

Il Rèpèchage nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo: suo fondamento

Autore: Viceconte Massimo

In: Diritto civile e commerciale

*Ci si è limitati a trattare gli aspetti sostanziali dell'istituto tralasciando gli aspetti processuali (oneri/obblighi probatori) già oggetto di innumeri contributi

Non poche volte il legislatore del 1942 ha agito in continuità del legislatore del 1865.

Uno di questi punti è dato dalla configurazione della estinzione del rapporto di lavoro. La concezione liberista imperante ha determinato la **prevalenza del principio della libera recedibilità**, il c.d. ad nutum(1). L'art.2118 c.c. gli ha dato corpo nel nuovo ordinamento. Ma il clima andava cambiando; forze socialiste e forze popolari ispirate alla morale cristiana travasavano nuovi principi nella costituzione della repubblica, in vigore dal 1 gennaio 1948. Ne seguiranno, nel tempo, pressioni che cambieranno la società (diritto del lavoro, diritto della famiglia, società cooperative etc.).

Sul punto che ci interessa pressioni dei lavoratori attraverso le loro organizzazioni portarono prima ad accordi sindacali, in particolare a livello interconfederale (v. accordo interconfederale per l'industria 29 aprile 1965), e quindi ad un mutamento legislativo importante, la legge n.604 del 1966.

Tale legge, per quel che qui ci interessa, **limitando notevolmente i poteri datoriali**, introdusse l'istituto del licenziamento per giustificato motivo oggettivo che all'art.3 prevedeva che "il licenziamento per giustificato motivo con preavviso è determinato.....da ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa.". Tale è la lettera della norma.

La dottrina del tempo la leggeva per quello che era. Per tutti v.Riva-Sanseverino in Commentario del Codice civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro Quinto-Del Lavoro, Disciplina delle attività professionali -Impresa in Generale, edito da Nicola Zanichelli Editore e Soc.Ed.del Foro italiano 1977, pag. 572 ss.. Fin Santoro-Passarelli nel suo manuale Nozioni di diritto del lavoro, Napoli 1983, pag.240 nel delineare l'istituto non accenna al rèpèchage. Lo troviamo invece in Scognamiglio Diritto del lavoro, Jovene 1990, pag.482 : "Le esigenze di origine e natura aziendali, che rendono giustificato il licenziamento, sembrano verificarsi di già nel caso di soppressione del posto occupato dal lavoratore. Ma la considerazione che l'attività lavorativa è vincolata al servizio dell'azienda nella sua interezza spinge ad allargare l'ambito della ingiustificatezza fino al limite segnato dalla possibilità di utilizzare diversamente l'opera del dipendente. Laddove il riferimento alla angusta prospettiva del posto di lavoro potrebbe dar luogo ad una eccessiva dilatazione dell'area di rilevanza delle ragioni aziendali di licenziamento,

cagionando abusi a danno del lavoratore. Ne consegue che il datore di lavoro deve addurre e provare la (relativa) impossibilità di avvalersi della collaborazione del dipendente in altre attività e/o in diverse località del territorio nazionale, entro i limiti segnati (allo jus variandi e al potere di trasferimento) dall'art. 13 dello statuto.”

La giurisprudenza ,diversamente, introduceva il *rèpèchage* nei primi anni '70 v.Cass. 12 dicembre 1972 n.3578: in Foto Italiano 1973 ,pag.655: “Perché la riduzione del personale giustifichi, ai sensi della legge 604/1966, il licenziamento individuale del lavoratore, non basta che la riduzione sia imposta da esigenze di ristrutturazione dell'azienda, ma deve il datore di lavoro provare di non essere in grado di utilizzare, magari adibendo a diverse mansioni, il lavoratore, destinato al licenziamento.”,con nota di Pera: “La sentenza va segnalata anche per altre affermazioni importanti. **Anzitutto perchè la corte accetta la tesi secondo la quale la giustificazione del licenziamento sarebbe condizionata alla prova dell'assoluta inutilizzabilità del lavoratore anche in altre mansioni, secondo quanto si è più volte prospettato.”.**

L'orientamento prevalente

Tale **orientamento si andò consolidando** (e plurimis v.Cass.10 marzo 1992 n.2881 che individua la ratio del *rèpèchage* nella circostanza che il licenziamento deve rappresentare l'extrema ratio cui il datore deve ricorrere nel caso che venga meno una determinata posizione di lavoro (2),Cass. 7 luglio 1992 n.8254,Cass.19 giugno 1993 n.6814,Cass.14 settembre 1995 n.9715,Cass 28 settembre 2006 n. 21035 etc.).

La dottrina prevalente (negli scritti istituzionali) c.d. dottrina descrittiva si limitava per lo più a dare conto degli orientamenti giurisprudenziali (V.Galantino 1998,Mazzotta 2005); Ichino (2003),invece,delinea un criterio che giustificerebbe il *rèpèchage* più che altro con un fondamento economico.(3)

Tuttavia un recente arresto della Corte Suprema,Cass. 25201 del 2016,ha rimesso in discussione tale orientamento,rappresentando forse un ritorno al passato.

Autorevole dottrina a riguardo di tale sentenza così argomenta(4) :” Nulla, però, i giudici di legittimità hanno detto, in quest'occasione, con riguardo a quella che, forse, è la più urgente, e da più tempo incerta, problematica che deve avere soluzione quando si tratti di accertare l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Trattasi, com'è noto, della questione di sapere se tra gli elementi costitutivi della fattispecie legale del giustificato motivo oggettivo, com'è individuata dall'art. 3 della l. n. 604 del 1966, è compreso, o no, a carico del datore di lavoro anche un obbligo di *rèpèchage* con ulteriori conseguenze sul regime della prova del suo adempimento (vedi, al riguardo, la posizione estrema di Cass. n. 5592 del 22 marzo 2016 con nota critica M. Persiani, Licenziamento per giustificato motivo oggettivo e obbligo di *rèpèchage*, in Giur. It., 2016, pag. 1166 e segg).(5). 14. - Orbene, a mio avviso, le

argomentazioni addotte a sostegno della motivazione della sentenza di cui trattasi incidono necessariamente anche sulla soluzione di quella problematica. Ciò perché, quelle argomentazioni escludono, quando si tratti di accertare l'esistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, la rilevanza di situazioni non risultanti dalla formulazione del testo dell'art. 3 della l. n. 604 del 1966. Ne consegue che, a maggior ragione, deve essere esclusa la rilevanza dell'eventuale adempimento di un obbligo di *rèpèchage*, in quanto non previsto nella formulazione del **testo dalla legge**. Anzi, se pure l'elemento (del quale è stata negata l'esistenza) costituito dall'esistenza di una qualche crisi della gestione aziendale potrebbe, a voler tutto ammettere, essere dedotto dall'aver il legislatore fatto riferimento al "regolare funzionamento" dell'organizzazione di lavoro (e, cioè, ad una situazione oggettiva in cui versa l'impresa) è certo che quel riferimento non può avere il significato di includere, nella fattispecie del giustificato motivo oggettivo, anche l'eventuale possibilità di individuare altra e possibile occupazione del lavoratore licenziato. 15. - la seconda considerazione è che, a voler rispettare l'autorità del punto di vista giuridico, l'orientamento giurisprudenziale minoritario che, in quest'occasione, è stato rafforzato dalla sentenza che ha dato origine a queste note, avrebbe dovuto essere, da più di quarantacinque anni, quello prevalente. Ed è a dimostrazione di questa considerazione che il lettore vorrà tener presente come la più gran parte della dottrina ricordata è una dottrina autorevole, ma risalente nel tempo. Ciò significa che, da tempo, la dottrina aveva individuato i presupposti della conclusione alla quale è giunta la sentenza che ha fornito lo spunto per queste note, onde non dovrebbe destare meraviglia l'orientamento che, in quest'occasione, caratterizza la recente decisione dei giudici di legittimità, ma, piuttosto, dovrebbe meravigliare che quell'orientamento sia ancora incerto."

Cionondimeno i giudici di legittimità confermano, senza soluzione di continuità, l'orientamento precedente, vedi la sentenza Cass.n.6678/2019, Pres. Di Cerbo, Rel. Bogetich: "Va, inoltre, rammentato che secondo orientamento consolidato di questa Corte, la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo presuppone, da un lato, l'esigenza di soppressione . di un posto di lavoro, dall'altro, la impossibilità di diversa collocazione del lavoratore licenziato (*rèpèchage*), considerandone la professionalità raggiunta, in altra posizione lavorativa analoga a quella soppressa" (cfr. ex plurimis, Cass n. 4460 del 2015, Cass.n. 5592 del 2016, Cass. n. 12101 del 2016, Cass. n. 24882 del 2017, Cass. n. 27792 del 2017).

Da parte nostra riteniamo che occorra impostare diversamente il problema nel senso che ogni norma va letta non isolatamente ma nell'insieme del sistema. (6) [come del resto fa la summenzionata dottrina, arrivando, ci pare, peraltro a risultati, che però sembrano non condivisi dai giudici della suprema Corte-], con particolare riguardo ad una "scala"-determinata dai principi sociali ,che abbiamo richiamati all'inizio della nota- di valori costituzionalmente protetti, e allora non si può disconoscere che il "bene lavoro" ,richiamato dall'art.1 Cost. che dice la Repubblica " fondata sul lavoro"-considerando peraltro l'affermazione di cui all'art.4 Cost.di natura politica e non strettamente giuridica,non riferendosi a diritti soggettivi in senso proprio (7)-, ripreso dall'art.35 Cost.,secondo il quale"la repubblica tutela il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni", di per sé stesso è pervasivo di ogni aspetto del rapporto individuale di lavoro , c.d. favor del lavoratore, soprattutto di quell'aspetto che impone una scelta tra le ragioni dell'impresa , che trovano fondamento a loro volta nel testo dell'art.41 Cost., e le ragioni del mantenimento dell'occupazione del lavoratore, in modo tale però che,ottemperato il suo obbligo e

verificata l'impossibilità di ricollocazione, le ragioni dell'impresa, riconosciute dal giudice, trovino anch'esse soddisfazione. In altri termini il posto "utile" deve esistere nell'organigramma in atto.

Non si può infine escludere infine che sul dibattito sul *rèpèchage* abbia potuto influire il sospetto che il licenziamento per *gmo* potesse nascondere un licenziamento disciplinare o quanto meno la volontà di liberarsi di un lavoratore sgradito (8).

Volume consigliato

NOTE

(1) v. Barassi *Il Contratto di lavoro nel diritto positivo italiano* V&P, 2003, Ristampa anastatica dell'edizione del 1901 a cura di Mario Napoli, pag.872: " Per queste locazioni (a tempo indeterminato) l'ammissibilità del recesso unilaterale si può dire che non offra difficoltà vera. Vi è bensì più d'una voce discordante nella dottrina..... . Ma in questo caso più che mai dobbiamo respingere l'esegesi superficiale del nostro sistema legislativo. Già dopo quanto dicemmo sulla locazione a tempo determinato, si deduce con facilità, che a maggior ragione il recesso deve concedersi quando non sia stato fissato un termine. Poiché, nel silenzio delle parti, e secondo il principio dominante nel nostro codice (art. 1628), si intenda che, quando nessun termine fu assegnato, ognuna delle parti può porre termine quando essa creda al rapporto locativo; ammesso che questo rapporto non possa essere necessariamente indefinito, poiché il nostro sistema legislativo vi è contrario, ne deriva che potrà cessare quando ognuna delle parti lo creda opportuno: è. un principio che si fonda sull'intenzione delle parti. Se il reciproco consenso fosse necessario, il rapporto si potrebbe protrarre indefinitamente."

(2) Cass.10 marzo 1992 n.2881 *Licenziamenti individuali - giustificato motivo - oggettivo - non riutilizzazione lavoratori- prova- onere - imprenditore* " atteso che il carattere inderogabile della disciplina di legge in tema di licenziamenti individuali, la quale, considerando giustificato il licenziamento solo se questo costituisca una *extrema ratio*, impone all'imprenditore l'obbligo primario di ricercare ogni possibilità di riutilizzazione dei dipendenti i cui posti di lavoro siano venuti meno"

(3) Ichino *Il contratto di lavoro* Tomo III in *Trattato di diritto civile e commerciale* a cura di Cicu/Messineo/Mengoni continuato da Schlesinger ,ed.Giuffrè 2003, pag.444: " La regola giurisprudenziale del c.d. *rèpèchage*. — Un'altra massima ricorrente è quella secondo la quale neppure la soppressione del posto di lavoro basterebbe per giustificare il licenziamento, dovendo il datore di lavoro dimostrare altresì di non poter riutilizzare il lavoratore in altra posizione, anche di contenuto

professionale diverso rispetto alla precedente;.... Va osservato, a questo proposito, che con lo spostamento del lavoratore ad altre mansioni l'imprenditore potesse attendersi dalla prosecuzione del rapporto un sia pur minimo profitto, o anche soltanto un pareggio tra costi e benefici, egli non avrebbe alcun interesse a licenziare quel lavoratore e procederebbe al *repechage* spontaneamente, senza necessità che sia l'ordinamento a imporglielo. Se il *repêchage* deve essergli imposto, come vincolo derivante dall'interpretazione e applicazione della legge, ciò significa che da questa operazione l'impresa si attende una qualche perdita futura. Il limite dell'obbligo di *repêchage* corrisponde dunque, secondo logica, alla soglia massima della perdita che all'impresa può essere imposta (ovvero al limite entro il quale dovrà considerarsi sopportabile lo sbilancio tra l'utilità che potrà trarsi dal nuovo lavoro assegnato al lavoratore e i relativi costi). Ancora una volta, la questione cruciale riguarda la soglia massima della perdita attesa che può essere imposta al datore di lavoro.”.

(4) M.Persiani Giustificato motivo oggettivo e autorità del punto di vista giuridico in *Argomenti di diritto del lavoro* 2017 ,1,133 (commento alla normativa)

(5) La nota critica di M.Persiani precisa che” il *repêchage* non è elemento della fattispecie del giustificato motivo oggettivo,ma di una fattispecie diversa e successiva” ,con le conseguenze sulla prova.

(6) v.Betti *Teoria generale dell'interpretazione*,Torino, 1955, 286 L'interpretazione della legge” Considerare la formola ‘di per sé’ quasi formola magica nel suo astratto valore ‘logico’ isolata dal momento storico e teleologico della norma, è un procedimento illegittimo e palesemente contrario al canone ermeneutico della totalità, che impone di ravvisare la norma quale strumento ad un fine di convivenza sociale e di inquadrare questo nell'orbita di tutto il sistema”.Il che può anche venire a significare che la norma è parte di un “istituto” giuridico (Jhering, v.Larenz *Storia del metodo nella scienza giuridica* Giuffrè , 1966,pag.27 ss.).

(7) Basterà rileggersi i verbali delle sedute dei lavori preparatori.Tuttavia la Corte Costituzionale, affermatosi il principio della precettività delle norme contenute nella Costituzione, attraverso un lungo percorso giurisprudenziale,evocato anche dalla recente sentenza n.194 del 2018 , enuncia: “l'affermazione sempre più netta del ‘diritto al lavoro’ (art. 4, primo comma, Cost.), affiancata alla ‘tutela’ del lavoro ‘in tutte le sue forme ed applicazioni’ (art. 35, primo comma, Cost.), si sostanzia nel riconoscere, tra l'altro, che i limiti posti al potere di recesso del datore di lavoro correggono un disequilibrio di fatto esistente nel contratto di lavoro, il forte coinvolgimento della persona umana qualifica il diritto al lavoro come diritto fondamentale, cui il legislatore (sic.ndr) deve guardare per apprestare specifiche tutele.”.

(8) vedi Cassazione 12 dicembre 1972, n.3578, cit. nel testo.

<https://www.diritto.it/il-repechage-nel-licenziamento-per-giustificato-motivo-oggettivo-suo-fondamento/>