

La circolare di lavoro e previdenza n. 48/2016

Licenziamento per gmo: legittima la redistribuzione delle mansioni del lavoratore licenziato tra altri colleghi

di Nicola Ghirardi – avvocato e dottore di ricerca in diritto del lavoro

La Corte di Cassazione, con la [sentenza n. 19185/2016](#), torna a pronunciarsi in materia di licenziamento per gmo, in particolare in relazione al caso in cui non siano soppresse le mansioni affidate al lavoratore, ma siano invece ridistribuite tra altri colleghi a seguito di una riorganizzazione aziendale. Nell'affermare la legittimità del licenziamento, la Corte offre un importante spunto di riflessione sulla questione, precisando anche i limiti dell'indagine del giudice.

Ridistribuzione delle mansioni e licenziamento per gmo

Un dipendente di una società operante nel settore immobiliare, per conto della quale si occupava della commercializzazione di immobili, veniva licenziato a seguito della chiusura della sede della società sita in Roma, presso cui era addetto.

Nel corso del giudizio promosso contro il licenziamento emergeva che le relative attività di commercializzazione erano proseguite anche dopo la data di licenziamento, espletate da altri dipendenti della società, per cui la Corte d'Appello di Roma riteneva illegittimo il licenziamento (con condanna al solo risarcimento del danno, trattandosi di tutela obbligatoria).

In sostanza, non vi era stata una soppressione delle mansioni affidate al lavoratore licenziato, ma solo la chiusura di una sede operativa della società, con conseguente redistribuzione delle funzioni ad altri soggetti (già impiegati presso la stessa società).

Nel cassare con rinvio la sentenza di secondo grado, la Suprema Corte ha affermato in diritto che:

“Può costituire giustificato motivo oggettivo di licenziamento ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, anche soltanto una diversa ripartizione di date mansioni fra il personale in servizio, attuata a fini di più economica ed efficiente gestione aziendale, nel senso che, invece di essere assegnate ad un solo dipendente, certe mansioni possono essere suddivise fra più lavoratori, ognuno dei quali se le vedrà aggiungere a quelle già espletate: il risultato finale fa emergere come in esubero la posizione lavorativa di quel dipendente che vi era addetto in modo esclusivo o prevalente. In tale ultima

evenienza il diritto del datore di lavoro di ripartire diversamente determinate mansioni fra più dipendenti non deve far perdere di vista la necessità di verificare il rapporto di congruità causale fra la scelta imprenditoriale e il licenziamento, nel senso che non basta che i compiti un tempo espletati dal lavoratore licenziato risultino essere stati distribuiti ad altri, ma è necessario che tale riassetto sia all'origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta”.

Dunque, non è necessario che vengano soppresse tutte le mansioni in precedenza attribuite al lavoratore licenziato, nel senso della loro assoluta, definitiva, eliminazione nell'ottica dei profili tecnici e degli scopi propri dell'azienda di appartenenza, atteso che le stesse possono essere soltanto diversamente ripartite e attribuite nel quadro del personale già esistente¹.

La Cassazione precisa, al fine di evitare scelte meramente arbitrarie, che il riassetto aziendale che si assume come causa del licenziamento “*sia all'origine del licenziamento anziché costituirne mero effetto di risulta*”, ovvero che non sia unicamente finalizzato a “sbarazzarsi” di un lavoratore sgradito, ma trovi origine in una reale ed effettiva riorganizzazione aziendale, cui il licenziamento sia oggettivamente riferibile.

Le ragioni, inerenti all'attività produttiva, possono dunque derivare, oltre che da esigenze di mercato, anche da riorganizzazioni o ristrutturazioni, quali ne siano le finalità e quindi comprese quelle “*dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti*”² ; la riorganizzazione deve essere tale da determinare il venire meno della posizione lavorativa e ciò si verifica quando la prestazione divenga inutilizzabile a causa della diversa organizzazione che viene attuata e non in forza di un atto arbitrario del datore di lavoro³.

Il licenziamento giustificato da esigenze relative a un'riorganizzazione aziendale finalizzata a una più economica gestione si pone come momento inevitabile nel processo di riorganizzazione, che deve necessariamente precedere, e non seguire, il nuovo assetto finale dell'impresa; di conseguenza, non è necessario che l'avvenimento giustificativo del recesso sussista al momento dell'intimazione del licenziamento, mentre deve ritenersi legittimo e giustificato il licenziamento intimato in vista del futuro riassetto aziendale anche se tale riassetto sopravvenga nel corso o al termine del periodo di preavviso⁴. Naturalmente, i compiti

¹ Cass. n. 8135/2000. Nello stesso senso Tribunale Cassino, 26 settembre 2011 e Tribunale Firenze, 17 febbraio 2016, secondo cui “*La soppressione del posto di lavoro integra giustificato motivo di recesso, non solo quando risultino tutte le mansioni attribuite al lavoratore, ma anche quando le stesse siano diversamente ripartite e attribuite a personale già esistente, secondo insindacabili, valide o necessitate scelte datoriali*”.

² Cass. n. 21121/2004. Si segnala anche un altro orientamento, minoritario ma ribadito anche recentemente, secondo cui la soppressione del posto di lavoro “*non può essere meramente strumentale ad un incremento del profitto, ma deve essere diretta a fronteggiare situazioni sfavorevoli, non contingenti*” (Tribunale Firenze, 10 marzo 2016).

³ Cass. n. 21121/2004.

⁴ Cass. n. 3848/2005.

del lavoratore licenziato debbono essere ridistribuiti tra altri dipendenti già in forza, e non tra nuovi assunti, nel qual caso la soppressione del posto di lavoro sarebbe solamente fittizia e nasconderebbe un'illecita sostituzione del lavoratore licenziato con un altro⁵.

Secondo recente giurisprudenza di merito non è configurabile la soppressione del posto di lavoro quando siano state affidate le mansioni del dipendente ad altri profili professionali “*con la necessità del ricorso (costante, aggiungerei) al lavoro straordinario*”⁶.

Limiti al controllo delle scelte imprenditoriali da parte del giudice

La giurisprudenza ha più volte ribadito che il giudice non può entrare nel merito delle scelte imprenditoriali del datore di lavoro, come nel caso di riorganizzazione aziendale, e in particolare:

“Il motivo oggettivo di licenziamento determinato da ragioni inerenti l'attività produttiva, nel cui ambito rientra anche l'ipotesi del riassetto organizzativo attuato per la più economica gestione dell'impresa, è rimesso alla valutazione del datore di lavoro, senza che il giudice possa sindacare la scelta dei criteri di gestione dell'impresa, poiché essa è espressione della libertà d'iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost., mentre al giudice spetta il controllo della reale sussistenza del motivo addotto dall'imprenditore; ne deriva che non è sindacabile nei suoi profili di congruità e opportunità la soppressione del settore lavorativo, del reparto o del posto cui era addetto il dipendente licenziato, sempre che risultino l'effettività e la non pretestuosità del riassetto organizzativo operato”.

Il giudice è quindi chiamato ad accertare soltanto l'effettività della soppressione del posto di lavoro e l'effettiva rispondenza di detta soppressione alle esigenze tecnico-organizzative dell'azienda, mentre gli è precluso qualsivoglia sindacato sul merito della scelta imprenditoriale o sull'esistenza di formule organizzative, alternativamente astrattamente percorribili, tali da consentire la conservazione del posto del lavoratore⁷. Il principio affermato dalla giurisprudenza sul punto è stato ribadito (in maniera piuttosto pleonastica) dalla L. 183/2010, [articolo 30](#), nella parte in cui, al comma 1, dispone che:

“In tutti i casi nei quali le disposizioni di legge nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c., e al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 1, contengano clausole generali, ivi comprese le norme in tema di instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento di azienda e

⁵ Ad esempio, Cass. 12242/2015 ha ritenuto illegittimo il licenziamento della lavoratrice per soppressione del posto di lavoro poiché le mansioni erano state assegnate a nuovi soci della società da cui dipendeva (secondo la Corte, il fatto che si tratti di soci non rileva ai fini dell'illegittimità del recesso, in quanto prova che le funzioni della lavoratrice non erano state effettivamente soppresse; nel caso si trattava comunque di nuovi soci, entrati nella società contemporaneamente al licenziamento della dipendente).

⁶ Tribunale Genova, 7 giugno 2016.

⁷ Tribunale Milano, 18 febbraio 2016.

recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro o al committente (...)".

Il datore di lavoro è dunque libero di apportare le modifiche ritenute più opportune alla propria azienda, ivi compresa la possibilità di sopprimere un reparto o anche solo una posizione lavorativa, ritenuta non più necessaria, o comunque eccessivamente costosa rispetto all'attività svolta dall'azienda, ma ha l'onere di provare, "anche mediante elementi presuntivi ed indiziari, l'effettività delle ragioni che giustificano l'operazione di riassetto"⁸. In particolare, ai fini della prova dell'effettività della soppressione, è necessario che il datore di lavoro non abbia effettuato per un congruo periodo di tempo successivo al recesso alcuna nuova assunzione per lo svolgimento di mansioni inerenti alla posizione lavorativa soppressa⁹.

Obbligo di *repêchage*

Il datore di lavoro deve non solo dare dimostrazione dell'effettività dei motivi posti a fondamento del recesso, ma anche di non aver potuto adibire il lavoratore a un altro posto di lavoro¹⁰. Si tratta del c.d. obbligo di *repêchage*, per cui il licenziamento rappresenta un'*extrema ratio*, esperibile solo qualora non vi sia altra possibilità di ricollocare il dipendente in altre funzioni¹¹.

Secondo parte della giurisprudenza, il datore di lavoro deve fornire prova dell'impossibilità di utilizzare il dipendente in altri settori della sua azienda, anche assegnandolo a mansioni diverse, purché non dequalificanti¹², mentre per un diverso orientamento ha l'onere di provare che al momento del licenziamento non esistevano neppure mansioni di livello professionale inferiore, provando di avere offerto al lavoratore tale opportunità di prosecuzione del rapporto in compiti inferiori, esistenti e comunque utili per l'impresa, e che questa offerta non è stata accettata, prima del licenziamento¹³.

⁸ Cass. n. 7474/2012; nello stesso senso Cass. n. 15157/2011, relativa al licenziamento del responsabile *marketing* di una società che aveva svolto, *ad interim*, anche le mansioni di Capo area estero, il recesso era stato motivato sul presupposto che dette funzioni erano state assunte direttamente dall'amministratore delegato, indicazione che, in realtà, costituiva la conclusione del processo riorganizzativo e non la ragione dello stesso e, quindi, non poteva assurgere a giustificazione della risoluzione del rapporto.

⁹ Cass. n. 7474/2012 e Cass. 12242/2015. Vedi nota 5.

¹⁰ L'obbligo di *repêchage* non si applica in caso di licenziamento del dirigente d'azienda per esigenze di ristrutturazione aziendali, in quanto incompatibile con la posizione dirigenziale del lavoratore, assistita da un regime di libera re cedibilità del datore di lavoro (Cass. n. 3175/2013; cfr. Trib. Milano, 6 dicembre 2012).

¹¹ In dottrina sul punto si segnalano G. Santoro Passarelli, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, DRI, 2015; F. Rotondi, *Licenziamento per giustificato motivo oggettivo/economico*, DPL, 2012, pag. 1762.

¹² Cass. ordinanza n. 5693/2013, cfr. Tribunale Milano, 16 luglio 2008.

¹³ Cass. n. 7515/2012, RIDL, 2013, pag. 67, con nota di M. Falsone, *Sul cd. Obbligo di repêchage e la "dequalificazione contrattata"*; cfr. Cass. n. 18025/2012. Secondo Cass. n. 24037/2013, "non deve essere il lavoratore a dimostrare di avere preventivamente offerto al datore di lavoro la sua disponibilità a svolgere mansioni inferiori, ma spetta al datore di lavoro prospettare al dipendente, potenzialmente destinatario del provvedimento

Sul punto si ricorda che il D.Lgs. 81/2015 ha modificato l'[articolo 2103 cod. civ.](#), prevedendo ora la possibilità per il datore di lavoro di adibire il dipendente a “*mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*”, ampliando quindi il concetto di mansioni equivalenti rispetto al passato, il che rileva anche sotto il profilo dell'obbligazione di *repêchage*¹⁴.

In relazione alla ripartizione dell'onere della prova in materia di *repêchage*, l'orientamento dominante afferma che, pur incombendo pacificamente sul datore di lavoro, conseguirebbe da un (diverso e propedeutico) onere, a carico del lavoratore che impugni il licenziamento, di allegare l'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*¹⁵. Recentemente, però, è emerso un orientamento di segno opposto, che esclude un onere di allegazione al carico del lavoratore, essendo contrario “*agli ordinari principi processuali una divaricazione tra i due suddetti oneri, entrambi spettanti alla parte deducente*”¹⁶.

In caso di violazione dell'obbligo di *repêchage* la giurisprudenza ritiene che al lavoratore licenziato spetti la tutela meramente indennitaria c.d. forte, di cui al comma 5, [articolo 18 St.Lav.](#) (se applicabile *ratione temporis*), con esclusione, quindi, della reintegra¹⁷. Con l'entrata in vigore del *Jobs Act* vi è chi ritiene che non esisterebbe più alcun obbligo di “ripescaggio”¹⁸, ma a mio parere è più opportuno attendere prima di decretarne la fine.

Scelta del lavoratore (o dei lavoratori) da licenziare

In caso di licenziamento per soppressione del posto di lavoro, quando vi siano più lavoratori occupati in posizione di piena fungibilità, sorge infine il problema del soggetto da licenziare.

La giurisprudenza ha affermato che, in questi casi, il datore di lavoro è tenuto ad effettuare la scelta nel rispetto delle regole di correttezza e buona fede di cui all'[articolo 1175 cod. civ.](#), per cui – pur non

di licenziamento, in assenza di posizioni di lavoro alternative e compatibili con la qualifica rivestita, la possibilità di un suo impiego in mansioni di livello inferiore, e dimostrare il mancato consenso da parte del dipendente”.

¹⁴ Sul punto sia permesso rinviare a N. Ghirardi, *Obbligo di repêchage e adibizione a mansioni inferiori: novità legislative e ultimi orientamenti giurisprudenziali*, in “La circolare di lavoro e previdenza”, n. 30/2016, pag. 8.

¹⁵ Cass. n. 6501/2012. Nello stesso senso, *ex pluribus*, Cass. n. 18780/2015, Cass. n. 14807/2015, Cass. n. 19923/2015, Cass. 4757/2015, Cass. n. 4920/2014.

¹⁶ Cass. n. 5592/2016, su cui sia consentito rinviare a N. Ghirardi, *Repêchage e onere della prova: il lavoratore è obbligato a collaborare nell'accertamento di una possibile ricollocazione?*, in “La circolare di lavoro e previdenza”, n. 20/2016, pag. 15; si legga anche C. Romeo, *L'epilogo in tema di onere probatorio*, LG, 2016, pag. 794.

¹⁷ Trib. Genova, 14 dicembre 2013; Trib. Varese, 4 settembre 2013; Trib. Milano, 20 novembre 2012. In dottrina, ritengono invece che al lavoratore spetti la reintegra A. Perulli, *Fatto e valutazione giuridica del fatto nella nuova disciplina dell'art. 18 St. Lav. Ratio e aporie dei concetti normativi*, ADL, 2012, pag. 800; V. Speciale, *La riforma del licenziamento individuale tra diritto ed economia*, RIDL, 2012, pag. 563.

¹⁸ G. Zampini, *Licenziamento per g.m.o. e riorganizzazione del lavoro. un'ipotesi di recesso ad nutum?*, LG, 2016, pag. 580.

avendo l'obbligo di applicare i criteri previsti per il licenziamento collettivo dall'[articolo 5](#), L. 223/1991 (in particolare carichi di famiglia e anzianità di servizio) – può fare ad essi ricorso, perché

“costituiscono uno standard particolarmente idoneo a consentirgli di esercitare il suo potere di scelta tenendo adeguatamente conto degli interessi del lavoratore e di quello aziendale”¹⁹.

In caso di violazione dei suddetti criteri, si precisa che il nuovo regime sanzionatorio introdotto dalla L. 92/2012 (Legge Fornero) prevede di regola la corresponsione di un'indennità risarcitoria, compresa tra un minimo di 12 e un massimo di 24 mensilità, riservando il ripristino del rapporto di lavoro, con un risarcimento fino a un massimo di 12 mensilità, alle ipotesi residuali, che fungono da eccezione, nelle quali l'insussistenza del fatto posto a base del licenziamento è connotata di una particolare evidenza, sicché la violazione dei criteri di correttezza e buona fede nella scelta tra lavoratori adibiti allo svolgimento di mansioni omogenee dà luogo alla tutela indennitaria, dovendosi escludere ricorra, in tal caso, la manifesta insussistenza delle ragioni economiche poste a fondamento del recesso²⁰.

Conclusioni

Il datore di lavoro può dunque procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo di uno o più dipendenti in seguito a riorganizzazione aziendale, attuata a fini di più economica ed efficiente gestione aziendale, pur in assenza della soppressione delle mansioni da questi svolte, quando dette mansioni vengano assegnate al personale in servizio.

Al momento del licenziamento il datore di lavoro deve valutare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, anche eventualmente inferiori presenti in azienda ed effettuare la scelta del soggetto (o dei soggetti) da licenziare secondo criteri ispirati a correttezza e buona fede, ricorrendo eventualmente ai criteri previsti dalla L. 223/1991. In queste ultime due ipotesi non è comunque prevista la reintegra del lavoratore, ma solamente la tutela risarcitoria.

¹⁹ Cass. n. 6667/2002; nello stesso senso Cass. n. 14663/2001; in senso contrario invece Corte d'Appello Torino, 8 ottobre 2001, secondo cui al licenziamento individuale per giustificato motivo oggettivo non sono applicabili in via analogica i criteri di scelta dei licenziandi di cui all'articolo 5, L. 223/1991, *“sia perché non sussiste alcuna lacuna nella regolamentazione del licenziamento individuale, sia perché non vi è ragione per estendere alle imprese con meno di quindici dipendenti una normativa dettata per le imprese maggiori”*.

²⁰ Cass. n. 14021/2016.