

## 2. RASSEGNA DI GIURISPRUDENZA

### **2.1. Tribunale di Ravenna, 22 settembre 2015, est. Dott. R. Rivero**

*Il nuovo art. 2103 c.c. nel testo modificato dal d.lgs. 81/2015, non può trovare applicazione a demansionamenti che abbiano avuto inizio sotto il vigore della disciplina previgente perché il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente, a nulla rilevando che il demansionamento medesimo continui nel vigore della legge successiva, la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale.*

#### *Svolgimento del processo*

Con ricorso depositato il 07.05.2014 P.G. adiva questo giudice del lavoro contro HERA S.P.A. chiedendo che, sulla scorta delle ragioni di fatto e di diritto allegate nell'atto, venissero accolte le conclusioni trascritte in epigrafe in relazione ad un asserito demansionamento subito nell'ultimo periodo del rapporto.

HERA S.P.A. convenuta si è costituita in giudizio contestando integralmente la fondatezza della domanda sia in fatto che in diritto e chiedendo il rigetto del ricorso, per tutti i motivi esposti nella memoria di costituzione.

La causa è stata istruita col deposito di documenti e l'assunzione di prove testimoniali; quindi è stata discussa e decisa come da dispositivo.

#### *Motivi della decisione*

1.- Il ricorrente ha allegato, a fondamento della domanda, di essere stato addetto per lungo tempo alle "mansioni tecniche" di cartografo di base fino al 28.02.2013; e dall' 01.03.2013 al lavoro di campionamento acqua; quindi dal 26.08.2013 alle "mansioni amministrative" di controllo pagamento "bollettini bianchi"; e di seguito dal novembre 2013 alle mansioni di controllo e verifica tariffe nel servizio no emergency, che svolge tuttora.

2.- La prima questione da decidere attiene all'applicabilità della nuova più permissiva normativa in materia di ius variandi ex art. 2103 c.c. nel testo modificato dal d.lgs. 81/2015. La nuova normativa però non si può applicare alla fattispecie perché il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente. Ed il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l'altra è proprio il prodursi del demansionamento. A nulla contando invece che esso continui nel vigore della legge successiva; la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale.

3.- La seconda questione da risolvere nell'economia della causa attiene logicamente - come subito emergerà - all'indeterminatezza della domanda formulata in ricorso; la quale sui "darmi tutti" non contiene in realtà nulla in termini di allegazioni e tantomeno di deduzioni probatorie: nemmeno una parola. Non solo nel quantum (su cui al limite si sarebbe potuto fare rinvio ai poteri equitativi del giudice, se però si fosse saputo preliminarmente di cosa si stesse parlando); ma appunto neppure sulla questione preliminare nell'an (quali danni), della loro tipologia, esistenza, natura.

La domanda è quindi del tutto indeterminata.

4.- Ciò ha immediate ricadute sulla stessa questione del demansionamento relativo al periodo in cui il ricorrente avrebbe lavorato come addetto al campionamento acque (e lo stesso vale per il 2° periodo di dedotto demansionamento).

Si tratta di questione (i) del passato che potrebbe (ro) avere solo un rilievo risarcitorio che però questo giudice non ha il potere di deliberare per carenza di interesse; perché appunto dallo stesso esame non può sortire alcuna conseguenza giuridica; posto che ai fini della residua domanda (di natura reale) concernente l'esatta adibizione alle mansioni conformi alla qualifica, possono rilevare soltanto le mansioni attuali.

Peraltro due parole vanno dette anche su questo periodo del passato per rilevare la pretestuosità delle affermazioni attoree. Se è vero che le prove in atti consentono di affermare: a) che i servizi cartografici ai quali era addetto il ricorrente siano stati trasferiti per motivi organizzativi dalla convenuta prima a Forlì Cesena, poi a Bologna; b) che al ricorrente sia stato offerto prima il trasferimento a Forlì, poi quello a Bologna che non ha però mai accettato (né prima né dopo la causa); c) e per di più, egli era stato pure notiziato della mobilità per lo stesso servizio di Ferrara, ma non ha mai fatto domanda.

Onde, davvero non si capisce come possa chiedere di essere reintegrato nelle stesse mansioni di cartografo; che lui vuole però concentrate a Ravenna, come se potesse decidere lui da solo (o il giudice per lui) su come vada organizzata l'impresa ed in quale luogo vadano esercitate certe mansioni.

5.- Rimane il tema dell'attuale adibizione del ricorrente (a partire dal 25.11.2013), periodo da cui secondo il ricorrente svolge il ruoto di controllo e verifica tariffe. In realtà le prove in atti hanno consentito di dimostrare sul punto che il ricorrente (VI livello) è addetto al settore tariffe non Energy, cui prima era adibita una collega di VII° livello (la R.). Si tratta di un lavoro complesso ed importante nella gestione della impresa. Attualmente il ricorrente si occupa dell'inserimento delle tariffe nel sistema informatico per la generazione delle fatture; ma una volta acquisita la prima conoscenza, egli dovrà operare le modifiche al sistema informatico ed implementare e collaudare i motori di calcolo.

Nel servizio attualmente lavorano pure un VIII° livello ed un VI° livello (proveniente da un V livello; come peraltro, già, il ricorrente). Si consideri inoltre che non esiste in Area la distinzione tra impiegati tecnici e impiegati amministrativi; e che non esiste alcuna posizione tecnica attualmente disponibile per il ricorrente; onde la stessa domanda di illegittima adibizione potrebbe portare addirittura (e paradossalmente) al licenziamento del ricorrente per giustificato motivo oggettivo, per impraticabilità di repêchage.

6.- Peraltro il confronto con la declaratoria di VI° livello del Contratto collettivo, l'unica verifica che conta sul punto, attesta che si tratti di lavoro ad elevato contenuto specialistico, in autonomia, con responsabilità dei risultati che sono le caratteristiche precipue del livello, compresenti anche nella funzione assegnata al ricorrente.

7.- In effetti - ad avviso di questo giudice - per ridurre il rischio di arbitrio interpretativo indotto dalla pluralità e genericità dei parametri di giudizio, e dimostrare senso pratico ed equilibrio, in questa materia è opportuno rispettare e valorizzare quanto più possibile la contrattazione collettiva. La quale conoscendo la realtà organizzativa è la più adatta a gestire la mobilità infrazionale tenendo conto delle innovazioni tecniche e dell'esigenze delle parti. Occorre quindi dare valore alla volontà delle parti collettive. Preservare la legittimità della contrattazione sulla classificazione del personale che rappresenta la stratificazione di valutazioni collettive, anche risalenti, sul valore di determinate mansioni.

Le classificazioni del personale integrano sistemi complessi perché rappresentano il risultato di valutazioni articolate e sono rivolte al perseguimento di plurimi interessi che hanno riguardo ad una varietà di questioni: dalla distribuzione del reddito, al mantenimento dei livelli occupazionali; dallo sviluppo della produttività alle progressioni professionali; a finalità sociali ed al costo del contratto. Pertanto se è vero che l'art. 2013 c.c. è norma di garanzia individuale, a tutela della professionalità di ogni singolo lavoratore, anche rispetto alla classificazione collettiva, secondo il meccanismo

dell'inderogabilità in peius. È anche vero che le regole sull'inquadramento professionale sono scritte dalle parti collettive; sono loro che sanno cosa hanno voluto dire quanto hanno inserito una figura in un livello o in altro. Il primo passo obbligato nella soluzione di queste vicende è l'analisi ragionata, sistematica e rispettosa del contratto collettivo.

Dare legittima prevalenza alla contrattazione significa anzitutto che non sia possibile, nel rivendicare un inquadramento superiore, modificare i criteri di classificazione generati previsti delle parti, sovrapponeandone altri; come ad es. la distinzione, introdotta a sostegno della domanda in questa causa, tra impiegato tecnico o amministrativo che non esiste.

Neppure il giudice può fare ciò trattandosi di materia riservata agli agenti contrattuali collettivi.

Come insegna la giurisprudenza (Cass. 14546/2000) quando il rapporto di lavoro è regolato da contratti collettivi, l'accertamento dell'appartenenza del lavoratore ad una determinata qualifica o categoria deve essere condotto alla stregua della disciplina collettiva - "le cui indicazioni assumono valore decisivo e vincolante" per la classificazione delle mansioni - "e non già in base a criteri distintivi elaborati in astratto" dalle parti o dal giudice. Altro importante momento in cui occorre riconoscere una particolare efficacia alla regolamentazione collettiva è proprio in occasione di modifiche organizzative ed occorre procedere ad una nuova allocazione della forza lavoro.

8.- Inoltre, quanto alla natura del giudizio di equivalenza sotteso allo spostamento da una mansione all'altra, è opportuno considerare che oramai la tendenza evolutiva della giurisprudenza, soprattutto a fronte di modifiche organizzative in atto come quelle emergenti in questa causa, è nel senso di considerare l'equivalenza ex art. 2103 c.c. (vecchio testo) in senso dinamico, oggettivo, flessibile, ed il più conforme possibile alla classificazione del personale; in una prospettiva di polivalenza e di valorizzazione ovvero in modo da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle capacità professionali, con conseguenti possibilità di miglioramento professionale e di maggiore possibilità occupazionale.

Come il ricorrente avrebbe sicuramente affermato nel giudizio qualora a seguito dello spostamento delle mansioni altrove e del suo rifiuto di trasferimento altrove, egli fosse stato licenziato qualora il datore avesse optato per questa diversa soluzione organizzativa.

*omissis*

## ***2.2. Tribunale di Roma, sez. lav., 30 settembre 2015, est. Dott. P. Sordi***

***Il nuovo art. 2103 c.c. nel testo modificato dal d.lgs. 81/2015, trova applicazione anche ai demansionamenti che abbiano avuto inizio sotto il vigore della disciplina previgente poiché il demansionamento del lavoratore costituisce una sorta di illecito permanente, nel senso che esso si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli, secondo legge e contratto, avrebbe diritto di svolgere; ne consegue che la valutazione della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare (a certe condizioni) le mansioni che il dipendente è chiamato ad espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con l'ulteriore conseguenza che l'assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo.***

### *Svolgimento del procedimento*

Con ricorso depositato l'11/2/15, Pi. Er. conveniva in giudizio la Fondazione Enpam, sua datrice di lavoro, formulando le seguenti conclusioni:

- 1) accertare e dichiarare l'illegittimità della Delibera Presidenziale n. 81 del 16 maggio 2014 e del successivo provvedimento attuativo del 20 maggio 2014 con i quali era stato disposto e attuato, il suo rientro dal distacco (disposto con delibera presidenziale del 29 marzo 2011) presso la Enpam Reale Estate S.r.l., con contestuale assegnazione alla direzione dell'Area Assistenza e Servizi Integrativi presso la distaccante Fondazione Enpam;
- 2) accertare e dichiarare l'illegittimità del provvedimento datoriale del 24 giugno 2014 col quale era stato riformulato in qualità di quadro l'incarico di Coordinamento del gruppo lavorativo preposto alle attività inerenti gli studi, la ideazione, la possibile costituzione e la seguente gestione di un Fondo Sanitario Integrativo Enpam e anche in forma disgiunta dal Fondo stesso, della polizza sanitaria integrativa a favore degli iscritti;
- 3) accertare e dichiarare che le mansioni in concreto da lei svolte, a seguito e per effetto dei provvedimenti datoriali oggetto di impugnazione, a decorrere dal 14 gennaio 2015 non potevano ritenersi equivalenti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2103 c.c., a quelle precedentemente disimpegnate;
- 4) accertare e dichiarare l'illegittimità del comportamento datoriale, atteso che ella, a decorrere dal 20 maggio 2014, fino al 14 gennaio 2015, aveva subito una vera e propria sottrazione di mansioni, posto che la Polizza Sanitaria Integrativa di cui ella avrebbe dovuto occuparsi, di fatto, era divenuta operativa solamente nel mese di gennaio 2015, a distanza di nove mesi dal provvedimento di rientro dal distacco;
- 5) ordinare alla convenuta (previo annullamento dei provvedimenti sopra citati e oggetto di impugnazione) di ripristinare le mansioni in precedenza svolte e/o attribuire alla stessa mansioni equivalenti, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui all'art. 2103 c.c.;
- 6) accertare e dichiarare il danno alla salute subito e subendo e condannare la controparte al relativo risarcimento alla salute nella misura non inferiore ad E. 50.00,00;
- 7) condannare la convenuta al risarcimento degli ulteriori danni di natura non patrimoniale: danno morale, danno all'immagine, alla dignità personale e professionale, nella misura ritenuta di giustizia;
- 8) condannare l'Enpam al risarcimento del danno da dequalificazione professionale nella misura ritenuta di giustizia.

La Fondazione Enpam si costituiva in giudizio e contestava la fondatezza del ricorso, del quale chiedeva il rigetto.

Il Giudice istruiva la causa escutendo tre testimoni ed acquisendo documentazione e all'odierna udienza, dopo la discussione, la decideva e dava lettura del dispositivo, pronunciando sentenza ai sensi dell'art. 429, primo comma, primo periodo, c.p.c.

### *Motivi della decisione*

1. - La ricorrente imputa alla resistente due diversi illeciti: il primo, consistente nell'aver disposto, nel maggio 2014, senza alcuna ragione organizzativa-produttiva e in violazione di buona fede e correttezza, il rientro dal distacco - disposto alcuni anni prima e, precisamente, nel marzo 2011 - presso la Enpam Real Estate s.r.l.; il secondo, consistente nella violazione dell'art. 2103 c.c., per averla lasciata praticamente inoperosa dal 20 maggio 2014 al 15 gennaio 2015 e, successivamente a quest'ultima data, per averle attribuito mansioni inferiori rispetto a quelle precedentemente svolte presso la società distaccataria.

*omissis*

3. - Passando ora all'esame delle doglianze formulate dalla ricorrente circa il dedotto demansionamento subito a partire dal 20 maggio 2014, si rileva che, nelle note depositate in vista dell'udienza di discussione, la convenuta ha eccepito che, a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c. disposta dal d.lgs. n. 81 del 2015, nessun demansionamento potrebbe essere riconosciuto in epoca

successiva all'entrata in vigore della predetta novella con la conseguenza, da un lato, che nessun danno sarebbe configurabile a partire dal 25 giugno 2015 e, dall'altro, che non potrebbe comunque essere pronunciata la condanna della datrice di lavoro all'assegnazione di mansioni equivalenti a quelle svolte presso la società distaccataria.

Tale eccezione è fondata.

Com'è noto, l'art. 3 del citato d.lgs. n. 81 ha integralmente sostituito l'art. 2103 c.c. Tra le tante novità introdotte dal legislatore, alcune riguardano anche l'esercizio del c.d. jus variandi orizzontale, vale a dire lo spostamento del dipendente a mansioni equivalenti. Mentre il previgente testo della norma consentiva una simile variazione a condizione che le nuove mansioni fossero "equivalenti alle ultime effettivamente svolte", quello attualmente in vigore permette l'assegnazione di "mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte". Il giudizio di equivalenza, pertanto, deve essere condotto assumendo quale parametro non più il concreto contenuto delle mansioni svolte in precedenza dal dipendente, bensì solamente le astratte previsioni del sistema di classificazione adottato dal contratto collettivo applicabile al rapporto. Ne consegue che, a differenza che nel passato, è oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appartengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente (come ritenuto in passato dalla consolidata giurisprudenza di legittimità: v., tra le più recenti, Cass. n. 17624 e n. 4989 del 2014).

In sostanza il legislatore del 2015 ha esteso al settore del lavoro alle dipendenze di privati un regime analogo a quello previsto dall'art. 52 d.lgs. n. 165 del 2001 per il lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni: così come quest'ultima norma, disponendo genericamente che "Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento (..)", assegna rilievo solo al criterio dell'equivalenza formale delle mansioni, con riferimento alla classificazione prevista in astratto dai contratti collettivi, indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita, senza che il giudice possa sindacare in concreto la natura equivalente della mansione (Cass. n. 7106 del 2014, n. 18283 del 2010, n. 11405 del 2010), alla stessa maniera il nuovo art. 2103 impone di arrestare la verifica dell'equivalenza delle nuove mansioni rispetto a quelle precedentemente svolte all'accertamento del formale livello di inquadramento del lavoratore interessato e alla riconducibilità delle nuove mansioni a quel livello.

Premesso che, in difetto di qualsiasi norma transitoria, sicuramente la descritta novella legislativa si applica anche ai rapporti di lavoro già in corso alla data della sua entrata in vigore, resta da appurare se essa abbia rilevanza rispetto a mutamenti di mansioni disposti (come quello oggetto della presente controversia) prima del 25 giugno 2015 e in atto ancora dopo quella data.

Ritiene il Tribunale che all'interrogativo debba darsi risposta affermativa.

In effetti il demansionamento del lavoratore costituisce una sorta di illecito permanente, nel senso che esso si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli, secondo legge e contratto, avrebbe diritto di svolgere (la giurisprudenza di legittimità ha adottato una simile concezione della dequalificazione allorché ha dovuto individuare il giudice munito di giurisdizione nelle controversie interessanti dipendenti pubblici contrattualizzati in caso di demansionamento iniziato prima e proseguito dopo il 30 giugno 1998, data che segna il discrimine tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria nel contenzioso del lavoro pubblico ex art. 45, co. 17, d. lgs. n. 80 del 1998: v., ad esempio, Cass. n. 1141 del 2007).

Conseguentemente, la valutazione della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare (a certe condizioni) le mansioni che il

dipendente è chiamato ad espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con l'ulteriore conseguenza che l'assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo.

Orbene, applicando una simile impostazione alla fattispecie oggetto della presente controversia, occorre concludere per la sicura infondatezza delle doglianze sollevate dalla ricorrente con riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015. Infatti, come già segnalato, dopo tale data è comunque legittima l'assegnazione di nuove mansioni che siano riconducibili al livello di inquadramento cui appartiene il dipendente. E la Pi., nel proprio atto introduttivo della lite, non ha neppure dedotto che le mansioni assegnate al momento del rientro dal distacco non siano riconducibili a quelle previste dal ccnl per il livello Area Quadri alla quale ella appartiene.

Per le ragioni appena esposte, nulla spetta alla ricorrente a titolo di risarcimento del danno per demansionamento per il periodo successivo al 24 giugno 2015, né può essere accolta la domanda di condanna della datrice di lavoro all'assegnazione di mansioni diverse da quelle attualmente svolte.

4. - Resta da verificare la correttezza dell'operato della convenuta nel periodo compreso tra il maggio 2014 e il giugno 2015.

In proposito osserva il Tribunale che la prova testimoniale espletata ha confermato che, al momento del rientro dal distacco, la ricorrente fu assegnata all'ufficio che si occupava della polizza sanitaria integrativa a favore dei medici iscritti alla Fondazione (testi concordi), essendo chiaro fin dall'inizio che ella era destinata a sostituire la collega che in quel momento dirigeva quell'ufficio quando, di lì a qualche mese, la stessa sarebbe andata in pensione (deposizione Pa.). Si trattava di un periodo particolare, poiché per la prima volta la Fondazione aveva disposto che la Compagnia assicuratrice sarebbe stata scelta all'esito di un'apposita gara di appalto (deposizione Pa.). Sia per questo motivo, sia perché si trattava di un settore di attività sconosciuto alla Pi., costei fu inizialmente impegnata nello studio delle precedenti polizze (deposizione Pa.) e, in generale, della documentazione relativa all'attività che veniva svolta da quella struttura (deposizione Fi.); inoltre la Pi. fu sempre coinvolta dal dirigente responsabile dell'Area cui afferiva quell'ufficio in tutte le riunioni convocate su materie di competenza dell'ufficio (deposizioni Ca., Fi.). Seppure la precedente responsabile dell'ufficio era destinata ad andare in pensione solamente il 31 marzo 2015, già dal momento dell'aggiudicazione della gara d'appalto (e, cioè, dal novembre 2014: deposizione Ca.), la Pi. iniziò a svolgere operativamente tutti i compiti di responsabile della struttura che si occupava della polizza in discorso (deposizioni Ca., Pa.). Si è trattato di gestire tutte le problematiche derivanti dalla nuova polizza (curando i rapporti con i rappresentanti della Compagnia assicuratrice e con i medici assicurati) e di coordinare l'attività di due impiegati (deposizione Fi.).

Tanto appurato, ritiene il Giudice che le mansioni svolte dalla ricorrente dopo il rientro presso la Fondazione, così come descritte sopra, ben possano essere considerate equivalenti a quelle espletate presso la società distaccataria. Si tratta, infatti, di coordinare l'attività di una struttura che si occupa di uno dei servizi che la Fondazione offre ai propri iscritti e che comporta la necessità di affrontare e risolvere questioni aventi significativa rilevanza giuridica (come normalmente sono quelle scaturenti dalla gestione di un contratto di assicurazione). È evidente l'analogia con l'attività espletata presso la distaccataria, consistente anch'essa nel coordinamento di una struttura che si occupava di un settore (la gestione degli immobili di proprietà della convenuta) che comportava l'analisi e la risoluzione di questioni di natura giuridica.

Né può indurre a conclusione diversa la constatazione che, nei primi mesi successivi al rientro dal distacco, l'attività svolta dalla Pi. sia consistita soprattutto nello studio della documentazione relativa alle competenze del nuovo ufficio. Si è trattato, infatti, del periodo destinato

all'acquisizione delle conoscenze e delle prassi necessarie per svolgere efficacemente i nuovi compiti assegnati dalla datrice di lavoro e, in particolare, quello di coordinamento della struttura. Il ricorso deve dunque essere integralmente respinto.

*omissis*

### **2.3. Cass., sez. lav., 19 novembre 2015, n. 23698**

*L'art. 2103 c.c. si interpreta alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, in coerenza con la ratio di numerosi interventi normativi, quali l'art. 7, 5° comma, d.leg. n. 151 del 2001, l'art. 1, 7° comma, l. n. 68 del 1999, l'art. 4, 11° comma, l. n. 223 del 1991 anche come da ultimo riformulato dall'art. 3, 2° comma, d.leg. n. 81 del 2015, sicché, **ove il demansionamento rappresenti l'unica alternativa al recesso datoriale, non è necessario un patto di demansionamento o una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o contemporanea al licenziamento, ma è onere del datore di lavoro, in attuazione del principio di correttezza e buona fede, prospettare al dipendente la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale.***

#### *Svolgimento del processo*

La Corte di Appello Brescia, confermando la sentenza Tribunale di Brescia, accoglieva l'impugnativa del licenziamento per giustificato motivo oggettivo intimato a Be. Gi. dalla Biticino S.p.A.. A fondamento del decisimi, e per quello che interessa in questa sede, la Corte di Appello poneva il fondante rilievo secondo il quale, la società, a fronte della soppressione, a seguito della riorganizzazione aziendale, del posto di lavoro occupato dal Be. non aveva allo stesso offerto il reimpiego nelle mansioni inferiori di responsabile dell'ufficio acquisti ancorché resosi vacante in epoca di poco precedente al licenziamento. Avverso questa sentenza la società in epigrafe ricorre in cassazione sulla base di quattro censure, illustrate da memoria. Resiste con controricorso la parte intimata.

#### *Motivi della decisione*

Con il primo motivo la società ricorrente, deducendo violazione e/o falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, articolo 3, e articolo 2013 c.c., sostiene che la Corte ha erroneamente ritenuto illegittimo il licenziamento sulla base dell'errato assunto che l'azienda dovesse fornire la prova dell'assenza di posti aventi ad oggetto mansioni inferiori. Con la seconda censura la società ricorrente, denunciando violazione e/o falsa applicazione degli articoli 2013, 1375 e 1175 c.c., assume che la Corte territoriale ha erroneamente ritenuto che fosse onere dell'azienda prospettare al lavoratore uno spostamento in mansioni inferiori mentre in realtà era il lavoratore che avrebbe dovuto offrire la propria disponibilità. Con la terza critica la società ricorrente, allegando violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 41 Cost., e L. n. 183 del 2010, articolo 30, comma 1, rileva che la Corte distrettuale, nel qualificare illegittimo il licenziamento ancorché non vi fossero mansioni equivalenti o inferiori da assegnare al lavoratore al momento del suo licenziamento, è entrata, erroneamente nel merito delle scelte aziendali effettuate prima del licenziamento. Con la quarta censura la società ricorrente, asserendo violazione e/o falsa applicazione dell'articolo 41 Cost., articoli 2103, 1375 e 1175 c.c., critica la sentenza impugnata per aver la Corte territoriale imposto al datore di lavoro scelte imprenditoriali che l'avrebbero obbligata a modificare il proprio assetto organizzativo. Le censure in quanto strettamente connesse dal punto di vista logico giuridico vanno trattate unitariamente.

Ritiene questa Corte di dar continuità giuridica, al principio anche di recente ribadito, secondo il quale la disposizione dell'articolo 2103 c.c., sulla disciplina delle mansioni e sul divieto di declassamento va interpretata alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra l'altro, interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del codice civile se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (per tutte V. Cass. 5 aprile 2007 n. 8596 e Cass. 22 maggio 2014 n. 11395). Tanto è in coerenza con la ratio sottesa a numerosi interventi normativi quali quello riguardante le lavoratrici madri, che durante il periodo di gestazione e sino a sette mesi dopo il parto - se il tipo di attività o le condizioni ambientali sono pregiudizievoli alla loro salute - devono essere spostate ad altre mansioni anche inferiori a quelle abituali, conservando la retribuzione precedente (cfr. D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151, articolo 7, comma 5); quello relativa ai lavoratori divenuti inabili durante il rapporto lavorativo, che possono essere licenziati solo se risulti impossibile adibirli in mansioni disponibili in azienda, anche se non equivalenti, con la conservazione del trattamento della precedente qualifica (cfr. L. 12 marzo 1999, n. 68, articolo 1, comma 7); quello - in modo ancora più significativo in considerazione di quanto interessa in questa sede - attinente i lavoratori esuberanti, il cui licenziamento può essere evitato proprio attraverso un accordo collettivo che permetta loro di essere adibiti a mansioni anche inferiori alle precedenti ai fini della conservazione nel posto di lavoro (cfr. D.Lgs. 23 luglio 1991, n. 223, articolo 4, comma 11), ed infine quello di cui alla recente riformulazione dell'articolo 2013 c.c., di attuazione del c.d. Jobs Act il cui secondo comma prevede che "In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore". Né ritiene questo Collegio che ai fini di cui trattasi sia necessario un patto di demansionamento ovvero una richiesta del lavoratore in tal senso anteriore o coeva al licenziamento. Se, infatti, il demansionamento rappresenta l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo è onere del datore di lavoro, proprio in attuazione dei principi di correttezza e buona fede che governano il rapporto di lavoro, rappresentare al lavoratore la possibilità di una assegnazione a mansioni inferiori compatibili con il suo bagaglio professionale. Né nella specie si pongono problemi di ordine processuale atteso che la Corte del merito accerta che il lavoratore ha indicato l'ufficio acquisti per la possibilità del reimpiego in mansioni diverse, anche inferiori e la società sin dal primo atto di costituzione in giudizio ha contestato la fondatezza della pretesa del lavoratore di considerare l'obbligo del reimpiego esteso alla necessità della previa prospettazione di un utilizzo in mansioni inferiori. Residua da affrontare il delicato tema delle scelte organizzative datoriali. La Corte del merito movendo dal presupposto che la riorganizzazione aziendale predisposta dalla società ricorrente già all'epoca in cui si era reso vacante il posto di responsabile dell'Ufficio acquisti, compatibile con il bagaglio professionale del Be., era pervenuta alla determinazione di licenziare quest'ultimo avrebbe dovuto tenere presente, prima di ricoprire tale posto, che a tale posto poteva essere assegnato il Be. adottando una soluzione per così dire transitoria sino al licenziamento. **Tuttavia non ritiene il Collegio che la soluzione adottata dalla Corte del merito possa essere avallata poiché il rispetto dei doveri di correttezza e buona fede non può spingersi sino ad imporre al datore di lavoro una scelta organizzativa, quale quella suggerita dalla Corte del merito, ancorché transeunte, tale da incidere, sia pure in maniera modesta, come sottolineato dai Giudici di appello, sulle decisioni organizzative del datore di lavoro che appartengono sempre alla sua sfera di libertà**



**d'iniziativa economica ex articolo 41 Cost.** In conclusione va accolto il quarto motivo del ricorso e vanno rigettati gli altri con conseguente annullamento della sentenza impugnata. Non essendo necessari ulteriori accertamenti di fatto e decidendosi nel merito va rigetta l'originaria domanda del lavoratore. Considerato il diverso esito dei giudizi di merito rispetto a quello di legittimità, nonché la complessità delle questioni trattate stima di compensare tra le parti le spese dell'intero processo.

*omissis*

#### **2.4. Cass. 22 marzo 2016, n. 5592**

*In materia di illegittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repêchage del lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo di licenziamento, con esclusione di un onere di allegazione al riguardo del secondo, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri, entrambi spettanti alla parte deducente*

#### *Svolgimento del processo*

Con sentenza 13 febbraio 2013, la Corte d'appello di Trieste respingeva l'appello proposto da P.A. (dipendente da marzo 2006 di Harpo s.p.a. quale quadro A 3 ai sensi del CCNL per il settore chimico e con mansioni di direttore commerciale della divisione Geotecnica, a suo dire demansionato per il trasferimento nel marzo 2008 alla direzione della divisione Applicazioni Industriali e quindi licenziato per giustificato motivo oggettivo) avverso la sentenza di primo grado, che ne aveva rigettato le domande di illegittimità del licenziamento intimatogli con lettera del 17 marzo 2009, di condanna della società datrice alla reintegrazione nel posto di lavoro e al risarcimento dei danni, patrimoniali e non, compensando tra le parti le spese di giudizio.

Sulla base degli scrutinati dati di bilancio, dei licenziamenti operati nel periodo all'interno della divisione Applicazioni Industriali e dell'ammissione della società alla Cassa Integrazione Guadagni richiesta nell'ottobre 2009, la Corte territoriale riteneva provata l'effettiva ricorrenza del giustificato motivo oggettivo, sub specie di riorganizzazione aziendale con accorpamento della divisione diretta da P. in quella Geotecnica per l'andamento economico e finanziario negativo, pure in assenza di specifica allegazione di repêchage del lavoratore; essa escludeva poi il dedotto demansionamento, per l'equipollenza dell'incarico direttivo in entrambe le divisioni (a seguito del suo spostamento dalla divisione Geotecnica a quella Applicazioni Industriali, per un suo rilancio, a seguito dell'acquisizione di nuove commesse), alle dirette dipendenze, sia prima che dopo, dell'amministratore delegato e del presidente della società datrice.

Con atto notificato il 1 luglio 2013, P.A. ricorre per cassazione con cinque motivi, cui resiste Harpo s.p.a. con controricorso; entrambe le parti hanno comunicato memoria ai sensi dell'art. 378 c.p.c..

#### *Motivi della decisione*

Con il primo motivo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3 e vizio di motivazione illogica, insufficiente e contraddittoria, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, per mancato accertamento dell'effettiva cessazione, al di là del suo accorpamento ad altra, dell'attività della divisione Applicazioni Industriali e della soppressione delle proprie mansioni, senza alcuna giustificazione di ciò, nonostante la specificità al riguardo delle doglianze in appello.

Con il secondo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175, 1375, 2697 e 2729 c.c. e vizio di motivazione, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1,

nn. 3 e 5, per non ritenuto inadempimento dalla società datrice all'obbligo di repêchage, pure con motivazione insufficiente e contraddittoria.

Con il terzo, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175, 1375, 2697 e 2729 c.c., in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, per erronea ripartizione dell'onere della prova, non posto a carico, secondo più rigoroso indirizzo interpretativo di legittimità, del datore di lavoro, senza alcun coinvolgimento collaborativo del lavoratore, come invece per altro indirizzo di minor rigore.

Con il quarto, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175, 1375 c.c. e vizio di motivazione illogica, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, per mancata esatta valutazione della disponibilità manifestata allo svolgimento di mansioni anche inferiori, con la lettera del 25 marzo 2009 in risposta a quella datoriale di licenziamento senza preavviso del 17 marzo 2009, nell'impossibilità di manifestare prima una tale disponibilità, essendo all'oscuro della determinazione della propria datrice, con la conseguente inapplicabilità al caso di specie del principio acriticamente recepito dalla Corte territoriale, riguardante tuttavia ipotesi diversa di previa conoscenza della situazione dai lavoratori (prima oggetto di demansionamento impugnato giudizialmente e quindi) licenziati.

Con il quinto, il ricorrente deduce violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175 e 1375 c.c. e vizio di motivazione contraddittoria, in relazione all'art. 360 c.p.c., comma 1, nn. 3 e 5, per omessa valutazione del proprio carico familiare nella valutazione della preferenza datoriale per la conservazione dell'incarico di direttore della divisione Geotecnica al dr. B. in proprio danno.

Il primo motivo, relativo a violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3 e vizio di motivazione, per mancato accertamento dell'effettiva cessazione dell'attività della divisione Applicazioni Industriali e della soppressione delle mansioni del lavoratore, è inammissibile.

Sotto il profilo di violazione di legge, al di là della formale enunciazione della sua rubrica, esso non integra gli appropriati requisiti di erronea sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta regolata dalla disposizione di legge, mediante specificazione delle affermazioni in diritto contenute nella sentenza impugnata che motivatamente si assumano in contrasto con le norme regolatrici della fattispecie e con l'interpretazione delle stesse fornita dalla giurisprudenza di legittimità o dalla prevalente dottrina (Cass. 26 giugno 2013, n. 16038; Cass. 28 febbraio 2012, n. 3010; Cass. 31 maggio 2006, n. 12984).

Nè qui rileva una questione di sindacabilità, sotto il profilo della falsa interpretazione di legge, del giudizio applicativo di una norma cd. "elastica" (quale indubbiamente la clausola generale del giustificato motivo obiettivo ai sensi della L. n. 604 del 1966, artt. 1 e 3), che indichi solo parametri generali e pertanto presupponga da parte del giudice un'attività di integrazione giuridica della norma, a cui sia data concretezza ai fini del suo adeguamento ad un determinato contesto storico - sociale: in tal caso ben potendo il giudice di legittimità censurare la sussunzione di un determinato comportamento del lavoratore nell'ambito del giustificato motivo (piuttosto che della giusta causa di licenziamento), in relazione alla sua intrinseca lesività degli interessi del datore di lavoro (Cass. 18 gennaio 1999, n. 434; Cass. 22 ottobre 1998, n. 10514).

E ciò per la sindacabilità, da parte della Corte di Cassazione, dell'attività di integrazione del precetto normativo compiuta dal giudice di merito, a condizione che la contestazione del giudizio valutativo operato in sede di merito non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga, invece, una specifica denuncia di incoerenza del predetto giudizio rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (Cass. 26 aprile 2012, n. 6498; Cass. 2 marzo 2011, n. 5095): con limitazione, alla luce dell'esperienza applicativa della Corte, almeno nella sua teorica enunciazione, quando il giudice del merito sia chiamato ad applicare concetti giuridici indeterminati, del controllo di legittimità alla verifica di

ragionevolezza della sussunzione del fatto e quindi ad un sindacato su vizio di violazione di norma di diritto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, ben lontano da quello dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 ( Cass. s.u. 18 novembre 2010, n. 23287).

Ed infatti, il vizio di violazione o falsa applicazione di norma di diritto, ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 3, ricorre o non ricorre a prescindere dalla motivazione (che può concernere soltanto una questione di fatto e mai di diritto) posta dal giudice a fondamento della decisione (id est: del processo di sussunzione), per l'esclusivo rilievo che, in relazione al fatto accertato, la norma non sia stata applicata quando doveva esserlo, ovvero che lo sia stata quando non si doveva applicarla, ovvero che sia stata male applicata (Cass. 15 dicembre 2014, n. 26307; Cass. 24 ottobre 2007, n. 22348). Sicchè, il processo di sussunzione, nell'ambito del sindacato sulla violazione o falsa applicazione di una norma di diritto, presuppone la mediazione di una ricostruzione del fatto incontestata; al contrario del sindacato di legittimità ai sensi dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5, che invece postula un fatto ancora oggetto di contestazione tra le parti.

Ciò che appunto si verifica nel caso di specie, in cui si controverte, non tanto (e per le ragioni dette) di esatta interpretazione di norme nè di corretto esercizio del processo di sussunzione della fattispecie concreta in quella astratta regolata dalla disposizione di legge denunciata (correttamente individuata nell'integrazione del giustificato motivo oggettivo dal processo di riorganizzazione aziendale comportante l'accorpamento della divisione già diretta da P. in quella Geotecnica, per crisi economica e finanziaria), quanto piuttosto di accertamento della concreta ricorrenza, nel fatto dedotto in giudizio, degli elementi che integrano il parametro normativo e le sue specificazioni e della loro concreta attitudine a costituire giustificato motivo soggettivo di licenziamento (effettiva soppressione delle mansioni del lavoratore):

e pertanto sul diverso piano del giudizio di fatto, demandato al giudice di merito e sindacabile in cassazione a condizione che la contestazione non si limiti ad una censura generica e meramente contrappositiva, ma contenga una specifica denuncia di incoerenza rispetto agli standards, conformi ai valori dell'ordinamento, esistenti nella realtà sociale (Cass. 2 marzo 2011, n. 5095).

Parimenti inammissibile è il denunciato vizio di illogica, insufficiente e contraddittoria motivazione, non più deducibile per l'attuale testo dell'art. 360 c.p.c., comma 1, n. 5 (di denuncia "per omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti"), applicabile *ratione temporis* per la pubblicazione della sentenza impugnata in data posteriore (13 febbraio 2013) al trentesimo giorno successivo a quella di entrata in vigore della L. 7 agosto 2012, n. 134, di conversione del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 (12 settembre 2012), secondo la previsione dell'art. 54, comma 3 del decreto legge citato.

Esso ha, infatti, introdotto nell'ordinamento un vizio specifico denunciabile per cassazione, relativo all'omesso esame di un fatto storico, principale o secondario, la cui esistenza risulti dal testo della sentenza o dagli atti processuali, che abbia costituito oggetto di discussione tra le parti e abbia carattere decisivo (nel senso che, qualora esaminato, avrebbe determinato un esito diverso della controversia). Ne consegue che, nel rigoroso rispetto delle previsioni dell'art. 366 c.p.c., comma 1, n. 6 e art. 369 c.p.c., comma 2, n. 4, il ricorrente deve indicare il "fatto storico", il cui esame sia stato omesso, il "dato", testuale o extratestuale, da cui esso risulti esistente, il "come" e il "quando" tale fatto sia stato oggetto di discussione processuale tra le parti e la sua "decisività"; fermo restando che l'omesso esame di elementi istruttori non integra, di per sè, il vizio di omesso esame di un fatto decisivo qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorchè la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie.

Sicchè, detta riformulazione deve essere interpretata, alla luce dei canoni ermeneutici dettati dall'art. 12 preleggi, come riduzione al "minimo costituzionale" del sindacato di legittimità sulla motivazione. Ed è pertanto denunciabile in cassazione solo l'anomalia motivazionale che si tramuti

in violazione di legge costituzionalmente rilevante, in quanto attinente all'esistenza della motivazione in sè, purchè il vizio risulti dal testo della sentenza impugnata, a prescindere dal confronto con le risultanze processuali.

Tale anomalia si esaurisce nella "mancanza assoluta di motivi sotto l'aspetto materiale e grafico", nella "motivazione apparente", nel "contrasto irriducibile tra affermazioni inconciliabili" e nella "motivazione perplessa ed obiettivamente incomprensibile", esclusa qualunque rilevanza del semplice difetto di "sufficienza" della motivazione (Cass. s.u. 7 aprile 2014, n. 8053).

Nè l'omesso esame di elementi istruttori integra in sè il suddetto vizio, qualora il fatto storico, rilevante in causa, sia stato comunque preso in considerazione dal giudice, ancorchè la sentenza non abbia dato conto di tutte le risultanze probatorie (Cass. 10 febbraio 2015, n. 2498): con la conseguente preclusione nel giudizio di cassazione dell'accertamento dei fatti ovvero della loro valutazione a fini istruttori (Cass. 21 ottobre 2015, n. 21439).

Il secondo (violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175, 1375, 2697 e 2729 c.c. e vizio di motivazione, per non ritenuto inadempimento dalla società datrice all'obbligo di repêchage) e il terzo motivo (violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175, 1375, 2697 e 2729 c.c., per erronea ripartizione dell'onere della prova al riguardo) sono congiuntamente esaminabili per la loro stretta connessione.

Essi sono fondati.

Il collegio è ben consapevole di un consolidato indirizzo di questa Corte, ai fini della legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3 (accanto ad uno di chiara affermazione dell'onere datoriale della prova dell'impossibilità di impiegare il lavoratore in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, in relazione al concreto contenuto professionale dell'attività cui il lavoratore stesso era precedentemente adibito: Cass. 12 luglio 2012, n. 11775; 26 marzo 2010, n. 7381; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579; Cass. 14 giugno 2005, n. 12769; Cass. 9 giugno 2004, n. 10916; Cass. 1 ottobre 1998, n. 9768; Cass. 26 ottobre 1993, n. 9369), secondo cui, se indubbiamente un tale onere compete al datore di lavoro, tuttavia esso conseguirebbe da un (diverso e propedeutico) onere, a carico dello stesso lavoratore che impugni il licenziamento, di allegazione dell'esistenza di altri posti di lavoro per la sua utile ricollocazione, in virtù di un preteso obbligo di collaborazione nell'accertamento di un possibile repêchage (Cass. 6 ottobre 2015, n. 19923; Cass. 3 marzo 2014, n. 4920; Cass. 8 novembre 2013 n. 25197; Cass. 19 ottobre 2012, n. 18025; Cass. 26 aprile 2012, n. 6501; Cass. 8 febbraio 2011 n. 3040; Cass. 18 marzo 2010, n. 6559; Cass. 22 ottobre 2009, n. 22417; Cass. 19 febbraio 2008, n. 4068; Cass. 9 agosto 2003, n. 12037; Cass. 12 giugno 2002, n. 8396; Cass. 3 ottobre 2000, n. 13134): in una sorta, per così dire, di cooperazione processuale.

Tuttavia, come chiaramente si evince dall'integrale lettura delle sentenze citate, un tale indirizzo imperniato su una netta (e inedita) divaricazione tra onere di allegazione (in capo al lavoratore) e di prova (in capo al datore di lavoro) è meramente tralaticio, fondandosi su una petizione di principio (secondo cui "il lavoratore, pur non avendo il relativo onere probatorio, che grava per intero sul datore di lavoro, ha comunque un onere di deduzione e di allegazione di tale possibilità di repêchage ") assunta come postulato, in quanto affatto argomentata nel suo fondamento giuridico.

Per trovare una spiegazione, occorre risalire ad una lontana sentenza, che, premesso l'onere datoriale, in tema di licenziamento per giustificato motivo obiettivo secondo costante orientamento della medesima Corte, di provare l'impossibilità di una diversa utilizzazione, trattandosi di circostanza pur sempre ricollegabile alle generali "ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa", ha offerto la seguente giustificazione: "Pur sussistendo... siffatto carico probatorio sul datore di lavoro, resta peraltro pur sempre a carico del lavoratore, ricorrente in giudizio per ottenere l'annullamento del licenziamento, l'onere di dedurre ed allegare, in osservanza delle prescrizioni sulla forma della domanda dettate

dall'art. 414 c.p.c. (secondo cui la domanda deve contenere, tra l'altro, l'esposizione dei fatti e degli elementi di diritto sui quali (essa) si fonda": n. 3 cit. art. 414), le specifiche circostanze e ragioni costituenti i presupposti di tale azione. E pertanto - con riferimento al caso che qui interessa - è da ricondurre a tale onere, del lavoratore ricorrente, il dedurre e l'allegare circostanze di fatto e ragioni di diritto costituenti il fondamento della affermata illegittimità del licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo: e così la insussistenza di un giustificato motivo, ovvero l'inadeguatezza in tal senso del motivo addotto dal datore di lavoro, ed anche la possibilità, comunque, di una sua diversa utilizzazione nell'impresa con mansioni equivalenti... Sarà poi onere del convenuto datore di lavoro, in opposizione alle suddette deduzioni e allegazioni attinenti agli elementi essenziali dell'azione contro di lui proposta, fornire la prova ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 5 cit. (che in sostanza contiene una specificazione del principio generale di cui all'art. 2697 c.c., comma 2) dei fatti impeditivi dell'azionamento diritto ad ottenere l'annullamento del licenziamento: e fornire quindi la prova della sussistenza delle ragioni produttive e organizzative aziendali di cui alla L. n. 604 del 1966, art. 3 cit. (ed in particolare, nel caso di specie, la prova della sostenuta riduzione dell'attività imprenditoriale per diminuzione degli appalti), nonché la prova che non v'era comunque possibilità di una diversa e adeguata utilizzazione del dipendente. Ma ove una siffatta possibilità di diversa utilizzazione (che costituisce elemento di fatto certamente collegato, ma pur sempre differenziato e distinto rispetto alle vere e proprie ragioni di carattere organizzativo, produttivo e funzionale riferite alla attività aziendale dal citato art. 3) non sia stata neppure allegata dal ricorrente tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda, non v'è ragione logica per cui il convenuto debba chiedere di provare la insussistenza di una tale circostanza, in quanto appunto nemmeno prospettata dalla parte interessata a farla valere" (Cass. 23 ottobre 1998, n. 10559).

Appare evidente come i principi testualmente riportati (e che, si ribadisce, costituiscono la giustificazione del consolidato indirizzo qui confutato) non possano essere condivisi, e non solo perchè già in precedenza smentiti, in particolare da due sentenze, secondo cui: "l'onere della prova della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza, pur dovendo essere mantenuto entro limiti di ragionevolezza sì che può considerarsi assolto anche mediante il ricorso a risultanze probatorie di natura presuntiva e indiziaria... non può tuttavia essere posto direttamente o indirettamente a carico del lavoratore, neppure al solo fine della indicazione di posti di lavoro assegnabili invero, pur dovendosi tener conto della specificità dei vari settori dell'impresa, la superfluità del lavoro del dipendente licenziato deve essere valutata entro l'ambito dell'intera azienda e non già con riferimento al singolo posto ricoperto, nel senso che grava interamente sul datore di lavoro la dimostrazione della impossibilità di utilizzare il dipendente in altro settore della stessa azienda" (Cass. 7 luglio 1992 n. 8254); "La prova...dell'impossibilità di un diverso impiego della lavoratrice licenziata nell'azienda, senza dequalificazione, gravava per intero anch'essa sul datore di lavoro e non poteva quindi trasferirsi neppure in parte sulla lavoratrice (pur se al solo fine dell'indicazione di posti di lavoro a lei assegnabili). Non si vede in realtà come sia esigibile un'indicazione del genere da parte del lavoratore licenziato, che è estraneo all'organizzazione aziendale, e l'indirizzo in tal senso di questa Corte... può dirsi costante" (Cass. 18 aprile 1991, n. 4164).

Con la loro enunciazione si ritiene, in buona sostanza, che la possibilità di una diversa utilizzazione del lavoratore licenziato in mansioni diverse (cd. repêchage) sia elemento costitutivo della domanda di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo e perciò nell'onere di allegazione del lavoratore medesimo, cui il datore di lavoro opponga il fatto impeditivo "dell'azionamento diritto ad ottenere l'annullamento del licenziamento": in esso inclusa la negazione della "possibilità di una diversa e adeguata utilizzazione del dipendente", purchè "allegata dal ricorrente tra gli elementi posti a fondamento dell'azione e tra i presupposti della sua domanda".

Ma in realtà non è così, perché, se è indubbio che nel giudizio di impugnazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo la causa petendi sia data dall'inesistenza dei fatti giustificativi del potere spettante al datore di lavoro, gravando su quest'ultimo l'onere di provare la concreta sussistenza delle ragioni inerenti all'attività produttiva e l'impossibilità di utilizzare il lavoratore licenziato in altre mansioni compatibili con la qualifica rivestita, è pur vero che l'indicazione (pur "possibile" da parte del "lavoratore" che si sia fatto "parte diligente") di un posto di lavoro alternativo a lui assegnabile, o l'allegazione di circostanze idonee a comprovare l'insussistenza del motivo oggettivo di licenziamento, comporti l'inversione dell'onere della prova (Cass. 5 marzo 2015, n. 4460, con espresso richiamo sul punto di Cass. 7 luglio 1992, n. 8254, che in proposito, giova ribadire, ha testualmente affermato che: "l'onere della prova della impossibilità di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni analoghe e quelle svolte in precedenza... non può tuttavia essere posto direttamente o indirettamente a carico del lavoratore, neppure al solo fine della indicazione di posti di lavoro assegnabili").

**Ora, la L. n. 604 del 1966, art. 5 è assolutamente chiaro nel porre a carico del datore di lavoro "l'onere della prova della sussistenza... del giustificato motivo di licenziamento": ed in tale senso esso è interpretato in ordine al controllo giudiziale dell'effettiva sussistenza del motivo determinato da ragioni tecniche, organizzative e produttive, addotto dal datore di lavoro, essendo invece insindacabile la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, espressione della libertà di iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.** (Cass. 14 maggio 2012, n. 7474; Cass. 11 luglio 2011, n. 15157).

**Ed in esso rientra il requisito dell'impossibilità di repêchage, quale criterio di integrazione delle ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro ed al regolare funzionamento di essa, nella modulazione della loro diretta incidenza sulla posizione del singolo lavoratore licenziato, derogabile soltanto quando il motivo consista nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile** (dovendo in tal caso il datore di lavoro pur sempre improntare l'individuazione del soggetto da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e quindi anche il recesso di una di esse: Cass. 28 marzo 2011, n. 7046) ovvero in caso di licenziamento del dirigente d'azienda per esigenze di ristrutturazione aziendali (per incompatibilità del repêchage con la posizione dirigenziale del lavoratore, assistita da un regime di libera recedibilità del datore di lavoro: Cass. 11 febbraio 2013, n. 3175).

Ed allora, la domanda del lavoratore è correttamente individuata, a norma dell'art. 414 c.p.c., nn. 3 e 4, da un petitum di impugnazione del licenziamento per illegittimità e da una causa petendi di inesistenza del giustificato motivo così come intimato dal datore di lavoro, cui incombe pertanto la prova, secondo la previsione della L. n. 604 del 1966, art. 5, della sua ricorrenza in tutti gli elementi costitutivi, in essi compresa l'impossibilità di repêchage: senza alcun onere sostitutivo del lavoratore alla sua controparte datrice sul piano dell'allegazione, per farne conseguire un onere probatorio (offrendogli, per così dire, l'affermazione del fatto da provare).

Si tratterebbe di una divaricazione davvero singolare, in quanto inedita sul piano processuale, nel quale l'onere della prova è modulato in coerente corrispondenza con quello dell'allegazione, come inequivocabilmente stabilito dall'indicazione dei requisiti della domanda ("esposizione dei fatti... sui quali si fonda la domanda" e "indicazione specifica dei mezzi di prova di cui il ricorrente intende avvalersi": art. 414 c.p.c., nn. 4 e 5, con previsione del tutto analoga a quella dell'art. 163 c.p.c., comma 3, nn. 4 e 5), in funzione di una corretta ripartizione dell'onere probatorio secondo la previsione dell'art. 2697 c.c., a norma del quale ciascuna delle parti deve provare i fatti a fondamento delle proprie domande o eccezioni, espressione del rispettivo onere di allegazione, nell'evidente indisgiungibilità dei due piani (Cass. s.u. 16 febbraio 2016, n. 2951: in riferimento ad allegazione e prova della titolarità della posizione giuridica vantata in giudizio; Cass. 15 ottobre

2014, n. 21847 e Cass. 19 agosto 2009, n. 18399: in riferimento all'onere di provare le proprie allegazioni soltanto ove non specificamente contestate da controparte).

La patrocinata ricostruzione sistematica della ripartizione dei rispettivi oneri di allegazione e di prova tra le parti nella fattispecie in esame trova piena conferma anche ove ricondotta ai principi in tema di responsabilità da inadempimento, di cui la normativa di carattere generale in materia di licenziamenti (come principalmente stabilita dalla L. n. 604 del 1966 e dalla L. n. 300 del 1970, art. 18) costituisce specificazione, essendo applicabile agli effetti del licenziamento, qualora non operi detta normativa, la disciplina civilistica dell'inadempimento (Cass. 22 luglio 2004, n. 13731).

Sicché, in base a tali principi, il creditore attore (lavoratore impugnante il licenziamento come illegittimo) è onerato della (allegazione e) prova della fonte negoziale (o legale) del proprio diritto (rapporto di lavoro a tempo indeterminato) e dell'allegazione dell'inadempimento della controparte (illegittimo esercizio del diritto di recesso per giustificato motivo oggettivo), mentre il debitore convenuto (datore di lavoro) è onerato della prova del fatto estintivo (legittimo esercizio del diritto di recesso per giustificato motivo oggettivo nella ricorrenza dei suoi presupposti, tra i quali, come detto, anche l'impossibilità di repêchage): in coerenza con i principi di persistenza del diritto (art. 2697 c.c.) e di riferibilità o vicinanza della prova (Cass. s.u. 30 ottobre 2001, n. 13533). E tale principio di riferibilità o vicinanza della prova, conforme all'esigenza di non rendere eccessivamente difficile l'esercizio del diritto del creditore a reagire all'inadempimento, senza peraltro penalizzare il diritto di difesa del debitore, in quanto nella migliore disponibilità degli elementi per dimostrare le ragioni del proprio comportamento, ormai di consolidata applicazione (Cass. 29 gennaio 2016, n. 1665; Cass. 14 gennaio 2013, n. 2016; Cass. 2 settembre 2013, n. 20110; Cass. 17 aprile 2012, n. 6008; Cass. 6 giugno 2012, n. 9099), per la maggiore vicinanza di allegazione e prova dell'impossibilità di repêchage al datore di lavoro, non disponendo il lavoratore, al contrario del primo, della completezza di informazione delle condizioni dell'impresa, tanto più in una condizione di crisi, in cui esse mutano continuamente a misura della sua evoluzione e degli interventi imprenditoriali per rimediare o comunque indirizzare gli sbocchi. Ciò che, d'altro canto, da tempo è stato ben presente a questa Corte, avendo in particolare essa osservato: "non si vede in realtà come sia esigibile un'indicazione del genere" (ossia dei posti assegnabili) "da parte del lavoratore licenziato, che è estraneo all'organizzazione aziendale" (Cass. 18 aprile 1991, n. 4164, che ha anche sottolineato la costanza di un indirizzo in tal senso della Corte).

In via conclusiva, si comprende allora come la tralatticia affermazione di una sorta di cooperazione processuale del lavoratore, e più in generale di ogni parte, sul piano dell'allegazione in favore della controparte sia priva di alcun fondamento normativo; soltanto sul piano sostanziale un tale obbligo di cooperazione è, infatti, previsto tra le parti, siccome tenuto ad un comportamento di collaborazione, conforme ai principi di correttezza e di buona fede, a norma degli artt. 1175, 1206 e 1375 c.c., quale obbligazione collaterale alle principali (Cass. 6 febbraio 2008, n. 2800; Cass. 16 gennaio 1997, n. 387).

Dalle superiori argomentazioni, assorbenti l'esame del quarto (violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175 e 1375 c.c. e motivazione illogica, per mancata esatta valutazione della disponibilità manifestata allo svolgimento di mansioni anche inferiori) e del quinto motivo (violazione e falsa applicazione della L. n. 604 del 1966, art. 3, artt. 1175 e 1375 c.c. e motivazione contraddittoria, per omessa valutazione del proprio carico familiare nella valutazione della preferenza datoriale per la conservazione dell'incarico di direttore della divisione Geotecnica al dr. B.), discende coerente l'accoglimento dei due motivi congiuntamente scrutinati, con la cassazione della sentenza impugnata in relazione ad essi e rinvio, anche per la regolazione delle spese del giudizio di legittimità, alla Corte d'appello di Trieste in diversa composizione, sulla base del seguente principio di diritto:

*"In materia di illegittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, spetta al datore di lavoro l'allegazione e la prova dell'impossibilità di repêchage del lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo di licenziamento, con esclusione di un onere di allegazione al riguardo del secondo, essendo contraria agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri, entrambi spettanti alla parte deducente".*  
*omissis*