri profili (spazio, tempo e formazione 'minima') nella finalità di non costruire un obbligo eccessivo nei confronti del datore di lavoro sul quale, ad oggi, risulta interamente gravare.

Nonostante l'esclusione nell'ambito del *Jobs Act* del *repêchage* dal fatto rilevante posto a fondamento del gmo riduca notevolmente la portata della decisione nell'estendere la tutela reale, il problema della delineazione dell'obbligo, al contrario, risulta più vivo ed allarmante.

Difatti, nell'ambito dell'art. 18 St. lav. il *repêchage* figura tra i presupposti del giustificato motivo oggettivo e, pertanto, il suo corretto adempimento determina la legittimità del licenziamento, escludendo la sanzione reintegratoria per il datore.

La fotografia dello stato dell'arte, però, non può che portare ad interrogarsi sulla ricerca di un punto di equilibrio e coordinamento.

A tal proposito, parte della dottrina ritiene che il *dictum* della sent. 128 del 2024 debba ragionevolmente estendersi anche ai licenziamenti nell'ambito dei rapporti disciplinati dallo Statuto⁵⁹.

Al contrario, può la Cassazione rimanere ferma nell'indirizzo consolidato in relazione all'art. 18 St. lav. ed abbracciare una nozione di fatto rilevante dalla quale esula il *repêchage*, spacchettando il gmo e contraddicendo il proprio orientamento, quando ha al vaglio un rapporto sorto dopo il 7 marzo 2015? In altre parole, possono nell'immaginario degli

⁵⁹ M. FERRARESI, *I licenziamenti economici nella giurisprudenza, dalla legge n. 604/1966 a Corte costituzionale n. 128/2024*, cit., p. 641.

interpreti rimanere distinti i due ambiti normativi, a ciascuno dei quali corrisponde una differente ricostruzione della fattispecie ed un differente regime sanzionatorio?

Sebbene, come già chiarito, «*il fluire del tempo è di per sé elemento di differenziazione delle situazioni soggettive*»⁶⁰, la fattispecie rilevante non può essere costruita diversamente a seconda del quadro normativo applicabile, in quanto la nozione di fatto su cui si fonda il licenziamento non può che essere unitaria⁶¹.

I tempi sembrano allora maturi per stabilire un (nuovo) equilibrio.

A parere di chi scrive, il *revirement* della Corte Costituzionale potrebbe essere il punto di partenza per ricostruire un sistema idoneo a contemperare i diversi interessi in gioco.

Difatti, sembrerebbe ragionevole un sistema che differenzi la tutela in base alla gravità del vizio⁶²: in caso di insussistenza della ragione o del nesso di causalità che la lega con la posizione del lavoratore opererà la sanzione massima della reintegrazione (vizio più grave); al contrario, la mancata prova dell'utile ricollocabilità comporterà l'applicazione della tutela indennitaria, in quanto la ragione su cui si basa il licenziamento sussiste.

Tale ricostruzione implica, però, da un lato, che la giurisprudenza di legittimità in applicazione *Jobs Act* sconfessi l'interpretazione che la stessa ha sempre seguito adeguandosi all'ultima pronuncia costituzionale e, dall'altro, che in relazione ai casi in cui si applica *ratione temporis* la disciplina statutaria capovolga il proprio orientamento superando le note sentenze costituzionali sul punto⁶³.

Il rischio, quindi, è quello di un cortocircuito tra le due Corti.

Ma comunque, senza cercare di immaginare il futuro comportamento della giurisprudenza, lo sguardo al presente non può che suggerire all'interprete di rimeditare sull'istituto nel suo complesso al fine di delineare con certezza i confini dello stesso. Compito, questo, che avrebbe un esito migliore qualora fosse svolto dal legislatore che, definendo puntualmente l'ampiezza dell'obbligo incombente sul datore di lavoro, sottrarrebbe alle mutevoli ed oscillanti interpretazioni giurisprudenziali la delineazione della fattispecie, garantendo così una maggiore certezza del diritto in un terreno dove gli interessi delle parti, per definizione, risultano essere diametralmente opposti.

⁶⁰ Così, in riferimento alla materia previdenziale, Corte cost., 7 aprile 1988, n. 409.

⁶¹ C. PISANI, *Repêchage senza limiti, tra estensione alle posizioni temporanee e applicazione della reintegrazione*, in *NT Plus*, 2025, che ritiene come tali differenze determinerebbero «una evidente ed inspiegabile anomalia sistemica, per il palese contrasto di effetti di due fattispecie normative sostanzialmente analoghe, perché la nozione di fatto su cui si fonda il licenziamento non può che essere unitaria»; C. CESTER, *La disciplina rimediabile dei licenziamenti illegittimi: una risistemazione sempre più problematica*, cit., p. 503.

⁶² Cfr. Corte cost., 22 gennaio 2024, n. 7. In dottrina, prima della pronuncia della Corte costituzionale v. C. PISANI, *La violazione del repêchage dopo le «riforme» della Corte Costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, cit., p. 103.

⁶³ *Contra* Corte Cass., Sez. Lav., 11 dicembre 2024, n. 32008, ove i giudici, pur avendo contezza della pronuncia costituzionale n. 128/2024, in relazione all'applicazione *ratione temporis* della disciplina statutaria, hanno applicato la reintegrazione in caso di soppressione del posto senza prova dell'impossibilità di *repêchage*, richiamando le pronunce costituzionali n. 59/2021 e n. 125/2022. Sul punto cfr. C. PISANI, *Repêchage senza limiti, tra estensione alle posizioni temporanee e applicazione della reintegrazione*, cit.