



L'obbligo datoriale di repêchage: il punto della S.C. su dequalificazione e/o demansionamento

Giorgio Vanacore

Avvocato

SINTESI

a) L'art. 5, l. n. 604/1966: applicazione della regola ex art. 2697 c.c.

L'art. 5, l. n. 604/1966, nel porre testualmente a carico del datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo del licenziamento individuale, rappresenta una concreta applicazione della regola dell'art. 2697 c.c. e non contempla alcuna eccezione ad essa.

b) Conferma nel formante giurisprudenziale

Tale ultimo assunto trova conferma nel recente formante giurisprudenziale, non ultimo quello che, sulla scorta della ricezione della c.d. contrattualizzazione del diritto civile di cui alla recente Cass., S.U., 26.6.2007, n. 14712, ha letto in sinopia il citato art. 5 e l'art. 1218 c.c.

c) Prova dell'adempimento datoriale all'obbligo di c.d. repêchage

In tema di onere probatorio che il datore di lavoro deve assolvere nel licenziamento, la giurisprudenza del lavoro pretende dal recedente l'impossibilità di un utile (e perciò senza sacrificio apprezzabile) reim-

piego del lavoratore nel comparto aziendale in mansioni diverse da quelle precedentemente rivestite (c.d. regola del repêchage).

d) Casistica

Più di una sentenza ha interpretato l'obbligo di repêchage in senso favorevole all'impresa, giungendo, a mò di contraltare, a ritenere assolta la prova liberatoria datoriale, con il risultato di restringere «a valle» l'area di tutela per il lavoratore.

e) Repêchage e patto di dequalificazione e/o demansionamento

Si registra un recente orientamento della sezione lavoro della S.C. – di cui sono espressione le sentenze 13.8.2008, n. 21579 e 18.3.2009, n. 6552, –, ad avviso del quale, premesso il superamento della rigidità di cui all'art. 2103 c.c., si richiede che il repêchage non vada ricercato solo in mansioni equivalenti ma anche rispetto a quelle inferiori. Dal che discende che il patto di demansionamento e/o dequalificazione stipulato tra le parti, se anteriore e, comunque, coevo al licenziamento, vale, per il datore, assolvimento all'obbligo.

» SOMMARIO

1. L'onere della prova ex art. 5, l. 15.7.1966, n. 604 – 2. La regola giurisprudenziale del c.d. repêchage – 3. *Segue*: il patto di dequalificazione e/o di demansionamento

1. L'onere della prova ex art. 5, l. 15.7.1966, n. 604

Sovente, nelle impugnative giudiziali di licenziamento individuale viene in questione la norma dell'art. 5, l. 15.7.1966, n. 604, del seguente, noto, tenore: «L'onere della prova della sussistenza della giusta causa o del giustificato motivo di licenziamento spetta al datore di lavoro».

Si è oggi concordi nel ritenere che la norma in tema costituisca applicazione del canone dell'art. 2697 c.c.⁽¹⁾, e non contempli un'ipotesi d'inversione dell'onere probatorio. Ciò equivale a dire che onerare il datore della prova della sussistenza dei requisiti per far luogo a licenziamento – come prescrive l'art. 5 in argo-

mento –, implica il richiederli l'allegazione, in piena adesione all'art. 2697 citato, del fatto costitutivo della fattispecie genetica della facoltà di licenziare, ovvero, del fatto impeditivo dell'azione di annullamento del recesso intrapresa dal lavoratore⁽²⁾.

Affermativa di un tale ordine d'idee in giurisprudenza, Cass., sez. lavoro, 27.6.1994, n. 6172: «nel caso in cui, impugnando un licenziamento, il lavoratore intenda ottenere l'adempimento in forma specifica del contratto, formulando la domanda di reintegrazione nel posto di lavoro, *causa petendi* è l'inesistenza in capo al datore di lavoro del potere di determinare l'estinzione del rapporto. Come dimostra anche il disposto dell'art. 5, l. n. 604/1966, peral-

⁽¹⁾ *Contra*, l'isolata Pret. Milano, 28.10.1981. Un più dettagliato esame del tema nel nostro *L'onere della prova nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in *Resp. civ.*, 2008, 152.

⁽²⁾ Per tale ricostruzione, *ex plur.*, leggansi GRANDI – PERA, *Commentario*

breve alle leggi sul lavoro, comm. all'art. 5, l. n. 604/1966, Padova, 2001, 965, CENTOFANTI, *La Cassazione e i licenziamenti disciplinari*, in *Giur. it.*, 1977, I, 1, PERA, *loco ult. cit.*, NAPOLI, *La stabilità reale nel rapporto di lavoro*, Milano, 1979, 181.

tro meramente ricognitivo dei principi generali, il lavoratore ha soltanto l'onere di allegare e provare l'esistenza del rapporto di lavoro e l'evento di un licenziamento con determinate modalità, mentre spetta esclusivamente al datore di lavoro comprovare i fatti che radicano nel suo patrimonio il potere di determinare l'estinzione del rapporto»⁽³⁾.

Spingendosi oltre, si è dato per fermo il parallelismo tra l'art. 5 in parola e l'art. 1218 c.c. – *grundnorm*, quest'ultima, in materia di riparto di responsabilità da inadempimento contrattuale –, del che è traccia in Cass., sez. lavoro, 17.5.2002, n. 7227⁽⁴⁾: «fatti costitutivi dell'azione d'impugnazione del licenziamento sono esclusivamente l'esistenza di un rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e la sua interruzione per effetto di un licenziamento. Fatti impeditivi degli effetti giuridici che il lavoratore intende conseguire sono la sussistenza di una giusta causa o di un giustificato motivo. La regola della ripartizione della prova, di cui all'art. 5, l. n. 604 del 1966 non è altro che l'applicazione alla responsabilità del datore di lavoro della regola generale dell'art. 1218 c.c. in tema di onere della prova nella responsabilità contrattuale. Infatti, secondo i principi generali, la conseguenza del licenziamento illegittimo dovrebbe essere quella del risarcimento dei danni subiti dalla controparte (art. 1223 c.c.)»⁽⁵⁾.

Ratio di tale ultimo accostamento – si ripete, tra i ridetti artt. 5 e 1218 –, è da ravvisarsi nella ricezione, ormai in voga in molteplici sedi, della contrattualizzazione del diritto civile, di cui alla celebre, riassuntiva, sentenza della S.C. a sezioni unite del 26.6.2007, n. 14712⁽⁶⁾, la quale sul «premesse» secondo cui la responsabilità nella quale incorre il debitore non rettammente adempiente può dirsi contrattuale tanto nel caso in cui l'obbligo derivi da un contratto vero e proprio, quanto in ogni altra ipotesi in cui essa dipenda dall'inesatto adempimento di un'obbligazione preesistente⁽⁷⁾, assume una quasi identità tra torto contrattuale ed aquiliano, con la seguente motivazione, allo stato più che condizionale:

«la distinzione tra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale sta essenzialmente nel fatto che quest'ultima consegue dalla violazione di un dovere primario di non ledere ingiustamente la sfera di interessi altrui, onde essa nasce con la stessa obbligazione risarcitoria, laddove quella contrattuale presuppone l'inadempimento di uno specifico obbligo giuridico già preesistente e volontariamente assunto nei confronti di un determinato soggetto (o di una determinata cerchia di soggetti)».

Sull'appena tracciato filone pan-contrattualista si è mossa la giurisprudenza del lavoro. A riprova, cfr. Cass., sez. lavoro, 17.2.2004, n. 3114⁽⁸⁾: «la dichiarazione di invalidità del licenziamento a norma dell'art. 18, l. n. 300 del 1970 non comporta automaticamente la condanna del datore di lavoro al risarcimento del danno nella misura stabilita dal 4° co. con esclusione di ogni rilevanza dei profili del dolo o della colpa nel comportamento del recedente, e cioè per una forma di responsabilità oggettiva, atteso che l'irrelevanza degli elementi soggettivi è confi-

gurabile, per effetto della rigidità al riguardo della formulazione normativa, solo limitatamente alla misura minima delle cinque mensilità. La questione relativa alla sussistenza della responsabilità risarcitoria deve ritenersi invece regolata dalle norme del codice civile in tema di risarcimento del danno conseguente ad inadempimento delle obbligazioni, non introducendo l'art. 18 dello statuto dei lavoratori elementi distintivi. Ne consegue l'applicabilità dell'art. 1218 c.c., secondo cui il debitore non è tenuto al risarcimento del danno nel caso in cui fornisca la prova che l'inadempimento consegue ad impossibilità della prestazione a lui non imputabile». Nei medesimi termini, Cass., sez. lavoro, 17.5.2002, n. 7227: «il licenziamento illegittimo costituisce una forma di inadempimento contrattuale, governato dal principio generale di cui all'art. 1218 c.c. Ne consegue che, come in tutti i casi di inadempimento contrattuale, è il convenuto che deve dimostrare di avere adempiuto, ovvero di non avere potuto adempiere senza colpa. Ne discende, altresì, che spetta al datore di lavoro provare, quale fatto impeditivo della avversa pretesa, il numero di dipendenti dell'azienda»⁽⁹⁾.

2. La regola giurisprudenziale del c.d. *repêchage*

È noto che, a supporto del più volte citato onere probatorio datoriale di licenziamento *ex art. 5, l. n. 604/1966*, la giurisprudenza esige dal recedente l'impossibilità di un utile (e perciò senza sacrificio apprezzabile) reimpiego del lavoratore nel comparto aziendale seppure con mansioni diverse da quelle precedentemente rivestite (c.d. regola del *repêchage*).

Ebbene, se fondamento di tale orientamento può ravvisarsi nel *favor* per il lavoratore – innanzi alle cui istanze le esigenze produttive della complessiva organizzazione aziendale non possono che recedere –, va dato atto che più di una sentenza ha interpretato l'obbligo di *repêchage* in senso favorevole all'impresa, giungendo, a mò di contraltare, a ritenere assolta la prova liberatoria datoriale, con il risultato di restringere «a valle» l'area di tutela per il lavoratore.

Segnatamente, con riferimento al caso del decorso di oltre un anno tra il licenziamento e la prima assunzione di un dipendente di pari qualifica rispetto al licenziato ed un periodo di oltre otto mesi tra il licenziamento e la prima copertura di un posto equipollente, può leggersi App. Torino, 13.12.2006: «ai fini della verifica del rispetto dell'obbligo di *repêchage*, sono considerati periodi «congrui», ai fini del rispetto di tale obbligo, il periodo di oltre un anno tra il licenziamento e la prima assunzione di un dipendente di pari qualifica del dipendente licenziato ed un periodo di oltre otto mesi tra il licenziamento e la prima copertura di un posto equipollente (tra l'altro con un soggetto già dipendente). Mentre, a tal fine non è necessario considerare il preavviso, le ferie e i permessi spettanti al lavoratore licenziato né i tempi tecnici necessari al datore di lavoro per deliberare nuove assunzioni».

Animata dal medesimo intento la giurisprudenza che ritiene sod-

⁽³⁾ Adesivamente, *id.*, 5.6.1996, n. 5221.

⁽⁴⁾ In *Foro it.*, 2002, I, 2345.

⁽⁵⁾ Nei medesimi termini, *id.*, 22.11.1999, n. 12926, in *Foro it.*, 2000, I, 74.

⁽⁶⁾ Sulla quale può leggersi il nostro In dubio pro contractu: *la responsabilità civile dal quasi contratto alla sentenza Rordorf del 2007*, in *Resp. civ.*, 2008, 457.

⁽⁷⁾ Da ciò è stato affermato il carattere contrattuale dell'obbligazione di risarcimento gravante sull'ente ospedaliero per i danni subiti da un privato a causa della non diligente esecuzione della prestazione medica da parte di un medico operante nell'ospedale, nonché dell'obbligazione del medico stesso nei confronti del paziente, quantunque non fondata sul contratto ma sul solo contatto sociale (in tema, Cass., n.

9085 del 2006, Cass., n. 12362 del 2006, Cass., n. 10297 del 2004, ed altresì la capofila Cass., n. 589 del 1999), e, parimenti, della responsabilità del sorvegliante dell'incapace, per i danni che quest'ultimo cagiona a se stesso in conseguenza della violazione degli obblighi di protezione ai quali il sorvegliante è tenuto, sul presupposto che quegli obblighi derivino da un rapporto giuridico contrattuale che tra tali soggetti si instaura per contatto sociale qualificato (come fa Cass., n. 11245/2003).

⁽⁸⁾ In *CED Cass.*, 2004; conf., *id.*, 15.7.2002, n. 10260.

⁽⁹⁾ Adesivamente, in punto di responsabilità datoriale *ex art. 2087 c.c.*, Cass., sez. lavoro, 1.7.2004, n. 12093, in *Rep.*, 2004, *Lavoro e previdenza (controversie)* [3880], n. 68, *id.*, 23.4.2004, n. 7730, 21.4.2004, n. 7629.

disfatto l'onere *de quo* nel caso in cui i residui posti di lavoro, riguardanti mansioni equivalenti, fossero al tempo del licenziamento stabilmente occupati da altri lavoratori, o che, dopo il licenziamento e per un congruo periodo, non sia stata effettuata alcuna nuova assunzione⁽¹⁰⁾.

E, da ultimo, assolutoria per il datore è stata reputata la chiusura di un ufficio con unico addetto – *id est*, il lavoratore licenziato –, al fine di concentrare l'attività svolta da questi presso altra unità produttiva, ipotesi in cui si è comunque pretesa dal lavoratore la prova della conformità di una tale soluzione alla razionalità nel modificare l'assetto organizzativo del lavoro⁽¹¹⁾.

Il tutto sotto l'egida dell'altrettanto in voga orientamento che ritiene assolubile da parte datoriale l'onere di cui si discorre, siccome a contenuto negativo, mediante l'allegazione del correlativo fatto positivo contrario, di cui alla sentenza Cass., sez. lavoro, 29.3.1999, n. 3030: «grava sull'imprenditore l'onere della prova tanto dell'effettività della ragioni poste a fondamento del licenziamento, quanto della impossibilità dell'impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale; l'onere probatorio relativo a tale ultimo elemento, concernendo un fatto negativo, va assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento – e per un congruo periodo – non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica».

Adesiva, sul punto, Trib. Napoli, 18.5.2007: «in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per giurisprudenza pacifica, grava sull'imprenditore l'onere della prova tanto dell'effettività della ragioni poste a fondamento del licenziamento, quanto della impossibilità dell'impiego del dipendente licenziato nell'ambito dell'organizzazione aziendale; l'onere probatorio relativo a tale ultimo elemento, concernendo un fatto negativo, va assolto mediante la dimostrazione di correlativi fatti positivi, come il fatto che i residui posti di lavoro relativi a mansioni equivalenti fossero, al tempo del recesso, stabilmente occupati, o il fatto che dopo il licenziamento – e per un congruo periodo – non sia stata effettuata alcuna assunzione nella stessa qualifica»⁽¹²⁾. Nella medesima direttrice, le risalenti Cass., 28.4.1981, n. 2586 e 15.6.1982, n. 3644, del seguente tenore: «l'onere della prova dei fatti costitutivi del diritto o di quelli modificativi, impeditivi o estintivi grava su colui che faccia valere il diritto stesso o che ne eccipisca la modificazione, l'impedimento o l'estinzione, anche se tali fatti siano negativi, comportando la loro negatività non già l'inversione dell'onere suddetto, ma soltanto che la relativa prova deve essere fornita mediante quella dei fatti positivi contrari».

3. Segue: il patto di dequalificazione e/o di demansionamento

Il citato restringimento dell'area di tutela per il lavoratore, indotto dagli orientamenti da ultimo citati è afferribile anche ponendo mente alla recente casistica portata al vaglio della sezione lavoro della S.C. con riferimento al c.d. patto di dequalificazione e/o demansionamento.

In premessa, va affermato che il formante giurisprudenziale ha ormai già da un ventennio superato la rigidità emergente dalla formulazione letterale dell'art. 2103 c.c. – in tema di mansioni del lavoratore –, stabilendo la legittimità del demansionamento

quando esso sia oggetto di apposito patto con il lavoratore, ovvero di clausola di contrattazione collettiva.

Portando, infatti, ad ulteriore ragionamento un indirizzo di fine anni '80, in Cass., sez. lavoro, 5.4.1997, n. 8596, apprendiamo che: «il disposto dell'art. 2103 c.c., che pone un limite allo *ius variandi* del datore di lavoro, offrendo una tutela contro i provvedimenti unilaterali di quest'ultimo, sancisce la nullità di ogni patto contrario, al fine di eliminare ogni possibilità di elusione del divieto di variazione *in peius* delle mansioni del lavoratore e della regolamentazione legale del trasferimento, impedendosi in tal modo con tale sanzione di nullità che attraverso l'adesione del lavoratore interessato al provvedimento unilaterale del datore di lavoro possa derogarsi al rigido meccanismo di tutela approntato dall'articolo 2103 c.c., anche per quanto riguarda il principio dell'intangibilità della retribuzione». Negli stessi termini si era già espressa la sentenza della sezione lavoro della Corte n. 6441 del 29.11.1988, con l'affermare che: «la modifica *in peius* delle mansioni del lavoratore è illegittima, salvo che sia stata disposta con il consenso del dipendente e per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione del lavoratore stesso, la cui diversa utilizzazione non contrasta, in tal caso, con l'esigenza di dignità e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma».

Ebbene, preso atto della possibilità di superare, entro i termini su descritti, le maglie dell'art. 2103 c.c., con riferimento al caso che ci occupa si è affermato che il *repêchage* non vada ricercato solo in mansioni equivalenti ma anche rispetto a quelle inferiori.

Statusce, infatti, Cass., sez. lavoro, 13.8.2008, n. 21579: «con riferimento ad un caso di licenziamento di un impiegato con conseguente assunzione di altra unità lavorativa con qualifica pure di impiegato, ma di livello inferiore, ma adibito alle medesime mansioni espletate dal lavoratore precedentemente licenziato, la prova inerente al *repêchage* va fornita rispetto anche ad una possibile dequalificazione concordata, specie se il lavoratore dimostra che tale soluzione è stata impedita da ostacoli frapposti dal datore di lavoro al patto di demansionamento, con un comportamento contrario a buona fede».

L'indirizzo di Cass., n. 21579/2008 cit. è stato oggetto di recente e puntuale ricognizione ad opera della sezione lavoro nella sentenza 18.3.2009, n. 6552⁽¹³⁾, che ha deciso in senso favorevole ad alcuni ex-lavoratori di un'impresa di navigazione un caso di licenziamento per soppressione di un'officina sociale, a loro dire impartito nonostante che dai precedenti due gradi di giudizio fosse stata provata la possibilità di reimpiego in compiti diversi da quello di addetti all'officina predetta.

Questa, secondo la Cassazione, la relazione tra obbligo di *repêchage* e dequalificazione/demansionamento: «verificatosi il caso che il datore di lavoro proceda ad un licenziamento per riduzione dell'attività lavorativa, egli deve provare il giustificato motivo oggettivo e l'impossibilità di *repêchage*, che avrà come riferimento le mansioni equivalenti a quelle espletate dal lavoratore licenziato e, se il lavoratore ha accettato la dequalificazione come *extrema ratio*, anche le mansioni inferiori». E tutto ciò, si precisa, a condizione che «il lavoratore abbia accettato le inferiori mansioni, ossia il patto di demansionamento sia intervenuto prima del licenziamento. Le condizioni le quali legittimano il licenziamento per giustificato motivo obiettivo devono sussistere ed essere verificate alla data del licenziamento stesso e non possono

⁽¹⁰⁾ Trib. Roma, 12.2.2003; conf., Trib. Salerno, 20.3.2003.

⁽¹¹⁾ Trib. Milano, 27.12.2001.

⁽¹²⁾ Annotata nel nostro *In dubio pro contractu.*, cit.

⁽¹³⁾ Consultabile in *www.adapt.it*.

consistere in fatti o manifestazioni di volontà sopravvenuti. Nel caso in cui il lavoratore abbia agito in giudizio per far valere il demansionamento, il consenso alla dequalificazione non può essere ritenuto esistente e va anzi escluso.

Sia consentito, quindi, chiudere le presenti considerazioni con il *principium iuris* di Cass., n. 6552/2009: «quando il datore di lavoro procede a licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in particolare per soppressione del reparto cui sono addetti i lavoratori licenziati, la verifica della possibilità di repêchage va fatta con riferimento a mansioni equivalenti; ove i lavoratori abbiano accettato mansioni inferiori onde evitare il licenziamento, la prova dell'impossibilità di repêchage va fornita anche con riferimento a tali mansioni; ma occorre, in quest'ultimo caso, che il patto di demansionamento sia anteriore o coevo al licenziamento, mentre esso non può scaturire da una dichiarazione del lavoratore espressa in epoca successiva al licenziamento e non accettata dal datore di lavoro, specie se il lavoratore abbia in precedenza agito in giudizio deducendo l'illegittimità dello stesso demansionamento».

Ragionando *a contrario* rispetto al *casus decisis* – si ricordi che, nella fattispecie concreta, la Corte ha accolto le doglianze dei

lavoratori per difetto della prova datoriale di repêchage –, qui viene esplicitamente affermato che il patto di demansionamento e/o dequalificazione stipulato tra le parti, se anteriore e, comunque, coevo al licenziamento, vale, per il datore, assolvimento all'obbligo di repêchage. Se posteriore, l'obbligo citato dovrà dirsi non adempiuto, e ciò mercé il principio secondo cui le motivazioni a supporto della scelta espulsiva devono sussistere al momento in cui la volontà risolutoria è manifestata e non in una visione *a posteriori* della vicenda.

Espressione di una tale esigenza proprio Cass., n. 6552/2009 nello stralcio ultimo citato, ove afferma la necessaria sussistenza e/o verificabilità delle condizioni legittimanti il licenziamento proprio alla data dello stesso, ed inoltre l'impossibilità che le stesse consistano in fatti o manifestazioni di volontà sopravvenuti.

Su tale ultimo punto si legga pure il seguente stralcio di Trib. Napoli, 18.5.2007, cit.: «la veridicità, ragionevolezza e significatività del giustificato motivo oggettivo devono essere apprezzate e giudicate, nella loro stretta attualità, al momento specifico in cui la volontà risolutoria è manifestata, *hic et nunc* e non in una visione successiva, *a posteriori* della vicenda». ■