

PARTE II

**RGL GIURISPRUDENZA ONLINE**

NEWSLETTER N. 1/2021



CORTE D'APPELLO MILANO, 23.7.2020, Pres. Vignati, Est. Trentin – Ikea Italia Retail S.r.l. (avv.ti Failla, Cassaneti) c. F.T. (avv.ti Scarpelli, Sbarra)

### **Licenziamento individuale – Licenziamento per g.m.o. — Manifesta insussistenza– Tutela reintegratoria – *Repêchage* – Art. 18**

*In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo l'evidente violazione dell'obbligo di repêchage da parte del datore di lavoro integra la "manifesta insussistenza" del fatto posto alla base del recesso e comporta l'applicazione della tutela reintegratoria ex art. 18, cc. 4 e 7, St. lav., anche nel caso in cui si accerti l'effettività della riorganizzazione aziendale addotta. La legittimità del licenziamento, infatti, deve essere valutata sia in relazione alla ragione economica posta a fondamento dell'atto risolutivo, sia con riferimento alla dimostrata assenza di altre posizioni in cui ricollocare il lavoratore in esubero. (1)*

#### (1) LE CONSEGUENZE DEL MANCATO ASSOLVIMENTO DELL'OBLIGO DI *REPÊCHAGE*: UN DIBATTITO ANCORA APERTO

1. — La Corte d'Appello di Milano interviene su una questione che continua a creare incertezze in dottrina e in giurisprudenza, ovvero quella della tutela applicabile nel caso in cui la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del recesso derivi da un inadempimento "dai connotati lampanti" dell'obbligo di *repêchage*.

Il caso di specie riguarda il licenziamento comminato alla dipendente di una multinazionale motivato, ai sensi dell'art. 3, l. n. 604/1966, dalla riorganizzazione del punto vendita ove la stessa era adibita, con conseguente soppressione della posizione ricoperta. La lavoratrice ha impugnato il provvedimento risolutivo con ricorso ex art. 1, c. 48, l. n. 92/2012 (c.d. *Rito Fornero*), lamentandone la ritorsività e chiedendo la reintegrazione ai sensi dell'art. 18, c. 1, St. lav. In via subordinata, previo accertamento della manifesta insussistenza delle ragioni poste a fondamento del recesso, la ricorrente ha richiesto il riconoscimento della tutela reintegratoria ex art. 18, cc. 4 e 7, l. n. 300/1970.

Il Tribunale, sia in fase sommaria che in fase di opposizione, esclusa la natura ritorsiva del licenziamento, ne ha confermato l'illegittimità ritenendo insussistenti gli estremi del

giustificato motivo oggettivo per violazione dell'obbligo di *repêchage* e basando la propria decisione esclusivamente sulle risultanze documentali. Secondo il giudice di prime cure, infatti, sebbene la società avesse dimostrato l'effettiva attuazione di una riorganizzazione aziendale e il nesso di causalità tra questa e la mansione soppressa, non aveva fornito alcuna prova circa l'impossibilità di ricollocare utilmente la dipendente in altre posizioni disponibili sia nel punto vendita sia nelle altre sedi localizzate sul territorio nazionale. A tal riguardo il Tribunale aveva ritenuto del tutto inconsistenti i tentativi della datrice di lavoro di ritenere assolto l'onere di *repêchage* tramite la predisposizione di un sistema di *job posting*.

A fronte di detto accertamento il giudice della fase sommaria ha applicato la tutela indennitaria c.d. "*forte*" e, nello specifico, previa declaratoria della risoluzione del rapporto di lavoro, ha condannato l'azienda al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 24 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

In sede di opposizione è stata confermata la tutela riconosciuta con l'ordinanza emessa ad esito della prima fase, con una parziale modifica della motivazione in merito alla delimitazione dell'arco temporale entro il quale doveva essere tentato il ricollocamento della lavoratrice: sulla base di quanto emerso dall'istruttoria, infatti, si è ritenuto che il *dies a quo* per assolvere correttamente tale onere non dovesse coincidere con la data di avvio della procedura prevista dall'art. 7, l. n. 604/1966, bensì con il precedente momento in cui, a fronte della prospettata riorganizzazione, si era manifestata l'ipotesi di esubero di una determinata figura professionale.

La sentenza del Tribunale è stata reclamata da entrambe le parti e i due giudizi di appello sono stati decisi con la pronuncia in analisi.

La Corte d'Appello di Milano, pur confermando la presenza delle ragioni organizzative addotte dalla società e il mancato soddisfacimento del *repêchage*, ha riscontrato la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento e, per l'effetto, ha riformato la statuizione del Tribunale accordando la tutela di cui all'art. 18, cc. 4 e 7, St. lav.; in sede di reclamo, dunque, l'azienda è stata condannata alla reintegrazione della lavoratrice e al pagamento di un'indennità risarcitoria pari a 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto. Pronunciandosi anche sul lasso di tempo entro il quale l'azienda avrebbe dovuto tentare la ricollocazione dell'*ex* dipendente, i giudici hanno specificato che tale onere va assolto sin dal primo momento in cui si ravvisa con elevato grado di probabilità l'ipotesi dell'esito risolutorio generato dal riassetto organizzativo.

2. — Benché la Corte meneghina aderisca ad un orientamento ormai molto diffuso, la pronuncia offre l'occasione per alcune riflessioni su temi rispetto ai quali il dibattito dottrinario e giurisprudenziale è in continua evoluzione.

La sentenza, innanzitutto, risulta di particolare interesse nella parte in cui afferma che il carattere manifesto dell'insussistenza del fatto posto a base del recesso può risultare anche all'esito dell'attività istruttoria, non essendo necessario che tale circostanza emerga dalla semplice lettura degli atti o dei documenti di causa; la Corte, infatti, subordina la scelta della tutela da applicare alle risultanze istruttorie del procedimento in quanto è proprio dalle verifiche sul piano probatorio che l'assenza dei presupposti giustificanti il recesso può risultare evidente (in questi termini in dottrina v. Scarpelli 2012, 88 ss., il quale ritiene il tema riconducibile all'alveo dell'accertamento giudiziario e dunque a quello della valutazione delle allegazioni e delle prove; *contra* Colosimo 2012, 1045).

Quanto al tema del *repêchage*, la decisione in commento si pronuncia anche sulla definizione del perimetro temporale di riferimento per valutarne l'effettivo adempimento. La giurisprudenza di legittimità ha già chiarito in passato che la possibilità di ricollocare il lavoratore va accertata con riferimento ad un congruo arco temporale successivo al licenziamento, durante il quale in azienda non devono esserci state nuove assunzioni nella stessa qualifica del lavoratore licenziato (Cass. 5.12.2018, n. 31495 in *DeJure*).

Ad avviso dei giudicanti, tuttavia, occorre attribuire rilievo anche al lasso di tempo anteriore al provvedimento risolutivo. La ricerca di una posizione in cui ricollocare il dipendente in esubero deve essere avviata a partire dal momento in cui si prospetta l'ipotesi del licenziamento quale possibile conseguenza della futura riorganizzazione: il *repêchage*, infatti, è un obbligo insito nel rapporto di lavoro e preesistente al provvedimento risolutivo (il che, peraltro, porta ad affermare che qualsiasi ritardo nel suo adempimento farà sorgere una responsabilità di tipo contrattuale in capo all'azienda).

3. — Il profilo di maggior rilievo nella decisione in analisi è quello delle conseguenze sul piano rimediabile della riconducibilità alla “*manifesta insussistenza del fatto*” della palese violazione del *repêchage*.

Pur non potendo, per esigenze di sintesi, analizzare in questa sede le diverse interpretazioni del concetto di manifesta insussistenza (per il raffronto delle quali si rimanda a Ferraresi 2016, 137 ss.; Varva 2015, 120 ss.), per meglio comprendere la soluzione giuridica offerta dai giudici è necessario perlomeno tentare di circoscrivere le ipotesi in cui il fatto posto alla base del recesso *ex art.* 3, l. n. 604/1966 è considerato manifestamente insussistente, rivalutando il *repêchage* quale elemento imprescindibile del g.m.o.

L'introduzione di tale figura – avvenuta, come noto, a livello giurisprudenziale – ha fatto sorgere numerosi interrogativi circa le ripercussioni sul piano sanzionatorio dell'inadempimento di detto dovere, per quei rapporti di lavoro instaurati prima del 7 marzo 2015 rientranti nel regime di tutele apprestato dallo Statuto dei lavoratori. Si tenga poi presente che a livello normativo la definizione di g.m.o. risulta alquanto ampia e generica, il che ha portato gli interpreti a rivalutare i presupposti essenziali della fattispecie.

Pertanto, complice anche il contenuto elastico del precetto normativo, secondo una prima lettura la prova dell'impossibilità del ricollocamento è da considerare un elemento costitutivo e una componente strutturale del motivo oggettivo e, dunque, un criterio idoneo a dimostrarne la sussistenza; tale approccio è radicato sull'idea del licenziamento quale *extrema ratio* e persegue l'obiettivo di praticare il più possibile soluzioni conservative del rapporto di lavoro (Carinci 2017, 215; Scarpelli 2012, 88; *contra* Ferraresi 2016, 26; in giurisprudenza, tra le più recenti, Cass. 11.11.2019, n. 29102 e Cass. 2.5.2018, n. 10435, entrambe in *DeJure*). In tale ottica, pertanto, in sede giudiziale non dovrà essere accertata solo la sussistenza della ragione economica addotta e del nesso di causalità tra quest'ultima e la soppressione della posizione lavorativa del licenziato, ma anche l'ulteriore elemento rappresentato dall'impossibilità di adibire il lavoratore in esubero ad altre mansioni disponibili in azienda, fermi i limiti dell'art. 2103 c.c.

Ad avviso di alcuni autori, invece, il *repêchage* è un elemento estraneo alla fattispecie e non può essere utilizzato come parametro per verificare l'effettiva sussistenza delle ragioni tecnico-organizzative poste a giustificazione dell'atto risolutivo; secondo questa lettura, infatti, tale obbligo nasce come conseguenza della sussistenza del fatto addotto, dovendosi interpretare la norma con un approccio rigidamente ancorato all'evento eco-

nomico che ha motivato il recesso datoriale (Colosimo 2012, 1048; Galantino 2012, 2050; Persiani 2013, 18).

L'adesione all'uno o all'altro orientamento ha ripercussioni di non poco conto sul piano sanzionatorio e le opposte soluzioni a cui sono giunti i giudicanti nei due gradi del giudizio in analisi dimostrano come il dibattito sul tema non riesca a placarsi.

L'attuale quadro normativo prevede, infatti, quattro distinti regimi di tutela per il lavoratore nel caso in cui sia accertata l'illegittimità del recesso. Quelli rilevanti ai nostri fini sono due: da un lato la tutela reintegratoria c.d. "*debole*", prevista qualora in sede giudiziale venga accertata la "*manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento*" (art. 18, cc. 4 e 7, St. lav., come modificato dall'art. 1, c. 42, l. 92/2012), dall'altro la tutela indennitaria c.d. "*forte*" nelle "*altre ipotesi*", non specificate, in cui non sussistono gli estremi del motivo oggettivo di licenziamento (art. 18, cc. 5 e 7, St. lav.).

Considerare il *repêchage* un elemento costitutivo del giustificato motivo oggettivo porterebbe a ritenere la sua palese violazione quale indice della manifesta insussistenza del motivo addotto, con la necessaria applicazione della tutela reintegratoria così come richiesto dall'art. 18, cc. 4 e 7, St. lav.; se l'impossibilità di ricollocare il lavoratore in esubero costituisce una delle condizioni che rendono il licenziamento per g.m.o. legittimo, infatti, anche tale circostanza integra un elemento del fatto in mancanza del quale il lavoratore avrà diritto ad essere reintegrato (tra le pronunce più note in questo senso si vedano App. Roma 1.2.2018, in *DeJure*; Trib. Trento 18.12.2017, in *DRJ*, 2018, 3, 910).

Viceversa, se si ritenesse l'obbligo di ricollocazione un elemento con identità autonoma che esula dal fatto posto alla base del recesso, l'unico rimedio possibile sarebbe quello di tipo economico, in quanto si tratterebbe delle "*altre ipotesi in cui [...] non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo*" di cui all'art. 18, cc. 5 e 7, St. lav. (è di questo avviso una parte minoritaria della giurisprudenza: Trib. Milano 27.2.2017, Trib. Torino 5.4.2016 e Trib. Milano 20.11.2012, tutte in *DeJure*).

Si consideri poi che nella scelta delle tutele applicabili il lessico utilizzato dal legislatore non è certamente d'aiuto; il dettato normativo, infatti, prevede che in caso di manifesta insussistenza del fatto il giudice "*può*" e non "*deve*" optare per la reintegrazione nel posto di lavoro (Gramano 2016, 1339; Trib. Ravenna 7.2.2020 in *RGL*, peraltro, ha sollevato la questione di illegittimità costituzionale al riguardo). Secondo una prima lettura il disposto normativo attribuisce un potere discrezionale all'organo giudicante, i cui limiti sono da individuare nei principi generali in materia di risarcimento del danno, con particolare riferimento al concetto di eccessiva onerosità previsto dall'art. 2058, c. 2, c.c. nel caso in cui il giudice sostituisca il risarcimento per equivalente con quello in forma specifica (Ferraresi 2012, 146; Cass. 2.5.2018, n. 10435 *cit.*). Seguendo tale approccio il giudice può valutare di volta in volta se la tutela reintegratoria sia compatibile o meno con la struttura organizzativa *medio tempore* assunta dall'impresa.

Di diverso avviso è invece quell'interpretazione secondo cui la norma non assegna al giudice un margine ulteriore di discrezionalità dal momento che, ove il fatto risulti caratterizzato dalla manifesta insussistenza, la sola e unica protezione possibile per il lavoratore sarebbe la reintegrazione nel posto di lavoro (Cass. 13.3.2019, n. 7167 in *DeJure*; di questo parere in dottrina già Galantino 2012, 248).

Oggi l'orientamento prevalente ritiene che in presenza di "*insufficienza probatoria*" circa l'adempimento dell'obbligo di *repêchage* è applicabile la tutela indennitaria solo nel caso in cui quella reintegratoria risulti eccessivamente onerosa; secondo i giudici di legit-

timità, infatti, il dovere di ricollocazione è un presupposto di legittimità del licenziamento insito nell'art. 3, l. n. 604/1966 e deve dunque essere preso in considerazione – unitamente alle ragioni inerenti l'attività produttiva, l'organizzazione del lavoro e il suo regolare funzionamento – per accertare la manifesta insussistenza del fatto posto alla base del licenziamento (Cass. 2.5.2018, n. 10435 *cit.*; ribadita, tra le molte, da Cass. 8.1.2019, n. 181 e Cass. 17.10.2019, n. 26460 in *DeJure*).

4. — La decisione della Corte d'Appello di Milano fa propri i principi affermati dalla più recente giurisprudenza e giunge alla conclusione per cui la mancata prova dell'impossibilità di ricollocare il dipendente in esubero, pur in presenza dell'esigenza economica a monte e anche in caso di accertamento positivo del nesso di causalità, è idonea ad integrare la manifesta insussistenza del fatto che giustifica la tutela reintegratoria debole *ex art.* 18, cc. 5 e 7, St. lav.

Il ragionamento dei giudici muove da una nozione ampia di giustificato motivo oggettivo, comprensiva sia delle esigenze economiche che comportano la soppressione della posizione di lavoro che dell'impossibilità di ricollocare altrove il lavoratore. La pronuncia dimostra come, di fatto, l'obbligo di *repêchage* e, di riflesso, l'accertamento giudiziale della sua osservanza, abbiano assunto nel tempo una rilevanza tale da divenire elementi imprescindibili per valutare l'effettività e la non pretestuosità delle ragioni datoriali giustificanti il licenziamento, seppure sprovvisi di uno specifico appiglio normativo.

#### *Riferimenti bibliografici*

- Carinci M.T. (2017), *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, I, 203 ss.
- Colosimo C. (2012), *Prime riflessioni sul sindacato giurisdizionale nel nuovo sistema di tutela in caso di licenziamento illegittimo: l'opportunità di un approccio sostanziale*, in DRI, n. 4, 1024 ss.
- Ferraresi M. (2016), *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, Torino.
- Galantino L. (2012), *La riforma del regime sanzionatorio dei licenziamenti individuali illegittimi: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in G. Pellacani (a cura di), *Riforma del lavoro. Tutte le novità introdotte dalla legge 28 giugno 2012, n. 92*, Giuffrè, Milano, 233 ss.
- Gramano E. (2016), *Natura e limiti dell'obbligo di repêchage: lo stato dell'arte alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali*, in ADL, n. 6, II, 1310 ss.
- Persiani M. (2013), *Il fatto rilevante per la reintegrazione del lavoratore illegittimamente licenziato*, in ADL, I, 1.
- Scarpelli F. (2012), *Il licenziamento individuale per ragioni economiche*, in Fezzi M., Scarpelli F. (a cura di), *Guida alla riforma Fornero. I quaderni di Wikilabour*, in [www.wikilabour.it](http://www.wikilabour.it), 79 ss.
- Varva S. (2015), *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, Torino.

Irene Crisci  
Dottoranda di ricerca  
presso l'Università «Bicocca» di Milano