



L'adibizione a mansioni superiori secondo l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 432/2021

© Roberto Voza 2021
Università degli Studi di Bari
roberto.voza@uniba.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



L'adibizione a mansioni superiori secondo l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015^α

Roberto Voza
Università di Bari

1. L'esigibilità delle mansioni superiori al cospetto dell'incerto obbligo formativo.	2
2. La definitività dell'assegnazione.	5
3. La riformulazione della vecchia eccezione: la sostituzione di altro lavoratore.	10
4. La nuova eccezione: la rinuncia alla promozione.	11
5. Riferimenti bibliografici.	15

^α Il presente contributo è destinato agli *Scritti in onore di Oronzo Mazzotta*.

1. L'esigibilità delle mansioni superiori al cospetto dell'incerto obbligo formativo.

Nella *locatio operarum* «la determinatezza delle opere può essere maggiore o minore», trattandosi di un «concetto assai elastico»: comunque, «la determinatezza vuoi perché il locatore di opere abbia ad essere sottratto ai capricci del conduttore»¹. Come traspare da queste parole, già a Lodovico Barassi (e, ancor più, a qualche coeva pronunzia della magistratura probivirale²) appariva chiara l'esigenza di determinare il contenuto della prestazione lavorativa, comprimendone i margini di variabilità da parte del datore di lavoro.

Oggi come ieri, la costruzione di vincoli allo *ius variandi* è concentrata sulla mobilità orizzontale (attraverso la nozione di equivalenza, ora declinata in termini di formale appartenenza allo stesso livello e categoria legale di inquadramento) e sulla mobilità verticale verso il basso, intesa quale modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro.

L'*insufficienza* del consenso del lavoratore a determinare la legittimità della sua adibizione a mansioni inferiori, ossia la nullità del patto contrario al divieto legale di retrocessione, conquistata (o, quanto meno, esplicitata) attraverso l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori e poi (parzialmente) incrinata dall'art. 3, comma 1, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, costituisce una limitazione all'autonomia privata, che non trova un'esplicita conferma nella (ben più scarna) disciplina della adibizione a mansioni superiori.

Anche il legislatore del 2015 lascia in ombra la problematica della fonte della mobilità verticale verso l'alto (su cui la dottrina si è tradizionalmente divisa fra la tesi consensuale e la tesi dello *ius variandi in melius*³), occupandosi solo delle conseguenze operanti a favore del lavoratore, nella consapevolezza (corroborata dalla prassi, che si riflette nel contenzioso) che lo svolgimento di mansioni superiori non si rifiuta,

¹ BARASSI, 1901, 291 e 295.

² «L'operaio, in corso di rapporto di servizio, adibito in via di esperimento ad un lavoro diverso dall'ordinario, può rifiutare le nuove condizioni che gli sono offerte e ritornare al compito primitivo. Se per tale rifiuto l'imprenditore lo licenzia, è tenuto a pagargli una indennità pari ad otto giorni di salario» (*Oreficerie*, Milano, 11 luglio 1901); «un operaio, assunto per un determinato servizio non è tenuto ad accettare diverse e più umili incombenze e se il suo assuntore, a cagione del suo diniego, lo licenzia in due piedi, deve indennizzarlo con una somma pari ad otto giorni di salario» (*Meccaniche*, Milano, 26 novembre 1902). Entrambe le massime sono riportate in REDENTI, 1906, 83, nn. 216 e 218.

³ Per una ricostruzione del dibattito, v. BROLLO, 1997, 291-299.

semmai si rivendica, come segno di un miglioramento della propria condizione professionale e, quindi, retributiva⁴.

Ai fini della costruzione di una facoltà di rifiuto *giustificato* da parte del lavoratore, basata quantomeno sulle tradizionali regole di correttezza e buona fede ex artt. 1175 e 1375 c.c., non si può escludere, tuttavia, che la mobilità ascendente sia accompagnata da ulteriori (e sgradite) modificazioni delle condizioni di lavoro, relative, per esempio, al luogo di esecuzione della prestazione, all'orario di lavoro, ecc., ovvero da un peggioramento della qualità della vita, in termini di maggior impegno, responsabilità e rischi. L'ipotesi estrema (e patologica) è quella in cui l'adibizione a mansioni superiori nasconda una condotta mobbizzante, consistente non nel 'banale' demansionamento, bensì – più 'perfidamente' – nell'assegnazione di compiti superiori (quindi, apparentemente gratificanti), ma troppo difficili da svolgere, rendendo così il lavoratore inadempiente ovvero inducendolo a dimettersi per evitare di specchiarsi quotidianamente nell'immagine deformata della propria incapacità.

Al di là delle percezioni soggettive più o meno opinabili, la consapevolezza di non essere all'altezza dei nuovi compiti lavorativi può dipendere dalla oggettiva mancanza di adeguata idoneità psico-fisica e/o capacità tecnico-professionale, tale da esporre il lavoratore all'inadempimento della prestazione e (nei casi estremi) ai rischi connessi alla sicurezza propria e/o altrui ovvero all'incolumità di impianti, attrezzature, strumenti di lavoro, ecc.

A questo proposito, il collegamento tra formazione e mutamento di mansioni, operato dalla riforma del 2015, appare un'occasione persa.

Vero è che nella disciplina legale della mobilità compare (finalmente, potremmo dire) un riferimento alla formazione del lavoratore assegnato a nuove mansioni, ma ciò avviene nel contesto di una disposizione parecchio ambigua, da cui si percepisce soltanto che tale richiamo serve a compensare la scelta di ampliare lo spettro dei compiti esigibili, in funzione – dunque – quasi *compensativa* della dilatazione del potere datoriale.

La stessa collocazione dell'inciso normativo (prima ancora del suo contenuto) sembra confermare tale impressione: incastonato nel terzo comma dell'art. 2103, il riferimento alla formazione risulta immediatamente susseguente alla previsione in tema di demansionamento unilaterale (secondo comma) e immediatamente

⁴ Infatti, la giurisprudenza «ha avuto poche occasioni di occuparsi della fonte della mobilità ascendente, perché la domanda di giustizia in netta prevalenza è volta a chiedere la mera applicabilità del precetto normativo» (BROLLO M., VENDRAMIN M., 2012, 571).

precedente a quella che abilita la contrattazione collettiva a prevedere ulteriori ipotesi di *ius variandi* (sempre verso il basso), che si aggiungano alla fattispecie legale (la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore»).

Secondo una certa lettura, la norma si riferirebbe sia alla mobilità orizzontale sia a quella *in peius*, a condizione – però – che siano realizzate mediante *ius variandi* e non mediante gli accordi in deroga introdotti dal 6° comma dell'art. 2103 c.c.: ciò in quanto la formazione costituirebbe «un onere gravante sul datore di lavoro se vuole esercitare legittimamente il potere modificativo di adibire il lavoratore a mansioni per le quali quest'ultimo non è idoneo professionalmente»⁵.

In realtà, proprio questa motivazione dovrebbe indurre ad estendere l'obbligo formativo, testualmente collegato al generico «mutamento di mansioni» (senza limitazioni di sorta), anche alla mobilità verticale verso l'alto, lì «dove la formazione potrebbe essere ancor più necessaria»⁶.

Sarebbe sufficiente invocare l'argomento logico dell'*ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit*, anche perché, all'assenza di indicazioni circa l'ambito applicativo dell'obbligo formativo si contrappone la delimitazione operata in riferimento all'ulteriore vincolo introdotto *ex novo* dal legislatore del 2015 (nel 5° comma dell'art. 2103 c.c.), ossia l'obbligo di comunicare per iscritto il mutamento di mansioni (a pena di nullità), evidentemente finalizzato a dare «certezza in ordine ai contenuti del debito lavorativo»⁷: quest'ultimo è letteralmente circoscritto alle «ipotesi di cui al secondo e al quarto comma», ovvero al demansionamento unilaterale giustificato dalla nuova fattispecie legale (la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore») oppure dalle «ulteriori ipotesi» previste dai contratti collettivi.

Comunque, la delimitazione del perimetro dell'obbligazione datoriale di formare il lavoratore a seguito del mutamento di mansioni, non è l'unico problema che la norma lascia irrisolto.

Infatti, il legislatore adombra l'eventualità che la formazione possa non essere necessaria, secondo una valutazione che, almeno in prima battuta, sembrerebbe rimessa allo stesso datore di lavoro, ossia al destinatario dell'obbligo: un cortocircuito logico, prima ancora che giuridico.

⁵ PISANI, 2015, 146.

⁶ AMENDOLA, 2016, 25.

⁷ PAOLITTO, 2015, 179.

Per di più, a corroborare la sensazione che si tratti di «un precetto privo di sanzione, e come tale [...] di dubbia rilevanza giuridica»⁸, restano ignote le conseguenze dell'inadempimento dell'obbligo, posto che la disposizione si limita ad escludere «la nullità dell'atto di assegnazione alle nuove mansioni».

Il *focus* normativo si concentra solo su ciò che non accade se l'obbligo risulta violato: la preoccupazione esclusiva del legislatore sembra essere quella di salvaguardare la validità del comando datoriale contenente la modifica delle mansioni, tanto che alcuni risolvono «l'enigma», derubricando a mero *onere* ciò che è richiesto al datore di lavoro e considerando, invece, il lavoratore come il soggetto obbligato⁹.

Non abbiamo memoria di una simile formulazione normativa. Al massimo, sovviene alla mente il contingentamento legale del numero complessivo di contratti a tempo determinato (art. 23, 4° comma, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81), dove il legislatore non si limita ad escludere «la trasformazione dei contratti interessati in contratti a tempo indeterminato», ma contempla – *in positivo* – la previsione di una sanzione amministrativa.

Allora, l'interprete dovrà cercare una possibile conseguenza della violazione dell'obbligo formativo al di fuori della norma che lo pone, sforzandosi di ipotizzare soluzioni come il risarcimento del danno (per perdita di *chance*), l'esperibilità dell'eccezione di inadempimento (almeno in casi estremi, certamente in quelli implicanti rischi per la salute e sicurezza), l'attenuazione dell'obbligo di diligenza professionale del lavoratore (ai fini della rilevanza disciplinare di un'eventuale imperizia nell'adempimento dei suoi obblighi contrattuali), la configurabilità di una giusta causa di dimissioni, ecc.

2. La definitività dell'assegnazione.

Anche nell'ambito dell'assegnazione a mansioni superiori l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, incide sulle garanzie del lavoratore, a partire dall'effetto che la regolazione della adibizione a mansioni inferiori e la scomparsa del riferimento all'equivalenza professionale determinano sulla nozione stessa di mansioni superiori.

Infatti, benché la norma persista nel tacere sul significato da attribuire a quest'ultima nozione, «si può senz'altro dedurre la legittimità di assegnazione a mansioni proprie di qualsiasi livello superiore, sebbene

⁸ MARIANI, 2016, 96. Di un «ossimoro che priva sul nascere l'onere formativo di qualsivoglia "autorità"», parla AVONDOLA, 2016, 384-385.

⁹ LISO, 2015, 13, nonché PACELLA, 2018, 95.

non immediatamente successivo, e, addirittura, appartenenti ad una diversa categoria legale»¹⁰.

Al di là del (rimasto immutato) diritto all'immediato adeguamento retributivo, frutto del principio di proporzionalità di matrice costituzionale, è sull'ulteriore aspetto della reversibilità/irreversibilità della mobilità ascendente, che si concentrano le modifiche introdotte dal d.lgs. n. 81/2015.

Ricordiamo che, in origine, fu la contrattazione collettiva, addirittura in epoca corporativa, a concepire la cosiddetta promozione automatica, o meglio, l'inquadramento nella categoria/qualifica superiore per effetto dello svolgimento delle corrispondenti mansioni protratto nel tempo¹¹. Una simile previsione, ignorata dal codice civile del 1942¹², fu letta – nei classici studi sul tema – «come uno strumento per tutelare il lavoratore contro l'esercizio illegittimo dello *jus variandi*», ossia protratto oltre i limiti temporali consentiti¹³.

Alla dimensione sanzionatoria della norma (che presume il carattere fraudolento dell'operazione realizzata dal datore di lavoro) fu poi associata – quando ormai la promozione automatica era divenuta un effetto generalizzato *ex lege* dall'art. 13 Stat. lav. – l'intenzione di valorizzare l'aspettativa del dipendente «a non vedere dispersa la professionalità acquisita» grazie allo svolgimento delle mansioni superiori¹⁴.

A tale aspettativa si è sempre contrapposta l'esigenza del datore di lavoro di valutare l'idoneità del lavoratore a svolgere le nuove mansioni, prima di considerare definitivo il corrispondente inquadramento professionale.

Per questo, l'esistenza di un limite temporale massimo, superato il quale tale assegnazione diviene definitiva e si perfeziona la fattispecie legale della promozione automatica, fa sì che – fin quando tale soglia non venga raggiunta – il datore di lavoro possa sempre riassegnare il lavoratore alle precedenti mansioni (inferiori rispetto a quelle temporaneamente svolte).

¹⁰ LEONE, 2015, 1112.

¹¹ L'art. 5 del CCNL per gli impiegati dell'industria, sottoscritto in data 5 agosto 1937, prevedeva il passaggio di categoria (per effetto di svolgimento di mansioni superiori) come effetto automatico.

¹² Infatti, l'originaria versione dell'art. 2103 c.c. si limitava a riconoscere, in caso di adibizione a mansioni diverse, il diritto del lavoratore «al trattamento corrispondente all'attività svolta, se a lui più vantaggioso».

¹³ GIUGNI, 1963, 410.

¹⁴ BROLLO, 1997, 307.

Orbene, l'attuale disciplina legale incide sul bilanciamento tra questi opposti interessi, innanzitutto prolungando il suddetto termine da tre a sei mesi. Conseguentemente, è divenuta superflua (ed è stata, infatti, abrogata dal 2° comma, dello stesso art. 3) la previsione di cui all'art. 6, l. 13 maggio 1985, n. 190, relativa all'assegnazione a mansioni superiori di quadro o di dirigente, che – ove fosse rimasta in vigore – avrebbe perso il suo originario carattere di specialità.

L'allungamento (precisamente, il raddoppio) del periodo in cui gli effetti della mobilità ascendente rimangono reversibili rafforza la possibilità di utilizzarla al fine di *provare* l'attitudine del lavoratore ad occupare la posizione professionale più elevata, accogliendo le istanze di flessibilità delle imprese, che «mal tolleravano un termine effettivamente piuttosto breve, oltre il quale l'adibizione a compiti superiori poteva determinare la definitiva, automatica modificazione dell'assetto aziendale»¹⁵.

Nel dilatare i margini temporali di flessibilità gestionale a disposizione del datore di lavoro, il legislatore precisa che deve trattarsi di un semestre *continuativo*, in verità esplicitando un assunto già da tempo desunto in via interpretativa, nonostante il silenzio della legge¹⁶.

Ciò che il legislatore omette di esplicitare è la *mitigazione* del requisito della continuità, elaborata sempre in via interpretativa in una pluralità di sfumature: dalla tesi che imponeva al lavoratore di provare l'intento fraudolento del datore di lavoro in caso di frazionamento del periodo di adibizione a mansioni superiori, a quella che riteneva sufficiente provato in via presuntiva tale intento la 'frequenza' e la 'sistematicità' delle varie assegnazioni disposte dal datore, a quella – infine – che esigeva una «programmazione della molteplicità degli incarichi», dovuta non a reali esigenze organizzative, ma ad una «predeterminazione utilitaristica», consistente nella volontà di impiegare determinati lavoratori, anziché altri, ugualmente utilizzabili¹⁷.

Un siffatto temperamento, comunque declinato, si renderebbe oggi a maggior ragione auspicabile, proprio perché il periodo necessario alla promozione automatica è stato raddoppiato, oltre ad essere stato espressamente reso continuativo.

In assenza di tale correttivo, i margini di elusione della *ratio* normativa si dilaterebbero a dismisura e, per questo, «il raddoppio del termine di tolleranza, al quale è affiancato l'attributo della continuità

¹⁵ GARGIULO, 2015, 16.

¹⁶ Lo rammenta, fra gli altri, MISCIONE, 2015, 442.

¹⁷ BROLLO, 2015, 82.

dell'adibizione, andrebbe opportunamente affiancato da un irrigidimento interpretativo»¹⁸.

Al di là dei contenuti, anche sul piano delle tecniche regolative si colgono incisive novità nella disciplina del mutamento di mansioni introdotta dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015: infatti, così come l'adibizione a mansioni inferiori registra l'importante novità dei patti in deroga, l'adibizione a mansioni superiori è segnata dalla piena derogabilità del nuovo termine semestrale da parte dei contratti collettivi, individuabili grazie al rinvio contenuto nell'art. 51 dello stesso decreto (che contempla qualsiasi livello negoziale).

Ora l'autonomia collettiva può sostituire al termine legale un qualsiasi altro termine pattizio, inferiore ma anche superiore (ovvero, confermare il termine legale nella sua attuale declinazione), mentre nel testo previgente il periodo era «comunque non superiore a tre mesi», quindi ad una soglia legale inderogabile in senso peggiorativo per il lavoratore.

La scomparsa di un tetto legale invalicabile *in peius* colloca la norma fuori dello schema del *favor*, avvicinandola, ad esempio, all'art. 2120, 2° comma, c.c.: la contrattazione collettiva può liberamente sostituirsi alla legge nella determinazione del livello di protezione del lavoratore, come già sarebbe potuto avvenire – per la verità – attraverso i contratti collettivi di prossimità, non solo in riferimento alla durata del periodo in questione¹⁹.

Per l'esattezza, emerge la connotazione meramente suppletiva della norma di legge, nel senso che essa trova applicazione solo «in mancanza» di previsioni negoziali: si riproduce, in tal modo, la tecnica regolativa sottesa (per fare un altro esempio), all'art. 5, l. 23 luglio 1991, n. 223 sui criteri di scelta dei lavoratori in caso di licenziamento collettivo.

La contrattazione collettiva successiva al *Jobs Act* ha optato ora per l'accorciamento, ora per il mantenimento dell'arco temporale fissato dall'art. 3, d.lgs. n. 81/2015.

Nel primo senso, si muove, ad esempio, il CCNL per gli operai agricoli e florovivaisti (19 giugno 2018): ai fini dell'acquisizione del diritto all'inquadramento professionale superiore per i primi è sufficiente un periodo continuativo di 20 giorni (oppure 40 giorni in un anno, anche se frazionati), per i secondi, un periodo (anche non continuativo, ma riferito

¹⁸ GARGIULO, 2015, 16, il quale ritiene che «il giudice dovrebbe dichiarare, ad esempio, la promozione automatica anche nel caso di assegnazioni di poco inferiori ai sei mesi, disposte a breve distanza l'una dall'altra per la copertura della medesima posizione lavorativa».

¹⁹ BROLLO, 2012, 390, secondo la quale la contrattazione di prossimità può «escludere *tout court* che lo svolgimento prolungato di mansioni superiori comporti l'acquisizione della relativa qualifica».

allo stesso anno) di 15 o 25 giorni (a seconda che dell'area professionale in cui avviene il passaggio). Analogamente, il CCNL per gli addetti all'industria metalmeccanica privata (26 novembre 2016) I lavoratori avranno diritto al passaggio a categoria superiore se «disimpegnano le mansioni superiori» per un periodo pari a 30 giorni continuativi (ovvero 75 giorni non continuativi nell'arco di un anno o 6 mesi non continuativi nell'arco di tre anni), oppure per un periodo di 3 mesi continuativi, (ovvero 9 mesi non continuativi nell'arco di tre anni, per l'acquisizione della sesta e della settima categoria professionale). Un termine breve (2 mesi per gli operai e 3 mesi per gli impiegati) è presente pure nel CCNL per i dipendenti da imprese esercenti il noleggio autobus con conducente (26 luglio 2018). Una variante di questa soluzione si rintraccia nel CCNL dipendenti dalle Aziende esercenti la produzione di cemento, calce e gesso (29 maggio 2019), ove il termine in questione è pari a 5 mesi, quindi inferiore a quello semestrale, ma superiore a quello trimestrale, precedentemente fissato dall'art. 2103 c.c.

Di contro, la riproduzione dell'attuale termine di legge è presente, ad esempio, nel CCNL per gli addetti all'industria chimica e farmaceutica (15 ottobre 2015), CCNL per gli addetti all'industria dell'energia e del petrolio (25 gennaio 2017) e nel CCNL per gli addetti del settore elettrico (9 ottobre 2019): per il primo dei tre contratti il periodo semestrale può anche non essere continuativo, purché la somma dei singoli periodi corrispondenti ai termini predetti sia compresa in un massimo di 18 mesi, per gli altri due è, invece, necessario che si tratti di un semestre continuativo.

Lì dove la contrattazione collettiva non ha ancora avuto modo di esprimersi dopo l'entrata in vigore della riforma del 2015, è presumibile che possano ritenersi applicabili i limiti temporali previsti dai contratti collettivi anteriori a tale data, i quali non possono ritenersi automaticamente caducati per effetto dello *ius superveniens* di fonte legale, in assenza di una espressa previsione in tal senso²⁰.

Il ragionamento viene però capovolto da chi ritiene che «le clausole della contrattazione collettiva concepite nel vigore della precedente disciplina e riproduttive di quest'ultima [...] siano state redatte sul presupposto di una determinata disciplina legale: per tale ragione esse hanno una portata non precettiva, ma soltanto ricognitiva di una disciplina di legge che ora non è più esistente»²¹.

²⁰ Così, fra gli altri, BUCONI, 2018, 51.

²¹ ROMEI, 2018, 260.

Tale conclusione appare parecchio impegnativa, se si pensa agli effetti di sistema che ne deriverebbero nel rapporto tra legge e contratto collettivo: quest'ultimo verrebbe meno tutte le volte in cui riproduca il contenuto di norme di legge successivamente abrogate o modificate, come se la riproduzione del contenuto della legge non fosse di per sé una scelta dotata di autonoma rilevanza negoziale, quale manifestazione di volontà delle parti contraenti.

3. La riformulazione della vecchia eccezione: la sostituzione di altro lavoratore.

Anche dopo la riscrittura dell'art. 2103 c.c., la sostituzione di altro lavoratore, quale presupposto per l'adibizione a mansioni superiori relative ad un posto evidentemente non libero, continua a fungere da fatto impeditivo della promozione automatica, di cui il datore di lavoro è tenuto a fornire prova in base ai principi generali (art. 2697 c.c.), se vuole impedire la maturazione del diritto da parte del lavoratore. Muta, però, l'articolazione della fattispecie, in quanto, secondo l'attuale testo della norma, ad impedire la promozione automatica del lavoratore assegnatario di mansioni superiori non è più l'esigenza di sostituire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, bensì – genericamente – la sussistenza di «ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio».

Si ampliano, così, i margini di eccezione alla regola, oggi non più circoscritta a quelle ipotesi di assenza, che il datore di lavoro 'subisce' per effetto di circostanze del tutto indipendenti dalla sua volontà e, quindi, per lui inevitabili.

In sostanza, non c'è più spazio per delimitare la nozione di lavoratore assente nei termini delineati da quell'orientamento giurisprudenziale (per la verità, non univoco e, anzi, incrinato nel tempo da decisioni di segno contrario, con riferimento ad ipotesi come le ferie, il collocamento in CIG a zero ore, il comando o distacco, la sostituzione 'a cascata' o 'a scorrimento', ecc.), che considerava unicamente le ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro e non già le ipotesi in cui il lavoratore fosse «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» (nel caso di specie, trattavasi di un lavoratore inviato in missione in altra sede)²².

²² Cass., 1° febbraio 2010, n. 2280; per una ricostruzione delle varie posizioni della giurisprudenza, v. BROLLO-VENDRAMIN, 2012, 580-581, nonché – più di recente – LEONE, 2015, 1113.

In senso questa volta restrittivo, la norma vigente precisa che il lavoratore sostituito deve essere «in servizio» e, dunque, tale espressione consente di escludere chi sia in congedo o in aspettativa per cariche pubbliche o incarichi sindacali (ed ipotesi similari): in questi casi, il sostituito maturerà il diritto alla promozione, nella misura in cui il sostituito non possa considerarsi in servizio²³.

4. La nuova eccezione: la rinuncia alla promozione.

Sempre in via di eccezione all'automatico conseguimento dell'inquadramento superiore in caso di mobilità ascendente, il legislatore del 2015 ha riconosciuto al lavoratore la facoltà di impedire tale conseguenza, opponendovi la propria «diversa volontà».

Non si tratta del rifiuto di essere assegnato a (e, quindi, di svolgere) tali mansioni, bensì della mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono (oltre al temporaneo adeguamento del trattamento economico).

La configurazione giuridica di tale manifestazione di volontà è tutta da scoprire, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa, a partire dal fatto che non è neppure chiaro se la volontà del lavoratore debba essere manifestata in modo espresso, oppure possa ricavarsi anche solo dal tacito 'ritorno' alle mansioni di provenienza.

In primo luogo, qualora il lavoratore dichiarasse, all'atto dell'assunzione o in costanza di rapporto, di non voler conseguire l'effetto legale della promozione in caso di futuro svolgimento di mansioni superiori, si tratterebbe non di una rinuncia/transazione, bensì di un patto in deroga, ossia di una clausola che modifica il regolamento negoziale in violazione di una norma di legge. A nostro avviso, in tal caso scatterebbe la nullità per violazione del divieto di patti (o atti) contrari, in quanto l'ammissibilità di una simile manifestazione di volontà non figura tra le eccezioni al divieto tipizzate al 9° comma dell'art. 2103 c.c. (che le racchiude tutte, in via tassativa). Anche qualora fosse stata già disposta l'adibizione a mansioni superiori, la rinuncia anticipata del lavoratore alla promozione (a cui si riferirebbe l'attuale previsione normativa, secondo una diversa opinione prospettata in dottrina²⁴), configurerebbe un patto

²³ In tal senso, MISCIONE, 2015, 444; BROLLO, 2015, 84; GALANTE, 2016, 70; MENEGOTTO, 2016, 28.

²⁴ Così PINTO, 2016, 360-361, secondo il quale, «il "dissenso" potrà essere validamente manifestato *dopo* che sia venuto a esistenza il presupposto del diritto, vale a dire l'assegnazione delle mansioni superiori, e *prima* che la fattispecie si sia perfezionata, ossia prima che sia trascorso il periodo massimo stabilito dal contratto collettivo o dalla legge».

in deroga in quanto il diritto alla promozione matura solo dopo l'effettivo svolgimento delle mansioni superiori per il periodo predeterminato.

Non è mancata, tuttavia, una tesi che ha considerato la volontà del lavoratore di accettare la promozione come uno dei tre elementi costitutivi di una fattispecie complessa: il primo (*fatto*) sarebbe l'assegnazione a mansioni superiori, il secondo (*fatto*) sarebbe il decorso del tempo e, infine, il terzo (*atto*) sarebbe, appunto, la volontà del lavoratore, che, «se contraria, impedisce il perfezionarsi della fattispecie». Dunque, secondo tale ricostruzione, laddove «tale volontà fosse espressa preventivamente, essa non configurerebbe affatto un atto nullo, dal momento che mancherebbe la norma imperativa violata: la volontà contraria del lavoratore infatti impedisce fin dall'inizio che la fattispecie si perfezioni, e quindi osta alla stessa sussistenza della "norma di legge" che dovrebbe essere contraddetta dalla volontà del singolo»²⁵.

Per quanto sofisticata e originale, la tesi non ci pare convincente. Più semplicemente, riteniamo che il diritto alla promozione automatica per effetto dello svolgimento di mansioni superiori per un certo arco temporale sia uno tra i tanti effetti posti da norma inderogabile nell'ambito della fattispecie-lavoro subordinato, esattamente come – per fare un esempio in libertà – il diritto di precedenza nelle assunzioni a tempo indeterminato per il lavoratore che abbia prestato attività lavorativa per più di sei mesi, nell'esecuzione di uno o più contratti a termine presso la stessa azienda (art. 24, 1° comma, d.lgs. n. 81/2015).

Si dirà che, nel caso delle mansioni superiori, si realizza un mutamento in senso novativo dell'oggetto del contratto, per effetto della modifica del contenuto della prestazione lavorativa, che viene spinto oltre il perimetro delle mansioni originariamente esigibili. Ma questa obiezione non fa che riproporre la *vexata quaestio* in ordine all'esistenza o meno dello *ius variandi* verso l'alto e del suo fondamento: quand'anche si ritenesse indispensabile il consenso del lavoratore ai fini dello svolgimento delle mansioni superiori (secondo l'ormai minoritaria tesi consensualistica), è lì che dovrebbe concentrarsi l'attenzione, ovvero sulla fase iniziale dell'assegnazione.

Viceversa, una volta che si è verificato lo svolgimento di mansioni superiori (per il periodo predeterminato dal contratto collettivo o dalla legge), occorre prendere atto delle conseguenze che ne derivano. *Ex facto oritur ius*: da quel fatto, il legislatore fa discendere il diritto all'inquadramento superiore. A quel punto, occorre trattare tale diritto come ogni altro, nel senso che la volontà del lavoratore (come di qualsiasi

²⁵ ROMEI, 2018, 262-263.

altro soggetto) non serve ad acquisire la titolarità del diritto (che – come detto – è un effetto di legge), ma ad esercitarlo ovvero a disporne una volta che il diritto sia sorto e sia divenuto – solo allora – appunto – astrattamente *disponibile*.

In quel momento, allorquando il rifiuto si manifesti a seguito dell'avvenuto svolgimento di tali mansioni oltre il limite, esso non può che costituire una rinuncia ad un diritto (quello alla promozione), ormai già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, in applicazione di una norma inderogabile di legge.

Secondo la nostra ricostruzione, solo tale negozio unilaterale (e non anche la rinuncia a diritto futuro) è reso valido dall'art. 2103, 7° comma, c.c., il quale – lo ripetiamo – contiene una norma (inderogabile) che attribuisce la titolarità del diritto alla promozione, allorquando si verifichi il presupposto in essa indicato, ossia il *fatto* dell'avvenuto svolgimento di mansioni superiori per il periodo a ciò necessario.

Ribadire che si tratta di un effetto legale *automatico* non sposta i termini della questione: anche la cessazione del rapporto di lavoro – per fare un altro esempio – è il presupposto fattuale che determina (automaticamente, ossia senza bisogno di alcuna manifestazione di volontà) la maturazione del diritto al T.F.R. ai sensi di altra norma inderogabile (art. 2120 c.c.). Eppure, proprio perché occorre distinguere il piano della titolarità da quello dell'esercizio di qualsiasi diritto (anche se posto da norma inderogabile), nessuno dubita della possibilità di disporre del (diritto al) T.F.R., ovviamente nelle forme e nei modi consentiti dall'art. 2113 c.c.

Una volta operato tale inquadramento giuridico, ciò che balza agli occhi, nella nuova disciplina della mobilità ascendente, è l'assenza di qualsiasi meccanismo di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore secondo la logica dell'autonomia individuale assistita, peraltro perseguita proprio dall'art. 2103 c.c. in riferimento agli accordi legittimanti il demansionamento (6° comma), quelli sì da ritenersi veri e propri patti in deroga.

A questo punto, si prospettano due opzioni interpretative.

Pur nel silenzio della norma si potrebbe invocare l'applicabilità dell'art. 2113 c.c., consentendo così al lavoratore di impugnare la dichiarazione abdicativa, ove non sia stata resa in 'sede protetta'²⁶. In tal modo, la coerenza del sistema sarebbe salvaguardata, anche se «siffatta interpretazione rende la disposizione priva di efficacia propriamente

²⁶ È quanto sostenuto da GARGIULO, 2015, 16 e da SARACINO, 2015, 194.

normativa, in quanto non farebbe altro che ribadire una regola generale»²⁷.

In virtù di tale argomento, ossia proprio valorizzando il mancato richiamo al regime generale delle rinunzie e transazioni, non si può escludere che la norma configuri quello alla promozione «come un diritto disponibile»²⁸, in deroga allo stesso art. 2113 c.c. In tal caso, bisognerebbe constatare la sottovalutazione del rischio che la volontà del lavoratore possa subire condizionamenti, se è vero che la reversibilità dell'adibizione a mansioni superiori rappresenta un evidente vantaggio per il datore di lavoro in termini di flessibilità gestionale ed organizzativa. Si tratterebbe, allora, di «una grave ingenuità (se di "calcolata distrazione" non si vuol parlare) dell'attuale legislatore, il quale, nella riorganizzazione di una materia tanto delicata, ha dato per scontato che ogni lavoratore sia dotato della piena consapevolezza dei propri diritti e di una altrettanto completa forza contrattuale»²⁹.

Resta, comunque, inesplorata l'ipotesi in cui il lavoratore manifesti validamente la propria volontà contraria alla promozione, ma continui – di fatto – a svolgere le mansioni superiori anche oltre la soglia temporale massima.

Se si esclude la rinunzia preventiva dal campo di applicazione della norma, ne conseguirà che quella già manifestata sarà idonea a paralizzare il conseguimento dell'effetto legale *per il passato*, ma non potrà impedire che, *per il futuro*, la fattispecie legale si perfezioni nuovamente. In altri termini, decorso un ulteriore periodo di svolgimento delle mansioni superiori (pari a quello necessario), il lavoratore – fermo restando sempre il suo diritto all'adeguamento retributivo per l'attività svolta – maturerà nuovamente anche il diritto all'inquadramento superiore.

²⁷ GARILLI, 2016, 144.

²⁸ ZOLI, 2015, 352; v., pure, LAZZARI, 2017, 678; BROLLO, 2015, 85; BUCONI, 2018, 53.

²⁹ AVONDOLA, 2016, 388.

Riferimenti bibliografici.

- Amendola F. (2016), *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT* – 291
- Avondola A. (2016), *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, in *RIDL*, I, 369, ss.
- Barassi L. (1901), *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Soc. ed. libraria, Milano.
- Brollo M. (1997), *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Il Codice Civile. Commentario* fondato da Schlesinger P., Giuffrè, Milano.
- Brollo M. (2012), *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in Carinci F. (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, Milano, 371 ss.
- Brollo M. (2015), *Disciplina delle mansioni. Art. 3*, in Carinci F. (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT e-Book, n. 48, 29 ss.
- Brollo M., Vendramin M. (2012), *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in Persiani M., Carinci F. (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, vol. IV, tomo I, 513 ss.
- Buconi M.L. (2018), *La mobilità verticale nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c.*, in *Labor*, 1, 35 ss.
- Galante M. (2016), *Lo jus variandi all'epoca del Jobs Act*, in Ricci M., Santoni, Santucci (a cura di), *Il diritto del lavoro all'epoca del Jobs Act*, Quaderni de Il diritto del mercato del lavoro, 51 ss.
- Gargiulo U. (2015), *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona", It.* – 268.
- Garilli A. (2016), *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, in *DLRI*, 129 ss.
- Giugni G. (1963), *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli.
- Lazzari C. (2017), *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, in *DLRI*, 663 ss.
- Leone G. (2015), *La nuova disciplina delle mansioni: il sacrificio della professionalità "a misura d'uomo"*, in *LG*, 1101 ss.
- Liso F. (2015), *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 *Working Paper CSDLE Massimo D'Antona, It.* – 257.

- Mariani M. (2016), *Il nuovo ius variandi*, in Mazzotta O. (a cura di), *Lavoro ed esigenze dell'impresa fra diritto sostanziale e processo dopo il Jobs Act*, Giappichelli, Torino, 89 ss.
- Menegotto M. (2016), *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act. Nuovi spazi per la flessibilità funzionale*, Working Paper ADAPT n. 7.
- Miscione M. (2015), *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in LG, 437 ss.
- Pacella G. (2018), *Le nuove regole dello ius variandi*, in Di Stasi A. (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle riforme del Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 87 ss.
- Paolitto L. (2015), *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 155 ss.
- Pinto V. (2016), *La flessibilità funzionale e i poteri del datore di lavoro. Prime considerazioni sui decreti attuativi del Jobs Act e sul lavoro agile*, in RGL, I, 364 ss.
- Pisani C. (2015), *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino.
- Redenti E. (1906), *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, rist. a cura di Caprioli S., Giappichelli, Torino, 1992.
- Romei R. (2018), *La modifica unilaterale delle mansioni*, in RIDL, I, 233, ss.
- Saracino M. (2015), *Le mansioni superiori*, in Ghera E., Garofalo D. (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 187 ss.
- Zoli C. (2015), *La disciplina delle mansioni*, in Fiorillo L., Perulli A. (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 333 ss.