

Corso di Laurea Magistrale in Amministrazione, Finanza e Controllo

ordinamento ex D.M. 270/2004

Tesi di Laurea

La disciplina dello *Jus Variandi*: dalla formulazione originaria del Codice Civile alla recente revisione del *Jobs Act*

Relatore

Ch. Prof. Adalberto Perulli

Correlatore

Ch. Prof. Gianluca Sicchiero

Laureando

Alberto Giacomin Matricola 842882

Anno Accademico

2016 / 2017

- INDICE -

INTRODUZ	ZIONE	7
- CAPITOL	O PRIMO -	
MANSION	, QUALIFICHE E CATEGORIE: UNO SGUARDO D'INSIEME	11
1.1. Un	a premessa terminologica	11
1.1.1.	Mansioni e qualifiche	11
1.1.2.	Categorie legali e categorie contrattuali	13
1.2. Le	categorie dei prestatori di lavoro	14
1.2.1.	Operai e impiegati	14
1.2.2.	L'inquadramento unico	15
1.2.3.	I quadri	17
1.2.4.	I dirigenti	18
- CAPITOLO	O SECONDO -	
	ONE STORICA DEL POTERE DI <i>JUS VARIANDI</i> : DALLA FORMU IA DEL '42 ALL'ART. 13 DELLO STATUTO DEI DIRITTI DEI LAV	_
DEL '70		21
2.1. L'a	rticolo 2103 c.c. nella sua formulazione originaria	21
2.1.1.	Jus Variandi e limitazioni alla sua applicazione	22
2.1.1	1. Le esigenze dell'impresa	22
2.1.1	2. Il mutamento sostanziale della posizione del lavoratore e l'invaria	abilità
	in peius della retribuzione	23

	2.1.2.	Ľ	adibizione a mansioni superiori	25
	2.1.3.	Le	e modifiche consensuali delle mansioni	25
2.	.2. Le m	10	difiche apportate dall'art. 13 dello Statuto dei diritti dei lavoratori alla	
			ina dello Jus Variandi	27
	2.2.1.	-	miti e problematiche connesse all'introduzione della nuova norma	28
	2.2.1.1	1.	Dottrina e giurisprudenza in merito all'abrogazione dell'istituto dello <i>Jus</i>	
			Variandi in seguito all'introduzione dell'art. 13 dello Statuto	29
	2.2.1.2	2.	Jus Variandi o potere direttivo del datore di lavoro?	34
	2.2.2.	Le	e mansioni di assunzioni, le mansioni «ultime effettivamente svolte» e	
		qι	uelle "polivalenti" o "promiscue"	35
	2.2.2.1	1.	Le mansioni promiscue	36
	2.2.3.	Le	e mansioni equivalenti	38
	2.2.3.1	1.	L'interesse tutelato dalla norma	38
	2.2.3.2	2.	L'evoluzione storica del concetto di equivalenza: la nozione "statica"	39
	2.2.3.3	3.	Segue. L'evoluzione storica del concetto di equivalenza: la nozione	
			"dinamica"	40
	2.2.3.4	4.	La valorizzazione dell'autonomia collettiva	43
	2.2.3.5	5.	L'irriducibilità della retribuzione	44
	2.2.4.	Le	e mansioni superiori	46
	2.2.4.1	1.	La fonte che legittima l'assegnazione a mansioni superiori. Potere	
			unilaterale o necessario consenso?	47
	2.2.4.2	2.	La c.d. promozione automatica	49
	2.2.4.3	3.	Segue. 1. L'adibizione a mansioni superiori rispetto a quelle svolte	49
	2.2.4.4	1.	Segue. 2.Il decorso del termine legale o contrattuale	51
	2.2.4.5	5.	Segue. 3. La non sostituzione di un prestatore con diritto alla	
			conservazione del posto di lavoro	53
	2.2.4.6	5 .	Il trattamento economico	54
	2.2.5.	II	trasferimento del lavoratore	55
	2.2.5.1	1.	Comunicazione e giustificazione del trasferimento	57
	2.2.5.2	2.	Fattispecie d'inammissibilità del trasferimento	60
	226	1 -	a nullità dei natti contrari e le inotesi di demansionamento	60

2.2.7.1.	Il risarcimento del danno	69
- CAPITOLO 3	-	
IL "NUOVO"	ART. 2103 C.C. IN SEGUITO ALLE MODIFICHE A	PPORTATE
DALL'ART. 3 D	D.LGS. N. 81/2015	73
3.1. Il cont	esto socio-economico della nuova disciplina	73
3.2. Le diffe	erenze con la precedente normativa	74
3.3. Il rapp	orto tra la legge delega e la legge delegata	78
3.4. La mol	bilità orizzontale	82
3.4.1. II	nuovo criterio del livello e categoria legale d'inquadramento	82
3.4.1.1.	Il limite oggettivo della categoria legale	84
3.4.1.2.	Il nuovo interesse tutelato dalla norma	85
3.4.1.3.	Il ruolo della contrattazione collettiva	85
3.4.1.4.	Il ruolo giudiziale	91
3.5. La mol	bilità <i>in pejus</i>	92
3.5.1. Lo	o Jus Variandi unilaterale previsto al secondo comma	93
3.5.2. Le	e ulteriori ipotesi previste dalla contrattazione (quarto comma)	96
3.5.3. P	resupposti alla base dei co. 2 e 4 previsti al quinto comma	97
3.5.4. G	li accordi individuali stipulati presso le sedi protette previsti al se	sto
co	omma	100
3.5.4.1.	Gli interessi del lavoratore	101
3.5.4.2.	Segue. L'interesse alla conservazione dell'occupazione	102
3.5.4.3.	Segue. L'acquisizione di una diversa professionalità	103

2.2.6.1. La tesi "rigida" dell'inderogabilità della norma

2.2.7.

2.2.6.2. Segue. La tesi "flessibile" della derogabilità della norma

2.2.6.3. Ipotesi di legittimo demansionamento introdotte dal Legislatore

La tutela contro l'illegittimo mutamento delle mansioni

61

62

64

	404
3.5.4.4. Segue. Il miglioramento delle condizioni di vita	104
3.5.4.5. La stipulazione dell'accordo presso le sedi protette e la facoltà	
dell'assistenza sindacale o professionale	105
3.5.4.6. Il controllo giudiziale	106
3.5.5. Il danno da demansionamento	107
3.6. La mobilità verticale	108
3.6.1. Il periodo per l'assegnazione alle mansioni superiori	110
3.6.2. Le ragioni sostitutive	112
3.6.3. La diversa volontà del lavoratore	114
3.7. L'obbligo formativo	116
3.7. Il trasferimento del lavoratore	120
3.8. L'erosione della nullità dei patti contrari	120
- CAPITOLO 4 -	
LA DISCIPLINA DELLE MANSIONI NEL PUBBLICO IMPIEGO	123
4.1. L'evoluzione storico-normativa della disciplina	123
4.2. L'attuale disciplina delle mansioni nel pubblico impiego	125
4.2.1. La contrattualità delle mansioni	126
4.2.2. La mobilità orizzontale e il criterio di equivalenza	127
4.2.3. La mobilità verticale	130
4.2.3.1. La temporanea adibizione a mansioni superiori	130
4.2.3.2. La progressione di carriera	135
4.2.4. Il demansionamento	137
CONCLUSIONE	139

BIBLIOGRAFIA	143
SITOGRAFIA	145
ARTICOLI DA RIVISTE	146
RIFERIMENTI NORMATIVI	150
RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI	152

- INTRODUZIONE -

Con il termine *Jus Variandi* s'intende il potere concesso in un contratto a una delle parti di modificare unilateralmente, nella fase esecutiva, l'oggetto dell'obbligazione convenuta.

In un rapporto di durata come quello lavorativo, per rispondere ai cambiamenti tecnologici, organizzativi o alle non programmabili esigenze dell'impresa, il datore di lavoro necessita di una certa elasticità e flessibilità nell'organizzazione della produzione e delle risorse lavorative. Pertanto, la disciplina dello *Jus Variandi* nel rapporto di lavoro permette all'imprenditore di modificare unilateralmente l'obbligazione convenuta nel contratto lavorativo senza la necessità del consenso da parte del debitore della prestazione, anche se con l'attuale formulazione della norma il Legislatore ha inserito alcune ipotesi attraverso le quali l'assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte in precedenza deve essere disposta tramite un accordo tra le parti. Il datore però, nell'esercizio delle proprie funzioni, non deve recare danno ai lavoratori ed in particolare non deve ledere la loro dignità personale e professionale. Il Legislatore, consapevole delle contrapposte esigenze, ha circondato tale potere di limiti e cautele allo scopo di non danneggiare il soggetto debole, in questo caso il lavoratore, e tutelarlo dall'unilateralità delle modifiche apportate dal creditore della prestazione lavorativa. Tale potere è contenuto all'art. 2103 c.c., rubricato «Mansioni del lavoratore».

La norma in esame riveste un carattere d'eccezionalità «rispetto al principio generale della consensualità nella determinazione oggettiva del contratto, qual è desumibile dagli artt. 1322 e 1346 c.c. e, prima che da questi, dallo stesso concetto giuridico di contratto»¹, diversamente da tutti gli altri contratti nei quali le modifiche possono essere apportate solo per mutuo consenso delle parti, come stabilito dall'art. di portata generale 1372 c.c..

L'argomento, attuale e discusso, ha catalizzato l'attenzione della giurisprudenza e della dottrina fin dall'iniziale formulazione della disposizione, risalente al Codice Civile del '42. Nel corso degli anni, entrambe hanno cercato di stimolare il progresso normativo, adottando però un atteggiamento ondivago. Esse infatti, anche in base al periodo storico di riferimento, condivisero talvolta soluzioni maggiormente rispondenti alle esigenze aziendali, mentre la

¹ GIUGNI, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Jovene, 1963, cit. pag. 15.

maggior parte delle volte preferirono tutelare gli interessi del lavoratore, soggetto debole dotato di un minor potere negoziale.

È proprio questo il dilemma che ha accompagnato il Legislatore nel corso degli anni: come garantire le esigenze datoriali senza recare danno ai prestatori di lavoro?

Le scelte legislative si mossero infatti, dal '42 fino ad oggi, tra queste due contrapposte necessità, adattandosi inoltre al contesto economico e socio-culturale del momento storico in cui la normativa venne concepita.

L'originaria formulazione del '42 fu scritta sulla base dell'organizzazione del lavoro dell'epoca, improntata su un modello *taylor-fordista* e quindi su processi prestabiliti e tempi di lavoro predefiniti. Il mercato del lavoro era inoltre caratterizzato da rapporti lavorativi abbastanza stabili, a tempo pieno e con avanzamenti di carriera lineari. La disposizione però concedeva una tutela insufficiente ai lavoratori, derivante non tanto dalla scarsa incisività dei limiti a garanzia dei loro interessi, ma piuttosto dal pacifico accoglimento, anche per tacito consenso, degli accordi modificativi tra le parti.

L'art. 13 dello Statuto dei diritti dei lavoratori del '70 riscrisse quasi completamente l'art. 2103 c.c.. Il mercato e i rapporti di lavoro erano pressoché identici a prima, ma ciò che spinse il Legislatore a riformulare la disciplina è da ricercarsi nelle maggiori esigenze di tutela richieste dai lavoratori, anche alla luce del turbolento periodo storico che condusse alla stesura dello Statuto. Il limite più evidente dell'iniziale formulazione della norma fu risolto mediante l'introduzione della sanzione di nullità per qualsiasi patto contrario alla disciplina legale. Venne inoltre ristretto l'ambito di esigibilità delle mansioni a cui il prestatore poteva essere adibito, inserendo il parametro dell'equivalenza professionale come criterio di paragone tra le "vecchie" e le "nuove" mansioni. Infine, trascorso un determinato lasso di tempo ritenuto ragionevole, il lavoratore poteva ottenere la definitività nell'assegnazione a mansioni superiori, fattispecie assente nella formulazione precedente.

L'attuale disciplina, riscritta quasi completamente dal Legislatore con l'art. 3, co. 1, D.Lgs. 81/2015, è stata concepita alla luce del mutato contesto economico e organizzativo che caratterizzò il nostro Paese fin dagli anni '80, tanto che la giurisprudenza e la dottrina furono spesso costrette a formulare delle deroghe espresse per ovviare alle numerose difficoltà che caratterizzavano la precedenza formulazione della norma. L'innovazione tecnologica, la radicale trasformazione nell'organizzazione aziendale, la scomparsa delle "vecchie" mansioni, sostituite da altre ampie, trasversali e diversificate, la crisi economica e infine la crescente

disoccupazione, hanno spinto il Legislatore a riformulare la disciplina. Viene così ampliato l'ambito delle mansioni esigibili dal lavoratore, scomparendo il parametro dell'equivalenza, sostituito da quello della riconducibilità delle mansioni «allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Si affievolisce inoltre la nullità dei patti contrari, date le ipotesi di legittimo demansionamento contenute nella norma: al sesto comma è ammessa addirittura la possibilità di stipulare un accordo tra le parti, «nell'interesse del lavoratore», che consente di modificare le mansioni, la categoria legale, il livello d'inquadramento e la retribuzione.

A fronte delle modifiche apportate si può ritenere che la dignità del lavoratore sia ancora tutelata, considerando che il margine di manovra concesso al datore di lavoro è ora molto più ampio rispetto al passato? È proprio da questa domanda che discende il desiderio di approfondire questo argomento, dato che ora, «nell'interesse del lavoratore», è possibile addirittura mutare in modo radicale la posizione del dipendente in azienda, ledendo a volte la sua dignità e offrendogli una sorta di "out-out" che egli è costretto ad accettare per conservare, almeno in parte, la retribuzione. È da chiedersi dunque se questo «interesse» sia soltanto pretestuoso, con lo scopo di concedere minori garanzie al lavoratore.

Nell'elaborato, dopo l'analisi dei concetti di "mansioni", "qualifica" e di "categoria" legale e contrattuale contenuta al primo capitolo, che consentirà di comprendere più agevolmente quanto esposto in seguito, al secondo capitolo è esposta l'evoluzione storica della disciplina, dalla sua formulazione iniziale del '42 fino alla riscrittura ad opera dello Statuto nel '70. Il terzo capitolo analizza invece l'attuale art. 2103 c.c., così come riformulato dall'art. 3, co. 1, D.Lgs. 81/2015, mentre il quarto e ultimo capitolo contiene un'analisi della disciplina nel pubblico impiego.

- CAPITOLO PRIMO -

Mansioni, qualifiche e categorie: uno sguardo d'insieme

1.1. Una premessa terminologica

Prima di affrontare l'argomento e di analizzare le caratteristiche e le implicazioni del potere di *Jus Variandi* concesso al datore di lavoro è necessaria una premessa terminologica.

1.1.1. Mansioni e qualifiche

L'art. 2103 del Codice Civile disciplina la materia in analisi. Sia nella sua formulazione originaria, sia in quella risalente alle modifiche apportate dall'art. 13 dello Statuto dei diritti dei lavoratori ed infine anche in quella attuale il Legislatore parla di «mansioni». Tale termine, usato volutamente al plurale, indica il complesso dei compiti (concetto base, non ulteriormente scomponibile) che il lavoratore deve portare a termine in esecuzione del contratto in essere. Non è però necessario che il contratto sia determinato poiché, come stabilito dall'art. 1346 c.c., è sufficiente la sua determinabilità: la prestazione infatti non deve essere determinata analiticamente, ma basta che il datore di lavoro individui il livello d'inquadramento previsto dal contratto collettivo applicabile al caso concreto e la qualifica professionale (es. contabile). Le mansioni che il prestatore è tenuto a svolgere saranno chiarite analiticamente dall'imprenditore nel corso della prestazione lavorativa, in quanto l'identificazione di uno schema predeterminato di compiti è pratica inconsueta e di difficile attuazione. Le mansioni successivamente attribuitegli dovranno comunque avere una natura affine a quelle individuate nel contratto di lavoro².

Il concetto di mansioni è tuttavia in continua evoluzione, adattandosi alla realtà storica e di conseguenza alla moderna divisione del lavoro: oggi infatti, le attività che il prestatore può svolgere appaiono molto diverse rispetto a quelle del passato poiché ai compiti materiali di produzione se ne aggiungono altri più complessi e dinamici, adattandosi al progresso dei

² ROCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, sesta edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 309.

processi produttivi. Diventano pertanto sempre più importanti i compiti di controllo, poiché l'automatizzazione dei processi necessita di un ruolo diverso dei lavoratori all'interno dell'organizzazione. Ad essi è infatti oggi richiesto un più intenso coinvolgimento all'interno della realtà imprenditoriale, in quanto la logica del "saper fare" tipica dell'organizzazione industriale *fordista* è stata sostituita con quella del "saper come fare", tipica dei nuovi modelli flessibili dell'organizzazione dell'impresa³.

L'insieme delle mansioni può poi essere utilmente ricomprese nel concetto di qualifica (per es. tornitore). Tale termine per il Giugni⁴ è sinonimo a quello di mansioni, in rapporto *genusspecies*. A suo parere è possibile scindere il concetto di qualifica in due: la qualifica oggettiva e quella soggettiva. Con qualifica oggettiva s'intende l'attività individuata nel contratto di lavoro, mentre con qualifica soggettiva s'intendono le competenze acquisite e «la capacità tecnico-professionale abitualmente esplicata nella vita di relazione»⁵, anche se appare indispensabile che le capacità professionali acquisite posseggano un legame con la prestazione dovuta, altrimenti sarebbe giustificata una responsabilità contrattuale del lavoratore per inadempimento dovuto ad imperizia⁶. Tale concetto in realtà non ha rilevanza giuridica, poiché nulla vieta che un lavoratore avente una determinata qualifica venga assunto per svolgere mansioni e qualifiche diverse, nonché inferiori.

Secondo un'altra accezione, il concetto di qualifica coincide invece con quello di categoria e cioè con «l'insieme di posizioni alle quali è riservato il medesimo trattamento (c.d. categorie contrattuali)»⁷: talvolta infatti la giurisprudenza sovrappone i due concetti parlando di "qualifica di dirigente" intesa però come categoria. Parlava di categoria anche il Legislatore nella precedente formulazione dell'art. 2103 c.c., riferendosi non soltanto a quella legale (art. 2095 c.c.), ma anche a quella contrattuale, come sinonimo di qualifica⁸. Queste diverse interpretazioni possono derivare, oltre che da una diversa visione interpretativa, anche da una notevole confusione terminologica.

³ GHERA, GARILLI, GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, pagg. 106-107.

⁴ Dobbiamo a lui e al suo *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro* del 1963 una prima chiarificazione terminologica, nonché un'approfondita analisi della disciplina dello *Jus Variandi* originariamente in essere.

⁵ GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, cit. pag. 15.

⁶ GIUGNI, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Jovene, 1963, pag. 15.

⁷ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè Editore, 1997, cit. pag. 5.

⁸ Oggi, la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. parla di livello d'inquadramento e non più di categoria.

1.1.2. <u>Categorie legali e categorie contrattuali</u>

La categoria rappresenta un criterio per individuare diritti e obblighi da applicarsi a profili professionali uniformi. Il termine è utilizzato dal Legislatore e dalla giurisprudenza proprio per delimitare l'ambito d'applicazione di una disciplina⁹. Rappresenta anche, come evidenziato dal secondo comma dell'art. 96 disp. att. c.c., un raggruppamento di qualifiche professionali tra loro omogenee.

Il concetto di categoria è poi suddivisibile in quello di categoria legale e contrattuale:

- categorie legali. Sono disciplinate dall'art. 2095 c.c., rubricato «Categorie dei prestatori
 di lavoro». La norma individua quattro categorie: i dirigenti, i quadri, gli impiegati e gli
 operai. Essa poi precisa, al secondo comma, che spetta alle leggi speciali e alle norme
 corporative (e quindi oggi alla contrattazione collettiva) definire i criteri di
 appartenenza alle suddette categorie.
- categorie contrattuali. Vengono individuate dalla contrattazione collettiva, riservando
 a ciascuna categoria un trattamento normativo differente. Nel nostro ordinamento il
 ruolo riservato alla contrattazione è centrale, godendo per l'appunto di ampi poteri
 normativi (come stabilito dal secondo comma dell'art. 2095 c.c. esposto al punto
 precedente) e avendo efficacemente contribuito ad innovare i criteri di classificazione
 individuati dal Codice, in relazione soprattutto ai cambiamenti organizzativi e
 tecnologici.

Attraverso il c.d. inquadramento unico¹⁰ è stata progressivamente superata la suddivisione apportata dal Legislatore, tanto che ora sono i livelli d'inquadramento, e non più le categorie legali, a ricoprire un'importanza maggiore, al punto che è possibile definire l'attuale sistema di classificazione come un sistema misto derivante dalla combinazione di categorie legali e contrattuali. Tuttavia, dopo la riformulazione dell'art. 2103 c.c. avvenuta nel 2015, è possibile riscontrare un espresso ritorno alle categorie legali come limite per l'esercizio del potere di modifica delle mansioni in capo al datore di lavoro; limite che è ammissibile derogare solo

⁹ Come evidenziato nel paragrafo precedente, per alcuni il concetto di categoria è sovrapponibile a quello di qualifica, definendo per l'appunto quest'ultima come «un l'insieme di regole comuni, cioè come delimitazione del trattamento giuridico riservato al raggruppamento di mansioni» (BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè Editore, 1997, cit. pag. 5).

¹⁰ V. par. 1.2.2.

attraverso un accordo da stipularsi presso una sede protetta, come stabilito dal sesto comma dell'attuale disposizione.

1.2. Le categorie dei prestatori di lavoro

Le categorie dei prestatori di lavoro sono individuate, come esposto nel precedente paragrafo, dall'art. 2095 c.c., il quale al primo comma afferma che «i prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti, quadri¹¹, impiegati e operai».

1.2.1. Operai e impiegati

La distinzione tra operai e impiegati è stata fin dalla sua prima formulazione risalente al R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825 non priva di stereotipi e pregiudizi ed appare ancor di più oggi arretrata, alla luce della moderna organizzazione della produzione e divisione del lavoro.

L'art. 1 del succitato regio decreto descrive gli impiegati come coloro che svolgono al servizio dell'azienda «un'attività professionale con funzione di collaborazione, tanto di concetto che di ordine, eccettuata pertanto ogni prestazione che sia semplicemente di manodopera». Sono quindi tre i tratti distintivi utilizzati per distinguere gli impiegati dagli operai: la *professionalità*, la *non manualità* della prestazione lavorativa e la *collaborazione*. Mentre per quanto concerne al concetto di *professionalità* vi sono stati fin da subito dubbi sulla sua valenza come carattere distintivo (proprio per l'oggettiva difficoltà a definirla e a delimitarla), la dottrina ha provato a dare una definizione agli altri due parametri distintivi. Il criterio della *manualità*, contrapposto a quello dell'intellettualità della prestazione, per alcuni¹², «non va applicato con spirito geometrico. [..] È abbastanza ovvio che un'attività direttiva non cessa di essere intellettuale solo perché il suo esercizio importa di solito l'uso della penna o il maneggio del dittafono». Oggi questa differenziazione non può avere alcun valore, a meno che non si fornisca una riqualificazione storica dei concetti di manualità e intellettualità della prestazione¹³. Infine, in merito al concetto di *collaborazione* vi è una

¹¹ Questa categoria, non prevista originariamente dal Codice Civile, venne istituita con la L. 13 maggio 1985, n. 190. V. par. 1.2.3.

¹² MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. II/1996, pag. 893 ss.

¹³ In realtà non era chiaro nemmeno all'epoca come si potessero considerare intellettuali alcune mansioni impiegatizie, per es. quelle di usceri e fattorini.

discordanza con l'art. 2094 c.c. poiché esso afferma che è prestatore di lavoro colui che si obbliga a «collaborare» nell'impresa: ciò, se interpretato alla lettera, includerebbe nella nozione di collaborazione sia gli impiegati che gli operai, nonché le altre categorie legali. Sono stati quindi giurisprudenza e dottrina a individuare il carattere distintivo tra le due categorie: l'impiegato infatti è colui che "collabora all'impresa" a stretto contatto con l'imprenditore, mentre l'operaio "collabora nell'impresa" nello svolgimento dell'attività produttiva¹⁴. Anche questo criterio non può però apparire oggi significativo.

La distinzione tra le due categorie in analisi aveva una rilevanza pratica che è stata ormai superata, in quanto la contrattazione collettiva, rivedendo radicalmente i criteri classificatori e allineando i trattamenti e i principi d'inquadramento, ne ha ridotto le differenze: si è giunto così al c.d. inquadramento unico. In precedenza invece l'appartenenza a una diversa categoria legale legittimava trattamenti normativi differenti.

1.2.2. L'inquadramento unico

Fino agli anni '60 è prevalso un sistema classificatorio (e retributivo) che trovava fondamento nella contrattazione collettiva degli anni '30. Dagli anni '60 iniziarono a farsi avanti nuove tecniche di classificazione e valutazione delle prestazioni lavorative: tutto ciò derivava da una nuova visione del lavoro, critica nei confronti dell'organizzazione scientifica tipica del modello *taylorista* e *fordista*. Durante questi anni la lotta sindacale si acuì, rivendicando contenuti egualitari per i lavoratori, in particolare per operai e impiegati.

Le basi per la nascita del c.d. inquadramento unico si possono rinvenire nella siderurgia a partecipazione statale, settore nel quale si fa strada, nonostante la sua natura standardizzata e meccanica, una nuova tendenza che pone il lavoratore in un ruolo centrale all'interno dell'organizzazione produttiva, la c.d. *job evaluation*. Essa permette d'individuare i compiti, le responsabilità ed il profilo del personale, cioè le competenze richieste per ogni singola posizione¹⁵.

Alla fine degli '60, inizialmente per merito della contrattazione aziendale e in seguito anche della contrattazione industriale nazionale (del 1973 e 1974), si cominciò ad adottare il sistema

¹⁴ ROCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, sesta edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 299.

¹⁵ CARINCI, *L'evoluzione storica*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, UTET, 1987.

d'inquadramento unico. Tale sistema si basa per l'appunto su una classificazione unica che supera il "vecchio" sistema classificatorio, il quale prevedeva un'articolazione delle categorie legali di operai e impiegati in categorie contrattuali, secondo un modello gerarchico. L'attuale sistema prevede invece una pluralità di livelli comuni ad entrambe le categorie menzionate. L'appartenenza ai livelli viene determinata sulla base di declaratorie (che individuano i diversi profili professionali suddividendoli in base alle attività svolte, raggruppando le mansioni analoghe) ed esemplificazioni (le quali elencano una serie di mansioni e professionalità comprese nei vari livelli)¹⁶. Questo sistema permise quindi di diminuire le differenze retributive e normative tra la categoria operaia e quella impiegatizia e di conseguenza consentì di ridurre anche le difformità legislative tra di esse.

Durante gli anni '80 il sistema classificatorio entrò in crisi, poiché la scala mobile¹⁷ provocò un crescente appiattimento dei salari. In seguito, a partire dagli anni '90, esso subì importanti modifiche per adattarsi alle nuove modalità di organizzazione del lavoro. I livelli d'inquadramento in alcuni contratti nazionali di categoria vennero sostituiti dalle aree professionali, articolate al proprio interno in diverse posizioni organizzative alle quali corrispondeva una remunerazione minima in base all'area di appartenenza e un'indennità di posizione in aggiunta¹⁸. Tale innovazione consentì alle imprese più ampi margini di flessibilità nell'impiego dei prestatori di lavoro, dal momento che permise di assegnare i lavoratori a diverse posizioni, in base al loro profilo, all'interno delle più vaste aree professionali.

La stragrande maggioranza dei contratti di categoria prevede poi delle Commissioni Nazionali che hanno il compito di aggiornare periodicamente le classificazioni sulla base delle indicazioni sollevate dalle realtà aziendali e alla luce degli aggiornamenti dei profili professionali: infatti, una corretta identificazione dei profili è possibile soltanto attraverso l'adozione di meccanismi procedurali flessibili in grado di cogliere la mutevolezza del mondo del lavoro.

I criteri utilizzati dalla contrattazione collettiva sono infine inderogabili, pertanto il controllo giudiziale è ammesso soltanto al fine di accertare la corretta corrispondenza tra le mansioni svolte e la connessa classificazione.

¹⁶ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro Vol. II: il rapporto di lavoro subordinato*, nona edizione, Milano, Utet Giuridica, 2016, pag. 198.

¹⁷ Strumento di politica economica che prevedeva l'automatica indicizzazione dei salari in relazione agli aumenti di prezzo.

¹⁸ GHERA, GARILLI, GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli Editore, 2013, pagg. 110-111.

1.2.3. <u>I quadri</u>

La categoria dei quadri, non prevista nella versione originaria dell'art. 2095 c.c., venne introdotta nel 1985 con la L. n. 190 del 13 maggio di quell'anno. Prima dell'emanazione di questa legge, la disposizione in analisi prevedeva solamente le categorie degli operai, degli impiegati e dei dirigenti amministrativi e tecnici. L'esigenza d'individuare una nuova categoria cominciò ad emergere attorno agli anni '70 quando, considerato il crescente progresso tecnologico, iniziarono a farsi strada nuove figure professionali. L'appiattimento retributivo che gli impiegati dovettero subire intorno agli anni '80 fu il fattore determinante che portò nell'85 all'introduzione di questa categoria. I prestatori di lavoro appartenenti alla categoria impiegatizia iniziarono ad associarsi in movimenti in aperto contrasto con i sindacati confederali dell'epoca per opporsi al sistema d'inquadramento unico, il quale non coglieva le loro esigenze. Il percorso è culminato con la collocazione della categoria ai livelli più elevati del sistema di classificazione unico¹⁹.

L'art. 2 della presente legge, al primo comma, dà una definizione abbastanza vaga dei quadri, definendoli come quei lavoratori subordinati che «pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni²⁰ con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa», delegando poi alla contrattazione collettiva nazionale o aziendale la definizione dei criteri d'appartenenza a tale categoria «in relazione a ciascun ramo della produzione e alla particolare struttura organizzativa dell'impresa».

Per quanto concerne il trattamento normativo, al terzo comma dell'art. 2, la legge precisa che ai quadri si applicano le disposizioni previste per la categoria degli impiegati o quelle in comune con gli operai, se non stabilito diversamente dalla legge.

La legge prevede poi una disciplina particolare per le invenzioni e obbliga il datore di lavoro ad assicurare il lavoratore contro il rischio di responsabilità civile verso terzi.

Il Legislatore, con riguardo al potere di *Jus Variandi*, prevedeva poi una disciplina speciale abrogata dall'art. 3, co. 2, D.Lgs. 81/2015: in deroga alla seconda parte del primo comma

²⁰ La norma parla di funzioni e non di mansioni svolte dal lavoratore, come stabilito anche per i dirigenti.

¹⁹ CARINCI, *L'evoluzione storica*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, UTET, 1987.

dell'art. 2103 c.c. nella sua formulazione *pre* modifica apportata dal *Jobs Act*²¹, all'art. 6, L. 190/1985 stabiliva che l'assegnazione a mansioni superiori, ovvero a mansioni dirigenziali, diveniva definitiva qualora si fosse protratta «per il periodo di tre mesi o per quello superiore fissato dai contratti collettivi» a meno che non avvenisse «in sostituzione di lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto». La legge pertanto, al contrario di quanto previsto per le altre categorie legali, legittimava la contrattazione a derogare unicamente in senso peggiorativo.

1.2.4. I dirigenti

Inizialmente, come stabilito dal R.D.L. 1825/1924 sull'impiego privato, i dirigenti erano considerati impiegati con funzioni direttive. La giurisprudenza nel corso degli anni avvenire, stimolata soprattutto dall'entrata in vigore del nuovo Codice Civile, arrivò ad una pacifica definizione della categoria, definendo dirigenti coloro che²²:

- esercitavano poteri d'iniziativa e di pianificazione dell'impresa o di grandi rami d'essa;
- rivestivano una posizione apicale in azienda o nel ramo assegnato;
- collaboravano in vincolo di subordinazione esclusivamente con l'imprenditore, ricomprendo il ruolo di suo alter ego, in contatto diretto e con uno stretto legame fiduciario con esso.

La categoria legale è definita dalla legge prevalentemente in "negativo". Ai dirigenti infatti è sottratta l'applicazione di un gamma di norme protettive, in particolare con riferimento all'orario di lavoro, ai limiti sul licenziamento e alla disciplina del lavoro a termine, previste per le altre categorie legali. La definizione in "positivo" si deve invece alla contrattazione collettiva, la quale stabilisce alcune condizioni favorevoli in diversi istituti rispetto agli operai, agli impiegati e ai quadri. Tra le altre cose, il sindacato dei dirigenti è tuttora separato da quello degli altri lavoratori e ciò è giustificato dal ruolo che essi rivestono all'interno dell'organizzazione aziendale, considerato che talvolta esercitano, nei confronti degli altri

²¹ «[..] 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 [..]».

²² MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. II/1996, pagg. 893 e ss.

prestatori, poteri di norma appartenenti all'imprenditore. I dirigenti sono infatti coloro che rivestono nell'azienda «un ruolo caratterizzato da un elevato grado di professionalità, autonomia e potere decisionale ed esplicano le loro funzioni al fine di promuovere, coordinare e gestire la realizzazione degli obiettivi dell'impresa»²³.

Oggi la giurisprudenza, seppur continuando a riconoscere il dirigente come *alter ego* dell'imprenditore, ammette anche i "dirigenti meramente convenzionali", i quali nonostante posseggano la qualifica dirigenziale, non svolgono però le funzioni tipiche del dirigente. A partire dagli anni '80 infatti, con l'articolarsi della moderna organizzazione del lavoro, si iniziò ad attribuire tale qualifica anche a coloro che possedevano elevate conoscenze scientifiche e tecniche all'interno della realtà aziendale o che, in virtù della loro posizione di forza contrattuale, chiedevano un trattamento (remunerativo e normativo) privilegiato rispetto agli altri prestatori²⁴.

Comprendere quindi le differenze tra i dirigenti e i quadri o gli impiegati con funzioni direttive, non risulta sempre agevole. Con l'obiettivo dunque di rimediare a tale difficoltà la contrattazione collettiva ha previsto che debba essere compito dell'imprenditore attribuire la qualifica dirigenziale al lavoratore, ritenendola una condizione necessaria per la sua appartenenza alla categoria.

²³ Art. 1 del CCNL dei Dirigenti di Aziende Industriali e art. 1 del CCNL dei Dirigenti delle Piccole e Medie aziende industriali.

²⁴ ROCELLA, *Manuale di diritto del lavoro*, sesta edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pagg. 301-302.

- CAPITOLO SECONDO -

L'evoluzione storica del potere di *Jus Variandi*: dalla formulazione originaria del '42 all'art. 13 dello Statuto dei diritti dei Lavoratori del '70

2.1. <u>L'articolo 2103 c.c. nella sua formulazione originaria</u>

Il Legislatore, nella formulazione originaria dell'articolo in analisi²⁵, prevedeva che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto, affermando così il principio di contrattualità delle mansioni di assunzione. Tale principio sancisce l'unilaterale immodificabilità del contratto poiché la prestazione di lavoro deve essere individuata al momento dell'instaurazione del rapporto lavorativo e non successivamente.

Come già in precedenza affermato, l'oggetto del contratto, in questo caso le mansioni, deve essere determinabile e non necessariamente determinato (art. 1346 c.c.): risulta infatti difficile, se non impossibile, individuare i singoli compiti²⁶ ai quale il lavoratore deve essere adibito. Essi venivano - e vengono - tuttora individuati applicando criteri di tipicità ambientale e sociale e cioè esaminando la figura professionale in relazione a parametri tipici sulla base dagli usi, in quanto i compiti oggetto del contratto sono molteplici e, in via analitica, di difficile individuazione.

²⁵ «1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Tuttavia, se non è convenuto diversamente, l'imprenditore può in relazione alle esigenze dell'impresa, adibire il prestatore di lavoro ad una mansione diversa, purché essa non importi una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione di lui.

^{2.} Nel caso previsto dal comma precedente, il prestatore di lavoro ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, se a lui più vantaggioso».

²⁶ Per compiti s'intende quella parte, non ulteriormente scomponibile, che forma le mansioni. Si veda il paragrafo 1.1.1.

2.1.1. *Jus Variandi* e limitazioni alla sua applicazione

Il Legislatore concedeva poi all'imprenditore la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni diverse, introducendo quindi la disciplina dello *Jus Variandi*. Egli circondava però tale potere di due limiti:

- 1. il primo, di tipo positivo, da ricercarsi nelle esigenze dell'impresa;
- 2. il secondo, di tipo negativo, che consisteva nel non arrecare danno al prestatore né in relazione a un sostanziale mutamento della sua posizione né da un punto di vista retributivo, introducendo pertanto l'invariabilità *in pejus* della retribuzione.

2.1.1.1. <u>Le esigenze dell'impresa</u>

Il limite delle «esigenze dell'impresa» non è stato introdotto dal Codice Civile nel '42, ma è possibile rinvenirne un antecedente storico nella precedente contrattazione collettiva²⁷.

Tale limitazione all'esercizio dello *Jus Variandi* non trovava un'univoca interpretazione da parte della giurisprudenza e della dottrina dell'epoca, ma era stata interpretata talvolta a favore dell'imprenditore e altre volte a favore dei prestatori di lavoro²⁸. Entrambi i soggetti hanno infatti esigenze contrapposte poiché, mentre da una parte il datore di lavoro si auspica di ottenere il risultato nel minor tempo possibile, i lavoratori contemperano tale necessità con altre di carattere personale. Godendo per l'appunto di interessi talvolta contrastanti, il concetto di «esigenze dell'impresa» introdotto dal Legislatore, per ricomprendere entrambe le necessità, doveva coincidere con una sorta di interesse collettivo unitario o dell'organizzazione in sé, ma passare da tale concezione empirica ad una che si adattasse alle specifiche realtà aziendali non era affatto facile. L'assunto infatti constava di notevoli margini di ambiguità, poiché la normalità tecnico-organizzativa richiesta tra le esigenze aziendali e il

²⁷ Si parlava infatti di «esigenze aziendali» nel contratto collettivo per gli impiegati nell'industria del 1937 e di «esigenze dell'impresa» nella Legge sull'impiego privato del 1924.

²⁸ A favore del datore di lavoro è l'interpretazione avanzata da Romagnoli nel 1979 che riteneva che in caso di conflitto «tra le esigenze dell'impresa e le esigenze di difesa del patrimonio personale dei lavoratori» dovessero essere le prime a prevalere sulle seconde, «sia pure nei limiti fissati dalle regole (non scritte) della normalità tecnico-aziendale» (ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13* in SCAJOLA-BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile. Statuto dei diritti dei lavoratori: titoli 1 e 2, supplemento legge 20 maggio 1970 n. 300. Art. 1-13*, Bologna, Zanichelli, 1979).

Pro lavoratore era invece l'interpretazione data da Suppiej, il quale considerava le «esigenze dell'impresa» un limite oggettivo atto a condizionare il datore di lavoro nell'esercizio dello Jus Variandi (Suppiej, Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori, Rivista di diritto del lavoro, 1972, pag. 4 e ss.).

mutamento temporaneo delle mansioni doveva essere determinata a priori, come un dato scientifico e al pari di una variabile indipendente.

Mentre la dottrina dava un'interpretazione talvolta anche a vantaggio del lavoratore, nella pratica le loro esigenze erano fortemente sbilanciate a favore di quelle dell'imprenditore che in questo modo poteva ottenere un'organizzazione flessibile della produzione e della forza lavoro²⁹.

Alla luce di quanto detto, un'ipotesi di «esigenza dell'impresa» atta ad adibire i lavoratori a mansioni diverse, peraltro già prevista dalla precedente contrattazione collettiva, poteva essere quella di sostituzione del prestatore assente. Una seconda possibilità era data dallo sciopero, ma solo nel caso in cui esso rientrasse nell'ipotesi di sciopero illegittimo poiché era il diritto a scioperare, peraltro di fondamento costituzionale (sancito dall'art. 40 della Costituzione), a prevalere rispetto all'interesse dell'imprenditore alla continuità della prestazione³⁰.

Si riteneva³¹ all'epoca, infine, che l'introduzione dell'automazione nel processo produttivo, a sostituzione di un procedimento manuale, non potesse essere considerata come una valida «esigenza dell'impresa» tale da giustificare un mutamento di mansioni.

2.1.1.2. <u>Il mutamento sostanziale della posizione del lavoratore e l'invariabilità in pejus</u> della retribuzione

Il concetto di "posizione sostanziale", in riferimento al «mutamento sostanziale della posizione del lavoratore», non era nuovo, ma discendeva dall'antecedente contrattazione collettiva dell'industria. In seguito all'introduzione del Codice Civile del '42, furono la giurisprudenza e soprattutto la dottrina³² a individuare quali fossero i parametri entro i quali la nozione di sostanziale modifica della posizione poteva ritenersi rispettata:

1. *La temporaneità del mutamento di mansioni*. Sembrava evidente infatti che un mutamento definitivo modificasse la posizione sostanziale del soggetto coinvolto.

²⁹ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pagg. 9 e ss.

³⁰ ROMAGNOLI, *La job evaluation nell'esperienza giuridica italiana*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, pagg. 927 e ss.

³¹ MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, Rivista di diritto civile, 1/1958, pagg. 618 e ss.

³² GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, cit. pagg. 332 e ss.

- 2. L'affinità delle nuove mansioni con quelle di assunzione. L'obiettivo era appunto quello di tutelare il lavoratore e di allineare le nuove mansioni a quelle antecedenti, affinché il loro svolgimento non comportasse «una diversa considerazione sociale nella comunità di lavoro o nell'ambiente in cui vive il prestatore».
- 3. L'idoneità fisica del prestatore allo svolgimento delle nuove mansioni. Data la natura straordinaria dell'incarico, il mutamento era da considerarsi inesigibile nei confronti di quei lavoratori fisicamente non idonei.
- 4. La rischiosità delle nuove mansioni rispetto alle precedenti. Il lavoratore, tramite scelte unilaterali dell'imprenditore, non poteva subire rischi più gravi di quelli convenuti al momento della stipula del contratto di lavoro, se non nei limiti temporali entro i quali tali attività apparivano innocue. La questione doveva comunque essere valutata soggettivamente poiché ciò che è considerato non rischioso per alcuni, può esserlo per altri.
- 5. Comparabilità tra le mansioni e l'attitudine tecnica dei prestatori. L'assegnazione a mansioni incompatibili con le capacità tecniche del lavoratore può infatti provocare scarsa diligenza da parte dei lavoratori. Il datore di lavoro non aveva perciò il diritto di pretendere dal prestatore, nel caso di esercizio dello Jus Variandi, la piena padronanza delle nuove mansioni e la normalità del rendimento produttivo, tanto da non potergli rimproverare, nel caso di inosservanza nello svolgimento delle nuove mansioni assegnate, un inadempimento contrattuale causato da imperizia.

Per quanto atteneva al limite di tipo negativo dell'invariabilità *in pejus* della retribuzione, era da intendersi non tanto come una vera e propria limitazione, bensì come una mera conseguenza patrimoniale causata dall'adibizione del lavoratore a mansioni differenti. D'altronde, se fosse stato un limite imposto al datore di lavoro, egli non avrebbe avuto la possibilità di assegnare il prestatore a mansioni inferiori, ma soltanto a mansioni superiori o equiparabili³³. La retribuzione, parametro individuato al momento della stipula del contratto di lavoro, non poteva quindi essere variata *in pejus* attraverso una modifica unilaterale delle mansioni da parte dell'imprenditore.

³³ ROMAGNOLI, *Commento all'art.* 13 in SCAJOLA-BRANCA (a cura di) *Commentario del codice civile. Statuto dei diritti dei lavoratori: titoli* 1 e 2, supplemento legge 20 maggio 1970 n. 300. Art. 1-13, Bologna, Zanichelli, 1979.

Mentre il limite dell'irriducibilità della retribuzione non causava problemi interpretativi, la combinazione tra esso e il divieto di mutare in modo sostanziale la posizione del lavoratore separati dalla locuzione «o»³⁴, come previsto dall'art. 2103 nella sua formulazione originaria, causò numerosi contrasti in dottrina ed in particolare se di tali parametri se ne dovesse fare una lettura congiunta o disgiunta: se infatti queste due limitazioni venivano lette come alternative ne derivava che il dettame normativo veniva osservato anche quando solamente uno dei due limiti era rispettato³⁵.

2.1.2. <u>L'adibizione a mansioni superiori</u>

Il secondo comma dell'originario art. 2103 c.c. prevedeva che il lavoratore avesse diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, se a lui più vantaggioso.

L'adibizione a mansioni superiori rispetto a quelle stabilite dal contratto di lavoro presupponeva un sostanziale mutamento della posizione del prestatore e ciò giustificava un aumento della retribuzione. Il datore di lavoro aveva però la facoltà di demansionare il lavoratore all'attività precedentemente svolta, ristabilendo in questo modo il trattamento economico in precedenza percepito.

Il Legislatore non accolse però la regola della c.d. promozione automatica, la quale prevedeva, trascorso un determinato periodo temporale, che il lavoratore dovesse essere adibito alle mansioni superiori acquisite, ignorando in questo modo quanto in precedenza previsto da parte della contrattazione corporativa collettiva³⁶. L'adibizione a mansioni superiori era pertanto da considerarsi soltanto come temporanea.

2.1.3. Le modifiche consensuali delle mansioni

La norma in analisi, in conclusione, era fortemente sbilanciata a favore dell'imprenditore, poiché tale disposizione gli consentiva un'elevata discrezionalità nell'utilizzazione della forza-

³⁴ «[..] purché essa non importi una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione di lui».

³⁵ GRAMANO, *La riforma della disciplina dello Jus Variandi* in Zilio Grandi, Biasi (a cura di), *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Cedam, 2016, pagg. 523-524.

³⁶ Tale regola verrà invece reintrodotta successivamente dall'art. 13 dello Statuto del '70 (v. par. 2.2.4.2.)

lavoro; i precedentemente esposti limiti fissati dalla legge apparivano in molti aspetti vaghi e ambigui, lasciando all'interprete l'onore di riempirli di significato.

In realtà, le vere ragioni che causarono una scarsa tutela professionale dei lavoratori erano da ricercarsi non tanto nella scarsa incisività dei limiti in precedenza esposti, ma in un pacifico accoglimento, consentito dalla legge, degli accordi modificativi tra il datore di lavoro e i prestatori.

L'inciso «se non è convenuto diversamente», contenuto al primo comma dell'originario art. 2103 c.c., lasciava intendere che le suddette limitazioni riguardassero solamente le modifiche unilaterali delle mansioni, escludendo le modificazioni intercorse in seguito ad un accordo con il lavoratore. Gli accordi potevano perciò riguardare i mutamenti di carattere definitivo, l'assegnazione a mansioni inferiori o il trattamento retributivo. La disposizione era però inadeguata, poiché tali patti derogatori non erano regolamentati a sufficienza. Il propagarsi di tali accordi permise la diffusione, tra gli anni '50 e '60, della *job evaluation*, la quale consentiva al datore di lavoro ampi poteri di modifica delle mansioni pattuite³⁷.

Gli accordi derogatori erano spesso imposti ai lavoratori come soluzione alternativa al licenziamento, in virtù della libera recedibilità; ciò contribuiva a sostenere la teoria che il lavoratore si trovasse in un rapporto sfavorevole rispetto al proprio datore di lavoro.

Infine, la debolezza contrattuale del prestatore era accentuata da un affermato indirizzo giurisprudenziale che, valendosi del principio di autonomia privata e ignorando la situazione di potere fortemente sbilanciata a favore dell'imprenditore, riconosceva l'acquiescenza del lavoratore di fronte alle modificazioni delle mansioni come una tacita accettazione delle modifiche. L'unico modo per non accettare il mutamento delle mansioni era quello di presentare le dimissioni che in questo caso erano per giusta causa³⁸.

La tutela del lavoratore era quindi scarsa, poiché qualsiasi variazione imposta dal datore di lavoro poteva legittimamente compiersi con il tacito assenso del prestatore, indotto dalla

³⁷ ROMAGNOLI, *La job evaluation nell'esperienza giuridica italiana*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, pagg. 927 e ss.

³⁸ Tra tutte è emblematica la pronuncia n. 3243, 12 ottobre 1968 della Corte di Cassazione, la quale affermava che «nei contratti di lavoro a tempo indeterminato ove il dipendente non intenda adeguarsi al mutamento delle condizioni operato dal datore di lavoro, l'unico modo per reagire a quelle unilaterali e arbitrarie modificazioni è di recedere dal contratto, facendo valere l'arbitrarietà come giusta causa di risoluzione del rapporto».

paura di perdere non soltanto parte della retribuzione, ma anche (e soprattutto) il posto di lavoro.

2.2. <u>Le modifiche apportate dall'art. 13 dello Statuto dei diritti dei lavoratori alla disciplina dello Jus Variandi</u>

Il Legislatore, sulla base dell'originaria formulazione dell'art. 2103 c.c., concedeva una tutela assai debole al prestatore di lavoro. Con l'emanazione dello Statuto dei diritti dei lavoratori³⁹ nel 1970 la situazione iniziò a cambiare, poiché i poteri dell'impresa si riequilibrarono, almeno in parte, ai diritti dei lavoratori. In particolare l'art. 13 Stat. ridisegnò (mentre per alcuni addirittura soppresse⁴⁰) l'istituto dello *Jus Variandi*, abrogando espressamente e completamente la vecchia disciplina.

L'art. 2103 c.c., novellato dall'art. 13⁴¹, prevedeva che il datore di lavoro dovesse attenersi ai seguenti limiti per l'esercizio del potere di modifica delle mansioni:

- con riferimento alla mobilità orizzontale, il Legislatore stabilì che il lavoratore dovesse essere adibito alle mansioni di assunzione oppure a quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte;
- la mobilità verticale era invece consentita soltanto verso l'alto e permetteva al lavoratore di beneficiare del trattamento retributivo corrispondente alle mansioni superiori. Venne inoltre previsto il conseguimento della definitività nell'assegnazione qualora essa si fosse protratta oltre il limite stabilito dai contratti collettivi o comunque oltre il limite legale di tre mesi. Tale periodo doveva protrarsi con continuità, anche se parte della giurisprudenza concedeva la possibilità di sommare periodi più brevi nel caso in cui l'intento del datore di lavoro fosse implicitamente quello di eludere la legge.

³⁹ L. 20 maggio 1970, n. 300.

⁴⁰ Suppiej, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Rivista di diritto del lavoro, 1972.

⁴¹ «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».

La disposizione prevedeva poi una deroga all'automatica assegnazione alle mansioni superiori se questa fosse avvenuta «per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto» e ciò poteva accadere nel caso di malattia, di maternità e di servizio militare del lavoratore (ipotesi non più rilevante dal 2005 in poi con l'abolizione della leva obbligatoria);

 al secondo comma infine, la norma prevedeva la nullità di ogni patto contrario modificativo della suddetta disciplina, nemmeno con il consenso del lavoratore.
 L'obiettivo principale era quello di abolire i patti modificativi in pejus, largamente utilizzati prima della novella statutaria, e di contenere i poteri in capo al datore di lavoro.

Oltre a ciò l'art. 13 si preoccupò di normare il trasferimento dei lavoratori da un'unità produttiva all'altra, ammesso soltanto se giustificati da comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Anche per quest'ultima circostanza è prevista la sanzione di nullità per i patti contrari.

2.2.1. Limiti e problematiche connesse all'introduzione della nuova norma

Nel disegno di legge governativo che precedette lo Statuto non era contenuto il presente art. 13, poiché la Commissione Consultiva nominata dal Ministro Brodolini giudicò lo Statuto la sede non adatta per revisionare la materia in analisi. Proprio per questo motivo non si hanno indicazioni sui lavori preliminari che portarono all'adozione della "nuova" disposizione. La norma venne però inclusa nel disegno approvato dalla X Commissione lavoro del Senato perché l'originario art. 2103 c.c., secondo il relatore Mancini, «oltre a determinare una confusione tra mansioni e qualifica, prevedeva la possibilità, fatto salvo il trattamento economico, di adibire il lavoratore, in relazione alle esigenze dell'impresa, a mansioni diverse da quelle corrispondenti alla qualifica». La giustificazione apportata non appare di certo illuminante e l'inserimento, quasi in extremis, all'interno dello Statuto della disciplina in analisi non aiuta a scardinare l'idea di una elaborazione esageratamente affrettata e raffazzonata.

Molteplici furono le critiche provenienti dalla dottrina: Giugni⁴², per esempio, descrisse l'art. 13 come una "beffa", mentre Persiani⁴³, oltre a definirla di difficile interpretazione, ne criticò lo scarso rilievo innovativo, confidando però nella contrattazione collettiva (la quale iniziò a rivestire un ruolo maggiore in seguito all'introduzione dello Statuto) al fine di assicurare al lavoratore una più ampia tutela rispetto a quella offerta dalla legge.

2.2.1.1. <u>Dottrina e giurisprudenza in merito all'abrogazione dell'istituto dello *Jus Variandi* in seguito all'introduzione dell'art. 13 dello Statuto</u>

L'istituto, come più volte affermato, permette all'imprenditore di adibire i lavoratori allo svolgimento di mansioni diverse rispetto a quelle previste nel contratto di lavoro.

Parte della giurisprudenza e della dottrina sostennero la tesi secondo la quale l'art. 13 dello Statuto cancellasse in toto il potere di modificare le mansioni concesso al datore di lavoro. Tale impostazione venne condivisa da Giuseppe Suppiej, all'epoca autorevole professore dell'Università degli studi di Padova, durante la relazione al IV Congresso nazionale di Diritto del lavoro, tenutosi nel 1971 a Saint Vincent e poi ripresa dalla Rivista di diritto del lavoro⁴⁴. A suo parere l'art. 2103 c.c. novellato dallo Statuto non ha nulla di innovativo poiché, a parte l'eliminazione del limite delle «esigenze dell'impresa», la prima parte della nuova norma coincide con l'interpretazione data al vecchio art. 2103 c.c.. Anche il criterio dell'equivalenza professionale, a suo avviso, non afferma nulla di innovativo, in quanto esso era implicitamente previsto anche prima della sostituzione dell'articolo grazie ad un'analoga interpretazione fornita della giurisprudenza, del limite del mutamento sostanziale della posizione del lavoratore per l'adibizione a mansioni differenti da quelle pattuite. Inoltre, secondo Suppiej, vecchia e nuova formulazione della disposizione normano ipotesi diverse: la disposizione precedente regolava lo Jus Variandi vero e proprio e cioè il potere attribuito al datore di lavoro di modificare le mansioni convenute con atto unilaterale; quella novellata dallo Statuto invece, non normava più lo Jus Variandi, ma le modifiche consensuali delle mansioni. Questo cambio di punto di vista giustifica la minor restrittività dei limiti inseriti nella formulazione statutaria,

⁴² GIUGNI, *I tecnici del diritto e la legge malfatta*, Politica del diritto, 1970, pagg. 479 e ss.

⁴³ PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori,* Rivista di diritto del lavoro, I/1971, pagg. 12 e ss.

⁴⁴ GIUSEPPE SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Rivista di diritto del lavoro, 1972, pagg. 3 e ss.

data la presenza di una contrattazione tra le parti. A maggior ragione la sostituzione, nella prima parte della norma, dell'enunciato «l'imprenditore può (...) adibire» con il «prestatore di lavoro deve essere adibito» giustifica questo cambio di visione del Legislatore poiché mentre nella formulazione del '42 era chiara l'intenzione di acconsentire ai mutamenti unilaterali della prestazione dovuta, dal '70 in poi con lo Statuto, secondo Suppiej, è scomparso ogni riferimento a tale potere. Tutto ciò a suo parere avvalora la tesi secondo la quale «lo *Jus Variandi* dell'imprenditore perde il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento». Dello stesso avviso è una pronuncia della Suprema Corte⁴⁵, la quale afferma che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. ha privato il datore di lavoro del potere «di mutare unilateralmente le mansioni del prestatore di lavoro in relazione alle esigenze dell'impresa, come era sancito nella precedente formulazione».

La maggior parte della giurisprudenza sostiene invece la tesi "paraconsensualistica", secondo la quale lo *Jus Variandi* è un potere necessariamente spettante al datore di lavoro per «insopprimibili esigenze organizzative e direzionali»⁴⁶. L'art. 13 non abolisce lo *Jus Variandi*, ma lo sottopone a limiti più stringenti «per evitare il declassamento e la mortificazione della posizione professionale del lavoratore»⁴⁷.

La dottrina invece non ha una visione univoca ma riconosce tale potere con forme e limiti differenti. È possibile riassumere il loro punto di vista nelle seguenti tre correnti:

- esistenza della possibilità di modificare le mansioni del lavoratore per tutti i tipi di spostamenti (orizzontali e verticali, temporanei e definitivi);
- 2. esistenza del potere solamente per gli spostamenti a mansioni equivalenti;
- 3. esistenza solo per gli spostamenti di carattere temporaneo.

La terza e ultima corrente è sostenuta da buona parte della dottrina⁴⁸ secondo la quale, mentre per gli spostamenti temporanei non è necessario il consenso del lavoratore (e quindi per essi sopravvive lo *Jus Variandi*), ragione indispensabile affinché siano valide le variazioni di carattere definitivo, è che vi sia il consenso del debitore della prestazione.

⁴⁵ Cass., 19 maggio 1980, n. 3278.

⁴⁶ Cass, 28 marzo 1995, n. 3623.

⁴⁷ PERSI, *Nota a sentenza del Trib. di Ferrara del 1 giugno 1993*, Rivista giuridica del lavoro, II/1994.

⁴⁸ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992; C. ASSANTI, G. PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Edizioni Cedam, 1972.

F. Liso⁴⁹ distingue tre diversi tipi di mutamento delle mansioni a seconda della "qualità" delle modifiche apportate:

- soltanto nel caso in cui vengano apportate variazioni «così poco significative da venire considerate come sostanzialmente non incidenti sulla posizione del lavoratore» è consentita una modificazione unilaterale e definitiva;
- 2. se il mutamento delle mansioni è disposto in via temporanea invece, la gamma di mansioni esigibili è ampia e con la possibilità di andare anche al dì là di quanto convenuto, ma in ogni caso il lavoratore dovrà essere in grado di espletare le nuove mansioni poiché in possesso di «un minimo di conoscenze teoriche di base e di capacità pratiche». Il parametro dell'equivalenza servirà per valutare l'ammissibilità del rifiuto del lavoratore ad adempiere all'attività modificata;
- 3. i mutamenti consensuali infine permettono di adibire il lavoratore a mansioni differenti che possono anche discostarsi dalla professionalità pregressa. Ciò però avvenire solo quando l'intento dell'imprenditore non è elusivo (e cioè con il fine di trovare una strada non ammessa dall'art. 13 per variare le mansioni), ma «per soddisfare un interesse particolarmente qualificato del prestatore di lavoro», per esempio la conversione del rapporto lavorativo.

D'altra impostazione, ma non conclusione, è il punto di vista di M. Persiani⁵⁰, il quale sostiene che lo *Jus Variandi*, nonostante la legge non lo disponga espressamente, continui anche dopo le modifiche apportate dallo Statuto a trovare diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento. A suo parere, a legittimare questo istituto, è proprio il parametro dell'equivalenza, dove per equivalente non si intendere "uguale", poiché se così fosse verrebbe a mancare il senso logico della norma. Per «mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte» si devono intendere invece quelle «paragonabili, corrispondenti, di valore simile». Tale visione permette di includere all'interno di esse anche quelle di livello inferiore, essendo il lavoratore tutelato dalla garanzia retributiva, mentre quelle superiori giustificano una retribuzione corrispondente all'attività svolta. L'art. 13, a suo avviso, si pone in una relazione di continuità con l'originario art. 2103 c.c., poiché il criterio dell'equivalenza era desunto da giurisprudenza e dottrina anche prima delle modifiche apportate dallo Statuto,

⁴⁹ LISO, La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale, Milano, Franco Angeli Editore, 1992.

⁵⁰ PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori,* Rivista di diritto del lavoro, I/1971, pagg. 12 e ss.

attraverso il "vecchio" criterio della «posizione sostanziale del lavoratore». A suo parere, come in precedenza si teneva conto della «diversa condizione sociale che le vecchie e le nuove mansioni potevano comportare, dell'idoneità fisiologica e delle attitudini tecniche del lavoratore, nonché dell'eventuale aggravamento dei rischi», così si dovrà fare anche con l'art. 2103 c.c. novellato. Infine, secondo Persiani, è possibile desumere un fattore di novità rispetto alla formulazione precedente, riscontrabile attraverso un'analisi letterale della norma: infatti, mentre prima il metro di paragone erano le mansioni appartenenti alla stessa qualifica, con l'art. 13 è invece possibile modificare le mansioni attenendosi al criterio di comparabilità con quelle effettivamente svolte per ultime.

A distanza di anni il dibattito in materia si affievolì, concentrandosi maggiormente sul tema dell'equivalenza. Questo accadde perché, con il passare del tempo, il potere di modificare unilateralmente le mansioni divenne diritto vivente nel nostro ordinamento, grazie anche al nuovo scenario organizzativo delineatosi all'interno della realtà aziendale. Alla luce delle nuove esigenze delle imprese infatti, l'accettazione di un'interpretazione eccessivamente rigida della norma avrebbe comportato, per l'imprenditore, un ostacolo nell'esercizio delle proprie funzioni organizzative. L'organizzazione infatti, al tempo in cui venne concepito lo Statuto, si rifaceva al modello taylor-fordista, caratterizzato da processi di lavoro predefiniti, tempi prestabiliti e con un avanzamento di carriera lineare. Oltretutto il clima socio-politico di quegli anni era legato alle dinamiche contrattuali del momento, contraddistinte da un rapporto di lavoro stabile e a tempo pieno. A partire dagli inizi degli anni '80 questo modello cominciò ad entrare in crisi e iniziarono ad emergere concetti quali il just in time e la lean production, nati sulla scorta della spinta innovativa apportata dalla terza rivoluzione industriale, la quale aprì le strade all'innovazione tecnologica. Mentre prima la norma veniva letta in una logica limitativa, restringendo il parametro dell'equivalenza e quindi il potere di mutamento delle mansioni concesso all'imprenditore, con il passare degli anni la situazione cambiò profondamente preferendo un'interpretazione maggiormente elastica. Ciò è giustificato dal sostanziale mutamento delle attività lavorative, maggiormente integrate, polivalenti e non legate allo svolgimento di un solo compito: si passa pertanto dalla logica del "saper fare" a quella del "saper come fare".

Per tirare le somme di quanto detto e per considerare una visione che tenga conto dell'evoluzione storica della materia e dei cambiamenti organizzativi intercorsi, è bene

considerare anche un altro parere in dottrina, quello di M. Brollo⁵¹, risalente al 1997. Ella riteneva che la decisione di sostituire l'articolo originario, mantenendone la stessa collocazione all'interno del codice civile (e cioè all'art. 2103 c.c.) fosse una scelta inequivocabile del Legislatore a sostegno della sussistenza dello *Jus Variandi*. Apparirebbe infatti alquanto forzato, a suo avviso, sostenere l'abolizione dell'istituto sulla base dell'ambiguità e del silenzio della legge. Inoltre è evidente che la collocazione dell'art. 13 all'interno dello Statuto, il quale ha per l'appunto l'intento di proteggere i diritti dei lavoratori, descriva chiaramente il volere del Legislatore. Egli infatti più che assicurare gli interessi dell'impresa, si pone l'obiettivo di garantire il debitore della prestazione lavorativa e cioè il soggetto debole del rapporto. Non a caso la norma viene rubricata «Mansioni del lavoratore» e non più «Prestazione del lavoro» come in precedenza. Il Legislatore infatti razionalizzando le possibilità d'esercizio del potere concesse al datore di lavoro rispetto alla formulazione precedente, riconosce implicitamente la presenza del diritto/potere all'interno dell'ordinamento (dando quasi per scontata la sua legittimità).

La nullità dei patti contrari invece, contenuta al secondo comma, nega la possibilità di derogare alla disciplina legale proprio per impedire di ottenere, in via consensuale, ciò che è esplicitamente vietato al primo comma attraverso le modificazioni unilaterali.

Infine, il fatto che all'interno dello stesso articolo sia stata inserita la regolamentazione del trasferimento del lavoratore, secondo Brollo, testimonia la volontà del Legislatore di comprendere all'interno della stessa disposizione due istituti strettamente correlati con le scelte organizzative dell'imprenditore riguardanti l'utilizzo della forza lavoro e cioè la modificazione del posto di lavoro inteso come luogo fisico e il mutamento dell'attività svolta (fattori intrinsecamente collegati tra loro, in quanto è inspiegabile una variazione del luogo che non comporti anche un cambiamento qualitativo dell'attività lavorativa svolta). Probabilmente, il fatto che il Legislatore abbia specificato che il trasferimento è valido solo se ricorrono «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive» e che abbia invece eliminato il riferimento alle «esigenze dell'impresa» per i mutamenti delle mansioni è giustificato dal fatto che l'istituto del trasferimento è regolato per la prima volta proprio con l'introduzione dell'art. 13. È stato pertanto riproposto ad un nuovo istituto lo stesso

⁵¹ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

parametro ritenuto invece scontato per lo *Jus Variandi*, disciplina che infatti ha già ampliamente ottenuto il diritto di cittadinanza nel nostro ordinamento.

2.2.1.2. *Jus Variandi* o potere direttivo del datore di lavoro?

Una soluzione proposta dalla dottrina⁵², per cercare di superare il dibattito connesso all'abolizione o meno dell'istituto degli *Jus Variandi* in seguito all'introduzione dell'art. 13 dello Statuto, potrebbe essere quella di ricollocare il potere di modifica delle mansioni all'interno del potere direttivo concesso al datore di lavoro che è alla base del contratto di lavoro subordinato⁵³.

È possibile ricomprendere la disciplina in esame all'interno del potere direttivo dell'imprenditore collocando le mansioni equivalenti tra quelle di assunzione, considerando le prime soltanto una mera precisazione delle seconde. Al riguardo però si possono distinguere due tesi differenti⁵⁴: la prima sostiene che le mansioni equivalenti siano già contenute all'interno di quelle di assunzione fin dall'inizio, consentendo all'imprenditore ogni tipo di modifica; la seconda invece afferma che l'esigibilità delle mansioni appartenenti alla qualifica o alla categoria è ridotta a solo quelle mansioni che soddisfino il principio d'equivalenza.

Accettare questa conclusione consentirebbe di superare il dibattito oggetto del precedente paragrafo, se non fosse per i limiti legati al tenore letterale della norma: la disposizione infatti separa le mansioni di assunzione da quelle equivalenti con la disgiunzione «ovvero». Oltre a ciò la legge afferma che l'equivalenza delle nuove attività deve essere raffrontata con le «ultime mansioni effettivamente svolte» e questo avvalora la tesi secondo la quale le nuove mansioni non possono essere pretese fin da subito, in quanto esse devono avere un termine di paragone che non sempre coincide con le mansioni di assunzione. Oltretutto accettando un'interpretazione così ampia, si comprenderebbero all'interno delle attività esigibili mansioni anche molto diverse tra loro con un'eccessiva dilatazione del convenuto, in contrasto con l'art.

⁵² Tra gli altri C. Pisani (PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli Editore, 1996).

⁵³ C'era anche chi, già in relazione all'originaria formulazione dell'art. 2103 c.c. del '42, sosteneva che le modifiche unilaterali fossero ricollocabili all'interno dei poteri concessi al datore di lavoro, in virtù del contratto in essere, ma la tesi era stata superata dall'interpretazione maggioritaria avanzata da G. Giugni (Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963.).

⁵⁴ PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 89 e ss.

1346 c.c. e cioè con il principio di determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto⁵⁵.

Dal lato pratico però accogliere l'una o l'altra interpretazione (e cioè se si tratti di *Jus Variandi* o di esercizio del potere direttivo) non comporta alcuna differenza poiché le nuove mansioni sono comunque esigibili e dovute dal debitore della prestazione, indipendente dal fatto che derivino dal contratto di lavoro o dal potere modificativo del datore ⁵⁶.

2.2.2. <u>Le mansioni di assunzioni, le mansioni «ultime effettivamente svolte» e</u> quelle "polivalenti" o "promiscue"

L'art. 2103 c.c. novellato dallo Statuto si apre riproponendo il principio della contrattualità delle mansioni, già disciplinato nella formulazione precedente della norma⁵⁷, affermando che «il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto». Rispetto al testo originario, la norma prevede che il lavoratore debba essere adibito non solo alle mansioni di assunzione, ma anche in alternativa a «quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte». Le ultime mansioni svolte corrispondono nella fase iniziale a quelle di assunzione e successivamente a quelle superiori o equivalenti a cui il lavoratore è stato in seguito adibito in via definitiva, in base al criterio dell'effettività⁵⁸.

Il lavoratore, al fine di adempiere alle mansioni convenute, deve svolgere le attività lavorative identificate nel contratto di lavoro. Solo raramente però le parti individuano analiticamente l'oggetto della prestazione dovuta; accade più spesso invece che nella lettera di assunzione vengano definiti soltanto la categoria o il livello d'inquadramento previsti dalla

⁵⁵ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

⁵⁶ Il Giugni propone per l'appunto di analizzare la materia «esclusivamente nella sua specificità», ammettendo però che nella pratica distinguere il potere di *Jus Variandi* da quello direttivo non è facile, poiché la zona di confine è molto labile, anche se, sotto l'aspetto puramente logico, «il campo dello *Jus Variandi* comincia dove il potere direttivo finisce». (G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, cit. pag. 252)

⁵⁷ V. par. 2.1.

⁵⁸ Situazione di fatto secondo la quale il prestatore di lavoro si trova a ricoprire un incarico «per precedente spostamento definitivo» (Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, cit. pag. 147).

contrattazione collettiva⁵⁹. La complessità organizzativa e l'evoluzione tecnologica dell'epoca, nonché la conseguente polivalenza delle mansioni richieste, acuirono le problematiche collegate alla contrattualità delle mansioni. Appariva quindi necessario, oltre che analizzare gli accordi precontrattuali (per ricostruire l'oggetto del consenso tra le parti) e le indicazioni contenute nella domanda dell'imprenditore all'ufficio per il collocamento, vedere quali erano le mansioni inizialmente svolte, anche se esse non rappresentavano la totalità del voluto tra le parti, poiché le attività potevano essere state modificate (in base al potere direttivo del datore di lavoro) anche senza necessariamente sfociare nelle variazioni disciplinate dallo *Jus Variandi*. Appariva quindi indispensabile individuare l'insieme delle mansioni "tipiche" a cui il prestatore doveva adempiere, innanzitutto attraverso un'analisi dalle figure professionali individuate all'interno del mercato del lavoro e in seguito attraverso un'analisi della realtà aziendale e dell'ambiente di lavoro nel quale il dipendente era inserito, ovvero il suo "ruolo" nell'impresa.

Tale ragionamento doveva essere riproposto al fine di determinare le ultime mansioni svolte. Poteva accadere infatti che il datore di lavoro, per esigenze aziendali, avesse la necessità di assegnare il lavoratore in mansioni diverse che rientrassero però comunque tra le attività che egli era tenuto a compiere, in virtù del potere direttivo in capo al datore di lavoro. Le ultime mansioni svolte in questo caso risultavano essere quindi comprese all'interno di quelle definite tra le parti al momento della stipula del contratto. Mentre, se nel frattempo erano già state variate, sfociando nel potere di *Jus Variandi*, corrispondevano alle ultime svolte a seguito della modifica a quanto inizialmente convenuto.

2.2.2.1. Le mansioni promiscue

Come più volte affermato, le nuove tecnologie e la flessibilità che iniziò a caratterizzare il mondo del lavoro a partire dagli inizi degli anni '80, provocò numerosi cambiamenti nella gestione della forza lavoro. Si fece strada quindi la necessità di disporre di lavoratori che svolgessero mansioni diverse e promiscue, eventualmente anche inquadrati in differenti livelli contrattuali.

- 1

⁵⁹ Tale rimando non può essere considerato sufficiente, poiché la contrattazione ha lo scopo di individuare il trattamento economico e normativo concesso ai lavoratori; inoltre i contratti collettivi comprendono al loro interno attività di lavoro estremamente disomogenee tra loro.

Giurisprudenza e dottrina iniziarono quindi a domandarsi se queste variazioni rientrassero all'interno delle mansioni di assunzione (come diretta manifestazione del potere direttivo del datore di lavoro) o se fossero espressione del potere di *Jus Variandi*. Una parte minoritaria degli autori e dei giudici sostennero che tali variazioni dovessero essere trattate come esercizio del potere di modifica delle mansioni: infatti, secondo la loro opinione⁶⁰, se il lavoratore veniva adibito a mansioni promiscue di livello superiore rispetto a quelle iniziali, risultava illegittima la successiva adibizioni ad attività inferiori, perché non equivalenti. La stragrande maggioranza però criticò questa impostazione considerandola fonte di rigidità per l'imprenditore, costretto in questo modo a non integrare più mansioni nella stessa figura professionale. La dottrina⁶¹, oltre ad affermare che qualora il Legislatore avesse voluto limitare i margini di flessibilità al datore di lavoro lo avrebbe fatto direttamente, escludendo quindi la validità della tesi minoritaria, limitò la variabilità delle prestazioni promiscue all'interno del "ruolo professionale" del lavoratore.

La giurisprudenza si chiese poi quale dovesse essere il criterio da utilizzare per comparare le mansioni svolte con le nuove mansioni assegnate e quindi per verificare se esse potevano rientrare tra le mansioni promiscue. Era innanzitutto necessario, al fine di operare il confronto, determinare la mansioni primaria e caratterizzante tra quelle a cui il prestatore era adibito, ma i Giudici si divisero sui criteri da utilizzare: chi sosteneva il criterio qualitativo individuò come metro di paragone, al fine di ricomprendere le nuove mansioni designate in quelle promiscue, l'attività lavorativa che richiedeva maggiore specializzazione; al contrario chi condivideva il criterio qualitativo guardò «alla maggior frequenza e ripetitività di una certa prestazione così che questa possa rappresentare un fattore di normalità fra le diverse mansioni del lavoratore»⁶². La Cassazione⁶³ poi riunì le due visioni in un'unica soluzione affermando che tali criteri dovevano essere confrontati con la realtà aziendale nel quale il lavoratore era inserito, attraverso l'adozione di parametri di tipicità ambientale.

⁶⁰ PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori,* Rivista di diritto del lavoro, I/1971, pagg. 13 e ss.

⁶¹ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 148 e ss.

⁶² BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pag. 133.

⁶³ Cass., 9 marzo 1995, n. 2757.

2.2.3. Le mansioni equivalenti

L'equivalenza, oltre a fungere da parametro delimitativo delle mansioni richieste al lavoratore, era utile per valutare l'illegittimità dei patti contrari.

Il Legislatore scelse di adoperare una nozione "aperta" di equivalenza per fare in modo che essa fosse commisurata alle disparate situazioni e realtà aziendali. Spettava quindi alla giurisprudenza integrare tale criterio: quest'ultima però non adottò mai una visione univoca, ma viaggiò tra posizioni estreme, accogliendo talvolta una visione più rigida e altre volte una più elastica. Questo si è verificato soprattutto negli ultimi anni a causa del crescente bisogno di flessibilità richiesto dalle imprese.

2.2.3.1. L'interesse tutelato dalla norma

L'interesse che il Legislatore non volle tutelare fu certamente quello dell'irriducibilità della retribuzione. Esso infatti non rappresentava un limite al potere modificativo delle mansioni e non poteva essere quindi usato come parametro per valutare l'equivalenza. Pertanto affermare che l'inciso «senza alcuna diminuzione della retribuzione», contenuto nella norma, limitasse la possibilità di assegnare il lavoratore a mansioni di livello retributivo inferiore è sbagliato. La classe salariale in realtà fungeva da parametro delimitativo per inquadrare e raggruppare profili di lavoro di valore omogeneo e paragonabile e valeva per il Giudice come indice presuntivo al fine di valutare la non equivalenza tra mansioni inserite in classi tra loro differenti.

L'interesse degno di tutela era - ed è tuttora - la dignità professionale del prestatore di lavoro ed in particolare la personalità professionale acquisita e, per una parte della dottrina e giurisprudenza, anche quella acquisibile. Il concetto di professionalità deve essere però analizzato tenendo conto del contesto e dall'evoluzione storica. Esso infatti è influenzato dalle variazioni intervenute «sul piano economico, sociale e tecnologico», nonché «dai rapporti di forza contrattuale tra sindacato e azienda»⁶⁴.

۸.

⁶⁴BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pagg. 139-140.

2.2.3.2. <u>L'evoluzione storica del concetto di equivalenza: la nozione "statica"</u>

L'indice che primariamente veniva utilizzato per valutare l'equivalenza tra due mansioni era l'appartenenza allo stesso livello d'inquadramento nella contrattazione collettiva; pertanto, se le nuove mansioni si trovavano ad un livello inferiore rispetto alle precedenti, esse venivano automaticamente considerate come non equivalenti. Tale criterio però non venne (e non può) essere considerato sufficiente.

Lo Statuto che contiene l'art. 13 in analisi, risalente agli anni '70 del secolo scorso, è stato concepito in un momento storico in cui vigeva un modello fordista-taylorista, caratterizzato da un'economia in continua espansione e dalla tendenza a salvaguardare la rigidità della forza lavoro. L'interpretazione inizialmente data alla norma risente ovviamente di questo clima economico-culturale. Inizialmente quindi la dottrina, ed in particolare la giurisprudenza, identificarono la professionalità acquisita dal lavoratore come parametro per misurare l'equivalenza e quindi le abilità professionali apprese nella fase pregressa della vita lavorativa. Affermarono inoltre che le nuove mansioni avrebbero dovuto necessariamente consentire il «perfezionamento del corredo di nozioni, esperienza e perizia acquisite nella fase pregressa del rapporto»⁶⁵, non tenendo conto soltanto della fase precedente della relazione lavorativa, ma anche di quella di sviluppo successiva. Altre volte l'equivalenza veniva valutata prendendo in considerazione la convergenza tra due profili, uno di carattere soggettivo e uno oggettivo: le nuove mansioni dovevano essere svolte mediante le attitudini professionali maturate in passato (equivalenza soggettiva) e, in contemporanea, dovevano essere assimilabili alle precedenti (equivalenza oggettiva)⁶⁶. Questa visione rimase tuttavia abbastanza isolata, poiché la necessarietà di un accrescimento professionale non era sostenuta da adeguati riferimenti normativi. In ogni caso la garanzia concessa ai lavoratori era abbastanza scarna e limitata, in quanto riconduceva il concetto di equivalenza ad una semplice evoluzione della prestazione in precedenza esercitata.

La visione "statica" è riassumibile nel criterio della "doppia chiave" di equivalenza: da una parte vi doveva essere l'appartenenza della mansione allo stesso livello d'inquadramento contrattuale e dall'altra, in una logica restrittiva, le nuove mansioni dovevano permettere l'utilizzazione (e per alcuni l'accrescimento) delle capacità tecnico-professionali acquisite. La

⁶⁵ Cass., 24 giugno 1977, n. 2691.

⁶⁶ Cass., 8 febbraio 1985, n. 1038.

giurisprudenza, oltre a ciò, inseriva talvolta altri criteri atti a tutelare quanto maturato dal prestatore nella fase precedente alla modifica e quindi, a titolo esemplificativo, «la posizione gerarchica raggiunta nell'organizzazione aziendale, l'autonomia decisionale, la responsabilità operativa, la discrezionalità, il potere autoritativo e di controllo sugli altri lavoratori, la misura del controllo cui il dipendente è sottoposto, il grado di soggezione, le aspettative di carriera e di avanzamento professionale, il prestigio sia interno che esterno all'azienda, la centralità delle mansioni nell'organizzazione aziendale, la varietà delle mansioni, la misura del rischio, l'idoneità fisica, ecc.»⁶⁷.

2.2.3.3. <u>Segue. L'evoluzione storica del concetto di equivalenza: la nozione "dinamica"</u>

A partire dagli anni '80, come già in precedenza affermato, il panorama produttivo e organizzativo iniziò drasticamente a cambiare, soprattutto in relazioni ai crescenti progressi in campo tecnologico. Mentre in precedenza poteva essere accolta la visione "statica" di equivalenza, in seguito, dato il mutato contesto produttivo e organizzativo, tale concezione appariva limitante: il lavoratore (e questo soprattutto in tempi più recenti) non era più colui che per tutto l'arco della sua vita svolgeva la stessa attività di lavoro, ma gli era richiesto di acquisire nuove abilità e professionalità. Egli infatti doveva essere in grado di svolgere attività integrate, polivalenti e coordinate tra loro, in sostituzione dei compiti rigidamente programmabili del modello *taylorista-fordista*. Un'interpretazione "statica" quindi, oltre a penalizzare il datore di lavoro, ledeva gli interessi dei lavoratori, i quali potevano essere costretti a dover rinunciare al proprio impiego. Ciò era dovuto al fatto che tale concezione non gli consentiva di diversificare le mansioni per poter mantenere l'occupazione, nel caso di radicali trasformazioni, riorganizzazioni o ristrutturazioni aziendali.

Mentre la giurisprudenza è stata più restia ad accogliere tali cambiamenti, la dottrina ha cercato di rispondere a queste nascenti esigenze cercando di allargare e di adattare il concetto di equivalenza, adottando una logica "dinamica" e maggiormente flessibile. È possibile riassumere le posizioni della dottrina in tre filoni:

1. l'equivalenza a garanzia della "qualità" delle modifiche apportate;

40

⁶⁷ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pagg. 147-148.

- 2. l'equivalenza come tutela della posizione professionale complessiva del lavoratore in una logica compensativa degli effetti peggiorativi;
- 3. l'equivalenza come garante delle capacità professionali potenziali.

La prima visione riprendeva la suddivisione apportata da F. Liso⁶⁸, il quale distingueva il mutamento delle mansioni a seconda che questo avvenisse mediante l'esercizio del potere direttivo o di *Jus Variandi* temporaneo o di accordo modificativo. La nozione di equivalenza quindi era ristretta nel primo caso, più ampia nel secondo e ancor di più nel terzo. Le modifiche consensuali, secondo questa logica, consentivano di allargare a dismisura il concetto di equivalenza, poiché permettevano di prescindere dalla professionalità acquisita, limitandosi soltanto al rispetto dell'inquadramento collettivo. Diminuivano di conseguenza anche le tutele concesse al lavoratore nel caso le variazioni fossero disposte a seguito di un loro esplicito consenso, così come avveniva con la precedente formulazione della norma⁶⁹.

Un'altra parte della dottrina, seguendo il secondo filone, recuperava l'elemento centrale dell'art. 2103 c.c. originario e cioè la «la posizione sostanziale del lavoratore nell'impresa». Ciò che differenziava questa strada interpretativa dalla logica "statica" era che in questo caso tutti quegli elementi che contraddistinguevano la posizione del dipendente (e cioè quegli indici elencati al paragrafo precedente che avevano l'obiettivo di definire tale posizione) entravano in gioco per compensare la perdita della professionalità acquisita: in altri termini in questo caso il concetto di equivalenza mirava a bilanciare svantaggi (la lesione della professionalità pregressa) e vantaggi (tutti quegli elementi migliorativi che caratterizzavano le nuove mansioni). Diventava pertanto sempre meno convincente «una nozione di equivalenza ricostruita in termini di rigorosa coerenza dei contenuti professionali e sempre più plausibile una nozione riferita alla permanente centralità delle nuove mansioni» 70, anche nella nuova realtà aziendale modificatasi per esempio in seguito a una riconversione strutturale o produttiva. Questa tesi però per alcuni non appariva convincente, poiché, oltre alla difficoltà nello stabilire di quanto la posizione del lavoratore dovesse essere aumentata per compensare la perdita della pregressa professionalità, permetteva delle modifiche alle mansioni che,

⁶⁸ V. par. 2.2.1.1; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992.

⁶⁹PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 120-121.

⁷⁰ BIANCHI D'URSO, *La mobilità "orizzontale" e l'equivalenza delle mansioni*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, Utet, 1/1987, cit. pag. 128.

nonostante compensassero la perdita della professionalità, lo facevano attraverso l'incremento di altri, ma diversi, "beni" 71.

Infine, il terzo filone dottrinale allargava il concetto di equivalenza a un "saper fare" generico in grado di adattarsi alle mutevoli condizioni dell'impresa. Il lavoratore quindi rappresentava colui che possedeva una serie di conoscenze e competenze polifunzionali, espresse o ancora inespresse. In questo caso, più che la professionalità acquisita, diventava importante quella potenziale, la quale poteva discendere dalla preparazione culturale del lavoratore, delle sue attitudini e propensioni verso attività nuove, dalla sua capacità di adattamento e infine dalle nuove competenze acquisite in seguito all'espletamento di un corso professionale di aggiornamento o di formazione.

Suggestiva era la visione avanzata da C. Pisani⁷² in merito all'allargamento del concetto di equivalenza professionale. Egli non discuteva sul bene oggetto di tutela (la professionalità del dipendente), ma avanzava dei dubbi in relazione al modo in cui questo bene veniva garantito. Pisani infatti auspicava che il limite nel mutamento delle mansioni non dovesse più ricercarsi nella «conservazione di un medesimo tipo di professionalità», ma nel «mantenimento di una professionalità del medesimo valore» e dunque la norma doveva verificare che «la professionalità richiesta per le nuove mansioni non fosse di valore inferiore a quella richiesta per i precedenti compiti». Ciò significava che affinché un mutamento potesse ritenersi legittimo:

- 1. il prestatore di lavoro doveva acquisire una nuova professionalità;
- 2. la professionalità acquisita doveva essere dello stesso valore della precedente.

In merito alla prima condizione, è evidente che il lavoratore, privato dei precedenti incarichi a causa dello spostamento mansionale, dovesse acquisire nuova professionalità (o essere messo nelle condizioni di poterlo fare).

Con riguardo al secondo punto, a suo avviso, per verificare l'equivalenza tra le vecchie e le nuove mansioni con lo scopo di controllare la corrispondenza di valore tra la professionalità pregressa e quella acquisita, bisognava provare la sussistenza di determinate condizioni in grado di giustificare la non svantaggiosità delle modifiche rispetto ai compiti precedenti. Era necessario quindi paragonare: la dimensione della complessità (il grado di complessità da

42

⁷¹ PISANI, La modificazione delle mansioni, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 126-127.

⁷² PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 190 e ss.

ricollegare all'attività svolta); la dimensione dell'autonomia (l'indipendenza di cui dispone il lavoratore nell'esecuzione della prestazione); la dimensione dell'importanza (in riferimento alla rilevanza che le mansioni ricoprono all'interno dell'impresa).

In conclusione si può affermare che, la giurisprudenza ed in particolare la Corte di Cassazione⁷³, abbracciarono in linea di massima una visione statica di equivalenza, ricollocandola all'interno del concetto di professionalità acquisita. I Giudici di merito⁷⁴ invece, seppur sempre privilegiando tale visione, tenevano conto talvolta anche delle potenzialità non ancora utilizzate dai lavoratori, capaci di accrescere il loro bagaglio culturale, ammettendo poi l'equivalenza anche quando le nuove mansioni abbisognassero di una professionalità anche solo «potenzialmente posseduta e non precedentemente espressa»⁷⁵. I Giudici infatti, consapevoli che i mutamenti della realtà economica rendevano necessarie riconversioni e ristrutturazioni aziendali, ammettevano la possibilità di ricomprendere tra le nuove mansioni esigibili anche quelle oggettivamente differenti, esercitabili attraverso la partecipazione ad attività formative che rendevano il lavoratore «professionalmente capace all'adempimento dei nuovi compiti»⁷⁶.

La giurisprudenza ha in realtà preferito, piuttosto che adottare un'interpretazione elastica del concetto di equivalenza, creare nuove eccezioni al divieto di patti contrari, ammettendo pertanto un'ampia derogabilità della norma⁷⁷.

2.2.3.4. <u>La valorizzazione dell'autonomia collettiva</u>

La contrattazione collettiva, secondo parte della dottrina, era la più accreditata per valutare l'equivalenza tra le mansioni, dal momento che vantava di una specializzazione tale in materia che le consentiva di interpretare al meglio il dettame normativo. Questo accadeva perché le era concessa la possibilità, sulla base di dati di tipicità ambientale, di apportare modifiche alle

⁷³ A titolo esemplificativo della posizione statica adottata dalla giurisprudenza: «le mansioni di destinazione devono consentire l'utilizzazione ovvero il perfezionamento e l'accrescimento del corredo di esperienze, nozioni e perizia acquisite nella fase pregressa del rapporto» (Cass., 29 settembre 2008, n. 24293); le nuove mansioni inoltre «devono armonizzarsi con le capacità professionali acquisite durante il rapporto di lavoro», concedendogli poi anche la possibilità di poter perfezionare le proprie competenze (Cass., 15 febbraio 2003, n. 2328) o di arricchire il patrimonio professionale maturato nella fase pregressa del rapporto lavorativo (Cass., 12 aprile 2005, n. 7453).

⁷⁴ Pret. Matera, 12 maggio 1989.

⁷⁵ Trib. Napoli, 4 giugno 1986.

⁷⁶ Trib. Napoli, 29 marzo 1985.

⁷⁷ V. par. 2.2.6. e in part. par. 2.2.6.2.

figure professionali e addirittura di crearne di nuove, in relazione alle variazioni storiche che potevano modificare le realtà produttive⁷⁸. Tale visione, secondo alcuni⁷⁹, era avvalorata dallo stesso Legislatore: quest'ultimo infatti non avrebbe utilizzato a caso una nozione "larga" di equivalenza, poiché sarebbe poi spettato alle organizzazioni sindacali adattarla alle diverse realtà imprenditoriali. Anche il CNEL nelle «Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro» del 1985 auspicava una valorizzazione della contrattazione, proponendo di affidarle la definizione del parametro dell'equivalenza.

La valorizzazione del ruolo della contrattazione collettiva incontrava però alcuni limiti di carattere pratico, primo tra tutti il rispetto del dato letterale: le organizzazioni sindacali non potevano infatti prescindere dalla disposizione di legge, in quanto dovevano muoversi all'interno del dettame normativo per non rischiare di incorrere nella nullità dei patti contrari, prevista al secondo comma della disciplina in esame. Un altro limite poteva essere individuato nel ruolo che all'epoca rivestiva la contrattazione, poiché, più che occuparsi dei processi di mobilità aziendale, dettava dei precetti con meri fini classificatori. Pareva comunque strano che il soggetto incaricato di individuare, classificare e qualificare le mansioni non dovesse essere poi anche quello deputato a definire i criteri di equivalenza tra di esse⁸⁰.

2.2.3.5. L'irriducibilità della retribuzione

Il primo comma dell'art. 2103 *post* Statuto ha stabilito che la mobilità orizzontale dovesse avvenire «senza alcuna diminuzione della retribuzione».

Una prima problematica riguardava la funzione di questo dettame normativo: per alcuni⁸¹ si trattava di un veto per le assegnazioni a mansioni con un livello retributivo inferiore, invece per la stragrande maggioranza della dottrina⁸² esso era un mero divieto di riduzione della retribuzione a tutela del lavoratore che, a seguito della variazione delle mansioni, si sarebbe

⁷⁸ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 172 e ss.

⁷⁹ BIANCHI D'URSO, *La mobilità "orizzontale" e l'equivalenza delle mansioni*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, Utet, 1/1987, pagg. 130 e ss.

⁸⁰ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pagg. 162-165.

⁸¹ ROMAGNOLI, Commento all'art. 13 in SCAJOLA-BRANCA (a cura di), Commentario del codice civile. Statuto dei diritti dei lavoratori: titoli 1 e 2, supplemento legge 20 maggio 1970 n. 300. Art. 1-13, Bologna, Zanichelli, 1979, pag. 227.

⁸² LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992.

trovato a dover incorrere in condizioni più svantaggiose rispetto a prima. Una tutela simile era anche contenuta nella formulazione originaria del '42 del predetto articolo, ma in questo caso, più che una garanzia al mantenimento del trattamento retributivo, rappresentava un parametro di carattere qualitativo entro in quale la modifica era permessa⁸³.

La vera questione da risolvere riguardava in realtà un aspetto di carattere pratico, ovvero se dovesse o meno essere mantenuta la parte retributiva accessoria, erogata a fronte di elementi ricollegati alla prestazione adempiuta in precedenza. Appariva invece pacifico il fatto che la retribuzione c.d. "normale" o "base" dovesse essere conservata anche a seguito del mutamento di mansioni.

La dottrina seguì due vie interpretative, la prima di carattere "garantista", mentre la seconda all'insegna della flessibilità:

- da un lato c'era chi⁸⁴ sosteneva la tesi secondo la quale la non diminuzione della retribuzione dovesse riguardare la totalità dell'ammontare percepito (importo base e accessorio), giustificando tale visione sulla base dell'espressione «senza alcuna», contenuta nella norma, la quale rendeva ancora più rigoroso il divieto già previsto nella sua precedente formulazione;
- 2. dall'altro lato c'era invece chi⁸⁵ asseriva che la garanzia retributiva non fosse onnicomprensiva e che quindi si dovesse effettuare un'analisi dei singoli elementi accessori per verificare quali tra questi fossero ancora dovuti a seguito della variazione. C'era poi chi⁸⁶ affermava che la tutela retributiva dovesse variare in relazione alla "qualità" del mutamento di mansioni, distinguendo però se tale cambiamento fosse avvenuto in seguito a una variazione unilateralmente stabilita (ancor più se di carattere temporaneo) dove quindi la tutela doveva essere maggiore, o se il mutamento si fosse verificato a seguito di una modifica disposta consensualmente tra le parti e che giustificava una tutela più attenuata. Parte della dottrina⁸⁷ invece escludeva la

⁸³ Nell'art. 2103 c.c. originario infatti il datore di lavoro poteva adibire il lavoratore a una mansione diversa purché essa non comportasse una diminuzione della retribuzione.

⁸⁴ Di questo parere era C. Pisani, il quale sosteneva che se l'intenzione del Legislatore fosse stata quella di permettere di ridurre una parte della retribuzione, egli non avrebbe mai aggiunto l'aggettivo «alcuna», «ma probabilmente avrebbe conservato la precedente previsione» (PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, cit. pag. 217).

⁸⁵ ASSANTI, PERA, *Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori*, Padova, Cedam, 1972, pagg. 143-144.

⁸⁶ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 238 e ss.

⁸⁷ ASSANTI, PERA, Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori, Padova, Cedam, 1972, pag. 151.

corresponsione dei trattamenti previsti come remunerazione di particolari condizioni di luogo, di modo o di tempo non ricollegabili alle nuove mansioni, mentre altra parte⁸⁸ distingueva le «indennità strettamente connesse a fattori ambientali che attenevano ad aspetti estrinseci della prestazione» da tutti quegli elementi intrinseci che non venivano meno a seguito della modifica delle mansioni, comprendendo solo questi ultimi nella parte di retribuzione da mantenere. Ed infine c'era chi⁸⁹ includeva tra le indennità irriducibili quelle «connesse con la specifica qualità soggettiva della prestazione, da contrapporsi a quelle legate all'oggettività della prestazione e al suo contesto ambientale».

La giurisprudenza, d'altra parte, ha inizialmente accolto la prima tesi per poi consolidarsi, a partire dagli anni '80, nella seconda.

2.2.4. Le mansioni superiori

Il primo comma dell'art. 13 dello Statuto disciplinava due ipotesi distinte di adibizione a mansioni superiori, in particolare al primo periodo stabiliva la promozione definitiva del dipendente adibito a mansioni corrispondenti alla categoria superiore successivamente acquisita, invece al secondo periodo prevedeva la c.d. promozione automatica che scattava nel caso di definitività dell'assegnazione temporanea a mansioni superiori. La prima ipotesi ricomprendeva tutti quei casi in cui la promozione diventava definitiva indipendentemente dalla modalità di acquisizione, pertanto la modifica della categoria contrattuale diveniva definitivamente e immediatamente irreversibile⁹⁰. Vi rientravano le modifiche *in melius* espressamente concordate con il datore di lavoro al momento della stipula del contratto (o anche successivamente), quelle previste della contrattazione collettiva a seguito dell'espletamento di procedure di promozione o di un automatismo di carriera e anche l'ipotesi della promozione automatica disciplinata nel secondo periodo. La seconda ipotesi ricomprendeva pertanto il caso in cui la temporanea adibizione a mansioni superiori diventava definitiva a seguito dello svolgimento di tali mansioni per un periodo superiore a tre mesi o, in deroga, dopo un periodo fissato dalla contrattazione collettiva; tutto ciò però poteva

⁸⁸ GIUGNI, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Jovene, 1963, pag. 556.

⁸⁹ MAZZOTTA, *Mutamento di mansioni, retribuzione irriducibile e corrispettività*, Foro Italiano, I/1982, pagg. 515 e ss.

⁹⁰ GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, cit. pag. 379.

verificarsi solamente nel caso in cui il soggetto non si fosse trovato a sostituire un lavorare assente con diritto alla conservazione del posto.

2.2.4.1. La fonte che legittima l'assegnazione a mansioni superiori. Potere unilaterale o necessario consenso?

Come in precedenza analizzato per l'equivalenza delle mansioni⁹¹, anche in questo caso la dottrina e la giurisprudenza adottarono talvolta un orientamento rigido (prevedendo il necessario consenso del lavoratore) e altre volte uno più flessibile (riconoscendo al datore di lavoro un potere unilaterale) per le modifiche in melius.

L'orientamento rigido⁹² abbracciava un'interpretazione restrittiva, ritenendo necessario il consenso del dipendente al fine di reputare valide le modifiche migliorative e spingendosi in alcuni casi a richiedere il consenso della controparte anche negli spostamenti temporanei, oltre che in quelli definitivi. Tale impostazione provocava però un'eccessiva rigidità all'imprenditore, impossibilitato a sostituire i posti vacanti⁹³.

Accettare un'interpretazione rigida comportava notevoli limiti di ordine pratico: appariva quindi preferibile adottare un orientamento flessibile, riconoscendo la presenza di un potere di Jus Variandi per l'assegnazione a mansioni superiori in capo al datore di lavoro. Tale potere veniva attenuato, in via cautelativa, dalla previsione di alcuni correttivi che avevano lo scopo di considerare anche il punto di vista di quei lavoratori che non erano interessati ad ottenere la definitività delle mansioni superiori. Per alcuni⁹⁴ però la legge non ammetteva questa possibilità, poiché l'assegnazione prescindeva totalmente dal suo consenso, data la nullità dei patti contrari prevista al secondo comma.

Tra i correttivi che hanno trovato maggior seguito vi è quello che escludeva l'esigibilità delle mansioni superiori non appartenenti allo stesso ambito professionale, applicando dunque il criterio dell'equivalenza, oltre che per la mobilità orizzontale, anche per quella verticale. Le nuove mansioni dovevano pertanto presentare caratteri di omogeneità e di continuità

⁹¹ Si veda par. 2.2.3.2. e par. 2.2.3.3.

⁹² Suppiej, Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori, Rivista di diritto del lavoro, 1972.

⁹³ BROLLO, La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pagg. 293-294.

⁹⁴ PERSIANI, Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori, Rivista di diritto del lavoro, I/1971, pagg. 14-15.

professionale rispetto alle precedenti. Era indispensabile quindi che il lavoratore possedesse quel minimo di capacità professionali, acquisite in precedenza, necessarie per svolgere le nuove mansioni, altrimenti egli poteva lecitamente opporsi alle modifiche⁹⁵. Questa impostazione però, aderente ad una nozione rigida, appariva in aperto contrasto con la flessibilità richiesta dalle realtà aziendali e organizzative, soggette a dinamismi talvolta anche radicali⁹⁶. Tale visione non può essere poi condivisa nemmeno considerando il dettame letterale della norma, la quale distingueva e separava le mansioni superiori da quelle equivalenti con la disgiunzione «ovvero»: le prime assomigliavano alle mansioni di assunzione, mentre le seconde erano diverse e esterne rispetto all'area professionale di origine, poiché sottoposte a valore e a trattamenti retributivi maggiori⁹⁷.

In alternativa all'equivalenza, il parametro delimitativo poteva desumersi, secondo un'altra parte della dottrina⁹⁸, dalle regole di portata generale di correttezza e buona fede stabilite dagli artt. 1175 e 1375 c.c., perle quali il lavoratore aveva la possibilità di rifiutarsi di adempiere alle nuove mansioni solo quando non era in possesso di quel minimo di abilità tecnico-professionali necessarie al loro svolgimento. Adottando questa visione, e cioè accettando l'idea che il prestatore potesse rifiutarsi di adempiere alle nuove mansioni di livello superiore, egli poteva però essere soggetto ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Un'ultima possibilità, avanzata sempre della dottrina⁹⁹, in cui ritenere valido lo *Jus Variandi*, si limitava alle eventualità nelle quali la modificazione migliorativa fosse stata disposta per sostituzione di dipendenti con diritto alla conservazione del posto. A quest'ultima tesi però si può agevolmente obiettare che il concetto di «sostituzione» non era per il Legislatore un parametro delimitativo all'interno del quale poteva essere esercitato lo *Jus Variandi*, ma piuttosto un caso limite nel quale era esclusa la definitività dello spostamento e cioè la promozione automatica.

⁹⁵ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 197.

⁹⁶ ZOLI, *La mobilità «verticale»: la carriera*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, UTET, 1987

⁹⁷ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pag. 299.

⁹⁸ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pag. 299-300.

⁹⁹ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 195.

2.2.4.2. <u>La c.d. promozione automatica</u>

Con la dizione promozione automatica s'intende l'effetto legale che comportava l'assegnazione alla mansione superiore a seguito del superamento dei termini temporali (tre mesi o dopo un periodo fissato dalla contrattazione). Il termine, diffusosi per la sua semplicità, era usato impropriamente, in quanto ciò che diveniva automatico non era la promozione in sé, ma l'inquadramento nella qualifica superiore corrispondente alle mansioni effettivamente svolte.

La norma bilanciava gli interessi contrapposti del datore di lavoro e dei lavoratori, poiché da una parte permetteva l'adibizione dei dipendenti, in via temporanea, a mansioni superiori qualora la realtà aziendale lo richiedesse, mentre dall'altra tutelava i lavoratori da eventuali soprusi, assicurandogli, una volta decorsi i termini, l'assegnazione alla categoria superiore.

Un consolidato orientamento giurisprudenziale¹⁰⁰ riteneva inoltre che la promozione, rappresentando una modifica dell'oggetto sociale, richiedeva il parere favorevole del lavoratore, poiché l'espressione della propria volontà difforme era indispensabile per le variazioni di carattere definitivo. La Suprema Corte si preoccupò però di introdurre delle cautele attorno a questa facoltà concessa ai prestatori di lavoro, con lo scopo di evitare e accertare che il rifiuto derivasse da un volere unilaterale ed esclusivo del soggetto coinvolto e non da pressioni, anche indirette, subite dal datore di lavoro.

Per ottenere la promozione automatica era necessaria la contestuale sussistenza di tre elementi:

- 1. l'adibizione a mansioni superiori rispetto a quelle svolte;
- 2. il decorso del termine legale o contrattuale;
- 3. la non sostituzione di un prestatore con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

2.2.4.3. Segue. 1. L'adibizione a mansioni superiori rispetto a quelle svolte

Per determinare le mansioni superiori (come per quelle equivalenti) il Legislatore non individuò espressamente dei parametri che fungessero da "guida" per la comparazione tra le mansioni di provenienza e quelle di destinazione. Di norma si ritenevano superiori quelle inquadrate dalla contrattazione collettiva nella categoria contrattuale superiore, dovendosi

¹⁰⁰ Cass., 6 giugno 1995, n. 3372; Cass., 13 aprile 1996, n. 3494.

poi anche tenere in considerazione parametri di tipicità ambientale dell'impresa. L'assegnazione doveva essere "effettiva" e ciò avveniva quando le nuove mansioni in concreto svolte prevalevano su ogni adibizione squisitamente formale. La giurisprudenza infatti escludeva la legittimità di tutti quei casi in cui un lavoratore fosse in possesso della titolarità formale delle nuove mansioni, anche se in realtà erano di fatto svolte da altri dipendenti «per effetto di una stabile scelta organizzativa del datore di lavoro»¹⁰¹. L'assegnazione doveva essere anche "piena" e ciò avveniva quando, oltre all'effettiva esecuzione delle nuove mansioni, il prestatore fosse sottoposto ai corrispondenti poteri, alle connesse responsabilità e ad un nuovo grado di autonomia¹⁰². Tuttavia, quando le nuove mansioni superiori rientravano nello stesso livello di inquadramento contrattuale, il fattore discriminante poteva essere individuato nel diverso, e più elevato, trattamento retributivo¹⁰³.

Il lavoratore poteva però trovarsi anche a svolgere anche le c.d. mansioni promiscue¹⁰⁴ e cioè mansioni superiori in aggiunta a quelle appartenenti al livello d'inquadramento nel quale era inserito. Poteva essere lo stesso contratto collettivo a ricomprendere anche alcuni compiti di livello superiore all'interno della stessa qualifica professionale e, in questo caso, la giurisprudenza era concorde nell'escludere la maturazione della promozione automatica; la ammetteva invece soltanto quando le mansioni vicarie non ricoprivano un carattere d'eccezionalità, ma anzi apparivano come una stabile scelta organizzativa del datore di lavoro¹⁰⁵. Quando invece la contrattazione collettiva non comprendeva all'interno della qualifica le mansioni superiori, ma esse appartenevano espressamente alla categoria superiore, non vi era ombra di dubbio nell'affermare che, qualora ne ricorrevano i requisiti dell'assegnazione "piena", scattava la promozione automatica¹⁰⁶.

¹⁰¹ Cass., 30 dicembre 2009, n. 27825.

¹⁰² PISANI, *Mansioni del lavoratore* in (a cura di) CAGNASSO, VALLEBONA, *Commentario del Codice Civile*, UTET, Torino, 2013, pagg. 226-234; Cass., 27 luglio 1994, n. 6981.

¹⁰³ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pagg. 202-203.

¹⁰⁴ Il caso più ricorrente è quello del c.d. sostituto programmato e cioè quando un lavoratore si trova a sostituire temporaneamente un dipendente di livello più elevato, ma nella propria qualifica professionale sono già ricompresi tali compiti di grado superiore.

¹⁰⁵ Cass., 20 agosto 1980, n. 4966.

¹⁰⁶ Talvolta però la giurisprudenza (Cass., 7 aprile 2004, n. 6843), al fine di accertare la reale maturazione della promozione automatica, dava peso alla durata temporale delle mansioni superiori rispetto alla totalità della giornata lavorativa (elemento quantitativo) e, qualora questo primo elemento non fosse presente, «alla quantità delle energie lavorative profuse nelle singole mansioni, nel senso che deve ritenersi caratterizzante una mansione che – anche se esercitata con scarsa

Infine, vi è il caso dei lavoratori distaccati: anche a seguito dell'introduzione della nuova disciplina del "distacco" (art. 30, D.Lgs. n. 276/2003) si riteneva che il lavoratore dovesse essere adibito alle nuove mansioni (e quindi ottenere la qualifica superiore) anche dopo il suo rientro dal distacco, pretendendo quindi di continuare ad essere inquadrato nelle mansioni superiori. Occorreva però la presenza di mansioni superiori libere presso il distaccante, altrimenti il dipendente non poteva esimersi dall'accettare l'assegnazione alle mansioni eseguite precedentemente il distacco, potendo inoltre incorrere, in caso contrario, a un licenziamento per giustificato motivo oggettivo¹⁰⁷.

2.2.4.4. <u>Segue. 2.II decorso del termine legale o contrattuale</u>

Il decorso del termine per l'adibizione a mansioni superiori era di tre mesi oppure del minor periodo stabilito dalla contrattazione collettiva¹⁰⁸ ed occorreva che questo periodo di tempo fosse effettivo e continuativo.

Per quanto riguarda l'effettività era indispensabile che, affinché il lavoratore potesse accedere alla promozione automatica, il periodo di lavoro fosse effettivo e cioè che non si computassero nel conteggio i giorni di interruzione e di sospensione. La giurisprudenza escludeva pertanto i giorni di assenza, anche se giustificati o legittimi, e ciò avveniva nel caso di malattia, infortunio, ferie o servizio militare. Queste esclusioni però non avevano un effetto interruttivo nel computo dei giorni utili per poter accedere alle mansioni superiori, non interrompendo pertanto la continuità del rapporto di lavoro. Erano invece incluso il periodo di astensione obbligatoria dal lavoro per le lavoratrici madri e i giorni in cui il lavoratore doveva partecipare a «corsi di formazione relativi a materie proprie delle superiori mansioni già assegnate»¹⁰⁹.

La questione più spinosa riguardava invece il tema della continuità. Il Legislatore non stabilì espressamente se il periodo di tempo dovesse essere o meno continuativo, pertanto la giurisprudenza dovette individuare dei limiti in via interpretativa. La questione poteva essere

frequenza e continuità – richieda un alto grado di specializzazione e rilevante profusione di impegno intellettuale e materiale» (elemento qualitativo).

¹⁰⁷ PISANI, La modificazione delle mansioni, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 204-205.

¹⁰⁸ Una deroga a questo principio era prevista dall'art. 6 della L. 190/1985 che, per i quadri, dava alla contrattazione collettiva la possibilità di stabilire un termine più ampio rispetto a quello identificato dalla legge.

¹⁰⁹ Cass., 6 giugno 1989, n. 2744.

agevolmente superata mediante un'azione della contrattazione collettiva, ma essa si manifestò fin da subito restia ad intervenire in maniera dettagliata, lasciando il compito di definire la questione a giurisprudenza e dottrina. Entrambe propendevano per un'interpretazione continuativa del lasso di tempo utile per l'assegnazione a mansioni superiori, consapevoli tuttavia del fatto che ciò poteva comportare pratiche illecite da parte del datore di lavoro¹¹⁰. Per «periodo», termine usato dalla norma, si doveva intendere quel lasso di tempo che «per sua natura è e non può essere configurato che come continuativo» 111. Parte della giurisprudenza adottò in seguito un'interpretazione più estensiva, ritenendo possibile, in alcuni casi, il cumulo: c'era chi¹¹² lo ammetteva soltanto qualora il lavoratore fosse in grado di dimostrare l'intento fraudolento del datore di lavoro, ma ciò richiedeva uno sforzo enorme per provare tale volontà sul piano processuale. In seguito la giurisprudenza, per ovviare a questo limite, abbandonò tale impostazione, ritenendo sufficiente, al fine di "maturare" la promozione automatica, la frequenza e la sistematicità delle continue assegnazioni a mansioni superiori, da desumersi dal numero e dal lasso di tempo trascorso tra un'assegnazione e un'altra 113. La Cassazione a Sezioni Unite con sentenza del 28 gennaio 1995, n. 1023 affermò che si poteva fare ricorso al cumulo soltanto in via del tutto eccezionale e solo quando la revoca dell'assegnazione alle mansioni superiori non fosse connessa a reali esigenze produttive o organizzative, ma avesse soltanto un intento elusivo della norma. La valida esigenza organizzativa oggetto della sentenza in esame, atta a escludere l'ammissibilità del cumulo, era la necessità di coprire un posto vacante durante l'espletamento di un concorso obbligatorio per legge o previsto dalla contrattazione collettiva: in questo caso era esclusa l'ammissibilità del cumulo, in quanto l'intento del datore di lavoro non era quello di eludere la legge, ma egli era giustificato da una reale motivazione aziendale e cioè dalla necessità di coprire le mansioni vacanti a seguito dell'adempimento di una disposizione legale o contrattuale. D'altra parte però i tempi non potevano essere eccessivamente dilatati, ma dovevano essere contenuti in un periodo ragionevole per l'espletamento delle operazioni di selezione.

¹¹⁰ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 206.

¹¹¹ Trib. Milano, 13 novembre 1972.

¹¹² BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pagg. 318-319.

¹¹³ A titolo esemplificativo di tale tesi sostenuta dalla Cassazione si veda Cass., 20 giugno 1980, n. 4958.

2.2.4.5. <u>Segue. 3. La non sostituzione di un prestatore con diritto alla conservazione del</u> posto di lavoro

La disposizione prevedeva un'eccezione alla regola della promozione automatica qualora l'assegnazione superiore fosse stata disposta solo in via temporanea per sostituire un «lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto». La norma, attraverso questo inciso, aveva lo scopo di evitare conflitti tra il lavoratore sostituito, che al termine rientrava nella sua posizione, e il lavoratore sostituto, che occupava momentaneamente il posto di lavoro, tralasciando però l'interesse del sostituto all'avanzamento di carriera.

Il Legislatore utilizzò una formulazione generica e suscettibile di diverse interpretazione dell'aggettivo «assente» e ciò comportò la nascita di due filoni interpretativi, uno più rigido e uno più flessibile. L'orientamento più rigido, nonché quello tradizionale, considerava assenti i lavoratori che: si trovavano nelle situazioni disciplinate dagli artt. 2110 e 2111 c.c. (infortunio, malattia, gravidanza, puerperio, servizio militare) o dall'art. 31 St. lav. (adempimento di funzioni pubbliche elettive oppure copertura di cariche sindacali), i sindacalisti che usufruivano di permessi e i lavoratori in cassa integrazione; infine erano considerati assenti anche coloro che si trovavano nelle ipotesi contemplate dalla contrattazione collettiva (per es. aspettativa o sospensione cautelare). Secondo l'orientamento più elastico erano assenti anche coloro il cui rapporto era sospeso per motivi fisiologici (ferie) e, paradossalmente, anche quei lavoratori effettivamente assenti dal proprio posto di lavoro, ma presenti in azienda, seppur momentaneamente adibiti a mansioni diverse, per es. nel caso di dipendenti in rotazione, in comando o in distacco o per sostituzione c.d. "a cascata" o "a scorrimento". L'orientamento "elastico" si poneva però in aperto contrasto con il tenore letterale della disposizione e con la natura stessa della norma, la quale ammetteva un'eccezione alla regola generale della promozione automatica. Infatti, il «diritto alla conservazione del posto» non avrebbe alcun significato se il lavoratore non fosse realmente assente e continuasse a rendere la prestazione individuata nel contratto, anche se in luoghi o con modalità diverse rispetto a prima¹¹⁴. Perciò l'assenza che non faceva scattare la promozione era solo quella subìta dal datore di lavoro, poiché l'eccezione non rispondeva ad una necessità imprenditoriale di riorganizzazione della forza lavoro, ma era presente a tutela del lavoratore assente dalla propria posizione lavorativa per cause oggettive.

¹¹⁴ PISANI, La modificazione delle mansioni, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 212-213.

Un'altra problematica riguardava la determinazione del momento dal quale doveva decorrere, nel caso di estinzione del rapporto di lavoro del dipendente sostituito in concomitanza con il periodo di sospensione (per es. per dimissioni, morte, ecc.), il lasso di tempo utile per poter accedere alla promozione automatica. La Corte di Cassazione¹¹⁵ propendeva per l'esclusione della possibilità di poter sommare, con lo scopo di accedere alla promozione, anche il periodo precedente all'interruzione del rapporto di lavoro del sostituito. Ciò appariva condivisibile sia sulla base del tenore letterale della norma, ma anche perché rispondeva maggiormente all'esigenza concessa al datore di lavoro di valutare la necessarietà della promozione, dato che inizialmente la sostituzione era stata disposta in via temporanea con uno scopo diverso da quello di far maturare la promozione e cioè quello di sostituire un lavoratore con conservazione del posto. Infatti, solo quando la posizione lavorativa fosse stata effettivamente libera, il datore poteva valutare la convenienza tra promuovere il lavoratore supplente o interrompere, prima dei tre mesi, il rapporto¹¹⁶.

Infine, l'onere di provare il fatto impeditivo del diritto alla promozione e cioè la presenza di un lavoratore da sostituire, spettava al datore di lavoro, poiché non è detto che il dipendente fosse a conoscenza di essere stato adibito a nuove mansioni per sostituzione di qualcun altro o che fosse in possesso di informazioni in merito alla natura e al tipo di assenza del sostituito. D'altra parte però al lavoratore spettava l'onere di provare la validità del diritto all'assegnazione definitiva, apportando elementi quali il decorso del termine, la continuità e la natura superiore delle mansioni¹¹⁷.

2.2.4.6. Il trattamento economico

L'art. 13 dello Statuto stabiliva che «nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore» aveva «diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta». La norma così formulata dava l'impressione che le mansioni superiori dovessero necessariamente comportare una retribuzione più elevata rispetto alla precedente, ma in realtà non era sempre così e ciò poteva dipendere da diversi fattori che provocavano la perdita o la modifica di alcune

¹¹⁵ Cass., 24 gennaio 1992, n. 766.

¹¹⁶ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pagg. 339-341.

¹¹⁷ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pagg. 341-342.

voci retributive¹¹⁸. Per alcuni in dottrina¹¹⁹, la differenza fondamentale stava nel tipo di adibizione, infatti, se le nuove mansioni rientravano in quelle disciplinate al primo periodo del primo comma¹²⁰ doveva operare la regola dell'irriducibilità, se invece si trattava di un'assegnazione svincolata dalle ipotesi previste al primo periodo non doveva essere applicata la regola dell'irriducibilità della retribuzione.

2.2.5. Il trasferimento del lavoratore

Il Legislatore all'interno dell'art. 2103 c.c., a seguito delle modifiche apportate dall'art. 13 dello Statuto, inserì l'istituto del trasferimento, con lo scopo di disciplinare in un unico articolo tutti gli aspetti relativi alla modificabilità della prestazione lavorativa, sia per quanto riguardava il contenuto che per quanto atteneva al luogo di svolgimento, descrivendo *in toto* la mobilità endoaziendale del lavoratore.

Prima dell'introduzione dell'istituto da parte dello Statuto, il trasferimento era regolato dalla contrattazione collettiva, ma non era chiaro se il datore di lavoro, in assenza di una previsione contrattuale che gli attribuisse tale possibilità, potesse disporre il trasferimento di un proprio dipendente; in più la libera recedibilità nei licenziamenti (almeno fino al 1966) rappresentava un notevole fattore a svantaggio per il lavoratore e di conseguenza un elemento di semplificazione nella gestione della forza-lavoro. Infatti, prima dello Statuto l'interpretazione prevalente riteneva che la determinazione del luogo d'esecuzione della prestazione potesse essere stabilita dall'imprenditore sulla base del proprio potere direttivo, a norma dell'art. 1182 c.c. che disciplina il luogo dell'adempimento, negando quindi che tale potere rientrasse all'interno dello *Jus Variandi*. Lo Statuto chiarì ogni dubbio al riguardo e riconobbe in capo al datore di lavoro il potere di variare unilateralmente il luogo della prestazione, circondandolo però del limite della sussistenza di «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive». È ammessa però la possibilità di stipulare tra le parti un patto d'inamovibilità, il quale richiede il consenso bilaterale per ogni futura variazione.

¹¹⁸ Può dipendere per esempio da un aumento dell'orario lavorativo senza alcun incremento retributivo o viceversa da una sua diminuzione.

¹¹⁹ PISANI, La modificazione delle mansioni, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 219-220.

¹²⁰ «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 [..] senza alcuna diminuzione della retribuzione».

L'enunciato relativo al trasferimento viene integralmente ripreso, in modo analogo, anche dopo le modifiche apportate dal *Jobs Act* e quindi le considerazioni di seguito esposte valgono tuttora.

Gli interessi meritevoli di tutela attengono sia la sfera contrattuale che a quella extracontrattuale: all'interno della prima categoria rientrano tutti quegli interessi collegati alla
permanenza all'interno di un'area dell'organizzazione aziendale che permette al lavoratore di
acuire la propria posizione sostanziale¹²¹; nella seconda rientrano invece tutti quegli interessi
che incidono sull'organizzazione della propria vita¹²².

L'ultimo periodo del primo comma dell'art. 13 dello Statuto parla di trasferimento «da una unità produttiva ad un'altra». Resta ora da capire che cosa si debba intendere per unità produttiva. Una parte ristretta della dottrina¹²³ immediatamente successiva allo Statuto, adottava un'interpretazione ampia di unità produttiva, ritenendo che la tutela legale fosse ammessa anche per gli spostamenti da reparto a reparto o da un ufficio ad un altro, se appartenenti allo stesso complesso produttivo. In questo modo veniva tutelata la posizione sostanziale del prestatore in azienda anche in relazione «all'appartenenza all'unità produttiva in cui il lavoratore si trova a prestare la sua opera»¹²⁴.

L'espressione «unità produttiva» è utilizzata più volte dal Legislatore nello Statuto in riferimento anche a materie molto diverse tra loro: è quindi indispensabile capire se egli abbia adottato lo stesso significato in tutte le disposizioni o se invece ne assuma uno diverso a seconda della norma in cui è inserito. Tra le due appare più ragionevole una lettura unitaria del concetto, poiché qualora il Legislatore avesse avuto l'intento di diversificare i significati in base al contesto lo avrebbe potuto fare espressamente, senza fornire soluzioni disomogenee.

Per esempio «l'interesse di rimanere nella propria unità produttiva che non sarà interessata dal provvedimento di riduzione del personale; l'interesse a rimanere nella propria unità produttiva che, avendo più di 15 dipendenti, consente di godere di una tutela reale contro il licenziamento; l'interesse al mantenimento di una situazione di fatto in cui le mansioni effettivamente svolte hanno raggiunto un certo assetto soddisfacente che con un eventuale trasferimento potrebbe peggiorare; l'aspettativa di carriera che può essere connessa all'occupazione di un certo posto in una determinata unità produttiva» (LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, cit. pag. 275).

¹²² Per esempio in relazione ad aspetti quali la scelta dell'abitazione, le relazioni sociali istaurate ed altri interessi extralavorativi.

¹²³ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pagg. 270 e ss.

¹²⁴ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, cit. pag. 272.

È perciò pacifico che per unità produttiva si debba intendere quel luogo «nel cui ambito, ove raggiunga una determinata dimensione, è possibile la costituzione delle r.s.a. (rappresentanza sindacale aziendale) con i conseguenti diritti di attività sindacale ed è assicurata la stabilità reale nel posto di lavoro»¹²⁵.

La giurisprudenza invece identifica l'unità produttiva come ogni entità aziendale autonoma, caratterizzata da indipendenza tecnica e amministrativa, dove si compie per intero una fase produttiva essenziale, dovendosi quindi escludere quelle articolazioni aziendali caratterizzate dal compimento di attività strumentali o ausiliarie, anche se dotate di autonomia amministrativa, non risultando determinante la collocazione territoriale degli stabilimenti¹²⁶. Pertanto rientra nell'ipotesi contenuta dalla norma anche il caso in cui l'unità di destinazione sia vicinissima a quella di provenienza, mentre resta escluso lo spostamento avvenuto nella medesima unità, anche se dislocata in un territorio geograficamente molto vasto.

2.2.5.1. <u>Comunicazione e giustificazione del trasferimento</u>

La legge non impone la forma scritta per la comunicazione del trasferimento, perciò, se non imposta dalla contrattazione collettiva, è considerata valida anche la comunicazione orale.

Fu oggetto di discussione in dottrina e in giurisprudenza se, in contemporanea alla comunicazione del trasferimento, dovessero essere comunicate anche le motivazioni avanzate per giustificare il trasferimento. In dottrina¹²⁷ si propende, sulla base del termine «comprovate», al riconoscimento della necessità di allegare al provvedimento le motivazioni giustificative, poiché la comunicazione ha lo scopo di soddisfare una duplice esigenza: da una parte quella di controllare la non arbitrarietà della decisione subita e dall'altra quella dell'immutabilità delle ragioni addotte dall'imprenditore per giustificare l'esercizio dell'istituto. Per una parte della giurisprudenza invece l'aggettivo «compravate» non può essere considerato un elemento giustificativo al fine di ritenere necessaria l'allegazione della motivazione, ma solo un modo per sottolineare che l'onere della prova ricade sul datore di lavoro. La Corte di Cassazione¹²⁸ ritiene infatti che le ragioni addotte dall'imprenditore

57

¹²⁵ VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, Rivista italiana di diritto del lavoro, I/1987, pagg. 67 e ss. ¹²⁶ Cass., 14 giugno 1999, n. 5892.

¹²⁷ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pagg. 277-278.

¹²⁸ Cass., 23 febbraio 1998, n. 1912.

debbano essere comprovate, nel senso che egli deve fornire le prove nel momento in cui il trasferimento viene contestato dalla controparte. Altra corrente giurisprudenziale¹²⁹ assimilava invece il trasferimento al licenziamento individuale e applicava in via analogica l'art. 2 della L. 604/1966 riguardo alla comunicazione dei motivi del licenziamento, il quale esigeva la comunicazione entro il termine di decadenza di 15 giorni, e non contestualmente. Oggi tuttavia, con l'introduzione dell'art. 1, co. 37, L. n. 92/2012, la comunicazione dei motivi è richiesta contestualmente al licenziamento e quindi, seguendo questa impostazione, si dovrebbe affermare che anche per quanto attiene al trasferimento sussiste l'obbligatorietà della contestuale comunicazione, ma non sembrano però ricorrere gli estremi per analogia con la disciplina del licenziamento, essendo due istituti molto diversi tra loro¹³⁰. L'orientamento prevalente della giurisprudenza è quello di far ricadere l'obbligo di motivazione contestuale solo su richiesta, ma non è da escludersi che essa potrebbe giungere anche a conclusioni diametralmente opposte, venendo perciò meno l'esigenza di tutela del prestatore.

Restano dubbi anche in merito al regime sanzionatorio da applicare al trasferimento con difetto di comunicazione poiché, procedendo anche in questo caso in via analogica con il licenziamento individuale, esso sembrerebbe risarcibile soltanto con un semplice indennizzo economico, restando invece valido lo spostamento alla nuova sede lavorativa¹³¹.

L'onere della prova, come poc'anzi affermato, ricade sul datore di lavoro in base all'art. 2697 c.c. di portata generale, secondo cui chi vuol portare un fatto a sostegno della propria tesi (in questo caso la necessità del trasferimento) ha l'onere di provarlo. In fase di giudizio, il giudice deve limitarsi ad accertare le ragioni alla base del provvedimento e il nesso casuale tra di esse e il trasferimento¹³² e non può sindacare l'adeguatezza e la convenienza del provvedimento rispetto ad altre scelte organizzative ugualmente ragionevoli, salvo il caso in cui siano i contratti collettivi a prevederlo o in base ai principi di correttezza e buona fede (artt. 1175 e 1375 c.c.)¹³³. Tutto ciò è indispensabile anche nel licenziamento con giustificato motivo

¹²⁹ Cass., 20 agosto 1979, n. 4713.

¹³⁰ VALLEBONA, *Il trasferimento del lavoratore*, Rivista italiana di diritto del lavoro, I/1987, pag. 75.

¹³¹ BROLLO, Disciplina delle mansioni (art. 3) in (a cura di) CARINCI, Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 88-89.

¹³² Cass., 12 dicembre 2002, n. 17786.

¹³³ Cass., 15 ottobre 1992, n. 11339.

oggettivo, ma mentre per esso è necessario dimostrare anche l'inevitabilità del provvedimento, nel caso del trasferimento il datore di lavoro non deve provare l'inesistenza di altre mansioni equivalenti libere a cui adibire il prestatore e nemmeno di non avere altre soluzioni a disposizione.

Per quanto attiene agli elementi giustificativi addotti a ragione del trasferimento, essi possono essere solamente di carattere oggettivo e cioè riguardanti le esigenze aziendali, escludendo pertanto ogni ragione soggettiva ricollegabile ad inadempienze del prestatore. Sono perciò vietati i trasferimenti disciplinari, coerentemente con quanto affermato dall'art. 7, co. 4 dello Statuto, in quanto quest'ultimo non consente «sanzioni disciplinari che comportino mutamenti definitivi del rapporto di lavoro». Tuttavia, in giurisprudenza¹³⁴ è prevalso un orientamento che ammette il trasferimento per ragioni disciplinari quando esse comportino conseguenze negative alla realtà aziendale, valutabili però seguendo un criterio di carattere oggettivo. Le ragioni «tecniche, organizzative e produttive» si riferiscono in linea di massima all'unità produttiva di destinazione, non potendosi però escludere che possano anche riguardare quella di partenza, per esempio nel caso di eccedenza di personale¹³⁵.

Per quanto riguarda invece la scelta del lavoratore da trasferire, la legge non fissa parametri interpretativi al riguardo, ma la tendenza della contrattazione collettiva è quella di soppesare a ragionamenti di mera convenienza aziendale le esigenze di carattere personale dei dipendenti, quali per esempio le condizioni economiche e familiari.

Infine, con l'introduzione dell'art. 32, co. 3, lett. c), L. n. 183/2010, l'impugnazione del trasferimento è sottoposto a due limiti decadenziali, sulla scorta di quanto previsto per il licenziamento individuale: esso deve essere impugnato in via stragiudiziale entro 60 giorni ed è inefficace se non è accompagnato entro 180 giorni dal deposito del ricorso introduttivo del giudizio presso la cancelleria del tribunale o dalla comunicazione della richiesta di tentativo di conciliazione o arbitrato; in entrambi i casi i termini decorrono dal momento di ricezione della comunicazione del trasferimento e non dei motivi.

¹³⁴ Cass., 15 ottobre 1992, n. 11339.

¹³⁵ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pag. 282.

2.2.5.2. Fattispecie d'inammissibilità del trasferimento

Le leggi speciali introducono dei divieti al trasferimento:

- per i consiglieri comunali e provinciali durante il mandato consiliare, se non a richiesta o per consenso (art. 27, L. n. 816/1985);
- per le lavoratrici madri, o in mancanza per i padri, fino al compimento di un anno d'età del bambino (art. 56, co. 1 e 2, D.Lgs. n. 151/2001);
- per la persona affetta da handicap o per i congiunti lavoratori che lo assistono con continuità, prevedendo però la possibilità di scegliere, se possibile, la sede lavorativa più vicina al proprio domicilio (art. 33, L. n. 104/1992). La Suprema Corte a Sezioni Unite, con sentenza del 27 marzo 2008, n. 7345, ha però precisato che il diritto in capo ai familiari di scegliere la sede di loro non deve ledere le esigenze economiche, produttive e organizzative dell'impresa.

In altri casi legge o contrattazione pongono invece dei limiti:

- il trasferimento dei dirigenti sindacali aziendali «può essere disposto solo previo nulla osta delle associazioni sindacali di appartenenza» fino alla fine dell'anno successivo a quello in cui è cessata la carica (art. 22, co. 1, Statuto dei diritti dei lavoratori);
- la contrattazione collettiva invece inserisce talvolta delle limitazioni per accertare e condizionare il potere di trasferimento ancor prima della sua esecuzione, a tutela delle esigenze soggettive dei prestatori, bilanciandole con quelle aziendali.

2.2.6. La nullità dei patti contrari e le ipotesi di demansionamento

La disposizione in esame prevedeva al secondo comma la nullità di ogni patto contrario. Erano da considerarsi contrari quei patti che concedevano al datore di lavoro maggiori poteri rispetto a quelli previsti anche se, per la maggior parte della dottrina¹³⁶, sembravano inclusi nella sfera della sua applicazione soltanto gli accordi che attribuivano ai lavoratori mansioni di valore inferiore rispetto alle precedenti, con esclusione di quelli *in melius* o equivalenti.

L'introduzione della sanzione di nullità per i patti difformi a quanto disposto al primo comma rappresentava una radicale inversione di rotta rispetto al passato, in quanto l'art. 2103 c.c. nella sua formulazione originaria non stabiliva dei limiti inerenti alle modifiche

¹³⁶ ASSANTI, PERA, Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori, Padova, Cedam, 1972, pag. 154.

consensuali, concedendo alle parti la possibilità di derogare alla disciplina attraverso accordi modificativi. Tutto ciò veniva ulteriormente aggravato da quel consolidato filone giurisprudenziale che riconosceva il consenso, espresso o tacito, del lavoratore come un elemento in grado di legittimare la retrocessione. Non a caso infatti per alcuni «la previsione della nullità dei patti contrari costituisce l'innovazione di maggior rilievo introdotta dalla norma»¹³⁷.

Sull'interpretazione di tale enunciato dottrina e giurisprudenza seguirono strade diverse, riassumibili in due filoni interpretativi:

- 1. il primo più "rigido", ancorato al dato letterale, che impediva ogni possibilità di retrocessione del lavoratore anche se disposta nel suo interesse;
- 2. l'altro invece più "flessibile", privilegiando un'interpretazione che mirava a superare la tesi dell'inderogabilità della norma, seguendo una logica a favore del dipendente in via equitativa.

2.2.6.1. <u>La tesi "rigida" dell'inderogabilità della norma</u>

I sostenitori di questa tesi¹³⁸ ritenevano che gli interessi dei lavoratori alla tutela della professionalità meritassero una garanzia piena e rigorosa. Essi non ammettevano alcuna deroga alla nullità dei patti contrari, nemmeno se tali patti avevano lo scopo di soddisfare un interesse prioritario per il lavoratore come per esempio il mantenimento del posto in alternativa al licenziamento o alla cassa integrazione, anche se disposto in cambio di un declassamento professionale. Lo scopo principale di tale impostazione era quello di evitare eventuali abusi atti a vanificare la tutela della professionalità. La parte debole del rapporto lavorativo, cioè il dipendente, meritava pertanto un'ampia protezione e ciò per scoraggiare gli abusi che avvenivano in passato con l'art. 2103 c.c. originario: nemmeno l'interesse proprio del lavoratore al mantenimento del posto poteva essere considerato una condizione idonea a giustificare le modifiche peggiorative.

Secondo questa visione, i successivi interventi legislativi che riconobbero in via eccezionale alcune deroghe alla nullità dei patti contrari dovevano essere considerati come elementi validi

¹³⁷ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, cit. pag. 186.

¹³⁸ Cass., 13 febbraio 1980, n. 1026.

per ritenere la materia inderogabile, poiché queste ipotesi tassative confermavano l'impossibilità di poter adottare un'interpretazione estensiva, dato che le eccezioni erano direttamente identificate dal Legislatore.

Tale tesi "rigida" però rendeva difficoltoso proteggere gli interessi di quei lavoratori che preferivano un mantenimento del posto di lavoro anche a fronte di un declassamento professionale. Una soluzione avanzata da parte della giurisprudenza¹³⁹ proponeva di interrompere il rapporto lavorativo per poi procedere, con il consenso del lavoratore, ad una sua riassunzione a mansioni inferiori. Tale sistema comportava però numerosi svantaggi, connessi per esempio alla maturazione dell'anzianità di servizio, alle difficoltà di carattere burocratico per riavviare il rapporto lavorativo e all'interruzione della retribuzione durante il periodo di sospensione. La Corte di Cassazione¹⁴⁰ arrivò quindi a dire che il patto tra le parti, se avanzato dal lavoratore, «non era in contrasto con le esigenze di dignità e libertà della persona e configurava per il lavoratore una soluzione più favorevole di quella – ispirata ad una esigenza di rispetto meramente formale della norma – rappresentata dal licenziamento con successiva riassunzione». Poteva però nascere il sospetto che l'operazione fosse stata intrapresa con uno scopo fraudolento e cioè a garanzia dell'esclusivo interesse del datore di lavoro, considerato il suo maggiore potere contrattuale.

I sostenitori di questa tesi permettevano tuttavia il momentaneo spostamento a mansioni inferiori in risposta ad esigenze aziendali, poiché tale soluzione di carattere temporaneo non comprometteva la professionalità del dipendente.

2.2.6.2. Segue. La tesi "flessibile" della derogabilità della norma

Parte della giurisprudenza individuò invece alcune circostanze nelle quali era lecita l'adibizione a mansioni inferiori, a garanzia di un particolare interesse meritevole di tutela del prestatore di lavoro, ma solo il suo consenso poteva legittimare l'adibizione a compiti diversi eccedenti i confini dell'equivalenza.

Nel tempo sono emersi tre differenti orientamenti che ammettevano, con sfumature diverse, la validità dei patti contrari:

¹³⁹ Cass., 17 aprile 1996, n. 3640.

¹⁴⁰ Cass., 12 gennaio 1984, n. 266.

1. Il primo filone li riteneva validi se stipulati in risposta alla sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore. Gli interpreti seguirono però due strade diverse.

La prima aveva l'obiettivo di proteggere un interesse fondamentale e costituzionalmente garantito e cioè quello alla salute (32 Cost.), anche a scapito della tutela della professionalità, protetta dall'art. 2103 c.c. *post* Statuto¹⁴¹.

La seconda alternativa, più pregiata, riteneva che per valutare l'equivalenza si dovesse equiparare la professionalità posseduta nel momento in cui sopraggiungeva l'inidoneità fisica con quella esercitata in quel momento. In questo caso la discrepanza era evidente poiché le attitudini professionali del lavoratore mutate *in pejus* non giustificavano l'adibizione alle mansioni svolte prima della sopravvenuta inidoneità; la successiva adibizione a mansioni di carattere inferiore non comportava pertanto una dequalificazione professionale, poiché la professionalità non veniva compromessa¹⁴². Questa ultima tesi incontrava però un limite abbastanza rilevante poiché il concetto di equivalenza, oltre che essere ricollegato all'idoneità psico-fisica del dipendente allo svolgimento dell'attività lavorativa, è influenzato anche da altri e diversi parametri correlati a dati di tipicità ambientale¹⁴³.

Emblematica e divenuta "di scuola" è infine la sentenza della Corte di Cassazione n. 266 del 12 gennaio 1984 che proponeva la tesi del "male minore". Il prestatore poteva infatti essere facilmente licenziato per giustificato motivo oggettivo (in base all'art. 3 della legge n. 604/1966) qualora vi fosse una sorta di incompatibilità tra prestatore e impresa, ma la Corte in questo caso ammetteva la validità di un accordo tra le parti di modifica delle mansioni in via peggiorativa, con lo scopo di evitare la risoluzione del rapporto, prevedendo una sorta di obbligo di *repêchage* in capo al datore di lavoro.

[/]11

¹⁴¹ A titolo esemplificativo si veda Cass., 4 maggio 1987, n. 4142. C'era chi poi prevedeva che la sopravvenuta inidoneità fisica dovesse essere oggetto di verifica tramite un procedimento di carattere amministrativo a norma dell'art. 5 dello Statuto (PESSI, Accertamento dell'idoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali e legittimità del patto modificativo in pejus delle stesse, Rivista di diritto del lavoro, II/1978). Questa soluzione ad alcuni non appariva convincente, poiché non era sorretta da nessuna previsione normativa (LISO, La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale, Milano, Franco Angeli Editore, 1992, nota piè di pag. n. 88 pag. 189).

¹⁴² DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, Jovene, 1976, nota piè di pag. n. 135 pag. 232-233.

¹⁴³ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, pag. 201.

Per quanto riguarda il trattamento retributivo, infine, non valeva il limite dell'irriducibilità della retribuzione, ammettendo quindi un successivo riproporzionamento tra le parti¹⁴⁴.

- 2. Il secondo orientamento sosteneva la validità dei suddetti patti se conclusi nell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto. A parere della dottrina¹⁴⁵, il Legislatore non intendeva vietare ogni patto contrario, ma solamente quelli emanati esclusivamente per ottenere interessi del datore di lavoro non realizzabili attraverso il rispetto del potere di *Jus Variandi*. Nel patto dovevano essere quindi previste, per sfuggire alla nullità, condizione più vantaggiose per il dipendente rispetto alle precedenti¹⁴⁶.
- 3. Il terzo e più recente orientamento ammetteva la validità dei patti nei casi in cui la modificazione delle mansioni fosse disposta per volere e su richiesta del lavoratore, con l'unico obiettivo di soddisfare una propria necessità e senza che ciò avvenisse attraverso pressioni da parte del datore di lavoro¹⁴⁷.

Nella maggioranza dei casi e soprattutto nei primi anni successivi all'entrata in vigore dello Statuto, la Corte ha però preferito adottare una lettura "rigida" della norma, anche se poi è stata più volte costretta a introdurre eccezioni sulla base delle peculiarità dei casi concreti. Tuttavia avrebbe avuto realmente senso adottare la tesi "rigida" soltanto se il mercato del lavoro fosse stato in grado di garantire la professionalità dei lavoratori anche dopo la risoluzione del rapporto.

2.2.6.3. Ipotesi di legittimo demansionamento introdotte dal Legislatore

Il Legislatore escludeva in linea di massima la mobilità verso il basso, ma ha introdotto nel corso del tempo alcune ipotesi tassative in cui era consentito stipulare patti in deroga alla disciplina, ipotesi ancora valide anche a seguito delle modifiche apportate dal *Jobs Act* nel

¹⁴⁴ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pagg. 244-245.

¹⁴⁵ LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, Franco Angeli Editore, 1992, pagg. 185 e ss.

¹⁴⁶ PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, Rivista di diritto del lavoro, I/1971, pagg. 21-22.

¹⁴⁷ Cass., 29 maggio 1993, n. 5693.

2015. Tali eccezioni sono raggruppabili in due sottogruppi, a seconda del "bene" oggetto di tutela:

- 1. In relazione alle condizioni personali dei lavoratori;
- 2. in relazione alle esigenze dell'impresa.

Nella prima categoria rientrano le tutele per le lavoratrici in gravidanza, per i lavoratori invalidi e per i lavoratori inidonei alle mansioni svolte.

L'art. 3 della L. 30 novembre 1971 n. 1204 prima e l'art. 7 del D.Lgs. 26 marzo 2001 n. 151 poi prevedono che le lavoratrici in gravidanza possano essere temporaneamente adibite a mansioni diverse rispetto a quelle esercitate, qualora quelle di provenienza risultino potenzialmente rischiose. Le lavoratrici devono essere quindi ricollocate ad attività diversa non pregiudizievole alla salute, equivalente o in mancanza superiore o inferiore, prevedendo in questo ultimo caso il mantenimento dello stesso trattamento retributivo goduto in precedenza. Nel caso di adibizione a mansioni equivalenti o superiori invece «si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300»¹⁴⁸ e quindi ammettendo la regola della c.d. promozione automatica nel caso in cui l'assegnazione avvenga per un periodo superiore a quanto stabilito dalla legge o dalla contrattazione¹⁴⁹. Qualora poi la lavoratrice non possa essere spostata, per motivi organizzativi, a mansioni differenti, la Legge dispone che il servizio ispettivo del Ministero del lavoro possa stabilire l'interdizione dal rapporto lavorativo per il periodo oggetto della tutela¹⁵⁰.

La L. 12 marzo 1999, n. 68¹⁵¹ all'art. 1, co. 7, all'art. 4, comma 4 e all'art. 10, co. 3 si occupa di fornire una tutela al lavoratore divenuto inabile allo svolgimento delle mansioni in seguito a infortunio, malattia o ad un aggravamento delle condizioni di salute. Egli non può essere licenziato per giustificato motivo nel caso in cui possa essere adibiti a mansioni equivalenti o, in mancanza, a mansioni inferiori, conservando tuttavia il trattamento economico più vantaggioso. Qualora però «non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati [..] presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità

¹⁴⁹ Tre mesi per lo Statuto e sei mesi dopo le modifiche apportate dal *Jobs Act*, se non previsto diversamente dalla contrattazione.

¹⁴⁸ Art. 7, co. 5, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

¹⁵⁰ La tutela della sicurezza e della salute delle lavoratrici, sia che comporti l'adibizione a mansioni diverse o l'interruzione del rapporto, è prevista per tutto il periodo di gravidanza e fino ai sette mesi di età del figlio (art. 6, co. 1, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151).

¹⁵¹ Con la suddetta Legge è stata superata la formulazione precedente, risalente all'art. 20, co. 3, della L. 2 aprile 1968, n. 482.

lavorative»¹⁵². Nel caso di aggravamento delle condizioni di salute invece «il disabile può chiedere che venga accertata la compatibilità delle mansioni a lui affidate con il proprio stato di salute» e lo stesso può fare il datore di lavoro per accertare l'idoneità alla continuazione del rapporto presso l'azienda. Qualora si riscontri una condizione di peggioramento incompatibile con la prosecuzione dell'attività di lavoro, il soggetto «ha diritto alla sospensione non retribuita del rapporto di lavoro fino a che l'incompatibilità persista»¹⁵³.

L'art. 42 del D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81¹⁵⁴ prevede poi l'adibizione dei lavoratori a mansioni equivalenti o, se mancanti, inferiori (conservando lo stesso trattamento retributivo) qualora il medico competente stabilisca un'inidoneità alla mansione specifica.

Nella seconda categoria, quella inerente alle esigenze dell'impresa, rientrano invece le deroghe previste dagli accordi sindacali e la deroga di carattere generale, stabilita dall'art. 1375 c.c., che disciplina l'obbligo di buona fede nell'adempimento del contratto.

L'art. 4, co. 11, L. 23 luglio 1991, n. 223, prevede che gli accordi sindacali che disciplinano il riassorbimento totale o parziale del personale eccedente possano prevedere, «anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte» (e cioè a mansioni equivalenti o inferiori) nel caso di realizzazione di un programma di cassa integrazione guadagni straordinaria. Lo stesso è stabilito anche nella fattispecie di riduzione del personale (art. 24, co. 1, L. n. 223/1991) connessa alla scelta di ridimensionare o di trasformare l'attività o il lavoro, attraverso un richiamo esplicito all'art. disciplinante il riassorbimento del personale in sovrannumero. Il Legislatore autorizza quindi il ricorso ad una serie di metodi alternativi alla riduzione del personale con l'ausilio della negoziazione delle organizzazioni sindacali che, durante le procedure di mobilità, possono prevedere, tra le altre cose, il reimpiego dei lavoratori a mansioni inferiori. La norma, al contrario di quelle analizzate in precedenza, non prevede l'irriducibilità della retribuzione e ciò perché lascia agli accordi sindacali il potere di negoziare le corrette condizioni retributive. La disposizione non ha però lo scopo, come potrebbe invece sembrare, di agevolare l'imprenditore, concedendogli una gestione più flessibile della forza lavoro, ma ha l'obiettivo

¹⁵² Art. 4, co. 4, L. 12 marzo 1999, n. 68.

¹⁵³ Art. 10, co. 3, L. 12 marzo 1999, n. 68.

¹⁵⁴ Tale decreto legislativo ha abrogato il D.Lgs. 15 agosto 1991, n. 277, che prevedeva l'allontanamento provvisorio del dipendente per motivi sanitari, con la possibilità di adibizione ad un altro posto, tra cui anche a mansioni inferiori con retribuzione corrispondente alle ultime mansioni svolte, essendo lo spostamento di carattere temporaneo.

di consentire la prosecuzione del rapporto lavorativo a discapito della possibilità di licenziamento, vista come *extrema ratio*. L'accordo sindacale quindi, se raggiunto, prevede una sorta di obbligo allargato di *repêchage* oltre i confini dell'equivalenza, spingendosi anche verso le mansioni inferiori.

Infine l'art. 8 del D.Lgs. n. 138/2011 permette alla contrattazione collettiva di prossimità (cioè aziendale o territoriale) di realizzare «specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività». Le intese possono riguardare, tra le altre cose, le mansioni, la classificazione e l'inquadramento dei lavoratori (art. 8, co. 2). La contrattazione quindi, rispetto alla formulazione statutaria dell'art. 2103 c.c., poteva operare in deroga sia al primo che al secondo comma, anche se la rigidità delle parti sociali e le incertezze interpretative sulla disposizione normativa non favorirono l'adozione di tale possibilità, tanto che si può ritenere che con la novella del 2015, che tra le altre cose prevede l'assegnazione a mansioni di inquadramento inferiore attraverso l'ausilio della contrattazione collettiva, vi sia stata un'implicita abrogazione della norma 155.

2.2.7. La tutela contro l'illegittimo mutamento delle mansioni

Il nostro ordinamento, in relazione all'illegittimo mutamento delle mansioni, permetteva e permette tuttora, anche a seguito della revisione apportata dal *Jobs Act*, un'ampia tutela attraverso numerosi strumenti tra cui la dichiarazione di nullità, la tutela cautelare o risarcitoria, la denuncia extragiudiziale e l'autotutela individuale conservativa.

Invece, contro al legittimo mutamento il lavoratore può esercitare o l'autotutela individuale conservativa, non accogliendo lo spostamento e così accettando di diventare inadempiente, con la possibilità però di incorrere in sanzioni disciplinari (tra cui il licenziamento), o estensiva e cioè presentando le dimissioni. Tale ultima opzione però non appare realistica poiché le dimissioni rappresentano un forte trauma per il dipendente, costretto a rinunciare alla retribuzione e al posto di lavoro, fonte di sostentamento per sé e per la propria famiglia.

67

¹⁵⁵ CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro Vol. II: il rapporto di lavoro subordinato, nona edizione*, Milano, Utet Giuridica, 2016.

Per la nullità non opera nessun termine d'impugnazione o di prescrizione dell'atto invalido. La prolungata inerzia del lavoratore di fronte alla dequalificazione professionale però, secondo una corrente dottrinale¹⁵⁶, può essere un elemento a svantaggio per il lavoratore ed incidere negativamente per esempio sul risarcimento del danno. Secondo parte della giurisprudenza¹⁵⁷, a seguito della dichiarazione di nullità, al lavoratore spetta solamente il risarcimento del danno; per altra parte¹⁵⁸ invece la nullità produce, non soltanto effetti risarcitori, ma anche ripristinatori della situazione precedente: il lavoratore può chiedere quindi una pronuncia di condanna per inadempimento con la conseguente reintegra nelle mansioni svolte in precedenza o in quelle equivalenti. Il nostro ordinamento non è però in grado di verificare se, a seguito della sentenza di condanna, il lavoratore è stato realmente reintegrato nelle mansioni precedenti (o equivalenti).

La modifica delle mansioni può comportare danni che vanno anche al di là di quelli meramente patrimoniali, ponendo in serio pericolo beni fondamentali in capo al lavoratore quali la professionalità, la dignità, l'immagine e l'integrità psico-fisica. Attraverso lo strumento dell'autotutela individuale viene concessa la possibilità al lavoratore di rifiutarsi di adempiere alla prestazione assegnata fino all'esito del giudizio. Al fine di escludere qualunque colpa in capo al prestatore (allontanando l'eventualità di un licenziamento), nell'ipotesi in cui fosse ritenuto legittimo il mutamento delle mansioni, egli ha anche la possibilità di richiedere l'autotutela cautelare d'urgenza in base all'art. 700 c.p.c., sospendendo in via provvisoria gli effetti giuridici collegati all'invalida modifica delle mansioni, in attesa della sentenza dichiarativa di nullità. Qualora però fosse accertata la regolarità della modifica, il prestatore deve restituire le somme ricevute, anche se percepite in esecuzione della tutela cautelare (art. 669 novies c.p.c.)¹⁵⁹.

Infine, qualora la modifica alle mansioni fosse legittima e il lavoratore si rifiutasse di eseguire lo spostamento, il datore di lavoro, in virtù del proprio potere direttivo, potrebbe impartire al dipendente una sanzione disciplinare per inosservanza degli obblighi contrattuali,

¹⁵⁶ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pagg. 244 e ss.

¹⁵⁷ Cass., 7 dicembre 1991, n. 13187.

¹⁵⁸ Trib. Ferrara, 1 giugno 1993.

¹⁵⁹ PISANI, *Mansioni del lavoratore* in (a cura di) CAGNASSO, VALLEBONA, *Commentario del Codice Civile*, UTET, Torino, 2013, pagg. 187-190.

ricorrendo anche gli estremi per un atto di insubordinazione giustificativo del licenziamento¹⁶⁰.

Per quanto riguarda il trasferimento, i rimedi non differiscono da quelli previsti sovraesposti. In questo caso l'autotutela cautelare d'urgenza ha però un'efficacia maggiore, poiché la sospensione degli effetti dell'illegittimo trasferimento è di per sé idonea a rimuovere i pregiudizi a beni fondamentali quali la salute, i rapporti sociali e familiari, provocati dallo "sradicamento" del lavoratore. Adottando questo istituto il prestatore non è quindi tenuto a svolgere il proprio lavoro in un'altra e diversa unità produttiva.

2.2.7.1. Il risarcimento del danno

Il danno da dequalificazione va distinto in danno patrimoniale e non patrimoniale: nel primo caso il danno provocato è diretta conseguenza del pregiudizio derivante «dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, ovvero nel pregiudizio subito per perdita di *chance*, ossia di ulteriori possibilità di guadagno»¹⁶¹ e cioè alla perdita di professionalità intesa come "saper fare"; il danno non patrimoniale invece riguarda «le lesioni di interessi inerenti la persona non connotati da rilevanza economica»¹⁶².

La sentenza della Cassazione a Sezioni Unite n. 26972/2008 ha stabilito che il danno non patrimoniale rappresenta una categoria ampia e onnicomprensiva, sostituendo così tutte quelle autonome sottocategorie che la giurisprudenza aveva individuato in precedenza. La sentenza ha poi chiarito che i danni non patrimoniali risarcibili sono solamente quelli costituzionalmente rilevanti, dovendosi di conseguenza escludere quei pregiudizi non seri e futili ricollegati a ansie, fastidi o disagi, più volte ricompresi dalla giurisprudenza di merito.

All'interno della categoria onnicomprensiva vi rientrano:

 Il danno esistenziale, suddiviso in danno generico, se derivante da una lesione alla vita privata del dipendente, e in danno specifico se il lavoratore è stato vittima di mortificazione, frustrazione personale o dal deterioramento della sua immagine professionale, intesa come posizione raggiunta all'interno dell'organizzazione;

¹⁶⁰ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, Giuffrè Editore, 1997, cit. pagg. 279-280.

¹⁶¹ Cass. S.U., 24 marzo 2006, n. 6572.

¹⁶² Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26975.

- 2. il danno biologico (comprensivo anche di quello psichico);
- 3. il danno ricollegato alla compromissione delle aspettative di accrescimento della professionalità del lavoratore.

Affinché venga accettata la domanda risarcitoria è necessaria la contestuale presenza di tre elementi: la sussistenza dell'illecito, l'esistenza di prove che attestino il danno e il nesso causale tra quest'ultimo e l'illegittima modificazione delle mansioni addebitabile al datore di lavoro.

Il risarcimento ha funzione riparatoria e non punitiva, perciò non è detto che la dequalificazione provochi necessariamente una lesione all'individuo ed è proprio per questo motivo che è da escludersi l'esistenza di un danno *in re ipsa*, negando quindi la presenza nel nostro ordinamento di una lesione di per sé considerata, senza la necessità di prove giustificative¹⁶³. Per ottenere il risarcimento, nel caso di danno professionale, occorrono dunque prove che testimonino il sussistersi di un impoverimento della capacità professionale acquisita o acquisibile dal lavoratore. Nel caso invece di un danno biologico (o psicofisico), le prove apportate dovranno evidenziare una avvenuta lesione dell'integrità psico-fisica del soggetto, di norma attraverso un accertamento medico-legale. Le prove possono essere anche di tipo presuntivo, purché siano gravi precise e concordanti¹⁶⁴. La giurisprudenza e la dottrina hanno individuato alcune situazioni valevoli come prova presuntiva e cioè per esempio «la qualità e la quantità dell'attività di lavoro svolta, il tipo e la natura della professionalità coinvolta, la durata e gravità del demansionamento»¹⁶⁵. È necessaria poi un'analisi globale di tutti gli elementi presuntivi, poiché un loro isolamento farebbe venir meno i requisiti della gravità e della concordanza¹⁶⁶.

Per quanto riguarda la quantificazione del danno patrimoniale il criterio adoperato in prevalenza dalla giurisprudenza è quello di parametrare una percentuale della retribuzione alla durata e alla gravità della dequalificazione: pertanto quando il demansionamento è particolarmente grave e duraturo il risarcimento corrisponderà all'intera retribuzione,

¹⁶³ Cass. S.U., 24 marzo 2006, n. 6572.

¹⁶⁴ Art. 2729 c.c.

¹⁶⁵ PISANI, *Mansioni del lavoratore* in (a cura di) CAGNASSO, VALLEBONA, *Commentario del Codice Civile*, UTET, Torino, 2013, cit. pag. 197.

¹⁶⁶ PISANI, *Mansioni del lavoratore* in (a cura di) CAGNASSO, VALLEBONA, *Commentario del Codice Civile*, UTET, Torino, 2013, pag. 197.

riducendosi poi con il decrescere della gravità e della durata¹⁶⁷. Il danno non patrimoniale invece è difficilmente commisurabile con esattezza, ma si procederà ad una sua stima, ricorrendo anche a prove presuntive, in via equitativa¹⁶⁸.

Con una sentenza¹⁶⁹ depositata pochi giorni prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015 che ha riformulato la disciplina delle mansioni, la Suprema Corte, dopo aver ribadito quanto in precedenza affermato dalla giurisprudenza, stabilisce che il danno può essere stimato anche tenendo conto «della qualità e della quantità dell'esperienza lavorativa pregressa, del tipo di professionalità colpita, della durata del demansionamento, dell'esito finale della dequalificazione e delle altre circostanze del caso concreto». Ella poi, dopo aver messo in risalto l'evidente discrepanza nella fattispecie tra le vecchie e le nuove mansioni, afferma l'esistenza di una sorta di danno molto vicino a quello in re ipsa, poiché la lavoratrice è stata oggetto di una lesione così rilevante, soprattutto dal punto di vista temporale, da non permetterle il «quotidiano diritto di professionalizzarsi lavorando». Il danno quindi non necessita di prove, in quanto la dipendente non disponeva della possibilità di impiegare quotidianamente per un lasso di tempo molto lungo il proprio bagaglio professionale. Quello analizzato è una sorta di caso limite che quindi riduce la portata di quanto affermato dalla Corte, poiché non appare possibile adottare tale conclusione anche nei casi in cui la dequalificazione risulta essere più contenuta, considerato il totale svuotamento, nella fattispecie, della professionalità dell'individuo¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Cass., 13 maggio 2004, n. 2024.

¹⁶⁸ Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26975.

¹⁶⁹ Cass., 12 giugno 2015, n. 12253.

¹⁷⁰ GARGIULO, *Se il danno da demansionamento (è quasi) in re ipsa*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 4/2015, pagg. 1004 e ss.

- CAPITOLO 3 -

Il "nuovo" art. 2103 c.c. in seguito alle modifiche apportate dall'art. 3 D.Lgs. n. 81/2015

3.1. Il contesto socio-economico della nuova disciplina

Il mondo del lavoro è oggetto in questi ultimi anni di un'importante trasformazione causata da numerosi fattori che ne influenzano in modo più o meno marcato le dinamiche: la crisi economica e sociale, la globalizzazione, la competizione internazionale e in particolar modo la continua e crescente spinta innovativa provocano la necessità di apportare veloci e continui cambiamenti organizzativi per rispondere alle esigenze del rinnovato panorama socioeconomico. L'innovazione, in particolare quella tecnologica, causa infatti radicali trasformazioni nell'organizzazione aziendale, produttiva e della forza lavoro influenzando anche il rapporto lavorativo stipulato tra dipendente e datore di lavoro, il quale si discosta sempre di più dal modello taylorista-fordista alla base dello Statuto dei diritti dei lavoratori. La tecnologia ha reso infatti obsolete le vecchie mansioni e, per non incorrere nel baratro della disoccupazione, è indispensabile la realizzazione di ristrutturazioni e riorganizzazioni organizzative, nonché la nascita di nuovi mestieri e professioni. In questo diverso contesto lavorativo mutano anche le competenze richieste ai lavoratori, i quali oggi devono essere dotati di un atteggiamento diverso rispetto al passato, dal momento che viene chiesto loro di possedere non solo le specifiche capacità tecniche e professionali necessarie allo svolgimento dei compiti concordati, ma anche competenze trasversali, ampie e diversificate. Inoltre, cresce anche la rilevanza delle soft skills e cioè di tutte quelle competenze trasversali come la creatività, la capacità di *problem solving*, di *leadership*, di saper lavorare in gruppo, ecc. ¹⁷¹.

Si frantumano quindi le figure professionali tipiche ed emerge la necessità di trovare un nuovo punto d'incontro tra le esigenze dell'impresa e la tutela dei lavoratori, stavolta però all'insegna di una maggior flessibilità organizzativa. È per l'appunto questo l'obiettivo del *Jobs*

¹⁷¹ BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Argomenti di diritto del lavoro, 6/2015, pagg. 1155-1156.

Act¹⁷² emanato dal Governo Renzi, ovvero quello di agire non solo agli estremi del rapporto di lavoro (assunzione e licenziamento) come si è prevalentemente fatto fino ad ora, ma anche al "centro" e cioè intervenendo nella mobilità endoaziendale. Ciò attraverso l'introduzione della nuova disciplina delle mansioni contenuta all'interno dell'art. 3, co. 1, D.Lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, il quale sostituisce totalmente quanto stabilito fino a quel momento dall'art. 2103 c.c. così come modificato dall'art. 13 dello Statuto nel '70.

3.2. Le differenze con la precedente normativa

Il suddetto art. 3, co. 1, sostituisce il previgente art. 2103 c.c., formato soltanto da 2 commi, con una disposizione costituita da ben 9 commi, «a conferma della circostanza che semplificare (l'imperativo che aleggia nelle politiche del lavoro del Governo Renzi) a volte fa rima con allungare»¹⁷³.

La formulazione *pre* modifica, cioè quella risalente all'art. 13 dello Statuto, presentava alcuni punti deboli, resosi fin da subito evidenti fin dalla vigilia della riforma, uno tra tutti il parametro dell'equivalenza: in determinate circostanze infatti era difficile, senonché impossibile, effettuare una comparazione tra le vecchie e le nuove mansioni a cui il dipendente era stato adibito e ciò soprattutto attorno agli anni '80, considerata la diffusione delle prime tecnologie informatiche e telematiche e l'introduzione di modelli organizzativi flessibili. Nel valutare l'equivalenza si è cercato poi in alcuni casi di discostarsi dalle mansioni di assunzione come parametro di raffronto, valorizzando la professionalità potenziale del lavoratore e cioè il suo "saper fare". In altri casi invece, la giurisprudenza prima e in seguito anche la legge, iniziarono a ritenere legittimi anche quei mutamenti mansionistici che non rispettavano il parametro dell'equivalenza (e cioè appartenenti a un inquadramento inferiore) con l'obiettivo di salvaguardare il posto di lavoro del singolo da un eventuale licenziamento o di preservarne la salute, ecc.¹⁷⁴. Nonostante queste deroghe, rimanevano presenti i limiti determinati dal garantismo individuale¹⁷⁵, riducibili soltanto attraverso un intervento delle

¹⁷² Riforma varata tra il 2014 e il 2015 attraverso diversi decreti legislativi.

¹⁷³ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in CARINCI (a cura di), *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi,* E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, cit. pag. 38.

¹⁷⁴ V. par. 2.2.6. e in particolare par. 2.2.6.3.

¹⁷⁵ Tendenza della contrattazione collettiva a predisporre soluzioni normative a protezione dei lavoratori. Al contrario invece per garantismo collettivo s'intende quell'orientamento che predilige

autonomie collettive, rappresentanze in grado di allineare l'interesse dell'organizzazione aziendale alla tutela della professionalità¹⁷⁶.

Il Legislatore riprende inoltre quella che era la denominazione originariamente prevista dal Codice Civile e cioè «Prestazione del lavoro», abbandonando la formulazione *post* Statuto «Mansioni del lavoratore». Alla luce di questa variazione, appare evidente la volontà della Legge di ricollocare la normativa delle mansioni all'interno del Libro V del Codice Civile, connaturato da una visione fondata non solo sullo scambio, ma anche sul contratto di lavoro, il quale concede una serie di poteri più ampi a una delle parti, e cioè al datore di lavoro, non riscontrabili all'interno della disciplina dei contratti (normati al Libro IV). Il "nuovo" art. 2103 c.c. infatti conferisce all'imprenditore un peculiare ruolo di comando, autorità e supremazia. La revisione apportata dallo Statuto aveva invece ampliato le tutele concesse al lavoratore, in quanto la collocazione al titolo I (rubricato «Libertà e dignità del lavoratore») dell'art. 13 aveva favorito l'interpretazione secondo la quale il bene giuridico oggetto di tutela, garantito dal principio dell'equivalenza, fosse la dignità professionale del lavoratore¹⁷⁷. Appare pertanto evidente che oggi la tutela del lavoratore, soggetto economicamente più debole, lasci il posto ad esigenze di flessibilità organizzativa e quindi ad una logica strettamente economica.

Le differenze tra la vecchia e la nuova¹⁷⁸ formulazione dell'art. 2103 c.c. sono riassumibili nei seguenti quattro punti:

forme regolamentative più flessibili con l'obiettivo di tutelare l'occupazione, al fine di garantire esigenze ritenute più rilevanti in capo ai lavoratori.

¹⁷⁶ GARILLI, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 130-133.

¹⁷⁷ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in CARINCI (a cura di), *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi,* E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 38-39.

¹⁷⁸ «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.

^{2.} In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale.

^{3.} Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

^{4.} Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.

^{5.} Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del

- con riferimento alla mobilità orizzontale, non opera più il criterio dell'equivalenza delle mansioni, poiché ora il lavoratore può essere adibito a tutte quelle mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale d'inquadramento delle ultime effettivamente svolte (co. 1). In questo modo viene superata la staticità professionale che in precedenza limitava il datore di lavoro nell'assegnazione dei compiti, permettendo inoltre ai dipendenti di acquisire nuove competenze e capacità professionali;
- 2. una seconda importante differenza consiste nell'adibizione a mansioni di livello inferiore. In precedenza il lavoratore non poteva essere adibito a mansioni inferiori, pena la nullità del provvedimento, a parte in quei casi esplicitamente previsti dalla legge o dalla giurisprudenza. Ora, oltre alle deroghe mantenute anche a seguito della novella legislativa, il lavoratore può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore nel caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione lavorativa (co. 2) e nel caso in cui lo preveda la contrattazione collettiva (co. 4). Infine è possibile stipulare accordi individuali presso le sedi protette che possono modificare le mansioni, la categoria legale, il livello d'inquadramento e la relativa retribuzione (co. 6). Nei primi due casi il trattamento economico non cambia, al di fuori di quegli elementi retributivi collegati a specifiche modalità di esecuzione della prestazione di lavoro (co. 5), mentre nel terzo può essere modificata anche la retribuzione;

trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

^{6.} Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

^{7.} Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

^{8.} Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

^{9.} Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo».

- 3. per quanto riguarda l'assegnazione a mansioni superiori ora il lavoratore, a meno che essa non avvenga per sostituire un collega in servizio, ha diritto ad acquisire la definitività delle mansioni superiori trascorso il periodo di tempo disposto dalla contrattazione oppure, in mancanza, dopo sei mesi «continuativi» e non più dopo tre mesi, come previsto dalla precedente formulazione;
- 4. permane la nullità di qualsiasi patto contrario alla disciplina legale (co. 9), anche se ora ha un valore residuale alla luce delle deroghe espresse introdotte direttamente dal Legislatore al secondo, quarto e sesto comma.

È infine da chiedersi se la nuova disciplina sia o meno retroattiva, data l'assenza di norme transitorie. È abbastanza pacifico che la norma trovi applicazione anche ai rapporti lavorativi già attivi alla data di entrata in vigore del decreto delegato (25 giugno 2015). Invece, con riferimento alla data di adozione del provvedimento di adibizione a mansioni diverse e la corretta normativa da applicare (pre o post modifica), la giurisprudenza di merito ha assunto nelle sue prime pronunce posizioni differenti: per esempio il Tribunale di Ravenna¹⁷⁹ ha stabilito che il fattore discriminante tra l'applicazione della vecchia normativa e quella rinnovata dal D.Lgs. 81/2015 è da ricercarsi nella data di adozione del provvedimento datoriale; il Tribunale di Roma¹⁸⁰ accoglie invece l'interpretazione radicalmente opposta e sostiene, con riferimento alle ipotesi di demansionamento, che esso debba essere valutato in relazione alle norme legali e contrattuali in vigore giorno per giorno, costituendo «un illecito "permanente" [che] si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli avrebbe diritto di svolgere». Pertanto, seguendo questa logica, l'assegnazione a determinate mansioni potrebbe essere illegittima un giorno, ma non esserlo più il giorno seguente. Appare preferibile la seconda alternativa, poiché, trattandosi di un illecito "permanente", viene punita la continuità nel comportamento del responsabile, derivante dal protrarsi nel tempo di un'offesa volontaria a cui egli poteva porre fine¹⁸¹. Tale discrasia è ascrivibile all'assenza di una normativa transitoria che regoli quelle ipotesi d'illegittima adibizione avvenute prima dell'avvento della nuova disciplina, ma perdurate anche dopo la sua introduzione.

¹⁷⁹ Trib. Ravenna, 30 settembre 2015.

¹⁸⁰ Trib. Roma, 30 settembre 2015.

¹⁸¹ NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 4/2015, pag. 1055.

3.3. <u>Il rapporto tra la legge delega e la legge delegata</u>

L'art. 3, D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81, che sostituisce il previgente art. 2103 c.c. risalente allo Statuto del '70, è stato formulato dal Governo Renzi in attuazione dell'art. 1, co. 7, lett. e), Legge delega 10 dicembre 2014, n. 183.

Una legge di delegazione deve contenere, a norma degli artt. 76 e 77 Cost., i principi e i criteri direttivi, il termine temporale all'interno del quale il Governo deve emanare il decreto e l'oggetto definito dell'intervento normativo. I principi e i criteri direttivi sono da ricercarsi nella finalità di «rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l'attività ispettiva» 182. Riguardo alle tempistiche, la legge prescrive che il Governo debba emanare il decreto entro sei mesi dall'entrata in vigore dalla legge delega. In merito all'oggetto invece la legge prevede, alla lettera e), che la revisione della disciplina delle mansioni debba avvenire in via principale attraverso il decreto delegato e in via integrativa tramite un rinvio alla contrattazione collettiva.

Al primo periodo la legge delega stabilisce che il decreto delegato debba operare la revisione della materia nel rispetto di alcune presupposti:

- l'esistenza di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale oggettivamente individuabili;
- l'esistenza di un interesse dell'impresa a un corretto utilizzo del personale dipendente;
- la tutela dei lavoratori in relazione al posto di lavoro, alla loro personalità e alle loro condizioni di vita ed economiche;
- coesistenza degli interessi dell'impresa e della tutela dei lavoratori.

Al secondo periodo, in via integrativa, anche le autonomie collettive possono individuare, con le organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale, altre ipotesi oltre a quelle previste al primo periodo.

Con riferimento al primo periodo, parte della dottrina¹⁸³ è convinta che il nuovo art. 2103 c.c. osti di un eccesso di delega: difetta infatti del presupposto della sussistenza di processi di

¹⁸² Art. 1, co. 7, L. 10 dicembre 2014, n. 183.

¹⁸³ Opinione condivisa da F. Liso (Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015), da L. De Angelis (DE

riorganizzazione, ristrutturazione o conversione¹⁸⁴ e della contemperazione dei contrapposti interessi dell'impresa e dei lavoratori. Il decreto delegato estende infatti eccessivamente quanto affermato dal delegante, anziché definirlo e delimitarlo, effettuando peraltro una completa riscrittura della disposizione. Altra parte della dottrina¹⁸⁵ sostiene invece che non vi sia alcun eccesso di delega, in quanto la nuova normativa è coerente con quanto stabilito dai criteri direttivi e poiché il Governo ha il diritto di disporre di una certa discrezionalità nella delineazione della legge delegata. Questa infatti, nonostante debba necessariamente attenersi ai caratteri direttivi prescritti dalla legge delegante, dispone di un margine di discrezionalità che le consente di introdurre soluzioni innovative.

Con riferimento al secondo periodo invece, e cioè in merito ai poteri concessi alla contrattazione collettiva dalla legge di delegazione, per alcuni¹⁸⁶ ci si troverebbe di fronte ad una sorta di delega "in bianco", poiché alle autonomie collettive viene conferito il potere di individuare nuove ipotesi senza però specificare quali debbano essere i criteri a cui attenersi. Neppure il Legislatore delegato si è preoccupato, con l'emanazione della legge delegata, di individuare tali criteri: al quarto comma dell'art. 2103 c.c. viene infatti quasi pedissequamente ripreso quanto contenuto al secondo periodo dell'art. 1, co. 7, lettera e). Questo rinvio "in bianco" a soggetti privi di personalità giuridica appare per alcuni¹⁸⁷ anticostituzionale, «non potendo alcun atto normativo (sia di produzione parlamentare che governativa), prevedere un rimando così generico ad una fonte extra normativa al fine di disciplinare aspetti essenziali in materia di diritto del lavoro». Inoltre, secondo A. Vallebona¹⁸⁸ le attuali organizzazioni sindacali tutelano soltanto gli interessi dei lavoratori e non della collettività e pertanto non

ANGELIS, Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015) e da U. Gargiulo (GARGIULO, Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ., WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 6).

¹⁸⁴ Nella delega stessa mancavano peraltro i parametri oggettivi per l'individuazione dei processi organizzativi di modifica aziendale alla base del mutamento delle mansioni.

¹⁸⁵CARNOVALE, *Profili di costituzionalità della nuova disciplina dello Jus Variandi* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 42-45.

¹⁸⁶ CARNOVALE, *Profili di costituzionalità della nuova disciplina dello Jus Variandi* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 45-47.

¹⁸⁷ CARNOVALE, *Profili di costituzionalità della nuova disciplina dello Jus Variandi* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 45-46.

¹⁸⁸ VALLEBONA, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1/2016, pagg. 6 e ss.

possono predisporre discipline che incidano sulla posizione dei lavoratori. È invece il Legislatore a rappresentare l'intera collettività e ad assicurare una parità di trattamento tra i vari soggetti coinvolti, garantendo di conseguenza la dignità dei lavoratori sancita all'art. 3 Cost..

Sono stati avanzati dubbi di incostituzionalità anche in relazione al primo comma del novellato art. 2103 c.c.¹⁸⁹, il quale, in relazione all'esercizio del potere di *Jus Variandi*, ammette lo spostamento a mansioni riconducibili allo stesso livello d'inquadramento delle ultime svolte. Qualora le nuove mansioni non rispettino la professionalità in possesso e quindi il "bagaglio professionale" acquisito, potrebbero sorgere problemi d'incostituzionalità, poiché la dignità del lavoratore è un bene esplicitamente protetto dalla Costituzione (artt. 2, 3, 35, 41 Cost.). Il Legislatore a tal proposito, ha previsto al terzo comma che la modificazione delle mansioni debba essere accompagnata, se ritenuto necessario, dall'assolvimento di un obbligo formativo, anche se il suo mancato adempimento non comporta la nullità dell'assegnazione alle nuove mansioni. Pertanto il lavoratore deve in ogni caso svolgere i nuovi compiti assegnati, potendo al limite beneficiare di un risarcimento del danno. Tale previsione, con riferimento alla questione in analisi, non rappresenta un pretesto concesso al lavoratore per accrescere la propria professionalità, ma piuttosto un artificio per dissuadere l'interprete da censure d'illegittimità: infatti se le nuove mansioni sono molto diverse da quelle precedentemente svolte, egli non può essere obbligato a conseguire un'altra e diversa professionalità, al di fuori dal caso previsto al sesto comma in cui le parti si accordano in una sede protetta (co. 6).

Alcuni autori¹⁹⁰ sostengono poi che il criterio dell'equivalenza non sia stato completamente superato, poiché, nei casi di spostamenti non contenuti tra le ipotesi previste dai contratti collettivi, il Giudice deve comunque utilizzare un criterio di valutazione per misurare la comparabilità tra le vecchie e le nuove mansioni. Tuttavia, anche quando l'ipotesi è contemplata dalla contrattazione, l'interprete deve verificare che le nuove mansioni «corrispondano alla specifica competenza tecnica del dipendente, ne salvaguardino il livello

¹⁸⁹ VALLEBONA, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1/2016, pagg. 6 e ss.

¹⁹⁰ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pagg. 3-5; CARNOVALE, *Profili di costituzionalità della nuova disciplina dello Jus Variandi* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 47-50.

professionale, non lo danneggino altrimenti nell'ambito del settore o socialmente, e siano comunque tali da consentire l'utilizzazione del patrimonio di esperienza lavorativa acquisita nella pregressa fase del rapporto»¹⁹¹. In pratica «il principio di equivalenza che, accompagnato poco garbatamente alla porta dal Legislatore, è destinato a rientrare di prepotenza dalla finestra del giudice»¹⁹².

Parte della dottrina¹⁹³, tralasciando le problematiche analizzate, fornì un'interpretazione costituzionalmente orientata sulla base dei criteri direttivi emanati dalla delega. A loro parere il lavoratore non potrà essere assegnato a mansioni di livello inferiore per qualsiasi mutamento organizzativo, ma soltanto quando gli interessi dell'impresa e dei lavoratori risultino essere correttamente contemperati. In questo modo verrebbe pertanto valorizzato l'obiettivo di rafforzare le opportunità d'ingresso nel mondo del lavoro e di riordinarne i contratti, rendendo coerente la flessibilità gestionale in capo al datore di lavoro con gli obiettivi di incremento occupazionale e di maggior competitività delle imprese e ciò perché il diritto del lavoro non può essere concepito soltanto sotto una dimensione di efficienza economica, ma anche di equità e di giustizia sociale. G. Ianniruberto 194, partendo da questa riflessione, afferma che la legge delega tiene conto da una parte delle esigenze del datore di lavoro e dall'altra di quelle dei lavoratori al mantenimento del posto e della professionalità pregressa, abilitando poi il Legislatore delegato alla revisione della disciplina soltanto nei casi di riorganizzazioni, ristrutturazioni e conversioni aziendali. Perciò, ogni soluzione contraria adottata in sede delegata che prescinde da questi elementi, indipendentemente se adottata dalla legge o dalla contrattazione, non corrisponde al fine che il Parlamento in sede di stesura della legge delega si era prefissato e quindi rappresenta una sua mancata attuazione.

¹⁹¹ Cass. 17 luglio 1998, n. 7040.

¹⁹² GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, cit. pag. 4.

¹⁹³ AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel D.Lgs. n. 81 del 2015*, Diritti Lavori Mercati, 3/2015, pagg. 494-495; GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015.

¹⁹⁴ IANNIRUBERTO, *Il mutamento di mansioni nel D.Lgs. 81/2015*, Il diritto del mercato del lavoro, 3/2016, pagg. 540-541.

3.4. <u>La mobilità orizzontale</u>

Il Legislatore al primo comma del nuovo art. 2103 c.c. ha riprodotto quasi fedelmente la formulazione precedente della disposizione, stabilendo che il lavoratore debba essere adibito alle mansioni di assunzione, ribadendo pertanto il principio di contrattualità. Come già più volte affermato¹⁹⁵, le mansioni di assunzione sono quelle individuate dal contratto individuale di lavoro, il quale può però anche semplicemente contenere un rimando alle declaratorie previste dai contratti collettivi di riferimento. L'unica differenza con la formulazione dello Statuto è sul piano letterale, poiché la norma ora si riferisce al lavoratore e non al vetusto prestatore di lavoro.

Il lavoratore poi, oltre alle mansioni per le quali è stato assunto, come previsto anche nella precedente disposizione, deve essere adibito all'inquadramento superiore successivamente acquisito oppure, ed è qui che si rinviene una delle novità più significative della nuova formulazione, «a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte».

3.4.1. Il nuovo criterio del livello e categoria legale d'inquadramento

Con la riscrittura della norma, operata dal D.Lgs. n. 81/2015, scompare definitivamente il criterio dell'equivalenza come parametro di raffronto per l'esercizio della mobilità orizzontale, anche se per alcuni tale criterio deve ancora necessariamente trovare applicazione da parte del Giudice per valutare la comparabilità tra le vecchie e le nuove mansioni¹⁹⁶. Scompare anche la garanzia retributiva («senza alcuna diminuzione della retribuzione») presente nella precedente formulazione della norma.

La novella normativa ha l'obiettivo di semplificare le operazioni di mobilità orizzontale, rendendola «meccanica, prevedibile e gestibile», anche se in realtà, come avremo modo di analizzare in seguito, «l'applicazione della norma nell'attuale mercato delle qualifiche

¹⁹⁵ V. par 2.2.2.

¹⁹⁶ Uno su tutti U. Gargiulo in GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pagg. 3-5; V. par. 3.3.

potrebbe alimentare per gli operatori nuove difficoltà dato il rischio di uno "scollamento" tra regola e realtà»¹⁹⁷.

Vi è un doppio termine di raffronto al fine di regolare gli spostamenti orizzontali:

- uno "esterno" poiché, al fine di individuare la corretta categoria e livello d'inquadramento per l'esercizio dello Jus Variandi, sarà necessario, come in passato, confrontare le mansioni di destinazione con le «ultime effettivamente svolte»;
- 2. uno "interno", diverso rispetto a quello previsto prima della novella legislativa. Scompare il criterio elaborato dalla precedente giurisprudenza della c.d. "doppia chiave", venendo meno il parametro soggettivo imperniato sulla professionalità acquisita (garantito attraverso il criterio dell'equivalenza professionale) e sopravvivendo soltanto quello oggettivo, anche se riformulato rispetto a prima. Pertanto il confronto tra le nuove mansioni e quelle svolte in precedenza non è più basato sul criterio dell'equivalenza, ma soltanto sulla loro riconducibilità allo stesso livello e categoria legale d'inquadramento.

La dottrina¹⁹⁸, espressasi subito dopo l'entrata in vigore della nuova disciplina, apprezza la novella sotto molteplici aspetti, poiché grazie al "nuovo" art. 2103 c.c. la gestione aziendale in capo al datore di lavoro risulta essere più facile e flessibile per merito di un «meccanismo d'incasellamento semi automatico» che permette di gestire in un modo molto semplice la forza lavoro; oltretutto, consente al giudice di ovviare alle difficoltà connesse all'adattamento al caso concreto del concetto di equivalenza professionale, in precedenza espresso attraverso giudizi "di valore". Per F. Liso¹⁹⁹ invece la nuova disciplina è apprezzabile perché:

- Il livello d'inquadramento rappresenta un parametro più sicuro che permette al datore di lavoro di realizzare una gestione e organizzazione aziendale più semplice e flessibile, circondando le proprie decisioni di maggior certezza;
- viene restituito un ruolo determinante alla contrattazione collettiva, la quale, favorita dall'assenza della garanzia retributiva, oltre al tradizionale ruolo d'individuazione del

¹⁹⁷ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi,* E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, cit. pag. 51.

¹⁹⁸ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pagg. 3-5.

¹⁹⁹ LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pagg. 7-9.

- corrispettivo spettante ai lavoratori, ora ha anche il compito di determinare «l'area del debito di prestazione»;
- la nuova formulazione favorisce una maggior stabilità nel rapporto di lavoro, poiché il licenziamento può incorrere soltanto in quei casi in cui non sia presente un posto vacante nel livello d'inquadramento.

3.4.1.1. Il limite oggettivo della categoria legale

Nella versione conclusiva della norma, subito dopo il passaggio nelle Commissioni Parlamentari, è stato aggiunto quasi a sorpresa il limite della categoria legale, previste all'art. 2095 c.c.²⁰⁰. Probabilmente tale limite è stato recuperato dal Legislatore riprendendo una prassi *ante* Statuto a tutela del lavoratore, secondo la quale le variazioni unilaterali delle mansioni dovevano rispettare il confine della categoria legale, poiché essa racchiudeva al proprio interno i lavoratori con la medesima posizione morale e cioè coloro che appartenevano allo stesso *status* sociale nell'ambiente sia di lavoro che esterno²⁰¹.

Nonostante spetti alla contrattazione collettiva fissare i requisiti d'appartenenza alle diverse categorie legali, rivitalizzare tale suddivisione risulta abbastanza anacronistico, considerati i limiti intrinsechi che tale classificazione possiede. Innanzitutto nel panorama attuale è pressoché scomparsa la divisione tra impiegati e operai, poiché da circa cinquant'anni a questa parte, grazie al sistema d'inquadramento unico, queste due categorie sono articolate su una pluralità di livelli comuni e trasversali ad entrambe. Sarà pertanto necessario, finché non vi sarà un adeguamento da parte delle autonomie collettive, rispolverare i criteri distintivi delle due categorie legali e quindi, più che adottare come discriminante il carattere manuale o intellettuale della prestazione, ormai concetti ampiamente obsoleti, si dovrà analizzare la qualità della collaborazione con l'imprenditore, «meramente esecutiva» per gli operai e «sostitutiva od integrativa, con un certo grado di autonomia e discrezionalità» 202, per gli impiegati.

²⁰⁰ Per un'approfondita analisi delle categorie legali si rimanda al par. 1.2.

²⁰¹ GARILLI, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 137.

²⁰² DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, Argomenti di diritto del lavoro, 4-5/2015, pag. 860.

Ancor più evidenti sono i limiti riscontrabili all'interno della categoria dei dirigenti, poiché per essa la contrattazione non prevede scale d'inquadramento o diversificazioni professionali a seconda delle differenti competenze e responsabilità. Pertanto risulta equiparabile la posizione dell'amministratore delegato a quella del direttore generale, nonché a quella dei mini-dirigente, ruolo sprovvisto di deleghe e di piena libertà decisionale²⁰³. Il dirigente dunque, qualora si trovasse di fronte ad un demansionamento, avrà limitate possibilità di provarlo, a meno che non vi sia un vero e proprio "salto" di categoria verso quella dei quadri.

3.4.1.2. <u>Il nuovo interesse tutelato dalla norma</u>

E' stato da alcuni osservato che il passaggio al nuovo criterio del livello e della categoria legale d'appartenenza per l'esercizio dello *Jus Variandi* orizzontale ha determinato anche un cambiamento del bene giuridico tutelato dalla norma: per F. Liso²⁰⁴ «il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore, bensì la "posizione" da lui occupata in azienda in ragione della categoria d'inquadramento d'appartenenza»; per M. Brollo²⁰⁵ l'interesse tutelato diventa «la professionalità "classificata" in un determinato contesto organizzativo aziendale», a discapito della professionalità "acquisita" nel corso della vita lavorativa. Cambia di conseguenza il punto di riferimento, a causa del passaggio da una logica individuale a una collettiva, a protezione della professionalità contrattuale inserita all'interno della realtà aziendale e del mercato d'appartenenza. Inoltre, alla tutela del bagaglio di esperienze e conoscenze apprese durante la fase precedente del rapporto lavorativo se ne sostituisce un'altra più generica che protegge la posizione formale del dipendente in azienda.

3.4.1.3. Il ruolo della contrattazione collettiva

La norma assegna, seppur indirettamente e implicitamente, un ruolo preponderante all'autonomia collettiva, conferendole il compito di individuare il livello e la categoria

²⁰³ DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, Argomenti di diritto del lavoro, 4-5/2015, pag. 862.

²⁰⁴ LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pag. 7.

²⁰⁵ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 50-51.

d'inquadramento del personale all'interno del quale il datore di lavoro può correttamente esercitare il proprio potere di mutare le mansioni in via orizzontale. La scelta appare la più sensata, poiché le autonomie collettive risultano essere i soggetti più autorevoli al fine di contemperare l'interesse di tutela della professionalità dei lavoratori e le esigenze di flessibilità in capo al datore di lavoro.

Un precedente legale è riscontrabile nella disciplina delle mansioni nel pubblico impiego, dove al primo comma dell'art. 52, D.Lgs. n. 165/2001, viene assegnato alla contrattazione collettiva, anche qui indirettamente e implicitamente riferendosi all'«area di inquadramento», il ruolo di determinare le mansioni da poter considerare equivalenti, con lo scopo di annullare la discrezionalità giudiziale durante la fase di accertamento della correttezza nell'esercizio dello *Jus Variandi* orizzontale²⁰⁶. A differenza della disciplina della mobilità nel pubblico impiego, l'attuale art. 2103 c.c. espunge il termine «equivalenti», con il chiaro intento di escludere qualsiasi ingerenza da parte dei giudici, devolvendo interamente la definizione della materia all'autonomia collettiva, anche se non è da escludersi che, almeno nella prima fase, in cui la necessità di riformulare gli inquadramenti contrattuali è molto forte, vi sarà un intervento della giurisprudenza con l'intento di "contenere" il ruolo della contrattazione collettiva, non ancora pronta a convivere con la novella legislativa²⁰⁷.

L'attuale contrattazione collettiva è stata infatti formulata sulla scorta del criterio dell'equivalenza e svolgeva una funzione molto diversa dall'attuale compito assegnatole dal Legislatore. All'interno degli inquadramenti confluiscono mansioni anche molto diverse tra loro, dal momento che la loro funzione era in via principale quella di determinare il trattamento corrispettivo dei lavoratori. Accogliere l'attuale formulazione, senza apportare le opportune modifiche, vorrebbe dire accettare l'idea di un eccessivo allargamento delle mansioni esigibili dai lavoratori con un incremento a dismisura della flessibilità concessa al datore di lavoro. I contratti collettivi comprendono infatti, all'interno della stessa area d'inquadramento, mansioni anche molto diverse e che non hanno nulla a che vedere tra loro: per esempio, «nel quarto livello del contratto collettivo per i dipendenti del settore terziario, della distribuzione e dei servizi compaiono il "contabile d'ordine" ed il "cassiere comune", ma

²⁰⁶ DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, Argomenti di diritto del lavoro, 4-5/2015, pag. 859; per un'analisi più dettagliata v. par. 4.2.2.

²⁰⁷ GARILLI, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 136-137.

anche il "magazziniere", il "commesso alla vendita al pubblico", l'"operatore meccanografico", il "propagandista di prodotti", etc.»²⁰⁸.

Appare pertanto necessario un radicale ripensamento dei sistemi classificatori, con lo scopo di evitare un eccessivo allargamento della posizione debitoria dei lavoratori e di ridurre i margini d'intervento della giurisprudenza, soprattutto in quei settori dove sono stati adottati sistemi d'inquadramento c.d. "a fasce larghe", i quali comprendono al loro interno famiglie allargate di professionalità nella stessa area o categoria contrattuale. In altri invece, per esempio in quello metalmeccanico risalente al 1973, le declaratorie sono astratte, talvolta obsolete e slegate dalla realtà. Non accettare l'idea di dover necessariamente apportare un marcato cambiamento ai sistemi di classificazione e di conseguenza applicare la novella normativa senza una spinta innovativa da parte della contrattazione, vorrebbe dire concedere al datore di lavoro uno strumento poco utile. Questo perché, anche se non espressamente previsto dal Legislatore, una sana mobilità orizzontale deve essere concepita all'insegna di reali esigenze aziendali, le quali non possono realizzarsi se la risorsa umana non è adeguatamente formata a svolgere l'attività di destinazione. In più al datore di lavoro sarebbe legalmente consentita la possibilità di assegnare il lavoratore, in via del tutto pretestuosa, a mansioni che egli non è in grado di svolgere, con il solo scopo di contestarne l'inadempimento. Tutto ciò osterebbe con la chiara volontà della norma, la quale, oltre ad avere la finalità di rendere maggiormente flessibile l'organizzazione del lavoro, ha altresì l'obiettivo di incoraggiare la crescita professionale del lavoratore. A parere di un autorevole intervento dottrinale²⁰⁹ sarà in ogni caso necessario, per salvaguardare gli interessi dei lavoratori, rispettare un doppio limite: uno esterno da ricercarsi nella categoria legale e nel livello d'inquadramento e uno interno che non potrà consistere soltanto in vaghe e non determinate esigenze aziendali, bensì nel rispetto dei principi di carattere generale di correttezza e buona fede sanciti dagli artt. 1175 e 1375 c.c., verificando la presenza di reali, e non pretestuose, scelte organizzative, senza però entrare nel merito delle scelte stesse. Il datore di lavoro dovrà inoltre accertarsi che il prestatore possegga le specifiche competenze richieste per lo svolgimento delle nuove mansioni, maturate sulla base dell'esperienza lavorativa pregressa

²⁰⁸ DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, Argomenti di diritto del lavoro, 4-5/2015, cit. pag. 862.

²⁰⁹ DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, Argomenti di diritto del lavoro, 4-5/2015, pagg. 863-865.

oppure acquisibili tramite l'assolvimento dell'obbligo formativo previsto dal terzo comma²¹⁰. Altri²¹¹ invece affermano che, nel caso in cui l'applicazione della nuova normativa conduca a scelte irrazionali e a comportamenti abusivi, la professionalità del lavoratore debba in ogni caso essere garantita, poiché la sua tutela è un aspetto rientrante all'interno della più ampia tutela della dignità dell'individuo. La professionalità è infatti un principio di «valenza costituzionale» che deve essere protetto in sede di giudizio, qualora non trovi un'adeguata tutela da parte della contrattazione o dallo stesso datore di lavoro, facendo valere «i precetti costituzionali e i principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente»²¹².

C. Pisani²¹³ analizza il ruolo della contrattazione collettiva distinguendo due scenari differenti:

1. uno scenario "statico", corrispondente a quello odierno con gli attuali sistemi d'inquadramento. È ormai noto che all'interno dei livelli contrattuali vengano ricomprese mansioni molto differenti tra loro. La nuova norma però affida ai sistemi d'inquadramento un ruolo diverso rispetto al passato ovvero non solo quello di determinare i trattamenti corrispettivi applicabili ai lavoratori, ma anche quello di indicare il corretto criterio per individuare la prestazione esigibile. In questo caso, data l'attuale inadeguatezza dei sistemi d'inquadramento, al fine di tutelare la professionalità del lavoratore, è necessario cambiare la prospettiva d'analisi, come aveva prospettato lo stesso autore già molti anni prima²¹⁴. Non è infatti in discussione la tutela della professionalità, ma il modo in cui viene titolata. Per garantirla, è necessario proteggere «il mantenimento di una professionalità, anche diversa, ma del medesimo valore dato dalla categoria e dal livello di inquadramento» e non la professionalità pregressa e cioè il bagaglio professionale acquisito. Ciò risulta possibile

²¹⁰ Il suddetto terzo comma in realtà non punisce il mancato assolvimento dell'obbligo formativo con la sanzione nullità, ma al limite con un mero risarcimento del danno al dipendente.

²¹¹ AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel D.Lgs. n. 81 del 2015*, Diritti Lavori Mercati, 3/2015, pagg. 503-505.

²¹² Corte Cost., 6 aprile 2004, n. 113.

²¹³ PISANI, *Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti "orizzontali" delle mansioni*, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 149-160. Anche F. Liso è convinto che la nuova disciplina spingerà la contrattazione «ad elaborare nuovi tipi d'inquadramento ed una disciplina della mobilità interna degli stessi», con l'obiettivo di trovare un corretto bilanciamento tra le esigenze dell'impresa e gli interessi dei lavoratori (Liso, Brevi *osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pagg. 8-9)

²¹⁴ PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, Franco Angeli Editore, 1996, pagg. 190 e ss.; v. par 2.2.3.3.

- soltanto rispettando l'obbligo di formazione (co. 3), qualora lo spostamento si realizzi verso mansioni dal contenuto professionale diverso dalle precedenti;
- 2. uno scenario "dinamico", realizzabile se e quando le autonomie collettive sapranno innovarsi. La normativa non impone che il sistema d'inquadramento a cui ricondurre le mansioni debba corrispondere necessariamente a quello attuale, suddiviso in livelli con lo scopo di disciplinare e differenziare il trattamento retributivo del lavoratore, perciò la contrattazione potrebbe spingersi fino a prevedere due diversi sistemi d'inquadramento con funzioni differenti, uno con la finalità di definire la retribuzione e l'altro di specificare il corretto percorso di mobilità tra le mansioni. Altrimenti un'altra alternativa auspicabile dall'autore è quella di frammentare il contratto collettivo in livelli più ristretti d'inquadramento, con l'obiettivo di creare diversi sottolivelli all'interno dello stesso, seppur senza differenze retributive. Il mutamento di mansioni, come prescritto dalla legge, potrà però avvenire soltanto all'interno della medesima categoria legale. Ciò potrà spingere la contrattazione ad abbandonare il sistema d'inquadramento unico, dove al momento ai livelli centrali, vi sono qualifiche appartenenti sia alla categoria degli operai che a quella degli impiegati.

È poi opportuno analizzare alcune problematiche connesse ai contratti collettivi²¹⁵:

- le nuove mansioni non sono ricomprese in nessun livello d'inquadramento del contratto collettivo di riferimento. In questo caso il raffronto tra le mansioni di destinazione e le qualifiche previste dovrà essere operato non per identità delle declaratorie, bensì per approssimazione. Il giudice tuttavia può sindacare la scelta adottata e considerare non corretta l'inclusione delle mansioni in quella determinata categoria. In tale circostanza verrebbe dichiarata nulla la clausola collettiva che inquadra erroneamente una mansione in una categoria piuttosto che in un'altra;
- Il lavoratore, non iscritto al sindacato, manifesta il proprio dissenso al mutamento mansionistico. Si ritiene che il consenso del lavoratore che non è iscritto al sindacato che stipula il contratto collettivo sia implicitamente manifestato o tramite la lettera di assunzione (atto negoziale dove s'incontrano le volontà delle parti) o per fatti

²¹⁵ PISANI, Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti "orizzontali" delle mansioni, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 151-153; MENEGOTTO, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale, Working Paper di Adapt, 2016, pagg. 14-16.

- concludenti, accettando pertanto tacitamente tutti gli istituti del contratto. Tutto ciò inibisce la possibilità di poter rifiutare un sopravvenuto contratto collettivo non gradito, poiché non è possibile svincolarsi unilateralmente da quanto in precedenza pattuito.
- Possibilità per il datore di lavoro di usufruire del potere di modificare le mansioni nel caso in cui non sia iscritto all'autonomia che stipula il contratto collettivo. Si ritiene che sussista tale possibilità qualora si reputi che il contratto collettivo funga da parametro per verificare la validità del mutamento, oppure se si ritiene che le clausole collettive abbiano una rilevanza gestionale e quindi vincolante per tutti i dipendenti. Tuttavia sottoscrivere un contratto collettivo, con l'introduzione della nuova normativa, è nell'interesse del datore di lavoro, dato che gode di una più ampia flessibilità nell'esercizio del proprio potere di Jus Variandi. In più, un orientamento della giurisprudenza afferma che l'applicazione volontaria di molteplici clausole da parte del datore di lavoro non iscritto all'associazione rappresenta una sua implicita adesione al contratto, anche se non nella sua totalità.

Infine, è opportuno sottolineare come la contrattazione collettiva stia solo in parte accogliendo la necessità di cambiamento ad essa richiesta. Nel rinnovo del CCNL dei metalmeccanici del 26 novembre 2016 si auspica ad esempio (soltanto) un ripensamento dei sistemi d'inquadramento (fermi al 1973), tenendo conto dei cambiamenti intervenuti nell'organizzazione del lavoro che negli ultimi anni hanno profondamente trasformato le mansioni lavorative e le professionalità richieste. Il contratto in esame ha poi istituito una Commissione Paritetica con lo scopo di ridefinire «le attuali declaratorie, aggiornando i profili professionali e le relative figure», sulla scorta dei criteri valutativi basati non solo sulla professionalità, ma anche sulla base «delle competenze trasversali, dei fattori di polivalenza, polifunzionalità, del miglioramento continuo e delle innovazioni correlate ai nuovi sistemi integrati di gestione operativa, sicurezza ed organizzazione del lavoro». In realtà non sembra che, alla luce della nuova disciplina legale, la contrattazione voglia realmente innovarsi, tanto che in sede di rinnovo la maggior parte di essi ha riproposto le vecchie e superate classificazioni e i medesimi criteri atti a regolare la mobilità, aggirando o rimandando il problema. Il CCNL per i dipendenti delle imprese metalmeccaniche artigiane e industriali, rinnovato il 29 luglio 2016, ha invece integralmente inserito al suo interno l'art. 2103 c.c., in modo da non destare alcun dubbio sulla sua applicazione.

3.4.1.4. <u>Il ruolo giudiziale</u>

Alla luce di quanto affermato appare chiaro che, a seguito delle recenti modifiche, sia stato largamente ridimensionato il ruolo del Giudice. Egli infatti non ha più il compito di verificare se le mansioni di destinazione siano conformi alle capacità del lavoratore, se ne salvaguardino la professionalità e se permettano di servirsi e di arricchire le proprie abilità ed esperienze pregresse. Scompare di fatto l'accertamento soggettivo, privilegiando il ruolo delle autonomie collettive rispetto a quello del giudice, al fine di «accentuare i tratti di certezza del rapporto e quindi di favorire la prevedibilità delle conseguenze dei comportamenti» ²¹⁶. Rimane salvo soltanto l'accertamento di tipo oggettivo con l'obiettivo di appurare la riconducibilità delle nuove mansioni allo stesso livello e categoria legale d'inquadramento delle mansioni di provenienza, come confermato da una delle prime sentenze della giurisprudenza di merito post revisione, la quale afferma che «il giudizio di equivalenza 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» ²¹⁷.

Fino a quando la contrattazione non adeguerà i sistemi di classificazione alla nuova normativa, c'è in realtà la possibilità che si verifichino numerosi disagi applicativi. Per ovviare a tale difficoltà, come già in precedenza affermato, il giudice potrebbe, almeno momentaneamente, rivestire un ruolo determinante al fine di bilanciare i contrapposti interessi e di assicurare la tutela della professionalità del lavoratore, a norma delle generali clausole di correttezza e buona fede e dei principi generali dell'ordinamento, poiché la professionalità è un bene tutelato costituzionalmente²¹⁸. La giurisprudenza potrebbe peraltro conformarsi a quell'orientamento dottrinale che rispolvera il concetto di equivalenza per determinare il valore delle mansioni di destinazione rispetto alle «ultime effettivamente svolte»²¹⁹.

²¹⁶ DE ANGELIS, *Giurisprudenza sullo Jus Variandi e ruolo del giudice alla luce del Jobs Act: spunti di riflessione*, Lavoro e diritto, 4/2016, cit. pag. 867.

²¹⁷ Trib. Roma, 30 settembre 2015.

²¹⁸ V. par. prec

²¹⁹ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pagg. 3-5; v. par. 3.3.

3.5. <u>La mobilità in pejus</u>

La mobilità verso il basso era esplicitamente esclusa nella formulazione precedente della norma. Il concetto era rafforzato dalla previsione contenuta al secondo comma e cioè dalla nullità di ogni patto contrario a quanto stabilito al primo comma.

L'art. 3, D.Lgs. n. 81/2015, novellando l'art. 2103 c.c., inserisce per la prima volta all'interno della disciplina legale delle mansioni alcune ipotesi in cui è consentita l'adibizione a mansioni inferiori a quelle svolte.

Il Legislatore introduce tre possibilità attraverso le quali è possibile operare il demansionamento:

- attraverso l'esercizio unilaterale del potere di Jus Variandi, in capo all'imprenditore, esercitabile in presenza di particolari esigenze organizzative (co. 2);
- 2. attraverso le «ulteriori ipotesi», previste dalla contrattazione collettiva di mobilità verso il basso (co. 4);
- 3. tramite la stipula di un accordo individuale giustificato dalla sussistenza di un interesse qualificato del prestatore di lavoro (co. 6).

Queste ipotesi si vanno ad aggiungere a quelle già in precedenza introdotte dalla legge e della giurisprudenza, le quali si basavano su particolari esigenze o condizioni psico-fisiche del dipendente o sull'interesse a mantenere il posto di lavoro²²⁰. Si ritiene invece, come affermato già nel capitolo precedente, che la novella legislativa introdotta dal *Jobs Act* abbia operato un'implicita abrogazione delle specifiche intese raggiunte attraverso i contratti collettivi di prossimità che stabiliscono l'adibizione a mansioni inferiori per i lavoratori coinvolti²²¹, non essendo più indispensabili tali specifiche intese per legittimare l'adibizione a mansioni inferiori, considerato il fatto che, attraverso le «ulteriori ipotesi» previste dalla contrattazione al quarto comma, è comunque ammessa la possibilità di assegnare il dipendente a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore.

²²⁰ Per una più completa analisi di queste alternative si rimanda al par. 2.2.6., in part. 2.2.6.2. e 2.2.6.3.

²²¹ Art. 8 del D.L. n. 138/2011; v. par. 2.2.6.3.

3.5.1. Lo Jus Variandi unilaterale previsto al secondo comma

Al secondo comma il Legislatore prevede una possibilità di demansionamento esercitabile dal datore di lavoro attraverso l'unilaterale esercizio dello *Jus Variandi*. Tale potere è circondato da tre limiti:

- la necessaria modifica degli assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore;
- la retrocessione a mansioni appartenenti soltanto al livello d'inquadramento immediatamente inferiore;
- 3. il limite della categoria legale.

In merito al primo punto, larga parte della dottrina²²² sostiene che il concetto di «modifica degli assetti organizzativi aziendali» sia troppo vago e generale, lasciando perciò spazio a molteplici profili interpretativi, poiché la disposizione non ha specificato quali debbano essere i parametri oggettivi, richiesti dalla delega, che consentono il mutamento delle mansioni. La legge delega ammetteva peraltro la possibilità di mutare le mansioni soltanto in presenza di processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale, mentre ora la «modifica degli assetti organizzativi aziendali» consente modifiche molto più ampie²²³. Per alcuni autori²²⁴ la novella legislativa è viziata da un evidente eccesso di delega, poiché la nuova disciplina estende quanto da essa affermato anziché specificarlo. Per alcuni²²⁵, al fine di superare tali limiti, è necessario interpretare la norma alla luce di quanto stabilito dalla delega e cioè legittimando gli spostamenti a mansioni inferiori non in tutti i casi di modifica degli assetti organizzativi, ma soltanto se presenti processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale. Inoltre, la delega prevedeva che gli spostamenti dovessero avvenire tutelando l'interesse del lavoratore al mantenimento del posto di lavoro, pertanto per

²²² Tra tutti M. Brollo (Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) Carinci, *Commento al D.Lgs.* 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 67).

²²³ LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pag. 11; egli inoltre sostiene che anche un mutamento delle mansioni può costituire una modifica degli assetti organizzativi.

²²⁴ V. par. 3.3 e nota a piè di pagina n. 183.

²²⁵ MENEGOTTO, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale, Working Paper di Adapt, 2016, pag. 17.

alcuni²²⁶ l'adibizione a mansioni inferiori dovrebbe essere legittimata soltanto nei casi in cui tale interesse venga tutelato.

Il concetto di «posizione del lavoratore» era invece utilizzato anche nella formulazione originaria dell'art. 2103 c.c., ma in quel caso fungeva da limite per l'imprenditore nell'esercizio del potere di *Jus Variandi*, poiché lo spostamento non doveva comportare un mutamento sostanziale della posizione del lavoratore; ora invece misura quanto incidano sull'individuo le modifiche agli assetti organizzativi aziendali e se tali modifiche possano essere poste a fondamento del mutamento *in pejus* delle mansioni²²⁷.

Ricade poi sul datore di lavoro l'onere di provare in giudizio che il demansionamento è avvalorato da giustificati motivi oggettivi. D'altra parte, il sindacato giudiziale non può entrare nel merito della scelta datoriale, in virtù del principio di libertà dell'iniziativa economica sancito dall'art. 41 Cost.. Il giudice deve verificare soltanto l'effettività della decisione, e quindi controllare la sussistenza e la credibilità del riassetto organizzativo al momento dell'assegnazione alle mansioni inferiori. Egli deve inoltre accertare che le modifiche incidano sulla posizione, professionale e retributiva, del prestatore e verificare la presenza di un nesso di causalità tra il riassetto e il demansionamento del dipendente²²⁸.

Con gli ultimi due limiti invece il Legislatore ha voluto ridurre i poteri in capo al datore di lavoro, poiché egli ha la possibilità di retrocedere il lavoratore soltanto al livello d'inquadramento inferiore e comunque non oltre alla categoria legale d'appartenenza.

Inoltre, il rifiuto avanzato dal dipendente a svolgere le nuove mansioni inferiori rappresenta un'inadempienza atta a giustificare l'applicazione di sanzioni disciplinari, compreso il licenziamento. Non è però da escludersi che la giurisprudenza, finché le autonomie collettive non integreranno la disposizione, individui nella fattispecie un'ipotesi di giusta causa di dimissioni con diritto alla percezione dell'indennità sostitutiva di preavviso (art. 2119 c.c.),

²²⁶ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 6.

²²⁷ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 172.

²²⁸ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 68-69.

poiché il mutamento delle mansioni è un elemento che incide sulla posizione del dipendente e sulla propria situazione lavorativa²²⁹.

Rimangono infine, con riferimento a questo secondo comma, altre due questioni strettamente correlate tra loro da affrontare, per le quali il Legislatore non ha previsto espressamente nulla a riguardo:

- 1. se l'adibizione debba considerarsi temporanea o definitiva;
- 2. se sussiste il diritto alla riassegnazione alle mansioni precedenti.

La temporaneità delle modifiche era alla base del mutamento di mansioni previsto nella formulazione originaria dell'art. 2103 c.c., ma in quel caso la definitività dello spostamento era esclusa con lo scopo di tutelare il lavoratore da mutamenti sostanziali della propria posizione, mentre in questo caso non sono presenti riferimenti al concetto di "mutamento sostanziale" e perciò parte della dottrina²³⁰ esclude che ora si possano far valere le stesse motivazioni all'epoca sostenute. Altri²³¹ invece sono a favore della temporaneità dell'assegnazione sulla base di quanto stabilito al quinto comma e cioè in ragione della conservazione del trattamento retributivo in godimento anche nel caso di demansionamento: se la garanzia retributiva è da estendersi non soltanto a quanto già acquisito, ma anche a quanto acquisibile in un secondo momento, la temporaneità si giustificherebbe «in un'ottica di convenienza economica per il datore». Non si esclude un futuro intervento interpretativo da parte della Suprema Corte.

La seconda questione, strettamente collegata alla prima, affronta il tema della riassegnazione del lavoratore alle mansioni precedentemente svolte. In dottrina, per alcuni²³², l'assegnazione a mansioni inferiori è da ritenersi temporanea perché giustificata dalla reversibilità dell'adibizione a mansioni inferiori, nel caso in cui vi sia una sopravvenuta vacanza di un posto con mansioni rientranti nel livello d'inquadramento formalmente posseduto dal

di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 172-173.

²³¹ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 70.

²³² LISO. *Broyi, assenyazioni, svilla revisione della disciplina della mansioni, sontenuta nel degreta*

²²⁹ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 72. ²³⁰ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e

²³² LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pag. 12.

lavoratore. Altri²³³ scindono la questione analizzandola in modo diverso a seconda che lo spostamento venga considerato temporaneo o definitivo: se l'adibizione è da considerarsi temporanea, la riassegnazione appare quasi scontata, tranne quando il datore di lavoro provi la soppressione delle precedenti mansioni; se invece se ne esclude la temporaneità, la riassegnazione non è da considerarsi come un diritto in capo al dipendente, ad eccezione dei casi in cui l'imprenditore agisca con intento fraudolento o discriminatorio. Altri ancora²³⁴ sostengono il diritto alla riassegnazione alle mansioni precedenti quando, per effetto di dimissioni, pensionamenti o riassetti organizzativi, si liberi un posto appartenente al livello d'inquadramento formale posseduto dal prestatore oggetto del demansionamento. Infine, un'autorevole parte della dottrina²³⁵ afferma che la reversibilità è possibile soltanto qualora vengano meno le modifiche organizzative a fondamento del demansionamento, non essendo più pregiudizievoli alla posizione del dipendente in azienda e rendendo pertanto irragionevole il mantenimento dell'assegnazione alle mansioni inferiori.

3.5.2. Le ulteriori ipotesi previste dalla contrattazione (quarto comma)

Il quarto comma dell'art. 2103 c.c. attribuisce ai contratti collettivi la possibilità di formulare ulteriori ipotesi di adibizione a mansioni inferiori. Come al secondo comma, anche in questo caso le ipotesi d'assegnazione devono rispettare un doppio limite e cioè devono appartenere al livello d'inquadramento immediatamente inferiore rispetto alle mansioni di partenza e devono rientrare all'interno della stessa categoria legale. Non è presente invece il limite collegato alla necessaria modifica degli assetti organizzativi aziendali.

L'art. 1, co. 7, lett. e), L. delega n. 183/2014, al secondo periodo stabiliva che alla contrattazione collettiva spettasse il compito di prevedere «ulteriori ipotesi» rispetto a quelle contenute al primo periodo della presente disposizione e cioè rispetto ai casi di riorganizzazione, ristrutturazione e riconversione aziendale. Il co. 4 dell'art. 2103 c.c. in analisi, in linea con quanto prescritto dalla delega, autorizza l'introduzione da parte dei contratti collettivi di «ulteriori ipotesi» oltre a quelle contenute al co. 2.

²³³ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 173.

²³⁴ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 9.

²³⁵ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 71.

Il datore di lavoro, a differenza di quanto stabilito al secondo comma, ha la possibilità di «variare le mansioni *in pejus* anche in modo non strutturale, cioè al di fuori di scelte ragionate e relativamente stabili, come la parola "assetto" lascia intendere»²³⁶. Alla luce di quanto detto è prevedibile che i mutamenti temporanei possano rientrare più facilmente all'interno delle «ulteriori ipotesi» previste al quarto comma rispetto alle modifiche adottate sulla base del secondo comma. Inoltre, la contrattazione potrebbe formulare delle eccezioni, non soltanto con l'obiettivo di risolvere le situazioni di crisi, ma anche per rispondere ad altre e diverse esigenze come le riclassificazioni (riorganizzazioni espansive), data l'assenza del limite connesso alle modifiche degli assetti organizzativi aziendali. Tuttavia, anche se i mutamenti mansionistici disposti sulla base del presente quarto comma non devono avvenire in presenza di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali», è da ritenersi che tali «ulteriori ipotesi» debbano comunque essere giustificate da esigenze organizzative.

Visto il ruolo preminente della contrattazione, è opportuno soffermarsi sui contratti collettivi autorizzati all'esercizio delle funzioni attribuitegli dalla legge con riguardo alla disciplina delle mansioni. L'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015, specifica che per contratti collettivi s'intendono «i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria». Si ribadisce poi che, in base al criterio di successione delle leggi nel tempo, vi sia stata, con riferimento alla disciplina delle mansioni, un'implicita abrogazione dei contratti di prossimità²³⁷.

3.5.3. <u>Presupposti alla base dei co. 2 e 4 previsti al quinto comma</u>

Il mutamento delle mansioni deve attenersi necessariamente al rispetto di ulteriori due presupposti contenuti al quinto comma. In particolare:

deve essere comunicato per iscritto, a pena di nullità;

²³⁶ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, cit. pag. 174.

²³⁷ Art. 8 del D.L. n. 138/2011; v. par. 2.2.6.3 e par. 3.5.

2. il dipendente ha il diritto di mantenere il livello d'inquadramento e il trattamento retributivo in godimento, ad eccezione degli elementi retributivi collegati a particolari modalità d'esecuzione della prestazione svolta in precedenza.

La forma scritta è stata introdotto dal Legislatore a tutela del lavoratore, contrariamente al primo comma dove la forma è libera. Tale differenziazione è giustificata dalle conseguenze meno marcate derivanti dall'applicazione del co. 1, il quale disciplina la mobilità orizzontale, diversamente dai co. 2 e 4 dove le modifiche *in pejus* meritano una protezione e un contrappeso maggiore, in quanto le variazioni sono più rilevanti.

La forma scritta è prevista a pena di nullità, tanto che in mancanza, qualora per esempio l'adibizione fosse disposta oralmente, il demansionamento risulta essere inefficace od illegittimo. Il lavoratore deve però continuare a esercitare le mansioni svolte in precedenza allo scopo di non rendere sanzionabile il rifiuto allo svolgimento di quelle di destinazione. Egli ha altresì diritto ad un risarcimento del danno e può ottenere, anche in via d'urgenza, la riassegnazione alle precedenti mansioni, seppur nei limiti dei cambiamenti organizzativi intercorsi a seguito della modifica. In realtà tale azione di reintegra, con riguardo alle ipotesi di illegittima assegnazione previste dalla precedente normativa, è stata dai Giudici più volte negata²³⁸.

La Legge non stabilisce nulla in merito alle tempistiche per la comunicazione delle modifiche *in pejus* delle mansioni, ma per la dottrina²³⁹ appare evidente, a rigor di logica, che essa debba avvenire precedentemente o contestualmente all'assegnazione alle mansioni inferiori.

Non è previsto nulla dalla norma anche con riferimento alla comunicazione dei motivi a fondamento del mutamento mansionistico. Considerare le esigenze dell'impresa un elemento sindacabile dal Giudice, sia per verificarne l'esistenza oggettiva che per accertare la presenza di un nesso di causalità tra di esse e il provvedimento adottato, dovrebbe bastare per propendere per un'assoluta configurabilità dell'obbligo di comunicazione delle motivazioni in capo al datore di lavoro; è possibile giungere alla medesima conclusione applicando le clausole generali di correttezza e buona fede, le quali contraddistinguono l'esecuzione del contratto

²³⁸ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 176.

²³⁹ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 71; CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 176.

lavorativo e delimitano i poteri datoriali²⁴⁰. Una questione simile è affrontata dalla giurisprudenza per il trasferimento. Questa ritiene obbligatoria la motivazione rifacendosi, in via analogica, alla norma in tema di licenziamento, la quale obbligava, ma solo se richiesto esplicitamente dal lavoratore, di motivarne le ragioni²⁴¹, a meno che il contratto collettivo o individuale non stabilissero diversamente. Con l'introduzione dell'obbligo di motivazione contestuale al licenziamento²⁴², la trasposizione analogica alla disciplina del trasferimento si complica rispetto a prima. Non è però da escludersi che sarà la giurisprudenza, sulla base di quanto detto e dei già più volte citati principi di correttezza e buona fede, a richiedere la motivazione del provvedimento datoriale di adibizione alle mansioni inferiori e ciò anche per facilitare il controllo giudiziale sulla validità del mutamento. Appare però improbabile che, se mancante, possa essere fatta valere la nullità dell'assegnazione, in quanto anche per i provvedimenti di licenziamento privi di motivazione non è prevista la sanzione di nullità, bensì il risarcimento economico²⁴³.

Il secondo presupposto assicura invece al lavoratore di non subire, oltre al demansionamento stesso, ulteriori conseguenze negative sul piano economico e normativo, conservando pertanto l'inquadramento originario e il trattamento retributivo goduto, esclusi tutti quegli elementi retributivi collegati a particolari modalità d'esecuzione della prestazione. Quest'ultimo aspetto comprende quelle parti del corrispettivo economico collegate a «particolari condizioni di lavoro o di responsabilità »²⁴⁴. Una regola simile era prevista anche dalla precedente normativa, ma con riferimento agli spostamenti orizzontali (e quindi tra posizioni con pressoché una retribuzione simile) e con una formulazione molto più incisiva («senza alcuna diminuzione della retribuzione»). La giurisprudenza di legittimità aveva in seguito creato un distinguo tra elementi retributivi "estrinseci", destinati ad essere soppressi, ed elementi "intrinseci" (collegati alla capacità professionale richiesta al lavoratore), irriducibili. Il Legislatore, al presente comma, ha quindi in pratica accolto la differenziazione proposta dalla Cassazione, la quale permetterà di limitare, almeno in parte, i contenziosi, ma

²⁴⁰ ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 344.

²⁴¹ Art. 2, co. 2, L. n. 604/1966.

²⁴² L. n. 92/2012 a modifica dell'art. 2, co. 2, L. n. 604/1966.

²⁴³ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 177.

²⁴⁴ MENEGOTTO, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale, Working Paper di Adapt, 2016, cit. nota 85 pag. 20.

potrebbe provocare anche una riduzione del trattamento dei lavoratori, piuttosto che un suo mantenimento²⁴⁵: appare perciò poco chiara la reale intenzione del Legislatore. Parte della dottrina²⁴⁶ sostiene invece che con la nuova formulazione si crei un disallineamento tra la prestazione resa dal dipendente, il suo inquadramento e il corrispettivo economico percepito e che tale discrasia possa alimentare, anziché ridurre, il contenzioso, poiché il lavoratore potrebbe pretendere, nel caso in cui si liberasse un posto appartenente al livello d'inquadramento formalmente in possesso, il diritto ad essere reintegrato alle mansioni svolte in precedenza.

3.5.4. Gli accordi individuali stipulati presso le sedi protette previsti al sesto comma

Sulla scorta di alcune pronunce della Corte di Cassazione, il Legislatore al sesto comma ha introdotto un meccanismo attraverso il quale è possibile modificare *in pejus* (ma in realtà anche *in melius* data la neutra formulazione della disposizione) le mansioni, la categoria legale, il livello d'inquadramento e la relativa retribuzione, stipulando un accordo individuale da predisporsi presso le sedi protette individuate dalla norma.

Tale accordo individuale non è altro che un patto in deroga alla disciplina delle mansioni: per patto in deroga s'intende un accordo attraverso il quale i contraenti «prevedono *ex ante* una regolazione negoziale delle mansioni difforme da quella contenuta nella norma di legge» che ne autorizza la modifica «al di fuori delle condizioni e oltre i limiti inderogabili posti dal Legislatore»²⁴⁷.

Negli altri casi di mutamento *in pejus* delle mansioni contenute nella norma, e cioè al secondo e al quarto comma, la Legge stabilisce che il lavoratore debba conservare il livello d'inquadramento e il trattamento retributivo, ad eccezione di quegli elementi della retribuzione correlati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione di lavoro (co. 5); inoltre egli può essere adibito soltanto a mansioni appartenenti al livello d'inquadramento immediatamente inferiore, rispettando in ogni caso il limite della categoria legale. Al sesto comma invece il margine di manovra è molto ampio e nemmeno la categoria

²⁴⁵ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 177-178.

²⁴⁶ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 71. ²⁴⁷ VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, cit. pag. 4.

legale può fungere da garanzia per il lavoratore. Inoltre, l'assegnazione del dipendente non deve avvenire soltanto al livello d'inquadramento inferiore, ma può estendersi anche a più livelli inferiori e può essere modificata anche la retribuzione.

Il Legislatore è consapevole del fatto che il datore di lavoro, in virtù del maggior potere contrattuale da lui posseduto, sia il contraente più forte e che le proprie decisioni prevalgano rispetto al volere dei lavoratori. Egli infatti ha previsto, all'interno del sesto comma, due requisiti fondamentali a tutela del lavoratore e della validità dell'accordo:

- 1. la presenza di specifici interessi del lavoratore;
- 2. che l'accordo venga stipulato presso le sedi protette con la facoltà, per il prestatore, di farsi assistere da un rappresentante sindacale o professionale.

3.5.4.1. Gli interessi del lavoratore

Gli accordi previsti al sesto comma devono essere stipulati «nell'interesse del lavoratore» a realizzare uno o più degli obiettivi elencati nella disposizione, ovvero la conservazione dell'occupazione, l'acquisizione di una diversa professionalità o il miglioramento delle condizioni di vita. Per alcuni in dottrina²⁴⁸, al qualificato interesse del dipendente, si affianca anche «un'implicita esigenza imprenditoriale di maggiore flessibilità, ma anche di risparmio dei costi».

La formulazione della norma è in parte disarmonica rispetto a quanto previsto dalla legge di delegazione. Quest'ultima infatti confrontava le esigenze dell'organizzazione «all'utile impiego del personale» (riorganizzazione, ristrutturazione e conversione) con alcuni interessi in capo al lavoratore, e cioè «alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita e economica». Nella legge delegata, con riferimento a tali accordi in deroga, non si fa menzione alle esigenze dell'organizzazione, mentre gli interessi dei dipendenti vengono in parte riformulati. Solo in alcune ipotesi è possibile adeguatamente confrontare le contrapposte esigenze dell'azienda e dei dipendenti, mentre in altri casi gli interessi risultano essere disallineati e non omogenei, al punto che un loro allineamento finirebbe per impedire la realizzazione di entrambi. Si può pertanto utilmente confrontare l'interesse del lavoratore alla tutela del posto con i processi di riorganizzazione in grado di metterlo in pericolo, mentre

²⁴⁸ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 11.

per esempio, nel caso della tutela delle condizioni di vita, il raffronto non ha alcun significato, poiché non avrebbe senso modificare le mansioni soltanto in presenza di processi riorganizzativi, di ristrutturazione e conversione e ciò osterebbe oltretutto con la realizzazione dell'interesse del lavoratore. Proprio per questo, data la disarmonia e il non accoglimento delle esigenze datoriali nella legge delegata, sembrano prevalere gli interessi dei lavoratori elencati dalla norma. Si ritiene²⁴⁹ invece che l'interesse «all'utile impiego del personale» sarà essere valutato dal datore di lavoro, il quale accoglierà l'accordo modificativo qualora reputi che il patto sia per lui conveniente e non un limite per la propria attività aziendale.

3.5.4.2. *Segue.* L'interesse alla conservazione dell'occupazione

La presenza dell'interesse alla conservazione dell'occupazione può essere interpretato come un implicito accoglimento, da parte del Legislatore, di quell'orientamento giurisprudenziale che aveva introdotto la tesi del c.d. "male minore". Era infatti stata avanzata dalla giurisprudenza la possibilità di stipulare un patto di declassamento come alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

Con riferimento all'attuale formulazione della norma, è onere del datore di lavoro verificare che, rispetto all'interesse di tutela della professionalità, sia preminente quello di conservare il posto di lavoro. Egli deve inoltre dare prova dell'impossibilità di ricollocare il dipendente all'interno della realtà aziendale attraverso l'utilizzo dei poteri assegnatogli dal primo, secondo e quarto comma e che quindi il declassamento rappresenta l'unica alternativa possibile al licenziamento²⁵⁰. Sul piano processuale ricade su di lui, «in caso di impugnativa dell'accordo, l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento»²⁵¹.

Infine, è da evidenziare che, mentre la legge delega faceva riferimento alla tutela del «posto di lavoro», l'art. 3, co. 1, D.Lgs. 81/2015 parla di «conservazione dell'occupazione». Per alcuni²⁵² tale formulazione declassa la posizione garantita dalla norma, poiché l'interesse ora

²⁴⁹ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 181.

²⁵⁰ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 12.

²⁵¹ Cass., 22 agosto 2006, n. 18269.

²⁵² BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 77.

tutelato è collettivo, riferendosi all'occupazione in generale, e non individuale e cioè alla necessità di preservare il singolo posto lavorativo. Per altri²⁵³ tale interpretazione risulta essere forzata poiché alla fin fine l'occupazione che la norma protegge è quella del singolo individuo in sé e per sé.

Segue. L'acquisizione di una diversa professionalità 3.5.4.3.

Anche questa alternativa era stata in parte già avanzata dalla precedente giurisprudenza, la quale prevedeva la possibilità di adibire i lavoratori a mansioni anche inferiori all'interno di un percorso di riqualificazione professionale, ruotando su mansioni diverse.

Per la dottrina²⁵⁴, tale interesse oggetto di tutela risulta essere «velato da non poca ipocrisia», in quanto è possibile acquisire una diversa professionalità anche senza stipulare specifici accordi e ciò avviene quando le mansioni attraverso le quali s'intende conseguire la detta professionalità sono inquadrate all'interno dello stesso livello o in uno superiore; è evidente perciò che per professionalità "diversa" ci si riferisca esclusivamente alle ipotesi di demansionamento. Tale visione è giustificata anche dalla diversa formulazione della norma rispetto a quanto previsto dalla legge delega: quest'ultima infatti prevede una generale «tutela della professionalità» e non «l'acquisizione di una diversa professionalità», come stabilito nel co. 6 del presente art. 2103 c.c..

Il concetto non è avulso da ulteriori dubbi: il fatto che la norma si riferisca ad una professionalità "diversa" potrebbe lecitamente voler dire che il lavoratore può essere assegnato a svolgere mansioni completamente estranee dalle competenze acquisite in precedenza: tale ipotesi di acquisizione di una diversa professionalità è infatti sprovvista di qualsiasi rimando ad un percorso di arricchimento professionale. Rimane perciò aperto il dubbio se il terzo comma (e cioè l'assolvimento dell'obbligo formativo, qualora fosse necessario) debba essere applicato anche nelle ipotesi di stipula di accordi individuali. Se inoltre la decrescita professionale comporta «un peggioramento nell'inquadramento formale

²⁵⁴ GARGIULO, Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ., WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT –

268/2015, pag. 13.

²⁵³ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 181-182.

e nel trattamento retributivo, risulta veramente difficile ipotizzare un vantaggio/interesse per il lavoratore»²⁵⁵.

3.5.4.4. Segue. Il miglioramento delle condizioni di vita

Questa alternativa si riferisce ai casi in cui il lavoratore preferisce per esempio evitare un trasferimento o un cambio d'orario o di turno, dedicare più tempo alla propria famiglia o ridurre situazioni di *stress*. In cambio di questa "decrescita felice" egli dovrà sopportare un demansionamento con conseguente riduzione della retribuzione e/o del livello d'inquadramento.

Anche con riferimento a tale ipotesi di tutela è possibile rinvenire dei precedenti in giurisprudenza, in quanto essa riteneva valide le modifiche *in pejus* disposte a seguito di una generica richiesta del lavoratore atta a soddisfare un proprio interesse non ulteriormente precisato. La dottrina, d'altra parte, proponeva una diversa interpretazione della teoria del c.d. "male minore" con lo scopo di salvaguardare interessi diversi rispetto a quelli di conservazione del posto lavorativo e di tutela della salute.

L'interesse del lavoratore è individuale e assolutamente insindacabile da parte del datore di lavoro, anche se quest'ultimo, essendo uno dei due contraenti nella stipula del patto, concederà il demansionamento qualora riesca a conciliare la richiesta con la propria organizzazione, anche se le esigenze organizzative rimangono irrilevanti sul piano processuale²⁵⁶.

Si ritiene che la modifica sia di carattere definitivo, a meno che nel patto non venga espressamente stabilita la temporaneità dello spostamento. Per questo motivo il lavoratore avrà serie difficoltà a far valere la propria volontà di ritornare alle mansioni precedenti, se non per impugnazione dei vizi del consenso²⁵⁷.

Mentre la conservazione dell'occupazione e l'acquisizione di una diversa professionalità si realizzano attraverso la stipula dell'accordo, con riferimento al miglioramento delle condizioni di vita la tutela si concretizza in cambio della sottoscrizione del suddetto accordo. L'accordo

²⁵⁵ VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, cit. pag. 15.

²⁵⁶ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 78. ²⁵⁷ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 78.

dovrà pertanto contenere le modifiche delle mansioni, ma anche l'evento (per es. il trasferimento) attraverso il quale si attua il miglioramento delle condizioni per il lavoratore. Un'ulteriore problematica si potrebbe verificare nei casi in cui vi siano i presupposti per effettuare una nuova modifica delle mansioni o un nuovo trasferimento a seguito del provvedimento derivante dall'accordo. In questo caso ci si chiede se il lavoratore possa impugnare l'accordo sottoscritto per ottenere la riassegnazione alle precedenti mansioni²⁵⁸. Sarà pertanto compito della giurisprudenza risolvere queste questioni pratiche.

3.5.4.5. <u>La stipulazione dell'accordo presso le sedi protette e la facoltà dell'assistenza sindacale o professionale</u>

Il Legislatore si preoccupa che il contraente debole, e quindi il lavoratore, sia completamente libero e consapevole nella stipula del patto e pertanto stabilisce che debba essere assistito da soggetti qualificati, con lo scopo di verificare la genuinità nella manifestazione della propria volontà e di porlo dinnanzi alle conseguenze dell'accordo. Gli organismi preposti all'assistenza hanno pertanto un ruolo determinante ed attivo, poiché non si tratta di un semplice demansionamento, ma di una modifica contrattuale che incide sul futuro trattamento economico e normativo del lavoratore. Per rispondere al meglio a queste esigenze appare auspicabile che l'accordo venga stipulato in forma scritta, anche se la norma non lo prevede espressamente. Le sedi protette devono dunque, oltre che fornire un'assistenza tecnica, far comprendere al lavoratore i reali vantaggi e svantaggi derivanti dall'accordo e verificare la sussistenza dell'interesse da egli addotto, senza però entrare nel merito²⁵⁹.

L'elencazione delle sedi autorizzate è tassativo e, nei casi in cui il patto venisse stipulato al di fuori di quelle individuate dalla legge, esso sarà affetto da nullità. Le sedi sono quelle individuate dal quarto comma dell'art. 2113 c.c.²⁶⁰, in cui si risolvono le controversie in tema di lavoro, e le commissioni di certificazione, di cui agli artt. 76 e ss., D.Lgs. n. 276/2003. L'art. 2113 c.c. comprende le conciliazioni dinnanzi al giudice (art. 185 c.p.c.), quelle in sede

²⁵⁸ VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, pagg. 17-18.

²⁵⁹VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, pag. 11.

²⁶⁰ «4. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater del codice di procedura civile».

amministrativa (art. 410 c.p.c.), il tentativo di conciliazione da svolgersi in sede sindacale (art. 411 c.p.c.), le altre procedure di conciliazione presso le sedi e con le modalità stabilite dai contratti collettivi sottoscritti dalle associazioni sindacali più rappresentative (art. 412-ter c.p.c.) e le altre modalità di conciliazione ed arbitrato (art. 412-quater c.p.c.). Le sedi certamente più indicate dove stipulare l'accordo sono le commissioni di certificazione e davanti al giudice in sede di conciliazione, in quanto tutte le altre presentano maggiori limitazioni connesse al fatto che il loro scopo principale è quello di risolvere controversie a volte molto lontane e diverse dalla stipulazione del presente patto in deroga.

La norma infine, all'ultimo periodo del presente sesto comma, concede la possibilità al lavoratore di «farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro». Tale assistenza è fruibile su richiesta del dipendente e non è pertanto obbligatoria. La volontà del Legislatore è quella di mettere a disposizione del lavoratore un'ulteriore garanzia con lo scopo di porlo nelle condizioni di comprendere appieno gli effetti del patto, anche se in realtà alle volte la stipula di questo accordo potrebbe rappresentare l'unica alternativa possibile per mantenere il proprio posto di lavoro.

3.5.4.6. Il controllo giudiziale

In dottrina²⁶¹ è condivisa la tesi secondo la quale la stipula dell'accordo presso le sedi protette non precluda la possibilità di una sua impugnazione in giudizio, anche se alcuni262 ritengono questa alternativa discutibile, a meno che non emerga «un vizio del consenso o sia fornita la prova della palese pretestuosità dell'interesse addotto». Il giudice potrà pertanto essere chiamato a verificare l'effettiva esistenza degli interessi addotti dal lavoratore tutelati dalla norma.

²⁶¹ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pag. 183; GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 14; VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, pag. 12.

²⁶² ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 350.

Per la dottrina²⁶³, qualora il prestatore decidesse di impugnare l'accordo (considerata la sua palese soggettività), tra gli interessi che il Legislatore ritiene meritevoli di tutela e che pone a giustificazione del patto in deroga, quello al «miglioramento delle condizioni di vita» sconta il limite maggiore nella verifica della sua reale sussistenza in capo al lavoratore. Verificare invece l'effettiva esistenza degli altri due interessi («alla conservazione dell'occupazione» e «all'acquisizione di una diversa professionalità») è più agevole poiché essi incidono direttamente sull'organizzazione dell'impresa.

Un'alternativa potrebbe essere quella di impugnare l'accordo per i vizi del consenso o di procedere alla dichiarazione di nullità dando la prova «della pretestuosità dell'interesse addotto quale presupposto dell'accordo»²⁶⁴. Altra parte della dottrina²⁶⁵ invece sostiene che, esposto nel patto l'interesse su cui esso si fonda e sottoscritto nella sede protetta, sarà alquanto complesso per il lavoratore impugnarlo «con qualche probabilità di successo eccependo che detto interesse non sussisteva».

Una possibile soluzione al fine di tutelare il lavoratore da scelte che possano in seguito danneggiare la propria posizione, piuttosto che migliorarla, è quella di intervenire "a monte" e cioè rafforzando il ruolo ed i poteri di vigilanza dell'organismo di fronte al quale viene stipulato l'accordo, garantendo al lavoratore una assistenza piena ed effettiva, piuttosto che "a valle" in sede di giudizio.

3.5.5. Il danno da demansionamento²⁶⁶

Per quanto riguarda la questione del danno da demansionamento e del suo risarcimento, alla luce della novella legislativa, gli orientamenti giurisprudenziali²⁶⁷ si sono attenuti a quanto affermato in precedenza: il danno da demansionamento si suddivide in danno patrimoniale e non patrimoniale; è da escludersi la sussistenza di un danno esistenziale come figura autonoma, rientrando all'interno della più ampia categoria dei danni non patrimoniali; sono

107

²⁶³ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 14.

²⁶⁴ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, cit. pag. 14.

²⁶⁵ AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel D.Lgs. n. 81 del 2015*, Diritti Lavori Mercati, 3/2015, pagg. 512-513.

²⁶⁶ Per un'analisi completa della questione si rimanda al par. 2.2.7. e più in particolare al par. 2.2.7.1.

²⁶⁷ Cass., 12 luglio 2016, n. 14204; Cass., 13 ottobre 2016, n. 20667.

da considerarsi danni non patrimoniali soltanto quelle lesioni a diritti costituzionalmente rilevanti; è da scartare l'ipotesi di configurabilità di un danno *in re ipsa*, poiché è necessario che esso venga provato, anche in via presuntiva, ma in alcuni casi, considerata la rilevanza della lesione, il danno può sussistere semplicemente sulla base della discrepanza tra le vecchie e le nuove mansioni, se rilevante.

Per la dottrina²⁶⁸ però, con il nuovo art. 2103 c.c., dato il ridimensionamento delle ipotesi di demansionamento illegittimo e la scomparsa del parametro della professionalità acquisita, si ridurrà anche la configurabilità del danno non patrimoniale e di conseguenza anche il suo risarcimento.

Infine, è opportuno analizzare una recente e innovativa pronuncia della Cassazione²⁶⁹ nella quale i giudici affermano che il danno da demansionamento, oltre che per via presuntiva, può essere determinato facendo ricorso a massime di comune esperienza o a indici sintomatici come: il lasso di tempo non breve della dequalificazione; l'umiliazione personale e la lesione all'immagine del lavoratore; l'isolamento del prestatore e il relativo allontanamento dai settori strategici dell'impresa; l'impoverimento delle esperienze lavorative precedenti.

3.6. La mobilità verticale

Le mansioni superiori costituiscono l'insieme dei compiti appartenenti al livello d'inquadramento superiore rispetto a quello in cui sono ricomprese le mansioni svolte in precedenza dal lavoratore. Le nuove mansioni devono essere "effettive" e "piene": "effettive" poiché l'esercizio di fatto di mansioni di livello superiore deve prevalere su qualsiasi adibizione di natura meramente formale; "piene" perché il lavoratore, oltre a svolgere i compiti oggetto dell'assegnazione, deve possedere un livello di responsabilità e di autonomia corrispondente alla qualifica superiore²⁷⁰.

Con la riforma apportata dal D.Lgs. n. 81/2015, il Legislatore ha mantenuto pressoché inalterata la formulazione, prevista al primo comma del presente art. 2103 c.c., secondo la quale il lavoratore deve essere adibito alle mansioni «corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito». Egli ha però operato una chiarificazione

²⁷⁰ Per un'analisi più approfondita della questione si rimanda al par. 2.2.4.3.

108

²⁶⁸ SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, Diritto delle relazioni industriali, 1/2016, pag. 24.

²⁶⁹ Cass., 13 ottobre 2016, n. 20667.

terminologica sostituendo il termine "categoria", previsto in precedenza, con quello di "inquadramento": secondo parte della dottrina²⁷¹ ciò smentisce tutte quelle teorie che identificavano la categoria in quella contrattuale e non in quella legale. All'interno della fattispecie prevista al primo comma rientrano tutti quei casi in cui la promozione diventa definitiva a prescindere dalle modalità attraverso le quali viene realizzata²⁷².

Il Legislatore ha traslato al settimo comma la disciplina della c.d. promozione automatica, in precedenza contenuta al primo comma dello Statuto, in rapporto di continuità con quest'ultimo e con quanto nel frattempo stabilito dalla giurisprudenza di legittimità. Sono qui ricomprese tutte quelle ipotesi attraverso le quali l'assegnazione a mansioni superiori diventa definitiva trascorso il lasso di tempo fissato dalla contrattazione o, se mancante, dopo i sei mesi continuativi prescritti dalla legge, a meno che l'assegnazione non «abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio». La modifica è stata apportata principalmente per rispondere a esigenze imprenditoriali, le quali reputavano il limite temporale dei tre mesi troppo breve e autonomamente in grado di modificare in modo automatico l'assetto organizzativo, facendo diventare definitive anche quelle assegnazioni inizialmente concepite come meramente temporanee.

In realtà una revisione della mobilità verticale non era prevista dalla legge delega, anche se, seppur alimentando nuove criticità, un eventuale eccesso di delega è agevolmente superabile. Le motivazioni che ci consentono di farlo sono da ricercarsi nelle problematiche connesse alla precedente formulazione statutaria della norma in relazione alle ipotesi di mobilità ascendente, e anche alla luce delle sempre più marcate esigenze di flessibilità richieste dalle imprese²⁷³.

La novella ripropone le medesime finalità a cui rispondeva l'art. 13 Stat., poiché da una parte protegge lo *status* acquisito dal lavoratore, trascorso un ragionevole lasso di tempo, e dall'altra consente di sovrautilizzare il dipendente e di adibirlo a mansioni superiori rispetto a

٠-

²⁷¹ CASIELLO, *Le mansioni superiori*, in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pag. 108.

²⁷² Per un'analisi più approfondita delle modalità attraverso le quali è possibile acquisire l'inquadramento superiore si rimanda al par. 2.2.4.

²⁷³ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, cit. pagg. 79-80.

quelle convenute, ma soltanto per un periodo non eccessivo, sanzionando i casi in cui l'adibizione si prolunghi smodatamente nel tempo.

Al primo periodo del settimo comma in analisi, il Legislatore ribadisce quel principio già in precedenza espresso dallo Statuto, formulato sulla base dell'art. 36 Cost., secondo il quale il lavoratore a cui vengano assegnate mansioni di livello superiore «ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta», indipendentemente dal fatto che la suddetta assegnazione sia temporanea o definitiva.

Non è poi chiaro se il mutamento di mansioni *in melius* debba essere accompagnato dall'assolvimento dell'obbligo formativo previsto al terzo comma, anche se parte della dottrina ritiene che la presenza di tale obbligo debba configurarsi soprattutto con riferimento a questo tipo di assegnazioni, «dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria»²⁷⁴.

Rispetto al passato però:

- 1. raddoppia il periodo per l'assegnazione alle mansioni superiori;
- 2. cambiano le ragioni sostitutive;
- 3. viene aggiunto l'inciso «salvo diversa volontà del lavoratore».

3.6.1. <u>Il periodo per l'assegnazione alle mansioni superiori</u>

Il co. 7 prevede che, laddove l'adibizione alle mansioni superiori si protragga per un periodo ritenuto rilevante, il prestatore abbia il diritto alla c.d. promozione automatica.

Il periodo di tempo attraverso il quale l'assegnazione del lavoratore alle mansioni superiori diventa definitiva è affidato in prima battuta alla contrattazione collettiva e, in via suppletiva, qualora le autonomie collettive non regolino espressamente la durata, alla legge, la quale raddoppia il limite massimo da 3 a 6 mesi continuativi.

La contrattazione è ora libera di fissare termini sia più ampi che più ristretti rispetto al limite legale, a differenza di quanto accadeva in precedenza dato che le era concessa la possibilità di prevedere esclusivamente un lasso di tempo più breve. In deroga al precedente art. 2103 c.c. di derivazione statutaria, per la categoria legale dei quadri le autonomie collettive avevano la facoltà di prevedere dei limiti temporali soltanto più estesi (e non più ridotti) rispetto a quanto

110

²⁷⁴ AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel D.Lgs. n. 81 del 2015*, Diritti Lavori Mercati, 3/2015, cit. pag. 14.

stabilito dalla legge²⁷⁵. Il Legislatore, nell'intento di riconoscere maggiori spazi di autonomia e flessibilità alla contrattazione nella definizione del livello di garanzie concesse ai prestatori, con l'art. 3, co. 2, D.Lgs. n. 81/2015, ha abrogato tale disciplina speciale prevista per i quadri.

A norma dell'art. 51, D.Lgs. n. 81/2015, i contratti collettivi autorizzati a stabilire il lasso temporale per il conseguimento della c.d. promozione automatica sono quelli aziendali, territoriali o nazionali stipulati da «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale» e quelli aziendali stipulati «dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

Finché non vi sarà un intervento da parte delle autonomie negoziali resteranno, almeno per il momento, validi i limiti temporali adottati dai previgenti contratti collettivi, ma non si esclude che il nuovo limite legale dei sei mesi continuativi comporti un futuro allungamento e adeguamento dei termini anche da parte della contrattazione, adattandosi e avvicinandosi a quanto previsto dalla Legge, così come effettuato dal CCNL del settore chimico il 15 ottobre 2015 in sede di rinnovo²⁷⁶.

Il lasso di tempo fissato dalla Legge deve essere inoltre continuativo, ma anche nella precedente formulazione della norma vigeva il divieto di cumulare più periodi distinti di adibizione a mansioni superiori del medesimo lavoratore. Dovevano perciò essere inclusi, affinché il periodo continuativo fosse unitario ed effettivo, i giorni di ferie e di malattia del prestatore, ma non i riposi settimanali che invece costituivano parte integrante del periodo di lavoro e dovevano essere ricompresi nel computo del trimestre. La giurisprudenza prevedeva poi la possibilità di sommare periodi diversi di breve durata con lo scopo di garantire l'interesse del lavoratore alla progressione di carriera. Era necessario però che oltre alla reiterazione delle adibizioni a mansioni di livello superiore e la loro conseguente interruzione, vi fosse anche un intento fraudolento del datore di lavoro con uno scopo elusivo del dettame normativo. Tale intento era però da escludersi nel caso dei c.d. "sostituti programmati" e cioè per quei lavoratori che ne sostituivano altri temporaneamente assenti²⁷⁷. Non si vede perché tali orientamenti dottrinali e giurisprudenziali non possano trovare accoglimento anche oggi a seguito della nuova formulazione della disciplina. Sarà inoltre poi possibile, a norma dell'art.

²⁷⁵ Art. 6, L. 190/1985.

²⁷⁶ BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Argomenti di diritto del lavoro, 6/2015, pag. 1181.

²⁷⁷ V. par. 2.2.4.4.; ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 352.

1344 c.c., contestare la validità dei frazionamenti temporali per frode di legge desumendo l'illeceità «dai tempi, modi e frequenza del sovra-inquadramento, con la conseguente invalidazione degli atti interruttivi e l'efficacia del cumulo dei periodi di reiterata assegnazione alle mansioni superiori»²⁷⁸, gravando però sul lavoratore l'onere di provare l'intento fraudolento dell'imprenditore.

Il principio della continuità è però riferito soltanto ai sei mesi previsti dalla legge, ma è ragionevole una sua analoga applicazione, in mancanza di clausole contrarie, da parte della contrattazione²⁷⁹.

Infine, parte della dottrina²⁸⁰ sostiene che la continuità nell'assegnazione dovrebbe necessariamente essere contemperata da un alleggerimento interpretativo in sede di giudizio, pertanto il giudice dovrà dichiarare l'assegnazione in via definitiva alle mansioni superiori anche nel caso di adibizioni di poco inferiori a sei mesi, poco distanti tra loro, disposte per coprire la stessa posizione di lavoro.

3.6.2. Le ragioni sostitutive

Prima della modifica apportata dal D.Lgs. n. 81/2015 la c.d. promozione automatica era esclusa nelle ipotesi in cui il lavoratore ne sostituiva un altro «assente con diritto alla conservazione del posto». Ora invece, con il nuovo art. 2103 c.c., la progressione di carriera non matura quando le mansioni superiori sono assegnate «per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio».

Dottrina e giurisprudenza avevano talvolta adottato, con riferimento al concetto di "assenza" contenuto nella precedente formulazione della norma, un'interpretazione talvolta più flessibile, comprendendovi quasi tutti i casi di vacanza di posto indipendentemente dalle circostanze poste a fondamento, talvolta una più rigida, ampliando l'ambito di maturazione del diritto alla promozione²⁸¹.

²⁷⁸ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, cit. pagg. 82-83.

²⁷⁹ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 82. ²⁸⁰ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 16.

²⁸¹ V. par. 2.2.4.5.

Il Legislatore quindi estende la portata della disciplina legale sulla scorta di quanto già previsto da quella parte della dottrina e giurisprudenza che adottava la tesi "flessibile", ammettendo come cause giustificatrici dell'assenza non soltanto quelle ipotesi tassative, già accettate nella formulazione precedenze, contenute agli artt. 2110 e 2111 c.c. (lavoratore assente per infortunio, malattia, gravidanza, puerperio e per il servizio militare, ipotesi non più rilevante a seguito dell'abolizione della leva obbligatoria), ma anche quei casi in cui il soggetto è solo momentaneamente assente dal proprio posto (ferie, distacco, rotazione o sostituzione "a scorrimento"). In relazione alle ipotesi di sostituzione di un lavoratore assente per copertura di cariche sindacali o per funzioni pubbliche elettive (art. 31, L. n. 300/1970) la dottrina si è divisa: parte di essa²⁸² ritiene che la nuova norma restringa la portata applicativa dell'eccezione, poiché tali lavoratori non si possono ritenere «in servizio», mentre altri²⁸³ ricomprendono queste due situazioni all'interno delle «ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio». È infine da escludersi l'operatività dell'eccezione nel caso di adibizione a una posizione superiore che deve essere coperta, in via definitiva, tramite concorso o con nuova assunzione²⁸⁴.

In definitiva quindi, si può affermare che il posto di livello superiore non è vacante se appartiene a un lavoratore con un rapporto di lavoro subordinato in corso di svolgimento, anche se non occupa momentaneamente quella posizione, e pertanto non matura il diritto alla promozione in capo al sostituto, in quanto non appena il sostituito riprenderà la sua posizione lavorativa, tale posizione superiore non sarà più disponibile.

Tale approccio estensivo a garanzia del sostituito finisce però per alimentare un conflitto d'interesse tra sostituto e sostituito, poiché la tutela del lavoratore assente vanifica il diritto del sostituto alla progressione di carriera, divenendo la c.d. promozione automatica quasi una mera eccezione. D'altronde sembra proprio questa la strada designata dal settimo comma

²⁸² BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 83-84; MENEGOTTO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale*, Working Paper di Adapt, 2016, pag. 28.

²⁸³ ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 351.

²⁸⁴ Ad analoga conclusione era già giunta la Cass. S.U., 28 gennaio 1995, n. 1023; a tal proposito si veda par. 2.2.4.5.; ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pag. 351.

dell'art. 2103 c.c., in nome di una più ampia flessibilità organizzativa in capo al datore di lavoro²⁸⁵.

3.6.3. La diversa volontà del lavoratore

Talvolta però il lavoratore potrebbe non possedere alcun interesse a maturare la definitività della promozione, preferendo invece mantenere le mansioni inferiori anche dopo la temporanea adibizione a mansioni superiori. Egli potrebbe non gradire l'automatica progressione di carriera per ragioni di carattere personale o per le particolari modalità di espletamento della prestazione lavorativa (cambiamento del luogo di lavoro, assunzione di maggiori rischi e responsabilità, esigenza di sottrarsi alla perdita di tutele per il passaggio alla categoria dirigenziale, ecc.).

Il settimo comma prevede pertanto che l'assegnazione diventi definitiva «salvo diversa volontà del lavoratore». Questa garanzia non era contenuta nella precedente formulazione della norma, ma parte della dottrina stabiliva ugualmente che, a differenza delle assegnazioni temporanee che potevano essere disposte unilateralmente dal datore di lavoro, quelle definitive dovevano basarsi su un accordo tra le parti, in quanto andavano a modificare l'oggetto del contratto²⁸⁶.

Da un'interpretazione letterale del settimo comma sembrerebbe che, il prestatore che continui a svolgere le mansioni superiori, si manifesti implicitamente concorde all'assegnazione definitiva, e quindi escluda la propria contrarietà alla progressione di carriera. In realtà la diversa volontà del lavoratore si riferisce non tanto allo svolgimento delle mansioni superiori, ma all'accettazione degli effetti legali ad esse correlati²⁸⁷.

Il co. 7 deve essere interpretato alla luce dell'ultimo comma, il quale stabilisce la nullità di ogni patto contrario alla disciplina legale, ad eccezione di quanto stabilito al secondo, quarto e sesto comma: pertanto la stipulazione di un accordo in deroga al settimo comma è affetto dal vizio di nullità²⁸⁸. Qualora quindi il lavoratore esprima la propria volontà contraria al

²⁸⁵ CASIELLO, *Le mansioni superiori*, in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni* prima e dopo il Jobs Act, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pag. 123.

²⁸⁶ V. par. 2.2.4.1.

²⁸⁷ VOZA, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 262/2015, pag. 16.

²⁸⁸ BROLLO, Disciplina delle mansioni (art. 3) in (a cura di) CARINCI, Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 84;

momento dell'assunzione o in costanza di rapporto non si tratterebbe di una rinunzia/transazione, ma di un patto in deroga a modifica dell'oggetto del contratto. Laddove invece il lavoratore manifestasse il proprio volere contrario, dopo aver svolto le mansioni superiori per l'intero periodo stabilito dalla contrattazione o, in mancanza, dalla legge, il rifiuto costituirebbe una rinunzia a un diritto maturato dal lavoratore ²⁸⁹.

Altra parte della dottrina²⁹⁰ ritiene invece che l'importanza attribuita dalla legge alla volontà del prestatore sia un chiaro segnale a favore della tesi secondo la quale la *ratio* del Legislatore è di rendere disponibile il diritto alla promozione, non dovendo perciò operare l'inderogabilità stabilita dall'ultimo comma della disposizione. Il lavoratore ha pertanto la possibilità di manifestare la propria volontà difforme in qualsiasi momento, sia prima, che durante, che al termine dell'assegnazione.

È però evidente la mancanza di «qualsiasi meccanismo d'integrità del consenso prestato dal lavoratore»²⁹¹. Mentre in passato la giurisprudenza attorniava la manifestazione di volontà contraria del prestatore di alcuni limiti e contemperamenti, ora la norma non stabilisce alcun tipo di garanzia attorno alla sincerità del rifiuto, come invece fa con il patto di demansionamento da stipularsi esclusivamente presso le sedi protette (co. 6). È auspicabile un intervento da parte della contrattazione collettiva per chiarire e/o integrare quanto stabilito dalla legge.

In conclusione, per la maggior parte della dottrina, la volontà contraria è esprimibile quindi soltanto una volta maturato il diritto alla promozione, esprimibile attraverso una rinunzia, a norma dell'art. 2113 c.c..

Il lavoratore non può invece rinunciare al «trattamento corrispondente all'attività svolta» (co. 7, primo periodo), a meno che non venga pattuito diversamente ricorrendo alle sedi protette, poiché la «diversa volontà del lavoratore» si riferisce all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori e non alle attività lavorative già svolte in precedenza²⁹².

GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 16.

²⁸⁹ VOZA, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 262/2015, pag. 16.

²⁹⁰ ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pagg. 352-353.

²⁹¹ VOZA, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 262/2015, cit. pag. 16.

²⁹² VOZA, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 262/2015, pagg. 16-17.

3.7. <u>L'obbligo formativo</u>

Il Legislatore stabilisce inoltre che la modifica delle mansioni debba essere accompagnata, ove necessario, dall'assolvimento di un obbligo formativo (co. 3).

È da chiedersi se tale obbligo debba configurarsi per tutte le tipologie di mutamento di mansioni contenute nella norma o soltanto per alcune di esse. La sua collocazione dopo il secondo comma, senza alcuna precisazione sulla portata applicativa, potrebbe dare l'idea che l'obbligatorietà della formazione sussista soltanto nelle modifiche *in pejus* previste al co. 1 e co. 2²⁹³; in realtà per alcuni²⁹⁴ è da preferirsi un'interpretazione estensiva poiché la nuova disciplina, ampliando notevolmente le mansioni esigibili, necessita di un'adeguata ponderazione, dovendo perciò sussistere l'obbligo formativo anche nelle altre tipologie di assegnazione, e cioè anche nei casi di adibizione a mansioni inferiori, a norma dei co. 4 e 6, nonché a mansioni di pari livello e di livello superiore, «dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria»²⁹⁵. Le parti potrebbero anche decidere di regolare nell'accordo in deroga, previsto al sesto comma, gli aspetti riguardanti la formazione del lavoratore²⁹⁶.

Quasi la totalità della dottrina ritiene che l'obbligo formativo gravi sul datore di lavoro, anche se per la norma il mancato adempimento non determina comunque «la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni». Non è perciò prevista alcuna sanzione di nullità e per alcuni²⁹⁷ ciò sottintende un quasi implicito annullamento dell'efficacia della disposizione, poiché «un obbligo che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo». Una più ristretta parte della dottrina²⁹⁸ invece, fa ricadere l'obbligo in capo al lavoratore, la cui inosservanza configura un inadempimento della prestazione; in capo al datore di lavoro invece ricade un

116

²⁹³ Posizione condivisa da F. Liso (Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pag. 12).

²⁹⁴ BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 85-86.

²⁹⁵ AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel D.Lgs. n. 81 del 2015*, Diritti Lavori Mercati, 3/2015, cit. pag. 14.

²⁹⁶ VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c.*, Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, pag. 9.

²⁹⁷ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 10.

²⁹⁸ LISO, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, pag. 13.

mero onere di fornire la formazione quando essa appaia necessaria per lo svolgimento delle nuove mansioni.

La questione può essere risolta soltanto attraverso un intervento della contrattazione collettiva, mentre fino a quel momento la formazione rimane qualificabile non come un obbligo, bensì soltanto come un mero onere in capo al datore di lavoro, da assolvere quando la modifica delle mansioni necessiti di una nuova professionalità²⁹⁹.

La successiva analisi prenderà in considerazione la circostanza, condivisa dalla stragrande maggioranza della dottrina, secondo la quale l'obbligo di formazione ricade sul datore di lavoro.

La necessarietà della formazione si raffigura nelle situazioni in cui il lavoratore non dispone delle adeguate competenze necessarie per portare a termine le nuove mansioni: se il lavoratore possegga o meno tali abilità lo accerterà ex ante il datore di lavoro ed ex post il giudice, il quale dovrà verificare la sussistenza di un reale obbligo di formazione³⁰⁰. Laddove manchi in tutto o in parte tale formazione, ritenuta invece necessaria, non potranno essere imputati al dipendente gli errori commessi nell'esecuzione della prestazione assegnatagli e nemmeno l'inadempimento potrà essere oggetto di sanzione disciplinare, poiché costituisce causa a lui non imputabile a norma dell'art. 1218 c.c.. Egli inoltre non risponderà nemmeno in via risarcitoria degli eventuali danni procurati al datore di lavoro. Nel caso il prestatore venisse licenziato per inadempimento, egli potrà pertanto essere reintegrato e di conseguenza il licenziamento risulterà illegittimo³⁰¹. Il prestatore potrà inoltre³⁰²:

proporre istanza di autotutela per inadempimento agli obblighi di sicurezza ai sensi dell'art. 2087 c.c. e dell'art. 37 D.Lgs. n. 81/2008, qualora lo svolgimento dei compiti senza un'adeguata formazione costituisca un pericolo per la sua integrità fisica o per quella di altri lavoratori;

²⁹⁹ GRAMANO, *La riforma della disciplina dello Jus Variandi* in ZILIO GRANDI, BIASI (a cura di) Commentario breve alla riforma "Jobs Act", Cedam, 2016, pagg. 553-554.

³⁰⁰ PISANI, Lo Jus Variandi, la scomparsa dell'equivalenza, il ruolo dell'autonomia collettiva e la centralità della formazione del nuovo art. 2103 c.c., Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pag. 1138.

³⁰¹ Art. 18, co. 4, L. n. 300/1970 e art. 3, co. 2, D.Lgs. n. 23/2015.

³⁰² PISANI, Lo Jus Variandi, la scomparsa dell'equivalenza, il ruolo dell'autonomia collettiva e la centralità della formazione del nuovo art. 2103 c.c., Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 1136-1137; ZOLI, La disciplina delle mansioni in FIORILLO, PERULLI (a cura di), Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pagg. 347-348.

- chiedere in sede di giudizio che l'imprenditore venga condannato all'adempimento dell'obbligo di prestazione;
- adire l'azione di adempimento in via d'urgenza, a norma dell'art. 1453 c.c., con lo scopo di evitare eventuali conseguenze a lui pregiudizievoli;
- rassegnare le dimissioni per giusta causa.

Egli avrà poi la possibilità di chiedere un risarcimento del danno subito non solo di natura patrimoniale, derivante dallo svuotamento del precedente "saper fare" e dalla conseguente perdita della possibilità di acquisire nuove capacità professionali, ma anche di natura non patrimoniale e quindi correlato all'integrità psicofisica, alla salute, all'immagine e alla vita di relazione del lavoratore, nonché alla sua dignità³⁰³. Ricadrà su di lui l'onere di dimostrare il nesso causale tra pregiudizio subito e mancata formazione³⁰⁴.

Il lavoratore tuttavia dovrà necessariamente partecipare alle iniziative di formazione, altrimenti potrà essere oggetto di una sanzione disciplinare per inosservanza delle disposizioni impartite dall'imprenditore, ma non in relazione alla prestazione principale, bensì con riferimento all'attività di formazione 305. Per alcuni 306 la condotta negligente del dipendente durante l'*iter* formativo e il conseguente rifiuto a svolgere le nuove mansioni potrebbe provocare, oltre che un procedimento disciplinare, anche il licenziamento, dovendo però commisurare l'entità della sanzione alla gravità della condotta. Il lavoratore potrà tuttavia provare che il mancato adempimento non sia a lui ascrivile, ma che dipende dall'inadeguatezza delle iniziative di formazione o dall'eccessiva difformità delle mansioni rispetto alle sue abilità.

Nel caso in cui, nonostante la partecipazione alle proposte formative, il lavoratore non riesca a raggiungere l'obiettivo formativo, «si potrebbero ipotizzare gli estremi per un

118

³⁰³ PISANI, Lo Jus Variandi, la scomparsa dell'equivalenza, il ruolo dell'autonomia collettiva e la centralità della formazione del nuovo art. 2103 c.c., Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 1137-1138.

³⁰⁴ MENEGOTTO, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale, Working Paper di Adapt, 2016, pag. 25.

³⁰⁵ GARGIULO, *Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.,* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015, pag. 11.

³⁰⁶ TANI, *L'obbligo di formazione* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act,* Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 157-158.

licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per inidoneità professionale sopravvenuta»³⁰⁷.

Infine, rimane da chiedersi se l'obbligo di formazione nell'ambito dell'esercizio dello *Jus Variandi* ampli le possibilità di *repêchage* e quindi se gravi sul datore di lavoro l'onere di verificare l'esistenza di posizioni lavorative, anche di livello inferiore o completamente diverse da quelle svolte in precedenza, per evitare il licenziamento. Per alcuni³⁰⁸ l'onere di dover controllare l'esistenza di posizioni disponibili a cui adibire il lavoratore, anche a seguito dell'espletamento di un iter formativo, osta con l'art. 41 Cost. e cioè con il diritto dell'imprenditore di compiere scelte organizzative adeguate alle esigenze dell'impresa. Altri ancora³⁰⁹ ritengono che questo obbligo sia configurabile soltanto qualora, al fine di ricollocare il soggetto in una differente posizione lavorativa, il datore di lavoro non debba sopportare alcun onere di formazione, pertanto il lavoratore dovrà essere in grado di svolgere le nuove mansioni adoperando la professionalità maturata nella precedente fase lavorativa. Altri ancora³¹⁰ ritengono invece che la strada più corretta potrebbe essere quella di utilizzare le clausole generali di buona fede e correttezza per verificare se l'onere formativo sia compatibile con i normali costi di ristrutturazione.

È auspicabile inoltre un intervento della contrattazione collettiva, la quale avrà il compito di individuare mansioni omogenee e tra loro fungibili all'interno dello stesso livello d'inquadramento, in modo da permettere al dipendente, anche attraverso l'assolvimento dell'obbligo formativo, di essere assegnato a prestazioni con compiti diversi tra loro, senza che ciò comporti uno svuotamento della professionalità acquisita. Dovrà inoltre chiarire su chi ricada l'obbligo formativo e specificare le modalità attraverso le quali effettuare la formazione affinché l'obbligazione possa ritenersi assolta.

³⁰⁷ PISANI, Lo Jus Variandi, la scomparsa dell'equivalenza, il ruolo dell'autonomia collettiva e la centralità della formazione del nuovo art. 2103 c.c., Argomenti di diritto del lavoro, 2009, cit. pag. 1139.

³⁰⁸ TANI, *L'obbligo di formazione* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act,* Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 159-160.

³⁰⁹ MENEGOTTO, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale, Working Paper di Adapt, 2016, pagg. 30-31.

³¹⁰ IANNIRUBERTO, *Il mutamento di mansioni nel D.Lgs. 81/2015*, Il diritto del mercato del lavoro, 3/2016, pagg. 545-546.

3.7. Il trasferimento del lavoratore 311

Con il nuovo art. 2103 c.c. la disciplina del trasferimento viene ripresa integralmente e senza alcuna modifica (al di fuori della sostituzione letterale iniziale di «Egli» con «Il lavoratore») in un comma autonomo (l'ottavo), in perfetta continuità con la precedente formulazione statutaria del '70.

La disciplina rimane invariata per natura, presupposti e sanzioni. D'altronde la legge di delegazione non prevedeva una revisione dell'istituto del trasferimento, ma di quello delle mansioni, anche se situati all'interno dello stesso articolo. Ciò però non vuol dire che non sia necessario un riassetto della disciplina del trasferimento per chiarirne i già tanto discussi, da dottrina e giurisprudenza, requisiti procedurali³¹².

Attualmente sorgono dubbi, come già riscontrato nel precedente capitolo analizzando la "vecchia" normativa, in particolare con riferimento:

- all'obbligo, in capo al datore di lavoro, di comunicazione dei motivi alla base del trasferimento;
- al regime sanzionatorio da applicare nel caso di difetto di comunicazione;
- alla comprovazione delle ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Infine, come in precedenza, ogni accordo contrario a quanto stabilito con riferimento al trasferimento è affetto dalla sanzione di nullità previsto all'ultimo comma della disposizione.

3.8. L'erosione della nullità dei patti contrari

All'ultimo comma (il nono), il Legislatore stabilisce la nullità di qualsiasi patto contrario alla disciplina legale contenuta all'art. 2103 c.c., «salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma».

L'inciso, di derivazione statutaria, era stato inserito al secondo comma della previgente disposizione con lo scopo di rimediare alle problematiche derivanti dalla formulazione originaria del '42 dell'art. in analisi. Quest'ultimo, seppur tutelando la posizione sostanziale del prestatore in azienda dal potere datoriale in capo all'imprenditore, non riuscì a

³¹¹ Per un'analitica esposizione della disciplina si rimanda al par. 2.2.5.

³¹² BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in (a cura di) CARINCI, *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pag. 88.

raggiungere il risultato sperato poiché, non essendo previste sanzioni di nullità per i patti difformi alla disciplina legale, era possibile apportare modifiche peggiorative a danno del lavoratore procedendo per altra via rispetto a quanto stabilito dalla legge.

Anche prima della revisione operata dal recente art. 3, D.Lgs. n. 81/2015, la portata dell'inderogabilità all'art. 2103 c.c. era stata notevolmente ridimensionata da numerose leggi speciali e da orientamenti giurisprudenziali, con lo scopo di proteggere interessi diversi e ritenuti prioritari rispetto alla tutela della professionalità, come la salute o la salvaguardia dell'occupazione³¹³.

Il Legislatore quindi, sulla scia delle esperienze passate, ha ridotto la portata delle sanzioni di nullità prevedendo, direttamente all'interno della disciplina legale delle mansioni, tre possibilità attraverso le quali derogare alla nullità prevista dal nono comma e modificare *in pejus* le mansioni convenute:

- 1. nei casi in cui la modifica è disposta unilateralmente dall'imprenditore (co. 2);
- 2. quando la contrattazione prevede ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori (co. 4);
- 3. con la stipulazione di un patto individuale, a specifiche condizioni (co. 6).

Oltre che con accordi individuali e con l'esercizio del potere di *Jus Variandi* unilaterale in capo al datore di lavoro, è possibile pertanto derogare alla disciplina legale anche attraverso la stipula di accordi collettivi. Gli unici contratti collettivi autorizzati sono quelli compresi all'interno del già citato art. 51, D.Lgs. n. 81/2015³¹⁴.

Infine, nel caso di modifiche migliorative per la tutela della professionalità del lavoratore, si ritiene che non operi la sanzione di nullità. È il caso in cui per esempio le autonomie collettive decidano di mutare le mansioni del lavoratore riducendo il potere unilaterale del datore di lavoro, con lo scopo di «preservare la compatibilità della complessiva disciplina delle mansioni con i principi costituzionali»³¹⁵.

³¹³ V. par. 2.2.6.

³¹⁴ «1. Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

Pantano, Le modifiche consensuali dell'oggetto del contratto e la tutela della professionalità in Gramano, Zilio Grandi (a cura di), La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 99-100.

- CAPITOLO 4 -

La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego

4.1. L'evoluzione storico-normativa della disciplina

La disciplina delle mansioni ha rappresentato da sempre uno dei principali elementi di diversificazione tra lavoro pubblico e privato e ciò è giustificato dai contrapposti principi ispiratori alla base delle differenti normative: da una parte, nel settore privato, la regolamentazione è orientata al principio di effettività e cioè a riconoscere un ruolo preminente alle mansioni svolte rispetto a quelle formalmente attribuite al prestatore; dall'altra parte, nel pubblico, l'inquadramento formale ha la meglio sulle mansioni di assunzione, con prevalenza quindi della forma sulla sostanza. ³¹⁶. Tale diversa impostazione è giustificata da alcuni fattori che caratterizzano l'organizzazione del settore pubblico e cioè dal rispetto del numero di posti in organico e dalla necessità di copertura finanziaria delle spese del personale al fine di monitorare l'andamento della spesa pubblica, nonché dalla presenza del concorso quale mezzo unico di selezione del personale. Tutto ciò perché la Pubblica Amministrazione ha l'obbligo di perseguire interessi di carattere generale che non possono essere liberamente determinati dalle parti³¹⁷.

Mentre in passato il pubblico impiego era disciplinato da una normativa speciale, con il passare del tempo, grazie ad un continuo processo di rinnovamento della Pubblica Amministrazione, il settore pubblico è stato oggetto di interventi atti a ridurre le differenze tra l'impiego pubblico e quello privato.

In particolare, in ordine cronologico, il D.P.R. n. 3/1957, contenente il T.U. degli impiegati civili dello Stato, all'art. 31 prevedeva che l'impiegato dovesse svolgere le funzioni che corrispondevano alla propria qualifica di appartenenza e che, qualora vigessero particolari esigenze di servizio, egli potesse essere momentaneamente adibito a mansioni di altra

³¹⁶ PECORARO, *La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico, tra equivalenza formale e sostanziale*, Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2/2011, pagg. 219-220.

³¹⁷ PECORARO, *La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico, tra equivalenza formale e sostanziale*, Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2/2011, pagg. 225-226.

qualifica, seppur all'interno della stessa carriera di appartenenza. La norma tuttavia non stabiliva che nel caso di adibizione a mansioni superiori il dipendente avesse il diritto di percepire un trattamento retributivo diverso (e superiore) da quello percepito nella qualifica di appartenenza. Inoltre tali impiegati civili erano inquadrati in quattro carriere, ciascuna delle quali conteneva una serie di qualifiche a cui corrispondevano mansioni differenti; alle carriere era possibile accedere per la prima volta attraverso un concorso e in seguito tramite promozione.

In seguito, con la L. n. 312/1980 («Nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato») e con gli artt. 17 e 18 della L. n. 93/1983 (Legge quadro sul pubblico impiego) vennero istituite le c.d. "qualifiche funzionali" con l'obiettivo di delimitare la qualità della prestazione dovuta. All'interno delle qualifiche si trovavano delle sottodivisioni meno ampie, i c.d. "profili professionali", a loro volta suddivisi in base alle mansioni svolte. Con l'adozione di questo nuovo criterio non si ottennero però i risultati sperati poiché gli interventi di legge, atti a regolare il sistema d'inquadramento, non tenevano adeguatamente conto delle concrete mansioni svolte dai lavoratori.

Successivamente, con il D.Lgs. n. 29/1993 ebbe inizio il processo di privatizzazione del pubblico impiego, poi proseguito con il D.Lgs. n. 80/1998. Con la prima riforma venne superato il sistema delle qualifiche funzionali a favore di un criterio maggiormente aderente alle attività in concreto oggetto della prestazione e cioè alle mansioni effettivamente svolte. Il lavoratore doveva quindi inizialmente svolgere le attività per le quali era stato assunto, potendo in seguito essere adibito anche alle mansioni ritenute equivalenti «nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi» ³¹⁸ alle mansioni considerate di livello superiore, senza però che ciò comportasse la percezione di un trattamento economico corrispondente all'attività svolta³¹⁹. Viene in questo modo per la prima volta introdotto anche nel settore pubblico il concetto di equivalenza come parametro delimitativo per l'esercizio del potere di *Jus Variandi* orizzontale e la contrattazione collettiva inizia a rivestire un ruolo preponderante nella sua definizione. Infine, con l'art. 15, D.Lgs. 387/1998 vennero introdotte

³¹⁸ Art. 25 D.Lgs. n. 80/1998 in sostituzione dell'art. 56 D.Lgs. n. 29/1993.

³¹⁹ In realtà l'art. 57 D.Lgs. n. 29/1993 prevedeva che in alcuni casi la temporanea adibizione a mansioni di livello superiore dovesse essere accompagnata da un trattamento retributivo corrispondente. La norma in questione però non entrò mai in vigore e venne abrogata dall'art. 47 D.Lgs. n. 80/1998.

definitivamente anche le differenze retributive spettanti per l'assegnazione a mansioni superiori.

Da ultimo, in materia di pubblico impiego ed in particolare con riferimento alla disciplina delle mansioni, venne introdotto l'art. 52 D.Lgs. 165/2001 (T.U. per i lavoratori alle dipendenze della pubblica amministrazione) il quale regola le mansioni nel personale pubblico, ad esclusione dei dirigenti pubblici³²⁰. Tale disposizione venne in seguito modificata dalla c.d. "legge Brunetta" nel 2009 e dal D.P.R. 16 aprile 2013, n. 70. Questa disposizione tuttora in vigore sarà oggetto dell'analisi nei successivi paragrafi.

4.2. L'attuale disciplina delle mansioni nel pubblico impiego

A grandi linee, l'art. 52 D.Lgs. 165/2001³²¹ stabilisce che il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o, in alternativa, a mansioni ad esse equivalenti

³²⁰ Per essi vige l'art. 19 D.Lgs. 165/2001.

³²¹ «1. 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 ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.

¹⁻bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività' svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore.

^{2.} Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore:

a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4;

b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza.

^{3.} Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni.

^{4.} Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di

appartenenti alla stessa area di inquadramento o corrispondenti alla qualifica superiore successivamente acquisita tramite procedure di selezione. È possibile poi l'adibizione a mansioni della qualifica superiore nel caso in cui sia giustificato da esigenze di servizio ed il prestatore ha il diritto a godere del trattamento economico di detta qualifica.

4.2.1. La contrattualità delle mansioni

Il Legislatore, riprendendo l'art. 2103 c.c., dispone che il prestatore deve essere adibito alle mansioni di assunzione sancendo così, anche per il pubblico impiego, il principio della contrattualità delle mansioni.

Mentre in passato prevaleva la concezione che il contratto di lavoro dovesse essere concepito come un atto amministrativo unilaterale della Pubblica Amministrazione, con il trascorrere del tempo questa visione è stata sostituita da un'altra più aderente alla normativa delle mansioni del settore privato che predilige la consensualità come elemento costitutivo del rapporto lavorativo e d'incontro della volontà delle parti. La Costituzione all'art. 97 dispone che il personale debba essere reclutato tramite concorso, ma ciò non si riferisce al momento costitutivo del rapporto di lavoro, ma alla fase preassuntiva. Il momento negoziale e costitutivo avverrà invece o con l'accettazione della proposta di assunzione, formulata dalla Pubblica Amministrazione, da parte del soggetto vincitore del concorso oppure, se il bando al concorso è formulato come offerta al pubblico (art. 1336 c.c.), con la vincita del concorso stesso³²².

Come per le mansioni nel settore privato, anche in questo caso non necessariamente tutte le variazioni rispetto a quanto inizialmente pattuito sono da considerarsi esercizio del potere

novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti.

^{5.} Al fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggiore onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave.

^{6.} Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazioni della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore».

³²² PISANI, *La regola dell'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pag. 51.

di *Jus Variandi*, in quanto all'interno del tipo di attività o del modello di prestazione³²³ potrebbero esservi ricompresi anche quei compiti che, seppur non previsti espressamente nel contratto di lavoro, rientrano tra quelli di assunzione, in virtù della loro unitarietà e tipicità ambientale. Pertanto le modifiche attuate all'interno di questo perimetro sono da considerarsi esercizio del potere direttivo del datore di lavoro³²⁴. È infatti da riproporsi interamente il dibattito affrontato in precedenza³²⁵ in merito all'inserimento del potere in capo al datore di lavoro di mutare l'attività inizialmente convenuta o all'interno dello *Jus Variandi* o del normale potere direttivo/di conformazione: accettando la seconda alternativa le mansioni equivalenti rientrerebbero pertanto all'interno di quelle di assunzione.

Inoltre, sempre come nell'impiego privatizzato, non è detto che i compiti vengano analiticamente specificati all'interno di quanto inizialmente convenuto, ma in molti casi è indispensabile ricorrere ad un rinvio alla qualifica o al profilo professionale individuato dalla contrattazione collettiva. Anche se ormai il termine qualifica può essere considerato un sinonimo di mansioni, non sempre però si è comunque in grado di descrivere i profili in maniera puntuale, dovendo pertanto ricorrere a dati di esperienza o di tipicità ambientale al fine di individuare le mansioni esigibili dal lavoratore³²⁶.

4.2.2. La mobilità orizzontale e il criterio di equivalenza

Il Legislatore, al primo comma dell'art. 52 in analisi, dispone che il lavoratore debba essere adibito, in alternativa alle mansioni di assunzione, «alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento». Pertanto, rispetto alla formulazione iniziale, con le modifiche apportate nel 2009 dal c.d. "Decreto Brunetta" le mansioni equivalenti non sono più quelle ricomprese «nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi», anche se rimane implicito il riferimento ad essi, in quanto le aree d'inquadramento sono in ogni caso individuate dalla contrattazione 328.

³²³ Per individuare il modello di prestazione bisogna innanzitutto prendere come punto di riferimento il contratto di lavoro individuale e in seguito i contratti collettivi, i quali devono necessariamente indicare la qualifica e le mansioni di assunzione corrispondenti.

³²⁴ GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, pag. 285.

³²⁵ V. par. 2.2.1.1. e 2.2.1.2.

³²⁶ GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, pagg. 115-117.

³²⁷ D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

PECORARO, *La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico, tra equivalenza formale e sostanziale*, Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2/2011, pagg. 246-252.

Per quanto attiene al ruolo del Giudice nel definire i parametri entro i quali il criterio dell'equivalenza è correttamente espletato, esso cambia a seconda dell'interpretazione che viene data alla norma e cioè se con essa il Legislatore avesse voluto demandare in via del tutto esclusiva la questione alla contrattazione collettiva o se invece il criterio dell'equivalenza debba considerarsi sancito dalla legge e poi integrato e precisato dalla contrattazione. Se si opta per la prima interpretazione, il Giudice non ha la facoltà di sindacare le scelte organizzative disposte in base a quanto stabilito dalle parti sociali; d'altra parte, qualora si optasse per la seconda interpretazione, il Giudice avrebbe il compito di verificare il rispetto del criterio legale da parte della contrattazione. La soluzione più corretta e preferita da giurisprudenza e dottrina appare senz'altro la prima, lasciando pertanto all'autonomia collettiva l'intera definizione della materia³²⁹. Ciò è da ritenersi corretto in quanto la contrattazione ha il compito di contemperare le esigenze, talvolta contrapposte, dei lavoratori e della Pubblica Amministrazione e di ridurre l'incertezza dovuta al soggettivismo giudiziario. Un'eventuale soluzione negativa a questa integrale devoluzione alle autonomie collettive potrebbe riscontrarsi nel caso in cui nei contratti venisse espressamente esclusa l'applicabilità della regola dell'equivalenza o qualora non venisse stabilito nulla a riguardo. Ciò, in realtà, non dev'essere considerato un problema, in quanto la contrattazione, a fronte della propria discrezionalità, potrebbe non aver ritenuto indispensabile alcuna forma di mobilità.

Nell'art. 52 manca anche un riferimento alle «ultime mansioni effettivamente svolte», formulazione che nel settore privato rappresenta un fattore che assicura una sorta di continuità tra le vecchie e le nuove mansioni. D'altra parte però, ritenere che la mancanza di tale formulazione comporti uno sganciamento totale delle nuove mansioni da quelle esercitate in precedenza, è da reputarsi errato poiché spetterà, anche per questo aspetto, alla contrattazione collettiva stabilire la rilevanza del giudizio di equivalenza rispetto alle mansioni precedenti³³⁰. Il Giudice pertanto, nel momento in cui dovrà valutare il rispetto del principio di equivalenza, non dovrà tenere conto del percorso professionale del lavoratore, ma soltanto

³²⁹ PISANI, *La regola dell'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 67-69.

³³⁰ PISANI, *La regola dell'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 73-75.

dell'appartenenza delle nuove mansioni all'interno di quelle previste dall'autonomia collettiva³³¹.

Alla luce di quanto affermato, il concetto di equivalenza adottato per il pubblico impiego, al contrario di quanto stabilito dall'art. 2103 c.c. per l'impiego privato, è da ritenersi "formale", in quanto il Giudice non può sindacare né la corrispondenza tra le mansioni precedenti e quelle attuali, né può intervenire su quanto stabilito dai contratti collettivi in merito al concetto di equivalenza formale tra le mansioni³³². Tale impostazione è condivisa anche dalla Suprema Corte di Cassazione³³³ poiché anch'essa conferisce al concetto di equivalenza una connotazione esclusivamente formale, ammettendo la possibilità di esercizio dello Jus Variandi soltanto all'interno dell'inquadramento individuato dalla contrattazione. Ella ribadisce poi la non rilevanza delle mansioni concretamente svolte e il ruolo del Giudice nella risoluzione della controversia. Pertanto la professionalità oggetto di tutela non è tanto quella acquisita dal prestatore nella fase pregressa della relazione lavorativa, dove ha potuto maturare delle capacità e conoscenze ora in suo possesso (criterio soggettivo), ma è da ricercarsi piuttosto nell'insieme delle conoscenze e competenze maturate per poter adempiere alle nuove mansioni a cui il lavoratore è stato adibito a seguito della modifica (criterio oggettivo). La Corte afferma quindi che «condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano considerarsi equivalenti è la mera previsione in tal senso della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita». Dello stesso parere è anche un'altra più recente sentenza, la quale esclude l'applicabilità dell'art. 2103 c.c. e del concetto di "professionalità acquisita" al pubblico impiego, ribadendo infine anche la distinzione tra criterio soggettivo e oggettivo analizzata in precedenza³³⁴.

In realtà, più che il mero accertamento da parte del Giudice sul solo criterio oggettivo, ciò che potrebbe mettere a rischio la professionalità del lavoratore è l'effettiva capacità delle autonomie contrattuali di essere in grado di svolgere il proprio lavoro, conferito dallo stesso Legislatore, e cioè di saper creare dei sistemi di classificazione articolati e capaci di sapersi adattare al mutevole contesto socio-organizzativo. La contrattazione collettiva a tal proposito

RAINERI, Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di fatto di mansioni superiori e demansionamento, Rassegna Avvocatura Stato, 4/2014, pag. 221.

RAINERI, Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di fatto di mansioni superiori e demansionamento, Rassegna Avvocatura Stato, 4/2014, pag. 220.

³³³ Cass., 21 maggio 2009, n. 11835.

³³⁴ Cass., 25 novembre 2013, n. 26285.

non ha finora adottato un atteggiamento abbastanza coraggioso, introducendo formule abbastanza ambigue in riferimento al criterio dell'equivalenza: per esempio il CCNL Ministeri e Parastato stabilisce che «ogni dipendente è tenuto a svolgere le mansioni considerate equivalenti nel livello economico di appartenenza», mentre il CCNL Regioni e Autonomie Locali prevede che «tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili». Talvolta la contrattazione, come nel caso del CCNL Sanità, non stabilisce addirittura espressamente nulla al riguardo. Attraverso tali formulazioni - se presenti - i contratti rimettono la questione nelle mani del Giudice, il quale è stato e sarà costretto, al fine di stabilire la liceità delle modifiche, a dover specificare il parametro dell'equivalenza e tutto ciò contrariamente al volere del Legislatore e alla ratio della norma. In realtà, seguendo la prassi giurisprudenziale, due mansioni, più che collocarsi allo stesso livello di classificazione, per risultare equivalenti devono appartenere alla stessa "area professionale", concetto più ristretto rispetto a quello dell'inquadramento³³⁵. Con le modifiche apportate all'art. 52 e cioè con l'introduzione del comma 1-bis aggiunto dalla legge Brunetta del 2009³³⁶, è stato stabilito che i dipendenti pubblici (ad esclusione dei dirigenti) debbano essere inquadrati in almeno tre aree professionali, confermando la classificazione utilizzata dai contratti collettivi precedenti, i quali avevano suddiviso gli inquadramenti in tre o quattro aree professionali. La novità introdotta attraverso questa modifica è che il numero minimo viene fissato dalla legge e non più dalle autonomie contrattuali.

4.2.3. La mobilità verticale

4.2.3.1. <u>La temporanea adibizione a mansioni superiori</u>

Al secondo comma dell'art. in analisi il Legislatore ha stabilito che il lavoratore pubblico possa essere adibito temporaneamente «a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore» qualora ricorrano «obiettive esigenze di servizio», ma solamente in due ipotesi tassative:

³³⁵ PISANI, *La regola dell'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 70-72.

³³⁶ Art. 52, co. 1-bis modificato da D.Lgs. 150/2009.

- nel caso in cui vi sia vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili
 fino a dodici, ma solo se nel frattempo siano iniziate le procedure per la copertura dei
 posti e non si siano ancora concluse;
- 2. nel caso in cui il dipendente pubblico si trovasse a sostituire un lavoratore con diritto alla conservazione del posto, esclusa la possibilità di assenza per ferie, per tutta la durata dell'assenza.

Con riferimento alla prima ipotesi è innanzitutto opportuno sottolinearne la sua scarsa applicabilità dato l'attuale stato di stallo del turn over nella Pubblica Amministrazione, la quale limita, quando non impedisce, ogni tipo di provvedimento sulla dotazione di organico degli enti³³⁷. Al quarto comma viene poi stabilito che nel caso in cui il lavoratore venisse impiegato per rimediare a vacanze di posti in organico è necessario, nell'immediatezza o entro novanta giorni dalla data in cui sono state attribuite al dipendente le suddette mansioni, avviare le procedure per la copertura dei posti vacanti. In merito a tale questione si rinviene uno scarso coordinamento tra il succitato quarto comma e il secondo in analisi e di conseguenza anche tra le decisioni disposte a livello periferico e quelle prese a livello centrale, poiché, nonostante sia il dirigente a operare le opportune scelte riguardo all'utilizzo del personale in relazione alle esigenze organizzative (e quindi a livello decentrato), l'indizione di un concorso è stabilita a livello centrale. Il Legislatore, consapevole dell'esigenza di un miglior raccordo tra gli uffici, nel 2009 ha cercato di ridimensionare la portata di questo mancato coordinamento, seppur non intervenendo direttamente sul tema, ma ampliando le funzioni dei dirigenti e consentendogli nuove opportunità di utilizzo professionale del personale³³⁸. Infine, qualora la procedura per la copertura dei posti vacanti fosse avviata a seguito dei novanta giorni previsti, a discapito di quanto stabilito dal quarto comma, ma comunque all'interno dei sei mesi previsti dal secondo comma, ci si troverebbe dinnanzi a una adibizione non compresa tra le ipotesi disciplinate al comma 2 e quindi soggetta a nullità, anche se il dipendente manterrebbe in ogni caso il diritto

GARGIULO, La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pag. 184.

ESPOSITO, Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico in (a cura di) CARABELLI, CARINCI, Il lavoro pubblico in Italia, Cacucci Editore, 2010, pag. 173. V. artt. 38 e 39, D.Lgs. n. 165/2001.

di vedersi corrispondere le differenze retributive; il dirigente inoltre potrebbe incorrere in eventuali sanzioni di responsabilità³³⁹.

Con riferimento alla seconda ipotesi, per poter accedere temporaneamente alla qualifica immediatamente superiore, non v'è ragione per non accogliere la medesima interpretazione adottata per l'art. 2103 c.c. del concetto di assenza e pertanto non può ritenersi assente colui che svolge la propria prestazione non nel suo posto abituale, dovendosi perciò escludere dai casi di assenza la sostituzione "a cascata" o "a scorrimento"³⁴⁰.

In ogni caso, l'assegnazione a mansioni superiori disciplinata dal secondo comma deve essere temporanea, non potendosi configurare un mutamento definitivo dell'oggetto del contratto di lavoro. La modificazione temporanea può essere poi disposta soltanto con riferimento alla qualifica «immediatamente superiore», a differenza di quanto stabilito per il lavoro privato che non pone limiti ai "salti" classificatori. Pertanto, qualora ciò non fosse rispettato, scatterebbe la sanzione di nullità prevista al quinto comma, anche se, sempre a norma di tale comma, il lavoratore avrebbe comunque diritto alla «differenza di trattamento economico con la qualifica superiore».

Al terzo comma, il Legislatore ha poi chiarito cosa si debba intendere per svolgimento di mansioni superiori, risolvendo il problema delle mansioni promiscue verticali e cioè di quei casi in cui il lavoratore svolge promiscuamente, oltre a parte delle mansioni inferiori della propria qualifica, anche le mansioni superiori a cui è stato adibito. Egli ha previsto che, con riguardo all'art. in esame, per svolgimento di mansioni superiori si debba intendere «soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni». Il Legislatore ha quindi recepito, anche per il settore pubblico, l'orientamento giurisprudenziale adottato in quello privato secondo il quale per poter considerare tale un'assegnazione a mansioni superiori è necessario che essa sia "piena" e cioè che comporti, oltre allo svolgimento di dette mansioni, l'esercizio dei poteri e l'assunzione del livello di responsabilità e autonomia ricollegabili alle stesse. Qualora poi venissero svolti anche compiti di livello inferiore è indispensabile che le mansioni superiori risultino prevalenti rispetto ad esse, verificandone la continuità, la rilevanza e l'impiego

³³⁹ PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 727-728.

³⁴⁰ PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pag. 728.

temporale quotidiano³⁴¹. Nel caso in cui le mansioni superiori non presentassero tali caratteristiche, il lavoratore non avrà diritto alla retribuzione superiore, a differenza di quanto accade in mancanza dei fattori costitutivi che, a norma del quinto comma, non fanno venir meno il diritto alla retribuzione, seppur rendendo nulla l'assegnazione.

Infine è da chiedersi se il dirigente possa obbligatore il dipendente a svolgere mansioni superiori non prevalenti e cioè senza il diritto alla superiore retribuzione. Mentre nella formulazione precedente dell'art. 52 tale possibilità era espressamente prevista, in quella attuale non compare, ma risulta evidente che, qualora la contrattazione prevedesse che tra i compiti della qualifica ne rientrassero anche altri di livello superiore, tale soluzione non possa essere esclusa, come previsto anche per il settore privato con riferimento alle c.d. mansioni vicarie. È indispensabile però che lo svolgimento di tali compiti sia caratterizzato da straordinarietà o comunque temporaneità³⁴².

Con riferimento al trattamento economico, il Legislatore ha stabilito al quarto comma che il lavoratore abbia diritto «nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione», al trattamento economico superiore. Al quinto comma egli ha poi precisato che, anche al di fuori delle due ipotesi direttamente individuate al secondo comma, il dipendente debba comunque percepire «la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore», seppur dovendosi considerare nulla l'assegnazione a detta qualifica, ma ciò soltanto nel caso in cui l'attribuzione avvenga in modo prevalente a norma del terzo comma. Tale soluzione è in armonia con l'art. 36 Cost., il quale sancisce il diritto del lavoratore a percepire una retribuzione proporzionata qualitativamente e quantitativamente al lavoro svolto. In più, un elemento distintivo tra il co. 4 e co. 5 è che il quarto fa genericamente riferimento al diritto all'ottenimento del trattamento superiore, mentre il quinto afferma specificamente il diritto al trattamento economico. Da questa differenza, parte della dottrina ritiene che soltanto nel primo caso il dipendente abbia diritto, oltre al trattamento economico, anche a quello normativo, al contrario invece del secondo caso, anche se concretamente tale distinzione gode di un'operatività alquanto marginale³⁴³.

³⁴¹ PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 725-726; Cass. S.U., 11 dicembre 2007, n. 25837.

³⁴² PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 726-727.

³⁴³ PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 730-731.

Per quanto riguarda poi l'ipotesi di mancanza del provvedimento formale di assegnazione, e cioè il caso di esercizio "di fatto" delle mansioni superiori, il Legislatore non ha esplicitamente previsto nulla con riferimento alla percezione delle differenze retributive, poiché al quinto comma viene fatta salva la retribuzione soltanto nelle adibizioni in violazione delle due ipotesi previste dal secondo comma. Per la Corte Costituzionale la percezione di tali differenze retributive è da ritenersi obbligatoria a norma del già citato art. 36 Cost., dal momento che il trattamento corrispondente a quanto di fatto svolto è un principio «la cui applicabilità all'impiego pubblico non può essere messa in discussione» 344. Ciò però non deve tradursi in un inflessibile automatismo che permetta al lavoratore di percepire l'esatta retribuzione superiore, risultando invece sufficiente «un compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione della qualifica di appartenenza» 345.

La giurisprudenza ritiene infine che, contrariamente a quanto stabilito nel secondo comma, nel quinto non si parli di «qualifica immediatamente superiore» e che quindi anche nel caso in cui il dipendente venisse adibito a qualifiche superiori rispetto a quella immediatamente superiore, egli abbia comunque diritto al diverso trattamento economico sulla base dell'art. 36 Cost. e di conseguenza al diritto del lavoratore di vedersi corrispondere una retribuzione equa al lavoro svolto³⁴⁶. L'unica ipotesi, ritenuta di scuola, in cui sembrerebbe negarsi il diritto alla percezione del trattamento economico maturato è il caso di esecuzione di mansioni superiori all'insaputa o contro la volontà dell'Ente (c.d. *invito o prohibente domino*); in tutti gli altri casi matura sempre il diritto alla retribuzione superiore³⁴⁷.

Sempre al quinto comma la Legge afferma che il maggior onere economico a carico dell'Amministrazione debba essere imputato personalmente al dirigente che abbia disposto l'assegnazione, ma soltanto nel caso in cui abbia agito con dolo o colpa grave. Tali esimenti erano inizialmente riferiti all'atto attraverso il quale era stata disposta l'assegnazione, ma questa visione venne successivamente messa in discussione, in quanto tale atto, essendo espressione della volontà delle parti, non avrebbe mai, o quasi, comportato l'applicazione di queste cautele a favore del dirigente. È in realtà da ritenersi più corretta l'interpretazione secondo la quale la responsabilità del dirigente debba riferirsi non tanto all'atto

³⁴⁴ Corte Cost., 31 marzo 1995, n. 101.

³⁴⁵ Corte Cost., 25 luglio 1997, n. 273.

³⁴⁶ Cass., 25 ottobre 2004, n. 20692.

³⁴⁷ GARGIULO, La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pag. 185.

d'assegnazione, ma piuttosto al comportamento gestorio, dovendosi poi escludere la responsabilità nel caso in cui appaia giustificato da esigenze obiettive dell'Ente, al di fuori dei casi in cui abbia agito con imprudenza o per favoritismo³⁴⁸.

Infine, il sesto comma del presente art. 52 afferma che i contratti collettivi «possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4». In realtà l'ambito di applicazione di tale potere risulta abbastanza ristretto, poiché gli unici effetti a cui la contrattazione può derogare sono da ricercarsi nel trattamento retributivo. Per esempio, si potrebbero introdurre delle deroghe qualora si ritenesse che il dipendente non abbia ancora acquisito la superiore professionalità e ciò non entrerebbe in contrasto né con l'art. 36 Cost., in quanto la contrattazione creerebbe un nuovo livello intermedio di inquadramento, né con il principio di parità di trattamento, poiché la minor retribuzione verrebbe giustificata dal non completo ottenimento delle competenze proprie della qualifica superiore. Tutto ciò è ribadito dalla Corte Costituzionale e anche dalla Suprema Corte a Sezioni Unite³⁴⁹, le quali affermano, come già esposto in precedenza, che l'art. 36 Cost. non deve essere rigidamente applicato, ritenendosi adottato anche nei casi in cui venisse riconosciuto un compenso addizionale rispetto a quello spettante nella qualifica d'appartenenza. Di diverso atteggiamento è invece una recente sentenza della Cassazione³⁵⁰, la quale afferma che è da applicarsi letteralmente il quinto comma dell'art. 52 in analisi, dovendo perciò il lavoratore percepire l'intera differenza economica, senza lasciare alcun spazio alle deroghe introdotte dalla contrattazione.

4.2.3.2. La progressione di carriera

La differenza più evidente tra lavoro pubblico e privato è contenuta al primo comma del suddetto art. 52, il quale nel secondo periodo afferma l'irrilevanza dell'esercizio di fatto di mansioni non appartenenti alla propria qualifica «ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione» e di conseguenza non consente l'assegnazione definitiva alle nuove mansioni e nemmeno il diritto alla definitiva percezione del

³⁴⁸ PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 732-733.

³⁴⁹ Corte Cost., 25 luglio 1997, n. 273; Cass. S.U., 11 dicembre 2007, n. 25837.

³⁵⁰ Cass., 15 giugno 2015, n. 12334.

corrispondente trattamento economico³⁵¹. Nel settore privato invece il lavoratore gode del diritto di essere assegnato a mansioni superiori trascorso il periodo di tempo fissato dalla contrattazione o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi, a meno che ciò non accada al fine di sostituire un lavoratore con diritto alla conservazione del posto. Nel privato, tale meccanismo si basa sull'automatica modificazione delle mansioni iniziali a seguito del consolidamento e dell'ottenimento della posizione occupata, ma questo principio non può trovare accoglimento nel settore pubblico poiché il sistema è conformato all'art. 97, co. 4, Cost., il quale afferma che è possibile accedere agli impieghi pubblici soltanto attraverso il concorso, salvo eventuali deroghe prescritte dalla legge. Inoltre, ciò che ha impedito una completa integrazione tra normativa pubblica e privata è da ricercarsi nelle esigenze amministrative a monte nell'attribuzione delle mansioni e qualifiche e cioè da esigenze pubbliche di carattere generale (oltre che dalla necessità di controllare la spesa pubblica). Pertanto i due sistemi, in merito all'argomento in esame, trovano un punto d'incontro soltanto nel riconoscimento del diritto alla percezione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori svolte, anche se nel pubblico impiego ciò avviene solo temporaneamente.

L'unica modalità attraverso la quale è invece possibile ottenere la qualifica superiore in modo definitivo, e cioè al di fuori dai casi descritti al secondo comma, è tramite le «procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a)» e cioè attraverso concorso pubblico (art. 52, co. 1, primo periodo). Tale meccanismo viene salvaguardato al fine di evitare comportamenti "clientelari" nella gestione del personale. Prima delle modifiche apportate dal D.Lgs. 150/2009 all'art. 52, un'altra modalità per poter ottenere la qualifica superiore era per effetto di uno «sviluppo personale», separata dalle «procedure concorsuali o selettive» dalla disgiunzione «o». Tale formulazione era ambigua poiché sembrava che nel sistema fosse presente un doppio meccanismo per la progressione di carriera e che quindi fosse possibile ottenere la qualifica superiore anche attraverso modalità diverse dal concorso pubblico, come ad esempio attraverso uno sviluppo professionale ottenuto tramite la partecipazione a corsi di formazione, snaturando il significato e la portata del concorso stesso.

³⁵¹ Il Legislatore ribadisce il concetto all'ultimo comma affermando che «in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore».

Il D.Lgs. 150/2009 ha infine aggiunto il comma 1-bis all'art. 52, introducendo due modalità differenti per le progressioni di carriera a seconda che esse vengano realizzate all'interno della stessa area professionale o fra aree differenti:

- quelle all'interno della stessa area devono avvenire secondo principi di selettività e tenendo conto «delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti»;
- 2. fra aree differenti le progressioni devono avvenire tramite concorso pubblico, con la possibilità per l'Amministrazione Finanziaria di destinare al personale interno una riserva di posti fino al 50% di quelli messi a concorso, purché i lavoratori siano in possesso dei titoli di studio richiesti per l'ingresso dall'esterno. Una valutazione positiva ottenuta dal lavoratore per almeno tre anni rappresenta poi un elemento privilegiato per le progressioni economiche e per l'ottenimento dei posti riservati nei concorsi per accedere all'area superiore.

4.2.4. Il demansionamento

Nel lavoro privato, a norma dell'ultimo comma dell'art. 2103 c.c., ogni patto contrario alla disciplina emanata in tale articolo è nullo e di conseguenza le adibizioni a mansioni di livello inferiore non espressamente previste dalla normativa sono sottoposte a sanzione di nullità. Nell'art. 52, D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165 tale principio non è presente e ci si chiede quindi se possa essere trasposto e applicato anche nel pubblico impiego.

Per analizzare la questione è opportuno partire da due visioni interpretative contrapposte³⁵²: una che considera l'art. 52 come un sistema completo e un'altra che accoglie la possibilità di poter colmare la disposizione, nelle parti in cui essa non prevede espressamente nulla, con la normativa privatistica e cioè adottando l'art. 2103 c.c.. In sostanza:

1. la prima visione afferma che, non accogliendo la prospettiva che vede l'art. 52 come un sistema completo, si finirebbe per adottare una disciplina per "taglia e incolla" che colmerebbe gli spazi vuoti lasciati dal Legislatore ricorrendo a previsioni normative destinate a contesti organizzativi diversi. La scelta infatti di riprendere per alcuni aspetti

137

³⁵² GARGIULO, *La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego* in GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act*, Milano, Giuffrè Editore, 2016, pagg. 186-191.

la disciplina privatistica e di espungere alcune parti rappresenterebbe un chiaro segnale a favore di questa tesi poiché evidentemente il Legislatore ritenne che quelle parti fossero incompatibili al pubblico impiego. Adottare questa visione interpretativa vuol dire però "neutralizzare" quanto affermato dall'art. 2, co. 2, D.Lgs. 165/2001, analizzato al punto successivo;

2. la visione contrapposta invece si basa sul predetto art. 2, il quale afferma che l'applicazione del codice civile e delle leggi sui rapporti di lavoro subordinato dell'impresa è estesa ai rapporti di lavoro pubblici contrattualizzati, qualora in tale decreto non fossero contenute specifiche disposizioni che regolassero la materia differentemente. Il Legislatore infatti si fissò l'obiettivo di emanare una disciplina che tenesse conto delle necessità del pubblico impiego, seppur inserendosi per il resto all'interno della disciplina privatistica.

Infine, appare opportuno analizzare la questione da un altro punto di vista e cioè con riferimento al bene giuridico oggetto di tutela che nel caso del rapporto di lavoro è da ricercarsi nel rispetto della professionalità e della dignità della persona. Nel settore privato è pertanto prevista una sanzione di nullità per i patti contrari in quei casi in cui vengono lesi questi beni fondamentali, accogliendo però specifiche deroghe se consentite dalla legge o dalla giurisprudenza o se in presenza di diritti equivalenti o prevalenti. La stessa cosa vale, per la Cassazione³⁵³, anche per il pubblico impiego, nel quale è opportuno «confinare nell'area delle eccezioni gli accordi potenzialmente lesivi della dignità professionale del soggetto, "legittimandoli" soltanto quando il comportamento che conduce all'accordo avvenga rispetto a diritti considerati altrettanto se non più rilevanti nell'ordinamento».

In realtà probabilmente la vera soluzione sarebbe quella di riconoscere nel nostro ordinamento l'esistenza di veri e propri principi di carattere generale, operanti indipendentemente dalla presenza di richiami espressi, ed uno di questi è certamente il diritto alla tutela della professionalità dei lavoratori.

³⁵³ Cass., 12 giugno 2015, n. 12253.

- CONCLUSIONE -

Dall'analisi dell'evoluzione storica della normativa balza subito all'occhio l'atteggiamento ondivago del Legislatore. Le «esigenze dell'impresa», richiamate nella formulazione originaria dell'art. 2103., lasciano il posto, con la riscrittura apportata dallo Statuto, ad una maggior tutela della professionalità del lavoratore, per poi riemergere nell'attuale disciplina modificata dal *Jobs Act*. Ci troviamo pertanto di fronte ad un affievolimento delle garanzie concesse ai lavoratori e a una restituzione di potere al datore di lavoro, a discapito della professionalità dei prestatori.

Logiche strettamente economiche e spinte neoliberiste privilegiano esigenze organizzative e imprenditoriali a discapito della protezione del lavoratore. Quest'ultimo, visto il mutevole periodo storico, caratterizzato da una maggior competitività e concorrenza derivante dall'ormai consolidata globalizzazione, avrebbe bisogno di garanzie più marcate della propria posizione. D'altra parte però il contesto attuale giustifica anche il maggior potere che la nuova disciplina concede alle esigenze datoriali. Trovare un punto d'incontro tra queste due contrapposte necessità non è facile, ma appare evidente che la volontà del Legislatore è proprio quella di privilegiare le richieste organizzative di maggior flessibilità nella gestione della forza lavoro, a discapito della tutela dei lavoratori. Ciò è palese in particolare analizzando il sesto comma della disposizione: la Legge concede la possibilità di mutare la posizione sostanziale (concetto pre statutario) del lavoratore in azienda a garanzia di loro esigenze meritevoli di tutela e cioè l'interesse «alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Tali interessi tutelati sono molto vaghi e generali e, dato che appare evidente che gli accordi verranno stipulati soltanto in via peggiorativa (anche se la norma non lo stabilisce esplicitamente), sarebbe stato necessario fissare parametri più stringenti e vincolanti a garanzia dei soggetti coinvolti. In questo caso quindi l'interesse tutelato dalla norma è a garanzia dei lavoratori o risponde a esigenze datoriali? Dalla lettura del dettame letterale sembrerebbe che a prevalere siano le necessità dei prestatori, anche se in realtà, nonostante la garanzia della stipulazione presso le sedi protette a contrappeso, potrebbe accedere che il lavoratore si trovi costretto ad accettare le nuove mansioni (e anche la nuova categoria legale) con lo scopo di conservare il lavoro o, almeno in parte, la retribuzione.

Scompare poi il dibattuto parametro dell'equivalenza a garanzia della professionalità, a fronte della mera riconducibilità delle nuove mansioni «allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Viene pertanto ridimensionato il ruolo dei Giudici, i quali dovranno attenersi a verificare la riconducibilità delle mansioni di destinazione: si riducono quindi sia la discrezionalità giudiziale che le tutele in capo ai lavoratori. Risulta dunque essenziale in questo caso il ruolo della contrattazione, la quale dovrà rimodernarsi e adattarsi alla nuova normativa, rivedendo e aggiornando i sistemi classificatori, ancorati al "vecchio" parametro dell'equivalenza.

Sorgono poi dei dubbi anche con riferimento alla mobilità ascendente. Sarà necessario che la contrattazione (ma anche la giurisprudenza) chiarisca ulteriormente il concetto di "assenza" e disciplini in maniera più chiara l'espressione di volontà dei lavoratori all'assegnazione alle mansioni superiori, circondandola di limiti e contemperamenti.

Inoltre, la nullità dei patti contrari, prevista al nono comma, perde rilevanza e incisività, diventando quasi una mera eccezione ravvisabile in rare occasioni, dato che ne è ammessa un'ampia derogabilità (al secondo, al quarto e al sesto comma).

La norma valorizza però il ruolo della autonomia collettiva, consentendole di prevedere ulteriori ipotesi di mobilità discendente rispetto a quelle prescritte dalla norma. Essa dovrà inoltre chiarire quali sono le modifiche agli «assetti organizzativi aziendali» incidenti sulla posizione del lavoratore in grado di consentire il demansionamento. Più in generale, come già affermato, essa dovrà aggiornare i sistemi classificatori, attualmente rispondenti a logiche corrispettive. D'altra parte però il ruolo della contrattazione è stato ridimensionato e indebolito, poiché è possibile derogarvi mediante l'autonomia individuale, come previsto al sesto comma.

Per quanto riguarda invece il pubblico impiego, in questi ultimi anni sono stati fatti grossi passi in avanti, avvicinando in molti aspetti, tra cui quello in esame, il settore pubblico a quello privato, anche se le garanzie concesse in questo caso ai lavoratori sono più ampie rispetto a quanto previsto nell'impiego privato.

Infine quindi, indebolite le tutele a favore dei prestatori di lavoro e depauperato il ruolo del Giudice, ci si attende un incisivo e coraggioso intervento da parte della contrattazione, organo giustamente individuato dal Legislatore a garanzia delle contrapposte esigenze in gioco.

Il mondo evolve e la Legge potrebbe accorgersi quando ormai è troppo tardi che una riforma così marcata, unita a una radicale revisione dell'istituto del licenziamento (contenuta

anch'essa nel *Jobs Act*), sempre a favore di logiche imprenditoriali, svilisce il lavoratore e lo rimette alla *mercé* del datore di lavoro: l'intervento della contrattazione collettiva è pertanto indispensabile al fine di contemperare le diverse esigenze e di individuare un equo (più che efficiente) punto di equilibrio.

- BIBLIOGRAFIA -

ASSANTI, PERA, Commento allo Statuto dei diritti dei lavoratori, Padova, Cedam, 1972.

Brollo, La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento, Milano, Giuffrè Editore, 1997.

Brollo, Vendramin, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e Jus Variandi* in Persiani, Carinci (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, IV, I, 2012, pagg. 524 e ss.

CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro Vol. II: il rapporto di lavoro subordinato, nona edizione,* Milano, Utet Giuridica, 2016.

DE LUCA TAMAJO, La norma inderogabile nel diritto del lavoro, Napoli, Jovene, 1976.

ESPOSITO, Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico in (a cura di) Carabelli, Carinci, Il lavoro pubblico in Italia, Cacucci Editore, 2010, pag. 167.

FABOZZI, Le mansioni in CENDON (a cura di) Lavoro. Vol II: il lavoratore, Utet Giuridica, 2009.

GHERA, GARILLI, GAROFALO, Diritto del lavoro, Torino, Giappichelli Editore, 2013.

GIANMARIA, Disciplina delle mansioni e flessibilità: le deroghe all'art. 2103 Cod. Civ. in SANTORO PASSARELLI (a cura di), Flessibilità e diritto del lavoro II, Torino, Giappichelli Editore, 1997.

GIUGNI, *Lo statuto dei lavoratori: commento alla legge 20 marzo 1970, n. 300, Milano, Giuffrè Editore, 1971.*

GIUGNI, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Jovene, 1963.

GRAMANO, ZILIO GRANDI (a cura di), *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act,* Milano, Giuffrè Editore, 2016.

GRAMANO, La riforma della disciplina dello Jus Variandi in BIASI, ZILIO GRANDI (a cura di) Commentario breve alla riforma "Jobs Act", Cedam, 2016.

Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale,* Milano, Franco Angeli Editore, 1992.

MAZZOTTA, Diritto del lavoro, Milano, Giuffrè Editore, 2002.

PERULLI, Il potere direttivo dell'imprenditore, Milano, Giuffrè Editore, 1992.

PISANI, La modificazione delle mansioni, Milano, Franco Angeli Editore, 1996.

PISANI, *Mansioni del lavoratore* in CAGNASSO, VALLEBONA (a cura di), *Commentario del Codice Civile*, UTET, Torino, 2013.

ROCELLA, Manuale di diritto del lavoro, sesta edizione, Torino, Giappichelli Editore, 2015.

ROMAGNOLI, Commento all'art. 13 in Scalola-Branca (a cura di), Commentario del codice civile. Statuto dei diritti dei lavoratori: titoli 1 e 2, supplemento legge 20 maggio 1970 n. 300. Art. 1-13, Bologna, Zanichelli, 1979.

ZOLI, *La disciplina delle mansioni* in FIORILLO, PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, Giappichelli Editore, 2015, pagg. 333 e ss.

- SITOGRAFIA -

BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)* in CARINCI (a cura di), *Commento al D.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo Jus Variandi*, E-book n. 48/2015 in www.bollettinoadapt.it, pagg. 29 e ss.

DE ANGELIS, Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015.

GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in RUSCIANO, ZOPPOLI (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – Collective Volumes – 3/2014.

GARGIULO, Lo Jus Variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ., WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015.

Liso, Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 257/2015.

MENEGOTTO, La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act: nuovi spazi per la flessibilità funzionale, Working Paper di Adapt, 2016.

VOZA, Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 262/2015.

- ARTICOLI DA RIVISTE -

AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, Diritti Lavori Mercati, 3/2015, pagg. 489 e ss.

BIANCHI, D'URSO, *La mobilità «orizzontale» e l'equivalenza delle mansioni* in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, UTET, 1987

BORZAGA, Nota a Cass. 17 luglio 1998, n. 7040, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2/1999

BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Argomenti di diritto del lavoro, 6/2015, pagg. 1156 e ss.

CARINCI, *L'evoluzione storica*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, UTET, 1987, pagg. 11 e ss.

CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 167 e ss.

COLOMBO, *Demansionamento e retroattività della nuova disciplina*, Diritto e Pratica del Lavoro, 9/2016

DE ANGELIS, Giurisprudenza sullo Jus Variandi e ruolo del giudice alla luce del Jobs Act: spunti di riflessione, Lavoro e diritto, 4/2016, pagg. 867 e ss.

DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, Argomenti di diritto del lavoro, 4-5/2015, pagg. 853 e ss.

FARINA, Demansionamento e risarcimento del danno, Diritto e Pratica del Lavoro, 39/2016

GARGIULO, *Se il danno da demansionamento (è quasi) in re ipsa*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 4/2015, pagg. 1004 e ss.

GARILLI, La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 129 e ss.

GHINOY, «Isole di produzione» e tutela della professionalità del lavoratore, Rivista italiana di diritto del lavoro, II/1985, pagg. 723 e ss.

GIUGNI, I tecnici del diritto e la legge «malfatta», Politica del diritto, 1970, pagg. 479 e ss.

IANNIRUBERTO, *Il mutamento di mansioni nel D.lgs. 81/2015*, Il diritto del mercato del lavoro, 3/2016, pagg. 529 e ss.

MAMMONE, *Professionalità del lavoratore ed equivalenza delle mansioni*, Rivista italiana di diritto del lavoro, II/1985, pagg. 714 e ss.

MANCINI, *Le categorie dei prestatori di lavoro nell'ordinamento italiano*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, Vol. II/1996, pagg. 893 e ss.

MAZZOTTA, *Mutamento di mansioni, retribuzione irriducibile e corrispettività*, Foro Italiano, I/1982, pagg. 515 e ss.

MINERVINI, *Contro la funzionalizzazione dell'impresa privata*, Rivista di diritto civile, 1/1958, pagg. 618 e ss.

NATALI, Demansionamento: limiti allo Jus Variandi, prova e liquidazione del danno, Diritto e Pratica del Lavoro, 12/2017

Nuzzo, Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni, Rivista italiana di diritto del lavoro, 4/2015

PAONE, Pmi: mansioni ed esercizio dello ius variandi, Diritto e Pratica del Lavoro, 19/2017

PECORARO, La mobilità orizzontale nel lavoro pubblico, tra equivalenza formale e sostanziale, Lavoro nelle pubbliche amministrazioni, 2/2011, pagg. 219 ss.

PERSI, Nota a sentenza del Trib. di Ferrara del 1 giugno 1993, Rivista giuridica del lavoro, II/1994.

Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, Rivista di diritto del lavoro, I/1971, pagg. 12 e ss.

PISANI, Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti "orizzontali" delle mansioni, Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali n. 149, 1/2016, pagg. 149 e ss.

PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite 6572/06*, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 6/2016, pagg. 1114 e ss.

PISANI, *L'assegnazione a mansioni superiori nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 714 e ss.

PISANI, *La regola dell'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 49 e ss.

PISANI, Lo Jus Variandi, la scomparsa dell'equivalenza, il ruolo dell'autonomia collettiva e la centralità della formazione del nuovo art. 2103 c.c., Argomenti di diritto del lavoro, 2009, pagg. 1114 e ss.

PIZZOFERRATO, *Tutela della professionalità e organizzazione produttiva*, Rivista italiana di diritto del lavoro, 2/1994

RAINERI, Mansioni nel pubblico impiego: assegnazione, svolgimento di fatto di mansioni superiori e demansionamento, Rassegna Avvocatura Stato, 4/2014.

RIVA SANSEVERINO, Il mutamento delle mansioni secondo lo Statuto dei diritti dei lavoratori, Il diritto dell'economia, 1970, pagg. 387 e ss.

ROMAGNOLI, *La job evaluation nell'esperienza giuridica italiana*, Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 1961, pagg. 927 e ss.

Santoro Passarelli, *Sulle categorie del diritto del lavoro "riformate"*, Diritto delle relazioni industriali, 1/2016, pagg. 7 e ss.

Supplej, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei Lavoratori*, Rivista di diritto del lavoro, 1972, pagg. 4 e ss.

Vallebona, *Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro*, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1-2/2009, pagg. 62 e ss.

Vallebona, Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni, Massimario di giurisprudenza del lavoro, 1/2016, pagg. 6 e ss.

Vallebona, *Il trasferimento del lavoratore*, Rivista italiana di diritto del lavoro, I/1987, pagg. 67 e ss.

VOZA, L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 c.c., Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale, 1/2017, pagg. 3 e ss.

ZOLI, *La mobilità «verticale»: la carriera*, Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, Torino, UTET, 1987.

- RIFERIMENTI NORMATIVI -

Costituzione della Repubblica Italiana.

D.L. 13 agosto 2011, n. 138.

D.Lgs. 3 febbraio 1993, n. 29.

D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80.

D.Lgs. 29 ottobre 1998, n. 387.

D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

D.Lgs. 30 marzo 2001, 165.

D.Lgs. 10 settembre 2003, n. 276.

D.Lgs. 9 aprile 2008, n. 81.

D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150.

D.Lgs. 13 agosto 2011, n. 138.

D.L.gs. 4 marzo 2015, n. 23.

D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81.

D.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3.

D.P.R. 16 aprile 2013, n. 70.

L. 15 luglio 1966, n. 604.

L. 2 aprile 1968, n. 482.

L. 20 maggio 1970, n. 300 (Statuto dei diritti dei lavoratori).

L. 30 novembre 1971, n. 1204.

- L. 11 luglio 1980, n. 312.
- L. 29 marzo 1983, n. 93.
- L. 13 maggio 1985, n. 190.
- L. 27 dicembre 1985, n. 816.
- L. 23 luglio 1991, n. 223.
- L. 5 febbraio 1992, n. 104.
- L. 12 marzo 1999, n. 68.
- L. 4 novembre 2010, n. 183.
- L. 28 giugno 2012, n. 92.
- L. 10 dicembre 2014, n. 183.
- R. D. 28 ottobre 1940, n. 1443 (Codice di Procedura Civile) e successivi aggiornamenti.
- R.D. 16 marzo 1942, n. 262 (Codice Civile) e successivi aggiornamenti.
- R.D.L. 13 novembre 1924, n. 1825.

- RIFERIMENTI GIURISPRUDENZIALI -

Cass., 12 ottobre 1968, n. 3243.

Cass., 24 giugno 1977, n. 2691.

Cass., 20 agosto 1979, n. 4713.

Cass., 13 febbraio 1980, n. 1026.

Cass., 19 maggio 1980, n. 3278.

Cass., 20 giugno 1980, n. 4958.

Cass., 20 agosto 1980, n. 4966.

Cass., 26 maggio 1983, n. 3653.

Cass., 12 gennaio 1984, n. 266.

Cass., 8 febbraio 1985, n. 1038.

Cass., 4 maggio 1987, n. 4142.

Cass., 6 giugno 1989, n. 2744.

Cass., 7 dicembre 1991, n. 13187.

Cass., 24 gennaio 1992, n. 766.

Cass., 15 ottobre 1992, n. 11339.

Cass., 29 maggio 1993, n. 5693.

Cass., 27 luglio 1994, n. 6981.

Cass., 9 marzo 1995, n. 2757.

Cass, 28 marzo 1995, n. 3623.

Cass., 6 giugno 1995, n. 3372.

Cass., 13 aprile 1996, n. 3494.

Cass., 17 aprile 1996, n. 3640.

Cass., 23 febbraio 1998, n. 1912.

Cass., 17 luglio 1998, n. 7040.

Cass., 14 giugno 1999, n. 5892.

Cass., 11 dicembre 2002, n. 17659.

Cass., 12 dicembre 2002, n. 17786.

Cass., 15 febbraio 2003, n. 2328

Cass., 7 aprile 2004, n. 6843.

Cass., 13 maggio 2004, n. 2024.

Cass., 25 ottobre 2004, n. 20692.

Cass., 12 aprile 2005, n. 7453.

Cass., 22 agosto 2006, n. 18269.

Cass., 29 settembre 2008, n. 24293.

Cass., 21 maggio 2009, n. 11835.

Cass., 30 dicembre 2009, n. 27825.

Cass., 25 novembre 2013, n. 26285.

Cass. 12 giugno 2015, n. 12253.

Cass., 15 giugno 2015, n. 12334.

Cass., 12 luglio 2016, n. 14204.

Cass., 13 ottobre 2016, n. 20667.

Cass. S.U., 28 gennaio 1995, n. 1023.

Cass. S.U., 24 marzo 2006, n. 6572.

Cass. S.U., 11 dicembre 2007, n. 25837.

Cass. S.U., 27 marzo 2008, n. 7342.

Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26972.

Cass. S.U., 11 novembre 2008, n. 26975.

Corte Cost., 31 marzo 1995, n. 101.

Corte Cost., 25 luglio 1997, n. 273.

Corte Cost., 6 aprile 2004, n. 113.

Trib. Milano, 13 novembre 1972.

Trib. Napoli, 29 marzo 1985.

Trib. Napoli, 4 giugno 1986.

Trib. Ferrara, 1 giugno 1993.

Trib. Ravenna, 30 settembre 2015.

Trib. Roma, 30 settembre 2015.