



DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA

Cattedra di Diritto del Lavoro

Lo jus variandi del datore di lavoro

RELATORE

Prof. Raffaele Fabozzi

CANDIDATO

Silvia D'Imperio

Matr. 113233

CORRELATORE

Prof. Roberto Pessi

ANNO ACCADEMICO 2016/2017

*Alla mia famiglia, per avermi regalato una vita
nella quale posso essere ciò che voglio.*

*Alla mia sorellina, perché e lei che devo
l'ambizione, la passione,
la consapevolezza di ogni scelta,
e l'ostinazione di avvicinare l'utopia di costruire
un mondo degno della sua purezza.*

Introduzione	6
--------------	---

CAPITOLO I

La disciplina delle mansioni prima del D.Lgs. 15 Giugno 2015, n. 81

I. Le mansioni

<i>1. L'assegnazione delle mansioni.</i>	10
<i>1.1. La qualifica e l'inquadramento del lavoratore nelle categorie.</i>	12
<i>1.2. L'equivalenza delle mansioni e la garanzia della professionalità.</i>	17
<i>1.3. L'irriducibilità retributiva.</i>	21

II. Le mansioni superiori

<i>2. L'assegnazione a mansioni superiori.</i>	24
<i>2.1. I casi di inoperatività della promozione automatica.</i>	26
<i>2.2. Il rifiuto del lavoratore all'assegnazione di mansioni superiori.</i>	28
<i>2.3. L'assorbimento retributivo.</i>	29

III. Le mansioni inferiori

<i>3. Il divieto di assegnazione a mansioni inferiori.</i>	32
<i>3.1. Le deroghe al divieto di assegnazione.</i>	35
<i>3.2. L'inidoneità psicofisica alle mansioni.</i>	38

CAPITOLO II

La disciplina delle mansioni dopo il D.Lgs. 15 Giugno 2015, n. 81

I. La riforma

<i>1. La riforma. Cenni generali.</i>	42
<i>1.1. Il contenuto e la portata della legge delega.</i>	44
<i>1.2. Il dibattito sull'eccesso di delega.</i>	46

II. Le mansioni

- 2. *L'assegnazione delle mansioni.* 54
 - 2.1. *Dall'equivalenza all'inquadramento.* 56
 - 2.2. *Il problema della garanzia della professionalità.* 59
 - 2.3. *Il ruolo della contrattazione collettiva nel primo comma dell'art. 2103.* 62

III. Le mansioni inferiori

- 3. *L'assegnazione a mansioni inferiori.* 65
 - 3.1. *Le fattispecie di demansionamento unilaterale.* 66
 - 3.2. *Il demansionamento concordato.* 73

IV. L'obbligo formativo

- 4. *L'assolvimento dell'obbligo formativo.* 79

V. Le mansioni superiori

- 5. *L'assegnazione a mansioni superiori.* 84
 - 5.1. *La promozione automatica.* 89
 - 5.2. *La volontà del lavoratore.* 94

CAPITOLO III

La tutela del lavoratore per la violazione dell'art. 2103 cod. civ.

I. Le forme di tutela

- 1. *La tutela giurisdizionale: problemi di effettività.* 97
 - 1.1. *L'autotutela individuale.* 101

II. Il demansionamento illegittimo

- 2. *La violazione dell'art. 2103.* 108
 - 2.1. *Le fattispecie residue di demansionamento vietato.* 111
 - 2.2. *Le differenze con le fattispecie di "mobbing" e "stalking".* 113

2.3. <i>La sottrazione di mansioni.</i>	116
2.4. <i>La prova dell'illegittimità del mutamento di mansioni.</i>	119
III. L'autotutela	
3. <i>Il rifiuto del lavoratore allo svolgimento di mansioni non dovute.</i>	123
IV. I rimedi giurisdizionali	
4. <i>L'accertamento della nullità e la condanna all'adempimento.</i>	126
4.1. <i>La tutela cautelare.</i>	128
V. Il risarcimento del danno	
5. <i>La tutela risarcitoria.</i>	132
5.1. <i>I danni da demansionamento.</i>	133
5.2. <i>L'onere probatorio del danno.</i>	137
Conclusioni	142
Bibliografia	146

INTRODUZIONE

Il presente lavoro ha ad oggetto l'analisi dell'evoluzione della normativa in tema di mansioni, alla luce della recente riforma, e gli strumenti di tutela offerti dall'ordinamento al lavoratore, di fronte ad eventuali violazioni della nuova disciplina che vadano a pregiudicare gli interessi del prestatore.

Il nucleo centrale della trattazione sarà l'articolo 2103 del Codice Civile, modificato nei suoi contenuti fondamentali dall'art. 3 comma 1 del D. Lgs. 15 Giugno 2015, n. 81, il quale ha consegnato al nostro ordinamento una norma che, se ad una prima analisi potrebbe risultare, e certamente lo è, diversa dalla precedente formulazione in modo consistente ed incisivo, non ha fatto altro che adeguarsi alle richieste del mercato del lavoro, accogliendo gran parte di quei mutamenti dei quali si sentiva l'esigenza già da tempo, soprattutto in relazione alla fattispecie di demansionamento del lavoratore; l'impianto normativo che ne deriva è un tentativo di bilanciare l'irrinunciabile tutela dei diritti del lavoratore, storicamente definito come parte debole del rapporto, con le esigenze non solo del datore di lavoro, ma dell'intero mercato, in un momento storico nel quale l'azione del legislatore deve costantemente fare i conti con una rapida evoluzione delle tecniche di lavoro, dei rapporti sociali, lavorativi ed interpersonali, ed allo stesso tempo con una crescente difficoltà non solo delle possibilità di realizzazione professionale, ma anche di collocamento e ricollocamento nel mondo del lavoro.

Il testo è suddiviso in tre capitoli, in ciascuno dei quali sarà analizzato un diverso aspetto della disciplina dello *jus variandi* del datore di lavoro: i primi due capitoli trattano, rispettivamente, del contenuto dell'art. 2103 cod. civ. prima e dopo la riforma, e sono strutturati in maniera tale da rispettare il più fedelmente possibile l'ordine di argomenti prescelto dal legislatore, nella formulazione del vecchio e del nuovo testo; nel terzo capitolo, invece, sarà affrontata la tematica della protezione del lavoratore da abusi ed inadempimenti del datore di lavoro, ed i rimedi concretamente esperibili a salvaguardia dei propri interessi.

Il primo capitolo è a sua volta articolato in tre paragrafi, che hanno ad oggetto l'assegnazione delle mansioni e le ipotesi di mutamento, attraverso l'adibizione del

prestatore a mansioni superiori ed inferiori; la trattazione avrà inizio analizzando i criteri mediante i quali è possibile individuare la corretta assegnazione dei compiti originariamente pattuiti a livello contrattuale tra il lavoratore ed il datore di lavoro, nonché i limiti di estensione dello spazio lasciato all'imprenditore per la variazione dei compiti dei propri dipendenti. Nel primo dei tre paragrafi saranno fornite le definizioni dei concetti chiave per la comprensione dell'intera materia, quali inquadramento, qualifica contrattuale e legale, categoria ed equivalenza, secondo gli approdi della dottrina e della giurisprudenza del tempo; verrà approfondito il ruolo che era stato originariamente assegnato al criterio dell'equivalenza, come prima garante della professionalità, ed il flusso con il quale la tutela del patrimonio di conoscenze e competenze tecniche del lavoratore ha subito un'evoluzione giurisprudenziale e dottrinale, che ha portato ad un cambiamento dello stesso contenuto della professionalità che si riteneva di dover proteggere.

Nei successivi paragrafi del primo capitolo saranno analizzati i limiti all'esercizio dello *jus variandi* da parte del datore di lavoro, iniziando dalle previsioni normative in materia di promozione automatica e demansionamento, ed esaminando successivamente i casi di inoperatività e le deroghe concesse alla disciplina: vedremo, nell'ambito dell'assegnazione a mansioni superiori, i requisiti che dovevano sussistere per la stabilizzazione dell'acquisizione della qualifica sovraordinata, le situazioni nelle quali l'adibizione non poteva considerarsi definitiva, ed in ultimo il trattamento retributivo spettante al prestatore in relazione allo svolgimento di compiti superiori a quelli originari; per quanto riguarda il demansionamento, ci soffermeremo sul divieto contenuto nell'ultimo comma del vecchio articolo 2103, e sulle eccezioni individuate a livello legislativo e giurisprudenziale.

Il secondo capitolo si apre con una veloce e generale indagine sugli argomenti della riforma nei vari ambiti del diritto del lavoro sui quali è andata ad incidere, che si conclude con l'esame circa le finalità della legge delega e la rispondenza dei suoi contenuti con i decreti attuativi, per appurare se si possa correttamente parlare di un eccesso di delega.

I paragrafi che seguono contengono un esame di tutti gli aspetti della disciplina del mutamento delle mansioni, così come risulta dalla nuova formulazione, in un ordine il più possibile aderente al testo dell'articolo. Inizieremo, così come per il primo capitolo, con le modalità di assegnazione delle mansioni, evidenziando i punti più significativamente dissonanti con la norma precedente, quali l'abbandono del criterio dell'equivalenza a favore dell'inquadramento, e le sue conseguenze sul piano della tutela della professionalità, nonché il peso che il nuovo articolo attribuisce alla contrattazione collettiva sin dal momento dell'individuazione dei compiti che spettano al lavoratore.

Si proseguirà analizzando le ipotesi introdotte dal legislatore di legittima adibizione a mansioni inferiori, disposta dal datore di lavoro, dalle organizzazioni sindacali o da accordi individuali del lavoratore, le condizioni e conseguenze della formazione professionale connessa al demansionamento, ed i problemi circa la qualificazione della fattispecie come obbligo o onere gravante sul lavoratore, sul datore di lavoro o su entrambi.

Nel paragrafo conclusivo di questo secondo capitolo si tratterà delle modifiche alla disciplina dell'assegnazione a mansioni superiori, delle mutate condizioni per l'operatività della promozione automatica, e del peso del consenso del lavoratore affinché questa diventi definitiva.

Il contenuto del terzo ed ultimo capitolo riguarda le forme di tutela per il lavoratore nei casi di inadempimento del datore di lavoro; il primo paragrafo si apre con una finestra sui problemi circa l'applicabilità della tutela giurisdizionale al diritto del lavoro, data la particolare struttura del rapporto e della relazione tra dipendente e datore, e si conclude con l'introduzione dei mezzi, anche alternativi al giudizio, di autotutela conservativa, qualora il prestatore ritenga che siano maggiormente soddisfattivi dei suoi interessi.

Il capitolo prosegue rilevando le situazioni nelle quali il demansionamento del lavoratore è considerato illegittimo, alla luce delle modifiche apportate dalla riforma, con una particolare attenzione per le tesi riguardanti la corretta qualificazione giuridica della fattispecie e le conseguenze che ne derivano sul piano della prova

processuale dell'illecito. Inoltre, le ipotesi di illegittimo mutamento di mansioni verranno affiancate alle fattispecie di *mobbing* e *stalking*, al fine di rimarcare i vari punti di contatto e di distanza.

Successivamente, la trattazione della materia procederà con l'introduzione dei due rimedi esperibili in concreto: l'autotutela conservativa, nella forma del rifiuto di svolgere mansioni non dovute, ed il ricorso ai mezzi di tutela giurisdizionali; saranno approfondite, a tal proposito, l'azione di accertamento, l'azione di condanna del datore all'adempimento della prestazione, e la richiesta di provvedimenti cautelari, facendo attenzione a mettere in luce i profili di criticità di ciascuno di questi rimedi, in collegamento con la loro attitudine alla soddisfazione delle pretese del lavoratore.

L'ultimo paragrafo del terzo capitolo, con il quale si conclude l'intera esposizione, riguarda il diritto del prestatore di ottenere un risarcimento del danno subito a causa della condotta del datore di lavoro indipendentemente, o in collegamento, con gli altri mezzi di tutela esposti in precedenza. Verranno esaminate le varie categorie di danno per demansionamento, così come delineate dall'ultima giurisprudenza, e le teorie su quale sia la parte onerata della prova in giudizio della lesione degli interessi del creditore.

L'esposizione della materia è frutto di una comparazione tra le posizioni della dottrina più illustre ed influente, sia riguardo alla passata formulazione legislativa, sia riguardo a quella odierna, alla quale si aggiungono gli approdi giurisprudenziali che hanno maggiormente influenzato l'evoluzione della disciplina; non è stata effettuata alcuna scelta tra le varie teorie, talvolta contrastanti tra loro, sia perché si tratta di pareri autorevoli che, anche se non condivisi o dibattuti, non possono essere ignorati, sia perché questa trattazione vuole esporre l'argomento come il frutto di un'evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale, finalità per la quale non si può prescindere dal riportare i contributi che nel tempo sono stati apportati dai protagonisti del panorama diritto del lavoro.

CAPITOLO I

La disciplina delle mansioni prima del D.Lgs. 15 Giugno 2015, n. 81

I. Le mansioni

1. L'assegnazione delle mansioni. 1.1. La qualifica e l'inquadramento del lavoratore nelle categorie. 1.2. L'equivalenza delle mansioni e la garanzia della professionalità. 1.3. L'irriducibilità retributiva.

1. L'assegnazione delle mansioni.

Il lavoratore assunto a tempo indeterminato è titolare di un'obbligazione consistente in un *facere*¹, che si identifica con lo svolgimento della prestazione lavorativa, alle dipendenze e sotto la direzione del datore di lavoro. Per determinare qualitativamente tale prestazione si fa riferimento alle mansioni, cioè a quella serie di operazioni ed attività che il lavoratore è tenuto a compiere in quanto costituiscono la maggior parte del suo debito nei confronti del datore.

Il nostro Codice Civile disciplina l'assegnazione ed il mutamento di mansioni all'art. 2103, recentemente modificato dall'art. 3 del D.Lgs. 81/2015; andando ad esaminare la disciplina previgente, bisogna in primo luogo stabilire le modalità e i criteri di assegnazione delle mansioni al lavoratore, che risultano necessari anche ai fini della corretta qualificazione delle fattispecie di modifica delle mansioni. L'art. 2103 c.c. prevede, nella precedente come nella nuova formulazione, che il lavoratore debba svolgere le mansioni per le quali è stato assunto, secondo il principio di contrattualità delle mansioni di assunzione, codificato nell'art. 96 delle disp. att. cod. civ. per il quale, al momento della costituzione del rapporto di lavoro, le stesse mansioni devono essere indicate in forma specifica, e non generica. Al momento dell'assunzione, infatti, l'imprenditore deve mettere il lavoratore a conoscenza della categoria e qualifica che intende assegnargli, "in relazione alle mansioni per cui è

¹GIUGNI, 1963, *Mansioni e qualifica del rapporto di lavoro*, p. 3 ss.

stato assunto”. L’esatta individuazione dei compiti inizialmente convenuti è rilevante per poter identificare correttamente le fattispecie di legittimo o illegittimo mutamento delle mansioni. Non tutte le variazioni dei compiti originariamente assegnati costituiscono ipotesi di modifica sottoposta ai limiti di legge, ma solo quelle che incidono in maniera consistente sul modello di prestazione convenuto nel contratto; si tratta di ipotesi nelle quali il datore assegna al lavoratore compiti concreti e specifici, che, se pur non modificando la prestazione prevista contrattualmente, ne alterano il contenuto. Queste fattispecie di mutamento verso mansioni non comprese nel contratto possono essere facilmente colte nei casi in cui le parti abbiano convenuto dettagliatamente l’elenco dei compiti nei quali consiste lo svolgimento della prestazione, ma molto meno agevolmente nelle ipotesi, sicuramente più frequenti, in cui tale disciplina nel contratto risulti scarna. Per poter determinare le mansioni iniziali alle quali è adibito il lavoratore, occorre dunque guardare alla volontà delle parti, attraverso la considerazione di strumenti idonei a ricostruirla, che possono consistere sia in vicende precontrattuali, quali esplicite dichiarazioni delle parti, ma anche in quelle intervenute successivamente alla stipula del contratto, cioè lo svolgimento effettivo delle mansioni. A questo punto il problema che viene alla luce consiste in ciò, che spesso le mansioni inizialmente svolte non esauriscono il modello, più ampio, pensato dalle parti, e quand’anche sia stato possibile desumerne la volontà, attraverso la corretta analisi di tutti gli elementi a disposizione, il quadro che ne deriva non è quasi mai univoco ed esauriente; per questo motivo è necessario il ricorso ai mezzi di interpretazione oggettiva di cui all’art. 1360 cod. civ., che portano alla tipizzazione di una serie di attività che, svolte unitariamente, riconducono la prestazione ad un modello che appartenga al mercato del lavoro ma che sia oggettivo perché esterno all’impresa. Sulla base del richiamo, nel predetto articolo, a criteri di tipicità ambientale, si può considerare come punto di riferimento iniziale la posizione concretamente ricoperta all’interno dell’azienda, nella quale si fanno confluire le attività convenute in origine.

1.1. La qualifica e l'inquadramento del lavoratore nelle categorie.

Unitamente all' assegnazione delle mansioni corre la comunicazione al lavoratore della qualifica e categoria, in base al già richiamato art. 96 delle disp. att. cod. civ.; si tratta in realtà di due nozioni del cui ambito può risultare complicata la delimitazione, perché spesso l'uso che ne viene fatto consente tra loro una certa fungibilità. Per la corretta qualificazione di entrambe le espressioni è necessario specificare in primo luogo la nozione di qualifica, che parte della dottrina utilizza come comprensiva di distinte fattispecie, tra cui categorie, gradi, gruppi, classi; nell'uso comune le qualifiche identificano tipi di lavoratore o profili professionali, e ciò risulta evidente dagli stessi contratti collettivi di lavoro, che parlano, ad esempio, di operaio o impiegato, specializzato o qualificato, e così via, riferendosi direttamente alla professione o mestiere, e solo indirettamente alle attività svolte. Nonostante dall'analisi dei testi normativi si evinca che tale nozione sia, letteralmente, immediatamente collegata alla persona del prestatore, non può certo dirsi un attributo del soggetto: si tratta invece di una determinazione oggettiva della prestazione. La qualifica viene ad essere, secondo un'autorevole dottrina, più che un termine collegato alla mansione, una sua vera variante semantica²; il lavoratore viene infatti compreso in una qualifica in ragione delle mansioni a lui assegnate, alle quali corrispondono una serie di compiti che vengono riferiti alla sua persona, piuttosto che all'attività svolta, solo per ragioni di comodità linguistica; non mancano infatti, negli stessi testi normativi, espressioni più puntuali quali "addetto alla mansione di..", agli stessi fini di attribuzione della qualifica.

Nonostante tali considerazioni, rimane comunque difficile confinare la qualifica in una definizione esatta e non evanescente, perché può accadere che questa non esaurisca l'intera serie di compiti esigibili dal lavoratore, come anche può accadere che identifichi un novero di mansioni non sempre riconducibili ad una professione. La tesi della sostanziale identità tra mansioni e qualifica non riesce infatti a spiegare quei fenomeni, di cosiddetta qualifica convenzionale, in cui non

² COMBA-CORRADO, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico*, Torino, 1956, p. 112; GIUGNI, 1963, p. 9.

esista una perfetta coincidenza tra mansioni e qualifica, perché al lavoratore viene riconosciuto un inquadramento superiore non sulla base dello svolgimento delle mansioni, ma a causa di elementi idonei a determinare progressioni di carriera, quali il conseguimento di un determinato titolo di studio o il decorso di un'anzianità di servizio. Il lavoratore, pur continuando a svolgere i compiti originariamente concordati, è titolare di situazioni giuridiche attive e passive collegate non alle mansioni, che rimangono le stesse, bensì alla qualifica superiore attribuita, in forza di una espressa pattuizione delle parti. L'interesse protetto in questi casi è quello della professionalità del prestatore, in vista di una sua progressione di carriera, tanto che la giurisprudenza³ ha affermato che il lavoratore, a tutela della propria professionalità, e ai fini di uno sviluppo all'interno dell'azienda, può avanzare in via del tutto autonoma la pretesa dell'accertamento di una determinata qualifica.

Le qualifiche vengono generalmente raggruppate in divisioni più ampie, definite categorie, sulla base della prestazione svolta, che possono differire tra loro per molteplici aspetti, sia retributivi che normativi. La legge, nell'art. 2095 cod. civ., individua quattro grandi categorie: operai, impiegati, quadri e dirigenti, e l'appartenenza a ciascuna categoria è fissata dalla contrattazione collettiva, o, in mancanza, da leggi speciali, ai sensi del secondo comma dell'art. 2095 cod. civ.; è proprio il contratto collettivo, infatti, a determinare il trattamento economico e normativo applicabile a ciascuna categoria, nel rispetto del principio costituzionale della proporzionalità tra la retribuzione e la qualità del lavoro prestato (art.36 c.1), definendo qualifiche e mansioni per ogni area professionale. Le mansioni sono così tipizzate e classificate mediante il cosiddetto ventaglio, cioè una scala parametrica che le ordina in base al valore e le distribuisce in una serie di categorie contrattuali (da non confondersi con quelle legali), in base alla capacità professionale richiesta per il loro svolgimento⁴.

³ Cass., Sez. Un., 18 Dicembre 1987, n. 9417, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 908.

⁴ PESSI, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012, p. 269 ss.

In origine, nell'ordinamento corporativo sino alla fine degli anni '60, vigevo una netta separazione, economica e normativa, tra la categoria degli operai e quella degli impiegati, ed esisteva tra questa l'ulteriore figura dell'intermedio, anch'essa diversamente disciplinata sia normativamente che economicamente. La dottrina prevalente inquadrava il lavoratore nella categoria dell'operaio o dell'impiegato in ragione della natura della prestazione svolta, manuale per i primi ed intellettuale per i secondi, ma una parte autorevole della dottrina aveva individuato l'elemento distintivo di operai e impiegati, più che nella manualità, nella collaborazione, qualificando gli operai come collaboratori all'impresa e gli impiegati come collaboratori nell'impresa⁵; se è vero infatti che mansioni tipiche impiegatizie possono talvolta richiedere una certa manualità, e viceversa un operaio può essere chiamato a svolgere attività intellettuale, è sicuramente vero che quest'ultimo non sarà mai coinvolto nell'organizzazione dell'impresa, concorrendo esclusivamente a realizzarne il fine perseguito.

All'interno di ciascuna delle due categorie esistevano ulteriori articolazioni: gli operai erano specializzati, qualificati e comuni; gli impiegati erano di 1°, 2°, 3°, 4° categoria. La necessità di elaborare criteri distintivi di queste categorie nasceva dall'esistenza di professionalità che non facilmente potevano essere ricondotte all'interno di una o dell'altra categoria sulla base del contenuto della prestazione lavorativa, e al contempo dall'esigenza di mantenerle separate il più nettamente e precisamente possibile, data l'applicazione di diversi trattamenti normativi. A partire dall'inizio degli anni '70 però, questa distinzione ha gradualmente perso di importanza, lasciando il posto, sotto la spinta di una "conflittualità permanente"⁶, ad un nuovo sistema di classificazione professionale, il cosiddetto inquadramento unico. L'autonomia collettiva ha iniziato infatti a distribuire operai ed impiegati in livelli retributivi, da 8 a 10, con una conseguente parificazione del trattamento economico in ciascun livello, nel quale può essere inquadrato personale con qualifiche sia ex operaie che ex impiegatizie. L'evoluzione di questo nuovo modello di inquadramento

⁵ SANTORO-PASSARELLI, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995.

⁶ PESSI, 2012, p. 270.

ha portato poi alla distribuzione dei lavoratori in aree professionali, articolate a loro volta in livelli retributivi, con l'obiettivo di consentire al datore di lavoro di chiedere al proprio personale l'esercizio di mansioni rientranti nell'area professionale, più ampia rispetto al livello retributivo. A seguito di queste tendenze unificatrici, la distinzione tra la categoria degli operai e quella degli impiegati permane a livello legale, in base al dato normativo dell'art. 2095 cod. civ., ma in concreto ha ormai perso la sua significatività; esistono delle residue differenze di trattamento, soprattutto in materia previdenziale, come, ad esempio, quelle disposizioni che prevedono, per l'ipotesi di malattia, l'obbligo retributivo per gli impiegati e l'obbligo assicurativo presso l'Inps per gli operai (con una minore prestazione sostitutiva e periodi di franchigia), che sono però quasi sempre superate dalla contrattazione collettiva, che, nel caso stesso della malattia, garantisce invece agli operai il medesimo trattamento degli impiegati.

Passando all'esame della categoria dei quadri, la legge n. 190/1985, all'art. 1, li definisce come lavoratori che "pur non appartenendo alla categoria dei dirigenti svolgono funzioni con carattere continuativo di rilevante importanza ai fini dello sviluppo e della attuazione degli obiettivi di impresa"⁷. La disciplina di questa categoria legale è del tutto inesistente sotto il profilo della contrattazione collettiva, essendo i quadri inseriti nei livelli apicali o nelle aree professionali dei contratti collettivi applicati agli operai e impiegati, ed è anche piuttosto scarna dal punto di vista legislativo; la legge n. 190/1985 estende infatti ai quadri le norme riguardanti la categoria degli impiegati, salvo una diversa espressa disposizione, secondo quanto stabilito dall'art. 2 c. 3. Si tratta di tre norme specifiche, previste dagli artt. 4, 5 e 6, che hanno ad oggetto il rinvio alla contrattazione collettiva in materia di opere di ingegno; l'obbligo, gravante sul datore di lavoro, di assicurare i quadri contro il rischio di responsabilità civile verso terzi che derivi da comportamento colposo nello svolgimento delle mansioni contrattuali, obbligo esteso a tutti i dipendenti che siano particolarmente esposti al rischio di tale responsabilità a causa del tipo di mansioni

⁷ Cass. 22 Febbraio 2011, n. 4227, in *Lav. giur.*, 2011.

svolte; la possibilità, per l'autonomia collettiva, di ampliare il periodo di svolgimento continuativo di mansioni superiori, fissato, dall'art. 2103, a tre mesi.

Rimane quindi da esaminare la categoria dei dirigenti, dei quali il legislatore non ha individuato tratti identificativi, rimettendone la definizione all'autonomia collettiva, la quale distingue il dirigente dall'impiegato direttivo sulla base dell'incidenza del primo sulle scelte di politica aziendale e sugli obiettivi dell'impresa. I dirigenti hanno compiti di coordinamento, gestione e realizzazione degli obiettivi dell'impresa, che svolgono grazie ad uno specifico ed elevato grado di professionalità, godendo di autonomia e potere decisionale. Accanto a questa nozione contrattuale, la giurisprudenza ne ha elaborata una ulteriore, e più ristretta, che vede il dirigente come una sorta di *alter ego* dell'imprenditore⁸, con l'obiettivo di circoscrivere l'area dei lavoratori meno protetti, essendo i dirigenti esclusi dall'applicazione di numerose tutele previste per la generalità dei lavoratori, in forza dei poteri decisionali loro attribuiti.

Ai fini dell'inquadramento del lavoratore nella categoria dirigenziale non è prevista come condizione necessaria la nomina da parte del datore di lavoro; infatti, da una parte la giurisprudenza ha enucleato la figura dello pseudo-dirigente, cioè di quel lavoratore che, pur dotato di nomina, non sia titolare di funzioni dirigenziali⁹, e dall'altra la stessa autonomia collettiva ha riconosciuto al prestatore privo di nomina, che eserciti effettivamente tali funzioni, il diritto di chiedere l'inquadramento nella categoria dirigenziale¹⁰. Alla luce di tali previsioni risulta evidente che ciò che consente l'inquadramento come dirigente è l'effettivo e stabile svolgimento delle mansioni corrispondenti, con la conseguenza che un'eventuale inquadramento in senso peggiorativo, anche se consensuale, sarebbe affetto da nullità. Se il dirigente si trova in una situazione di promiscuità di mansioni, che appartengono quindi a diversi livelli o categorie legali, il lavoratore viene inquadrato nella categoria alla quale corrispondono le mansioni prevalentemente svolte.

⁸ Cass., Sez. Un., 29 Maggio 1995, n. 604, in *Foro it.*, 1995.

⁹ Cass. 13 Dicembre 2010, n. 25145, in *Guida dir.*, 2011.

¹⁰ Cass. 10 Marzo 2010, n. 5809, in *Rep. Foro it.*, 2011, voce *Prescrizione e decadenza*.

Per quel che riguarda propriamente la disciplina dirigenziale, bisogna distinguere tra trattamento economico e trattamento normativo; la retribuzione spettante al dirigente è prevista dai contratti collettivi, fatta eccezione per i dirigenti di vertice, il cui trattamento economico è determinato direttamente nel contratto individuale. Un' importante differenza rispetto alle altre categorie legali è che ai dirigenti non si applica una parte consistente della normativa prevista per la generalità dei lavoratori, che comprende orari di lavoro, apposizione della clausola del termine, nonché licenziamento.

1.2. L'equivalenza delle mansioni e la garanzia della professionalità.

La vecchia formulazione dell'art. 2103 introduceva il concetto di equivalenza tra mansioni di assunzione, o mansioni superiori acquisite in seguito all'assegnazione di una nuova qualifica, e mansioni effettivamente svolte, affermando proprio che il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, o a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte; l'introduzione del criterio dell'equivalenza è stata ricondotta, dalla giurisprudenza, alla tutela della professionalità del lavoratore, nel senso che a questi deve poter essere consentito di utilizzare, anche nell'espletamento dei nuovi compiti, le competenze acquisite nel corso della sua carriera. La norma ammette quindi lo spostamento in una dimensione orizzontale, all'interno della medesima categoria, mediante l'assegnazione di mansioni che, secondo la giurisprudenza della Corte di Cassazione, permettano che risulti "tutelato il patrimonio professionale del lavoratore, anche nel senso che la nuova formulazione gli consenta di utilizzare, e non di arricchire, il patrimonio professionale precedentemente acquisito, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenza ed esperienza"¹¹. La giurisprudenza interpreta l'equivalenza in un senso garantista non solo dell'individualità del lavoratore, con la tutela della sua dignità e personalità, ma anche dell'interesse della collettività alla conservazione di un patrimonio di

¹¹ Cass. 28 Marzo 1995, n. 3623, in *Dir. prat. lav.*, 1995, n. 2382; Cass. 26 Gennaio 1993, n. 9319.

esperienza e competenza, il quale non può considerarsi secondario rispetto alle esigenze dell'impresa¹². Ai fini della corretta qualificazione delle mansioni equivalenti, rileva non solo l'appartenenza di queste al medesimo livello contrattuale, perché spesso vi possono essere ricompresi raggruppamenti di professionalità tra loro eterogenee, bensì l'aderenza alla competenza tecnica e professionale del dipendente; si considera violazione dell'art. 2103 l'ipotesi in cui le nuove mansioni assegnate, rientranti nel livello o categoria di quelle precedenti, vadano a compromettere la conservazione o il miglioramento della competenza maturata, o pregiudichino l'avanzamento gerarchico del lavoratore all'interno dell'azienda¹³. In ragione di questa tutela della professionalità, è stato ritenuto illegittimo¹⁴, perché lesivo dell'equivalenza, oltre alla sostituzione di mansioni con altre di contenuto ridotto, la sottrazione di compiti cui non segua l'aggiunta di altri qualitativamente corrispondenti, ritenendo che sussista, anche in questi casi, diminuzione della professionalità e della posizione del dipendente. Bisogna precisare che la tutela dell'art. 2103 è attinente all'aspetto qualitativo della prestazione, e non a quello quantitativo¹⁵; diversi sono gli orientamenti che hanno considerato legittima l'assegnazione di mansioni quantitativamente inferiori, purché la perdita riguardi solo compiti accessori rispetto ai principali, mantenendo sostanzialmente invariato il nucleo delle mansioni originarie¹⁶. Sarà in realtà il giudice, in sede processuale, a dover poi verificare il rispetto o meno del criterio dell'equivalenza, valutando se alla diminuzione quantitativa del contenuto della prestazione sia susseguita una perdita qualitativa del livello professionale.

¹² Cass. 27 Maggio 1983, n. 3671, in *Foro. it, Rep.* 1983, 1072.

¹³ Cass. Sez. Lav. 17 Luglio 1998, n. 7040, in *Mass. Giur. It.*, 1998

¹⁴ ROMAGNOLI, *L'inquadramento professionale nella stagione dei rinnovi contrattuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979, p. 185-187; TREU, *Statuto dei lavoratori ed organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, p. 1033. Trib. Milano 7 Maggio 1977, in *Orient. giur. lav.* 1977, 721.

¹⁵ MEUCCI, *Conferme dalla Cassazione in tema di revoca dell'indennità estero, per rientro in patria*, in *Mass. giur. lav.* 1984, p. 13.

¹⁶ Cass. 8 giugno 1976, n. 2103, in *Riv. it. dir. lav.*, 1977, II, 520.

Un caso particolarmente dubbio che viene alla luce è rappresentato dalla possibilità per il lavoratore di richiedere egli stesso l'assegnazione di mansioni qualitativamente inferiori rispetto alle principali; la giurisprudenza ha dato al quesito una risposta affermativa, con delle limitazioni: le mansioni assegnate devono avere un contenuto accessorio e strumentale rispetto a quelle originarie, e devono essere temporalmente marginali, rilevando, nel giudizio sull'equivalenza, i criteri di pertinenza e prevalenza tra le mansioni. I compiti assegnati successivamente, inoltre, devono essere privi di individualità, in modo tale che si possa escludere la possibilità di una loro assegnazione ad altri lavoratori presenti all'interno dell'azienda, che siano inquadrati in un livello o categoria inferiore¹⁷.

Accanto a questa interpretazione del criterio dell'equivalenza, sicuramente maggioritario in giurisprudenza, è opportuno affiancare una serie di tendenze, invece minoritarie, verso una sua considerazione più elastica, non fondata esclusivamente sulla tutela della professionalità. Un primo orientamento è emerso a partire dagli anni '80, quando la giurisprudenza ha iniziato a considerare come attinente all'equivalenza non più solo il bagaglio professionale del prestatore, ma anche la sua capacità potenziale, che può essere accresciuta e perfezionata mediante corsi di formazione professionale¹⁸; il giudice deve quindi accertare che il lavoratore sia capace di eseguire le mansioni successivamente assegnate, valutando il grado di preparazione tecnica e la partecipazione ai corsi di formazione.

Sempre verso la tutela della professionalità, ma in un'ottica sicuramente più elastica, si collocano quelle sentenze che hanno ammesso l'assegnazione, al lavoratore, di mansioni anche notevolmente differenti rispetto a quelle originarie, purché tale adibizione sia temporanea e finalizzata ad una crescita professionale; non può dirsi integrata, infatti, l'ipotesi di violazione dell'art. 2103, se la modifica consente un arricchimento del bagaglio di competenze del prestatore, a condizione

¹⁷ Cass. 23 Novembre 1977, n. 5097, in *Riv. giur. lav.* 1978, II, 529.; Trib. Milano 12 Ottobre 1977, in *Orient. giur. lav.*, 1977, 1031; Pret. Milano 11 Luglio 1980, in *Orient. giur. lav.*, 1980, 724; Pret. Milano 28 Maggio 1982, in *Orient. giur. lav.*, 1078.

¹⁸ Cass. 16 Ottobre 1985, n. 5098, in *Giust. Civ.*, 1986; Cass. 8 Febbraio 1985, n. 1038, in *Riv. it. dir. lav.*, 1985; Cass. 19 Novembre 1984, n. 5921; Cass. 15 Giugno 1983, n. 4106, in *Giust. civ.*, 1984

però che le nuove mansioni non siano eccessivamente dequalificanti¹⁹. In questa ottica, la tutela del bagaglio professionale è garantita non tanto dall'assegnazione di mansioni equivalenti, quanto piuttosto dalla possibilità di una continua formazione, in considerazione delle capacità e attitudini del lavoratore, e al fine di impiegare nel modo più completo e fruttuoso possibile ogni sua abilità.

La dottrina²⁰, dal canto suo, ha spesso rimarcato l'inadeguatezza delle interpretazioni giurisprudenziali a sostenere il progresso economico e la crescente richiesta di competenze sempre più specifiche, dovuta allo sviluppo della tecnologia; la tesi del diritto del lavoratore alla conservazione della professionalità pregressa si applica in maniera abbastanza placida in periodi caratterizzati da una certa staticità del mercato del lavoro, ma diviene invece conflittuale quando sorgono esigenze di riorganizzazione e ristrutturazione, quando la caratteristica più preziosa per la professionalità dei prestatori di lavoro viene ad essere la polivalenza ed elasticità, in contrasto con la rigidità di una posizione che rimane sempre la stessa, durante l'intero corso della carriera lavorativa. Parte della dottrina ha affermato, ad esempio, che l'equivalenza sia collegata alla posizione del lavoratore in azienda²¹; altra parte che per garantire l'accrescimento della professionalità sia necessario teorizzare un

¹⁹ Cass.1 Settembre 2000, n. 11457, in *Guida al lav.*, 2000, n. 4129; Cass. 1 Marzo 2001, n. 2948, in *Giust. civ. mass.* 2001, 370; Cass. 2 Maggio 2006, n. 10091, in *Orient. giur. lav.* 2006, I, 289.

²⁰ BARTESAGHI, *La figura del dirigente nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Dir. lav.*, 1990, I, 42; DE LUCA TAMAJO, BIANCHI D'URSO, *La mobilità professionale dei lavoratori*, in *Lavoro e dir.*, 1990, p. 236; FANELLI, *I riflessi del nuovo modo di lavorare sulle classificazioni del lavoro*, in AA.VV., *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989, p. 121 ss.; GARILLI, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, p. 176, 181; LISO, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987, I, p. 56; MENGONI, *La cornice legale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987, p. 45 ss.; NOGLER, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 451; PALLADINI, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, in *Mass. giur. lav.*, 2012, p. 201; SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, p. 43.

²¹ DE LUCA TAMAJO, BIANCHI D'URSO, 1990, p. 238.

obbligo, gravante sul datore di lavoro, di formazione e riqualificazione del dipendente²².

Più diffuse erano, inoltre, le tesi secondo cui, fermi restando la continenza delle mansioni nel medesimo inquadramento e il carattere migliorativo dello spostamento, la norma può essere interpretata in modo tale da ricavarne tre differenti nozioni di equivalenza, a seconda che la modifica delle mansioni sia temporanea, imposta dal datore o pattizia. Secondo questa dottrina, per i mutamenti verso mansioni completamente differenti da quelle originarie è sempre necessario il consenso del lavoratore; il datore di lavoro può unilateralmente modificare i compiti del prestatore solo se la modifica non incide sulla posizione professionale del lavoratore, mentre invece, in via temporanea, il lavoratore può essere chiamato ad espletare mansioni che condividano, con le precedenti, un nucleo minimo di conoscenze teoriche e pratiche di base. Si tratta comunque di un'interpretazione sicuramente più fantasiosa rispetto alle altre, perché lontana dal dato testuale dell'art. 2103²³.

La soluzione che, invece, sembra più idonea a contrastare la rigidità di quella tradizionalmente accolta dalla giurisprudenza è l'ipotesi secondo cui il mutamento delle mansioni deve garantire al lavoratore non la conservazione dello stesso tipo di professionalità, ma l'acquisizione di una nuova, e di uguale valore di quella precedentemente posseduta²⁴.

1.3. L'irriducibilità retributiva.

L'esercizio dello *jus variandi* da parte del datore di lavoro, sancito dal comma 1 dell'art. 2103, è affiancato dal diritto del prestatore ad una irriducibilità retributiva, laddove è espressamente previsto il divieto di diminuzione della retribuzione

²² ANGIELLO, *Innovazione tecnologica e mobilità del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1986, I, p. 278, 280; ZANELLI, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1985, p. 58; GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Soveria Mannelli, 2008, p. 11 ss.

²³ PISANI, *Nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, p. 34 ss.

²⁴ GIUGNI, 1963, p. 555; PALLADINI, 2012, p. 201; PERA, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003, p. 506; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, p. 131; SOMVILLA, *'equivalenza può prescindere dalla professionalità pregressa*, in *Mass. giur. lav.*, 2010, p. 235.

spettante al lavoratore prima dell'assegnazione di mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte. Dall'entrata in vigore della norma in questione si sono registrate diverse posizioni interpretative, sia dottrinali che giurisprudenziali, al fine di valutare l'entità di tale irriducibilità; una prima interpretazione²⁵ vuole che il legislatore avesse inteso proteggere il livello di reddito precedentemente fruito dal prestatore, e quindi l'aspettativa di uno stabile guadagno al fine di assicurare il sostentamento del proprio nucleo familiare, con la conseguenza che rimangono comunque ricomprese nella retribuzione dovuta per le nuove mansioni anche quelle indennità accessorie collegate direttamente a modalità o condizioni di svolgimento dei compiti precedentemente assegnati, che però non sono richieste anche per l'espletamento dei successivi. Una variante di questa prima tesi²⁶ ribadisce la tutela della retribuzione precedente, aggiungendo però che ne rimarrebbero esclusi quei compensi a carattere occasionale o aleatorio, perché corrisposti in via temporanea, facendo rientrare nel guadagno globale esclusivamente gli emolumenti, anche accessori, che siano percepiti con continuità.

Di contenuto opposto alle precedenti risulta essere, invece, l'interpretazione di quella parte della dottrina²⁷ che vuole considerare la retribuzione non nella sua globalità, ma scomposta in vari elementi, con la conseguenza che non sono dovuti al lavoratore tutti i trattamenti economici collegati a modalità o condizioni dello svolgimento della prestazione lavorativa che non siano ricorrenti nelle successive mansioni assegnategli.

²⁵ D'ANTONA, *Mutamento di mansioni ed irriducibilità della retribuzione: sul 1° e 2° comma dell'art. 2103 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 1980, II, 710; SUPPIEJ, *Il commentario dello statuto dei lavoratori*, sub art. 13, Milano, 1975, p. 359; SUPPIEJ, *In rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982, p. 336.

²⁶ Pret. Roma 5 Gennaio 1982, in *Foro. it.*, 1989, I, 515; Pret. La Spezia 15 Gennaio 1981, in *Orient. giur. lav.*, 1981, 316; Pret. La Spezia 22 Giugno 1976, in *Riv. giur. lav.* 1977, II, 200.

²⁷ ASSANTI, PERA, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, sub art. 13, Padova, 1972, p. 151; DINI, *Mutamento di mansioni ed indennità accessorie*, in *Dir. lav.*, 1980, II, p. 266; LUCIFREDI, *Richiesta di mansioni inferiori e trattamento retributivo*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, p. 575; PERSIANI, *Problemi in tema di retribuzione*, in *Mass. giur. lav.*, 1980, p. 871.

È stata elaborata, infine, un'ultima interpretazione²⁸, che si pone in una posizione forse intermedia tra le precedenti, e che considera la retribuzione nel suo aspetto globale, andando però a distinguere gli aspetti estrinseci della prestazione da quelli intrinseci. Secondo questa dottrina, sono corrisposti al lavoratore quei compensi collegati per natura alla qualità delle mansioni precedenti, in quanto intrinsecamente inerenti alle modalità di esecuzione della prestazione, risultando quindi esclusi quelli invece correlati a condizioni estrinseche di espletamento dell'attività, non attinenti ad aspetti della professionalità del lavoratore. Il principio alla base di questa tesi risiede nella garanzia di una parità di trattamento tra i lavoratori, in particolare con quelli assunti più recentemente, assicurata dalla sottrazione di quelle indennità occasionali, delle quali il prestatore ha goduto solo temporaneamente, a causa, ad esempio, di eventuali rotazioni per motivi di mobilità, che sicuramente non sarebbero corrisposte al nuovo assunto, che svolge le medesime mansioni.

²⁸ MEUCCI, *Indennità di missione all'estero, revoca per rientro in sede, ininvocabilità del principio dell'irriducibilità retributiva ex art.2103 cod. civ. ed indennità di anzianità*, in *Mass. giur. lav.*, 1982, p. 195; MEUCCI, 1984, p. 34; PERSIANI, 1980, 42; PERSIANI, *Determinazione delle singole voci retributive ed interpretazione del contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1982, p. 459.

II. Le mansioni superiori

2. L'assegnazione a mansioni superiori. 2.1. I casi di inoperatività della promozione automatica. 2.2. Il rifiuto del lavoratore all'assegnazione di mansioni superiori. 2.3. L'assorbimento retributivo.

2. L'assegnazione a mansioni superiori.

Il diritto del lavoratore allo svolgimento delle mansioni convenute, o di quelle corrispondenti alla categoria superiore, successivamente acquisita, fa parte del nucleo di diritti inderogabili del prestatore, assicurati dallo Statuto dei lavoratori; nonostante ciò, proprio a garanzia della professionalità e per facilitare la progressione di carriera, il legislatore aveva previsto la possibilità, per il datore di lavoro, di adibire il lavoratore a mansioni superiori, la cui assegnazione diviene definitiva dopo un arco di tempo prestabilito, fissato dai contratti collettivi entro un periodo massimo di tre mesi, con conseguente diritto del prestatore alla retribuzione corrispondente all'attività effettivamente svolta.

Per poter correttamente individuare il carattere di superiorità delle nuove mansioni assegnate bisogna considerare il concetto e le interpretazioni, sopra richiamate, dell'equivalenza, essendo comunque necessaria la connotazione delle mansioni nella specifica realtà organizzativa aziendale.

Affinché si verifichi l'assegnazione definitiva a mansioni superiori, la cosiddetta promozione automatica, il prestatore deve espletare le mansioni con pienezza e completezza, cioè deve essere chiamato a svolgere tutti i compiti rientranti nella categoria superiore²⁹, e tale svolgimento deve essere effettivo, con sottrazione, quindi, delle assenze e delle pause³⁰. La stabilizzazione della posizione del lavoratore nella categoria superiore è strettamente collegata con la

²⁹ Cass. 1 Giugno 1983, n. 3751, in *Mass. giur. lav.*, 1983, *suppl.* n. 4, 56, 127; Cass. 13 Marzo 1982, n. 1647, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 27 Aprile 1982, n. 2593, in *Giur. it.*, 1983, I, 1, 106; Cass. 18 ottobre 1981, n. 5374, in *Orient. giur. lav.*, 1983, 56.

³⁰ SANTORO-PASSARELLI G., *Diritto dei lavori*, Torino, 2013, p. 277.

corresponsione della spettante retribuzione, perché il prestatore svolge mansioni che, essendo inquadrate in una differente categoria, sono, normalmente o auspicabilmente, collegate ad un diverso compenso; l'aspetto retributivo è dunque una pertinenza necessaria dello svolgimento delle mansioni superiori da parte del lavoratore, ma non della loro acquisizione definitiva, nel senso che il diritto alla corresponsione del differenziale sorge immediatamente, nel momento in cui avviene l'espletamento delle diverse mansioni. Al contrario, se dallo svolgimento dei compiti considerati superiori non derivi una differenza retributiva, o l'inquadramento in una diversa categoria, non può dirsi integrata la fattispecie di promozione automatica, perché questa si realizza solo quando alla mansione superiore corrisponda anche una superiore categoria, sia in termini economici che in termini di inquadramento³¹.

L'art. 2103 stabilisce espressamente un termine massimo, di tre mesi, oltre il quale le mansioni superiori si considerano definitivamente assegnate al lavoratore, con la possibilità, ad opera della contrattazione collettiva, di un innalzamento di tale soglia relativamente alle categorie dei quadri e dei dirigenti³²; il superamento del periodo trimestrale determina il riconoscimento, da parte del datore di lavoro, dell'idoneità del prestatore allo svolgimento dei compiti superiori, che si realizza, per comportamenti concludenti, allo scadere del termine ultimo, senza la possibilità di determinarne discrezionalmente una proroga. Per la valutazione del periodo idoneo a concretizzare la definitiva assegnazione, rileva il criterio della continuità³³, che non deve considerarsi pregiudicata da momenti di pausa caratteristici dell'attività svolta, che possono essere, ad esempio, malattia o infortunio³⁴, le ferie fruito nel periodo in questione, il riposo settimanale o eventuali festività infrasettimanali³⁵; in questi casi, infatti, si utilizza la regola della sommatoria, che prevede che i periodi di esecuzione

³¹ MEUCCI, 1984, p. 37 ss.

³² Art. 6, l. n. 190/1985, come novellato dalla l. n. 106/1986

³³ Cass. 30 Marzo 1979, n. 1859, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 576; Cass. 29 Ottobre 1976, n. 3895, in *Mass. giur. lav.*, 1977, 62.

³⁴ Cass. 21 Marzo 1983, n. 2001, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 124.

³⁵ Cass. 30 Marzo 1979, n. 1859, in *Riv. giur. lav.*, 1979, II, 471.

frazionata della prestazione si vengano a sommare, ai fini del raggiungimento dei tre mesi. La ratio di questa previsione risiede nella considerazione che tutte queste fattispecie sono, per prima cosa, fisiologiche della disciplina delle mansioni svolte, e, in secondo luogo, dotate di rilevanza sociale e costituzionale; l'interruzione della prestazione che ne consegue, infatti, non è imputabile al prestatore di lavoro, con la conseguenza che questi non può esserne danneggiato. La giurisprudenza considera, inoltre, in frode alla legge le ipotesi di frazionamento del tempo della prestazione lavorativa, ad opera del datore di lavoro, finalizzato esclusivamente ad impedire la maturazione del periodo previsto per l'assegnazione definitiva, mediante l'adibizione a mansioni superiori per periodi inferiori a tre mesi di per sé, ma superiori complessivamente³⁶. Vi sono delle ipotesi in cui la giurisprudenza reputa comunque integrato il requisito della continuità, prescindendo anche dalla valutazione sul carattere fraudolento delle assegnazioni superiori nel caso in cui queste siano considerate metodiche, frequenti e sistematiche, in ragione della loro continuità, del tempo intercorso tra una e l'altra, della loro interruzione a ridosso dello scadere del termine³⁷.

2.1. I casi di inoperatività della promozione automatica.

L'art. 2103 individua espressamente un'ipotesi di non operatività della promozione automatica, nel caso, cioè, in cui l'assegnazione alle mansioni superiori sia avvenuta in sostituzione di un lavoratore assente, con diritto alla conservazione del posto. Per lavoratore assente, con diritto alla conservazione del posto, si intende, secondo la giurisprudenza³⁸, colui che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione del rapporto per cause determinate dalla legge o dalla contrattazione collettiva; rientrano quindi nella categoria le fattispecie sospensive ex.

³⁶ Cass. 27 marzo 1982, n. 1912, in *Foro. it.*, 1982, I 1583; Cass. 26 Febbraio 1982, n. 1249, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 29 Ottobre 1976, n. 3895, in *Mass. giur. lav.*, 1977, 62..

³⁷ Cass. 21 Dicembre 1982, n. 7104, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 27 Marzo 1982, n. 1912, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 14 Dicembre 1982, n. 6890, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 10 Agosto 1980, n. 4958, in *Mass. giur. lav.*, 1980, 784.

³⁸ Cass. 18 Novembre 1982, n. 6212, in *Segn. giur. lav.*, 1982, II, 2 a; Cass. 21 Agosto 1981, n. 4976, in *Giust. civ.*, 1982, I, 118; Cass. 14 Ottobre 1980, n. 5733, in *Riv. giur. lav.*, 1981, II, 303.

art. 2110 cod. civ, art. 31 S.d.l., art, 40, 36 Cost., e cioè malattia, infortunio e maternità, permessi e aspettative per funzioni pubbliche elettive e cariche sindacali, sciopero e ferie, e le assenze equiparate per quanto riguarda gli effetti sospensivi del rapporto. Nel caso di mancato rientro del lavoratore assente sostituito, non può dirsi operante la promozione automatica, perché si sottrarrebbe al datore di lavoro la facoltà di decidere autonomamente e senza restrizioni il candidato da adibire a quelle determinate mansioni, essendo possibile che egli abbia conferito l'incarico della sostituzione in maniera relativamente indifferente, confidando sulla provvisorietà dell'assenza. Proprio per questo, a meno che non vi siano delle previsioni contrattuali che prevedono la definitiva assegnazione di mansioni superiori al supplente, il mancato rientro in servizio non ha rilevanza legale ai fini della promozione automatica³⁹.

Il lavoratore che deduce il diritto alla promozione automatica ha l'onere di provare che il lavoratore sostituito non ha diritto alla conservazione del posto, essendo questa una condizione necessaria per l'assegnazione definitiva delle mansioni⁴⁰, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza, la quale, in aggiunta, esclude che l'onere di provare la sussistenza del diritto alla conservazione del posto possa gravare sul datore di lavoro⁴¹. Il lavoratore sostituito deve allegare le prove che lo svolgimento della prestazione sia avvenuto su una posizione priva di titolare, ferma restando la possibilità per il datore di lavoro di provare che invece l'assegnazione fosse funzionale alla sostituzione di un lavoratore con diritto alla conservazione del posto. In ogni caso, la giurisprudenza aggiunge che non può dirsi

³⁹ LISO, 1982, p. 202; MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori*, in *Riv. giur. lav.*, 1978, I, p. 441.

⁴⁰ Cass. 10 Novembre 1989, n. 4740, in *Rep. it.*, 1989; Cass. 10 Aprile 1999, n. 3529, in *Rep. it.*, 1999; Cass. 6 Aprile 2000, n. 4312, in *Rep. it.*, 2000.

⁴¹ Cass. 15 maggio 2013, n. 11717: “(...) non può (...) affermarsi il principio che nella materia in esame, riguardante la promozione automatica ex art. 2103 c.c., gravi sul datore di lavoro la prova che il lavoratore sostituito abbia diritto alla conservazione del suo posto di lavoro, nè può giustificarsi tale assunto con il riferimento al criterio - da ricondurre al disposto dell'art. 24 Cost. - della "disponibilità" e della "prossimità" della circostanza da provare in capo al datore di lavoro, e ciò al fine di non rendere impossibile o troppo difficile l'esercizio dell'azione in giudizio con conseguente indebolimento della tutela del diritto.”

operante il meccanismo della promozione automatica nel caso in cui l'espletamento delle mansioni superiori fosse contrario alla volontà del datore di lavoro⁴².

Accanto alla limitazione prevista dalla legge, sono presenti nel nostro ordinamento ulteriori ipotesi in cui non si verifica l'assegnazione definitiva, prima tra tutte lo svolgimento di fatto, oltre il periodo consentito, di funzioni per le quali sono richieste dalla legge specifiche abilitazioni, quali l'iscrizione in albi professionali o il superamento di esami di idoneità; autorizzare la promozione automatica in questi casi significherebbe, infatti, contravvenire a previsioni normative che esistono per la tutela dell'ordine pubblico e nell'interesse della collettività. Non potendosi configurare la fattispecie di promozione automatica, ne consegue necessariamente l'impossibilità di corrispondere al prestatore il relativo incremento retributivo, trattandosi di mansioni espletate illecitamente, pertanto anche perseguibili penalmente; non può ritenersi, inoltre, efficace il ricorso all'art. 2126 cod. civ., che, facendo riferimento ad un'attività lavorativa eseguita in violazione di norme a tutela del prestatore, assicura comunque al lavoratore la corrispondente retribuzione, perché nel caso specifico le norme violate non hanno ad oggetto i diritti del prestatore, ma gli interessi della collettività.

2.2. Il rifiuto del lavoratore all'assegnazione di mansioni superiori.

Un aspetto controverso della disciplina in questione riguarda la necessità che sussista il consenso del lavoratore all'assegnazione di mansioni superiori; l'argomento è in realtà discusso⁴³, perché parte della dottrina ritiene che, non essendo il consenso previsto né richiesto da alcun tipo di disposizione normativa, il lavoratore che abbia maturato le condizioni per l'assegnazione definitiva non potrebbe rinunciarvi. Altra dottrina afferma invece che la volontà del lavoratore all'accettazione della promozione automatica, anche se non prevista dalla legge, dovrebbe essere manifestata, in maniera tacita o espressa, al momento dell'assegnazione delle mansioni superiori. Esiste, infine, un orientamento, condiviso

⁴² Cass. 15 maggio 2013, n. 11717

⁴³ SANTORO-PASSARELLI G., 2013, p. 277

dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione⁴⁴, che ritiene che il consenso del prestatore si renda necessario nel momento della maturazione dei requisiti per la definitiva assegnazione, se questi si trova a dover ricoprire una posizione che comporti una variazione irreversibile di responsabilità, impegno lavorativo, reddito ed imposizione fiscale. In conseguenza di queste riflessioni, il licenziamento del lavoratore che rifiuti l'espletamento delle mansioni superiori è considerato illegittimo, se tali mansioni non solo comportino un incremento di responsabilità, anche penale, ma si pongano al di fuori della qualifica del lavoratore, e qualora questi non possieda le conoscenze adeguate per il loro svolgimento⁴⁵. In applicazione dell'art. 1460 cod. civ., che sancisce il principio di autotutela del contratto a prestazioni corrispettive, il prestatore può legittimamente sottrarsi all'esecuzione delle mansioni non spettanti, se il rifiuto è proporzionato al comportamento illegittimo del datore di lavoro e comunque conforme a buona fede⁴⁶.

2.3. L'assorbimento retributivo.

Il lavoratore che esercita attività rientranti nella categoria superiore ha il diritto alla percezione della retribuzione corrispondente, per la quale si applicano le considerazioni effettuate nel par. 1.3 con riguardo al principio dell'irriducibilità retributiva: al prestatore spetterà la retribuzione tabellare appartenente alla categoria più elevata, con esclusione delle condizioni estrinseche alla qualità della prestazione, e non ricorrenti nelle mansioni superiori, rimanendo inclusi gli emolumenti afferenti alla qualifica soggettiva del prestatore, considerati intrinseci alla qualità delle mansioni precedenti. Il principio che regola la materia è il cosiddetto principio di assorbimento retributivo, altrimenti detto automatismo negativo o di recupero, secondo cui, in presenza di una pluralità di fonti (legge, contratto collettivo, contratto individuale), per l'identificazione del trattamento più favorevole è necessaria una comparazione per istituti, e non per clausole interne al singolo istituto, che darebbe

⁴⁴ Cass. 2 Novembre 1993, n. 10793, in *Riv. it. dir. lav.*, 1994, 11, 707.

⁴⁵ Cass. 19 Luglio 2013, n. 17713, in *Guida al lav.*, 2013, n. 37, 26.

⁴⁶ Cass. 12 febbraio 2008, n. 3304, in *Orient. giur. lav.*, 2008, 293.

altrimenti luogo ad un cumulo. Nel nostro ordinamento è stato sin dall'origine affermato il criterio dell'alternatività *in toto* delle fonti normative, piuttosto che il cumulo di singoli aspetti favorevoli, sulla base della "clausola di inscindibilità" e salvaguardia, codificata nei contratti collettivi⁴⁷; tale principio prevede la prevalenza delle clausole individuali più favorevoli sulle clausole del contratto collettivo, fino al loro pieno assorbimento e superamento, secondo quanto si desume dalla lettura dell'art. 2077 cod. civ., che, se è vero che prevede meccanismi di sostituzione automatica delle clausole del contratto individuale difformi rispetto a quelle del contratto collettivo, è anche vero che sancisce la prevalenza della clausola individuale finché non venga eguagliata dalla normativa prevista dal contratto collettivo, che diviene, in quel momento, l'unica fonte del rapporto di lavoro. Alla luce di queste considerazioni, la giurisprudenza⁴⁸ ha da tempo teorizzato un generale principio di assorbimento, da parte del nuovo e più elevato trattamento retributivo, dei superminimi percepiti in misura superiore ai minimi contrattuali previsti dalla contrattazione collettiva nazionale o di categoria, se non sia espressa una previsione contraria.

Per poter meglio comprendere l'operatività del meccanismo, occorre distinguere la situazione del rinnovo contrattuale da quella del passaggio di categoria; nel primo caso, i superminimi generici non possono cumularsi con i benefici successivi, rimanendone quindi assorbiti, sempre che il rinnovo del contratto collettivo assicuri una retribuzione superiore rispetto a quella pattuita individualmente, e che le parti stipulanti il rinnovo contrattuale non abbiano espresso

⁴⁷ *“Le disposizioni del presente contratto, nell'ambito di ciascun istituto, sono correlative ed inscindibili tra di loro e non sono cumulabili con alcun altro trattamento.*

Agli effetti del presente comma si considerano costituenti un unico istituto il complesso degli istituti di carattere regolamentare (norme generali disciplinari, ferie, preavviso ed indennità di anzianità, malattie ed infortunio, puerperio).

Ferma restando l'inscindibilità di cui sopra le parti, col presente contratto, non hanno inteso sostituire le condizioni, anche d fatto, più favorevoli al lavoratore attualmente in servizio non derivanti da accordi nazionali, le quali continueranno ad essere mantenute ad personam”.

⁴⁸ Cass. 20 Marzo 1998, n. 2984, in NGL 1998, 376, 20; Cass. 7 Agosto 1999 n. 8498, in NGL, 1999, 631; Cass. 13 Marzo 1996, n. 2058, in NGL, 1996, 305; Cass. 16 Agosto 1993, n. 8711, in NGL 1993, 851; Cass. 21 Ottobre 1991, n. 11139; Cass., 25 Agosto 1986, n. 5192.

alcuna manifestazione di volontà a riguardo; a contrario, opera l'assorbimento se le parti abbiano convenuto un espresso divieto di cumulo. Per quanto riguarda i superminimi ad personam, non possono essere assorbiti i miglioramenti successivi determinati dal contratto collettivo che non siano correlati alle cause in base alle quali è stato attribuito il differenziale ad personam.

Nel caso del passaggio di categoria, la giurisprudenza sostiene che sia legittimo l'assorbimento non solo dei superminimi generici, ma anche di quelli ad personam, sia nel caso in un normale passaggio di categoria, sia nel caso di un riconoscimento giudiziale, per l'esercizio di mansioni superiori⁴⁹.

⁴⁹ Cass. 16 Novembre 1976, n. 4261, in *Foro. it., Rep.*, 1976 ; Cass. 11 Maggio 1977, n. 1851, in *Foro. it., Rep.*, 1977; Cass. 28 Gennaio 1978, n. 429, in RDL, 1979, II, 71; Cass. 25 Ottobre 1978, n. 4855, in MGL, 1979, 570.

III. Le mansioni inferiori

3. *Il divieto di assegnazione a mansioni inferiori.* 3.1. *Le deroghe al divieto di assegnazione.* 3.2. *L'inidoneità psicofisica alle mansioni.*

3. Il divieto di assegnazione a mansioni inferiori.

La vecchia formulazione dell'art. 2103 consentiva, come si è detto, l'esercizio di uno *jus variandi* da parte del datore di lavoro esclusivamente nelle ipotesi di modifica delle mansioni in senso orizzontale o verso l'alto, attribuendogli esplicitamente il potere di modificare unilateralmente, nel corso del rapporto, l'oggetto, originariamente concordato, dell'obbligazione del prestatore. La facoltà del datore di lavoro di chiedere al lavoratore lo svolgimento di compiti che esulano quelli ai quali è obbligato è una conseguenza dell'esercizio del potere direttivo, attraverso il quale egli stabilisce l'oggetto dell'obbligazione alla prestazione lavorativa, nonché ne definisce i termini e le modalità di esecuzione; il datore, nell'espressione del proprio potere direttivo, organizza il lavoro dei suoi dipendenti in maniera tale da poter usufruire di prestazioni che gli siano utili, che gli consentano di raggiungere lo scopo prefissato dall'azienda e di realizzare il proprio programma produttivo. Nelle articolazioni di tale potere direttivo del datore sono quindi ricomprese le variazioni dei compiti del lavoratore, entro i limiti previsti dal primo comma dell'art. 2103, ma ne rimane esclusa la possibilità di uno spostamento del lavoratore verso il basso, come si desume dalla formulazione del secondo comma dello stesso articolo, il quale sancisce la nullità di ogni patto contrario alla disciplina del comma precedente. Da una lettura d'insieme dell'art. 2103 emerge che lo *jus variandi* del datore di lavoro incontra una limitazione apparentemente e letteralmente rigida nell'ipotesi di demansionamento del lavoratore, non essendo questo consentito né unilateralmente, da parte del datore stesso, né per accordo con il lavoratore. La lettera di questo secondo comma, sebbene sembri fermamente escludere l'ipotesi di legittimi patti contrari, ha fornito alla dottrina ed alla giurisprudenza gli spunti per interpretazioni diverse nel corso del tempo, che hanno portato, da una considerazione

rigida della nullità di qualsiasi accordo di dequalificazione, alla formulazione giurisprudenziale di nuove fattispecie di deroga a tale divieto.

Nei primi tempi successivi alla modifica dell'art. 2103, la dottrina si è interrogata sull'oggetto della nullità di cui al comma 2, chiedendosi, cioè, se fossero illegittimi solo i patti stipulati tra il datore e il lavoratore, o anche gli accordi collettivi firmati dagli stessi sindacati. La prima giurisprudenza si è pronunciata in maniera ferma verso l'esclusione di accordi di qualsiasi derivazione, affermando che non fosse mai possibile l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto a quelle originarie, non certamente per esigenze dell'impresa, ma neanche nel caso in cui il demansionamento potesse comportare in qualche modo un vantaggio per lo stesso lavoratore⁵⁰. Da questa impronta poco flessibile deriva la considerazione che, nel caso in cui il lavoratore non potesse più espletare le mansioni originariamente assegnategli, e non fossero disponibili in azienda mansioni equivalenti, il datore di lavoro avrebbe come unica possibilità il licenziamento, sia nell'ipotesi in cui non siano più richieste tali mansioni, per innovazioni tecnologiche o ristrutturazioni aziendali implicanti soppressioni di divisioni, sia nell'ipotesi in cui siano le condizioni fisiche del prestatore a non consentire la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni.

Nonostante queste considerazioni, sia la dottrina⁵¹ che la prima giurisprudenza⁵² hanno opposto una teoria alternativa, e sicuramente più elastica,

⁵⁰ Cass. 6 Dicembre 1983, n. 7281, in *Mass. Foro. it.*, 1983; Cass. 28 Ottobre 1983, n. 6406, in *Mass. Foro. it.*, 1983; Cass. 13 Febbraio 1980, n. 1026, in *Not. giurisp. lav.*, 1980, 158. Principio di diritto: *“l'art. 13 non consente deroghe neppure nell'ipotesi in cui la sua applicazione possa risolversi in un pregiudizio per il lavoratore. Sancendo la nullità di ogni patto contrario al fine evidente di eliminare ogni possibilità di elusione al divieto e privilegiando così l'esigenza della certezza, il legislatore ha adottato uno strumento di tutela rigido che opera in tutte le direzioni e può quindi, in condizioni particolari, comportare anche un sacrificio per il prestatore di lavoro”*.

⁵¹ ICHINO, *interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 490; LISO, 1982, p. 191; MAZZIOTTI, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1976, p. 252; PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, p. 21.

⁵² Pret. Teramo 26. Novembre 1977, in *Dir. lav.*, 1978, II, 12; Trib. Roma 22 Novembre 1974, in *Riv. giur. lav.*, 1975, II, 210; Trib. Milano 19 Aprile 1973, in *Orient. giur. lav.*, 1973, n. 243; Trib. Torino 22 Dicembre 1977; Cass. 12 Gennaio 1984, n. 266, in *Giust. civ.*, 1984, 1509.

secondo la quale sarebbero esclusi dalla previsione del secondo comma i patti di “declassamento motivato”; se il lavoratore si trovi in una delle situazioni precedentemente descritte, per le quali l’unico rimedio sarebbe la risoluzione del rapporto, gli accordi che hanno ad oggetto una variazione verso il basso delle mansioni possono considerarsi legittimi, perché finalizzati ad evitare il più grave degli esiti, cioè il licenziamento. La condizione per poter accettare tale legittimità è che venga dimostrato, nel corso di procedure di intervento sindacale per i licenziamenti collettivi, o tramite delibere dichiarative dello stato di crisi, riconversione o ristrutturazione aziendale, che i patti in questione hanno il solo scopo di sollevare il prestatore dal rischio di licenziamento. Il fondamento di questa teoria risiede nel fatto che la limitazione allo *jus variandi* imposta dal legislatore tutela il lavoratore da eventuali danni alla propria professionalità, che sicuramente discenderebbero dai patti di declassamento, finché tale professionalità possa dirsi sussistente, effettiva e vitale; nel momento in cui si verifichi, invece, un evento esterno che non consente l’espletamento di quelle determinate mansioni in azienda, l’elemento della professionalità tutelato cessa di esistere, con la conseguenza che gli accordi di demansionamento finalizzati alla conservazione del posto di lavoro si pongono in una posizione diversa e non ostativa rispetto a quelli espressamente vietati dal legislatore, sempre che non vi sia un’alternativa disponibile all’interno dell’azienda.

Nell’evoluzione giurisprudenziale e dottrinale si è fatta sempre più strada questa seconda tesi, nella considerazione che, pur essendo l’art. 2103 diretto alla tutela dell’interesse del lavoratore alla conservazione del proprio bagaglio professionale, l’impedimento assoluto di patti contrari viaggiava spesso in senso inverso rispetto alla protezione del prestatore. Il dibattito in dottrina è stato affiancato da una diversità di pronunce giurisprudenziali, perché da un lato alcune sentenze ribadivano un regime di indisponibilità assoluta del diritto del lavoratore, vietando sia lo *jus variandi* unilaterale *in pejus* del datore che l’accettazione del lavoratore di

un'adibizione a mansioni peggiorativa⁵³, e dall'altro parte della giurisprudenza ammetteva la validità dei patti peggiorativi a garanzia della continuità del rapporto⁵⁴.

3.1. Le deroghe al divieto di assegnazione.

Questo secondo orientamento giurisprudenziale ha trovato riscontro anche in sede normativa, con l'introduzione di eccezioni al divieto di dequalificazione del lavoratore nelle ipotesi di: tutela della maternità, sopravvenuta inabilità, licenziamenti collettivi, tutela della salute.

Per quanto riguarda la prima di queste eccezioni, bisogna fare riferimento al "Testo unico delle disposizioni legislative in materia di tutela e sostegno della maternità e della paternità"⁵⁵, che si preoccupa, all'art. 7, di stabilire, per le lavoratrici madri, una disciplina diversa rispetto agli altri prestatori di lavoro. Per prima cosa è introdotta una limitazione per quanto riguarda l'oggetto della prestazione, perché è fatto divieto di adibire le lavoratrici madri al trasporto e al sollevamento pesi, nonché a lavori ritenuti pericolosi, faticosi ed insalubri dalla legge. Qualora le mansioni originariamente pattuite rientrino nel novero di quelle vietate dal presente articolo, alla lavoratrice devono essere assegnate "altre mansioni", così come nel caso in cui sia accertato che la sua salute è pregiudicata da condizioni di lavoro o ambientali; nel caso di adibizione a diverse mansioni, quindi, l'art. 7 estende le disposizioni di cui all'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori per quanto riguarda lo spostamento in senso orizzontale e verso l'alto, ma non anche verso il basso. La lavoratrice madre può essere temporaneamente adibita a mansioni inferiori rispetto a quelle originarie, con conservazione sia della qualifica che della

⁵³ Cass. 14 Aprile 2011, n.8527, in *Rep. Foro. it.*, 2011, voce *Lavoro (rapporto)*, n.570; *contra* Cass. 8 Agosto 2011, n. 17095, in *Guida lav.*, 2011, 41, p. 24.

⁵⁴ Cass., Sez. Un., 7 Agosto 1998 n. 7755, in *Foro. it.*, I, c. 197; Cass. 18 Marzo 2009, n. 6552, in *Rep. Foro. it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 1452.

⁵⁵ D. Lgs. 26 Marzo 2001, n. 151.

retribuzione precedente⁵⁶. Qualora invece la lavoratrice non possa svolgere nessun'altra attività in azienda, ne viene disposta la temporanea interdizione dal lavoro.

La seconda delle deroghe al divieto di patti di demansionamento ha ad oggetto la tutela del lavoratore disabile, garantita dalle “Norme per il diritto al lavoro dei disabili”⁵⁷; in virtù dell’obbligo gravante sui datori di lavoro, sia pubblici che privati, di assicurare la conservazione del posto a quei lavoratori che subiscano degli infortuni sul lavoro o una malattia professionale tali da renderli portatori di disabilità⁵⁸, la legge introduce, per queste categorie di prestatori, delle maggiori garanzie contro modifiche peggiorative dell’oggetto della prestazione lavorativa. La condizione per beneficiare degli esoneri dalla disciplina generale è la perdita della capacità lavorativa inferiore al 60%, causata, come già detto, da un infortunio sul lavoro o da malattia professionale, nonché la sopravvenuta inabilità, dovuta ad un comportamento del datore di lavoro consistente nella violazione delle norme in materia di sicurezza ed igiene sul lavoro. Questi soggetti, quindi, possono essere chiamati ad espletare mansioni inferiori, qualora non siano disponibili mansioni equivalenti, e, al pari delle lavoratrici madri, hanno diritto alla conservazione della retribuzione precedente, più favorevole⁵⁹.

⁵⁶ Art. 7 c.5: “La lavoratrice adibita a mansioni inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300, qualora la lavoratrice sia adibita a mansioni equivalenti o superiori.”

⁵⁷ L. 12 Marzo 1999, n. 68.

⁵⁸ Art. 1 co. 7, l. 12 Marzo 1999, n. 68.

⁵⁹ Art. 4, c. 4: “I lavoratori che divengono inabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'articolo 3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di sicurezza ed igiene del lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio o la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza. Qualora per i predetti lavoratori non sia possibile l'assegnazione a mansioni equivalenti o inferiori, gli stessi vengono avviati, dagli uffici competenti di cui all'articolo 6, comma 1, presso altra azienda, in attività compatibili con le residue capacità lavorative, senza inserimento nella graduatoria di cui all'articolo 8.”

Un'ulteriore eccezione al divieto di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori è contenuta nella legge n. 223/1991, che si occupa di cassa integrazione, mobilità, trattamenti di disoccupazione e, in generale, di disposizioni in materia di mercato del lavoro; nel capo dedicato alle norme sulla mobilità, all'art. 4 co. 11, la legge disciplina la sorte dei lavoratori soggetti a licenziamenti collettivi, i quali possono essere adibiti a mansioni diverse da quelle svolte "anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile". La dequalificazione ritenuta lecita in questa sede deve provenire, però, da accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, che prevedano il riassorbimento dei lavoratori ritenuti eccedenti.

L'ultima delle deroghe legislative si applica, invece, alla categoria dei lavoratori a rischio, disciplinata dal d.lgs. n.277/1991 in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti chimici, fisici e biologici; l'art. 8, al primo comma, prevede che i lavoratori soggetti ai suddetti rischi debbano essere allontanati dall'attività che ha comportato l'esposizione all'agente, ed abbiano quindi diritto ad essere ricollocati all'interno dell'azienda, laddove questo sia possibile. Nell'assegnazione di una diversa posizione nell'impresa, il lavoratore può essere adibito a mansioni inferiori rispetto a quelle svolte, se pur conservando, anche in questo caso, la qualifica originaria⁶⁰.

Accanto alle citate ipotesi legislative di legittimo demansionamento vanno evidenziate ulteriori fattispecie, di derivazione esclusivamente giurisprudenziale; le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 25033/2006, hanno legittimato, in alcuni casi, l'autonomia collettiva all'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori. Ferma restando la tutela offerta al lavoratore ed alla sua professionalità, la Corte ha affermato la necessità di bilanciare gli interessi del dipendente con le esigenze dell'impresa, ritenendo che questa operazione di compensazione debba essere effettuata non in una dimensione individuale, ma solo in quella collettiva. La contrattazione collettiva può legittimamente prevedere delle clausole che assegnino, temporaneamente, al lavoratore mansioni inquadrate anche in

⁶⁰ Art. 8, c.1, D.Lgs. 15 Agosto 1991, n. 227.

un livello diverso rispetto a quello di appartenenza, ma collocate nella stessa qualifica, purché, però, tale assegnazione sia giustificata da esigenze aziendali. In aggiunta, al fine di assicurare la valorizzazione professionale, e la professionalità potenziale di ogni lavoratore, l'autonomia collettiva può disciplinare meccanismi di scambio, avvicendamento, rotazione a diverse mansioni, compatibili con il divieto di cui all'art. 2103, purché le mansioni derogate e quelle nuove siano collocate nella stessa qualifica.

3.2. L'inidoneità psicofisica alle mansioni.

Avendo ancora riguardo alla materia del mutamento di mansioni in senso peggiorativo, una questione ampiamente discussa in giurisprudenza è la sorte del lavoratore che sia colpito da una sopravvenuta inidoneità psicofisica all'espletamento delle mansioni, nonché l'eventuale legittimità di un suo licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Un primo orientamento aveva interpretato la materia sulla base degli articoli 1463 e 1464 del codice civile, considerando quindi il contratto di lavoro come un qualsiasi contratto a prestazioni corrispettive, cui sono applicabili i principi generali del codice in materia contrattuale; la conseguenza consiste in ciò, che, nel momento in cui una delle due prestazioni viene a mancare, per ipotesi di sopravvenuta e totale impossibilità dello svolgimento dell'attività oggetto dell'obbligazione, l'altra parte ha diritto alla risoluzione del rapporto di lavoro⁶¹. Sulla scorta dell'art. 1464 cod. civ., inoltre, se la prestazione sia divenuta parzialmente inesequibile, la controparte, che non abbia interesse in un'esecuzione parziale, può legittimamente recedere dal contratto; né nel caso di inidoneità parziale, né nel caso di inidoneità totale, sembra essere necessario, per la risoluzione del rapporto, l'atto unilaterale di licenziamento da parte del datore di lavoro.

⁶¹ Cass. 8 gennaio 1988, n. 140, in *Dir. it.*, 1988; Cass. 21 gennaio, 1988 n. 474, in *Dir. it.*, 1988.

A questa interpretazione se ne è aggiunta un'altra⁶², che, partendo dalla medesima considerazione degli articoli 1463 e 1464 del codice civile, approda a soluzioni parzialmente differenti, mediante l'introduzione, nel ragionamento, dell'art. 3 della legge n. 606 del 1966, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Tale indirizzo, infatti, considera la disciplina speciale lavoristica come prevalente rispetto a quella civilistica generale, con la conseguenza che, rientrando l'impossibilità sopravvenuta della prestazione nelle cause di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per la risoluzione del rapporto di lavoro è necessario il licenziamento, e lo stesso interesse ad un adempimento parziale della prestazione diviene sindacabile dal giudice. In giudizio sarà quindi il datore a dover dimostrare la sussistenza dei presupposti per il licenziamento, dovendo fornire la prova dell'inesistenza di un suo apprezzabile interesse economico alla prestazione offerta dal lavoratore, a causa di ragioni inerenti all'attività produttiva e all'organizzazione del lavoro.

Per quanto riguarda la fattispecie in esame, la dequalificazione del lavoratore, la dottrina e la giurisprudenza hanno ampiamente dibattuto il diritto del lavoratore, divenuto parzialmente impossibilitato alla prestazione, di essere ricollocato all'interno dell'azienda in una posizione che preveda lo svolgimento di mansioni compatibili con la sua residua capacità lavorativa, in attuazione del correlativo obbligo di *repechage* gravante sul datore di lavoro. La corrente giurisprudenziale ha subito, anche in questo ambito, un'evoluzione; in un primo momento era stata considerata legittima l'assegnazione di mansioni nuove, e compatibili con la minore capacità, solo nelle ipotesi previste dalla legge, legittimando quindi, in via generale, il licenziamento in caso di sopravvenuta inidoneità psicofisica permanente, o di durata indeterminata o non determinabile, senza obbligo del datore di provare l'assenza, in azienda, di posti disponibili e compatibili con la nuova capacità professionale⁶³. Compatibile con questo orientamento, ma con conclusioni diverse, è

⁶² CAMPANELLA, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1997.

⁶³ Cass. 18 marzo 1995, n. 3174, in *Giur. it.*, 1995, I, 1, 1635.

la tesi di quella giurisprudenza che invece riteneva necessario, ai fini dell'accertamento della legittimità del giustificato motivo oggettivo, non solo la prova dell'inidoneità del lavoratore, ma anche quella dell'impossibilità di adempiere all'obbligo di *repechage*⁶⁴.

Sulla scia di una tesi, elaborata in dottrina, che individua il fondamento del *repechage* nell'obbligo del datore di lavoro di tutelare l'integrità fisica del lavoratore (art. 2087 cod. civ.), la Corte di Cassazione ha sostenuto⁶⁵ che il comportamento del datore, diretto alla protezione da situazioni di pericolo per la salute e la personalità del lavoratore, debba essere teso ad assicurare al prestatore che l'esercizio della sua attività non ecceda la normale tollerabilità, e a garantire la continuazione del rapporto, anche tramite l'assegnazione a mansioni diverse e compatibili, purché questa non comporti uno stravolgimento dell'organizzazione dell'azienda. Questa interpretazione, però, è stata notevolmente criticata dalla dottrina, per il fatto che ne deriva un addossamento, giurisprudenziale e non legislativo, del rischio dell'impossibilità di esecuzione della prestazione esclusivamente sul datore di lavoro⁶⁶.

L'inversione di rotta si è verificata a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione n.7755/98⁶⁷, con la quale la corte ha individuato il fondamento dell'obbligo di *repechage* non più nell'art. 2087 cod. civ., ma negli oneri probatori del datore di lavoro che abbia disposto un licenziamento per giustificato motivo oggettivo; il datore è tenuto a fornire gli strumenti necessari per l'esecuzione della prestazione lavorativa, ma deve altresì utilizzare il prestatore al pieno delle sue capacità, collaborando con questi per garantire l'adempimento dell'obbligo contrattuale. Per raggiungere questo obiettivo, e per impiegare il prestatore nel modo migliore possibile, il datore deve assegnare il dipendente che ha subito una riduzione

⁶⁴ Cass. Sez. Un. 7 Agosto 1998, n. 7755, in *Dir. it.*, 1998.

⁶⁵ Cass. 3 Luglio 1997, n. 5961, in *Mass. giur. it.*, 1997.

⁶⁶ SCOGNAMIGLIO, *Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e mutamento delle mansioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1998.

⁶⁷ Cass. Sez. Un. 7 Agosto 1998, n. 7755, in *Dir. it.*, 1998.

della propria capacità lavorativa a mansioni confacenti alla sua nuova situazione, che siano equivalenti, superiori ma anche inferiori rispetto a quelle svolte precedentemente, sempre che vi sia il consenso del lavoratore stesso, e che questo non comporti una modifica sostanziale dell'organizzazione lavorativa. La sentenza afferma, inoltre, che lo steso interesse dell'imprenditore alla fruizione di una prestazione parziale non è liberamente rimesso al suo apprezzamento, ma deve essere valutato in sede giurisdizionale, avendo riguardo sia alle mutate capacità del lavoratore, sia all'organizzazione dell'azienda, così come definita dal datore.

L'inidoneità psicofisica sopravvenuta non è dunque ostativa alla prosecuzione del rapporto di lavoro, e permette ai contraenti di adeguare l'espletamento dei compiti previsti dal contratto alle effettive capacità del prestatore. Il licenziamento può quindi essere considerato legittimo solo se non vi siano altre possibilità di collocamento del lavoratore in azienda, fermo restando il diritto dell'imprenditore al mantenimento di standard organizzativi e produttivi efficienti, nonché il potere di autodeterminazione garantito dall'art. 41 della Costituzione.

CAPITOLO II

La disciplina delle mansioni dopo il D.Lgs. 15 Giugno 2015, n. 81

I. La riforma

1. La riforma. Cenni generali. 1.1. Il contenuto e la portata della legge delega.

1.2. Il dibattito sull'eccesso di delega

1. La riforma. Cenni generali.

L'impianto riformista denominato "Jobs Act" è nato con la legge delega n. 183 del 2014, e comprende otto decreti legislativi attuativi della delega; si tratta di un progetto che succede ad un percorso di riforme dei servizi per l'impiego imperfette e fallite, ed ha strutturato una modifica sostanziale dell'intero modello italiano delle politiche del lavoro, per soddisfare l'esigenza di un avvicinamento agli standard europei. Mentre la maggioranza quasi assoluta degli stati d'Europa ha reagito, durante gli anni di crisi, finanziando i servizi pubblici per il lavoro, l'Italia, insieme con l'Irlanda, ha al contrario provveduto ad un loro de-finanziamento, sostanzialmente affidando alle province in funzionamento del sistema, ed alle regioni il suo finanziamento. In questa ottica, l'obiettivo che si è prefissato il legislatore è stato quello di conservare le esperienze positive vigenti nel nostro ordinamento, coordinandole però con il tentativo di superamento di problemi strutturali e fondamentali, come il sottodimensionamento di personale e di risorse e l'assenza di investimenti, al fine di traghettare i livelli occupazionali verso standard sufficienti ed accettabili, anche in un confronto europeo. Nata in un contesto di incertezza dell'ordinamento, e pensata nell'ottica di una modifica costituzionale, questa riforma guarda verso la realizzazione delle politiche di Flexicurity, con un aumento della flessibilità e una riduzione delle tutele in materia di licenziamento, ma anche verso il miglioramento dell'efficacia dei servizi di collocamento ed il rafforzamento dei servizi pubblici per l'impiego. Nella prospettiva della riforma, inoltre, è importante

che il nuovo diritto del lavoro miri a regolare, oltre che la micro-dimensione dei rapporti all'interno dell'impresa, anche e soprattutto i fenomeni economico-sociali, sempre con un occhio sia verso l'impianto costituzionale che verso quello internazionale.

La riforma del Jobs Act incontra, proprio a causa della sua collocazione in un contesto articolato ed eterogeneo di diritti, interessi e valori, delle difficoltà in fase di attuazione, dovendo questa fronteggiare problemi organizzativi, finanziari e politici, prima ancora che giuridici, oltre che un difficile confronto con le regioni.

Passando brevemente ad esaminare il contenuto della legge delega⁶⁸, questa contiene cinque deleghe legislative, che abbracciano ampi e diversi ambiti del diritto del lavoro:

- delega in materia di ammortizzatori sociali: ha lo scopo di istituire garanzie universali e tutele uniformi per tutti i lavoratori, razionalizzare la normativa in materia di integrazione salariale, differenziare gli strumenti di intervento in costanza di rapporto di lavoro da quelli previsti in caso di disoccupazione volontaria;
- delega in materia i servizi per il lavoro e politiche attive: riordina la normativa, per garantire la fruizione dei servizi essenziali su tutto il territorio nazionale, istituire un riferimento giuridico nazionale per le normative provinciali e regionali, unificare la gestione delle politiche attive e passive, razionalizzare gli incentivi all'assunzione;
- delega per la semplificazione delle procedure e degli adempimenti relativi alla costituzione ed alla gestione dei rapporti di lavoro: vuole diminuire il numero di atti amministrativi riguardanti i rapporti di lavoro, mediante, ad esempio l'istituzione dell'obbligo di condivisione dei dati tra le pubbliche amministrazioni, l'unificazione delle comunicazioni, l'abolizione dei documenti cartacei;

⁶⁸ L. 10 Dicembre 2014, n. 183: *“Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro.”*

- delega in materia di riordino delle tipologie contrattuali e dell'attività ispettiva, nella quale sono contenute anche le indicazioni riguardanti la modifica della disciplina delle mansioni: ha lo scopo di rendere più efficiente l'attività ispettiva, e di favorire l'ingresso nel mondo del lavoro, attraverso il coordinamento delle forme contrattuali con le esigenze dell'impresa e dell'occupazione;
- delega in materia di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro: ha lo scopo di garantire un sostegno parentale, tutelare la maternità e conciliare i tempi di vita e di lavoro per i lavoratori in generale.

1.1. Il contenuto e la portata della legge delega.

La legge 10 Dicembre 2014, n. 183, che ha come scopo dichiarato l'incremento delle possibilità di accesso al mondo del lavoro, nonché il coordinamento tra le esigenze occupazionali e quelle produttive, attraverso la riorganizzazione dei contratti di lavoro, delega il governo ad adottare provvedimenti che vadano ad incidere sulla disciplina delle mansioni sotto diversi aspetti⁶⁹; nella volontà di contemperare l'interesse dell'azienda ad un proficuo utilizzo del personale, con quello del lavoratore alla conservazione del posto e delle condizioni di vita e di lavoro, il legislatore immagina la possibilità di una modifica della disciplina collegata a vicende inerenti all'organizzazione aziendale, come riorganizzazione, ristrutturazione e conversione, le quali devono essere determinate oggettivamente. La legge richiede, inoltre, che siano introdotte restrizioni agli interventi di modifica dell'inquadramento, e che sia consentito alla contrattazione collettiva di introdurre ipotesi di modifica aggiuntive a quelle previste legalmente.

⁶⁹ L. 10 Dicembre 2014, n. 183, art.1, co. 7, e): *“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 sindacali dei lavoratori 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”*.

La formulazione del testo della legge, data la sua genericità, ha lasciato spazio ad una serie di perplessità sull'oggetto della delega, ed ha aperto la strada, dopo l'emanazione dei decreti legislativi, all'elaborazione, in dottrina, di quesiti circa la conformità del D.Lgs. 81/2015 alla legge delega. L'aspetto che non consente la risoluzione di tali dubbi in maniera univoca risiede nella considerazione che, nella previsione di una revisione della disciplina, non sono stati costruiti chiaramente i confini entro cui si possa estendere l'azione riformatrice del governo, né è stata fissata una direttrice della delega stessa. La dottrina si è quindi chiesta, inizialmente, se la modifica della disciplina dovesse ruotare intorno alla fattispecie di nullità dei patti contrari, prevista dalla precedente formulazione dell'art. 2103, o se potesse anche agire sulla considerazione dell'equivalenza; è sembrato, in realtà, sempre in una prima fase, che il legislatore volesse intervenire solo sulla fattispecie del demansionamento, cavalcando l'onda di una parte della giurisprudenza più recente, già richiamata⁷⁰, che ha ammesso l'assegnazione a mansioni inferiori come alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Seguendo questa linea di pensiero, la dequalificazione del lavoratore dovrebbe essere quindi giustificata dalla soppressione, a causa di vicende organizzative dell'azienda, della posizione da egli ricoperta, che deve essere verificabile in sede giudiziale; in conseguenza di ciò, è sembrato, a parte della dottrina, che forse i processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale previsti dalla legge delega potrebbero risultare una base insufficiente a sorreggere una modifica *in pejus* delle mansioni, anche perché la ponderazione degli interessi dell'azienda con quelli del lavoratore sarebbe rimessa alla sola valutazione del datore⁷¹.

Nella fissazione delle linee guida per la composizione della riforma, il legislatore ha assegnato al sindacato un ruolo di particolare incidenza, consentendo alla contrattazione collettiva di ogni livello, con organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria, di

⁷⁰ V. *Infra Cap. I, par. III, 3.*

⁷¹ GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*. WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 268, 2015, p. 2 ss.

individuare ipotesi di modifica ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge; si tratta di un potere che in realtà le era già stato riconosciuto sia in sede giurisdizionale, con l'accettazione delle clausole di fungibilità nella giurisprudenza della Cassazione⁷², sia in sede legislativa⁷³, con l'attribuzione alla contrattazione di secondo livello del potere di stipulare accordi che abbiano come oggetto anche le mansioni del lavoratore, la classificazione e l'inquadramento del personale.

1.2. Il dibattito sull'eccesso di delega.

Il D.Lgs n. 81 del 2015, emanato in attuazione della legge delega, ha sostituito, con l'articolo 3, il precedente art. 2103 del codice civile, e si applica immediatamente, a tutti i rapporti di lavoro subordinato, anche se in corso, a differenza, invece, di quanto stabilito dal D. Lgs. 23/2015; il nuovo testo, entrato in vigore il 25 Giugno 2015, è rubricato "Prestazione del lavoro", ed è proprio questa differente denominazione, che subentra alla precedente "Mansioni del lavoratore", a presentare una disciplina che tende ad un superamento della dimensione statutaria, prediligendo forse un ritorno a quella codicistica precedente allo Statuto dei lavoratori, improntata su un sostegno al datore di lavoro nella sua duplice figura di contraente e capo dell'impresa.

Essendo emanato in attuazione della legge delega. il decreto legislativo in questione deve rispettare i principi e gli indirizzi che gli sono da questa imposti, al fine di dare vita ad un impianto di riforma che sia omogeneo e coerente con gli obiettivi prefissati dal legislatore. Nonostante ciò, appena dopo la sua emanazione, il decreto è stato oggetto di una discussione, in dottrina, circa un possibile difetto di costituzionalità, a causa della sua apparente distanza dai precetti della legge delega. Per poter esaminare al meglio le posizioni e le argomentazioni intervenute in questo dibattito è opportuno sintetizzare i contenuti del nuovo articolo 2103, che verranno ripresi approfonditamente nei paragrafi successivi.

⁷² Cass. 24 Novembre 2006, n. 25033, in *Riv. giur. lav.*, 2007; Cass. 5 Aprile 2007, n. 8596, in *Riv. giur. lav.* 2008, II, 368.

⁷³ L. 14 Settembre 2011, n. 148, art. 8, co. 2, b).

L'articolo 2103 del codice civile, alla luce della riforma, risulta oggi così enunciato:

Prestazione del lavoro

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

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

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

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

Nelle ipotesi di cui al secondo e quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

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

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

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

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

I mutamenti della disciplina attengono sia all'attribuzione delle mansioni iniziali, sia alla loro successiva modifica, con assegnazione di mansioni superiori ed inferiori.

Il primo grande intervento del legislatore riguarda il passaggio dal concetto di equivalenza a quello di inquadramento, con la conseguenza che il datore di lavoro potrà legittimamente adibire il lavoratore a mansioni contenute nello stesso livello di inquadramento di quelle originariamente pattuite.

Il lavoratore può essere chiamato a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle originarie, in conseguenza dell'esercizio autonomo dello *jus variandi* da parte del datore di lavoro, in presenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, oppure in conseguenza di una previsione della contrattazione collettiva, o ancora per un accordo individuale, stipulato dallo stesso lavoratore in sedi protette.

Per quanto riguarda l'adibizione a mansioni superiori, il legislatore ha modificato il periodo previsto per l'assegnazione definitiva, passando quindi da tre a sei mesi, con la specificazione che periodi inferiori possono essere stabiliti dai contratti collettivi.

Questa descrizione, molto sintetica, della nuova disciplina consente di affrontare, come dicevamo, la trattazione della delicata questione di incostituzionalità del decreto legislativo per contrasto con l'articolo 76 della Costituzione, che afferma che il Governo può esercitare la funzione legislativa che gli viene delegata per un

periodo limitato, per oggetti definiti e rispettando i principi e i criteri direttivi determinati dalla legge delega. In realtà per la dottrina è difficile elaborare delle previsioni attendibili riguardo all'esito di una questione di legittimità avente ad oggetto un eccesso di delega, perché non esiste una definizione rigida ed univoca dei principi e criteri direttivi di cui all'art 76, e perché, essendo tante e varie le materie nelle quali il Governo può legittimamente esercitare il potere delegato, la stessa giurisprudenza costituzionale non è stata in grado di segnare dei confini netti e precisi. La legge 183 del 2014 si prefigge come scopo quello di incrementare le possibilità di ingresso nel mondo del lavoro di chi sia in cerca di un'occupazione, ed al fine di raggiungere tale obiettivo fissa delle coordinate entro le quali deve muoversi la revisione della disciplina, che, per facilitare il confronto con le disposizioni del decreto legislativo, possono essere schematizzate in quattro linee guida:

1. la modifica della disciplina delle mansioni deve riferirsi ai casi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale;
2. le suddette ipotesi devono essere individuate mediante l'utilizzo di parametri oggettivi;
3. la revisione deve tenere conto del necessario bilanciamento tra l'interesse del datore all'utile impiego del personale con quello del lavoratore alla tutela del posto, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche;
4. la contrattazione collettiva ha il potere di individuare ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste dalla legge.

L'interrogativo circa un eccesso di delega è sicuramente legittimo, ma nella sua soluzione la dottrina risulta divisa; c'è infatti chi afferma⁷⁴ che ci troviamo di fronte ad una palese fuoriuscita dai binari imposti dalla legge delega, perché mancano i primi tre presupposti sopra descritti: la riforma ha comportato una riscrittura dell'intero articolo 2103, che è stato ampliato e modificato nel suo nucleo fondamentale, ma la legge legittimava una mobilità interna solo nelle ipotesi di

⁷⁴ DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT - 263, 2015, p. 3.

riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale. In questo caso sembra, quindi, che la formulazione del nuovo articolo non solo ecceda le intenzioni originarie, ma anche che non tenga conto delle due ulteriori limitazioni, costituite dai parametri oggettivi e dal contemperamento degli interessi in gioco. Il nuovo articolo 2103 consente l'assegnazione del dipendente a mansioni inferiori, giustificata dalla modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, ed è stato osservato, da quella dottrina che sostiene l'eccesso di delega, che, se anche si volesse ricondurre tale previsione all'interno del primo e del terzo limite imposto dalla delega, non ci sarebbe modo di considerare rispettato il secondo: il riferimento alla modifica degli assetti organizzativi aziendali, se pure più ampio, può ricomprendere la riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale, così come l'attenzione alla posizione del lavoratore potrebbe essere considerata espressione della richiesta di bilanciamento degli interessi, ma manca del tutto il richiamo ai parametri oggettivi per individuare i casi di modifica delle mansioni assegnate.

Bisogna avere una particolare attenzione anche all'interpretazione delle prerogative attribuite alla contrattazione collettiva (che verrà esaminata nei paragrafi seguenti), che è abilitata, dal decreto legislativo, all'assegnazione di mansioni inferiori anche in ipotesi diverse da quelle previste dalla legge; sembra essere coerente con le previsioni della delega sia il riferimento generico, nel decreto, alla "contrattazione collettiva", dal momento che la legge delega parla di contrattazione anche aziendale e di secondo livello, sia la non necessità di attenersi alla modifica degli assetti organizzativi aziendali, perché la delega non restringe l'ambito di azione della contrattazione collettiva ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione. Nonostante ciò, la dottrina⁷⁵ ha individuato un profilo di criticità nelle disposizioni del nuovo articolo 2103 riguardanti l'autonomia collettiva se si volesse accogliere una diversa interpretazione della legge delega, favorita forse da una non precisa formulazione, secondo la quale il periodo con cui viene introdotta la contrattazione collettiva non deve riferirsi a quello iniziale della lettera e), ma a

⁷⁵ DE ANGELIS, 2015, p. 3 ss.

quello immediatamente precedente; in questo modo si attribuirebbe al contratto collettivo non il potere di modificare le mansioni assegnate al lavoratore, ma quello di introdurre limiti ulteriori alla modifica dell'inquadramento, con la conseguenza che l'azione della contrattazione collettiva non potrebbe avere lo scopo di favorire una flessibilizzazione delle mansioni, ma quello contrario di imporre ulteriori limiti rispetto a quelli legali.

In contrapposizione alla dottrina a sostegno dell'eccesso di delega esiste un'interpretazione costituzionalmente orientata della riforma⁷⁶, che afferma che i contrasti tra il decreto legislativo e la legge delega siano superficiali e superati, e laddove rimanessero delle incertezze, queste sarebbero colmate dal raggiungimento degli obiettivi prefissati dalla stessa delega, che l'articolo 2103, così formulato, è in grado di avvicinare. Secondo questa dottrina, i criteri prefissati dalla delega sono pienamente integrati, nel momento in cui il decreto fa riferimento alle modifiche degli assetti organizzativi incidenti sulla posizione del lavoratore, e all'ipotesi, del comma 6, di un demansionamento per ragioni oggettive individuate nella necessità di evitare il licenziamento o di agire nell'interesse del lavoratore alla tutela della professionalità e delle condizioni di vita. Lo stesso comma 1 dell'articolo 2103, se pur non può dirsi conforme alla direttiva della delega che impone obiettive ragioni a sostegno del mutamento di mansioni, si considera invece rientrante nella seconda parte della legge, che, come già ricordato, non richiede la giustificazione per la modifica delle mansioni; questa seconda parte, infatti, consente alla contrattazione collettiva di prevedere ipotesi diverse da quelle indicate nella parte che la precede, senza ribadire il vincolo della giustificazione, che non può ritenersi implicito, data la lettera della norma, che parla di "ulteriori ipotesi" rispetto a quelle disposte "ai sensi della presente lettera", che richiede delle motivazioni. Questa prescrizione risulta quindi soddisfatta non solo dal comma 4 dell'articolo 2103, che autorizza il contratto collettivo a determinare ulteriori ipotesi di demansionamento, senza ragioni giustificatrici, ma anche dal comma 1, il quale non prevede specifiche ed oggettive

⁷⁶ AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 291, 2016, p. 5 ss.; PISANI, *nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT- 310, 2016, p. 26 ss.

motivazioni, ma contiene il riferimento all'istituto dell'inquadramento, tipico della contrattazione collettiva. L'incertezza che rimane da questo tentativo di superare l'argomento dell'eccesso di delega del primo comma dell'articolo 2103 riguarda una dissonanza, anche letterale, rispetto alla seconda parte della lettera e), perché, mentre questa parla di ipotesi aggiuntive di modifica delle mansioni rispetto a quelle previste dalla legge, il primo comma dell'articolo 2103 si riferisce non ai casi di mutamento delle mansioni originarie, ma di variazione cd. orizzontale, volendo essere una norma generale per l'assegnazione delle mansioni, in sostituzione del precedente criterio dell'equivalenza. Per colmare questa divergenza, la dottrina costituzionalmente orientata⁷⁷ mette in gioco gli obiettivi della riforma, considerati di gran lunga superiori rispetto ad una distonia letterale, trovando una solida base nelle pronunce della Corte Costituzionale⁷⁸; quest'ultima, infatti, afferma che, per poter correttamente interpretare le norme delegate, sia necessario avere riguardo, oltre che ai principi e ai criteri direttivi imposti dalla delega, anche alle finalità della legge stessa, nonché all'intero impianto normativo nel quale questa si inserisce. Se è vero che il legislatore delegato deve sottostare ai principi enunciati nella delega, è anche vero che questa non sottrae completamente ogni margine di discrezionalità nella sua attuazione, e l'unico modo per verificare se il legislatore delegato sia uscito dal sentiero tracciato è valutare la coerenza delle disposizioni attuative con la *ratio* della norma. La legge 183/2014, come già ricordato⁷⁹, ha lo scopo di fronteggiare la disoccupazione, di creare un contesto che sia il più possibile in armonia con il mercato del lavoro, per garantire la soddisfazione di chi sia in cerca di un'occupazione, nonché di semplificare e razionalizzare l'intera disciplina dei rapporti di lavoro, per ridurre, in conseguenza, le incertezze che possono riguardare alcuni degli istituti cardine del nostro ordinamento. Alla luce di questi presupposti, il primo comma dell'articolo 2103 può ritenersi conforme alle finalità della legge

⁷⁷ PISANI, 2016 a), p. 26 ss.

⁷⁸ Corte Cost. 4 giugno 2014, n. 153, in *Mass. giur. lav.*, 2015; Corte Cost. 9 Luglio 2013, n. 184, in *Foro. it., Rep.* 2013, voce Fallimento, 219.

⁷⁹ *Infra* Cap. II par. 1.2

delega, perché concorre al miglioramento della gestione dell'azienda, garantendo fin da subito un livello di certezza riguardo alla modifica orizzontale delle mansioni.

II. Le mansioni

2. L'assegnazione delle mansioni. 2.1. Dall'equivalenza all'inquadramento. 2.2. Il problema della garanzia della professionalità. 2.3. Il ruolo della contrattazione collettiva nel primo comma dell'art. 2103.

2. L'assegnazione delle mansioni.

Il primo comma del nuovo articolo 2103 individua i criteri in base ai quali le mansioni del lavoratore possono essere considerate esigibili, specificando che il lavoratore è chiamato a svolgere le originarie mansioni risultanti dal contratto, ma il datore di lavoro può assegnargli mansioni che appartengano al medesimo livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte, nonché quelle corrispondenti all'inquadramento superiore, successivamente acquisto. Ogni iniziativa di mobilità del datore di lavoro può espandersi esclusivamente entro i limiti del livello di inquadramento, con la conseguente scomparsa di tutte quelle incertezze che prima attenevano all'equivalenza. Il legislatore ha voluto introdurre un modello classificatorio già utilizzato in diversi settori, ma che ha comunque subito, nel corso del tempo, dei tentativi di evoluzione, come ad esempio la classificazione a fasce larghe, cosiddetta *broad banding*, che conciliava le esigenze di restrizione alla mobilità con quelle alla flessibilità, sistema utilizzato, tra l'altro in maniera esclusiva nell'ambito del lavoro pubblico.

La riscrittura di questo comma ha operato una modifica sul piano orizzontale dell'esercizio dello *jus variandi* del datore di lavoro introducendo il criterio dell'inquadramento, in sostituzione di quello dell'equivalenza, con finalità, come accennato in precedenza, di semplificazione della gestione aziendale, mediante il superamento di un parametro generico quale l'equivalenza, e l'introduzione di un canone che invece permette di garantire maggiore certezza delle decisioni prese dal

datore di lavoro, anche in sede giudiziaria⁸⁰. Una parte autorevole della dottrina ritiene, infatti, che l'eliminazione dell'equivalenza abbia sottratto alla giurisprudenza l'incombenza di colmare i vuoti interpretativi lasciati da una norma inderogabile a precetto generico, vuoti che obbligano ad una ramificazione e soggettivismo delle decisioni⁸¹. Abbiamo visto⁸² come la giurisprudenza si fosse consolidata ed evoluta nel tempo verso una massima tutela della professionalità, ma in concreto residuava la difficoltà di individuare astrattamente, o comunque in maniera distaccata rispetto all'intero contesto, gli elementi ed i connotati delle specifiche professionalità, o anche gli accrescimenti o le diminuzioni di professionalità in conseguenza del mutamento di mansioni⁸³. La nuova formulazione del primo comma, invece, esclude l'ingerenza del giudice nelle scelte contrattuali⁸⁴, in quanto egli si troverà a dover appurare esclusivamente il contenimento delle mansioni successivamente assegnate nella stessa categoria legale di quelle previste dal contratto, e verificare se per l'espletamento dei nuovi compiti sia necessaria una formazione professionale.

L'essenza di anti incertezza del comma 1 è una caratteristica da non sottovalutare, in una stima di insieme dell'articolo, e del raggiungimento degli obiettivi del legislatore, perché è evidente come la mancanza di regole inequivocabili costituisca la scintilla per la radicalizzazione di un sentimento di ritrosia dei datori di lavoro nei confronti delle assunzioni, oltre a comportare, ovviamente, un'imprevedibilità degli approdi giudiziari⁸⁵.

⁸⁰ LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*. WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-257, 2015, p. 5; BINI, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni*, *Arg. dir. lav.*, 2015, 1284.

⁸¹ PISANI, 2016 a), p. 10 ss.

⁸² *Infra* Cap. I, Par. I, 1.2.

⁸³ PISANI, 2016 a), p. 19 ss.

⁸⁴ LISO, 2015, p. 6 ss; GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, p. 130 ss.

⁸⁵ VIDIRI, *Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata*, in *Mass. giur. lav.*, 2014, p. 87.

L'elemento che, secondo alcuni, sembra essere ridondante è il riferimento alla categoria legale, introdotto all'ultimo momento, all'esito del passaggio alle commissioni parlamentari; la perplessità risiede nella considerazione che alla categoria legale nel corso del tempo era stata già sottratta l'idoneità a differenziare le posizioni di lavoro, anche perché l'appartenenza all'una o all'altra categoria è determinata dalla contrattazione collettiva⁸⁶.

2.1. Dall'equivalenza all'inquadramento.

Dopo la riforma dell'articolo 2103 le mansioni esigibili dal datore di lavoro sono individuate sulla base del livello di inquadramento, determinato dalla contrattazione collettiva, con la conseguenza che il prestatore può essere chiamato a svolgere tutte le mansioni riconducibili al livello nel quale sia inquadrato. La scomparsa del riferimento all'equivalenza comporta, come accennato nel paragrafo precedente, il superamento di molte incertezze a livello giurisprudenziale, perché restringe ampiamente il campo di discrezionalità del giudice nel confronto tra le mansioni assegnate e quelle effettivamente svolte, nel caso di un mutamento di fatto. Al giudice rimane l'accertamento che le nuove mansioni siano ricomprese nello stesso livello di inquadramento, senza la possibilità di alcun riferimento con quelle precedentemente espletate. Verso questa conclusione si è orientata anche la recente giurisprudenza⁸⁷ in merito alla questione, che ha affermato che, dopo la riforma, il giudizio debba vertere sulla riconoscibilità astratta delle mansioni nel livello di inquadramento assegnato. Parte della dottrina ha evidenziato come questa disposizione sia coerente con un'intenzione di riduzione dell'ingerenza del giudice nell'esercizio della gestione aziendale del datore di lavoro⁸⁸, preferendosi invece la

⁸⁶ NUNIN, *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l'inquadramento unico*, in AA.VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, 2012, p. 472 ss.

⁸⁷ Trib. Roma, 30 Settembre 2015, n. 4245: "*a differenza che nel passato, è oggi legittimo lo spostamento del lavoratore a mansioni che appartengono allo stesso livello di inquadramento cui appartenevano quelle svolte in precedenza dallo stesso dipendente, non dovendosi più accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente*".

⁸⁸ MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 2015, 5, p. 437.

devoluzione delle problematiche in materia all'autonomia collettiva, essendo l'inquadramento una fattispecie di tipica formulazione sindacale⁸⁹.

Nonostante l'esigenza di certezza che la nuova disciplina si prefigge di soddisfare, nella risoluzione di situazioni concrete parte della dottrina⁹⁰ ritiene necessario l'utilizzo di criteri di comparazione tra le mansioni precedenti e quelle successive, come era l'equivalenza, dato che i compiti potrebbero essere sostanzialmente differenti sia sul piano quantitativo che su quello qualitativo. Il riferimento all'inquadramento è, sul piano teorico, uno strumento di classificazione preciso, perché racchiude la portata della mobilità all'interno di confini certi, ma non tiene conto, nella pratica, di quelle fattispecie non comprese esplicitamente nell'indicazione della contrattazione collettiva, agendo principalmente nelle ipotesi in cui le mansioni possano essere facilmente ricondotte ad un certo livello e categoria legale di inquadramento. In questi casi, quando non sia agevole inserire i compiti del lavoratore in un determinato inquadramento, il giudice si troverà necessariamente a dover comparare le nuove mansioni con quelle effettivamente svolte in precedenza, con un ritorno al criterio dell'equivalenza che il legislatore ha scelto di accantonare. Anche laddove vi sia una perfetta riconducibilità nell'inquadramento corrispondente, non si può non considerare che il nuovo articolo 2103 si inserisce in un contesto, che non è mutato parallelamente, in cui vige il problema irrisolto della mancata attuazione dell'articolo 39 della Costituzione, che ha storicamente portato alla vita quesiti aventi ad oggetto l'efficacia della contrattazione collettiva privata, anche in relazione alle controversie in materia di mansioni. A riguardo è intervenuta la Corte di Cassazione⁹¹, con un orientamento che parte della dottrina ritiene non superabile⁹² neppure in seguito alla riforma della disciplina, secondo cui il giudice non può

⁸⁹ LISO, 2015, p. 7 ss.

⁹⁰ GARGIULO, 2015, p. 3 ss.

⁹¹ Cass. 20 Marzo 2004, n. 5651, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 3; Cass. 23 Novembre 1995, n. 12121, in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 356; Cass. 23 Gennaio 1988, n. 539, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 313; Cass. 8 Febbraio 1985, n. 1038, in *Foro. it.*, 1986, I, c. 149; Cass. 17 Luglio 1998, n. 7040, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 276.

⁹² GARGIULO, 2015, p. 3.

ritenersi vincolato alle determinazioni della contrattazione collettiva, dovendo sempre verificare il rispetto del diritto alla professionalità del lavoratore.

Al contrario, esiste un'autorevole dottrina⁹³ che asserisce che il tentativo di elaborare delle tesi interpretative che conducano ad un ritorno all'equivalenza non sia condivisibile, in particolare quelle che vogliono ricorrere alle clausole di buona fede e correttezza⁹⁴ per mantenere il rispetto del criterio di omogeneità delle competenze professionali del prestatore. Si ritiene, infatti, che non sia legittimo continuare ad utilizzare, sulla base di sforzi interpretativi, un criterio che è stato volontariamente ed inequivocabilmente eliminato dal legislatore⁹⁵, perché questo sarebbe contrastante con un principio affermato più volte dalla Corte Costituzionale⁹⁶ alla base del nostro ordinamento, cioè che per introdurre un limite al potere del datore di lavoro sia necessaria una norma di legge o disposizioni della contrattazione collettiva. A questo divieto di derivazione costituzionale si aggiunge l'orientamento della Cassazione⁹⁷ che ritiene che le norme comprensive delle clausole di correttezza e buona fede siano dei marcatori per obbligazioni già esistenti, non potendo invece dare origine a nuovi ed autonomi obblighi, come, nel caso di specie, quello di non attribuire al prestatore mansioni non equivalenti a quelle originarie. In aggiunta, bisogna considerare che nel nostro ordinamento vige il principio fondamentale di libertà di iniziativa economica, in conseguenza del quale il potere dell'imprenditore di variare le mansioni dei propri dipendenti, sulla scorta di motivazioni dettate da esigenze dell'azienda, non può essere sottoposto a valutazione giurisdizionale, per quel che riguarda la sua coerenza

⁹³ PISANI, 2016 a), p. 21 ss.

⁹⁴ BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione AIDLASS, Napoli, 2016, p. 53-54; DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *Arg. dir. lav.* 2015, p. 863-864.

⁹⁵ GARILLI, 2016, 2, p. 131 ss.

⁹⁶ Corte Cost. 14 Gennaio 1986, n.2, in *Foro. it.*, 1986, I, 1184; Corte Cost. 25 Maggio 1989, n. 427, in *Giur. Cost.*, 1989.

⁹⁷ Cass. 28 Marzo 2011, n. 7037, in *Guida al lav.*; Cass. 21 gennaio 2007, n. 1333, in *Guida al lav.*, 2007, 40; Cass. 3 Febbraio 1994, n. 1091, in *DPL*, n. 94, 1252; Cass. 19 Ottobre 1990, n. 10178, in *Foro. it.*, *Rep.* 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, 859; Cass. 10 Agosto 1987, n. 6864, in *Foro. it.*, 1987, I, 2987.

con le finalità perseguite, o la preferibilità rispetto ad altre soluzioni⁹⁸. Le ragioni a fondamento delle scelte imprenditoriali, infatti, non sono sindacabili, perché il voler accordare al giudice il controllo nel merito della decisione comporterebbe la necessità dell'imprenditore di giustificare le proprie motivazioni, sia in merito alla loro effettiva esistenza, sia riguardo al nesso di causalità con la risoluzione presa⁹⁹.

L'esercizio non vincolato dello *jus variandi* del datore di lavoro deve fare i conti con l'esigenza di contrastare comportamenti illeciti, che hanno l'obiettivo di generare una difficoltà nel lavoratore, mediante, ad esempio, l'adibizione a mansioni completamente diverse rispetto a quelle espletate in precedenza. Bisogna dire, però, che la stessa dottrina¹⁰⁰ che ritiene non più consoni il ritorno all'equivalenza sostiene che la necessità di evitare comportamenti fraudolenti non possa costituire motivo di rigetto dell'innovazione introdotta dalla riforma del primo comma, anche perché per contrastare queste condotte patologiche si ricorre ad appositi istituti, quali il motivo illecito, il divieto di atti discriminatori, la frode alla legge e l'abuso del diritto.

2.2. Il problema della garanzia della professionalità.

L'eliminazione del criterio dell'equivalenza ha un'ulteriore immediata conseguenza, che è quella dello stravolgimento delle tutele offerte in precedenza alla professionalità del lavoratore, che, se pure hanno subito delle interpretazioni evolutive nel corso del tempo, non possono dirsi perfettamente aderenti alle nuove disposizioni. Abbiamo visto in precedenza come, per poter considerare le mansioni successivamente assegnate equivalenti a quelle originarie, fossero necessari due elementi: l'appartenenza al medesimo livello e la possibilità di utilizzare lo stesso bagaglio di competenze, a garanzia della professionalità acquisita dal lavoratore nel corso della sua vita lavorativa. La nuova formulazione, tuttavia, elimina del tutto il

⁹⁸ GIUGNI, 1963, p. 321 .

⁹⁹ PERSIANI, 1971, I, p. 18; PISANI, 1996.

¹⁰⁰ PISANI 2016 a), p. 4; VISONA', *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Roma, 2016, p. 54.

secondo di questi criteri, ritenendo sufficiente la continenza nella stessa categoria legale di inquadramento.

Anche in questo ambito vi sono delle tesi contrapposte, perché da una parte c'è chi ritiene che la nuova norma sia inidonea a tutelare il diritto del lavoratore alla conservazione della propria professionalità, stante il fatto che all'interno della stessa categoria possiamo riscontrare mansioni totalmente differenti¹⁰¹, e dall'altra c'è chi afferma che non si tratti di un passo indietro rispetto al precedente livello di tutela, ma di un passo in avanti, mosso in un contesto di veloce evoluzione del mercato del lavoro e rinnovamento delle tecniche e delle competenze professionali, al quale deve corrispondere un aggiornamento normativo¹⁰². Con la riforma si assiste ad un cambiamento del tipo di professionalità tutelata, perché si passa dalla protezione delle abilità pregresse ed acquisite nell'espletamento delle proprie mansioni alla salvaguardia di capacità aventi lo stesso valore retributivo, potendo le nuove mansioni richiedere delle competenze del tutto diverse da quelle possedute. Le forme di tutela offerte dalla precedente disciplina consideravano la professionalità come appartenente al nucleo fondamentale dei valori di dignità del lavoratore, tanto da poter avanzare l'ipotesi che le conclusioni giurisprudenziali riguardo all'equivalenza possano considerarsi come coperte da garanzia costituzionale, perché la violazione di un aspetto della dignità del prestatore, come diritto assoluto ed intangibile, comporterebbe un contrasto con l'articolo 3 della Costituzione¹⁰³. Tuttavia, ciò che solleva l'articolo 2103 dai dubbi di incostituzionalità è la considerazione che non può dirsi sottratta completamente la garanzia della capacità professionale del lavoratore: sarebbe certamente illegittima una norma che ignorasse del tutto l'esigenza di tutela di questo aspetto, fondamentale per il corretto espletamento di qualsiasi professione, ma non è detto che anche il cambiamento del tipo di tutela debba essere impedito sulla base di valori costituzionali; al contrario, sarebbe forse il tentativo di rimanere

¹⁰¹ BALLETTI, 2016, 19; FRANZA, *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, MGL, 2015, 855.

¹⁰² LISO, 1982, p. 175 ss; PISANI, 2016 a), p.10.

¹⁰³ PISANI, *Dall'equivalenza all'inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti "orizzontali" delle mansioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 149, 2016, p. 154.

ancorati ad elaborazioni giurisprudenziali certamente preziose, ma nate in un contesto ed in un momento storico del tutto diverso da quello corrente, a costituire il maggiore ostacolo per la formazione di un ricco bagaglio di competenze professionali, ed è comprensibile la scelta del legislatore, se si considera che la flessibilità professionale oggi è una caratteristica che giova non solo al datore di lavoro, ma anche al lavoratore stesso, in un quadro caratterizzato da galoppanti evoluzioni in tutti gli ambiti della società¹⁰⁴. Il legislatore ha quindi abbandonato l'idea di una professionalità statica, che rimane chiusa nel nucleo di attività già conosciute ed acquisite dal prestatore, ed ha rivolto l'attenzione verso il bisogno, comune al lavoratore e all'impresa, di svolgere compiti non identici a quelli precedenti, ma dello stesso valore, nei limiti della medesima categoria e livello di inquadramento¹⁰⁵. Questi ultimi sono, quindi, i criteri in base ai quali si stabilisce l'uguale valore delle professionalità, che non è determinato solo dalla retribuzione, ma soprattutto dalle cosiddette dimensioni centrali della qualità del lavoro, specificate all'interno di ciascun livello; si tratta di elementi che identificano i caratteri fondamentali e comuni a mansioni tra di loro anche differenti, e sono:

- la complessità, riferita agli oneri decisionali richiesti dalle mansioni;
- l'autonomia, cioè la libertà del lavoratore nello svolgimento dell'attività, la sua discrezionalità ed il grado di controllo al quale viene sottoposto;
- l'importanza della specifica mansione all'interno dell'organizzazione aziendale.

La previsione di questi limiti, entro cui poter operare la variazione delle mansioni, permette, quindi, di assicurare al lavoratore una tutela che non esuli i confini costituzionali; del resto, l'obbligo di formazione, che verrà approfondito nel successivo paragrafo, introdotto dal legislatore al comma tre, a corollario di questa nuova concezione di professionalità che intende difendere, può rappresentare un

¹⁰⁴ BARTESAGHI, 1990, 1, p. 42 ss.; DE LUCA TAMAJO, BIANCHI D'URSO, 1990, p. 236; GARILLI, 1989, p. 176, 181; NOGLER, 2012, p. 451; SCARPELLI, 1994.

¹⁰⁵ BALDISSERA, *Professionalità: un solo termine per molti significati*, SO, 1982, n. 3-4, p. 191 ss; GALLINO, *Informatica e qualità del lavoro*, Torino, 1983.

deterrente per il datore di lavoro nell'assegnare il lavoratore a mansioni troppo differenti rispetto a quelle originarie.

2.3. Il ruolo della contrattazione collettiva nel primo comma dell'art. 2103.

Il legislatore affida la limitazione dello *jus variandi* in senso orizzontale all'autonomia collettiva, mediante l'introduzione, nel primo comma, dell'istituto dell'inquadramento, tipico del contratto collettivo. L'inclusione dell'autonomia collettiva nella materia era precedentemente stata teorizzata in una proposta legislativa del Cnel, che voleva sopperire alla difficoltà dei giudici di controllare la materia mediante l'assegnazione, alla contrattazione collettiva, del compito di definire nel caso concreto il rapporto di equivalenza.

Con l'assegnare un ruolo preminente alle parti sociali, il legislatore ha seguito un modello di garantismo flessibile, caratterizzato dalla capacità di conciliare l'esigenza di certezza e rigidità normativa con quella di una flessibilità che aiuti ad attutire i cambiamenti del mercato del lavoro. Il contratto collettivo è sicuramente più vicino, rispetto alla legge, alla realtà che intende rappresentare, e questo assicura una maggiore soddisfazione degli obiettivi prefissati, nonché un più ampio grado di elasticità, ma è anche uno strumento che garantisce una ragionevole certezza, elemento tipico invece della legge, ed è proprio per questo che il legislatore ha scelto di devolvere la questione all'autonomia collettiva, mediante la tecnica del decentramento, che prevede che la contrattazione collettiva agisca ad integrazione o in sostituzione della legge.

Nonostante il ruolo della contrattazione collettiva sia primario, la questione non viene lasciata alla sua piena discrezionalità, come era stabilito, ad esempio, per il lavoro pubblico¹⁰⁶, perché, come abbiamo visto, è previsto il rispetto di un duplice limite: prima di tutto le mansioni devono essere ricomprese nella stessa categoria legale, e, una volta che sia rispettato questo criterio, è necessario che queste siano

¹⁰⁶ Il precedente testo del D.Lgs. n. 165/2001, art. 52 non prevede limitazioni alla fonte collettiva, facendo riferimento a "mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale".

contenute nello stesso livello di inquadramento. Tale limite dispiega la sua importanza soprattutto in quei livelli in cui sono ricomprese mansioni eterogenee, ad esempio sia impiegatizie che operaie, perché in questo caso circoscrive l'ambito di esercizio dello *jus variandi* nel livello di inquadramento, di cui la contrattazione collettiva è libera di determinare i confini.

Alla luce delle modifiche introdotte, quindi, l'illegittima modifica orizzontale delle mansioni si verifica se i compiti successivamente assegnati rientrano in livelli inferiori, ma anche quando non siano del tutto previste in alcun livello di inquadramento, perché, ad esempio, richieste dalle esigenze e dall'organizzazione dell'impresa, ma non nella classificazione del contratto collettivo. In questi casi, quindi, la dottrina¹⁰⁷ si è chiesta se sia possibile, ed entro quali limiti, un'interpretazione estensiva delle qualifiche, e se questa debba seguire il criterio dell'approssimazione o dell'identità. In realtà la valutazione, per poter essere legittima, deve essere effettuata in maniera concreta caso per caso, con un'attenzione al quadro complessivo offerto dalla contrattazione collettiva.

Fermo restando il limite imposto dall'articolo 2103, l'autonomia collettiva gode di una certa libertà nella determinazione dell'ampiezza delle categorie legali, e nell'individuazione dei criteri distintivi e delle mansioni in esse ricomprese, in forza dell'articolo 2095 del codice civile, che si ritiene esprima un rinvio alla contrattazione collettiva¹⁰⁸; nonostante ciò, non può dirsi esclusa la possibilità di un sindacato del giudice sulle statuizioni della contrattazione collettiva, potendo egli ritenere erronea la classificazione di determinate mansioni all'interno di una categoria piuttosto che di un'altra, caso al quale conseguirebbe la dichiarazione di illegittimità dell'adibizione a quelle mansioni, considerate, in sede giudiziale, erroneamente ricondotte in una certa categoria¹⁰⁹.

¹⁰⁷ PISANI, 2016 b), 2, p. 152-153

¹⁰⁸ ASSANTI, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo*, Milano, 1967, p. 56; LISO, *Categorie giuridiche*, in *Enc. giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana*, Roma, 1986, p. 8. Cass. 25 Gennaio 1984, n. 603, in *Giust. civ.*, 1984, 3102; Cass. 8 Agosto 1983, n. 5295, in *Not. giur. lav.*, 1983, 35.

¹⁰⁹ PISANI, 2016 b), p. 151-152.

Non dobbiamo dimenticarci, però, che il rinvio alla contrattazione collettiva solleva lo storico problema riguardante l'efficacia soggettiva, in quelle situazioni in cui il lavoratore o il datore di lavoro non aderiscano ad alcuna confederazione sindacale o datoriale. Si tratta però, in questo caso, di un problema principalmente teorico, perché, per quanto riguarda il lavoratore, il contratto individuale generalmente contiene il rinvio al contratto collettivo, oppure avviene la manifestazione del suo consenso per fatti concludenti, mediante la tacita accettazione, nel corso del rapporto di lavoro, di tutti gli istituti del contratto; per questo motivo, al lavoratore non è consentito rifiutare, in un momento successivo, un contratto collettivo sopravvenuto¹¹⁰, anche perché non è possibile per il lavoratore effettuare una scelta tra gli istituti del contratto collettivo, accettandone alcuni e rifiutandone altri, essendo le clausole intrinsecamente inscindibili¹¹¹. Per quanto riguarda il datore di lavoro che non aderisca all'organizzazione stipulante il contratto collettivo, egli è comunque vincolato alla previsione normativa dell'articolo 2103, perché i criteri espressi dal primo comma sono, come abbiamo visto, dei parametri di valutazione circa la legittimità del mutamento di mansioni, e come tali aventi valore per tutti i destinatari della norma, indipendentemente dalla loro adesione alle associazioni.

¹¹⁰ Cass. 16 Gennaio 1986, n. 260, in *Foto. it., Rep.* 1984.

¹¹¹ D'ANTONA, *Contrattazione collettiva e autonomia individuale nei rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990, p. 555; LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 262.

III. Le mansioni inferiori

3. L'assegnazione a mansioni inferiori. 3.1. Le fattispecie di demansionamento unilaterale. 3.2. Il demansionamento concordato.

3. L'assegnazione a mansioni inferiori.

Una sostanziale ed evidente differenza rispetto alla disciplina previgente consiste nella previsione di una legittima adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, che era esclusa dalla norma nella sua formulazione precedente; nel nuovo testo dell'articolo 2103, invece, il legislatore prevede due tipi di spostamento: uno spostamento unilaterale, da parte del datore di lavoro, sia nel comma 2 che nel comma 4, con l'assegnazione all'autonomia collettiva della facoltà di individuare ulteriori ipotesi di adibizione a mansioni inferiori, ed un spostamento concordato, nel comma 6.

Il secondo comma dell'articolo 2103 disciplina l'ipotesi di esercizio unilaterale dello *jus variandi in pejus* da parte del datore di lavoro, nel rispetto del limite della categoria legale e del diritto alla conservazione dell'inquadramento superiore e del corrispondente livello di retribuzione, e a condizione che sia richiesto dalla modifica di assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore. Inoltre, questo spostamento deve necessariamente essere disposto in forma scritta, a pena di nullità, trattandosi di una modifica delicata, che implica la soppressione dell'interesse del lavoratore in favore di un'esigenza dell'azienda. Al di fuori di queste ipotesi, il contratto collettivo può individuare ulteriori fattispecie di demansionamento, fermi restando, sempre, i confini della categoria legale.

Lo spostamento a mansioni inferiori, oltre che dal datore di lavoro, può essere deciso dallo stesso lavoratore, secondo il comma 6, il quale può stipulare accordi individuali, in sedi protette, nell'interesse di conservare la propria occupazione, di acquisire una diversa professionalità o di migliorare le condizioni di vita; tali accordi possono avere ad oggetto la modifica delle mansioni, della categoria legale o livello di inquadramento e della retribuzione.

L'introduzione di questa fattispecie di legittimo demansionamento non è, in realtà, una novità assoluta e priva di precedenti nel nostro ordinamento, perché, come abbiamo visto nel capitolo precedente¹¹², prima della riforma già era nata l'esigenza di consentire l'adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, soddisfatta sia dalla giurisprudenza, con l'elaborazione di un'interpretazione flessibile del carattere inderogabile della norma, sia dalla legge, con l'inserimento di ipotesi in deroga al divieto di cui all'ultimo comma del precedente articolo 2103.

Un aspetto delicato della questione è rappresentato dal rispetto del principio di bilanciamento tra le esigenze dell'azienda e quelle del lavoratore, disposto dalla legge delega, che vede la contrapposizione tra l'interesse del datore all'utile impiego del personale, e quindi ad una gestione flessibile del lavoro e dei dipendenti, ed una serie di interessi del lavoratore, alcuni difficilmente conciliabili con la previsione del demansionamento. Parte della dottrina¹¹³ tende a risolvere il problema affermando che in realtà non è necessario che ogni parte della nuova norma fornisca una garanzia a tutti gli interessi del lavoratore, ben potendosi effettuare un bilanciamento tra un singolo interesse del datore con un singolo interesse del lavoratore, nel caso di specie tra le esigenze di riorganizzazione e ristrutturazione dell'azienda e quella alla conservazione del posto del prestatore.

3.1. Le fattispecie di demansionamento unilaterale.

Il secondo comma dell'articolo 2103 prevede la prima delle ipotesi di legittima assegnazione a mansioni inferiori per effetto dell'espressione unilaterale di volontà del datore di lavoro, il quale provvede al demansionamento a causa di modifiche degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore, nel rispetto del confine della categoria legale; in questa fase, non è richiesto alcun consenso del lavoratore, trattandosi per l'appunto di un mutamento giustificato da ragioni aziendali e dipendente solo dalle esigenze del datore di lavoro.

¹¹² *Infra* Cap. I, Par. III, 3.1.

¹¹³ CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 149, 2016, p. 167 ss..

Nell'analisi di questo comma, è necessario soffermarsi per prima cosa su un importante dato letterale, costituito dall'uso del singolare nel riferimento al "livello" di inquadramento inferiore al quale possono appartenere le mansioni assegnate; è chiaro come in questo caso il legislatore abbia voluto restringere la legittimità del demansionamento solo al livello immediatamente inferiore rispetto a quello nel quale possono essere ascritte le mansioni originarie, e questa precisazione, se letta coordinatamente con il limite della categoria legale, costituisce una protezione anche più incisiva rispetto a quella del primo comma, riguardante la mobilità orizzontale, perché sta a significare che un lavoratore che svolge dei compiti tipici dell'ultimo livello della categoria non può essere demansionato legittimamente, senza che ciò comporti una variazione di categoria.

L'assegnazione del lavoratore a mansioni di livello inferiore non può essere disposta per un qualsiasi mutamento organizzativo: la norma, infatti, precisa che la modifica degli assetti aziendali deve avere incidenza sulla posizione del lavoratore, il che fa presumere la necessità di un nesso di causalità tra la modifica organizzativa, la posizione ricoperta dal lavoratore e l'esercizio dello *jus variandi*¹¹⁴. Il riferimento alla posizione del lavoratore, di conseguenza, costituisce il parametro con il quale è possibile misurare l'incidenza dell'intervento del datore di lavoro, considerando il fatto che è implicato un rapporto di causa-effetto che parte, ancora prima che dalla modifica aziendale, dalla scelta dell'imprenditore, che si riversa sull'espletamento della mansione.

Il carattere generico della disposizione ha sicuramente prodotto un terreno fertile per ampie discussioni, stante il fatto che la formulazione di questo limite, costituito dalla modifica degli assetti organizzativi aziendali, risulta sicuramente vago, anche se c'è chi ritiene che questa vaghezza non sia casuale ma voluta dal legislatore¹¹⁵, in ragione di una coordinazione tra il secondo, il quinto ed il sesto comma. In ragione di ciò, è stata avanzata in dottrina l'idea che questa limitazione

¹¹⁴ GARGIULO, *La revisione delle mansioni, in Jobs Act e contratti di lavoro dopo la l. delega 10 Dicembre 2014 n° 183*. CSDLE.IT Collective Volumes n°3, 2015, p. 5 ss.

¹¹⁵ GARGIULO, 2015, p. 5 ss.

debba essere letta alla luce delle previsioni della legge delega, con la conseguenza che il demansionamento non sarebbe ammesso per ogni vicenda legata al contesto aziendale, ma solo quando venga ad essere necessaria per la soddisfazione dell'esigenza di bilanciamento degli interessi dell'impresa con quelli del lavoratore¹¹⁶. La conseguenza dell'indeterminatezza del testo di questo secondo comma è che sarà comunque necessario un controllo del giudice sulla sussistenza del presupposto previsto dalla legge, riproponendosi il delicato problema della sindacabilità del giudice sulle scelte imprenditoriali.

La Commissione Lavoro della Camera dei Deputati aveva proposto, in attuazione della legge delega, ed anche per cercare di rimanere più vicini alle disposizioni ivi contenute, di inserire nel decreto, dopo il riferimento alla modifica degli assetti organizzativi aziendali, i processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, citati nella legge delega; pur essendo stato omesso tale inserimento, non è comunque escluso che l'assegnazione a mansioni inferiori si configuri come un'alternativa al licenziamento, o ad una crisi aziendale, anche nel rispetto del principio del bilanciamento di interessi richiesto dal legislatore. Per questo motivo, in dottrina c'è già chi ha teorizzato un ritorno al principio secondo cui il demansionamento debba essere disposto come *extrema ratio*, quando non sia possibile ricollocare il lavoratore in posizioni all'interno dell'azienda che siano compatibili con il ruolo precedentemente ricoperto¹¹⁷.

Un aspetto che sembra essere stato tralasciato dal legislatore è quello della delimitazione temporale dello spostamento a mansioni inferiori, stante il fatto che, se nella formulazione precedente un demansionamento definitivo sarebbe andato a collidere con il divieto di patti contrari dell'ultimo comma, dal nuovo testo non risulta emergere alcun riferimento alla temporaneità dell'assegnazione. Nella teoria, ragionando sul dato letterale della norma, si può affermare che non ci siano argomenti sufficientemente saldi a sostegno della temporaneità dello spostamento, ma, dato che alla facoltà di adibizione a mansioni inferiori è accompagnato

¹¹⁶ AMENDOLA, 2016, p. 17 ss.

¹¹⁷ GARGIULO, 2015, p. 5 ss.

l'obbligo di mantenimento della retribuzione propria del livello superiore, nel caso concreto è intuitivo che sarebbe certamente uno svantaggio per il datore di lavoro rendere permanente lo spostamento di mansioni del prestatore¹¹⁸.

A seconda che si accolga o meno la tesi della necessaria temporaneità dell'assegnazione a mansioni inferiori, si approda a conclusioni differenti per quanto riguarda la questione dell'eventuale obbligo di riassegnazione del lavoratore alle mansioni espletate in precedenza, una volta che sia venuta meno la motivazione del demansionamento¹¹⁹; se infatti si ritiene che lo spostamento debba essere provvisorio, il lavoratore dovrà essere adibito alle mansioni precedentemente esercitate, a meno che la sua posizione non sia stata soppressa, cosa assolutamente probabile, se il demansionamento viene disposto come *extrema ratio*, per evitare il licenziamento. Nel caso contrario, qualora si ammetta un'assegnazione definitiva a mansioni inferiori, non si può parlare della sussistenza di un diritto, in capo al lavoratore, alla riassegnazione alle proprie mansioni, cosicché, quando le ragioni del demansionamento vengano meno, il prestatore potrebbe legittimamente essere chiamato a svolgere compiti diversi dai precedenti; in questo caso, sarebbe possibile sindacare la scelta del datore di lavoro non sulla base della violazione di un diritto del lavoratore, quanto invece sul rispetto dei principi di buona fede e correttezza, ferma restando la tutela contro atti discriminatori¹²⁰.

La seconda ipotesi di mutamento *in pejus* delle mansioni è introdotta dal comma 4, che prevede anch'esso un demansionamento unilaterale, regolato però dalla contrattazione collettiva; la disciplina dispone, in attuazione della legge delega, l'attribuzione all'autonomia collettiva del potere di individuare ulteriori ipotesi di declassamento, che sta a significare ipotesi diverse da quelle, previste dal comma due, conseguenti alla modifica degli assetti organizzativi aziendali. Le disposizioni di questo comma devono essere lette in combinato disposto con l'articolo 51 del D.Lgs

¹¹⁸ CESTER, 2016, 2, p. 170 ss.

¹¹⁹ BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *In Codice Civile. Commentario*, Milano, 1997.

¹²⁰ CESTER, 2016, p. 169.

81/2015, che va a qualificare la nozione di contratto collettivo, ai fini dell'applicazione del decreto: salvo una diversa previsione, per contratti collettivi si intendono “i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”. Si tratta, quindi, di un potere conferito alla contrattazione collettiva di qualsiasi livello, anche aziendale, sulla scorta della cd. aziendalizzazione, con la quale si cerca di spostare l'attività di creazione delle regole del rapporto di lavoro verso una posizione decentrata, affidando quindi, sempre di più, il compito di regolamentare la materia alla contrattazione di prossimità, anche perché sicuramente più vicina alla realtà che intende disciplinare.

La formulazione del comma 4 non prevede alcun vincolo di giustificazione, come invece accadeva per il secondo comma, e questa mancanza ha generato diverse posizioni all'interno della dottrina; c'è infatti chi ritiene che, non essendo prevista alcuna causale per l'elaborazione di ulteriori ipotesi di adibizione a mansioni inferiori, l'autonomia collettiva possa legittimamente prevedere qualsiasi ipotesi di declassamento, con la conseguenza che, in questo caso, non può dirsi sussistente la necessità che la variazione avvenga come *extrema ratio*. Questa parte della dottrina afferma che il ruolo che svolge, in questo comma, la contrattazione collettiva funge da sostegno alle dinamiche aziendali, potendo liberamente assecondare le esigenze di flessibilità dell'impresa¹²¹.

Di contro, c'è chi ritiene che anche in questo caso le nuove ipotesi di declassamento introdotte dalla contrattazione collettiva debbano rispettare la direttrice giustificativa delle modifiche degli assetti organizzativi aziendali, perché non è pensabile oltrepassare questo limite senza cadere in fattispecie di arbitrio, discriminazione o ricatto occupazionale¹²².

¹²¹ VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WP CSDLE “Massimo D'Antona”. IT - 252, 2015, p. 8 ss.

¹²² CESTER, 2016, 3, p. 173 ss.

Bisogna stabilire quindi cosa intenda la norma per “ipotesi ulteriori”, ed entro quale ambito possa estendersi la scelta della contrattazione collettiva; se si accoglie la tesi secondo cui anche l’autonomia collettiva deve obbedire al limite delle esigenze organizzative, si può affermare che, tra le ipotesi ulteriori consentite dal quarto comma, possano rientrare esigenze di carattere temporaneo, come ad esempio la sostituzione di lavorare assente per ferie¹²³. Al contrario, parte della dottrina ritiene che l’autonomia collettiva possa fornire liberamente un’esemplificazione di quelle situazioni aziendali che possano giustificare il demansionamento¹²⁴, e che, in ogni caso, l’intervento della contrattazione, qualora volesse essere qualcosa in più di una semplice esposizione integrativa, non sia affatto vincolato alla modifica organizzativa di cui al secondo comma, in virtù delle disposizioni contenute nella legge delega, che esulano l’autonomia collettiva dal rispetto della causale dei processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale¹²⁵.

I confini dell’azione della contrattazione collettiva sono individuati nel quarto comma, nella categoria legale, nel senso che le mansioni inferiori assegnate al lavoratore sulla base delle previsioni sindacali devono appartenere alla medesima categoria legale di quelle precedentemente svolte, fermo restando che, come nel caso del secondo comma, è consentito il declassamento del lavoratore di un solo livello inferiore rispetto a quello di appartenenza. In aggiunta, il comma cinque, con una previsione applicabile ad ogni ipotesi di demansionamento, specifica che, nonostante la modifica, effettuata per iscritto a pena di nullità, il lavoratore ha diritto alla conservazione del precedente livello di inquadramento e del trattamento retributivo corrispondente, fatta eccezione per gli elementi retributivi connessi a modalità particolari di svolgimento della prestazione.

La riforma dell’articolo 2103 assegna, come abbiamo visto, alla contrattazione collettiva un ruolo di non poca importanza, perché le permette di agire ad

¹²³ CESTER, 2016, p. 174; PISANI, *Nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, 15, p. 202 ss.

¹²⁴ AMENDOLA, 2016, p. 17 ss; GARGIULO, 2015, 7, p. 18.

¹²⁵ AMENDOLA, 2016, p. 17 ss; DE ANGELIS, 2015, p. 5 ss.

integrazione del dato normativo; tuttavia, non si tratta di una previsione del tutto priva di precedenti, perché, già prima del decreto in questione, esistevano casi in cui la legge rinviava all'autonomia collettiva in funzione non solo integrativa, ma anche derogatoria delle norme di legge, anche se si trattava generalmente di deroghe aventi un oggetto delimitato ed un contenuto tendenzialmente vincolato, accompagnate però ad ipotesi di discrezionalità più ampia. Si tratta delle disposizioni, già ricordate nel capitolo precedente¹²⁶, dell'art. 4, c. 11, della L. n. 223./1981 e dell'art. 8 del D.L. n. 138/2001, che permettono l'introduzione di modifiche peggiorative delle mansioni, ancora prima della riforma.

Come condizioni aggiuntive alla possibilità di modifica *in pejus* della mansioni, l'articolo 2103 stabilisce, al comma 5, che, nelle ipotesi di demansionamento unilaterale disposte dai commi 2 e 4, il mutamento delle mansioni debba essere comunicato in forma scritta, a pena di nullità, consentendo in questo modo di accertare con precisione il momento a partire dal quale il lavoratore è adibito mansioni inferiori. Nel documento che contiene l'assegnazione di mansioni in senso peggiorativo dovrebbero essere specificati motivi a giustificazione del declassamento¹²⁷, ma, non essendo previsti dalla legge, la loro mancanza non può inficiare l'atto unilaterale, perché questi non ne sono condizioni di validità.

Infine, il quinto comma prevede che dalla modifica delle mansioni non possa derivare né una riduzione del livello di inquadramento, né, alla stregua del principio di irriducibilità della retribuzione, un mutamento del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi collegati a particolari modalità di svolgimento della prestazione, ed abbiamo visto in precedenza come questa disposizione possa fungere in minima parte da deterrente per il datore di lavoro nell'assegnazione definitiva di mansioni inferiori, dovendo comunque assicurare al prestatore la conservazione del salario precedente.

¹²⁶ *Infra* Cap. I, par. III, 3.1.

¹²⁷ GARGIULO, 2015, p. 17.

3.2. Il demansionamento concordato.

Il comma 6 dell'art. 2103 è una norma particolarmente innovativa, soprattutto se confrontata con la precedente formulazione, perché permette al lavoratore di stipulare egli stesso accordi in deroga alle disposizioni contenute nei commi precedenti; la norma è espressione della tendenza, già diffusasi prima della riforma, all'accettazione della legittimità di accordi individuali derogatori del divieto di adibizione a mansioni inferiori, stipulati con finalità di conservazione del posto di lavoro. L'articolo 2103 rappresenta, però, la prima vera codificazione del principio della derogabilità assistita, che in passato non era stata mai guardata con favore dal legislatore, a causa della pericolosità insita nell'affidamento a soggetti privati della facoltà di derogare norme di legge. La portata di questa innovazione è considerevole, perché si passa da una norma imperativa come il precedente articolo 14 dello Statuto dei lavoratori ad una norma semi-imperativa, laddove però la derogabilità è consentita non più, in maniera prudente perché in linea con gli esperimenti già consolidati, solo in una dimensione di autonomia collettiva, ma anche per la prima volta a livello individuale¹²⁸.

La norma prevede, in particolare, che lavoratore possa stipulare degli accordi che vadano a modificare quanto originariamente pattuito con il datore di lavoro, nell'ambito di mansioni, categoria legale, livello di inquadramento e relativa retribuzione, per soddisfare il triplice interesse alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità e al miglioramento delle condizioni di vita. Si legge dunque, in queste previsioni, un concreto tentativo di bilanciamento, che forse oltrepassa anche le richieste della legge delega, tra l'esigenza di flessibilità, e di risparmio dei costi, del datore di lavoro, ed un interesse qualificato del lavoratore.

L'oggetto dell'accordo stipulato in forza del sesto comma è decisamente più ampio rispetto a quello delle deroghe consentite dai commi precedenti, innanzi tutto perché consiste nel mutamento non solo di mansioni, ma anche di livello di

¹²⁸ CESTER, 2016, 5, p. 180 ss.

inquadramento e categoria, che costituiscono invece i limiti all'esercizio dello *jus variandi* di cui ai commi precedenti, e della retribuzione, della quale è espressamente stabilito il diritto alla conservazione nelle ipotesi di demansionamento individuale. Inoltre, mentre le disposizioni precedenti consentono un declassamento al solo livello inferiore a quello di appartenenza delle mansioni originarie, il comma 6 permette una modifica generica del livello di inquadramento, che fa presupporre il consenso ad una modifica ancora più ampia rispetto a quella permessa al datore di lavoro ed ai contratti collettivi, che potrebbe comportare anche il passaggio ad una diversa categoria legale.

Alla luce di queste prime riflessioni si può osservare come, in effetti, questa nuova regola tenda ad un superamento dell'assetto normativo introdotto dallo Statuto dei lavoratori, guardando però, al tempo stesso, all'indietro, verso l'impianto originario del Codice Civile, per il quale non esistevano limitazioni alle modifiche consensuali delle mansioni, pur essendo di certo previsti dei confini per l'esercizio dello *jus variandi* unilaterale.

L'ambito di estensione delle facoltà derogatorie attribuite all'autonomia individuale può svilupparsi non oltre il piano delle finalità dei patti indicate dalla norma, che abbiamo detto essere l'interesse alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di professionalità, al miglioramento delle condizioni di vita; pur trattandosi di obiettivi che possono essere considerati alternativamente¹²⁹, sono presupposti di validità dell'accordo, in mancanza dei quali il patto ricadrebbe nel tradizionale regime di nullità¹³⁰.

Il primo interesse preso in considerazione ricalca la scia della giurisprudenza precedente alla riforma¹³¹, che ammette la dequalificazione del lavoratore come *extrema ratio*, in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, qualora sia l'unico strumento in grado di salvaguardare il posto di lavoro. Si tratta di

¹²⁹ MIMMO, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, Luglio, 2015, p. 21-22; VOZA, 2015, p. 11.

¹³⁰ GARILLI, 2016, 6, p. 140 ss.

¹³¹ Cass. 28 Ottobre 2015, n. 22029, in *Dejure*.

una vicenda certamente molto frequente, che costituisce la maggioranza dei casi di necessità di demansionamento, nella quale si assiste non solo al bilanciamento tra l'interesse dell'imprenditore alla modifica delle mansioni e l'interesse del lavoratore alla protezione dell'occupazione, ma anche allo scontro tra due interessi appartenenti a prestatore: la conservazione del posto di lavoro e l'irriducibilità della professionalità. Per queste ragioni, la dottrina ritiene che rimanga applicabile alla nuova normativa l'elaborazione giurisprudenziale che prevede l'imprescindibilità della sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, come essenziale presupposto del demansionamento, perché devono vigere le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento¹³².

Quanto al secondo degli interessi tutelati dalla norma, il decreto parla di acquisizione di una "diversa professionalità", di contro a quello sollecitato dalla legge delega alla tutela "della professionalità"; in dottrina, più di un autore ha commentato questa disposizione attribuendole un carattere di "ipocrisia"¹³³, osservando come, in realtà, l'acquisizione di una professionalità diversa rispetto a quella posseduta sia sempre possibile, senza il bisogno di stipulare alcun accordo, con la conseguenza che il legislatore ha voluto riferirsi all'interesse ad una professionalità inferiore¹³⁴, che può sussistere in astratto, ma che è difficilmente riscontrabile in concreto, soprattutto alla luce della riforma, perché il lavoratore rischia di vedersi consolidata permanentemente la posizione richiedente una professionalità inferiore. Infatti, il prestatore potrebbe avere interesse all'acquisizione di competenze inferiori nell'ambito di un percorso di arricchimento professionale, cd. *on the job*, che conduca però, al termine, alla riassegnazione delle mansioni precedenti e superiori, non potendosi configurare alcun vantaggio professionale nel caso di adibizione definitiva a mansioni inferiori, ancor più se questo comporti una diminuzione della retribuzione. L'unica ipotesi che può essere

¹³² GARGIULO, 2015, 5, p. 11 ss; ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 709.

¹³³ CESTER, 2016, 5; GARGIULO, 2015, 5, p. 11 ss.

¹³⁴ BROLLO, *Disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, *ADL, Arg. dir. lav.*, 2015, p. 76.

avanzata, a difesa delle intenzioni del legislatore, è che questi abbia voluto riferirsi ad una professionalità inferiore in partenza, ma collegata ad una posizione suscettibile di migliori avanzamenti di carriera, soluzione che ben potrebbe essere maggiormente confacente ai desideri del lavoratore¹³⁵.

Quanto alla terza delle ipotesi previste dal decreto, si assiste anche qui ad uno scostamento rispetto alle intenzioni della legge delega, parlandosi di “miglioramento delle condizioni di vita”, piuttosto che di tutela delle “condizioni di vita ed economiche”. Si tratta di situazioni in cui il lavoratore, per ottenere delle condizioni (trasferimento, cambio di turni, orari, ecc.) da lui considerate vantaggiose in virtù di esigenze personali, accetti di essere adibito a mansioni inferiori. Questa terza ipotesi sembra, in verità, esposta ad un rischio di abusi¹³⁶, perché individua un interesse del lavoratore che è suo personale e del tutto soggettivo, essendo, il datore di lavoro, estraneo alla sua individuazione, con la conseguenza che egli non potrebbe vedersi riferito l’onere di provare la sussistenza di tale interesse.

Per la validità degli accordi individuali di demansionamento è necessario il rispetto di determinate procedure: i patti devono essere stipulati nelle sedi di cui all’art. 2113 comma 4¹³⁷, o davanti alle commissioni di certificazione; tale previsione è espressione della volontà del legislatore di proteggere il lavoratore da eventuali pressioni da parte del datore di lavoro, preoccupandosi quindi che gli sia fornita adeguata assistenza, in queste sedi protette, da soggetti qualificati a certificare la volontà del prestatore, ma anche a metterlo in guardia circa le possibili conseguenze di un accordo che, se preso per le motivazioni sbagliate, potrebbe avere ripercussioni notevoli sulla carriera e sulla vita del lavoratore. Il compito che svolgono questi organi non è solo formale, perché la dottrina è concorde nel ritenere che in realtà debbano esercitare un’azione effettiva di assistenza agli atti di disposizione, per permettere al lavoratore di esercitare la libertà negoziale in modo consapevole ed

¹³⁵ GARGIULO, 2015, p. 13.

¹³⁶ GARGIULO, 2015, p. 13.

¹³⁷ Si tratta delle commissioni di conciliazione di cui agli artt. 185, 410 e 411 Cod. Proc. Civ.

informato¹³⁸. Pertanto, i soggetti davanti ai quali viene stipulato l'accordo hanno il compito non solo di verificare la genuinità della volontà del prestatore, al fine di proteggerlo da eventuali abusi, ma anche di valutare la sussistenza degli interessi protetti dalla norma, essendo questi condizioni necessarie di validità dell'atto, senza certamente poter imporre il proprio volere su quello del prestatore. Il collegamento alle sedi di cui all'art. 2103 del Codice Civile, nonostante si tratti di commissioni di conciliazione, adatte pertanto a garantire una certa protezione al lavoratore, non rende inoppugnabile l'accordo di modifica delle mansioni¹³⁹, perché se il legislatore avesse voluto escluderne la sindacabilità ne avrebbe certamente fornito un riferimento esplicito della norma; in conseguenza di ciò, anche se le sedi di cui al comma 6 abbiano efficacemente verificato l'esistenza dei presupposti necessari alla stipulazione dell'accordo, il giudice può essere chiamato ad appurare la sussistenza degli interessi tipizzati dalla norma, con inevitabili margini di discrezionalità.

L'ultima parte del sesto comma permette al lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato, da un avvocato o da un consulente del lavoro, con una previsione non obbligatoria ma facoltativa, su richiesta dello stesso prestatore. L'assistenza sindacale non è nuova nel nostro ordinamento, perché esistono delle situazioni per le quali il legislatore ha previsto forme di assistenza eventuale, ma qualificata, individuando i soggetti idonei, e quindi implicitamente escludendo tutti gli altri:

- Stat. Lav., art. 7, co. 3. Il lavoratore che sia chiamato, in pendenza di un procedimento disciplinare, a giustificarsi in seguito alla contestazione, può farsi assistere da “un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato”.
- D. Lgs. 10 Settembre 2003, n. 276, art. 46, lettera *l*. Il decreto prevedeva che, nella sottoscrizione di clausole elastiche o flessibili del contratto *part-time*, il lavoratore potesse farsi assistere da un componente delle r.s.a., da lui stesso

¹³⁸ CESTER, 2016, 5, p. 182.

¹³⁹ CESTER, 2016, 5, p. 183.

indicato. Oggi, la riforma¹⁴⁰ ha previsto che tali clausole, se non disciplinate dalla contrattazione collettiva, siano stipulate davanti alle commissioni di certificazione, ed il lavoratore ha la facoltà di “farsi assistere da un rappresentante dell’associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro”.

- D. Lgs. 23 Aprile 2004, n. 124, art. 11, c.2, riguardo l’assistenza in sede di conciliazione monocratica davanti ad un funzionario della D.t.l. con qualifica ispettiva.

- D. M. 21.7.2004, art. 5, co.4, che permette assistenza in fase di audizione innanzi alla commissione di certificazione presso la D.t.l.

- L. 28 Giugno 2012, n. 92, art. 1, c. 40, nella procedura di conciliazione preventiva prevista avanti alla D.t.l., in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

¹⁴⁰ D. Lgs. 15 Giugno 2015, n. 81, art. 6, c. 6.

IV. L'obbligo formativo

4. L'assolvimento dell'obbligo formativo

4. L'assolvimento dell'obbligo formativo.

La riforma del *Jobs Act* si colloca, come abbiamo visto, in un momento storico caratterizzato da un mercato del lavoro in veloce rinnovamento, dall'evoluzione delle tecniche di produzione, dalla rapidità nella presentazione di innovazioni in ogni campo, che hanno portato al superamento necessario della concezione di professionalità, sviluppatasi invece in epoche di sostanziale staticità del contesto produttivo; in conseguenza della formazione di questa nuova visione di professionalità, non più legata al patrimonio già in possesso del lavoratore, ma all'acquisizione di nuove competenze che gli permettano di rendere competitiva, elastica, e ben sfruttabile la propria posizione, il legislatore ha sentito l'esigenza di codificare, per la prima volta nel nostro ordinamento, l'obbligo di formazione professionale del prestatore. Il comma 3 del nuovo articolo 2103 del Cod. Civ., infatti, stabilisce che il mutamento delle mansioni debba essere accompagnato dall'assolvimento dell'obbligo formativo, che è divenuto prioritario in seguito alle modifiche introdotte dalle disposizioni di cui al primo comma, che hanno rimosso ogni riferimento al criterio dell'equivalenza, interpretato dalla giurisprudenza precedente sempre in un senso favorevole alla protezione della professionalità, se pure questo sia stato un concetto in continua evoluzione.

Il terzo comma parla genericamente di "mutamento di mansioni", senza specificare se voglia intendere il mutamento anche in un senso orizzontale; questa vaghezza testuale ha portato la dottrina ad essere divisa sulla questione: alcuni ritengono che questo comma abbia introdotto un obbligo generalizzato, potendosi applicare sia all'adibizione a mansioni inferiori, sia ai casi di assegnazione a mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento, rientrando quindi nelle ipotesi di cui al primo comma, mentre secondo altri devono rimanerne escluse le fattispecie previste dal comma 6. Secondo questa dottrina, infatti, sicuramente la previsione è applicabile alla mobilità orizzontale, e ad entrambi i casi di

dequalificazione unilaterale, ma non all'assegnazione di mansioni appartenenti a livelli di inquadramento inferiori decisa in forza di un accordo stipulato dallo stesso lavoratore, e questo non solo perché la stessa formulazione del comma 6 conferisce alle parti l'esercizio di una libertà di decisione in materia non soggetta a restrizioni, ma anche perché l'obbligo formativo si ritiene essere connesso all'esercizio dello *jus variandi* del datore di lavoro, per poter adibire il lavoratore a mansioni per lo svolgimento delle quali non possiede le opportune competenze¹⁴¹.

L'aspetto che rende questo comma fonte di incertezza, e che probabilmente aprirà la strada ad un'ampia discrasia giurisprudenziale, è che l'obbligo di formazione non è in realtà introdotto, in maniera generale, in tutti i casi cui si ritenga applicabile il terzo comma, ma è previsto solo "ove necessario", senza però che vengano chiarite le situazioni nelle quali debba essere garantita la formazione. Ciò comporta che, nel momento in cui sia in vita il rapporto lavorativo, ricade sul datore di lavoro la scelta delle situazioni nelle quali si debba considerare indispensabile l'adempimento di questo obbligo, la cui correttezza può essere sindacata solo in sede giurisdizionale, e forse con una certa difficoltà; il problema può essere risolto solo con l'intervento della contrattazione collettiva, alla quale viene attribuito il compito di assottigliare il livello di incertezza, mediante l'introduzione di linee guida esplicite e precise, dalla dottrina, ma forse anche dalle intenzioni del legislatore, che ha pensato una norma nella quale all'autonomia collettiva è lasciato uno spazio di manovra più ampio che negli altri ambiti della riforma.

Per quanto riguarda il soggetto destinatario dell'obbligo, alla dottrina non è stato possibile elaborare una tesi univoca, data la previsione che il mancato assolvimento dell'obbligo non comporta la nullità dell'atto con il quale vengono attribuite le nuove mansioni. Parte della dottrina ritiene, con un ragionamento che si discosta dalla previsione letterale del comma, che la norma abbia come destinatario il datore di lavoro, con la conseguenza, però, che l'obbligo dovrebbe essere declassato

¹⁴¹ PISANI, 2015, 25, p. 361 ss.

ad onere, perché non accompagnato da una sanzione¹⁴². Se si accoglie questa interpretazione, essendo il datore di lavoro tenuto a fornire al lavoratore le conoscenze necessarie per espletare le nuove mansioni, eventuali errori del prestatore, causati dalla poca padronanza di compiti attuali, non gli potrebbe essere imputati, perché sarebbe il datore di lavoro a non aver assolto gli obblighi previsti dalla legge¹⁴³. Inoltre, con l'obbligo gravante su datore di lavoro, l'esistenza di situazioni nelle quali è necessaria la formazione implica, dovendo il lavoratore espletare dei compiti distanti dal patrimonio di conoscenze possedute, che egli non sia tenuto a svolgere la propria attività con la diligenza connessa alla natura della prestazione¹⁴⁴, e che non sarà possibile comminare alcuna sanzione disciplinare¹⁴⁵.

Al contrario, altra parte della dottrina¹⁴⁶ ritiene che, se è vero che l'articolo 2103 configura un onere gravante sul datore di lavoro, è anche vero che a questo deve corrispondere un obbligo del lavoratore, con conseguenze di portata inversa rispetto a quelle della tesi precedente. Infatti, il testo del terzo comma parla dell'inadempimento di un obbligo, non di un onere, e non essendo configurabile in capo al datore di lavoro, deve riferirsi al prestatore; il datore di lavoro può esercitare lo *jus variandi* nei limiti in cui assolve l'onere formativo, con la conseguenza che, in caso contrario, l'atto di assegnazione delle mansioni non potrebbe esplicare i suoi effetti, perché non sono soddisfatte le condizioni per il conferimento del potere di modifica delle mansioni che richiedano delle competenze non già possedute; l'onere formativo non è, per sua natura, obbligatorio, ma se il datore di lavoro non vi provvede non gli è consentito esercitare il diritto di assegnare il dipendente a mansioni differenti. Date queste considerazioni, non può certo essere ignorata la

¹⁴² GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.* WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 268, 2015.

¹⁴³ LISO, 2015, 2.3, ' . 13-14.

¹⁴⁴ Art. 2104 c.c., co. 1: "*Il prestatore deve usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta, dall'interesse dell'impresa e da quello superiore della produzione nazionale*"

¹⁴⁵ GARGIULO, 2016, 4, p. 10 ss.

¹⁴⁶ PISANI, 2015, 25, p. 361 ss.

conseguenza, o assenza di conseguenze, disposta dal comma tre, ed è esattamente per questo che si ritiene perfettamente configurabile l'obbligo in capo al lavoratore, perché significa che dall'inadempimento della formazione richiesta non possono derivare ripercussioni sull'atto di assegnazione delle mansioni, non essendo in alcun modo possibile che il datore costringa il proprio dipendente a seguire i corsi di aggiornamento.

Il riconoscimento dell'onere sul datore di lavoro, e dell'obbligo sul lavoratore, implica che quest'ultimo potrebbe legittimamente rifiutare l'espletamento di mansioni per le quali non ha ricevuto la formazione, senza che si dispieghino conseguenze disciplinari; infatti, il prestatore può sottrarsi all'adempimento della prestazione lavorativa, trattandosi di una prestazione non dovuta, in quanto è lo stesso datore di lavoro ad esercitare un potere, lo *jus variandi*, che non gli compete, non avendo adempiuto l'onere formativo, che è condizione per una lecita modifica delle mansioni. Se, al contrario, il prestatore svolge comunque l'attività demandata, eventuali errori, collegati all'inadeguatezza delle proprie conoscenze, non gli sono imputabili.

Se si accetta la tesi della sussistenza dell'obbligo formativo in capo al lavoratore, si deve necessariamente concludere che questi debba in ogni modo collaborare per l'acquisizione della professionalità richiesta dall'espletamento delle nuove mansioni; se il datore di lavoro fornisce ai proprio dipendenti la formazione necessaria, questi dovranno partecipare attivamente ai corsi organizzati, non potendosi semplicemente limitare ad una presenza in aula, ma dovendo invece impegnare attenzione e dedizione per il raggiungimento di uno scopo che è sicuramente comune ad entrambe le parti: il conseguimento delle competenze utili per lo svolgimento, al meglio, della prestazione lavorativa. Se il prestatore si trovi ad essere inadempiente all'obbligo formativo, dovrà dimostrare che tale inadempimento è dovuto a cause a lui non imputabili, nel caso, ad esempio, in cui sia la stessa offerta formativa a risultare inadeguata, o ancora nel caso in cui le mansioni assegnate al lavoratore siano talmente distanti dalle proprie attitudini e competenze che egli non può, se pur impegnandosi, raggiungere il livello di professionalità richiesto, perché

non compatibile con le proprie capacità, né di base, né potenziali. Si tratta, comunque, di ipotesi forse più teoriche, e di difficile riscontro nella pratica, perché è chiaro che è interesse dello stesso datore di lavoro fornire ai dipendenti una formazione sufficiente, considerando anche che, come abbiamo detto, eventuali inadempienze non possono essere ascritte al prestatore privo di formazione.

Potrebbe capitare che, nonostante la formazione sia adeguata e sufficiente per garantire il corretto svolgimento delle nuove mansioni, e conforme alle capacità del prestatore, questi non riesca ad assimilare le nuove nozioni, che siano teoriche o pratiche; in questo caso, parte della dottrina¹⁴⁷ ha ipotizzato, a prescindere dalla configurabilità o meno dell'inadempimento del prestatore, che ha agito con la diligenza richiesta, che il datore potrebbe ricorrere al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per inidoneità sopravvenuta, sulla scorta di una tendenza della giurisprudenza precedente alla riforma, che aveva legittimato il licenziamento per un dipendente che non era stato in grado di aggiornarsi sulle nuove tecniche informatiche dell'azienda¹⁴⁸.

Al di là di queste ipotesi di inosservanza “senza colpa” del prestatore, l'inadempimento dell'obbligo formativo non può, in nessun caso, essere considerato come inadempimento dell'obbligazione principale all'esercizio della prestazione lavorativa, perché la previsione del terzo comma circa la conservazione della validità dell'atto ha separato testualmente l'inadempimento dell'obbligo formativo dall'atto di assegnazione delle nuove mansioni, considerandolo irrilevante rispetto all'oggetto della nuova prestazione richiesta¹⁴⁹.

¹⁴⁷ PISANI, 2015, 25.

¹⁴⁸ Cass. 6 Aprile 1999, n. 3314, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 843.

¹⁴⁹ GARGIULO, 2015, p. 10-11.

V. Le mansioni superiori

5. L'assegnazione a mansioni superiori. 5.1. La promozione automatica.

5.2. La volontà del lavoratore.

5. L'assegnazione a mansioni superiori.

Il nuovo testo dell'articolo 2103 disciplina, al comma 7, l'adibizione del lavoratore a mansioni superiori, mantenendo le linee guida della precedente formulazione, ma introducendovi delle modifiche: il legislatore ha previsto che il meccanismo della promozione automatica sia escluso nel caso di assegnazione a mansioni superiori disposta per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, previsione più ampia rispetto alla precedente sostituzione di lavoratore assente "con diritto alla conservazione del posto"; è stato innalzato il periodo in seguito al quale l'assegnazione diviene definitiva, di tre mesi prima, di sei mesi ora, con l'inserimento di un importante spazio all'autonomia negoziale, che può prevedere periodi in deroga a questo limite, sia in senso migliorativo che in senso peggiorativo; l'ultima novità rispetto alla disciplina precedente riguarda l'assunto che, affinché si verifichi la promozione automatica, il lavoratore non deve aver espresso una propria volontà contraria. La nuova disciplina può essere applicata anche ai quadri, perchè il D.Lgs. 81/2015 ha abrogato la L. 190/1995, che consentiva, con l'art. 6, all'autonomia collettiva di ampliare il termine di tre mesi per l'operatività della promozione automatica.

Prima di osservare da vicino tutti questi aspetti, è necessario soffermarsi su alcune considerazioni di carattere preliminare. Innanzi tutto, bisogna mettere in evidenza un parallelismo tra le previsioni del primo comma e quelle del settimo: nel comma 1, infatti, la norma parla del diritto del prestatore di essere adibito a mansioni corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito, riferendosi, in questo caso, a tutte le fattispecie di promozione nelle quali si verifichi una modifica dell'inquadramento del dipendente, in modo irreversibile, anche indipendentemente dall'effettiva adibizione a mansioni superiori, come il caso, ad esempio, delle progressioni di carriera disposte in seguito alla maturazione di

determinate condizioni, che non necessariamente comporti una modifica delle mansioni svolte¹⁵⁰. Il lavoratore, quindi, può trovarsi ad acquisire un superiore inquadramento in seguito alla modifica delle mansioni, cui discendono le conseguenze che vedremo ex comma 7, oppure senza alcun mutamento della prestazione lavorativa¹⁵¹. La formulazione del primo comma potrebbe indurre a credere che il legislatore abbia voluto garantire al prestatore il diritto ad essere adibito alle mansioni corrispondenti al proprio livello di inquadramento, con una conseguente illegittimità non solo delle ipotesi di qualifica convenzionale, ma anche di tutti i sistemi di progressione di carriera che non comportino un mutamento della prestazione svolta, ma stabiliscano esclusivamente condizioni più favorevoli per il prestatore¹⁵². La dottrina¹⁵³ ha ritenuto non condivisibile questa conclusione, affermando che né il lavoratore può ricorrere alla qualifica convenzionalmente attribuita per pretendere di svolgere mansioni ad essa corrispondenti, ed allo stesso tempo per rifiutare l'espletamento delle attività che, se pure appartenenti ad un inquadramento inferiore, egli ha sempre svolto, né il datore di lavoro può valersene per disapplicare le tutele previste per la categoria corrispondente alle mansioni che il dipendente effettivamente svolge. Inoltre, queste conclusioni della dottrina sono avallate anche dagli orientamenti della giurisprudenza¹⁵⁴, che hanno più volte confermato la legittimità della qualifica convenzionale, anche se ci sono stati casi in cui è stata sancita, al contrario, la piena operatività del principio della corrispondenza delle mansioni svolte con il livello di inquadramento posseduto¹⁵⁵.

¹⁵⁰ DELL'OLIO, 1986. p. 508 ss ; FIORI, 1981, p. 351 ss; SCOGNAMIGLIO, 1983, p. 1114; ZOLI, 1987, 1, p. 195 ss. Cass. 30 Maggio 1990, n. 5062.

¹⁵¹ PISANI, *Mansioni e trasferimento nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, p. 75 ss.

¹⁵² MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976, p. 301; MARESCA, 1978, p. 427 ; ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13 st. lav.*, in AA.VV., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972, p. 237.

¹⁵³ ICHINO, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milano, 1992, p. 375-376, 383; LISO, 1982, p. 145 ss ;PISANI, 2015, p. 394; SCOGNAMIGLIO, *Mansioni e qualifiche dei lavori*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1983, p. 1114.

¹⁵⁴ Cass. 22 Settembre 2002, n. 13326, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 298.

¹⁵⁵ Cass. 16 Luglio 1986, n. 4602, in *Not. giur. lav.*, 1986, 722.

L'incipit del comma 7 afferma, nel pieno rispetto dell'art. 36 della Costituzione, che il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, nel caso di assegnazione a mansioni superiori; per poter individuare correttamente le mansioni superiori bisogna fare riferimento alla classificazione della contrattazione collettiva, per cui sono considerate mansioni superiori quelle ascritte dal contratto collettivo nella categoria sovraordinata a quella di appartenenza. Questo rinvio implicito ed indiretto alla contrattazione collettiva ha delle conseguenze su piano processuale, che riguardano, per prima cosa, il compito del giudice, in sede di valutazione della categoria che deve essere correttamente attribuita al lavoratore: egli dovrà, innanzi tutto, accertare le attività concretamente svolte dal dipendente nell'espletamento della prestazione lavorativa; successivamente, dovrà ricercare le categorie, qualifiche e gradi tipizzati dai contratti collettivi, ed infine dovrà applicare le determinazioni di questo secondo passaggio al caso concreto, per poter stabilire la categoria effettivamente applicabile al lavoratore in questione¹⁵⁶. Per poter consentire al giudice di ricondurre la fattispecie concreta, cioè le mansioni svolte dal lavoratore, all'interno di quella astratta, ovvero le categorie contrattuali, il lavoratore dovrà dare la prova, in giudizio, delle mansioni superiori che egli ritiene di aver svolto, nonché di quei profili che la stessa contrattazione collettiva considera caratterizzanti le mansioni della categoria superiore, confrontati con le attività da lui espletate¹⁵⁷.

Al pari di quanto previsto per la disciplina precedente, ai fini dell'assegnazione definitiva delle mansioni superiori, il prestatore deve svolgere le suddette mansioni in maniera piena, il che significa non solo che deve occuparsi di tutti gli aspetti tipici delle attività rientranti nella categoria superiore, ma anche che deve assumersi il corrispondente livello di responsabilità ed autonomia nello svolgimento dell'attività,

¹⁵⁶ Cass. 3 Aprile 1982, n. 2049, in *Giust. civ. mass.*, 1982; Cass. 24 Maggio 1980, n. 4329, in *Not. giur. lav.*, 1980, 535; Cass. 4 Luglio 1979, n. 3795, in *Not. giur. lav.*, 1979, 533.

¹⁵⁷ Cass. 23 Gennaio 2009, n. 1717, in *Rep. Foro. it.*, 2009, voce *Lavoro (rapporto)*, 1002; Cass. 14 Giugno 2005, n. 12785, in *Guida al lav.*, 2005, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 309; Cass. 21 Maggio 2003, n. 8025; Cass. 23 Gennaio 2003, n. 1012, in *Not. giur. lav.*, 2003, 438.

che può comportare un differente tipo di collaborazione con il datore di lavoro¹⁵⁸. Per la valutazione della pienezza dell'adibizione è necessario verificare che vi sia corrispondenza con la qualità del lavoro collegato alla qualifica superiore, sotto l'aspetto della complessità delle decisioni che il lavoratore è tenuto a prendere, del grado di indipendenza di cui gode e dell'importanza dei suoi compiti all'interno dell'azienda¹⁵⁹.

Questo tema della pienezza dell'assegnazione a mansioni superiori ha generato, nella dottrina ma soprattutto nella giurisprudenza, dei contrasti circa la valutazione di casi particolarmente dubbi, come quello delle mansioni promiscue verticali; si tratta di una fattispecie nella quale il lavoratore è correttamente inserito in un determinato livello di inquadramento, e svolge le mansioni che gli corrispondono, ma, accanto a queste, esercita anche delle attività che rientrano nel livello di inquadramento superiore, in alcuni casi anche per espressa previsione del contratto collettivo. A tal proposito la giurisprudenza ha espresso pareri contrastanti: alcune sentenze¹⁶⁰ hanno ammesso l'operatività del meccanismo della promozione automatica nel caso di svolgimento di funzioni promiscue, previsto dal contratto collettivo, se l'espletamento di mansioni sovraordinate diviene prevalente, in ragione di scelte organizzative del datore di lavoro, che comportano quindi la perdita del carattere di eccezionalità delle funzioni vicarie. Nonostante l'esistenza di questi orientamenti, la giurisprudenza prevalente¹⁶¹ tende ad escludere l'ammissibilità della promozione

¹⁵⁸ Cass. 27 Luglio 1994, n. 6981, in *Not. giur. lav.*, 1994, 27; Cass. 27 Aprile 1992, n. 5005, in *Dir. prat. lav.*, 1992, 27, 1854; Cass. 5 Settembre 1988, n. 5038, in *Rep. Foro. it.*, 1988, voce *Lavoro*, (*rapporto*), n. 880.

¹⁵⁹ PISANI, 2015, 28, p. 386 ss.

¹⁶⁰ Cass. 28 Settembre 2006, n. 21021, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 38; Cass. 20 Agosto 1980, n. 4966, in *Not. giur. lav.*, 1981, 62.

¹⁶¹ Cass. 21 Febbraio 2011, n. 4149, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 954; Cass. 25 Luglio 1994, n. 6912, in *Not. giur. lav.*, 1995, 27; Cass. 4 Ottobre 1990, n. 799, in *Rep. Foro. it.*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 775; Cass. 9 Ottobre 1990, n. 9943, in *Not. giur. lav.*, 1990, 694; Cass. 28 Maggio 1990, n. 4937, in *Rep. Foro. it.*, 1990, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 785; Cass. 20 Dicembre 1986, n. 7812, in *Rep. Foro. it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 881; Cass. 5 Marzo 1986, n. 1446, in *Rep. Foro. it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 598; Cass. 24 Gennaio 1981, n. 555; Cass. 22 Gennaio 1979, n. 496, in *Foro. it.*, 1979, I, 874.

automatica nelle ipotesi di promiscuità, ed alcune di queste sentenze¹⁶² basano tali conclusioni sull'assunto che, in questi casi, non sussiste pienezza dell'assegnazione a mansioni sovraordinate, perché il fatto in sé dell'esercizio, temporaneo, di attività superiori in sostituzione di altro dipendente implica una precarietà considerata incompatibile con il criterio della pienezza. Quest'ultima conclusione, però, è stata considerata dalla dottrina¹⁶³ come non totalmente condivisibile, perché la pienezza dell'adibizione deve essere valutata concretamente, e non potrebbe di certo essere esclusa a priori, anche perché sarebbe ben possibile, nello stesso caso di svolgimento di mansioni in sostituzione di altro lavoratore, che il dipendente ne acquisisca i compiti nella loro completezza.

Sempre con riguardo alle mansioni promiscue, la giurisprudenza si è trovata in disaccordo anche in relazione al trattamento retributivo da corrispondere al prestatore; alcune sentenze hanno negato che il lavoratore avesse diritto alla retribuzione superiore¹⁶⁴, mentre altre hanno riconosciuto il diritto del lavoratore di ricevere il trattamento retributivo superiore, sulla base del principio di proporzionalità della retribuzione stabilito dall'art. 36 della Costituzione¹⁶⁵.

Un caso diverso è rappresentato, invece, dalla situazione di promiscuità che non sia stabilita dal contratto collettivo, e nella quale le mansioni superiori svolte dal prestatore non sono riconosciute dalla contrattazione come promiscue a quelle di appartenenza, ma sono ricondotte esclusivamente nel livello di inquadramento superiore. Questa ipotesi non solleva particolari problematiche se l'adibizione a mansioni superiori rispetti il requisito della pienezza, ed il lavoratore si trovi a compiere esclusivamente le attività corrispondenti alla qualifica superiore, nel qual caso non ci sarebbe ragione di escludere l'operatività della promozione automatica,

¹⁶² Cass. 28 Settembre 2006, n. 21021, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 38; Cass. 20 Agosto 1980, n. 4966, in *Not. giur. lav.*, 1981, 62.

¹⁶³ PISANI, 1996, p. 200; SOMVILLA, *Mansioni vicarie e promozione automatica*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 42.

¹⁶⁴ Cass. 21 Febbraio 2011, n. 4149, in *Mass. giur. lav.*, 2011, 954; Cass. 28 Maggio 1990, n. 4937, *cit.*; Cass. 27 Ottobre 1987, n. 7930, in *Dir. prat. lav.*, 1988, 12, 806.

¹⁶⁵ Cass. 12 Marzo 1983, n. 1859, in *Foro. it.*, 1985, 1 2971; T. Firenze, 26 Giugno 1989, n. 242, in *Toscana e lav. e giur.*, 1990, 69.

sempre che ne ricorrano tutti i presupposti. Al contrario, la questione diviene spinosa nel momento in cui il lavoratore esegua la prestazione lavorativa svolgendo mansioni proprie di entrambi i livelli di inquadramento, in modo inscindibile, senza che sia possibile verificare la prevalenza delle une piuttosto che delle altre; in questi casi non può dirsi integrato il requisito dell'esclusività, e nella difficoltà di distinguere limpidamente tra i compiti svolti, la giurisprudenza tende a negare la promozione automatica, propendendo verso la considerazione delle mansioni originariamente pattuite, a meno che non vi sia, nel contratto collettivo applicabile a quel lavoratore, l'indicazione delle mansioni che sono da ritenere rilevanti¹⁶⁶.

Accanto al requisito della pienezza, è necessario il rispetto, come per la disciplina precedente, del criterio dell'effettività, nel senso che devono essere esclusi dal calcolo del periodo massimo di espletamento delle mansioni superiori sia i giorni in cui il lavoratore non era effettivamente adibito a tali corrispondenti attività, sia i giorni di sospensione o interruzione del rapporto.

5.1. La promozione automatica.

Il lavoratore cui vengono assegnate mansioni superiori ha il diritto a ricevere il trattamento corrispondente all'attività che svolge, nonché, alle condizioni di cui diremo, alla promozione automatica, cioè alla stabilizzazione della propria posizione, che diviene in tal modo irreversibile. Questo aspetto della norma non genera alcuna frattura con la disciplina precedente, essendo previsto, anche prima della riforma, che l'assegnazione alle mansioni superiori diventasse definitiva, dopo un periodo di tempo stabilito dalla legge, ragione per cui è possibile applicare al meccanismo della promozione automatica quegli approdi giurisprudenziali aventi ad oggetto la disciplina precedente.

¹⁶⁶ Cass. 27 Maggio 2011, n. 11785, in *Guida al lav.*, 2011, n. 28; Cass. 7 Aprile 2004, n. 6843, in *Guida al lav.*, 2004, 42; Cass. 8 Luglio 1992, n. 8330, in *Dir. prat. lav.*, 1992, n. 40, 2741; Cass. 9 Ottobre 1990, n. 9943; Cass. 11 Novembre 1986, n. 6609, in *Rep. Foro. it.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 893; Cass. 12 Maggio 1986, n. 3142, in *Rep. Foro. it.*, 1986, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 894; Cass. 7 Marzo 1986, n. 1537, in *Rep. Foro. it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 895; Cass. 30 Maggio 1985, n. 3264, in *Not. giur. lav.*, 1985, 508; Cass. 5 Maggio 1982, n. 2814, in *Mass. giur. lav.*, 1983, 28.

Per prima cosa, bisogna precisare che l'oggetto della promozione automatica non è l'assegnazione alle mansioni superiori, la quale è già avvenuta per effetto dell'esercizio della volontà datoriale, bensì l'inquadramento nella qualifica di cui fanno parte le mansioni effettivamente svolte¹⁶⁷; dalla norma possono discendere due diritti distinti del lavoratore: quello ad essere collocato definitivamente nel livello di inquadramento superiore, e quello a percepire la retribuzione corrispondente; si tratta di diritti tra loro separati e distinti, che ben potrebbero essere fatti valere disgiuntamente ed alternativamente in giudizio dal lavoratore.

La novità rispetto alla disciplina precedente consiste nella definizione della durata dell'adibizione a mansioni superiori: il limite legale massimo, che è un elemento costitutivo, e non una condizione, per l'assegnazione definitiva, è stato innalzato da tre a sei mesi, ma tale previsione è resa pienamente derogabile dall'assunto che la contrattazione collettiva può individuare un termine diverso, che sia inferiore, in continuità con la normativa precedente, ma anche superiore a quello legale, con la conseguenza che la norma diviene, in quest'ambito, essenzialmente suppletiva all'esercizio dell'autonomia collettiva, perché il limite semestrale viene in considerazione solo se non esistano alternative previsioni negoziali. Alla contrattazione collettiva, dunque, viene lasciata ampia libertà di decidere il limite temporale dell'esercizio di mansioni superiori rispetto a quelle spettanti al lavoratore, anche in senso a lui sfavorevole, probabilmente in risposta alle esigenze dell'impresa, la quale viene ad essere avvantaggiata dalla flessibilità garantita dall'apposizione di un termine non così breve come era in precedenza. In ogni caso, in attesa di futuri interventi negoziali, si ritengono per il momento applicabili i periodi previsti dai contratti collettivi vigenti.

Il periodo semestrale previsto dalla legge, inoltre, deve essere continuativo, per un'espressa formulazione del comma 7, che potrebbe essere soggetta a distorsioni e tentativi di abusi, nelle ipotesi, ad esempio di adibizione a mansioni superiori reiterata, per periodi di poco inferiori a sei mesi, che non possono dirsi rispettanti il

¹⁶⁷ GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 St. lav.*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 399.

requisito della continuità, ma di fatto implicano l'esercizio delle attività sovraordinate per un tempo maggiore dei sei mesi. Per questo motivo la dottrina auspica un intervento, in sede interpretativa, orientato verso una maggiore rigidità, per evitare casi di elusione della normativa. Il requisito della continuità, pur non essendo espressamente indicato dalla formulazione precedente dell'art. 2103, era stato ritenuto dalla dottrina come ricavabile in via interpretativa¹⁶⁸, e la stessa giurisprudenza era giunta, se pur con diverse oscillazioni, a garantire di fatto una continuità, riconoscendo il cumulo dei periodi di assegnazione a mansioni superiori, ai fini del computo del tempo necessario per l'operatività della promozione automatica, sicuramente per evitare abusi da parte del datore di lavoro. Una parte della giurisprudenza, tuttavia, ammetteva la possibilità di effettuare il cumulo anche in assenza di un intento fraudolento, ritenendo che fosse sufficiente verificare che si trattasse di assegnazioni ripetute e sistematiche, di una durata inferiore a quella, allora prevista, trimestrale¹⁶⁹. Dall'altro lato, la dottrina, ed una parte della giurisprudenza¹⁷⁰, consideravano ammissibile il cumulo solo nel caso in cui il comportamento del datore di lavoro avesse l'obiettivo di impedire la maturazione delle condizioni per la promozione automatica, anche se la stessa giurisprudenza risultava divisa circa l'onere della prova di tale intento fraudolento, riguardo

¹⁶⁸ GHERA, 1984, p. 401; LISO, 1982, p. 206; MARESCA, 1978, p.442.

¹⁶⁹ Cass. 10 Novembre 1997, n. 11096, in *Rep. Foro. it.*, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 911; Cass. 14 Giugno 1991, n. 6742, in *Rep. Foro. it.*, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 774; Cass. 20 Aprile 1991, n. 4317, *ivi*, 1991, voce *cit.*, n. 762; Cass. 10 Aprile 1990, n. 3041, *ivi*, 1990, voce *cit.*, n. 786; Cass. 19 Dicembre 1989, n. 5718, *ivi*, 1989, voce *cit.*, n. 844; Cass. 17 Novembre n. 1989, n. 4918, *ivi*, 1989, voce *cit.*, n. 846; Cass. 20 Ottobre 1989, n. 4233, *ivi*, 1989, voce *cit.*, n. 847; Cass. 6 Luglio 1983, n. 4544, in *Not. giur. lav.*, 1983, 628; Cass. 21 Maggio 1984, n. 3135, *ivi*, 1984, 428; Cass. 20 Novembre 1984, n. 5930, in *Mass. giur. lav.*, 1985, 111.

¹⁷⁰ Cass. 11 Febbraio 2004, n. 2642, in *Mass. giur. lav.* 2004, 412, 74; Cass. 14 Ottobre 2000, n. 13725, *ivi*, 2000, 1336, 120; Cass. 13 Gennaio 1997, n. 271, in *Not. giur. lav.*, 1997, 152; Cass. 29 Ottobre 1976, n. 3985, in *Mass. giur. lav.* 1977, 629; Cass. 23 Aprile 1982, n. 2518, in *Rep. Foro. it.*, 1982, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 581; Cass. 6 Febbraio 1986, n. 752, in *Not. giur. lav.*, 1986, 814; Cass. 23 Ottobre 1985, n. 5200, *ivi*, 1986, 150; Cass. 21 Marzo 1983, n. 2001, *ivi*, 1984, 68; Cass. 27 Marzo 1982, n. 1918, *ivi*, 1982, 284; Cass. 27 Marzo 1982, n. 1912, in *Foro. it.*, 1982, I, 1583 ; Cass. 13 Gennaio 1997, n. 271, in *Riv. giur. lav.*, 1997, II, 169.

all'ipotesi che questa dovesse essere fornita direttamente¹⁷¹, o se fosse invece desumibile tramite presunzioni¹⁷². Al di là della riconoscibilità delle intenzioni fraudolente del datore di lavoro, la giurisprudenza ha sempre cercato di ancorare l'ammissibilità del cumulo, più che all'aspetto in sé della reiterazione dell'assegnazione, ad elementi connessi all'intento elusivo del datore di lavoro, fino ad arrivare a permettere il cumulo in ipotesi eccezionali, esclusivamente per contrastare eventuali abusi, cioè quando la revoca dell'assegnazione delle mansioni prima dello scadere del termine non fosse giustificata da esigenze dell'impresa, ma si rivelasse disposta esclusivamente in frode alla legge, con lo scopo di ledere la professionalità e gli interessi del prestatore¹⁷³. Pertanto, è evidente come la nuova normativa abbia risolto i contrasti giurisprudenziali, negando la possibilità di un cumulo di reiterate assegnazioni mediante l'imposizione del rispetto del criterio di continuità dello svolgimento delle mansioni sovraordinate.

Il meccanismo della promozione automatica non opera se l'assegnazione a mansioni superiori sia stata disposta in sostituzione di "altro lavoratore in servizio", come esplicitamente affermato dalla norma, con una formulazione in parte diversa dalla precedente, che si riferiva alle ipotesi di sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto. Nella nuova disciplina, dunque, il legislatore ha voluto includere tutti i casi di sostituzione, indipendentemente dalla ragione dell'assenza del lavoratore sostituito, che deve però risultare in servizio. Per lavoratore in servizio deve intendersi non solo colui che non sia materialmente

¹⁷¹Cass. 6 Febbraio 1986, n. 752, in *Not. giur. lav.*, 1986, p. 814; Cass. 23 Ottobre 1985, n. 5200, in *Not. giur. lav.*, 1986, 150; Cass. 21 Marzo 1983, n. 2001, in *Not. giur. lav.*, 1984, 68; Cass. 27 Marzo 1982, n. 1918, in *Not. giur. lav.*, 1982, 84; Cass. 17 Ottobre 1987, n. 7702, in *Rep. Foro. it.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 960.

¹⁷² GHERA, 1984, p. 401. Cass. 8 Aprile 1987, n. 3462, in *Rep. Foro. it.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, nn. 962,969; Cass. 22 Febbraio 1985, n. 1597, in *Not. giur. lav.*, 1985, 372; Cass. 3 Ottobre 1984, n. 4891, in *Not. giur. lav.*, 1984, 638; Cass. 21 Dicembre 1982, n. 7104, in *Not. giur. lav.*, 1982, 118; Cass. 13 Gennaio 1997, n. 271, in *Not. giur. lav.*, 1998.

¹⁷³ Cass. S.U., 20 Gennaio 1995, n. 1023, in *Foro it.*, 1995, I, 494.

presente¹⁷⁴, a causa di una legittima sospensione della prestazione, ad esempio per infortunio, malattia, permessi ecc., ma anche quel lavoratore che, pur essendo fisicamente presente in azienda, sia lontano dal suo posto di lavoro, ma stia svolgendo, provvisoriamente, una prestazione avente ad oggetto mansioni diverse dalle proprie; è il caso, ad esempio, delle cd. sostituzioni a cascata, che riguardano l'ipotesi in cui un lavoratore sia chiamato a sostituire un altro lavoratore assente, per le ragioni appena elencate, avendo egli stesso diritto alla conservazione del proprio posto di lavoro, una volta che sia rientrato in azienda il sostituito¹⁷⁵. In tutti questi casi, quindi, la norma esclude l'operatività della promozione automatica, con la conseguenza che l'assegnazione a mansioni superiori non può diventare definitiva, e questo perché la posizione superiore che il prestatore si trovi a ricoprire non è una posizione vacante, ma tornerà a non essere disponibile nel momento in cui il sostituito rientrerà in azienda. Proprio per questo motivo, infatti, il legislatore parla di "ragioni sostitutive", intendendo con ciò che la posizione ricoperta dal sostituto deve essere una posizione in realtà non libera, ma solo temporaneamente non occupata; questa considerazione è utile per poter risolvere dei problemi di carattere pratico che possono insorgere nell'ambito del rapporto di lavoro, come ad esempio il caso in cui un dipendente sia trasferito da un'unità produttiva ad un'altra; in questa ipotesi, infatti, essendo il trasferimento definitivo per sua natura, il posto si rende effettivamente vacante, ma il lavoratore è trasferito "in servizio", con la conseguenza che si verrebbe a sottrarre al sostituto una legittima possibilità di essere permanentemente adibito a mansioni superiori per una posizione a tutti gli effetti disponibile. Per evitare questo genere di conseguenze, la promozione automatica, nel caso di specie, non può dirsi esclusa, perché, pur essendo il sostituito in servizio, non

¹⁷⁴ Cass. 2 Luglio 1984, n. 4479, in *Foro it.*, 1986, I, 143; Cass. 9 Maggio 1999, n. 4543, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 49; Cass. 28 ottobre 1989, n. 4526, in *Rep. foto it.*, 1989, voce *Lavoro (rapporto)*, 840; Cass. 17 Ottobre 1987, n. 7702, in *Rep. foro it.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 960.

¹⁷⁵ Cass. 11 Novembre 2003, n. 16958, in *Guida al lav.*, 2004, n. 2, 25; Cass. 17 Luglio 2002, n. 10346, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 669; Cass. 21 Novembre 1990, n. 11217, in *Foro it.*, 1991, I, 467; Cass. 20 Maggio 1992, n. 6028, in *Dir. prat. lav.*, 1992, n. 29, 2009; Cass. 12 ottobre 1983, n. 5945, in *Not. giur. lav.*, 1983, n. 567; Cass. 18 Ottobre 1982, n. 5374, in *Giust. civ.*, 1983, I, 878.

è integrato il secondo requisito previsto dalla norma, cioè quello della ragione sostitutiva, non essendoci più nessun lavoratore da sostituire e nessuna posizione rimasta temporaneamente scoperta.

5.2. La volontà del lavoratore.

Nella riscrittura della disciplina, il legislatore ha introdotto una previsione inesistente nella precedente formulazione, riguardante la possibilità di evitare che l'assegnazione automatica divenga definitiva, una volta trascorso il periodo stabilito dalla legge o dalla contrattazione collettiva; infatti, il comma 7 fa riferimento ad una "diversa volontà del lavoratore" in ordine alla promozione, alla quale viene data rilevanza soprattutto in ragione di un interesse, che egli può avere, a non assumere obbligazioni che possano comportare un carico di lavoro o di responsabilità estraneo a quello connesso alle precedenti mansioni, sebbene l'inquadramento in un livello superiore sia generalmente una vicenda vantaggiosa per il lavoratore. In assenza di una volontà contraria del prestatore, quindi, l'assegnazione diviene definitiva, perché scatta l'effetto inderogabile previsto dalla norma. Il lavoratore può manifestare la propria volontà contraria, ma egli non rifiuta l'assegnazione delle mansioni superiori, non potendo sottrarsi all'esecuzione della prestazione, bensì rifiuta gli effetti legali che conseguono all'assegnazione delle mansioni¹⁷⁶.

L'elemento che genera maggiori perplessità e contrasti è la conciliabilità del diritto alla rinuncia del lavoratore con quanto disposto dall'ultimo comma dell'art. 2103, il quale afferma la nullità di ogni patto contrario alla disciplina contenuta nei commi precedenti, salvo quanto disposto dal secondo, quarto e sesto comma, che come abbiamo visto hanno ad oggetto i casi di legittima adibizione a mansioni inferiori. Al di fuori di queste ipotesi, tassativamente indicate dall'ultimo comma, ogni accordo stipulato in deroga alle disposizioni del presente articolo è da considerarsi nullo; la dottrina si è trovata quindi a dover ragionare sulla possibilità che la stessa manifestazione di volontà contraria del lavoratore, in quanto non

¹⁷⁶ AMENDOLA, 2016, 9, p. 25 ss.; VOZA, 2015, 5, p. 15 ss..

richiamata nel nono comma, vada a costituire un patto derogatorio della normativa, e per questo illegittimo.

Innanzitutto, bisogna distinguere se il rifiuto del lavoratore sia prestato al momento dell'assunzione, o in costanza di rapporto, prima ancora dell'assegnazione a mansioni superiori, oppure se sia prestato al momento dello scadere del termine semestrale, o di altro termine previsto dalla contrattazione collettiva, quando viene maturato il diritto alla stabilizzazione della diversa posizione.

Per quanto riguarda il primo caso, alcuni autori¹⁷⁷ ritengono che la manifestazione di una volontà contraria del lavoratore, che intervenga in un momento precedente all'assegnazione di mansioni superiori, si configuri non come la rinuncia ad un diritto, ma come un patto derogatorio della disciplina normativa, inevitabilmente rientrante nelle censure di cui all'ultimo comma, dato che i casi di patti contrari legittimi sono elencati tassativamente; secondo questa impostazione, inoltre, anche il rifiuto della promozione espresso dopo l'assegnazione delle mansioni, ma prima dello scadere del termine oltre il quale questa diventa definitiva, costituisce un patto in deroga, perché il diritto alla promozione automatica matura non prima dello svolgimento delle mansioni superiori, per tutto il periodo previsto della legge.

Altra parte della dottrina¹⁷⁸, invece, ritiene che non si tratti, anche in questo caso, di un patto in assenza del quale si verifica il mutamento del contenuto della prestazione, ma di una manifestazione unilaterale di volontà che impedisce la stabilizzazione dell'assegnazione a mansioni superiori, che, se perfezionata, sarebbe inderogabile, per espressa previsione del nono comma. Secondo questa interpretazione, quindi, il dissenso del lavoratore opera non solo prima della formazione del diritto, ma anche prima che si perfezioni la fattispecie inderogabile, il che lo colloca al di fuori dell'operatività dell'ultimo comma.

Se invece il prestatore esprime la sua volontà di rifiutare la promozione automatica dopo che sia scaduto il termine previsto per l'esercizio delle mansioni

¹⁷⁷ VOZA, 2015, 5, p. 15 ss.

¹⁷⁸ PISANI, 2015, 29, p. 396 ss.

superiori, tale manifestazione costituisce la rinuncia ad un diritto che è già maturato, e non la rinuncia ad un diritto futuro, come nell'ipotesi precedente; in questo caso, quindi, la dottrina sembra concorde nell'affermare che il lavoratore potrebbe legittimamente rifiutare la promozione, in forza della previsione del comma 7¹⁷⁹.

In ogni caso, una volta rifiutata l'adibizione permanente a mansioni superiori, il lavoratore ha il diritto di essere riassegnato a quelle originarie, non potendo rimanere inutilizzato; tuttavia, se il posto precedentemente occupato risulti essere stato soppresso, e non sia possibile la ricollocazione del dipendente in altre posizioni all'interno dell'azienda, egli può essere soggetto al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

A prescindere dalle considerazioni circa la compatibilità con la nullità dei patti contrari, al lavoratore è consentito, ex. comma 7, rinunciare esclusivamente al carattere permanente dello spostamento a mansioni superiori, ma non anche alla fruizione della corrispondente retribuzione, per la quale è previsto che la manifestazione delle intenzioni del prestatore abbia luogo nelle sedi protette di cui al comma 6, essendo la "diversa volontà" riferita solo all'assegnazione definitiva. La norma in questione, infatti, nonostante abbia previsto che il lavoratore sia assistito nella fase di elaborazione di accordi modificativi della disciplina normativa di cui al comma 6, ha lasciato la rinuncia alla promozione priva di qualsiasi controllo, perché non ha predisposto alcun meccanismo di protezione del lavoratore nell'espressione del proprio dissenso; è evidente che la parte che può risultarne danneggiata è il lavoratore, perché, anche se vi sono dei casi in cui può trarne dei benefici, la situazione di precario svolgimento di mansioni superiori rappresenta un vantaggio principalmente per l'imprenditore, soprattutto in termini di flessibilità nell'organizzazione del lavoro e della gestione aziendale.

¹⁷⁹ VOZA, 2015, 5, p. 15- 17.

CAPITOLO III

La tutela del lavoratore per la violazione dell'art. 2103 cod. civ.

I. Le forme di tutela

1. La tutela giurisdizionale: problemi di effettività. 1.1. L'autotutela individuale.

1. La tutela giurisdizionale: problemi di effettività.

Nell'analizzare, nei capitoli precedenti, l'iter evolutivo della disciplina del mutamento di mansioni, abbiamo osservato come, soprattutto in seguito alla recente riforma, il legislatore abbia cercato di bilanciare gli interessi delle parti del rapporto di lavoro, con il duplice obiettivo di alleggerire il datore di lavoro da vincoli che potrebbero restringere la propria libertà di azione e decisione nella gestione dell'impresa, e nello stesso tempo di mantenere un impianto normativo che sia in grado di assicurare al lavoratore, storicamente parte debole del rapporto, la protezione della quale necessita. Se è vero, infatti, che entrambe le parti sono tenute al rispetto delle obbligazioni contrattuali, è anche vero che il lavoratore è fortemente condizionato dall'interesse alla conservazione del posto di lavoro, che lo spinge a ricorrere in giudizio nel caso di inadempimento della controparte contrattuale, mentre il datore di lavoro tende a tutelarsi mediante l'esercizio del potere di recesso, e questo perché, anche se ambedue necessitano della prestazione dell'altro, il datore di lavoro può sostituire il dipendente che non ritiene adeguato alle esigenze dell'impresa, mentre il lavoratore, soprattutto in un momento storico caratterizzato da una consistente difficoltà di ricollocazione all'interno del mercato del lavoro, ha l'esigenza di conservare la propria posizione, per poter garantire un reddito stabile a se stesso e alla propria famiglia. La parte che necessita fortemente di una tutela giurisdizionale, quindi, è il lavoratore, che nella grande maggioranza dei casi non ha altri strumenti per ottenere la propria soddisfazione, a meno che non si tratti di soggetti altamente specializzati e ricercati, che, possedendo competenze difficilmente

reperibili nel mercato del lavoro, possono sedersi al tavolo delle trattative avendo un peso maggiore rispetto al prestatore medio, e non avrebbero grandi difficoltà ad essere impiegati altrove; l'interesse del datore di lavoro, al contrario, è quello di risolvere eventuali problematiche legate allo svolgimento del rapporto, o alla stessa persona del lavoratore, senza ricorrere in giudizio, se non nei casi in cui debba difendersi da inadempienze non di un singolo dipendente, ma di una pluralità, essendo il giudizio, in questi casi, anche per l'imprenditore, lo strumento di più immediata ed efficace soddisfazione.

Al di là di queste ipotesi, che non rappresentano la normalità delle cose, il rapporto di lavoro rimane intrinsecamente sbilanciato a vantaggio del datore, con la conseguenza che l'importanza, e l'esigenza, di una tutela giurisdizionale effettiva è connessa quasi esclusivamente all'interesse alla conservazione del posto tipico del cosiddetto contraente debole.

Nel nostro ordinamento l'effettività della tutela giurisdizionale è sancita dal primo comma dell'art. 24 della Costituzione, secondo il quale tutti possono far valere in giudizio i propri diritti ed interessi legittimi, e ciò comporta che la parte che agisce deve poter ottenere non un risultato per lui genericamente utile, ma la soddisfazione precisa dell'interesse posto alla base del diritto dedotto in giudizio, e tutelato dalla legge¹⁸⁰.

Secondo il principio di effettività, quindi, tutto ciò che è oggetto della tutela sul piano sostanziale dovrebbe essere garantita anche su piano giurisdizionale, attraverso il processo, anche se questo obiettivo non sempre è facilmente raggiungibile, sia

¹⁸⁰ Il fondamento costituzionale del principio di effettività: CHIARLONI, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol I, p. 1833 ss.; DI MAJO, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, 1989, p. 363 ss.; GAROFALO, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol II, p. 176 ss.; GIORGIANNI, *Considerazioni generali e Conclusioni*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol I, p. 5 ss, vol II, p. 1349 ss.; MAZZAMUTO, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol I, p. 453 ss.; PERLINGIERI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol I, p. 207 ss.; SANGIORGI, *Presentazione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol I, XI ss.; TOMMASEO, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, vol I, p. 563 ss.; VALLEBONA, *utele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, p. 3 ss..

perché in alcuni casi è l'ordinamento stesso a non poter assicurare piena soddisfazione alla parte lesa, sia perché spesso si tratta di situazioni lesive irreversibili, che, in quanto tali, non permettono il ripristino della situazione pregressa, con la conseguenza che all'attore può essere assicurato esclusivamente il cd. risarcimento per equivalente, consistente nel pagamento di una somma di denaro che sia considerata il corrispettivo monetario del danno subito¹⁸¹; per questo motivo, dato che esistono situazioni inevitabili in cui l'ordinamento non può garantire una piena soddisfazione, parte della dottrina ha parlato dell'esistenza di una divergenza tra diritto sostanziale e diritto processuale¹⁸², anche se alcuni autori ritengono tale definizione fuorviante¹⁸³, perché non considera la naturale ed inevitabile vicinanza tra le norme sostanziali e quelle processuali, nel senso che solo la loro interazione può generare la nascita degli strumenti di tutela di determinati interessi all'interno del nostro ordinamento, essendo questi ultimi rilevati sulla base dei rimedi introdotti contro la loro offesa.

Il principio di effettività garantito dalla Costituzione è sicuramente realizzato mediante una tutela specifica degli interessi in gioco, ma ciò non esclude a priori la legittimità della tutela per equivalente, la quale, ad esempio, garantisce effettività ad alcuni diritti non patrimoniali. La scelta tra queste due forme di tutela non può essere effettuata astrattamente, ma deve avvenire sulla base della valutazione degli interessi in concreto, non essendo certamente condivisibile la negazione aprioristica della tutela specifica, ma neanche una ricerca forzata, laddove non prevista dal legislatore, di strumenti di soddisfazione in natura, potendo legittimamente intervenire, in questi casi, una tutela risarcitoria.

Passando ora alla disamina della posizione del lavoratore, occorre verificare se la tutela giurisdizionale sia in grado o meno di garantire una soddisfazione specifica

¹⁸¹ SALVI, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, p. 1085; SCOGNAMIGLIO, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1969, p. 23-24.

¹⁸² DI MAJO, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1992, p. 371; MENGONI, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989, p. 152.

¹⁸³ PROTO PISANI, *Appunti sull'esecuzione forzata*, Firenze, 1994, p. 346; VALLEBONA, 1995, p. 3.

dei suoi interessi, dovendosi distinguere, a tale scopo, tra inadempimenti, del datore di lavoro, di obbligazioni pecuniarie o di obbligazioni aventi ad oggetto una sua condotta, attiva o omissiva; infatti, secondo la dottrina¹⁸⁴, solo i crediti pecuniarî sono soggetti ad una piena tutela satisfattiva, in forza dell'esperimento di un'azione di condanna al pagamento di somme di denaro, nonché del rimedio dell'espropriazione forzata.

Al contrario, nel caso in cui il datore di lavoro sia inadempiente ad obbligazioni di fare o di non fare, il lavoratore non può godere di una tutela specifica, perché tali obbligazioni sono infungibili, e dunque incoercibili, con la conseguenza che la soddisfazione dell'interesse del creditore si potrà avere solamente con la corresponsione di un risarcimento per equivalente¹⁸⁵. Gli obblighi di cui è titolare il datore di lavoro possono consistere in obbligazioni di fare o di non fare; per quanto riguarda i primi, se il debitore risulti inadempiente all'obbligo di porre in essere un determinato negozio giuridico, il lavoratore gode di una tutela costitutiva, potendo richiedere al giudice un provvedimento che abbia gli stessi effetti dell'atto non prodotto dal datore, ma, al di fuori di questa ipotesi, il lavoratore può agire in giudizio esclusivamente per ottenere una condanna che non è suscettibile di esecuzione forzata, essendo l'obbligo di fare infungibile, oppure il risarcimento di un danno che si è già verificato, che, come abbiamo visto, non consente una piena soddisfazione dei suoi interessi perché non comporta il ripristino della situazione precedente.

Per quanto riguarda gli obblighi di non fare, il datore di lavoro ne risulta inadempiente nel momento stesso della loro violazione¹⁸⁶, ma anche in questo caso si tratta di obbligazioni infungibili, pertanto non suscettibili di esecuzione forzata. Così come per l'ipotesi precedente, occorre distinguere tra comportamenti aventi ad oggetto il divieto di porre in essere determinati atti giuridici o il divieto di

¹⁸⁴ GHERA, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979, p. 311-319; MONTESANO, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981, p.130 ss.

¹⁸⁵ GHERA, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, I, 1991, p. 654-655.

¹⁸⁶ Art. 1222 cod. civ.

comportamenti materiali; nella prima ipotesi, il lavoratore può ottenere la rimozione degli effetti dell'atto illecito mediante l'esperimento di un'azione di invalidità o di inefficacia, con la conseguenza che il datore di lavoro deve adeguarsi alla pronuncia giudiziale. Per quanto riguarda la seconda ipotesi, invece, non c'è alternativa alla tutela risarcitoria, non essendo esperibile un'azione inibitoria della condotta illegittima.

1.1. L'autotutela individuale.

Il problema dell'incoercibilità degli obblighi infungibili di fare o di non fare è in gran parte sormontato dall'esercizio di strumenti di autotutela conservativa del lavoratore, i quali permettono il mantenimento del posto di lavoro, esigenza primaria del prestatore, senza che questi debba subire un pregiudizio dei propri interessi causato da inadempimenti del datore; si tratta di una forma di tutela individuale del lavoratore, che è ben conciliabile con la tutela giurisdizionale sia dichiarativa, sia costitutiva che di condanna.

Le forme di autotutela consentite dal nostro ordinamento sono diverse, e costituiscono tutte espressione del diritto di agire in giudizio a difesa dei propri interessi di cui al primo comma dell'art. 24 della Costituzione, consentendo la soddisfazione del creditore in quei casi in cui la tutela giurisdizionale non è in grado di raggiungere il risultato auspicato. L'autotutela che viene qui in gioco è un tipo di autotutela conservativa, che si distingue da quella estintiva, che consiste nell'atto di dimissioni del lavoratore, e non permette la salvaguardia del suo interesse primario alla conservazione del rapporto, ed al mantenimento della retribuzione; l'autotutela conservativa è stata definita una forma di tutela unilaterale passiva, intesa come un comportamento del lavoratore di resistenza alla pretesa della controparte, essenzialmente negativo, soprattutto per quanto riguarda lo strumento dell'eccezione inadempimento¹⁸⁷; tuttavia, c'è chi ha ritenuto che la stessa eccezione di

¹⁸⁷ BETTI, *Autotutela (Diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1959, vol IV.

inadempimento non possa dirsi interamente passiva, perché genera una perdita irreversibile della prestazione, interrompendone il flusso¹⁸⁸.

Il lavoratore può ricorrere allo strumento dell'autotutela in maniera compatibile con l'esperimento di rimedi in sede giurisdizionale, ma, essendo una soluzione alternativa al processo¹⁸⁹, che ha come obiettivo il raggiungimento di un livello di soddisfazione che il giudizio non potrebbe, o non potrebbe in tempi apprezzabili, garantire, non è vincolata all'accertamento giudiziale dell'illecito del datore di lavoro¹⁹⁰, anche se certamente ne gioverebbe, essendo in questo modo il prestatore certo della legittimità del suo comportamento resistente. Tuttavia, nonostante l'esercizio dell'autotutela necessiti di una certa tempestività, per evitare l'aggravamento o il verificarsi di lesioni degli interessi del prestatore, considerando i tempi non brevi del processo, spesso il rapido ricorso a tale strumento presenta un notevole rischio, perché è ben possibile che al termine del giudizio il comportamento datoriale venga considerato legittimo, ed il lavoratore ne risulti, di conseguenza, inadempiente¹⁹¹. Il rischio che si trova a correre il prestatore è quello di un licenziamento per inadempimento delle obbligazioni contrattuali, che può essere scongiurato in maniera certa solamente con l'attuazione di comportamenti di autotutela successivi al passaggio in giudicato della sentenza che accerta la condotta illecita del datore di lavoro; in questo modo, però, una forma di tutela che si pone come alternativa al risarcimento per equivalente viene snaturata della sua capacità satisfattiva, perché non sarebbe più in grado di assicurare al prestatore una garanzia effettiva dei propri diritti.

¹⁸⁸ DELL'OLIO, *Autotutela: III Diritto del lavoro*, in *Enc. giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana*, Roma, 1988, vol IV, p. 1 ss.

¹⁸⁹ DELL'OLIO, 1988, p. 3.

¹⁹⁰ VALLEBONA, *Una ipotesi ricostruttiva dei concorsi privatistici per assunzione: responsabilità precontrattuale e rimedi esclusivamente risarcitori*, in *Problemi giuridici del lavoro bancario*, Padova, 1987, p. 84-86. Cass. 7 Dicembre 1991, n.13187, in RIDL 1992, II, 947.

¹⁹¹ DELL'OLIO, 1988, vol IV, 245; VALLEBONA, 1979, *Intervento in Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, p. 106 ss.; VALLEBONA, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, LD, 1989, p. 333 ss.

Il rischio derivante dall'esercizio tempestivo di mezzi di autotutela può tuttavia essere tamponato mediante la richiesta di un provvedimento d'urgenza, che vada a sospendere gli effetti dell'atto del datore di lavoro lesivo degli interessi del prestatore, con la conseguenza che l'inerzia del lavoratore non potrebbe essere considerata inadempimento neanche in seguito ad una sentenza che accerti la legittimità della condotta datoriale, mancando il profilo soggettivo dell'illecito¹⁹², sempre che il lavoratore interrompa la propria resistenza e riprenda il regolare esercizio dell'attività richiesta, legittimamente, dall'imprenditore¹⁹³.

In ogni caso, però, il riconoscimento dell'illegittimità dello strumento di autotutela, anche se giustificato da un provvedimento, come nell'ipotesi precedente, comporta per il prestatore l'obbligo di restituire qualsiasi somma percepita durante il periodo di rifiuto dell'attività lavorativa¹⁹⁴, perché secondo il principio di corrispettività, non è possibile che la parte vittoriosa subisca conseguenze onerose dalla legittima richiesta di una prestazione che non è stata eseguita.

In via specifica, gli strumenti di autotutela conservativa fruibili dal prestatore sono tre: la resistenza a pretese illegittime, il rifiuto della prestazione non dovuta e l'eccezione di inadempimento.

1. La resistenza a pretese illegittime: in alcuni casi il lavoratore è legittimato a resistere alle richieste del datore, qualora dal suo comportamento illecito derivino delle conseguenze pregiudizievoli degli interessi del prestatore; il caso emblematico di questo tipo di autotutela è rappresentato dal rifiuto di sottoporsi alle perquisizioni prive dei requisiti stabiliti dalla legge, come anche dall'ipotesi in cui il prestatore non si voglia sottoporre all'esame di un medico di fiducia del datore di lavoro, o ancora dal caso in cui il prestatore subisca tentativi di molestie sessuali, alle quali riesce a sottrarsi. In virtù dell'articolo 13 della Costituzione, il rifiuto del dipendente di sottoporsi a controlli legittimi comporta

¹⁹² Cass. 22 Ottobre 1993, n. 10503, in DPL 1994, 51; Cass. 11 Gennaio 1993, n. 215, in RIDL 1994, II, 221; Cass. 26 Gennaio 1991, n. 765, GC 1991, I, 1177; Cass. 4 Luglio 1989, n. 3194, in LPO 1990, 1298.

¹⁹³ VALLEBONA, 1987, p. 85-86.

¹⁹⁴ VALLEBONA, 1995, p. 138 ss.

la sottoposizione ad un procedimento disciplinare, sulla base di un inadempimento contrattuale¹⁹⁵, mentre il rifiuto di una pretesa illegittima non può essere sanzionata, perché aveva come scopo la tutela dalla lesione dei propri diritti.

Nel caso in cui la condotta lesiva del datore di lavoro non si esprima in episodi sporadici, ma in comportamenti reiterati nel tempo, il lavoratore dovrebbe fare ricorso allo strumento dell'eccezione di inadempimento, per evitare conseguenze sul piano psicologico rappresentate dalla difficoltà di una resistenza duratura e continua.

2. Il rifiuto della prestazione lavorativa non dovuta: entrambe le parti del rapporto di lavoro sono tenute ad adempiere alle obbligazioni contratte in sede di stipulazione dell'accordo, ma se una delle due, in questo caso il datore, non rispetta i limiti posti all'esercizio del suo potere, è il caso, ad esempio del trasferimento ingiustificato o dell'assegnazione a mansioni inferiori al di fuori dei limiti di legge, la controparte è legittimata a rifiutare la prestazione altrimenti dovuta¹⁹⁶. In queste situazioni, in realtà, non si verifica alcun inadempimento del lavoratore che rifiuti di esercitare l'attività richiesta, perché continua ad offrire la prestazione effettivamente dovuta, rendendosi disponibile, nel caso delle mansioni, al loro svolgimento nei termini legittimi; se il datore di lavoro mantiene la sua condotta illecita, rifiutando l'offerta della prestazione dovuta, il lavoratore non può essere sanzionato¹⁹⁷, non essendo integrati i presupposti dell'inadempimento, ma sussistendo invece quelli della *mora credendi* del datore, cui consegue l'obbligo retributivo. Il lavoratore deve tenersi a disposizione dell'imprenditore, il quale può far cessare lo stato di *mora*

¹⁹⁵ Corte Cost. 5 Febbraio 1975, n. 23, in MGL 1975, 9; Corte Cost. 25 Giugno 1980, n. 99, in FI 1980, I, 1817; Cass. 19 Novembre 1984, n. 5902, in GC, 1985, I, 320; Cass. 14 Luglio 1994, n. 6597, in NGL 1994, 624.

¹⁹⁶ DELL'OLIO, 1988, p.3; GHERA, 1979, p. 354-355; LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 285; VALLEBONA, 1979, p. 109; VALLEBONA, 1987, *Il trasferimento del lavoratore*, RIDL, I, p. 84-86; VALLEBONA, 1995, p. 126 ss.

¹⁹⁷ VALLEBONA, 1995, p. 126 ss. Cass. 3 Febbraio 1994, n. 1088, in MGL 1994, suppl. 20; Cass. 7 Dicembre 1991, n. 13187, in RIDL 1992, II, 947; Cass. 6 Aprile 1990, n. 2894, in MGL 1990, suppl. 77; Cass. 3 Aprile 1987, n. 3250, in FI 1988, II, 221.

accipiendi in qualunque momento, richiedendo al lavoratore l'esecuzione della prestazione da lui offerta, che dovrà essere eseguita tempestivamente¹⁹⁸.

A differenza del caso dell'eccezione di inadempimento, nel rifiutare la prestazione non è necessario l'accertamento della condotta illegittima dell'imprenditore nell'esercizio dei propri poteri, perché in ogni caso la violazione dei limiti imposti al potere datoriale rende non più dovuta la controprestazione¹⁹⁹.

Bisogna comunque considerare la situazione, esposta precedentemente, in cui il lavatore rifiuti lo svolgimento di un'attività in realtà dovuta, sulla base di un comportamento dell'imprenditore che egli ritiene illegittimo, ma che non lo è nella realtà, oppure sia disponibile all'esercizio di una prestazione parziale o diversa da quella dovuta²⁰⁰;

3. L'eccezione di inadempimento: si tratta di un rimedio previsto dall'art. 1460 cod. civ. per i contratti a prestazioni corrispettive, che si distingue nettamente dalla precedente fattispecie per il fatto che ha ad oggetto il rifiuto non della prestazione illegittimamente richiesta dal datore, e quindi non dovuta, ma di quella prevista contrattualmente, in via di autotutela²⁰¹. Come accennato in precedenza, in questo caso, analogamente all'azione risarcitoria, per poter ammettere l'eccezione di inadempimento è necessario qualificare la condotta del datore come un illecito comportante inadempimento, con la conseguente perdita della prestazione lavorativa corrispondente. Il lavoratore, tuttavia, non diventa a sua volta inadempiente, perché lo svolgimento dell'attività prevista contrattualmente è divenuto impossibile per cause imputabili alla controparte, cosicché egli è sollevato dall'obbligo di adempiere all'obbligazione

¹⁹⁸ Cass. 23 Febbraio 1993, n. 2196, in DPL 1993, 1148.

¹⁹⁹ Cass. 7 Dicembre 1991, n. 13187, in RIDL 1992, II, 947.

²⁰⁰ BIGLIAZZI GERI, *Mora del creditore*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. XX, Istituto della *Enciclopedia Italiana*, Roma, 1990, p.6.

²⁰¹ BETTI, 1959, p. 529; BIGLIAZZI GERI, *Autotutela: Il Diritto civile*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. IV, Istituto della *Enciclopedia Italiana*, Roma, 1988, 2; DELL'OLIO, 1988, 3.

corrispondente²⁰².

Dall'altro lato, anche il datore di lavoro è liberato dall'obbligo retributivo, ma dovrà corrispondere un adeguato risarcimento del danno provocato dal suo comportamento illecito, tenendo in considerazione anche il mancato guadagno del prestatore nel periodo corrispondente a quello dell'omessa prestazione.

Per poter esperire l'eccezione di inadempimento sono necessari due requisiti: il primo è rappresentato da un legame di reciproca dipendenza tra le due obbligazioni, cioè tra quella non adempiuta dal datore di lavoro e quella rifiutata dal prestatore, vincolo che sussiste anche per le obbligazioni strumentali o accessorie²⁰³, ed indipendentemente dalla fonte²⁰⁴, nel caso di contratti disciplinati da una pluralità di fonti, comprese quelle obbligazioni derivanti da una sentenza²⁰⁵; rimane invece esclusa l'interdipendenza nel caso di obbligazioni che non appartengono allo stesso rapporto.

Il secondo requisito indispensabile è introdotto dal capoverso dell'art. 1460, il quale richiede che il comportamento del lavoratore, nel rifiutare la prestazione, sia conforme a buona fede, avuto riguardo alle circostanze, il che fa intendere che ci debba essere una certa corrispondenza tra le condotte di entrambe le parti, con la conseguenza che un inadempimento solo lieve del datore di lavoro non può giustificare il completo rifiuto della prestazione. Tuttavia, è stato osservato che nell'ambito del rapporto di lavoro non è tollerabile alcun inadempimento, neppure lieve; si tratta sempre di un rapporto non equilibrato, data la presenza di un contraente definito storicamente debole, che porta a due diverse modalità di risoluzione delle problematiche relative agli inadempimenti: l'imprenditore tenderà a scegliere la risoluzione del rapporto di lavoro, potendo agevolmente sostituire il dipendente che non rispetti le proprie obbligazioni, mentre il

²⁰² REALMONTE, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. del. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965, p. 235.

²⁰³ SUPPIEJ, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, RIDL, I, 1988, p. 455-456.

²⁰⁴ Cass. 23 Dicembre 1992, n. 13620, in RIDL 1993, II, 698.

²⁰⁵ VALLEBONA, 1995, p. 133.

lavoratore, anche di fronte ad inadempimenti gravi, preferiti generalmente conservare il posto e la relativa retribuzione. Quindi, così come il datore può ricorrere al licenziamento nel caso di reiterate condotte illecite, già sanzionate in via disciplinare, anche il dipendente che abbia interesse alla conservazione dell'impiego potrà valersi degli strumenti di autotutela nel caso di inadempimenti di lieve entità, ripetuti nel tempo²⁰⁶.

²⁰⁶ VALLEBONA, 1995, p. 130 ss.

II. Il demansionamento illegittimo

2. La violazione dell'art. 2103. 2.1. Le fattispecie residue di demansionamento vietato 2.2. Le differenze con le fattispecie di "mobbing" e "stalking". 2.3. La sottrazione di mansioni. 2.4. La prova dell'illegittimità del mutamento di mansioni.

2. La violazione dell'art. 2103.

Prima di esaminare le ipotesi di demansionamento considerate illegittime alla luce del nuovo testo dell'art. 2103 è necessario qualificare correttamente le condotte poste in essere dal datore di lavoro in violazione della legge, inquadrandole come un inadempimento piuttosto che come un atto nullo, con una portata e delle conseguenze sicuramente diverse, a seconda che si voglia parlare di illiceità o di invalidità, anche per quanto riguarda il diritto del lavoratore di ottenere un eventuale risarcimento del danno subito in seguito alla violazione datoriale. Il dibattito, in dottrina ed in giurisprudenza, ha come oggetto la conciliabilità o meno dei due istituti, e quindi la possibilità di considerare un atto improduttivo di effetti giuridici come ugualmente sanzionabile²⁰⁷, per consentire al prestatore di ricevere un'adeguata riparazione per la lesione dei suoi diritti.

Per quanto riguarda la giurisprudenza, sono state emanate diverse sentenze di opposto orientamento, a sostegno dell'una o dell'altra tesi; la Corte Costituzionale²⁰⁸ ha sostenuto la teoria dell'inadempimento contrattuale, affermando che sul datore di lavoro grava l'obbligo di adibire il lavoratore alle mansioni originariamente pattuite a livello contrattuale, alle quali ha diritto. Anche la Corte di Cassazione sembra allinearsi con l'idea della sussistenza di un obbligo per l'imprenditore, quello di non assegnare il lavoratore a mansioni inferiori (o di assegnarlo a mansioni inferiori al di fuori dei limiti previsti dal nuovo testo dell'art. 2103), al quale corrisponde il diritto

²⁰⁷ DI MAJO, *Tutela e risarcimento, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994, 16.

²⁰⁸ Corte Cost. 6 Aprile 2004, n. 113, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 8/9, 586.

del lavoratore ad eseguire la prestazione, con la conseguenza che la violazione di tale obbligo integra gli estremi dell'inadempimento contrattuale²⁰⁹.

Sul versante opposto, alcuni orientamenti giurisprudenziali hanno invece ravvisato nella condotta datoriale un atto affetto da nullità²¹⁰, mentre altre ancora l'hanno voluta qualificare al tempo stesso sia come nullità che come inadempimento²¹¹.

Contrariamente agli approdi giurisprudenziali, la dottrina più consolidata, nonché prevalente, sostiene che l'ordine del datore di lavoro in contrasto con i limiti legali, proprio perché esercizio di un potere non riconosciuto dall'ordinamento, generi un atto non idoneo a produrre gli effetti ai quali è destinato²¹². La situazione che si verrebbe a creare è quindi quella di una *mora credendi* del datore di lavoro, nel momento in cui richiede al prestatore l'espletamento di mansioni che differiscono da quelle esigibili, in quanto il lavoratore è carente nell'esecuzione della prestazione che considera non dovuta²¹³. Il lavoratore, di conseguenza, acquista il diritto di rifiutare l'espletamento delle mansioni richieste illegittimamente, senza subire le conseguenze

²⁰⁹ Cass. Sez. Un., 26 Marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 478. PISANI, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite 6572/06*, in *Mass. giur. lav.*, 2006.

²¹⁰ Cass. 20 Marzo 2004, n. 5651, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 93, 540; Cass. 3 Febbraio 1994, n. 1088, *ivi*, 1994, 20; Cass. 7 Dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 947; Cass. 28 Ottobre 1997, n. 10627, in *Rep. Foro it.*, 1998, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 862.

²¹¹ Cass. 10 Novembre 2008, n. 26920, in *Guida al lav.*, 2008, n. 41, 53; Cass. 12 Gennaio 2006, n. 452, in *Arg. dir. lav.*, 2006, III, 845; Cass. 28 Settembre 2006, n. 21037, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 177; Cass. 20 Dicembre 2002, n. 18209, in *Not. giur. lav.*, 2003, 331; Cass. 8 Febbraio 1999, n. 1074, in *Dir. prat. lav.*, 1999, 28, 2072; Cass. 27 Aprile 1999, n. 4221, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 6, 606; Cass. 7 Settembre 1981, n. 5052, in *Giust. civ. mass.*, 1991, 9.

²¹² CAVALLARO, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, 200, 471; GHERA, 1979, p. 336; GIUGNI, 1963, p. 368; LISO, 1982, 12; PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, p. 195; PISANI, 1996, p. 227; VALLEBONA, 1995, p. 126.

²¹³ BALLETTI, *a cooperazione del datore all'adempimento dell'obbligazione del lavoro*, Padova, 1990, 42; GHERA, 1979, p. 336; GHERA, LISO, *Mora del creditore*, in *Enc. dir.* XXVI, Milano, 1976, 977; GHEZZI, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965, p. 171; GIUGNI, 1963, p. 370; SPEZIALE, *Mora del creditore e contratti lavoro*, Bari, 1992, p. 139 ss.

dell'inadempimento contrattuale, e mantenendo il diritto alla retribuzione²¹⁴, anche se alcuni ritengono che sia fruibile esclusivamente come risarcimento²¹⁵, purché si renda disponibile all'esecuzione della prestazione, nelle forme previste dall'art. 1217 cod. civ.²¹⁶.

In questo caso, quindi, ciò che vincola il datore di lavoro non è un obbligo, ma un limite, che, se valicato, comporta l'invalidazione dell'atto illegittimo; tuttavia, questa tesi si rivela carente non solo dal punto di vista preventivo della condotta illecita del datore, perché non è sufficiente la minaccia dell'invalidazione dell'atto per scoraggiare comportamenti illegittimi, ma anche sotto l'aspetto della tutela piena dei diritti del lavoratore, il quale, in questo caso, non riceverebbe soddisfazione per il danno subito dall'atto che, se anche privo di effetti, ha pur sempre causato una lesione dei suoi interessi. Per quest'ordine di problemi, in dottrina²¹⁷ sono state avanzate delle ipotesi che tentano di conciliare la nullità con l'invalidità, per consentire la comminazione di sanzioni riparatorie; nell'ambito specifico del diritto del lavoro, però, non esiste un'espressa previsione di conciliabilità, che sussiste invece in ambito civilistico, ragione per la quale è la dottrina ad elaborare teorie in grado di riscattare il diritto al risarcimento del lavoratore, le quali affermano che le norme che vincolano l'esercizio dello *jus variandi*, oltre ad imporre certamente un limite legale ai poteri dell'imprenditore, comportano la nascita di un'obbligazione,

²¹⁴ GHERA, LISO, 1976, p. 977; MANCINI, *l recesso unilaterale e i rapporti di lavoro*, Milano, 1963, p. 234; VALLEBONA, 1995, p. 127 ss. Cass. 18 Aprile 1984, n. 2551, in *Giust. civ.*, 1984, I, 3062; Cass. 14 Febbraio 1996, n. 1131, in *Mass. giur. lav.*, 1996, suppl., 1996, 3, 33 ss.

²¹⁵ GHEZZI, 1965, p. 120; GIUGNI, 1963, p. 371; MENGONI, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954, p. 581.

²¹⁶ Cass. 18 Maggio 1995, n. 5482, in *Mass. giur. lav.*, 1995, suppl., 1995, 4, 36; Cass. 13 Marzo 1997, n. 2232, in *Giust. civ.*, 1997, I, 2480.

²¹⁷ PISANI, *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 575 ss; POZZAGLIA, *limiti ai poteri del datore di lavoro: tutela reale o risarcitoria?* in *Mass. giur. lav.*, 2006, p. 446; TURSI, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, I, p. 293; VALLEBONA, 1995, p. 38;

gravante sul datore di lavoro, avente ad oggetto il divieto di modificare le mansioni del prestatore secondo modalità non consentite dalla legge²¹⁸.

In conclusione, la condotta del datore di lavoro che ponga in essere un atto illegittimo, inidoneo a produrre effetti giuridici, è considerato anche come un inadempimento contrattuale, che consiste nell'aver compiuto un fatto in violazione di specifici divieti²¹⁹.

2.1. Le fattispecie residue di demansionamento vietato.

Per demansionamento si intende, genericamente, una modifica in senso peggiorativo delle mansioni assegnate in origine al prestatore, anche se si tratta di un termine non codificato dal legislatore, ma di utilizzo prettamente giurisprudenziale, anche nelle sentenze della Corte Costituzionale²²⁰; la giurisprudenza però ha spesso fatto ricorso, con il medesimo significato, al termine “dequalificazione”, che però sembra essere meno preciso, perché non può dirsi avere un significato univoco nel linguaggio giuridico, come invece il demansionamento; è vero, infatti, che viene utilizzato per indicare l'assegnazione a mansioni inferiori, ma è anche vero che la qualifica ha talvolta assunto il significato di livello di inquadramento o categoria contrattuale²²¹, o ancora è stata assimilata alla categoria legale, come nel caso del riferimento alla “qualifica” di dirigente.

Prima della modifica dell'articolo 2103, con il termine demansionamento si voleva indicare la violazione del requisito di equivalenza, nel senso che consisteva nell'illegittima adibizione del prestatore a mansioni non equivalenti a quelle originariamente pattuite. La riforma ha considerevolmente modificato l'ambito in cui si inseriscono le ipotesi di demansionamento, perché l'eliminazione del requisito dell'equivalenza a favore di quello dell'inquadramento ha comportato, come

²¹⁸ PISANI, 2015, p. 267. Cass. 17 Settembre 2008, n. 23744, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, 1101.

²¹⁹ VALLEBONA, 1995, p. 38; PISANI, 2003, p. 477.

²²⁰ Corte Cost. 6 Aprile 2004, n. 113, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 8/9, 586.

²²¹ es. Cass., Sez. Un., 24 Novembre 2006, n. 25033, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 17.

abbiamo visto, la possibilità di assegnare al lavoratore compiti rientranti nel medesimo livello e categoria di quelli originari, ampliando in questo modo il raggio di azione del potere di *jus variandi* del datore; in aggiunta, mentre in precedenza era vietato qualsiasi intervento contrario alle previsioni normative, oggi è la stessa legge che introduce deroghe alla disciplina dell'adibizione a mansioni inferiori.

Sulla base del nuovo testo, quindi, la definizione del demansionamento risulta ridotta, ma anche più complicata, perché, non potendosi più ricorrere alla barriera dell'equivalenza, viene ad essere articolata in diverse fattispecie, in considerazione delle nuove ipotesi, legittime, contenute nell'art. 2103. Si può oggi parlare di demansionamento nel caso di:

1. assegnazione di mansioni non previste dai contratti collettivi in nessun livello, perché, come abbiamo visto, il criterio dell'inquadramento è un riferimento ad un istituto di tipica formulazione della contrattazione collettiva;
2. assegnazione di mansioni appartenenti allo stesso livello di quelle originarie, ma inserite in una categoria legale inferiore; il primo comma dell'art. 2103 impone, infatti, che le nuove mansioni assegnate debbano appartenere al medesimo livello di inquadramento, ma anche alla medesima categoria di quelle da ultimo svolte dal prestatore.
3. assegnazione di mansioni che, se pur di un solo livello inferiore, risultano inquadrate in una categoria legale inferiore, in forza del secondo comma, che vincola il datore di lavoro, nel caso di demansionamento di un livello, a mantenere inalterata la categoria legale.
4. assegnazione di mansioni che rispettano entrambi i requisiti di inquadramento nel livello e nella categoria legale, ma che siano assegnate al di fuori dei casi previsto dal secondo e dal quarto comma.
5. assegnazione di mansioni che oltrepassano il limite della categoria legale e livello di inquadramento, in forza di un accordo individuale, ma che non rispetti le causali previste dal comma 6.
6. assegnazione di mansioni inferiori sulla base di un accordo individuale non stipulato nelle sedi di cui al comma 6.

7. assegnazione di mansioni inquadrata in un livello inferiore, ex comma 2 e 4, qualora il mutamento di mansioni non sia comunicato per iscritto, in violazione quindi della previsione del comma 5.

8. sottrazione di mansioni al di fuori delle droghe di cui ai commi 2, 4, e 6²²².

2.2. Le differenze con le fattispecie di “*mobbing*” e “*stalking*”.

La fattispecie di demansionamento si presta, erroneamente, ad essere talvolta confusa con quella del “*mobbing*”, che è un fenomeno non ancora esplicitamente rinvenibile in alcuna legge del nostro ordinamento; il *mobbing* è stato ampiamente studiato dagli esperti di sociologia e psichiatria, e la sua definizione giuridica ha origine dalla giurisprudenza, sulla base dell’obbligo di protezione gravante sul datore di lavoro, il quale deve assicurare che sia tutelata, accanto all’integrità fisica del prestatore, anche la personalità morale²²³.

Si tratta di un caso che, se anche non codificato, era avvertito già da tempo, inconsapevolmente, nel mondo del lavoro; lo studioso tedesco Heinz Leymann lo ha definito come una forma di “comunicazione ostile ed immorale diretta in maniera sistematica da uno o più individui verso un altro individuo che si viene a trovare in una posizione di mancata difesa”²²⁴. Il *mobbing* è quindi una forma di terrorismo psicologico che conduce il soggetto vittima di vessazioni e persecuzioni ad una condizione di danneggiamento professionale, sociale e psicologico. Le condotte tipicamente poste in essere, che possono consistere in atti, gesti o parole tesi ad offendere la personalità, la dignità e l’integrità della vittima, sono ripetute e durature, tanto che ciò che distingue un mero conflitto sul lavoro dal caso in esame non è tanto la natura o la modalità dell’offesa, quanto la frequenza e sistematicità del comportamento dannoso²²⁵.

²²² PISANI, 2015, p. 236-240.

²²³ Art. 2087 cod. civ.

²²⁴ LEYMAN, *The Content and Development of Mobbing at Work*, in *EJWOP*, 1996, V, n. 2.

²²⁵ MEUCCI, *Violenza da mobbing sul posto di lavoro*, in *RCDL*, 2000, p. 275-284.

Le condotte mobbizzanti possono essere realizzate dagli stessi dipendenti a danno di un loro collega, che viene, ad esempio, emarginato (*mobbing* orizzontale); dal datore di lavoro, che compie intenzionalmente atti finalizzati non solo all'isolamento della vittima, ma anche, spesso, a spingerlo ad accettare condizioni per lui sfavorevoli, o addirittura alle dimissioni (*mobbing* verticale); caso più raro, ma possibile, è quello in cui i comportamenti vessatori sono posti in essere dal lavoratore, screditando o mettendo discussione il potere o l'autorità del proprio datore di lavoro (*mobbing* verticale verso l'alto).

Sul versante della giurisprudenza²²⁶, è stata elaborata una nozione di *mobbing* che si basa sulla sussistenza, cumulativa e non alternativa, di una serie di condizioni, in assenza delle quali non può dirsi integrata la fattispecie:

- i comportamenti di carattere persecutorio o illecito (o anche lecito, se considerati singolarmente) devono essere molteplici;
- i comportamenti di cui sopra devono essere intenzionalmente sistematici e prolungati;
- la condotta deve avere un intento vessatorio e/o persecutorio;
- deve essersi verificata una lesione della salute psicologica o fisica, o della personalità morale del prestatore;
- deve sussistere un nesso causalità tra la condotta vessatoria e il danno arrecato al lavoratore;
- deve esserci prova dell'elemento soggettivo, consistente nella volontà di emarginare o nuocere alla vittima.

La sussistenza di questi elementi è obbligatoria affinché si possa parlare di *mobbing*, ed è proprio per questo che la fattispecie in esame non può essere confusa con il demansionamento, perché questo può sicuramente rappresentare una delle condotte poste in essere dal datore di lavoro a scopo vessatorio, ma il *mobbing* è una

²²⁶ Cass. 25 Settembre 2014, n. 20230, in *Guida al lav.*, 2014, n. 42, 40; Cass. 14 Maggio 2014, n. 10424, in *Guida al lav.*, 2014, 24, 27; Cass. 11 Giugno 2013, n. 14643, *ivi*, 2013, 29, 19; Cass. 7 Agosto 2013, n. 18836, in *Mass. giur. lav.*, 2014, n. 5, 330, n. 56; Cass. 10 Gennaio 2012, n. 87, in *Guida al lav.*, 2012, n. 7, 40; Cass. 31 Maggio 2011, n. 12048, in *Foro it.*, 2011, I, 2023; Cass. 26 Marzo 2010, n. 7382, *ivi*, 2010, I, 2056; Cass. 9 Settembre 2008, n. 22858, *ivi*, 2009, n. 4, 264; Cass. 9 Settembre 2008, n. 22893, *ivi*, 2009, n. 4, 264; Cass. 17 Febbraio 2009, n. 3785, *ivi*, 2009, n. 8/9, 683.

vicenda molto più estesa, che non si esaurisce in una dequalificazione, la quale, per integrare la fattispecie, dovrebbe essere inserita nel quadro più ampio di elementi costitutivi appena elencati.

Nonostante ciò, è necessario mantenere ben distinti i due istituti, soprattutto per le conseguenze che derivano sul piano processuale; infatti, nonostante il lavoratore possa comunque far valere in giudizio entrambe le domande, non è possibile che una fattispecie sia considerata come contenente l'altra, (agendo per *mobbing*, per poi ricavarne implicitamente una pronuncia sul demansionamento), anche se i fatti relativi al demansionamento sono stati allegati tempestivamente, perché, trattandosi di due domande, e *causae petendi*, differenti, si incorre nelle decadenze di cui all'art. 414, nn. 3 e 4 c.p.c. In questo caso, la fedeltà al principio della domanda implica che la nuova domanda, non tempestivamente dedotta nel ricorso ex art. 414 c.p.c., sia inammissibile, anche in appello, quando introduca elementi modificativi del diritto originariamente dedotto in giudizio, ma anche quando i fatti siano stati enunciati nel ricorso per la descrizione di altre circostanze, e solo successivamente posti alla base di una nuova pretesa²²⁷, o quando si renda necessaria la modifica del *thema decidendum*²²⁸.

Altra fattispecie che non può essere confusa con il demansionamento è quella dello “*stalking*”, che, a differenza del *mobbing*, non solo è stata riconosciuta a livello legislativo, ma costituisce un reato disciplinato dal codice penale, all'art. 612-*bis*, sotto la rubrica “Atti persecutori”. La condotta posta in essere in questo caso è ben differente rispetto al semplice demansionamento, perché si tratta di minacce e molestie, ripetute nel tempo, come per il *mobbing*, che provochino nella vittima uno stato di paura e ansia, caratterizzato come grave e perdurante, o un timore per la propria sicurezza o quella di una persona cara, o ancora che obblighino ad un cambiamento delle proprie abitudini di vita, sempre che tali azioni non costituiscano reato più grave. Anche in questo caso, gli elementi sopra descritti sono necessari per

²²⁷ Cass. 8 Aprile 2010, n. 8342, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 855, n. 30.

²²⁸ Cass. 12 Novembre 2003, n. 17058, in *Mass. giur. lav.*, 2004, n. 1-2. 124, n.14; Cass. 8 Ottobre 2007, n. 21017, *ivi*, 2008, 109, n. 1; Cass. 20 Novembre 1993, n. 11469, in *Dir. prat. lav.*, 1994, n. 7, 449.

integrare la fattispecie di reato, e, se pure alcuni presentano delle analogie rispetto al demansionamento, certamente si tratta di due istituti tra di loro molto differenti: l'alterazione delle abitudini di vita ed il continuo stato di ansia, infatti, nell'ipotesi di demansionamento non rappresentano elementi costitutivi, ma sono conseguenze dell'illecito commesso dal datore di lavoro, che possono o non possono verificarsi. Inoltre, ciò che risulta dissonante è anche lo stesso oggetto della condotta lesiva: per lo *stalking* si tratta, come esplicitamente stabilito dalla norma, di minacce o molestie, mentre l'atto di degradazione delle mansioni compiuto dal datore di lavoro non può essere qualificato né come minaccia né come molestia.

In conclusione, in questo caso, come anche per il *mobbing*, la fattispecie è più ampia rispetto alla dequalificazione, trattandosi di comportamenti che possono veramente essere tenuti all'interno dell'azienda, o in generale nei luoghi di lavoro, ma sono ben altra cosa rispetto all'illecito realizzato dal datore di lavoro, il quale non commette un reato, ma pone in essere un atto negoziale di gestione del rapporto di lavoro, se pure illegittimo²²⁹.

2.3. La sottrazione di mansioni.

La sottrazione mansioni può rappresentare, come abbiamo visto, una delle fattispecie di demansionamento illegittimo, in seguito alla riforma, se effettuata in contrasto con le disposizioni di cui ai commi 2, 4 e 6 dell'art. 2103. La modifica della disciplina in tema di mansioni ha comportato anche uno sviluppo delle teorie attinenti alla sottrazione di mansioni, data l'eliminazione del requisito dell'equivalenza e la riscrittura della natura della professionalità da tutelare; in precedenza, infatti, la sottrazione dei compiti assegnati al dipendente, qualora non fosse solamente quantitativa, ma anche qualitativa, era considerata illegittima se tale da ledere il diritto alla professionalità del prestatore o la sua collocazione all'interno dell'azienda, con le medesime conseguenze dell'adibizione a mansioni non

²²⁹ PISANI, 2015, p. 243 ss.

equivalenti²³⁰, come anche era nocivo alla professionalità precedentemente acquisita lasciare il prestatore completamente inutilizzato.

Con la nuova disciplina, invece, la sottrazione di mansioni, anche in modo significativo, potrebbe talvolta essere qualificata come legittima, come nel caso in cui sia disposta in applicazione delle deroghe previste dallo stesso art. 2103²³¹, oppure, ipotesi più rara, se le mansioni che residuano rispettino i limiti della categoria legale e livello di inquadramento.

Per quanto riguarda la vicenda della sottrazione totale di mansioni al lavoratore, la dottrina e la giurisprudenza risultano divise, in un dibattito che ha ad oggetto la possibilità di ricavare, dal nuovo articolo 2103, o in generale dalle norme del nostro ordinamento, un vero e proprio diritto all'effettiva esecuzione della prestazione di cui gode il lavoratore, che, in quanto tale, ha già un'occupazione.

La dottrina ritiene che in realtà non sia ravvisabile, nella riforma, un intento del legislatore orientato in tal senso, e che sia difficile desumerlo anche da altre disposizioni esistenti; non è stato ritenuto fondato il ricorso a tal fine all'art. 2087 del cod. civ., che tutela la personalità morale del prestatore, perché non ogni sottrazione di mansioni integra gli estremi della violazione del suddetto articolo²³². Analogamente, è stato escluso²³³ che si possa ricavare il diritto del lavoratore demansionato ad eseguire la prestazione direttamente dalla legge, come nel caso invece dell'apprendistato e del patto di prova²³⁴, o del lavoro artistico, professionale o sportivo, per i quali è desumibile in via interpretativa, quando non disposto esplicitamente, dal contratto collettivo.

²³⁰ Cass. 11 Luglio 2005, n. 14496, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 1-2, 66, 8; Cass. 18 Maggio 2012, n. 7963, in *Mass. giur. lav.* 2013, 300; Cass. 24 Aprile 2007, n. 9865, in *Guida al lav.*, 2007, n. 34, 40; Cass. 4 Ottobre 1995, n. 10405, in *Foro it.*, 1995, I, 3133; Cass. 1 Giugno 2002, n. 7967, in *Mass. giur. lav.*, 2002, 664; Cass. 11 Gennaio 1995, n. 276, in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, 825.

²³¹ Art. 2103, co. 2, 4, 6.

²³² VALLEBONA, 1995, p. 118.

²³³ PISANI, 2015, 18, p. 243 ss.

²³⁴ GHEZZI, 1965, p. 240.

Neppure la precedente disciplina del mutamento di mansioni attribuiva un generale diritto del lavoratore alla prestazione, in considerazione delle stesse argomentazioni proposte per il rigetto della tesi fondata sulla violazione dell'art. 2087, perché, anche in questo caso, non ogni sottrazione di compiti comportava una lesione della professionalità del lavoratore. La dottrina prevalente si trova concorde²³⁵ nel ritenere che non esista un generale diritto alla prestazione del lavoratore, sia in considerazione della legittimità della condotta di quel datore di lavoro che esoneri il dipendente dallo svolgimento della prestazione, garantendogli comunque la retribuzione e la sua completa libertà²³⁶, sia alla luce di un'interpretazione costituzionalmente orientata, secondo la quale l'effettivo impiego del dipendente non rappresenta, per il legislatore, una modalità di soddisfazione del diritto costituzionale alla realizzazione della persona attraverso l'attività lavorativa²³⁷.

Contrariamente alle conclusioni della dottrina, la giurisprudenza vuole desumere l'esistenza del diritto all'esecuzione della prestazione proprio da un'interpretazione degli articoli 2, 4 e 35 della Costituzione²³⁸, secondo la quale l'esecuzione della prestazione non costituisce solo un obbligo del lavoratore, derivante dal contratto di lavoro, ma anche un diritto, che nasce proprio dalla considerazione del lavoro come non solo un mezzo di sostentamento, ma anche di

²³⁵ In senso difforme: MAZZIOTTI, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982, p. 242; NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007, n. 4, 593; PERA, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 388; SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1994, p. 217 ss.

²³⁶ DELL'OLIO, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 1987, 433; FERLUGA, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni*, Milano, 2012, p. 115; GHERA, 1979, p. 330 ss; GHEZZI, 1965, p. 738; VALLEBONA, 1995, p. 118.

²³⁷ VALLEBONA, *stituzioni di diritto del lavoro. II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2012, 184.

²³⁸ Cass. 18 Maggio 2012, n. 7963, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 300; Cass. 21 Maggio 2009, n. 11835, in *Mass. giur. lav.* 2010, 222; Cass. 17 Settembre 2008, n. 23744, in *Arg. dir. lav.*, 2009, I, 131; Cass. 6 Marzo 2006, n. 4766, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 1-3, 33; Cass. 5 Ottobre 2004, n. 19899, in *Guida al lav.*, 2004, n. 46, 54; Cass. 1 Giugno 2002, n. 7967, in *Riv. giur. lav. news*, 2002, 5, 39; Cass. 3 Giugno 1995, n. 6265, in *Foro it.*, 1996, I, 1000; Cass. 13 Agosto 1991, n. 8835, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 954.

espressione della personalità dell'individuo²³⁹, e dall'idea, che abbiamo visto essere stata rigettata dalla dottrina, che l'impiego effettivo del prestatore sia un mezzo per estrinsecare la personalità nel luogo di lavoro²⁴⁰.

2.4. La prova dell'illegittimità del mutamento di mansioni.

Una volta che sia stata disposta l'adibizione a mansioni inferiori illegittimamente, perché in contrasto con le limitazioni dell'art. 2103, al lavoratore non resta che esercitare uno dei mezzi di tutela previsti per la salvaguardia dei propri interessi, attraverso meccanismi di autotutela o nelle forme della tutela giurisdizionale; in quest'ultimo caso, risulta necessario stabilire su quale delle parti gravi l'onere di provare in giudizio la violazione degli obblighi contrattuali. A tal fine, bisogna ricorrere alle tre tesi, esposte in precedenza²⁴¹, riguardo la qualificazione giuridica della condotta del datore di lavoro, se sia questa, quindi, configurabile come un atto nullo o come inadempimento, o ancora se sia possibile una conciliazione dei due istituti.

Le conseguenze che derivano dall'accoglimento dell'una, piuttosto che dell'altra, teoria sono diverse, sul piano degli oneri probatori:

1. Come abbiamo visto, se si preferisce considerare la norma come impositiva di un limite all'esercizio del potere datoriale, l'adibizione a mansioni inferiori che oltrepassi questi vincoli è considerata come improduttiva di effetti sul piano giuridico, perché l'imprenditore agisce in forza di un potere non riconosciuto dall'ordinamento. La prestazione richiesta, quindi, è in realtà una prestazione non dovuta dal lavoratore, non rilevando, di conseguenza, l'inadempimento di obblighi di non fare da parte dell'imprenditore; le disposizioni di legge che regolano lo *jus variandi* rappresentano gli elementi

²³⁹ Corte Cost. 2 Giugno 1983, n. 163, in *Foto it.*, 1983, I, 2071; Cass. 5 Ottobre 2004, n. 19899, in *Guida al lav.*, 2004, 46, 54; Cass. 12 Aprile 2012, n. 7963, in *Mass. giur. lav.*, 2013, 154.

²⁴⁰ Cass. 5 Ottobre 2004, n. 19899, in *Guida al lav.*, 2004, 46, 54.

²⁴¹ Cap. III, Par. 2.

costitutivi della fattispecie di legittimo mutamento di mansioni, così che l'onere di provare la sussistenza di tali elementi non può che gravare sul datore di lavoro.

2. Se invece si ritiene che la violazione delle disposizioni normative costituisca un inadempimento contrattuale, bisogna distinguere ancora tra quelle tesi che rinvergono nelle limitazioni allo *jus variandi* un obbligo di non fare, gravante sul datore, avente ad oggetto l'obbligo di non adibire il prestatore a mansioni non previste dalla legge, e quelle teorie che invece ritengono sussistente un obbligo di assegnare il lavoratore a mansioni consentite dai commi 1, 2 e 4 dell'art. 2103, e quindi un obbligo di fare. Quest'ultima ipotesi abbiamo visto essere sostenuta dalla giurisprudenza²⁴², la quale ritiene esistente un generale diritto del lavoratore ad eseguire la prestazione, con la conseguenza che sarà il datore di lavoro a dover dimostrare di aver effettivamente adempiuto all'obbligazione.

Riguardo invece alla teoria dell'inadempimento contrattuale, c'è stata una svolta nella giurisprudenza in tema di inadempimento a partire dal 2001; nel periodo precedente, la giurisprudenza prevalente riteneva di dover distinguere l'onere probatorio del creditore a seconda del tipo di azione che egli andava a dedurre in giudizio: se agiva per ottenere l'adempimento della prestazione doveva solo provare l'esistenza dell'obbligazione, gravando sul debitore l'onere di provare l'adempimento dell'obbligo²⁴³; se invece il creditore agiva in giudizio per ottenere il risarcimento del danno subito, egli doveva non solo provare l'esistenza dell'obbligazione, ma anche l'inadempimento del debitore, in quanto

²⁴² Cass. 21 Maggio 2009, n. 11835, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 222; Cass. 17 Settembre 2008, n. 23744, in *Rep. Foro it.*, 2008, voce *Lavoro (rapporto)*, 1101; Cass. 6 Marzo 2006, n. 4766, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 33; Cass. 5 Ottobre 2004, n. 19899, in *Rep. Foro it.*, 1991, voce *Lavoro (rapporto)*, 781-782; Cass. 2 Gennaio 2002, n. 10, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, 58; Cass. 4 Ottobre 1995, n. 10405, *ivi*, 1996, II, 578.

²⁴³ Cass. 22 Gennaio 1994, n. 599, in *Dir. prat. lav.*, 1994, 1028; Cass. 27 Maggio 1983, n. 3675, in *Foro it.*, 1983, I, 1542; Cass. 23 Gennaio 1998, n. 560; Cass. 19 Giugno 1982, n. 3773, in *Foro it.*, 1983, I, 113.

rappresenta il fatto costitutivo della pretesa creditoria²⁴⁴. Nel 2001, però le Sezioni Unite²⁴⁵ hanno unificato il regime probatorio per le azioni di risarcimento, risoluzione ed adempimento, addossando al creditore solo l'onere di provare l'esistenza del titolo alla base del diritto dedotto il giudizio, mentre il debitore dovrà dare prova dell'avvenuto adempimento dell'esatta obbligazione. L'unica eccezione che la corte ha introdotto al regime unitario è il caso delle obbligazioni di non fare, tra le quali si colloca l'obbligo del datore di non assegnare il lavoratore a mansioni in contrasto con l'art. 2103, nelle quali il diritto del creditore viene solo successivamente violato, nascendo già soddisfatto. Per questo tipo di obbligazioni, quindi, è sempre il creditore a dover dimostrare che il debitore non ha adempiuto all'obbligazione, dovendo allegare, e poi provare, la violazione, sia che agisca per chiedere di essere assegnato alle mansioni che gli spettano, secondo le norme di legge, sia che voglia solo ottenere il risarcimento del danno²⁴⁶. In concreto, il prestatore dovrà dimostrare la non sussistenza delle ipotesi di deroga previste dai commi 2 e 4 dell'art. 2103, oppure la violazione del limite dell'inquadramento, provando che le nuove mansioni non appartengono al medesimo livello e categoria di inquadramento delle precedenti.

3. Infine, rimane la la teoria secondo cui è possibile che l'atto del datore, da una parte considerato improduttivo di effetti giuridici, sia anche inadempimento di un obbligo di non fare, per consentire comunque al lavoratore di di poter

²⁴⁴ Cass. 11 Giugno 1992, n. 7210, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 10 Agosto 1987, n. 6864, in *Foro it.*, 1987, I, 2987; Cass. 17 Agosto 1990, n. 8336, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 17 Novembre 1980, n. 11115, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 30 Dicembre 1992, n. 13757, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 29 Gennaio 1993, n. 1119, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 25 Novembre 1994, n. 10014, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 4 Maggio 1994, n. 4285, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 19 Luglio 1995, n. 7863, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 24 Settembre 1996, n. 7863, in *Mass. giur. lav.*; Cass. 9 Gennaio 1997, n. 124, in *Mass. giur. lav.*.

²⁴⁵ Cass., Sez. Un., 30 Ottobre 2001, n. 13533, in *Foro it.*, 2002, I, 769.

²⁴⁶ PISANI, 2003, p. 48. Cass. 14 Novembre 2001, n. 14199, in *Guida al lav.*, 2002, n. 3, 19; Cass. 19 Maggio 2001, n. 6056, in *Riv. giur. lav. news*, 2001, 3, 8; Cass. 5 Novembre 1999, n. 1339, in *Guida al lav.*, 2000, n. 11, 22; Cass. 13 Febbraio 1998, n. 1530, in *Riv. giur. lav.*, 1996, II, 578; Cass. 3 Giugno 1995, n. 6265, in *foro it.*, 1996, I, 1000; Cass. 13 Agosto 1991, n. 8835, in *Dir. e giustizia*, 2004, fasc. 43 e, 38; Cass. 1 Giugno 2002, n. 7967, in *Riv. giur. lav. news*, 2002, 5, 39; Cass. 4 Ottobre 2005, n. 10405, in *Foro it.*, 1995, I, 3133.

ricorrere alla tutela risarcitoria. In questo caso, se il lavoratore agisce per ottenere una sentenza di condanna all'adempimento, o al risarcimento del danno, è lui stesso a dover provare l'inadempimento dell'obbligo, perché fatto costitutivo del diritto dedotto in giudizio; al contrario, se il lavoratore chiede al giudice di accertare la legittimità del suo rifiuto di espletamento delle mansioni non dovute, il datore ha l'onere di provare che il mutamento di mansioni, fatto costitutivo dell'esercizio dello *jus variandi*, da lui disposto era in realtà legittimo.

III. L'autotutela

3. Il rifiuto del lavoratore allo svolgimento di mansioni non dovute.

3. Il rifiuto del lavoratore allo svolgimento di mansioni non dovute.

Come soluzione alternativa al ricorso alle strade offerte dalla tutela giurisdizionale, il lavoratore che si veda adibito a mansioni ad egli non spettanti, per contrasto con l'art. 2103, non è obbligato ad espletarle, avendo il diritto di rifiutare l'esecuzione dei compiti assegnati illegittimamente, senza conseguenze per lui pregiudizievoli; si tratta del ricorso alle forme, già esaminate, di autotutela individuale, ma occorre in questo caso stabilire se il comportamento del lavoratore integri la fattispecie del rifiuto di prestazione non dovuta, o piuttosto di eccezione di inadempimento. A tal proposito, la dottrina e la giurisprudenza risultano divise: la dottrina maggioritaria²⁴⁷ ritiene che il rifiuto di seguire la prestazione non si configuri come un inadempimento, e per questo motivo non passibile di ripercussioni disciplinari, ma anzi vada a determinare una situazione di *mora accipiendi* del datore di lavoro²⁴⁸, che comporta il diritto alla conservazione della retribuzione per il lavoratore²⁴⁹ (anche se, secondo alcuni, la retribuzione sarebbe dovuta solo a titolo di risarcimento²⁵⁰). Sulla base dell'accoglimento della già citata teoria secondo cui l'atto compiuto dal datore di lavoro è inidoneo alla produzione di effetti giuridici, la condotta del lavoratore che rifiuti la prestazione non può integrare gli estremi dell'eccezione di inadempimento²⁵¹, poiché il rifiuto non ha ad oggetto la prestazione alla quale egli è contrattualmente obbligato, bensì una prestazione che non è dovuta, in quanto richiesta in forza dell'esercizio di un potere non riconosciuto

²⁴⁷ DELL'OLIO, 1988, IV, 3; GHERA, 1979, p. 336, 354 ss.; VALLEBONA, 1979, p. 109.

²⁴⁸ BALLETTI, 1990, 42; GIUGNI, 1963, p. 638 ss; GHEZZI, 1965, 171; SPEZIALE, 1992, p. 139 ss.

²⁴⁹ GHERA, LISO, 1976, p. 977 ss; MANCINI, 1963, p. 234.

²⁵⁰ GIUGNI, 1963, p. 371; MENGONI, 1954, p. 581.

²⁵¹ PISANI, 1996, p. 228; VALLEBONA, 1995, p. 130; ZOPPOLI, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991, 226.

dall'ordinamento; non è necessaria, in questo caso, alcuna prova dell'inadempimento del datore di lavoro, proprio perché ci si basa sull'idea che si tratti di un atto improduttivo di effetti, tanto che la conclusione rimane la stessa anche ammettendo la compatibilità con la richiesta di risarcimento, sulla base della doppia natura della condotta datoriale, perché la legittimità del rifiuto del prestatore non risiede nell'inadempimento della controparte.

Al contrario, esiste in giurisprudenza un orientamento restrittivo, che considera la fattispecie come un'eccezione di inadempimento²⁵², affermando la necessità di una valutazione circa la gravità della condotta datoriale e la proporzionalità della reazione del lavoratore, nel senso che il prestatore potrebbe rifiutarsi di svolgere le mansioni non spettanti solo se tale comportamento risulti commisurato al demansionamento²⁵³; in caso contrario, il rifiuto della prestazione è stato considerato come contrario al principio di buona fede e correttezza, e pertanto ingiustificato ex art. 1460 cod. civ.²⁵⁴. Alcune sentenze²⁵⁵ hanno inoltre affermato l'illegittimità del comportamento del prestatore nelle ipotesi in cui l'inadempimento del datore di lavoro non vada ad incidere sulle esigenze di vita del lavoratore, essendo stato questi demansionato, ma ricevendo comunque la corresponsione della retribuzione, sulla base dell'idea secondo cui la parte può rendersi inadempiente solo se lo sia completamente anche la controparte. Come conseguenza della tesi dell'eccezione di

²⁵² Cass. 19 Luglio 2013, n. 17713, in *Guida al lav.*, 2013, n. 37, 26; Cass. 24 Gennaio 2013, n. 1693, *ivi*, 2013, n. 12, 27; Cass. 9 Maggio 2007, n. 10547, in *Guida al lav.*, 2007, 51; Cass. 25 Luglio 2006, n. 16907, in *Mass. giur. lav.*, 2007, 277; Cass. 23 Dicembre 2003, n. 16989, in *Foro it.*, 2004, 1111; Cass. 20 Dicembre 2002, n. 18209, in *Rep. Foro it.*, 2002, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 3890; Cass. 28 Luglio 2000, n. 9957, *ivi*, 2000, voce *cit.*; Cass. 26 Giugno 1999, n. 6663, *ivi*, 1999, voce *cit.*; Cass. 16 Gennaio 1996, n. 397, in *Dir. lav.*, 1996, II, 536; Cass. 12 Ottobre 1996, n. 8939, in *Lavoro nella giur.*, 1997, 422; Cass. 23 Novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, 796; Cass. 29 Gennaio 1990, n. 577, in *Mass. giur. lav.*, 1990, 174; Cass. 5 Dicembre 1988, n. 6609, in *Rep. Foro it.*, 1988, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 841; Cass. 5 Aprile 1984, n. 2231, in *riv. it. dir. lav.*, 1984, II, 786.

²⁵³ Cass. 19 Luglio 2013, n. 17173, in *Guida al lav.*, 2013, n. 37, 26; Cass. 24 Gennaio 2013, n. 1693, *ivi*, 2013, n. 12, 27.

²⁵⁴ Cass. 24 Gennaio 2013, n. 1693, in *Guida al lav.*, 2013, n. 12, 27.

²⁵⁵ Cass. 20 Luglio 2012, n. 12696, in *Mass. giur. lav.*, 2013, n. 1/2, n. 1, 47; Cass. 9 Maggio 2007, n. 10547, in *Guida al lav.*, 2007, 51; Cass. 23 Dicembre 2003, n. 19689, in *Foro it.*, 2004, 1111; Cass. 1 Marzo 2001, n. 2948, in *Foro it.*, 2001, I, 1869.

inadempimento, per poter rifiutare di espletare le mansioni assegnate, il lavoratore dovrebbe attendere l'accertamento giudiziale dell'illegittimità della pretesa del datore, che potrebbe anche essere richiesto in via di urgenza²⁵⁶. Tuttavia, ciò che lascia dubbiosi è che questa conclusione implica la non ricorribilità al meccanismo dell'autotutela ogni qualvolta non sia possibile richiedere la misura cautelare perché non sussistono i presupposti: la tutela cautelare dovrebbe essere non una condizione per l'esercizio dell'autotutela, ma un valore aggiunto, nelle situazioni in cui si renda necessaria la sospensione degli effetti dell'atto illecito, che possono causare pregiudizio agli interessi del prestatore²⁵⁷. La richiesta di un provvedimento cautelare giova al lavoratore anche dal punto di vista della configurabilità o meno di una sua colpa, perché se anche, all'esito del giudizio, la condotta datoriale dovesse risultare legittima, il lavoratore non potrebbe lecitamente essere licenziato per inadempimento, perché la sua azione si conformava ad un ordine cautelare, sempre che, una volta intervenuta la sentenza, egli abbia messo a disposizione dell'imprenditore l'esercizio della prestazione richiesta.

²⁵⁶ Cass. 20 Luglio 2012, n. 12696, in Mass. giur. lav., 2013, n. 1/2, n. 1, 47.

²⁵⁷ PISANI, 2015, p. 290.

IV. I rimedi giurisdizionali

4. *L'accertamento della nullità e la condanna all'adempimento. 4.1. La tutela cautelare.*

4. L'accertamento della nullità e la condanna all'adempimento.

Accanto alla possibilità di esercizio dei mezzi di autotutela conservativa, il lavoratore al quale vengano illegittimamente modificate le mansioni può agire in giudizio per chiedere la dichiarazione di nullità dell'atto illecito posto in essere dal datore di lavoro, nonché una pronuncia di condanna all'adempimento dell'obbligazione.

Nel rapporto di lavoro svolge un ruolo di fondamentale importanza la tutela dichiarativa, che, se combinata con l'esperimento delle altre forme di tutela giurisdizionale, rappresenta il metodo di più efficace soddisfazione delle pretese creditorie; generalmente, all'azione di accertamento segue un'azione di condanna al pagamento delle retribuzioni dovute, oppure al risarcimento del danno subito dal prestatore, nel caso della violazione delle disposizioni in materia di modifica delle mansioni. La tutela dichiarativa risulta essere particolarmente efficace, infatti, soprattutto nelle ipotesi di inosservanza di norme di legge che impongono limiti negativi all'esercizio del potere di porre in essere determinati atti giuridici, come proprio l'art. 2103, che vincola il potere di *jus variandi* del datore di lavoro, perché la pronuncia giudiziale accerta la nullità dell'atto compiuto in contrasto con le disposizioni di legge, il quale risulta essere, dall'origine, improduttivo di effetti giuridici, e quindi di conseguenze sul piano del rapporto di lavoro.

L'azione di accertamento, quando sia combinata con lo strumento di autotutela consistente nel rifiuto della prestazione richiesta, consente il pieno appagamento dell'interesse del lavoratore, che conserva il diritto alla retribuzione di *mora*, avendo comunque offerto al datore la prestazione effettivamente dovuta, senza necessità di ripristinare la situazione pregressa mediante l'esperimento di una tutela inibitoria o ripristinatoria, che comunque sarebbe in contrasto con la possibilità di nuovi e diversi

atti di esercizio del potere²⁵⁸. Ciò che rende la tutela dichiarativa la più idonea al raggiungimento dello scopo del lavoratore illegittimamente demansionato è la stessa struttura del rapporto lavorativo, che vede come interesse primario del prestatore, oltre alla sottrazione alla condotta pregiudizievole del datore, anche il mantenimento della retribuzione, non essendo necessario, a tal fine, l'adempimento della contro prestazione.

Nonostante ciò, il lavoratore ha comunque diritto di chiedere al giudice una pronuncia di condanna del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione; in virtù del sopra richiamato contrasto della tutela inibitoria-ripristinatoria con nuovi atti di disposizione, il contenuto della condanna non può consistere in una reintegrazione della situazione pregressa al compimento dell'atto illecito, ma solo nell'adibizione a mansioni precedenti, o a mansioni inquadrare nello stesso livello di quelle assegnate in origine²⁵⁹. Questa tesi risulta essere la più accreditata in dottrina, e la più seguita in giurisprudenza, anche se ci sono stati degli orientamenti giurisprudenziali che avevano affermato l'ammissibilità della reintegrazione, con la precisazione che l'ordine del giudice poteva essere adempiuto anche mediante l'assegnazione a mansioni diverse, ma equivalenti²⁶⁰ (essendo ancora in vigore la formulazione precedente alla riforma); inoltre, è stata sostenuta anche la legittimità di una pronuncia di adempimento in forma specifica, che dia quindi piena soddisfazione al ricorrente, e condanni il datore alla rimozione degli effetti del provvedimento posto in essere in violazione della norma²⁶¹.

²⁵⁸ GHERA, 1991, 655; VALLEBONA, 1995. Cass. 7 Dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, II, 947.

²⁵⁹ Cass. 12 Gennaio 2006, n. 425, *Guida al lav.*, 2006, n. 9, 42; Cass. 12 Maggio 2004, n. 9031, in *Foro it.*, 2004, 2045; Cass. 12 Ottobre 1999, n. 11479, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 1372, 149; Cass. 14 Luglio 1997, n. 6381, *ivi*, 1997, 580; Cass. 7 Dicembre 1991, n. 13187, in *Riv. it. dir. lav.*, 1992, 947; Cass. 20 settembre 1990, n. 9584, in *Not. giur. lav.*, 1990, 894; Cass. 23 Gennaio 1998, n. 539, *ivi*, 1988, 313; Cass. 19 Giugno 1981, n. 4041, *ivi*, 1985, 5.

²⁶⁰ ROMAGNOLI, *Sub art. 13 st. lav.*, in *Comm. Scialoja-Branca st. lav.*, V, sub artt. 1-13, Bologna, 1979, p. 259. Cass. 27 Aprile 1999, n. 4221, in *Mass. giur. lav.*, 1999, 606; Cass. 12 Gennaio 2006, n. 425, in *Guida al lav.*, 2006, 42; Cass. 20 Gennaio 1987, n. 491, in *Rep. Foro it.*, 1987, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 875.

²⁶¹ Cass. 19 Dicembre 2008, n. 2983, in *Guida al lav.*, 2009, n. 5, 27; Cass. 11 Luglio 2014, n. 16012, in *Mass. giur. lav.*, 2015, 162.

La pronuncia di condanna all'adempimento ha ad oggetto, in ogni caso, una prestazione di fare infungibile, ed in quanto tale incoercibile, ma, nonostante sia stato sostenuto in dottrina che il carattere di incoercibilità di questo tipo di obbligazioni vada ad escludere a priori l'ammissibilità di una condanna²⁶², questa continua ad essere considerata²⁶³ non solo come ammissibile, ma anche utile per i fini creditorî, sia perché può costituire un incentivo per il datore ad eseguire volontariamente la prestazione, sia perché dalla pronuncia di condanna derivano una serie di ulteriori conseguenze²⁶⁴ la cui esclusione sarebbe pregiudizievole per il lavoratore, come ad esempio la configurabilità del danno risarcibile.

Per espressa previsione legislativa, l'art. 614-bis c.p.c. esclude dal suo campo di applicazione le controversie aventi ad oggetto i rapporti di lavoro, con la conseguenza che non sono applicabili alla pronuncia di condanna del datore di lavoro le misure di coercizione indiretta, altrimenti previste dalla norma per le altre sentenze di condanna ad obbligazioni diverse dal pagamento di somme di denaro.

4.1. La tutela cautelare.

Se l'illegittimo atto di assegnazione a mansioni inferiori va a ledere una sfera di beni del lavoratore particolarmente rilevanti per la sua persona, quali la professionalità, la dignità, l'integrità psico fisica e l'immagine, egli può ricorrere alle forme di tutela cautelare, che abbiamo visto essere vantaggiose per il prestatore a difesa di un suo eventuale rifiuto di adempiere all'obbligazione. Una dottrina minoritaria²⁶⁵ ritiene, al contrario, che sia proprio il diritto del lavoratore di esercitare l'autotutela a comportare l'esclusione della ricorribilità all'azione cautelare, perché il

²⁶² ATTARDI, *L'interesse ad agire*, Padova, 1955, p. 100-109; CALAMANDREI, *La condanna*, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1972, V, 493; MONTELEONE, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989, p. 177 ss.; MONTESANO, *Sulla riparazione del danno aquiliano a bene non patrimoniale*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 762 ss.

²⁶³ PISANI, 2015, 21, p. 275 ss.

²⁶⁴ Cass. 26 Novembre 2008, n. 28274, in *Mass. giur. lav.*, 2009, n. 7, 556.

²⁶⁵ CAVALLARO, 2001, p. 77.

rifiuto di eseguire la prestazione richiesta andrebbe in ogni caso a scongiurare la nascita di un *periculum in mora*, la cui sussistenza è indispensabile per l'esperimento della tutela cautelare. Questa tesi, però, non sembra essere condivisibile²⁶⁶, per una serie di ragioni: in primo luogo, non tiene conto di quelle situazioni nelle quali il pericolo per i beni del lavoratore è rappresentato proprio dalla mancata esecuzione della prestazione, non essendo in alcun modo utile, in questo caso, il ricorso all'autotutela; inoltre, lo strumento cautelare, proprio se combinato con i mezzi di autotutela conservativa, è l'unico concretamente efficace ad escludere la configurabilità di una colpa del lavoratore, perché va a legittimare l'azione del rifiuto della prestazione anche nel caso in cui, in giudizio, venga accertata la legittimità della pretesa creditoria, caso nel quale, in assenza di un provvedimento di concessione di una misura cautelare, il lavoratore sarebbe colpevole di inadempimento, con una serie di conseguenze penalizzanti, tra cui il licenziamento.

Le perplessità riguardo l'applicabilità di questo istituto alla materia lavoristica hanno ad oggetto non tanto la sua legittimità, quanto l'effettiva utilità a conseguire lo scopo prefissato, cioè l'impedimento, o la cessazione, della lesione del bene del creditore, dovendo fare i conti con l'incoercibilità degli obblighi di fare e non fare infungibili. Analogamente a quanto si è detto per la pronuncia di condanna all'adempimento della prestazione, il contenuto del provvedimento d'urgenza non può avere come oggetto il ripristino della situazione pregressa, perché ciò comporterebbe una inevitabile partecipazione attiva del datore di lavoro; condannare il debitore all'adempimento di un'obbligazione di fare infungibile darebbe vita ad un ordine non eseguibile, a causa dell'assenza di tecniche di esecuzione diretta, ma anche dell'inapplicabilità, come abbiamo visto, delle misure coercitive indirette. Di conseguenza, il procedimento d'urgenza con il quale si vuole procedere all'assegnazione di determinate mansioni sarebbe del tutto inammissibile²⁶⁷, anche

²⁶⁶ PISANI, 2015, 21, p. 275 ss.

²⁶⁷ Cass. 11 Giugno 1990, n. 46, in *Giust. civ.*, 1990, 947; Cass. 4 Settembre 1990, n. 9125, in *Not. giur. lav.*, 1990, 689; T. Vicenza, 23 Agosto 1999, *Lavoro nelle PA*, 2000, 630; T. Gorizia, 2 Agosto 2000 e T. Benevento, 22 Marzo 2001, *ivi*, 2001, 382 ss.; T. Roma, 12 Settembre 2002, in *Foro it.*, 2002, I, 3207.

perché in questi casi il lavoratore troverebbe una maggiore soddisfazione dal ricorso ai mezzi ordinari, più che da un provvedimento concretamente inattuabile.

Affinché il lavoratore possa ricorrere alla tutela cautelare, l'illegittimo atto del datore di lavoro di assegnazione delle mansioni deve essere idoneo a generare, ai danni del creditore, un pericolo, imminente ed irreparabile, che deve essere provato in concreto in relazione alla situazione specifica, non essendo sufficiente la prova della semplice potenzialità dell'atto a ledere i beni del lavoratore²⁶⁸.

La modifica delle mansioni può pregiudicare una serie di interessi del prestatore, che coinvolgono la sfera lavorativa, ma anche quella personale:

- la professionalità, la cui irreparabile lesione, però, non è causata da ogni tipo di sottrazione o riduzione delle mansioni nel tempo necessario all'esperimento della tutela ordinaria, anche perché vi sono casi in cui è la legge stessa che dispone, in seguito a periodi anche molto lunghi di sospensione del rapporto lavorativo, l'immediato rientro a lavoro, senza alcun obbligo formativo (es. malattia, infortunio, maternità ecc.). Il pericolo per la professionalità che legittima l'azione cautelare sussiste nel momento in cui l'oggetto dell'atto pregiudizievole coincide con delle mansioni altamente specializzate, le quali necessitano di un aggiornamento continuo che, se non adempiuto, genera un'irrecuperabile perdita di professionalità.
- l'immagine e la dignità, per le quali valgono le considerazioni precedenti circa la non idoneità di ogni forma di demansionamento ad arrecarvi danni; in questi casi, ciò che effettivamente nuoce ai beni del lavoratore è una dequalificazione consistente, che sia considerata, nel suo specifico ambiente professionale e sociale, come un'umiliazione ed una mortificazione.
- l'integrità psicofisica; affinché sia ritenuto sussistente il pericolo imminente ed irreparabile è necessario dare prova delle condizioni di salute del prestatore, e del nesso di causalità tra il danno subito e la sottrazione di mansioni posta in essere dal datore di lavoro.

²⁶⁸ ARIETA, *Procedimenti monitori e cautelari e rito del lavoro*, in AA.VV., *Il processo del lavoro*, Milano, 1985, 151; SOMVILLA, *Il periculum per la persona del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2008, p. 682-713.

Qualora sia in concreto configurabile, in queste situazioni, il *periculum in mora*, l'interesse perseguito dal lavoratore può essere soddisfatto solo mediante provvedimenti di sospensione degli effetti dell'atto illegittimo, in via provvisoria, in attesa della definizione della questione in giudizio, non essendo possibile, né utile, il ripristino della situazione pregressa. In questo modo, quindi, il lavoratore viene tutelato sia dai pregiudizi causati dall'esecuzione delle mansioni non dovute, perché risulta escluso, in via cautelare, l'obbligo di adempiere alle illegittime richieste del datore, sia dalle conseguenze dell'inadempimento, non essendo configurabile alcuna colpa del lavoratore che agisce in conformità ad un provvedimento giudiziale.

V. Il risarcimento del danno

5. La tutela risarcitoria. 5.1. I danni da demansionamento. 5.2. l'onere probatorio del danno.

5. La tutela risarcitoria.

In tutte quelle situazioni in cui non è possibile il ricorso ad una tutela in forma specifica, al lavoratore rimane, come unico mezzo di riparazione del danno subito, l'esperimento della tutela risarcitoria, che, pur non essendo pienamente soddisfattiva degli interessi del creditore, che vengono anzi compressi in favore della corresponsione di un equivalente monetario, si configura come l'unico rimedio concreto per le lesioni che si verificano nell'ambito dei rapporti non resistenti.

La tutela risarcitoria, utilizzabile nei confronti di qualsiasi illecito, sia contrattuale che extracontrattuale, è, in ambito lavoristico, ampiamente diffusa, anche perché, come abbiamo visto, l'ordinamento non offre alcun mezzo di coercizione diretta o indiretta degli obblighi infungibili del datore di lavoro; è stato osservato in dottrina che la disciplina del rapporto di lavoro è carente di un collegamento saldo tra i limiti imposti al datore e le tecniche di tutela del prestatore, perché l'ordinamento sceglie di concedere una più ampia incidenza alle tecniche risarcitorie, rispetto a quelle soddisfattive²⁶⁹, ed è proprio l'ampio utilizzo di questo tipo di tutela a rappresentare il segnale dell'ineffettività delle norme a protezione del lavoratore²⁷⁰.

Generalmente, nell'ambito dei rapporti di lavoro, soprattutto in quelli non resistenti, il prestatore preferisce non rivolgersi al giudice in costanza di rapporto, ma solo al termine, per il timore di subire ripercussioni, prima tra tutte il licenziamento, ed è in questi casi che l'azione risarcitoria si propone come una valida alternativa alle altre forme di tutela, anche perché in molti casi, data la non tempestività del proponimento dell'azione, le uniche possibilità di soddisfazione del prestatore sono

²⁶⁹ GHERA, 1991, p. 654 ss.

²⁷⁰ MONTUSCHI, *Problemi di danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1994, I, 335-337.

costituite dal risarcimento del danno già subito, o dalla corresponsione delle retribuzioni spettanti; tuttavia, l'azione risarcitoria è efficacemente esperibile anche in combinazione con altre tutele, e risulta essere largamente utilizzata anche nei rapporti resistenti, nei quali il lavoratore agisce in costanza del rapporto.

Per quanto riguarda la natura della responsabilità del datore di lavoro, questa può essere contrattuale o extracontrattuale: si parla di responsabilità contrattuale ogni qualvolta la lesione ai beni del creditore derivi dall'inadempimento di un'obbligazione la cui fonte è il rapporto di lavoro, essendo in questo caso risarcibile il danno proprio in virtù dell'esistenza di un obbligo non attuato. Nella situazione specifica del datore di lavoro che assegna illegittimamente il dipendente a mansioni non spettanti, la sua responsabilità è sicuramente contrattuale, perché la sua condotta va a violare la disciplina del rapporto di lavoro²⁷¹, se si accoglie la teoria della compresenza dell'inadempimento di un obbligo di non fare e dell'atto improduttivo di effetti.

Accanto alla responsabilità del datore di lavoro, può ritenersi configurabile una responsabilità, extracontrattuale, del superiore gerarchico che abbia demansionato il lavoratore di sua iniziativa²⁷², anche se non si può mai prescindere dalla responsabilità contrattuale del datore di lavoro a fronte della violazione dell'obbligo di protezione del lavoratore dalle condotte illecite dei superiori²⁷³.

5.1. I danni da demansionamento.

Il danno causato dal demansionamento del lavoratore può essere patrimoniale o non patrimoniale:

1. Il danno a contenuto patrimoniale è un danno causato alla professionalità del lavoratore, nel momento in cui il demansionamento comporta una diminuzione della capacità professionale dovuta alla sopravvenuta obsolescenza

²⁷¹ Cass. Sez. Un., 24 Marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 478.

²⁷² Cass. 2 febbraio 2010, n. 2352, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, II, 628.

²⁷³ Cass. 18 Aprile 2000, n. 5049, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 773; Cass. 23 Maggio 2005, n. 6326.

delle proprie capacità tecniche, soprattutto con riguardo a quel tipo di mansioni che implicano un elevato grado di conoscenze specialistiche, oppure alla privazione della possibilità di acquisire nuove capacità correlate all'esercizio di mansioni inquadrare nel medesimo livello delle precedenti. Si parla di danno patrimoniale, inoltre, anche nel caso in cui il pregiudizio abbia ad oggetto la perdita di *chances*, cioè l'opportunità di acquisire nuovi guadagni²⁷⁴ o eventuali progressioni di carriera²⁷⁵, tanto che la giurisprudenza ha ammesso che al lavoratore venisse risarcita la mancata corresponsione della retribuzione che avrebbe percepito se, in presenza della valorizzazione della propria professionalità, avesse potuto acquisire una superiore qualifica²⁷⁶.

2. Il danno non patrimoniale si suddivide in una serie di ulteriori fattispecie, che, come vedremo, sono riconosciute solo a titolo definitorio, senza che possano costituire autonome categorie:

- il danno biologico, comprensivo di malattie nervose, insonnia, impotenza sessuale, alterazioni mentali, e danno estetico;
- il danno morale soggettivo, che consiste in una sofferenza interiore e psicologica, in un patema d'animo o disturbo psichico, ma che può anche essere configurato come lesione alla dignità e integrità dell'individuo, inviolabile secondo l'art. 2 della Costituzione; in questo secondo caso si tratta di una fattispecie autonoma rispetto alle altre configurazioni del danno non patrimoniale, perché il bene giuridico protetto è diverso anche dalla stessa ipotesi di patema d'animo o perturbamento psichico;
- il danno esistenziale, che consiste in una lesione della sfera non patrimoniale del prestatore, ma neanche prettamente emotiva ed interiore, in quanto deve essere concretamente accertabile; la condotta illegittima del datore, per generare un danno esistenziale, deve provocare un'alterazione delle abitudini di vita, in senso sicuramente negativo, del lavoratore, incidendo sulle relazioni sociali, sulla

²⁷⁴ Cass., Sez. Un., 24 Marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 478.

²⁷⁵ Cass. 8 Gennaio 2014, n. 172, in *Guida al lav.*, 2014, n. 9, 20.

²⁷⁶ Cass. 19 Aprile 2012, n. 6110, in *Guida al lav.*, 2012, n. 21, 30.

realizzazione della personalità e sulle interazioni non solo con il mondo esterno. Il danno esistenziale si ritiene integrato anche in assenza un'ipotesi di reato, qualora al comportamento illecito sia conseguente l'offesa ad un diritto inviolabile della persona, diverso da quello all'integrità psicofisica; non si può parlare di danno esistenziale, tuttavia, nel caso di generiche insoddisfazioni per aspetti riguardanti vari momenti della vita quotidiana, per fastidi, ansie o disagi²⁷⁷, né per stress o violazione del diritto alla tranquillità²⁷⁸. Infatti, perché il danno esistenziale sia risarcibile, il bene violato dalla condotta illecita non può essere un qualsiasi bene rilevante giuridicamente, ma deve essere costituzionalmente protetto²⁷⁹, laddove il rilievo costituzionale riguarda non il tipo di danno subito, ma l'evento dannoso che ha causato la lesione del diritto inviolabile alla persona²⁸⁰.

- il danno all'immagine professionale, come aspetto non patrimoniale del danno alla professionalità del dipendente, il quale viene pregiudicato non nel suo bagaglio di conoscenze e competenze professionali, ma nella posizione che egli ha raggiunto all'interno dell'azienda, che viene stimata, in ambito lavorativo e non, con valutazioni riguardanti il prestigio, il potere, la gerarchia²⁸¹. Il bene giuridico coinvolto in questi casi è il diritto all'onore e reputazione²⁸², che può essere violato anche in mancanza di una vera diminuzione di professionalità; esempio emblematico è la situazione in cui, a seguito del demansionamento, si spargano nell'ambiente lavorativo delle voci circa le motivazioni di tale dequalificazione, ad esempio per dubbia moralità del dirigente, ma anche quando questi venga assegnato a dei compiti che risultino essere nettamente inferiori rispetto a quelli

²⁷⁷ Cass. 13 novembre 2009, n. 24030, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Danni civili*, n. 328.

²⁷⁸ Cass. 9 Aprile 2009, n. 8703, in *Rep. Foro it.*, 2009, *Danni civili*, n. 338.

²⁷⁹ Cass., sez. III civ., 23 Gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719.

²⁸⁰ Cass. Sez. Un. 11 Novembre 2008, n. 26972, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 49.

²⁸¹ Cass. 14 Novembre 2001, n. 14199, in *Giuda al lav.*, 2002, n. 3, 19; Cass. 28 Marzo 1995, n. 3623, in *Dir. prat. lav.*, 1995, 2382; Cass. 11 Gennaio 1995, n. 276, in *Riv. ir. dir. lav.*, 1995, II, 825; Cass. 19 Novembre 1997, n. 11522, *ivi*, 1998, II, 706; Cass. 9 Gennaio 1987, n. 87, *ivi*, 1987, II, 534; Cass., Sez. Un., 24 Aprile 1990, n. 3455, in *Foro it.*, 1990, I, 1493; Cass. 4 ottobre 1995, n. 10405, *ivi*, 1995, I, 3133.

²⁸² Cass., Sez. Un., 22 Gennaio 2010, n. 4063, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 740.

precedentemente svolti, con la conseguenza che il lavoratore che svolgeva prima funzioni apicali nell'impresa si ritrova a dover lavorare sotto le direttive dei suoi ex-sottoposti.

Questa classificazione dei danni non patrimoniali, però, ha una valenza esclusivamente descrittiva, nel senso che la categoria del danno non patrimoniale è stata considerata dalla giurisprudenza onnicomprensiva ed unitaria²⁸³; il danno non patrimoniale è ritenuto risarcibile solo nei casi previsti dalla legge, alcuni espressamente, se, ad esempio, la condotta illecita sia anche reato, altri in via interpretativa, laddove, anche se nessuna norma specificatamente prevede il risarcimento, il fatto illecito ha causato la lesione di diritti inviolabili costituzionalmente protetti²⁸⁴. Le fattispecie di danni sopra descritti, quindi, non integrano altro se non gli estremi del danno non patrimoniale, non essendo ammissibile un risarcimento in forma doppia nel caso in cui dovessero sussistere congiuntamente il danno morale ed il danno biologico, andando questi a confluire nello stesso danno non patrimoniale.

Nonostante questo, nessuna delle voci facenti parte della categoria più ampia di danno non patrimoniale, la cui esistenza venga accertata in concreto, possono essere tralasciate in sede di valutazione circa l'ammontare del risarcimento, perché la compensazione economica del danno deve essere effettuata secondo criteri di equità riconosciuti dall'ambiente sociale, dovendo essere il più vicina possibile al risarcimento integrale²⁸⁵.

Anche se viene correttamente integrato il presupposto della lesione di diritti costituzionalmente garantiti, un requisito ulteriore per la risarcibilità del danno non patrimoniale è costituito, secondo la giurisprudenza²⁸⁶, dalla gravità dell'offesa, nel senso che non tutte le offese al diritto in questione sono passibili di risarcimento, ma

²⁸³ Cass., Sez. Un., 11 Novembre 2008, n. 26972, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 49.

²⁸⁴ Cass., Sez. Un., 11 Novembre 2008, n. 26972, *cit.*

²⁸⁵ Cass. 7 Giugno 2011, n. 12408, in *Foro it.*, 2011, I, 2274.

²⁸⁶ Cass., Sez. Un., 11 Novembre 2008, n. 26972, in *Mass. giur. lav.*, 2009, 49.

solamente quelle che vi arrechino serio pregiudizio²⁸⁷, andando a violare in modo grave i diritti dell'individuo.

5.2. L'onere probatorio del danno.

La condotta inadempiente del datore di lavoro può provocare un danno agli interessi del lavoratore, che abbiamo visto poter essere patrimoniale o non patrimoniale; tuttavia, è ben possibile che sussista inadempimento senza lesione del diritto del creditore²⁸⁸, ed è per questo motivo che il danno provocato dal demansionamento deve essere provato in concreto, in relazione alla specifica situazione.

Nel nostro ordinamento era stata avanzata dalla giurisprudenza²⁸⁹ la teoria della sussistenza del danno *in re ipsa*, respinta poi in via definitiva dalle Sezioni Unite²⁹⁰, che hanno affermato che il risarcimento è dovuto al lavoratore, in forza di una responsabilità contrattuale del datore di lavoro, a titolo di riparazione della lesione subita, e non a scopo punitivo della condotta illecita, perché non da ogni inadempimento deriva automaticamente un danno, con la conseguenza che non si può correttamente parlare della sussistenza di un danno *in re ipsa*; in giudizio, sul lavoratore grava l'onere probatorio del danno, nonché la corretta e tempestiva allegazione dei fatti a sostegno, in mancanza della quale la domanda sarà respinta, perché una valutazione equitativa del giudice circa l'ammontare della liquidazione è possibile solo se il danno da risarcire risulti già accertato²⁹¹.

²⁸⁷ Cass. 18 Maggio 2012, n. 7963, in *Mass. giur. lav.*, 2010, 740; Cass. 12 Maggio 2009, n. 10864, *ivi*, 2009, 841, 78.

²⁸⁸ Cass. 19 Giugno 2014, n. 13959, in *Guida al lav.*, 2014, n. 31, 27.

²⁸⁹ Cass. 16 Dicembre 1992, n. 13299, in *Foro it.*, 1993, I, 2883; Cass. 23 Ottobre 2001, n. 13033, in *Guida al lav.*, 2001, 49, 33; Cass. 2 Gennaio 2002, n. 10, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, V, 58; Cass. 12 Novembre 2002, n. 15868, in *Foro it.*, 2003, I, 480.

²⁹⁰ Cass., Sez. Un., 24 Marzo 2006, n. 6572, in *Mass. giur. lav.*, 2006, 478

²⁹¹ CARNELUTTI, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1942, I, p. 53 ss; DE CUPIS, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979, p. 572.

Essendo esclusa la configurabilità in astratto del danno derivante dal demansionamento, il lavoratore deve dare la prova della lesione in concreto subita, come conseguenza diretta della condotta illecita del datore, con delle differenze a seconda della tipologia di danno causato:

- per dare prova del danno alla professionalità devono essere dedotte in giudizio le circostanze a sostegno della diminuzione della capacità professionale del prestatore, nonché della perdita *chance* di carriera o di guadagni, ma anche della mancata acquisizione di una nuova professionalità;
- anche per il danno morale consistente nella lesione dell'immagine professionale e della dignità devono essere dimostrati i fatti specifici dai quali si desume la lesione a queste categorie di beni;
- per la prova del danno esistenziale il prestatore deve dimostrare che l'inadempimento ha causato una modifica negativa sulle abitudini di vita e sulle relazioni sociali, in collegamento sempre al caso concreto, non essendo ammissibili elementi astratti, generici o ipotetici²⁹²;
- anche per quanto riguarda il danno causato dalla lesione dei diritti inviolabili, la giurisprudenza ha escuso la possibilità di desumere a priori un danno dall'inadempimento del datore, dovendo il lavoratore allegare e provare anche in questo caso di aver subito un pregiudizio²⁹³, e che tale pregiudizio derivi direttamente dalla condotta illecita²⁹⁴, della quale è esclusa una potenzialità lesiva in astratto²⁹⁵.

Nonostante la giurisprudenza abbia escluso la configurabilità del danno *in re ipsa*, al fine di agevolare la prova della lesione subita, gravante sul lavoratore, si è

²⁹² Cass., sez. III civ., 23 Gennaio 2014, n. 1361, in *Foro it.*, 2014, I, 719.

²⁹³ Cass. 3 Aprile 2014, n. 7813, in *Guida al lav.*, 2014, n. 19, 15; Cass. 8 Gennaio 2014, n. 172, *ivi*, 2014, n. 9, 20; Cass. 3 Giugno 2013, n. 13918, *ivi*, 2013, n. 33/34, 45; Cass. 8 Giugno 2012, n. 9343, *ivi*, 2012, n. 36, 37.

²⁹⁴ Cass. 3 giugno 2013, n. 13918, in *Guida al lav.*, 2013, n. 33/34; Cass. 8 giugno 2014, n. 9343, *ivi*, 2014, n. 36, 37; Cass. 3 Aprile 2014, n. 7818, *ivi*, 2014, n. 19, 15.

²⁹⁵ Cass., Sez. Un., 17 Settembre 2010, n. 19785, in *Guida al lav.*, 2010, n. 41, 34; Cass. 8 Giugno 2012 n. 9343, *ivi*, 2012, n. 36, 37; Cass. 14 maggio 2012, n. 7471, in *Guida al lav.*, 2012, n. 27, 31.

diffusa una tendenza che rischia di sovvertire le conclusioni delle Sezioni Unite del 2006: il ricorso a presunzioni²⁹⁶ sulla base di alcuni elementi tipici del demansionamento che, se valutati globalmente, possono essere considerati gravi, precisi e concordanti:

- la natura e tipologia della professionalità
- la durata del demansionamento
- la qualità e quantità della prestazione svolta
- la gravità del demansionamento
- la conoscibilità del demansionamento nel luogo di lavoro, ma anche al di fuori.

L'impiego sempre crescente di presunzioni operato dalla giurisprudenza ha portato al ritorno di un favore verso la teoria, rigettata dalla Sezioni Unite, del danno *in re ipsa*, perché è stato sostenuto che il danno ad alcune tipologie di mansioni, soprattutto se altamente specializzate, non necessita di essere provato in via specifica, in quanto la lesione alla professionalità del prestatore in seguito a condotte di demansionamento sarebbe inevitabile secondo la comune esperienza, senza bisogno di ulteriori accertamenti²⁹⁷. Ma il danno alla professionalità non è l'unico ad essere stato considerato un effetto diretto della dequalificazione: la giurisprudenza ha escluso la necessità di fornire la prova del danno all'immagine subito dal dirigente al quale viene revocato illegittimamente l'incarico²⁹⁸, perché anche in questo caso la lesione sarebbe una oggettiva conseguenza del demansionamento. Questa impostazione è suscettibile di essere estesa anche al danno morale soggettivo, con la conseguenza che solo il pregiudizio esistenziale ed il danno biologico necessitano di essere provati in relazione a fatti specifici²⁹⁹, dovendo il lavoratore sempre fornire, per quanto riguarda il danno biologico, un referto medico che accerti la lesione

²⁹⁶ Cass. 3 Aprile 2014, n. 7818, in *Guida al lav.*, 2014, n. 19, 15.

²⁹⁷ Cass. 9 Settembre 2008, n. 22880, in *Guida al lav.*, 2008, n. 41, 40.

²⁹⁸ Cass., Sez. Un., 16 Febbraio 2009, n. 3677, in *Guida al lav.*, 2009, n. 17, 37.

²⁹⁹ Cass. 8 Giugno 2012, n. 9343, in *Guida al lav.*, 2012, n. 36, 37.

dell'integrità psico-fisica³⁰⁰; di tutti i danni non patrimoniali causati dal demansionamento per i quali è ammesso l'utilizzo di presunzioni deve essere dimostrata l'insussistenza dal datore di lavoro³⁰¹, in virtù dell'inversione dell'onere della prova.

Per quanto riguarda la fattispecie di sottrazione totale delle mansioni, la giurisprudenza ha esplicitamente affermato la legittimità del danno *in re ipsa*, perché la lesione causata da questo tipo di demansinamento è automatica ed innegabile, e consiste in un danno che, pur non essendo economico, incide sulla sfera patrimoniale del prestatore³⁰²; a sostegno di questa tesi, la Corte Costituzionale³⁰³ ha sostenuto che i danni alla persona ed alla dignità del lavoratore, provocati, in questo caso, dalla sottrazione di mansioni comportante inattività, sono danni di "particolare gravità", con la conseguente demolizione di una teoria, considerata discutibile³⁰⁴, riguardo alla gerarchia dell'entità del danno da demansionamento.

Il lavoratore oltre a dover provare l'esistenza del danno, deve anche dimostrare in giudizio l'esistenza di un nesso di causalità con la condotta del datore³⁰⁵, dovendo provare che la lesione alla professionalità, immagine, dignità ed integrità psico-fisica si è verificata in conseguenza diretta del demansionamento.

Infine, per quanto riguarda la quantificazione del risarcimento, diversi sono i criteri adoperati dalla giurisprudenza; ad esempio, alcune sentenze hanno liquidato il danno sulla base della retribuzione che il prestatore avrebbe percepito se, in considerazione e valorizzazione della sua professionalità, avesse conseguito una

³⁰⁰ Cass., Sez. Un., 17 Settembre 2010, n. 19785, in *Guida al lav.*, 2010, n. 41, 34 .

³⁰¹ VALLEBONA, *Spunti di riflessione dopo l'intervento delle sezioni unite*, in *Guida al lav.*, 2009, n. 17, 39.

³⁰² Cass. 18 Marzo 2014, n. 6230, in *Guida al lav.*, 2014, n. 16, 34; Cass. 16 Febbraio 2012, n. 2257, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, II, 811.

³⁰³ Corte Cost., 6 Aprile 2013, n. 113, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 588.

³⁰⁴ PISANI, 2015, 24, p. 307 ss.

³⁰⁵ Cass. 19 Agosto 2014, n. 19181, in *Guida al lav.*, 2013, n. 46, 25; Cass. 8 giugno 2012, n. 9343, *ivi*, 2012, n. 36, 37; Cass. 20 Dicembre 1986, n. 7801; Cass. 28 Maggio 2004, n. 10361, in *Mass. giur. lav.*, 2004, 719.

qualifica superiore³⁰⁶; tra gli altri, più diffusamente la giurisprudenza tende ad utilizzare come parametro per la quantificazione una percentuale della retribuzione mensile del prestatore, in considerazione delle gravità e della durata del demansionamento³⁰⁷: per una dequalificazione grave e duratura, ad esempio, è stata corrisposta una somma a titolo di risarcimento pari all'intera retribuzione per ogni mese di demansionamento³⁰⁸, così come non è stato ritenuto liquidabile un danno causato da un demansionamento breve e non grave³⁰⁹.

³⁰⁶ Cass. 19 Aprile 2012, n. 6110, in *Guida al lav.*, 2012, n. 21, 30.

³⁰⁷ Cass. 5 Ottobre 2006, n. 21406, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, 442; Cass. 6 Dicembre 2005, n. 2666, in *Guida al lav.*, 2006, n. 4, 24; Cass. 2 Febbraio 2005, n. 4370, *ivi*, 2005, n. 16, 30.

³⁰⁸ Cass. 13 Ottobre 2004, n. 2024, in *Guida al lav.*, 2004, n. 49, 25.

³⁰⁹ Cass. 13 Maggio 2004, n. 9129, in *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 21, 30.

CONCLUSIONI

Dall'esame della disciplina del mutamento di mansioni, e delle modifiche apportate dalla recente riforma, è emerso che il nuovo articolo 2103, se pure presenta degli elementi di analogia con la formulazione precedente, spinge verso un ritorno ai valori codicistici che erano stati soppressi dallo Statuto dei Lavoratori, con una particolare attenzione per la prestazione lavorativa esercitata all'interno dell'azienda, come testimonia il mutamento della stessa rubrica dell'articolo, più che per il lavoratore nella sua posizione individuale.

Il primo e più immediato punto di distanza rispetto alla precedente normativa non può che essere l'eliminazione del criterio dell'equivalenza, a vantaggio di quello dell'inquadramento, di tipica formulazione sindacale, con la conseguenza che la contrattazione collettiva acquista, già nel momento dell'assegnazione delle mansioni, un peso non indifferente. Le criticità riguardo tale scelta del legislatore consistono proprio nel richiamo implicito ad istituti del contratto collettivo, i quali spesso inquadrano nel medesimo livello anche compiti che sono tra di loro profondamente eterogenei, che richiedono competenze che verosimilmente il prestatore non può possedere, tanto che non è da escludere che, nella pratica, il criterio dell'equivalenza continuerà ad essere utilizzato come parametro di riferimento per uno spostamento in senso orizzontale.

La scomparsa dell'equivalenza ha portato alla definizione legislativa della tendenza, già sviluppatasi in precedenza, ad ampliare il contenuto della professionalità che la norma si prefiggeva di tutelare, passando da un concetto di professionalità statica, in quanto ristretto al patrimonio di conoscenze già acquisite dal lavoratore, alla visione più dinamica di una professionalità intesa non solo come esperienza, ma anche come possibilità di progressione all'interno dell'azienda. Le modifiche apportate al primo comma hanno, quindi, l'intento di superare le difficoltà causate da un'eccessiva prudenza nel concedere elasticità al datore di lavoro, in un

momento, ed in un mercato, nel quale l'aggiornamento ed il progresso sono il valore fondamentale per la sopravvivenza di qualsiasi tipo di attività produttiva.

La fattispecie di assegnazione del prestatore a mansioni superiori è stata intaccata dalla riforma non nel suo nucleo concettuale, ma solo nell'introduzione di un nuovo termine oltre il quale l'adibizione diviene definitiva, di tre mesi prima, di sei mesi poi, con una particolare attenzione per il ruolo della contrattazione collettiva, che ha la facoltà di stabilire diversi termini, e per la volontà contraria del lavoratore.

L'aspetto che risulta più incisivamente mutato da questo impianto riformista è il demansionamento; infatti, mentre in precedenza qualsiasi accordo in deroga al divieto di assegnazione a mansioni inferiori era considerato nullo, oggi è la legge stessa ad introdurre ipotesi di legittima dequalificazione, sulla scorta però di una già precedente apertura della giurisprudenza verso forme di demansionamento che consentissero il bilanciamento degli interessi del datore con quelli del lavoratore. Nonostante il legislatore abbia scelto di affidare al datore di lavoro il potere di modificare la mansioni del dipendente in ragione delle esigenze aziendali, non ha mancato di introdurre delle barriere a limitazione dell'estensione di tale potere, che sono il rigido criterio del livello e categoria di inquadramento, e l'obbligo di conservazione della precedente retribuzione, che sicuramente può fungere da deterrente per una dequalificazione duratura o permanente. Anche le altre ipotesi di demansionamento, considerate legittime dalla nuova disciplina, sono corredate di necessarie tutele per il prestatore, perché possono provenire direttamente dalla contrattazione collettiva, luogo di massima protezione degli interessi dei lavoratori, oppure da accordi individuali stipulati in sedi particolari, che consentono di evitare eventuali abusi o soprusi posti in essere dal datore di lavoro. È necessario, in sede di applicazione della norma, tenere presente l'obiettivo del legislatore di bilanciamento degli interessi in gioco, in considerazione del fatto che all'assegnazione di un potere al datore di lavoro, soprattutto se della portata di quello dello *jus variandi*, deve corrispondere un impianto di tutele per il lavoratore che sia effettivo ed immediato.

Una novità assoluta in materia è rappresentata dall'obbligo, non sempre necessario, di formazione professionale, che però è stato forse introdotto in maniera poco decisa dal legislatore, data la mancanza sia di conseguenze significative per il suo inadempimento, sia di riferimenti precisi per l'individuazione delle ipotesi concrete nelle quali tale formazione deve essere espletata; in seguito alla scomparsa delle rigide protezioni della professionalità, la previsione di una formazione poteva essere strutturata in maniera tale da garantire al prestatore l'acquisizione di nuove competenze, nell'ottica del mutato scenario di professionalità dinamica.

A fronte dell'assegnazione a mansioni che non rispettino le disposizioni di legge, il nostro ordinamento fornisce al lavoratore diversi strumenti di tutela, sia nelle forme del giudizio, sia non giurisdizionale. C'è da dire che dalla modifica dell'art. 2103 discende una mutazione anche delle condotte datoriali considerate come inadempimento, perché, se da una parte è stata ridotta l'ampiezza della violazione del divieto di assegnazione a mansioni inferiori, dall'altra la loro individuazione risulta più articolata, perché, mentre in precedenza era vietato qualsiasi tipo di demansionamento, al di là delle ipotesi in deroga individuate dalla giurisprudenza e delle eccezioni a livello legislativo, oggi bisogna tenere presenti quelle fattispecie di adibizione a mansioni inferiori divenute legittime per espressa previsione legislativa. Il problema della tutela del lavoratore, però, riguarda non tanto le accortezze necessarie per la corretta definizione delle fattispecie non consentite, quanto la stessa struttura di quei rapporti di lavoro nei quali l'obbligazione del datore ha ad oggetto una prestazione infungibile, e quindi incoercibile. In queste situazioni, infatti, la tutela giurisdizionale offerta dall'ordinamento non può espletare una piena funzione satisfattiva degli interessi del lavoratore, in primo luogo quello del rimedio al pregiudizio subito, se non mediante una tutela risarcitorie per equivalente, anche perché il ripristino della situazione pregressa sarebbe impossibile. L'unica valida alternativa è rappresentata dai mezzi di autotutela conservativa, mediante i quali è il prestatore stesso che tenta di imporsi sul datore di lavoro per evitare, o rimediare, ai danni subiti per l'inadempimento della controparte.

Le criticità ed i punti di forza della disciplina, che il presente lavoro ha cercato di mettere in luce, non potranno che essere giudicate solo in conseguenza delle applicazioni pratiche della nuova norma, perché è necessario valutare se sia stato soddisfatto lo scopo prefissato dal legislatore, ed esposto nella legge delega, di adeguare gli istituti del diritto del lavoro ad un contesto in veloce e radicale mutamento, senza prescindere però da un livello irrinunciabile di tutela che deve essere offerta al lavoratore, che rischia di essere compromesso a fronte di una eccessiva compressione degli interessi del prestatore in favore di quelli del mercato e dell'economia; il lavoro del legislatore ha cercato di scuotere l'impalcatura precedente, che sembrava forse non più adattabile ai nostri tempi, stando attento non intaccare il valore fondamentale di bilanciamento dei diritti delle parti del rapporto di lavoro.

Dal confronto tra la nuova e la vecchia disciplina è emerso come, in realtà, la riforma non abbia maturato i suoi approdi in maniera indipendente ed autosufficiente, andando invece ad attingere da elaborazioni spesso già presenti negli ambienti del diritto del lavoro, causando sicuramente una frattura dal punto di vista della lettera dei due articoli, ma ponendosi forse in accoglimento di alcune esigenze già esistenti ed espresse.

BIBLIOGRAFIA

- AMENDOLA F.**, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT - 291, 2016.
- ANGIELLO G.**, *Innovazione tecnologica e mobilità del lavoratore*, in *Dir. lav.*, 1986.
- ARIETA G.**, *Procedimenti monitori e cautelari e rito del lavoro*, in AA.VV., *Il processo del lavoro*, Milano, 1985.
- ASSANTI C.**, *Rilevanza e tipicità del contratto collettivo*, Milano, 1967.
- ASSANTI C., PERA G.**, *Commento allo statuto dei diritti dei lavoratori*, sub art. 13, Padova, 1972.
- ATTARDI A.**, *L’interesse ad agire*, Padova, 1955.
- BALDISSERA A.**, *Professionalità: un solo termine per molti significati*, SO, 1982.
- BALLETTI E.**, *La cooperazione del datore all’adempimento dell’obbligazione del lavoro*, Padova, 1990.
- BALLETTI E.**, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione AIDLASS, Napoli, 2016.
- BARTESAGHI P.**, *La figura del dirigente nell’elaborazione dottrinale e giurisprudenziale*, in *Dir. lav.*, 1990.
- BETTI E.**, *Autotutela (Diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1959.
- BIGLIAZZI GERI L.**, *Autotutela: Il Diritto civile*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. IV, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988.
- BIGLIAZZI GERI L.**, *Mora del creditore*, in *Enc. giuridica Treccani*, vol. XX, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1990.
- BINI S.**, *Dall’equivalenza professionale all’equivalenza economica delle mansioni*, *Arg. dir. lav.*, 1248, 2015.
- BROLLO M.**, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *In Codice Civile. Commentario*, Milano, 1997.
- BROLLO M.**, *Disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, ADL, *Arg. dir. lav.*, 2015.

- CALAMANDREI V.**, *La condanna*, in *Opere giuridiche*, V, Napoli, 1972.
- CAMPANELLA P.**, *Sul licenziamento per sopravvenuta inidoneità psicofisica del lavoratore*, in *Riv. ital. dir. lav.*, 1997.
- CARNELUTTI F.**, *Valutazione equitativa del danno*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1942.
- CAVALLARO F.**, *Rapporto di lavoro e provvedimenti d'urgenza. Un riesame critico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001.
- CESTER C.**, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 149, 2016.
- CHIARLONI S.**, *Ars distinguendi e tecniche di attuazione dei diritti*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- COMBA M., CORRADO R.**, *Il rapporto di lavoro nel diritto privato e pubblico*, Torino, 1956.
- D'ANTONA M.**, *Mutamento di mansioni ed irriducibilità della retribuzione: sul 1° e 2° comma dell'art. 2103 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, II, 1980.
- D'ANTONA M.**, *Contrattazione collettiva e autonomia individualenel rapporti di lavoro atipici*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1990.
- DE ANGELIS L.**, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT - 263, 2015.
- DE CUPIS A.**, *Il danno. Teoria generale della responsabilità civile*, Milano, 1979.
- DE FEO D.**, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *Arg. dir. lav.* 2015, 853.
- DE LUCA TAMAJO R., BIANCHI D'URSO A.**, *La mobilità professionale del lavoratori*, in *Lavoro e dir.*, 1990, 236.
- DELL'OLIO M.**, *L'oggetto e la sede della prestazione di lavoro, le mansioni, la qualifica, il trasferimento*, in *Tratt. Respingo*, XV, Torino, 1986
- DELL'OLIO, M.**, *Licenziamenti illegittimi e provvedimenti giudiziari*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 433, 1987.
- DELL'OLIO M.**, *Autotutela: III Diritto del lavoro*, in *Enc. giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana*, Roma, 1988.

- DINI L.**, *Mutamento di mansioni ed indennità accessorie*, in *Dir. lav.*, 1980.
- DI MAJO A.**, *La tutela dei diritti tra diritto sostanziale e processuale*, RCDP, 1989.
- DI MAJO A.**, *Tutela (diritto privato)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1992.
- DI MAJO A.**, *Tutela e risarcimento, restitutoria, sanzionatoria*, in *Enc. giur. Treccani*, XXXI, Roma, 1994.
- FANELLI O.**, *I riflessi del nuovo modo di lavorare sulle classificazioni del lavoro*, in *AAVV., Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989.
- FERLUGA L.**, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni*, Milano, 2012.
- FIORI S.**, *Progressione professionale*, in *AA.VV., Dizionario del diritto del lavoro*, Milano, 1981.
- FIORILLO L., PERULLI A.**, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015.
- FRANZA G.**, *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, MGL, 2015.
- GALLINO L.**, *Informatica e qualità del lavoro*, Torino, 1983.
- GARILLI A.**, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989.
- GARILLI A.**, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016.
- GARGIULO U.**, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Soveria Mannelli, 2008.
- GARGIULO U.**, *La revisione delle mansioni*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la l. delega 10 Dicembre 2014 n° 183*. CSDLE.IT Collective Volumes n°3, 2014.
- GARGIULO U.**, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*. WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT - 268, 2015.
- GAROFALO D.**, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.

- GAROFALO D., GHERA E.**, *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Bari, 2015.
- GHERA E.**, *Le sanzioni civili nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979.
- GHERA E.**, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 St. lav.*, in *Mass. giur. lav.*, 1984.
- GHERA E.**, *Le tecniche di tutela: statuto dei lavoratori e innovazioni legislative*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, I, 1991.
- GHERA E.**, *Diritto del lavoro*, Torino, 2011.
- GHERA E., LISO F.**, *Mora del creditore*, in *Enc. dir.* XXVI, Milano, 1976.
- GHEZZI G.**, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Milano, 1965.
- GIORGIANNI M.**, *Considerazioni generali e Conclusioni*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- GIUGNI G.**, *Mansioni e qualifica del rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.
- GRASSONA E.**, *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act. Quadro legale e profili problematici*, Milano, 2016.
- ICHINO P.**, *Interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, in *Riv. giur. lav.*, 1976, I, 481.
- ICHINO P.**, *Il lavoro subordinato: definizione e inquadramento*, Milano, 1992.
- LEYMANN H.**, *The Content and Development of Mobbing at Work*, in *EJWOP*, V, 1996.
- LISO F.**, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.
- LISO F.**, *Categorie giuridiche*, in *Enc. giuridica Treccani, Istituto della Enciclopedia Italiana*, Roma, 1986.
- LISO F.**, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987, I, 56.
- LISO F.**, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998.
- 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*. WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT-257, 2015.

- LUCIFREDI C. E.**, *Richiesta di mansioni inferiori e trattamento retributivo*, in *Mass. giur. lav.*, 1979, 575.
- MAGNO P.**, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976.
- 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, 413.
- MAZZAMUTO S.**, *Problemi e momenti dell'esecuzione in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- MAZZIOTTI F.**, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1976.
- MAZZIOTTI F.**, *Il licenziamento illegittimo*, Napoli, 1982.
- MENGONI L.**, *In tema di mora credendi nel rapporto di lavoro*, in *Temi*, 1954.
- MENGONI L.**, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Milano, 1971.
- MENGONI L.**, *La cornice legale*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1987.
- MENGONI L.**, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- MEUCCI M.**, *Indennità di missione all'estero, revoca per rientro in sede, ininvocabilità del principio dell'irriducibilità retributiva ex art.2103 cod. civ. ed indennità di anzianità*, in *Mass. giur. lav.*, 1982.
- MEUCCI M.**, *Conferme dalla Cassazione in tema di revoca dell'indennità estero, per rientro in patria*, in *Mass. giur. lav.* 1984.
- MEUCCI M.**, *Violenza da mobbing sul posto di lavoro*, in *RCDL*, 2000.
- MIMMO G.**, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, Luglio, 2015.
- MISCIONE M.**, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 2015.
- MONTELEONE G.**, *Spunti per una revisione del concetto di sentenza di condanna come titolo esecutivo*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, a cura di Mazzamuto, Napoli, 1989.
- MONTESANO L.**, *Le tutele giurisdizionali dei diritti*, Bari, 1981.

- MONTESANO L.**, *Sulla riparazione del danno aquiliano a bene non patrimoniale*, in AA.VV., *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991.
- MONTUSCHI L.**, *Problemi di danno alla persona nel rapporto di lavoro*, in *Riv. ital. dir. lav.*, I, 317, 1994.
- M. M.**, *Il mutamento delle mansioni dopo il jobs act*. *Altalex*, 25/05/2015.
- NOGLER L.**, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra principi costituzionali*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, 2007.
- NOGLER L.**, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Mass. giur. lav.*, 2012.
- NUNIN R.**, *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l'inquadramento unico*, in AA.VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, 2012.
- PALLADINI A.**, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, in *Mass. giur. lav.*, 2012.
- PANDOLFO A., VARESI P., MAGNANI M.**, *I contratti di lavoro*, Torino 2016.
- PERA G.**, *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 388, 1991.
- PERA G.**, *Diritto del lavoro*, Padova, 2003.
- PERLINGIERI P.**, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- PERSIANI M.**, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966.
- PERSIANI M.**, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, I, 11.
- PERSIANI M.**, *Problemi in tema di retribuzione*, in *Mass. giur. lav.*, 871, 1980.
- PERSIANI M.**, *Determinazione delle singole voci retributive ed interpretazione del contratto collettivo*, in *Dir. lav.*, 1982.
- PERSIANI M., PROIA G.**, *Contratto e rapporti di lavoro*, Padova, 2009.
- PESSI R.**, *Lezioni di diritto del lavoro*, Torino, 2012.
- PESSI R., MASSARA G.**, *Jobs Act. Prime riflessioni e decreti attuativi*, Roma, 2015.
- PICCININA I., PILEGGI A., SORDI P.**, *Nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Roma, 2016.

- PISANI C.**, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996.
- PISANI C.**, *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003.
- PISANI C.**, *Un “privilegio” ingiustificato per il risarcimento da demansionamento?*
in *Mass. giur. lav.*, 2004.
- PISANI C.**, *I problemi rimasti aperti in tema di dequalificazione dopo le Sezioni Unite 6572/06*, in *Mass. giur. lav.*, 2006.
- PISANI C.**, *Mansioni e trasferimento nel rapporto di lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009.
- PISANI C.**, *Nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015.
- PISANI C.**, *I nostalgici dell’equivalenza delle mansioni*, WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT- 310/2016 a).
- PISANI C.**, *Dall’equivalenza all’inquadramento: i nuovi limiti ai mutamenti “orizzontali” delle mansioni*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 149, 2016 b).
- POZZAGLIA P.**, *I limiti ai poteri del datore di lavoro: tutela reale o risarcitoria?* in *Mass. giur. lav.*, 2006.
- PROTO PISANI A.**, *Appunti sull’esecuzione forzata*, FI, 1994.
- REALMONTE F.**, *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. del. dir.*, vol. XIV, Milano, 1965.
- ROMAGNOLI U.**, *Commento all’art. 13 st. lav.*, in AA.VV, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Bologna-Roma, 1972.
- ROMAGNOLI U.**, *L’inquadramento professionale nella stagione dei rinnovi contrattuali*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1979.
- RUSCIANO M.**, *Contratto collettivo e autonomia sindacale*, Torino, 2003.
- RUSCIANO M.**, *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la l. delega 10 Dicembre 2014 n°183*. CSDLE.IT Collective Volumes n°3, 2014.
- SALVI C.**, *Il risarcimento del danno in forma specifica*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- SANGIORGI S.**, *Presentazione*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- SANTORO-PASSARELLI F.**, *Nozioni di diritto del lavoro*, Napoli, 1995.

- SANTORO-PASSARELLI G.**, *Diritto dei lavori*, Torino, 2013.
- SARTORI A.**, *Mansioni e inquadramenti: il ruolo della contrattazione collettiva prima e dopo il Jobs Act*, ADL, in *Arg. dir. lav.*, A. 21, 2015.
- SCARPELLI F.**, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, 43.
- SCOGNAMIGLIO P.**, *Sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore e mutamento delle mansioni*, in *Mass. giur. lav.*, 1998.
- SCOGNAMIGLIO R.**, *Risarcimento del danno*, in *Noviss. dig. it.*, Torino, 1969.
- SCOGNAMIGLIO R.**, *Mansioni e qualifiche dei lavori*, in *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1983.
- SCOGNAMIGLIO R.**, *A proposito del diritto del lavoratore alla qualifica e della sua prescrittibilità*, *Mass. giur. lav.* 1987.
- SCOGNAMIGLIO R.**, *Diritto del lavoro*, Napoli, 1994.
- SOMVILLA M.**, *Mansioni vicarie e promozione automatica*, in *Mass. giur. lav.*, 2007.
- SOMVILLA M.**, *Il periculum per la persona del lavoratore*, in *Mass. giur. lav.*, 2008.
- SOMVILLA M.**, *L'equivalenza può prescindere dalla professionalità pregressa*, in *Mass. giur. lav.*, 2010.
- SPEZIALE V.**, *Mora del creditore e contratti lavoro*, Bari, 1992.
- SUPPIEJ G.**, *Il commentario dello statuto dei lavoratori*, sub art. 13, Milano, 1975.
- SUPPIEJ G.**, *In rapporto di lavoro (costituzione e svolgimento)*, Padova, 1982.
- SUPPIEJ G.**, *Il diritto dei lavoratori alla salubrità dell'ambiente di lavoro*, RIDL, I, 1988.
- TOMMASEO F.**, *Intervento*, in *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989.
- TREU T.**, *Statuto dei lavoratori ed organizzazione del lavoro*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972.
- TURSI A.**, *Il danno non patrimoniale alla persona nel rapporto di lavoro: profili sistematici*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003.

- VALLEBONA A.**, *Intervento in Le sanzioni nella tutela del lavoro subordinato*, Milano, 1979.
- VALLEBONA A.**, *Una ipotesi ricostruttiva dei concorsi privatistici per assunzione: responsabilità precontrattuale e rimedi esclusivamente risarcitori*, in *Problemi giuridici del lavoro bancario*, Padova, 1987.
- VALLEBONA A.**, *L'onere della prova degli atti discriminatori*, LD, 1989.
- VALLEBONA A.**, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995.
- VALLEBONA A.**, *Spunti di riflessione dopo l'intervento delle sezioni unite*, in *Guida al lav.*, n. 17, 39, 2009.
- VALLEBONA A.**, *Istituzioni di diritto del lavoro. II, Il rapporto di lavoro*, Padova, 2012.
- VIDIRI G.**, *Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata*, in *Mass. giur. lav.*, 87, 2014.
- VISONA' S.**, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Roma, 2016.
- VOZA R.**, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, WP CSDLE "Massimo D'Antona". IT - 252, 2015.
- ZANELLI P.**, *Impresa, lavoro e innovazione tecnologica*, Milano, 1985.
- ZILIO GRANDI G., GRAMANO E.**, *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act. Quadro legale e profili problematici*, Milano, 2016.
- ZOLI C.**, *La mobilità "verticale": la "carriera"*, in *Quad. dir. lav.*, 1987.
- ZOLI C.**, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2014.
- ZOPPOLI A.**, *La corrispettività nel contratto di lavoro*, Napoli, 1991.
- ZOPPOLI A.**, *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*. CSDLE.IT Collective Volumes n°3, 2014.

