

La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*

Fabrizio Amendola

1. Mansioni e contratto di lavoro subordinato.	86
2. La riforma del mutamento di mansioni al tempo del Jobs Act.	86
3. Le questioni relative all'osservanza della legge delega.	88
4. La scomparsa dell'equivalenza.	90
5. La tutela della professionalità.	92
6. Adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.	97
7. Gli accordi individuali in deroga.	102
8. Gli obblighi formativi.	103
9. Assegnazione a mansioni superiori.	103

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 291/2016

1. Mansioni e contratto di lavoro subordinato.

L'oggetto dell'obbligazione principale del lavoratore è determinato, essenzialmente, dal tipo di attività che è chiamato a svolgere: le mansioni indicano i compiti cui il prestatore è obbligato²⁴³.

Secondo il principio di contrattualità delle mansioni, costantemente presente nel nostro ordinamento, il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Le stesse, nel momento genetico del rapporto di lavoro, vengono individuate con riferimento alla qualifica ed alla categoria pattuita²⁴⁴.

In ragione delle mutevoli esigenze dell'organizzazione dell'impresa, nel corso del rapporto è attribuito al datore di lavoro non solo il potere di dettagliare, tempo per tempo, i compiti concretamente assegnati al lavoratore, ma anche di mutare le mansioni.

L'esercizio di tale potere conformativo della prestazione - riflesso del potere direttivo dell'imprenditore rispetto al quale il dipendente versa in situazione di soggezione - è regolato dall'art. 2103 cod. civ., di cui esamineremo la terza versione introdotta dal d. lgs. n. 81 del 15 giugno 2015²⁴⁵.

Con l'indispensabile premessa che la prestazione del lavoro, secondo la giurisprudenza di legittimità, non è solo l'obbligo principale del lavoratore, ma anche un diritto del prestatore all'esecuzione dell'attività lavorativa²⁴⁶, quale esplicazione della sua personalità e della sua dignità, di rilievo costituzionale²⁴⁷.

2. La riforma del mutamento di mansioni al tempo del Jobs Act.

Con la l. n. 183 del 10 dicembre 2014 il Governo è stato delegato ad adottare una serie di decreti legislativi tra cui l'art. 1, comma 7, espressamente pone anche quello "*recante un testo organico*

²⁴³ In materia possono essere ricordati, tra gli altri, gli studi di GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963; LISO, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982; PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, 1996; BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Commentario Schlesinger*, Giuffrè, 1997, p. 673 ss. Più di recente: GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, 2008; FERLUGA, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Giuffrè, 2012.

²⁴⁴ In base all'art. 96 disp. att. cod. civ. l'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto. In attuazione della direttiva 91/533/CEE l'art. 1, comma 1, lett. f), d. lgs. n. 152 del 1997, prescrive che il datore di lavoro pubblico e privato è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data di assunzione, "l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuitagli oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro".

²⁴⁵ Nella originaria versione della norma lo *ius variandi* era riconosciuto all'imprenditore, se non diversamente convenuto, "in relazione alle esigenze dell'impresa", purché non importasse una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione del lavoratore; le modifiche consensuali erano però ritenute ammissibili dalla giurisprudenza, anche in forma di tacita acquiescenza (*ad ex.*: Cass. n. 3195 del 1962). Per ovviare ai possibili abusi, in chiave garantista l'art. 13 della l. n. 300 del 1970, pur non eliminando lo *ius variandi* datoriale, quale eccezionale forma di modifica unilaterale del contratto, ne ha "limitato rigorosamente l'esercizio" (cfr. Cass. n. 1388 del 2006; Cass. n. 4012 del 2002), erigendo a difesa del divieto di modifiche peggiorative la nullità di ogni patto contrario.

²⁴⁶ Per Cass. Sez. Un. 6 marzo 2009 n. 5454, l'esercizio del potere datoriale privato di determinare unilateralmente il contenuto dell'obbligo di prestazione lavorativa, "è esso stesso oggetto di una obbligazione strumentale a carico del datore di lavoro che è tenuto a conformare la prestazione lavorativa del lavoratore, il quale ha diritto a svolgerla".

²⁴⁷ Nel rapporto di lavoro subordinato la tutela dell'interesse del lavoratore all'adempimento trova il suo fondamento negli artt. 4 e 36 Cost. e serve quale criterio di interpretazione e di determinazione secondo buona fede degli effetti del contratto; sull'imprenditore-creditore gravano obblighi di cooperazione, essendo tenuto non solo a predisporre gli strumenti materiali necessari all'esecuzione del lavoro, ma anche ad utilizzare appieno le capacità lavorative del dipendente nei limiti dell'oggetto del contratto (in termini: Cass. Sez. Un. 7 agosto 1998 n. 7755, in *RIDL*, 1999, II, p. 170, con nota di G. Pera).

semplificato delle discipline delle tipologie contrattuali e dei rapporti di lavoro”, al dichiarato “scopo di rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione, nonché di riordinare i contratti di lavoro vigenti per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo e di rendere più efficiente l’attività ispettiva”²⁴⁸.

Specificamente, al punto e) dell’art. 1, comma 7, cit., si stabilisce il “rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi” per la “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” nonché la “previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera”.

In attuazione della delega enunciata è stato emanato il d. lgs. n. 81 del 2015, il cui articolo 3 ha sostituito la precedente formulazione dell’art. 2103 cod. civ. con un nuovo testo in vigore dal 25 giugno 2015, rubricato “Prestazione del lavoro”²⁴⁹.

Opportuno subito sottolineare che la norma, a differenza di quanto previsto con il d. lgs. n. 23 del 2015, operante per i contratti di lavoro stipulati a partire dal 7 marzo 2015, si applica immediatamente anche ai rapporti di lavoro subordinato in corso, ponendo delicati problemi anche di disciplina transitoria.

In sintesi vanno premessi i tre ambiti rispetto ai quali possono essere evidenziate le differenze fondamentali tra la vecchia e la nuova normativa.

Innanzitutto il primo comma del novellato articolo 2103 cod. civ. modifica il parametro legale in base al quale deve essere verificata la legittimità dell’esercizio dello *ius variandi* dell’imprenditore: si passa dal potere di adibizione “a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”, previsto dalla precedente disciplina, alla possibilità di assegnare il lavoratore “a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte” secondo il nuovo regime (v. *infra* § 4).

Eliminato il criterio dell’equivalenza, un tempo affidato al sindacato ultimo del giudice, secondo il testo normativo modificato l’imprenditore potrà assegnare il prestatore a tutti i compiti che siano sussumibili nell’ambito del livello di inquadramento attribuito.

²⁴⁸ Sulla legge delega di riforma v. *La politica del lavoro del Governo Renzi, Atto II*, (a cura di F. Carinci), ADAPT, University Press, 2014, nonché *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183* (a cura di Rusciano, L. Zoppoli), CSDLE, It-Collective Volumes n. 3/14.

²⁴⁹ La precedente rubrica recava la titolazione: “Mansioni del lavoratore”. È stato sottolineato che la nuova rubrica “rispolvera” quella della versione originaria codicistica, lasciando intravedere il senso di marcia della novella, verso il progressivo “tramonto dello statuto dei lavoratori” ed il ritorno al codice civile, a garanzia del datore di lavoro, “quale contraente/capo dell’impresa”: BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, (a cura di F. Carinci) ADAPT, University Press, 2015, p. 40. Si ribella alla “rottamazione” dello statuto: ROMAGNOLI, *La ruga dello statuto dei lavoratori*, in questa rivista, 2015, I, p. 6, ss.

L'ampliamento dell'area della prestazione dovuta dal lavoratore senza il suo consenso e senza che ricorrano specifiche condizioni, se non la volontà datoriale, si accompagna ad una articolata previsione della possibilità di assegnazione a mansioni inferiori (v. *infra* § 6).

Oltre le ipotesi di deroga al principio di nullità della modifica *in peius* già previste in precedenza dalla legge e praticate dalla giurisprudenza, si configurano in generale fattispecie di mutamenti peggiorativi affidati sia al potere unilaterale dell'imprenditore, sia alle previsioni della contrattazione collettiva, sia alla stipulazione di accordi individuali.

Infatti il lavoratore *"può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore"* (comma 2).

I contratti collettivi possono poi prevedere *"ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore"* (comma 4).

La modifica delle mansioni in senso peggiorativo - ma anche della categoria legale, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione - può poi essere convenuta tra le parti mediante la stipulazione di *"accordi individuali"* in sedi protette, con eventuale assistenza qualificata richiesta dal lavoratore (comma 6) (v. *infra* § 7).

L'insieme delle nuove possibilità che consentono modifiche peggiorative della posizione lavorativa del dipendente ha imposto la riformulazione del tradizionale divieto di patti in deroga, sicché *"ogni patto contrario è nullo ... salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto dal sesto comma"* (comma 9).

La terza direttrice su cui si è sviluppato l'intervento riformatore del legislatore è stata, infine, quella dell'assegnazione a mansioni superiori (comma 7), ove in precedenza l'assegnazione diveniva definitiva dopo un periodo comunque non superiore a tre mesi, mentre nell'attuale formulazione *"il periodo (è) fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi"* (v. *infra* § 9).

3. Le questioni relative all'osservanza della legge delega.

La sintetica descrizione delle novità più rilevanti apportate dal decreto legislativo in esame consente subito - prima di procedere agli approfondimenti che seguiranno - di affrontare i dubbi di compatibilità dell'articolato con i *"principi e criteri direttivi"* della delega contenuta nella l. n. 183 del 2014 innanzi ricordata.

È nota la circospezione con cui la giurisprudenza del giudice delle leggi verifica il rispetto dell'art. 76 Cost.²⁵⁰, sulla premessa che la varietà delle materie riguardo alle quali si può ricorrere alla delega legislativa comporta che non è possibile enucleare una nozione rigida valevole per tutte

²⁵⁰ Apertamente parla di atteggiamento "tollerante" della Consulta SPECIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2014, n. 233, p. 30 ss. Per l'analogo tema dei rapporti tra legge delega n. 183 del 2014 e d.lgs. n. 23 del 2015 si segnalano: CELENTANO, *La tutela indennitaria e reintegratoria: compatibilità costituzionale e comunitaria*, in RIDL, 2015, I, p. 377 ss.; GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto a tutele crescenti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 246; DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 251.

le ipotesi di “principi e criteri direttivi”, quindi “il Parlamento, approvando una legge di delegazione, non è certo tenuto a rispettare regole metodologicamente rigorose”²⁵¹.

La relativa indeterminatezza con cui la giurisprudenza costituzionale traccia il confine oltre il quale si deborda nell'eccesso di delega sovente impedisce agli interpreti di effettuare prognosi attendibili in ordine alla legittimità costituzionale di norme sospettate di un vizio siffatto.

Tuttavia nella specie non può tacersi che il legislatore aveva delegato il Governo ad adottare decreti di “*revisione della disciplina delle mansioni*”, specificando, come criterio e principio direttivo, che essa dovesse essere collegata al “*caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi*” (art. 1, co. 7, lettera e) l. n. 183/14).

Orbene l'evidenza per la quale il decreto delegato ha revisionato la disciplina delle mansioni sia nel caso di mobilità orizzontale che verticale, svincolata da qualsiasi processo di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, lascia fondato il dubbio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale²⁵².

Maggior resilienza ad uno scrutinio infausto del giudice delle leggi potrebbe essere riservata alla disciplina dell'assegnazione a mansioni inferiori, che comunque postula una “*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*”, riecheggiante i “*processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale*” di cui alla delega, nonché la “*conservazione del livello di inquadramento*”, nel rispetto del criterio direttivo che imponeva appunto “*limiti alla modifica dell'inquadramento*”.

Certo mancano i “*parametri oggettivi*” sulla base dei quali la delega invitava ad individuare i processi organizzativi di modifica aziendale rilevanti per consentire il mutamento *in peius*²⁵³; nel secondo comma del novellato art. 2103 cod. civ. mancano pure, in caso di modifica disposta unilateralmente dall'imprenditore, i riferimenti al contemperamento dell'interesse dell'impresa con l'interesse del lavoratore, invece presenti nel caso di accordi individuali nelle sedi protette di cui al sesto comma.

Tuttavia appare meritevole di considerazione il tentativo di una interpretazione costituzionalmente orientata che legge l'art. 3 del decreto legislativo in relazione ai criteri direttivi della delega: l'assegnazione a mansioni inferiori non potrà essere disposta per un “qualsiasi” mutamento dell'assetto organizzativo ma, fermo il nesso di causalità tra modifica e posizione del lavoratore, soltanto per contemperare “*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*” come vuole la l. n. 183/2014; in assenza di un “rischio” concreto - e verificabile in sede

²⁵¹ C. Cost. sent. n. 340 del 2007 e n. 250 del 1991.

²⁵² Tra gli altri v. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”, 2015, n. 263, p. 5. L'A., pur “consapevole della particolare generosità dimostrata dalla Corte costituzionale nel valutare le tensioni tra legge di delegazione e provvedimenti delegati”, sostiene che in questo caso “non di generosità dovrebbe trattarsi ma di *chiusura degli occhi*”, in quanto le “norme delegate non appaiono né coerente sviluppo, né completamento delle scelte espresse dal legislatore delegante”.

²⁵³ Considera “evidente” l'eccesso di delega C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, p. 13, in corso di pubblicazione.

giudiziaria – per il posto di lavoro, per la professionalità o per talune condizioni individuali del dipendente «non potrà essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell'assetto negoziale»²⁵⁴.

In tale prospettiva conservatrice dovrebbe essere valorizzata la *ratio* della legge delega che pone tra i suoi scopi il rafforzamento delle opportunità di ingresso nel mondo del lavoro ed un riordino della disciplina dei contratti di lavoro da rendere maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo nonché, tra i suoi principi, l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale. Così potrebbe sostenersi che la maggiore flessibilità gestionale è coerente con gli obiettivi di maggiore competitività delle imprese e di incremento occupazionale auspicati dal legislatore delegante²⁵⁵.

4. La scomparsa dell'equivalenza.

Dal testo del nuovo art. 2103 c.c. è stato eliminato il riferimento alla “equivalenza” delle mansioni da ultimo effettivamente svolte, che costituiva il criterio cardine della formulazione precedente, sostituito dal potere datoriale di assegnare unilateralmente il lavoratore “a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte”.

Nella visione governativa l'area delle mansioni esigibili dall'imprenditore nei confronti del suo subordinato è delimitata *per relationem* dal livello di inquadramento, evidentemente individuato sulla base della contrattazione collettiva applicabile.

Una volta attribuito al lavoratore un certo livello di inquadramento, sia perché conferito al momento dell'assunzione, sia perché corrispondente all'inquadramento superiore successivamente acquisito, il subordinato è obbligato a svolgere tutte le mansioni che siano riconducibili a detto livello.

Scomparso dal testo il parametro di giudizio dell'equivalenza, sembra che il significato proprio delle parole utilizzate dal legislatore, secondo la loro connessione, indichino che, in caso di mutamento in fatto delle mansioni espletate, l'unico sindacato consentito al giudice eventualmente adito dal lavoratore sia quello di verificare se i nuovi compiti siano riconducibili al livello di inquadramento formalmente attribuito al medesimo; in caso di esito positivo di tale verifica, nessun'altra comparazione sarebbe consentita, in particolare con le mansioni in precedenza espletate dal dipendente e con la professionalità che dall'esercizio di esse ne è derivato.

In altre parole, mentre in precedenza era indispensabile un raffronto empirico tra vecchie e nuove mansioni condotto alla luce del criterio della “equivalenza professionale”, interpretato secondo

²⁵⁴ Così GARGIULO, *Lo ius variandi nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *RGL*, 2015, I, p. 623. Dello stesso A., per una visione complessiva della delega in materia di mansioni antecedente all'emanazione del decreto legislativo, *La revisione delle mansioni*, in Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e ...*, cit., p. 99 ss.

²⁵⁵ È noto che taluni studiosi contestano che il diritto del lavoro possa essere “letto esclusivamente in una dimensione di (presunta) «efficienza economica», quale strumento in grado di evitare disfunzioni del sistema produttivo”: così, da ultimo, diffusamente SPEZIALE, *Il contratto a tempo indeterminato a tutele crescenti tra law and economics e vincoli costituzionali*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2015, n. 259, p. 7; v. anche PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di paradigma per il diritto del lavoro?*, in Fiorillo, Perulli (a cura di), *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, Giappichelli, 2015, p. 3 ss.. Dà credito a chi sostiene che le regole sul contratto di lavoro poco incidono sulle dinamiche del mercato del lavoro, mentre incidono di più sul modo in cui si distribuisce la ricchezza prodotta L. ZOPPOLI, *Contratto a tutele crescenti e altre forme contrattuali*, in questa rivista, 2015, I, p. 18.

la mediazione giudiziale, con la nuova formula il giudizio è esclusivamente di sussunzione delle nuove mansioni nell'ambito della declaratoria astratta del livello di inquadramento²⁵⁶.

È stato subito sottolineato il chiaro intento di ridurre il ruolo del giudice²⁵⁷. Coerente con una linea di politica del diritto, sviluppatasi negli ultimi anni, che tende alla progressiva riduzione del controllo giudiziale sull'esercizio dei poteri del datore di lavoro²⁵⁸.

Il legislatore preferisce affidarsi all'autonomia collettiva²⁵⁹, considerata "la naturale autorità di governo delle problematiche relative alla mobilità professionale"²⁶⁰.

Invero, la contrattazione collettiva, nell'esercizio della sua autonomia, ordinariamente prevede il sistema di classificazione del personale articolandolo in plurimi livelli di inquadramento, secondo l'apprezzamento delle parti sociali. Già l'art. 96, co. 2, disp. att. cod. civ., - che opera sullo stesso piano dell'art. 2103 cod. civ. – contempla espressamente la possibilità che le qualifiche del prestatore di lavoro, nell'ambito di ciascuna categoria legale, possano essere raggruppate per "gradi" secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa.

Posto che anche in precedenza era possibile che il contratto collettivo accorpasse nel medesimo livello di inquadramento mansioni diverse che esprimessero distinte professionalità, nel vigore della disciplina pregressa la giurisprudenza di legittimità ha, però, costantemente escluso che la circostanza che le mansioni svolte e quelle di nuova assegnazione rientrassero nella medesima

²⁵⁶ In tal senso si è già espressa la giurisprudenza di merito (Trib. Roma, 30 settembre 2015, est. Sordi, in *LG*, 2015, 11, p. 1031 e ss., con nota di F. Aiello) secondo cui "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" (la pronuncia è annotata adesivamente da Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *RIDL*, in corso di pubblicazione). La sentenza si segnala anche perché esamina un mutamento di mansioni disposto prima del 25 giugno 2015 ma in atto ancora dopo tale data: secondo la pronuncia, costituendo il demansionamento una sorta di illecito "permanente", per cui la liceità della condotta datoriale deve essere compiuta con riferimento alla disciplina legale e contrattuale vigente giorno per giorno, l'assegnazione di determinate mansioni considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo; con l'ulteriore conseguenza, in tale ultimo caso, che il datore di lavoro non può essere condannato al risarcimento del danno per il periodo successivo al 25 giugno 2015 né all'assegnazione di mansioni al lavoratore diverse da quelle in atto svolte. Al contrario Trib. Ravenna, 30 settembre 2015, inedita a quanto consta, ha ritenuto non applicabile la nuova normativa alla fattispecie concreta "perché il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente. Ed il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l'altra è proprio il prodursi del demansionamento; con la correlata tutela reintegratoria e risarcitoria. A nulla conta invece che essa continui nel vigore della legge successiva; la quale peraltro non contiene alcuna norma retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale".

²⁵⁷ Secondo il giudizio *tranchant* di MISCHIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 2015, 5, p. 437, "si è tentato di precisare la normativa introdotta dallo Statuto modificata e distorta da contraddizioni cocenti in applicazioni giurisprudenziali volatili ed incerte".

²⁵⁸ In argomento si veda SPEZIALE, *Processo del lavoro, certezza del diritto ed effettività delle tutele*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2014, n. 215, p. 12 ss., secondo il quale «In questo contesto prevale una dimensione della certezza del diritto diversa da quella tradizionale ed intesa come insindacabilità della scelta del datore di lavoro – con l'eliminazione del contenzioso – ed esatta prevedibilità del "costo dell'inadempimento"».

²⁵⁹ Sin dalle "Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro avanzate dal CNEL" (4 giugno 1985, n. 206/154, relatore Mengoni) si poneva l'accento sulla "strutturale difficoltà del giudice ad esercitare poteri di controllo in questa materia" prospettandosi come soluzione migliore quella di affidare alla contrattazione collettiva il compito di definire in concreto il rapporto di equivalenza.

²⁶⁰ 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*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*, 2015, n. 257, p. 4. NUZZO, *Il nuovo art. ..., cit.*, § 2, "maliziosamente" afferma che il legislatore attribuisce potere al sindacato solo se è funzionale a ridurre quello del giudice.

qualifica contrattuale fosse sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 2103 cod. civ., essendo comunque riservato al giudice il sindacato ultimo di "equivalenza professionale".

Attualmente, invece, si delinea un meccanismo per certi versi analogo a quello previsto per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni²⁶¹.

Secondo la versione originaria dell'art. 52, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, *"il prestatore di lavoro deve essere adibito ... alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi..."*.

Ci si è chiesti se, alla stregua di tale formulazione, anche nel settore di lavoro pubblico il datore di lavoro, nel modificare le mansioni del dipendente, dovesse tener conto, oltre che del livello di inquadramento cui erano riconducibili le nuove mansioni, anche del bagaglio professionale acquisito in precedenza dal lavoratore, ovvero se l'unico vincolo per l'Amministrazione fosse costituito dalle formali previsioni della classificazione del personale prevista dal contratto collettivo²⁶².

I giudici di legittimità hanno percorso tale seconda strada, sostenendo che il citato art. 52 specifica un concetto di equivalenza "formale", ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi, e non sindacabile da parte del giudice, per cui condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita²⁶³.

5. La tutela della professionalità.

Il cambio di orizzonte attuato anche per il lavoro privato non è senza effetto.

Innanzitutto sono ipotizzabili inconvenienti applicativi determinati dalla possibilità che non vi sia adesione datoriale ad un contratto collettivo ovvero che siano assegnate mansioni non "testualmente" previste nella declaratoria contrattuale²⁶⁴.

²⁶¹ L'ispirazione è ammessa dalla stessa Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo.

²⁶² Cfr. SORDI, *Il sindacato giudiziale sugli atti della pubblica amministrazione datrice di lavoro*, relazione al corso della Scuola Superiore della Magistratura, Scandicci, 2-4 aprile 2014, p. 17. In materia v. ESPOSITO (a cura di), *Mansioni e professionalità nel pubblico impiego tra efficienza organizzativa e diligenza del prestatore di lavoro*, Jovene, 2007; PERRINO, *L'equivalenza delle mansioni tra riforma Brunetta e poteri del giudice: possibili scenari*, in FI, 2010, I, p. 2376, nonché, della stessa Autrice, *Segnali di deriva del principio di equivalenza delle mansioni del lavoratore pubblico*, in FI, 2007, I, p. 1615.

²⁶³ Cfr. Cass. n. 4583 del 2014; n. 18283 del 2010; n. 11405 del 2010; n. 11835 del 2009; n. 8740 del 2008; nonché Cass. Sez. Un. 4 aprile 2008 n. 8740 (quest'ultima può leggersi in LPA, 2008, p. 351 ss., con nota di M.G. Murrone). Il principio è tuttavia circostanziato dai rilievi che il riferimento all'aspetto, necessariamente soggettivo, del concetto di professionalità acquisita, mal si concili con le esigenze di certezza di corrispondenza tra mansioni e posto in organico, e che la natura pubblica del datore di lavoro lo condiziona a vincoli strutturali di conformazione al pubblico interesse ed alla compatibilità finanziaria delle risorse. Inoltre non può tacersi che la contrattazione collettiva del personale alle dipendenze di pubbliche amministrazioni non è realmente paragonabile – per formazione, efficacia e controlli – alla contrattazione collettiva nel settore privato, finanche di prossimità. La modifica introdotta all'art. 52, comma 1, d. lgs. n. 165 del 2001, dal d. lgs. n. 150 del 2009, secondo la quale *"il prestatore di lavoro deve essere adibito ... alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento"*, non sembra tale da giustificare di per sé un cambiamento degli esiti cui è pervenuta la giurisprudenza richiamata: v. SORDI, *op. cit.*, p. 7, con la dottrina ivi citata.

²⁶⁴ Cfr. GARGIULO, *Lo ius variandi*, *cit.*, p. 622, il quale ritiene che «l'interprete dovrà comunque ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del valore delle mansioni nuove rispetto alle "ultime effettivamente svolte", applicando dunque nuovamente il principio di equivalenza». Sostiene l'uso «in via parametrica della scala classificatoria del contratto collettivo di riferimento anche nelle ipotesi in cui esso non trovi applicazione ... analogamente, cioè, a quanto avviene per la parte retributiva», NUZZO, *Il nuovo art. ..., cit.*, § 3.

Ma il tramonto dell'equivalenza soprattutto pone all'interprete il delicato interrogativo se - ed eventualmente entro quali nuovi confini – l'attuale stesura dell'art. 2103 cod. civ. tuteli ancora il bene della professionalità²⁶⁵.

Dubbio legittimato dalla formulazione adottata dal decreto delegato, nonostante la legge delega n. 183/14 sancisse, tra i criteri ed i principi direttivi, che la revisione della disciplina delle mansioni dovesse contemperare l'interesse dell'impresa con l'interesse del lavoratore *"alla tutela ... della professionalità"*.

Opportuno dunque il riferimento a taluni arresti delle Alte Corti sul tema della professionalità, onde verificare se detti pronunciamenti possano influire sulla interpretazione della nuova disciplina.

Secondo la Corte costituzionale il primo comma dell'art. 2103 c.c., nel testo sostituito dall'art. 13 della l. n. 300 del 1970, doveva considerarsi una speciale norma di protezione del lavoratore per preservarlo dai "danni a quel complesso di capacità e di attitudini che viene definito con il termine professionalità, con conseguente compromissione delle aspettative di miglioramenti all'interno o all'esterno dell'azienda"²⁶⁶.

Anche per le Sezioni unite della Suprema Corte "il baricentro della disposizione in esame ... è la protezione della professionalità acquisita del prestatore di lavoro" (Cass. Sez. Un. 24 novembre 2006 n. 25033)²⁶⁷.

In tale pronuncia, confermando una pregressa giurisprudenza consolidata, si è specificato che l'equivalenza legittimante lo *ius variandi* dell'imprenditore "deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto"; ed ancora che "nell'indagine circa tale equivalenza non è sufficiente il riferimento in astratto al livello di categoria, ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente in modo tale da salvaguardare il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti possibilità di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze"²⁶⁸.

²⁶⁵ Secondo LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, cit., p. 7, «il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore intesa nel senso della giurisprudenza tradizionale, bensì la "posizione" da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene». Parimenti per BROLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 51, con la riforma del 2015 cambia il bene tutelato dal legislatore «dalla professionalità "acquisita" (secondo l'interpretazione prevalente) della persona che lavora alla professionalità "classificata" in un determinato contesto organizzativo aziendale» e l'Autrice acutamente evidenzia come l'operazione legislativa abbia trascinato la disciplina delle mansioni "fuori" del titolo I dello Statuto dei lavoratori che, con la sua rubrica dedicata alla *Libertà e dignità del lavoratore*, era stata utilizzata per ricercare la *ratio* della norma di cui all'art. 13 della l. n. 300/70 nella dignità professionale del lavoratore.

²⁶⁶ C. Cost. sent. n. 113 del 2004, che, sulla base della valenza costituzionale del bene protetto, dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751 bis, n. 1, c.c., nella parte in cui non muniva di privilegio generale sui mobili il credito del lavoratore subordinato per danni da demansionamento causati dall'illegittimo comportamento del datore di lavoro.

²⁶⁷ Può leggersi in MGL, 2007, 17, con nota di C. Pisani.

²⁶⁸ I seguiti della giurisprudenza di legittimità sono numerosi nel senso del rispetto di tali principi. *Ex pluribus*: Cass. n. 1916 del 2015; n. 4989 del 2014; n. 15010 del 2013; n. 25897 del 2009.

Si è andata così consolidando una nozione dinamica della professionalità, in quanto tesa a garantire anche l'accrescimento del bagaglio di conoscenze ed esperienze²⁶⁹.

La professionalità così evolutivamente intesa può essere sacrificata – secondo la Cassazione – quando il lavoratore “chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento, comunque giustificato”²⁷⁰, ovvero quando la contrattazione collettiva predisponga, “per esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi”, “meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra esse per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori inquadrati in quella qualifica”²⁷¹.

Il Supremo Collegio, che già aveva configurato “il danno professionale” risarcibile come consistente “nel pregiudizio derivante dall'impovertimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità”²⁷², ha inserito poi l'art. 2103 c.c. nella tavola dei diritti inviolabili della persona suscettibili di dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto attinente alla dignità personale del lavoratore in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione: ha infatti descritto come lesione di tale diritto proprio “i pregiudizi alla professionalità da dequalificazione, che si risolvano nella compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa”²⁷³.

Di recente si è affermato che “dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore deriva il diritto fondamentale di questi al pieno ed effettivo dispiegamento del suo professionalizzarsi espletando le mansioni che gli competono; la lesione di tale posizione giuridica soggettiva ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso”²⁷⁴.

Con tale imponente *acquis* giurisprudenziale dovrà misurarsi l'esegesi della modifica normativa dell'art. 2103 c.c..

²⁶⁹ Si è ben lontani da quella originaria dottrina secondo cui la scelta codicistica era diretta al mantenimento del *quantum* di professionalità dedotto nel rapporto, ritenendo una forzatura che la norma fosse preordinata a finalizzare il mutamento di mansioni alla crescita professionale del prestatore, laddove questa è tutelata solo in senso negativo, contro l'ipotesi di una dequalificazione: GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, in *ED*, XXV, 545 ss.

²⁷⁰ Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit..

²⁷¹ Ancora Cass. Sez. Un. n. 25033/2006 cit. che ha così risolto in senso favorevole a Poste Italiane la questione della validità di una clausola di fungibilità prevista dalla contrattazione collettiva di settore che rendeva equivalenti le mansioni di addetto allo sportello e quelle di addetto al recapito in quanto inserite nella medesima Area operativa.

²⁷² Cass. Sez. Un. 24 marzo 2006 n. 6572, in *FI*, 2006, I, c. 2334, con nota di P. Cendon.

²⁷³ Cfr. Cass. Sez. Un. 11 novembre 2008, nn. 26972, 26973, 26974, 26975. La n. 26973 può leggersi in *RIDL*, 2009, II, p. 465, con note di R. Scognamiglio e R. Del Punta.

²⁷⁴ Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, in *RIDL*, 2015, n. 4, con nota di U. Gargiulo, in corso di pubblicazione.

Lecito tuttavia dubitare che esso possa ancora consentire al giudice un sindacato che vada oltre le classificazioni della contrattazione collettiva, direttamente investita dalla legge del compito di delimitare i confini delle mansioni esigibili dal prestatore di lavoro subordinato²⁷⁵.

Il limite esterno al potere dell'imprenditore di modificare le mansioni del lavoratore, che prima trovava fonte esclusivamente nella legge e nel giudizio di equivalenza in essa iscritto, ora dalla stessa legge è affidato all'autonomia collettiva²⁷⁶.

Il legislatore ha deliberatamente scelto di preservare il patrimonio professionale del lavoratore in ambiti più ristretti, con il manifesto intento di venire incontro alle esigenze dell'impresa; nel contemperamento degli opposti interessi ha deciso di spostare il confine.

Solo ove esso venga valicato, e quindi si trasmodi dallo *ius variandi* lecito al mutamento peggiorativo illegittimo, scatteranno le guarentigie del novellato art. 2103 c.c., con il corredo di conseguenze risarcitorie²⁷⁷ e ripristinatorie²⁷⁸.

In altre parole solo nei casi di dequalificazione che si consumino oltre il livello di inquadramento – ovvero oltre l'assegnazione a mansioni inferiori consentite – nonché nelle più gravi ipotesi di demansionamento, cioè di svuotamento delle mansioni, sarà configurabile una responsabilità datoriale.

Residua uno spazio di criticità.

L'attuale contrattazione collettiva è stata stipulata nel vigore del canone dell'equivalenza delle mansioni legislativamente imposto, per cui, pur prevedendo livelli di inquadramento in cui confluivano professionalità disparate, era dato per presupposto dal quadro legale che non tutte le mansioni di quel livello potessero essere assegnate al lavoratore.

In attesa della stipulazione di nuovi contratti collettivi che tengano conto dell'art. 2103 c.c. di novellato conio²⁷⁹ potrebbe accadere che un imprenditore assegni un dipendente a compiti as-

²⁷⁵ Ipotizza, invece, che, «al fine di trovare una soluzione più coerente con la tradizione e con condivisibili esigenze sistematiche, la "riconciliabilità" venga, alla fine, ad essere intesa quale variante semantica dell'equivalenza», FERRANTE, *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I quaderni del C.E.D.R.I.*, 1/2015, p. 6.

²⁷⁶ Quasi superfluo sottolineare il ruolo decisivo che assume la contrattazione collettiva, anche futura: la scelta di accorpare più o meno mansioni nella declaratoria del medesimo livello di inquadramento inciderà in modo determinante sul potere unilaterale dell'imprenditore di esigerle e sul dovere del lavoratore di prestarle.

²⁷⁷ Sulla valutazione equitativa dell'entità del risarcimento v., da ultimo, Cass. n. 12253/2015 cit.. Ritiene che sia cambiato il criterio di risarcimento del danno alla professionalità, perché mutato il tipo di bene tutelato dall'ordinamento, M. MARAZZA, *Quale professionalità risarcire nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c.?*, in *Giustiziacivile.com*, 19 ottobre 2015, il quale lo identifica nel differenziale retributivo tra il livello delle mansioni di provenienza ed il livello di inquadramento di quelle illegittimamente assegnate.

²⁷⁸ Ove venga accertata l'esistenza di un comportamento contrario all'art. 2103 cod. civ., il giudice di merito, oltre a sanzionare l'inadempimento dell'obbligo contrattualmente assunto dal datore di lavoro con la condanna al risarcimento del danno, ben può emanare una pronuncia di adempimento in forma specifica, avente contenuto pienamente soddisfacente dell'interesse leso, portante la condanna del medesimo datore di lavoro a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione delle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l'originario incarico, ovvero un altro di contenuto equivalente, salva la dimostrata impossibilità, per inesistenza in azienda delle ultime mansioni o di mansioni equivalenti, con onere della prova incombente sul datore di lavoro (da ultimo Cass. n. 16012 del 2014). Nel nuovo regime è ipotizzabile che la condanna all'adempimento si faccia per tutte le mansioni del livello di inquadramento attribuito al lavoratore.

²⁷⁹ ZOLI, *op. cit.*, p. 11, ravvisa la necessità di un ripensamento dei sistemi classificatori, specie in quei settori nei quali sono stati adottati modelli di inquadramento a fasce larghe (cd. *broad banding*).

solitamente eterogenei rispetto alla professionalità acquisita, pur nel formale rispetto del medesimo livello di inquadramento²⁸⁰; magari, nei casi conosciuti dai nostri repertori, in cui il lavoratore veniva privato delle mansioni con intenti latamente punitivi, si sceglierà ora la strada giudizialmente più difendibile dell'attribuzione di compiti mai prima svolti, ma riconducibili al medesimo livello di inquadramento.

In tali ipotesi – che pur marginali non possono essere escluse *a priori* nella patologia dei rapporti – potrebbe soccorrere il punto di vista della Corte costituzionale espresso nella celebre sentenza n. 103 del 1989.

In essa il giudice delle leggi, sollecitato dal dubbio di legittimità costituzionale delle norme del codice civile nella parte in cui consentono all'imprenditore di attribuire ai dipendenti, a parità di mansioni, diversi livelli o categorie generali di inquadramento retributivo, lo ha dichiarato infondato, ma nei sensi di cui in motivazione.

Secondo la Corte costituzionale “per tutte le parti, anche quelle sociali, vige il dovere di rispettare i precetti costituzionali”²⁸¹.

Testualmente per la Consulta “il datore di lavoro deve astenersi dal compiere atti che possano produrre danni e svantaggi ai lavoratori, cioè lesioni di interessi economici, professionali e sociali; in particolare, dell'interesse allo sviluppo professionale (riferito sia alla carriera che alla valorizzazione delle relative capacità)”²⁸².

Pertanto “è demandato al giudice l'accertamento e il controllo dell'inquadramento dei lavoratori nelle categorie e nei livelli retributivi in base alle mansioni effettivamente svolte ... con il rispetto dei richiamati precetti costituzionali e dei principi posti in via generale dall'ordinamento giuridico vigente”, sicché “il giudice deve provvedere alle necessarie verifiche ed ha il potere di correggere eventuali errori, più o meno volontari”²⁸³.

²⁸⁰ FERRANTE, *op. cit.*, p. 5, propone come esempio paradossale quello del contratto collettivo del trasporto ferroviario AGENS per cui potrebbe accadere che “il capotreno venga adibito a mansioni di ufficiale di macchina nei collegamenti tramite ferry boat con le isole (livello “B”) o che il tecnico verificatore faccia il carpentiere (livello “C”)”.

²⁸¹ Tra essi nell'occasione la sentenza elenca, non solo la tutela del lavoro, ma l'elevazione morale e professionale dei lavoratori, la proporzionalità tra retribuzione e quantità e qualità del lavoro prestato, la pari dignità sociale dei lavoratori, il divieto di effettuare discriminazioni. In particolare si evidenzia che i principi costituzionali di tutela della dignità sociale e del divieto di discriminazioni sono trasfusi negli artt. 15 e 16 dello Statuto dei lavoratori che vietano atti discriminatori nell'organizzazione del lavoro e nella gestione del rapporto da parte del datore di lavoro e, specificamente, nell'assegnazione di qualifiche e mansioni.

²⁸² Proprio avuto riguardo allo *ius variandi* del datore di lavoro la Corte costituzionale ammonisce che, in virtù dell'art. 41 Cost., “il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà ed alla dignità umana”.

²⁸³ Segnala il possibile “ritorno del giudice” BROLLO, *Disciplina delle mansioni ...*, *cit.*, p. 61, la quale, constatato che per le criticità dell'attuale contrattazione collettiva la riforma veicola nell'immediato “una inevitabile dilatazione (in alcuni casi a dismisura) del perimetro delle mansioni legittimamente esigibili”, presagisce che “la giurisprudenza potrebbe coltivare operazioni di contenimento del ruolo della contrattazione collettiva ... ritagliando una estrema rete di salvaguardia della professionalità data dall'incompatibilità di certi compiti o attività lavorative, seppur ricompresi nello stesso livello o categoria legale di inquadramento”, nel caso i cui “le nuove mansioni non corrispondano alla specifica competenza tecnica del lavoratore, ovvero la negoziabilità collettiva snaturi la valenza ontologica della professionalità delle mansioni”. Immagina “nuovi spazi dell'intervento della giurisprudenza nella misura in cui all'interno dei livelli di inquadramento siano previste aree professionalmente affatto eterogenee” anche ZOLI, *op. cit.*, p. 11.

In tali più angusti confini, al netto di tentazioni controriformiste o di letture minimaliste, potrebbero, dunque, trovare adeguata soluzione fattispecie concrete in cui l'applicazione della nuova disciplina dovesse condurre a conseguenze manifestamente irragionevoli o dovesse agevolare condotte abusive²⁸⁴.

In definitiva, la tutela del bene della professionalità tradizionalmente intesa non è perentoria, anche se dal novellato art. 2103 c.c. di certo fuoriesce ridimensionata²⁸⁵.

6. Adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore.

Al cospetto del divieto inderogabile di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori posto dalla precedente dettatura dell'art. 2103 c.c., nel corso del tempo, la stessa legge ha configurato una serie di eccezioni²⁸⁶.

Anche la giurisprudenza ha fatto la sua parte, mostrando aperture – cui si è fatto cenno – che escludono la legittimità del licenziamento per sopravvenuta infermità permanente allorché sia possibile altra attività riconducibile, non solo a mansioni equivalenti, ma anche, in difetto di altre soluzioni, a mansioni inferiori²⁸⁷; nella medesima prospettiva di tutela dell'interesse del prestatore al mantenimento del posto di lavoro si è riconosciuta la validità del cd. «patto di demansionamento»²⁸⁸, sempre che vi sia il consenso del lavoratore non affetto da vizi della volontà e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo²⁸⁹.

Il fondamento razionale giustificativo delle deroghe introdotte dalla giurisprudenza all'espressa previsione della nullità di ogni patto contrario è ravvisabile nella oggettiva prevalenza dell'inte-

²⁸⁴ In tale prospettiva assume valore paradigmatico la vicenda giurisprudenziale concernente la l. 29 gennaio 1992 n. 58, la quale, nel riformare il settore delle telecomunicazioni con il passaggio dei servizi di telefonia dal settore pubblico a quello privato, ha previsto la predisposizione, sulla base di accordo con le organizzazioni sindacali, di tabelle di equiparazione tra le vecchie e nuove qualifiche del personale transitato; secondo i giudici di legittimità, qualora le tabelle di equiparazione, pur contrattate dalle parti sociali, non siano adeguate, per mancata corrispondenza tra le mansioni da esse equiparate, le stesse possono essere disapplicate dal giudice con individuazione ad opera del medesimo della qualifica o livello corrispondente alle astratte previsioni di quella precedentemente rivestita (tra le tante: Cass. n. 15605 del 2004; Cass. n. 10039 del 2007; Cass. n. 24231 del 2010).

²⁸⁵ Con immagine efficace BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 90, chiosa che "la nullità dei patti contrari posta dall'art. 13 dello Statuto a presidio della dignità professionale che potrebbe essere intaccata anche dal potere negoziale (individuale e collettivo) resta come icona, ma diventa molto più pallida".

²⁸⁶ Secondo l'art. 4, co. 11, l. n. 223 del 1991, gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di mobilità, al fine di garantire il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire l'assegnazione dei lavoratori esuberanti, in deroga al secondo comma dell'art. 2103 c.c., a mansioni diverse e quindi anche inferiori (in tal senso, da ultimo, Cass. n. 14944 del 2014); l'art. 4, co. 4, l. n. 68 del 1999 ammette l'adibizione a mansioni inferiori per il lavoratore divenuto inabile in conseguenza di infortunio o malattia, al fine di evitare il licenziamento e nel caso in cui non possa essere adibito a mansioni equivalenti; l'art. 7, co. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, in materia di tutela della maternità, prevede che possa essere "adibita a mansioni inferiori a quelle abituali" la lavoratrice in gravidanza nel caso in cui quelle di assunzione siano ricomprese tra le mansioni a rischio o comunque interdette in relazione al peculiare stato della dipendente.

²⁸⁷ Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.; conforme: Cass. n. 15500 del 2009.

²⁸⁸ Tra le altre: Cass. n. 6822 del 1992; n. 9386 del 1993; n. 4790 del 2004.

²⁸⁹ È necessario, cioè, che vi sia una reale situazione che renda concreta una prospettiva di licenziamento e che l'accettazione delle diverse mansioni in deroga all'art. 2103 avvenga in condizioni idonee ad escludere che si tratti di un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione della norma imperativa (Cass. n. 4790/2004 cit.; n. 2375 del 2005).

resse del lavoratore al posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto²⁹⁰; non quindi un qualsiasi interesse del lavoratore né, tanto meno, un interesse meramente organizzativo dell'impresa²⁹¹.

Il d. lgs. n. 81 del 2015 ha intrapreso risolutamente la via di normare fattispecie generali di mutamenti peggiorativi leciti e che possono essere partitamente esaminate a seconda che le modifiche siano consentite al potere unilaterale dell'imprenditore, anche abilitato dalle previsioni della contrattazione collettiva, oppure dalla stipulazione di accordi individuali (v. *infra* § 8).

Innanzitutto il lavoratore “può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore” (comma 2).

Val la pena sottolineare che si tratta di ipotesi in cui non è richiesto il consenso del lavoratore, essendo sufficiente che ricorra il presupposto indicato dalla norma, e cioè che sussista una “*modifica degli assetti organizzativi aziendali*” e che tale modifica sia causalmente incidente sulla “*posizione del lavoratore*”²⁹².

Considerata la genericità della formula e la dubbia coerenza con i criteri direttivi della legge n. 183/2014, si è già detto della tesi che interpreta la disposizione alla luce dei principi della delega per cui la *reformatio in peius* non sarebbe ammessa per qualsiasi mutamento organizzativo ma solo quando occorra contemperare “*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*”.

Anche secondo questa più prudente esegesi vi sarebbe comunque un ampliamento dei poteri dell'imprenditore rispetto alle deroghe giurisprudenziali in precedenza riconosciute, secondo le

²⁹⁰ Ancora Cass. Sez. Un. n. 7755/1998 cit.: le esigenze di tutela del diritto alla conservazione del posto di lavoro sono prevalenti su quelle di salvaguardia della professionalità del lavoratore; già all'epoca il Supremo Collegio osservava che “ad una non rigida interpretazione dell'art. 2103 c.c. inducono le maggiori e notorie difficoltà in cui versa oggi il mercato del lavoro”.

²⁹¹ Opina che la teoria del “male minore” abbia dato luogo a grande variabilità dei responsi giurisprudenziali, “con il doppio difetto, reciprocamente nutrito, della grande incertezza ed allo stesso tempo di conoscere solo dopo la sentenza del giudice se c'era o no diritto”, MISCIONE, *op. cit.*, p. 439. Talune pronunce sembrano legittimare la modifica *in peius* delle mansioni su mera richiesta del lavoratore per soddisfare un interesse non ulteriormente qualificato (Cass. n. 11297 del 1991; Cass. n. 17095 del 2011), con il rischio di eludere in concreto il principio di nullità dei patti contrari (cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni ...*, *cit.*, p. 66, con la giurisprudenza citata alla nota 53). Da ultimo Cass. n. 11395 del 2014, ha affermato che l'art. 2103 c.c. va interpretato “alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello di lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra le altre, ristrutturazioni aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato del Codice Civile”; su cui v. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della corte di cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *ADL*, 2015, p. 143 ss.

²⁹² Secondo MIMMO, *Mansioni. La riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, p. 20, la circostanza che la modifica degli assetti organizzativi debba incidere sulla posizione del lavoratore «dovrebbe indurre a ritenere che il presupposto di tale modifica sia in ogni caso quello dell'impossibilità a continuare a far svolgere al prestatore le mansioni assegnate, per esempio nell'ipotesi in cui dal riassetto organizzativo derivi la soppressione del posto di lavoro». All'opposto si ritiene che il testo vigente della norma non esiga affatto che il demansionamento del lavoratore si presenti come alternativa ad un licenziamento e neppure ad una comprovata crisi aziendale: VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”*, 2015, n. 262, p. 7; CANALI DE ROSSI, *Mansioni: ius variandi datoriale e demansionamento*, in *DPL*, 2015, p. 1345; MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, in *DPL*, 2015, p. 1813.

opzioni più condivisibili, solo ove vi fosse l'alternativa tra il licenziamento e l'adibizione a compiti deteriori²⁹³.

Resta da comprendere entro che limiti potrà svilupparsi il controllo giudiziale sulla sussistenza del presupposto indicato dalla legge, ed eventualmente anche sull'interesse del lavoratore non solo al mantenimento del posto di lavoro ma pure alla tutela della professionalità e delle condizioni individuali.

La genericità dei termini non dovrebbe comunque impedire la giustiziabilità delle situazioni giuridiche soggettive tutelate²⁹⁴, ma è agevole prevedere che si riproporranno i consueti temi del rapporto, sovente conflittuale, tra libertà d'impresa ed estensione del sindacato del giudice sulle scelte del datore di lavoro²⁹⁵.

Per il successivo comma 4 *“ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore ... possono essere previste dai contratti collettivi”*²⁹⁶.

La disposizione costituisce attuazione del criterio direttivo contenuto nella delega il quale prevedeva che *“la contrattazione collettiva ... possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera”*.

Probabilmente nella logica dell'art. 1, comma 7, lett. e) della l. n. 183/2014 vi era una prima indicazione di individuare per legge le ipotesi di modifica unilaterale delle mansioni, nei casi di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa e l'interesse qualificato del lavoratore; a tale elencazione avrebbero poi potuto aggiungersi le ipotesi, necessariamente diverse ed ulteriori, previste dalla contrattazione collettiva.

Considerata ora l'ampiezza del potere conferito all'imprenditore già dal comma 2 non è agevole comprendere quali *“ulteriori ipotesi”* possano essere stabilite dall'autonomia collettiva, anche di livello aziendale²⁹⁷.

²⁹³ Ad esempio, per Cass. n. 1575 del 2010, la mera soppressione delle mansioni proprie della qualifica di appartenenza non è sufficiente a giustificare l'assegnazione a mansioni inferiori se non è accompagnata dalla necessità di estinguere il rapporto di lavoro (conforme: Cass. n. 12253/2015 cit); v. però, per una più lata prospettiva, la giurisprudenza citata alla nota 52.

²⁹⁴ Come sembra paventare BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 nel Jobs Act*, in www.dirittisocialie cittadinanza.it, 2015, p. 2, secondo il quale il presupposto giustificativo dell'adibizione a mansioni inferiori è talmente labile da essere affidato alla piena discrezionalità valutativa del datore di lavoro.

²⁹⁵ A tal proposito occorrerà verificare se la modifica peggiorativa delle mansioni soggetta al nuovo regime costituisca *“esercizio dei poteri datoriali”* rientrante nell'ambito di applicabilità dell'art. 30 della l. n. 183 del 2010, fermi restando i dubbi circa la reale portata innovativa di detta disposizione.

²⁹⁶ Secondo il rinvio generale contenuto nell'art. 51 del d. lgs. n. 81 del 2015: *“Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi di livello nazionale, territoriali o aziendali stipulati da associazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria”*.

²⁹⁷ Va ricordato che già l'art. 8, d.l. n. 138 del 2011, convertito con modificazioni in l. n. 148 del 2011, ha affidato alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di disciplinare le materie relative all'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento anche *“alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale”* (comma 2, lett. b). Con sentenza n. 221 del 2012 la Corte costituzionale ha dichiarato infondata la questione di legittimità costituzionale di detta normativa sollevata dalla Regione Toscana in relazione agli artt. 39, 117, comma 3, e 128 Cost. nonché al principio di leale collaborazione. In generale su tale disciplina v. DE LUCA TAMAJO, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge 148/2011*, in *DRI*, 2012, p. 11; secondo SPEZIALE, *Le politiche del lavoro*, cit., p. 30, la previsione in materia di mansioni si porrebbe in termini di specialità rispetto

Probabilmente ad essa residuerà il compito di una specificazione esemplificativa delle vicende aziendali riconducibili ad una modifica degli assetti idonea a legittimare l'assegnazione a mansioni inferiori da parte dell'imprenditore²⁹⁸. Non par dubbio, comunque, che l'intervento additivo della contrattazione, ove attuato diversamente da una esemplificazione integrativa, possa prescindere dalla modifica organizzativa di cui al comma 2, in linea con la legge di delegazione che, nel riferirsi alle prerogative della contrattazione collettiva, non fa riferimento ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione²⁹⁹.

Sia nel caso del comma 2 che del comma 4 una serie di cautele circondano l'esercizio del potere datoriale.

Innanzitutto barriere generali al declassamento: le mansioni devono rientrare nella medesima categoria legale³⁰⁰ e nel livello di inquadramento immediatamente inferiore a quello ricoperto dal lavoratore³⁰¹.

Inoltre il mutamento di mansioni deve essere comunicato per iscritto, a pena di nullità; in tal modo si rende certo il momento a partire dal quale è disposta l'assegnazione a mansioni del livello inferiore. Auspicabile che la comunicazione sia accompagnata dalla motivazione che giustifichi l'atto unilaterale, ma non si tratta di una condizione di validità del medesimo, in quanto non prevista dalla legge, alla stregua di quanto accade per i trasferimenti, la cui disciplina è integralmente confermata dal comma 8 del novellato art. 2103 cod. civ.³⁰².

all'art. 8 citato e pertanto l'autonomia collettiva potrebbe "agire anche in assenza dei presupposti normativi (vincoli di scopo, efficacia soggettiva, etc.) previsti dalla disposizione del 2011".

²⁹⁸ Così GARGIULO, *Lo ius variandi ...*, cit., p. 629.

²⁹⁹ Cfr. DE ANGELIS, *op. cit.*, 8, il quale poi esclude che la contrattazione collettiva possa operare non per flessibilizzare ulteriormente la disciplina delle mansioni ma, all'opposto, per aggiungere limiti.

³⁰⁰ ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in www.pietroichino.it, 27 luglio 2015, definisce il ritorno alla divisione tra operai e impiegati una "cosa curiosa", visto che l'avvento dell'inquadramento unico da decenni sembrava aver superato la distinzione tra dette categorie legali.

³⁰¹ Depone in tal senso l'uso della preposizione "al" legato al singolare del "livello di inquadramento".

³⁰² Come noto ai fini dell'efficacia del provvedimento di trasferimento del lavoratore, anche nella precedente formulazione dell'art. 2103 cod. civ. non era espressamente previsto che venissero contestualmente enunciate le ragioni del trasferimento stesso, atteso che era richiesto soltanto che tali ragioni, ove contestate, risultassero effettive e comprovate. Tuttavia, secondo la giurisprudenza di legittimità, l'onere dell'indicazione delle ragioni del trasferimento, che, in caso di mancato adempimento, determinava l'inefficacia sopravvenuta del provvedimento, sorgeva a carico del datore di lavoro nel caso in cui il lavoratore ne facesse richiesta, dovendosi applicare per analogia la disposizione di cui all'art. 2 l. n. 604 del 1966, che prevedeva l'insorgenza di analogo onere nel caso in cui il lavoratore licenziato chiedesse al datore di lavoro di comunicare i motivi del licenziamento (per tutte Cass. n. 8268 del 2004; Cass. n. 1912 del 1998; v. però Cass. n. 11984 del 2010). L'art. 1, comma 37, della l. n. 92 del 2012, ha sostituito il comma 2 dell'art. 2 della l. n. 604/66 cit., stabilendo che la specificazione dei motivi debba essere contestuale alla comunicazione del licenziamento; si è escluso che l'applicazione analogica del predetto art. 2 possa essere confermata anche rispetto alla nuova versione della norma, introducendosi per tale via a carico del datore di lavoro oneri di motivazione contestuale del trasferimento estranei al tenore dell'art. 2013 c.c. (SORDI, *Le modifiche alla disciplina dei licenziamenti individuali*, in *La riforma del lavoro*, Giuffrè, 2013, 231; GRAGNOLI, *Prime considerazioni sulla nuova disciplina in tema di licenziamento*, in *Nuove regole dopo la legge n. 92 del 2012 di riforma del mercato del lavoro*, Giappichelli, 2013, p. 125). ZOLI, *op. cit.*, p. 15, sul tema giustamente evidenzia che, nel caso di modifica delle mansioni, i termini decadenziali previsti dall'art. 32 della l. n. 183 del 2010 per l'impugnazione dell'atto e per l'azione in giudizio non sono destinati ad operare.

Infine il lavoratore ha diritto alla formale conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento³⁰³, confermandosi un principio di irriducibilità della retribuzione³⁰⁴.

Si verifica una divaricazione tra l'inquadramento ed il corrispondente trattamento economico rispetto alla prestazione lavorativa resa dal dipendente, ma ciò è previsto a tutela di questi e quale contropartita al sacrificio imposto dall'esigenza organizzativa dell'impresa.

Non pare che ciò sia sufficiente a sostenere che l'adibizione *in peius* debba essere temporanea, in assenza di un dato normativo inequivoco. È stato tuttavia ipotizzato un diritto alla riassegnazione del lavoratore a mansioni proprie del livello formalmente conservato, nel caso in cui si liberi una prestazione coerente, in termini contenutistici, con tale livello originario³⁰⁵.

Piuttosto la combinazione determinata dall'ampliamento delle mansioni esigibili a tutte quelle previste dal livello di inquadramento unitamente alle strade nuove aperte all'assegnazione a mansioni inferiori ridonda inevitabilmente nei suoi effetti sul tema del *repechage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

La questione sarebbe meritevole di approfondimenti non esperibili in questa sede. Sinteticamente può dirsi che, secondo la consolidata pratica delle Corti, il recesso datoriale per giustificato motivo oggettivo era ritenuto illegittimo se il datore di lavoro non provava anche l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni equivalenti ovvero, in ipotesi, anche inferiori.

Mutatis mutandis occorrerebbe presagire che il licenziamento per motivi economici resta illegittimo³⁰⁶ se il datore di lavoro non fornirà prova dell'impossibilità di adibire il dipendente a mansioni previste dal suo livello di inquadramento ma anche da quello inferiore, considerato che la soppressione del posto di lavoro configurerebbe senz'altro la modifica organizzativa di cui al comma 2 del novellato art. 2103 cod. civ..

All'ampliamento dell'area del debito di prestazione del lavoratore corrisponde così un restringimento – non si sa quanto voluto – del potere datoriale di licenziare per un giustificato motivo oggettivo³⁰⁷.

³⁰³ "... fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa" (comma 5, ultima parte).

³⁰⁴ Principio che, essendo previsto per il caso di assegnazione a mansioni inferiori, dovrebbe logicamente valere anche in caso di mobilità orizzontale.

³⁰⁵ Cfr. GARGIULO, *Lo ius variandi*, cit., p. 623, secondo il quale il lavoratore potrà rivendicare la copertura del posto resosi libero e che gli consenta di riequilibrare inquadramento e mansioni. Convengono sul punto: BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 71; ZOLI, op. cit., p. 15.

³⁰⁶ La questione della legittimità o meno del licenziamento è a monte del problema, solo successivo, del tipo di sanzione applicabile, reintegratoria o indennitaria, di cui all'art. 18 l. n. 300 del 1970, novellato dalla l. n. 92 del 2012 (sul punto v. MARESCA, *Il nuovo regime sanzionatorio del licenziamento illegittimo: le modifiche dell'art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in *RIDL*, 2012, I, p. 435). Vi è chi ritiene che l'intervento normativo operi, anche se in maniera surrettizia, sulle ragioni giustificative del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, prima ancora che sulle conseguenze inerenti alla valutazione delle medesime: GARGIULO, *Il licenziamento economico alla luce del "novellato" art. 18*, in questa rivista, 2014, I, p. 87 e ss., ove viene esaminato tra l'altro il ruolo da riconoscere al *repechage* nella nuova disciplina (su cui v. anche L. ZOPPOLI, *Flex/insecurity. La riforma Fornero (l. 28 giugno 2012 n. 92) prima, durante e dopo*, Editoriale Scientifica, p. 138).

³⁰⁷ Cfr. BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 42, secondo cui la maggiore flessibilità gestionale del posto di lavoro avrebbe come effetto indiretto quello di irrobustire la stabilità del posto di lavoro, seppur presidiata da una tutela sempre più debole.

7. Gli accordi individuali in deroga.

Secondo il comma 6 della disposizione in esame *“possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione”*.

Con tali accordi è dunque possibile modificare, in senso peggiorativo per il lavoratore, non solo le mansioni, ma anche la categoria legale, il livello di inquadramento³⁰⁸ e perfino la retribuzione acquisita.

Una così ampia potestà derogatoria è consentita nella ricorrenza di talune condizioni.

L'accordo dovrà esser stipulato *“nelle sedi di cui all'articolo 2113 c.c., quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione ...”*³⁰⁹, con l'assistenza, ove richiesta dal lavoratore, di *“un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro”*³¹⁰.

Si tratta chiaramente dell'esigenza di proteggere la libera formazione della volontà del lavoratore dal rischio di pressioni indebite, tanto più ipotizzabili atteso che l'accordo avviene in costanza di rapporto di lavoro ed è perfino inutile dire dell'asimmetria delle condizioni psicologiche, e non solo, degli stipulanti.

Inoltre in tali casi l'accordo può farsi *“nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita”*, richiamandosi così taluni criteri direttivi della legge delega.

Al di là della difficoltà di dettagliare i possibili contenuti di siffatti interessi del lavoratore che giustificano la stipulazione³¹¹, occorre soprattutto interrogarsi sul rilievo che essi possano avere sulla validità del negozio e sulla loro sindacabilità in giudizio.

Orbene, l'espressa previsione normativa ha fatto esprimere l'opinione che ritiene operante una nullità *“in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso”*³¹².

In realtà, una volta che il lavoratore avrà sottoscritto il patto, indicando la ricorrenza di uno degli interessi specificati dalla norma, il tutto con l'avallo della sede protetta, sarà per lui davvero complicato impugnare l'accordo con qualche probabilità di successo eccependo che detto interesse non sussisteva.

³⁰⁸ Anche più livelli di inquadramento inferiori secondo MIMMO, *op. cit.*, p. 21.

³⁰⁹ Si tratta delle cd. “sedi protette” previste dagli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater c.p.c. e dall'art. 76 del d. lgs. n. 276 del 2003.

³¹⁰ Sui precedenti legislativi di tale modello di assistenza qualificata al lavoratore v. VOZA, *op. cit.*, p. 14.

³¹¹ Sui quali indaga GARGIULO, *Lo ius variandi, cit.*, p. 629, cui si rinvia.

³¹² Così DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 9. Al contrario, ZOLI, *op. cit.*, p. 20, ritiene discutibile che il suddetto accordo sia sindacabile in giudizio in ordine alla veridicità delle ragioni addotte, sempre che non emerga un vero e proprio vizio del consenso o che sia fornita la prova della palese pretestuosità dell'interesse addotto, tale da condurre alla nullità dell'accordo per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge. Per FERRANTE, *op. cit.*, p. 9, il negozio sarebbe esposto ad un rischio di annullamento ai sensi dell'art. 1429 c.c.

Piuttosto la tipizzazione degli interessi, in una ottica preventiva, dovrebbe rafforzare i compiti di vigilanza del soggetto innanzi al quale tali accordi sono conclusi, secondo taluno “tenuto a verificare la sussistenza dell’interesse addotto dal lavoratore”³¹³, per cui, oltre a garantire una assistenza effettiva ed informata, l’organo di conciliazione dovrà valutare la genuinità della volontà dispositiva del subordinato in relazione all’interesse qualificato dalla norma.

8. Gli obblighi formativi.

In base all’inedito comma 3 *“Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall’assolvimento dell’obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione delle nuove mansioni”*.

L’apprezzabile tentativo di introdurre il tema della formazione nelle dinamiche della mobilità endoaziendale si scontra con una discutibile formulazione della norma sul piano tecnico³¹⁴, con prevedibili incertezze applicative che non consentono attese enfatiche.

C’è chi si interroga su quale parte del rapporto di lavoro gravi *“l’assolvimento dell’obbligo formativo”*, considerato che vi è un obbligo di fornire formazione ma anche un dovere di eseguirla³¹⁵.

L’inciso *“ove necessario”* è talmente vacuo da rendere necessario confidare nell’intervento integrativo e chiarificatore della contrattazione collettiva.

Il generico richiamo al *“mutamento di mansioni”* e la collocazione del comma, incastonato tra il secondo ed il quarto, lasciano il dubbio se l’obbligo sorga solo in caso di adibizione a mansioni inferiori, ovvero anche nel caso di mobilità orizzontale e finanche di mansioni superiori, dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria.

L’unica cosa certa è che il mancato adempimento dell’obbligo formativo non invalida l’atto di assegnazione delle nuove mansioni, depotenziando però l’efficacia precettiva della norma³¹⁶.

Le conseguenze dell’inadempimento saranno, dunque, essenzialmente di tipo risarcitorio, anche se per il lavoratore sarà difficile allegare e provare il danno subito per la mancata formazione; potrebbe residuare un esercizio di autotutela da parte del dipendente che rifiuti di svolgere mansioni per le quali non ha la necessaria capacità³¹⁷, così come un esonero da responsabilità per lo svolgimento di compiti per i quali non è stato sottoposto alla necessaria formazione³¹⁸.

9. Assegnazione a mansioni superiori.

Nel vigore della disciplina anteatta l’assegnazione a mansioni superiori diventava definitiva dopo

³¹³ VOZA, *op. cit.*, p. 13.

³¹⁴ LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, *cit.*, p. 12.

³¹⁵ LISO, *Brevi osservazioni sulla ...*, *cit.*, p. 13.

³¹⁶ In confronto basti pensare, ad esempio, alla ben diversa portata deterrente prevista per l’adempimento degli obblighi formativi nei contratti di formazione e lavoro suscettibili di conversione in rapporti di lavoro a tempo indeterminato.

³¹⁷ MISCIONE, *op. cit.*, p. 444. In tal senso anche ZOLI, *op. cit.*, p. 18, il quale ipotizza tra le conseguenze ipotizzabili in ragione della previsione normativa anche l’esperibilità di un’azione di adempimento, ex art. 1453 c.c., ovvero la giusta causa delle dimissioni eventualmente rese dal lavoratore.

³¹⁸ GARGIULO, *Lo ius variandi ...*, *cit.*, p. 627.

un periodo comunque non superiore a tre mesi, in quanto la contrattazione collettiva poteva disporre solo in favore del lavoratore.

Attualmente, fermo il diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, la cd. promozione automatica si consegue *"dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi"* (comma 7)³¹⁹.

Dunque il periodo minimo che garantisce l'inquadramento superiore può essere liberamente determinato dalla contrattazione collettiva³²⁰, sia *in melius* che *in peius*, e, ove essa manchi, il limite legale è comunque innalzato a *"sei mesi continuativi"*.

Si è esplicitato il requisito della continuità, già ricavato in via interpretativa dalla giurisprudenza, che ha però sovente sanzionato frazionamenti fraudolenti dell'adibizione a mansioni superiori operati dal datore di lavoro³²¹.

Inoltre il lasso temporale per conseguire il diritto all'inquadramento superiore era prima computabile tutte le volte in cui l'espletamento di mansioni superiori non avesse avuto luogo *"per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto"*³²², mentre ora si estende la preclusione dei periodi non utili ai fini della promozione automatica a tutte le ipotesi in cui l'assegnazione *"non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio"*.

Si esclude così che la sostituzione di un dipendente in servizio, qualsiasi sia la ragione dell'assenza, possa radicare il diritto alla stabilizzazione dell'inquadramento superiore³²³.

Infine, la disposizione lascia salva la *"diversa volontà del lavoratore"*, ipotizzando casi in cui il lavoratore per ragioni personali non ha interesse a conseguire la definitiva promozione³²⁴.

Si è detto trattarsi non di rifiuto a svolgere mansioni superiori, bensì di mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono, per cui, una volta superato il periodo minimo previsto,

³¹⁹ La nuova disciplina si applica anche alla categoria dei quadri in quanto l'art. 3, comma 2, del d. lgs. n. 81 del 2015 ha abrogato l'art. 6 della l. n. 190 del 1985 che prevedeva, in deroga all'art. 13 della l. n. 300 del 1970, che l'autonomia collettiva potesse allungare il termine di tre mesi previsto per la promozione.

³²⁰ Anche in questo caso individuata dal rinvio di cui all'art. 51 del d. lgs. n. 81 del 2015.

³²¹ Sugli orientamenti circa la cumulabilità dei distinti periodi di svolgimento delle mansioni superiori ai fini del conseguimento del diritto alla promozione, che dovrebbero tuttora mantenere una loro validità, v. BROLLO – VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da Persiani-Carinci), vol. IV, I, 2012, 576-577. Da ultimo cfr. Cass. n. 17870 del 2014.

³²² Secondo la Corte di cassazione per lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, la cui sostituzione da parte di altro lavoratore avente una qualifica inferiore non attribuisce a quest'ultimo il diritto alla promozione deve intendersi soltanto quello che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro, e non anche quello destinato, per scelta organizzativa del datore di lavoro, a lavorare fuori dell'azienda o in altra unità o altro reparto, o, ancora, inviato a partecipare ad un corso di formazione (Cass. n. 2280 del 2010; n. 14299 del 2006; n. 17659 del 2002; n. 3145 del 2002;).

³²³ Viene fatto l'esempio della sostituzione del dipendente in ferie che non darebbe luogo a promozione automatica: DE ANGELIS, *op. cit.*, p. 10; MISCIONE, *op. cit.*, p. 444, secondo il quale sarebbero escluse anche le sostituzioni "a cascata", cioè le sostituzioni di chi sostituisce l'assente; precisa ZOLI, *op. cit.*, p. 21, che l'esenzione opera in tutti i casi in cui il lavoratore sia assente senza che il relativo rapporto sia sospeso, quindi non solo in caso di ferie, ma anche di permessi o di partecipazione a corsi di formazione o a missioni.

³²⁴ Si pensi alla volontà di sottrarsi alle maggiori responsabilità derivanti dal superiore inquadramento ovvero all'esigenza di evitare la perdita di tutele per il passaggio alla categoria dirigenziale (in termini CANALI DE ROSSI, *op. cit.*, p. 1345).

esso costituirebbe una rinuncia ad un diritto alla promozione già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, senza però meccanismi di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore³²⁵.

Occorre tuttavia rammentare che per numerose pronunce della Cassazione, anche ove è in gioco la prosecuzione stessa del rapporto di lavoro, del diritto di impugnare il licenziamento il lavoratore può liberamente disporre, facendone oggetto di rinunce e transazioni che sono sottratte alla disciplina dell'art. 2113 c.c.³²⁶.

³²⁵ Sul punto v. VOZA, *op. cit.*, p. 16, che registra una anomalia rispetto al regime generale di cui all'art. 2113 c.c. Secondo ZOLI, *op. cit.*, p. 23, la disposizione in esame "deroga espressamente la regola generale e configura quello alla promozione come un diritto disponibile". Si rammenta che la giurisprudenza che riconosceva validità ed efficacia alla rinuncia unilaterale del lavoratore alle mansioni superiori da lui svolte in concreto (Cass. n. 6515 del 1988; Cass. n. 11297 del 1991) si preoccupava di introdurre adeguati temperamenti per fugare il sospetto che l'atto dismissivo fosse frutto di un'imposizione del datore di lavoro in violazione dei limiti inderogabili posti dalla legge, onde richiedeva fosse acquisita la prova che la decisione unilaterale del lavoratore era stata determinata da una scelta esclusiva, operata in assenza di qualsivoglia sollecitazione, sia pure indiretta, del datore di lavoro, il quale l'aveva invece subita (Cass. n. 17793 del 1993).

³²⁶ Tra le tante, cfr. Cass. n. 2721 del 1981; Cass. n. 12745 del 1992; Cass. n. 11581 del 1997; Cass. n. 13134 del 2000; Cass. n. 12301 del 2003.