

## INDICE.

Introduzione. (IV)

Capitolo I Inquadramento e categoria legali. (p.1)

**1.1 Mansioni come oggetto del contratto di lavoro.** (p.1)

**1.2 Le mansioni di assunzione.** (p.2)

**1.3 L'inquadramento del lavoratore e i suoi limiti formali.** (p.3)

*1.3.1 Criteri di inquadramento utilizzati dalla contrattazione collettiva.* (p.6)

*1.3.2 Clausole di riconoscimento formale.* (p.9)

**1.4 Le categorie legali dei lavoratori.** (p.13)

*1.4.1 Operai e impiegati: due categorie a confronto.* (p.15)

*1.4.1.1 Operai.* (p.20)

*1.4.1.2 Impiegati.* (p.22)

*1.4.2 Quadri.* (p.24)

*1.4.3 Dirigenti.* (p.26)

Capitolo II La modifica delle mansioni. (p.33)

**2.1 Le modifiche della disciplina dello *jus variandi del datore di lavoro.*** (p.33)

**2.2 Analisi della stesura originaria dell'art. 2103 c.c.** (p.36)

**2.3 Considerazioni generali sull'art. 13 dello Statuto dei lavoratori.** (p.37)

**2.4 L'equivalenza delle mansioni.** (p.39)

*2.4.1 I criteri di equivalenza professionale utilizzati nell'art. 13 Stat. Lav.* (p.39)

*2.4.2 La nuova concezione di equivalenza.* (p.43)

**2.5 Adibizione unilaterale a mansioni inferiori.** (p.50)

*2.5.1 La modifica dell'oggetto della prestazione lavorativa.* (p.50)

*2.5.2 L'adibizione a mansioni inferiori prima della riforma del 2015. (p.51)*

*2.5.3 L'adibizione a mansioni inferiori nel caso di modifica degli assetti aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore. (p.54)*

*2.5.4 Le ipotesi di demansionamento presenti all'interno della contrattazione collettiva. (p.60)*

*2.5.5 Le motivazioni che possono aver spinto il legislatore a riformare la disciplina. (p.63)*

## **2.6 I patti contrari. (p.65)**

*2.6.1 la nullità dei patti contrari ex art. 13 Stat. Lav. (p.66)*

*2.6.2. La nuova disciplina dei patti di demansionamento. (p.67)*

## **2.7 L'adibizione a mansioni superiori. (p.72)**

*2.7.1 L'adibizione a mansioni superiori ex art.13 Stat. Lav. (p.73)*

*2.7.1.1 I criteri per il computo del periodo utile ai fini della promozione automatica. (p.79)*

*2.7.1.2 La sostituzione del lavoratore avente diritto alla conservazione del posto. (p.82)*

*2.7.2 La nuova disciplina dell'adibizione a mansioni superiori. (p.83)*

## **2.8 L'obbligo di formazione. (p.86)**

## **2.9 Mansioni promiscue. (p.92)**

## **2.10 La disciplina delle mansioni nella legge delega 10 dicembre 2014 n. 183. (p.95)**

*2.10.1 I dubbi in merito alla legittimità costituzionale del nuovo art. 2103 c.c. (p.97)*

## **2.11 Ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni "differenti". (p.102)**

*2.11.1 La disciplina del pubblico impiego. (p.106)*

Capitolo III Gli ulteriori utilizzi dell'art. 2103 c.c. nella giurisprudenza. (p.110)

**Considerazioni preliminari.** (p.110)

**3.1. Il diritto all'inquadramento e alla qualifica.** (p.111)

**3.2 Il demansionamento e la sua possibile configurazione come mobbing.** (p.114)

*3.2.1 Il mobbing.* (p.115)

**3.3 Il danno da demansionamento.** (p.119)

*3.3.1 La sottrazione delle mansioni.* (p.119)

*3.3.2 La configurazione del demansionamento di dottrina e giurisprudenza.* (p.122)

*3.3.3 Il danno da demansionamento.* (p.124)

*3.3.3.1 La liquidazione del danno.* (p.131)

*3.3.3.2 L'onere della prova.* (p.132)

**3.4 Il repêchage.** (p.136)

**3.5 L'irriducibilità della retribuzione.** (p.139)

Conclusioni. (p.143)

Bibliografia. (p.147)

## INTRODUZIONE.

La regolamentazione della prestazione lavorativa è stata sempre al centro dell'analisi della dottrina e della giurisprudenza e costituisce senza dubbio uno degli argomenti più importanti in assoluto nell'ambito del diritto del lavoro.

Nel corso del tempo, la disciplina in materia ha subito notevoli cambiamenti, passando da un regime particolarmente liberale (1942) ad uno parecchio restrittivo (1970), per arrivare oggi ad un regime che si potrebbe definire intermedio.

La presente trattazione si propone di analizzare le modifiche sulla disciplina delle mansioni intervenute con il *Jobs act*, attraverso tre capitoli incentrati rispettivamente su:

1. categorie legali e livelli di inquadramento,
2. possibilità e limiti del mutamento di mansioni,
3. gli ulteriori utilizzi fatti dalla giurisprudenza dell'art. 2103 c.c.

In particolare, nel primo capitolo saranno analizzati gli strumenti di inquadramento, con particolare riferimento alle categorie legali e alle modalità di suddivisione dei lavoratori all'interno delle singole categorie.

Si vedrà quale importante ruolo abbia svolto nel tempo la contrattazione collettiva, che ha spesso ed ampiamente derogato alla previsione dell'art. 2095 del codice civile, in alcuni casi con la creazione di nuove categorie (si pensi all'introduzione della categoria dei quadri, inserita nell'elencazione dell'art. 2095 soltanto con la l. 190/1985) ed in altri casi, invece, con l'eliminazione delle stesse (si pensi all'inquadramento unico, adottato negli anni settanta in svariate realtà produttive); fino ad arrivare alla recente

riforma, che invece sembra rivitalizzare la necessità di definire efficientemente tali categorie legali<sup>1</sup>.

Nel primo capitolo saranno poi compiutamente analizzati i cosiddetti “livelli di inquadramento”, che costituiscono articolazioni interne alle categorie legali, ponendo l’attenzione sulle motivazioni che possono indurre il datore di lavoro a inquadrare il lavoratore in un livello anziché in un altro, e sulla necessità che la valutazione sia svolta attraverso parametri oggettivi (nonostante l’assenza – nel nostro ordinamento - del principio di parità di trattamento).

Nel secondo capitolo si analizzeranno, nel dettaglio, le possibilità e i limiti del mutamento di mansioni, con particolare attenzione alle modalità con cui la giurisprudenza ha interpretato il concetto di equivalenza professionale; si vedrà, infatti, che i criteri interpretativi si siano modificati ed evoluti nel tempo, tanto che oggi si parla di equivalenza sostanziale piuttosto che di mera equivalenza<sup>2</sup>, la quale è basata su criteri risolutamente oggettivi (o quantomeno conoscibili *a priori*), finendo per coincidere spesso con i livelli d’inquadramento professionale.

In questo capitolo, inoltre, si analizzerà l’evoluzione legislativa in merito alla possibilità di adibire il lavoratore a mansioni che la contrattazione collettiva colloca ad un livello inferiore: da divieto pressoché assoluto, a possibilità (seppur strettamente controllata) per il datore di lavoro.

Si illustreranno, inoltre, poteri derogatori concessi alla contrattazione collettiva (comma IV) e alla contrattazione individuale.

Si darà conto, inoltre, delle incertezze formulate in dottrina riguardo la legittimità costituzionale della norma contenuta nel decreto attuativo (atteso che riforma è stata adottata mediante legge delega) e dell’attesa di un intervento giurisprudenziale che possa dirimere la controversia.

---

<sup>1</sup>La nuova norma, infatti, consente al datore di lavoro di demansionare il lavoratore, a talune condizioni, solamente nel limite della categoria legale.

<sup>2</sup>Secondo alcuni vi è stata addirittura la soppressione del concetto di equivalenza, vista la necessità di ritrovare nelle mansioni di destinazione solo una “riconducibilità”.

L'ultimo capitolo è dedicato agli effetti che gli interventi giurisprudenziali hanno prodotto in materia, in particolare per quel che riguarda la valutazione dei danni scaturenti dal demansionamento. A tal proposito si vedrà come la magistratura abbia interpretato la “vecchia” norma nell’ambito dello Statuto dei Lavoratori, configurando la dequalificazione del lavoratore all’interno di fattispecie più complesse quali quella del *mobbing*, aprendo di fatto alla possibilità di qualificare il danno da demansionamento come danno non patrimoniale<sup>3</sup>.

Infine si esamineranno due istituti di derivazione giurisprudenziale, recepiti dal legislatore: il *repêchage* e l’irriducibilità della retribuzione; il primo recepito quale mera possibilità, in quanto fornisce al datore di lavoro la possibilità di realizzare i medesimi effetti dell’istituto<sup>4</sup>; il secondo recepito con l’inserimento all’interno della nuova norma dei medesimi criteri interpretativi utilizzati dalla giurisprudenza di legittimità.

---

<sup>3</sup>In tal caso al datore di lavoro potranno essere richiesti i danni patrimoniali sia non patrimoniali.

<sup>4</sup>Tuttavia tale istituto non deve intendersi come abrogato.

# Capitolo I

## Inquadramento e Categorie legali

### 1.1 Mansioni come oggetto del contratto di lavoro.

Tra gli elementi fondamentali del contratto uno dei più importanti è senza dubbio l'oggetto.

L'oggetto dell'obbligazione contrattuale scaturente dal contratto di lavoro è rappresentato, per quanto riguarda il dipendente, dalla prestazione lavorativa, normalmente definita dal termine "mansione"; è, infatti, necessario che per soddisfare il requisito fondamentale della determinazione o determinabilità dell'oggetto (art.1346 cc) a pena di nullità (art.1418 cc) si faccia riferimento all'interno del contratto di lavoro alle mansioni tecniche che identificano i vari compiti del lavoratore<sup>5</sup>.

Con tale termine quindi si fa riferimento al tipo di attività che il lavoratore deve svolgere e che il datore di lavoro può esigere.

Sempre al fine di individuare l'oggetto del contratto di lavoro, autorevole dottrina<sup>6</sup> definisce la mansione come «*unità elementare di un facere*» la quale combinata in modo tendenzialmente stabile con altre singole operazioni, dà vita ad un insieme tipico e perciò unitario di compiti che vengono così a formare un determinato tipo di prestazione lavorativa.

Considerata anche la libertà di forma accordata dal legislatore al contratto di lavoro, l'oggetto dell'obbligazione può anche emergere da fatti concludenti, in quanto l'obbligo di informativa scritta sancito dal decreto

---

<sup>5</sup>Pessi R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 269

<sup>6</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975, p.545

legislativo 152/1997, costituisce solamente un onere a carico del datore di lavoro, e non invece un requisito per la valida formazione del contratto<sup>7</sup>.

Può quindi desumersi che la mansione rappresenti il sinallagma che lega il lavoratore al datore di lavoro; da parte del lavoratore appunto come obbligazione di *facere* mentre da parte del datore di lavoro l'obbligazione principale è senz'altro il trattamento retributivo.

Per quanto riguarda la principale obbligazione del datore di lavoro, questa è senza ombra di dubbio la retribuzione e, in tale ambito, la norma più importante è rappresentata dall'art. 36 Cost. nella quale si fa riferimento, oltre al fatto che essa «*deve garantire al lavoratore un'esistenza libera e dignitosa*», alla proporzionalità quantitativa e qualitativa della prestazione con la remunerazione.

Tale retribuzione, almeno per quanto riguarda la sua componente principale<sup>8</sup> risulta essere irriducibile<sup>9</sup>.

## **1.2 Le mansioni di assunzione.**

Come detto sopra, costituisce elemento fondamentale del contratto di lavoro la determinabilità delle mansioni da svolgere da parte del lavoratore.

È obbligo del datore di lavoro far conoscere, con precisione, al momento dell'assunzione, quali siano le mansioni alle quali il lavoratore sia stato adibito.

Ciò, tuttavia, come sopra anticipato, costituisce solo un onere a carico del datore di lavoro, posto che l'oggetto del contratto di lavoro può ben essere determinato mediante una adibizione operata per fatti concludenti,

---

<sup>7</sup>il decreto legislativo 26 maggio 1997, n. 152, di attuazione della direttiva 91/533/CEE all'art.1 c.1 lett. f) include l'obbligo da parte del datore di lavoro di informare il lavoratore rispetto l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro.

<sup>8</sup>Ovvero la retribuzione tabellare.

<sup>9</sup>vd cap. III.

consistente nella consensuale adibizione del lavoratore a determinati compiti<sup>10</sup>; in tal caso l'indicazione delle mansioni svolte dal lavoratore può anche essere considerata come non esaustiva ai fine dell'individuazione dell'oggetto del contratto di lavoro, poiché esse costituiscono più frequentemente solo una parte del più ampio modello voluto dalle parti<sup>11</sup>, in quanto le mansioni convenute sono comunque da considerarsi come un modello di prestazione che comprendano una pluralità di compiti, anche accessori e complementari.

Nella prassi, inoltre, in special modo nelle aziende che occupano un gran numero di lavoratori, è molto frequente che al prestatore di lavoro sia attribuita solamente una qualifica (ovvero livello d'inquadramento) tra quelle previste nella contrattazione collettiva di riferimento, ove saranno effettivamente attribuiti, a ciascun livello e a ciascuna figura professionale, gli effettivi compiti da svolgere.

Tale pattuizione iniziale è di fondamentale importanza; poiché essa costituisce il livello minimo<sup>12</sup> d'inquadramento per il lavoratore; tutte le stesure dell'art. 2103 cc prevedono, infatti, la seguente dicitura «*il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto...*».

### **1.3 L'inquadramento del lavoratore ed i suoi limiti formali.**

L'art. 96 delle disp. att. c.c. prevede il diritto per il lavoratore di essere inquadrato, con il relativo trattamento, nella categoria legale e nel livello contrattuale corrispondenti alle mansioni effettivamente e stabilmente svolte.

Tale inquadramento è generalmente operato mediante rimando alla contrattazione collettiva di riferimento, la quale suddivide le varie categorie

---

<sup>10</sup>Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro (il rapporto di lavoro)*, Padova, 2012, p.161

<sup>11</sup>Giugni G, cit. p.116

<sup>12</sup>Si noti com'è sempre stata comunque concessa al datore di lavoro almeno l'adibizione a mansioni equivalenti.

di lavoratori secondo i compiti e del grado di collaborazione all'interno dell'impresa.

Tale suddivisione ha l'ulteriore scopo di regolamentare eventuali differenze contrattuali tra i vari lavoratori; a partire dal livello di retribuzione tabellare ed alcune tutele proprie del lavoratore, anche di fonte prettamente legislativa (es. assicurazione per gli operai).

Già in epoca prerепublicana era radicata nella contrattazione collettiva e nella prassi lavoristica in generale una divisione in macrocategorie; tale suddivisione era talmente presente all'interno della realtà sociale da essere definita nella relazione del Guardasigilli al codice civile<sup>13</sup> come una regola di diritto; tale relazione infatti recita: «*riconoscere tali distinzioni è necessario perché si tratta di forme fondamentali che con ogni verosimiglianza non potranno mai essere superate*».

Tale relazione inoltre riconosce la parità di dignità tra i vari lavoratori e presuppone una parità tra i principi che ne assicurano la tutela.

Il primo comma dell'articolo 2095 c.c. recitava (prima della riforma di cui alla l. 190/1985): «*le categorie di prestatori di lavoro subordinato si distinguono in dirigenti impiegati e operai.*»

L'articolo in questione sancisce quindi definitivamente l'aggregazione del lavoro operaio con quello impiegatizio e dirigenziale; si può quindi affermare che la funzione originaria dell'art. 2095 c.c. sia di unificare (assoggettando indifferenziatamente alla disciplina comune del codice civile<sup>14</sup>) e non quella di dividere i lavoratori<sup>15</sup>.

Tale articolo è stato successivamente novellato dalla l. 190 del 13 maggio del 1985 con l'inserimento della categoria legale dei quadri, costituente un livello intermedio tra quella impiegatizia e quella dirigenziale.

---

<sup>13</sup>In *G.U.*, 4 .A. 1942, anno 83°, n 79 bis, p.189

<sup>14</sup>Ciononostante permangono differenze legislative tra le varie categorie, anche con l'inquadramento unico.

<sup>15</sup>Ichino P., *Il contratto di lavoro I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVII, Milano, 2000, p. 610

La concreta determinazione dei requisiti per appartenere ad una delle suddette categorie è affidata alla contrattazione collettiva, all'interno della quale, talvolta, possono rinvenire previsioni volte a creare categorie ulteriori rispetto a quelle legali (es. intermedi nel settore industriale posti tra gli operai e gli impiegati), in altre a unificare il sistema delineato dalla legge.

La massima espressione dell'unificazione delle categorie legali dei prestatori di lavoro si ebbe a partire dagli anni 70 con la previsione contrattuale dell'inquadramento unico nel quale operai e impiegati erano distribuiti in un'unica scala classificatoria articolata in livelli, svuotando di significato l'art. 2095 c.c.

Ciononostante il legislatore ha ritenuto necessario riconoscere con la l. 190 del 13 maggio 1985 una categoria di lavoratori «*costituita dai prestatori di lavoro subordinato che, pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgano funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa*» denominata “quadri”.

Tale legge si pone in forte contrasto con la realtà dell'epoca, dove autorevole dottrina<sup>16</sup> riteneva tale legge inadeguata, poiché la norma avrebbe meritato in virtù della propria vetustà di essere, al limite soppressa, piuttosto che rinnovata.

Tuttavia le bozze preparatorie della legge in questione inducono a escludere che con questa legge si sia voluto rendere inderogabile la distinzione tra le varie categorie legali<sup>17</sup>, o che si volesse limitare la possibilità contrattuale di aggiungere ulteriori categorie legali.

Tale normativa tuttavia sarà revitalizzata dal d.lgs 81/2015, il quale riformando la disciplina dello *jus variandi* pone come limite più forte per il

---

<sup>16</sup>Mengoni L., *Osservazioni e proposte sull'art. 2095 c.c.*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1985, p. 458 ss

<sup>17</sup>Risulta invero un tentativo di soppressione delle categorie legali ed un rinvio puro e semplice alla contrattazione collettiva, poi non attuato vista la mancanza nella lingua italiana di un termine adatto a comprendere le categorie impiegate e quelle operaie.

demansionamento unilaterale proprio quello dell'inderogabilità della categoria legale.

### 1.3.1 Criteri d'inquadramento utilizzati nella contrattazione collettiva.

Preliminarmente si nota come non vi sia alcun obbligo legale da parte del datore di lavoro di utilizzare sistemi d'inquadramento; l'obbligo invece sussiste quando si attua una differenza di trattamento tra i lavoratori<sup>18</sup>.

Per quanto riguarda i possibili sistemi d'inquadramento utilizzabili dal datore di lavoro essi possono attenersi a diversi criteri, i quali non necessariamente devono essere allegati all'effettivo valore sinallagmatico della prestazione lavorativa<sup>19</sup>.

Ciò non esclude, come si vedrà dopo, la possibilità del giudice di riconoscere inquadramenti differenti a seconda delle mansioni effettivamente svolte, di altri criteri presenti all'interno della contrattazione collettiva ovvero tramite l'applicazione di taluni principi fondamentali, anche costituzionali.

Eccellente dottrina<sup>20</sup> ritiene che tali criteri siano essenzialmente 4.<sup>21</sup>

Il primo non può che essere il contenuto della prestazione, e, quindi, gli effettivi compiti svolti dal prestatore di lavoro all'interno della azienda che, come noto, delimitano anche l'area delle mansioni ai cui lo stesso lavoratore potrà essere in futuro adibito (in tale ottica si ritiene comunque opportuno far riferimento alla stesura dell'art. 2103 c.c. oggi in vigore, poiché essa ha

---

<sup>18</sup>Sentenza Corte di giustizia 6 luglio 1982 c. 61/1981, Commissione c. Regno Unito il quale trasgredendo all'art. 141 del Trattato istitutivo in materia di parità tra lavoratori e lavoratrici, direttiva n. 117/1975, e quindi impedendo la conoscibilità dei criteri utilizzati dal datore di lavoro, non forniva gli elementi necessari ai lavoratori per contestare un'eventuale illegittimità degli stessi.

<sup>19</sup>Greco P., *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939, p.102; nel presente testo l'autore fa riferimento a 5 criteri: effettiva difficoltà del lavoro e valore gerarchico dello stesso, durata e stabilità del rapporto di lavoro, posizione gerarchica dei lavoratori, condizioni fisiche degli stessi e talune condizioni ambientali in cui si svolge il lavoro in questione.

<sup>20</sup>Ichino P., cit, p.529.

<sup>21</sup>la c.d. *job related*.

radicalmente modificato il concetto di equivalenza delle mansioni, portandolo da un'equivalenza sostanziale delle mansioni a un'equivalenza prettamente formale delle stesse<sup>22</sup>).

Altri elementi inerenti a questo criterio possono essere individuati nella gerarchia aziendale rispetto agli altri lavoratori impiegati nell'azienda, nella disponibilità del lavoratore a essere soggetto a un orario flessibile ovvero alla disponibilità dello stesso a effettuare trasferte.

Sono inoltre elementi caratterizzanti della tipologia della prestazione talune indennità specifiche (indennità per maneggio denaro).

Altro criterio utilizzato per l'inquadramento del lavoratore da parte della contrattazione può essere quello riferito al titolo di studio del lavoratore ovvero all'iscrizione ad albi professionali.

Tale criterio utilizza solamente la c.d. “qualifica soggettiva del lavoratore”, la quale viene in rilievo, all'interno della contrattazione collettiva, non soltanto per le c.d. professioni intellettuali (per le quali la legge stesse impone determinanti titoli abilitanti), ma anche in altre ipotesi, nelle quali – a prescindere dalla sussistenza di un obbligo normativo cogente - il possesso di un determinato livello formativo viene posto quale *conditio sine qua non* per accedere a superiori livelli di inquadramento.

Un esempio di tale criterio può essere fornito dal ccnl Aris-Aiop per il personale non medico delle strutture sanitarie, il quale, all'art. 51, inquadra nella posizione economica B3 (tra gli altri) l'impiegato *Educatore senza titolo*, mentre l'educatore in possesso del relativo diploma di laurea, in virtù della maggiore professionalità acquisita, viene inquadrato nella categoria D posizione economica D1.

Ai fini dell'inquadramento sono utilizzati anche criteri che non sia attengano alle mansioni svolte dal lavoratore né al titolo o abilitazione da lui in possesso.

---

<sup>22</sup> Per una trattazione più ampia dell'argomento si veda cap. II.

Esempio chiaro di questa tipologia di criteri è l'anzianità di servizio, la quale è in maniera evidente un fattore che non sempre ha a che fare con fattori soggettivi del prestatore di lavoro come invece può dirsi delle specifiche mansioni o dei titoli e abilitazioni.

Tale criterio risulta comunque essere molto apprezzato all'interno della contrattazione collettiva (come si evince dal fatto che quasi tutti i contratti prevedano promozioni a livelli di inquadramento superiori in base all'anzianità di servizio) e in alcuni casi anche dalla legge stessa<sup>23</sup> (seppur ovviamente di là delle questioni contrattuali).

Il grande successo di tale criterio è di facile comprensione, essendo, lo stesso, caratterizzato sia da una grande facilità applicativa, sia da una stretta correlazione all'esperienza maturata dai lavoratori ed al legame creatosi tra gli stessi e l'azienda datrice di lavoro.

Utilizzando un simile criterio si verifica una promozione a livelli di inquadramento superiore, nonostante le effettive mansioni svolte e la modalità di svolgimento delle stesse rimanga immutata.

Nel già utilizzato come esempio contratto Aris, l'educatore senza titolo che abbia maturato un'anzianità di servizio pari a 15 anni all'interno della stessa struttura verrà automaticamente inquadrato nella categoria C in posizione economica C1.

La stessa dottrina in esame individua un quarto gruppo di criteri di riferimento per inquadrare i lavoratori nelle varie categorie: criteri volti a dividere i lavoratori in categorie non comunicanti tra di loro; ovvero quei lavoratori che pur lavorando nella stessa unità produttiva (e talvolta svolgendo in concreto mansioni sovrapponibili) sono soggetti a una contrattazione collettiva diversa in virtù di particolari ruoli ricoperti dai lavoratori o da altre vicissitudini aziendali.

---

<sup>23</sup>Es. il contratto a tutele crescenti introdotto dal d.lgs 23/2015 prevede in caso di licenziamento un'indennità pari a 2 mensilità per ogni anno di servizio all'interno dell'azienda.

L'ultimo criterio è quello basato su una diversa contrattazione collettiva all'interno della stessa unità produttiva; ove ovviamente tale contrattazione non sia in concorrenza neanche potenziale.

Sempre prendendo ad esempio la contrattazione della sanità privata religiosa, sono presenti il contratto per il personale non medico, quello per il personale medico e quello per l'area dirigenziale; tali lavoratori svolgono la loro prestazione lavorativa nelle stesse strutture sanitarie (in particolar modo il personale infermieristico con quello medico, i quali svolgono addirittura mansioni complementari tra di loro).

Tale criterio trova maggiore applicazione quando la distinzione contrattuale nella diversa contrattazione tra operai impiegati e quadri con la classe dirigente, la quale essendo una categoria che si pone a essere in alcuni casi addirittura come *alter ego* del datore e quindi con un vincolo fiduciario molto più stringente, richiede un apparato normativo e contrattuale differente rispetto al resto del personale, con la conseguente tendenza che le associazioni sindacali possano essere diverse e specializzate a seconda della categoria legale che intendano rappresentare.

### *1.3.2 Clausole di riconoscimento formale.*

Dalla trattazione sopra svolta, emerge con sufficiente chiarezza come la contrattazione collettiva abbia ampi poteri di determinare i criteri di inquadramento dei lavoratori, dovendo unicamente assicurare che tali criteri non diano luogo a situazioni di mero arbitrio.

La Corte Costituzionale nella sentenza del 9 marzo 1989, n. 1989<sup>24</sup> prendendo in esame il secondo comma dell'art 41 Cost.<sup>25</sup> ha sancito che «*per tutte le parti, anche quelle sociali, vige l'obbligo di rispettare i precetti*

---

<sup>24</sup>Pubblicata in *RIDL*, 1989, p. 394-395.

<sup>25</sup>(l'iniziativa economica privata) non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana.

*costituzionali. Essi assicurano...la pari dignità sociale anche dei lavoratori...proprio in virtù del precetto costituzionale di cui all'art. 41 della Costituzione, il potere d'iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in criteri di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento...*

*È demandato al giudice l'accertamento ed il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte... con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico».*

La portata di questa sentenza è, almeno dal punto di vista formale, senza dubbio molto ampia.

Altro corollario della sentenza è l'introduzione di una sorta di principio di parità di trattamento (concetto che, in senso assoluto, è estraneo al diritto del lavoro, il quale ha storicamente preferito un principio di non discriminazione), meglio definibile come un «*criterio di ragionevolezza e trasparenza*»<sup>2627</sup>; in tale ottica si ritiene possibile ricondurre un trattamento differente qualora sia ricollegabile a talune situazioni, anche in virtù del fatto che nel lavoro privato, a differenza del lavoro pubblico, non vi è un obbligo assoluto di parità di trattamento, con la conseguenza che anche normali esigenze di mercato<sup>28</sup>ovvero poste a garanzia di un alto livello di

---

<sup>26</sup>Ferraro G., *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1991, p.165

<sup>27</sup>Cass. 17 febbraio 1994 n.1530, in *GI*, 1995, I, 1, p. 464, con nota di Bellomo S. «*differenziazioni retributive dissociate dal contenuto delle mansioni non costituiscono di per sé una violazione*».

<sup>28</sup>Giugni G., in *AA.VV.*, *Presentazione del volume "Questioni attuali di diritto del lavoro"*, *Suppl. NGL*, n. 5/1990, proposta a contrario: «*La parità retributiva può essere assunta...a condizione che non esista un mercato del lavoro e che per assumere in un'impresa di piccole dimensioni, supponiamo, un buon operaio specializzato sia impossibile fare ricorso a quella che è una normale operazione di mercato: sottrarlo ad altre imprese offrendogli un salario superiore*», p. 10.

produttività<sup>2930</sup> possano essere addotte come motivazione di differenziazione del trattamento.

Il requisito fondamentale è che tali ragioni siano ostensibili, ovvero soggette a verbalizzazioni in modo tale che non risultino vincolate al solo arbitrio dell'imprenditore (fermo restando quanto disposto dal primo comma dell'art. 41 Cost.), ma anzi possano formalizzare i criteri leciti d'incentivazione e/o valutazione.

Ciò non significa che esse debbano in ogni caso essere utilizzate come strumento probatorio di fronte al giudice; infatti il giudice non può sostituirsi al datore di lavoro nella gestione dell'impresa, se non quando le scelte dell'imprenditore possano irragionevoli.<sup>31</sup>

La necessità di rendere tali criteri ostensibili fa sì che nel caso in cui il datore svolga correttamente tale compito, l'onere della prova in merito alla non veridicità dei criteri ricade sul lavoratore.

Se la formalizzazione dei criteri quantitativi appare di facile lettura, maggiori difficoltà si riscontrano nella formalizzazione di quei criteri qualitativi che il datore di lavoro può utilizzare al fine di giustificare una disparità di trattamento che non leda il principio costituzionale della dignità del lavoratore espresso dall'art. 41 Cost., giacché la prova di tale fattispecie può essere solamente di natura testimoniale<sup>32</sup>, oltre al fatto che *«tale principio può operare con sempre maggiore difficoltà man mano che il lavoro diventa, per così dire, più personalizzato»*<sup>33</sup>; in altre parole al salire

---

<sup>29</sup>Cass. 8 marzo 1990 n. 1888, in *RIDL*, 1990, II, p. 804 *«la differenza o la parificazione retributiva debbono corrispondere a criteri predeterminati e collegabili, anche attraverso la sollecitazione del dipendente a una maggiore produttività, al proseguimento degli obbiettivi previsti dall'attività imprenditoriale»*.

<sup>30</sup>Tale motivazione può essere utilizzata anche dagli stessi prestatori di lavoro al fine di ottenere trattamenti di maggior favore.

<sup>31</sup>Concetto simile alla *Band of reasonableness* britannica, Selwyn N., in *Dictionary of Employment law*, Londra, 1985, nel quale si fa riferimento a tale principio nell'ottica della discrezionalità del licenziamento: *«il compito del giudice...è determinare se, nelle particolari circostanze del caso, la decisione del licenziamento cada entro la banda delle risposte ragionevoli che un datore di lavoro ragionevole può adottare; soltanto se la scelta del datore cada al di fuori di tale banda il licenziamento è scorretto»*, p. 15.

<sup>32</sup>Ma il testimone non ha facoltà di esprimere valutazioni, ma solamente quella di enunciare i fatti.

<sup>33</sup>Ventura L., *Il problema della parità di trattamento retributivo*, in *DLRI*, 1990, p. 585.

della gerarchia aziendale si ravvisa una sempre maggiore necessità di lasciare all'imprenditore maggiori discrezionalità in merito ai criteri da utilizzare, senza il pericolo di una censura giurisprudenziale.

Dopo la sentenza della Corte Costituzionale, anche la giurisprudenza ha dichiarato nulle queste clausole di mero arbitrio, prevedendo che l'inquadramento effettivo del lavoratore possa dipendere solamente (oltre agli altri criteri espressi nel paragrafo) dalle mansioni effettivamente svolte; anche perché una clausola che rimettesse alla mera volontà del datore di lavoro svuoterebbe sostanzialmente di significato le indicazioni fornite dalla contrattazione collettiva<sup>34</sup>.

Conseguenze radicalmente diverse sono invece ravvisate nel caso in cui il datore di lavoro attribuisca al lavoratore una qualifica superiore a quella inerente alle mansioni svolte da quest'ultimo.

Generalmente la giurisprudenza ha ritenuto legittima tale fattispecie, tuttavia vi sono dei casi in cui è stato ritenuto opportuno dagli organi giudicanti fare delle dovute precisazioni.

È il caso degli "pseudo-dirigenti", essi sono dei lavoratori che nonostante siano stati qualificati dal datore di lavoro come dirigenti<sup>35</sup>, non svolgono mansioni di tale livello; in tal caso, a parte i casi di demansionamento (ovvero quando il lavoratore già dirigente viene adibito, più o meno legittimamente, a mansioni inferiori) il lavoratore conserverà i trattamenti economici (presumibilmente) migliori della classe dirigenziale con le maggiori tutele riservate ai lavoratori di fasce inferiori.

---

<sup>34</sup>Cass. 18 aprile 1975 n. 1497, in *Foro It. Rep.*, 1976, I, p. 438 la quale enuncia chiaramente «la clausola di riconoscimento formale che ha l'effetto di sostituire al potere-dovere del giudice di determinare la qualifica spettante al lavoratore in base all'accertamento delle prestazioni effettivamente svolte, un criterio classificatorio fondato su un atto unilaterale e, eventualmente, arbitrario del datore di lavoro».

<sup>35</sup>Il possibile ingiusto svantaggio del lavoratore in tal caso è la mancanza di tutela reale per il dirigente.

#### 1.4 Le categorie legali dei lavoratori.

Come già visto, ai sensi dell'art. 2095 c.c. i lavoratori sono divisi in quattro categorie legali.

Lo stesso art. 2095 c.c. ai commi successivi, tuttavia, fa esplicito rimando alle leggi speciali e in epoca prerepubblicana alle norme corporative<sup>36</sup>(è opinione comune che i rinvii alle norme corporative debbano essere intesi come rinvii alla contrattazione collettiva)<sup>37</sup> per determinare i requisiti di appartenenza alle categorie, in relazione alla produzione e alla particolare struttura dell'impresa.

L'assenza di leggi speciali in materia è uno dei fattori che determina la possibilità da parte dei contratti collettivi di sancire quelli che siano gli effettivi criteri e livelli d'inquadramento e addirittura la possibilità di derogare il numero delle categorie legali (come avvenuto con l'inquadramento unico ovvero con l'introduzione degli intermedi nei contratti del settore bancario).

È la particolarità e, in alcuni casi addirittura, unicità delle realtà aziendali abbia riconosciuto alla contrattazione collettiva di regolare gli inquadramenti contrattuali<sup>38</sup>.

Si ravvisa inoltre l'impossibilità da parte del giudice di distaccarsi dai criteri d'inquadramento considerati determinanti dalle parti sociali e di

---

<sup>36</sup>Nella già citata relazione al codice civile il legislatore dell'epoca esprime l'impraticabilità di una definizione esaustiva di ogni categoria: «*Perché qualunque definizione, che non tenga conto dei particolari atteggiamenti assunti da dette figure nei diversi rami della produzione, sarebbe imperfetta*» ritenendo quindi opportuno «*rimettere la determinazione delle varie figure alle massime d'esperienza, che possono essere rispecchiate, con maggiore approssimazione possibile, dalle leggi speciali e ancor di più dalle norme corporative*».

<sup>37</sup>Assanti C., *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo*, Milano, 1967, p. 56

<sup>38</sup>Tra le tante Cass. 5 maggio 1999 n. 4520, in *DPL*, 1999, p.2856; Cass. 28 gennaio 1985, n. 454, in *RIDL*, 1985, II, p.699 ed ancora Cass. 30 agosto 1988, in *DL*, 1988, II, p. 441 «*L'appartenenza del prestatore di lavoro ad una delle categorie di dirigente, impiegato e operaio fissate nel primo comma dell'art. 2095 c.c. deve essere accertata non solo sulla base di un'astratta definizione della categoria stessa, ma alla stregua della disciplina nazionale applicabile, il cui secondo comma dell'articolo rimanda, in relazione, in relazione al ramo di produzione e alla particolare struttura dell'impresa, risultante dai suoi peculiari criteri di auto-organizzazione*».

utilizzare differenti criteri<sup>39</sup>; ponendo come limite unico alla contrattazione l'obbligo di fornire elementi oggettivi d'identificazione per ciascuna categoria.

È evidente in tal senso come la mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost.<sup>40</sup> abbia fornito alla contrattazione collettiva una maggiore autonomia.

Sono tuttavia presenti all'interno dell'ordinamento alcune differenze di carattere legislativo tra le varie categorie; ad esempio storicamente per l'art. 10 della legge 15 luglio 1966, n. 604 in materia di licenziamenti individuali fa espresso riferimento alle categorie d'impiegati e operai; ovvero la differenza tra impiegati e operai in materia di trattamento di fine rapporto fino all'entrata in vigore della l.297/1982.

Una forte autonomia collettiva, ovviamente, non presuppone l'impossibilità da parte del giudice di non intervenire in caso di contenziosi in materia d'inquadramento.

A tal proposito occorre rilevare come la mancanza di una definizione puntuale dei termini come "categorie" e "mansioni" largamente utilizzate dal legislatore abbia portato notevole incertezza nella dottrina riguardo alla ricostruzione di una precisa nozione di qualifica portandone addirittura, da parte della stessa dottrina, «*a negare l'autonomia della figura della qualifica, essendo più agevole dissolverne il contenuto nella considerazione esclusiva di talune (principali) sue componenti*»<sup>41</sup> come possono essere ad esempio le mansioni effettivamente svolte.

Difatti quando il risultato dalla contrattazione collettiva, sia contrario alle norme di legge (ad esempio il funzionario di banca ai fini legislativi non può che risultare impiegato)<sup>4243</sup> eccellente dottrina ritiene infatti che: «*se così*

---

<sup>39</sup>Cass. 18 gennaio 1983, n. 217, in *Not. Giuris. Lav.*, 1983, p.144.

<sup>40</sup>Un'ipotetica attuazione della norma costituzionale in questione porterebbe senz'altro a un numero minore di contratti collettivi nazionali, aumentandone la distanza tra i destinatari effettivi.

<sup>41</sup>Santoro-Passarelli G., *Diritto dei Lavori*, Torino, 2013, p.271

<sup>42</sup>Cfr. Pera G., *Diritto del lavoro*, Padova, 1984, p. 548.

<sup>43</sup>In senso contrario Pret. Milano, 7 luglio 1982, in *Orient. Giur. Lav.*, 1983, p. 300.

*non fosse, avremmo la possibilità di un curioso effetto di spiazzamento delle norme di legge da parte dell'autonomia collettiva, in ragione del quale dovremmo allora affermare che quest'ultima, creando nuove categorie, sarebbe indirettamente legittimata ad incidere sul concreto ambito di applicazione di determinate normative che il legislatore abbia emanato a beneficio di particolari categorie di prestatori di lavoro... se ne deve desumere, pertanto, che il rinvio alla contrattazione collettiva, contenuto nella seconda parte dell'art. 2095 c.c., va ritenuto operante solo quando sulla base di esso sia possibile operare un giudizio di inclusione nelle categorie ivi previste e non vada ritenuto operante, invece, quando esso porti ad un semplice giudizio di esclusione»<sup>44</sup>.*

L'inquadramento effettivo non può quindi risultare, fermo restando quanto visto nel paragrafo precedente, come un qualcosa che sia del tutto estraneo dalle mansioni effettivamente svolte.

Come detto sopra la modifica dell'art. 2103 c.c. ha riportato fortemente in auge la differenziazione in categorie legali; per tale motivazione si ritiene opportuno analizzare le varie categorie legali presenti nell'art. 2095 c.c.

#### *1.4.1 Operai e impiegati, due categorie a confronto.*

La categoria legale degli operai si colloca alla base della scala gerarchica aziendale.

Non sono presenti nell'ordinamento italiano delle definizioni legali della categoria operaia; per tale definizione quindi risulta necessario fare riferimento *ad escludendum* utilizzando la legge sull'impiego privato<sup>45</sup> la quale definisce il lavoratore con mansioni impiegate come colui che non

---

<sup>44</sup>Liso F., *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, 1989, p. 7., l'autore fa riferimento in questo caso alle norme sul licenziamento ex l. 604/1966.

<sup>45</sup> R.D.L. n. 1825/1924

svolge mansioni prevalentemente di manodopera, presupponendo quindi che il lavoratore che svolge tali mansioni sia da considerare operaio.

Sembrerebbe proprio, e, in effetti, storicamente si è ritenuto accettabile considerare, che nella prevalenza del lavoro manuale debba intendersi la caratteristica principale della categoria operaia.

Nei primi 30 anni di vigenza della norma la giurisprudenza ha ritenuto quindi opportuno l'utilizzo del criterio della manualità pur se questo risultasse altamente professionale<sup>46</sup>.

Si potrebbe ritenere, pertanto, corretto dire che l'operaio collabora nell'impresa, mentre l'impiegato collabora all'impresa<sup>47</sup>.

Tuttavia tale definizione appartiene al periodo corporativo, e oggi deve intendersi come superata a causa delle innumerevoli innovazioni tecnologiche, che hanno portato ad alcune attività manuali a un livello di specializzazione particolarmente elevato, che non sembrerebbe essere compatibile con l'idea di configurare questo genere di attività manuali come quello gerarchicamente più bassa.

La dottrina maggioritaria, infatti, è concorde nel ritenere che l'effettiva portata dell'art.1 del R.D.L. 1825/24 sia appunto nell'individuazione della collaborazione del lavoratore all'interno dell'impresa.

Anche tale criterio distintivo risulta tuttavia essere particolarmente complesso in virtù delle numerose mansioni e compiti soprattutto "di confine" tra le due categorie, causando una corposa giurisprudenza sull'argomento.

Altro tentativo di differenziazione è rappresentato dall'utilizzo del criterio della "sostituzione" dell'imprenditore da parte dell'impiegato; tuttavia tale criterio può ricomprendere solamente l'ipotesi delle mansioni

---

<sup>46</sup>Cass. 4 agosto 1936, in *MGL*, 1936, p.416: «La materialità dell'opera, escludente l'applicabilità del R.D. 13 novembre 1924 n. 1825, non deve limitarsi soltanto ad una prestazione puramente materiale, ma può anche estendersi, senza per questo invadere le categorie impiegatizie, di concetto o di ordine, a delicatissime opere manuali, inducenti solo una specializzazione di coloro che le eseguono».

<sup>47</sup> Santoro-Passarelli F., *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995.

gestionali attribuite alla categoria impiegatizia, ma non si capisce come sia invece possibile ritenere valido tale criterio quando il lavoratore svolga mansioni impiegatizie senza alcuna facoltà di iniziativa (es. centralinista, pacificamente inquadrato come impiegato), in aggiunta al fatto che per alcuni settori, come quello agricolo, il datore di lavoro svolge in prima persona azioni che sarebbero attribuite a mansioni operaie.

La possibilità o meno d'iniziativa e di prendere decisioni discrezionali, laddove questa fosse maggiore nella categoria impiegatizia che in quella operaia potrebbe essere utilizzata come specificazione del criterio precedente; ma con l'analogia conseguenza di risultare troppo indipendente nei confronti della professionalità delle mansioni<sup>48</sup>.

La difficoltà d'inquadramento è senza dubbio una delle motivazioni che hanno condotto le parti sociali a optare per un inquadramento unico delle categorie impiegatizie e operaie per quanto alla fine una lettura aggiornata dei criteri enunciati dal legislatore del 1924 potrebbe essere considerando l'impiegato come colui che è addetto alla gestione, quindi all'acquisizione elaborazione, studio, memorizzazione e trasmissione di dati e informazioni, mentre l'operaio è prevalentemente addetto alla manovra di macchinari e strumentazioni o alla trasformazione della materia prima<sup>4950</sup>.

Le differenze sostanziali permangono sul piano sociologico, nell'immaginario comune, e nella maggior parte dei casi, l'operaio è colui

---

<sup>48</sup>Cass. 12 febbraio 1990 n. 981, in *mass. NGL*, 1990, p. 471: «*al fine della distinzione tra la categoria operaia e quella impiegatizia non è decisivo il carattere intellettuale o manuale dell'attività lavorativa svolta, ma il grado di collaborazione del lavoratore con l'imprenditore; pertanto rientra nella categoria operaia la prestazione che inerisce direttamente al processo produttivo e che si mantiene nell'ambito della semplice esecuzione senza esercizio di discrezionalità o di poteri decisionali, ancorché si tratti di attività che involga compiti di vigilanza o di controllo su altri operai in ordine ad aspetti meramente esecutivi del lavoro*» in concreto la corte ha ritenuto che la qualifica adatta ad un caposquadra debba essere quella operaia.

<sup>49</sup>Ichino P., cit., p.628.

<sup>50</sup>es. Cass. 20 settembre 1989 n. 3929, in *DPL*, 1990, p.190 con la quale veniva riconosciuta la qualifica di impiegatizia ad un gruppo di addetti al controllo di personale viaggiante, vd. anche P. Milano 9 gennaio 1990, in *OGL*, 1990, p.51, nella quale si riconosce la qualifica impiegatizia ad una lavoratrice che pur non avendo discrezionalità nello svolgimento del proprio lavoro, svolgeva mansioni caratteristiche "d'ufficio", ed anche P. Roma 14 aprile 1991, in *NGL*, 1991, p.286, nella quale veniva negata la qualifica impiegatizia ad un dipendente bancario svolgente mansioni di portineria.

che presta la propria attività lavorativa nella fabbrica, indossando generalmente una divisa<sup>51</sup>, mentre gli impiegati prestano generalmente la propria attività lavorativa in ufficio e indossando abiti civili<sup>52</sup>, detenendo quindi uno *status* di maggior favore.

Riassumendo i vari tentativi di stabilire criteri di differenziazione tra le due categorie si noti come questi siano essenzialmente due: il grado di collaborazione con l'imprenditore e il carattere manuale o intellettuale.

Tali criteri, naturalmente, non risultano sempre concordanti, dando vita, come si è visto, a numerose questioni dottrinali e giurisprudenziali.

La soluzione adottata dalla contrattazione collettiva (alla quale comunque è demandato l'effettivo inquadramento dei prestatori di lavoro) è quella dell'inquadramento unico, la quale sembrerebbe idonea ad appianare la questione.

E' innegabile che tale soluzione, con la modifica dell'art. 2103 c.c. operata dal governo Renzi, fornirebbe al datore di lavoro uno *jus variandi*<sup>53</sup> estremamente ampio; pertanto, nelle successive tornate contrattuali è logico aspettarsi forti pressioni da parte delle associazioni dei lavoratori affinché siano introdotti netti criteri di separazione tra le varie categorie.

In principio le categorie erano fortemente differenziate dal legislatore in merito alla disciplina dell'indennità corrisposta al lavoratore alla fine del rapporto di lavoro.

Il primo esempio di obbligo legale di questa indennità è rappresentato dall'"indennità di anzianità" introdotta dai c. 4 e 5 art. 10 R.D.L. 1825/1924, il quale prevedeva che all'impiegato (quindi non all'operaio) «*Oltre al preavviso nei termini come sopra stabiliti, o in difetto, oltre all'indennità corrispondente, è in ogni caso dovuta un'indennità non inferiore alla metà dell'importo di tante mensilità di stipendio per quanti sono gli anni di*

---

<sup>51</sup>Difatti gli operai vengono anche spesso denominati come "tute blu".

<sup>52</sup>Per questo vengono denominati spesso "colletti bianchi".

<sup>53</sup>Per una trattazione approfondita sull'argomento si veda cap. II.

*servizio prestati», definendo anche quali siano le voci relative alla retribuzione: «Agli effetti del presente articolo sono equiparati a stipendio e dovranno egualmente computarsi tutte le indennità continuative e di ammontare determinato, le provvigioni, i premi di produzione nonché le partecipazioni agli utili...».*

Tale disciplina riconosceva solamente agli impiegati tale indennità, ed escludeva la sua corresponsione quando l'impiegato fosse stato licenziato per giusta causa ovvero per dimissioni volontarie.

Tale disciplina fu estesa anche alla categoria operaia solo nel 1942 con l'art. 2120 c.c.

Altre differenze permangono in materia di trattamento previdenziale, ad esempio nelle ipotesi di malattia l'obbligo di retribuzione per gli impiegati permane, e l'assicurazione presso l'INPS per gli operai.

Tali differenze vengono generalmente appianate dalla contrattazione collettiva.

Contrattazione collettiva che determina anche l'entità del preavviso, il quale prendendo in considerazione la maggiore professionalità, con la conseguente maggiore difficoltà di sostituzione e di ricerca di un nuovo posto di lavoro ammette la prassi che tale preavviso sia maggiore nei confronti dei prestatori di lavoro con qualifiche impiegatizie.<sup>54</sup>

Una delle poche differenze rimaste in vigore rimane la differente quota contributiva relativa all'assicurazione INAIL.

Adirittura in origine il legislatore aveva predisposto l'obbligatorietà dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni ai soli operai (l. 17 marzo 1898 n. 80 art. 1 poi ripreso nel testo unico del 1904<sup>55</sup>) estendendola solamente

---

<sup>54</sup>Ad esempio nel ccnl metalmeccanici gli artigiani metalmeccanici con più di 10 anni di servizio hanno diritto ad un termine di preavviso di 10 giorni di calendario, mentre nel caso in cui fossero inquadrati come impiegati tale termine si eleva dai 2 mesi ai 2 mesi e mezzo a seconda della sottocategoria.

<sup>55</sup>Dove peraltro la nozione di operaio viene ritenuta implicita.

con l'art. 1 R.D.L. 17 agosto 1935 n. 1765 a tutte le "persone" (superando quindi il limite operaio) addette a determinate lavorazioni e macchine.

Attualmente vi è generalmente solo una differenza di quota tra le varie categorie, la quale non è di fonte legislativa.

Il motivo di questa differenza è di facile lettura: è evidente come delle mansioni generalmente di carattere manuale siano più soggette a infortuni sul lavoro rispetto a delle mansioni intellettuali.

Per quanto riguarda la differenziazione della categoria in merito alla tutela contro la malattia, vi è una differenza dei criteri di calcolo della retribuzione "mensile" portata ad esempio in ragione della storica differenza delle modalità di pagamento per le categorie.

La remunerazione per gli operai veniva (soprattutto in passato) erogata in base ad una tariffazione oraria, mentre per quanto riguarda il trattamento economico previsto per la categoria impiegatizia, questo viene (ancora oggi) erogato su base mensile.

Questo comporta che il calcolo della retribuzione giornaliera per l'erogazione dello stipendio a carico dell'INPS in costanza di malattia sarà calcolata dividendo la retribuzione mensile per 30 per la categoria impiegatizia, e per il numero delle giornate nella quale si è effettivamente prestata attività lavorativa (per un massimo di 26 giorni), poi moltiplicata per un coefficiente legale di 1,2 per la categoria operaia<sup>56</sup>.

#### *1.4.1.1 Operai.*

La classe operaia viene collocata alla base della gerarchia aziendale.

Come detto sopra la storica caratteristica distintiva del lavoro operaio rappresentata dalla prevalente manualità delle mansioni deve intendersi come superata.

---

<sup>56</sup>Si noti in tal caso come, nel caso in cui l'operaio abbia prestato attività per tutta la totalità dei 26 giorni lavorativi nel mese di riferimento il risultato percentuale risulti uguale.

La Suprema Corte di Cassazione ha tentato di dare un'ulteriore definizione al lavoro operaio; infatti, nella sentenza del 13 febbraio 1985 n. 1239<sup>57</sup> «... non è decisivo il carattere manuale e intellettuale dell'attività svolta, ma il grado di collaborazione del lavoratore con l'imprenditore, con la conseguenza che deve definirsi operaio chi esplica attività che ineriscono al processo produttivo e si mantengono nella sfera della semplice esecuzione e non implicano esercizio di discrezionalità o di poteri decisionali, senza che tali attività possano assumere carattere impiegatizio per il semplice fatto di non essere esclusivamente manuali o perché comportino sporadicamente maneggio di denaro».

Si fa quindi anche in questo caso riferimento alla collaborazione e alla possibilità d'iniziativa.

Naturalmente la categoria operaia è maggiormente articolata nel settore industriale, risultando invece più marginale in altre realtà aziendali (es. settore commercio).

Nel contratto collettivo già portato ad esempio la categoria operaia è ricavata da un'indicazione residuale dell'art.45 il quale qualifica gli impiegati il personale inquadrato dalla posizione B1 ad E2 e gli operai come il personale rimanente.

La contrattazione collettiva è inoltre solita suddividere in sottotipi di operai secondo il grado di specializzazione.

Si distinguono tra questi gli operai specializzati, i quali svolgono mansioni altamente specialistiche di elevata difficoltà che rendono quindi al lavoratore un'elevata (e indispensabile) competenza in materia (proprio tale sottocategoria potrebbe secondo i criteri di collaborazione essere addirittura inquadrato nella categoria impiegatizia).

L'importanza di questi lavoratori è stata riconosciuta già in passato con il concordato del 23 maggio 1946 art. 31<sup>58</sup>, il quale estendeva al centro-sud

---

<sup>57</sup>Cass.13 febbraio 1985, n 1239, in *Foro It. Rep.*, 1985.

<sup>58</sup>Poi reso obbligatorio dal erga omnes dal DPR 28 luglio 1960 n. 1098.

di Italia l'accordo interconfederale del 6 dicembre 1945, il quale stabiliva l'applicazione del R.D.L 1824/1925 anche agli operai che abbiano mansioni di particolare fiducia e responsabilità, che generalmente non siano attribuite agli operai.

Tale categoria prese poi il nome di "intermedi" o "equiparati" collocandosi a metà tra la qualifica impiegatizia e quella operaia, prendendo le migliori condizioni normative e contrattuali riservate alla categoria impiegatizia.

Tale disciplina è stata inoltre spesso applicata anche per i c.d. capireparto, ovvero quegli operai con il compito di vigilare sull'operato di altri operai.

Altro sottogruppo rilevato è quello degli operai qualificati, i quali svolgono mansioni per cui serve comunque una preparazione tecnica, ma non professionale come quella del sottogruppo precedente.

I manovali specializzati e i manovali semplici si collocano alla base della categoria e si differenziano solamente per l'esperienza (comunque non altamente qualificata).

#### *1.4.1.2 Impiegati.*

Come visto sopra la categoria impiegatizia trova il principale riferimento nell'art. 1 RDL 15 marzo 1924 n. 1825.

Tale norma definisce la categoria come lavoratori che svolgano funzioni di collaborazione, tanto di concetto che di ordine.

All'interno della norma, all'art. 10 il legislatore enunciando le differenze in merito al periodo di preavviso ha cercato di individuare alcune figure professionali, le quali svolgono mansioni di contenuto corrispondente alle caratteristiche di non manualità e collaborazione espresse dall'art. 1.

Anche gli impiegati vengono suddivisi in varie sottocategorie, tuttavia questa divisione trova fonte non solo nella contrattazione collettiva, ma anche nello stesso RDL 1825/1924.

La prima sottocategoria è rappresentata dagli impiegati che svolgono funzioni direttive i quali vengono individuati nell'art. 4 della legge sull'impiego privato nelle qualifiche di istitori, procuratori, rappresentanti a stipendio fisso, direttori tecnici o amministrativi e gli impiegati di grado e funzioni equivalenti, alle quali si aggiunge *ex art. 10* il commesso viaggiatore per l'estero<sup>59</sup>.

Le particolari funzioni direttive svolte da questa tipologia di lavoratori fanno sì che essi possano essere inquadrati, con le categorie dell'attuale stesura dell'art. 2095 c.c. come quadri.

La seconda sottocategoria di impiegati è denominata "impiegati di secondo livello" o "impiegati di concetto", tale categoria include i prestatori che svolgono mansioni di carattere intellettuale esercitando anche una sorta di indipendenza nello svolgimento delle stesse, con la conseguenza che il controllo del datore di lavoro nei confronti di questa categorie riguarda il risultato dell'attività lavorativa, e non la modalità con cui questa è eseguita.<sup>60</sup>

Tale sottocategoria risulta quindi essere pienamente conforme a tutte le caratteristiche individuate dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla contrattazione, essa infatti non svolge mansioni di carattere prevalentemente manuale, ha una forte componente collaborativa "all'impresa" svolgendo mansioni di potenziale sostituzione dell'imprenditore.

L'ultima sottocategoria impiegatizia è rappresentata dall'impiegato d'ordine il quale svolgendo attività di natura intellettuale solo in attuazione delle direttive imposte dai superiori e quindi senza alcun potere di iniziativa,

---

<sup>59</sup>Categoria poi esclusa con l'elencazione del R.D. 1 luglio 1926 n 1130, vita anche l'istituzione della categoria dei dirigenti come categoria a sé stante sul piano sindacale.

<sup>60</sup>Cass. 2 dicembre 1982 n.6567, in *GC*, 1983, I, p. 2051, vd anche Cass. 6 febbraio 1984, n. 909 nella quale viene evidenziato l'elemento «intellettuale, culturale e operativo» dell'impiegato di concetto.

ha generato molta confusione nella giurisprudenza e nella contrattazione collettiva<sup>61</sup> (subendo di fatto anche un controllo da parte del datore di lavoro in merito alle mere modalità di esecuzione della prestazione lavorativa), con le conseguenze di cui sopra.

#### 1.4.2 Quadri.

Nonostante la possibilità per la contrattazione collettiva di derogare il numero delle categorie legali abbia portato ad una tendenza maggioritaria di riduzione delle stesse con l'accorpamento delle categorie operaie e impiegatizie, il legislatore nel 1985 ha ritenuto opportuno dare attuazione ad un'altra tendenza contrattuale, perpetuata soprattutto nel settore bancario, di riconoscimento di figure professionali con mansioni intellettuali e con autonomie e responsabilità quasi dirigenziali, chiamati in tale settore "funzionari".

Dal testo della legge 190/1985 si evince la volontà del legislatore di escludere la sovrapposibilità tra la categoria dirigenziale e quella dei quadri.

L'art. 3 della legge in questione, infatti, fornisce a questa categoria legale le stesse tutele fornite alla categoria impiegatizia (ad esempio escludendo tali lavoratori dalla facoltà di recesso *ad nutum*).

L'art. 2 si occupa invece di indentificare la categoria, definendola come: «*prestatori di lavoro subordinato che pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti, svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa*».

Tale formula ha tuttavia generato confusione all'interno della giurisprudenza, la quale ha in alcuni casi inquadrato in tale categoria i

---

<sup>61</sup>Si noti a tal proposito come la legge definendo il lavoro impiegatizio come lavoro d'intelletto e quello operaio come lavoro manuale abbia fornito una forte, seppur inadeguato per eccessiva vetustà, un forte criterio discriminante.

lavoratori c.d. “intermedi” e addirittura alcune tipologie di impiegati specializzati<sup>62</sup> ed alcuni dirigenti di fascia più bassa<sup>63</sup>.

La genericità della norma, tuttavia, consente alla contrattazione collettiva di intervenire ampiamente al fine di definire i requisiti di inquadramento dei lavoratori, posto che, come sopra anticipato, tale facoltà le viene attribuita direttamente dall’art. 2095 (pacifica interpretazione della norma la quale, in realtà prevedrebbe un espresso riferimento alle norme corporative)<sup>64</sup>; di conseguenza, in un momento appena successivo all’entrata in vigore della legge in esame, la giurisprudenza ha ritenuto illegittime le pretese di alcuni lavoratori che richiedevano il riconoscimento della qualifica di quadro sulla base della sola legge 190/1985, visto anche l’obbligo di adeguare la contrattazione collettiva entro un anno dall’entrata in vigore della legge in esame disposto dall’art. c. 2.<sup>65</sup> (obbligo comunque troppo ambizioso perché fosse adempiuto in un periodo così breve).

Tuttavia sono presenti, anche se in numero assai minore, alcune sentenze che riconoscono la qualifica di quadro anche in assenza di una declaratoria della contrattazione collettiva<sup>66</sup>.

La norma tuttavia, considerato il forte potere derogatorio in capo alla contrattazione collettiva la quale può legittimamente anche decidere di individuare un’unica categoria di lavoratori, può fornire solamente indicazioni e non obblighi, ai quali le parti sociali possono decidere autonomamente di aderire o no.<sup>67</sup>

---

<sup>62</sup>Cass. 6 giugno 1986 n. 3778, in *NGL*, 1986, p. 261.

<sup>63</sup>Vd par. 1.4.4.

<sup>64</sup>Ichino P., cit., p.649.

<sup>65</sup>es. Cass. 9 luglio 1987, n. 6006, in *OGL*, 1987, p. 925, nella quale si sanciva l’onere per il lavoratore di fornire prova tramite il contratto collettivo su cui si fonda la sua pretesa; negando, di fatto, che tale pretesa possa essere sostenuta dalla sola legge.

Decisione almeno curiosa visto il fatto che tale contenzioso trattava di un funzionario di banca, ovvero da una di quelle figure contrattuali che hanno spinto il legislatore a riconoscere la quarta categoria legale.

V.d. anche Cass. 12 gennaio 1999 n. 275, in *MGL*, 1999, p. 234, la quale ribadisce l’impossibilità di riconoscere un lavoratore come quadro in assenza di una declaratoria di fonte contrattuale.

<sup>66</sup>In tal senso si veda P. Milano 10 febbraio 1986, in *GC*, 1987, I, p. 434 con nota di G.Pera, *Il riconoscimento d’appartenenza alla categoria dei quadri ad opera del giudice*.

<sup>67</sup>Scognamiglio R., *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990, p. 217.

#### 1.4.4 Dirigenti

La categoria di prestatori di lavoro gerarchicamente più elevata è senza dubbio quella dirigenziale.

Tale categoria riserva molte particolarità in virtù delle peculiarità delle mansioni richieste a questi ultimi.

Le origini di questa categoria sono senza dubbio più recenti rispetto a quelle delle categorie operaie (per le quali è quasi impossibile identificare un punto d'inizio per via della manualità della prestazione) e impiegatizie all'interno delle quali si presuppone che sia nata e evoluta la categoria dirigenziale in particolar modo con l'avvento delle realtà industriali dove era necessario che alcuni lavoratori sviluppassero funzioni organizzative con la conseguente investitura di particolari poteri da parte dell'imprenditore a questi ultimi; infatti si può dire che *«mentre la figura dell'impiegato ha origine lontana nell'impresa mercantile, il dirigente appare piuttosto a seguito dell'esperienza progressiva dell'impresa industriale»*.<sup>68</sup>

In un primo momento tale categoria di lavoratori, non solo è stata esclusa dalle leggi sul lavoro privato, ma era addirittura previsto che tale categoria fosse inserita nelle liste imprenditoriali<sup>69</sup>.

Successivamente, dopo la regolamentazione della categoria impiegatizia ad opera del R.D.L. 1825/1924, il legislatore decise di regolare anche la categoria dirigenziale, in maniera distinta rispetto alla categoria impiegatizia, con il R.D. 1 luglio 1926 n. 1130<sup>70</sup> nella quale, inquadrando tutta la realtà sindacale e sottoponendola a disciplina pubblicistica, si

---

<sup>68</sup>Giugni G., *il dirigente di azienda nel diritto*, in *Il dirigente di azienda nell'evoluzione della società*, Roma, 1974, p.302.

<sup>69</sup>Già previsto in L. n. 295 del 15 giugno 1893, la quale prevedeva che *«i direttori e gli amministratori tecnici e amministrativi e gli altri capi di uffici e servizi con funzioni analoghe, gli institori e in generale gli impiegati muniti di procura»* dovessero essere appunto iscritti nelle liste degli imprenditori.

<sup>70</sup>In attuazione della legge 3 aprile 1926 n. 536.

imponere ai lavoratori che fossero «*direttori tecnici e amministrativi, e gli altri capi d'ufficio, di servizi con funzioni analoghe, gli institori in generale e gli impiegati muniti di procura*» la costituzione di associazioni sindacali che risultino diversificate rispetto a quelle degli altri lavoratori, e che tali associazioni aderiscano alle federazioni delle associazioni sindacali datoriali<sup>71</sup>.

Tale regolamentazione, pur non essendo affatto esaustiva nell'individuare i lavoratori che sul piano formale dovessero ricoprire cariche dirigenziali, ha l'effetto di delimitare fortemente la categoria in base alla associazione sindacale di appartenenza; in altre parole per verificare se un lavoratore sia o meno inquadrato nella categoria dirigenziale sarà sufficiente verificare a quale associazione sindacale egli sia iscritto<sup>72</sup>.

Tale separazione sindacale aveva inoltre l'effetto indiretto di favorire una contrattazione collettiva differente per la categoria dirigenziale, facilitando così la creazione di un trattamento economico superiore per la categoria in questione.

Tuttavia tale norma in virtù dell'entrata in vigore dell'art. 39 Cost. (ovvero con il principio di libertà sindacale, anche negativa) deve ritenersi come abrogata.

In tal senso già negli anni 30 si riscontra una forte tendenza giurisprudenziale a ritenere illegittimo l'obbligo da parte del lavoratore, svolgente già mansioni dirigenziali in un'azienda di medie o grandi dimensioni, di iscrizione ad una specifica associazione sindacale.

Tale giurisprudenza<sup>73</sup> affermava che «*non è l'inquadramento (sindacale), ma l'effettiva attività svolta, che fa attribuire la qualifica di dirigente; la convenzione del 26 aprile 1932 per i dirigenti d'aziende industriali si applica quindi anche a quelli non iscritti alla rispettiva*

---

<sup>71</sup>Art. 34 R.D. 1130/1926.

<sup>72</sup>Principio naturalmente rafforzato dall'obbligo di iscrizione alle associazioni sindacali vigente durante il periodo corporativo.

<sup>73</sup>Cass. 25 febbraio 1935, in RL, 1937, p. 12.

*Associazione, e nessuna clausola contrattuale in senso contrario è efficace a privarli dei diritti relativi, perché contra legem».*

Naturalmente la giurisprudenza era intervenuta varie volte in vigore del R.D. 1130/1926 anche per meglio specificare le caratteristiche della categoria apicale, si passa quindi da un'elencazione tassativa di figure professionali contenute nel decreto del '26 ad un'individuazione del "tratto distintivo" del dirigente, ovvero come colui che svolge delle mansioni attribuibili al "capo" dell'impresa; con i conseguenti criteri identificativi<sup>74</sup>:

- ampia discrezionalità;
- autonomia operativa;
- esercizio di un particolare potere di gestione;
- predisposizione gerarchica a tutto il personale ovvero a un settore rilevante della stessa, con la titolarità anche del potere disciplinare;
- subordinazione diretta ed esclusiva all'imprenditore o al consiglio di amministrazione;
- carattere strettamente fiduciario della collaborazione.

Ottima dottrina<sup>75</sup> ritiene che proprio a questa giurisprudenza abbia fatto riferimento il legislatore del 1942 per l'identificazione al rimo comma dell'art. 2095 c.c. dei «*dirigenti amministrativi o tecnici*».

Da questa tendenza giurisprudenziale si arriverà quindi alla definizione, tuttora largamente utilizzata anche nel linguaggio comune, di dirigente come *alter ego* dell'imprenditore<sup>76</sup>, posizione di grande fiducia che giustifica anche l'esclusione delle forti tutele contro il licenziamento illegittimo introdotte dal legislatore a partire dagli anni 60.

---

<sup>74</sup>Cfr. Pergolesi F., *Dirigente di azienda*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964, pp. 617-619.

<sup>75</sup>Pergolesi F., *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942, pp. 105-106.

<sup>76</sup>Cfr. Giugni G., cit. p.306: «*Restando in piedi la teoria dell'impiegato sostituto (dell'imprenditore), non poteva crearsi un terreno di differenziazione che sul piano quantitativo, arrivandosi quindi ad affermare che un dirigente è un super sostituto e cioè soltanto chi ha compiti di alter ego*». Sulla definizione del dirigente come *alter ego* dell'imprenditore si veda anche Cass., sez. un., 29 maggio 1995, n.6041, in *Foro It.*, 1995, I, p. 1778.

Giova comunque ricordare che la formalizzazione legislativa di questa categoria legale sia avvenuta solamente con il codice civile del 1942, prima di allora, nonostante il diverso inquadramento sindacale e le particolari mansioni e responsabilità attribuite a tali lavoratori, una parte rilevante della dottrina continuò a considerarli come un'esplicazione degli impiegati<sup>77</sup>.

La particolare disciplina della categoria porta successivamente ad ulteriori contrasti (anche interni) giurisprudenziali e dottrinali in materia di inquadramento dirigenziale; in particolare risulta molto interessante l'analisi di due tendenze giurisprudenziali, le quali possono talvolta apparire in contraddizione tra di loro<sup>78</sup>, nelle quale si ebbe un ampliamento della categoria dirigenziale sia verso l'alto che verso il basso.

Verso l'alto si registra una tendenza della cassazione ad accettare un cumulo tra le posizioni di dirigente e gli incarichi di amministratore della società<sup>79</sup>.

In questo caso di estensione "verso l'alto" della qualifica dirigenziale si pone un problema anche di natura previdenziale, in quanto il dirigente-amministratore potrebbe risultare come lavoratore dipendente nel solo caso in cui prenda comunque ordini da un consiglio di amministrazione, «*per l'ovvia ragione che nessuno può essere dipendente di se stesso*»<sup>80</sup>; è talvolta possibile che il dirigente possa esercitare entrambe le cariche nel caso in cui le funzioni di dirigente e di amministratore devono riguardare compiti diversi.<sup>81</sup>

Viceversa si registra anche la tendenza a riconoscere l'inquadramento dirigenziale anche a personale impiegatizio non dipendente direttamente

---

<sup>77</sup>Tra tutti Santoro-Passarelli F., *Impiego privato, in Nss.D.I.*, VIII, Torino, 1962, p.261.

<sup>78</sup>Ichino P., cit., pp. 641-642.

<sup>79</sup>Cass. 24 marzo 1956, n. 845, in *Mgl*, 1956, p. 73, avallata successivamente (tra le tante) anche da Cass. 22 dicembre 1983 n. 7562, in *LPO*, 1984, p.344.

<sup>80</sup>Vallebona A., cit., p. 172.

<sup>81</sup> Cass. 26 febbraio 2002 n.2861, in *MGL*, 2002, p. 727, nella quale si manifestava che si distingue il rapporto organico da cui deriva il potere di rappresentanza presso terzi, dal rapporto interno con la società amministrata configurato quale lavoro coordinato e continuativo al fine della competenza del giudice del lavoro.

dall'imprenditore o dal C.D.A. e/o non investito di forte potere gerarchico (c.d. "low management")<sup>82</sup>.

Questa estensione giurisprudenziale della categoria legale ha portato inevitabilmente alla possibile inclusione delle categorie impiegate più elevate, con funzioni direttive (sia quadri che impiegati<sup>83</sup>).

A sostegno di tale tendenza autorevole dottrina ritiene che «*la specialità della funzione dirigenziale, trova in sostanza, forme di estrinsecazione molteplici e non predeterminabili a priori in termini compiuti*».<sup>84</sup>

La questione in tal senso è stata risolta dalla giurisprudenza con la previsione che l'inquadramento nella categoria dirigenziale al "low manager" possa essere concesso solamente quando siano previste dal contratto collettivo come tali<sup>85</sup>, ovviamente nel caso in cui queste non siano riconosciute come clausole formale (le quali come visto sopra rimangono comunque illegittime), con il conseguente mantenimento delle maggiori tutele previste per gli impiegati.<sup>86</sup>

Tale figura sembrerebbe ricomprendere anche lavoratori che svolgano compiti caratterizzati solamente da un elevato contenuto tecnico-professionale di importanza ai fini degli obiettivi dell'impresa<sup>87</sup>, in questo caso tali dirigenti sarebbero probabilmente sottoposti ad un vincolo

---

<sup>82</sup>Cass. 12 agosto 1997 n.7495, in *NGL*, 1997, p. 55, nella quale si fa comunque riferimento al fatto che il dirigente comunque deve una discrezionalità e un'ampiezza di funzioni tale da influire sulla conduzione dell'intera azienda o di un ramo autonomo di legge.

<sup>83</sup>In realtà la categoria legale dei quadri potrebbe essere idonea a ricomprendere la figura dell'impiegato con funzioni direttive.

<sup>84</sup>Cfr. Balletti E., *Definizione della categoria e amministrazione congiunta dell'inquadramento nella contrattazione collettiva: i dirigenti*, in *RGL*, 1988, I, pp. 345 ss.

<sup>85</sup>Cass. 24 ottobre 1995, n. 11051, in *RIDL*, 1996, II, p.359, con nota di Calafà L., *Parità di trattamento e inquadramento dirigenziale alla Rai*.

<sup>86</sup>Vd anche Cass. 1 marzo 1985, n. 1785, in *Foro It. Rep.*, 1985, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 672, nella quale si afferma che «<Il tratto distintivo della qualifica di dirigente rispetto a quella di impiegato di prima categoria con funzioni direttive, è dato non tanto dal potere di supremazia gerarchica e dalla collaborazione attiva con l'imprenditore – che possono essere comuni a entrambe le qualifiche – servizio, nonché dall'idoneità ad influenzare l'andamento dell'intera azienda, ancorché nell'ambito quanto all'estensione dei suoi poteri all'intera azienda o ad un ramo autonomo, anziché ad un singolo ramo o delle direttive eventualmente impartite dal titolare>>».

<sup>87</sup>Tosi P., *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974, p. 77 ss.

gerarchico non solo nei confronti del datore di lavoro ma anche di altri dirigenti<sup>88</sup>

Alcuni autori in merito a queste figure di “bassa dirigenza” hanno espresso alcune perplessità, in quanto con questa proliferazione della categoria dirigenziale non è più possibile identificare il dirigente come *alter ego* dell’imprenditore, se non ai massimi livelli della categoria<sup>89</sup>, con la conseguenza che l’esclusione dalla disciplina in merito al licenziamento individuale debba essere rivolta solamente ai dirigenti alter ego del datore di lavoro.<sup>90</sup>

Come si è detto prima la qualifica dirigenziale presenta alcune differenze normative e contrattuali rispetto alle altre categorie; ad esempio si registra ancora oggi una forte tendenza ad una contrattazione collettiva separata (il che potrebbe avallare la tesi del quarto criterio citato ad inizio capitolo) in modo da agevolare la regolamentazione delle diverse tutele e dei diversi trattamenti<sup>91</sup>.

Alla categoria dirigenziale non sono inoltre applicabili le discipline in materia di orario di lavoro, apposizione del termine e licenziamento.

Per quanto riguarda l’applicabilità delle norme di garanzia procedimentali contenute nell’art. 7 l. 20 maggio 1970 n. 300, la giurisprudenza in passato ha sostenuto in maniera molto marcata<sup>92</sup> l’inapplicabilità della norma in ragione del carattere strettamente fiduciario del rapporto di lavoro.

Successivamente tale orientamento è stato sovvertito dalla stessa Corte di Cassazione la quale ha affermato l’applicabilità delle garanzie procedimentali nel caso in cui il dirigente abbia tenuto un comportamento

---

<sup>88</sup>Per tali lavoratori si deve comunque ritenere legittima la qualifica dirigenziale, se prevista dalla contrattazione collettiva, Cass. 26 aprile 2005 n. 8650, in *MGL*, 2005, p. 760, in senso contrario si veda Cass. 4 febbraio 1998 n. 1151, in *RGL*, 1999, II, p.71.

<sup>89</sup> Cfr. Ghera E., *Diritto del lavoro*, Torino, 2015, p.180.

<sup>90</sup>Cfr. Tosi P., cit., pp.168 ss.

<sup>91</sup>Alcuni dirigenti apicali hanno addirittura la determinazione del proprio trattamento in un contratto individuale, a prescindere dalla grandezza dell’impresa.

<sup>92</sup>Cass., Sez. Un., 6041/1995, cit.

negligente ovvero quando vi siano state condotte che abbiano leso definitivamente il rapporto fiduciario necessario per il proseguo del rapporto di lavoro<sup>93</sup>.

---

<sup>93</sup>Cass. Sez. Un., 30 maggio 2007 n. 7880, in *Guida Lav.*, 2007, pp.44 ss, Cass. 21 marzo 2011 n.6367, in *Rep. Foro It.*, 2012, voce *Lavoro (rapporto)*, p.381.

## Capitolo II

### La modifica delle mansioni

#### **2.1 Le modifiche della disciplina dello *jus variandi* del datore di lavoro.**

L'art. 2103 c.c. ha sempre previsto la possibilità per il datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti a quelle da egli svolte; proprio il concetto di equivalenza ha suscitato innumerevoli questioni giurisprudenziali e dottrinali.

La prima stesura dell'articolo in esame prevedeva (fermo restando la dicitura "*il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto*" poi riportata in ogni novella del testo dell'articolo) la possibilità per il datore di lavoro di adibire il lavoratore in caso di necessità dell'impresa a mansioni differenti «*purché ciò non comporti un mutamento sostanziale nella posizione di lui*»; in tale ottica il potere di variare le mansioni in capo al datore di lavoro risultava essere notevole in quanto non erano presenti dei chiari limiti (se non quello di irriducibilità della retribuzione) al "livello professionale" delle mansioni alle quali il lavoratore poteva essere adibito.

Tale modestia di tutele risultava in linea con il panorama giuslavorista dell'epoca; non erano, infatti, ancora entrate in vigore le forti tutele contro il licenziamento illegittimo introdotte con lo statuto dei lavoratori, per tale motivo si era creata la tendenza da parte dei lavoratori ad accettare mutamenti di mansioni per non rischiare di perdere il proprio posto di lavoro.

Fu con la legge 23 maggio 1970 n. 300 che la situazione risultò notevolmente mutata; l'art. 13 della suddetta legge novellò completamente la disciplina, introducendo lo *jus variandi* orizzontale come unico possibile.

Tale testo, infatti, prevedeva il diritto del lavoratore ad essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto ovvero a mansioni equivalenti alle ultime svolte<sup>94</sup>.

La comprensione del concetto di equivalenza ha presentato sin dall'inizio notevoli difficoltà, anche per effetto della nullità dei patti contrari espressa dall'ultimo comma della versione in esame della norma.

Importante dottrina riconobbe, infatti, che il limite dell'equivalenza sarebbe divenuto estremamente rigido nei vari orientamenti giurisprudenziali<sup>95</sup>.

Primo requisito dell'equivalenza rilevato dalla giurisprudenza è rappresentato dalla necessità che entrambe le mansioni che si intende considerare come equivalenti siano collocate allo stesso livello di classificazione dalla contrattazione collettiva<sup>96</sup>.

Già solamente con questo limite si esclude la possibilità che sia lecita l'adibizione a mansioni inquadrata in livelli inferiori<sup>97</sup>, nonostante talune autorevoli dottrine ritenessero possibile non escludere aprioristicamente l'eventuale adibizione dei lavoratori anche a mansioni inquadrata in un livello salariale inferiore<sup>98</sup> (c.d. "equivalenza formale").

Tuttavia non si ritenne sufficiente il mero rispetto dei livelli contrattuali; la nozione di equivalenza, infatti, si approfondì nel tempo, assumendo connotati sostanziali più che formali, cosicché gli interpreti si convinsero ben presto della necessità, ai fini dell'individuazione delle

---

<sup>94</sup>In tal caso si fa riferimento ad una eventuale promozione del lavoratore.

<sup>95</sup>Mengoni L., *I poteri dell'imprenditore*, relazione all'Accademia dei lincei a Roma, 24-25 novembre 1975, poi riportato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, p. 404.

<sup>96</sup>In tal senso si veda Cass. 24 giugno 2014 n. 15769, in *Riv. Giur. Lav.*, 2013, II, 611; Cass., Sez. Un., 24 novembre 2006, n. 25033, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 17; Cass. 8 giugno 2009 n.13173, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Lavoro (Rapporto)*, n.1071.

<sup>97</sup>tra le tante Cass. 25 gennaio 2006 n. 1388, in *Guida al lav.*, 2006, 36; Cass. 6 giugno 1995 n. 6333, in *Not. Giur. Lav.*, 1995, 732.

<sup>98</sup>Persiani M., *Prime osservazioni sulla disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1971, I, p. 16 ss.

mansioni alle quali il lavoratore possa essere adibito, di ricercare un'equivalenza della professionalità<sup>99</sup>.

In tal modo si cercava di superare la concezione di tutela solamente del trattamento retributivo del lavoratore, ma anche del suo patrimonio professionale tutelandolo come fosse “un bene infungibile da tutelare in forma specifica”<sup>100101</sup>.

Questa opzione interpretativa risulta certamente idonea a tutelare la professionalità, anche in senso extraeconomico, del lavoratore in quanto garantisce il completo utilizzo del corredo professionale acquisito durante tutta la propria esperienza lavorativa; tuttavia la comprensione di quelle che sono le effettive competenze lavorative risulta di estrema complessità, a maggior ragione nel momento in cui si vada a confrontare delle mansioni che pur essendo inquadrare in posizione analoga dalla contrattazione collettiva (e che magari richiedano entrambe lo stesso titolo specifico come *conditio sine qua non* per l'adibizione) siano completamente differenti nello svolgimento.

Una tutela così stringente (arricchita col divieto pressoché assoluto di adibizione a mansioni considerate inferiori ovvero alla nullità dei patti contrari analizzati in seguito) porta all'assurda conseguenza di rendere più agevole al datore di lavoro l'intimazione licenziamento per giustificato motivo oggettivo piuttosto che la riqualifica del lavoratore nel caso di esaurimento delle mansioni svolte da quest'ultimo.

---

<sup>99</sup>Tra le tante Cass. 29 settembre 2008 n. 2493, in *Guida al lav.*, n. 42, p. 23 (nella quale si è ritenuta inammissibile l'equivalenza poiché con le nuove mansioni vi è era un forte rischio di fossilizzazione delle competenze del lavoratore); Cass. 26 luglio 2006 n. 17022, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007 p.17; Cass. 4 ottobre 1995 n. 10405, in *Foro it.*, 1995, p. 3133; Cass. 13 febbraio 1980 n. 102, in *Riv. Giur. Lav.*, 1980, II, p. 619.

<sup>100</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, p.16.

<sup>101</sup>Per una trattazione in materia di tutela giurisprudenziale contro il demansionamento illegittimo si veda cap. III

## 2.2 Analisi della stesura originaria dell'art. 2103 c.c.

La prima stesura dell'art. 2103 c.c. enunciava sicuramente una disciplina molto liberale per quanto riguarda lo *jus variandi* consentendo al datore di lavoro di gestire il personale dell'impresa con ampi margini di autonomia.

In primo luogo la stesura originaria enunciava il principio della contrattualità delle mansioni<sup>102</sup> (principio poi riportato in tutte le stesure successive dell'articolo).

Successivamente esso prevedeva la possibilità di modificare unilateralmente le mansioni senza modificare l'oggetto del contratto ai sensi degli artt. 1321 e 1372 c.c., in virtù del contenuto estremamente dinamico del contratto di lavoro (almeno secondo la prevalente dottrina)<sup>103</sup>.

Le limitazioni preposte all'utilizzo di questo potere sono di due tipi: uno "positivo", l'altro "negativo"<sup>104</sup>.

Per quanto riguarda il criterio positivo, questo si concretizzava nell'obbligo da parte del datore di utilizzare tale potere solamente a causa di esigenze dell'impresa (criterio che avrebbe dovuto escludere i rapporti di tipo personale tra il datore e i lavoratori); tuttavia tale disciplina si è dimostrata eccessivamente sbilanciata in favore del datore di lavoro<sup>105</sup>.

Il criterio negativo prevedeva la necessità di non arrecare al lavoratore alcun pregiudizio di carattere economico<sup>106</sup>, ovvero il diritto del lavoratore di mantenere (o acquisire) il trattamento retributivo migliore tra quelli relativi alle mansioni svolte in precedenza e quelle a cui sia stato successivamente

---

<sup>102</sup>«il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto».

<sup>103</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 239, Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 142.

<sup>104</sup>Cfr. Brollo M., Vendramin M., *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, a cura di Persiani M., Carnici F., IV, 1, p. 523.

<sup>105</sup>Giugni G. *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 318.

<sup>106</sup>Primo esempio di irriducibilità della retribuzione.

adibito, e che la nuova adibizione non costituisse un «*mutamento sostanziale nella posizione di lui*».

Tale criterio è stato interpretato ritendendo che comportasse la possibilità di esercitare lo *jus variandi* da parte del datore di lavoro solamente quando l'adibizione fosse temporanea e che non fosse troppo differente da quella originaria<sup>107</sup>.

La tutela nei confronti del lavoratore era quindi circoscritta all'irriducibilità della retribuzione, tutela che risultava indebolita dalla possibilità di stipulare patti contrari<sup>108</sup> e dalla prassi giurisprudenziale di considerare accettazione tramite fatti concludenti *ex art. 1362 c.c.* la mancata contestazione del lavoratore al mutamento delle mansioni<sup>109</sup> (considerando la disparità del potere contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore, il quale sarà successivamente ritenuto meritevole di tutele per il solo fatto di essere considerato come parte debole).

### **2.3 Considerazioni generali sull'art. 13 dello Statuto dei lavoratori.**

La riforma del 1970 ha modificato fortemente la disciplina dello *jus variandi* del datore "blindando" il livello di inquadramento d'entrata del lavoratore, che doveva quindi essere considerato come un livello minimo al di sotto del quale il lavoratore non poteva essere assegnato; questo ha fatto sì che l'individuazione delle mansioni di "entrata" del lavoratore divenisse (come peraltro è ancora oggi) un fatto di estrema importanza, pur considerando che essa rappresenta solamente una ricostruzione contrattuale e non necessariamente un'elencazione esaustiva dei compiti del lavoratore all'interno dell'azienda<sup>110</sup>.

---

<sup>107</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 327.

<sup>108</sup>«*se non convenuto diversamente*».

<sup>109</sup>Cass. 12 ottobre 1968 n. 3243, in *Mass. Giur. Lav.*, p. 205.

<sup>110</sup>Cfr. Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 116.

Nonostante la mancata previsione di una forma specifica per il contratto di lavoro, è fatto obbligo del datore di lavoro il rendere conoscibile al lavoratore il proprio livello di inquadramento nella contrattazione collettiva<sup>111</sup>, anche attraverso consegna della comunicazione telematica inviata ai competenti servizi per l'impiego<sup>112</sup>.

La stesura "intermedia" presentava, inoltre, una formulazione differente per quanto riguarda le mansioni attribuibili al lavoratore: mentre nella stesura originaria era (letteralmente) l'imprenditore che poteva adibire il lavoratore a mansioni differenti, nella formulazione del 1970 si fa riferimento al fatto che il «*lavoratore deve essere adibito...*» sollevando una questione dottrinale in merito all'abrogazione o meno dello *jus variandi*<sup>113</sup>

La riformulazione sintattica della disciplina ha infatti portato una parte della dottrina a ritenere che l'adibizione a mansioni differenti non possa avvenire che per mutuo consenso<sup>114</sup>.

Tale (autorevole) corrente dottrinale è senza dubbio da considerarsi come fortemente minoritaria rispetto a quella che sostiene l'unilateralità del potere in capo al datore di lavoro, in quanto tale potere deve essere giustificato da «*insopprimibili esigenze organizzative e direzionali*»<sup>115</sup>.

L'ultima considerazione preliminare in merito all'art. 13 Stat. Lav. riguarda la sua posizione; il legislatore ha infatti inserito tale articolo nel titolo I dello Statuto, il quale essendo intitolato "*della libertà e della dignità del lavoratore*" fa comprendere l'importanza che il legislatore ha inteso attribuire all'istituto<sup>116</sup>.

---

<sup>111</sup>Ai sensi dell'art. 96 comma I disp. Att. C.c. e dell'art. 1 lett. f) d.lgs. n. 152/1997, che prevede l'obbligo di informare il lavoratore, seppur sommariamente, anche in merito alle caratteristiche e alle modalità di svolgimento del lavoro.

<sup>112</sup>Ex art. 40 II comma I. 133/2008.

<sup>113</sup>Brollo M., Vendramin M., *jus variandi*, cit., 530-531.

<sup>114</sup>Suppiej G., *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1972, I, p. 35.

<sup>115</sup>Tra i tanti Romagnoli U., *La disciplina del mutamento di mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Proc. Civ.*, 1971, p. 336, in giurisprudenza Cass. 23 gennaio 1988 n. 539, in *Not. Giur. Lav.*, 1988, p. 313.

<sup>116</sup>Cfr. Brollo M., Vendramin M., *jus variandi*, cit., p. 540.

## 2.4. L'equivalenza delle mansioni.

### 2.4.1. I criteri di equivalenza professionale utilizzati nell'art. 13 Stat. Lav.

Come espresso sopra la lettura giurisprudenziale del concetto di equivalenza delle mansioni ai fini dello *jus variandi* orizzontale, nella stesura del 1970, dà particolare peso all'equivalenza professionale delle mansioni.

Per questo motivo è necessario analizzare taluni fattori che pur non essendo direttamente attinenti con il mero effettuarsi delle mansioni che s'intendono confrontare in un eventuale giudizio di equivalenza svolgono un ruolo di centrale importanza.

Nella prassi è, infatti, spesso accaduto che la giurisprudenza abbia considerato non equivalenti posizioni simili per ciò che attiene alle mansioni svolte, ma dissimili con riferimento alle modalità di svolgimento.

Non sono ad esempio state ritenute equivalenti posizioni che differivano per la possibilità di progressione sia di carriera<sup>117</sup> o in relazione al mero “bagaglio professionale”<sup>118</sup>; di particolare rilevanza è in tal senso l'opzione interpretativa espressa dalle Sezioni unite della Suprema Corte con sentenza n. 9408/2006, con la quale è stato esplicitato il diritto per il prestatore di lavoro (con il conseguente onere per il datore di lavoro) ad un costante accrescimento della propria esperienza lavorativa<sup>119</sup>.

Tale indirizzo era quindi atto a tutelare la c.d. “professionalità statica”, ovvero il saper fare del lavoratore indentificato come insieme di attitudini e competenze acquisite dal lavoratore nell'esercizio delle precedenti mansioni<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup>Cass. 10 giugno 1993 n.6464, in *Giust. Civ.*, 1993, I, p. 2333; Cass. 16 marzo 1992 n. 3213, in *Not. Giur. Lav.*, 1992, p. 493.

<sup>118</sup>Cass. 29 settembre 2008 n.24293, in *Giuda al lav.*, 2008, n. 42, p. 23

<sup>119</sup>Cass. S.U. novembre 2006 n.9408, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 17.

<sup>120</sup>Brollo M., Vendramin M., *Jus variandi*, cit., p. 542.

Questa corrente giurisprudenziale era giustificata dalla circostanza che durante il primo periodo di vigenza dello statuto era ancora presente un modello produttivo di tipo “fordista-taylorista”, fortemente rigido e incline al garantismo<sup>121</sup>.

Tuttavia, nonostante questo apparente obbligo di crescita, non si è comunque considerato effettivo l’obbligo di formazione (ove ovviamente non sia quello l’oggetto del contratto) per adibire il lavoratore a mansioni equivalenti<sup>122</sup>; effettivamente nel caso di *jus variandi* orizzontale l’oggetto del contratto non si ritiene essere stato modificato e l’incapacità di una delle parti a adempiere alle obbligazioni che ne scaturiscano potrebbe essere già di per se un valido motivo di recesso.

La crescita professionale del lavoratore consentirebbe, tuttavia di adibirlo a mansioni di contenuto differente.

Sfruttando questo fattore, e considerando anche il momento di crisi economica degli anni ’70, si è tentato di passare ad una concezione “dinamica” della professionalità, improntata non più solo sul mero “saper fare”, ma anche sul “saper come fare”<sup>123</sup>.

Oltre alle innumerevoli pronunce di merito e, soprattutto, di diritto espresse dalla giurisprudenza in favore di una disciplina particolarmente rigida, si registrano taluni orientamenti, giurisprudenziali e dottrinali a sostegno di una maggiore flessibilità della disciplina.

In particolare si è tentato di eliminare quella situazione, quasi paradossale, per la quale risulta più agevole licenziare il lavoratore piuttosto che demansionarlo.

Come ad esempio alcune sentenze della Corte Suprema di Cassazione nelle quali si riteneva accettabile lo *jus variandi* orizzontale tra mansioni

---

<sup>121</sup>Brollo M., Vendramin M., *Jus variandi*, cit., p. 543.

<sup>122</sup>Obbligo che potrebbe invece essere costituito nel caso in cui il lavoratore sia adibito a mansioni superiori.

<sup>123</sup>Pizzoferrato A., *Tutela della professionalità e organizzazione produttiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II, p. 151.

impiegatizie e operaie (inquadrate comunque nel medesimo livello dalla contrattazione collettiva) quando i lavoratori fossero in possesso di una preparazione tecnica specifica (anche acquisita tramite la frequenza di corsi professionali) che consentisse loro di svolgere le mansioni in questione<sup>124</sup>.

In tal senso si è ritenuta legittima anche l'adibizione a mansioni non equivalenti, temporaneamente, con lo scopo di far acquisire al lavoratore una professionalità che permettesse un'adibizione a mansioni differenti (equivalenti alle prime)<sup>125</sup>.

Con sentenze di questo genere si esplicita che lo svolgimento di differenti mansioni, nell'ottica di una formazione professionale, potesse assumere forte rilevanza per stabilire l'equivalenza delle differenti mansioni con un incremento della mobilità consentita<sup>126</sup>.

In aggiunta vi sono pronunce<sup>127</sup> che accettano un "baratto" tra una migliore posizione aziendale e la perdita di professionalità; in altre parole valutando entrambe le posizioni *in toto*<sup>128</sup>.

In questo senso correnti minoritarie hanno riconosciuto l'insussistenza dell'infrazione della norma di equivalenza quando il lavoratore conservi nel mutamento delle mansioni la medesima autonomia e le medesime responsabilità<sup>129</sup>.

Sono, inoltre, registrate talune sentenze che hanno dichiarato dequalificante lo svolgimento di mansioni con una percentuale di rischio e con un aggravio fisico maggiore<sup>130</sup>; nell'ultimo caso l'orientamento giurisprudenziale può essere condivisibile vista la particolare funzione delle

---

<sup>124</sup>Cass. 16 ottobre 1985 n.5098, in *Giust. Civ.*, 1986, I, p.412.

<sup>125</sup>Cass. 1 settembre 2000 n. 11457, in *Giuda al lav.*, 2000, n.41, p. 29; Cass. 2 maggio 2006 n. 10091, in *guida al lav.*, 2006, nn. 32- 34.

<sup>126</sup>Pisani C., *Formazione professionale «continua», equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, n.5, p. 36.

<sup>127</sup>Cass. 15 giugno 1983 n. 4106, in *Giust. Civ.*, 1984, I, p. 233.

<sup>128</sup>Cfr. Pisani C., *l'equivalenza delle mansioni nella giurisprudenza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 8-9, p. 599, nel quale si fa riferimento all'utilizzo di contesti desumibili dalla realtà aziendale.

<sup>129</sup>Cass. 16 giugno 2009 n. 13941, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, n. 4, p. 122.

<sup>130</sup>Cass. 29 novembre 1984 n. 5921, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1985, II, p.703, P. Milano 3 maggio 1994, in *Orient. Giur. Lav.*, 1994, p. 278.

indennità collegate alla particolare natura di talune mansioni; indennità che in virtù della propria particolare natura non sono neanche soggette al principio di irriducibilità della retribuzione espresso dall'articolo di cui questa trattazione è ad oggetto<sup>131</sup>.

Un orientamento più moderno della giurisprudenza, avallato da un'importante sentenza delle Sezioni Unite della Suprema Corte di cassazione<sup>132</sup>, ha riconosciuto alla contrattazione collettiva (in questo caso addirittura di prossimità) la possibilità di prevedere delle “clausole di fungibilità funzionale”, adottando una nozione di “equivalenza professionale elastica”, dando la possibilità di attuare meccanismi rotativi nell'attuare lo svolgimento di mansioni differenti<sup>133</sup>.

Le difficoltà relative alla concezione di equivalenza espresse dall'art. 13 Stat. Lav. sono notevoli.

Esse risultano rafforzate, inoltre, dalla mancata possibilità, in concreto, per le parti sociali di definire chiaramente tutte le posizioni con una professionalità analoga (per quanto giurisprudenza e dottrina maggioritaria ritengono che come requisito minimo affinché due mansioni risultino equivalenti esse siano ricomprese nel medesimo livello all'interno della contrattazione collettiva<sup>134</sup>), unite alla nullità di patti contrari espressa dall'ultimo comma dell'articolo in questione, hanno, come tutte le norme ad efficacia vincolante a precetto generico.

Doveroso è inoltre riportare come questa concezione per certi versi evanescente della concezione di equivalenza professionale sia stata

---

<sup>131</sup>Vd. Cap. III.

<sup>132</sup>Cass., S.U., 24033/2006, in *www.adapt.it*.

<sup>133</sup>Tiraboschi M., Menegotto M., *Disciplina delle mansioni*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs act*, Milano, 2016, p. 92.

<sup>134</sup>Nei primi anni di vigenza della norma si registrano accettazioni in merito alla possibilità che posizioni equivalenti possano essere individuate all'interno di livelli inferiori Persiani M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1971, I, p. 16; Assanti C., *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 143; in giurisprudenza Pret. Monza 18 aprile 1972, in *Mass. Giur. Lav.*, 1972, p. 611.

considerata come eccessivamente complessa dal Cnel già nel 1985<sup>135</sup>, il quale riteneva necessario che nell'art. 2103 c.c. «*in ordine al concetto di equivalenza delle mansioni...dovrebbe essere inserito un esplicito rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione in concreto del rapporto di lavoro di equivalenza*».

Opinione che, a distanza di trent'anni, sarà effettivamente recepita all'interno del *Jobs Act*.

La corte con questa tipologia di pronunce ha senza dubbio tutelato anche la “professionalità extraeconomica” del lavoratore, evitando che sia adibito a mansioni che «*non lo danneggino altrimenti nell'ambito del settore o socialmente*»<sup>136</sup> arrivando ad una concezione del tutto particolare del danno scaturente da un simile atteggiamento del datore di lavoro.

La giurisprudenza ha, infatti, oltrepassato il confine del danno derivante dalla non corretta esecuzione del contratto considerando, nello specifico, il danno da demansionamento come danno biologico esistenziale<sup>137</sup>; tale concezione rappresenta ovviamente una necessità di rilettura completa della disciplina, la quale assume un'importanza maggiore in quanto diviene quasi assimilabile ad un diritto fondamentale dell'individuo, e non solo del lavoratore andando quindi per certi versi oltre quello che è il mero diritto del lavoro.

#### 2.4.2 *La nuova concezione di equivalenza.*

La modifica dell'art. 2103 c.c. effettuata dal governo Renzi ha come scopo (come tutto il “jobs act”) quello di semplificare la disciplina giuslavoristica.

---

<sup>135</sup>Cnel, *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, 4 giugno 1985, [www.cnel.it](http://www.cnel.it), p. 748, sotto la presidenza di Luigi Mengoni.

<sup>136</sup>Cass. 17 agosto 1998 n.7040, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1998, II, p.276.

<sup>137</sup>vd cap. III.

Tale semplificazione è stata operata mediante la riscrittura integrale dell'articolo, il quale con la sua lunghezza di ben nove commi (contro il precedente di soli tre) si pone come scopo quello di semplificare attraverso la previsione, e la conseguente regolamentazione, di più fattispecie possibili nel medesimo articolo in modo tale da avere una sola legge a cui fare riferimento per la materia, quasi come a voler avere un "testo unico" (interessante notare come il legislatore abbia abrogato, tuttavia, solamente l'art. 13 Stat. Lav. e non le altre norme in materia).

Il governo, dopo aver definitivamente superato (per i nuovi assunti) l'art. 18 Stat. Lav., è intervenuto modificando fortemente (per tutti i lavoratori) la disciplina dello *jus variandi*, cercando di "armonizzarla" con le altre novità introdotte con i decreti attuativi del "jobs act" e recependo taluni orientamenti giurisprudenziali (es. "patto di demansionamento" espresso nel sesto comma dell'articolo, di cui si tratterà più avanti).

Sembra inoltre opportuno sottolineare come la disciplina sia immediatamente applicabile all'entrata in vigore della norma e come questa si applichi anche ai "vecchi assunti" (al contrario del contratto a tutele crescenti) causando inevitabilmente dibattiti giurisprudenziali in merito ai fatti avvenuti "a cavallo" tra le due ultime stesure<sup>138</sup>.

Si avverte fin da subito la volontà del legislatore delegato di adempiere lo scopo enunciato al comma 7 dell'art. 1 della l. 10 dicembre 2014, il quale prevedeva l'esigenza di una riforma che rendesse i contratti di lavoro «*maggiormente coerenti con le esigenze del contesto occupazionale e produttivo*».

Contesto fortemente diverso rispetto al passato per vari fattori: primo tra tutti l'avvento dell'era digitale la quale modifica profondamente le prestazioni e le modalità di lavoro, distaccandosi dal modello "taylorista-fordista", sul quale trova fondamento lo Statuto dei lavoratori.

---

<sup>138</sup>Si veda cap. III.

Con il nuovo testo si cerca quindi di andare incontro alle nuove esigenze del contesto occupazionale e aziendale, con la “sacrificabilità” della professionalità dei lavoratori divenuti inutili ai fini della produttività dell’azienda a fronte di una maggiore salvaguardia occupazionale e retributiva<sup>139</sup>.

In primo luogo si evince un forte tentativo di rendere agevole l’individuazione delle mansioni *a priori* che possano essere considerate equivalenti, attraverso la nuova dicitura «*mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento*» la quale risulta essere, in concreto, molto più precisa rispetto al concetto di mansioni “equivalenti” tanto apprezzato dalla giurisprudenza maggioritaria.

In questo modo sarà quindi possibile ridurre il contenzioso, in quanto sarà esclusa la possibilità da parte del giudice di effettuare controlli “soggettivi” in merito alla professionalità delle singole mansioni<sup>140</sup>.

Tale modifica si evince dal primo comma del nuovo testo: «*il prestatore di lavoro deve essere adibito... a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*»; il testo quindi, sostanzialmente, demanda alla contrattazione collettiva quello che è l’individuazione della gerarchia delle mansioni «*qualunque sia il loro contenuto oggettivo*»<sup>141</sup>.

Nella visione della disciplina del Governo la prestazione di lavoro esigibile dal datore di lavoro deve essere delimitata *per relationem* dal livello di inquadramento del contratto collettivo<sup>142</sup>.

A livello formale quindi non sembrerebbe esserci una forte modifica rispetto alla stesura del 1970 (in quanto anche con la precedente norma alcuni

---

<sup>139</sup>cfr. Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015 n.81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT Labour Studies e-book series. N.48.

<sup>140</sup>Cfr. Casotti A., *Mutamento di mansioni e disciplina dello jus variandi*, in *Dir. E Prat. Lav.*, 2015, n.27/2015, p. 1685.

<sup>141</sup>Racchi L., *Collaborazioni continuate e continuative e disciplina delle mansioni*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 29/2015, p. 1778.

<sup>142</sup>Amendola F., *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona*, 291/2016, p. 8.

autori erano arrivati ad un'analoga concezione di equivalenza<sup>143</sup>), ma a livello sostanziale si evince fortemente la volontà del legislatore di abbandonare la rigida concezione giurisprudenziale di equivalenza professionale trattata nel sottoparagrafo precedente.

Si passa quindi da un concetto di equivalenza sostanziale ad un concetto di equivalenza inteso in senso formale; simile a come già avveniva per il pubblico impiego a norma dell'art. 52 d.lgs n. 165/2001<sup>144</sup>.

In questo senso è possibile considerare il concetto di equivalenza anche come eliminato<sup>145</sup> (in effetti il termine nella nuova norma non compare), in quanto non viene fatto alcun giudizio in merito, riducendo fortemente la funzione del giudice in materia, il quale non potrà più effettuare un controllo di merito<sup>146</sup>.

Cambia quindi l'oggetto della tutela: da una professionalità "acquisita" e maturata nel tempo in un determinato contesto aziendale ad una professionalità «*contrattuale e calata nell'alveo dell'organizzazione aziendale e del mercato di riferimento*»<sup>147</sup>.

In un certo senso cambia anche l'oggetto del contratto di lavoro poiché il lavoratore è obbligato ad una prestazione ricompresa nel proprio livello di inquadramento e non più ad una prestazione che richieda una professionalità specifica.

In questo senso vi è una forte ampliamento del concetto di "chiarezza" dell'oggetto poiché essa rimane comunque «*l'unica garanzia a disposizione delle parti per prevedere e misurare i confini e le modalità delle obbligazioni rispettivamente assunte*»<sup>148</sup>.

---

<sup>143</sup>Tra tutti Persiani M., *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, cit., p. 16

<sup>144</sup>«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...».

<sup>145</sup>Amendola F., *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. 81/2015*, cit., p. 8.

<sup>146</sup>Speziale V., *Processo del lavoro, certezza del diritto, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 257/2015, p. 12.

<sup>147</sup>Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 51.

<sup>148</sup>Pessi R., *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche* a cura di Santoro-Passarelli G., Atti del Seminario di studio svoltosi a Roma il 26 maggio 1990,

Questo in virtù del fatto che il datore di lavoro può richiedere una pluralità di mansioni in virtù del proprio potere di specificazione<sup>149</sup>

È quindi il contratto collettivo<sup>150</sup>, sia che esso sia nazionale o di secondo livello, il vero limite che sarà utilizzato ai fini della mobilità orizzontale, limite tuttavia accresciuto dalla rinnovata importanza alle categorie legali attribuita dal legislatore all'interno dell'articolo<sup>151</sup>.

Suggestiva, in questo senso la ricostruzione di parte autorevole della dottrina<sup>152</sup>, la quale afferma che «*per superare le rigidità e le incertezze del passato (il legislatore) scommette su un cambio di protagonista principale: dal giudice alle parti collettive*».

In questo modo il sistema di inquadramento della contrattazione collettiva supera definitivamente il mero scopo di determinazione del trattamento corrispondente ad ogni lavoratore; arrivando ad essere considerato come «*strumento di determinazione dell'area del debito di prestazione del lavoratore*»<sup>153</sup>.

Naturalmente tale disposizione fornisce ulteriore centralità alla contrattazione collettiva la quale sembra essere procedere sempre di più in due direzioni: verso una maggiore autonomia nella regolamentazione degli istituti e verso una maggiore decentralizzazione<sup>154</sup> che dovrebbe consentire una regolamentazione maggiormente idonea alle vicissitudini lavorative

---

presso l'Istituto di Diritto del Lavoro della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università "La Sapienza" di Roma, Torino, 1992, p. 136.

<sup>149</sup>Pessi R., *Contributo allo studio della fattispecie del lavoro subordinato*, Torino, 1989, p. 47.

<sup>150</sup>Il quale con la sua natura di atto di concerto tra datore di lavoro e sindacato dovrebbe essere idoneo a evitare abusi dell'istituto.

<sup>151</sup>la quale, come si vedrà in seguito, è il più limite legale, non derogabile alle parti, per il mutamento unilaterale delle mansioni.

<sup>152</sup>Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p.57.

<sup>153</sup>Liso F., *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*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona, 2015, p.8.

<sup>154</sup>Favorita anche da interventi normativi, come ad esempio la previsione di un welfare aziendale non cumulabile tra i redditi da lavoro.

delle singole aziende<sup>155</sup>, giustificando in tal senso gli ampi poteri in materia di regolamentazione dello *jus variandi* in capo alle parti sociali<sup>156</sup>.

L'utilizzo del contratto collettivo per la determinazione dei livelli di inquadramento, così come voluto dal legislatore, necessiterà probabilmente di talune modifiche ai livelli di inquadramento di alcuni contratti collettivi, nonché alle categorie legali (la cui declinazione concreta, come noto, è demandata dall'art. 2095 c.c. alle parti sociali<sup>157</sup>); ed infatti, la contrattazione collettiva ancora utilizza – in alcuni casi<sup>158</sup>– un sistema unico d'inquadramento, e da ciò potrebbe derivare, attraverso il combinato disposto dei commi 1, 2 e 4 della nuova stesura dell'art. 2103 c.c., un potere di modifica unilaterale delle mansioni estremamente ampio.

Le ragioni che hanno portato il legislatore all'utilizzo di un sistema obsoleto della classificazione del personale quale l'art. 2095 c.c. possono essere individuate nella volontà di superare una corrente giurisprudenziale<sup>159</sup> la quale riteneva equivalenti alcune mansioni operaie con quelle impiegatizie nei sistemi di inquadramento unico<sup>160</sup>.

Secondo parte della dottrina, tuttavia, è probabile che la giurisprudenza (la quale è stata ormai privata del proprio giudizio di sindacabilità della professionalità) intenderà soffermarsi sulla corretta applicazione dell'art. 2095 c.c., in virtù di differenti tutele proprie di alcune categorie legali,

---

<sup>155</sup> *Proposto un nuovo modello per la contrattazione collettiva da parte delle confederazioni sindacali*, <http://www.studiocostantino.it/archivio-news/diritti-sindacali/proposto-un-nuovo-modello-per-la-contrattazione-collettiva-da-parte-delle-confederazioni-sindacali>.

<sup>156</sup>A tal proposito, si noti come la contrattazione di prossimità sia anche idonea ad arginare le problematiche relative all'efficacia soggettiva del contratto collettivo, per quanto come enunciato da Cass. 16 gennaio 1986 n. 260, l'accettazione da parte del lavoratore del contratto collettivo attraverso il contratto individuale vincola il lavoratore all'accettazione anche delle modifiche contratto collettivo, anche quando egli sia dissenziente.

<sup>157</sup>Si veda cap. I.

<sup>158</sup>es. contratto collettivo Fiat.

<sup>159</sup>Cass. 2231/1984, cit.

<sup>160</sup>cfr. Ichino P., *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it), nel quale si fa riferimento al fatto che il concetto di "irriducibilità della categoria legale" non fosse presente all'interno della bozza di decreto.

dichiarando «*la nullità della clausola collettiva che abbia erroneamente inquadrato una certa mansione in una categoria anziché in un'altra*»<sup>161</sup>.

Tale lettura della norma, seppur condivisibile nel momento in cui prevede limitazioni nello *jus variandi* quando esso possa essere utilizzato (affiancato ad una contrattazione collettiva con un sistema di inquadramento molto scarno) quasi come un mezzo strumentale da parte del datore di lavoro<sup>162</sup>.

Tuttavia, affinché il giudice possa pronunciarsi su l'illegittimità di clausole simili dovrebbe infatti essere varata una riforma dell'art. 2095 c.c. nella quale vengano individuati dei criteri oggettivi per l'individuazione delle varie categorie (riforma tuttavia impossibile da attuare in quanto una norma simile porterebbe ad un eccessivo formalismo e non sarebbe comunque idonea alla regolamentazione di tutte le figure di prestatori di lavoro<sup>163</sup>), ovvero il giudizio di legittimità dovrebbe mantenersi a “controlli interni”<sup>164</sup>.

Questa eventuale interpretazione giurisprudenziale potrebbe quindi trovare solamente un fondamento sociale nell'intento di limitare l'arbitrarietà del datore di lavoro nell'adibizione alle mansioni equivalenti dovuta al fatto che tali cambiamenti non necessitano di giustificazioni<sup>165</sup>, salvo il rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

Con questa nozione di equivalenza, la norma favorisce senza dubbio la capacità del lavoratore di saper fare “altre” cose, e quindi l'entrata nel mercato del lavoro di individui propesi al cambiamento e all'adattamento; con l'evidente conseguenza di minori casi in cui il lavoratore si troverebbe ad essere “inutilizzato” all'interno dell'azienda<sup>166</sup>.

---

<sup>161</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 39.

<sup>162</sup>Ichino P., *il lavoro ritrovato*, Milano, 2015, p.112.

<sup>163</sup>Per una trattazione più esaustiva dell'argomento si rinvia al cap. I.

<sup>164</sup>Fermo restando l'assenza di un assoluto principio di parità di trattamento nella regolamentazione dell'impiego privato.

<sup>165</sup>Le motivazioni del mutamento sono da considerarsi insindacabili, se riferite a mansioni equivalenti.

<sup>166</sup>Cfr. Brollo M., *disciplina delle mansioni*, cit., p. 32.

## **2.5 Adibizione unilaterale a mansioni inferiori.**

### *2.5.1 La modifica dell'oggetto della prestazione lavorativa.*

Rimanendo nell'ottica che il contratto di lavoro è comunque un normale contratto di diritto civile e, come tale, stipulato nella sua interezza da almeno due parti (con la necessità di rendere l'oggetto dello stesso determinato ovvero determinabile), non può prescindersi dal fatto che la modifica dell'oggetto è da considerarsi legittima solamente quando solamente quando vi è il mutuo consenso delle parti<sup>167</sup>.

Lo stesso *jus variandi* del datore di lavoro, pertanto - in tale ottica - potrebbe, secondo una interpretazione molto restrittiva, considerarsi illegittimo poiché l'adibizione a mansioni differenti sarebbe una modifica dell'oggetto del contratto e come tale necessiterebbe del consenso del lavoratore.

Tale problematica travolgerebbe anche l'adibizione a quelle che sono mansioni equivalenti; la giurisprudenza, tuttavia, ha sempre ritenuto legittimo un potere del datore di lavoro di modifica orizzontale della posizione lavorativa, ritenendo, infatti, che l'adibizione a mansioni equivalenti non debba essere considerata come una modifica del contratto.

La nuova disciplina dello *jus variandi* "orizzontale", con la differenza della concezione di inquadramento così come espressa nel comma I dell'articolo in esame, fa sì che si possa ritenere, a partire dall'entrata in vigore della norma, ampliato (per effetto della legge e non per volontà delle parti) l'oggetto del contratto, il quale ora ricomprende tutte le mansioni inquadrate in un medesimo livello.

---

<sup>167</sup>Cfr. Pessi R., *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 273.

### 2.5.2 L'adibizione a mansioni inferiori prima della riforma del 2015.

L'adibizione a mansioni inferiori è senza dubbio la questione più importante espressa all'interno di ogni stesura dell'art. 2103 c.c.

La concezione di questa possibilità da parte del datore di lavoro ha subito nel corso del tempo delle sostanziali modifiche.

In un primo momento essa era consentita nella maggior parte dei casi: la formula estremamente generica contenuta nella stesura del 1942 consentiva al datore di lavoro di adibire il lavoratore a «*ad una mansione diversa, purché essa non comporti una diminuzione della retribuzione o un mutamento sostanziale della posizione di lui*».

Appare evidente che la norma non faceva alcun riferimento alla gerarchia delle mansioni, fornendo al datore di lavoro uno *jus variandi* quasi illimitato; si osservi, infatti, come gli unici limiti erano rappresentati dal principio della irriducibilità della retribuzione e dalla dicitura «*mutamento sostanziale della posizione di lui*», la quale era interpretata nel senso della necessità del rispetto della categoria legale di appartenenza.

Come già detto sopra tale norma risultava essere in linea con le altre tutele previste all'epoca nei confronti dei lavoratori.

Con l'avvento dello Statuto dei lavoratori l'adibizione a mansioni inferiori è divenuta illegittima, anche nel caso di esaurimento delle mansioni di appartenenza ovvero di volontà dello stesso lavoratore ad essere adibito alle mansioni in questione<sup>168</sup>, con le conseguenze di cui sopra.

Sempre nel caso di esaurimento ovvero di riduzione della professionalità della mansione, il testo previgente non prevedeva alcuna possibilità per il datore di lavoro di ridurre la posizione del lavoratore, trovandosi in questo modo tra un licenziamento per giustificato motivo oggettivo e un demansionamento illegittimo; solo orientamenti più moderni

---

<sup>168</sup>in realtà la giurisprudenza ha ammesso talune ipotesi nelle quali il demansionamento può essere considerato legittimo, di cui si tratterà in seguito.

hanno concesso deroghe alla illegittimità della dequalificazione quando questo rappresenti l'unica alternativa al licenziamento<sup>169</sup>.

Si fa riferimento a tal proposito, per quanto riguarda la tutela del diritto alla salute espresso dall'art. 32 Cost., al diritto della lavoratrice madre ad essere adibita a mansioni che non risultino essere pregiudizievoli alla salute sua e del bambino<sup>170</sup> e a quello del lavoratore divenuto inidoneo allo svolgimento della mansione a causa di infortuni o malattie<sup>171</sup> di essere adibito a mansioni differenti in alternativa al licenziamento.

In un primo momento anche l'adibizione temporanea a mansioni inferiori era considerata illegittima<sup>172</sup>; possibilità che tuttavia è stata concessa nel caso in cui ci si trovi in situazioni di emergenza e l'adibizione deve essere comunque temporanea e episodica<sup>173</sup>.

Successivamente, come anticipato in precedenza, l'adibizione a mansioni inferiori è stata ritenuta legittima ove finalizzata a far acquisire una differente professionalità al lavoratore.

La Suprema Corte di cassazione ha in questo senso ha osservato che può risultare legittima una rotazione di mansioni, anche non equivalenti, allo scopo di "aggiornare" il personale poiché *«per il riferimento dell'equivalenza al patrimonio professionale del lavoratore, non è vietata la rotazione su mansioni tipicamente non equivalenti. Intesa la rotazione secondo il significato comune del termine, come avvicendamento secondo un ordine ciclico, essa può comportare, se la durata del ciclo è sufficientemente breve, un arricchimento professionale; il carattere ciclico dell'alternanza implica, se le mansioni non sono tipicamente equivalenti, che a mansioni più*

---

<sup>169</sup>Vd. dopo repechage.

<sup>170</sup>Art. 3 l. 1204/1971 assorbita dall'art. 7 d. lgs. n. 151/2001, di cui si tratterà più approfonditamente in seguito.

<sup>171</sup>Art. 42 d. lgs. 81/2008.

<sup>172</sup>Cass. 19 giugno 1982 n. 3767, in *Mass. Giur. Lav.*, 1983, p. 27; Cass. 16 luglio 1986 n. 4602, in *Not. Giur. Lav.*, 1986, p. 722.

<sup>173</sup>Cass. 20 gennaio 1987 n. 491, in *Juris data*.

*elevate succedano dopo un certo numero di spostamenti mansioni inferiori»<sup>174</sup>.*

Tale ipotesi risulta essere particolarmente innovativa, in quanto consente la possibilità di “imparare” e quindi di “progredire” per il lavoratore, senza che il datore di lavoro possa essere soggetto ad un contenzioso per dequalificazione illegittima.

Autorevole dottrina<sup>175</sup>, nell’analizzare la sentenza, sostiene la necessità che *«la finalità formativa non si esaurisca nel meccanismo di avvicendamento tra i lavoratori interessati, ma faccia parte di un processo di riqualificazione esteso, presumibilmente contenente anche un’adeguata quantità di ore di formazione teorica o teorico-pratica»*.

Tale orientamento è stato recepito dal governo all’interno del VI comma dell’art. 3 d. lgs. 81/2015 nel quale si prevede la possibilità di stipulare patti modificativi dell’oggetto del rapporto allo scopo di far acquisire al lavoratore un differente livello di professionalità; riservando la disciplina al solo mutuo consenso delle parti.

Sono state previste anche alcune deroghe al divieto di demansionamento a tutela dell’occupazione, in accordo con l’art. 4 Cost.; l’art. 4 l. 223/1993, infatti, prevede la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni “differenti” (quindi anche inferiori) nei casi in cui questi sarebbe altresì soggetto a procedure di mobilità ovvero di riduzione del personale, tuttavia solamente nel caso in cui ciò sia definito da un accordo sindacale *ad hoc*<sup>176</sup>, il quale si ritiene possa regolamentare anche un adeguamento del trattamento economico<sup>177</sup>.

Anche la giurisprudenza ha alla fine ammesso delle ipotesi di deroga, questa volta considerando l’adibizione a mansioni inferiori come definitiva,

---

<sup>174</sup>Cass. 9 aprile 1992 n. 4314, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1993, II, p. 287.

<sup>175</sup>Gargiulo U., *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs act*, 2014, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona *Collective Volumes* 3/2014, p. 107.

<sup>176</sup>Cass. 7 settembre 2000 n. 11806, in *RIDL*, 2001, II, p. 275.

<sup>177</sup>Brollo M., *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schelsinger P., Milano, 1997, p. 216-233.

al divieto imposto dall'art. 13 Stat. Lav. nel caso in cui «*giustificati motivi di deroga*»<sup>178</sup> rappresentino il male minore<sup>179</sup>.

Il nuovo testo varato dal d.lgs. 81/2015, pur mantenendo inalterato il principio di irriducibilità della retribuzione, prevede tre ipotesi nelle quali il lavoratore può essere adibito a mansioni inquadrare in un livello inferiore dalla contrattazione collettiva: al comma II si prevede che nel «*caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore*» egli possa essere adibito a mansioni di un livello di inquadramento inferiore; nel IV comma si prevede invece la possibilità che la contrattazione collettiva possa individuare ulteriori fattispecie al verificarsi delle quali sia possibile adibire il lavoratore a mansioni inferiori; e infine al VI comma si prevede la possibilità di stipulare accordi con il lavoratore nei quali sia possibile modificare totalmente gli elementi del rapporto (la giurisprudenza aveva già predisposto una fattispecie analoga ricorrendo all'istituto civilistico della novazione del contratto *ex art. 1230 c.c.*)<sup>180</sup>.

### 2.5.3 *L'adibizione a mansioni inferiori nel caso di modifica degli assetti aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore.*

La nuova disciplina appare innovativa per il solo fatto di regolamentare l'adibizione a mansioni inferiori; le stesure precedenti, infatti, o regolamentavano l'adibizione a mansioni differenti o prevedevano il divieto di tale ipotesi.

---

<sup>178</sup>Ichino P., *La qualità del lavoro dovuto e il suo mutamento*, in [http://www.assind.lu.it/Assobusiness/ailu/ab\\_webri.nsf/0/815152959D730E96C1257CC3002AC5E1/\\$FILE/Ichino\\_qualità%20del%20lavoro.pdf](http://www.assind.lu.it/Assobusiness/ailu/ab_webri.nsf/0/815152959D730E96C1257CC3002AC5E1/$FILE/Ichino_qualità%20del%20lavoro.pdf)

<sup>179</sup>cfr. Amoroso G., *Commento all'art. 13*, in Amoroso G., Di Cerbo V. e Maresca A., *Il diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, II, Milano, 2004.

Vd. Dopo e cap. III

<sup>180</sup>Vd. infra.

Tale ipotesi è evidentemente finalizzata ad agevolare i mutamenti organizzativi delle imprese<sup>181</sup>.

L'art. 3 d. lgs. 81/2015 risulta essere una regolamentazione esaustiva della materia<sup>182</sup>.

Come detto sopra, una delle maggiori novità del nuovo testo dell'art. 2103 c.c. è rappresentata dalla possibilità di adibire unilateralmente il lavoratore a mansioni inquadrata in un livello inferiore.

Il II comma stabilisce che nel caso di «*modifica degli assetti aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere adibito a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore*»; tale norma – seppur con tutte le incertezze derivanti dalla sua recente emanazione<sup>183</sup> – appare consentire un superamento dei confini dell'equivalenza in tutti i casi in cui ciò sia richiesto da modifiche degli assetti aziendali.

L'incidenza delle modifiche sulla posizione del lavoratore secondo «*dovrebbe indurre a ritenere che il presupposto di tale modifica sia in ogni caso quello dell'impossibilità di continuare a far svolgere il prestatore le mansioni assegnate, per esempio nell'ipotesi in cui dal riassetto organizzativo derivi la soppressione del posto di lavoro*»<sup>184</sup>, e quindi presupporre l'alternatività della misura al licenziamento.

Secondo altri la genericità della definizione non presupporrebbe la necessità di utilizzare tale forma in alternativa al licenziamento né che vi sia una comprovata crisi aziendale<sup>185</sup>

---

<sup>181</sup>Zumbo A. D., Rocchini E., *Il nuovo regime dei contratti flessibili e la disciplina delle mansioni*, in Pessi R., Sigillò Massara G. *Jobs act. Prime riflessioni e decreti attuativi*, Roma, 2015, p. 49.

<sup>182</sup>Tiraboschi M., Menegotto M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 95.

<sup>183</sup>Vi sono già alcune pronunce giurisprudenziali che utilizzano il nuovo testo, tuttavia data la complessità della materia per avere dei riscontri oggettivi (anche in merito alla legittimità costituzionale della norma) sarà comunque necessario aspettare il formarsi di orientamenti consolidati.

<sup>184</sup>Mimmo G., *Mansioni, La riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, p. 20.

<sup>185</sup>Voza R., *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 262/2015, p. 7.

Questa nuova possibilità per il datore di lavoro risulta essere l'effettiva novità apportata dal Governo Renzi; infatti, mentre il primo comma sembra rappresentare solamente una specificazione del testo previgente, il secondo, il terzo e il sesto rappresentano delle effettive novità in quanto l'inquadramento inferiore delle nuove mansioni avrebbe già rappresentato un'illegittimità dell'attribuzione con la vecchia normativa in quanto è evidente che una mansione inquadrata ad un livello inferiore non possa essere considerata come equivalente<sup>186</sup>.

Anche qui, come la nuova regolamentazione dell'equivalenza delle mansioni di cui al comma I, si intende utilizzare ai fini dell'individuazione delle mansioni alle quali il lavoratore possa essere adibito criteri oggettivi e formali: infatti, in primo luogo è necessario che sia succeduto un evento tale da rendere necessarie modifiche aziendali (tuttavia tale evento può essere determinato dalla mera volontà dell'imprenditore la quale non può essere sindacata se non violando l'art. 41 Cost.) in secondo luogo devono essere presenti delle mansioni in solo livello inferiore e che tale livello non sia attribuito a una differente categoria legale.

Il lavoratore avrà inoltre diritto a mantenere la retribuzione precedente (ad eccezione degli elementi legati alle particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa) e il precedente livello di inquadramento (seppur in questo caso diverrebbe incongruente con quello a cui il lavoratore sia effettivamente adibito).

Non è tuttavia utilizzabile qualunque mutamento aziendale per utilizzare lo *jus variandi in pejus*; infatti il plurale utilizzato (mutamenti degli assetti aziendali) fa presupporre che le modifiche non si debbano esaurire con la modifica di una singola posizione ma che comportino vari mutamenti aziendali i quali dovrebbero un intervento di carattere generale, sul *lay-out*

---

<sup>186</sup>Sono tuttavia presenti pareri contrari in dottrina (come espresso sopra).

dell'impresa<sup>187</sup>, anche se nulla vieta che sia un solo lavoratore a subire gli effetti del cambiamento<sup>188</sup>.

Le ipotesi alle quali (considerando la legge di delega)<sup>189</sup> si ritiene che il legislatore faccia riferimento sono quelle della crisi aziendale<sup>190</sup> ovvero della soppressione della posizione lavorativa occupata dal lavoratore in questione, fattispecie che secondo l'art. 3 l. 604/1966 poteva legittimare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo (licenziamento per motivi economici), per il quale la giurisprudenza aveva previsto l'obbligo del tentativo di *repêchage*<sup>191</sup>, il quale poteva dare risultati simili alla nuova stesura dell'art. 2013 c.c.

Ci si potrebbe chiedere a questo punto dove sia l'effettivo elemento innovativo apportato dalla riforma.

In primo luogo non si dovrebbe sottovalutare come un orientamento giurisprudenziale, seppur molto consolidato, abbia efficacia solamente sino a quando gli stessi giudici decidano di non disattendere tale orientamento, non fornendo certezze assolute (fornendone comunque alcune ragionevoli) in merito all'interpretazione e all'applicazione delle disposizioni legislative.

In secondo luogo la norma come riformulata dalla riforma garantisce il potere di adibire unilateralmente a mansioni inferiori anche quando non sia un'alternativa all'*extrema ratio* del licenziamento.

Sono, infatti, presenti delle incongruenze tra il nuovo art. 2103 c.c. e la legge di delega del 10 dicembre 2014, n. 183; l'art. 1 c. VII, alla lettera e) prevedeva, infatti, la delega al Governo all'adozione di norme che consentano la «*revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati*

---

<sup>187</sup>Racchi L., *Collaborazioni continuate e continuative e disciplina delle mansioni*, in *Dir. E Prat. Lav.*, 2015, 29/2015, p. 1779.

<sup>188</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p.71.

<sup>189</sup>Si veda più avanti.

<sup>190</sup>Nel testo entrato in vigore non risulta obbligatorio che il mutamento degli assetti aziendali sia dovuto a crisi aziendali.

<sup>191</sup>Il *repêchage* sarà analizzato più approfonditamente nel corso del III capitolo.

*sulla base di parametri oggettivi...»*, in quanto tale terminologia sembra richiamare l'art.1 comma 3 della l. 223/1991, con l'(almeno) apparente scopo di utilizzare la futura riforma quasi come misura alternativa al licenziamento collettivo, necessità che non appare obbligatoria nei requisiti per esercitare i poteri di cui al comma II.

La precisione degli elementi giustificatori per l'utilizzo della disciplina individuati nella legge delega potrebbe non essere compatibile con il generico «*modifica degli assetti aziendali*» presente nel testo definitivo<sup>192</sup>, non sembra quindi essere necessaria ai fini del demansionamento unilaterale una situazione di crisi aziendale superando la possibile causa giustificatrice di questa modifica unilaterale dell'oggetto del contratto individuata nell'alternativa al licenziamento, in aggiunta al fatto che non sono stati individuati dei parametri oggettivi così come richiesti dalla norma.

Tornando all'analisi della nuova normativa, il singolare utilizzato dalla norma in merito alla quantità di livelli inferiori ai quali risulta possibile ricondurre delle mansioni attribuibili al lavoratore (*al livello di inquadramento inferiore*) lascia presupporre che il lavoratore possa “retrocedere” di solamente un livello all'interno della scala classificatoria presente nella contrattazione collettiva, sempre che tale livello non sia attribuibile ad una categoria legale inferiore.

Il comma III, oltre alla già citata irriducibilità della retribuzione prevede anche il diritto per il lavoratore di mantenere il precedente inquadramento scindendo, di fatto, in questo modo l'inquadramento formale del lavoratore e quello effettivo.

Ciò potrebbe essere intepretato, tuttavia in tal caso vi sarebbe un forte aumento del contenzioso non conciliabile con l'esigenza di semplificazione espressa dalla riforma, nel senso che l'adibizione a mansioni inferiori *ex* comma II art. 2103 c.c. sia da considerarsi come temporanea, con il

---

<sup>192</sup>Per un giudizio di costituzionalità sulla norma si veda più avanti.

conseguente diritto del lavoratore a essere riassegnato alle precedenti mansioni quando queste siano di nuovo disponibili<sup>193</sup>, anche se su tale ipotesi sono vi sono delle opinioni discordanti<sup>194</sup>.

Altro limite all'utilizzo di tale potere da parte del datore di lavoro è rappresentato dall'obbligatorietà di comunicazione, mediante forma scritta *ad substantiam*, senza, tuttavia, alcun obbligo espresso di fornire la motivazione.

Nel caso di mancanza di forma scritta l'assegnazione a mansioni inferiori sarebbe da considerarsi nulla, con la conseguenza che il lavoratore potrebbe legittimamente rifiutarsi di svolgere la propria prestazione lavorativa poiché essa risulterebbe non dovuta in ragione della nullità dell'atto di assegnazione.

Naturalmente la causa giustificatrice potrebbe essere richiesta in un eventuale giudizio<sup>195</sup>.

Il lavoratore che fosse adibito alle nuove mansioni solo oralmente potrebbe tuttavia svolgere la prestazione di caratura inferiore, in questo caso il lavoratore avrebbe un regime diverso di retribuzione.

Il principio di irriducibilità della retribuzione viene confermato in questa stesura dell'articolo, risultando peraltro ancor più vincolante, in quanto applicabile anche qualora il lavoratore svolga mansioni inferiori, con conseguente differenza tra quantità e qualità del lavoro prestato e retribuzione percepita dal lavoratore (inerente ad una posizione superiore).

Tuttavia, la norma esclude dalla retribuzione tutti quegli elementi che siano strettamente legati alla natura della prestazione; nel caso di nullità della prestazione tale norma non interverrebbe e il lavoratore avrebbe diritto al pieno mantenimento della retribuzione<sup>196</sup>.

---

<sup>193</sup>Gargiulo U., *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it), p.9.

<sup>194</sup>Pisani C., *la nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 77, nella quale si afferma la non necessità di costituire una sorta di diritto di "*repechage*" delle mansioni svolte in precedenza.

<sup>195</sup>La mancanza di obbligatorietà della motivazione comunque non derogherebbe all'obbligo della sua sussistenza.

<sup>196</sup>Cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p.73.

Il datore di lavoro potrebbe comunque sanare tale vizio di forma comunicando per iscritto la modifica dell'inquadramento al lavoratore, tuttavia perché ciò sia lecito la condizione di cui al comma II deve essere ancora persistere.

Ultimo limite è rappresentato dal III comma del nuovo art. 2103 c.c. il quale, oltre a regolamentare l'adibizione a mansioni inquadrate dal contratto collettivo ad un livello superiore, sancisce anche l'obbligo di formazione (ove essa fosse necessaria) nel caso in cui il lavoratore fosse adibito a mansioni non equivalenti<sup>197</sup>, tuttavia senza che il mancato adempimento di tale obbligo possa rendere l'adibizione alle nuove mansioni nulla.

#### *2.5.4 Le ipotesi di demansionamento presenti all'interno della contrattazione collettiva.*

Il quarto comma dell'art. 2103 c.c. ha amplificato notevolmente l'autonomia collettiva in materia.

Nel comma in esame si prevede, infatti, che *«ulteriori ipotesi di mansioni appartenenti ad un livello di inquadramento inferiore, possono essere previste da contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»*.

Alcuni autori hanno sostenuto come questa ulteriore ipotesi di adibizione unilaterale a mansioni inferiori potesse risultare come complementare alla prima ipotesi contenuta nella legge delega<sup>198</sup>; nel senso che dovesse ampliare gli orizzonti di modifica degli assetti aziendali che non siano ristrutturazione, riorganizzazione o conversione<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup>Dell'obbligo formativo si tratterà in seguito.

<sup>198</sup>Si veda 2.9.

<sup>199</sup>Amendola F., *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. 81/2015*, cit., p. 20.

I limiti al demansionamento per questa ipotesi sono gli stessi dell'ipotesi di modifica degli assetti aziendali.

La nuova norma prevede quindi la possibilità che la contrattazione collettiva preveda più ipotesi nelle quali sarà possibile adibire il lavoratore a mansioni inferiori, con l'unico limite che la previsione di tali ipotesi sia fatta in concerto con delle delegazioni che abbiano una forte rappresentatività sul piano nazionale.

Benché non espressamente citato dall'articolo in esame, il d.lgs. 81/2015 prevede all'art. 51 talune disposizioni in merito ai criteri che i contratti collettivi devono avere per essere considerati idonei ai fini dell'applicazione del decreto; in tale norma si considerano contratti collettivi, quelli stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e quelli stipulati dalla rappresentanza sindacale aziendale e dalla rappresentanza sindacale unitaria, aumentando il potere del contratto di II livello in modo tale da evitare (o quanto meno arginare) il crescente fenomeno del *dumping* sociale sulla contrattazione collettiva nazionale<sup>200</sup>.

Senza dubbio il legislatore ha voluto prevedere per la contrattazione collettiva un simile potere in virtù del suo generale scopo di « *realizzare il miglior con temperamento possibile delle esigenze del lavoro e di quelle della produzione* »<sup>201</sup>

La stesura di una norma del genere è di per sé molto innovativa, in quanto “rompe” il divieto di patti contrari contenuto nell'art. 13 Stat. Lav. che aveva portato tante problematiche (di cui si tratterà in seguito).

Tuttavia tale normativa ha già un precedente storico nell'art. 8 d.l. n. 138/2011, convertito in l. n. 148/2011.

---

<sup>200</sup>Costantino&partners, *Proposto una nuova piattaforma per la contrattazione collettiva*, cit.

<sup>201</sup>Pessi R., *L'efficacia del diritto del lavoro e l'autonomia privata collettiva*, in *RIDL*, 2009, I, p. 69.

Tale articolo prevedeva la possibilità da parte della contrattazione di prossimità di realizzare specifiche intese, a talune condizioni<sup>202</sup>, con il datore di lavoro nei confronti di tutti i lavoratori, anche quelli non sindacalizzati, in deroga alla legge in talune materie (tassativamente indicate nel II comma dell'articolo) tra le quali le mansioni, l'inquadramento e la classificazione del personale<sup>203</sup>.

Tuttavia tale ampiezza di discrezionalità da parte della contrattazione collettiva ha sollevato alcuni dubbi in dottrina<sup>204</sup> circa la legittimità costituzionale della norma.

Inoltre la norma non ha raggiunto i risultati sperati, in quanto si registrano pochissimi casi di utilizzo dell'art. 8 e ancor meno della deroga sulla disciplina delle mansioni<sup>205</sup>; un esempio di utilizzo potrebbe essere l'accordo Trelleborg Wheel Systems Italia S.p.A. del dicembre 2011.

La volontà da parte delle parti sociali di attuare una contrattazione collettiva più agile si era già avvertita con la firma da parte di Confindustria, Cisl e Uil di un accordo interconfederale avvenuta il 16 novembre 2012 nel quale venivano fatte delle richieste al Governo e al Parlamento al fine di far crescere la produttività e la competitività in Italia.

In tale documento le parti sociali si impegnano, al punto VII, a ridefinire in sede di contrattazione collettiva l'affidamento alla stessa contrattazione *«una piena autonomia negoziale rispetto alle tematiche relative all'equivalenza delle mansioni, all'integrazione delle competenze, presupposto necessario per consentire l'introduzione di modelli organizzativi più adatti a cogliere e promuovere l'innovazione tecnologica e*

---

<sup>202</sup>La norma fa riferimento all'emersione del lavoro sommerso, ad una maggiore occupazione, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, a incrementi di produttività e salario all'avvio di nuove attività e soprattutto alla gestione di crisi aziendali e a sostegno dell'occupazione.

<sup>203</sup>Tale norma è da considerarsi assorbita dal nuovo art. 2013 c.c.

<sup>204</sup>Vallebona A., *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 1-2, p.7.

<sup>205</sup>Tiraboschi M., Menegotto M., *La disciplina delle mansioni*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs act*, a cura di Tiraboschi M., Milano, 2016, p. 91.

*la professionalità necessarie a alla crescita della produttività e della competitività aziendale».*

Impossibile non percepire in questo testo come, oltre alla maggiore associazione datoriale, anche due delle maggiori confederazioni sindacali abbiano riconosciuto l'importanza di derogare alla contrattazione collettiva, e non ad un giudice, le norme in merito all'organizzazione aziendale e, di conseguenza, la forte obsolescenza della norma contenuta nello Statuto dei lavoratori.

#### *2.5.5 Le motivazioni che possono aver spinto il legislatore a riformare la disciplina.*

Come si è visto la riforma ha senza dubbio fornito molti mezzi di modifica unilaterale delle mansioni, rompendo quasi totalmente con la disciplina estremamente stringente dello Statuto dei lavoratori.

La vecchia norma, infatti, forniva un carattere di forte incertezza alla disciplina in quanto si fondava su un parametro generale a contenuto obbligatorio.

In altri termini il datore di lavoro non aveva mai la possibilità di gestire esaurientemente la forza lavoro della propria impresa, poiché ogni mutamento poteva essere considerato come una violazione della professionalità da parte del giudice<sup>206</sup>.

Le fortissime tutele previste dallo statuto dei lavoratori avevano portato all'attuazione di un meccanismo particolare in cui vi era un sovra utilizzo di contratti precari<sup>207</sup> per le nuove assunzioni (in quanto forme contrattuali come la CO.CO.CO., tempo determinato, ecc. hanno senza dubbio una disciplina molto più flessibile, e pertanto favorevole per il datore di lavoro).

---

<sup>206</sup>Si noti come ciò comportava sia una sorta "di spada di Damocle" per l'imprenditore, che come minimo doveva sostenere le spese legali scaturenti dal contenzioso circa l'atto di adibizione.

<sup>207</sup>Con i relativi svantaggi previdenziali per i lavoratori.

Si era dunque creata quindi una situazione in cui si richiedevano «sacrifici alla generazione futura per la protezione di quella esistente»<sup>208</sup>.

Pertanto il Governo, nel riformare la disciplina del lavoro, ha tentato di creare un apparato legislativo che dia dei risultati quantomeno prevedibili.

La nuova disciplina, infatti, punta sempre su dei fattori oggettivi, pertanto il datore di lavoro oggi può effettivamente conoscere quali siano le mansioni assegnabili ad ogni dipendente.

Ciò rappresenta, senza dubbio, un forte tentativo da parte del legislatore di andare verso un regime di certezza e conoscibilità del diritto<sup>209</sup>.

Inoltre la riforma sembra aver rafforzato moltissimo la contrattazione collettiva con la conseguenza che «forse può prospettarsi un inizio rinnovato, in cui la riattribuzione dei ruoli determini il recupero dell'efficienza originaria dell'ordinamento sindacale, nell'equo bilanciamento degli interessi in campo»<sup>210</sup>.

È comunque innegabile che uno degli scopi della riforma sia quello di ritrovare un equilibrio «tra persona e impresa nel Diritto del lavoro»<sup>211</sup>

Per quanto riguarda la disciplina dell'adibizione a mansioni inferiori, questa è in primo luogo un recepimento degli ordinamenti giurisprudenziali che hanno derogato il 2103 c.c. per alcune motivazioni inerenti alla configurazione del licenziamento come *extrema ratio*.

Senza dubbio la contrattazione collettiva potrebbe non “essere pronta” ad utilizzare il nuovo apparato normativo.

---

<sup>208</sup>Pessi R., *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in Pessi R. Sigillò Massara G. *Jobs act. Prime riflessioni e decreti attuativi*, Roma, 2015, p. 2.

<sup>209</sup>Per quanto riguarda la conoscibilità del diritto si veda Lopez De Onate, *La certezza del diritto*, Roma 1942, mentre per quanto riguarda la necessità di adoperare fattori oggettivi nel diritto del lavoro Ichino P., *Il lavoro ritrovato*, cit.

<sup>210</sup>così Pessi R., *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs act*, in Pessi R., Pisani C., Proia G., Vallebona A., *Jobs act e licenziamento*, Torino, 2015, p. 15, a proposito del d. lgs. 23/2015.

<sup>211</sup>Pessi R., *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in Aa. Vv. *Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, pp. 1238 ss.

Alcune contrattazioni, come quella della FIAT, hanno predisposto il c.d. inquadramento unico (nel caso specifico si autodefinisce inquadramento unico sperimentale).

La contrattazione in esame ad esempio, pur avendo una composizione senza le categorie legali con le relative problematiche, utilizza moltissime declaratorie le quali potrebbero risultare di facile lettura per quanto riguarda l'individuazione di un livello specifico su cui fondare un confronto di equivalenza formale.

La contrattazione per le "imprese di pulizia servizi integrati-multiservizi, attua un sistema di raggruppamento di figure professionali piuttosto che delle vere e proprie declaratorie, infatti pur non avendo formalmente un inquadramento unico pone impiegati e operai sul medesimo piano, ciò potrebbe comportare una maggiore difficoltà nel riconoscere l'effettiva appartenenza ad un livello piuttosto che ad un altro.

## **2.6 I patti contrari.**

La disposizione dell'art. 13 dello statuto dei che ha senza dubbio creato più problematiche è senz'altro il II comma, nel quale si prevede la nullità dei patti contrari.

Le conseguenze di questa nullità sono già state parzialmente illustrate all'inizio del presente capitolo.

Il legislatore del 1970 ha senza dubbio ritenuto opportuno porre tale divieto nell'interesse del lavoratore, con l'effettivo risultato di una tutela molto efficace<sup>212</sup>; tuttavia vi sono taluni casi in cui è lo stesso lavoratore che potrebbe necessitare un'adibizione a mansioni di caratura inferiore.

---

<sup>212</sup>Per la trattazione in merito alla tutela giurisprudenziale e alla sua evoluzione si veda il capitolo seguente.

La giurisprudenza<sup>213</sup> proprio per venire incontro a queste potenziali esigenze del lavoratore è ricorsa all'utilizzo dell'istituto civilistico della novazione del contratto *ex art. 1230 c.c.*

### *2.6.1 la nullità dei patti contrari ex art. 13 Stat. Lav.*

Il II comma dell'art.13 Stat. Lav. prevedeva la nullità di ogni patto, che sia esplicito ovvero implicito, che realizzi direttamente una variazione *in pejus* del livello delle mansioni del lavoratore, sia rispetto a quelle di assunzione che a quelle acquisite successivamente durante il rapporto di lavoro<sup>214</sup>.

Una tale rigidità ha tuttavia portato anche a situazioni non convenienti a lavoratore, pregiudicandone o quantomeno mettendone a rischio la permanenza presso la struttura aziendale.

Dottrina e giurisprudenza hanno quindi cercato di individuare delle fattispecie particolari nelle quali sia possibile derogare la disciplina, nonostante il divieto previsto espressamente dalla norma.

La più formale di queste correnti<sup>215</sup> ritiene comunque tali patti nulli, prospettando come unica soluzione il licenziamento del lavoratore al quale dovrebbe seguire una successiva riassunzione con un contratto di lavoro nel quale sia prevista la nuova qualifica; ammesso che il datore di lavoro riesca a superare la presunzione del carattere fittizio di questo nuovo contratto<sup>216</sup>.

Una seconda corrente ritiene, invece, lecita tale previsione di demansionamento solamente nell'eventualità che il lavoratore non risulti più fisicamente idoneo alla mansione precedente, evidenziando come la rilevanza costituzionale del bene della salute debba essere considerata

---

<sup>213</sup>Es. Cass. 26 febbraio 2009 n. 4670, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it). Analizzata nel corso del paragrafo.

<sup>214</sup>Cfr. Liso F., *la mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p.187 ss.

<sup>215</sup>Scognamiglio R., *Osservazioni sull'art. 13 sullo statuto dei diritti del lavoratore*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1972, p.499; Grandi M., *La mobilità interna, in strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, p.292 ss.

<sup>216</sup>Cass. 25 febbraio 1988 n. 2007, in *Foro it., Rep.*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*.

prevalente rispetto al divieto di dequalificazione, anche perché le nuove mansioni non dovrebbero essere considerate dequalificanti poiché corrispondenti alla nuova capacità professionale del lavoratore<sup>217</sup>.

Tale fattispecie è stata successivamente disciplinata dal legislatore con la legge 688/1999 e con il d.lgs. 81/2008<sup>218</sup>.

Un'ulteriore tesi utilizzata per consentire un'adibizione a mansioni di livello inferiore è quella teleologica, secondo questi patti sono legittimi in quanto stipulati nell'esclusivo interesse del lavoratore<sup>219</sup> (sempre per lo scopo di conservazione del posto di lavoro)<sup>220</sup>.

Anche la giurisprudenza, dopo un'iniziale tendenza all'applicazione formale del divieto dei patti di demansionamento, anche nei casi in cui sia il lavoratore a richiedere l'adibizione a mansioni inferiori<sup>221</sup>; ha riconosciuto la legittimità di utilizzare patti "novativi" del rapporto nell'interesse del lavoratore<sup>222</sup>.

### 2.6.2 La nuova disciplina dei patti di demansionamento.

Il nuovo art. 2103 c.c. recepisce l'esigenza (sovraesposta) di rendere legittimi degli accordi personali tra il datore di lavoro ed il lavoratore con i quali sia possibile modificare completamente l'inquadramento, con i suoi relativi effetti, del lavoratore<sup>223</sup>.

---

<sup>217</sup>De Luca Tamajo R., *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 231; una dottrina più specifica di questa corrente è rappresentata da Pessi R., *Accertamento dell'idoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali e legittimità del patto modificativo in pejus delle stesse*, in *Dir. Lav.*, 1978, II, p. 12, nel quale si individuano anche modalità d'accertamento dell'idoneità attraverso l'art. 5 Stat. Lav.

<sup>218</sup>Vd. *Infra*.

<sup>219</sup>Rispetto all'ipotesi precedente, il lavoratore non ha una sopravvenuta inidoneità fisica alla mansione ma un mero interesse professionale.

<sup>220</sup>Ichino P., *Interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, I, p. 490.

<sup>221</sup>Tra le tante Cass. 6 giugno 1985 n. 3372, in *Not. Giur. Lav.*, 1985, p. 648; Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, in *Giust. Civ.*, 1985, I, p.163.

<sup>222</sup>Cass. 23 gennaio 1988 n. 539, in *Not. Giur. Lav.*, 1988, p. 313.

<sup>223</sup>Si noti come la legge delega non aveva previsto una modifica simile.

La nuova norma sembra che, per certi versi, riporti *in auge* la disciplina in vigore prima dell'avvento dello statuto dei lavoratori, nella quale s'indicava chiaramente una liberalità pressoché assoluta nello stipulare simili patti tra datore e prestatore di lavoro.

Sembra comunque opportuno ricordare come nel testo del 1970 era in vigore anche la dicitura «*salvo che ciò non comporti un mutamento sostanziale della posizione di lui*», limite eliminato nel caso di utilizzo di quest'ipotesi.

Difatti tali patti possono comportare un *décalage* del livello di inquadramento, senza i limiti dei commi II e IV (un solo livello nel limite della categoria legale e senza riduzione della retribuzione)<sup>224</sup>

Il legislatore delegato, tuttavia, sembra comunque riconoscere la diversa forza contrattuale del datore di lavoro rispetto a quella del lavoratore e per questo motivo ha cercato di inserire dei limiti (come nei casi precedenti), personali e procedurali, che dovrebbero servire a evitare (o almeno limitare) l'abuso di questo istituto.

I limiti "personali" sono rappresentati dalle diciture «*nell'interesse del lavoratore*», il quale può corrispondere solamente, pena nullità del patto<sup>225</sup>, alla «*conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o miglioramento delle condizioni di vita*»; con tale impostazione si ravvisa come la tutela dei degli interessi indicati debba essere considerata prevalente rispetto alla tutela della professionalità e della posizione lavorativa<sup>226</sup>.

Affinché il patto sia valido, è sufficiente che sia presente anche una sola motivazione tra quelle previste dall'articolo, tuttavia, tali motivazioni devono essere chiaramente espresse dall'accordo, per consentire un eventuale

---

<sup>224</sup>Cfr. Zumbo A.D., Rocchini E., *Il nuovo regime dei contratti flessibili e la disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 50.

<sup>225</sup>Pisani C., *La nuova disciplina sul mutamento delle mansioni*, cit., p. 87, in cui la mancanza dell'interesse del lavoratore corrisponderebbe alla nullità del patto *ex art. 2103 c.c. IX comma*.

<sup>226</sup>Cfr. Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p.77.

giudizio di corrispondenza della nuova posizione con le esigenze del lavoratore<sup>227</sup>.

È evidente come in questo modo si cerchi di mettere tale strumento nelle mani del lavoratore e solo indirettamente nelle mani del datore (al quale sono stati già attribuiti poteri di modifica unilaterale delle mansioni in caso di esigenze aziendali).

In merito all'«*interesse alla conservazione dell'occupazione*» il legislatore delegato (termine improprio vista l'assenza nella legge delega di una disposizione simile) ha ritenuto quindi opportuno l'utilizzo di patti simili ai patti di novazione sopra esaminati per fornire al datore di lavoro una concreta alternativa al licenziamento, per questo motivo si ritiene che debba essere data prova all'interno del patto dell'altrimenti inevitabilità del licenziamento, il quale secondo eccellente dottrina dovrebbe essere per giustificato motivo oggettivo<sup>228</sup>, in quanto sarebbe un recepire il vecchio orientamento giurisprudenziale; tuttavia, per quanto la *ratio* della norma sia presumibilmente questa, un'interpretazione letterale del testo non preclude l'alternatività del patto *ex* comma VI di qualsiasi forma di licenziamento, anche per giusta causa; sarà poi onere del lavoratore dimostrare l'illegittimità del licenziamento al fine di evitare che venga fatto un abuso dell'istituto.

Per quanto riguarda l'acquisizione di una “nuova professionalità” il legislatore ha ritenuto opportuno inserire quest'ipotesi nel nuovo testo normativo, nonostante l'adibizione a mansioni gerarchicamente superiori sia un potere che è sempre stato concesso al datore di lavoro (potere arricchito da quello di adibizione a mansioni formalmente equivalenti introdotto nel comma I), pertanto si ritiene che anche tali patti debbano intendere l'adibizione a livelli di inquadramento inferiori; per tale motivo potrebbe risultare difficile comprendere come una dequalificazione possa essere compatibile con il concetto di professionalità (sia formale che sostanziale);

---

<sup>227</sup>Pisani C., *La nuova disciplina sul mutamento delle mansioni*, cit., p. 88.

<sup>228</sup>Pisani C., *La nuova disciplina sul mutamento delle mansioni*, cit., p. 89.

tuttavia la norma fa riferimento non ad una “maggiore” ma ad una “diversa” professionalità, dicitura che fa invece comprendere come un lavoratore possa avere interesse a stipulare patti modificativi dell’oggetto del proprio contratto di lavoro<sup>229</sup>.

Ultima causa giustificatrice individuata dal comma IV è quella rappresentata dall’esigenza del lavoratore di migliorare le proprie esigenze di vita.

Il legislatore ha, senza dubbio, concesso al lavoratore un mezzo alternativo alle dimissioni nel caso in cui il livello di stress derivante dall’eccessiva fatica o dalle troppe responsabilità derivanti da una posizione lavorativa fosse eccessivo per il lavoratore.

In questo caso l’onere della prova è completamente diverso rispetto alle ipotesi precedenti (soprattutto rispetto alla prima) in quanto il datore di lavoro non potrebbe essere in alcun modo obbligato a provare le esigenze del lavoratore, le quali essendo personali (e potenzialmente non oggettive) risulterebbe impossibili da provare.

Il lavoratore in questo caso potrebbe eccepire in giudizio i tipici vizi del consenso.

Oltre alla limitazione dell’utilizzo dell’istituto alle sole ipotesi prospettate il Governo ha inserito l’ulteriore requisito dell’obbligatorietà di stipulare tali accordi solamente nelle c.d. “sedi protette”, configurabili nelle sedi di conciliazione di cui all’art. 2113 c.c.<sup>230</sup> ovvero avanti alle commissioni di certificazione.

---

<sup>229</sup>Anche in questo caso l’interesse del lavoratore dovrebbe configurarsi nel preservare la propria posizione lavorativa.

<sup>230</sup>«Le rinunzie e le transazioni, che hanno per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili della legge o dei contratti o accordi collettivi concernenti i rapporti di cui all’art. 409 del codice di procedura civile, non sono valide.

*L’impugnazione deve essere preposta, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinunzia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima.*

*Le rinunzie e le transazioni di cui ai commi precedenti possono essere impugnate con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà.*

*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».*

Anche tale requisito è stato introdotto per la necessità di tutelare il lavoratore in quanto “parte debole” dell’accordo.

La sede protetta, infatti, è idonea a garantire almeno la correttezza formale del patto.

L’articolo prevede inoltre la possibilità (e non l’obbligo che invece sussiste per la stipulazione dell’accordo in sede protetta) per il lavoratore di farsi assistere per la firma del patto da un avvocato, da un consulente del lavoro o da un rappresentante dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato<sup>231</sup>; in questo modo dovrebbe essere garantita non la convenienza del patto (la quale, tuttavia, non può dirsi neanche scoraggiata) per il lavoratore, ma almeno la piena conoscenza degli effetti derivanti dello stesso, con la conseguenza di eliminare, o quanto meno ridurre fortemente, il contenzioso che potrebbe derivare da tali patti.

Per quanto riguarda l’effettiva portata di questi patti l’assenza di una norma analoga nella legge di delega unita alla recenza della norma, fanno sì che non si conoscano gli effettivi limiti di questi patti.

Nulla vieta, ad esempio, una funzione analoga al secondo comma (adibizione a mansioni inferiori, senza diminuzione della retribuzione) quando non siano pervenute modifiche dell’assetto aziendale, o che esse non incidano sulla posizione del lavoratore<sup>232</sup>.

Inoltre questi patti potrebbero anche non essere considerati come definitivi; si potrebbe ritenere, ad esempio che la validità del patto possa persistere (in analogia all’ipotesi di cui al comma II) solamente in costanza della condizione giustificatrice<sup>233</sup>; tuttavia la norma, non prevedendo alcun limite temporale, sembra lasciare ampi margini alle parti in merito alla durata del patto.

---

<sup>231</sup>Tale elenco è da considerarsi come esaustivo.

<sup>232</sup>In questo potrebbe anche essere utilizzato come mezzo alternativo per non dover provare la sussistenza dei requisiti di cui al comma II (accettando la tesi secondo cui l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro sia intesa come più generale).

<sup>233</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p.89., l’autore in questo caso non condivide tale ipotesi ma la prospetta.

Anche in questo caso si ritiene che la soluzione più razionale sia quella di considerare tali accordi come definitivi (a maggior ragione in questa ipotesi, considerata la forte assistenza prevista per la parte contrattuale ritenuta più debole).

Tuttavia anche in questo caso l'emanazione ancora troppo recente della norma e la sua genericità sui limiti che questi patti possano avere (non si rileva nella norma alcun limite "contrattuale") portano a considerare lecito qualsiasi cambiamento (nei limiti della contrattazione collettiva e della legge) nel rapporto di lavoro (orario, retribuzione, inquadramento ecc.).

La possibilità di patti contrari (sia per la contrattazione collettiva che per gli accordi individuali) rappresenta senza dubbio una grande novità; tuttavia si ritiene auspicabile un'azione, mediante interpretazioni autentiche e/o decreti attuativi, di chiarificazione da parte del legislatore al fine di evitare la possibilità che in giurisprudenza si ricada nel formalismo che, con la riforma della normativa sul lavoro, si è tentato di eliminare.

## **2.7 L'adibizione a mansioni superiori.**

Come visto sopra, il legislatore e la giurisprudenza si sono sempre interrogati su come preservare la professionalità del lavoratore.

Per questo motivo sarebbe incoerente porre dei limiti (o degli ostacoli) all'adibizione a mansioni che apportino una maggiore professionalità al lavoratore.

Anche in questo caso la nuova adibizione deve essere considerata come una modifica dell'oggetto del contratto e, come tale, soggetta al mutuo consenso di tutte le parti cui si rivolge la modifica; tuttavia la legge ha sempre regolato la materia con la presunzione (nella maggioranza dei casi fondata)

che il lavoratore (che anche in questo caso è considerato come parte debole) abbia interesse a essere inquadrato in una posizione superiore<sup>234</sup>.

Si riscontrano, tuttavia, talune correnti dottrinali che sostengono che il mutamento dell'oggetto avvenga solamente quando si ravvisi una volontà novativa delle parti<sup>235</sup>, non essendo incompatibile con il permanere del rapporto originario<sup>236</sup>.

La volontà novativa può essere anche tacita, ma deve risultare palese; la mancanza del Tfr ad esempio potrebbe essere un elemento che certifica la sua inesistenza<sup>237</sup>.

La prima stesura dell'art. 2103 c.c., rimanendo sempre in un'ottica di grande liberalità, non disciplinava espressamente la fattispecie ma, in maniera analoga alle mansioni inferiori, concedeva la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni differenti rispetto a quelle di assunzione, senza che queste potessero comportare un mutamento sostanziale nella posizione del lavoratore, con la garanzia per quest'ultimo di percepire la retribuzione più elevata tra quelle relative alle mansioni precedenti e quelle successive.

La facoltà di stipulare patti contrari, inserita all'inizio dell'articolo, garantiva la possibilità di effettuare qualsiasi mutamento dell'oggetto quando vi fosse il mutuo consenso.

### *2.7.1 L'adibizione a mansioni superiori ex art.13 Stat. Lav.*

Oltre ad aver sancito il divieto di demansionamento e ad aver regolamentato la “mobilità orizzontale”, l'art. 13 Stat. Lav. ha regolamentato anche la “mobilità verticale” la quale poteva, ovviamente, considerato il

---

<sup>234</sup>Fermo restando le problematiche derivanti da un inquadramento “eccessivo” espressi nel Cap. I.

<sup>235</sup>Cass. 2 giugno 1998 n. 5399, in *Rep. Foro it.*, 1998, in *Contratti agrari*, n. 85.

<sup>236</sup>Gazzoni, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 583, Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, p. 387.

<sup>237</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p.387.

divieto di dequalificazione, avvenire esclusivamente verso l'alto (ovvero verso mansioni inquadrare in livelli superiori).

Nel primo comma, infatti, era stabilito il diritto del lavoratore ad essere adibito a mansioni che fossero «*corrispondenti a alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito*»; con categoria superiore doveva intendersi non solo la categoria legale *ex art. 2095 c.c.*, ma anche la categoria contrattuale (il livello di inquadramento)<sup>238</sup>.

La norma regolamentava qualunque modalità di adibizione mansioni superiori, a prescindere dalla modalità di inquadramento e promozioni previste dalla contrattazione collettiva<sup>239</sup>.

Rientravano in questa disposizione anche quelle adibizioni che non erano ancora avvenute ma a cui il lavoratore avesse diritto<sup>240</sup>, anche se tale diritto si riferisse solamente un aumento della retribuzione e non una modifica delle mansioni<sup>241</sup>.

In tale modo si intendeva garantire anche la corrispondenza tra le mansioni effettivamente svolte e inquadramento del lavoratore<sup>242</sup>.

Le mansioni acquisite, quindi, dovevano intendersi come proprie del lavoratore, con la conseguenza che una successiva adibizione alle mansioni di assunzione doveva intendersi come dequalificazione, e come tale, illegittima.

Lo *jus variandi* del datore di lavoro si concretizzava anche nella possibilità che il lavoratore possa essere adibito solo temporaneamente a mansioni di livello superiore.

Il III comma infatti prevedeva la possibilità per il datore di adibire il lavoratore a mansioni superiori per un periodo non superiore ai tre mesi

---

<sup>238</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., p.144.

<sup>239</sup>vd. Cap. I.

<sup>240</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., p.144 ss.

<sup>241</sup>Scognamiglio R., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Nss. D. I., Appendice*, IV, Torino, 1983, p. 1103 ss.

<sup>242</sup>Maresca A., *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art.13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, I, p. 413.

(periodo di tempo che poteva essere ridotto dalla contrattazione collettiva), senza che questa potesse considerarsi come definitiva (quasi come fosse un periodo di prova).

Tale deroga sembra quindi lasciar intendere che la dicitura del comma I «*ultime mansioni svolte*» dovesse intendersi non come ultime mansioni svolte in linea temporale, ma come ultime mansioni alle quali il lavoratore è stato definitivamente adibito<sup>243</sup> (anche tacitamente e per fatti concludenti).

La norma prevedeva inoltre delle deroghe: in particolare, infatti, la promozione automatica non operava laddove l'adibizione a mansioni superiori fosse avvenuta per ragioni sostitutive<sup>244</sup> (es. lavoratrice in maternità).

Come detto sopra, anche l'adibizione a mansioni superiori deve essere considerata come una modifica dell'oggetto del contratto e, come tale, soggetta al mutuo consenso delle parti, per questo motivo dottrina e giurisprudenza si sono a lungo interrogate sulla sussistenza o meno di uno *jus variandi* attinente alle mansioni superiori, considerando che un'interpretazione strettamente letterale della norma non sembrerebbe consentire al datore di lavoro di esercitare una simile facoltà unilateralmente, consentendo l'adibizione unilaterale a mansioni superiori solamente per esigenze sostitutive o per verificare l'effettiva capacità del lavoratore a svolgere mansioni superiori<sup>245</sup>.

Si rileva, inoltre, una posizione intermedia<sup>246</sup>, ma sempre molto affine ad una interpretazione letterale della norma, nella quale si prospetta la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni superiori quando tale spostamento sia da considerarsi come unico possibile, in relazione all'esigenze aziendali.

---

<sup>243</sup>Pisani C., *Mansioni del lavoratore*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990, p.12.

<sup>244</sup>v.d. *infra*.

<sup>245</sup>Romagnoli U., in Ghezzi G., Mancini G. F., Montuschi L., Romagnoli U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, lib. V, *Del lavoro*, Bologna-Roma, 1979, p. 244; Pret. Pisa, 27 agosto 1974, in *Foro It.*, 1975, I, p. 1033.

<sup>246</sup>Sognamiglio R., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, cit., p. 1113.

A sostegno dell'unicità di tali ipotesi (con il conseguente mutuo consenso per l'adibizione a mansioni superiori) vi è il fatto che non vi è la presenza di alcuna disposizione che preveda esplicitamente tale potere unilaterale da parte del datore di lavoro.

In senso contrario si rileva<sup>247</sup> come il legislatore abbia utilizzato il termine "assegnazione" a mansioni superiori, il quale sembrerebbe presupporre l'unilateralità della decisione sull'adibizione.

Tuttavia essendo lo *jus variandi in melius* una facoltà del datore di lavoro (la quale è profondamente differente rispetto agli obblighi di promozione, legali e contrattuali), ed essendo la tutela della professionalità uno degli obiettivi principali dell'art. 13 Stat. Lav. (professionalità che non può che essere arricchita dallo svolgimento di mansioni superiori) unito al fatto che nella maggioranza dei casi vi è comunque un interesse del lavoratore a ricevere un inquadramento di livello superiore, non si registra un forte contenzioso in materia (contenzioso che assume un volume notevole quando il lavoratore voglia mantenere un inquadramento superiore a quello pattuito al momento dell'assunzione).

Non può tuttavia escludersi *a priori*, anche solo per esigenze di certezza del diritto, l'interesse del lavoratore a mantenere un livello d'inquadramento (con le rispettive mansioni) inferiore.

Considerando infatti che la nuova adibizione diviene definitiva alla scadenza del terzo mese (o del termine più breve fissato dalla contrattazione collettiva) potrebbe essere corretta la ricerca della volontà del lavoratore di accettare questo mutamento, seppur in *melius*, del proprio contratto di lavoro.

Si ritiene infatti che il lavoratore, per evitare l'assegnazione definitiva potesse rifiutarsi di svolgere la prestazione attinente alle mansioni superiori prima della scadenza del termine fissato dall'articolo in esame<sup>248</sup>.

---

<sup>247</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., p.194.

<sup>248</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., p. 200; in senso contrario Suppiej G., *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, p.332 nel quale si sostiene che in assenza di espressa disposizione l'inquadramento superiore sarebbe definitivo *ex tunc*.

In questo modo sarebbero garantiti sia lo *jus variandi* temporaneo del datore di lavoro che il diritto a non avere modifiche non consensuali all'oggetto del rapporto per il lavoratore.

Considerata la difficoltà di dottrina e giurisprudenza a formulare un concetto unico di equivalenza delle mansioni, si ravvisano, di riflesso, difficoltà (seppur molto inferiori) anche nel determinare con certezza quali mansioni siano da considerarsi come superiori.

Tuttavia nella «*mobilità verticale interna*»<sup>249</sup> il potere unilaterale di modifica delle mansioni del datore di lavoro poteva concretizzarsi nell'adibizione a mansioni che pur richiedendo una professionalità maggiore fossero inquadrare dalla contrattazione collettiva nel medesimo livello delle ultime svolte, senza che questa assegnazioni divenga definitiva<sup>250</sup>; nonostante ciò, nel caso in cui a tali mansioni considerate equivalenti corrispondesse un retribuzione superiore il lavoratore avrebbe diritto a mantenere il trattamento più elevato<sup>251</sup>.

Analogamente a quanto previsto per le mansioni equivalenti, anche in questo caso il criterio fondamentale non può che essere la contrattazione collettiva; se una mansione inquadrata in un livello più basso non può che essere considerata inferiore una inquadrata in una categoria più elevata non può che essere considerata come superiore<sup>252</sup>.

E sempre in concordanza con la disciplina delle mansioni equivalenti la giurisprudenza ha cercato di ritenere preminente il profilo professionale rispetto alle declaratorie del contratto collettivo, in quanto tali contratti sono

---

<sup>249</sup>Pisani C., *Mansioni del lavoratore*, cit.

<sup>250</sup>Cass. 18 gennaio 1983 n. 434, in *Giust. Civ. mass.*, 1983.

<sup>251</sup>Ghera E., *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello statuto dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984, p. 400; Liso F., *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, cit. p. 203; in giurisprudenza Cass. 22 gennaio 1979 n. 496, in *Foro It.* 1979, I, p. 874; in senso contrario si veda Grandi M., *la mobilità interna*, cit., p. 271.

<sup>252</sup>Cass. 25 gennaio 1984 n. 603, in *Giust. Civ.*, 1984, p. 3102; Cass. 10 dicembre 1982 n. 6765, in *Not. Giur. Lav.*, 1983, p. 24.

improntati più sull'individuazione di figure professionali che sulla base di astratti contenuti professionali<sup>253</sup>.

La differenza fondamentale con le mansioni equivalenti risiede nel fatto che la giurisprudenza non ha oltrepassato i confini "formali" dei livelli di inquadramento della contrattazione collettiva, ma si è limitata a garantire al lavoratore il trattamento retributivo più elevato<sup>254</sup>.

Si esclude, generalmente, che la comparazione con lavoratori inquadrati in livelli superiori possa essere utilizzata per conferire il diritto alla promozione al lavoratore<sup>255</sup>, essendo assente nel nostro ordinamento un principio assoluto di parità di trattamento (fermo restando la proporzionalità della retribuzione *ex art. 36 Cost.* e quanto esposto nel cap.I).

Altro ostacolo alla comparazione è il fatto che oltre all'adibizione a mansioni superiori, per essere riconosciuto un livello di inquadramento maggiore, risulta necessario che al lavoratore devono essere attribuite anche le responsabilità e l'autonomia derivanti dalla posizione<sup>256</sup>.

Le problematiche espresse sino ad ora, in merito allo *jus variandi in melius*, sono naturalmente valide solamente fino a quando l'adibizione può essere considerata temporanea; infatti decorsi tre mesi (esclusi i casi di sostituzione esaminati più avanti) il lavoratore avrà comunque diritto a mantenere il livello di inquadramento (e la relativa retribuzione) corrispondente alle mansioni alle quali il lavoratore sia stato adibito.

Inoltre la stessa giurisprudenza si è espressa in merito ritenendo configurabile lo *jus variandi in melius* solamente quando il mutamento sia di natura temporanea<sup>257</sup>.

---

<sup>253</sup>Così Pisani C., *La nuova disciplina sul mutamento delle mansioni*, cit., p. 173 commentando Cass. 23 gennaio 2003 n. 1093, in *Mass. Giur. Lav.*, 2003, p. 412.

<sup>254</sup>Cass. 12 marzo 2004 n. 5137, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, p. 539.

<sup>255</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, cit., p. 203; in giurisprudenza Cass. 23 settembre 1986 n. 5725, in *Foro It. Rep.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n.777.

<sup>256</sup>Cass. 15 giugno 1987 n. 5285, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 967.

<sup>257</sup>Cass. 13 aprile 1996 n. 3494, in *RIDL*, 1996, II, p. 812.

Tra le conseguenze del mantenimento di questo livello impossibile trascurare il fatto che un eventuale giudizio di equivalenza per un'adibizione unilaterale a mansioni equivalenti sarà fatto sul nuovo livello di inquadramento e non sul quello corrispondente «*alle mansioni per le quali (il lavoratore) è stato assunto*».

#### *2.7.1.1 I criteri per il computo del periodo utile ai fini della promozione automatica.*

Tenendo conto delle conseguenze di un'adibizione definitiva, dottrina e giurisprudenza si sono interrogate sui criteri di calcolo del periodo in cui il lavoratore possa essere riassegnato alle mansioni precedentemente svolte.

Come riportato sopra, la norma fissa un periodo massimo (la contrattazione collettiva ne può fissare uno più breve, ma per i quadri e i dirigenti l'art. 6 legge 13 maggio 1985 n.190) di tre mesi, non si fa tuttavia riferimento alla necessità di continuità che questi siano o meno continui né al fatto che questi siano lavorativi (in questo caso sarebbero stati 90 giorni) o a tre mesi di calendario.

Almeno per quanto riguarda il primo interrogativo, giurisprudenza e dottrina sono concordi nel ritenere ragionevole che tale periodo debba essere continuativo<sup>258</sup>.

Naturalmente nel caso il datore di lavoro adibisca il lavoratore a mansioni superiori per periodi più brevi al solo scopo di impedire la maturazione del diritto del lavoratore a mantenere la qualifica, tale condotta sarà intesa come un negozio in frode alla legge<sup>259</sup>.

---

<sup>258</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, cit., p. 206, Maresca A., *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 442; in giurisprudenza Cass. 23 dicembre 1983 n. 7596, in *Foro it., Rep.*, 1983, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1092, Cass. 27 marzo 1982 n.1912, in *Foro it.*, 1982, I, p. 1583; in senso contrario si veda Romagnoli U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, cit., p.244.

<sup>259</sup>Suppiej G., *Il rapporto di lavoro*, cit., p.333, Scognamiglio R., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, cit., p. 1131, in giurisprudenza Cass. 29 ottobre 1976 n. 3985, in *Mass. Gir. Lav.*, 1977, p.629.

In casi analoghi si ritiene che l'onere della prova dell'intento fraudolento del datore di lavoro ricada sul lavoratore<sup>260</sup>, il quale dovrà fornire la prova in via diretta mediante almeno la programmazione iniziale delle attribuzioni e che essa sia premeditata, non essendo sufficiente la semplice ripetizione delle attribuzioni, ma ciò può essere provato anche mediante presunzioni (frequenza, sistematicità e brevità degli intervalli)<sup>261</sup>.

Una differente corrente giurisprudenziale sostiene, invece, che considerato il fatto che sia il conferimento che la revoca delle mansioni superiori deve essere considerato come un potere attribuito al datore di lavoro dalla legge (e quindi un diritto per quest'ultimo); pertanto non potrebbe mai comportare la costituzione di un negozio giuridico in frode alla legge non essendo già di per sé un atto negoziale, al massimo potrebbe essere considerata una violazione dei principi di buona fede e correttezza<sup>262</sup>.

La giurisprudenza si è espressa in maniera più affine a questa seconda tesi, ritendendo sufficienti per decretare la definitività delle attribuzioni delle indicazioni presuntive individuate nella sistematicità dal tempo intercorso tra le stesse<sup>263</sup>.

Le sezioni unite della Cassazione hanno successivamente risolto la questione affermando l'inammissibilità del cumulo dei periodi di attribuzione, quando il datore di lavoro dimostrasse di aver provveduto almeno a selezioni per ricoprire il posto vacante<sup>264</sup>.

Per quanto riguarda il secondo problema, la soluzione più razionale risulta sicuramente nel considerare tale periodo come lavorativo, in virtù del fatto che uno degli scopi della fattispecie è quello di "testare" le capacità del

---

<sup>260</sup>Cass. 6 febbraio 1986 n.752, in *Not. Giur. Lav.*, 1986, p.814.

<sup>261</sup>Ghera E., *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 401, in giurisprudenza Cass. 8 aprile 1987 n. 3462, in *Foro it., Rep.*, 1987, voce *lavoro (rapporto)*, n. 962.

<sup>262</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, cit., p. 207.

<sup>263</sup>Cass. 20 ottobre 1980 n. 4598, in *Giust. Civ.*, 1981, I, p.101, Cass. 28 aprile 1987, n. 4108, in *Not. Giur. Lav.*, 1987, p. 570.

<sup>264</sup>Cass. S.U. 28 gennaio 1995 n.1023, in *Foro it.*, 1995, I, p. 494, più recentemente Cass. 23 aprile 2007 n. 9550, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 811.

lavoratore<sup>265</sup>, analogamente a quanto stabilito dall'art. 2096 in merito al “patto di prova” nel quale vengono contati solamente i giorni in cui il lavoratore abbia effettivamente prestato attività lavorativa<sup>266</sup>.

Devono, pertanto, considerarsi esclusi nel computo i giorni di assenza del lavoratore (a prescindere dalla loro legittimità o meno)<sup>267</sup>, le giornate di sabato e domenica (se non lavorative) e il periodo di ferie (il quale tuttavia non può essere considerato idoneo a azzerare il computo dei tre mesi)<sup>268</sup>.

Sono ritenuti invece utili ai fini del computo le giornate in cui il lavoratore abbia partecipato a corsi di formazione/aggiornamento relativi alle mansioni superiori alle quali egli sia stato assegnato<sup>269</sup>.

Qualora allo scadere del termine legale ovvero contrattuale il lavoratore non venga riassegnato alle mansioni precedenti l'adibizione deve considerarsi come definitiva (purché non sia in sostituzione di un lavoratore avente diritto alla conservazione del posto).

Tale evento viene comunemente definito come “promozione automatica”<sup>270</sup> e causa una modifica irreversibile (almeno fino alla riforma del 2015) dell'oggetto del contratto di lavoro<sup>271</sup>.

Tale promozione non deve essere considerata *ex art.* 1359 c.c. se il mancato avveramento è imputabile all'altra parte<sup>272</sup>.

Si è dibattuto sulla natura di questo istituto; se fosse da considerare come un atto sanzionatorio nei confronti del datore di lavoro per il sovrautilizzo del lavoratore<sup>273</sup> o se fosse il solo recepire la volontà, espressa tacitamente, delle parti di modificare definitivamente l'inquadramento del lavoratore<sup>274</sup>.

---

<sup>265</sup>Cfr. Ghera E., *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 401.

<sup>266</sup>Cass. 20 agosto 1987 n. 6982, in *Giust. Civ.*, 1987, p. 106.

<sup>267</sup>Liso F., *La mobilità del lavoratore: il quadro legale*, cit., p. 210.

<sup>268</sup>Cass. 6 giugno 1989 n. 2744, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, p. 407.

<sup>269</sup>Cass. 6 giugno 1989 n. 2744, *ivi*.

<sup>270</sup>Pisani C., *Mansioni del lavoratore*, cit., p.14.

<sup>271</sup>Suppiej. G., *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 332.

<sup>272</sup>Cass. 8 novembre 2004 n. 21243, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, p. 61.

<sup>273</sup>Grandi M., *La mobilità interna*, in *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, p. 272.

<sup>274</sup>Ghera E., *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, cit., p. 339.

2.7.1.2 *La sostituzione del lavoratore avente diritto alla conservazione del posto.*

Come visto sopra l'unica ipotesi in cui il lavoratore possa essere riassegnato alle mansioni precedenti allo scadere del termine legale o contrattuale è quella prevista dall'art. 13 Stat. Lav. nel quale si fa riferimento ad una sostituzione di un lavoratore avente diritto alla conservazione del posto.

L'onere della prova in merito alla sussistenza del carattere sostitutivo dell'adibizione è a carico del datore di lavoro<sup>275</sup>.

La genericità della disposizione ha indotto la giurisprudenza a fornire diverse correnti in merito alle ipotesi nelle quali il lavoratore può dirsi «*assente con diritto alla conservazione del posto*».

La prima, sicuramente più restrittiva, considera tali lavoratori solamente quelli che siano nelle situazioni previste dagli artt. 2110 e 2111 c.c.: ovvero coloro che si trovino in stato di malattia, infortunio, maternità, puerperio e servizio militare, e coloro che sostituiscano personale assente per adempimento di funzioni pubbliche elettive<sup>276</sup>.

Per questa corrente il lavoratore non deve quindi essere presente in azienda per cause legali o per cause difficilmente prevedibili da parte del datore di lavoro; non potranno essere causa di deroga, ad esempio, le ferie del lavoratore<sup>277</sup> e la temporanea adibizione a mansioni differenti per questioni di salute (in questo caso la differenza con il lavoratore infortunato di cui sopra è la presenza in azienda del lavoratore) che si intendere sostituire.

Una corrente meno restrittiva ritiene, invece, che la presenza del lavoratore che si intende sostituire in azienda non sarebbe idonea a far

---

<sup>275</sup>Vallebona A., *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p.105.

<sup>276</sup>Cass. 7 febbraio 1989 n. 757, in *Not. Giur. Lav.*, 1989, p.133, Cass. 29 gennaio 1988 n. 811, in *Foro it. Rep.*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 895.

<sup>277</sup>Cass. 3 giugno 1976 n. 2010, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, p. 1115.

acquisire al lavoratore la qualifica superiore, se questi stesse svolgendo temporaneamente mansioni differenti per ragioni di salute<sup>278</sup>; tuttavia si intendono assenti quei lavoratori i quali stiano svolgendo mansioni differenti per l'acquisizione di una differente professionalità, se in adempimento a quanto previsto dalla contrattazione collettiva<sup>279</sup>, e i lavoratori in ferie<sup>280</sup>.

Si registrano, orientamenti differenti in merito alla “sostituzione a cascata”<sup>281</sup>, ovvero se la sostituzione di un lavoratore che stia sostituendo un altro lavoratore sia idonea a produrre gli effetti di cui sopra (la giurisprudenza maggioritaria tuttavia risulta essere favorevole)<sup>282</sup>.

Infine per quanto riguarda i lavoratori trasferiti, questi non si considerano come «*assenti con diritto alla conservazione del posto*» in quanto il trasferimento deve essere considerato come un atto definitivo e la *ratio* della norma è quella di non consentire l'acquisizione di una posizione appartenente ad un altro lavoratore<sup>283</sup>.

### 2.7.2 La nuova disciplina dell'adibizione a mansioni superiori.

La normativa in merito alla adizione unilaterale mansioni inquadrate in un livello superiore è senza dubbio quella che ha subito minori modifiche; sono stati aggiunti, infatti solamente taluni chiarimenti in merito all'interpretazione della disciplina, «*che peraltro si potevano evincere anche dalla precedente norma, se correttamente interpretata*»<sup>284</sup>.

Sicuramente la nuova norma rende facile individuare i livelli delle varie mansioni in quanto utilizza solamente elementi derivati dalla contrattazione

---

<sup>278</sup>Cass. 1 agosto 1986 n. 4972, in *Giust. Civ.*, 1897, I, p. 111.

<sup>279</sup>Cass. 1 agosto 1986 n. 4972, cit.

<sup>280</sup>Cass. 17 ottobre 1987 n. 7702, in *Not. Giur. Lav.*, 1988, p.13.

<sup>281</sup>Pisani C., *Enc. dir.*, cit.

<sup>282</sup>a favore Cass. 11 novembre 2003 n. 16958, in *Guida al lav.*, 2004, II, p. 25, Cass. 18 ottobre 1982 n. 5374, in *Giust. Civ.*, 1983, I, p. 878, Cass. 12 ottobre 1983 n. 5945, in *Not. Giur. Lav.*, 1983, p. 567; contrari Pret. Palermo 28 maggio 1975, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, II, p. 996.

<sup>283</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 170.

<sup>284</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 155.

collettiva e non elementi astratti, utilizzati dalla giurisprudenza, come la professionalità.

L'individuazione delle mansioni che siano da considerarsi superiori sarà dunque, al pari di quelle equivalenti e inferiori, di facile lettura.

La prima differenza che si riscontra è di natura "stilistica"; nella precedente stesura dell'articolo erano; infatti, presenti tre fattispecie diverse: la mobilità "verticale", quella "orizzontale" e il trasferimento, la nuova stesura dedica, invece, un unico comma (il VII) alla regolamentazione della disciplina.

Il nuovo articolo prevede inoltre una differenziazione tra le varie modifiche *in melius* dell'oggetto del contratto; nel comma I stabilisce che il lavoratore deve essere adibito alle mansioni «*corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito*», riferendosi a tutti i casi di promozione definitiva del lavoratore, senza tener conto quindi delle modalità con cui questa adibizione sia avvenuta<sup>285</sup>.

Il nuovo testo ha modificato la norma sostituendo la parola "categoria" con "livello", senza che questo comporti una modifica sostanziale della disciplina poiché tal termine non fa riferimento alle categorie legale *ex art.* 2095 c.c. bensì alle categorie contrattuali<sup>286</sup>, pertanto si ritiene che in questo caso il legislatore abbia solamente effettuato una precisazione terminologica.

Ulteriore novità introdotta dalla riforma è rappresentata dalla dicitura, sempre del comma I, «*il lavoratore deve essere adibito a mansioni... corrispondenti al livello di inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito*».

Un'interpretazione letterale della norma sembrerebbe che sancisca una sorta di divieto alle qualifiche convenzionali<sup>287</sup> e a tutti i sistemi di

---

<sup>285</sup>Grandi G., *La mobilità interna*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, p. 270.

<sup>286</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit. p. 157.

<sup>287</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 159.

progressione automatica di carriera che non prevedano mutamento di mansioni.

Naturalmente tale interpretazione non è accettabile essendo solamente una eccessiva formalizzazione della nuova norma<sup>288</sup>, la quale porterebbe, con una lettura simile, un contenzioso insostenibile.

La giurisprudenza ha infatti ribadito molte volte la legittimità di tali qualifiche convenzionali<sup>289</sup>, quando queste non siano contrarie all'interesse del lavoratore.

La disciplina in merito alle ragioni sostitutive che comportino la non definitività dell'adibizione, anche dopo lo scadere del periodo legale o contrattuale, è stata leggermente modificata.

La nuova norma richiama, infatti, le «*ragioni sostitutive di un altro lavoratore in servizio*»; disposizione molto meno chiara rispetto alla precedente che potrebbe in alcuni casi allargare le eccezioni sostitutive, le quali potrebbero ora ricomprendere anche la sostituzione del lavoratore in ferie, rotazione e distacco; restringendo, di fatto, le ipotesi di maturazione del diritto alla promozione con conseguenti maggiori flessibilità gestionali, in altri casi potrebbe restringere tali eccezioni poiché il lavoratore che ricopra cariche sindacali ovvero pubbliche elettive lascerebbe maturare al sostituto la maturazione del diritto alla promozione<sup>290</sup>.

La riforma ha inoltre recepito la possibilità del lavoratore di non accettare la nuova qualifica, il potere di modifica unilaterale delle mansioni in verticale può, dunque essere utilizzato solamente quando comporti effetti temporanei.

Il nuovo testo infatti prevede espressamente che sono fatte salve le «*diverse volontà del lavoratore*»; la norma, tuttavia non prevede alcun obbligo di forma per quanto riguarda l'espressione della volontà del

---

<sup>288</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 160.

<sup>289</sup>Cass. 22 settembre 2002 n. 13326, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2003, II, p. 298.

<sup>290</sup>Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 84.

lavoratore di non essere adibito definitivamente a mansioni superiori<sup>291</sup>, si ritiene pertanto che sarebbe stato più idoneo a garantire la genuinità della volontà l'utilizzo dei mezzi di cui al comma VI<sup>292</sup>.

La nuova norma non prevede, infatti, alcuna garanzia in merito alla genuinità del consenso del lavoratore, sarà anzi difficile la “convivenza” con il comma IX il quale prevede la nullità dei patti contrari, nel quale non si prevede il VII comma tra le deroghe a tale divieto<sup>293</sup>.

Altra differenza rispetto al passato è rappresentata dall'allungamento del termine legale nel quale il lavoratore può essere riassegnato al precedente livello di inquadramento da tre a sei mesi<sup>294</sup>, la contrattazione collettiva può prevedere un termine diverso, il quale vista formulazione della norma è da considerarsi come “termine principale”.

La norma specifica anche la continuità di questo periodo, recependo il sopracitato consolidato orientamento giurisprudenziale<sup>295</sup>.

Non si rileva alcuna novità in merito al diritto all'adibizione definitiva alle mansioni superiori.

## **2.8 L'obbligo di formazione.**

La possibilità di adibire unilateralmente il lavoratore a mansioni di livello inferiore e il passaggio dalla tutela dell'equivalenza intesa in senso sostanziale a quello di equivalenza in senso formale, rappresentano, senza dubbio le parti più innovatrici del nuovo art. 2103 c.c.

---

<sup>291</sup>In tal caso non sarebbe corretto qualificare questa volontà come una rinuncia, poiché nessun diritto è stato ancora acquisito.

<sup>292</sup>Liso F., *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 rapporti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona, IT-275/2015.

<sup>293</sup>Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 84.

<sup>294</sup>L'art. 6 della l. 190/1985 deve, pertanto, ritenersi come abrogato.

<sup>295</sup>Vd. Sopra.

Il legislatore, sebbene abbia aumentato lo *jus variandi* del datore attenuando le tutele sulla professionalità del lavoratore intesa come “saper fare”, ha previsto la normativa cercando di evitare che il lavoratore si trovasse ad essere adibito a compiti che non sia, incolpevolmente, in grado di svolgere.

Tale obbligo è espresso dal comma III: «*il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dell’assolvimento dell’obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione delle nuove mansioni*».

La genericità del testo lascia presupporre che tale obbligo possa sussistere in qualsiasi ipotesi di mutamento delle mansioni, sia orizzontale che verticale.

A sostegno di questa ipotesi vi è anche il dato testuale «*ove necessario*» il quale sembrerebbe non consentire l’esclusione *a priori* dell’obbligo di formazione per alcune mansioni.

Tuttavia il fatto che la norma sia collocata immediatamente dopo il II comma dell’art. 3 d.lgs. 81/2015 e l’utilizzo del singolare nel definire il mutamento potrebbero far ritenere che tale obbligo sussista solamente nel caso di mansioni inferiori<sup>296</sup>.

Nondimeno il fatto che la nuova disciplina *ex art. 2103 c.c. renda*, di fatto, esigibili un numero molto ampio di mansioni, lascerebbe supporre che tale obbligo formativo sussista, «*ove necessario*», in tutte le ipotesi di mutamento delle mansioni, anche se di pari livello ai sensi del comma I<sup>297</sup>.

Tale obbligo, tuttavia, non sembra essere effettivo per alcune motivazioni.

In primo luogo il testo non sembra individuare le modalità con cui questa formazione debba essere svolta, il che per certi aspetti potrebbe anche

---

<sup>296</sup>Cfr. La relazione del presidente della commissione lavoro del Senato, Maurizio Sacconi, sullo schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni (AG n.158) in *Bollettino ADAPT*, 20 aprile 2015, n. 15.

<sup>297</sup>Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 87.

sembrare vantaggioso nei confronti non solo del datore ma anche per il lavoratore, il quale potrebbe ricevere solamente la formazione necessaria allo svolgimento effettivo delle nuove mansioni (se il legislatore avesse, ad esempio, previsto un obbligo di formazione teorica questa sarebbe potuta anche essere “dannosa” per il lavoratore poiché potrebbe, per ragioni economiche e temporali, escludere o quanto meno limitare quella pratica).

Il termine formazione, infatti, deve considerarsi come improprio in ragione del fatto che «*la formazione non è la stessa cosa né dell’addestramento né dell’aggiornamento professionale*»<sup>298</sup>.

Si rileva, quindi, anche un problema terminologico: parlare di obbligo “formativo” non sembra fornire sufficienti mezzi per esaurire l’argomento.

La “formazione” è solamente uno dei mezzi attraverso i quali è possibile accrescere le competenze del lavoratore; tale mezzo ha lo scopo di «*modificare comportamenti e atteggiamenti del lavoratore per metterlo in grado di assolvere meglio ai propri incarichi o per consentirgli di assolverne nuovi*»<sup>299</sup>.

Pertanto è da considerarsi come un intervento a medio-lungo termine con una concreta possibilità di non raggiungere l’obiettivo, cosa la renderebbe un mezzo inidoneo per essere reso obbligatorio a norma di legge.

Potrebbe essere più idoneo il termine “addestramento”<sup>300</sup>.

Tale termine è generalmente utilizzato per indicare interventi di breve durata che hanno lo scopo di permettere al lavoratore di compiere determinate azioni, con una più ampia possibilità di riuscita.

Inoltre la dicitura «*ove necessario*» può senza dubbio essere intesa in innumerevoli modi diversi, facendo scaturire con molta probabilità un forte contenzioso con conseguenze imprevedibili in quanto il giudice sarebbe

---

<sup>298</sup>Goffredo M.T., Meleca V., *Il mutamento di mansioni: nuove possibilità per il datore di lavoro*, in *Dir. & prat. Lav.*, 2015, n. 32-33, p. 1928.

<sup>299</sup>Goffredo M.T., Meleca V., *Il mutamento di mansioni: nuove possibilità per il datore di lavoro*, cit., p. 1932.

<sup>300</sup>Goffredo M.T., Meleca V., *Il mutamento di mansioni: nuove possibilità per il datore di lavoro*, cit., p. 1932.

reinvestito di potere discrezionale (in questo modo si andrebbe a contraddire lo scopo del legislatore di fornire oggettività e “semplicità” alla materia).

Una possibile soluzione, anche se non prospettata direttamente dalla norma, sarebbe quella di delegare ancora una volta la contrattazione collettiva ad individuare quali siano i mutamenti di qualifica che necessitino di formazione<sup>301</sup>, anche in virtù del fatto che per acquisire le competenze per svolgere una determinata mansione potrebbero essere necessari anni, con un costo eccessivo per il datore di lavoro in termini economici e in termini di fatica per il lavoratore.

Altra problematica che rende complesso l’obbligo in esame è quella in merito all’individuazione del soggetto sul quale grava l’obbligo di formazione.

Tale obbligo, interpretando la norma in maniera razionale, dovrebbe ricadere sul datore di lavoro; tuttavia il fatto che l’assenza della formazione espressamente non comporta la nullità della nuova adibizione lascia presupporre una mancanza di interesse da parte del datore di lavoro a provvedere alla formazione “obbligatoria” del lavoratore qualificato in maniera differente.

A tal proposito autorevole dottrina, prospetta che tale obbligo possa ricadere sul lavoratore, tuttavia si ritiene che *«sarebbe assurdo prevedere che il soggetto inadempiente possa vantare una pretesa la prestazione»*<sup>302</sup>.

Con tali presupposti l’obbligo di formazione non avrebbe ragione di essere considerato tale.

---

<sup>301</sup>Cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 146.

<sup>302</sup>Liso F., *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 rapporti di lavoro*, cit.

In tal senso, per rendere effettivo tale obbligo, ottima dottrina ritiene che sarebbe opportuno ritenere la fattispecie come un onere per il datore di lavoro e un obbligo per il lavoratore in questione<sup>303</sup>.

In questo modo il datore di lavoro sarebbe condizionato all'esercizio del potere dall'assolvimento dell'onere, tuttavia tale impostazione non risulta in concreto condivisibile dal momento che la legge prevede espressamente che la mancata formazione non comporti la nullità dell'atto di assegnazione.

Ciò comporterebbe una carenza di sanzione al mancato adempimento dell'obbligo e pertanto «*un obbligo che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo*»<sup>304</sup>

Tale dottrina si interroga, inoltre, sull'adempimento di una prestazione per la quale il lavoratore non abbia ricevuto adeguata formazione.

Il lavoratore può rifiutarsi di adempiere tale prestazione, nonostante l'adibizione a queste mansioni è espressamente legittima?

La dottrina in esame risponde affermativamente nel caso in cui il lavoratore proponga la prestazione dovuta ponendo il datore di lavoro in un stato di *mora accipiendi*<sup>305</sup>.

In questo caso, infatti, «*non si è al cospetto di un inadempimento di un obbligo; il lavoratore, più semplicemente, si limita a rifiutare l'esecuzione di una prestazione non dovuta, in quanto richiesta in forza di un potere non riconosciuto dall'ordinamento per il mancato assolvimento dell'onere informativo a cui era condizionato*»<sup>306</sup>.

Nel caso in cui il lavoratore non rifiuti la prestazione, si ritiene che l'eventuale inadempimento non solo non possa essere addebitato al

---

<sup>303</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 146; il quale sostiene, in aggiunta, che tale obbligo dovrebbe essere considerato come implicito, senza la necessità che questo sia previsto.

<sup>304</sup>Gargiulo U., *Lo jus variandi nel "nuovo" 2013 c.c.*, cit., p. 10.

<sup>305</sup>Si veda anche Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, il rapporto di lavoro*, Padova, 2015, p. 173.

<sup>306</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 147

lavoratore, ma lo stesso potrebbe avanzare le pretese di risarcimento proprie della fattispecie della sottrazione di mansioni<sup>307</sup>.

L'obbligo alla formazione ricade anche sul lavoratore interessato.

Egli dovrà infatti utilizzare, presumibilmente, tutti i mezzi che gli vengano messi a disposizione per acquisire la professionalità richiesta dal nuovo inquadramento, poiché nel caso in cui il datore di lavoro fornisca correttamente<sup>308</sup> al lavoratore la possibilità di “formarsi” per le nuove mansioni e, nonostante ciò, il lavoratore non risulti idoneo a tali compiti, sarà possibile configurare tale ipotesi come inadempimento del lavoratore<sup>309</sup>, il quale essendo legato nei confronti del datore con un'obbligazione (almeno) di mezzi<sup>310</sup>, sarebbe esposto ad un licenziamento per giusta causa (nel caso in cui non risulti idoneo alla mansione).

Tale obbligo da parte del lavoratore deve essere adempiuto con correttezza, buona fede e ordinaria diligenza ai sensi dell'art. 1218 c.c.

Nel caso in cui il lavoratore non risulti idoneo alle mansioni nonostante la formazione (in precedenza si faceva riferimento all'ipotesi in cui il lavoratore non riceva la formazione per causa a lui imputabile), sarà possibile procedere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per inidoneità professionale sopravvenuta<sup>311</sup>.

Ciò non toglie che tale obbligo rappresenti una forte novità rispetto alla vecchia disciplina *ex art. 13 Stat. Lav.*

La nuova norma, pur necessitando evidentemente di modalità di attuazione, legali ovvero contrattualistiche, è la prima a prevedere la necessità di “formazione continua” durante la vita lavorativa del prestatore di lavoro, all'interno della medesima azienda<sup>312</sup>.

---

<sup>307</sup>cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 147.

<sup>308</sup>A tal proposito si ribadisce come sarebbe opportuno che la contrattazione collettiva individuasse le modalità di formazione per ogni tipo di mansione.

<sup>309</sup>Cfr. Liso F., *Brevi osservazioni*, cit., p. 13.

<sup>310</sup>Cass. 5 agosto 2013 n. 18612, in *Rep. Foro it.*, 2013, *Professioni intellettuali*, n. 171.

<sup>311</sup>Cass. 6 aprile 1999 n. 3314, in *RIDL*, II, p. 843.

<sup>312</sup>Cfr. Brollo M., *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 85.

Discorso differente dovrebbe essere fatto per la modifica dell'oggetto contrattuale di cui al comma VI, in quanto tale disciplina lascia alle parti fortissima autonomia, al contrario dell'adibizione unilaterale dei commi I, II, IV e VII.

In tal caso la formazione si ritiene possa essere considerata come obbligatoria solamente se si evinca dal patto modificativo<sup>313</sup>.

Si potrebbe, pertanto, dire che il legislatore abbia espressamente previsto la mancata nullità dell'adibizione, nonostante la carenza di formazione, in virtù del fatto che se così non fosse il lavoratore potrebbe rendere inefficace lo *jus variandi* del datore di lavoro semplicemente non attendendo i corsi di formazione (o attendendoli in maniera molto superficiale).

## 2.9 Mansioni promiscue.

La trattazione svolta fino ad ora è stata improntata sull'analisi della disciplina delle mansioni principali del lavoratore (le quali costituiscono l'obbligazione principale del contratto).

Il lavoratore, tuttavia, deve ritenersi obbligato a svolgere anche eventuali mansioni secondarie, le quali, ove strettamente collegate alle principali, possono anche essere assegnate al lavoratore in maniera implicita (come nel caso delle mansioni accessorie).

Per mansioni promiscue, altresì dette polivalenti, si intendono *«quell'insieme di compiti lavorativi, dedotti unitariamente e complessivamente nel contratto di lavoro, in sede di pattuizione delle mansioni di assunzione, o anche successivamente, in cui alcuni di essi,*

---

<sup>313</sup>In senso contrario si veda Brollo M., *disciplina delle nazioni*, cit., p. 87, nella quale si sostiene la necessità di rendere obbligatoria la formazione almeno nell'ipotesi di demansionamento finalizzato all'acquisizione di una nuova professionalità.

*considerati isolatamente, si presentano come inferiori ad altri, ossia, in relazione al nuovo testo dell'art. 2013 c.c., appartenenti ad un livello o categoria inferiore»<sup>314</sup>.*

Tali mansioni possono quindi anche inferiori al livello di professionalità del lavoratore (al livello di inquadramento nella nuova stesura dell'art. 2103 c.c.) poiché essendo compiti strumentali e/o complementari non violano i limiti dello *jus variandi*<sup>315</sup>.

Tuttavia è necessario che tali compiti siano accettati dal lavoratore, ovvero questi non possono considerarsi, al contrario di quelli accessori, impliciti.

La dottrina si è interrogata se anche tali mansioni siano o meno soggette alla normale disciplina dello *jus variandi*.

Sia l'art. 13 Stat. Lav. che l'art. 3 d. lgs. 81/2015 individuano le mansioni da confrontare per un giudizio di equivalenza (a prescindere se questo sia formale o sostanziale)<sup>316</sup> nelle ultime mansioni effettivamente svolte.

L'inferiorità delle mansioni sarebbe quindi idonea ad "attivare" il divieto di adibizione a mansioni inferiori.

A tal proposito la dottrina maggioritaria ha tentato di fornire delle giustificazioni all'utilizzo dello *jus variandi* anche per questa ipotesi.

Innanzitutto si è cercato di considerare le «*ultime mansioni effettivamente svolte*» quelle che il lavoratore ha svolto in concreto e non la più tradizionale ultime mansioni a cui il lavoratore sia stato adibito<sup>317</sup>.

In tal senso le mansioni in esame devono considerarsi come compiti assegnati al lavoratore al momento dell'assunzione<sup>318</sup> e, come tali, non

---

<sup>314</sup>Pisani C., *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., p. 58.

<sup>315</sup>Cass. 21 febbraio 2013 n. 4301, in *Giust. Civ.*, 2013, I, p. 2633.

<sup>316</sup>A tal proposito si ricorda come il "nuovo" 2103 c.c. possa regolamentare solamente i fatti accaduti dopo la sua entrata in vigore.

<sup>317</sup>Persiani M., *Prime osservazioni*, in *Dir. Lav.*, 1968, n. 3-4, p. 3.

<sup>318</sup>Pisani C., *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, p. 156.

assoggettabili ad alcun giudizio di equivalenza, anche se le stesse siano collocate in un livello inferiore dalla contrattazione collettiva<sup>319</sup>.

Si è sostenuto anche che se il legislatore avesse avuto intenzione di non consentire questa ipotesi lo avrebbe espressamente vietato<sup>320</sup> e che l'adibizione a mansioni promiscue rientra nel potere direttivo del creditore essendo solo una specificazione interna all'oggetto della prestazione<sup>321</sup>.

La legittimità della disciplina è stata ricercata, dalla giurisprudenza maggioritaria, nel fatto che le tutele della professionalità di cui all'art. 13 Stat. Lav. sono improntate a tutelare l'inquadramento dato dalle mansioni "primarie e caratterizzanti", ovvero da quelle proprie della figura professionale<sup>322</sup>.

Nel 2006 la situazione ha subito un'importante modifica a causa della sentenza n. 25033 della Corte di cassazione, a Sezioni Unite<sup>323</sup>.

Tale sentenza ha introdotto la necessità di "giustificare" l'adibizione a mansioni promiscue (le quali devono anche avere il requisito della temporaneità) con delle esigenze di carattere aziendale e che le mansioni siano riconducibili alla medesima qualifica già posseduta dal lavoratore.

Tale limite, per altro fortemente creativo non essendo contenuta nell'articolo di riferimento alcuna norma simile<sup>324</sup>, eliminerebbe, di fatto, la possibilità di assegnare mansioni promiscue poiché esse sono caratterizzate dal loro riconducibilità a livelli di inquadramento inferiori rispetto a quello del lavoratore in questione<sup>325</sup>.

La nuova regolamentazione dell'istituto, ad opera dell'art. 3 d.lgs. 81/2015, eliminando il concetto di eguaglianza sostanziale a favore di quella formale, potrebbe aver risolto il problema in quanto sarebbe sufficiente

---

<sup>319</sup>Cass. 18 settembre 2004 n. 18837, in *Foro it. Rep.*, 2004, *Lavoro (Rapporto)*.

<sup>320</sup>Pera G., *Diritto del lavoro*, Padova, 2003, p. 507.

<sup>321</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 108.

<sup>322</sup>Cass. 8 luglio 1992 n. 8330, in *Dir. Prat. Lav.*, 1992, n. 40, p. 2741.

<sup>323</sup>Cass., S.U., 24 novembre 2006 n. 25033, in *Mass. Giur. Lav.*, 2007, p. 17.

<sup>324</sup>Art. 13 dello Statuto dei lavoratori.

<sup>325</sup>Cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 64.

fornire prevedere le mansioni “promiscue” nel medesimo livello di quelle “principali” per far sì che l’adibizione risulti legittima, analogamente a quanto avviene nel pubblico impiego<sup>326</sup>.

## **2.10 La disciplina delle mansioni nella legge delega 10 dicembre 2014 n. 183.**

Dopo aver analizzato le varie stesure dell’art. 2103 c.c. sembra opportuno analizzare anche la legge 10 dicembre 2014 n. 183 (nella parte attinente a questa trattazione).

Nella legge di delega presentata al parlamento per autorizzare il governo ad attuare la riforma di molti istituti che regolamentano la disciplina del lavoro la delega per quanto riguarda la disciplina del lavoro è contenuta all’interno dell’art. 1 comma VII lett. e).

Tale articolo delega il governo a riformare la disciplina in modo tale da attuare una *«revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l’interesse dell’impresa all’utile impiego del personale con l’interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell’inquadramento ; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera»*.

---

<sup>326</sup>Cass. 11 maggio 2010 n. 11405, in *Foro it.*, 2010, I, p. 2371.

In primo luogo appare evidente come questa previsione risulti essere molto generica, ponendo non poche difficoltà rispetto ai limiti della stessa<sup>327</sup> con i conseguenti dubbi sulla legittimità costituzionale sollevati dalla dottrina<sup>328</sup>.

Sembra essere, invece, molto chiara la volontà del legislatore di consentire, almeno in casi eccezionali, la dequalificazione del lavoratore e di prevedere la possibilità di stipulare dei patti contrari.

Tale previsione non può considerarsi altamente novativa, almeno dal punto di vista “pratico”, in quanto la giurisprudenza, come visto sopra, ha ammesso la possibilità di stipulare dei “patti di demansionamento” quando l’alternativa alla dequalifica fosse esclusivamente quella del licenziamento.

Per giustificato motivo oggettivo (in virtù del fatto che il licenziamento deve essere considerato come *extrema ratio*), era già possibile che un patto di demansionamento potesse già essere ritenuto valido quando fossero presenti delle cause che giustificassero il licenziamento.

Con la conseguenza che un’azione giudiziaria relativa a tale atto deve basarsi sulla legittimità dell’alternativo licenziamento piuttosto che sul patto in se<sup>329</sup>.

La vera novità proposta nella delega è senza dubbio l’ipotesi di fornire il datore di lavoro di uno *jus variandi* che superi il confine dell’equivalenza; la delega prevede, infatti, che in caso di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale il lavoratore può essere adibito mansioni inferiori.

In questo caso si registra un’importante differenza tra la delega e l’attuazione: la delega individua delle ipotesi molto specifiche entro le quali il datore possa utilizzare un potere di modifica unilaterale più ampio, l’attuazione invece consente fornisce solamente delle indicazioni generiche

---

<sup>327</sup>Gargiulo U., *La revisione della disciplina delle mansioni nel jobs act*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, 3/2014, 2014, p. 99.

<sup>328</sup>Vd. ....

<sup>329</sup>Cfr. Zoli C., *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014, p. 709.

e, talvolta, meramente arbitrarie (considerando la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost.).

La delega prevedeva, inoltre, l'introduzione di elementi di carattere oggettivo per "certificare" la situazione eccezionale che consenta l'ampliamento dello *jus variandi*, elementi che già nelle prime analisi della delega sono stati ritenuti di difficilissima individuazione<sup>330</sup>; la stesura definitiva (come analizzato sopra) non prevede, invece, alcun meccanismo probatorio oggettivo se non l'esistenza di un'esigenza aziendale (con conseguente dubbio circa il rispetto del parametro dell'oggettività).

#### *2.10.1 I dubbi in merito alla legittimità costituzionale del nuovo art. 2103 c.c.*

Avendo analizzato la legge delega emanata per la revisione dell'art. 2103 c.c. si nota come il legislatore delegato abbia atteso solo parzialmente le disposizioni contenute nella l. 183/2014, lasciando alcuni dubbi sulla legittimità costituzionale della riforma.

Preliminarmente è opportuno chiarire come un procedimento di delega legislativa al governo lascia sempre a quest'ultimo una certa discrezionalità su come applicare tale delega poiché non è possibile creare una nozione estremamente stringente di criteri direttivi<sup>331</sup>.

Pertanto è estremamente complesso stabilire *a priori* la sussistenza di un eccesso di delega<sup>332</sup>.

Il primo interrogativo è di carattere generale: la norma delegante non sembra prevedere un ampliamento delle mansioni che sarebbero esigibili dal datore di lavoro.

---

<sup>330</sup>Gargiulo U., *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs act*, cit., p. 105, nel quale si ritiene «eccessiva» la fiducia concessa al governo nel prevedere come limitare la fattispecie.

<sup>331</sup>Corte Cost. sent. 340/2007, in giurcost.org.

<sup>332</sup>Amendola F., *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 291/2016.

Infatti la norma contenuta nella legge delega sembra quasi preoccuparsi di recepire gli orientamenti giurisprudenziali e le norme “esterne” all’art. 2103 c.c. (come la l. 223/1991 la quale consente il demansionamento nei casi di licenziamento collettivo) in modo tale da creare una norma unitaria sulla materia.

Anche nella legge delega si intravede la possibilità di un aumento dello *jus variandi* per il datore di lavoro, ma sempre a condizione di alcuni elementi straordinari, i quali dovrebbero essere accertati mediante parametri oggettivi.

Il comma I invece prevede un mutamento oggettivo delle mansioni esigibili dal datore di lavoro, il quale può adibire il lavoratore a mansioni che siano inquadrare nello stesso livello dalla contrattazione collettiva, senza che vi sia alcuna possibilità di replica da parte del lavoratore né dal giudice in quanto la nuova norma, al contrario della precedente, prevede dei parametri oggettivi di tipo unicamente contrattuale.

Inoltre tali mutamenti non richiedono alcuna condizione, configurandosi come *jus variandi*, pertanto è possibile che il datore possa abusare della disciplina.

Tuttavia, come già detto in precedenza, il primo comma della norma mira solamente ad essere una specificazione del concetto di equivalenza dell’art. 13 Stat. Lav. quasi come fosse un’interpretazione autentica, atta a dare certezza in merito all’applicazione della norma.

Il concetto di “equivalenza sostanziale” utilizzato prima della riforma del Governo Renzi è, infatti, solo di derivazione giurisprudenziale e, come tale non può avere forza di legge (nonostante il fortissimo potere persuasivo di un orientamento consolidato della corte di legittimità nei confronti dei giudici “minori”)<sup>333</sup>.

---

<sup>333</sup>Vedi quanto detto in merito al concetto di equivalenza dell’art. 13 Stat. Lav.

Per perseguire la finalità, di tutto il *jobs act*, di fornire elementi oggettivi all'impresa e ai lavoratori il legislatore ha dunque preferito affidarsi alla contrattazione collettiva (la quale è facilmente consultabile dalle parti<sup>334</sup>) piuttosto che al giudizio della magistratura<sup>335</sup>.

Per quanto riguarda la disciplina del comma II sono presenti dubbi più concreti in merito alla legittimità costituzionale dello stesso.

Analizzando la norma definitiva è impossibile non notare come il legislatore delegato abbia fornito al datore di lavoro ulteriori possibilità di demansionamento unilaterale.

Come sopra evidenziato, il legislatore delegante, essendo consapevole della “mortificazione professionale” del lavoratore, ha previsto la possibilità di esercitare il potere di demansionamento unilaterale solo nei casi in cui lo stesso si ponga come alternativa al licenziamento, rafforzando tale garanzia richiedendo che le condizioni per il demansionamento risultino da parametri oggettivi.

In tal caso la legge di delega è stata, almeno dal punto di vista formale, superata; tuttavia la lettura nell'insieme di tutta la norma ha generato pareri contrastanti in dottrina in merito alla legittimità costituzionale del II comma.

Una corrente<sup>336</sup> ha sostenuto come la disciplina vada letta in virtù dello scopo che la delega vuole attuare e non con un confronto estremamente letterale tra stesura definitiva e delega.

Secondo questa dottrina il legislatore delegato ha riformato la disciplina fornendo una «*semplificazione della gestione aziendale mediante una maggiore certezza ex ante delle decisioni assunte dal datore di lavoro in ordine al mutamento orizzontale delle mansioni, e quindi in relazione alla flessibilità endoaziendale*».

---

<sup>334</sup>Si noti, inoltre, come tale ipotesi sia nettamente più economica rispetto ad un parere giurisprudenziale.

<sup>335</sup>Cfr. Liso F., *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 rapporti di lavoro*, cit., p. 7.

<sup>336</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., pp. 54 ss.

Inoltre l'obbligo formativo sarebbe idoneo a evitare abusi da parte del datore di lavoro<sup>337</sup>.

Altre correnti sono di vedute sostanzialmente diverse.

Una di queste<sup>338</sup> fa riferimento al fatto che le norme di diritto del lavoro devono comunque anche avere lo scopo di tutelare la dignità umana del lavoratore, nel rispetto degli artt. 3, 35 e 37 Cost. e della l. 881/1977<sup>339</sup> (e ulteriori norme), le quali norme, assieme al controllo in merito alla "compatibilità professionale" da parte della giurisprudenza, dovrebbero garantire un principio di parità di trattamento<sup>340</sup>.

La stessa dottrina sostiene che proprio il controllo "soggettivo" del giudice abbia fatto dichiarare infondate delle questioni in merito alla legittimità del "vecchio" art. 2103 c.c. il quale avrebbe consentito all'imprenditore di collocare i lavoratori in livelli di inquadramento differente nonostante svolgessero le medesime mansioni (Corte Cost. 22 febbraio 1989 n. 103), pertanto la "nuova autonomia" del datore di lavoro non può essere tollerata.

La mancanza della traslitterazione della nuova norma delle ipotesi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale è stata ritenuta già di per sé idonea a escludere l'ipotesi di non manifesta infondatezza, considerata la disciplina più liberale della norma definitiva.

Infatti, secondo questa autorevole dottrina «*le norme delegate non appaiono né coerente sviluppo, né completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante*» pertanto la Corte Costituzionale per "salvare la norma" dovrebbe tenere un atteggiamento «*non di generosità... ma di chiusura degli occhi*»<sup>341</sup>

---

<sup>337</sup>Tuttavia per rendere effettiva tale ipotesi si ritiene necessario esplicitare le modalità con cui questo obbligo debba essere reso effettivo.

<sup>338</sup>Napoli A., *Jobs act, mutamento di mansioni: profili di incostituzionalità?*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it)

<sup>339</sup>Ratifica del Patto Internazionale di New York 1966.

<sup>340</sup>Tuttavia, come visto nel Cap. I, sarebbe più corretto parlare di principio di non discriminazione, in quanto non è presente nell'ordinamento un vero principio di parità di trattamento.

<sup>341</sup>de Angelis L., *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 263/2015, p. 5.

Tale ipotesi ha dei punti di contatto anche con altre dottrina<sup>342</sup>, secondo cui il fatto che il lavoratore possa essere adibito unilateralmente a mansioni che, pur essendo inquadrare nel medesimo livello dalla contrattazione collettiva, siano professionalmente differenti; in quanto la «*professionalità del dipendente è protetta dalle norme costituzionali che si riferiscono alla “dignità” del lavoratore (art. 2, 3, 35 e 41 Cost.)*».

L'obbligo formativo non potrebbe sanare questo presunto vizio per due ordini di ragioni: innanzitutto perché non è possibile che il lavoratore dopo anni sia costretto a acquisire una nuova professionalità, in quanto «*il tipo di lavoro alla fine si incorpora nella carne e nel sangue del lavoratore*», in secondo luogo (come visto sopra) il mancato adempimento dell'obbligo formativo non comporta la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Lo stesso autore riconosce, tuttavia, che tali eccezioni di incostituzionalità sono dovute al fatto che si sta utilizzando una contrattazione collettiva antecedente alla riforma della norma e che quindi una riforma della contrattazione che preveda dei livelli più stringenti sarebbe idonea a “salvare” la norma come riformata, comportando però un sostanziale ritorno alla vecchia nozione di equivalenza sostanziale.

Per quanto riguarda le ipotesi di demansionamento unilaterale l'autore fa una distinzione tra il comma II e il IV.

Nel II il fatto che il datore di lavoro deve dare prova scritta del mutamento aziendale che lo ha indotto ad adibire il lavoratore a mansioni di un solo livello inferiori<sup>343</sup> renderebbe costituzionalmente lecita la riforma.

Nell'ipotesi di cui al IV comma la situazione cambia radicalmente; la norma in questo caso non specifica alcuna necessità di fornire giustificazioni

---

<sup>342</sup>Vallebona A., *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *Mass. Giur. Lav.*, n. 1-2, 2016.

<sup>343</sup>Anche il fatto che il mutamento possa riguardare solo un livello sarebbe un fattore che contribuisce alla legittimità dell'articolo.

in merito alle ragioni che abbiano portato ad un demansionamento per il lavoratore.

La norma non può dunque essere considerata costituzionalmente legittima in quanto non è possibile affidare la regola della giustificazione alla contrattazione collettiva.

Tuttavia si rileva come tutta la disciplina delle mansioni sia in qualche modo derogata alla contrattazione collettiva.

È infatti questo il mezzo a cui il legislatore fa affidamento per decidere quali sono i livelli delle mansioni<sup>344</sup>, in virtù del fatto che solo la contrattazione collettiva (specie di prossimità) possa regolamentare in maniera “precisa” il rapporto di lavoro nella singola azienda; pertanto non si veda alcuna motivazione che osterebbe alla possibilità dei contratti collettivi di prevedere ulteriori ipotesi di demansionamento, specie se il legislatore abbia individuato all’art. 52 d. lgs. 81/2015 dei requisiti per la contrattazione collettiva per esercitare tale potere.

Infine la possibilità di prevedere demansionamenti per la contrattazione collettiva non è certo una novità.

In conclusione la norma, nonostante qualche “aggiunta creativa” da parte del legislatore delegato, sembra essere costituzionalmente legittima in quanto ha comunque delle possibili garanzie contro gli abusi.

## **2.11 Ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni “differenti”.**

La trattazione svolta sino ad ora si è occupata delle ipotesi in cui il mutamento di mansioni avvenga ai sensi dell’art. 2103 c.c. (in ogni stesura dell’articolo), a prescindere dal fatto che tale mutamento sia avvenuto per volontà del datore di lavoro ovvero di comune accordo.

---

<sup>344</sup>Si ricorda a tal proposito anche il fortissimo potere derogatorio in capo alla contrattazione collettiva ai sensi dell’art. 2095 c.c.

Come anticipato prima il legislatore nel corso del tempo ha individuato ulteriori ipotesi nelle quali l'adibizione a mansioni inferiori possa essere considerata come legittima.

In primo luogo si ricorda l'ipotesi contenuta nell'art. 4 l. 223/1991, che prevede che nel caso di licenziamento collettivo possano essere stipulati accordi sindacali allo scopo di riassorbire l'esubero mediante modifiche delle mansioni, anche in deroga all'art. 2013 c.c.

Tale ipotesi deve ritenersi assorbita dai commi I, II, IV e VI, le quali possono "coprire" tutte le fattispecie nelle quali è presente una crisi aziendale.

Altra ipotesi di demansionamento esterna all'art. 2103 c.c. è rappresentata dall'eccezione contenuta all'interno dell'art. 4 comma IV l. 68/1999.

Tale norma aveva come scopo quello di tutelare il lavoratore che fosse divenuto disabile in costanza del rapporto di lavoro.

Secondo il testo di legge egli, infatti, può essere adibito, qualora non sia possibile l'adibizione a mansioni equivalenti, a mansioni inferiori<sup>345</sup> pur mantenendo la retribuzione di provenienza.

Tale retribuzione, in accordo a quanto disposto al comma III art. 3 d. lgs. 81/2015, deve essere quella ordinaria (o tabellare), escludendo quindi quella riferita a particolari modalità di svolgimento della prestazione<sup>346</sup>.

Il d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 all'art. 7 comma IV e VI prevede a sostegno della madre incinta, sino al compimento del VII mese del bambino che *«la lavoratrice è, altresì, spostata ad altre mansioni nei casi in cui i servizi ispettivi del Ministero del Lavoro, d'ufficio o su istanza della lavoratrice, accertino che le condizioni di lavoro o ambientali sono pregiudizievoli alla salute della donna. La lavoratrice adibita a mansioni*

---

<sup>345</sup>La norma non fa riferimento ai livelli di inquadramento citati nel nuovo 2013 c.c., pertanto si deve ritenere che il concetto di "inferiore" sia quello utilizzato in vigenza dell'art. 2013 c.c.

<sup>346</sup>Cfr. Goffredo M.T., Meleca V., *Il mutamento di mansioni: nuove possibilità per il datore di lavoro*, cit., p. 1931.

*inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, non che la qualifica originale».*

Tale norma, intitolata “Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità”, ha senza dubbio lo scopo di tutelare, oltre che la salute della donna in stato di gravidanza, anche la posizione lavorativa della lavoratrice; se non vi fosse la possibilità di adibire la stessa a mansioni, seppur inferiori, compatibili con la situazione, da una parte il datore di lavoro non avrebbe altra possibilità oltre a quella di tenere la lavoratrice in azienda, senza che questa possa svolgere il proprio lavoro, dall’altra la lavoratrice sarebbe costretta a rassegnare le proprie dimissioni per evitare il rischio di recare danno al bambino a causa dell’eccessivo sforzo fisico derivante dai propri compiti in azienda e/o da condizioni ambientali pregiudizievoli<sup>347</sup>.

Come esplicitato nella norma, la lavoratrice ha il diritto di mantenere la retribuzione e la qualifica (per la quale non è chiaro se si faccia riferimento alla qualifica legale ovvero contrattuale<sup>348</sup> inerente alle mansioni precedentemente svolte (sempre con i nuovi criteri dell’art. 3 d.lgs. 81/2015), in modo tale non rendere svantaggiosa tale adibizione temporanea.

Affinché possa avvenire tale mutamento delle mansioni è necessario che la pregiudizialità nei confronti della salute della donna e del bambino delle mansioni è necessario un accertamento da parte del Ministero del lavoro, il quale può intervenire d’ufficio ovvero su istanza della lavoratrice.

Ultima causa di demansionamento “forzato” è l’inidoneità alla mansione specifica *ex art 42 comma I d.lgs. 81/2008*<sup>349</sup>.

---

<sup>347</sup>Cfr. Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, il rapporto di lavoro*, Padova, 2015, p.168.

<sup>348</sup>Goffredo M.T., Meleca V., *Il mutamento di mansioni: nuove possibilità per il datore di lavoro*, cit., p. 1931.

<sup>349</sup> *Il datore di lavoro, anche in considerazione di quanto disposto dalla legge 12 marzo 1999, n. 68, in relazione ai giudizi di quell’art. 41, comma VI, attua le misure indicate al medico competente e qualora le stesse prevedono un’inidoneità alla mansione specifica attribuisce il lavoratore, ove possibile, a mansioni equivalenti o, in difetto, a mansioni inferiori garantendo il trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza.*

In questo caso, quando il medico competente riconosca un'inedoneità del lavoratore ad una mansione specifica, il datore di lavoro dovrà adibire il lavoratore a mansioni differenti.

La norma stabilisce che tali mansioni debbano essere equivalenti; solo nel caso non sia possibile adibire il lavoratore a tali mansioni lo stesso potrà essere adibito a mansioni inferiori, con il diritto di mantenere la retribuzione di provenienza (ma non è esplicitato il fatto che lo stesso abbia il diritto di mantenere il livello di inquadramento di provenienza).

Il d.lgs. 81/2015, contiene unicamente una riforma dell'art. 2103 c.c.<sup>350</sup>, pertanto le norme sovra esaminate devono ritenersi tuttora vigenti.

È tuttavia possibile, anzi auspicabile, che gli effetti di tali norme vengano raggiunti mediante la stipula dei patti di cui al comma VI (o in alcuni casi anche dal comma IV), i quali sarebbero idonei a fornire delle regolamentazioni *ad hoc* (fornendo, ad esempio delle modalità di formazione per il lavoratore disabile affinché possa passare da mansioni “fisiche” a mansioni di “scrivania”)<sup>351</sup>.

Sicuramente tali patti potrebbero eliminare le tutele particolari previste dal legislatore (mantenimento della retribuzione e del livello di inquadramento) in virtù della situazione particolare in cui si trova il lavoratore; tuttavia la possibilità di assistenza e l'obbligo di stipulare tali patti in sedi protette *ex art. 2113 c.c.* dovrebbero essere mezzi idonei affinché il lavoratore non stipuli patti che non siano troppo sconvenienti per lui, a maggior ragione se esistono norme legislative che garantiscano tutele maggiori.

---

<sup>350</sup>Forse dovuto al fatto che l'art. 2103 c.c. si occupa di mutamenti delle mansioni “volontari”.

<sup>351</sup>Sembra difficile che si possa configurare un obbligo di formazione analogo a quello del comma IV in questi casi, in quanto sarebbe un onere ingiustificato per il datore di lavoro, il quale non ha esercitato in tal caso alcuno *jus variandi*.

### 2.11.1 La disciplina del pubblico impiego.

Il lavoro pubblico deve adeguarsi a differenti norme rispetto al lavoro privato.

Ad esempio i lavoratori vengono (per la maggior parte) selezionati tramite concorsi pubblici e non mediante le forme di selezione applicate dalle aziende.

Proprio il fatto di essere selezionati tramite un concorso pubblico fa sì che il lavoratore non possa essere assegnato a mansioni di livello differente (superiore o inferiore); nel caso in cui il lavoratore venga assegnato (illegittimamente) a mansioni superiori, egli avrà diritto solamente a un risarcimento economico e non alla promozione automatica<sup>352</sup>.

La promozione automatica sarebbe, invece, una violazione dell'art. 97 c. III Cost.<sup>353</sup> in quanto sarebbe un "aggirare" i concorsi.

La regolamentazione della disciplina delle mansioni per il lavoro pubblico non è affidata all'art. 2103 c.c. ma all'art. 52 d. lgs. 165/2001.

Per certi versi la disciplina per il lavoro pubblico era in netto anticipo rispetto a quella del lavoro privato.

L'art. 52 recita: *«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 quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35 comma I lett. 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»*.

Come si vede, il comma I prevede la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti; tuttavia il concetto di equivalenza è espressamente

---

<sup>352</sup>Tra le tante Cass. 26 marzo 2010 n. 7342, in *Lav. P.A.*, 2010, p. 418.

<sup>353</sup>Cass. 22 gennaio 2008 n. 1346, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, p. 894.

affidato alla contrattazione collettiva<sup>354</sup>, il che rende la disciplina molto simile a quella introdotta dalla riforma Renzi.

Sono concessi degli aumenti salariali, quindi delle progressioni economiche, legati all'anzianità di servizio, tuttavia la disciplina differisce rispetto a quella adottata dalla contrattazione collettiva del lavoro privato poiché non si basa su mera anzianità di servizio, bensì attraverso una valutazione positiva conseguita dal dipendente per un periodo di tempo di almeno tre anni (art. 52 c. I *bis*).

Questo divieto di promozione automatica non si configura nel caso in cui un concorso pubblico preveda di riservare una quota di assunzioni a personale già impiegato negli uffici della pubblica amministrazione, nel limite massimo del 50% (art. 51 c. I *ter*).

Sono stati comunque previsti dei casi in cui sia possibile adibire legittimamente il lavoratore a mansioni superiori, anche se temporaneamente e solamente per obiettive esigenze di servizio.

Tali ipotesi sono previste dal comma II dell'art. 52 e sono tassativamente due: vacanza di posti in organico, per un periodo non superiore ai sei mesi (prorogabile sino a dodici quando siano state avviate delle procedure di copertura dei posti vacanti)<sup>355</sup> e sostituzione di un altro lavoratore avente diritto alla conservazione del posto, per tutto il periodo di assenza (ad esclusione del periodo di ferie).

Al pari del lavoratore privato anche il dipendente delle pubbliche amministrazioni ha diritto a percepire la retribuzione inerente alle mansioni superiori da lui svolte (purché siano svolte in modo prevalente sia sotto il profilo quantitativo che qualitativo)<sup>356</sup>.

Nel caso in cui il lavoratore venga adibito a mansioni superiori al di fuori delle ipotesi analizzate, o venga superato il periodo in cui tale ipotesi è

---

<sup>354</sup>Cass. S.U. 4 aprile 2008 n. 8740, in *Foro It.*, 2009, I, p. 2534.

<sup>355</sup>Le procedure selettive per garantire la copertura dei posti vacanti devono comunque essere avviate in un termine di 90 giorni dall'adibizione del dipendente (art. 52 c. IV).

<sup>356</sup>Cass. 23 febbraio 2010 n. 4382, in *Lav. P.A.*, 2010, p. 156.

concessa, il lavoratore ha comunque diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni superiori per tutto il periodo di svolgimento, in applicazione dell'art. 36 Cost.<sup>357</sup>, ma il dirigente che ne abbia disposto l'adibizione ne risponde personalmente, se la violazione di tali norme è avvenuta per dolo o colpa grave (art. 52 c. V d. lgs. 165/2001).

Si rilevano tuttavia delle "violazioni" di tale principio con l'emanazione di alcune leggi che consentivano di attribuire in maniera definitiva un determinato inquadramento a dei lavoratori<sup>358</sup>, a condizione che un procedimento amministrativo accertasse la sussistenza di un interesse pubblico e l'idoneità del lavoratore a quella tipologia di mansioni, e ovviamente escludendo la retroattività di questo procedimento<sup>359</sup>.

Si è già visto come nel pubblico impiego il giudice debba utilizzare un concetto di equivalenza simile a quello proposta dal *jobs act*, senza quindi rilevare l'effettiva professionalità del lavoratore<sup>360</sup>.

L'art. 52 non disciplina espressamente l'adibizione a mansioni inferiori.

Tale ipotesi deve comunque considerarsi come vietata, sicché l'adibizione a mansioni inferiori comporta l'obbligo di corrispondere la retribuzione più elevata, il risarcimento del danno e la reintegrazione allo svolgimento delle pregresse mansioni<sup>361</sup>, o ad altre equivalenti.

Le tipologie di danno per questa ipotesi sono le stesse del lavoro privato<sup>362</sup>.

Sono tuttavia presenti delle ipotesi derogatorie in cui il lavoratore possa essere adibito a mansioni inferiori; temporaneamente ovvero definitivamente.

---

<sup>357</sup>Cass. S.U. 11 dicembre 2007 n. 25837, in *Lav. P. A.*, 2008, p. 92.

<sup>358</sup>Es. l. 236/1995 per il personale non docente delle università.

<sup>359</sup>Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, il rapporto di lavoro*, cit., p. 189, si noti come se così non fosse la norma sarebbe certamente lesiva dell'art. 97 Cost.

<sup>360</sup>Cass. 11 maggio 2010 n. 11405, in *RIDL*, 2011, II, p. 149.

<sup>361</sup>Cass. 12 gennaio 2006 n. 425, in *Guida al lav.*, 2006, n. 9, p. 42.

<sup>362</sup>Si tratterà di questo argomento nel corso del terzo capitolo.

Per quanto riguarda l'adibizione temporanea, il legislatore prospetta delle ipotesi simili a quelle utilizzate per l'impiego privato per la tutela delle condizioni di salute del lavoratore.

Tali situazioni sono l'inabilità dovuta a malattia o a infortunio, durante il rapporto di lavoro (art. 4 l. 68/1999), la lavoratrice in stato di gravidanza (art. 3 l. 1204/1971) e i lavoratori a rischio per l'esposizione a agenti chimici, fisici e biologici (art. 8 d.lgs. 277/1991).

Negli ultimi due casi il lavoratore ha diritto a mantenere la qualifica e la retribuzione precedente<sup>363</sup>.

L'adibizione definitiva può essere effettuata ai sensi dell'art. 33 d. lgs. 165/2001 (il quale richiama espressamente la procedura dell'art. 4 l. 223/1991) il quale stabilisce che *«nel corso delle procedure di mobilità attivate in ipotesi di riduzione di personale, gli accordi sindacali che prevedono di assorbimento totale parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti possono stabilire anche in deroga all'articolo 2103, comma I c.c. la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte»*.

Tale norma è senza dubbio una trasposizione della disciplina in atto per il lavoro privato, analizzata in precedenza, la quale ha come scopo quello di cercare di “salvare” il posto di lavoro ai dipendenti delle aziende in crisi.

---

<sup>363</sup>Galantino L., *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2014, p. 114.

## Capitolo III

### Gli ulteriori utilizzi dell'art. 2103 c.c. nella giurisprudenza.

#### **Introduzione.**

La trattazione, sino ad ora, si è occupata di analizzare i possibili mutamenti delle mansioni avvenuti per volontà delle parti o a causa di alcune situazioni specifiche previste dalla legge.

L'art. 2103 c.c., tuttavia, a prescindere dalla stesura, è stato utilizzato con ulteriori finalità rispetto alla sola regolamentazione circa l'adibizione a mansioni differenti (specificando a quali mansioni il lavoratore possa essere adibito e a quali l'adibizione debba essere considerata vietata) prevedendo, ad esempio, che il lavoratore non debba subire pregiudizi economici dal mutamento.

Proprio questa disposizione è stata interpretata dalla giurisprudenza come un più generale principio di irriducibilità della retribuzione, il quale sembra che si estenda anche al di là del caso di adibizione a mansioni differenti.

La magistratura ha ulteriormente ampliato il campo d'azione della norma, affrontando anche il caso in cui l'adibizione a mansioni inferiori comporti dei danni non patrimoniali per il lavoratore illegittimamente dequalificato.

Nell'ultimo capitolo, pertanto, dopo aver analizzato gli approdi giurisprudenziali relativi allo *ius variandi*, si intende esaminare, seppur brevemente, anche le conseguenze dell'eventuale abuso di tale diritto datoriale.

### 3.1. Il diritto all'inquadramento e alla qualifica.

Per quanto visto nei capitoli precedenti, il lavoratore, salvo il caso di attribuzione di una qualifica convenzionale, ha diritto ad essere inquadrato nel livello corrispondente alle mansioni da lui effettivamente svolte.

È quindi necessario, quando vi siano dei dubbi in merito alla posizione che il lavoratore debba occupare in azienda, che *«nel procedimento logico giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato, il giudice di merito deve passare attraverso tre fasi logiche tra loro interdipendenti: egli deve dapprima procedere, in base all'interpretazione del contratto collettivo applicabile, alla individuazione delle categorie, qualifiche e gradi previsti e delle corrispondenti nomenclature, tenendo conto degli elementi tipici che valgono apporre criteri discriminatori nell'ambito della struttura organizzativa dell'impresa; deve poi accertare il concreto contenuto dell'attività lavorativa svolta in esito a tutti gli elementi di prova; infine, deve porre in rapporto i testi della normativa contrattuale, secondo l'interpretazione datane, con il risultato dell'indagine relativa all'attività effettivamente espletata, al fine di ricondurre le mansioni di fatto nell'ambito della categoria, qualifica e grado, tipizzati dal contratto collettivo, secondo il principio della corrispondenza tra qualifica e mansioni generalmente posto dall'art. 2103 c.c.»*<sup>364</sup>, inoltre *«nel caso in cui la fonte regolatrice e classificatrice delle mansioni e delle qualifiche presenti delle lacune, sì da non evidenziare, alla lettera, la qualifica cui alcune mansioni debbano essere ricondotte, spetta al giudice provvedere a tale inquadramento, innanzitutto accertando il livello professionale delle mansioni da inquadrare, poi ricostruendo la volontà*

---

<sup>364</sup>Cass. 24 aprile 1985 n. 2705, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 728.

*contrattuale in ordine alla disciplina della materia ed adoperando, infine, ove necessario, lo strumento dell'analogia»<sup>365</sup>.*

In queste pronunce giurisprudenziali si evince come il giudice per verificare l'esattezza dell'inquadramento debba utilizzare in primo luogo la contrattazione collettiva, e solo successivamente, quando non sia riuscito a individuare una posizione che possa ricomprendere le mansioni svolte dal lavoratore possa ricondurre la qualifica a quella più affine ai compiti svolti dal lavoratore, tramite l'utilizzo dello strumento dell'analogia.

Il lavoratore non potrà, tuttavia, richiedere l'inquadramento più elevato asserendo a comparazioni con altri lavoratori che pur svolgendo mansioni analoghe siano inquadrati in livelli superiori<sup>366</sup>.

L'onere di assegnare una qualifica al lavoratore ricade senza dubbio sul datore di lavoro.

Per l'assegnazione egli dovrà seguire lo stesso *iter* prospettato in precedenza per il giudice di merito<sup>367</sup>, con la differenza che in questo caso il datore sta comunque esercitando un potere di gestione unilaterale nella propria impresa (mentre il giudice deve comunque mantenere una posizione di terzietà).

Gli artt. 2095 e 2103 c.c., tuttavia, non esprimono una definizione precisa del concetto di inquadramento e cosa sia l'acquisizione di una categoria, tali concetti potrebbero essere ricercati in disposizioni a loro "ancillari"<sup>368</sup>.

In primo luogo l'art. 96 delle disposizioni di attuazione definisce l'obbligo per l'imprenditore di far conoscere al lavoratore il proprio livello di inquadramento, il quale deve essergli assegnato in relazione alle mansioni svolte.

---

<sup>365</sup>Cass. 4 febbraio 1985 n. 731, in *Foro it. Rep.*, 1985, voce *Lavoro (rapporto)*, p. 755.

<sup>366</sup>Si veda cap. 2.7.

<sup>367</sup>Cfr. Cass. 15 maggio 1989 n. 2328, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it)

<sup>368</sup>Ichino P., *Il contratto di lavoro*, cit., p. 654.

Un'indicazione analoga è poi contenuta nell'art. 3 della legge 10 gennaio 1935 n.112, nella quale si fa riferimento al fatto che l'indicazione della qualifica deve essere inserita anche all'interno del "libretto di lavoro"<sup>369</sup>, e nell'art. 1 della legge 5 gennaio 1953 n. 4, dalla quale si può ricondurre un obbligo di indicare nel prospetto paga l'inquadramento del lavoratore<sup>370</sup>.

Ovviamente tale obbligo non ha lo scopo solamente di far conoscere al lavoratore il proprio livello di inquadramento<sup>371</sup> ma soprattutto quello di rendere conoscibile l'attribuzione di questo livello ai vari ispettori del lavoro o a quelli previdenziali (naturalmente ciò avrà anche valore probatorio in un eventuale contenzioso in materia di demansionamento).

Può obiettarsi, tuttavia, che il contratto di lavoro rimane un normale contratto civilistico; in questo senso nel contratto non vige un diritto alla qualificazione e pertanto tale diritto non dovrebbe sussistere neanche nei confronti del lavoratore<sup>372</sup>.

Tuttavia nel rapporto di lavoro la complessità della prestazione, unita al fatto dei requisiti speciali dello stesso (es. l'annotazione in uno specifico registro) lascerebbero intendere che tale obbligo sussisterebbe nei confronti del datore di lavoro<sup>373</sup>.

In questo modo si può ritenere che il lavoratore abbia un vero e proprio diritto ad essere inquadrato e pertanto il datore di lavoro dovrebbe predisporre con la contrattazione collettiva un sistema di inquadramento razionale<sup>374</sup>.

La prevalente dottrina è comunque concorde nel ritenere che il diritto all'inquadramento non sia un diritto a sé stante rispetto agli altri scaturenti

---

<sup>369</sup>L'art. 7 della stessa legge sancisce, inoltre, il diritto del lavoratore a consultare tale libretto ogni volta che voglia.

<sup>370</sup>Cfr. Ichino P., *Il contratto di lavoro*, cit., p. 654.

<sup>371</sup>Cfr. Aranguren A., *La qualifica nel contratto di lavoro. Il diritto soggettivo alla qualifica*, Milano, 1961, pp. 193-196.

<sup>372</sup>Cfr. Gragnoli E., *Considerazioni sul «diritto alla qualifica»*, in *RIDL*, 1991, I, p. 231.

<sup>373</sup>Cfr. Ichino P., *Il contratto di lavoro*, cit., p. 657.

<sup>374</sup>Effettivamente il datore di lavoro generalmente assolve a tale obbligo attraverso questa modalità.

dal rapporto<sup>375</sup> in quanto la qualifica ha come scopo principale quello di ricondurre il contenuto professionale del lavoratore.

Per questo motivo il diritto all'inquadramento deve essere considerato come un diritto indisponibile, essendo vietato il demansionamento, e come tale non soggetto a prescrizione<sup>376</sup>.

Ne consegue la nullità dell'accettazione del "sotto inquadramento".

Discorso differente deve essere fatto nel caso in cui il lavoratore rinunci ad una promozione (sempre che questa non sia già sopravvenuta a norma di legge) in quanto questo sembra essere un diritto pienamente disponibile<sup>377</sup> e come tale prescrivibile.

La nuova disciplina naturalmente semplifica di molto la procedura di rinuncia all'inquadramento, in quanto è sufficiente ricorrere al comma VI art. 3 d. lgs. 81/2015 e stipulare un'apposita pattuizione.

### **3.2. Il demansionamento e la sua possibile configurazione come mobbing.**

Vi sono fondamentalmente due termini utilizzati da dottrina e giurisprudenza per rappresentare l'ipotesi in cui il lavoratore sia illegittimamente a mansioni inferiori.

Il primo è quello di "dequalificazione", il quale sembra ricondurre tuttavia ad un difetto di inquadramento piuttosto che ad una erronea applicazione dello *jus variandi*<sup>378</sup>.

---

<sup>375</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., pp. 175 ss.

<sup>376</sup>Maresca A., *La prescrizione dei crediti da lavoro*, cit., p. 337.

<sup>377</sup>Scognamiglio R., *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *App. NDI*, 1983, p. 1114.

<sup>378</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 94.

Sembra essere più corretto parlare di demansionamento<sup>379</sup> in quanto tale termine presuppone proprio una violazione specifica della disciplina delle mansioni<sup>380</sup>.

La riforma dell'art. 2103 c.c. ha senza dubbio carattere innovativo in quanto apre alla possibilità di adibire il lavoratore a mansioni di livello inferiore.

Tuttavia la norma prevede delle fattispecie specifiche nelle quali tale ipotesi possa verificarsi; al di fuori di esse il demansionamento deve continuare a ritenersi vietato.

La disciplina riformata ha inoltre configurato delle nuove ipotesi di demansionamento illegittimo; ovvero quelle derivanti dall'erronea applicazione dell'articolo in esame (ad es. adibizione a mansioni inferiori senza la causale giustificatrice, a mansioni che siano collocate in più di un livello inferiore, in un solo livello ma al di fuori della categoria legale ecc.), in quanto l'articolo comunque mantiene la nullità dei patti contrari (al di fuori di quelli espressamente consentiti dalla legge).

### 3.2.1. *Il mobbing*<sup>381</sup>.

Il demansionamento viene talvolta associato alla fattispecie del *mobbing*.

Il termine *mobbing*<sup>382</sup> originariamente si riferiva ad un comportamento animale il quale consiste nella volontà del branco di estraniare un membro dal gruppo.

---

<sup>379</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 94.

<sup>380</sup>Ciò non toglie la sostanziale correttezza del termine “dequalificazione” per individuare la materia, termine tra l'altro largamente utilizzato in dottrina e giurisprudenza.

<sup>381</sup>Il *mobbing* è senza dubbio una delle più importanti problematiche all'interno dei luoghi di lavoro; l'analisi della fattispecie risulta essere di fortissima complessità in virtù del fatto che il fenomeno può esprimersi con numerosissime sfaccettature differenti, nella presente trattazione si tenterà di analizzare solamente il *mobbing* in relazione al demansionamento.

<sup>382</sup>Il termine viene coniato dall'etologo austriaco Konrad Lorenz ([www.studiocataldi.it](http://www.studiocataldi.it)), il quale utilizza il gerundio del verbo inglese *to mob*, verbo a sua volta derivato dall'espressione latina *mobile vulgus* la quale si riferiva ai disagi procurati dalla confusione di una folla dedita al

Nel linguaggio giuridico, e in particolar modo nel diritto del lavoro, il *mobbing* è quel «fenomeno costituito da plurimi atteggiamenti di un superiore verso un suo sottoposto, reiterati costantemente nel tempo e convergenti al fine di mortificare ed isolare il dipendente nell'ambiente di lavoro, aventi dunque carattere persecutorio e discriminatorio»<sup>383</sup>.

Non si ravvisano, tuttavia, norme<sup>384</sup> nazionali<sup>385</sup> che riconoscano esplicitamente la fattispecie; le tutele sono infatti derivate prettamente dalla giurisprudenza, la quale ha utilizzato il precetto di generale di cui all'art. 2087 c.c.<sup>386</sup>.

Lo scopo di tale condotta è generalmente quello portare il lavoratore “mobbizzato” a dimettersi ovvero a portarlo a fargli commettere errori tali da giustificare il licenziamento dello stesso.

Sono quindi necessari per la costituzione del mobbing, in primo luogo, che il lavoratore sia sottoposto ad un forte potere gerarchico<sup>387</sup>, il c.d. *bossing* o *mobbing* verticale<sup>388</sup>, (si rilevano anche altre forme di *mobbing*, attuate persino da lavoratori di livello inferiore nei confronti di un dirigente, le quali tuttavia non potendo riguardare il demansionamento non saranno analizzate nella trattazione) in modo tale che il lavoratore non abbia modo di ribellarsi, l'intento persecutorio che deve essere prolungato il quale può essere posto mediante fatti illeciti (o anche leciti se presi singolarmente)<sup>389</sup>.

---

vandalismo, simile al concetto italiano di plebaglia (Giusti G., *Il mobbing*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., IV, Padova, 2011, p. 1051).

<sup>383</sup>Costantino & partners, *La Cassazione riconosce il reato di mobbing*, 12 gennaio 2016, [www.studiocostantino.it](http://www.studiocostantino.it).

<sup>384</sup>Si ravvisa solamente la Risoluzione del Parlamento europeo 20 settembre 2001 n. 2239, la quale vincolerebbe tutti gli stati membri a dotarsi di una normativa corrispondente, tuttavia l'Italia non ha ancora provveduto a riguardo.

<sup>385</sup>Sono state emanate alcune leggi regionali in materia, come la legge della regione Lazio 11 luglio 2002 n. 16, le quali sono tuttavia state ritenute costituzionalmente illegittime poiché in contrasto con l'art. 117 comma II, lett. F) e g), e comma III Cost.

<sup>386</sup>Tra le tante Cass. S.U. 4 maggio 2004 n. 8438, in *Foro it.*, 2004, I, p. 1692; Cass. 6 marzo 2006 n. 12445, in *Foro it.*, 2006, I, p. 2738.

<sup>387</sup>Il quale non deve necessariamente essere quello del datore di lavoro.

<sup>388</sup>Foffano S., *Il bossing*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 1063.

<sup>389</sup>Elementi che ricorrono in Cass. 9 settembre 2008 n. 22893, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, p. 264.

Tale condotta deve avere necessariamente lo scopo di emarginare il lavoratore, non necessariamente quello di discriminarlo<sup>390</sup>.

L'onere della prova di aver subito maltrattamenti congiurabili al *mobbing* ricade sul lavoratore, al datore di lavoro spetta altresì provare di aver adottato tutte le tutele necessarie ad impedire il verificarsi del danno<sup>391</sup>, in quanto il datore di lavoro, nel caso in cui non sia lui stesso ad aver tenuto la condotta illecita, ha una sorta di onere di vigilanza.

La fattispecie quindi non deve necessariamente risultare coincidente con il demansionamento, il quale è una condotta già di per sé vietata dall'art. 2103 c.c., tuttavia nulla toglie che il superiore gerarchico potrebbe utilizzare il demansionamento con fini persecutori.

La Suprema Corte di Cassazione ha riconosciuto il *mobbing* come reato<sup>392</sup>.

Naturalmente l'organo giudicante non ha il potere di costituire nuovi titoli di reato in quanto sarebbe una violazione certa del principio di certezza del diritto penale; tuttavia in questo caso specifico gli Ermellini hanno ricondotto (un po' creativamente, ma seguendo già un orientamento precedente<sup>393</sup>) la fattispecie del *mobbing* al disposto normativo di cui all'art. 572 c.p. (maltrattamenti contro familiari e conviventi), nella parte in cui si estende la tutela anche alle persone con cui si intrattiene un rapporto professionale e di prestazione d'opera<sup>394</sup>.

Proprio in quest'ultima ipotesi la Corte ha inteso far rientrare il *mobbing* nei maltrattamenti.

La Cassazione ha tuttavia precisato che per configurarsi come reato debba sussistere anche il requisito della "para-familiarità", la quale si caratterizza per la sottoposizione di un'autorità in un contesto «*di prossimità*

---

<sup>390</sup>Cass. 9 settembre 2008 n. 22893, in *De Jure*; nella quale si fa riferimento alla differenza tra *mobbing* e discriminazione per motivi sindacali.

<sup>391</sup>Cass. 24 luglio 2006 n. 16881, in *De Jure*.

<sup>392</sup>Cass. 23 giugno 2015 n. 40320, in *Dir. Pen. E processo*, 2016, I, p. 89.

<sup>393</sup>Cass. 21 settembre 2006 n. 31413, in *De jure*.

<sup>394</sup>Costantino & partners, *La Cassazione riconosce il reato di mobbing*, cit.

*permanente, di abitudini di vita (anche lavorativa) proprie e comuni alle attività familiari, non ultimo per l'affidamento, la fiducia e le aspettative del sottoposto rispetto all'azione di chi ha ed esercita su di lui l'autorità con modalità, tipiche del rapporto familiare, caratterizzate da un'ampia discrezionalità ed informalità».*

Tale rapporto di “para-familiarità” non può escludersi nelle ipotesi di rapporti di lavoro intercorsi con professionisti di elevata caratura, in virtù del fatto che una forte soggezione ad un potere gerarchico possa comportare atti, come un demansionamento, che possano compromettere la posizione aziendale dello stesso e con essa le possibilità di carriera<sup>395</sup>.

Nella fattispecie esaminata dalla sentenza si faceva proprio riferimento ad un caso di demansionamento.

Un cardiocirurgo lamentava il fatto che gli venisse preclusa la possibilità di effettuare interventi come primo operatore o che tale possibilità gli fosse concessa in maniera molto più ridotta rispetto ad altri colleghi.

La Cassazione, sezione penale, nonostante la dichiarazione di non luogo a procedere da parte del Giudice dell'udienza preliminare il quale, non ravvisati i reati contestati, ha ritenuto fondati i motivi del ricorso e ha condannato il datore di lavoro.

La tutela nelle ipotesi di *mobbing*, a seguito di tale sentenza, risulta notevolmente ampliata ed estesa rispetto al solo ambito civilistico (e ancor più giuslavoristico), infatti, ciò ha comportato un incremento della legittimazione a richiedere danni non patrimoniali in caso di demansionamento illegittimo.

Inoltre, il datore di lavoro che abbia illegittimamente demansionato un lavoratore potrebbe ritrovarsi a dover affrontare un contenzioso penale oltre a quello civile.

---

<sup>395</sup>Costantino & partners, *La Cassazione riconosce il reato di mobbing*, cit.

I danni scaturenti da questa tipologia di *mobbing* possono essere di tipo aquiliano ovvero contrattuali.

Di tipo contrattuale questi possono essere richiesti (ovviamente) solamente al datore di lavoro nel caso in cui il comportamento vessatorio sia stato tenuto da un superiore gerarchico, in ragione degli obblighi di cui all'art. 2087 c.c.

Si configura, inoltre, anche una responsabilità *ex artt.* 2043 e/o 2049 c.c.

Se la condotta è stata eseguita direttamente dal datore di lavoro, la responsabilità trova fondamento nel comportamento doloso<sup>396</sup>.

In questo caso è necessario analizzare più attentamente il danno non patrimoniale in quanto *«anzitutto è risarcibile il danno patrimoniale nella forma del danno emergente (per es. spese mediche o farmaceutiche sostenute dalla vittima a causa di malattia fisica o psichica indotta dal mobbing) e dal lucro cessante (si tratta soprattutto dei riflessi negativi sulla capacità di produrre reddito per il futuro; a tale voce può essere ricondotta la perdita di chances di carriera causata dalla dequalificazione professionale). È del tutto evidente che il danno patrimoniale non è da solo idoneo a tutelare adeguatamente la vittima, ponendo anzi nel caso concreto assumerne una connotazione del tutto marginale»*<sup>397</sup>.

### **3.3. Il danno da demansionamento.**

#### *3.3.1. La sottrazione delle mansioni.*

Come analizzato nel capitolo precedente il lavoratore non può essere assegnato a mansioni inferiori al di fuori delle ipotesi previste dalla legge.

---

<sup>396</sup>Foffano S., *Il bossing*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 1068.

<sup>397</sup>Banchetti S., *Il mobbing*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., Padova, 2001, III, p. 2114.

Vi sono tuttavia dei casi in cui la giurisprudenza ravvisa un demansionamento anche quando non vi sia stata alcuna adibizione differente; questo è il caso di sottrazione delle mansioni.

In linea di principio deve ritenersi consentita la possibilità da parte del datore di lavoro di ridurre quantitativamente le mansioni del lavoratore senza violare quanto disposto dall'art. 2103 c.c.<sup>398</sup>, in quanto non è possibile definire un'equivalenza tra numero delle mansioni e dequalificazione<sup>399</sup>.

Deve intendersi demansionamento quando il lavoratore a causa della sottrazione di mansioni è da considerarsi come inattivo all'interno dell'azienda poiché la giurisprudenza è solita assicurare una tutela al lavoratore considerando il fatto che *«il lavoro non è da riguardare solo come mezzo di guadagno, bensì costituisce un mezzo di estrinsecazione della personalità di ciascun soggetto»*<sup>400</sup>.

Tesi avvalorata anche da una sentenza della Corte Costituzionale la quale afferma che *«l'art. 3 della Costituzione attribuisce a ogni cittadino il diritto fondamentale di realizzare lo sviluppo della sua personalità, il quale viene attuato, come è stato generalmente avvertito, principalmente attraverso il lavoro»*<sup>401</sup>.

A tal proposito la giurisprudenza ha inteso tutelare il lavoratore anche da adibizioni a mansioni che lo portassero sempre di più ad un'obsolescenza della propria professionalità<sup>402</sup>.

La giurisprudenza ha dunque inteso estendere il 2103 c.c. alla tutela più generale della personalità dell'individuo aprendo, di fatto, a tutele extracontrattuali utilizzando come norme a tutela della "dignità professionale" del lavoratore gli artt. 2, 4 e 35 Cost. (i quali sostengono

---

<sup>398</sup>Cfr. Occhipinti A., *Danno da demansionamento e inattività forzata*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 1084.

<sup>399</sup>Cass. 4 agosto 2000 n. 10284, in *MGC*, 2000, p. 1718.

<sup>400</sup>Cass. 13 agosto 1991 n. 8835, in *NGL*, 1991, p. 740.

<sup>401</sup>Corte Cost. 2 giugno 1983 n. 163, in *Giur. cost.*, 1983, I, p. 907.

<sup>402</sup>Cass. 11 luglio 2005 n. 14496, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, I-II, p. 66.

appunto il diritto a svolgere la prestazione lavorativa come estrinsecazione della propria personalità)<sup>403</sup>.

La norma come riformata dall'art. 3 d. lgs. 81/2015 modifica parzialmente l'ipotesi di sottrazione delle mansioni; tali ipotesi potrebbero quindi essere senza dubbio legittime nel caso in cui le mansioni residue siano comunque riconducibili allo stesso livello della contrattazione collettiva, ovvero nel caso in cui si applichino le deroghe di cui ai commi II, IV e VI, ma questo non significa che la nuova norma preveda un diritto del lavoratore ad essere comunque adibito a mansioni che siano riconducibili al medesimo livello della contrattazione collettiva<sup>404</sup>.

Questo sostanziale divieto di lasciare il lavoratore “inattivo” in azienda non può essere tuttavia considerato come un generale “diritto a lavorare”, in quanto questo potrebbe risultare contrario alla norma generale sulle obbligazioni secondo cui gli obblighi gravanti su entrambe le parti dovrebbero essere qualitativamente identiche<sup>405</sup>, in quanto «*lo Statuto dei lavoratori non ha introdotto alcun elemento di modifica nella struttura di scambio del rapporto. Lo Statuto ha profondamente modificato il potere organizzativo dell'imprenditore... ma queste modificazioni non alterano lo schema elementare del contratto*»<sup>406</sup> inoltre i principi costituzionali sovraesposti non sono, ancora, stati recepiti dal legislatore ordinario come obbligo per il datore di utilizzare il dipendente<sup>407</sup>.

---

<sup>403</sup>Cass. 18 maggio 2012 n. 7963, in *Mass. Giur. Lav.*, 2103, p. 300, nella quale si estrinseca il diritto all'esecuzione lavorativa dalla regola dell'equivalenza.

<sup>404</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 100.

<sup>405</sup>Cfr. Vallebona A., *Tutele giurisprudenziali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, p. 118.

<sup>406</sup>Mengoni L., *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, p. 377.

<sup>407</sup>Cfr. Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro*, cit., p. 184.

*3.3.2. La configurazione del demansionamento di dottrina e giurisprudenza.*

Il demansionamento è stato nel corso del tempo considerato sia come un inadempimento, sia come un atto viziato da nullità/invalidità.

L'individuazione della natura del vizio è di fondamentale importanza per individuare le modalità di risarcimento del danno; se si considera il demansionamento come atto nullo o invalido, e come tale inefficace, sarebbe problematica la legittimazione a richiedere il danno scaturente da questo illecito<sup>408</sup>.

Ci si chiede quindi se sia possibile conciliare il fatto che un atto improduttivo di effetti possa essere considerato sanzionabile come un atto illegittimo<sup>409</sup>.

Eccellente dottrina è propensa a ritenere l'abuso di *jus variandi* come atto nullo in quanto «*comporta l'inidoneità dell'atto a produrre l'effetto a cui tende*»<sup>410</sup>, poiché nell'ordinamento non riconosce un tale potere al datore di lavoro<sup>411</sup>.

Un'importante sentenza della Cassazione a Sezioni Unite ha invece ritenuto che la violazione del divieto di demansionamento sia «*una situazione di inadempimento contrattuale regolata dall'art. 1218 c.c.*»<sup>412</sup>.

Nonostante la giurisprudenza maggioritaria affermi che il demansionamento sia un inadempimento si registrano sentenze sia che configurano l'ipotesi come atto nullo<sup>413</sup> che come atto sia inefficace che come inadempimento<sup>414</sup>.

---

<sup>408</sup>Cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 110.

<sup>409</sup>Di Majo G., *Tutela e risarcimento, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, p. 16.

<sup>410</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 368, tesi sostenuta anche da Liso F., *La mobilità*, cit., p. 12.

<sup>411</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 110.

<sup>412</sup>Cass. S.U. 26 marzo 2006 n. 6572, in *Mass. Giur. Lav.*, 2006, p. 489.

<sup>413</sup>Cass. 7 dicembre 1991 n. 13187, in *RIDL*, 1992, II, 947.

<sup>414</sup>Cass. 20 dicembre 2002 n. 18209, in *Not. Giur. Lav.*, 2003, p. 331.

È inoltre possibile configurare l'ipotesi anche come adempimento inesatto, poiché questo si configura quando la prestazione resa non coincide con l'oggetto dell'obbligazione e per tale motivo non è adatta a soddisfare l'interesse del creditore<sup>415</sup>.

La nuova disciplina del mutamento delle mansioni senza dubbio modifica le ipotesi di adibizione a mansioni differenti; cosa fare nel caso in cui il lavoratore svolga mansioni professionalmente inferiori, ma inquadrare nel medesimo livello, a “cavallo” tra la vigenza delle norme?

Si registrano interpretazioni contrastanti.

La prima interpretazione afferma che il testo novellato non si applica «ai mutamenti di mansioni il cui fatto generatore del diritto allegato in giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente, a nulla rilevando che esso continui nel vigore della legge successiva, la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva né di diritto intertemporale»<sup>416</sup>.

Altra giurisprudenza ha invece risposto all'interrogativo affermando che il demansionamento sia un illecito che si rinnova ogni nuovo giorno di lavoro<sup>417</sup>, (motivazione che giustificherebbe anche il fatto che il lavoratore ha diritto al risarcimento per tutto il periodo in cui è stato adibito a mansioni inferiori).

L'interrogativo posto è dunque stato risolto considerando come demansionamento (con le normali conseguenze) solamente il periodo di vigenza dell'art. 13 Stat. Lav., mentre il periodo successivo viene considerato come legittimo esercizio dello *jus variandi*.

---

<sup>415</sup>Giorgianni M., *Inadempimento* b) *Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XX, Varese, 1970, p. 862.

<sup>416</sup>Trib. Ravenna 22 settembre 2015, in *Mass. Giur. Lav.*, III, 2016, p. 152.

<sup>417</sup>Trib. Roma 30 settembre 2015 n. 8195, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, p. 777.

### *3.3.3. Il danno da demansionamento.*

L'art. 2103 c.c. prevede tra le altre cose l'irriducibilità della retribuzione<sup>418</sup>, principio che prevede, in combinato disposto con l'art. 36 Cost., il diritto per il lavoratore di mantenere la retribuzione più elevata nel caso di adibizione a mansioni differenti.

Questo significa anche che il lavoratore che abbia percepito una retribuzione inferiore ha il diritto di richiedere, sotto forma di danno patrimoniale, il risarcimento al datore di lavoro per tutto il periodo in cui è stato adibito illegittimamente a mansioni di livello differente.

Successivamente la giurisprudenza ha espresso un forte orientamento nel quale si sostiene che *«è illegittimo il comportamento del datore di lavoro che, avendo illegittimamente licenziato il proprio dipendente, ed avendolo in seguito dovuto reintegrare, abbia affidato allo stesso mansioni diverse da quelle a lui spettanti per qualifica. È pertanto risarcibile il danno alla salute derivante causalmente al dipendente da una grave sindrome di esaurimento nervoso»*<sup>419</sup>.

Tale responsabilità contrattuale non può risultare esclusivamente dall'art. 2103 c.c. il quale ha lo scopo di enunciare le mansioni alle quali il lavoratore possa essere adibito, non quello di individuare responsabilità extracontrattuali o di quantificare danni; pertanto si deve ricercare altrove (almeno in combinato disposto) la natura non patrimoniale del danno del demansionamento.

Tale danno biologico non può prescindere dall'accertamento del medico legale e si configura ogniqualvolta si riscontri una lesione dell'integrità psicofisica, accertabile medicalmente, dovuta al demansionamento<sup>420</sup>.

---

<sup>418</sup>Di cui si parlerà in seguito.

<sup>419</sup>Cass. 24 gennaio 1990 n. 411, in *Cpe*, 1995, p. 58.

<sup>420</sup>Loschiavo S., *La dequalificazione*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 1138.

La natura di questo danno è stata riscontrata, come per il *mobbing*, nell'art. 2087 c.c. e negli articoli 32 e 41 Cost. e nell'art. 2043 c.c. in quanto ciò comporterebbe una violazione del principio del *neminem ledere*<sup>421</sup>.

Si è arrivati successivamente a configurare tale danno come danno esistenziale.

La Suprema Corte di Cassazione ha infatti esplicitato che *«per danno essenziale si intende ogni pregiudizio che l'illecito datoriale provoca sul fare reddituale del soggetto, alterando le sue abitudini di vita degli assetti relazionali che gli erano propri sconvolgendo la sua quotidianità e privando di occasioni per l'espressione e della realizzazione della sua personalità nel mondo esterno. Peraltro il danno esistenziale si fonda sulla natura non meramente emotiva ed interiore (proprio danno morale), ma oggettivamente accertabile del pregiudizio, attraverso la prova di scelte di vita diverse da quelle che si sarebbero adottate se non si fosse verificato l'evento dannoso»*<sup>422</sup>.

Tale sentenza è senza dubbio fondamentale nell'analisi del danno da demansionamento in quanto va a scindere quasi definitivamente il legame con il reddito del lavoratore in quanto utilizza ai fini del risarcimento anche l'art. 2 Cost.<sup>423</sup>, il che potrebbe quindi comportare risarcimenti senza limiti<sup>424</sup>.

Successivamente la giurisprudenza ha modificato il proprio punto di vista sul danno non patrimoniale in quanto ha riconosciuto che non ricomprendere il danno non patrimoniale in categorie voleva sostanzialmente

---

<sup>421</sup>Occhipinti A., *Danno da demansionamento e inattività forzata*, cit., p. 1086.

<sup>422</sup>Cass., S.U. 23 marzo 2006 n. 6572, cit.

<sup>423</sup>Considerando l'assenza di una statica classificazione normativa in merito all'individuazione dei diritti inviolabili della persona.

<sup>424</sup>Occhipinti A., *Danno da demansionamento e inattività forzata*, cit., p. 1088.

fornire un'atipicità<sup>425</sup> allo stesso il che sarebbe contrario all'interpretazione maggioritaria dell'art. 2059 c.c.<sup>426</sup>.

Le conseguenze circa l'interpretazione della sentenza, la quale ha lo scopo di fare chiarezza su tutto il danno risarcibile ai sensi dell'art. 2059 c.c., al diritto del lavoro si manifestano in una sorta di onnicomprensività del danno non patrimoniale, in quanto *«per essere il rapporto di lavoro disciplinato da un ricco reticolato di disposizioni volte ad assicurare allora attore una tutela rafforzata della sua persona, è sovente riscontrabile nella materia giuslavoristica l'esistenza di un danno non patrimoniale che, configurabile ogniqualvolta il fatto illecito datoriale abbia violato in modo grave diritti della persona, come tali oggetto di tutela costituzionale, consente alla vittima di ottenere il ristoro del danno scaturente dalla lesione di interessi, che per non essere regolati ex ante da norme di legge, dovranno essere individuati caso per caso del giudice di merito. Detto il giudice però non dovrà mai duplicare risarcimento attraverso l'attribuzione di nomi diversi a pregiudizi identici E dovrà in ogni caso individuare il discrimina tranne i pregiudizi, che si concretizzano in semplici disagi - o in lesioni di interessi che, per essere privi di qualsiasi consistenza e gravità, non possono trovare riconoscimento in sede risarcitoria- ed organiche, per importare di contro un vulnus ad interessi oggetto di copertura costituzionale, vanno risarciti all'esito di una valutazione, che se supportato da una motivazione congrua e coerente sul piano logico e rispettosa dei principi giuridici applicabili alla materia si sottrae, per quanto attiene la quantificazione del danno, a qualsiasi censura in sede di legittimità»*<sup>427</sup>.

---

<sup>425</sup>L'atipicità del danno aveva portato a dividere il danno non patrimoniale in tre gruppi: danni causati da un reato, danni non causati da un reato ma comunque risarcibili in virtù di un'espressa norma legislativa e danni che siano risarcibili poiché derivano da una lesione di un interesse costituzionalmente garantito.

<sup>426</sup>Cfr. Cass. S.U. 11 novembre 2008 n. 26972, in *GC*, 2009, n. 4-5, p. 913; naturalmente questo non comporta l'esclusione della risarcibilità del danno non patrimoniale anche se di natura contrattuale e non aquiliana.

<sup>427</sup>Cass. S.U. 22 febbraio 2010 n. 4063, in *Foro It.*, 2010, I, p. 1146.

Questa onnicomprensività del danno non patrimoniale fa sì che si che l'attenzione si sposti sempre di più sull'individuazione di una prova che certifichi il pregiudizio di un diritto costituzionalmente rilevante, in modo tale che non sia abbassata la tutela nei confronti del contraente più debole<sup>428</sup>.

Alla luce di quanto esposto il danno da demansionamento può configurarsi in duplice forma: danno contrattuale, in quanto vi è un inadempimento del datore di lavoro il quale potrebbe compromettere la professionalità del lavoratore, configurabile in danno emergente e lucro cessante, e danno non patrimoniale in quanto *il danno non patrimoniale dal dimensionamento, inteso quale pregiudizio al complessivo modo di essere del lavoratore, costituisce un pregiudizio non patrimoniale risarcibile ai sensi dell'art 2059 c.c. ... in quanto lesivo di un diritto inviolabile della persona...»*<sup>429</sup>.

Nel caso in cui si accerti l'illegittimità del demansionamento, il lavoratore comunque non può pretendere di essere reintegrato nelle mansioni precedenti all'illecito, potendo il datore di lavoro assegnarlo a mansioni equivalenti e, quindi, a seguito della novella normativa, inquadrare nel medesimo livello<sup>430</sup>; inoltre, l'effettiva esecuzione della sentenza di condanna presenta difficoltà, in quanto la reintegra costituisce *«un fare infungibile in quanto attinente alla sfera di libertà del datore-debitore»*<sup>431</sup>.

Inoltre l'art. 614 *bis* c.p.c., il quale regola l'ottemperanza in caso di condanna a fare infungibili, esclude espressamente l'applicazione della norma al lavoro pubblico e privato.

---

<sup>428</sup>Occhipinti A., *Danno da demansionamento e inattività forzata*, cit., p. 1092.

<sup>429</sup>Cass. 19 dicembre 2008 n. 29832, in *GC*, 2009, 7-8, p. 1622.

<sup>430</sup>Ghera A., *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991, p. 655; in giurisprudenza Cass. 12 gennaio 2006 n. 425, in *Guida al lav.*, 2006, IX, p. 49.

<sup>431</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 119; in senso contrario si veda Cass. 11 luglio 2014 n. 16012, in *Mass. Giur. Lav.*, 2015, XVI, p. 162.

Come rilevato da eccellente dottrina, tale esclusione è dovuta al fatto che il contratto di lavoro è un contratto di durata nel quale vige già il principio della *mora credendi*<sup>432</sup>.

Come si è visto, gli effetti del demansionamento sono stati ritenuti dannosi sia al livello patrimoniale che a livello non patrimoniale, in quanto sono idonei a ledere, oltre che alla professionalità, anche la dignità del lavoratore; per questo motivo nel caso si profili un pregiudizio imminente il dipendente ha il diritto di utilizzare le tutele cautelari di cui all'art. 700 c.p.c.

Si registrano, tuttavia delle tesi contrarie secondo cui la possibilità del lavoratore di rifiutare le svolgimento delle mansioni alle quali ritenga di essere stato illegittimamente adibito escluda l'applicabilità dell'istituto alla fattispecie<sup>433</sup>.

Anche in questo caso non può essere fatta una valutazione *in re ipsa*; nel senso che tale pregiudizio non deve essere solamente astratto e potenziale<sup>434</sup>.

A tal proposito si rileva come neanche tutte le interruzioni dell'attività lavorativa siano idonee a ledere in maniera irreparabile la professionalità del lavoratore, tant'è che sono presenti anche delle ipotesi legislative di interruzione temporanea del rapporto di lavoro (gravidanza, ferie, infortuni ecc.); ragion per cui anche un'"interruzione" temporanea dell'attività legata ad un mancato svolgimento di una mansione specifica non comporta necessariamente l'obsolescenza del lavoratore.

Mentre il pregiudizio potrebbe configurarsi anche se l'interruzione è per un periodo di tempo ridotto se si tratta di mansioni altamente specialistiche che necessitano di continui aggiornamenti<sup>435</sup>.

---

<sup>432</sup>Vallebona A., *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, VII, p. 569.

<sup>433</sup>Cavallaro L., *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *RIDL*, 2001, p. 77.

<sup>434</sup>Somvilla M., *Il periculum per la persona del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008, pp. 682 ss.

<sup>435</sup>Cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 121.

Tuttavia anche in questo caso un eventuale provvedimento del giudice che impedisse la nuova adibizione sarebbe comunque un obbligo di fare infungibile, il quale risulta difficile da configurare in casi analoghi<sup>436</sup> a causa di quanto disposto dall'art. 614 *bis* c.p.c. (il quale richiederebbe comunque una sentenza).

Inoltre se si accettasse un'azione cautelare così forte ci si troverebbe ad affrontare una situazione paradossale nella quale il lavoratore si trovi a ottenere una tutela maggiore in sede cautelare rispetto a quella ottenibile a fronte di una sentenza definitiva<sup>437</sup>.

A questo punto pare opportuno chiedersi se vi siano delle ipotesi in cui il lavoratore mantenga l'interesse a richiedere delle forme di tutela cautelari.

Effettivamente, alla luce di quanto sopra esaminato, le uniche ipotesi nelle quali tale tutela sia applicabile e anche vantaggiosa per il lavoratore sembrano essere quelle di sospensione provvisoria dall'attività ritenuta come dequalificante, in attesa del giudizio di merito<sup>438</sup>.

Possono invece trovare applicazione più effettiva gli atti svolti dal lavoratore in autotutela.

Tali atti si concretizzano sostanzialmente in un rifiuto del lavoratore di svolgere la prestazione che ritiene non dovuta in quanto scaturente da un'adibizione illegittima, determinando una posizione di *mora accipiendi* per il datore di lavoro<sup>439</sup>, con il conseguente mantenimento del diritto al piena retribuzione<sup>440</sup> (la quale potrebbe essere erogata anche sotto forma di risarcimento)<sup>441</sup>.

Tale atto da parte del lavoratore non può, secondo autorevole dottrina, essere considerato come un'eccezione di inadempimento ai sensi dell'art. 1460 c.c. in virtù del fatto che il lavoratore continua ad offrire al datore la

---

<sup>436</sup>Cfr. Vallebona A., *Tutele giurisprudenziali e autotutela individuale del lavoratore*, cit., p. 79.

<sup>437</sup>Somvilla M., *Il periculum per la persona del lavoratore*, .

<sup>438</sup>Cfr. Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 124.

<sup>439</sup>Giugni G., *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit., p. 368.

<sup>440</sup>Mancini G.F., *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1963, p. 234.

<sup>441</sup>Falzea A., *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947, p. 110.

prestazione dovuta, rifiutando solamente lo svolgimento di quella che è la prestazione non dovuta<sup>442</sup>.

Tuttavia la giurisprudenza è concorde nell'affermare l'eccezione di inadempimento nel caso di rifiuto a svolgere mansioni inquadrata in livelli inferiori<sup>443</sup>, affermando addirittura l'illegittimità del rifiuto della prestazione lavorativa nel caso in cui il datore continui a retribuire integralmente il lavoratore anche poiché l'inadempimento verte su un'obbligazione che «*non incide sulle immediate esigenze vitali del lavoratore*»<sup>444</sup>.

Pertanto, sembra evidente che il lavoratore che intendesse rifiutarsi di eseguire la prestazione dovrebbe richiedere l'avallo giudiziario, il quale può essere richiesto anche d'urgenza<sup>445</sup>.

Altre importanti pronunce giurisprudenziali affermano chiaramente il diritto all'autotutela, espressa con i mezzi analizzati sopra, sia in caso di demansionamento<sup>446</sup> che in caso di ritardato pagamento della retribuzione<sup>447</sup>, anche se queste stesse pronunce hanno precisato che comunque il lavoratore non possa rifiutarsi di svolgere le mansioni assegnatagli senza alcun avallo giudiziario, in quanto in caso contrario ci troverebbe ad infrangere una disposizione del datore di lavoro impartita ai sensi degli artt. 2086 e 2104 c.c. (applicati in relazione a quanto disposto dall'art. 41 Cost.) che giustificerebbe l'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c.<sup>448</sup>.

Oltre a questo la Suprema Corte ha inteso qualificare il rifiuto ingiustificato del lavoratore come grave insubordinazione, la quale potrebbe addirittura configurare un licenziamento per giusta causa<sup>449</sup>.

---

<sup>442</sup>Vallebona A., *Tutele*, cit., p. 130.

<sup>443</sup>Cass. 19 luglio 2013 n. 17713, in *Guida al lav.*, 2013, n. 37, p. 26.

<sup>444</sup>Cass. 20 luglio 2012 n. 12696, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, I, p. 47.

<sup>445</sup>Cass. 20 luglio 2012 n. 12696, cit.

<sup>446</sup>Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, in *RIDL*, 1984, II, p. 786.

<sup>447</sup>Cass. 9 novembre 1981 n. 5940, in *Foro it.*, 1981, I, p. 2919.

<sup>448</sup>Cfr. Bellanova L., *Il demansionamento*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 1110.

<sup>449</sup>Cass. 5 dicembre 2007 n. 25313, in *RIDL*, 2008, II, p. 470; in senso contrario Cass. 8 agosto 2003 n. 12001, in *Not. Giur. Lav.*, 2004, p. 155.

### 3.3.3.1. La liquidazione del danno.

Come si è visto il demansionamento porta a due tipi di danno, ognuno con il proprio risarcimento, con la conseguenza che il giudice dovrà utilizzare parametri differenti per la liquidazione dei vari danni.

La liquidazione del danno patrimoniale è senza dubbio di interpretazione più semplice in quanto corrisponde a parametri oggettivi derivanti dal contratto.

Il sistema dei rimedi contro gli inadempimenti contrattuali non appare sempre adeguato alle esigenze della parte creditrice in quanto le tutele appaiono essere per la maggior parte ablativ<sup>450</sup>.

Le difficoltà si risconteranno nel decretare “quanto” il lavoratore sia stato demansionato.

Il primo parametro che il giudice dovrà considerare è senza dubbio quello retributivo; nel senso che essendo al lavoratore garantita, ai sensi dell’art. 2103 c.c., la retribuzione più elevata<sup>451</sup> egli avrà senza dubbio diritto ad una somma corrispondente alla differenza retributiva tra quanto percepito e quanto avrebbe dovuto percepire.

Questi e gli ulteriori danni patrimoniali, se percepiti a titolo di risarcimento, non concorrono alla costituzione di reddito imponibile ai sensi dell’art. 6 c. II T.U.I.R.<sup>452</sup>

La giurisprudenza ha previsto anche dei parametri con cui tale “quantificazione” deve essere fatta.

Tali parametri sono individuati dalla Cassazione considerando che «*il danno da dequalificazione professionale può essere desunto da elementi presuntivi quali la qualità e la quantità dell’attività lavorativa svolta, il tipo*

---

<sup>450</sup>Bellanova L., *Il demansionamento*, in *Trattato dei nuovi danni*, cit., p. 1103.

<sup>451</sup>Tale principio è presente sia nella novella del 1970 che in quella del 2015, per cui non ci dovrebbero essere difficoltà sull’argomento nel caso in cui il demansionamento sia avvenuto “a cavallo” delle due norme.

<sup>452</sup>Cass. 9 dicembre 2008 n. 28887, in *BT*, 2009, VI, p. 492.

*e la natura della professionalità coinvolta, la durata del demansionamento, la diversa e nuova collocazione lavorativa assunta dopo la prospettata dequalificazione»<sup>453</sup>.*

Inoltre sono stati considerati all'interno dei danni patrimoniali le c.d. perdite di *chance* ovvero le mancate progressioni di carriera e/o di professionalità dovute ad un'adibizione illegittima<sup>454</sup> nonché la perdita di professionalità dovuta alla scarsa abitudine ad eseguire mansioni più complesse<sup>455</sup>.

Per quanto riguarda il risarcimento del danno non patrimoniale la situazione, non basandosi su dati "quantificabili", diviene molto più complessa.

La giurisprudenza è ricorsa in questo caso all'utilizzo di parametri equitativi che garantissero una valutazione adeguata e proporzionata al pregiudizio subito dal lavoratore, permettendo, di fatto, una "personalizzazione" del risarcimento<sup>456</sup>.

Tale risarcimento è senza dubbio quantificato attraverso un'approssimazione, per cui il giudice di legittimità non potrà sindacare la quantificazione, se non in presenza di una totale mancanza di giustificazione ovvero una contraddittorietà macroscopica della motivazione<sup>457</sup>.

### *3.3.3.2. L'onere della prova.*

La giurisprudenza<sup>458</sup> ha ritenuto che l'onere della prova debba seguire i principi generali stabiliti per provare l'inadempimento di un'obbligazione.

---

<sup>453</sup>Cass. 5 novembre 2006 n. 21404, in *RGL*, 2007, III, p. 243.

<sup>454</sup>Cass. 26 febbraio 2009 n. 4562, in *MGC*, 2009, II, p. 321.

<sup>455</sup>Cass. 26 ottobre 2006 n. 22551, in *RGL*, 2007, II, p. 509; Cass. 12 giugno 2015 n. 12253, in *RIDL*, 2015, IV, p. 998.

<sup>456</sup>Cass. S.U., 11 novembre 2008 n. 26972, cit.

<sup>457</sup>Cass. 12 giugno 2015 n. 12253, cit.

<sup>458</sup>Cass. 6 marzo 2006 n. 4766, in *RIDL*, 2006, II, p. 473.

Tali principi sono stati stabiliti da un'altra sentenza delle Sezioni Unite nella quale si stabilisce, in considerazione del fatto che l'adibizione illegittima a mansioni inferiori sia una violazione di un obbligo di non fare, che in *«tema di prova dell'inadempimento di un'obbligazione, il creditore che agisca in per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto e gravato dall'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento»*<sup>459</sup>.

In sintesi al lavoratore spetta l'allegazione di fatti che manifestino un demansionamento illegittimo subito dallo stesso, mentre al datore di lavoro spetta (sempre nel caso in cui il lavoratore abbia fornito la prova del demansionamento) la prova di aver agito nel rispetto dei propri poteri imprenditoriali, ovvero che il lavoratore abbia svolto mansioni equivalenti, eccependo tali prove ai sensi dell'art. 2697 c.c.<sup>460</sup>.

La nuova disciplina non dovrebbe modificare la fattispecie poiché l'individuazione del soggetto sui cui gravi l'onere deve essere desunta dalla struttura sostanziale della norma<sup>461</sup>.

Si può quindi rilevare che l'onere della prova sia regolamentato dai principi generali di cui all'art. 1218 c.c.<sup>462</sup>.

Per quanto riguarda gli elementi che le parti devono fornire particolare attenzione deve essere prestata all'onere del dipendente attore.

Innanzitutto egli dovrà provare non solo l'avvenuto demansionamento<sup>463</sup>, ma anche il pregiudizio che ne sia derivato in quanto

---

<sup>459</sup>Cass. S.U., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, p. 769.

<sup>460</sup>Cass. 9 luglio 2008 n. 18813, in *Guida al lav.*, 2008, XXXVI, p. 50.

<sup>461</sup>Cfr. Vallebona A., *l'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988, p. 10.

<sup>462</sup>*Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non da la prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.*

<sup>463</sup>Per quanto la prova del demansionamento sarà già di per sé idonea a far corrispondere al lavoratore la differenza retributiva.

*«dall'inadempimento datoriale non deriva però automaticamente l'esistenza del danno, ossia questo non è, immancabilmente, ravvisabile a causa della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo. L'inadempimento è infatti già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva, per certi versi autonoma»<sup>464</sup>.*

Ciò in quanto risarcire gli ulteriori danni da demansionamento senza che l'attore abbia fornito prova dell'ulteriore pregiudizio, sarebbe, di fatto, una sanzione civile punitiva per il datore a fronte di un inadempimento, fattispecie non prevista nell'ordinamento italiano<sup>465</sup>.

Resta il fatto che il dipendente che intenda richiedere il danno non patrimoniale debba provare il nesso di causalità tra il demansionamento ed il danno, preferibilmente con prove documentali, come un certificato medico nel caso di sindrome depressiva<sup>466</sup>.

È, tuttavia, generalmente ammessa la possibilità di una prova del danno in via presuntiva, poiché altrimenti sarebbe una *probatio diablica*<sup>467</sup>.

La Suprema corte afferma infatti che il *«risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale...va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione...), il cui artificioso isolamento risolverebbe in una lacuna del procedimento logico, si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ex art. 115 c.p.c.*

---

<sup>464</sup>Cass., S.U., 23 marzo 2006 n. 6572, cit.

<sup>465</sup>Cass., S.U., 23 marzo 2006 n. 6572, cit.

<sup>466</sup>Cass. 5 febbraio 2008 n. 2727, in *Dir. e giur.*, 2008.

<sup>467</sup>Occhipinti A., *Danno da demansionamento e inattività forzata*, cit., p. 1095.

*a quelle nozioni derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove»<sup>468</sup>.*

Tale impostazione è stata successivamente confermata da una sentenza delle Sezioni Unite<sup>469</sup>.

La stessa Corte ha comunque esplicitamente affermato che il danno da demansionamento non può configurarsi come un nocumento *in re ipsa*, e che quindi risulta necessaria ai fini del risarcimento del danno almeno la prova presuntiva del pregiudizio<sup>470</sup> in quanto il demansionamento è solo potenzialmente lesivo di interessi la cui violazione comporti un danno extracontrattuale, per cui non vi è automaticità tra questo e la configurazione di un danno<sup>471</sup>.

Tuttavia il fatto di configurare una perdita di *chance*, data dal solo svolgere la propria attività lavorativa senza l'utilizzo di tutto il proprio bagaglio professionale, come un danno non patrimoniale potrebbe assomigliare moltissimo ad una configurazione del danno *in re ipsa*<sup>472</sup>.

Si registrano anche delle pronunce discordanti rispetto a , le quali, configurando il divieto di demansionamento come un obbligo di fare<sup>473</sup> (e cioè un obbligo di adibire il lavoratore alle mansioni per le quali il lavoratore sia stato assunto ovvero a mansioni equivalenti), hanno ritenuto che l'onere della prova gravi in capo al datore di lavoro, il quale sarebbe tenuto a dimostrare l'estinzione ovvero l'adempimento di questa obbligazione<sup>474</sup>.

---

<sup>468</sup>Cass. 19 dicembre 2008 n. 29832, in *GC*, 2009, VII-VIII, p. 1622.

<sup>469</sup>Cass. S.U., 22 febbraio 2010 n. 4063, in *Foro It.*, 2010, I, p. 1145.

<sup>470</sup>Cass. 11 novembre 2008 n. 26972, in *RIDL*, 2009, II, p. 465.

<sup>471</sup>Cass. S.U., 23 marzo 2006 n. 6572, cit.

<sup>472</sup>Gargiulo U., *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, in *RIDL*, 2015, IV, p. 1010, commentando Cass. 12 giugno 2015 n. 12253, la quale per non creare un precedente di automatismo del danno evidenzia che ci si trova davanti ad un demansionamento di particolare gravità e durata.

<sup>473</sup>Cass. 21 maggio 2009 n. 11835, in *Mass. Giur. Lav.*, 2010, p. 222.

<sup>474</sup>Pisani C., *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., p. 117.

### **3.4 Il repêchage.**

Il licenziamento è considerato come *extrema ratio* dalla giurisprudenza.

A maggior ragione il licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo deve necessariamente rispondere a determinati requisiti per essere considerato valido, tra questi vi deve essere la prova della soppressione del posto di lavoro.

A questo punto la giurisprudenza è intervenuta con una delle sue creazioni più complesse (e dibattute) in assoluto: il *repêchage*.

Tale istituto è stato definito da autorevole dottrina come una “norma” giurisprudenziale costituita *prater legem*<sup>475</sup>.

Nello specifico la fattispecie prevede l’obbligo da parte del datore di lavoro, che avesse intenzione di effettuare un licenziamento causato da una soppressione del posto, di effettuare un tentativo “ricollocazione” del dipendente in esubero<sup>476</sup>.

Il lavoratore avrà diritto ad essere assegnato a mansioni equivalenti a quelle da lui svolte sino a quel momento senza che vi sia una diminuzione della retribuzione.

A questo punto si evidenzia come la nuova disciplina del mutamento delle mansioni potrebbe cambiare radicalmente l’istituto.

La nuova concezione di equivalenza (o la soppressione del concetto) stabilisce infatti che debbano intendersi come equivalenti quelle mansioni che siano collocate nel medesimo livello dalla contrattazione collettiva, a prescindere dall’effettivo livello di professionalità, potrebbe senza dubbio comportare un forte ampliamento di tale obbligo vista la (presumibilmente) più alta platea di mansioni alle quali il lavoratore può essere adibito.

---

<sup>475</sup>Santoro-Passarelli G., *Diritto dei lavori*, Torino, 2013, p. 370; Persiani M., Proia A., *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003, p. 164.

<sup>476</sup>Tra le tante Cass. 13 ottobre 1997 n. 9967, in *De Jure*.

Nel caso in cui non sia possibile adibire il lavoratore a mansioni equivalenti, sempre al fine di evitare il licenziamento, la giurisprudenza ha esteso i confini dell'istituto inserendo l'obbligo di tale tentativo anche per le mansioni inferiori (seppur nel rispetto della dignità del lavoratore)<sup>477</sup>.

Rispetto all'art. 13 Stat. Lav. questa ipotesi è senza dubbio derogatoria, giustificata dal fatto che l'alternativa al demansionamento è rappresentata dal licenziamento del lavoratore.

Tale legittimazione (come esaminato nel capitolo precedente) può trovare giustificazione nel caso in cui si faccia riferimento ad un patto di demansionamento; sorgono invece alcune perplessità in dottrina in merito al fatto che tale istituto dovesse essere imposto<sup>478</sup> al datore di lavoro<sup>479</sup>.

In primo luogo si contestava che l'assegnazione del lavoratore a mansioni differenti non risolvesse il problema di fondo dell'eccessiva onerosità del contratto di lavoro che aveva indotto il datore a procedere per il licenziamento "economico"<sup>480</sup>.

Inoltre si è visto come l'istituto sia una forzatura della legge in quanto arriva a sancire l'obbligo del datore di lavoro di offrire una modifica contrattuale non pattizia<sup>481</sup>, con possibile superamento degli interessi stessi che possono portare le parti (o almeno una di esse) a stipulare il contratto di lavoro<sup>482</sup>.

Anche in questo caso la riforma effettuata dal governo Renzi potrebbe modificare notevolmente la disciplina.

---

<sup>477</sup>Tra le tante Cass. 19 agosto 2004 n. 16305, in *De Jure*; Cass. 19 luglio 1993 n. 6814, in *MGL*, 1993, p. 464; Cass. 4 settembre 1997 n. 8505, in *DL*, 1998, II, p. 168.

<sup>478</sup>In questo caso si esclude una disciplina pattizia al contrario dell'ipotesi di patto di demansionamento.

<sup>479</sup>Tra i favorevoli all'obbligo di repêchage Napoli M., *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano 1980, p. 313.

<sup>480</sup>Ichino P., *Il contratto di lavoro*, III, cit., p. 445.

<sup>481</sup>Cfr. Persiani M., *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. Dir. lav.*, 2000, p. 34; Ichino P., *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2002, I, p. 472.

<sup>482</sup>Cfr. Pisani C., *Il repechage nel licenziamento per motivi oggettivi: la "creazione" si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, IV, p. 184; Belvedere A., *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, Torino, 1987, p. 13.

Innanzitutto il testo riformato, in virtù delle possibilità di demansionamento accordate al datore di lavoro, potrebbe far sì che debba estendersi l'obbligo di *repêchage* anche a mansioni inferiori<sup>483</sup>.

Inoltre il datore di lavoro potrebbe utilizzare i commi I, II, IV e VI per ottenere il medesimo effetto.

In questo senso la riforma appare molto innovativa in quanto ricondurrebbe allo *jus variandi* l'ipotesi che prima era imposta dalla giurisprudenza.

Nel dettaglio il comma II prevede la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori in caso di modifica degli assetti aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore, tra queste vi è senza dubbio la soppressione del posto di lavoro che sarebbe un parametro oggettivo anche se si riconoscesse l'illegittimità del comma II<sup>484</sup>.

Per quanto riguarda il comma VI la norma pone come uno dei possibili requisiti per stipulare un accordo di demansionamento l'interesse del lavoratore al mantenimento dell'occupazione; ipotesi che non solo sarebbe perfettamente idonea a produrre i medesimi effetti del *repêchage*, ma in virtù della sua natura pattizia e della possibilità di ripristinare l'equivalenza sinallagmatica che si potrebbe perdere in caso di assegnazione ad una mansione inferiore.

In questo modo si sanerebbero inoltre tutti i vizi evidenziati dalla dottrina in merito alla legittimità dell'istituto.

A prescindere da queste considerazioni in merito alla compatibilità dell'istituto giurisprudenziale del *repêchage* con il normale regime del mutamento delle mansioni è importante considerare che tale istituto nasce come complementare al giustificato motivo oggettivo e pertanto devono sussistere le condizioni dello stesso per applicare quest'obbligo.

---

<sup>483</sup>Zumbo A. D., Rocchini E., *Il nuovo regime dei contratti flessibili e la disciplina delle mansioni*, in *Jobs act: prime riflessioni e decreti attuativi*, a cura di Pessi R., Sigillò Massara G., Roma, 2015, p. 49.

<sup>484</sup>A tal proposito si rinvia alle considerazioni fatte nel corso del capitolo precedente.

Come espresso all'inizio del presente paragrafo il *repêchage* è una creazione giurisprudenziale elaborata partendo dal presupposto che il licenziamento viene inteso dalla giurisprudenza come *extrema ratio* e che quindi il datore di lavoro deve cercare di utilizzare ogni possibilità in suo potere per non intimare il licenziamento.

Tale configurazione è stata attuata in virtù delle forti tutele previste all'art. 18 Stat. Lav. contro il licenziamento ingiustificato.

L'art. 3 d. lgs. 23/2015, tuttavia, prevede solo la "monetizzazione" del licenziamento ingiustificato<sup>485</sup>.

Pertanto è necessario chiedersi se tale obbligo possa essere ancora considerato effettivo<sup>486</sup>.

La risposta a questo quesito potrà dunque essere fornita solamente dalla giurisprudenza futura<sup>487</sup>.

### **3.5 L'irriducibilità della retribuzione.**

Un'ulteriore principio scaturente dall'art. 2103 c.c. quello dell'irriducibilità della retribuzione.

L'art. 36 Cost. afferma chiaramente che la retribuzione deve essere proporzionata all'attività prestata dal lavoratore.

Per questo motivo si presuppone che il lavoratore non possa avere riduzioni della retribuzione in quanto si andrebbe a perdere questo rapporto di proporzionalità costituzionalmente garantito.

L'art. 2103 c.c. fa altresì riferimento che tale divieto sussista anche nel caso in cui il lavoratore sia adibito a mansioni differenti.

---

<sup>485</sup>Nello specifico 2 mensilità per ogni anno di servizio, con un minimo di 4 e un massimo di 24.

<sup>486</sup>Guelfi C., *Il ruolo del "repechage" alla luce del d. lgs. 23/2015*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

<sup>487</sup>Si ricorda che l'applicazione delle "tutele crescenti" riguarda solamente le assunzioni effettuate a partire da 7 marzo 2015, mentre per i "vecchi" contratti continua a trovare applicazione l'art. 18 Stat. Lav. e con esso l'istituto del *repêchage*.

Tale principio è presente sin dalla prima stesura dell'art. 2103 c.c., anche se ciò era espresso in maniera differente.

In tale stesura si faceva riferimento al fatto che il lavoratore adibito a mansioni differenti avesse diritto a mantenere il regime di retribuzione precedente nel caso in cui questa fosse più maggiore ovvero quello di ricevere la retribuzione inerente a quelle nuove nel caso fosse per lui più vantaggiosa.

Tale norma rappresenta, di fatto, un archetipo di quello che sarà riconosciuto come principio di irriducibilità della retribuzione.

Il testo riformato del 1970 tale principio viene rafforzato affermando che il lavoratore adibito a mansioni equivalenti (vista l'impossibilità che lo stesso venga adibito a mansioni inferiori) non possa subire alcuna diminuzione della retribuzione («*senza alcuna riduzione della retribuzione*») e che abbia il diritto a percepire il «*trattamento corrispondente all'attività svolta*».

La nuova stesura ha inteso recepire alcuni orientamenti giurisprudenziali in materia.

Innanzitutto una recente giurisprudenza<sup>488</sup> ha ribadito che «*la retribuzione concordata al momento dell'assunzione non è riducibile*».

A tal proposito è comunque necessario analizzare quali elementi della retribuzione debbano essere considerati come irriducibili.

È senza dubbio irriducibile la retribuzione indicata dalle tabelle della contrattazione collettiva riferite a ogni posizione lavorativa<sup>489</sup> (la c.d. retribuzione tabellare), la quale costituisce lo “zoccolo duro” della retribuzione in virtù del fatto che questa sia erogata (per la maggior parte dei lavoratori) con carattere di continuità e di uniformità.

---

<sup>488</sup>Tribunale di Milano 16 febbraio 2016 n. 470, in [www.unicolavoro.it](http://www.unicolavoro.it)

<sup>489</sup>l'art. 2099 c.c. prevedrebbe anche la possibilità di retribuire il lavoratore mediante provvigioni, partecipazioni agli utili o tramite prestazioni in natura.

Un'altra modalità di conferimento della retribuzione molto diffusa è quella mediante prestazioni in natura, in particolare quella inerente agli ulteriori trattamenti accessori (c.d. *fringe benefits*) per i quali si dibatte se questi siano o meno assoggettabili al regime della retribuzione, con le relative conseguenze fiscali e contrattuali<sup>490</sup>.

La Cassazione ha risposto parzialmente a questo interrogativo affermando che il bene concesso in *benefits* possa essere ricondotto alla retribuzione solamente quando questo sia concesso al lavoratore in almeno uso promiscuo; ovvero quando il dipendente possa utilizzare il bene anche al di fuori del contesto e per scopi diversi da quelli lavorativi<sup>491</sup>.

Un'altra importante componente della retribuzione è quella derivante dalle indennità.

Tale forma è definita come «*erogazione assai varia, di solito collegata a particolari condizioni ambientali o di disagio (disagio, nocività, turno, sottosuolo, cuffia, trasferta, estero) oppure a rischi professionali (cassa maneggio denaro) o a esigenze del lavoratore (mensa, vestiario, trasporto)*»<sup>492</sup>.

È evidente come tale somma percepita dal lavoratore abbia lo scopo di compensare una situazione particolare, pertanto una modifica delle mansioni che vada a far cessare quella situazione farebbe cadere il presupposto per quella erogazione, quasi come il licenziamento esaurisce il presupposto per la retribuzione in virtù dell'interruzione del rapporto sinallagmatico.

Infatti un'importante sentenza della Cassazione ha ribadito<sup>493</sup> che «*per quelle indennità riconosciute non in funzione delle qualità essenziali delle mansioni svolte e, quindi, della professionalità del lavoratore, bensì in quanto correlate alle particolari modalità della prestazione lavorativa*» non

---

<sup>490</sup>Molteni G., *La nozione di retribuzione e il principio di irriducibilità*, in [www.odcet.mi.it](http://www.odcet.mi.it).

<sup>491</sup>Cass. 15 novembre 2002 n. 16129, in [www.leggiditalia.it](http://www.leggiditalia.it).

<sup>492</sup>Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, il contratto di lavoro*, cit., p. 361.

<sup>493</sup>Altre pronunce che esprimono il medesimo orientamento Cass. 14 maggio 1989 n. 2783, in *Foro it.*, 1979, I, p. 1745; Cass. 26 febbraio 1986 n. 1232, in *GC*, 1986, I, 1663.

è possibile che queste siano riconosciute come un elemento irriducibile della retribuzione<sup>494</sup>.

Tale sentenza comprende tra le indennità “sopprimibili” anche quelle inerenti ad una particolare modalità della prestazione<sup>495</sup>.

Il testo riformato dal governo Renzi sembra recepire appieno questo orientamento riscrivendo la norma in questo modo: *«il lavoratore ha diritto alla conservazione... del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa»*.

Non si rinviene, infine, alcuna novità in merito alla regolamentazione della retribuzione inerente ad un'adibizione a mansioni superiori.

---

<sup>494</sup>Cass. 8 agosto 2007 n. 17435, in *De Jure*.

<sup>495</sup>Vallebona A., *Istituzioni di diritto del lavoro, il contratto di lavoro*, cit., p. 179.

## CONCLUSIONI.

Il primo obiettivo raggiunto dalla riforma della disciplina è senza dubbio la semplicità.

Semplicità potrebbe essere la parola chiave alla luce di quanto esposto nel presente lavoro.

Innanzitutto il nuovo testo semplifica la conoscibilità della legge, in quanto inserisce tutta la normativa all'interno di un unico articolo del codice civile, quasi come a voler creare un testo unico.

Anche questo, nel suo piccolo, è una rivoluzione.

Anche l'adibizione a mansioni differenti è oggi molto più semplice poiché il datore di lavoro ha la possibilità di sapere in anticipo a quali mansioni ("equivalenti") è possibile adibire il proprio dipendente, senza lo spettro costante di una pronuncia giurisprudenziale inaspettatamente sfavorevole, la quale, come si è visto nel corso del III capitolo, poteva portare a risarcimenti elevatissimi.

Senza dubbio il vecchio concetto di equivalenza poteva risultare maggiormente idoneo a tutelare alcuni interessi del lavoratore, in quanto apportavano una buona protezione alla professionalità acquisita dal dipendente.

Tuttavia lasciare al giudice un così forte potere discrezionale in materia, paralizzava, di fatto, l'utilizzo dell'istituto del demansionamento<sup>496</sup>.

A tal proposito alcuni autori avevano ipotizzato, alle prime luci dello Statuto dei Lavoratori, che la vecchia definizione di "mansioni equivalenti" dovesse essere interpretata in maniera molto simile a quella del "nuovo" 2103 c.c.

---

<sup>496</sup>Il datore di lavoro poteva trovarsi nell'assurda situazione nella quale era più agevole operare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo piuttosto che demansionare il lavoratore.

Per questo motivo potrebbe essere coretto considerare il comma I dell'art. 3 d. lgs. 81/2015 quasi come fosse “interpretazione autentica” della vecchia normativa.

Anche il nuovo concetto di equivalenza, tuttavia, presenta delle criticità.

Ad esempio *quid iuris* nel caso in cui il lavoratore non sia in grado di effettuare mansioni “equivalenti”?

Nella trattazione si è risposto all'interrogativo affermando che probabilmente il datore di lavoro non sia gravato dell'obbligo di formazione di cui al comma III in quanto non avviene un vero e proprio mutamento dell'oggetto contrattuale.

Quest'interpretazione potrebbe tuttavia consentire al datore di lavoro di licenziare qualsiasi lavoratore.

È quindi probabile che la giurisprudenza interpreti la definizione del comma III «*ove necessario*» come un obbligo di formazione “in ogni caso”.

Questo tuttavia non potrebbe conciliarsi con l'espressa mancata nullità dell'atto di adibizione prevista dalla legge.

È inoltre probabile che i prossimi rinnovi della contrattazione collettiva saranno molto combattuti in quanto le rappresentanze dei lavoratori, presumibilmente, richiederanno una “riordino” del sistema classificatorio del contratto collettivo che frammenti i vari livelli d'inquadramento, ponendo allo stesso livello solo mansioni che siano professionalmente affini<sup>497</sup>.

Le rappresentanze dei datori di lavoro dovrebbero altresì “spingere” in senso contrario, ovvero riducendo i livelli di inquadramento in modo tale da poter utilizzare “appieno” lo *jus variandi* previsto dalla riforma dell'art. 2103 c.c.

---

<sup>497</sup>Si noti come anche questo sarebbe un forte passo avanti rispetto al passato in quanto i mutamenti possibili sarebbero almeno conoscibili.

La trattativa potrebbe risultare ancor di più importante in virtù di quanto previsto al comma IV; tuttavia questa modifica dovrebbe essere idonea a rafforzare ancor di più la contrattazione aziendale o di II livello<sup>498</sup>.

L'introduzione della possibilità di adibire il lavoratore a mansioni contrattualmente inferiori è senza dubbio l'altra grande novità della riforma.

Per quanto i limiti posti dal legislatore<sup>499</sup> questi dovrebbero risultare idonei sia per evitare un abuso da parte del datore, sia per rendere meno doloroso possibile per il lavoratore tale mutamento *in pejus*.

È tuttavia innegabile come l'attuazione della legge delega riguardo l'ipotesi di mutamenti aziendali che possano giustificare l'adibizione a mansioni inferiori possa essere "sospettata" di incostituzionalità per eccesso di delega; in particolare manca un riferimento a parametri oggettivi (previsto dalla legge delega).

Tuttavia sarebbe molto complesso istituire dei parametri oggettivi di mutamento che non siano il mutamento stesso<sup>500</sup>.

Nel complesso la norma sembra aver bilanciato gli interessi espressi dalla legge delega; tuttavia per definire la questione di costituzionalità sarà necessario aspettare il parere della Corte Costituzionale.

È inoltre interessante notare come il Governo abbia per certi versi "tolto la fiducia" alla giurisprudenza (spogliandola del potere di sindacare la professionalità del lavoratore) e per altri abbia completamente recepito la disciplina applicata dalla stessa (es. irriducibilità della retribuzione).

Alla luce di quanto esposto si rileva come la disciplina del mutamento delle mansioni abbia acquisito un carattere di flessibilità molto simile a quello previsto per la riforma delle tutele contro il licenziamento

---

<sup>498</sup>Senza dubbio più la contrattazione è "vicina" alla realtà aziendale che intende regolare più risulta efficace.

<sup>499</sup>Un solo livello inferiore, senza mutamento della categoria legale e mantenendo la medesima retribuzione.

<sup>500</sup>L'obbligo di forma scritta senza dubbio certifica un mutamento.

ingiustificato<sup>501</sup>, con la differenza fondamentale che la disciplina inerente alla prestazione di lavoro è applicabile anche ai “vecchi assunti”.

---

<sup>501</sup>Conciliabilità simile a quella degli artt. 13 e 18 Stat. Lav. e a quella della sola disciplina del codice civile.

## BIBLIOGRAFIA.

**AMENDOLA F.**, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. 81/2015*, in *WP C.S.D.L.E.* “Massimo D’Antona, 291/2016.

**AMOROSO G.**, *Commento all’art. 13*, in Amoroso G., Di Cerbo V. e Maresca A., *Il diritto del lavoro. Statuto dei lavoratori e disciplina dei licenziamenti*, II, Milano, 2004.

**ARANGUREN A.**, *La qualifica nel contratto di lavoro. Il diritto soggettivo alla qualifica*, Milano, 1961.

**ASSANTI C.**, *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1972.

**ASSANTI C.**, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo*, Milano, 1967.

**BALLETTI E.**, *Definizione della categoria e amministrazione congiunta dell’inquadramento nella contrattazione collettiva: i dirigenti*, in *RGL*, 1988, I.

**BANCHETTI S.**, *Il mobbing*, in *Trattato breve dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., Padova, 2001, III.

**BELVEDERE A.**, *Il linguaggio del codice civile: alcune osservazioni*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Rescigno, Torino, 1987.

**BROLLO M.**, *Disciplina delle mansioni*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015 n.81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT Labour Studies e-book series. N. 48.

**BROLLO M.**, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schelsinger P., Milano, 1997.

**BROLLO M., VENDRAMIN M.**, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, a cura di Persiani M., Carnici F., IV, 1.

**CASOTTI A.**, *Mutamento di mansioni e disciplina dello jus variandi*, in *Dir. E Prat. Lav.*, 2015, n. 27/2015.

**CAVALLARO L.**, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *RIDL*, 2001.

**CNEL**, *Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro*, 4 giugno 1985, [www.cnel.it](http://www.cnel.it), p. 748, sotto la presidenza di Luigi Mengoni.

**COSTANTINO&PARTNERS**, *Proposto un nuovo modello per la contrattazione collettiva da parte delle confederazioni sindacali*, <http://www.studiocostantino.it/archivio-news/diritti-sindacali/proposto-un-nuovo-modello-per-la-contrattazione-collettiva-da-parte-delle-confederazioni-sindacali>.

**COSTANTINO & PARTNERS**, *La Cassazione riconosce il reato di mobbing*, 12 gennaio 2016, [www.studiocostantino.it](http://www.studiocostantino.it).

**DE ANGELIS L.**, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 263/2015.

**DE LUCA TAMAJO R.**, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.

**DI MAJO G.**, *Tutela e risarcimento, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.

**FALZEA A.**, *L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milano, 1947.

**FERRARO G.**, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, in *DRI*, 1991.

**FOFFANO S.**, *Il bossing*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., IV, Padova, 2011.

**GALANTINO L.**, *Diritto del lavoro pubblico*, Torino, 2014.

**GAZZONI**, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004.

**GARGIULO U.**, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs act*, 2014, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona *Collective Volumes* 3/2014.

**GARGIULO U.**, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 c.c.*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).

**GARGIULO U.**, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, in *RIDL*, 2015, IV.

**GHERA A.**, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, in *Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind.*, 1991.

**GHERA E.**, *Diritto del lavoro*, Torino, 2015.

**GHERA E.**, *Mobilità introaziendale e limiti dell’art. 13 dello statuto dei lavoratori*, in *Mass. Giur. Lav.*, 1984.

**GIORGIANNI M.**, *Inadempimento b) Diritto privato*, in *Enc. Dir.*, XX, Varese, 1970.

**GIUGNI G.**, *Mansioni e qualifica*, in *Enc. Dir.*, XXV, Milano, 1975.

**GIUGNI G.**, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.

**GIUGNI G.**, in *AA.VV.*, *Presentazione del volume “Questioni attuali di diritto del lavoro”*, *Suppl. NGL*, n. 5/1990.

**GIUGNI G.**, *il dirigente di azienda nel diritto*, in *Il dirigente di azienda nell’evoluzione della società*, Roma, 1974.

**GIUSTI G.**, *Il mobbing*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., IV, Padova, 2011.

- GRAGNOLI E.**, *Considerazioni sul «diritto alla qualifica»*, in *RIDL*, 1991, I.
- GRANDI M.**, *La mobilità interna, in strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986.
- GRECO P.**, *Il contratto di lavoro*, Torino, 1939.
- GOFFREDO M.T. MELECA V.**, *Il mutamento di mansioni: nuove possibilità per il datore di lavoro*, in *Dir. & prat. Lav.*, 2015, n. 32-33.
- GUELFY C.**, *Il ruolo del “repechage” alla luce del d. lgs. 23/2015*, in [www.bollettinoadapt.it](http://www.bollettinoadapt.it).
- ICHINO P.**, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in [www.pietroichino.it](http://www.pietroichino.it).
- ICHINO P.**, *Il contratto di lavoro, I*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVII, Milano, 2000.
- ICHINO P.**, *Il contratto di lavoro, III*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, XVII, Milano, 2000.
- ICHINO P.**, *il lavoro ritrovato*, Milano, 2015.
- ICHINO P.**, *Interesse dell’impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1976, I.
- ICHINO P.**, *La qualità del lavoro dovuto e il suo mutamento*, in <http://www.assind.lu.it>.
- ICHINO P.**, *Sulla nozione di giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *RIDL*, 2002, I.
- LISO F.**, *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*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona, 2015.

**LISO F.**, *Categorie e qualifiche del lavoratore*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, 1989.

**LISO F.**, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.

**LOPEZ DE ONATE F.**, *La certezza del diritto*, Roma, 1942.

**LOSCHIAVO S.**, *La dequalificazione*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., IV, Padova, 2011.

**MANCINI G.F.**, *Il recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1963.

**MARESCA A.**, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1978, I.

**MENZIONI L.**, *I poteri dell'imprenditore*, relazione all'Accademia dei lincei a Roma, 24-25 novembre 1975, poi riportato in *Diritto e valori*, Bologna, 1985.

**MENZIONI L.**, *Le modificazioni del rapporto di lavoro alla luce dello Statuto dei lavoratori*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985.

**MENZIONI L.**, *Osservazioni e proposte sull'art. 2095 c.c.*, in *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1985.

**MIMMO G.**, *Mansioni, La riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015.

**MOLTENI G.**, *La nozione di retribuzione e il principio di irriducibilità*, in [www.odcet.mi.it](http://www.odcet.mi.it).

**NAPOLI A.**, *Jobs act, mutamento di mansioni: profili di incostituzionalità?*, in [www.ipsoa.it](http://www.ipsoa.it).

**OCCHIPINTI A.**, *Danno da demansionamento e inattività forzata*, in *Trattato dei nuovi danni*, a cura di Cendon P., Padova, 2001, III.

**PERA G.**, *Diritto del lavoro*, Padova, 1984.

**PERGOLESI F.**, *Dirigente di azienda*, in *Enc. Dir.*, XII, 1964.

**PERGOLESI F.**, *Il contratto individuale di lavoro nella nuova codificazione*, Bologna, 1942.

**PERSIANI M.**, *Diritto del lavoro e autorità dal punto di vista giuridico*, in *Arg. Dir. lav.*, 2000.

**PERSIANI M.**, *Prime osservazioni sulla disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. Lav.*, 1971, I.

**PERSIANI M., PROIA A.**, *Contratto e rapporto di lavoro*, Padova, 2003.

**PESSI R.**, *Accertamento dell'idoneità psicofisica del lavoratore allo svolgimento delle mansioni contrattuali e legittimità del patto modificativo in pejus delle stesse*, in *Dir. Lav.*, 1978, II.

**PESSI R.**, *Contributo allo studio della fattispecie del lavoro subordinato*, Torino, 1989.

**PESSI R.**, *Diritto del lavoro e categorie civilistiche*, in *Diritto del lavoro e categorie civilistiche* a cura di Santoro-Passarelli G., Atti del Seminario di studio svoltosi a Roma il 26 maggio 1990, presso l'Istituto di Diritto del Lavoro della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università "La Sapienza" di Roma, Torino, 1992.

**PESSI R.**, *Il notevole inadempimento tra fatto materiale e fatto giuridico*, in Pessi R. Sigillò Massara G. *Jobs act. Prime riflessioni e decreti attuativi*, Roma, 2015.

**PESSI R.**, *L'efficacia del diritto del lavoro e l'autonomia privata collettiva*, in *RIDL*, 2009, I.

**PESSI R.**, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012.

**PESSI R.**, *Persona e impresa nel diritto del lavoro*, in Aa. Vv. *Diritto e libertà: studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008.

**PESSI R.**, *Prime riflessioni sui decreti attuativi del Jobs act*, in Pessi R., Pisani C., Proia G., Vallebona A., *Jobs act e licenziamento*, Torino, 2015.

**PISANI C.**, *Formazione professionale «continua», equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2004, n.5.

**PISANI C.**, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015.

**PISANI C.**, *l'equivalenza delle mansioni nella giurisprudenza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2005, 8-9.

**PISANI C.**, *Mansioni del lavoratore*, in *Enc. Giur. Treccani*, XIX, 1990.

**PISANI C.**, *Il repechage nel licenziamento per motivi oggettivi: la “creazione” si espande al pari dell'incertezza*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2013, IV.

**PIZZOFERRATO A.**, *Tutela della professionalità e organizzazione produttiva*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 1994, II.

**RACCHI L.**, *Collaborazioni continuate e continuative e disciplina delle mansioni*, in *Diritto e pratica del lavoro*, 29/2015.

**ROMAGNOLI U.**, *La disciplina del mutamento di mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Riv. It. Dir. Proc. Civ.*, 1971.

**ROMAGNOLI U.**, in Ghezzi G., Mancini G. F., Montuschi L., Romagnoli U., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, in *Comm. c.c. Scialoja-Branca*, lib. V, *Del lavoro*, Bologna-Roma, 1979.

**SANTORO-PASSARELLI F.**, *Impiego privato*, in *Nss.D.I.*, VIII, Torino, 1962.

**SANTORO-PASSARELLI F.**, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli.

**SANTORO-PASSARELLI G.**, *Diritto dei Lavori*, Torino, 2013.

**SCOGNAMIGLIO R.**, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1990.

**SCOGNAMIGLIO R.**, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Nss. D. I., Appendice*, IV, Torino, 1983.

**SCOGNAMIGLIO R.**, *Osservazioni sull'art. 13 sullo statuto dei diritti del lavoratore*, in *Orient. Giur. Lav.*, 1972.

**SELWYN N.**, in *Dictionary of Employment law*, Londra, 1985.

**SPEZIALE V.**, *Processo del lavoro, certezza del diritto, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 257/2015.

**SOMVILLA M.**, *Il periculum per la persona del lavoratore*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2008.

**SUPPIEJ G.**, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo statuto dei lavoratori*, in *Riv. Dir. Lav.*, 1972, I.

**SUPPIEJ G.**, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982.

**TIRABOSCHI M., MENEGOTTO M.**, *Disciplina delle mansioni*, in *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs act*, Milano, 2016.

**TOSI P.**, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto di lavoro*, Milano, 1974.

**VALLEBONA A.**, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, n. 1-2.

**VALLEBONA A.**, *Istituzioni di diritto del lavoro (il rapporto di lavoro)*, Padova, 2012.

**VALLEBONA A.**, *Istituzioni di diritto del lavoro, il rapporto di lavoro*, Padova, 2015, 2015.

**VALLEBONA A.**, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Padova, 1988.

**VALLEBONA A.**, *La misura compulsoria per la condanna incoercibile*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2009, VII.

**VALLEBONA A.**, *Tutele giurisprudenziali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995.

**VENTURA L.**, *Il problema della parità di trattamento retributivo*, in *DLRI*, 1999.

**VOZA R.**, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 262/2015.

**ZOLI C.**, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. Rel. Ind.*, 2014.

**ZUMBO A. D., ROCCHINI E.**, *Il nuovo regime dei contratti flessibili e la disciplina delle mansioni*, in *Jobs act: prime riflessioni e decreti attuativi*, a cura di Pessi R., Sigillò Massara G., Roma, 2015.