



Numero 1 / 2025

Francesco PERRONE

Repêchage, formazione e licenziamento dopo la sentenza
della Corte costituzionale n. 128 del 2024

***Repêchage*, formazione e licenziamento dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2024**

Francesco PERRONE

Giudice del Tribunale del lavoro di Padova

Sommario. 1. Il problema del rapporto tra *repêchage* e *ius variandi*. 2. Il *repêchage* è applicazione diretta o estensione analogica del *ius variandi*? 3. Il *repêchage* come (possibile) adempimento degli obblighi di correttezza e buona fede.

1. Il problema del rapporto tra *repêchage* e *ius variandi*.

La sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2024 ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 3, comma 2 del *Jobs Act* sulle tutele crescenti nella parte in cui non prevedeva l'applicazione della tutela reintegratoria anche nelle ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo in cui sia direttamente dimostrata in giudizio l'insussistenza del fatto materiale allegato dal datore di lavoro, rispetto alla quale, come precisato anche nel dispositivo della pronuncia, «resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore».

Tale sentenza è stata ampiamente dibattuta. Da più parti si è osservato che l'affermata estraneità al «fatto materiale» di ogni questione concernente il ricollocamento del lavoratore rappresenterebbe un indebito sconfinamento nel campo della nomofilachia, istituzionalmente riservato alla Corte di Cassazione. Resta il fatto che, indubbiamente, tale statuizione assume una portata anche nomofilattica. A fronte di ciò, è necessario affrontare le questioni interpretative riguardanti l'*an* e l'estensione dell'obbligo datoriale di ripescaggio alla luce di una lettura integrata della giurisprudenza costituzionale e della giurisprudenza di legittimità.

Il nodo da sciogliere, che sta a monte di ogni ulteriore possibile questione interpretativa, è se esista un'area di intersezione tra la fattispecie del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e i presupposti di esercizio del *ius variandi*, alla luce della novellazione apportata al testo dell'art. 2013 c.c. dal d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

Con sentenza 13 novembre 2023, n. 31561¹, la Corte di Cassazione, per la prima volta a seguito dell'entrata in vigore della riforma, si è pronunciata sul tema del rapporto intercorrente tra ripescaggio e *ius variandi*. Quantomeno sotto il profilo del risultato pratico, la Corte non si è distaccata dal proprio consolidato orientamento interpretativo. Nella pronuncia si afferma che, ai fini del ripescaggio, la capacità/incapacità professionale del lavoratore licenziando deve essere valutata in concreto, in ragione delle capacità professionali effettivamente possedute e delle competenze necessarie allo svolgimento della diversa mansione che risultasse disponibile in

¹ Cass., sentenza 13 novembre 2023, n. 31561, Pres. Doronzo, Rel. Amendola.

azienda. Ciò vale, a giudizio della Corte, sia rispetto a mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento, sia rispetto a mansioni di livello inferiore assegnate a neoassunti in concomitanza con il licenziamento: il datore di lavoro dovrà provare perché un cassiere non sarebbe in grado di svolgere la mansione, ad esempio, di lavapiatti o di cameriere, se ad essa è stato adibito un neoassunto senza alcuna pregressa esperienza professionale.

Fin qui nulla di nuovo, potremmo dire.

La sentenza, tuttavia, offre lo spunto per uno sviluppo interpretativo di notevole impatto regolativo, che un orientamento dottrinale aveva già preannunciato², laddove, al paragrafo 2.5, critica la pronuncia d'Appello per aver ritenuto di per sé «del tutto neutra» – quindi irrilevante ai fini della valutazione di fungibilità mansionale – la circostanza che le mansioni cui erano stati adibiti i nuovi assunti rientrassero talune nel medesimo livello di inquadramento (il V livello del CCNL pubblici esercizi, cui apparteneva anche il profilo di cassiere posseduto dal lavoratore licenziato), altre in un livello inferiore. Ciò perché una volta scomparso dall'art. 2103 c.c. il più restrittivo vincolo delle «mansioni equivalenti», il testo novellato testualmente prevede, al comma 1, che il «lavoratore deve essere adibito [...] a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Quindi, punto di partenza è che l'area delle mansioni esigibili dal datore di lavoro nell'esercizio del *ius variandi* è non più circoscritta al bagaglio professionale concretamente posseduto dal lavoratore, bensì estesa, *per relationem*, a tutte le mansioni appartenenti al livello di inquadramento stabilito dalla disciplina collettiva applicabile (oltre che alla categoria legale). Se ne dovrebbe dedurre, specularmente, che il datore di lavoro, anche quando chiamato a verificare la disponibilità in azienda di posizioni lavorative cui adibire un lavoratore passibile di licenziamento per g.m.o., è ugualmente tenuto a prendere in considerazione l'intera gamma delle mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

Ecco, allora, il *puncum pruriens*. Come noto, a un medesimo livello contrattuale possono appartenere mansioni che presuppongono capacità professionali anche molto diverse tra loro, e comunque lontane dal bagaglio di conoscenze posseduto dal lavoratore. Tanto che il novellato art. 2103 c.c., al terzo comma, espressamente prevede che il mutamento di mansioni sia accompagnato, ove necessario, «dall'assolvimento dell'obbligo formativo». Si tratta allora di capire se il datore di lavoro che intenda procedere a un licenziamento per motivo oggettivo sia ora tenuto a ripescare il lavoratore anche in mansioni le quali, seppur appartenenti al medesimo livello di inquadramento, siano eterogenee rispetto al bagaglio professionale posseduto dal lavoratore, e se esista in tal caso un obbligo per il datore di lavoro di erogare una formazione *ad hoc* che renda possibile la riconversione di quel lavoratore, e, ancora, se vi sia un limite giuridico che circoscriva il *quantum* di tale onere formativo.

Invero, il caso deciso dalla sentenza n. 31561/2023 non esigeva di spingersi a tanto, atteso che, in quel caso, poteva facilmente darsi per assodata l'immediata reimpiegabilità in semplici mansioni d'ordine, senza necessità di formazione aggiuntiva, del dipendente che avesse fino ad

² CARINCI M.T., *L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act*, in RIDL, 2017, 2, 230. Cfr. in questo senso anche Corte d'Appello di Napoli, sentenza del 28 marzo 2023.

allora lavorato come cassiere. E tuttavia, l'argomentato collegamento concettuale, tracciato dalla Cassazione, tra ripescaggio e condizioni di legittimo esercizio del *ius variandi* costringe a domandarsi quale rapporto *sistematico* esista, ora, tra l'uno e l'altro istituto.

2. Il *repêchage* è applicazione diretta o estensione analogica del *ius variandi*?

In dottrina si è sviluppato un consistente orientamento interpretativo che cerca e trova nell'art. 2103 c.c. il fondamento giustificativo dell'obbligo di ripescaggio³. In buona sostanza, i presupposti normativi di legittimo esercizio del *ius variandi* risultano assorbiti all'interno della fattispecie del licenziamento per g.m.o. alla stregua di criteri legali di determinazione dell'*an* e del *quomodo* del ripescaggio. La fattispecie del licenziamento per g.m.o. viene quindi intesa quale sotto-fattispecie del *ius variandi*, e precisamente un sottoinsieme per intersezione, laddove l'insieme intersezione comprende il comune ambito applicativo che, in tesi, ripescaggio e *ius variandi* condividono.

Se valesse questa impostazione teorica, si dovrebbe anche ammettere che, nei casi di licenziamento per g.m.o., le regole dell'art. 2103 c.c. dovrebbero trovare applicazione in via *diretta*, in quanto chiamate a disciplinare una fattispecie che si assume compresa nel proprio naturale ambito di applicazione. Pertanto, il datore di lavoro sarebbe tenuto all'adempimento dell'obbligo formativo del lavoratore ripescabile per applicazione diretta, e a quel punto integrale, del comma 3 dell'art. 2103 c.c..

Questa tesi "sincretista", tuttavia, non risulta accettabile, in quanto non risponde alle eterogenee esigenze teoriche e pratiche sottese all'uno e all'altro istituto.

Il *ius variandi*, infatti, appartiene all'ambito della *discrezionalità* datoriale, in quanto potere funzionale al perseguimento di interessi organizzativi propri del datore di lavoro. Il *ius variandi* attribuisce un potere d'azione che il datore di lavoro può discrezionalmente decidere se e come esercitare nel perseguimento di suoi propri interessi, fermo il rispetto dei limiti stabiliti dalla legge a tutela di concorrenti interessi facenti capo al lavoratore.

Il senso del «deve», contenuto nel primo comma dell'art. 2103 c.c., non allude certo alla doverosità dell'esercizio di tale potere organizzativo (che non avrebbe senso), semmai impone il rispetto del vincolo dello «stesso livello e categoria legale di inquadramento» qualora il datore di lavoro, con la discrezionalità che gli spetta, ritenga di esercitare il potere organizzativo che la legge gli attribuisce.

È anche vero, per altro verso, che il «deve» sancisce o, per meglio dire, ribadisce anche il diritto contrattuale del lavoratore ad essere adibito alle mansioni di assunzione. Ciò, evidentemente, non ha a nulla che vedere con l'esercizio di un potere organizzativo datoriale (il *ius variandi*): altro non è se non l'esatto adempimento del contratto da parte del datore di lavoro (salvo il successivo esercizio del *ius variandi*, nel rispetto dei presupposti di legge).

³ CARINCI M.T., *op. cit.*; VILLA E., *Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo*, in DRI, 2020, 1, 116; ROMEI R., *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, in PERULLI A. (a cura di), *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, Giappichelli, 2017, 107; GRAMANO E., *Ius variandi e formazione nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Labor*, 2021, 3, 272; BROLLO M., *Inquadramento e ius variandi*, in SANTORO PASSARELLI G. (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, Utet, 2017, 845.

Per contro, nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo il ripescaggio appartiene all'ambito della *doverosità*: il datore di lavoro, il quale si prefiguri un licenziamento per g.m.o., ha l'*obbligo* di ripescare il lavoratore (nei limiti della disponibilità pratica), essendo l'obbligo di ripescaggio declinazione logicamente necessaria del principio di *extrema ratio* del licenziamento.

Ovviamente, il principio di *extrema ratio* non può giocare alcun ruolo nei meccanismi regolativi del *ius variandi*, essendo ontologicamente diversi gli interessi sottesi all'una e all'altra situazione.

Anche sotto il profilo dei rispettivi fondamenti costituzionali, ripescaggio e *ius variandi* mostrano la loro eterogeneità funzionale: mentre il principio di *extrema ratio* è declinazione del principio del *favor laboratoris* e, ancor più alla radice, del principio lavoristico (artt. 4 e 35 Cost.), l'art. 2103 c.c. è disciplina attuativa del principio della libertà d'impresa (art. 16 CdfUe, art. 41 Cost.).

Se vale quanto detto, la differenza ontologica, funzionale e valoriale intercorrente tra ripescaggio e *ius variandi* induce a escludere che, sotto il profilo dogmatico, il primo possa essere immaginato quale sotto-fattispecie del secondo.

Tale opzione ricostruttiva è impedita anche da ostacoli di natura prettamente normativa. Il secondo comma dell'art. 2103 c.c., laddove menziona la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore», descrive una fattispecie solo apparentemente capace di descrivere anche il fatto materiale di g.m.o., che l'art. 8 della l. n. 604/1966 definisce come ragione inerente «all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa». Tale associazione concettuale non è ammissibile perlomeno per tre motivi.

In primo luogo, la fattispecie del comma 2 è solo parzialmente coincidente con quella che descrive il fatto materiale di g.m.o.. Essa deborda per eccesso, in quanto si riferisce, con più ampia portata, a tutti i casi di *incisione* sulla posizione del lavoratore, non selettivamente all'ipotesi di soppressione del posto di lavoro. Essa è anche sfocata per difetto, atteso che copre il solo caso di assegnazione a mansioni inferiori, mentre l'ipotesi di adibizione a mansioni di pari livello rimarrebbe, in ipotesi, assorbita nella fattispecie del comma 1, la quale però prescinde dall'esistenza di qualunque ragione organizzativa, economica o produttiva presupposta.

In secondo luogo, quella del comma 2 è una fattispecie di dettaglio inserita in una più ampia e articolata disciplina. Pretendere di dare isolata applicazione al solo comma 2 significa estrapolare la disposizione normativa dal suo contesto e disgregare di un corpo regolativo unitario, la cui fattispecie “di base”, contenuta nel comma 1, finirebbe per essere artificialmente obliterata.

In terzo luogo, devono essere considerati taluni incoerenti effetti che l'applicazione della teoria “sincretista” produrrebbe sul piano sistematico. La disciplina del *ius variandi* prevede, al comma 3, che l'obbligo di formazione del lavoratore sia sostanzialmente illimitato. Ciò è coerente con la *ratio* normativa del *ius variandi*, che attribuisce al datore di lavoro-imprenditore ampia *discrezionalità*, a partire dall'*an*, nell'impiego di un particolare strumento di governo dell'impresa. Se l'obbligo formativo non si estendesse “fin dove necessario”, l'interesse del lavoratore alla protezione della propria posizione lavorativa risulterebbe schiacciato a fronte di arbitrare modificazioni del contenuto del rapporto di lavoro unilateralmente disposte dalla controparte

contrattuale. In ipotesi, il datore di lavoro potrebbe strumentalmente approfittare dell'esercizio del *ius variandi* per assegnare a un lavoratore sgradito una nuova mansione che costui non sia in grado di svolgere, così da precostituire un motivo di prevedibile licenziamento per inadempimento del contratto di lavoro.

Ecco, quindi, il gigante nella cristalliera. L'obbligo di formazione dell'art. 2103, comma 3 c.c., una volta applicato in via diretta al ripescaggio, non potrebbe che avere una portata altrettanto illimitata. A mitigare tale effetto espansivo non potrebbe soccorrere il criterio della ragionevolezza, che è principio estraneo alla logica regolativa dell'art. 2103 c.c.. La ragionevolezza, quale criterio limitativo degli obblighi datoriali, è contemplata altrove nell'ordinamento nazionale e sovranazionale, ad esempio nella perimetrazione dell'obbligo di adottare, nei casi previsti, accomodamenti che siano appunto «ragionevoli» (cfr. art. 3, comma 3 *bis* del d.lgs. n. 216/2003, art. 5 e Considerando n. 20 della direttiva 2000/78/CE, art. 2 della Convenzione Onu 13 dicembre 2006).

Si osserva, quindi, che prendere di ricondurre il ripescaggio al diretto ambito applicativo dell'art. 2103 c.c. significherebbe sottoporre il licenziamento per g.m.o. a un regime vincolistico ancor più gravoso di quello previsto per il licenziamento del disabile, rispetto al quale l'obbligo di disporre accomodamenti è appunto contenuto nei limiti della ragionevolezza: con una sovversione, anche in questo caso, dell'ordine ontologico dei fatti e del peso valoriale degli interessi presidiati.

Nella sentenza n. 31561/2023 la Corte di Cassazione ha in qualche modo glissato sul tema, senza però astenersi dal porre sul tavolo argomenti chiaramente “evocativi”. Nella successiva sentenza 20 giugno 2024, n. 17036⁴, la Corte ha invece preso una posizione apparentemente più esplicita, affermando che il datore di lavoro, nell'adempimento dell'obbligo di ripescaggio, in nessun caso è tenuto a provvedere alla formazione o alla riqualificazione del lavoratore passibile di licenziamento per g.m.o. al fine di permetterne il ripescaggio. Ciò perché, a giudizio della Corte, il comma 3 dell'art. 2103 c.c. esclude che dalla violazione dell'obbligo di formazione derivi la nullità dell'atto di assegnazione a mansioni diverse.

Ciò che interessa in questa sede è che, nell'*iter* motivazionale della sentenza, la Corte ha escluso la sussistenza di qualunque obbligo formativo seguendo un percorso argomentativo che, a ben vedere, è del tutto interno all'art. 2103 c.c.. La Corte ha dimostrato di allinearsi all'idea che il fondamento del ripescaggio stia pur sempre “dentro” alla disciplina dell'art. 2103 c.c., proprio in quanto sarebbe il suo comma 3 a “salvare” gli effetti dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni a fronte del mancato adempimento dell'obbligo formativo.

Tutto ciò considerato, la tesi “sincretista” risulta difficilmente percorribile, in quanto essa finisce per esporre al rischio di contorsioni dogmatiche più gravi dei problemi che si prefigge di risolvere.

Una volta escluso che, nella disciplina del ripescaggio, le regole dell'art. 2103 c.c. possano trovare applicazione in via diretta, si potrebbe ipotizzare che esse possano trovare applicazione, *indirettamente*, per estensione analogica.

⁴ Cass., sentenza 20 giugno 2024, n. 17036, Pres. Esposito, Rel. Patti.

Questa tesi non può che dare per assunto, evidentemente, che ripescaggio e *ius variandi* rispondano a una medesima *ratio legis*.

Ma ripescaggio e *ius variandi* sono davvero sorretti da un'*eadem ratio*? Ritengo che ciò debba essere escluso. Come accennato sopra, il ripescaggio è declinazione del principio di *extrema ratio* del licenziamento, che a sua volta è espressione del *favor lavoratoris*. Per contro, il *ius variandi* è prerogativa funzionale alla potestà organizzativa dell'impresa, che è espressione della libertà di iniziativa economica.

Più in generale, merita una qualche attenzione il rischio di fraintendere il senso del *favor lavoratoris* e di attribuire, aprioristicamente, un'identità di *ratio* a istituti in realtà governati da logiche non assimilabili. Nel tessuto argomentativo variamente sviluppato dalla giurisprudenza, il *favor lavoratoris* ha assunto non di rado una sfocata valenza concettuale, alla stregua di immanenza ubiquitariamente presenze in ogni piega delle norme giuslavoristiche.

Tuttavia, il *favor lavoratoris* non può essere trattato come fosse una specie di manna che cade indistintamente "a pioggia" sul diritto del lavoro *en bloc*. Il *favor lavoratoris*, semmai, va ricercato norma per norma, lì dove c'è. Esso concorre a definire la *ratio legis* posta a fondamento di puntuali – per quanto numerose – norme di diritto del lavoro sia sostanziale (ad esempio il regime legale delle presunzioni e dell'onere della prova, nonché l'articolato sistema di diritti che il lavoratore può far valere asimmetricamente nei confronti del datore di lavoro), sia processuale (ad esempio i criteri di determinazione della competenza territoriale del giudice, l'asimmetrico regime derogatorio previsto per le ordinanze di pagamento di somme ex art. 423 c.p.c., l'esecutorietà della sentenza, nonché, secondo certe discutibili interpretazioni, l'attribuzione di poteri istruttori officiosi ex art. 421 c.p.c.).

Quindi, è bene resistere alla tentazione – in cui talvolta cadono giudici e accademici – di voler trattare il *favor lavoratoris* un po' come fosse il *favor rei*, essendo i due *favores* differentemente fondati a livello costituzionale e differentemente declinati sul piano del diritto sostanziale e processuale. Ad esempio, il giudice penale, nella valutazione della prova critica, è vincolato *in dubio pro reo* (art. 533 c.p.p.): tale criterio, nell'indicare il *quantum* di prova che il giudice deve ritenere integrato per considerare adempiuto un certo onere probatorio (la soglia dell'«oltre ogni ragionevole dubbio» individuata dal diritto vivente), in effetti pervade orizzontalmente il giudizio penale, senza eccezioni possibili. Per contro, il processo del lavoro (oltre a prevedere un onere della prova molto più variamente ripartito, per altro in forza di norme non processuali, ma sostanziali) non conosce uno speculare criterio di valutazione della prova critica, il quale in ipotesi vincoli il giudice ad accertare i fatti *in dubio pro lavoratore*, o secondo un altro eventuale diverso criterio. Ciò perché il legislatore lavoristico ha ritenuto di declinare il principio del *favor lavoratoris* non anche nel senso di legificare criteri che vincolino il giudice nella valutazione della prova critica⁵. Ancora, sul versante sostanziale, il divieto di analogia *in malam partem* percorre trasversalmente ogni fattispecie penale incriminatrice. Per contro, nel diritto del lavoro il *favor lavoratoris* non impone un divieto

⁵ In concreto, in una causa di accertamento della subordinazione il riparto dell'onere probatorio è disciplinato dalla norma sostanziale sancita dall'art. 2697 c.c. (con il temperato dell'art. 421 c.p.c.), ma non esiste nessuna norma che indichi il *quantum* di dimostrazione del fatto costitutivo, modificativo o estintivo del diritto che deve essere raggiunto per ritenere quel fatto provato.

di analogia *contra laboratorem*. Il ragionamento analogico è assoggettato ai principi generali che regolano l'analogia, i quali richiedono di individuare la *ratio legis* di una determinata disposizione normativa e, in base a quest'ultima, di valutare caso per caso se, e con quali limiti, l'interpretazione analogica sia o meno ammissibile, *in malam* o *bonam partem*.

In conclusione, tra ripescaggio e *ius variandi* intercorre un'alterità di *rationes* giustificative che rende inestendibili al primo, foss'anche in via analogica, le regole che governano il secondo.

3. Il *repêchage* come (possibile) adempimento degli obblighi di correttezza e buona fede.

Nella ricerca di un possibile fondamento giustificativo dell'estensione dell'ambito operativo del ripescaggio, potrebbe soccorrere un orientamento giurisprudenziale che variamente valorizza il ruolo giocato dagli obblighi di correttezza e di buona fede contrattuale (artt. 1175 e 1375 c.c.)⁶.

Come noto, i principi di correttezza e buona fede impongono a ciascun contraente di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra parte, anche al di là della disciplina legale e delle previsioni negoziali, nei limiti in cui tale salvaguardia non comporti un apprezzabile sacrificio dell'interesse proprio.

Al di là di ogni altra considerazione, deve essere chiarito che ritenere i principi di correttezza e buona fede il fondamento giustificativo dell'obbligo di ripescaggio significa riconoscere che la questione della disponibilità/indisponibilità di posizioni lavorative, cui adibire il lavoratore da ripescare, sta al di fuori della struttura del *fatto materiale* di g.m.o..

Non sono quindi condivisibili, quantomeno in linea di principio, nemmeno le soluzioni ermeneutiche che rappresentino il ripescaggio quale elemento strutturale del fatto materiale di g.m.o., e, al contempo, quale adempimento dovuto *anche* in osservanza degli obblighi di correttezza e di buona fede. Tali tesi suggeriscono infatti la possibilità di coesistenza di due prospettive dogmatiche che sono sostanzialmente inconciliabili.

Anche sotto il profilo pratico, accedere all'una piuttosto che all'altra tesi (quella dell'appartenenza al fatto materiale di g.m.o. ovvero quella di una sua derivazione dagli obblighi di correttezza e di buona fede) determina conseguenze reciprocamente escludenti: è in gioco, nei casi coperti dall'art. 18 Stat. lav., lo spostamento della tutela dalla misura reintegratoria del comma 4 a quella indennitaria del comma 5; nei casi coperti dal *Jobs Act* sulle tutele crescenti, lo spostamento dalla tutela reintegratoria dell'art. 3, comma 2, del d.lgs. n. 23 del 2015, così come riformulato dalla sentenza della Corte costituzionale n. 128 del 2024, alla residuale tutela indennitaria dell'art. 3, comma 1.

Queste conclusioni non possono essere messe in discussione in ragione della parziale differenza lessicale, valorizzata da parte della dottrina, intercorrente tra la formulazione dell'art. 18 Stat. lav., il quale fa riferimento al «fatto contestato», e l'art. 3 *Jobs Act*, che menziona invece il

⁶ Cfr. la stessa Cass. n. 31561/2023, nonché il preesistente orientamento giurisprudenziale cui aderiscono Cass. n. 10018/2016, Cass. n. 23698/2015, Cass. n. 4509/2016, Cass. n. 29099/2019.

«fatto *materiale* contestato». Le due espressioni non possono che valere come sinonimi, atteso che è l'attributo *contestato*, presente in entrambi i testi, a consentire la trasfigurazione del *fatto* da elemento ontologicamente (e necessariamente) *materiale a fatto* in senso normativo.

Tutto ciò a riconferma che l'obbligo di ripescaggio, se concepito quale declinazione dei principi di correttezza e buona fede, non può che situarsi all'esterno del *fatto materiale* posto a fondamento del g.m.o..

Vi è anche da dire che questa conclusione si pone in linea con quanto deciso dalla sentenza costituzionale n. 128/2024, laddove la Corte ha sancito che dal «fatto materiale allegato dal datore di lavoro [...] resta estranea ogni valutazione circa il ricollocamento del lavoratore».

Oltretutto, a fronte del pronunciamento di costituzionalità, l'espunzione del ripescaggio dalla struttura costitutiva del fatto materiale di g.m.o. deve oggi essere assunta quale dato di rango legislativo, in quanto tale ineludibile.

Una volta chiariti i rapporti intercorrenti tra correttezza, buona fede e fatto materiale di g.m.o., i principi di correttezza e buona fede rappresentano, allo stato, l'unica *possibile* - non obbligata - via di ampliamento dell'ambito di operatività del ripescaggio.

Resterebbe comunque tutto da definire il contenuto che l'obbligo di ripescaggio verrebbe ad assumere in concreto, ad esempio in merito ai livelli contrattuali da prendere in considerazione (di quanto superiori e/o inferiori rispetto a quello fissato nel contratto di lavoro, sino a che grado di omogeneità rispetto alle mansioni di provenienza...) e in merito all'estensione qualitativa e quantitativa dell'onere formativo.

Un preminente ruolo pretorio verrebbe inevitabilmente affidato all'elaborazione giurisprudenziale. Emerge una certa affinità con l'ordinamento francese, nel cui seno la giurisprudenza ha elaborato una dottrina sui presupposti e sul contenuto dell'*obligation de reclassement* muovendo dal generalissimo dovere di adeguare i dipendenti all'evoluzione del loro impiego nei casi di soppressione o modificazione del posto di lavoro⁷. Il diritto vivente è stato poi recepito dall'art. L. 1233-4 del Codice del lavoro, e ulteriormente rafforzato dalla decisione del *Conseil constitutionnel* del 13 gennaio 2005, con cui si è affermato che il diritto alla ricollocazione dei lavoratori suscettibili di licenziamento per motivi economici sorge direttamente dal diritto di ognuno, anch'esso generalissimo, «all'ottenimento di un impiego».

Si nota che, anche nel diritto francese, il fondamento dell'obbligo di ripescaggio sta al di fuori del fatto materiale presupposto. Poi, in concreto, la giurisprudenza d'oltralpe ha interpretato l'estensione del *reclassement* nel senso di limitarlo a un obbligo formativo piuttosto modesto, che permetta di completare le competenze già in possesso del lavoratore, senza però imporre l'impartizione di una formazione completa che assicuri la maturazione di competenze professionali di cui il lavoratore sia del tutto privo, o l'acquisizione di una qualifica di un livello di molto superiore a quella posseduta.

Va anche detto che la sentenza della Corte costituzionale n. 128/2024 si presta a taluni rilievi critici, i quali potrebbero condizionare il grado e le modalità di recepimento del suo *decisum* ad opera della giurisprudenza di merito e di legittimità.

⁷ Cass., Soc., 1° aprile 1992; Cass., Soc., 18 gennaio 2011.

In primo luogo, l'esclusione del ricollocamento del lavoratore dalla struttura del fatto materiale di g.m.o., stabilita nel dispositivo della sentenza n. 128/2024, risulta essere una conclusione costituzionalmente non necessaria rispetto alle stesse premesse da cui la Corte prende le mosse.

In secondo luogo, più in generale, l'abbandono delle "rime obbligate", e la corrispondente apertura del sindacato delle leggi al difetto di sistematicità, lascia intravedere un potenziale conflitto sia con le attribuzioni proprie della funzione legislativa, sia con la competenza nomofilattica della giurisdizione di legittimità. Ne deriva un sostanziale riassetto delle rispettive attribuzioni. Ciò potrebbe generare *side effects* oggi non del tutto prevedibili, e così aggravare il processo di disarticolazione che oggi già affligge l'organicità del sistema normativo giuslavoristico.