

Oggetto: La nuova disciplina delle mansioni e dello “ius variandi” con particolare riferimento alle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 81 del 2015

Chieti 5 aprile 2016

Introduzione:

L’oggetto dell’indagine attiene alle modalità di esercizio del cosiddetto potere conformativo della prestazione lavorativa, che costituisce un riflesso del potere direttivo dell’imprenditore e rimanda direttamente al disposto dell’art. **2103 c.c.** (intitolato adesso “*Prestazione del lavoro*”) che, a seguito delle modifiche introdotte dal d. lgs. n. 81 del 15 giugno 2015, si trova alla sua terza versione.

Nella originaria versione della norma lo *ius variandi* era riconosciuto all’imprenditore, se non diversamente convenuto, “*in relazione alle esigenze dell’impresa*”, purché non comportasse 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 es.: 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*” (Cass. n. 1388 del 2006; Cass. n. 4012 del 2002) erigendo a difesa del divieto di modifiche peggiorative la nullità di ogni patto contrario (“*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta, e l’assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi.*”).

Com’è noto, le mansioni costituiscono i compiti cui il prestatore di lavoro è obbligato e costituiscono l’oggetto dell’obbligazione principale del lavoratore. 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 pattuita.

In base all'art. **96 disp. att. c.c.**, infatti, 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”*.

La prestazione di attività lavorativa, inoltre, per consolidata giurisprudenza, costituisce non solo oggetto di obbligazione, ma anche un diritto del prestatore di lavoro, quale esplicitazione della personalità del lavoratore e della sua dignità, beni di rilievo costituzionale.

Per *ius variandi* si intende il potere del datore di lavoro di specificare i compiti concretamente assegnati al lavoratore, ma anche di mutare le sue mansioni.

Ciò, naturalmente, in considerazione delle mutevoli esigenze dell'organizzazione dell'impresa.

Recentemente, con la **legge n. 183 del 2014** il Governo è stato delegato ad adottare una serie di decreti legislativi *“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”*.

Tra essi l'art. **1, comma 7**, della l. n. 183/2014 espressamente prevede *“uno o più decreti legislativi, di cui uno recante un testo organico 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”*.

Al **punto e)** dell'art. 1, comma 7, citato, si stabilisce il *“rispetto dei seguenti principi e criteri direttivi”*: *“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 e livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera".

La norma attuativa di tale ultima parte della delega è costituita dall'art. 3 del **decreto legislativo n. 81 del 15 giugno 2015**, il quale ha sostituito la precedente formulazione dell'art. 2103 c.c. con un nuovo testo in vigore dal 25 giugno 2015, rubricato "**Prestazione del lavoro**" ("Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. 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 di 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 al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del 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.... Salvo che

ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario e' nullo").

Le principali novità

Il primo aspetto rilevante della riforma è 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.

La prima rilevante novità è rappresentata dal primo comma del novellato articolo 2103 c.c., che 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.

Rilevano, a tal fine, a tutti i compiti che siano sussumibili nell'ambito del livello di inquadramento attribuito.

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.

In via generale si trovano nella norma tre ipotesi di mutamento peggiorativo delle mansioni: una ipotesi in cui rileva l'esercizio del potere unilaterale dell'imprenditore (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); una ipotesi in cui rileva la contrattazione collettiva (I contratti collettivi possono prevedere "*ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore*" comma 4); una ipotesi in cui rileva l'accordo tra il prestatore di lavoro e l'imprenditore (mediante la stipulazione di "*accordi individuali*" in sedi protette, con eventuale assistenza qualificata richiesta dal lavoratore: comma 6).

La seconda novità è rappresentata dal fatto che queste nuove possibilità di modifica peggiorativa della posizione lavorativa del dipendente hanno 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 novità è rappresentata dalle modifiche relative alla disciplina sull’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*”.

Procedendo ad approfondire le tre novità di cui si è parlato deve ricordarsi come sulla base del vecchio testo dell’art. 2103 c.c. il criterio cardine per misurare la legittimità dell’esercizio dello *ius variandi* era costituito dalla “equivalenza” delle mansioni da ultimo effettivamente svolte, oggi sostituito dal potere datoriale di assegnare unilateralmente il lavoratore “*a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte*”.

Pertanto, nell’attuale versione l’area delle mansioni esigibili dall’imprenditore nei confronti del lavoratore subordinato è delimitata per relationem dal livello di inquadramento, evidentemente individuato sulla base della contrattazione collettiva applicabile.

Ad una prima lettura della norma può concludersi che l’intenzione del legislatore sia stata quella di delimitare notevolmente il sindacato consentito al giudice eventualmente adito dal lavoratore in caso di mutamento in fatto delle mansioni espletate: al giudice sarebbe consentito solo di verificare se i nuovi compiti siano riconducibili al livello di inquadramento formalmente attribuito al lavoratore, senza necessità di effettuare alcuna altra comparazione né con le mansioni in precedenza espletate dal dipendente né con la professionalità che dall’esercizio di esse ne è derivato.

Si tratta, d’altra parte, di un intento del tutto 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 lavoro, nell’ambito della quale l’autonomia collettiva è stata considerata la sede naturale dell’esercizio del potere teso a risolvere le problematiche relative alla mobilità professionale.

In conformità a quanto previsto dall’art. 96, comma 2, disp. att. c.c., - che prevede 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 -la contrattazione collettiva, nell'esercizio della sua autonomia, prevede il sistema di classificazione del personale articolandolo in plurimi livelli di inquadramento, secondo l'apprezzamento delle parti sociali.

La differenza rispetto al passato, allora, sta nel fatto che nel vigore della disciplina pregressa la giurisprudenza di legittimità aveva costantemente escluso che la circostanza che le mansioni svolte e quelle di nuova assegnazione rientrassero nella medesima qualifica contrattuale fosse sufficiente ad escludere la violazione dell'art. 2103 c.c., essendo comunque riservato al giudice il sindacato ultimo di "*equivalenza professionale*" - quand'anche il contratto collettivo accorpasse nel medesimo livello di inquadramento mansioni diverse che esprimessero distinte professionalità - mentre attualmente il meccanismo di valutazione sembra rimandare al sistema vigente per i dipendenti delle pubbliche amministrazioni, rispetto ai quali, com'è noto, la giurisprudenza di legittimità ha sostenuto che l'art. 52 del d.lgs 165/2001 ha sempre fatto riferimento ad un concetto di equivalenza "formale", ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi senza la necessità di prendere in considerazione la professionalità precedentemente acquisita.

Per completezza, deve osservarsi come in dottrina si è sostenuto come anche dopo la riforma dell'art. 2103 c.c. la nozione di equivalenza non sia venuta meno del tutto, continuando ad operare nelle ipotesi di adibizione a mansioni non espressamente previste dal contratto collettivo, ipotesi nelle quali l'interprete ai fini dell'applicazione di un criterio di valutazione, non potrebbe che far ricorso al concetto di "*mansioni equivalenti a quelle da ultimo svolte*".

Di fatto uno dei punti problematici della riforma è rappresentata dal fatto che il legislatore non ha regolato né l'ipotesi in cui l'imprenditore non applichi alcun contratto collettivo, né l'ipotesi di mansioni non previste dal contratto collettivo applicato.

Le ipotesi di demansionamento legittimo.

Da un punto di vista storico appare opportuno ricordare come già in presenza del divieto inderogabile di assegnare il lavoratore a mansioni inferiori posto dalla precedente dettatura dell'art. 2103 c.c., la legge avesse configurato una serie di eccezioni: si pensi all'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), all'art. 4, co. 4, l. n. 68 del 1999 (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), all'art. 7, co. 5, d.lgs. n. 151 del 2001, in materia di tutela della maternità (secondo il quale 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 può essere "adibita a mansioni inferiori a quelle abituali").

È noto come anche la giurisprudenza abbia ammesso le legittimità di deroghe alla nullità dei patti di demansionamento valorizzando e facendo prevalere, in talune ipotesi, l'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, sempre con il consenso del lavoratore non affetto da vizi della volontà e in presenza delle condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo.

Attualmente possono dirsi positivizzate le seguenti ipotesi di demansionamento legittimo o di esercizio straordinario dello *ius variandi*:

1) 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).

In questo caso si prescinde dal consenso del lavoratore, essendo sufficiente che sussista una "*modifica degli assetti organizzativi aziendali*" e che tale modifica sia causalmente incidente sulla "*posizione del lavoratore*".

È necessario che il mutamento delle mansioni avvenga per iscritto a pena di nullità.

Si è ritenuto che il demansionamento in questione possa spingersi solo fino al livello di inquadramento immediatamente inferiore a quello ricomprendente le mansioni da ultimo svolte, non essendo consentito scendere ulteriori gradini dei livelli di inquadramento contrattuale.

Secondo la norma non è possibile muoversi dai confini della categoria legale di appartenenza così come definita dall'art. 2095 c.c.

Per evitare che la norma risulti svuotata di effettivo significato, tenuto conto che la stessa modifica delle mansioni può costituire di per sé una modifica degli assetti organizzativi incidente sulla posizione del lavoratore, è

necessario che l'esigenza aziendale preesista e sia logicamente anteriore alla modifica della prestazione.

Il lavoratore ha diritto alla formale 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*".

Aspetti problematici:

- Se può sostenersi che l'onere della forma scritta a pena di nullità sia da estendersi anche alla esplicita specificazione delle modifiche degli assetti organizzativi che giustificano l'atto allo scopo di consentire la verifica circa la legittimità dello stesso, deve osservarsi come la sanzione della nullità in questo caso non è prevista.

In considerazione della genericità della formulazione della norma parte della dottrina ha dubitato della coerenza della disposizione con i criteri direttivi della legge n. 183/2014.

Se, in generale la delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato, che può essere più o meno ampia, in relazione al grado di specificità dei criteri fissati nella legge delega, per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega.

Nel caso di specie, infatti, 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, comma 7, lettera e) l. n. 183 del 2014) .

Il fatto che il decreto delegato abbia revisionato la disciplina delle mansioni in modo svincolato da qualsiasi processo di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, lascia fondato il dubbio di non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale sotto il profilo dell'eccesso di delega.

Minori problemi suscita l'ipotesi della "*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*" (riecheggiante i "*processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale*"), seppure deve evidenziarsi che 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*, così come nel secondo comma del novellato art. 2103 c.c. mancano, 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.

In questo contesto, allora, è stata proposto un tentativo di interpretazione costituzionalmente orientata che legga 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 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».

- L'ambito del controllo giudiziale sulla sussistenza del presupposto indicato dalla legge: può ritenersi che anche nel vigore della nuova normativa permarrà l'importanza del criterio di riparto degli oneri di allegazione e prova gravanti sui contendenti: secondo i giudici di legittimità (Cass. Sez. Un., n. 5454/2009; conforme: Cass. n. 20716 del 2013) il lavoratore può reagire all'esercizio illegittimo del potere del datore di lavoro di modificare le mansioni allegando circostanze di fatto volte a dare fondamento alla denuncia di illegittimità; il datore di lavoro a sua volta, convenuto in giudizio in una controversia avente ad oggetto l'assunta illegittimità dell'esercizio di tale potere direttivo, è tenuto a prendere posizione, in maniera precisa e non limitata ad una generica contestazione, circa i fatti affermati dall'attore a fondamento della domanda (art. 416 c.p.c.) e può allegare altri fatti che, all'opposto, siano indicativi del legittimo esercizio del potere direttivo; parimenti l'onere probatorio grava rispettivamente sull'uno e sull'altro in ordine ai fatti che ciascuno allega (v. poi Cass. n. 15527 del 2014, che, applicando l'enunciato principio di diritto ha precisato che "*in caso di inadempimento o di inesatto adempimento, è vero che grava sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, ma è pur vero che sul creditore incombe comunque l'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento*", richiamando: Cass. n. 20523 del 2005; Cass. n. 7641 del 1997). 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 lavoro.

-Occorre da ultimo evidenziare come in dottrina sia stata prospettata una lettura di tale ipotesi di esercizio dello *ius variandi* secondo la quale le esigenze aziendali altro non sarebbero che le ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa di cui all'art. 3 della l. 604/1966, con la conseguenza che l'adibizione a mansioni inferiori dovrebbe costituire l'*extrema ratio*: ciò in termini pratici significherebbe che la ragione organizzativa non sussisterebbe in tutte le ipotesi in cui per il datore di lavoro sarebbe astrattamente possibile adibire il lavoratore a mansioni ricomprese nello stesso livello di inquadramento e nelle ipotesi in cui siano lasciate vacanti posizioni dello stesso livello di inquadramento; configurerebbe, inoltre, un diritto del lavoratore ad essere nuovamente adibito alle mansioni dell'originario livello di inquadramento nelle ipotesi di successive modifiche degli assetti organizzativi come ad esempio nell'ipotesi di pensionamento o dimissioni che determinino la vacanza di posizioni coerenti con il suo originario livello di inquadramento. Secondo questa lettura un altro precipitato sarebbe l'ampliamento dell'area di adempimento all'obbligo di *repechage* da parte del datore di lavoro nell'ipotesi di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ora riferito anche a posizioni di lavoro riferibili a mansioni inferiori.

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

In conformità all'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”*.

Il primo dato incontestabile è che l'intervento della contrattazione collettiva possa prescindere dalla modifica degli assetti organizzativi di cui al comma 2.

Tuttavia, anche in questo caso le mansioni devono rientrare nella medesima categoria legale e nel livello di inquadramento immediatamente inferiore a quello ricoperto in precedenza dal lavoratore, il mutamento di mansioni deve essere comunicato per iscritto, a pena di nullità.

Anche in questo caso il lavoratore, inoltre, ha diritto alla formale 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*”

3) 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 inquadramento (questa volta con la possibilità di scendere gradini ulteriori rispetto a quello del livello immediatamente inferiore a quello ricomprendente le mansioni da ultimo svolte) 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 ...*”, 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*”.

Tali condizioni sono poste allo scopo 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.

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.

È stato osservato come risulta difficile distinguere l'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione e la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore: si tratta di una ipotesi che ricorre sempre quando vi è la soppressione del posto di lavoro e il demansionamento costituisce l'unica alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo.

A tale ultimo riguardo è stato suggerito in dottrina che l'ipotesi del sesto comma possa intervenire in tutti quei casi in cui per evitare il licenziamento si profili la necessità per il lavoratore di inquadrare il lavoratore in una diversa categoria legale o ad un livello non immediatamente inferiore a quello del precedente inquadramento.

Risulta, poi, difficile immaginare i possibili contenuti degli interessi del lavoratore *all'acquisizione di una diversa professionalità* .

Ci si chiede quali siano le condizioni di validità del negozio e di sindacabilità in giudizio.

La previsione della nullità di ogni patto contrario ha portato parte della dottrina ad ipotizzare la conseguenza della 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”*.

Ma in realtà – salva l'ipotesi della dimostrazione di un vizio del consenso o 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 - 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 molto complicato impugnare l'accordo con qualche probabilità di successo eccependo che detto interesse non sussisteva.

Sembrerebbe, inoltre, che trattandosi di interesse del lavoratore gravi su questo l'onere processuale della dimostrazione della sua insussistenza nell'ipotesi di impugnazione dell'accordo.

Appare strumento più efficace, a tal fine, quello di rafforzare i compiti di vigilanza del soggetto innanzi al quale tali accordi sono conclusi, in modo tale da garantire una assistenza effettiva ed informata.

Dunque, al di fuori delle tre ipotesi appena menzionate, il demansionamento del lavoratore sarà illegittimo e ai fini dell'accertamento della sussistenza dell'illecito rimarrà valida l'indicazione della costante giurisprudenza di legittimità secondo la quale il procedimento logico giuridico per la determinazione dell'inquadramento spettante al lavoratore si articola nelle tre fasi dell'accertamento di fatto delle attività concretamente svolte, nella individuazione delle qualifiche e dei gradi previsti dalla contrattazione collettiva e nel raffronto tra i risultati delle due indagini.

Ci si è, poi, chiesti, in dottrina, se, venuto meno il parametro della equivalenza, l'attuale versione dell'art. 2103 c.c. tuteli ancora il bene della professionalità (intesa come quel complesso di capacità, di competenze e di attitudini acquisite dal lavoratore per effetto dello svolgimento delle mansioni), bene tutt'ora previsto dalla legge delega 183/2014 secondo la quale la revisione della disciplina delle mansioni dovesse contemperare l'interesse dell'impresa con l'interesse del lavoratore *“alla tutela ... della professionalità”*.

È noto, infatti, che secondo 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., n. 25033 del 24 novembre 2006), e 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”*.

È stato affermato che il bene della professionalità così evolutivamente intesa può essere sacrificato quando il lavoratore *“chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento, comunque giustificato”*, 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”*.

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”, 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”*.

Si dubita che l’attuale formulazione dell’art. 2103 c.c. possa ancora consentire al giudice un sindacato che vada oltre le classificazione della contrattazione collettiva, direttamente investita dalla legge del compito di delimitare i confini delle mansioni esigibili dal prestatore di lavoro subordinato.

Sarà, dunque, compito dell’autonomia collettiva provvedere a preservare, o meglio a contemperare il bene della professionalità del lavoratore con le esigenze dell’impresa.

Rimangono ferme le conseguenze risarcitorie e ripristinatorie in precedenza ricollegate alla violazione del precetto dell’art. 2103 c.c., ovverosia il risarcimento del danno per equivalente (da ultimo si segnala Cass. Sez. L, Sentenza n. 12253 del 12/06/2015: *“In caso di demansionamento è configurabile a carico del lavoratore un danno, costituito da un impoverimento delle sue capacità per il mancato esercizio quotidiano del diritto di elevare la professionalità lavorando, sicché per la liquidazione del danno è ammissibile, nell’ambito di una valutazione necessariamente equitativa, il ricorso al parametro della retribuzione. (Nella specie, la S.C. ha stimato equo, confermando la sentenza di appello, l’assunzione, a parametro della liquidazione del danno, dell’importo pari alla metà delle retribuzioni dovute per il periodo di demansionamento”*) e la eventuale condanna del datore di lavoro all’adempimento in forma specifica 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).

Da questo punto di vista può ipotizzarsi senz'altro un illegittimo demansionamento in tutti i casi di dequalificazione che si consumino oltre il livello di inquadramento immediatamente inferiore a quello delle mansioni precedentemente svolte, nell'ipotesi del demansionamento assoluto o dell'assegnazione di mansioni appartenenti ad altra categoria legale.

Gli obblighi formativi

Dispone il nuovo comma 3 dell'art. 2103 c.c. che: *“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'aspetto problematico evidenziato da tutti i commentatori della norma è rappresentato dalla formulazione eccessivamente generica della norma e anche il collocamento sistematico di tale comma, incastonato tra il secondo ed il quarto, lascia 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 norma.

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 capacità nella forma dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. così come un esonero da responsabilità per lo svolgimento di compiti per i quali non è stato sottoposto alla necessaria formazione.

Da questo punto di vista, ai fini della valutazione della legittimità del licenziamento, la stessa dovrà escludersi ogni qualvolta al lavoratore sia contestato quale notevole inadempimento il mancato svolgimento di mansioni richiedenti una professionalità del tutto nuova e per la quale il datore di lavoro non abbia adempiuto all'onere della formazione, laddove il lavoratore abbia provveduto a mettere in mora il datore di lavoro inadempiente.

Assegnazione a mansioni superiori

Come premesso, a differenza di quanto avveniva in passato – ove l’assegnazione a mansioni superiori diventava definitiva dopo 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).

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

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*” (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), 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 superiore.

Infine, la disposizione lascia salva la “*diversa volontà del lavoratore*”, ipotizzando casi in cui il lavoratore per ragioni personali non abbia interesse a conseguire la definitiva promozione (può pensarsi 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): da questo punto di vista il diritto alla rinuncia degli effetti legali dello svolgimento di mansioni superiori, una volta superato il periodo minimo

previsto, costituirebbe l'esercizio di 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 lavoratore.

Le prime pronunce giurisprudenziali di applicazione della nuova disciplina.

Appare utile, a questo punto, esaminare come la nuova norma risulta essere stata applicata nei Tribunali.

Sentenza del Tribunale di Ravenna del 22.9.2015- estensore R. Rivero-

Nel caso di specie il ricorrente aveva richiesto di essere reintegrato nelle mansioni svolte precedentemente *“e comunque in mansioni tecniche equivalenti, del 6° livello del CCNL per il Settore Gas – Acqua”*.

La pronuncia si segnala per la questione – affrontata in via preliminare – circa l'applicabilità *“della nuova più permissiva normativa in materia di ius variandi ex art. 2103 c.c. nel testo modificato dal d.lgs. 81/2015”*, risolta in tal senso : *“La nuova normativa però non si può applicare alla fattispecie 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; illecito contrattuale, con la correlata tutela reintegratoria e risarcitoria. A nulla conta invece che esso continui nel vigore della legge successiva; la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale”*.

Il demansionamento, pertanto, viene definito come un illecito di natura istantanea la cui consumazione determina il tipo di disciplina applicabile.

La pronuncia appare da segnalare anche nella parte in cui assegna particolare rilievo ai criteri di classificazione del personale previsti dalla contrattazione collettiva: in essa si legge che *“.. in questa materia è opportuno rispettare e valorizzare quanto più possibile la contrattazione collettiva. La quale conoscendo la realtà organizzativa e' la più adatta a gestire la mobilità infraziendale tenendo conto delle innovazioni tecniche e dell'esigenze delle parti... Le classificazioni del personale integrano sistemi complessi perché rappresentano il risultato di valutazioni articolate e sono rivolte al perseguimento di plurimi interessi che hanno riguardo ad una varietà di questioni: dalla distribuzione del reddito, al mantenimento dei livelli occupazionali; dallo sviluppo della produttività alle progressioni*

professionali; a finalità sociali ed al costo del contratto... Il primo passo obbligato nella soluzione di queste vicende è l'analisi ragionata, sistematica e rispettosa del contratto collettivo. Dare legittima prevalenza alla contrattazione significa anzitutto che non sia possibile, nel rivendicare un inquadramento superiore, modificare i criteri di classificazione generali previsti delle parti, sovrapponendone altri; come ad es. la distinzione, introdotta a sostegno della domanda in questa causa, tra impiegato tecnico o amministrativo che non esiste. Neppure il giudice può fare ciò trattandosi di materia riservata agli agenti contrattuali collettivi. Come insegna la giurisprudenza (Cass. 14546/2000) quando il rapporto di lavoro è regolato da contratti collettivi, l'accertamento dell'appartenenza del lavoratore ad una determinata qualifica o categoria deve essere condotto alla stregua della disciplina collettiva - "le cui indicazioni assumono valore decisivo e vincolante" per la classificazione delle mansioni - "e non già in base a criteri distintivi elaborati in astratto" dalle parti o dal giudice. Altro importante momento in cui occorre riconoscere una particolare efficacia alla regolamentazione collettiva è proprio in occasione di modifiche organizzative ed occorre procedere ad una nuova allocazione della forza lavoro. - Inoltre, quanto alla natura del giudizio di equivalenza sotteso allo spostamento da una mansione all'altra, è opportuno considerare che oramai la tendenza evolutiva della giurisprudenza, soprattutto a fronte di modifiche organizzative in atto come quelle emergenti in questa causa, è nel senso di considerare l'equivalenza ex art 2013 c.c. (vecchio testo) in senso dinamico, oggettivo, flessibile, ed il più conforme possibile alla classificazione del personale; in una prospettiva di polivalenza e di valorizzazione ovvero in modo da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle capacità professionali, con conseguenti possibilità di miglioramento professionale e di maggiore possibilità occupazionale".

Sentenza del Tribunale di Roma del 30.9.2015- estensore dott. P. Sordi-

Si tratta di una fattispecie in cui la ricorrente sosteneva che le mansioni svolte a decorrere dal 14 gennaio 2015 non potessero ritenersi equivalenti, ai sensi e per gli effetti dell'art. 2103 c.c., a quelle precedentemente disimpegnate e in cui si chiedeva di accertare l'illegittimità del comportamento datoriale a decorrere dal 20 maggio 2014 fino al 14 gennaio 2015 che sarebbe consistito in una "una vera e propria sottrazione di mansioni".

La pronuncia si segnala in quanto ha ritenuto fondata l'eccezione formulata dalla convenuta secondo la quale "a seguito della modifica dell'art. 2103 c.c.

disposta dal d. lgs. n. 81 del 2015, nessun demansionamento potrebbe essere riconosciuto in epoca successiva all'entrata in vigore della predetta novella con la conseguenza, da un lato, che nessun danno sarebbe configurabile a partire dal 25 giugno 2015 e, dall'altro, che non potrebbe comunque essere pronunciata la condanna della datrice di lavoro all'assegnazione di mansioni equivalenti a quelle svolte”.

Si legge in essa: che “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”; che “che, in difetto di qualsiasi norma transitoria, sicuramente la descritta novella legislativa si applica anche ai rapporti di lavoro già in corso alla data della sua entrata in vigore, resta da appurare se essa abbia rilevanza rispetto a mutamenti di mansioni disposti (come quello oggetto della presente controversia) prima del 25 giugno 2015 e in atto ancora dopo quella data. *Ritiene il Tribunale che all'interrogativo debba darsi risposta affermativa. **In effetti il demansionamento del lavoratore costituisce una sorta di illecito “permanente”, nel senso che esso si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli, secondo legge e contratto, avrebbe diritto di svolgere (la giurisprudenza di legittimità ha adottato una simile concezione della dequalificazione allorché ha dovuto individuare il giudice munito di giurisdizione nelle controversie interessanti dipendenti pubblici contrattualizzati in caso di demansionamento iniziato prima e proseguito dopo il 30 giugno 1998, data che segna il discrimine tra la giurisdizione amministrativa e quella ordinaria nel contenzioso del lavoro pubblico ex art. 45, co. 17, d. lgs. n. 80 del 1998: v., ad esempio, Cass. n. 1141 del 2007).*** Conseguentemente, la valutazione della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare (a certe condizioni) le mansioni che il dipendente è chiamato ad espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con l'ulteriore conseguenza che l'assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo. Orbene, applicando una simile impostazione alla fattispecie oggetto della presente controversia, **occorre concludere per la sicura infondatezza delle doglianze sollevate dalla ricorrente con riferimento al periodo successivo all'entrata in vigore del d. lgs. n. 81 del 2015”.**

I profili comuni alle due sentenze attengono, essenzialmente, alla constatazione della maggior ampiezza dei limiti dell'esercizio attuale dello *ius variandi* e alla constatazione della impossibilità, per il periodo successivo al 25.6.2015, di invocare l'applicazione della disciplina dello *ius variandi* di cui alla precedente versione dell'art. 2103 c.c..

Diversa è la modalità di risolvere la questione dell'incidenza della novella su adibizioni a mansioni non equivalenti in senso sostanziale, disposte prima del 25 giugno 2015 e come tali illegittime secondo il previgente diritto vivente, e proseguite oltre tale data in modo rispettoso dello *ius variandi* quale legittimato dal comma 1 dell'art. 3 del decreto.

Mentre, infatti, nella sentenza del Tribunale di Roma il demansionamento è qualificato espressamente alla stregua di illecito permanente (prendendo in considerazione il comportamento datoriale nella sua mera portata di fatto/atto giuridico in senso stretto) nella sentenza del Tribunale di Ravenna, il fatto che sia stata applicata la regola del *tempus regit actum* (dandosi risalto all'atto iniziale di adibizione a diversa mansione) sembra far intendere che il fenomeno del demansionamento sia stato qualificato alla stregua di un atto negoziale.

La diversità di approccio al problema di diritto transitorio sembra riproporre l'esigenza di precisare la natura giuridica (anche negoziale o meno) dell'atto datoriale di assegnazione al lavoratore di mansione diversa da quella di assunzione o ultima svolta.

Laddove, infatti, si attribuisca all'atto datoriale di assegnazione a mansioni "diverse" natura negoziale, la violazione dei limiti posti dall'art. 2103 c.c. comporta (prima che inadempimento) nullità per violazione di disposizione imperativa ex art. 1418 c.c., con la conseguenza che tale patologia andrebbe valutata con riferimento al momento in cui l'atto viene posto in essere, senza che la stessa possa essere sanata ex post per il fatto che l'atto sia valido secondo lo *ius superveniens*.

Nella giurisprudenza di legittimità si rinvencono sia affermazioni di nullità per violazione di disposizione imperativa atte ad accreditare la natura negoziale degli atti di esercizio di *ius variandi*, sia affermazioni di illecito permanente, e anche arresti in cui si sostiene che l'atto di assegnazione di mansioni non equivalenti presenterebbe entrambi gli aspetti (nullità ed inadempimento, invalidità ed illiceità); affermazione che appare teoricamente plausibile, se si tiene presente che in un caso si ha riguardo all'atto ed alla sua efficacia

giuridica, dall'altro al comportamento materiale ed ai suoi effetti dannosi, se non fosse che detti aspetti talora non si presentano del tutto conciliabili.

Caso emblematico, al riguardo, è quello del rifiuto opposto dal lavoratore a svolgere le mansioni pure illegittimamente assegnategli, che il prevalente orientamento di legittimità suole sindacare alla stregua dei principi di proporzionalità e buona fede che regolano, limitandone il legittimo esercizio, il diritto di autotutela quale previsto e regolato dall'art. 1460 c.c.; orientamento che non sembra poter reggere al postulato della natura negoziale dell'atto, che, in quanto nullo, sarebbe inidoneo ad obbligare il prestatore a svolgere la nuova mansione, con la conseguenza che, non essendovi inadempimento da parte del prestatore, l'art. 1460 c.c. non potrebbe trovare applicazione.

Tuttavia, anche a ritenere che l'atto di esercizio dello *ius variandi* abbia natura (anche) negoziale, con conseguente insanabilità del vizio originario, non si vede come, dopo l'entrata in vigore della novella, il lavoratore possa impedire che una (anche informale) rinnovazione del negozio nullo, anche in ipotesi seguente l'accertamento giudiziale dell'illecito, paralizzi la pretesa ripristinatoria.

Anche sul piano risarcitorio, e con particolare riguardo alle ragioni di danno che il diritto vivente vuole verificabili su base presuntiva anche in base alla durata dell'inadempimento, e commisurate alla stessa, quale essenzialmente il danno da perdita del bagaglio professionale, l'assunto della natura negoziale dell'atto non pare poter raggiungere il risultato di consentire al giudice di valutare nella durata dell'illecito, neppure ai fini della quantificazione, per solito operata in via equitativa moltiplicando una percentuale della retribuzione periodica per il periodo di demansionamento, il periodo successivo al 24 giugno 2015.

Dott.ssa Laura Ciarcia
Giudice del Lavoro presso il Tribunale di Chieti
