



ORDINE DEI CONSULENTI DEL LAVORO CONSIGLIO PROVINCIALE DI NAPOLI

GIURISPRUDENZA UNA SENTENZA AL MESE

A cura del Dott. Edmondo Duraccio con il gradito contributo del Centro Studi ANCL "O. Baroncelli" della U.P. di Napoli e del Dott. Francesco Duraccio.

N.7/Luglio 2011()*

IL LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO PER SOPPRESSIONE DEL POSTO DI LAVORO PONE A CARICO DEL DATORE DI LAVORO UN DUPLICE OBBLIGO DI "REPECHAGE". IL PRIMO E' RELATIVO ALLA POSSIBILITA' DI ADIBIRE IL LAVORATORE IN ESUBERO IN MANSIONI EQUIVALENTI. IL SECONDO E' DI VALUTARE, SENZA STRAVOLGERE L'ORGANIZZAZIONE DEL LAVORO E PREVIO CONSENSO DEL LAVORATORE, L'ADIBIZIONE A MANSIONI INFERIORI PURCHE' INCLUDENTI PARTE DEL BAGAGLIO PROFESSIONALE DELLO STESSO. E' , DUNQUE, ONERE DEL DATORE DI LAVORO PROVARE L'IMPOSSIBILITA' DI ADIBIZIONE A MANSIONI EQUIVALENTI OVVERO DI AVER PROPOSTO AL LAVORATORE LO SVOLGIMENTO DI UNA MANSIONE INFERIORE.

(Cass. Sezione Lavoro n. 14517 del 1 Luglio 2011)

Ecco una sentenza della Suprema Corte di Cassazione che non mancherà, per la parte relativa all'onere di "repechage", di suscitare qualche perplessità.

Vi è noto, infatti, che in caso di "licenziamento per giustificato motivo oggettivo", ex art.3 della legge 15 Luglio 1966 n. 604, sussiste l'obbligo, acclarato dalla Giurisprudenza, di "repechage" che consiste nell'adibizione del lavoratore licenziato e non più utilizzabile nella precedente mansione a mansioni equivalenti.

Ergo, è a carico del datore di lavoro che risolve il contratto con tale motivazione l'onere della prova dell'impossibilità di adibizione del lavoratore in **mansioni equivalenti**.

Tale adibizione a mansioni equivalenti è conforme alla disposizione di cui all'art. 2103 c.c. (Mansioni del lavoratore) che così recita:

"1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

2. Ogni patto contrario è nullo.

Alla luce di tale disposizione, introdotta allo scopo di salvaguardare il bagaglio professionale del dipendente, lo jus variandi in tema di mansioni da parte del datore di lavoro è molto limitato per cui il lavoratore:

- a) deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto;
- b) al più potrà essere adibito a mansioni **equivalenti** a quelle da ultimo svolte;
- c) potrà essere impiegato in mansioni **superiori**;
- d) **giammai potrà essere impiegato in mansioni inferiori.**

Da qui la nullità di qualsiasi patto contrario alla norma!!!!

Vediamo, allora, il **fatto storico** che ha cagionato la pronuncia in commento della Suprema Corte di Cassazione.

Un lavoratore, con le mansioni di Direttore Amministrativo, viene licenziato per riduzione di personale mediante soppressione del posto di lavoro.

Il lavoratore si rivolge al Giudice del lavoro e poi in Appello avverso il licenziamento ma senza esito positivo in quanto sia il Giudice di prime che di seconde cure ritengono legittimo il licenziamento intimato.

In particolare, la Corte di Appello ha ritenuto che l'azienda recedente avesse provato la legittimità del licenziamento avendo accorpato le mansioni del Direttore Amministrativo all'interno delle funzioni del Direttore Tecnico affidate ad una dipendente neo-assunta (!) e che, ex adverso, **il lavoratore non avesse provato, essendo suo onere, non solo l'asserita pretestuosità del licenziamento quanto la possibilità di continuare il lavoro in mansioni equivalenti con diritto al medesimo inquadramento.**

Inevitabile il ricorso in Cassazione.

Gli Ermellini, **con la sentenza N.14517 del 1 Luglio 2011**, hanno accolto il ricorso.

I Giudici di Piazza Cavour hanno ritenuto non conforme ai precedenti principi della Cassazione le motivazioni della Corte di Appello che hanno consentito anche al Giudice di seconde cure di ritenere legittimo il licenziamento.

Per la Cassazione, tali motivazioni della Corte Distrettuale, fra cui l'onere della prova dell'inesistenza di ragioni giustificatrici del licenziamento e, principalmente, della prova di poter essere adibito a mansioni equivalenti, **contrastano** con i principi affermati in precedenza dalla stessa Cassazione per cui:

1. **qualora un dipendente venga licenziato per giustificato motivo oggettivo con soppressione del posto di lavoro, spetta sempre al datore di lavoro l'onere di provare che, al momento del recesso, non sussisteva la possibilità di assegnare al lavoratore in esubero mansioni equivalenti a quelle da ultime svolte;**
2. **spetta, altresì, al datore di lavoro l'onere della prova di aver prospettato, senza ottenerne l'assenso, la possibilità di un reimpiego in mansioni inferiori purchè compatibili con l'assetto organizzativo stabilito insindacabilmente dall'imprenditore e rientranti nel bagaglio professionale del lavoratore così come da Sentenza N. 21579 del 2008.**

Molto meticolosa, **in materia di onere della prova**, la "reprimenda" della Cassazione sulle motivazioni della Corte di Appello.

Gli Ermellini così si sono espressi: ***"la decisione impugnata si è soffermata esclusivamente sulla insindacabilità delle scelte datoriali relative alla riorganizzazione dell'azienda, trascurando di accertare l'assolvimento dell'onere della datrice di lavoro riguardo alla effettiva inutilizzabilità***

del lavoratore in mansioni analoghe a quelle originariamente assegnate, ovvero in mansioni inferiori rispondenti alla sua esperienza e professionalità, e addossando, invece, al dipendente l'onere di dimostrare l'insussistenza del motivo oggettivo del recesso, così finendo per equiparare, inammissibilmente, la disciplina dell'onere probatorio in materia a quella del licenziamento discriminatorio (mai allegato, nella specie, dal lavoratore licenziato).

Fin qui il “principio” sancito nella sentenza in commento.

Orbene, le nostre perplessità non sono assolutamente in direzione dell'onere della prova in tema di “repechage” che è a carico del datore di lavoro al pari della prova fra il nesso di causalità fra riorganizzazione del lavoro ed esubero del personale (id: il giustificato motivo oggettivo) donde un errore della Corte di Appello che ne ha invertito il destinatario.

Ben diverso è invece l'onere, che con la sentenza in commento si intende addossare al datore di lavoro, circa la prospettazione al lavoratore di una mansione inferiore che tenga conto sia dell'organizzazione attualmente predisposta dal datore che del bagaglio professionale.

C'è una contraddizione in termini.

Da un lato occorre, secondo la Cassazione, l'assenso del lavoratore il che non è conforme all'art. 2103 c.c. (id: “*ogni patto contrario è nullo*”) trattandosi di mansioni inferiori.

Dall'altro è richiesto che queste mansioni tengano conto del bagaglio professionale posseduto dal lavoratore.

Allora sono mansioni equivalenti? E per le mansioni equivalenti non occorre alcun assenso del lavoratore!!

Se, invece, sono inferiori, nemmeno sarebbe valida (al di fuori di una procedura di mobilità e/o quale **volontario e facoltativo** “rimedio” ad un licenziamento individuale) tale possibilità finanche previo accordo fra le Parti in ossequio alla disposizione ex art. 2103 c.c.

Ed allora?????

Raccomandiamo, vivamente, ai colleghi la possibilità di discutere le sentenze di Cassazione, di cui alla presente rubrica, con i propri praticanti.

Buon Approfondimento

***Il Presidente
Edmondo Duraccio***

**(*) Riproduzione e pubblicazione, anche parziale, vietata.
Riservata agli iscritti all'Albo di Napoli.
Diritti appartenenti agli autori.**