



Numero 1 / 2025

Chiara TOMIOLA

**Il *repêchage* dopo Corte costituzionale n. 128/2024:
quali prospettive?**

Il *repêchage* dopo Corte costituzionale n. 128/2024: quali prospettive?¹

Chiara TOMIOLA

Docente a contratto di diritto sindacale e dottoressa di ricerca in diritto del lavoro, Università degli Studi di Padova, Avvocata del foro di Padova

Abstract. L'Autore, alla luce di Corte costituzionale n. 128/2024 e del diritto vivente della Corte di Cassazione, si interroga sulle attuali prospettive in termini di configurazione del *repêchage*, all'interno o all'esterno del fatto posto a base del licenziamento, e prospetta un'opzione interpretativa che possa garantire una nozione unitaria di fatto a prescindere dalla normativa di tutela applicabile.

In light of Constitutional Court decision no. 128/2024 and the living law of the Supreme Court, the Author examines the current perspectives regarding the configuration of repêchage, both within and outside the fact underlying the dismissal, and proposes an interpretative option that could ensure a unified notion of fact, regardless of the applicable protection regulations.

1. Introduzione. Corte costituzionale n. 128/2024. In particolare, il *repêchage*.

1.1. La Corte costituzionale con la sentenza n. 128 del 16 luglio 2024², di natura additiva, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, co. 2, del d.lgs. n. 23/2015, in riferimento agli art. 3, 4 e 35 Cost., nella parte in cui non prevede che la tutela reintegratoria cd. attenuata si applichi anche al licenziamento per giustificato motivo oggettivo per il quale, come per il licenziamento disciplinare, sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale. La Corte, quindi, ha creato una nuova norma eguagliatrice, sul presupposto che la regola della causalità, attuata nel nostro ordinamento dall'art. 1 della l. n. 604/1966 ed espressione della più generale tutela del lavoro in tutte le sue forme e applicazioni (art. 35 Cost.) e del diritto al lavoro (art. 4 Cost.) comporti che l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, a prescindere dalla qualificazione data dal datore di lavoro, denota «*il contrasto più stridente con il principio di necessaria giustificazione del recesso del datore di lavoro*», con conseguente irragionevolezza

¹ Il presente contributo costituisce la rielaborazione dell'intervento all'Instant Speech *Repêchage, formazione e licenziamento dopo Corte cost. n. 128 del 2024*, svoltosi il 12 dicembre 2024 in modalità on line ed organizzato dal Centro Nazionale Studi di Diritto del Lavoro Domenico Napoletano, Sezione Veneto, con il patrocinio dell'Università degli Studi di Padova, dell'Ordine degli Avvocati di Padova e dell'associazione AIDLASS Forense.

² In dottrina, C. Cester, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024 della Corte costituzionale: il ritorno (moderato) della tutela reale*, in ADL, 2024; P. Ichino, *Appunti sulla riforma dei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo*, in RIDL, 2024, 3, pp. 399 ss.; A. Riccobono, *La tutela reale e la coperta corta. Note a margine di Corte cost. n. 128/2024*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 468/2024; P. Tosi, *Storia di una "anomala" Riforma delle Riforme in materia di licenziamenti tra Consulta e Suprema Corte*, in DRI, 2024, 4, pp. 1039 ss., M.T. Carinci, *Licenziamento per fatto materiale insussistente nel jobs act: la Corte costituzionale orienta o disorienta il sistema? Una prima analisi di C.cost. 128 e 129/2024*, in RIDL, 2024, 3, 365; A. Tursi, *L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto e l'irrelevanza del repêchage ai fini della reintegrazione*, DRI, 2024, 4, pp. 1205B ss..

della differenziazione di tutela tra fatto materiale insussistente nel licenziamento per ragioni disciplinari e per ragioni oggettive. Il licenziamento, infatti, rimane un «licenziamento pretestuoso, senza causa»³, né dalla qualificazione datoriale può inferirsi una diversa «odiosità» del licenziamento tale da giustificare una diversa tutela⁴.

La Corte circoscrive tuttavia la dichiarazione di incostituzionalità, anche nel dispositivo della sentenza, escludendo dal suo ambito l'onere di *repêchage*, sul presupposto che tale elemento si collochi su un piano diverso – e successivo – rispetto a quello, posto a fondamento della dichiarazione di incostituzionalità, dell'insussistenza del fatto materiale. Tale conclusione alla Corte, di garantire parallelismo alle tutele: così come per il licenziamento per ragioni disciplinari la tutela è reintegratoria solo nel caso di fatto materiale insussistente e non in caso di difetto di proporzionalità del licenziamento (con la precisazione, di cui alla coeva Corte costituzionale n. 129/2024⁵, che il fatto è insussistente anche quando è stato tipizzato dalla contrattazione collettiva con previsione specifica di sanzione conservativa), allo stesso modo, per il licenziamento per ragioni oggettive, la tutela è reintegratoria solo nel caso di fatto materiale insussistente, e non invece in caso di violazione dell'onere di *repêchage*. La Corte costituzionale non definisce, nella propria sentenza, la nozione di *repêchage*, ma si limita ad affermare che la verifica al riguardo ha per presupposto la sussistenza del fatto materiale, perché di ricollocabilità può discutersi solo allorché vengano in gioco questioni organizzative reali, non inventate o pretestuose, e quindi la questione della ricollocabilità fuoriesce dal fatto materiale e si pone a valle dello stesso: una volta che si possa ritenere sussistente il fatto materiale, allora non si versa più nelle ipotesi più gravi, di licenziamento cd. senza causa, e si fuoriesce, quindi dall'area di tutela reale.

La distinzione, tra ciò che sta dentro e fuori dal «fatto materiale», persegue anche l'obiettivo di evitare il contrasto con la legge delega, che esclude per i licenziamenti economici la possibilità di reintegrare nel posto di lavoro: se il «fatto è insussistente» allora non può essere qualificato come economico o disciplinare, si pone a monte, prima, della dicotomia tra motivi economici e disciplinari, e quindi non contrasta con il divieto dell'art. 1 co. 7 lett. c l. n. 183/2014⁶.

2. Fatto e *repêchage* tra Corte costituzionale n. 128/2024 e Corte di Cassazione: contrasto tra Corti?

2.1. La Corte costituzionale, nell'escludere l'appartenenza del *repêchage* al «fatto materiale» posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, dà atto che, secondo la costante

³ Per una critica a questa nozione di licenziamento «acausale», C. Cester, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024, cit.*; M. Ferraresi, *I licenziamenti economici nella giurisprudenza, dalla l. n. 604/1966 a Corte cost. n. 128/2024*, in *Variazioni su Temi di Diritto del Lavoro*, 2024, p. 475 ss..

⁴ Per un ridimensionamento della portata innovativa dell'intervento, P. Ichino, *Appunti sulla riforma, cit.*. Sottolinea la coerenza tra l'intervento additivo della Corte Costituzionale e i principi già affermati nelle precedenti pronunce n. 59/2021 e 125/2022, nel senso di riportare ad unità il vizio dell'insussistenza del fatto, A. Riccobono, *La tutela reale e la coperta corta, cit.*

⁵ In dottrina, C. Cester, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024, cit.*

⁶ Non è d'accordo P. Ichino, *Appunti sulla riforma dei licenziamenti, cit.*

giurisprudenza di Cassazione⁷, al fatto di cui all'art. 18 co. 7 Stat. Lav. appartiene invece anche il *repêchage*, simmetricamente al «fatto contestato» nel licenziamento disciplinare di cui all'art. 18 co. 4 Stat. Lav., che comprende anche la valutazione di proporzionalità riconducibile alla contrattazione collettiva (punto 11). Al fine di giustificare la diversa configurazione del fatto, la Corte valorizza l'aggiunta, nell'art. 3 co. 2 d.lgs. n. 23/2015, dell'aggettivazione «materiale», non presente invece nell'art. 18 co. 4 e 7 Stat. Lav., per sottolineare la scelta da parte del legislatore (peraltro originariamente riferita al licenziamento per giustificato motivo soggettivo) di una nozione in senso stretto e non più potenzialmente esteso (punti 12 e 13 sentenza).

La pronuncia della Corte costituzionale sembra così introdurre una differenziazione all'interno del fatto che appare inedita⁸ anche rispetto ai propri precedenti (Corte cost. 1 aprile 2021 n. 59 e 19 maggio 2022, n. 125, che hanno dichiarato incostituzionale l'art. 18, co. 7, secondo periodo, Stat. Lav., rispettivamente nella parte in cui prevedeva che il giudice “può altresì applicare”, anziché “applica altresì” la tutela reintegratoria, e la seconda all'aggettivazione “manifesta” riferita all'insussistenza del fatto)⁹.

Poiché la pronuncia della Corte costituzionale, secondo le regole generali¹⁰, risulta immediatamente vincolante¹¹ anche nella parte in cui esclude che il *repêchage* attenga al fatto¹², occorre comprendere se quello che sembra un contrasto tra statuizioni inconciliabili possa essere o meno ricondotto ad unità.

2.2. Considerato che il vincolo giuridico derivante dalla pronuncia della Corte costituzionale riguarda, a rigore, i soli rapporti iniziati dopo il 7 marzo 2015 (l'ambito di applicazione, cioè, del d.lgs. n. 23/2015), una prima opzione è che la Cassazione continui ad applicare il proprio diritto

⁷ Cass. 2 maggio 2018, n. 10435, in *DRI*, 2018, 3, 935, con nota di L. Angeletti: «la verifica del requisito della “manifesta” insussistenza del fatto posto a base del licenziamento” concerne entrambi i presupposti di legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e, quindi, sia le ragioni inerenti all'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il regolare funzionamento di essa, sia l'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore»; nello stesso senso *ex mult.* Cass. 12 dicembre 2018, n. 32159; Cass. 11 novembre 2019, n. 29102; Cass. 2 dicembre 2022, n. 35496, Cass. 18 novembre 2022, n. 34049; Cass. 11 novembre 2022, n. 33341, in *DJ*, Cass. 30 ottobre 2023, n. 30143, Cass. 13 novembre 2023, n. 31451, in *Labor*, 2024, 1, pp. 99 ss. Per una lettura critica, R. De Luca Tamajo, [Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto vivente](#), in *LDE*, 2023, 2, 1 ss.; G. Amoroso, *Articolo 18 Statuto dei lavoratori. Una storia lunga cinquant'anni*, Cacucci, 2022, 263 ss..

⁸ A. Riccobono, *La tutela reale e la coperta corta*, cit. evidenzia come «diversamente da quanto accaduto nelle precedenti occasioni, questa volta la Corte ha precisato che nel concetto di insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per g.m.o. non rientra la valutazione sulla possibile ricollocazione del lavoratore, con la conseguenza che la mancata prova della sua inutilizzabilità in altre posizioni disponibili continuerà ad essere sanzionata con la tutela meramente indennitaria di cui all'art. 3, comma 1, d.lgs. n. 23/2015 ».

⁹ C. cost. n. 59/2021, pt. 5; in dottrina, nel senso della conferma da parte della Corte costituzionale dell'appartenenza del *repêchage* al “fatto”, M. T. Carinci, *Licenziamento per fatto materiale insussistente*, cit.; M.T. Carinci, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, 2, p. 230; contra 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 *LDE*, 2024, 1, p. 12.

¹⁰ Art. 136 Cost. e art. 30 legge 11 marzo 1953, n. 87

¹¹ Con esclusione dei rapporti già esauriti, per tali dovendosi intendere quelli nell'ambito dei quali siano decorsi i termini di prescrizione o decadenza o si sia formato il giudicato, e con i limiti delle allegazioni in fatto. Per l'applicazione dell'art. 3 co. 2 d.lgs. n. 23/2015 come modificata da C. cost. n. 128/2024 nei giudizi in corso si veda Cass. 8 dicembre 2024, n. 31505, in *GCM*, 2025.

¹² In punto di vincolatività di C. cost. n. 128/2024 sotto il profilo dell'esclusione della reintegra nel caso di inadempimento dell'onere di *repêchage*, P. Ichino, *Appunti sulla riforma dei licenziamenti per motivi economici*, op. cit.; S. B. Caruso, C. Caruso, *Licenziamento e politiche giurisdizionali del lavoro*, op. cit.. Secondo l'Autore, “una pronuncia del giudice di merito che reintegrasse per violazione dell'obbligo di *repêchage*, anche per un caso regolato dal Jobs Act, conterrebbe una violazione di legge, rilevabile in Cassazione”.

vivente rispetto all'art. 18 Stat. Lav. e si adegui invece alla sentenza della Corte costituzionale con riguardo al Jobs Act, in ragione della diversa formulazione delle due norme e della diversa scelta legislativa sottesa, come sembra del resto suggerire la stessa Corte Costituzionale che valorizza espressamente dette differenze: l'art. 18, co. 7, Stat. Lav. fa riferimento all' "insussistenza del fatto posto a base del licenziamento" (anche se ormai, a seguito di Corte cost. 19 maggio 2022, n. 125, neppure "manifesta"¹³), l'art. 3 co. 2 d.lgs. n. 23/2015 al "fatto materiale"¹⁴. Il fondamento del diverso trattamento del *repêchage* sembrerebbe stare qui: - l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, senza ulteriori aggettivazioni, nell'art. 18, co. 7, Stat. lav. ricomprende anche l'omessa ricollocazione e comporta l'applicazione della reintegrazione; - l'insussistenza del fatto "materiale" nel d.lgs. n. 23/2015, invece, non ricomprende la violazione della regola del *repêchage*, così che la tutela – per un licenziamento illegittimo per questa sola ragione – è solo indennitaria¹⁵.

2.3. La Corte di Cassazione potrebbe tuttavia ritenere non decisiva la diversità di formulazione delle due norme, allo stesso in modo in cui non ha ritenuto decisiva la diversità di formulazione tra l'art. 18, co. 4, Stat. Lav. («*insussistenza del fatto contestato*») e l'art. 3 co. 2 d.lgs. n. 23/2015 («*insussistenza del fatto materiale contestato*»), al fine di escludere l'estensibilità all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 dei principi di diritto affermati in relazione alla L. n. 92/2012, principi secondo cui «*la tutela reintegratoria c.d. attenuata trova applicazione non solo nel caso in cui il fatto non sia dimostrato nella sua materialità, ma altresì nel caso in cui il fatto, pur sussistente nella sua materialità, sia privo di quella connotazione di illiceità, offensività o anti-giuridicità tale e necessaria da renderne apprezzabile la rilevanza disciplinare*»¹⁶. A meno di non argomentare che la formulazione della legge delega, laddove da un lato esclude "per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro", e dall'altro limita "il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato", consenta e supporti una diversa nozione di "fatto materiale" a seconda che fondi il licenziamento disciplinare o quello per ragioni oggettive.

Non sembra muovere in questa direzione la prima pronuncia (a quanto consta) della Corte di Cassazione successiva a Corte cost. n. 128/2024, che estende le considerazioni svolte per il giustificato motivo soggettivo di licenziamento al giustificato motivo oggettivo, e rileva come «*la stretta simmetria imposta dalla Corte costituzionale, nella sentenza n. 128/2024, sul piano della tutela, tra licenziamento per giustificato motivo soggettivo o per giusta causa, da un lato, e quello per giustificato motivo oggettivo, dall'altro*», imponga «*di ritenere allora rilevante anche per quest'ultimo non soltanto la sussistenza del fatto inteso nella sua storicità o materialità del suo accadimento, ma pure quella del fatto inteso nella sua rilevanza*

¹³ Per una critica alla declaratoria di incostituzionalità dell'aggettivazione "manifesta" (C. cost. n. 125/2022), A. Tursi, *L'ipertrofia dell'insussistenza del fatto*, cit..

¹⁴ In questo senso, A. Riccobono, *La tutela reale e la coperta corta*, cit., p. 11, secondo cui "il mantenimento di una differenza fra i trattamenti sanzionatori applicabili a «vecchi» e «nuovi assunti», pure a fronte del medesimo vizio consistente nella violazione del *repêchage*, sarebbe comunque consentita e non necessariamente in contrasto con l'art. 3 Cost., come dimostra l'esempio paradigmatico della violazione dei criteri di scelta nei licenziamenti collettivi", "avrebbe il pregio di inserirsi in modo armonico nella trama dei principi finora elaborati dalle Alte Corti", e non tradirebbe "l'intentio del legislatore di graduare diversamente il concetto di insussistenza del fatto e le corrispondenti tutele nell'impianto sanzionatorio del Jobs Act e della «Legge Fornero»".

¹⁵ C. Cester, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024*, cit.

¹⁶ Cass. 8 maggio 2019, n. 12174, in GGM, 2019; Cass. 2 novembre 2023, n. 30469, in GCM, 2023.

*giuridica come giustificato motivo oggettivo*¹⁷. Se il «fatto materiale» di cui all'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015 è lo stesso «fatto» di cui all'art. 18, co. 4, Stat. Lav. con riguardo al giustificato motivo soggettivo, allora appare difficile che si tratti di due «fatti» diversi con riguardo al giustificato motivo oggettivo.

2.4. C'è chi, tra coloro che non reputano sufficiente l'aggettivazione «materiale» ai fini di differenziare il fatto rilevante a seconda che si tratti di rapporti ante o post Jobs Act, ipotizza un ripensamento del precedente orientamento della Cassazione rispetto all'art. 18 Stat. Lav.¹⁸, ripensamento peraltro auspicato da autorevole dottrina già prima della pronuncia della Consulta, anche in considerazione del fatto che altrimenti l'ambito di applicazione della tutela indennitaria resterebbe limitato alla fattispecie di violazione dei criteri di scelta tra lavoratori fungibili¹⁹.

2.5. Altra parte della dottrina²⁰ esprime invece perplessità verso questa soluzione, che presuppone di ricostruire in due modi diversi il fatto su cui il licenziamento si fonda. La Corte di Cassazione, cui compete, secondo la legge sull'ordinamento giudiziario n. 12/1941 (art. 65), il compito di assicurare «l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge, l'unità del diritto oggettivo nazionale, il rispetto dei limiti delle diverse giurisdizioni», potrebbe continuare a ritenere che il fatto posto a fondamento del licenziamento si configuri in modo unitario, in conformità agli artt. 1 e 3 l. n. 604/1966, a prescindere dall'applicabilità dell'art. 18 Stat. Lav. o dell'art. 3 d.lgs. n. 23/2015²¹. Se è la legge delega (l. n. 183/2014, art. 1 co. 7), nella parte in cui esclude per i licenziamenti economici la possibilità della reintegra, ad imporre questa differenziazione irragionevole all'interno del fatto, si potrebbe forse allora ipotizzare una nuova questione incidentale di costituzionalità.

3. Un'ipotesi interpretativa.

3.1. A fronte della complessità del quadro normativo e giurisprudenziale è forse possibile ipotizzare una diversa via rispetto alle ipotesi, sopra viste, di cristallizzazione del disallineamento tra la nozione del fatto (posto a base del licenziamento), di recepimento da parte della Corte di Cassazione della ridotta nozione di fatto di cui a Corte costituzionale n. 128/2024 anche

¹⁷ Cass. n. 31505/2024, *cit.*, par. 2, richiama Cass. 2 novembre 2023, n. 30469 che estende all'art. 3 co. 2 d.lgs. n. 23/2015 l'orientamento della giurisprudenza di legittimità secondo cui «l'insussistenza del fatto contestato, che rende applicabile la tutela reintegratoria, comprende anche l'ipotesi del fatto sussistente nella sua materialità, ma privo del carattere di illiceità, offensività o antigiuridicità, ossia privo di rilievo disciplinare».

¹⁸ In questo senso C. Pisani, *Le sentenze gemelle della Consulta 2024 ampliative della reintegrazione: contenuti e criticità*, in *Lav. giur.*, 2024, pp. 770 ss..

¹⁹ R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto vivente*, *cit.*; *contra*, C. De Franco, *L'obbligo di repêchage e la graduazione delle sanzioni nella giurisprudenza*, in *LDE*, 2024, 1, secondo cui «il percorso di inglobamento del repêchage nel fatto appare ormai cristallizzato»; A. Maresca, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e reintegrazione (questa volta non più recessiva ma) espansiva*, in *RIDL*, 2022, pp. 738 ss.; C. Pisani, *La violazione del repêchage dopo le riforme della corte costituzionale: tutela solo indennitaria se è accertata la soppressione del posto*, in *RIDL*, 2023, I.

²⁰ M.T. Carinci, *Licenziamento per fatto materiale insussistente nel jobs act: la Corte costituzionale orienta o disorienta il sistema? Una prima analisi di C. cost. 128 e 129/2024*, *cit.*, C. Cester, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024*, *cit.*. Sul punto si veda anche C. De Franco, *L'obbligo del repêchage*, *cit.*.

²¹ C. Cester, *Le sentenze n. 128 e 129 del 2024*, *cit.*, evidenzia come possa porsi «una questione di tipo ordinamentale, quanto all'interpretazione, sul rapporto tra la competenza istituzionale della magistratura ordinaria (nel suo grado più elevato, nomofilattico) e quella del giudice delle leggi, necessariamente funzionalizzata (e al contempo limitata) alla verifica di costituzionalità di ciò che, secondo la prima, deve considerarsi diritto vivente».

nell'ambito della l. n. 92/2012 o di rinnovato conflitto tra diritto vivente e statuizione di incostituzionalità. Il tutto anche tenendo conto delle possibili ricadute sull'ampiezza del *repêchage* delle modifiche in termini di *ius variandi* introdotte dal d.lgs. n. 81/2015 nell'art. 2103 c.c. e comunque degli obblighi di buona fede e correttezza che sempre permeano il rapporto di lavoro.

Un'opzione potrebbe essere quella di distinguere nell'ambito stesso del *repêchage* ciò che sta dentro e ciò che sta fuori dal fatto posto a base del licenziamento, vale a dire quanto attiene direttamente al nesso causale tra riorganizzazione e recesso e quindi appartiene al fatto, con la conseguenza dell'applicazione della tutela reale (attenuata) in caso di sua insussistenza, e quanto invece sta a valle del fatto, attenendo alla nozione di licenziamento come *extrema ratio*, trovando fondamento nella tutela costituzionale del lavoro e nell'adempimento dei doveri costituzionali di buona fede e correttezza. Come visto al paragrafo precedente, la Corte di Cassazione successiva a Corte costituzionale n. 128/2024 sembra offrire elementi argomentativi in questo senso: se il «fatto materiale» posto a base del licenziamento deve ritenersi insussistente anche quando, pur essendo reale ed effettivo nel suo accadimento, tuttavia non è idoneo a giustificare il licenziamento, perché «*giammai avrebbe potuto integrare gli estremi di un giustificato motivo oggettivo*», non diversamente da quanto accade per il giustificato motivo soggettivo di licenziamento, in cui l'«*insussistenza del fatto*» comprende anche il fatto sussistente nella sua materialità ma privo di rilievo disciplinare²², allora, allo stesso modo, nuove assunzioni successive al licenziamento, per lo stesso profilo o per profili compatibili con quello del dipendente estromesso, elidono in radice il nesso causale tra l'accadimento e il licenziamento.

L'operazione proposta, di distinzione delle diverse ipotesi di *repêchage*, non aveva ragion d'essere quando la tutela era unica per tutti i vizi del licenziamento, e quindi nel vigore dell'art. 18 Stat. Lav. antecedente alle modifiche di cui alla l. 92/2012; né appariva utile in seguito, stante il diritto vivente della Corte di Cassazione in punto di appartenenza del *repêchage* al fatto posto a base del licenziamento e quindi all'area della tutela reintegratoria; né infine, con riferimento al d.lgs. 23/2015, che nella formulazione ante declaratoria di costituzionalità escludeva dalla tutela reintegratoria tutti i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo. Ora, invece, scardinato il divieto di reintegra per i licenziamenti per giustificato motivo oggettivo, questa valutazione può essere importante.

3.2. In questa prospettiva, rientra nel fatto posto a base del licenziamento, e quindi nell'area di tutela reintegratoria attenuata, il mancato assolvimento dell'onere di *repêchage* nel caso in cui siano assunti lavoratori per svolgere le stesse mansioni del lavoratore licenziato, da intendersi mansioni con lo stesso contenuto professionale, anche se, in ipotesi, il neo assunto sia stato formalmente inquadrato in un livello contrattuale diverso. In questo caso, l'omessa ricollocazione del lavoratore attiene al fatto, anche se «materiale» e quindi da intendersi in senso stretto, secondo Corte costituzionale n. 128/2024, perché, se è stato assunto qualcun altro per svolgere le stesse mansioni del lavoratore licenziato, anche in un momento successivo al licenziamento, significa

²² Cass. n. 31505/2024, *cit.*, par. 2.

che il posto non è stato soppresso e che l'esigenza di riduzione del personale che è stata posta a base del licenziamento non c'era.

Alla medesima conclusione si può pervenire con riferimento a nuove assunzioni in mansioni che presuppongano il medesimo bagaglio professionale: se è stato assunto qualcuno per svolgere mansioni che anche il lavoratore licenziato poteva svolgere, perché le aveva già svolte nel passato o perché possiede tutte le competenze necessarie per svolgerle, senza necessità di formazione o affiancamento alcuno, allora il fatto (anche quello «materiale») posto a base del licenziamento non sussiste. Il licenziamento, infatti, è stato determinato dalla volontà del datore di lavoro di non adibire alle alternative mansioni disponibili quello specifico lavoratore, non dalla soppressione delle mansioni: non vi è alcun nesso causale tra il fatto addotto dal datore di lavoro, che era un fatto incompleto, perché non ricomprendeva l'impossibilità di ricollocare il lavoratore e il licenziamento. Si tratterebbe, cioè, per dirla con la Corte costituzionale²³, di un licenziamento non qualificabile come licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ma di un licenziamento pretestuoso, “senza causa”, che si colloca al confine con il licenziamento discriminatorio. Anche in questa ipotesi si verifica una situazione di «insussistenza del fatto», anche «materiale», perché il fatto comprende anche il riutilizzo del lavoratore in mansioni che erano disponibili e che il lavoratore poteva svolgere.

Le stesse considerazioni sembrano potersi riferire anche, in mancanza di mansioni equivalenti, alle mansioni inferiori, ove accomunate dal medesimo bagaglio professionale. Anche in tal caso, laddove il lavoratore abbia l'esperienza e le competenze per svolgere le mansioni inferiori e il datore di lavoro scelga di licenziare e assumere altro lavoratore, non sussisterebbe il fatto posto a base del licenziamento, perché la scelta di assumere un nuovo dipendente anziché di far lavorare chi possedeva il bagaglio professionale idoneo alle mansioni non può assurgere, appunto, a fatto, nemmeno «materiale», giustificativo del licenziamento. Con la precisazione che la situazione non sarebbe regolata dall'art. 2103, co. 2, c.c., come modificato dal d.lgs. n. 81/2015, che si riferisce al cd. giustificato motivo oggettivo di demansionamento²⁴, vale a dire “*di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*”, bensì dall'art. 2103, co. 6, c.c., che consente alle parti, “*nell'interesse del lavoratore alla stabilità dell'occupazione*”, di addivenire, in sede protetta, alla novazione del rapporto di lavoro quanto a mansioni, livello di inquadramento e relativa retribuzione. Il datore di lavoro è tenuto, in caso di soppressione delle mansioni del lavoratore, ad offrire, in alternativa al licenziamento, la ricollocazione nelle mansioni inferiori eseguibili, ma non a mantenere l'inquadramento e la retribuzione precedenti.

²³ C. cost. n. 128/2024.

²⁴ C. Cester, *Oggetto del contratto di lavoro*, in *Enciclopedia del diritto*, in R. Del Punta, R. Romei e F. Scarpelli (diretto da), *Contratto di lavoro*, Giuffrè, 2023, p. 1030: il presupposto qualitativo della disposizione «*non ingloba la necessità che la riorganizzazione sia finalizzata alla salvaguardia del posto di lavoro*» né “*la prova della non riutilizzabilità in altre mansioni non inferiori*»; M. Dallacasa, [La formazione del lavoratore tra ius variandi e motivo oggettivo di licenziamento](#), in *LDE*, 2024, 1, p. 6, esamina similitudini e differenze tra le due ipotesi concludendo nel senso che il potere di demansionare di cui all'art. 2103 co. 2 c.c. si presenta meno esteso (perché riferito ad un solo livello inferiore, nella stessa categoria legale) e più vincolato (perché il lavoratore conserva inquadramento e retribuzione) rispetto al *repêchage*.

3.3. Sembra invece attenere ad un momento successivo rispetto alla verifica della sussistenza del fatto materiale posto a base del licenziamento, e quindi rimanere esclusa dalla tutela reintegratoria, l'omessa adibizione del lavoratore a mansioni che, pur non appartenendo al suo bagaglio professionale, rientrino comunque nel suo livello di appartenenza o, in mancanza, nel livello inferiore²⁵, in correlativa applicazione del criterio di esigibilità delle mansioni sostituito a quello dell'equivalenza nell'art. 2103, co. 1, c.c. come modificato dal d.lgs. n. 81/2015. La stessa Cassazione ha al riguardo avuto modo di evidenziare che nel rinnovato contesto legale, nel caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, «*il riferimento ai livelli di inquadramento predisposti dalla contrattazione collettiva non può rappresentare una circostanza muta di significato, ma anzi, costituisce un elemento che il giudice dovrà valutare*», al fine dell'accertamento in concreto dell'assolvimento dell'onere di *repêchage*, fermo ovviamente il limite del «*l'eterogeneità del corredo di capacità e di esperienze professionali rispetto alla diversa posizione lavorativa libera in azienda*», che non può essere tale da «*far venire meno il fondamento stesso dell'obbligo di repêchage, che evidentemente postula che le energie lavorative del dipendente siano utilmente impiegabili nelle alternative mansioni che al medesimo debbano essere assegnate*»²⁶.

Si tratta di comprendere quale estensione concreta l'onere di *repêchage* possa avere con riguardo a mansioni appartenenti al medesimo livello contrattuale ma presupponenti capacità professionali e conoscenze diverse rispetto a quelle proprie delle mansioni già svolte. La maggior parte della giurisprudenza attualmente non inferisce dalle modifiche introdotte dal d.lgs. n. 81/2015 nell'art. 2103 c.c. la conseguenza che il datore di lavoro sia tenuto ad offrire anche mansioni per le quali sia necessaria una formazione aggiuntiva²⁷, perché ravvisa differenze insuperabili tra l'obbligo di ricollocazione del lavoratore per evitare il licenziamento e il potere di assegnazione di mansioni diverse²⁸, o comunque anche sulla base dell'osservazione per cui pure nell'art. 2103 c.c. il mancato adempimento dell'obbligo formativo non è previsto in realtà a pena di nullità dell'assegnazione alle nuove mansioni²⁹. Ad ogni buon conto, una corretta applicazione dei criteri di buona fede e correttezza nell'ambito di un rapporto contrattuale di natura sinallagmatica quale è il rapporto di

²⁵ In questo senso, F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel d.lgs. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP D'Antona, IT, 2015, 9; A. MAURO, *Con il nuovo art. 2103 c.c. cambiano anche le regole del repêchage?*, in *Boll. Adapt*, 29 maggio 2017. In giurisprudenza, T. Roma, 24 luglio 2017, in *GC.com*, 2018, con nota di MOSTARDA.

²⁶ Cass. 13 novembre 2023, n. 31561 e C. Appello Napoli, 28 marzo 2023, in *Labor*, 2024, 1, pp. 99 ss. secondo cui deve «*ritenersi definitivamente superato il limite posto al datore di lavoro del rispetto della capacità professionale acquisita dal lavoratore*»; cfr. anche T. Roma, 24 luglio 2017, *cit.*.

²⁷ Sul punto, per un'approfondita disamina dell'autonomia del *repêchage* rispetto all'art. 2103 c.c., si veda, in questo stesso numero, il contributo di F. Perrone; nello stesso senso anche C. De Franco, *L'obbligo di repêchage*, *cit.*; 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 *LDE*, 2024, 1; *contra*, nel senso dell'ampliamento del *repêchage* in forza delle modifiche all'art. 2103 c.c., M. T. Carinci, *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in *RIDL*, 2017, 2, 230; M. T. Carinci, [L'evoluzione della nozione di repêchage nel licenziamento individuale per gmo di tipo economico](#), in *LDE*, 2024, 1; L. Calcaterra, [L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole](#), in *LDE*, 2024, 1; in giurisprudenza, T. Lecco, 31 ottobre 2022, in *LDE*, 1, 2023, 2, con nota di D. Bellini. Sulla questione si è già scritto: *Art. 2103 c.c. novellato e repêchage: nodi irrisolti*, in *Labor*, 2024, 1, p. 104 ss.

²⁸ Nel senso di differenziare le due ipotesi, cfr. Cass. 19 aprile 2024, n. 10627, in *IUS Lavoro*, 26.06.2024, con nota di T. Zappia, *Licenziamento per g.m.o. e definizione dei confini dell'obbligo di repêchage: un ritorno all'equivalenza delle mansioni?*.

²⁹ Cass. 20 giugno 2024, n. 17036, in *IUS Lavoro*, 1, novembre 2024 esclude l'obbligo di *repêchage* a fronte dell'accertamento in fatto dell'incapacità dei licenziati (autisti), se non a fronte di un percorso di riqualificazione, di svolgere mansioni inferiori (addetti mensa) attinenti a bagaglio professionale diverso.

lavoro (artt. 1175 e 1375 c.c.)³⁰, sembra non poter prescindere dalla considerazione dell'ampliamento dell'ambito di esigibilità delle mansioni in esito alle modifiche dell'art. 2103 c.c., esteso potenzialmente a tutte le mansioni equivalenti, con correlativo onere del datore di lavoro di provare il contrario. Non si ravvisa infatti ragione per escludere che l'onere di ricollocazione ricomprenda, come infatti di recente ribadito dalla Corte di Cassazione, l'“*impossibilità di utilizzare il dipendente licenziato in altre mansioni, non necessariamente equivalenti e previa adeguata formazione ove in concreto somministrata agli altri dipendenti assunti sul medesimo ruolo*”³¹. Il datore di lavoro, in adempimento di tali principi, dovrebbe quindi provare per quali ragioni non sia possibile farsi carico nei confronti del lavoratore individuato da licenziare di un onere formativo/di affiancamento negli stessi termini di quello sostenuto nei confronti dei neo assunti.

In questo caso, il fatto posto a base del licenziamento sussisterebbe, consistendo nella effettiva e stabile soppressione delle mansioni del lavoratore in assenza delle stesse o di altre mansioni analoghe che egli fosse già in grado di svolgere; a valle della sussistenza del fatto si collocherebbe la verifica, in adempimento dei principi di buona fede e correttezza contrattuale, dell'assenza di ulteriori alternative di ricollocazione, nell'ambito del livello contrattuale o, in mancanza, nei livelli inferiori.

3.4. La ricostruzione proposta sembra consentire di riportare ad unità il fatto posto a base del licenziamento, e sembra essere al contempo coerente con la conclusione cui sia la Corte costituzionale³² sia la Corte di Cassazione³³ sono pervenute in ordine al mancato rispetto dei criteri di buona fede e correttezza nella selezione del lavoratore da licenziare nel caso di personale fungibile (e sempre che la scelta non sia discriminatoria): i criteri di buona fede e correttezza impongono, a fronte di un'eccedenza di personale, sia di scegliere correttamente la persona da licenziare, sia di adibirla a mansioni diverse quando la formazione/affiancamento necessari siano gli stessi erogati al personale neo assunto. In entrambi i casi gli accertamenti si pongono a valle rispetto alla verifica della sussistenza del fatto, e fuoriescono, dunque, dalla tutela reintegratoria, sia che si applichi l'art. 18, co. 7, Stat. Lav., sia che si applichi l'art. 3, co. 2, d.lgs. n. 23/2015. Appartiene invece alla verifica della sussistenza del fatto posto a base del licenziamento, anche con l'aggettivazione di «materiale», e quindi all'area di tutela reintegratoria, l'onere di ricollocazione in mansioni disponibili identiche o analoghe a quelle già svolte, appartenenti al medesimo bagaglio professionale, tali che il lavoratore possa svolgerle senza bisogno di formazione/affiancamento.

³⁰ Sul punto, anche in considerazione degli artt. 4 e 35 co. 2 Cost., C. De Franco, *L'obbligo di repêchage*, cit. ; si veda anche M. Dallacasa, *La formazione del lavoratore*, cit..

³¹ Cass. 19 marzo 2024, n. 7342, in *GCM*, 2024, si pronuncia rispetto a licenziamento di dirigente e di assunzione convenzionale dell'onere di *repêchage* e precisa, rispetto alla “*limitrofa...materia del licenziamento per gmo*” ex art. 3 l. 604/1966 che il datore di lavoro è sempre gravato “*dell'onere di comprovare l'impossibilità di utilizzare il dipendente licenziato in altre mansioni, non necessariamente equivalenti e previa adeguata formazione ove in concreto somministrata agli altri dipendenti assunti sul medesimo ruolo*”.

³² C. cost. n. 125/2022, cit.

³³ Cass. 19 maggio 2021, n. 13643; Cass. 8 luglio 2016, n. 14021, in *DJ*