

LAW AND LEGAL INSTITUTIONS

Monografie/Collettanee – 23

Gianluca Giampà

**Motivo oggettivo
di licenziamento e *repêchage***



G. Giappichelli Editore

Indice

	<i>pag.</i>
<i>Premessa</i>	IX

Capitolo 1 *Il fondamento giuridico del repêchage*

1. L'origine del <i>repêchage</i>	1
2. Le tesi sul fondamento giuridico del <i>repêchage</i> . La derivazione dalla teoria del licenziamento come <i>extrema ratio</i> . Critica	12
3. <i>Segue</i> . Il <i>repêchage</i> quale obbligo derivante dall'art. 2103 c.c. Critica e rinvio	24
4. <i>Segue</i> . Il fondamento del <i>repêchage</i> e le norme sul contratto in generale	31
5. <i>Segue</i> . Il <i>repêchage</i> radicato nel giustificato motivo oggettivo	37
6. Conseguenze dell'identificazione del fondamento del <i>repêchage</i> nel giustificato motivo oggettivo. Rinvio	44
7. Oneri analoghi al <i>repêchage</i> negli ordinamenti di alcuni Paesi europei. Prospettive di positivizzazione	51

Capitolo 2 *I limiti del repêchage*

1. L'estensione del <i>repêchage</i> e l'art. 2103 c.c. prima della riforma del 2015	63
2. L'estensione del <i>repêchage</i> e l'art. 2103 c.c. nel testo vigente	77
3. <i>Segue</i> . <i>Repêchage</i> e accordo di modifica delle mansioni	89
4. I limiti esterni. <i>Repêchage</i> e formazione del lavoratore	97
5. <i>Segue</i> . <i>Repêchage</i> e altre modifiche del contratto di lavoro	110
6. <i>Repêchage</i> e altre ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni diverse	117

	<i>pag.</i>
7. <i>Repêchage</i> e accomodamenti ragionevoli	127
8. I limiti spaziali del <i>repêchage</i> . Il <i>repêchage</i> nelle imprese “collegate”	134
9. Il limite dell’applicazione dell’art. 3, l. n. 604/1966. <i>Repêchage</i> , licenziamenti collettivi e licenziamenti <i>ad nutum</i>	140

Capitolo 3

La prova dell’adempimento del repêchage

1. La distribuzione dell’onere della prova del <i>repêchage</i>	149
2. I fatti alla base della prova dell’adempimento del <i>repêchage</i>	162
3. <i>Segue</i> . Prova del <i>repêchage</i> e assunzione di altri lavoratori	166
4. <i>Segue</i> . Prova del <i>repêchage</i> , idoneità professionale e formazione del lavoratore	168

Capitolo 4

Le sanzioni contro l’inadempimento del repêchage

1. Le discipline procedurali del licenziamento e il fondamento del <i>repêchage</i>	179
2. Le conseguenze sanzionatorie dell’inadempimento. La disciplina applicabile ai lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015	185
3. <i>Segue</i> . La disciplina applicabile ai lavoratori assunti dal 7 marzo 2015	207
4. Le discipline sanzionatorie dei licenziamenti intimati per inidoneità o disabilità psicofisica	217
5. Le sanzioni contro l’inadempimento dell’obbligo di garantire gli accomodamenti ragionevoli	223

<i>Conclusioni</i>	229
--------------------	-----

<i>Bibliografia</i>	235
---------------------	-----

Premessa

La materia dei requisiti di legittimità del licenziamento rappresenta uno dei nuclei fondanti della regolazione dei rapporti di lavoro subordinato. Le tutele approntate dall'ordinamento in caso di violazione delle norme limitative del potere di recesso possono essere annoverate tra le colonne portanti dell'intero edificio del diritto del lavoro, inteso nella sua funzione originaria di protezione degli interessi della parte debole del rapporto¹.

Alla luce di queste considerazioni, si spiega perché il tema oggetto di quest'opera sia tra i più dibattuti nell'ambito degli studi in materia. Il *repêchage*, ossia l'onere datoriale di adibire il lavoratore ad altre mansioni anziché licenziarlo, è continuamente sottoposto a rivisitazioni, riflessioni e commenti che provengono dalla giurisprudenza, dalla dottrina e, in generale, dagli operatori del settore.

L'ampia rilevanza pratica delle questioni che riguardano l'onere datoriale ha portato a un dibattito vivacissimo, che però sconta una naturale carenza di organicità. Questa caratteristica si spiega in ragione della diffusa opinione, invero poco condivisibile, per la quale il *repêchage* è una fattispecie senza norma, strutturalmente destinata all'indeterminatezza e, per questo motivo, da controllare o limitare nell'applicazione pratica sulla base di un giudizio di equità.

Non è possibile però, a mio avviso, che il compito dell'interprete sia limitato alla ricerca di un funambolico equilibrio tra i diversi interessi che sono implicati nella disciplina limitativa del potere di recesso. Se il *repêchage* esiste, come sembra ormai pacificamente ammesso, deve necessariamente appoggiarsi su una norma che lo fondi. Una volta che tale fondamento è rintracciato nell'ordinamento, il terreno per la ricerca sul tema, da arido, può diventare improvvisamente fertile. In altri termini, potrà essere possibile rispondere, sulla base di argomenti logico-giuridici, alle diverse questioni irrisolte che ruotano intorno all'onere datoriale, senza doversi rassegnare all'idea che

¹ SANTORO-PASSARELLI G., *La funzione del diritto del lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3, 2018, 339 ss.

l'interprete possa solo ricercare un bilanciamento equo, anche se non giuridicamente fondato.

In questa prospettiva intendo articolare la mia ricerca, muovendo dall'individuazione del fondamento giuridico del *repêchage* (Cap. 1) per giungere a delle conclusioni coerenti in materia di ampiezza dell'onere datoriale (Cap. 2), disciplina probatoria (Cap. 3) e disciplina sanzionatoria in conseguenza della sua violazione (Cap. 4).

Questo programma di sistematizzazione si scontra indubbiamente con le difficoltà derivanti dall'assenza di riferimenti normativi espressi e dalla assoluta disorganicità degli orientamenti giurisprudenziali in materia. Per questo motivo, la ricostruzione teorica si dovrà imprescindibilmente confrontare, lungo il corso di tutta l'opera, con le vicende applicative del *repêchage* degli ultimi decenni.

Nel merito, si tenterà di rintracciare il fondamento dell'onere datoriale, nell'ambito del primo capitolo, attraverso un'analisi che si articolerà in diverse fasi. Dapprima, si proporrà una ricostruzione critica dell'origine del *repêchage* nell'ordinamento italiano, a partire dalla sua rilevanza nelle prime discipline contrattual-collettive della giustificazione del licenziamento, fino ad arrivare alle prime sentenze di merito e di legittimità che lo hanno identificato in relazione alla fattispecie del giustificato motivo oggettivo di cui all'art. 3, l. n. 604/1966. Una simile indagine non è da considerarsi, a mio avviso, un mero esercizio di archeologia giuridica. Al contrario, i risultati di questa ricerca avranno delle conseguenze rilevanti sull'identificazione del fondamento del *repêchage*, atteso che la piena comprensione della natura e della funzione di una norma può ben derivare da un'interpretazione informata dal punto di vista storico-giuridico, che miri alla ricostruzione tipologica della realtà².

In seguito, saranno prese in considerazione le diverse tesi che, nel corso dei decenni, si sono formate con riferimento al fondamento positivo del *repêchage*. Oggetto di particolare attenzione sarà la teoria dell'*extrema ratio*, alla base, a mio avviso, di un rilevante fraintendimento di fondo circa la natura del *repêchage*, che ha poi influenzato il dibattito successivo, deviandolo dalla soluzione più coerente con l'origine storica dell'onere.

Infine, dopo aver espresso una precisa opzione per l'identificazione del fondamento del *repêchage* nell'art. 3, l. n. 604/1966, saranno analizzate, in chiave comparatistica, le discipline dei licenziamenti per motivi oggettivi di

² ASCARELLI T., *Norma giuridica e realtà sociale*, in *Dir. ec.*, 1955, ora in *Problemi giuridici*, I, Giuffrè, 1959, 72.

alcuni Paesi europei nelle quali è positivamente un onere assimilabile a quello di *repêchage*. Questa indagine consentirà di ragionare sulle diverse articolazioni che può assumere la fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento nel rapporto con l'onere di ricollocare *aliunde* il lavoratore.

I capitoli successivi, rispetto ai quali non è necessario anticipare molto, muovono dai risultati della ricerca svolta nel primo capitolo e provano a trarne conseguenze coerenti. Alcune delle questioni che saranno trattate sono rimaste spesso isolate nell'attività degli interpreti, come se potessero prescindere dall'individuazione della natura del *repêchage*. Si ritiene invece, coerentemente con l'impostazione metodologica dell'opera, che le risposte a questioni molto dibattute, quali l'ampiezza dell'onere datoriale o le conseguenze sanzionatorie del suo inadempimento, debbano necessariamente muovere dalla consapevolezza della posizione del *repêchage* nel sistema regolativo dei licenziamenti. Non si potrebbe invece, seguendo un percorso contrario, partire dai risultati interpretativi relativi a queste questioni, secondarie dal punto di vista logico-giuridico, per approdare a delle conclusioni soddisfacenti sul fondamento del *repêchage*.

L'opera si articolerà quindi secondo questa prospettiva e non mancherà, d'altra parte, di considerare, riconducendole alle diverse aree di analisi, anche le più specifiche questioni applicative emerse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale.

Nella piena consapevolezza della difficoltà di portare a sistema un tema tanto disorganico quanto rilevante nel diritto dei rapporti di lavoro, non posso che augurarmi di poter offrire un'analisi delle diverse questioni internamente coerente e giuridicamente fondata.