



Numero 1 / 2024

Luca CALCATERRA

**L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c.
come accomodamento ragionevole**

L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. come accomodamento ragionevole*

Luca CALCATERRA

Università degli studi Suor Orsola Benincasa

SOMMARIO: 1. In che limiti il datore di lavoro è libero di richiedere (ed è tenuto a cooperare a) l'adempimento dell'obbligazione lavorativa in base all'art. 2103 c.c.? – 2. L'obbligo di formazione ex art. 2103, terzo comma, c.c. e la necessità di formazione del lavoratore come limite al *repêchage* – 3. Obbligo formativo ex art. 2103, terzo comma, c.c. e accomodamenti ragionevoli per i disabili. La logica unitaria che governa le ipotesi di *repêchage* del lavoratore.

1. In che limiti il datore di lavoro è libero di richiedere (ed è tenuto a cooperare a) l'adempimento dell'obbligazione lavorativa in base all'art. 2103 c.c.?

La nuova configurazione della disciplina delle mansioni del lavoratore voluta dal legislatore del cd. Jobs Act nel 2015 ha indubbiamente aperto un'ampia serie di problemi interpretativi¹. Uno dei più rilevanti di essi è l'impatto dell'indubbio allargamento dell'area del debito del lavoratore, delle mansioni da questi astrattamente esigibili, operato dalla riforma dell'art. 2103 c.c. In estrema sintesi, ci si chiede se il fatto che oggi, in via unilaterale e quindi nell'ordinario esercizio dello *ius variandi* datoriale, l'art. 2103, primo comma, c.c. consenta la richiesta al lavoratore di svolgere tutte le mansioni comprese nello stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte abbia riflessi sulla disciplina del licenziamento per motivi oggettivi. In particolare, il quesito riguarda l'ambito di estrinsecazione del cd. obbligo di *repêchage*, ovvero l'obbligo di adibire il lavoratore a mansioni diverse per evitarne il licenziamento. L'interrogativo è ancor più pressante se si considera che, a norma del secondo comma dello stesso art. 2103 c.c. «in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale». Dunque, nell'ipotesi del giustificato motivo oggettivo di licenziamento determinato da modifiche dell'organizzazione della produzione è possibile che il lavoratore sia adibito, in via unilaterale, (anche) a mansioni appartenenti al livello

* Questo scritto è destinato al *Liber amicorum* per Valerio Speciale.

¹ Per la disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act, tra i testi monografici, cfr. C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015; M. FAIOLI, *Mansioni e macchina intelligente*, Giappichelli, 2018; E. GRAMANO, *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*, Franco Angeli, 2022. Vi anche la raccolta di saggi curata da E. GRAMANO e G. ZILIO GRANDI, *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Giuffrè, 2016. Tra i saggi e i commenti alla riforma del 2015 cfr., tra i moltissimi, M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 29 ss.; F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona" – IT, 2015, n. 257; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in DLRI, 2016, n. 149, 129; E. GRAGNOLI, *L'oggetto del contratto di lavoro privato e l'equivalenza delle mansioni*, in VTDL, 2016, n. 1, 13; C. ZOLI, G. BOLEGO, *Le mansioni del lavoratore*, in AA.VV., *Diritti e doveri nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, 2018, 113 ss.

Tra le monografie più recenti del periodo antecedente alla riforma del 2015 cfr. U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, 2008 e L. FERLUGA, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Giuffrè, 2012.

di inquadramento inferiore. E ciò senza contare che, ai sensi del quarto comma dello stesso art. 2103 c.c., ulteriori ipotesi di assegnazione in via unilaterale a mansioni appartenenti al livello inferiore di inquadramento possono essere previste dalla contrattazione collettiva e che, ai sensi del sesto comma della stessa norma, nelle cd. sedi protette possono essere stipulati accordi di modifica delle mansioni che superino il vincolo della categoria legale del livello contrattuale di inquadramento e della relativa retribuzione, accordi finalizzati, tra l'altro, proprio alla conservazione dell'occupazione.

Sembrerebbe dunque di dover concludere, senza troppi tentennamenti, che l'ampia possibilità riconosciuta al datore di lavoro di assegnare al lavoratore i compiti più diversi debba necessariamente riflettersi in una notevole restrizione della possibilità che il primo ha di licenziare il secondo per ragioni oggettive². In altri termini, quando il datore assuma che l'attività del prestatore non sia più utile all'organizzazione produttiva dovrà dimostrare che appunto quell'attività e le altre che quel lavoratore potrebbe svolgere non siano più utili in alcuna delle posizioni astrattamente a lui assegnabili negli ampi limiti disegnati dall'odierno testo dell'art. 2103 c.c. La questione non può però essere liquidata così rapidamente.

In primo luogo, le soluzioni semplicistiche si scontrano con la realtà per la quale non sempre il lavoratore sarà in grado di svolgere le mansioni che teoricamente il datore di lavoro ha diritto di assegnargli. E infatti lo stesso art. 2103 c.c. prevede, al terzo comma, che il datore debba provvedere a formare il lavoratore in modo che questi sia effettivamente nelle condizioni di svolgere le nuove attività affidategli. La norma si preoccupa tuttavia di specificare che il mancato adempimento da parte del datore di lavoro dell'obbligo formativo "non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni".

In secondo luogo, la stessa contrattazione collettiva sta reagendo in vario modo per "scongiurare" il rischio di un divorzio tra disciplina delle mansioni e tutela della professionalità del lavoratore o, almeno, per fare in modo che l'inquadramento contrattuale dei lavoratori tenga conto non solo della sua funzione a fini retributivi, ma anche dell'esigenza di fare da guida e da limite allo *ius variandi* datoriale, che il testo dell'art. 2103 c.c. lega appunto all'inquadramento contrattuale³.

Entrambi gli elementi sono rilevanti, se si tiene conto del fatto che il lavoratore potrebbe rifiutarsi di svolgere mansioni estranee alle sue competenze e che un simile rifiuto difficilmente potrebbe essere ritenuto ingiustificato⁴. Certo, il lavoratore correrebbe il rischio di vedersi irrogare sanzioni

² Con ciò in qualche modo si controbilancia quel "generale programma di revisione, anche profonda, degli equilibri di potere fra datore di lavoro e lavoratore subordinato", che la dottrina aveva subito denunciato (la cit. è tratta dalle prime righe della p. 168 di C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *DLRI*, 2016, n. 149, 167 ss.).

³ Cfr. per una rassegna P. TOMASSETTI, *Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale*, in *DRI*, 2019, n. 4, 1149 ss. Sul ruolo della contrattazione collettiva v. le riflessioni di B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in *DLRI*, 2018, n. 157, 81 ss. Secondo il VI rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva del 2019 due terzi degli accordi di rinnovo del 2019 hanno previsto modifiche al sistema di classificazione e inquadramento (Adapt University Press, 2019, 13, reperibile online all'indirizzo <https://farecontrattazione.adapt.it/rapporti-sulla-contrattazione>). Secondo M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *DRI*, 2019, n. 2, p. 468 ss., sul punto p. 486 ss. "un quadriennio dopo l'entrata in vigore della riforma del Governo Renzi, risalta un'incertezza quasi paralizzante degli attori del cambiamento individuati dal legislatore" (cit. da p. 490). Anche se, va sottolineato, il giudizio dell'autrice precede gli ultimi rinnovi contrattuali e, in particolare, quello del ccnl metalmeccanici.

⁴ Cfr. M. BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *DRI*, 2019, 2, p. 468 ss., part. p. 488 per la sottolineatura del "pericolo di un uso discriminatorio, vessatorio o ritorsivo del mutamento di mansioni in danno al lavoratore"; E. GRAMANO, *Jus variandi e formazione* cit., p. 269 ss. valorizza l'obbligo di formazione di cui al terzo comma dell'art. 2103 c.c. quale obbligo di cooperazione del creditore all'adempimento per "bilanciare" il riflesso della latitudine dell'inquadramento sulla posizione del lavoratore/debitore.

disciplinari e di essere ritenuto inadempiente in giudizio ove sia diversamente valutata la compatibilità sul piano professionale tra le mansioni di provenienza e quelle di destinazione.

La notevole latitudine delle declaratorie contrattuali crea quindi un'incertezza che pesa sia sulla posizione del prestatore, sia su quella del datore di lavoro, sul quale grava il rischio di vedere proprie decisioni organizzative dichiarate illegittime in base a valutazioni estranee all'impianto normativo dell'art. 2103 c.c., secondo la cui lettera le assegnazioni a mansioni appartenenti al medesimo livello contrattuale andrebbero sempre considerate legittime, anche ove il lavoratore non abbia le competenze per svolgere le mansioni assegnategli.

È dunque comprensibile sia lo sforzo della contrattazione collettiva nella direzione di una riforma dei sistemi di inquadramento contrattuale che tengano conto della professionalità necessaria allo svolgimento delle mansioni comprese nei diversi livelli, sia l'auspicio della dottrina, che sottolinea l'urgenza di una simile riforma, al fine di raggruppare le mansioni in aree omogenee sul piano funzionale e professionale⁵.

La rimodulazione dei sistemi di inquadramento contrattuale è ancor più rilevante nell'interesse dei datori di lavoro se, come si diceva, si tiene conto del fatto che l'art. 2103 c.c., disegnano le mansioni alle quali il lavoratore può essere legittimamente addetto, rappresenta anche l'ambito di applicazione del cd. onere di *repêchage* nel licenziamento per motivi oggettivi e dunque la latitudine del potere datoriale di recesso: laddove il datore possa adibire il prestatore a mansioni diverse, egli deve considerarlo impiegabile in quelle mansioni in alternativa al licenziamento.

Fino ad oggi, i pur apprezzabili sforzi di valorizzazione della professionalità⁶ non inducono a ritenere che la contrattazione collettiva abbia risolto il problema⁷. Parte della dottrina rileva come in alcuni settori la contrattazione collettiva abbia tentato di valorizzare la professionalità attraverso sistemi di inquadramento basati su competenze, ruoli e comportamenti organizzativi⁸. In questi casi, nei livelli di inquadramento vengono evidenziate principalmente *soft skills* quali la propensione all'innovazione, al *problem solving* e all'orientamento al risultato, alla *leadership*, al *team working*, nonché la flessibilità professionale, l'inclinazione al trasferimento delle competenze e la capacità di adattarsi a differenti contesti lavorativi. In realtà, proprio il fatto che in questi settori si mettano in luce le *soft skills*, le attitudini, assai più che le capacità professionali del lavoratore, mostra quanta distanza vi sia rispetto a un inquadramento ancorato alla professionalità e alle competenze cd. *hard*, quelle cioè specificamente legate al percorso formativo del lavoratore.

In altri settori, tuttavia, la contrattazione collettiva è riuscita a compiere passi notevoli e a costruire sistemi di inquadramento in sintonia con il nuovo ruolo che le deriva dalla riforma dell'art. 2103 c.c.⁹. Il riferimento ai *criteri di professionalità* nell'articolo 3 del titolo II della Sezione Quarta del

⁵ P. TOMASSETTI, *Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale*, in DRI, 2019, n. 4, 1149 ss., part. 1153 ss. Sul ruolo della contrattazione collettiva e degli altri "attori" nel quadro del "nuovo" art. 2103 c.c. cfr. B. CARUSO, *Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0*, in DLRI, 2018, n. 157, 81 ss.

⁶ Il VI rapporto Adapt sulla contrattazione collettiva del 2019 segnala che due terzi degli accordi di rinnovo del 2019 hanno previsto modifiche al sistema di classificazione e inquadramento (Adapt University Press, 2019, 13, reperibile online all'indirizzo https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/55627/mod_resource/content/3/2020_rapporto_contrattazione_VI.pdf).

⁷ Cfr. ancora BROLLO, *Tecnologie digitali e nuove professionalità* cit., p. 486 ss. per una valutazione critica sull'operato della contrattazione collettiva.

⁸ Cfr. TOMASSETTI, *Dalle mansioni alla Professionalità?* cit., 1159.

⁹ Cfr. GRAMANO, *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva* cit., p. 213.

CCNL Metalmeccanici¹⁰, nonché la menzione della *competenza tecnico-specifica* tra i criteri di professionalità, che devono guidare la definizione delle declaratorie secondo il punto 1.1 dell'art. 1 del medesimo titolo, dimostrano la chiara consapevolezza della funzione che il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. assegna alla classificazione contrattuale¹¹. Il nuovo CCNL Metalmeccanici non lega i livelli contrattuali alla professionalità solo attraverso *soft skills* ed elementi trasversali (come per es. competenze in campo linguistico o digitale, autonomia e responsabilità sul piano gerarchico funzionale), ma costruisce profili connessi a competenze tecniche centrali dal punto di vista della formazione¹².

2. L'obbligo di formazione previsto dal terzo comma dell'art. 2103 c.c. e la necessità di formazione del lavoratore come limite al *repêchage*

Nel quadro appena delineato è, come si anticipava, di particolare rilievo la formulazione del terzo comma dell'art. 2103 c.c., che prevede un obbligo di formare il lavoratore allo svolgimento delle nuove mansioni, senza correderlo di alcuna sanzione e, anzi, prevedendo espressamente che il mancato assolvimento dell'obbligo "non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni". L'obbligo formativo in questione collabora dunque inevitabilmente alla definizione dell'area di impiegabilità del lavoratore, specie ove si ritenga che esso sussista in ogni caso, vale a dire sia se si tratti di formare il prestatore allo svolgimento di mansioni cui il datore intenda adibirlo per proprio interesse diretto, sia se si tratti di formare il lavoratore allo svolgimento di mansioni alle quali potrebbe essere adibito per evitare il licenziamento.

La previsione secondo la quale l'assegnazione alle nuove mansioni resta ferma anche in difetto di adeguata formazione pare criticabile non solo perché un obbligo sfornito di sanzione sembra privo di senso, ma anche perché finisce per determinare una situazione di stasi, nella quale il lavoratore è astrattamente obbligato a un'attività senza avere i mezzi per adempiere e, quindi, potendosi rifiutare ex art. 1460 c.c. di svolgere i nuovi compiti ove il datore non adempia l'obbligo formativo. Ciò in particolare quando la contrattazione collettiva rafforzi la previsione di legge imponendo l'assolvimento di specifici obblighi formativi, che anzi potrebbero fondare anche

¹⁰ Sul nuovo CCNL Metalmeccanici sottoscritto il 5 febbraio 2021, il CCNL più avanzato nella costruzione di un inquadramento fondato sulla professionalità, si v. V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASSANDARI, F. SCARPELLI (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, Futura, 2023; G. ZILIO GRANDI (a cura di), *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*, Giappichelli, 2021; T. TREU (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Giappichelli, 2022. Cfr. inoltre I. ALVINO, L. IMBERTI, A. MARESCA, S. MOIA, L. PERO, *Ccnl metalmeccanici 2021: il rinnovamento compiuto... alla prova dell'applicazione*, in *DLRI*, 2022, p. 457 ss., part. p. 470 ss.

¹¹ Le ricadute di questa consapevolezza sono state diversamente intese nella dottrina che se ne è occupata, divisa tra chi ritiene la norma contrattuale restrittiva della libertà attribuita al datore di lavoro dall'art. 2103 c.c. nuovo testo e chi ritiene invece ferma la libertà di esercizio dello *ius variandi* datoriale all'interno dei singoli livelli di inquadramento. In quest'ultimo senso cfr. A. MARESCA, *Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative*, in T. TREU (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, Giappichelli, 2022, p. 37 ss.; per la prima opzione si v. M. BARBIERI, *Sub art. 3*, in V. BAVARO, F. FOCARETA, A. LASSANDARI, F. SCARPELLI (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici* cit., p. 329 ss., secondo il quale, in definitiva, "si deve perciò escludere che dove si applichi il Ccnl industria metalmeccanica si possano adibire i lavoratori a mansioni inferiori, poiché le previsioni contrattuali sono chiaramente deroghe *in melius* di quelle di legge" (cit. da p. 332).

¹² Cfr. A. MARESCA, *Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative*, cit., p. 37 ss. e S. CIUCCIOVINO, *Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale*, in *Federalismi.it*, 2022, n. 9, p. 129 ss.

richieste di risarcimento del danno da parte del lavoratore in caso di inadempimento del datore di lavoro.

In ogni modo, l'esclusione della nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni da parte del legislatore non significa necessariamente che il lavoratore sia tenuto ad eseguirle in difetto di adeguata formazione, e ciò non solo quando il contratto collettivo applicabile non abbia previsto specifici obblighi formativi. Pur essendo valido, l'atto di assegnazione potrebbe avere efficacia condizionata alla fruizione da parte del lavoratore della formazione necessaria in base al principio della buona fede *in executivis*. Quest'ultimo preclude al datore di lavoro creditore la richiesta di un adempimento che il debitore non è in grado di assicurare poiché privo delle competenze necessarie¹³, così come impedisce al lavoratore debitore il rifiuto di prestare attività che nei fatti è in grado di svolgere pur non essendo stato specificamente formato allo scopo.

Lo stesso principio di buona fede *in executivis* potrebbe implicare un onere a carico del datore di lavoro di garantire al lavoratore la formazione necessaria alla prosecuzione del rapporto di lavoro attraverso lo svolgimento di mansioni diverse tutte le volte che ciò sia necessario per evitarne il licenziamento? Una risposta generale in senso positivo a questa domanda implicherebbe l'inclusione della professionalità e della formazione nell'oggetto del contratto di lavoro, accogliendo un'opzione interpretativa che molto ha alimentato il dibattito dottrinale¹⁴. Un'opzione che senza dubbio garantirebbe l'interesse del lavoratore alla propria crescita professionale e quello del datore di lavoro al costante aggiornamento dei dipendenti e, in definitiva, alla maggiore "reattività" dell'organizzazione produttiva rispetto alle sopravvenienze, ma che esporrebbe entrambe le parti al rischio di un notevole aggravamento dei propri obblighi contrattuali. Il lavoratore sarebbe gravato di un dovere di formazione continua e di aggiornamento costante delle proprie competenze, che può invero rientrare negli obblighi prestatore solo se diretto ad aggiornare la professionalità necessaria allo svolgimento delle

¹³ Si prescinde volutamente dall'entrare nel dibattito relativo alla qualificazione della posizione del datore di lavoro che ha in passato animato la dottrina. Nei fatti, non sembra determinante che si arrivi al risultato valorizzando un obbligo di protezione ex art. 2087 c.c. (L. MONTUSCHI, *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*, Franco Angeli, 1986, p. 75-76; nello stesso senso mi paiono anche le riflessioni di C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004, p. 137 ss.), oppure un obbligo di cooperazione all'adempimento (L. GALANTINO, *Le politiche formative e la qualità del lavoro*, in AA.VV., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Cedam, 2005, p. 997; C. CESTER, *La diligenza del lavoratore*, in C. CESTER, M.G. MATTAROLO, *Diligenza e obbedienza del prestatore di lavoro*. Art. 2104, in F.D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, 2007, p. 152) o ancora, come si dice nel testo, la correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto (nell'ultimo caso, come noto, secondo parte della dottrina non si potrebbero fondare autonome posizioni debitorie, ma in questa sede non sembra che le conseguenze di un comportamento contrario a correttezza e buona fede risentano della configurazione in parola). Ciò che conta ai fini del discorso che si fa nel testo sono gli effetti che discendono da un comportamento del datore difforme da quello necessario a garantire che il lavoratore abbia le competenze necessarie allo svolgimento delle mansioni che egli stesso gli sta assegnando.

¹⁴ Per una parte della dottrina ciò rischierebbe di comportare una dilatazione eccessiva e incontrollabile degli obblighi del prestatore di lavoro: U. CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo*, in *DLRI*, 2004, 17 e 101 ss. (che trovo online nella Biblioteca 20 maggio del Centro Studi Massimo D'Antona https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/Articoli/2003-1_Carabelli.pdf); G.G. BALANDI, *Formazione e contratto di lavoro*, in AA.VV., *Formazione e mercato del lavoro in Italia e in Europa*, Atti del XV Congresso nazionale di diritto del lavoro, S. Margherita di Pula, 1-3 giugno 2006, cit., 385; G. LOY, *La professionalità*, in *RGL*, 2003, I, p. 764 ss., sul punto p. 771. Sul piano dogmatico poi va ricordato come l'ingresso della professionalità e della formazione nell'oggetto del contratto di lavoro rischino di collidere con il requisito di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale, oltre i già citati scritti di Carabelli e Balandi, cfr. M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in AA.VV., *Le ragioni del Diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, tomo II, Giuffrè, 1995, p. 1120; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004, pp. 81-107, e M. D'ONGHIA, *Un itinerario sulla qualità del lavoro*, in *RGL*, 2009, n. 2, I, p. 257 ss., qui pp. 273-274.

mansioni di origine, non certo di altre mansioni. Dall'altro lato, il datore di lavoro potrebbe essere ritenuto obbligato a garantire al lavoratore strumenti di formazione continua, con il rischio di ritenerlo sempre obbligato ad assicurare la formazione necessaria alla prosecuzione dell'impiego del lavoratore, anche nei casi in cui la formazione sia cioè finalizzata ad ampliare il novero delle mansioni cui il prestatore possa essere adibito adempiendo al cd. obbligo di *repêchage*.

Una simile lettura graverebbe il datore di lavoro di un obbligo accessorio di formazione dai contorni indeterminati. È dunque comprensibile che una parte della giurisprudenza tenda a limitare l'impatto della riforma dell'art. 2103 c.c. sul potere datoriale di recesso, affermando che l'obbligo di *repêchage* non avrebbe ad oggetto tutte le mansioni astrattamente assegnabili al lavoratore ex art. 2103 c.c., ma solo quelle per lo svolgimento delle quali egli possieda le competenze professionali¹⁵. L'obbligo formativo di cui al terzo comma del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. resterebbe dunque confinato alle sole fattispecie di mutamento discrezionale delle mansioni, vale a dire al mutamento di mansioni non determinato dall'esigenza di evitare il licenziamento.

Questa interpretazione, pur sostenuta dall'apprezzabile intento di individuare un argine oggettivo all'estensione dell'obbligo di *repêchage*, non sembra possa obliterare il nesso logico che esiste tra quest'ultimo e l'oggetto del contratto. Se il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. ha dilatato l'area delle mansioni esigibili, sembra innegabile che la stessa area valga a definire il perimetro di quella che potremmo individuare come "impiegabilità" del lavoratore medesimo e dunque a delimitare il diritto del lavoratore a continuare a svolgere le mansioni che gli possono essere richieste, evitando il licenziamento. E infatti non sono mancate anche in giurisprudenza voci in questo senso¹⁶, sebbene sia vero che il nuovo testo dell'art. 2103 c.c., corredato dall'obbligo formativo di cui al terzo comma, possa avere effetti "esplosivi" sulla latitudine dell'obbligo di *repêchage*, specie a fronte di forme di inquadramento contrattuale collettivo, in genere tendenzialmente non coerenti con i profili professionali. Questa è la ragione del primo orientamento ricordato: quella giurisprudenza cerca di supplire all'inefficienza delle classificazioni contrattuali collettive individuando nella formazione necessaria allo svolgimento delle mansioni di ripescaggio il limite all'obbligo datoriale.

L'orientamento in parola non può tuttavia, ad opinione di chi scrive, essere seguito per varie ragioni e, in primo luogo, perché indirettamente esso restituisce rilievo alla professionalità nella disciplina delle mansioni, rilievo che il legislatore della riforma aveva nei fatti voluto, se non eliminare, almeno confinare nei limiti in cui fosse stato oggettivato nelle classificazioni

¹⁵ Cfr. T. Roma 24 luglio 2017, giud. Cosentino, che si può leggere sul sito di LDE all'indirizzo <https://www.lavorodirittieuropa.it/sentenze/sentenze-jobs-act/81-tribunale-di-roma-ordinanza-26-luglio-2017>: "deve ritenersi che ai fini dell'assolvimento dell'obbligo di *repechage*, il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare l'indisponibilità di posti di lavoro di livello corrispondente a quello in cui è inquadrato il lavoratore: la scomparsa del riferimento alla categoria dell'equivalenza nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. determina una maggiore ampiezza e flessibilità dell'ambito di utilizzazione orizzontale del dipendente"; tuttavia, secondo il Tribunale, il datore può limitarsi a provare "la mancata disponibilità di posizioni dello stesso livello e categoria di inquadramento del lavoratore, purché però si tratti di mansioni libere, che non necessitino di idonea formazione in quanto l'obbligo formativo è stato configurato nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. come conseguenza della scelta unilaterale del datore di lavoro". Al contrario "in un contesto relativo alla sussistenza di ragioni organizzative e produttive idonee a giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'obbligo di attribuire al lavoratore mansioni che necessitino di adeguata formazione significherebbe infatti imporre al datore un ulteriore costo economico". Nel senso della valorizzazione del bagaglio professionale del lavoratore come limite al *repêchage* cfr. anche Cass. 17 novembre 2022, n. 33892, che limita l'onere del datore di lavoro alla prospettazione al dipendente della "possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo *bagaglio professionale*". Da ultimo, cfr. Cass. 13 novembre 2023, n. 31561, part. il punto 2.3.

¹⁶ Trib. Lecco, sez. lav., 31 ottobre 2022, n. 159, in *ADL*, 2023, 4, p. 811 ss. con nota di A. BEBBER, *L'obbligo di *repechage* si estende alla formazione del lavoratore? Un altro obiter dictum*.

contrattuali. Inoltre, se è vero che esso costruisce un confine certo a un obbligo di *repêchage* altrimenti senza limiti, è anche vero che finisce per individuare il punto di equilibrio in un fattore, la necessità o meno di formazione per svolgere le mansioni di destinazione, che di per sé non necessariamente costituisce sempre un aggravio eccessivo per il datore di lavoro, ben potendo un'attività formativa non risultare eccessivamente onerosa e, viceversa, il *repêchage* di un lavoratore risultare eccessivamente oneroso anche ove la sua formazione non sia indispensabile.

La valutazione dell'eccessiva onerosità del *repêchage* deve inevitabilmente essere rimessa al giudizio del caso concreto, non potendosi individuare un argine oggettivo e predefinito all'obbligo datoriale che sia valido in ogni caso. Differenti compagini aziendali avranno diverse possibilità di assolvere all'obbligo formativo di cui al terzo comma dell'art. 2103 c.c. nuovo testo e dunque un limite all'obbligo datoriale individuato proprio nel non dover formare il lavoratore per renderlo in grado di svolgere le mansioni di ripescaggio sembra foriero di distorsioni.

3. Obbligo formativo ex art. 2103, terzo comma, c.c. e accomodamenti ragionevoli per i disabili. La logica unitaria che governa le ipotesi di *repêchage* del lavoratore

A conferma di quanto si sta dicendo circa i limiti dell'obbligo datoriale di *repêchage* vanno considerate le altre fattispecie nelle quali sussistono un obbligo formativo o un obbligo di adattamento dell'organizzazione produttiva finalizzati alla conservazione del rapporto di lavoro, che partecipano, ad avviso di chi scrive, della medesima *ratio* normativa dell'obbligo di formazione previsto dal terzo comma dell'art. 2103 c.c. Si tratta del rapporto di lavoro dei soggetti disabili e del rapporto di lavoro nel caso della sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore¹⁷. In queste ipotesi è previsto che il datore di lavoro adotti accomodamenti ragionevoli con lo scopo di consentire la prosecuzione dell'impiego dei disabili o dei soggetti divenuti inidonei allo svolgimento delle mansioni assegnate.

La nozione di accomodamenti ragionevoli si rinviene nell'art. 2, 4 cpv. della Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità, che fa riferimento a “le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati *che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo* adottati, ove ve ne sia necessità in casi particolari, per garantire alle persone con disabilità il godimento e l'esercizio, su base di uguaglianza con gli altri, di tutti i diritti umani e delle libertà fondamentali”¹⁸. Sulla stessa linea, peraltro, già l'art. 5 della dir. 2000/78 affermava che il datore di lavoro deve prendere “i provvedimenti appropriati, in funzione delle esigenze delle situazioni concrete, per consentire ai disabili di accedere ad un lavoro, di svolgerlo o di avere una promozione o perché possano ricevere una formazione, a meno che tali provvedimenti richiedano da parte del datore di lavoro *un onere finanziario sproporzionato*”. Precisando poi che “tale soluzione non è

¹⁷ Una precisazione della quale forse non ci sarebbe necessità, ma che sembra opportuna date le osservazioni di qualcuno nel dibattito, riguarda la differenza che corre tra la ricostruzione della logica di fondo che accomuna più discipline esistenti e l'applicazione analogica di una di esse, che presuppone invece una lacuna nell'ordinamento. “L'analogia è un procedimento mediante il quale l'interprete del diritto, qualora vi sia una lacuna (ovvero quando un caso o una materia non siano espressamente disciplinati), applica le norme previste per casi simili o materie analoghe (art. 12 disp. prel. c.c.)” (cit. dalla voce Analogia su www.treccani.it). Nel caso di cui si discute nel testo nessuna lacuna esiste nell'ordinamento.

¹⁸ Sulla nozione di accomodamenti ragionevoli v. il recente lavoro monografico di C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*, Editoriale Scientifica, 2022, spec. p. 216 ss. e p. 226 ss.

sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”¹⁹.

Entrambe le norme individuano il limite della collaborazione che il datore di lavoro deve prestare all'adempimento del lavoratore disabile nel fatto che le attività necessarie, gli accomodamenti utili appunto, non comportino un onere finanziario sproporzionato, vale a dire non siano eccessivamente onerosi per il datore di lavoro stesso. Si ha così un'ulteriore conferma di quanto si andava sostenendo nelle pagine che precedono e di quanto si è a suo tempo dimostrato²⁰: la logica è la stessa che vale per il *repêchage* ed è quella dell'eccessiva onerosità sopravvenuta. La ragionevolezza degli accomodamenti sta appunto nel non comportare oneri eccessivi per la parte datoriale. Questa lettura è pienamente confermata dalla legislazione nazionale attuativa, che del resto rinvia alle fonti internazionali ed europee citate per la nozione di accomodamenti ragionevoli²¹.

L'interpretazione proposta aiuta anche a meglio comprendere l'art. 4, comma 4 della l. 68/99, a norma del quale per “i lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia [...], l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. *Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori*, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative [...]”. La norma andrebbe letta nell'ottica degli *accomodamenti ragionevoli*, che, come detto, non devono, ai sensi dell'art. 2, quarto capoverso, della Convenzione ONU del 2006 e dell'art. 5 della direttiva 2000/78, imporre al datore di lavoro *un onere sproporzionato o eccessivo*²². Dunque, la impossibilità di assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori altro non sarebbe che l'eccessiva onerosità per il datore di lavoro di una simile modifica organizzativa.

Va rimarcato che, sebbene nel sistema della l. 68/99 il disabile sia solo quello il cui deficit sia stato accertato dalle competenti commissioni o dall'Inail (cfr. art. 1 lett. a e b l. 68/99)²³, nella normativa internazionale ed europea e in altri settori di quella nazionale che fa riferimento alla nozione (per es. sulle discriminazioni) può dirsi accolto un concetto di disabilità “bio-psicosociale”, assai più

¹⁹ Sulla base delle norme cui si fa riferimento nel testo, la nozione viene introdotta nella legislazione italiana della l. 68/99 e del d.lgs. 216/2003: v. l'art. 14, comma 4 lett. b, che peraltro usa il termine accomodamenti ragionevoli senza chiarire in quale accezione sia accolto, come del resto anche l'art. 3, comma 3*bis* d.lgs. 216/2003 (introdotto dall'art. 9, c. 4-*ter*, d.l. n. 76/2013, conv. con modd. nella L. n. 99/2013, in attuazione dell'art. 5 della dir. 2000/78) rinviando alla Convenzione ONU. Dunque per la nozione di accomodamenti ragionevoli va necessariamente fatto riferimento alla Convenzione ONU del 2006 e all'art. 5 della Dir. 2000/78, intitolato “Soluzioni ragionevoli per i disabili”.

²⁰ Sia consentito il rinvio a L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento. Tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, Editoriale Scientifica, 2008.

²¹ Cfr. il comma 3*bis* dell'art. 3 del d.lgs. 216/2003, inserito dall'art. 9, c. 4-*ter*, d.l. n. 76/2013, conv. con modificazioni nella l. n. 99/2013 (l'intervento segue Cgue 4 luglio 2013, C-312/1114, che condanna l'Italia per insufficiente trasposizione della Dir. 2000/78/CE), secondo il quale “al fine di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento delle persone con disabilità, i datori di lavoro pubblici e privati sono tenuti ad adottare *accomodamenti ragionevoli, come definiti dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità*, ratificata ai sensi della legge 3 marzo 2009, n. 18, nei luoghi di lavoro, per garantire alle persone con disabilità la piena eguaglianza con gli altri lavoratori” (corsivo mio).

²² Cfr. tra i molti S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in RGL, 2016, II, p. 621 ed E. PASQUALETTO, *La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili*, QDLRI, 1999, p. 102.

²³ Sulla maggiore rigidità che connota la nozione di disabilità per l'accesso protetto al lavoro cfr. C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale* cit., spec. p. 138 ss., anche in riferimento alle Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità di cui al d.m. 11 marzo 2022, n. 43.

lato e che prescinde da una “certificazione” pubblica²⁴. L’art. 1, comma 2 della Convenzione ONU del 2006 sui diritti delle persone con disabilità le individua espressamente in quelle che “presentano durature menomazioni fisiche, mentali, intellettive o sensoriali che in interazione con barriere di diversa natura possono ostacolare la loro piena ed effettiva partecipazione nella società su base di uguaglianza con gli altri”. Non vi è dunque alcun riferimento a una disabilità “accertata” da organi ufficiali, disabile essendo considerato il soggetto che abbia delle limitazioni durature sul piano fisico, mentale, intellettuale e sensoriale che ne ostacolano la partecipazione sociale in condizioni di uguaglianza con gli altri. E ad avviso di chi scrive questo approccio conferma una interpretazione come quella che qui si propone, nel senso di una lettura unitaria della disciplina degli adattamenti organizzativi necessari alla prosecuzione del rapporto di lavoro dei disabili, comunque intesi, dei lavoratori divenuti inidonei e, in definitiva, di tutti i lavoratori che possano essere considerati inidonei alle mansioni di ripescaggio.

Si consideri anche l’art. 42 del TU 81/2008, secondo il quale “il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, [...] attua le misure indicate dal medico competente e qualora le stesse prevedano un’inidoneità alla mansione specifica adibisce il lavoratore, *ove possibile*, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza”. Qui, come nel già ricordato l’art. 4, comma 4 della l. 68/99, sembra inevitabile riconoscere che la “possibilità” di impiego su mansioni equivalenti o inferiori altro non sia che la ragionevolezza di modifiche e adattamenti “necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo” di cui tratta la Convenzione Onu del 2006, quindi la non eccessiva onerosità degli accomodamenti necessari a consentire la prosecuzione dell’impiego del lavoratore divenuto inidoneo alla mansione specifica.

La medesima logica guida dunque la valutazione di tutti i comportamenti datoriali che consentono il *repêchage* del lavoratore permettendo di evitarne il licenziamento, e nella stessa prospettiva va letto l’assolvimento dell’obbligo formativo di cui al nuovo testo dell’art. 2103 c.c. A prescindere dall’inquadramento giuridico cui si voglia ricondurre la fattispecie (buona fede *in executivis*, obblighi di protezione, obbligo di cooperazione all’adempimento *ex art. 1206 c.c.*²⁵), il ragionamento di fondo non cambia. Il datore deve secondo correttezza e buona fede fare quanto possibile per conservare in vita il rapporto di lavoro. E quanto possibile, come detto, non può che essere quanto non sia eccessivamente oneroso, sulla falsariga di quanto l’art. 1467 c.c., commi 1 e 3 stabilisce per tutti i contratti a esecuzione continuata o periodica. L’obbligo di formazione introdotto nel terzo comma dell’art. 2103 c.c. partecipa di questa stessa logica e va quindi letto come un accomodamento ragionevole.

La valutazione dell’eccessiva onerosità sarà diversa nelle varie ipotesi, in particolare perchè per l’occupazione dei disabili “certificati” si potrà furire di fondi pubblici e, nella specie, di quelli del Fondo regionale previsto dall’art. 14 della l. 12 marzo 1999, n. 68 e destinati al “rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all’adozione di accomodamenti ragionevoli in favore dei

²⁴ Cfr. B. DE MOZZI, *Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento*, in *LDE*, 2020, n. 2, par. 1 e 2, part. p. 5 e C. DI CARLUCCIO, *Lavoro e salute mentale* cit., p. 204 ss. Per la giurisprudenza europea cfr. C. giust. 11 aprile 2013, cause riunite C-335/11 e C- 337/11, *HK Danmark c. Dansk almennyttigt Boligselskab*; C. giust. 18 gennaio 2018, causa C- 270/16, *Ruiz Conejero c. Ferroservicios Auxiliares SA*; C. giust. 18 marzo 2014, causa C-363/12, *Z. c. Government department e al.*; C. giust. 18 dicembre 2014, causa C-354/13, *FOA c. KL*; C. giust. 1 dicembre 2016, causa C-395/15, *Mohamed Daouidi c. Bootes Plus SL*. Nella giurisprudenza nazionale, tra le ultime ad affrontare il tema della nozione di disabilità rilevante, cfr. Cass. 19 marzo 2018, n. 6798.

²⁵ Cfr. la dottrina citata *retro* alla nota 13.

lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento”. Quindi la misura della “possibilità” (art. 42 TU 81/08), della ragionevolezza (art. 14, comma 4, lett. b l. 12 marzo 1999, n. 68) o della non eccessiva onerosità (Convenzione ONU e art. 5 dir. 2000/78, nonché art. 3, comma 3bis d.lgs. 216/03) potrà essere differente. La ragionevolezza sul piano economico degli accomodamenti da adottare andrà considerata tenendo conto della possibilità o meno di fruire del rimborso forfetario parziale di cui all’art. 14, comma 4, lett. b l. 12 marzo 1999, n. 68, previsto solo in caso di disabilità del lavoratore certificata superiore al 50 per cento della capacità lavorativa. Questo è del resto ciò cui allude l’art. 5 della Dir. 2000/78, a norma del quale l’onerosità della soluzione che consenta la prosecuzione del rapporto di impiego non potrà dirsi eccessiva o sproporzionata tutte le volte in cui il carico finanziario sopportato dal datore sia “compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili”.

Il datore di lavoro deve fare quel che può, deve impegnare delle risorse per rendere possibile la conservazione del rapporto di lavoro, purché il ripescaggio del lavoratore non si riveli eccessivamente oneroso. Nel nuovo quadro normativo “l’assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall’imprenditore” non è lo è più²⁶ nel senso delineato dalla pronuncia n. 7755/98 delle Sezioni Unite²⁷. L’assioma dell’intangibilità dell’organizzazione imprenditoriale va riletto come rimessione alla discrezionalità imprenditoriale della scelta delle soluzioni ipotizzabili, fermo restando che egli è tenuto ad impiegare ogni accorgimento che consenta la prosecuzione del rapporto di lavoro nei limiti in cui non risulti eccessivamente oneroso.

L’art. 2103, comma terzo, c.c. è quindi l’ultimo elemento di un sistema normativo coerente, che individua nell’eccessiva onerosità delle misure il limite dell’onere di adottare gli adattamenti organizzativi funzionali al ripescaggio del lavoratore, superando il dogma dell’intangibilità della struttura produttiva disegnata dal datore di lavoro. Quest’Ultimo sarà tenuto a formare il lavoratore se possa servire a evitarne il licenziamento, nei limiti in cui ciò non risulti eccessivamente oneroso. La logica di fondo è la stessa degli accomodamenti ragionevoli per i disabili e, anzi, la formazione può ben essere considerata l’accomodamento ragionevole per eccellenza, che si tratti di lavoratore disabile o non disabile.

²⁶ La giurisprudenza è ormai orientata decisamente, in armonia con le indicazioni che provengono dalla legislazione nazionale ed europea, nel senso di un sindacato penetrante sulla possibilità di trovare soluzioni alternative al licenziamento dei lavoratori inidonei o disabili in senso lato, anche eventualmente modificando l’organizzazione produttiva. Per fare due esempi, si v. Cass. 19 marzo 2018, n. 6798, secondo la quale il datore di lavoro deve anche modificare l’assegnazione delle mansioni di altri lavoratori ove ciò possa servire al reinserimento del lavoratore inidoneo; secondo Cass. 8 maggio 2023, n. 12132 il datore di lavoro deve considerare ai fini del *repêchage* anche le posizioni che si libereranno in un periodo di tempo ragionevole. V. poi anche Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896 e Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, commentate da M. DE FALCO, *L’accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l’Inail*, in LDE, 2021, n. 3. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497 è anche in RIDL, 2021, II, p. 597 ss. con nota di C. ALESSI, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*.

In dottrina, per riflessioni sui limiti dell’intangibilità della discrezionalità datoriale rispetto alle esigenze di tutela dell’impiego dei lavoratori disabili cfr. G. FERRARO, *Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali*, in C. LAMACCHIA (a cura di), *Disabilità e lavoro*, Ediesse, 2009, p. 335 ss. e, più di recente, C. SPINELLI, *La sfida degli “accomodamenti ragionevoli” per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act*, in DLM, 2017, I, p. 39 ss.

²⁷ Cass. S.U. 7 agosto 1998, n. 7755, in RIDL, 1999, 170 con nota di G. PERA, *Dalla licenziabilità o non del lavoratore divenuto totalmente inabile*. Sul tema del *repêchage* negli ultimi anni si v., tra i tantissimi, R. DEL PUNTA, *Sulla prova dell’impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico*, e R. ROMEI, *La regola del repêchage alla luce della nuova formulazione dell’art. 2103 c.c.*, ambedue in M. CONFORTINI (a cura di), *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità*. Liber amicorum, Giappichelli, 2018, tomo II, rispettivamente 1189 ss. e 1269 ss.; M. FERRARESI, *L’obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione*, in DRI, 2016, 845; E. VILLA, *Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in DRI, 2020, 116; in particolare, in relazione alla inidoneità psicofisica, cfr. M. FORLIVESI, *Brevi riflessioni su sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni, repêchage e “patto di dequalificazione”*, in RIDL, 2014, 10; S. GIUBBONI, *Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento*, in RGL, 2016, II, p. 621.