

# L'art. 2103 c.c. dopo il *Jobs Act* e la latitudine dell'obbligo datoriale di *repêchage*

Luca Calcaterra

1. Premessa. La ricerca della flessibilità nella gestione della manodopera e i suoi effetti collaterali

Questo breve studio è dedicato alla memoria di Riccardo del Punta, studioso non solo estremamente prolifico nell'attività di ricerca e punto di riferimento per i giovani e in genere per tutti i colleghi, ma che ha avuto un notevole peso anche sul piano tecnico normativo, avendo contribuito a disegnare una delle più rilevanti riforme degli ultimi decenni, quella dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori operata dalla l. 92/2012 (cd. legge Fornero). Il tema che si affronta nelle pagine che seguono è un tema sul quale Riccardo aveva in diverse occasioni speso delle riflessioni. Da ultimo, nel contributo «Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico», pubblicato nel volume curato da Adalberto Perulli nel 2017 su «Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo», era riuscito con poche pennellate e con la consueta chiarezza ad individuare i problemi conseguiti alla riforma dell'art. 2103 c.c., peraltro ridimensionandone il peso rispetto alla definizione dell'ambito di estrinsecazione dell'obbligo di *repêchage*<sup>1</sup>. Il presente lavoro, pur nella condivisione di alcune riflessioni di Riccardo del Punta, mira a sottolineare e ad approfondire gli aspetti più spinosi della riforma dello *ius variandi* datoriale nei suoi riflessi sulla disciplina del licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

<sup>1</sup> Del Punta 2017, sul punto 44 sgg. e part. 46 prime righe.

La ricerca di nuovi orizzonti di flessibilità organizzativa e gestionale per le imprese, com'è noto, ha sostenuto l'idea di una riforma della disciplina delle mansioni, che ha trovato attuazione nell'ambito del cd. Jobs Act del 2015<sup>2</sup>. La già complessa regolamentazione del potere datoriale di assegnare compiti e funzioni al lavoratore<sup>3</sup> si è così ulteriormente complicata e ramificata, pur nell'intento di semplificare la vita alle imprese riducendo i vincoli allo *ius variandi*. Vincoli che, vale bene ricordarlo, erano intesi a presidiare, secondo interpretazione graniticamente consolidata, il bene fondamentale della professionalità del lavoratore e della sua dignità<sup>4</sup>.

Le modifiche ad alcune strutture chiave di una normativa, come spesso accade, si riverberano sugli istituti che a quelle sono connessi, senza che il legislatore ne abbia sempre piena consapevolezza e, sovente, senza che intervenga per «gestire» compiutamente gli «effetti collaterali» delle riforme.

Questo contributo mira a indagare alcune ricadute indirette della riforma del 2015 dell'art. 2103 c.c. e a discuterne le possibili linee interpretative a fronte di una sostanziale noncuranza del legislatore rispetto al problema della definizione degli inquadramenti contrattuali, che nella nuova disciplina non hanno più mera valenza sul piano economico retributivo, diventando gli argini del potere datoriale e, al tempo stesso, rischiando di essere considerati indice di presunte, del tutto teoriche, capacità del prestatore di lavoro.

## 2. L'art. 2103 c.c. come antecedente logico della disciplina del *repêchage*, la responsabilità del legislatore e il ruolo della contrattazione collettiva

Come sempre è necessario prendere le mosse dal testo normativo. Dopo la riforma, la norma consente di adibire il lavoratore a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, nonché a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore rientranti nella medesima categoria legale se vi siano modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore<sup>5</sup>.

Il legislatore lega lo *ius variandi* all'inquadramento contrattuale, senza preoccuparsi del fatto che all'interno del singolo livello di inquadramento possano essere ricomprese mansioni del tutto eterogenee sul piano professionale, parte di percorsi di carriera distinti e non collegati, frutto di una diversa formazione:

<sup>2</sup> Per la disciplina delle mansioni nelle sue varie versioni resta fondamentale la lettura di Giugni 1963; Liso 1982; Pisani 1996; Broilo 1997. Tra le monografie più recenti si segnalano Gargiulo 2008; Ferluga 2012; nonché, da ultimo, Gramano 2022.

<sup>3</sup> Sulla complessità, anche a livello definitorio, della disciplina delle mansioni cfr., tra i molti, Magnani 2004, 168 e 177, e Loy 2003, 765.

<sup>4</sup> Cass., sez. un., 24 marzo 2006, n. 6572 in *RIDL*, 2006, II, 687; Cass., 13 aprile 2004, n. 7043; Cass., 26 maggio 2004, n. 10157. In dottrina, tra i tanti, cfr. ancora Magnani 2004, 177; più di recente, si veda Casillo 2020; Gramano 2021, sul punto part. 262 sgg.; ma soprattutto Lazzari 2017.

<sup>5</sup> Questo in base al testo dei primi due commi dell'art. 2103 c.c.

mansioni, dunque, che il prestatore ben può non essere in grado di svolgere<sup>6</sup>. La nuova disciplina lascia quindi esposto il lavoratore al rischio di assegnazioni potenzialmente dannose, quando non ritorsive o discriminatorie.

In realtà la latitudine del potere attribuito al datore di lavoro desta qualche perplessità. La stessa pretesa libertà del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni, che sono considerate equivalenti sol perché ricomprese nel medesimo livello contrattuale, si scontra con una potenziale impossibilità di porre in essere nei fatti decisioni in questo senso, poiché del tutto improduttivo sarebbe affidare al prestatore compiti che questi non sarebbe in grado di svolgere.

Inoltre, è immaginabile che il lavoratore possa opporre un rifiuto all'adibizione a mansioni che non ha le competenze per eseguire, rifiuto che assai difficilmente potrebbe dirsi ingiustificato<sup>7</sup>. L'assegnazione al lavoratore di compiti siffatti, del resto, è suscettibile di essere qualificata come atto discriminatorio o ritorsivo (a seconda delle fattispecie e del contesto), di fronte al quale è legittimo il rifiuto in autotutela dell'esecuzione della prestazione. Ciò tuttavia non elimina il rischio di sanzioni disciplinari, nonché quello di essere ritenuto inadempiente in giudizio ove sia diversamente valutata la compatibilità sul piano professionale tra le mansioni di provenienza e quelle di destinazione.

L'attuale ampiezza delle declaratorie contrattuali non solo espone il lavoratore al rischio di cui si sta dicendo, ma in fondo non giova neanche al datore di lavoro, che concretamente potrebbe vedere sue decisioni organizzative qualificate come illegittime per fattori che sono estranei all'impianto normativo dell'art. 2103 c.c., secondo il quale sarebbero invece formalmente legittime le assegnazioni a mansioni ricomprese nel medesimo livello contrattuale.

È quindi ben comprensibile l'auspicio della dottrina, che sottolinea l'esigenza di modifiche radicali ai livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi, che dovrebbero raccogliere le diverse mansioni in aree omogenee sul piano funzionale e professionale<sup>8</sup>. Ciò è ancor più rilevante in quanto, come si diceva in apertura, l'art. 2103 c.c. rappresenta l'antecedente logico necessario della disciplina del *repêchage* o, se si vuole, uno specchio della latitudine del potere datoriale di recesso: laddove c'è il potere di adibire a mansioni diverse, c'è anche il dovere di considerare il lavoratore impiegabile in quelle mansioni come alternativa al licenziamento.

<sup>6</sup> Come all'indomani della riforma del 2015 già rilevava, tra gli altri, Falsone 2016, 18 (poi pubblicato anche in Gramano Zilio Grandi 2016, 62 e 73 sgg.).

<sup>7</sup> Cfr. Brollo 2019, 488 per la sottolineatura del «pericolo di un uso discriminatorio, vessatorio o ritorsivo del mutamento di mansioni in danno al lavoratore»; Gramano 2021, 269 sgg. 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.

<sup>8</sup> Tomassetti 2019, 1153 sgg. Sul ruolo della contrattazione collettiva e degli altri «attori» nel quadro del «nuovo» art. 2103 c.c. cfr. Caruso 2018.

Non sembra tuttavia che i pur apprezzabili sforzi di valorizzazione della professionalità<sup>9</sup> consentano di affermare che la contrattazione collettiva sia riuscita a risolvere il problema in tutti i settori produttivi<sup>10</sup>.

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 organizzativi (Tomassetti 2019, 1159). 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 strada vada ancora percorsa verso 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 armonici con il nuovo ruolo che le deriva dalla riforma dell'art. 2103 c.c. (Gramano 2021, 213), giungendo, sulla linea già indicata in dottrina<sup>11</sup>, a separare la classificazione delle mansioni finalizzata alla fungibilità sul piano professionale da quella finalizzata alla quantificazione della retribuzione. Tra i più interessanti, l'Accordo di rinnovo del sistema di classificazione del personale per il settore Occhiali industria del 17 maggio 2017 – che contempla aree professionali omogenee – l'Accordo integrativo 26 maggio 2021 del Ccnl Credito e Assicurazioni del 18 dicembre 2017 (Agenzie assicurazione – Unapass) – il cui art. 17 prevede delle aree professionali «multilivello», che cioè inglobano più livelli retributivi, facendo espresso riferimento alla fungibilità tra le mansioni incluse nelle aree professionali, escludendo solo le posizioni di capo ufficio e di vice capo ufficio – e il Ccnl Intersettoriale Commercio, Terziario, Distribuzione, Servizi, Pubblici esercizi del 20 luglio 2020, il cui Allegato I contiene l'impegno delle parti all'adozione di un sistema di classificazione dei lavoratori basato sulle competenze ed elenca una serie di profili professionali articolati in livelli.

Il contratto collettivo più avanzato nella costruzione di un inquadramento fondato sulla professionalità sembra quello dei metalmeccanici, sottoscritto il 5 febbraio 2021 al termine di un lungo percorso iniziato nel 2016 con l'accordo

<sup>9</sup> 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](https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/55627/mod_resource/content/3/2020_rapporto_contrattazione_VI.pdf)).

<sup>10</sup> Cfr. ancora Brolo 2019, 486 sgg. per una valutazione critica sull'operato della contrattazione collettiva.

<sup>11</sup> Cfr. Pisani 2016, 159 sgg., nonché Pisani 2015, 51 sgg.

sulla costituzione di una commissione paritetica per la elaborazione di un nuovo sistema di classificazione e poi integrato con l'accordo del 3 maggio 2021<sup>12</sup>. L'articolo 3 del titolo II della Sezione Quarta del Ccnl Metalmeccanici recita: «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti al livello superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti, *in coerenza con i criteri di professionalità di riferimento*, alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione». Questa norma, unitamente ai criteri di individuazione della professionalità, costituisce l'architrave della nuova classificazione, che mira a rendere l'inquadramento contrattuale coerente con la rilevanza che l'art. 2103 c.c. gli assegna nel quadro della disciplina delle mansioni<sup>13</sup>.

Quanto precede mi sembra confermato da una lettura congiunta dell'art. 3 citato con il punto 1.1 dell'art. 1 del titolo II della sezione quarta del Ccnl Metalmeccanici<sup>14</sup>. Questo secondo prevede infatti che «Le declaratorie sono definite sulla base dei seguenti criteri di professionalità: autonomia – responsabilità gerarchico/funzionale, *competenza tecnico-specifica*, competenze trasversali, polivalenza, polifunzionalità, miglioramento continuo ed innovazione correlati ai nuovi sistemi integrati di gestione». Come si vede il contratto valorizza in questo punto, oltre a caratteristiche comuni a diverse professionalità, le stesse competenze tecniche attinenti al ruolo, vale a dire specificamente necessarie per ricoprire quel ruolo e svolgere quelle mansioni o, per usare le parole del contratto<sup>15</sup>, «le conoscenze e le capacità tecniche operative, di processo, di prodotto e di requisiti di certificazione, studio e/o esperienza, direttamente connesse allo specifico ambito di azione nel contesto aziendale». Dunque il Ccnl Metalmeccanici non fonda l'ancoraggio dei livelli contrattuali alla professionalità solo su *soft skills* ed elementi trasversali (come per es. competenze in campo linguistico o digitale, autonomia e responsabilità sul piano gerarchico funzionale), ma costruisce profili legati alle competenze «*core*» sul piano della formazione<sup>16</sup>. In questo modo la di-

<sup>12</sup> Sul nuovo Ccnl Metalmeccanici si veda Bavaro, Focareta, et al. 2023; Zilio Grandi 2021; Treu 2022. Cfr. inoltre, per un approfondimento, le opinioni di Alvino, Imberti, et al. 2022, 470 sgg. per il nuovo sistema di classificazione dei lavoratori.

<sup>13</sup> In dottrina si è registrato il contrasto tra chi ritiene che la norma contrattuale abbia ristretto la 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. Maresca 2022; per la prima opzione si veda Barbieri 2022, 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» (la cit. è tratta da pagina 332).

<sup>14</sup> Cfr. 70 del pdf del contratto.

<sup>15</sup> Cfr. il glossario al punto 1.4 di 78 del Ccnl Metalmeccanici.

<sup>16</sup> In questo senso cfr. Ciucciiovino 2022, nonché Ciucciiovino 2023, secondo cui «La norma ha consentito ai contratti collettivi che hanno saputo cogliere la portata dell'innovazione, come ad esempio ha fatto il Ccnl del settore metalmeccanico e della installazione di impianti con il rinnovo del 2021, di rideterminare l'oggetto stesso della prestazione, non più descritta attraverso

screzionalità datoriale nell'assegnazione a nuove mansioni viene sostanzialmente limitata sia quanto all'eventuale demansionamento a parità di settore di attività e competenza, come avverrebbe di fronte a una riduzione sul piano dell'autonomia o della responsabilità gerarchica a parità di «settore di competenza» (per es. il marketing o la produzione), sia quanto all'eventuale spostamento in altro settore a parità di autonomia e responsabilità gerarchica, che potrebbe mettere in seria difficoltà il lavoratore che non abbia esperienza alcuna in quel settore.

Inoltre, il nuovo inquadramento costruito dal Ccnl Metalmeccanici prevede «una classificazione unica articolata in nove livelli di inquadramento ricompresi in quattro campi di responsabilità di ruolo»: Ruoli Operativi; Ruoli Tecnico Specifici; Ruoli Specialistici e Gestionali e, infine, Ruoli di Gestione del cambiamento e Innovazione<sup>17</sup>. Anche questo metodo di classificazione per campi di responsabilità di ruolo che raggruppano i diversi livelli aiuta a definire l'area di possibile impiego e reimpiego dei lavoratori.

Esiste, in sostanza, una relazione di proporzionalità inversa tra numero dei livelli contrattuali e latitudine dello *ius variandi* datoriale. Dunque, meno sono i livelli contrattuali, più essi saranno ampi e, di conseguenza, meno saranno idonei a definire in modo utile i confini del potere datoriale, sicché ove, invece di costruire un nesso tra inquadramento e professionalità (come nel caso del ccnl metalmeccanici di cui si è detto nelle pagine che precedono), la contrattazione collettiva lavori nel senso di semplificare l'inquadramento riducendo i livelli contrattuali ne deriverà inevitabilmente la necessità di indicare la professionalità del lavoratore quale punto di riferimento per l'esercizio del potere datoriale. Così è, per esempio, nel caso del CCSL del gruppo FCA (oggi come noto confluito nel gruppo Stellantis), che già dal 2015 prevede all'art. 6bis una classificazione sperimentale in appena tre macro aree professionali, con la naturale conseguenza di dover riconoscere che in relazione all'applicazione del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. «resta fermo il rispetto del principio giurisprudenziale della compatibilità professionale».

### 3. La rilevanza dell'obbligo di formazione previsto dal terzo comma dell'art. 2103 c.c.

Nel quadro della regolamentazione del nuovo art. 2103 c.c. l'impegno delle parti collettive nella rivisitazione dei sistemi di classificazione del personale è di particolare rilievo. Ciò specie se si tiene conto della formulazione del terzo comma dell'art. 2103 c.c., che prevede sì un obbligo di assicurare al lavoratore la formazione necessaria allo svolgimento delle nuove mansioni, ma lo priva di qualsiasi apparato sanzionatorio, dichiarando espressamente che il mancato as-

so le mansioni, ma attraverso il ruolo, la professionalità e il livello di responsabilità. Sicché la prestazione dovuta e il relativo trattamento contrattuale dipende non solo da ciò che il lavoratore fa, quanto invece da come lo fa, dal suo bagaglio competenziale e dalle modalità con cui la prestazione viene integrata nell'impresa e interrelata organizzativamente con quella degli altri lavoratori» (la cit. è tratta da pagina 96). Nello stesso senso cfr. Maresca 2022, 37 sgg.

<sup>17</sup> Cfr. 65 del Ccnl.

solvimento del suddetto obbligo formativo «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

L'esclusione della nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni in assenza dell'assolvimento dell'obbligo formativo, vale a dire in mancanza della formazione necessaria a svolgere le nuove mansioni, sembra frutto di un compromesso ambiguo dal quale deriva un potenziale corto circuito esegetico. La norma è invero criticabile, sia perché non si comprende come potrebbe il lavoratore essere tenuto a svolgere i nuovi compiti assegnati se non abbia la formazione necessaria ad adempiere correttamente, sia perché sul piano giuridico un obbligo sfornito di sanzione è una contraddizione in termini. Salvo, appunto, a non voler ritenere che, ferma restando la validità dell'atto di adibizione alle nuove mansioni, il lavoratore possa rifiutarsi di svolgere la propria attività *ex art.* 1460 c.c. finché non riceva la formazione necessaria. Una distinzione che ha ovvie ricadute in termini di potenziale contenzioso, mentre la nullità dell'atto datoriale avrebbe potuto salvaguardare assai meglio la certezza del diritto.

L'eccezione di inadempimento opposta dal lavoratore alla richiesta della esecuzione di mansioni che non abbia la formazione per svolgere sembra una soluzione valida sicuramente nel caso in cui la stessa contrattazione collettiva applicabile rafforzi la previsione di legge imponendo l'assolvimento di specifici obblighi formativi, che anzi aprirebbero la via anche a richieste di risarcimento del danno da parte del lavoratore di fronte all'inadempimento del datore di lavoro. Ad avviso di chi scrive, tuttavia, sebbene una clausola esplicita della contrattazione collettiva semplifichi indubbiamente il quadro, legittimando l'eventuale eccezione di inadempimento del lavoratore, il fatto che la norma escluda la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni non significa necessariamente che il lavoratore sia tenuto ad eseguirle quando il contratto collettivo applicabile non abbia previsto specifici obblighi formativi e il datore non eroghi od organizzi le attività formative necessarie. L'atto di assegnazione potrebbe cioè essere valido, ma avere efficacia sospesa, condizionata alla fruizione da parte del lavoratore della formazione necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti affidatigli. Ciò, se non altro, in virtù del principio della buona fede *in executivis*, che impedirebbe al datore di richiedere un adempimento che il lavoratore non è in grado di assicurare e per il quale non possiede le competenze tecniche necessarie<sup>18</sup>. Na-

<sup>18</sup> 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, che si arrivi al risultato valorizzando un obbligo di protezione *ex art.* 2087 c.c. (Montuschi 1986, 75-7; nello stesso senso mi paiono anche le riflessioni di Alessi 2004, 137 sgg.), oppure un obbligo di cooperazione all'adempimento (Galantino 2005; Cester 2007) o ancora, come si dice nel testo, la correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto, non sembra determinante (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.

turalmente la stessa buona fede andrà osservata dal lavoratore, che non potrà artatamente rifiutarsi di prestare attività che nei fatti è in grado di svolgere pur non essendo stato specificamente formato allo scopo.

A ridosso della fattispecie di cui si discute resta il problema più generale dell'inclusione della professionalità e, soprattutto, della formazione nell'oggetto del contratto di lavoro, che molto ha fatto discutere in passato la dottrina<sup>19</sup>. In un'ottica «progressista» potrebbe dirsi che l'inserimento nell'oggetto contrattuale di un obbligo relativo alla formazione a carico di entrambe le parti, quanto meno come estensione della correttezza e buona fede nell'esecuzione dello stesso, garantisce l'interesse del lavoratore alla crescita professionale e, al contempo, quello del datore di lavoro al costante aggiornamento dei dipendenti e, in definitiva, alla maggiore «reattività» dell'organizzazione produttiva rispetto alle sopravvenienze.

Tuttavia, una simile soluzione esporrebbe entrambe le parti al rischio di un notevole aggravamento dei propri obblighi contrattuali. Ove la formazione e l'aggiornamento professionale fossero inclusi nell'oggetto del contratto di lavoro il lavoratore si troverebbe esposto a un dovere di formazione continua e di aggiornamento costante delle proprie competenze. Un simile aggiornamento può concepirsi come rientrante nelle obbligazioni gravanti sul prestatore solo in limiti abbastanza ristretti, quando cioè sia teso ad aggiornare la professionalità necessaria allo svolgimento delle mansioni di origine, non certo quando sia finalizzato allo svolgimento di altre mansioni. Dall'altro lato, il datore di lavoro potrebbe essere ritenuto obbligato a garantire al lavoratore strumenti di formazione continua, con conseguenti costi e carico gestionale.

Resta dunque assai più plausibile ed equilibrata una ricostruzione che veda l'obbligo di formazione scaturire da situazioni specifiche, come le modifiche organizzative che incidono sulla posizione del lavoratore. Va però indagato quali siano la natura e la funzione di un simile obbligo nel quadro della regolamentazione delle mansioni e del licenziamento.

#### 4. I disabili e gli accomodamenti ragionevoli. La logica di fondo della disciplina e le linee evolutive della regolamentazione del *repêchage*

Nel dare seguito a quanto ci si è appena proposti, vale a dire nell'indagare natura, funzione e limiti dell'obbligo formativo previsto a carico del datore di lavoro dal terzo comma dell'art. 2103 c.c., è di fondamentale importanza un'a-

<sup>19</sup> Per una parte della dottrina ciò rischierebbe di comportare una dilatazione eccessiva e incontrollabile degli obblighi del prestatore di lavoro: Carabelli 2004 (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](https://csdle.lex.unict.it/sites/default/files/Documenti/Articoli/2003-1_Carabelli.pdf)>); Balandi 2006, 385; Loy 2003, 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. Napoli 1995; Alessi 2004, 81-107, e D'Onghia 2009, 273-4.

nalisi delle altre fattispecie nelle quali un obbligo formativo o un obbligo di adattamento dell'organizzazione produttiva, finalizzati alla conservazione del rapporto di lavoro, possono ritenersi sussistenti a prescindere dal terzo comma dell'art. 2103 c.c. Ciò accade in particolare nella disciplina del rapporto di lavoro dei prestatori disabili e in quella, affine, del rapporto di lavoro nel caso della sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore.

Va precisato che la ricostruzione della logica di fondo della disciplina nulla ha a che vedere con l'applicazione analogica, che presuppone 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.)»<sup>20</sup>. Nel caso che ci occupa nessuna lacuna è rinvenibile nell'ordinamento.

Il percorso di analisi che si propone nulla ha dunque a che vedere con l'applicazione analogica, ma mira, al contrario, a ricostruire la logica retrostante le diverse norme esistenti, che disciplinano fattispecie diverse, ma che, a mio avviso, rispondono a una medesima funzione e intendono assolvere a quella funzione sulla base di principi di fondo comuni.

Fulcro della proposta di lettura di questa normativa è la nozione di accomodamenti ragionevoli. La nozione è introdotta nella normativa italiana della l. 68/99 e del d.lgs. 216/2003<sup>21</sup> sulla base dell'art. 2, quarto capoverso, della Convenzione ONU del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone con disabilità e dell'art. 5 della Dir. 2000/78. Per accomodamento ragionevole si intendono «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» (così testualmente l'art. 2, 4 cpv. della Convenzione ONU)<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Cfr., per tutti, la voce Analogia su [www.treccani.it](http://www.treccani.it).

<sup>21</sup> Cfr. art. 14, comma 4 lett. b, che peraltro usa il termine accomodamenti ragionevoli senza chiarire in quale accezione sia accolto, come del resto fa anche l'art. 3, comma 3bis d.lgs. 216/2003 (introdotta 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, di talché va necessariamente fatto riferimento alla Convenzione ONU e all'art. 5 della Dir. 2000/78, intitolato «Soluzioni ragionevoli per i disabili», secondo il quale «Per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento dei disabili, sono previste *soluzioni ragionevoli*. Ciò significa che il datore di lavoro prende 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*. Tale soluzione non è sproporzionata allorché l'onere è compensato in modo sufficiente da misure esistenti nel quadro della politica dello Stato membro a favore dei disabili».

<sup>22</sup> Sulla nozione di accomodamenti ragionevoli cfr., da ultimo, Di Carluccio 2022, 216 sgg. e 226 sgg.

In ossequio alla ratifica della Convenzione ONU e alla direttiva 2000/78, l'art. 9, c. 4-ter, D.L. n. 76/2013, conv. con modificazioni nella L. n. 99/2013, dopo la condanna dell'Italia da parte della Corte di giustizia per insufficiente trasposizione della direttiva<sup>23</sup>, aggiunge il comma 3bis all'art. 3 del d.lgs. 216/2003<sup>24</sup>, introducendo la nozione di *accomodamento ragionevole* anche nella normativa italiana, con riguardo a quelle modifiche organizzative che consentono di neutralizzare lo svantaggio che al soggetto disabile deriva dal suo stato di salute<sup>25</sup>.

L'art. 11, comma 1 lett. b del d.lgs. 14 settembre 2015, n. 151 ha poi modificato l'art. 14, comma 4, lett. b della l. 68/99, che, occupandosi del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili, stabilisce che lo stesso eroga, tra l'altro, «contributi per il rimborso forfetario parziale delle spese necessarie all'adozione di *accomodamenti ragionevoli* in favore dei lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento, incluso l'apprestamento di tecnologie di telelavoro o la rimozione delle barriere architettoniche che limitano in qualsiasi modo l'integrazione lavorativa della persona con disabilità, nonché per istituire il responsabile dell'inserimento lavorativo nei luoghi di lavoro».

Nel quadro della l. 68/99 il disabile è in sostanza quello «certificato», come emerge chiaramente dalla lettura dell'art. 1, comma 1. Per l'impiego dei disabili così intesi i datori di lavoro potranno fruire, a condizione che la riduzione della capacità lavorativa sia superiore al 50%, di contributi del Fondo regionale per l'occupazione dei disabili. Gli stessi datori, peraltro, sono «tenuti a garantire la conservazione del posto di lavoro a quei soggetti che, non essendo disabili al momento dell'assunzione, abbiano acquisito per infortunio sul lavoro o malattia professionale eventuali disabilità» (art. 1, comma 7, l. 68/99). Il fatto che l'affermazione dell'obbligo datoriale di conservazione del posto di lavoro non sia accompagnata, nel testo dell'art. 1, comma 7, da alcuna indicazione circa i limiti di questo obbligo potrebbe anche significare che per questi lavoratori vadano adottati non solo *accomodamenti ragionevoli*, ma qualsiasi misura sia

<sup>23</sup> Cfr. Cgue 4 luglio 2013, C-312/1114, naturalmente reperibile su [www.curia.eu](http://www.curia.eu). Secondo la Corte, il d.lgs. 216/2003 non attua pienamente la Direttiva 2000/78/CE e in particolare il suo art. 5, poiché non impone «un sistema di obblighi a carico dei datori di lavoro», ma si limita a costruire incentivi o aiuti pubblici, insufficienti a sostituire i primi nell'attuazione della direttiva. La sentenza è anche in *DRI*, 2014, 1, 263 sgg., con nota di M. Agliata, *La Corte di giustizia torna a pronunciarsi sulle nozioni di «handicap» e «soluzioni ragionevoli» ai sensi della direttiva 2000/78/CE*.

<sup>24</sup> Per comodità di lettura si riporta il testo del comma 3bis dell'art. 3 d.lgs. 216/2003: «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».

<sup>25</sup> La stessa logica, improntata al principio di eguaglianza sostanziale, guida oggi quella giurisprudenza che impone di valutare diversamente il superamento del periodo di comporto per i soggetti disabili (cfr., tra le ultime, Cass. 31 marzo 2023, n. 9095 e A. Napoli 17 gennaio 2023, n. 168, entrambe in *RIDL*, 2023, II,238 sgg. con nota di A. Donini).

necessaria alla conservazione del posto di lavoro. È stato ipotizzato<sup>26</sup>, peraltro, che l'art. 1, comma 7 si riferisca a soggetti che, pur divenuti disabili per infortunio sul lavoro o malattia professionale, mantengano la idoneità rispetto alle mansioni loro assegnate e siano dunque tutelati non in quanto inidonei alle mansioni, bensì in quanto disabili, parificandoli ai lavoratori assunti tramite il collocamento obbligatorio<sup>27</sup>. Se si accoglie l'idea che l'art. 1 comma 7 l. 68/99 si occupi di lavoratori divenuti disabili ma non inidonei allo svolgimento delle proprie mansioni, non è ovviamente necessario alcun accomodamento e, dunque, la fattispecie è irrilevante ai nostri fini.

Secondo una diversa impostazione<sup>28</sup> la disposizione dell'art. 1 comma 7 l. 68/99 andrebbe letta in combinato disposto con l'art. 4, comma 4 della stessa 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 lettura congiunta delle due norme implicherebbe che quello indicato dal comma 1 dell'art. 7 non sarebbe un obbligo senza limiti e la *impossibilità* dell'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori di cui all'ultima parte del comma 4 dell'art. 4 l. 68/99 potrebbe essere letta nell'ottica degli *accomodamenti ragionevoli*, che, come si è visto poco sopra, 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*<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Da Nogler 2011, 478 sgg.

<sup>27</sup> Si veda De Mozzi 2018, 145 sgg. cui si rinvia anche per un approfondimento della questione dei rapporti tra le due norme in relazione alle varie forme di disabilità.

<sup>28</sup> Cfr. D. Garofalo 2009, II colonna e36, I colonna.

<sup>29</sup> In dottrina sul punto, tra i tanti, cfr. anche Giubboni 2016 ed Pasqualetto 1999. Secondo A. Avio, *Sub art. 4 l. 68/99*, in De Luca Tamajo, Mazzotta 2018, 1469, II colonna, la lettura dell'art. 1 comma 7 per cui il lavoratore non potrebbe essere licenziato neppure allorquando non sia più in alcun modo utilmente impiegabile «accoglierebbe oneri a carattere prettamente assistenziale al datore, cosa che dovrebbe essere esclusa dall'interpretazione data dalla C. Cost. 87/622». In giurisprudenza, tra le ultime, si veda A. Bologna 31 luglio 2015, n. 909, in *Giuraemilia*, per la quale «alla luce del disposto di cui all'art. 4 comma 4 richiamato, dunque, non si può che ritenere che l'inidoneità lavorativa derivata da infortunio sul lavoro non costituisce giustificato motivo di licenziamento solo nel caso in cui il lavoratore possa essere assorbito dall'organizzazione aziendale del datore di lavoro con assegnazione di mansioni equivalenti o anche inferiori, salvo il diritto al mantenimento del miglior trattamento economico. La valutazione integrata delle disposizioni richiamate induce a ritenere che l'obbligo di conservazione del posto di lavoro per il lavoratore divenuto inabile in corso di rappor-

Quale delle due impostazioni si intenda seguire, rilevante ai nostri fini è solo cosa vada inteso come possibile, come ragionevole per il *repêchage* del lavoratore divenuto disabile e inidoneo a svolgere le mansioni alle quali è adibito. Due sono quindi gli elementi della fattispecie di interesse per il discorso che si sta svolgendo: in primo luogo, la nozione di disabile e, in secondo luogo, la natura e la misura degli adattamenti organizzativi necessari a consentire la prosecuzione del suo impiego.

Quanto al primo elemento, va rimarcato che mentre nel sistema della l. 68/99 il disabile è solo quello il cui deficit sia stato accertato dalle competenti commissioni o dall'Inail (cfr. art. 1 lett. a e b l. 68/99)<sup>30</sup>, nella normativa europea e in altri settori di quella nazionale che fa riferimento alla nozione (per es. sulle discriminazioni) il disabile non è solo quello «certificato». La normativa europea della dir. 2000/78 e quella internazionale accolgono infatti un concetto assai più ampio di disabilità, che si potrebbe definire bio-psicosociale e che prescinde da un accertamento medico preventivo da parte di organi pubblici<sup>31</sup>. L'art. 1, com-

to per infortunio o malattia professionale previsto dall'art. 1 comma 7, incontri il proprio limite, come espressamente previsto dall'art. 4 comma 4, nella possibilità per il datore di lavoro di ritrarre un'utilità (seppure diversa ed inferiore) dalla prestazione del lavoratore divenuto disabile e dunque nella possibilità di assegnargli mansioni equivalenti od anche inferiori salvo il mantenimento del trattamento economico. D'altronde l'interpretazione dell'art. 1 comma 7 nel senso di un obbligo assoluto al mantenimento del posto di lavoro in favore del lavoratore divenuto disabile in conseguenza di infortunio sul lavoro o di malattia professionale non potrebbe essere ritenuta ammissibile per contrarietà con il principio costituzionale di libertà dell'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.: laddove, infatti, il datore di lavoro non possa ritrarre dalla prestazione del lavoratore alcuna utilità all'interno della propria organizzazione aziendale e debba comunque mantenere servizio tale soggetto, si comprimerebbe in misura inaccettabile il principio di libertà di iniziativa economica assegnando al datore di lavoro una funzione di assistenza sociale che, invece, l'art. 38 Cost. riserva allo Stato [...].» La sentenza bolognese è stata poi confermata da Cass. 4316/17, ma essenzialmente per ragioni processuali, dato che i motivi di ricorso in Cassazione non potevano essere accolti, per quanto qui interessa, essenzialmente perché relativi al fatto: «si censura l'accertamento del fatto effettuato dal giudice del merito, in particolare relativamente alla impossibilità della ricollocazione del lavoratore nella struttura aziendale, accertamento di fatto censurabile nella sede di legittimità unicamente sotto il profilo del vizio della motivazione», rispetto al quale il ricorso era carente: «il motivo difetta della identificazione del preciso fatto storico il cui esame sarebbe stato omesso nonchè del «come» e del «quando» tale fatto sia stato portato alla attenzione del giudice del merito; il ricorrente indica più elementi di fatto senza alcun riferimento agli atti processuali ed alle risultanze di causa».

<sup>30</sup> Sulla maggiore rigidità che connota la nozione di disabilità per l'accesso protetto al lavoro cfr. Di Carluccio 2022, 138 sgg., la quale pur rimarcandone il forte ancoraggio al dato medico intravede una significativa apertura alla dimensione psicosociale, ancor più dopo l'adozione delle Linee guida in materia di collocamento mirato delle persone con disabilità con d.m. 11 marzo 2022, n. 43.

<sup>31</sup> Cfr. De Mozzi 2020, 5. Sulla nozione bio-psicosociale di disabilità si veda anche Di Carluccio 2022, 204 sgg. La Corte di giustizia si è più volte pronunciata in materia: 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. Ferroser Servicios Auxiliares SA*; C. giust. 18 marzo 2014, causa C-363/12, *Z. c. Government department e al.*;

ma 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 una tutela limitata a coloro la cui disabilità sia in qualche modo accertata da organi ufficiali, ma al contrario la tutela viene estesa a chiunque abbia delle limitazioni durature sul piano fisico, mentale, intellettuale e sensoriale che ne ostacolino la partecipazione sociale in condizioni di uguaglianza con gli altri.

Il secondo elemento, l'obbligo del datore di lavoro di adottare «le modifiche e gli adattamenti necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo», riguarda entrambe le «tipologie» di disabili, certificati e bio-psicosociali, e consta di adattamenti necessari al fine di tutelare i diritti delle persone disabili, dunque di adattamenti indispensabili, e di misure appropriate, vale a dire effettivamente in grado di garantire condizioni di parità o comunque di tutelare l'interesse dei disabili, alla conservazione del rapporto di lavoro, nel caso che ci occupa. Ma deve anche trattarsi di misure che non impongano al datore di lavoro un onere eccessivo o sproporzionato. Insomma di misure che non siano eccessivamente onerose: la realtà è che la nozione degli accomodamenti ragionevoli riporta al concetto di ciò che si possa o meno chiedere al datore di lavoro come sacrificio tollerabile nell'interesse alla conservazione in vita del rapporto di lavoro.

Siamo di fronte, ancora una volta, alla logica dell'eccessiva onerosità.

La stessa logica sostiene la disciplina per i lavoratori divenuti inidonei alla mansione specifica di cui all'art. 42 del TU 81/2008, secondo cui «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». Sembra evidente che la «possibilità» di cui tratta l'art. 42 del TU 81/2008 ad altro non possa essere riferita che alla ragionevolezza di modifiche e adattamenti «necessari ed appropriati che non impongano un onere sproporzionato o eccessivo», quindi alla non eccessiva onerosità degli accomodamenti necessari a consentire la prosecuzione dell'impiego del lavoratore divenuto inidoneo alla mansione specifica.

La medesima logica dovrebbe guidare l'analisi dei comportamenti datoriali che in generale consentono il *repêchage* e, dunque, permettono di evitare il licenziamento di qualsiasi lavoratore, ivi incluso l'assolvimento dell'obbligo formativo di cui al nuovo testo dell'art. 2103 c.c. Quale che sia la strumentazione giuridica alla quale si vuole

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, part.6 sg. del pdf della sentenza.

fare riferimento, buona fede *in executivis*, obblighi di protezione, obbligo di cooperazione all'adempimento *ex art. 1206 c.c.*<sup>32</sup>, 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 non può che essere quanto non sia eccessivamente oneroso, sulla falsariga di quanto vale del resto per tutti i contratti a esecuzione continuata o periodica ai sensi dell'art. 1467 c.c., commi 1 e 3. L'obbligo di formazione introdotto nel terzo comma dell'art. 2103 c.c. è manifestazione di questa stessa logica e va dunque letto come un accomodamento ragionevole.

Naturalmente ove si tratti di esigenze datoriali o di affrontare la mera inidoneità psicofisica del lavoratore non si potrà fruire dei fondi che la legge italiana mette a disposizione per l'occupazione dei disabili e, nella specie, di quelli del Fondo regionale previsto dal già citato 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 lavoratori con riduzione della capacità lavorativa superiore al 50 per cento», riduzione che evidentemente dovrà essere certificata. Ciò significa che diversa dovrà essere la valutazione 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 3*bis* d.lgs. 216/03), se non altro perché 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, possibile solo quando la disabilità del lavoratore sia certificata e superi il 50 per cento della capacità lavorativa. Ciò in armonia, del resto, con l'art. 5 della Dir. 2000/78, secondo il 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».

L'assioma dell'intangibilità dell'organizzazione imprenditoriale si è ormai in qualche modo sgretolato. 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 più né così «fermo», né così insindacabile<sup>33</sup> com'era secondo

<sup>32</sup> Cfr. la dottrina citata *supra* alla nota 19.

<sup>33</sup> 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 veda 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. Si veda poi anche Cass. 23 febbraio 2021, n. 4896 e Cass. 9 marzo 2021, n. 6497, commentate in De Falco

la storica pronuncia n. 7755/98 delle Sezioni Unite<sup>34</sup>. E l'art. 2103, comma terzo, c.c. è lo specchio di questo nuovo sistema, l'ultimo tassello che compone un quadro normativo armonico nell'individuare nell'eccessiva onerosità delle misure da adottare il vero limite dell'onere datoriale, superando il dogma dell'intangibilità.

Dunque il datore dovrà formare il lavoratore non disabile se possa servire a evitarne il licenziamento, nei limiti in cui ciò non risulti eccessivamente oneroso. La logica di fondo, come si diceva, è esattamente la stessa degli accomodamenti ragionevoli per i disabili. E, potrebbe dirsi, la formazione è l'accomodamento ragionevole per eccellenza, che si tratti di lavoratore disabile o non disabile.

##### 5. La pretesa correlazione del *repêchage* alla capacità del lavoratore di svolgere le mansioni di destinazione senza necessità di formazione

Una lettura dell'art. 3 l. 604/1966 che tenga conto del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. restringe in misura rilevante la latitudine del giustificato motivo oggettivo di licenziamento e grava il datore di lavoro di un obbligo accessorio di formazione dai contorni indeterminati. Per questa ragione una parte della giurisprudenza tende a limitare l'impatto della riforma dell'art. 2103 c.c. sulla configurazione della giustificazione oggettiva del licenziamento, 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 possiede le competenze professionali<sup>35</sup>. L'obbligo formativo di cui al

2021, n. 3. Cass. 9 marzo 2021, n. 6497 è anche in Alessi 2021. In dottrina, per riflessioni sui limiti dell'intangibilità della discrezionalità datoriale rispetto alle esigenze di tutela dell'impiego dei lavoratori disabili cfr. Ferraro 2009 e, più di recente, Spinelli 2017.

<sup>34</sup> 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 veda, tra i tantissimi, Del Punta 2018 e Romei 2018; Ferraresi 2016; Villa, 2020; in particolare, in relazione alla inidoneità psicofisica, cfr. Forlivesi 2014; Giubbboni 2016.

<sup>35</sup> 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 necessitano 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 necessitano 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*».

terzo comma del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. resta dunque confinato, in questa lettura, alle sole fattispecie di mutamento discrezionale delle mansioni non determinato dall'esigenza di evitare il licenziamento.

Questa interpretazione, seppur caratterizzata dall'apprezzabile intento di individuare un argine oggettivo all'estensione dell'obbligo di *repêchage*, non sembra in realtà in grado di superare sul piano logico il nesso 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 a lui possono essere richieste. E infatti non sono mancate anche in giurisprudenza voci in questo senso<sup>36</sup>.

Va d'altronde evidenziato che, a fronte delle attuali forme di inquadramento presenti nella contrattazione collettiva, in genere tendenzialmente non coerenti con i profili professionali, il nuovo testo dell'art. 2103 c.c. produce un effetto «esplosivo» sulla latitudine dell'obbligo datoriale di *repêchage*, corredato dall'obbligo formativo di cui al terzo comma.

La sensazione è che la giurisprudenza di merito abbia molto rapidamente percepito e valorizzato le conseguenze che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. ha sulla disciplina del licenziamento e in particolare sul *repêchage*, nella misura in cui grava il datore di lavoro dell'onere di valutare la possibilità di un reimpiego del lavoratore anche su mansioni inferiori. Una parte della giurisprudenza ha dunque tentato di supplire all'inefficienza delle classificazioni contrattuali collettive individuando un limite all'obbligo datoriale in attesa che le parti sociali provvedano a una congrua «ristrutturazione» del sistema classificatorio che tenga conto del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., «iniettando» nell'inquadramento quell'elemento di coerenza sul piano professionale che oggi manca.

Così, questa giurisprudenza individua il limite dell'onere datoriale di *repêchage* nel fatto che per lo svolgimento delle mansioni di destinazione non sia necessaria alcuna formazione. Con ciò indirettamente l'orientamento in parola 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 contrattuali.

Se quello appena illustrato, vale a dire la individuazione di un limite oggettivo all'obbligo datoriale di *repêchage*, sembra l'obiettivo pratico di questa giurisprudenza, leggendo nelle pieghe di queste sentenze si ha il dubbio che vi sia, pur nella consapevolezza del mutamento del testo normativo di riferimento, anche una resistenza ad abbandonare il parametro della professionalità come punto di riferimento nell'applicazione della disciplina delle mansioni.

<sup>36</sup> Trib. Lecco, sez. lav., 31 ottobre 2022, n. 159, in *ADL*, 2023, 4, 811 sgg. con nota di A. Bebbler, *L'obbligo di repêchage si estende alla formazione del lavoratore? Un altro obiter dictum*.

In ogni modo, l'impostazione che limita la «proposta» di mansioni inferiori a quelle sole per le quali non sia necessaria attività formativa costruisce degli argini a un obbligo di *repêchage* altrimenti «ad applicazione infinita» e indubbiamente fornisce una linea guida per individuare quale sforzo possa essere richiesto al datore di lavoro e possa quindi essere considerato «non eccessivo», dunque tollerabile ai fini della conservazione del contratto. In altri termini, si è di fronte a un tentativo di individuare il limite, il punto di equilibrio oltre il quale la conservazione in vita del rapporto di lavoro diventa eccessivamente onerosa per il datore di lavoro.

L'indicazione che proviene da questa giurisprudenza ha tuttavia dei punti di fragilità.

In primo luogo, essa contraddice il disposto dell'art. 2103, comma terzo c.c., secondo il quale *Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo* e ciò senza alcuna distinzione né sulla base del livello delle mansioni di destinazione in rapporto a quelle originarie, né sulla base della unilateralità o della bilateralità dell'adibizione alle nuove mansioni.

In secondo luogo, essa trascura la circostanza, al contrario di fondamentale rilievo, che, nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. (e fino a quando i sistemi di classificazione contenuti nei contratti collettivi non saranno integralmente rivisti prevedendo livelli professionali invece che retributivi), un'attività formativa ben potrebbe essere necessaria anche per lo svolgimento di mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento.

Sembra dunque inevitabile riconoscere che la valutazione dell'eccessiva onerosità del *repêchage* debba restare rimessa al giudizio del caso concreto, senza pretesa di individuare nella legge un argine oggettivo e predefinito all'obbligo datoriale. Del resto, se ne converrà, diversi datori di lavoro, a seconda della dimensione della propria organizzazione e delle attività formative normalmente programmate per i dipendenti, avranno diverse possibilità di assolvere all'obbligo formativo di cui tratta il terzo comma dell'art. 2103 c.c. nuovo testo. Di talché un limite all'obbligo datoriale, che sia oggettivamente individuato nell'essere il lavoratore già in grado di svolgere le mansioni che gli verrebbero assegnate a seguito di *repêchage*, pare eccessivo e forse anche foriero di distorsioni.

In definitiva l'orientamento in parola, pur apprezzabile nell'intento, rischia di andare oltre il segno, facendo di tutt'erba un fascio e ritenendo di per sé eccessivamente onerosa ogni attività formativa finalizzata al *repêchage*, mentre ben potrebbe accadere, da un lato, che un'attività formativa del dipendente non risulti eccessivamente onerosa per il datore e, viceversa, che il *repêchage* di un lavoratore risulti eccessivamente oneroso anche quando non sia necessario provvedere a formarlo.

#### Riferimenti bibliografici

- Alessi, C. 2004. *Professionalità e contratto di lavoro*. Milano: Giuffrè.  
 Alessi, C. 2021. "Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori." *RIDL II*: 597 sgg.

- Alvino, I., Imberti, L., Maresca, A., Moia, S., & Pero, L. 2022. "Ccnl metalmeccanici 2021: il rinnovamento compiuto... alla prova dell'applicazione." *DLRI* 457 sgg.
- Balandi, G.G. "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*, 385.
- Barbieri, M. "Sub art. 3." In V. Bavaro et al. (a cura di), *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*, 329 sgg. Milano: Futura.
- Bavaro, V. et al. (a cura di). 2023. *Commentario al contratto collettivo nazionale dei metalmeccanici*. Milano: Futura.
- Brollo, M. 1997. "La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c." In *Commentario Schlesinger*, 673 sgg. Milano: Giuffrè.
- Brollo, M. 2019. "Tecnologie digitali e nuove professionalità." *DRI* 2: 468 sgg.
- Carabelli, U. 2004. "Organizzazione del lavoro e professionalità: una riflessione su contratto di lavoro e post-taylorismo." *DLRI* 17 e 101 sgg.
- Caruso, B. 2018. "Strategie di flessibilità funzionale e di tutela dopo il Jobs Act: fordismo, post fordismo e industria 4.0." *DLRI* 157: 81 sgg.
- Casillo, R. 2020. *Diritto al lavoro e dignità*. Napoli: ES.
- Cester, C. 2007. "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*, 152. Milano: Giuffrè.
- Ciucciovino, S. 2022. "Professionalità, occupazione e tecnologia nella transizione digitale." *Federalismi.it* 9: 129 sgg.
- Ciucciovino, S. 2023. "Autodeterminazione dell'individuo e de-standardizzazione controllata della regolazione lavoristica." *DRI* 1: 89 sgg.
- D'Onghia, M. 2009. "Un itinerario sulla qualità del lavoro." *RGL* 2, I: 257 sgg.
- De Falco, M. 2021. "L'accomodamento per i lavoratori disabili: una proposta per misurare ragionevolezza e proporzionalità attraverso l'Inail." *LDE* 3: 2 sgg.
- De Luca Tamajo, R., Mazzotta, O. 2018. *Commentario breve alle leggi sul lavoro*. Padova: Cedam.
- De Mozzi, B. 2018. *Condizioni personali del lavoratore e licenziamento*. Padova: Cleup.
- De Mozzi, B. 2020. "Sopravvenuta inidoneità alle mansioni, disabilità, licenziamento." *LDE* 2, par. 1 e 2.
- Del Punta, R. 2017. "Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico." In *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, a cura di A. Perulli, 31 sgg. Torino: Giappichelli.
- Del Punta, R. 2018. "Sulla prova dell'impossibilità del ripescaggio nel licenziamento economico." In *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, a cura di M. Confortini, tomo II, 1189 sgg. Torino: Giappichelli.
- Di Carluccio, C. 2022. *Lavoro e salute mentale dentro e fuori l'istituzione*. Napoli: Editoriale Scientifica.
- Falsone, M. 2016. "Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva." *WP CSDLE M. D'Antona* 308 sgg.
- Ferluga, L. 2012. *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*. Milano: Giuffrè.
- Ferraresi, M. 2016. "L'obbligo di repêchage tra onere di allegazione e onere della prova: il revirement della Cassazione." *DRI* 845.
- Ferraro, G. 2009. "Tutela dei disabili e poteri imprenditoriali." In *Disabilità e lavoro*, a cura di C. Lamacchia, 335 sgg. Roma: Ediesse.

- Forlivesi, M. 2014. "Brevi riflessioni su sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni, repêchage e «patto di dequalificazione»." *RIDL* 10.
- Galantino, L. 2005. "Le politiche formative e la qualità del lavoro." In Aa.Vv., *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, 997. Padova: Cedam.
- Gargiulo, U. 2008. *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*. Soveria Mannelli: Rubettino.
- Garofalo, D. 2009. "Disabili (lavoro dei)." *DDP, Sez. Comm.*, Utet, 35, II colonna e 36, I colonna.
- Giubboni, S. 2016. "Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento." *RGL* II: 621 sgg.
- Giubboni, S. 2016. "Disabilità, sopravvenuta inidoneità, licenziamento." *RGL* II: 621 sgg.
- Giugni, G. 1963. *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*. Napoli: Jovene.
- Gramano, E. 2021. "Jus variandi e formazione nel rapporto di lavoro subordinato." *Labor* 3: 259 sgg.
- Gramano, E. 2022. *Jus variandi: fondamento, disciplina e tutela collettiva della professionalità*. Milano: Franco Angeli.
- Gramano, E., Zilio Grandi, G. 2016. *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*. Milano: Giuffrè.
- Lazzari, C. 2017. "La tutela della dignità professionale del lavoratore." *DLRI* 4: 663 sgg.
- Liso, F. 1982. *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*. Milano: Franco Angeli.
- Loy, G. 2003. "La professionalità." *RGL* I: 763 sgg.
- Loy, G. 2003. "La professionalità." *RGL* I: 764 sgg.
- Magnani, M. 2004. "Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro." *DLRI* 101: 165 sgg.
- Maresca, A. 2022. "Il nuovo sistema di classificazione: valori ispiratori e tecniche applicative." In T. Treu (a cura di), *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*, 37 sgg. Torino: Giappichelli.
- Montuschi, L. 1986. *Diritto alla salute e organizzazione del lavoro*. Milano: Franco Angeli.
- Napoli, M. 1995. "Contratto e rapporti di lavoro, oggi." In Aa.Vv., *Le ragioni del Diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, tomo II, 1120 sgg. Milano: Giuffrè.
- Nogler, L. 2011. "Art. 42. Provvedimenti in caso di inidoneità alla mansione specifica." In *Principi comuni* a cura di C. Zoli. In L. Montuschi (diretto da), *La nuova sicurezza sul lavoro. d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81 e successive modifiche*, vol. I, 472 sgg. Bologna: Zanichelli.
- Pasqualetto, E. 1999. "La nuova legge sul collocamento obbligatorio dei disabili." *QDLRI* 102.
- Pisani, C. 1996. *La modificazione delle mansioni*. Milano: Franco Angeli.
- Pisani, C. 2015. *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*. Torino: Giappichelli.
- Pisani, C. 2016. "Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti «orizzontali» delle mansioni." *DLRI*, 149 sgg.
- Romei, R. 2018. "La regola del repêchage alla luce della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c." *Giuseppe Santoro-Passarelli. Giurista della contemporaneità. Liber amicorum*, a cura di In M. Confortini, tomo II, 1269 sgg. Torino: Giappichelli.
- Spinelli, C. 2017. "La sfida degli «accomodamenti ragionevoli» per i lavoratori disabili dopo il Jobs Act." *DLM* I: 39 sgg.
- Tomassetti, P. 2019. "Dalle mansioni alla professionalità? Una mappatura della contrattazione collettiva in materia di classificazione e inquadramento del personale." *DRI* 4: 1149 sgg.

- Treu, T. (a cura di). 2022. *Commentario al contratto collettivo dei metalmeccanici*. Torino: Giappichelli.
- Villa, E. 2020. "Fondamento e limiti del repêchage nel licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo." *DRI* 116.
- Zilio Grandi, G. (a cura di). 2021. *Commentario al Ccnl metalmeccanici 5 febbraio 2021*. Torino: Giappichelli.