



Poste Italiane S.p.a. • Sped. in A.P. • D.L. 353/2003 conv. in L. 46/2004, art. 1, c. 1 • DCB Roma

La Corte Costituzionale
e la pronuncia di *non liquet*

Le dimissioni
trovano la forma

Flessibilità delle mansioni
ed autotutela contro
il demansionamento

Maternità per le lavoratrici
a progetto

Congedi parentali

Ripartizione contributiva
nell'apprendistato

Infortuni sul lavoro
e responsabilità penale

Abuso di una successione
di contratti a termine
da parte della P.A.

Licenziamento collettivo
per soppressione di una
unità produttiva

LAVORO E PREVIDENZA OGGI

Iuridica Editrice

anno XXXIV • ottobre 2007

10

Federico Maresca*

Flessibilità delle mansioni ed autotutela contro il demansionamento

SOMMARIO

1. Premessa
2. Mansioni promiscue
3. Flessibilità per previsione legale
4. Flessibilità per accordo individuale
5. Flessibilità per accordo collettivo e Cass. 5 aprile 2007, n. 8596
6. Autotutela contro il demansionamento e Cass. 9 maggio 2007, n. 10547
7. Conclusioni

1. Premessa

Le mansioni del prestatore di lavoro, oggetto di stipulazione tra datore di lavoro e lavoratore, pur se dedotte nel contratto di lavoro individuale non possono mai essere considerate come un elemento immutabile del rapporto di lavoro; ciò poiché l'individuazione delle mansioni da svolgere risulta compresa nel normale esercizio del potere direttivo datoriale.

Per la giurisprudenza, infatti, il potere direttivo del datore di lavoro include anche il c.d. "*jus variandi*", ovvero la potestà di modificare unilateralmente il contenuto del contratto¹.

Per delineare l'ampiezza ed il contenuto dei concetti in esame appare utile una ricognizione delle mansioni e del demansionamento "allo stato degli atti".

La norma di riferimento in materia è rappresentata dall'art. 2103 c.c. (come risulta nel testo novellato dall'art. 13, Stat. lav.), il quale, tuttavia, non si rivela risolutivo ai fini dell'inquadramento dei fenomeni in esame.

Il precetto, infatti, si limita sinteticamente ad individuare, in positivo, quali sono le mansioni a cui il lavoratore può essere adibito dal datore di lavoro;

* Dottorando di ricerca presso l'Università di Roma – Tor Vergata.

¹ Questa estensione del potere direttivo in riferimento alle mansioni equivalenti, seppure pacificamente ammessa dalla giurisprudenza (si veda Cass., S.U., 7 agosto 1998, n. 7755), non è affatto condivisa in dottrina, dove sono presenti orientamenti che, in ossequio ai principi della contrattualistica, affermano la necessità dell'incontro delle volontà di tutte le parti del rapporto di lavoro per poter procedere ad una variazione del contenuto del contratto.

esso non giunge, come sarebbe opportuno, ad indicare quali sono in negativo le mansioni a cui il lavoratore non può essere adibito.

Il rilievo non è di poco conto: nel testo vigente dell'art. 2103 c.c. non vi è alcuna tipizzazione legale di mansioni che realizzino un demansionamento, ma solamente una generale previsione di nullità di ogni patto contrario² diretto ad assoggettare il lavoratore all'esercizio di mansioni non equivalenti.

La norma individua in positivo, dunque, le mansioni a cui il lavoratore può essere adibito: esse sono «*quelle per le quali è stato assunto*» ma anche *quelle «equivalenti alle ultime effettivamente svolte»*.

Il concetto di equivalenza delle mansioni, punto cruciale della flessibilizzazione, può essere identificato avendo riguardo al «patrimonio professionale acquisito dal lavoratore nel corso del contratto»; per aversi equivalenza delle mansioni, dunque, detto patrimonio deve poter essere utilizzato anche nell'espletamento dei nuovi compiti: saranno, dunque, «equivalenti» quelle mansioni che consentiranno al lavoratore di mantenere il patrimonio professionale maturato anche nello svolgimento dei nuovi carichi di lavoro³.

Un ulteriore e più recente parametro di valutazione dell'equivalenza è rappresentato dalla c.d. «professionalità potenziale», che consiste in tutto ciò che il lavoratore saprebbe fare, ma attualmente non fa.

Questa particolare forma di professionalità è sempre più spesso utilizzata per rintracciare un'equivalenza anche tra mansioni palesemente diverse, di modo che il limite legale non costringa alla cristallizzazione del lavoratore all'interno degli stessi incarichi professionali ma, invece, consenta di accrescere il patrimonio professionale mediante l'autorizzazione all'adibizione dei prestatori alle mansioni a loro più congeniali.

Va evidenziato, infine, che il risultato concreto della nozione di equivalenza delle mansioni sfugge alla tipizzazione solamente in ambito di lavoro privato, poiché nel lavoro pubblico, invece, l'equivalenza risulta tipizzata:

² Ex art. 2103, comma 2, c.c., restano liberamente praticabili solo le rinunce o transazioni aventi ad oggetto l'impugnazione del demansionamento, trattandosi di istituti che soggiacciono alla disciplina dell'art. 2113 c.c.

³ Il divieto di variazione delle mansioni comprende anche la sottrazione di carichi di lavoro qualitativamente rilevanti tra le mansioni svolte. Per la giurisprudenza, inoltre, si realizza un demansionamento sia quando la sottrazione di mansioni è parziale (alcune tra tutte quelle svolte) sia quando è totale (ovvero quando il lavoratore è privato delle mansioni): per i giudici di legittimità, infatti, sussisterebbe un «diritto a lavorare» (ad es., Cass. 2 gennaio 2002, n. 10). Questa impostazione è compiutamente criticata dalla dottrina (A. VALLEBONA, *Istituzioni di diritto del lavoro*, II, Cedam, Padova, 2005), che correttamente evidenzia che tale diritto è inesistente nel nostro ordinamento.

qui, invero, la valutazione dell'equivalenza è rimessa alla contrattazione collettiva⁴, a tutto vantaggio della certezza dei soggetti coinvolti nel rapporto di lavoro.

2. Mansioni promiscue

Nell'ambito del più ampio dibattito sulla flessibilità delle mansioni un esame specifico merita la questione delle mansioni c.d. "promiscue", ovvero un insieme di mansioni, diverse tra loro ed afferenti a differenti qualifiche professionali, che formano l'oggetto dell'obbligazione lavorativa⁵.

In particolare, le mansioni promiscue possono arrivare a comprendere anche mansioni di diverso livello retributivo, pur se di regola esse provengono da differenti qualifiche lavorative tutte comuni ad un unico livello di inquadramento⁶.

La parziale coincidenza delle questioni è causata dalle difformi pronunce giurisprudenziali in merito all'applicabilità della nozione di equivalenza anche nelle ipotesi di variazione delle mansioni che non esorbiti da quelle dedotte in contratto.

Il previgente orientamento maggioritario⁷, infatti, statuiva che non si dovesse applicare il limite dell'equivalenza agli spostamenti interni alle mansioni promiscue dedotte in contratto; le più recenti pronunce giurisprudenziali⁸, invece, ritengono determinante l'individuazione delle mansioni "ultime effettivamente svolte", disponendo l'applicazione della regola dell'equivalenza anche nello spostamento fra mansioni promiscue.

Questa ultima impostazione, però, rischia di tradursi in un divieto di mansioni promiscue: non ha alcuna utilità, infatti, dedurre in contratto una serie di mansioni diverse tra loro se, all'atto concreto della scelta di adibire il lavoratore ad un'altra tra le mansioni dedotte, la variazione risulti soggetta ad una valutazione di equivalenza tra le mansioni.

Diversamente dalla giurisprudenza, la dottrina dominante, sin dall'entrata in vigore della norma novellata⁹, ha costantemente rilevato come il dettato

⁴ Ex art. 52, comma 1, D.Lgs. n. 165/2001.

⁵ Cfr. G. GIUGNI, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963.

⁶ Cfr. C. PISANI, *Le mansioni promiscue secondo le sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, I/2.

⁷ Ad esempio Cass. 9 aprile 1992, n. 4314; Cass. 7 gennaio 1982, n. 52.

⁸ Oltre alla sentenza Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, qui esaminata, si veda Cass. 9 gennaio 2004, n. 174.

⁹ Cfr. A. MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 Stat. lav.*, in *Riv. giur. lav.* 1978, I, 420.

Articoli e Dottrina

dell'art. 2103, comma 1, c.c., dispone che il lavoratore possa essere adibito, innanzitutto, alle mansioni «*per le quali è stato assunto*»; solo in subordine a queste, poi, potrà essere adibito anche a quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte.

Secondo la riferita opzione interpretativa, dunque, se nelle mansioni per le quali il prestatore è stato assunto rientrano prestazioni lavorative diverse tra loro, esse restano comunque escluse dall'ambito di quelle che devono essere soggette ad una valutazione di equivalenza: non vi è spazio per tale controllo quando la variazione di mansioni avviene nell'ambito di quelle dedotte in contratto.

L'impostazione dottrinale, inoltre, trova conferma anche in quella giurisprudenza¹⁰ che, chiamata a determinare il livello di inquadramento spettante al prestatore di lavoro assunto con mansioni promiscue, per dirimere la questione identifica le mansioni "prevalenti" o "caratterizzanti" il contratto al fine di individuare il corrispondente livello da attribuire al lavoratore.

Questa ricostruzione operata dai giudici di legittimità, a ben vedere, contrasta con l'ipotesi di un divieto di mansioni promiscue, sia palese sia simulato attraverso l'applicazione della regola dell'equivalenza agli spostamenti interni alle mansioni promiscue; anche ammettendo la possibilità di dedurre in contratto mansioni promiscue, infatti, queste sarebbero rese inutili *ipso facto* dall'applicazione del limite dell'equivalenza.

Chiarito quanto sopra, bisogna concludere con l'osservare che in capo al datore di lavoro, il quale opti per l'una o per l'altra tra le mansioni promiscue dedotte in contratto, non appare sussistere un vero e proprio *jus variandi*; le mansioni promiscue, infatti, sono tutte già dedotte nel contratto ed esso non risulta, dunque, né modificato né integrato dall'esercizio del potere direttivo datoriale.

L'assenza di uno *jus variandi* unilaterale, quindi, rende ancora più evidente la mancanza di necessità di una regola a tutela di un lavoratore che non subisce alcun atto d'imperio: una variazione di mansioni che resti all'interno di quelle promiscue, infatti, è da considerare come liberamente accettata dal lavoratore nel momento stesso della stipula del contratto di lavoro.

3. Flessibilità per previsione legale

Il nostro sistema giuridico comprende anche una serie di previsioni legislative che disciplinano ipotesi legittime di adibizione del prestatore di lavoro a mansioni non equivalenti a quelle normalmente svolte.

Ci si riferisce, innanzitutto, alle lavoratrici madri, le quali, *ex art. 7, comma 5, D.Lgs. 26 marzo 2001, n. 151*, durante tutto il periodo di gestazione e

¹⁰ Tra le altre, Cass. 8 luglio 1992, n. 8330; Cass. 30 maggio 1985, n. 3264.

fino a 7 mesi dopo il parto, possono essere adibite a mansioni diverse ed anche inferiori; la *ratio* di questa norma va ricercata, evidentemente, nella tutela della salute e della sicurezza della gestante e del nascituro.

La tutela della lavoratrice in gestazione la quale sia abitualmente addetta a lavori pericolosi od insalubri va perseguita, infatti, anche al costo di assegnare la stessa a mansioni *prima facie* dequalificanti.

Vi è, ancora, il caso dei lavoratori divenuti invalidi durante il decorso del rapporto di lavoro, i quali ai sensi dell'art. 4, comma 4, L. 12 marzo 1999, n. 68, possono essere licenziati solo se risulti impossibile il loro utilizzo all'interno dell'azienda, anche in mansioni non equivalenti.

In questo caso l'obiettivo che viene perseguito è quello del mantenimento dell'occupazione in favore di un soggetto debole, che incontrerebbe difficoltà nel ricollocarsi sul mercato del lavoro.

Da ultimo, va citata l'ipotesi dei lavoratori in esubero, i quali, *ex art.* 4, comma 11, L. 23 luglio 1991, n. 223, possono essere riassorbiti dall'azienda attraverso la destinazione a mansioni diverse da quelle svolte.

In questa circostanza ciò che rileva come fine normativo è il mantenimento del livello occupazionale in situazioni di crisi o di riorganizzazione aziendale.

4. Flessibilità per accordo individuale

Alle ipotesi legali la prassi giurisprudenziale ha affiancato delle novità in direzione della flessibilizzazione delle mansioni, enucleando dal sistema vigente ulteriori ipotesi di legittima adibizione del lavoratore a mansioni non equivalenti.

I giudici, infatti, hanno ripetutamente ritenuto legittima l'assegnazione del prestatore a mansioni diverse nei casi in cui questa avvenga in presenza del coincidente accordo tra datore di lavoro e lavoratore.

Va sottolineato che, in assenza delle pronunce nomofilattiche, un accordo in tal senso sarebbe destinato ad essere travolto dalla nullità comminata dal secondo comma dell'art. 2103 c.c.

L'accordo individuale volto alla possibilità di assegnare il lavoratore allo svolgimento di mansioni diverse, infatti, è consentito dalla giurisprudenza solo in determinate ipotesi, da ritenersi tassative: crisi aziendale, esigenze aziendali improrogabili, mantenimento dell'occupazione del lavoratore ed interesse del lavoratore.

In caso di crisi aziendale è stata ritenuta legittima l'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori¹¹ al fine di mantenere l'occupazione¹².

¹¹ Cass. 9 marzo 2004, n. 4790.

¹² Cfr. G. PERA, *Interrogativi sullo Statuto dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1970, I, 200; C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano, 1996.

Articoli e Dottrina

A ben vedere questa sembrerebbe essere un'interpretazione estensiva del precetto contenuto nella L. n. 223/1991, che permette di raggiungere il medesimo obiettivo perseguito dal precetto legale, ovvero il mantenimento del livello occupazionale, consentendo anche, nel contempo, di evitare i circoli viziosi "licenziamento - riassunzione con mansioni diverse" (che per la giurisprudenza è soggetto a presunzione semplice di fittizietà per entrambe gli atti¹³) o "dequalificazione - contestazione - accordo" (che sfugge alla disciplina *ex art. 2103 c.c.*, poiché risulta soggetto a quella *ex art. 2113 c.c.*).

Nell'ipotesi delle esigenze d'impresa, invece, l'assegnazione a mansioni inferiori è stata ritenuta legittima se finalizzata a far apprendere nuove tecniche produttive al lavoratore¹⁴, per necessità contingenti¹⁵ e per esigenze non procrastinabili senza pregiudizi per l'attività produttiva¹⁶.

Nei casi appena visti le pronunce giurisprudenziali appaiono motivate dal contemperamento degli interessi del lavoratore con quelli dell'imprenditore, contemperamento che ha condotto i giudici alla conclusione che una momentanea compressione dei diritti del lavoratore deve ritenersi sopportabile se è destinata al superamento di un'esigenza dell'impresa.

Per quanto attiene all'ipotesi relativa al mantenimento dell'occupazione del singolo lavoratore va rilevato che è in via di consolidamento la tesi che ammette la legittimità del patto di assegnazione a mansioni inferiori al fine di evitarne il licenziamento¹⁷.

In questo caso i giudici hanno, evidentemente, anteposto ad un diritto, quello al mantenimento della professionalità, un interesse meritevole dello stesso lavoratore, quello al mantenimento del suo posto di lavoro.

Da ultimo, poi, va ricordato che occasionalmente è stato ritenuto legittimo l'accordo demansionatorio laddove questo rispondesse a specifiche esigenze del lavoratore, ovviamente ultronee a quella di evitare il licenziamento¹⁸.

Anche in questo caso l'avere attribuito rilevanza all'accordo individuale ha consentito di evitare i percorsi tortuosi, sopra esaminati, "licenziamento - riassunzione con mansioni diverse" e "dequalificazione - contestazione - accordo".

Quest'ultima, infine, appare essere la più rilevante ipotesi di accordo individuale idoneo ad escludere la regola dell'equivalenza, poiché ciò che ha giustificato l'intervento dei giudici non è stata la tutela di un interesse supe-

¹³ *Ex plurimis*, Cass. 25 febbraio 1988, n. 2007.

¹⁴ Cass. 1° marzo 2001, n. 2948.

¹⁵ Da ultima Cass., S.U., 26 novembre 2006, n. 25033.

¹⁶ Tra le altre, Cass. 12 luglio 2002, n. 10187; Cass. 4 luglio 2002, n. 9709.

¹⁷ Ad es., Cass. 13 ottobre 2004, n. 2024; Cass. 5 ottobre 2004, n. 10339.

¹⁸ Cass. 2 novembre 1993, n. 10793; Cass. 20 maggio 1993, n. 5693; Cass. 1° dicembre 1988, n. 6515.

riore a quello tutelato dall'art. 2103 c.c. bensì la tutela della volontà del lavoratore: quest'ultima è stata ritenuta meritevole proprio in quanto proveniente dal soggetto debole del rapporto.

Ironicamente, però, il precetto contenuto nell'art. 2103, comma 2, c.c. (aggravato dalle pronunce in esame) è dettato proprio al fine di predisporre una più efficace tutela del lavoratore in caso egli compia atti a lui potenzialmente pregiudizievoli, quale potrebbe essere un accordo che non gli garantisca il mantenimento della sua professionalità.

5. Flessibilità per accordo collettivo e Cassazione 5 aprile 2007, n. 8596

La questione della flessibilità delle mansioni è stata oggetto di attenzione anche da parte delle Sezioni Unite, le quali nella sentenza 24 novembre 2006, n. 25033, hanno accolto l'orientamento giurisprudenziale più restrittivo in materia di equivalenza ed hanno introdotto, peraltro, ulteriori limiti che non erano stati individuati dalle pronunce precedenti.

Per le S.U. le mansioni diverse possono essere equivalenti solo se appartengono tutte alla stessa qualifica funzionale e se, nel contempo, sussiste una contingente esigenza aziendale che abbia carattere temporaneo oppure l'intenzione di valorizzare la professionalità potenziale dei lavoratori inquadrati nella qualifica interessata.

La vera innovazione che avrebbe introdotto la sentenza in esame sarebbe, a ben vedere, l'autorizzazione data all'autonomia collettiva a poter inserire all'interno della contrattazione collettiva delle clausole di fungibilità, idonee a consentire una mobilità orizzontale, permettendo di inserire molteplici mansioni (in ipotesi anche di diverso livello) all'interno di un'unica qualifica funzionale.

L'inserimento di queste clausole nella contrattazione collettiva consente al datore di lavoro di non incorrere nella previsione di nullità, disposta dal comma secondo dell'art. 2103 c.c., nell'ipotesi di adibizione di un lavoratore a mansioni non equivalenti, purché queste ultime rientrino nell'ambito della qualifica a cui il lavoratore appartiene e ricorra una delle circostanze previste in alternativa (contingente esigenza aziendale temporanea o valorizzazione della professionalità potenziale dei prestatori interessati).

L'impostazione complica ulteriormente l'individuazione di un certo ed univoco concetto di equivalenza, la quale, a causa delle diverse ricostruzioni, appare atteggiarsi diversamente a seconda delle circostanze¹⁹.

¹⁹ Cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, 169.

Articoli e Dottrina

La statuizione della Corte, a ben vedere, sembrerebbe spingere verso una parificazione *de facto* tra lavoro pubblico, dove l'equivalenza delle mansioni è legislativamente rimessa all'autonomia collettiva, e lavoro privato, in cui l'equivalenza è demandata all'approvazione giudiziale delle clausole di fungibilità inserite nella contrattazione collettiva²⁰.

L'intenzione, però, risulta vanificata se si considera che per giungere alla parificazione sopra descritta il solo requisito del previo accordo collettivo già sarebbe, per sua natura, ampiamente sufficiente, nonché idoneo a garantire la tutela del lavoratore in sostituzione dell'art. 2103 c.c.

I nuovi limiti introdotti dalla ricostruzione operata dalle Sezioni Unite sono rappresentati dal fatto che, oltre al previo accordo collettivo, per legittimare lo *jus variandi* si richiede sia la necessaria appartenenza delle diverse mansioni alla stessa qualifica funzionale sia, in alternativa, la ricorrenza di esigenze aziendali temporanee o la valorizzazione della professionalità potenziale dei lavoratori inquadrati nella qualifica interessata²¹.

Non ci si può esimere dal rilevare che la statuizione in analisi, già nella parte che consente la sola mobilità orizzontale all'interno della stessa qualifica, non appare sorretta da valide argomentazioni: essa, infatti, invade il campo di autonomia che dovrebbe essere (e rimanere sempre) di pertinenza degli accordi collettivi od individuali.

Gli ulteriori requisiti dell'esigenza aziendale temporanea e della valorizzazione della professionalità potenziale dei lavoratori, inoltre, appaiono come vere e proprie cause di giustificazione all'esercizio dello *jus variandi*, giustificazioni che finiscono col raddoppiare le tutele che si vorrebbero diminuire, andando ad aggiungere alla funzione garantistica già compiutamente svolta dalla contrattazione collettiva.

Più che ad un'ipotesi di flessibilizzazione sembrerebbe essere dinanzi ad un caso di tutela rafforzata mediante accordo collettivo.

Da ultima sul tema della flessibilizzazione delle mansioni è intervenuta la sentenza Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, relativa ad un'ipotesi di riorganizzazione aziendale in cui sono state portate a termine, per il tramite dell'art. 46 del ccnl applicabile al caso esaminato²², assegnazioni di mansioni non equivalenti.

Un lavoratore coinvolto nella riorganizzazione ed assegnato a mansioni diverse ha proposto ricorso giudiziale al fine di essere riadibito alle mansioni

²⁰ Cfr. A. VALLEBONA, *Incertezze e rimedi*, in G. PERONE - A. VALLEBONA (a cura di), *La certificazione dei contratti di lavoro*, Giappichelli, Torino, 2004.

²¹ Cfr. M. DELL'OLIO, *Nuove forme di lavoro dipendente*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, 676.

²² L'articolo citato detta una tipica clausola di fungibilità e prevede la possibilità per il datore di lavoro, in caso di necessità di servizio, di variare le mansioni all'interno di una mobilità orizzontale per categoria.

precedentemente svolte o ad altre equivalenti, sostenendo la nullità di qualsiasi accordo in senso contrario, in quanto confliggente con il comma 1 dell'art. 2103 c.c.

La vertenza è giunta fino al grado di legittimità e la Suprema Corte ha ribadito la dimensione odierna del precetto contenuto nel primo comma dell'articolo in esame.

Questa sentenza sembra compiere un passo avanti rispetto al passato, pur se continua ad accogliere quasi integralmente l'impostazione adottata dalle Sezioni Unite nel 2006.

L'innovazione introdotta da questa sentenza si coglie se si osserva che, contrariamente a quanto stabilito dalle precedenti S.U., in questa ipotesi di flessibilizzazione delle mansioni per esigenze aziendali non emerge, e neppure è menzionato, il carattere temporaneo dell'adibizione del lavoratore alle mansioni non equivalenti.

Nel contratto collettivo esaminato, infatti, è prevista una clausola di mobilità orizzontale per "necessità di servizio" la cui validità non è affatto condizionata dalla temporaneità dell'esigenza aziendale; i giudici di legittimità, inoltre, non hanno ritenuto indispensabile questo requisito per giungere a sancire la legittimità della variazione operata dal datore di lavoro.

Preso atto di ciò, bisogna concludere con l'osservare che la Suprema Corte, in linea con i precetti legali e con le proprie precedenti pronunce che statuiscono la legittimità di un accordo sulla variazione delle mansioni al fine di salvare l'occupazione, si è spinta più avanti di quanto non avesse fatto nella pronuncia a Sezioni Unite, individuando un'ulteriore ipotesi di legittima adibizione del lavoratore a mansioni non equivalenti.

Nella sentenza in esame, infatti, si afferma la legittimità dello *jus variandi* tra mansioni non equivalenti nel caso in cui il potere direttivo datoriale si sia manifestato in presenza sia di un preesistente accordo collettivo sul tema sia della sussistenza di una riorganizzazione aziendale che abbia soppresso in via definitiva il posto di lavoro del lavoratore dequalificato.

Il principio di diritto che si è voluto affermare è scaturito dall'interpretazione dell'art. 2103 c.c. alla luce della regola del bilanciamento di interessi: il risultato è sorto, per i giudici, dalla contrapposizione tra il «*diritto dell'imprenditore a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente ed il diritto del lavoratore al mantenimento del posto*».

In realtà, a ben vedere, la contrapposizione di interessi si ha tra il diritto del lavoratore al mantenimento della sua professionalità, da un lato, ed il diritto dello stesso alla conservazione del posto di lavoro unitamente al diritto del datore di lavoro a perseguire una organizzazione aziendale efficiente e produttiva, dall'altro.

La pronuncia, dunque, trova un ulteriore elemento di conferma, rappresentato dall'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, che rafforza la decisione presa dalla Corte.

Articoli e Dottrina

Il risultato di questo bilanciamento ha portato la Cassazione a statuire che, in caso di scelte imprenditoriali che comportino riorganizzazioni aziendali con soppressione definitiva di posti di lavoro, vi è possibilità di legittima adibizione dei lavoratori a mansioni diverse ed anche inferiori, lasciando invariato il livello retributivo di appartenenza, laddove questa via fosse l'unica che consentisse di mantenere il posto di lavoro.

Ad un esame più attento si rileva che nel principio enunciato non si fa menzione del requisito del previo accordo collettivo; questa circostanza, però, non deve far pensare ad una revisione totale della materia, poiché non è nulla più che una dimenticanza: nel caso esaminato, come visto sopra, vi era già, infatti, una clausola di fungibilità, contenuta nell'art. 46 del ccnl applicabile.

6. Autotutela contro la dequalificazione e Cassazione 9 maggio 2007, n. 10547

Resta da chiarire quale possa essere, in concreto, la forma di reazione che il lavoratore potrebbe utilizzare in via di autotutela nei confronti del datore di lavoro che si renda inadempiente ai sensi dell'art. 2103 c.c.

In via generale il prestatore di lavoro che gode di un contratto c.d. "resistente"²³ ha a sua disposizione un ventaglio di reazioni, definite "conservative", prima di essere costretto a percorrere la via del recesso per giusta causa, con l'eventuale risarcimento del danno (autotutela c.d. "estintiva").

Queste forme di autotutela conservativa consistono nel rifiuto della prestazione non dovuta, nell'eccezione di inadempimento e nella resistenza a pretese illegittime.

La reazione che appare più aderente al caso di illegittima assegnazione a mansioni non equivalenti è quella del rifiuto della prestazione non dovuta.

Nell'ipotesi in cui il datore esercita i propri poteri in violazione dei limiti dettati dalla legge o dall'autonomia collettiva la prestazione lavorativa richiesta diviene, di conseguenza, non obbligatoria e, pertanto, legittimamente rifiutabile dal lavoratore.

La giurisprudenza di legittimità, dopo un primo periodo in cui ha sostenuto che l'autotutela conservativa è sempre legittimamente esperibile dal lavoratore adibito a mansioni inferiori²⁴, ha mutato orientamento, specificando che la stessa non è praticabile nel caso in cui il datore di lavoro inadempiente ai sensi dell'art. 2103 c.c. adempia regolarmente a tutte le altre sue obbligazioni, in particolare a quella retributiva²⁵.

²³ Ovvero coperto dalla tutela reale contro il licenziamento ingiustificato, ex art. 18 Stat. lav.

²⁴ Si veda, ad es., Cass. 28 luglio 2000, n. 9957.

²⁵ Si veda, ad es., Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689.

L'assunto della Corte sembra discendere dalla considerazione che, laddove fosse convalidato il rifiuto del lavoratore di eseguire la prestazione dequalificante, ciò condurrebbe alla paralisi del mondo lavorativo in tutti i casi di esercizio dello *jus variandi* che non siano immediatamente identificati come legittimi, così costringendo i soggetti coinvolti ad attendere l'esito del successivo giudizio per riprendere il normale corso del rapporto di lavoro.

Dalla più recente ricostruzione giurisprudenziale, inoltre, discende che il lavoratore che ritenga di essere illegittimamente adibito a mansioni non equivalenti dovrebbe sempre, per sua tutela, adire il Tribunale in via d'urgenza al fine di ottenere un provvedimento che sospenda l'esecuzione della nuova prestazione richiesta, evitandogli il rischio del licenziamento *ex art. 2119 c.c.* che si verificherebbe ove, al termine del giudizio ordinario, la sua condotta in autotutela risultasse non proporzionata all'inadempimento datoriale.

Questo orientamento, a ben vedere, conduce ad escludere la possibilità di poter esercitare una forma di autotutela in caso di demansionamento.

L'erroneità della ricostruzione operata dalla Cassazione si coglie rilevando che, così decidendo, la Corte di legittimità ha eliminato *ope judicis* l'unica via praticabile dal lavoratore dequalificato in un ordinamento giuridico che non consente la coercibilità degli obblighi di fare infungibili, quali sono quelli legati agli inadempimenti datoriali.

L'intenzione dei giudici di giungere alla soluzione corretta, ovvero la necessità di valutare il comportamento in autotutela del prestatore in rapporto all'inadempimento datoriale, è passata per la via sbagliata, ovvero la qualificazione del comportamento del lavoratore come eccezione di inadempimento soggetta alle regole dettate dall'art. 1460 c.c., la quale consente il vaglio della situazione alla stregua della regola della proporzionalità.

Per giungere alla soluzione ricercata, invece, la Cassazione avrebbe dovuto qualificare l'autotutela conservativa contro il demansionamento come rifiuto della prestazione non dovuta.

La valutazione del comportamento tenuto dal lavoratore, infatti, anziché alla luce della regola della proporzionalità (propria dell'eccezione di inadempimento) avrebbe potuto essere effettuata alla luce del principio di buona fede rapportato al caso concreto.

La tenuta del corretto funzionamento del mondo lavorativo, malcelato obiettivo dei giudici di legittimità, è pienamente assicurata anche nel caso di esercizio del rifiuto della prestazione non dovuta: questa autotutela, infatti, si deve accompagnare sempre all'offerta della prestazione contrattualmente dovuta, la quale è certamente idonea ad evitare qualsiasi paralisi produttiva.

La qualifica di eccezione di inadempimento, data dai giudici all'autotutela contro il demansionamento, consente di rifiutare la prestazione contrattualmente dovuta senza rendersi inadempienti; ben diverso è il rifiuto della

Articoli e Dottrina

prestazione non dovuta, che consente al lavoratore di non eseguire una prestazione che non è dedotta in contratto.

La necessità di una valutazione della proporzionalità della reazione, a ben vedere, si rivela superflua nel caso del rifiuto della prestazione non dovuta, poiché ciò che il lavoratore rifiuta non è l'adempimento della propria obbligazione (che è tenuto ad offrire) ma è una prestazione che *non è contrattualmente dovuta*: non vi è spazio, pertanto, per un esame sulla proporzionalità della reazione poiché la prestazione (richiesta dal datore e rifiutata dal prestatore) è completamente estranea agli obblighi contrattuali.

Da ultimo, la sentenza Cass. 9 maggio 2007, n. 10547, verte proprio in materia di ammissibilità dell'autotutela e dei limiti all'esercizio della stessa nelle ipotesi di demansionamento.

Nel caso analizzato un lavoratore ha lamentato di essere stato illegittimamente licenziato per giusta causa come reazione del datore all'autotutela esperita dal prestatore dopo che era stato adibito a mansioni non equivalenti.

Essendo state respinte le domande del lavoratore sia in primo grado sia in appello, lo stesso ha proposto ricorso in Cassazione lamentando, fra l'altro, violazione dell'art. 2103 c.c.

Il giudice di legittimità, anche in questo caso, ha ribadito l'orientamento formatosi sul punto in esame, confermando che l'autotutela conservativa esperibile in caso di demansionamento non deve consistere nella sospensione dell'attività lavorativa se, come visto, il datore adempie tutte le altre obbligazioni; ciò poiché, secondo la Corte, la controversia verte solo su una parte del contratto e non riveste carattere di urgenza per il lavoratore.

Persiste, dunque, l'erroneità della ricostruzione operata dalla Corte di Cassazione in ambito di autotutela conservativa contro il demansionamento.

L'adempimento del datore ad alcune sue obbligazioni, in particolare a quella retributiva, non può mai essere una esimente del rispetto delle altre obbligazioni, specialmente quella *ex art. 2103 c.c.*: una ricostruzione di questo tipo, insostenibile sin dal principio, è auspicabile che sia al più presto rivista.

7. Conclusioni

All'esito della presente indagine possiamo concludere osservando che, per aversi un legittimo esercizio di *jus variandi* tra mansioni non equivalenti, il nostro ordinamento giuridico richiede la ricorrenza di una tra le seguenti ipotesi: una previsione legale, un accordo individuale idoneo a derogare al divieto *ex art. 2103, comma 2, c.c.*, un accordo collettivo sulla mobilità orizzontale all'interno della stessa qualifica ed esigenze aziendali temporanee, un accordo collettivo sulla mobilità orizzontale e la valorizzazione della professionalità potenziale del lavoratore oppure, infine, un accordo collettivo sulla

mobilità orizzontale che consenta di evitare il licenziamento dei lavoratori in caso di ristrutturazioni aziendali.

Non c'è stata, al di là di quanto ripetutamente affermato nella motivazione delle sentenze in analisi, alcuna vera e profonda innovazione in materia di flessibilizzazione delle mansioni.

Ciò poiché molte delle ipotesi appena enunciate erano già presenti nell'ordinamento, mentre altre tra di esse, oltre a non ampliare la flessibilità, introducono nuovi limiti ancor più restrittivi.

Il superamento delle tesi giurisprudenziali in direzione della ricercata ed invocata "flessibilità controllata" appare possibile, dunque, solo nell'ipotesi in cui il legislatore riterrà opportuno delegare all'autonomia delle parti, più realisticamente in forma collettiva che individuale, il contenuto da attribuire alla nozione dell'equivalenza delle mansioni, sulla scia di quanto già fatto nel settore del lavoro pubblico.

Il rinvio alla contrattazione collettiva, consentendo di individuare *ex ante* le ipotesi di legittimo esercizio dello *jus variandi*, condurrebbe alla concreta specificazione della regola legale.

Da ciò deriverebbe il duplice beneficio della certezza dei rapporti giuridici e della riduzione del contenzioso giudiziale.

Questo auspicato rinvio all'autonomia negoziale, inoltre, non impedirebbe di continuare a sottoporre al vaglio del giudice tutte le ipotesi di esercizio dello *jus variandi* che non risultino sorrette da accordo collettivo, valutazione che si effettuerebbe alla luce della regola dell'equivalenza.

Alla luce delle osservazioni svolte, inoltre, sarebbe auspicabile un intervento giurisprudenziale che risolva, quanto prima, l'*impasse* che tuttora paralizza qualsiasi tentativo di esperibilità dell'autotutela conservativa contro il demansionamento.