

Con il patrocinio di:



Regione Umbria
Assemblea legislativa



Provincia di Perugia



Comune di Perugia



**CONVEGNO
NAZIONALE**

**PERUGIA
9-11/06
2016**

LE NUOVE FRONTIERE DEL LAVORO

Il mestiere del giuslavorista ai tempi del jobs act



IL NUOVO ARTICOLO 2103 C.C.

Avv. Lorenzo Franceschinis
Foro di Milano



MUTAMENTO MANSIONI ORIZZONTALE

Nuovo art.2103 c.c., comma 1°:

*“Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all’inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito **ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte**”.*

Ampia delega alla contrattazione collettiva che pone qualche problema applicativo perchè nel settore privato la fonte collettiva:

- a) può non esserci o non essere applicabile a quel rapporto;
- b) può avere contenuti non omogenei e non facilmente applicabili



Mutamento orizzontale e contrattazione collettiva

1° problema: manca la contrattazione collettiva (nel pubblico impiego non può esistere il problema in forza delle previsioni del D.Lgs.165/2001)

Soluzioni:

Recupero dell'equivalenza sostanziale? E' escluso dal testo della norma

Ccnl di settore ex art.2070 c.c. come parametro di riferimento

Art.96 disp.att. c.c. (richiamato da Cass. n.3485 del 23.2.2016)



2° problema: riferimento al “livello di inquadramento” e difformità dei vari CCNL

CCNL Commercio pare il modello di riferimento del legislatore (livelli e all'interno esemplificazioni di mestieri)

Ma dove il CCNL differenzia in aree, qualifiche, profili, parametri o posizioni retributive?

Esempi di CCNL diversi e possibili applicazioni della norma



SEMPRE SUL MUTAMENTO ORIZZONTALE

Quindi quali mansioni saranno in concreto esigibili dal lavoratore? Tutte quelle previste dal CCNL in quel livello?

Rilevanza del riferimento all'obbligo formativo applicabile anche al mutamento orizzontale: saranno esigibili le mansioni che quel determinato lavoratore può riuscire in concreto a svolgere dopo avere avuto la necessaria formazione e in osservanza dei principi di correttezza e buona fede di entrambe le parti



MUTAMENTO VERTICALE UNILATERALE

2 PROBLEMI:

1- Quale “modifica degli assetti organizzativi” può legittimare lo jus variandi;

2- Cosa succede se dopo l'avvenuto mutamento in pejus viene meno la modifica che l'aveva giustificato: esiste un diritto alla reintegrazione nelle mansioni di origine?



SEMPRE SUL MUTAMENTO VERTICALE UNILATERALE

1- Quale modifica degli assetti organizzativi?

Non può ridursi al solo mutamento di mansioni di quel lavoratore.

Deve consistere in una modifica organizzativa a monte che si ponga in rapporto di causa-effetto con il mutamento di mansioni (*“modifica degli assetti aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”*).

Interpretazione alla luce delle previsioni della legge delega n.183/2014 (Art.1, comma 7: *“in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi”*).



SEMPRE SUL MUTAMENTO VERTICALE UNILATERALE

2- Il mutamento è definitivo o reversibile se viene meno la causa che lo ha determinato?

Differenze rispetto al licenziamento per gmo.

L'oggetto del contratto resta identico e il lavoratore conserva il diritto allo stesso livello di inquadramento.

Quindi, venuta meno la causa che ha legittimato la “compressione” dell'oggetto del contratto, lo stesso si rispande al contenuto originario (riequilibrio tra inquadramento conservato e mansioni).

Problema di coercibilità dell'obbligo di fare.



NUOVO ART.2103 C.C. E LICENZIAMENTO PER G.M.O.

Voglio sicuramente più rigoroso da parte del giudice

La mancata assegnazione al lavoratore licenziato di mansioni inferiori disponibili non determina sola violazione dell'obbligo di repectage ma insussistenza del giustificato motivo oggettivo, perché il lavoratore può essere legittimamente utilizzato in mansioni inferiori anche senza il suo consenso, quindi il mutamento in pejus al fine di evitare il recesso diventa un atto di esercizio di un potere unilaterale del datore, che deve precedere il licenziamento che resta extrema ratio (così anche Cass.5592/16).



Rilevanza della più recente giurisprudenza in tema di g.m.o.

Cass., 8 marzo 2016 n.4509: *“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”.*



SEGUE SUL G.M.O.

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 repechage del lavoratore licenziato, in quanto requisito del giustificato motivo oggettivo 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”.



MANSIONI SUPERIORI

Modifiche operate dal D.Lgs.81/15:

- a) 6 mesi invece di 3, con possibilità di deroga da parte della contrattazione collettiva
- b) Salva diversa volontà del lavoratore
- c) Periodo di adibizione deve essere continuativo
- d) Non avere avuto luogo per “ragioni sostitutive”

Quali modificazioni produrranno tali modifiche legislative sugli orientamenti consolidati dalla giurisprudenza negli ultimi decenni?



MANSIONI SUPERIORI E PERIODO CONTINUATIVO

Anche prima la giurisprudenza lo richiedeva, salvi i casi di sistematica utilizzazione del lavoratore per periodi infratrimestrali.

La giurisprudenza di legittimità era ormai definitivamente assestata sul principio che non occorresse la prova dell'intento fraudolento del datore di lavoro al fine del cumulo di periodi non continuativi di mansioni superiori, ma solo che la frequenza e sistematicità delle utilizzazioni facessero parte di una programmazione del datore di lavoro diretta non già a soddisfare contingenti esigenze aziendali, ma a soddisfare esigenze stabili di copertura dell'organico (Cfr. in questo senso Cass. 13.8.96 n. 7541; Cass. 20.5.97 n.4496, che è la più chiara e ben motivata delle sentenze; Cass. 15.9.2005 n.18270).

Questo orientamento dovrebbe sopravvivere alla modifica, anche se rivalorizzando maggiormente l'intento fraudolento.



MANSIONI SUPERIORI E RAGIONI SOSTITUTIVE

Cass.20.5.97 n.4496: *“Il lavoratore reiteratamente assegnato a mansioni superiori per un periodo di tempo nel complesso superiore a tre mesi non acquisisce la superiore qualifica, ai sensi dell’art.2103 c.c., se tali assegnazioni sono state effettuate per la sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, a meno che l’esigenza della sostituzione non derivi da un’obiettivo insufficienza o carenza dell’organico dell’impresa, che il lavoratore deve provare o quanto meno dedurre”).*

Cass.21.10.2000 n.13940: *“assente significa letteralmente non presente nel luogo in cui si dovrebbe essere. Il concetto di assenza involge due elementi: la non presenza e il contrasto di questo fatto con un dovere essere. Il lavoratore che fruisce del riposo settimanale non è assente dal lavoro, perché alla non presenza non si associa il dover lavorare nel giorno di riposo. L’interpretazione quindi del termine lavoratore assente, di cui all’art.2103 c.c., nel senso di mera non presenza, è erronea. In una organizzazione del lavoro in turni che coprono tutta la settimana, compresa la festività, occorre prevedere una aliquota destinata a coprire i turni di chi usufruisca dei riposi settimanali”.*



MANSIONI SUPERIORI E RAGIONI SOSTITUTIVE

Cass.11.12.2002, n.17659: “Per lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, la cui sostituzione da parte di altro lavoratore avente una qualifica inferiore non attribuisce a quest'ultimo il diritto alla promozione, ai sensi dell'art.2103 c.c., deve intendersi soltanto quello che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro, e non anche quello destinato, per scelta organizzativa del datore di lavoro, a lavorare fuori dell'azienda o in altra unità o altro reparto, o, ancora, inviato a partecipare ad un corso di formazione.”

Questi orientamenti come verranno rimodulati alla luce della nuova definizione: “Non avere avuto luogo per ragioni sostitutive”?



TRASFERIMENTO E OBBLIGHI DI MOTIVAZIONE (una tesi provocatoria)

Art.2103 c.c. rimasto identico: *“Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive”*

Giurisprudenza di legittimità conforme su applicazione analogica dell'art.2 L. 604/66 (ante L.92/2012): *“l'onere dell'indicazione delle ragioni del trasferimento, che, in caso di mancato adempimento, determina l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento, sorge a carico del datore di lavoro soltanto nel caso in cui il lavoratore ne faccia richiesta – dovendosi applicare per analogia la disposizione di cui alla L. 15 luglio 1966, n. 604, art.2”* (ex plurimis, Cass.12516/09)



TRASFERIMENTO E OBBLIGHI DI MOTIVAZIONE

L'art.2103 resta identico, è cambiato l'art.2 L.604/66 che prevede adesso l'obbligo di comunicazione contestuale dei motivi del licenziamento.

In dottrina si è escluso che l'applicazione analogica possa essere confermata rispetto alla nuova versione della norma *“introducendosi per tale via oneri di motivazione contestuale del trasferimento estranei al tenore dell'art.2103 c.c.”*.

Ma gli oneri di motivazione “differiti e a richiesta” erano altrettanto estranei al tenore dell'art.2103 c.c. vecchio testo.

Quindi quale era la ragione dell'applicazione analogica? Si deve risalire a Cass., sez.un., 15.7.1986 n.4572



TRASFERIMENTO E OBBLIGHI DI MOTIVAZIONE

La ratio di Cass. s.u. 15.7.1986 n.4572 permane.

Certa dottrina (Di Cerbo, in Amoroso, Di Cerbo, Maresca, Il Diritto del Lavoro, Giuffrè 2014. pag.1455) propone di colmare l'attuale vuoto normativo ricorrendo a obblighi di correttezza e buona fede mantenendo per tale via un obbligo di comunicazione dei motivi a richiesta del lavoratore.

L'esigenza della motivazione non solo permane ma è rafforzata dall'introduzione del termine di decadenza di 60 giorni per l'impugnazione del trasferimento (L. 183/2010).