VidoLavoro del 16 novembre 2017

Il licenziamento in regime di Jobs Act: opportunità, rischi e primi orientamenti di dottrina e giurisprudenza

A cura di Alessandro Ripa

Dalla legge Fornero al Jobs Act

La riduzione delle tutele, i destinatari

Le tutele contro il licenziamento per giusta causa:

- la prova dell'insussistenza del fatto materiale addebitato;
- l'esclusione del giudizio di proporzionalità della sanzione;
- l'abolizione della possibilità di reintegra per ipotesi sanzionabili in modo conservativo nel ccnl.

Le interpretazioni di dottrina e giurisprudenza in tema di nuovo licenziamento per giusta causa:

- il fatto materiale equivale ad un fatto giuridico;
- l'esatta collocazione della sanzione per la genericità del recesso: Cass.20540/15
- i problemi che pone l'esclusione del giudizio di proporzionalità

Le non tutele contro il licenziamento per giustificato motivo oggettivo:
- la finalità della legge;
- le opportunità per i datori di lavoro;
- lo spazio agli esperimenti

Gli orientamenti giurisprudenziali più recenti in tema di legittimità o illegittimità di licenziamenti intimati nel vigore del jobs act, e le soluzioni adottate (l'inevitabile tentativo di invocare la natura discriminatoria o ritorsiva del licenziamento)

Il giudizio di incostituzionalità del Jobs Act pendente innanzi alla Corte Costituzionale:

- la disparità di trattamento tra colleghi con identiche mansioni e inquadramento;
- il controvalore monetario irrisorio della perdita del posto di lavoro;
- l'eliminazione della discrezionalità del Giudice nella valutazione, e le conseguenze

Gli scenari possibili o verosimili

Arrivederci al prossimo incontro:

VideoLavoro - on line dal 14 dicembre 2017

I conguagli fiscali e previdenziali 2017

NOVITÀ | legislazione

CONTRATTO A TUTELE CRESCENTI

SOMMARIO

- SCHEMA DI SINTESI
- LICENZIAMENTO INDIVIDUALE
- LICENZIAMENTO COLLETTIVO
- REVOCA DEL LICENZIAMENTO
- OFFERTA DI CONCILIAZIONE

D. Lgs. 4.03.2015, n. 23 *- Art. 18 L. 20.05.1970, n. 300 - L. 15.07.1966, n. 604*

Con la pubblicazione nella G.U. 6.03.2015, n. 54 del D. Lgs. 23/2015, a decorrere dal 7.03.2015 è in vigore il contratto di lavoro subordinato a tutele crescenti per i lavoratori subordinati a tempo indeterminato assunti a decorrere da tale data.

Il D. Lgs. 23/2015 attua la delega prevista dall'art. 1, c. 7, lett. c), L. 183/2014 (Jobs Act), volta all'introduzione, per le nuove assunzioni, "del contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti in relazione all'anzianità di servizio, escludendo per i licenziamenti economici la possibilità della reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro, prevedendo un indennizzo economico certo e crescente con l'anzianità di servizio e limitando il diritto alla reintegrazione ai licenziamenti nulli e discriminatori e a specifiche fattispecie di licenziamento disciplinare ingiustificato, nonché prevedendo termini certi per l'impugnazione del licenziamento".

L'intervento operato, al di là dei termini usati, non crea un nuovo contratto di lavoro, ma riforma gli effetti in caso di licenziamento illegittimo, limitando ancor di più la possibilità di reintegra e consentendo ai datori di lavoro di poter fissare in modo certo il costo del licenziamento illegittimo, grazie a un meccanismo sanzionatorio di natura indennitaria calcolato sull'anzianità del lavoratore, rendendo così possibile l'introduzione di un nuovo meccanismo di conciliazione, previsto dall'art. 6 del D. Lgs. 23/2015, dove è fissato in modo tassativo, ai fini dell'esenzione dall'imponibilità fiscale e contributiva, il corrispettivo del lavoratore. Non si applicano inoltre le disposizioni della legge Fornero.

Accanto ai nuovi meccanismi a tutela crescente, per i lavoratori assunti fino al 6.03.2015 rimangono in vigore le disposizioni contenute nell'art. 18 L. 300/1970 e nella L. 604/1966.

SCHEMA DI SINTESI

AMBITO DI APPLICAZIONE DELLE TUTELE CRESCENTI

⇨ • Tutti i lavoratori subordinati:
.. operai;
.. impiegati;
.. quadri.
• Assunti a tempo indeterminato a decorrere **dal 7.03.2015**.
⇨ Anche nel caso in cui siano assunti dalle c.d. organizzazioni di tendenza (datori di lavoro, non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto).

⇨ • Rientrano nelle tutele crescenti:
.. **i contratti di apprendistato o a termine**, sottoscritti prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 23/2015 e trasformati o confermati dal 7.03.2015;
.. i lavoratori **a tempo indeterminato**, assunti prima dell'entrata in vigore del decreto, presso imprese **fino a 15 dipendenti**, che, in virtù di assunzioni dopo l'entrata in vigore del decreto, superino il limite dell'applicazione della tutela reale.

IMPRESE FINO A 15 DIPENDENTI

⇨ In caso di imprese fino a 15 dipendenti (5 per le imprese agricole), si applica la disciplina a tutele crescenti con **importi dimezzati** rispetto alle imprese con più di 15 dipendenti.
⇨ Inoltre, non opera la reintegrazione nel caso di insussistenza del fatto materiale contestato nei licenziamenti disciplinari: la reintegra nelle piccole imprese è limitata solo ai licenziamenti discriminatori o nulli.

PROCEDURA

⇨ In caso di **licenziamento per motivi oggettivi**, per i lavoratori a tutele crescenti non è più applicabile la procedura prevista dall'art. 7 della L. 604/1966.
⇨ Applicabile viceversa ai licenziamenti per giustificato motivo oggettivo per i lavoratori assunti prima del 7.03.2015.

⇨ In caso di **licenziamento disciplinare**, rimane ferma anche per i lavoratori a tutele crescenti la procedura di contestazione disciplinare prevista dall'art. 7 della L. 300/1970.

OFFERTA DI CONCILIAZIONE

⇨ Entro 60 giorni dalla ricezione della comunicazione in forma scritta del licenziamento, presso le sedi di conciliazione protette, il datore di lavoro può offrire un importo, esente ai fini fiscali e contributivi, di ammontare pari a **1 mensilità di retribuzione Tfr per ogni anno di servizio**, in misura non inferiore a 2 e non superiore a 18, mediante consegna di assegno circolare.
⇨ Con l'accettazione, il rapporto si estingue alla data del licenziamento e il lavoratore rinuncia all'impugnazione del licenziamento, anche se già proposta.

⇨ Ulteriori somme, pattuite nella stessa sede, sono soggette al regime fiscale ordinario.

Centro Studi Castelli S.r.l. Aggiornato al 24.03.2015
Riproduzione vietata

LICENZIAMENTO INDIVIDUALE

AMBITO APPLICATIVO

- Tutti i lavoratori subordinati (operai, impiegati o quadri) assunti a tempo indeterminato a decorrere dal 7.03.2015.
- Anche nel caso in cui siano assunti dalle c.d. organizzazioni di tendenza (datori di lavoro, non imprenditori, che svolgono senza fine di lucro attività di natura politica, sindacale, culturale, di istruzione ovvero di religione o di culto).
- Rientrano nelle tutele crescenti:
  - .. contratti di apprendistato o a termine, sottoscritti prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 23/2015 e trasformati o confermati dopo l'entrata in vigore;
  - .. lavoratori a tempo indeterminato, assunti prima dell'entrata in vigore del D. Lgs. 23/2015, presso **imprese fino a 15 dipendenti**, che, a seguito di assunzioni dopo l'entrata in vigore del D. Lgs. 23/2015, **superino la soglia dei 15 dipendenti**, valevole per l'applicazione della tutela reale.

LICENZIAMENTO NULLO, ORALE O DISCRIMINATORIO

- **Conseguenze**
  - In caso di nullità del licenziamento in quanto discriminatorio (art. 15 L. 20.05.1970, n. 300), ovvero riconducibile agli altri casi di nullità espressamente previsti dalla legge, indipendentemente dal motivo addotto, o di licenziamento inefficace in quanto intimato in forma orale, le conseguenze sono:
    - .. la **reintegrazione del lavoratore** nel posto di lavoro;
    - .. il **risarcimento del danno**, non inferiore alle 5 mensilità, sulla base di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione Tfr, corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

Contributi	Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al **versamento** dei contributi previdenziali e assistenziali.

- **Indennità sostitutiva**
  - Al lavoratore è data **la facoltà** di chiedere al datore di lavoro, in sostituzione della reintegrazione nel posto di lavoro, un'**indennità** pari a 15 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto, la cui richiesta determina la risoluzione del rapporto di lavoro, e che **non** è assoggettata a contribuzione previdenziale.

La richiesta dell'indennità deve essere effettuata **entro 30 giorni** dalla comunicazione del deposito della pronuncia o dall'invito del datore di lavoro a riprendere servizio, se anteriore alla predetta comunicazione.

Risoluzione del rapporto	Il rapporto di lavoro si intende risolto quando il lavoratore non abbia ripreso servizio **entro 30 giorni** dall'invito del datore di lavoro, salvo il caso in cui abbia richiesto l'indennità sostitutiva della reintegra.

DISABILITÀ DEL LAVORATORE

- **Assunzione dal 7.03.2015**
  - Si applica la reintegra "forte" (come per il licenziamento nullo), **a prescindere dalle dimensioni dell'impresa**, anche nel caso di licenziamento illegittimo per motivo consistente nella disabilità fisica o psichica del lavoratore.

Art. 2, c. 4, D. Lgs. 23/2015

- **Assunzione ante 7.03.2015**
  - Per i lavoratori assunti prima del 7.03.2015, la tutela è:
    - .. per le imprese sopra ai 15 dipendenti;
      - Reintegrazione più **12 mensilità**.
    - .. fino a 15 dipendenti.
      - Riassunzione o, in mancanza, risarcimento del danno con un indennità per un importo compreso tra 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Aggiornato al 24.03.2015 Centro Studi Castelli S.r.l.

Riproduzione vietata

NOVITÀ

legislazione

DIFETTO DI GIUSTIFICAZIONE DEL LICENZIAMENTO DISCIPLINARE

Lavoratori assunti dal 7.03.2015

- **Insussistenza del fatto materiale**
  - Esclusivamente nel caso di insussistenza del fatto materiale contestato al lavoratore, senza alcun rilievo della proporzionalità, e **solo per le imprese con più di 15 dipendenti**, il lavoratore ha diritto alla reintegrazione e all'indennità risarcitoria (massimo 12 mensilità) su retribuzione Tfr dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione.

Contributi	Inoltre, il datore di lavoro è condannato al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino all'effettiva reintegrazione senza applicazione di sanzioni per omissione contributiva.

- **Altre ipotesi**
  - **In tutti gli altri casi il rapporto è estinto** dalla data del licenziamento e al lavoratore spetta un'indennità risarcitoria pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24, non assoggettata a contributi.
    - Indennità dimezzate per imprese fino a 15 dipendenti.

Calcolo indennità	Ai fini del calcolo delle indennità, l'anzianità di servizio del lavoratore che passa alle dipendenze dell'impresa subentrante nell'appalto si computa tenendosi conto di tutto il periodo durante il quale il lavoratore è stato impiegato nell'attività appaltata (art. 7, D. Lgs. 23/2015). Per le frazioni di anno d'anzianità di servizio, le indennità sono riproporzionate e le frazioni di mese uguali o superiori a 15 giorni si computano come mese intero.

Lavoratori assunti ante 7.03.2015

- **Ipotesi di reintegra**
  - **Per i lavoratori assunti prima del 7.03.2015, la reintegra (con risarcimento massimo di 12 mensilità**, dedotto quanto il lavoratore ha percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative, nonché quanto avrebbe potuto percepire dedicandosi con diligenza alla ricerca di una nuova occupazione) **spetta in caso di insussistenza del fatto contestato ovvero perché il fatto rientra tra le condotte punibili con una sanzione conservativa sulla base delle previsioni dei contratti collettivi ovvero dei codici disciplinari applicabili**.
- **Contributi**
  - Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.
- **Indennità**
  - In tutti gli altri casi, al lavoratore spetta un'indennità risarcitoria tra un minimo di 12 mensilità e un massimo di 24 dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.
    - Si considera estinto il rapporto con effetto dalla data del licenziamento.

Nelle imprese fino a 15 dipendenti, il datore di lavoro è tenuto alla riassunzione o, in mancanza, al risarcimento del danno con un indennità per un importo compreso tra 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Centro Studi Castelli S.r.l. Aggiornato al 24.03.2015
Riproduzione vietata

LICENZIAMENTO PER MOTIVI ECONOMICI O OGGETTIVI (GMO)

• Assunti dal 7.03.2015

- **Non è più prevista la reintegra** per i lavoratori a tutele crescenti.
- Il rapporto è estinto alla data del licenziamento e al lavoratore spetta un'**indennità risarcitoria** pari a **2 mensilità dell'ultima retribuzione** di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio, in misura non inferiore a 4 e non superiore a 24, non assoggettata a contributi.

Imprese fino a 15 dipendenti	Per le imprese fino a 15 dipendenti, gli importi sono ridotti e comunque il limite massimo di risarcimento è rappresentato da 6 mensilità.

• Assunti ante 7.03.2015

- In caso di manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento, i lavoratori assunti fino al 6.03.2015 hanno diritto all'annullamento del licenziamento e alla condanna del datore di lavoro alla reintegrazione, con indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'aliunde perceptum e l'aliunde percipiendum.
- In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto.

ILLEGITTIMITÀ PER VIZI FORMALI O PROCEDURALI

Per violazione del requisito della motivazione o della procedura preventiva di licenziamento per GMO.

• Assunti dal 7.03.2015

- Il rapporto di lavoro è estinto e al lavoratore spetta un'**indennità risarcitoria**, non assoggettata a contributi previdenziali pari a **1 mensilità dell'ultima retribuzione Tfr** per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 2 e non superiore a 12.

Fino a 15 dipendenti, le indennità sono dimezzate.

• Assunti fino al 6.03.2015

- Spetta un'indennità risarcitoria, in relazione alla gravità della violazione formale o procedurale commessa dal datore di lavoro, tra un minimo di 6 e un massimo di 12 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

Imprese fino a 15 dipendenti	Il datore di lavoro è tenuto alla riassunzione o, in mancanza, al risarcimento del danno con un indennità per un importo compreso tra 2,5 e un massimo di 6 mensilità dell'ultima retribuzione globale di fatto.

LICENZIAMENTO COLLETTIVO

LAVORATORI ASSUNTI DAL 7.03.2015

Artt. 2 e 10, D. Lgs. 23/2015

• Assenza di forma scritta

- In caso di licenziamento collettivo senza la forma scritta, ipotesi nella prassi praticamente assente, si applica la **reintegra**, con risarcimento pieno (come per il licenziamento nullo: almeno 5 mensilità dell'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr).

• Violazione procedure e criteri

- In caso di violazione delle procedure o dei criteri di scelta, il rapporto si considera **estinto** alla data del licenziamento.

Al lavoratore deve essere versata un'indennità risarcitoria pari a 2 mensilità dell'ultima retribuzione Tfr per ogni anno di servizio, in misura comunque non inferiore a 4 e non superiore a 24, non assoggettata a contributi.

LAVORATORI ASSUNTI FINO AL 7.03.2015

• Assenza di forma scritta

- In caso di licenziamento collettivo senza la forma scritta, il lavoratore ha diritto alla **reintegrazione e al risarcimento del danno**, non inferiore alle 5 mensilità, sulla base di un'indennità commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto maturata dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto quanto percepito, nel periodo di estromissione, per lo svolgimento di altre attività lavorative.

Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.

Aggiornato al 24.03.2015 Centro Studi Castelli S.r.l.
Riproduzione vietata

NOVITÀ | legislazione

LAVORATORI ASSUNTI FINO AL 7.03.2015 (Segue)

- **Violazione dei criteri di scelta**
  - In caso di violazione dei criteri di scelta, il lavoratore ha diritto alla **reintegrazione e all'indennità risarcitoria** commisurata all'ultima retribuzione globale di fatto dal giorno del licenziamento sino a quello dell'effettiva reintegrazione, dedotto l'aliunde perceptum e l'aliunde percipiendum.
  - In ogni caso la misura dell'indennità risarcitoria non può essere superiore a 12 mensilità della retribuzione globale di fatto.

  Il datore di lavoro è condannato, altresì, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali dal giorno del licenziamento fino a quello della effettiva reintegrazione, maggiorati degli interessi nella misura legale senza applicazione di sanzioni per omessa o ritardata contribuzione, per un importo pari al differenziale contributivo esistente tra la contribuzione che sarebbe stata maturata nel rapporto di lavoro risolto dall'illegittimo licenziamento e quella accreditata al lavoratore in conseguenza dello svolgimento di altre attività lavorative.
- **Violazione delle procedure**
  - Solo in caso di violazione delle procedure il rapporto di lavoro si considera **estinto** con effetto dalla data del licenziamento, con un'**indennità** risarcitoria tra un minimo di 12 mensilità e un massimo di 24 dell'ultima retribuzione globale di fatto, in relazione all'anzianità del lavoratore e tenuto conto del numero dei dipendenti occupati, delle dimensioni dell'attività economica, del comportamento e delle condizioni delle parti, con onere di specifica motivazione a tale riguardo.

REVOCA DEL LICENZIAMENTO

DISCIPLINA

Art. 5, D. Lgs. 23/2015
Art. 18, c. 10, L. 300/1970

- **Disciplina sostanzialmente identica** a prescindere dalla data di assunzione.
  - La revoca del licenziamento deve essere effettuata **entro il termine di 15 giorni** dalla comunicazione al datore di lavoro dell'impugnazione del medesimo.
  - Il rapporto di lavoro si intende ripristinato senza soluzione di continuità, con diritto del lavoratore alla retribuzione maturata nel periodo precedente alla revoca, e non trovano applicazione i regimi sanzionatori.

OFFERTA DI CONCILIAZIONE

AMBITO APPLICATIVO

- **Solo** per i lavoratori assunti a decorrere **dal 7.03.2015**.
  - Entro i termini di impugnazione del licenziamento (**60 giorni** dalla ricezione della sua comunicazione in forma scritta) presso le sedi di conciliazione protette espressamente individuate dall'art. 6 del D. Lgs. 23/2015, (ossia DTL, sede sindacale e commissioni di certificazione), il datore di lavoro può offrire un importo, che non costituisce reddito imponibile ai fini fiscali e contributivi, di ammontare pari a **1 mensilità di retribuzione di riferimento per il calcolo del Tfr per ogni anno di servizio**, in misura non inferiore a 2 e non superiore a 18, mediante consegna di assegno circolare.
  - Con l'accettazione, il rapporto si estingue alla data del licenziamento e il lavoratore rinuncia all'impugnazione del licenziamento, anche se già proposta.
  - Ulteriori somme, pattuite nella stessa sede, sono soggette al regime fiscale ordinario.

COMUNICAZIONI

- La comunicazione obbligatoria telematica di cessazione del rapporto (art. 4-bis D. Lgs. 181/2000) è integrata da una ulteriore comunicazione, da effettuarsi da parte del datore di lavoro entro 65 giorni dalla cessazione del rapporto, nella quale deve essere indicata l'avvenuta ovvero la non avvenuta conciliazione.
- L'omissione di tale nuova comunicazione è assoggettata alla medesima sanzione prevista per l'omissione della comunicazione della cessazione del rapporto di lavoro.
- Il modello di trasmissione della comunicazione obbligatoria sarà conseguentemente riformulato.

Centro Studi Castelli S.r.l. Aggiornato al 24.03.2015
Riproduzione vietata

NORMATIVA | legislazione

ONERE DEL REPECHAGE NEL LICENZIAMENTO E NUOVA DISCIPLINA DELLE MANSIONI

SOMMARIO

- SCHEMA DI SINTESI
- APPROFONDIMENTI

Art. 2103 C.C. *- Art. 3 D. Lgs. 15.06.2015, n. 81 - L. 15.07.1966, n. 604*

La giurisprudenza, nell'interpretazione dell'estensione del giustificato motivo oggettivo che possa legittimare il licenziamento del lavoratore ai sensi dell'art. 3 della L. 604/1966, ha sviluppato il principio del c.d. "onere di repechage", in base al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare non solo la soppressione del reparto o della posizione lavorativa cui era adibito il dipendente licenziato, ma anche l'impossibilità di una sua utile riallocazione in mansioni disponibili, giustificandosi il recesso solo come extrema ratio. Il principio del repechage, tuttavia, genera, nella sua specificazione concreta, forti dubbi sull'estensione dell'onere di tale verifica e sul legame che deve intercorrere tra le mansioni del lavoratore e quelle disponibili, in particolare nel caso in cui queste ultime siano inferiori rispetto a quelle abitualmente svolte fino alla soppressione della posizione lavorativa.

In tale contesto, il D. Lgs. 81/2015, art. 3, ha profondamente innovato la disciplina delle mansioni, aprendo la possibilità al datore di lavoro di poter intervenire in modo più ampio nella determinazione dell'oggetto della prestazione del lavoratore: in attesa delle prime pronunce che applichino il nuovo testo dell'art. 2103 C.C., si proverà ad ipotizzare i possibili riflessi sull'onere di repechage.

SCHEMA DI SINTESI

LICENZIAMENTO PER GIUSTIFICATO MOTIVO OGGETTIVO (GMO)	⇨	L'art. 3 della L. 604/1966 legittima il licenziamento determinato da "… ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso".	
	⇨	Nell'applicare tale principio, la giurisprudenza ha elaborato il c.d. onere di repechage, in base al quale il datore di lavoro ha l'onere di provare non solo la soppressione del reparto o della posizione lavorativa cui era adibito il dipendente licenziato, ma anche l'impossibilità di una sua utile riallocazione in mansioni disponibili, giustificandosi il recesso solo come extrema ratio.	
MANSIONI SU CUI VERIFICARE IL REPECHAGE	⇨	L'evoluzione del principio giurisprudenziale del repechage è giunta ad ammettere la possibilità di verifica della disponibilità di mansioni inferiori rispetto a quelle a cui era adibito il lavoratore.	⇨ • Il testo previgente dell'art. 2103 C.C. prevedeva la nullità di ogni patto contrario al suo disposto, che si caratterizzava dal divieto di procedere con una variazione peggiorativa delle mansioni. • In giurisprudenza, tuttavia, si è progressivamente ammessa la possibilità di sacrificare la professionalità del lavoratore al fine di tutelare la sua occupazione.
MANSIONI INFERIORI	⇨	L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che la verifica diretta da parte del datore di lavoro debba essere effettuata solo con mansioni equivalenti a quelle svolte dal lavoratore.	⇨ L'onere del repechage deriverebbe 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 repechage.
NUOVO ORIENTAMENTO	⇨	Con la recente sentenza (Cass. civ. 22.03.2016, n. 5592) il repechage viene visto come un onere che ricade interamente sul datore di lavoro, senza alcun onere di allegazione del lavoratore.	⇨ Tuttavia, tale interpretazione al momento risulta essere estremamente dibattuta, come dimostra la successiva sentenza (Cass. Civ. 10.05.2016, n. 9467).

Centro Studi Castelli S.r.l. Aggiornato al 27.09.2016
Riproduzione vietata

APPROFONDIMENTI

ONERE DI REPECHAGE

- **Licenziamento per GMO**
  - L'art. 3 della L. 604/1966 legittima il licenziamento determinato da "… ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di esso".
  - L'art. 5 della stessa legge prevede che l'**onere della prova** della sussistenza del giustificato motivo oggettivo **spetti al datore di lavoro**.
- **Onere giurisprudenziale di repechage**
  - La giurisprudenza, nel verificare la legittimità del motivo posto a base del licenziamento, nel caso di soppressione del posto di lavoro o del reparto a cui è adibito il lavoratore, richiede che il datore di lavoro dimostri che il lavoratore non poteva essere mantenuto in organico, assegnandogli mansioni scoperte e disponibili in azienda.
  - L'onere di repechage è stato esteso, stabilmente, anche ai casi di impossibilità della prestazione del lavoratore (es. perdita titolo abilitativo ovvero per sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore) a partire dalla sentenza della Cass., a Sezioni Unite, n. 7755/1998.

  In caso di violazione dell'obbligo di repechage, in base alla nuova disciplina delle conseguenze del licenziamento illegittimo (nuovo art. 18, Statuto dei Lavoratori e D. Lgs. 23/2015 a tutele crescenti), si ritiene che derivino solo conseguenze risarcitorie, anche nelle imprese con più di 15 dipendenti, e non reintegratorie.

  - L'onere di repechage viene molto spesso valutato nell'ottica della gestione del personale successiva al licenziamento: sul datore di lavoro ricade la prova di non avere effettuato, per un congruo periodo di tempo, nuove assunzioni in qualifiche analoghe a quella del lavoratore licenziato.

  Cass. n. 13112/2014
  Cass. n. 21579/2008

  In caso di sussistenza di mansioni compatibili con il lavoratore licenziando, è opportuno offrirle in forma scritta, tenuto conto anche di quanto previsto dal nuovo art. 2103 C.C.: l'accettazione comporta la conservazione del rapporto, in caso contrario, il datore di lavoro potrà procedere con il licenziamento.
- **Allegazione**
  - Nello sviluppo giurisprudenziale del repechage, la giurisprudenza, con l'intento di limitarlo con ragionevolezza, ha creato un obbligo propedeutico del lavoratore, volto a comunicare al datore di lavoro la disponibilità a svolgere diverse mansioni, evidenziando le proprie attitudini professionali e la volontà di trovare una diversa collocazione nell'azienda, in particolare quando non sono presenti in azienda mansioni equivalenti con quelle svolte in precedenza dal lavoratore.

  Cass. 23.10.1998, n. 10559
  Cass. 5.08.2000, n. 10339

Riproduzione vietata

NORMATIVA	legislazione		
ONERE DI REPECHAGE (Segue)	• **Nuovo orientamento**	• Nel corso del 2016 si è sviluppato un orientamento, fondato sul richiamo di due sentenze emanate nei primi anni 2000, che esclude qualsiasi obbligo probatorio in capo al lavoratore. 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, si ritiene non possa essere posto direttamente o indirettamente a carico del lavoratore, neppure al solo fine della indicazione di posti di lavoro assegnabili. 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 grava interamente sul datore di lavoro la dimostrazione della impossibilità di utilizzare il dipendente in altro settore.	Cass. 4509/2016
		• In caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il datore di lavoro che adduca a fondamento del licenziamento la soppressione del posto di lavoro cui era addetto il lavoratore licenziato, ha l'onere di provare non solo che al momento del licenziamento non sussisteva alcuna posizione di lavoro analoga a quella soppressa, ma anche di avere prospettato al lavoratore licenziato, senza ottenerne il consenso, la possibilità di un suo impiego in mansioni inferiori rientranti nel suo bagaglio professionale, purché tali mansioni inferiori siano compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore.	Cass. 22.03.2016, n. 5592
	• **Non stabilità del nuovo orientamento**	• A brevissima distanza dalle sentenze sopra richiamate, la Cassazione torna sui suoi passi: con la sentenza 9467/2016 si afferma infatti che "*il demansionamento, a prescindere dall'accettazione o meno da parte del lavoratore e dunque dall'esistenza di un patto di demansionamento, è ammissibile sempre che ci sia una certa omogeneità con i compiti originariamente svolti dal lavoratore, per cui non appare configurabile un obbligo del datore di lavoro di offrire al lavoratore tutte le mansioni anche quelle del tutto incompatibili con quelle svolte in precedenza dal lavoratore*".	
		• Successivamente, nuove recenti pronunce sembrano confermare il nuovo orientamento che esclude oneri di allegazione in capo al lavoratore.	Cass. 25.08.2016, n. 17338
DISCIPLINA DELLE MANSIONI	• **Nuovo art. 2103 C.C.**	• L'art. 3 del D. Lgs. 81/2015 ha modificato strutturalmente la disciplina delle mansioni. • In primo luogo (nuovo c. 1 dell'art. 2103 C.C.) il parametro di esigibilità delle mansioni è dato solo dal livello contrattuale di inquadramento e non dall'equivalenza delle mansioni: all'interno del livello contrattuale di assegnazione, il datore di lavoro può procedere unilateralmente alla variazione delle mansioni purchè riguardino la stessa categoria legale.	• In precedenza, la variazione unilaterale era legata al concetto dell'equivalenza, da intendersi, alla luce degli orientamenti giurisprudenziali, sia da un punto di vista soggettivo sulla professionalità del lavoratore, sia oggettivo in base al livello contrattuale di appartenenza.

Centro Studi Castelli S.r.l. Aggiornato al 27.09.2016
Riproduzione vietata

DISCIPLINA DELLE MANSIONI (Segue)

- ***Ius variandi* in caso di modifica degli assetti organizzativi**
  - Il nuovo c. 2 dell'art. 2103 C.C. prevede che, in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla posizione del lavoratore, quest'ultimo possa essere assegnato a mansioni del livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale.
    - Ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello inferiore, sempre nel rispetto della categoria del lavoratore.
    - Per categorie legali si intendono, ai sensi dell'art. 2095 C.C., dirigenti, impiegati, quadri e operai.
  - Il mutamento di mansioni, ove necessario, deve essere accompagnato dall'assolvimento di obblighi formativi, il cui inadempimento non comporta la nullità dell'assegnazione.
  - Inoltre, la modifica delle mansioni deve essere comunicata in forma scritta e il lavoratore, pur svolgendo mansioni di livello inferiore, mantiene il livello di inquadramento e il trattamento retributivo in godimento (principio dell'irriducibilità della retribuzione), fatta eccezione per le indennità modali.

Se, ad esempio, nella variazione delle mansioni, il lavoratore non deve più svolgere prestazioni che determinano il riconoscimento di indennità c.d. modali (es. indennità di cassa per maneggio denaro, ovvero indennità - vedi edilizia - per le particolari modalità di lavoro), perderà parallelamente il diritto a tali trattamenti retributivi. In passato la giurisprudenza ha negato il venir meno di tali indennità, qualora caratterizzassero in modo strutturale il lavoratore (il caso era quello del portiere notturno di un albergo, a cui venivano assegnate mansioni diurne). Recentemente la giurisprudenza ha mutato indirizzo (Corte di Cassazione, sentenza 30.09.2015, n. 19465), escludendo dal principio di irriducibilità delle retribuzione le indennità modali, in questo caso la maggiorazione per lavoro notturno del portiere.

La previsione dello ius variandi, anche per mansioni di un livello inferiore, in casi di esigenze legate all'organizzazione, rischia di estendere, nelle valutazioni giurisprudenziali, l'onere del repechage anche sulle mansioni inferiori. Tenuto conto dei recenti orientamenti, è ipotizzabile che la giurisprudenza si assesterà verso un'estensione dell'onere del datore di lavoro, escludendo la rilevanza dell'allegazione del lavoratore.

IPOTESI DI IUS VARIANDI IN PEIUS PREVISTE DALLA LEGGE

- **Art. 7 D. Lgs. 151/2001**
  - È vietato adibire le lavoratrici al trasporto e al sollevamento di pesi, nonché ai lavori pericolosi, faticosi ed insalubri.
  - La lavoratrice è addetta ad altre mansioni per il periodo per il quale è previsto il divieto. La lavoratrice è, altresì, spostata ad altre mansioni nei casi in cui i servizi ispettivi del Ministero del lavoro, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, accertino che le condizioni di lavoro o ambientali sono pregiudizievoli alla salute della donna.
    - La lavoratrice adibita a mansioni inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale. L'inosservanza dei divieti è punita con l'arresto fino a 6 mesi.
- **Art. 4, c. 4 L. 68/1999**
  - Per i lavoratori che diventano 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 del lavoratore; quest'ultimo può essere assegnato a mansioni del livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale.
- **Art. 42, c. 4 D. Lgs. 81/2008**
  - Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla L. 12.03.1999, n. 68, in relazione ai giudizi di cui all'art. 41, c. 6, 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.

Aggiornato al 27.09.2016 Centro Studi Castelli S.r.l.

Riproduzione vietata