



Numero 1/ 2024

Gionata CAVALLINI

**Il *repêchage* “in movimento”: buona fede e correttezza e  
valutazione delle posizioni vacanti  
“poco dopo” (e “poco prima”) il licenziamento**

# Il repêchage “in movimento”: buona fede e correttezza e valutazione delle posizioni vacanti “poco dopo” (e “poco prima”) il licenziamento\*

Gionata CAVALLINI

*Dottore di ricerca in diritto del lavoro, Università degli Studi di Milano, Avvocato in Milano*

**Abstract:** l’Autore approfondisce il tema del *repêchage* in una prospettiva “dinamica”, in riferimento al lasso temporale precedente e successivo il licenziamento entro cui deve esserne verificato l’assolvimento.

A partire da recenti sviluppi della giurisprudenza che hanno chiarito che il *repechage* deve essere valutato anche in relazione alle posizioni vacanti sussistenti anche in epoca anteriore e successiva al recesso, sulla scorta del rilievo dei canoni di correttezza e buona fede, il contributo esamina le conseguenze applicative che derivano dall’attribuire a tali clausole generali un valore fondativo nella costruzione giurisprudenziale dell’istituto.

## Premessa

Ringrazio gli organizzatori, in particolare il prof. FALSONE, per avermi invitato a contribuire al dibattito e non nascondo l’imbarazzo di prendere la parola dopo due “giganti” della materia dei licenziamenti per ragioni oggettive quali la mia Maestra Maria Teresa CARINCI e Luca CALCATERRA, dei quali occorre ricordare le fondamentali monografie rispettivamente del 2005<sup>1</sup> e del 2010<sup>2</sup>.

Molto si è detto, negli anni, circa l’istituto del ripescaggio, volendo tradurre il fortunato francesismo, peraltro tutto nostrano<sup>3</sup>, con cui si è soliti riferirsi all’istituto (a partire –a quanto consta– dal *Commento* di G.F. MANCINI all’art. 18 contenuto nello storico *Commentario* del 1972<sup>4</sup>).

Per parte mia, cercherò di portare una riflessione circoscritta, di carattere maggiormente pratico-operativo, ancorché non priva di risvolti teorici di più ampio respiro, che nasce dall’esperienza professionale e dal rilievo che assume la dimensione temporale nei processi riorganizzazione, a partire da una recente sentenza di legittimità che dice afferma alcune cose nuove e che ben si presta a fungere da punto di partenza.

---

\* Il contributo rappresenta uno sviluppo delle riflessioni condivise nell’ambito del webinar *I licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. L’onere di repêchage fra ius variandi e obblighi di formazione*, organizzato da Lavoro Diritti Europa con Università Ca’ Foscari, 15 giugno 2023. Si ringraziano tutti i partecipanti a tale iniziativa per i preziosi spunti forniti.

<sup>1</sup> M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 2005.

<sup>2</sup> L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, ESI, 2010.

<sup>3</sup> E infatti oltralpe si parla semmai, secondo i casi, di *reclassement* o di *adaptation* (G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, a cura di M. PEDRAZZOLI, F. Angeli, 2014, 72 ss.).

<sup>4</sup> G.F. MANCINI, *Commento all’art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli - Soc. ed. del Foro It., 1972, 259, ove riferimento espresso al *repêchage* quale misura alternativa al licenziamento, da intendersi quale «*extrema ratio*».

## **Il rilievo delle posizioni vacanti “poco dopo” il licenziamento: il principio di diritto espresso da Cass. 8 maggio 2023, n. 12132**

Prendo le mosse da Cass. 8 maggio 2023, n. 12132, inedita a quanto consta ma subito circolata tra gli addetti ai lavori anche grazie ai *social network* professionali, la quale, all’esito di una vicenda processuale articolata (che aveva già visto la riforma in cassazione di una prima sentenza della Corte d’Appello di Milano e successivo procedimento di rinvio<sup>5</sup>), ha confermato la sentenza d’appello che aveva affermato l’illegittimità, per violazione dell’obbligo di *repêchage*, di un licenziamento intimato per ragioni organizzative, sulla base del rilievo che *«al momento dell’intimazione del licenziamento ... due dipendenti che svolgevano mansioni analoghe avevano rassegnato le dimissioni con un termine di preavviso destinato a scadere in un arco temporale brevissimo dall’intimazione del licenziamento e con necessità di provvedere alla loro sostituzione»*.

Secondo la Corte, tale circostanza assume rilievo in quanto, anche se al momento del licenziamento le posizioni lavorative valutabili ai fini del *repêchage* erano tutte coperte (in disparte la *vexata quaestio* relativa all’estensione dell’obbligo a mansioni diverse e/o inferiori, oggetto dei contributi di altri interventori), buona fede e correttezza imponevano di valutare la possibilità che altre posizioni “utili” si liberassero in futuro.

La Corte enuclea quindi il seguente, inedito, principio di diritto: *«il datore di lavoro, nel valutare le possibilità di ricollocazione del lavoratore prima di procedere al suo licenziamento, de[ve] prendere in esame anche quelle posizioni lavorative che, pur ancora coperte, si renderanno disponibili in un arco temporale del tutto prossimo alla data in cui viene intimato il recesso»*, con l’ulteriore precisazione che *«Quando, come nel caso in esame, tale circostanza sia ben nota al datore di lavoro questi ne deve tenere conto diversamente risultando il suo comportamento pur formalisticamente corretto in contrasto con i principi di correttezza e buona fede»*.

Ci dice la Corte, insomma, 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 nell’istante del recesso, bensì in una prospettiva *dinamica* che apprezzi la mutevole organizzazione stabilita dal datore di lavoro nel moto costante che la caratterizza.

Il rispetto del *repêchage*, insomma, si può compiutamente valutare solo guardando tutto il “film”.

---

<sup>5</sup> Cass. 5 dicembre 2018, n. 31495, che aveva cassato con rinvio la precedente sentenza della Corte d’Appello che aveva ritenuto il licenziamento legittimo, per non avere adeguatamente approfondito in ordine alla denunciata inosservanza dell’obbligo di *repêchage*.

## Il "grande ritorno" dei principi di buona fede e correttezza

Ciò che assume un particolare rilievo nell'ambito del principio di diritto enucleato è l'esplicito e reiterato riferimento ai canoni generali della correttezza e della buona fede, che paiono costituire nell'iter logico argomentativo della decisione il principale fondamento.

Ciò peraltro non era affatto necessitato, posto che in quel caso al medesimo risultato dell'illegittimità del licenziamento si poteva pervenire verificando che quelle due posizioni resesi vacanti fossero state coperte dopo il licenziamento, tradizionale elemento che comprova la violazione dell'obbligo<sup>6</sup>.

L'accento sulle clausole generali di buona fede e correttezza in ambito di licenziamenti economico-organizzativi pare rappresentare un elemento di novità, posto che da sempre il *repêchage* è stato visto, in dottrina e in giurisprudenza, come espressione di principi e valori diversi da quelli espressi dalle regole di buona fede e correttezza che devono presiedere all'instaurazione (art. 1337 c.c.) e all'esecuzione di ogni rapporto obbligatorio (artt. 1175 e 1375 c.c.), così come all'interpretazione della relativa disciplina (art. 1362 c.c.).

E infatti il fondamento teorico del *repêchage* –in disparte la *querelle* circa la sua natura di elemento *interno* o *esterno* alla fattispecie del g.m.o.<sup>7</sup>– era stato variamente rinvenuto in parametri giuridici diversi.

Per anni la giurisprudenza<sup>8</sup>, da ultimo anche quella costituzionale<sup>9</sup>, è stata solita ricondurre il *repêchage* alla lettura tradizionale del licenziamento quale *extrema ratio*, sull'onda della ricostruzione svolta dai primi commentatori dell'art. 18 St. lav.<sup>10</sup>, mentre con maggiore sistematicità la dottrina vi aveva piuttosto scorto un riflesso del nesso di causalità che integra il g.m.o., del quale concreterebbe l'aspetto negativo<sup>11</sup> (nel senso che se sussiste una posizione vacante cui adibire il lavoratore, non sussiste un adeguato nesso causale tra la soppressione della posizione lavorativa e il recesso), ovvero, secondo una lettura alternativa, una conseguenza di un'interpretazione del contratto di lavoro che ne estende l'oggetto all'intera gamma delle mansioni equivalenti a quelle di assunzione<sup>12</sup>.

---

<sup>6</sup> E infatti è noto che l'onere datoriale di provare l'impossibilità del *repêchage*, in quanto concernente un fatto negativo, potrà essere assolto mediante la prova (presuntiva) che tutti i posti di lavoro erano stabilmente occupati al momento del licenziamento e che, dopo di esso e per un congruo periodo di tempo, non sono state effettuate assunzioni (Cass. 13 giugno 2016, n. 12101; Cass. 22 novembre 2017, n. 27792; Cass. 7 gennaio 2019, n. 192.).

<sup>7</sup> Su cui si rinvia ai contributi degli altri interventori, non senza ricordare le prese di posizioni della Corte costituzionale (Corte cost. n. 59/2021 e 125/2022).

<sup>8</sup> Molto esplicitamente, tra le più recenti, Cass. 24 giugno 2015, n. 13116, *DJ*; Cass. 29 maggio 2015, n. 11215, *ivi*; T. Pescara 22 gennaio 2016, *ivi*; T. Bari 14 marzo 2014, *ivi*.

<sup>9</sup> Corte cost. 7 aprile 2022, n. 125, secondo cui il recesso «*si configura come extrema ratio, per l'impossibilità di collocare altrove il lavoratore*».

<sup>10</sup> A partire da G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, cit., 259.

<sup>11</sup> M.T. CARINCI, *Clausole generali, certificazione e limiti al sindacato del giudice*, in *Il diritto del lavoro dopo il "Collegato"*, a cura di O. MAZZOTTA, IurisMaster, 2010, 19; F. SCARPELLI, *Giustificato motivo di recesso e divieto di licenziamento*, RIDL, 2013, II, 284. In tal senso già M. D'ANTONA, *Nota a App. Milano 7 giugno 1974*, RGL, 1974, II, 922.

<sup>12</sup> M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, F. Angeli, 1980, 311 ss., che richiamava la sistematizzazione di G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963.

In questo senso, l'enfasi sul collegamento tra *repêchage* e principi di correttezza, ancorché non del tutto inedito<sup>13</sup>, pare assai significativo anche considerato che buona fede e correttezza, quali clausole generali per antonomasia, erano da molti anni in buona parte usciti per così dire dall'"armamentario" della giurisprudenza del lavoro, molto attenta (forse troppo) a non esorbitare in sindacati discrezionali o di merito sulle scelte organizzative del datore di lavoro, ritenute insindacabili in considerazione di precisi limiti ordinamentali, a maggior ragione dopo che l'art. 30 della l. 183/2010 aveva espressamente previsto che «*in tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c. ... contengano clausole generali ... il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro*».

Non è un caso che gli studi specificamente destinati alle applicazioni lavoristiche dei principi di buona fede e correttezza siano effettivamente ormai piuttosto datati (ancorché, a ben vedere, ancora estremamente attuali) e già consapevoli della crescente "diffidenza" verso tali clausole generali<sup>14</sup>, richiamate in giurisprudenza spesso solo incidentalmente e *ad adiuvandum*<sup>15</sup>, secondo una linea di tendenza che negli anni a seguire avrebbe segnato il progressivo "irrigidimento" dell'ordinamento lavoristico e lo sfavore verso le norme "aperte"<sup>16</sup>, che nella stagione del *Jobs Act* avrebbe poi raggiunto il suo apice.

Del resto, la *vulgata* tra gli addetti ai lavori notoriamente non vede di buon occhio le tesi difensive che facciano leva su pretese violazioni dei canoni buona fede e correttezza, considerate spesso e volentieri il *refugium peccatorum* di chi sia privo di migliori argomenti.

Ancora attualissime, sul punto, le considerazioni di chi aveva lucidamente osservato oltre mezzo secolo addietro che «*Chi abbia esperienza giudiziale del diritto sa che non esiste, praticamente, decisione il cui risultato precettivo sia stato determinato dai criteri di buona fede, correttezza, diligenza, i quali vengono solo incidentalmente richiamati, talora quasi a finale conforto di una soluzione formalisticamente argomentata, e senza consapevolezza che quei principi o clausole generali non hanno senso alcuno se non vengono puntualmente riempiti di un loro peculiare contenuto, commisurato alla realtà del particolare momento storico*»<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> Nel senso che il *repêchage* deve essere valutato «*alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede*» v. già Cass., SS.UU., 7 agosto 1998, n. 7755; nel senso che l'adibizione a mansioni inferiori va considerata in «*attuazione del principio di correttezza e buona fede*» v. Cass. 9 novembre 2016, n. 22798; Cass. 8 marzo 2016, n. 4509; Cass. 19 novembre 2015, n. 23698; App. Roma 12 marzo 2018, n. 842.

<sup>14</sup> L. CASTELVETRI, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenza e proposte dottrinali*, in DRI, 2001, n. 2, p. 237 ss.; C. SALA, *Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle sentenze più significative dell'ultimo decennio*, *ivi*, p. 249 ss.; A. PERULLI, *La buona fede nel diritto del lavoro*, in RGL, 2002, I, 3 ss.

<sup>15</sup> Già P. TULLINI, *Buona fede e correttezza nell'amministrazione del rapporto di lavoro*, in RTDPC, 1987, p. 870, evidenziava come «*appare prevalente il ricorso dei giudici al principio della buona fede come argomento ad adiuvandum, rispetto ai reali criteri d'analisi e di risoluzione delle controversie*».

<sup>16</sup> AIDLASS, *Clausole generali e diritto del lavoro. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro di Roma, 29-30 maggio 2014*, Giuffrè, Milano, 2015.

<sup>17</sup> Così N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica. Riflessioni sul metodo*, anche in *Studi in onore di Francesco Santoro Passarelli*, Napoli, Jovene, 1972, III, p. 127 ss.

## **La valorizzazione dei principi di buona fede e correttezza nelle tendenze dell'ordinamento: il *repêchage* come espressione del principio di conservazione del contratto.**

Parrebbe quindi a chi scrive che la giurisprudenza di legittimità inviti oggi l'interprete a un maggiore apprezzamento dei principi generali di buona fede e correttezza, anche a fronte di un «comportamento pur formalisticamente corretto».

In punto di *repêchage*, ne deriva che esso diventa qualcosa di più che (solo) una semplice verifica della congruità del nesso causale tra soppressione della posizione e licenziamento, configurando piuttosto (anche) un onere di collaborazione del creditore della prestazione lavorativa, che prima di interrompere il rapporto dovrà verificare se tale prestazione sia davvero *inutile* o se non possa invece essere utilmente spesa, con gli opportuni adattamenti, nell'ambito della propria mutevole organizzazione, pure insindacabilmente definita dall'imprenditore.

Il *repêchage* si colloca così nella prospettiva della *modificazione conservativa* del rapporto contrattuale, in maniera non dissimile da quanto l'ordinamento civile predilige, in generale, nei casi di sopravvenienze che impattino sul vincolo obbligatorio legittimandone la risoluzione: vale a dire gli istituti dell'impossibilità e dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (istituti non a caso richiamati sin dal titolo di uno dei lavori monografici in materia di licenziamenti per ragioni oggettive<sup>18</sup>), che prevedono tuttavia meccanismi di conservazione (si pensi alla riduzione ad equità prevista dall'art. 1467 c.c.).

In questo senso, l'orientamento si ricollega alle evoluzioni della civilistica contemporanea che, tanto più a fronte degli eventi eccezionali del 2020, proprio sulla scorta di una valorizzazione dei canoni di correttezza e buona fede è arrivata a rivoluzionare il diritto dei contratti, arrivando a configurare inediti obblighi di rinegoziazione, quale meccanismo di gestione delle sopravvenienze privilegiato rispetto ai rimedi risolutivi pure espressamente previsti dall'ordinamento<sup>19</sup>.

In questo senso, anche l'aspetto che ci occupa pare rappresentare un ulteriore tassello di quel processo evolutivo che ha visto la civilistica "appropriarsi" degli strumenti di tutela del contraente debole tipici del diritto del lavoro delle origini, che oggi possono tornare a un diritto del lavoro che gli anni hanno irrigidito grazie agli sviluppi di un diritto civile ormai di "nuova" generazione<sup>20</sup>.

Ma se davvero il *repêchage* è (anche) espressione degli obblighi di collaborazione che trovano fondamento nei canoni generali della correttezza e della buona fede e del principio di conservazione del contratto, ne derivano una serie di conseguenze quanto alla concreta operatività dell'istituto.

---

<sup>18</sup> L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento tra impossibilità sopravvenuta e eccessiva onerosità*, ESI, 2010.

<sup>19</sup> Da vero e proprio "apripista" ha funto la nota relazione dell'UFFICIO DEL MASSIMARIO della Cassazione n. 56/2020, "Novità normative sostanziali del diritto "emergenziale" anti-Covid 19 in ambito contrattuale e concorsuale", in punto di «Principio di conservazione del contratto» e di «Rinegoziazione del contratto squilibrato».

<sup>20</sup> Il tema è complesso e –almeno per chi scrive– a tratti affascinante. Per un primo inquadramento della tematica v. almeno L. NOGLER, *(Ri)scoprire le radici giuslavoristiche del 'nuovo' diritto civile*, in EDP, 2013, n. 4, p. 959 ss.; P. ICHINO, *Il percorso tortuoso del diritto del lavoro tra emancipazione dal diritto civile e ritorno al diritto civile*, in RIDL, 2012, I, p. 59 ss.

### **Primo corollario: l'estensione dell'obbligo e la necessità di declinare il *repêchage* al plurale.**

Il primo corollario è che il rilievo dei canoni di correttezza e buona fede nella valutazione del *repêchage* fornisce ulteriori argomenti a supporto degli orientamenti, emerse in dottrina e in giurisprudenza, che hanno progressivamente esteso l'ambito del *repêchage*, dapprima – e sulla base di un percorso frastagliato che ha risentito della riscrittura dell'art. 2103 c.c.– alle mansioni inferiori<sup>21</sup>, arrivando poi a configurare l'obbligo di predisporre un percorso formativo in vista dell'adibizione a mansioni di contenuto professionale diverso e non immediatamente fungibile<sup>22</sup>, e quello di offrire un reimpiego mediante diverse tipologie contrattuali<sup>23</sup>, il tutto con una valutazione da effettuarsi su tutte le sedi dell'attività aziendale<sup>24</sup> e su tutte le società del gruppo caratterizzato da unicità d'impresa<sup>25</sup>, con il (solo) limite di non costringere il datore di lavoro a modificare la propria organizzazione per creare una posizione di lavoro alternativa.

A fronte di un effettivo e innegabile ampliamento della posizione debitoria del datore di lavoro, si potrebbe rilevare che ormai quando si parla di ripescaggio si allude in realtà a due aspetti concettualmente diversi, potendosi distinguere tra il *repêchage* a posizioni vacanti relative a mansioni di contenuto professionale compatibile – che rappresenta semplicemente un riflesso del nesso causale e che non impone alcun obbligo ulteriore al datore di lavoro– e un *repêchage* in senso più ampio, che, anche attraverso la portata integratrice dei principi di buona fede e correttezza conduce alla configurazione di ulteriori e diversi obblighi sostanziali a carico del datore di lavoro.

Si tratta del resto di una distinzione conosciuta all'ordinamento francese, che conosce sia il *reclassement* alle mansioni equivalenti, il cui inadempimento indica l'assenza della *cause réelle et sérieuse* richiesta dalla legge, sia l'*adaptation*, che esprime l'ulteriore obbligo datoriale di adoperarsi per consentire il reimpiego in una posizione diversa<sup>26</sup>.

In tale prospettiva, l'indistinto utilizzo dei termini “obbligo” e “onere”, in riferimento al *repêchage*, riflette il fatto che mentre il *repêchage* del primo tipo, quale corollario delle ragioni organizzative, si limita in effetti a integrare un *onere* probatorio (inerente al nesso di causalità), il

---

<sup>21</sup> A partire da Cass., S.U. 7 agosto 1998, n. 7755, *RIDL*, 1999, II, 170, nt. PERA, in materia però di sopravvenuta infermità permanente. In riferimento al licenziamento per soppressione del posto, prima del Jobs Act. Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, *RIDL*, 2009, 3, II, 664, nt. VARVA, Cass. 15 maggio 2012, n. 7515, *RIDL*, 2013, II, 67, nt. FALSONE. Degli influssi della riscrittura del Jobs Act tratteranno gli altri inventori, potendocisi qui limitare a segnalare come la giurisprudenza di merito ne abbia tratto l'estensione dell'obbligo alle mansioni inferiori (*ex multis* App. Roma 12 marzo 2018, n. 842; Trib. Trento 18 dicembre 2017).

<sup>22</sup> Cass. 14 novembre 2011, n. 23807, *ADL*, 2012, 1018, nt. BONACCI; *contra* tuttavia Cass. 11 marzo 2013, n. 5963, *FI*, 2013, 5, I, 1502.

<sup>23</sup> In riferimento al *part-time*, Cass. 16 marzo 2007, n. 6229, *L.G.*, 2007, 8, 790, nt. MANNACIO, nonché, per *obiter dicta*, Cass. 6 luglio 2012, n. 11402, *MGL*, 2012, 876, che precisa che la soluzione è ammessa nella misura in cui non comporti una «indebita alterazione dell'organizzazione produttiva». V. tuttavia T. Bologna 19 novembre 2012, *RIDL*, 2013, II, 271, nt. SCARPELLI e nt. ICHINO, che giunge a giudicare il rifiuto dell'offerta il motivo illecito del successivo licenziamento.

<sup>24</sup> Per tutte, Cass. 16 maggio 2003, n. 7717, *GC*, 2004, 416, nt. POSO.

<sup>25</sup> Per tutte, Cass. 16 maggio 2014, n. 798, *RGL*, 2014, II, 260, nt. AIELLO.

<sup>26</sup> Art. L. 1233-4 *Code du travail*. Sul punto G. CENTAMORE, *I licenziamenti in Francia*, cit., p. 72 ss.

*repêchage* del secondo concretizza, accanto agli oneri probatori, anche veri e propri *obblighi* sostanziali ulteriori.

Finiscono insomma, con buona pace di chi si duole di “licenziamenti impossibili”<sup>27</sup>, per tornare attuali le parole di chi ammoniva –con formula che pure oggi nessuno oserebbe seriamente predicare avanti a un Giudice del Lavoro– che «è *legittimo (valido) il solo licenziamento non socialmente inopportuno, il licenziamento che residua alle misure –repêchage, corsi di addestramento, tecniche di ristrutturazione del lavoro– in cui si concreta la socialità della politica imprenditoriale: in una parola, il licenziamento extrema ratio*»<sup>28</sup>.

### **Secondo corollario: le posizioni vacanti “poco prima” il recesso.**

Dall’affermazione del principio per cui il datore di lavoro deve prendere in esame anche le posizioni lavorative che, “pur ancora coperte”, si renderanno disponibili “poco dopo” il licenziamento, deriva, ad avviso di chi scrive, la necessità di ritenere che nella valutazione del *repêchage* debbano essere prese in considerazione –specularmente– anche le posizioni che “pur già coperte”, fossero disponibili “poco prima” il licenziamento.

In altri termini, risulterà illegittimo per violazione dell’obbligo di *repêchage* un recesso intimato *poco dopo* la copertura, mediante nuove assunzioni, di posti che avrebbero potuto essere ricoperti dal lavoratore (successivamente) licenziato.

La considerazione merita in realtà un distinguo, occorrendo differenziare l’ipotesi in cui la riorganizzazione che ha determinato la soppressione della posizione lavorativa fosse conosciuta o conoscibile nel momento in cui si è provveduto a effettuare le nuove assunzioni, dal caso in cui tale riorganizzazione si collochi in un momento successivo.

Nel primo caso, sulla falsariga del principio di diritto affermato dalla cassazione, si realizza ad avviso di chi scrive una fattispecie per cui il comportamento del datore di lavoro «*pur formalisticamente corretto*» si pone in contrasto con i principi di correttezza e buona fede: il licenziamento era evitabile, in quanto il lavoratore licenziato ben avrebbe potuto essere rioccupato, circostanza nota al datore di lavoro.

Ovviamente in questo caso il carattere della “conoscenza e/o conoscibilità” non attiene a un piano psicologico-individuale, bensì a un piano organizzativo-collettivo: una buona organizzazione è quella che, in una prospettiva di salvaguardia dei *fini sociali* (art. 42 Cost.) dell’iniziativa economica privata, adotta modelli che consentano di salvaguardare la continuità occupazionale dei propri addetti, compatibilmente con l’assetto organizzativo insindacabilmente adottato dall’imprenditore.

---

<sup>27</sup> C. PISANI, *Il licenziamento «impossibile»*, MGL, 2009, 3, 162.

<sup>28</sup> G.F. MANCINI, *Commento all’art. 18*, cit., 259.

Diverso è il caso in cui la riorganizzazione, per quanto di poco successiva alla copertura di posizioni vacanti mediante nuove assunzioni, non potesse dirsi in precedenza conosciuta né conoscibile.

Qui ad avviso di chi scrive il rilievo dei principi di correttezza e buona fede si dovrebbe esplicitare su un piano diverso, imponendo sostanzialmente di applicare lo standard anglosassone del *last in, first out*, che nell'ordinamento nazionale trova espresso riconoscimento, nella disciplina dei licenziamenti collettivi, nella valorizzazione del criterio di scelta dell'anzianità di servizio (art. 5, l. 223/1991), che attraverso il tramite proprio dei principi di buona fede e correttezza trova spazio anche in alcuni casi di licenziamenti individuali per g.m.o.

E infatti, nei casi di sussistenza di una pluralità di posizioni fungibili all'interno del complesso aziendale, secondo la giurisprudenza non è sufficiente l'accertamento dell'effettività della riorganizzazione e della soppressione della posizione, dovendosi giustificare l'individuazione del lavoratore licenziato sulla base di criteri trasparenti e non arbitrari, che possono individuarsi sulla base dell'applicazione analogica dei criteri di scelta di cui all'art. 5 l. 223/1991<sup>29</sup>, ovvero sulla base della loro applicazione mediata attraverso il tramite delle clausole generali di correttezza e buona fede<sup>30</sup>.

In tal caso, tuttavia, la violazione non condurrebbe, secondo le ultime indicazioni della giurisprudenza costituzionale, all'applicazione della tutela reintegratoria, non trattandosi di una vera e propria violazione dell'obbligo di *repêchage*<sup>31</sup>.

### **Terzo corollario: il *repêchage* nel licenziamento dirigenziale.**

Un ulteriore effetto della rilettura del *repêchage* quale espressione dei canoni generali della correttezza e della buona fede si riverbera, ad avviso di chi scrive, sui principi in materia di licenziamento dirigenziale.

È noto infatti che, per giurisprudenza consolidata l'istituto non si applica al lavoro dirigenziale: *«in caso di licenziamento del dirigente d'azienda per esigenze di ristrutturazione aziendale è esclusa la possibilità del repêchage in quanto incompatibile con la posizione dirigenziale del lavoratore, assistita da un regime di libera recedibilità del datore di lavoro»*<sup>32</sup>, e ciò a meno che, secondo una certa lettura, la lettera di licenziamento motivi espressamente il recesso anche in relazione all'impossibilità di ricollocare altrove il dirigente<sup>33</sup>.

<sup>29</sup> Così ad esempio Cass. 8 luglio 2016 n. 14021; Cass. 11 giugno 2004 n. 11124.

<sup>30</sup> Cass. 10 agosto 2016 n. 16897; Cass. 21 dicembre 2001 n. 16144; Cass. 9 maggio 2002 n. 6667, secondo cui la norma dell'art. 5 l. 223/1991 è idonea ad individuare uno "standard particolarmente idoneo" di equità sociale

<sup>31</sup> Corte cost. 7 aprile 2022, n. 125, secondo cui «Rientrano nell'area della tutela indennitaria le ipotesi in cui il licenziamento è illegittimo per aspetti che, pur condizionando la legittimità del licenziamento, esulano dal fatto giuridicamente rilevante, inteso in senso stretto. In tale ambito si colloca il mancato rispetto della buona fede e della correttezza che presiedono alla scelta dei lavoratori da licenziare, quando questi appartengono a personale omogeneo e fungibile (Corte di cassazione, sezione lavoro, sentenza 19 maggio 2021, n. 13643)».

<sup>32</sup> Da ultimo Cass. 31 gennaio 2023, n. 2895; Cass. 19 gennaio 2023, n. 1581, che aggiunge che al licenziamento del dirigente «non si accompagna un obbligo per il datore di lavoro di verificare l'esistenza in azienda di altre posizioni utili presso cui ricollocarlo. Tale eventualità è inconciliabile con la stessa posizione dirigenziale del lavoratore». In termini Cass. 11 febbraio 2013, n. 317.

<sup>33</sup> In questo senso sembrerebbe porsi, sia pure incidentalmente, Cass. 3 agosto 2023, n. 23702, ma il principio è controverso, v. Cass. 31 gennaio 2023, n. 2895 secondo cui «non è stato affermato l'ulteriore principio che l'impossibilità del repêchage,

E infatti, per le note ragioni che non è certo questa la sede per approfondire, è noto che la *giustificatazza* del licenziamento dirigenziale è cosa ben diversa dal *giustificato motivo* di cui alla l. 604/1966 che da sempre esclude (art. 10) i dirigenti dal suo ambito di applicazione soggettivo.

Nondimeno, non si può non rilevare che la nozione di *giustificatazza*, concetto invero sfuggente solo richiamato dai contratti collettivi dirigenziali ai fini dell'attribuzione dell'indennità supplementare, è stata ricostruita proprio sulla falsariga del criterio fondamentale del rispetto dei canoni della correttezza e della buona fede nell'esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.), affermandosi ripetutamente che «*Il licenziamento ingiustificato del dirigente si verifica tutte le volte in cui il datore di lavoro eserciti il proprio diritto di recesso violando il principio fondamentale di buona fede che presiede all'esecuzione dei contratti (art. 1375 c.c.)*»<sup>34</sup>.

Senonché, una volta che il *repêchage* viene a essere ricollegato proprio ai canoni di correttezza e buona fede, diventa assai più difficile affermare che al licenziamento dirigenziale non si accompagni alcun obbligo di ripescaggio, faticandosi in particolare a ritenere che in presenza di una evidente possibilità di ricollocazione del dirigente, il datore di lavoro non sia tenuto, in adempimento degli obblighi di correttezza e buona fede, a considerare la possibilità di consentire tale ricollocazione ovvero, in caso di esito negativo di tale valutazione, a esplicitare le ragioni che non la rendono praticabile.

In effetti, pur volendo salvare l'affermazione giurisprudenziale dell'inapplicabilità al lavoro dirigenziale del *repêchage*, non si può escludere che almeno in taluni casi, la mancata valutazione dell'evidente possibilità di utile ricollocazione del dirigente licenziando non integri una violazione di quei principi di correttezza e buona fede che presiedono alla verifica della giustificatazza del recesso, ovviamente a mente della disciplina contrattual-collettiva applicabile e con le conseguenze (meramente indennitarie) in essa previste.

### **Conclusioni: chi ha paura delle clausole generali?**

L'esame del "micro-argomento" prescelto costringe infine chi scrive ad abbandonare il sano proposito di non esorbitare dal tema e a svolgere in conclusione una riflessione circa le potenzialità e i rischi insiti nell'utilizzo delle clausole generali, quali certamente sono buona fede e correttezza, nella regolamentazione del rapporto di lavoro.

Dal dibattito scaturito anche in occasione della tavola rotonda e dai confronti con amici e colleghi, non mancano le voci di chi si pone, vuoi in termini interpretativi vuoi in una prospettiva di politica del diritto, in una posizione assai critica verso letture estensive del *repêchage* e, più in generale, verso le incertezze derivanti dall'utilizzo di clausole generali quali limiti esterni all'iniziativa economica privata.

---

allorquando richiamata nella motivazione dell'atto espulsivo, diventi ... requisito di giustificatazza del licenziamento intimato al dirigente»,

<sup>34</sup> Così, a partire da Cass. 14 maggio 1993, n. 5531, anche Cass. 13 marzo 1998, n. 2761; Cass. 21 marzo 1998, n. 3000; Cass. 1 giugno 2005, n. 11691.

Naturalmente è ben legittimo dissentire dalla valutazione relativa all’opportunità che il diritto del lavoro si affidi a clausole generali, e anzi il legislatore politico, per una lunga stagione, ha indirizzato i propri interventi verso la compressione degli spazi di discrezionalità dell’interprete, anche sull’onda di pur comprensibili e in parte condivisibili richieste di maggior certezza da parte degli operatori economici.

Nondimeno, nella valutazione di opportunità circa gli spazi di manovra che debbano essere concessi all’interprete (e, in ultima istanza, al Giudicante), residua il dilemma di fondo – carico di respiro politico– se il diritto debba essere (anche) strumento di trasformazione della realtà.

Il diritto del lavoro è stato, storicamente, veicolo di prodigiose trasformazioni che hanno modificato la società –ad avviso di chi scrive in senso *progressivo*, per mutuare il noto riferimento kantiano– e ciò anche per la volontà dei suoi interpreti, che hanno saputo utilizzare le clausole generali per realizzare «un’apertura verso le nuove esigenze di una società in trasformazione [...] e [...] l’ingresso nel sistema giuridico di contenuti meta giuridici»<sup>35</sup>.

L’evoluzione del diritto vivente, in questo senso, richiede la presenza di clausole generali, purché accompagnate da parte degli interpreti un sufficiente grado di buona volontà, di coraggio e, perché no, di fantasia, affinché quelle clausole generali siano riempite di contenuto, e rapportate alle specificità di ciascun caso concreto.

Certo si introducono così nel sistema degli elementi di incertezza, non tali tuttavia, ad avviso di chi scrive, da rendere preferibile un’applicazione piana e formalistica delle norme, tale da trasformare il giudice in mero funzionario.

Del resto a chi lamenti la sussistenza di eccessivi margini di incertezza vale la pena di ricordare che alcuni dei sistemi giuridici più evoluti e raffinati del mondo, da qualche secolo a questa parte, non hanno timore di affidare le decisioni più delicate all’imprevedibile pronunciamento di non più di una dozzina di liberi cittadini, del tutto privi di nozioni giuridiche ed estratti a caso.

---

<sup>35</sup> G. LOY, *Diritto del lavoro e nozioni a contenuto variabile*, in AIDLASS, *Clausole generali e diritto del lavoro*, cit., p. 6.