

Capitolo secondo

LE MANSIONI

Raffaele Fabozzi

Sommario 2.1. Premessa - 2.2. L'originaria disciplina legislativa - 2.3. L'attuale testo dell'art. 2103 c.c. - 2.4. La contrattualizzazione delle mansioni - 2.5. L'adibizione a mansioni equivalenti - 2.5.1. Casistica - 2.6. L'adibizione a mansioni superiori - 2.6.1. Il diritto alla promozione - 2.6.2. La sostituzione di lavoratori - 2.7. L'adibizione a mansioni inferiori - 2.7.1. Danni da demansionamento - 2.7.2. La legittima adibizione a mansioni inferiori - 2.8. La nullità dei patti contrari - 2.9. La disciplina del pubblico impiego.

Legislazione Cost. 32 e 41 - c.c. 2087, 2103, 2113 - l. 20.5.1970, n. 300, art. 13 - l. 23.7.1991, n. 223, art. 4 - d.lg. 15.8.1991, n. 277, art. 8 - l. 12.3.1999, n. 68, art. 4 - d.lg. 26.3.2001, n. 151, art. 7 - d.lg. 30.3.2001, n. 165, art. 52.

Bibliografia Giugni 1963 - Persiani 1971 - Assanti 1972 - Giugni 1973 - Maresca 1978 - Liso 1982 - Scognamiglio 1983 - Ghera 1984 - Zoli 1987 - Liso 1988 - Vallebona 1988 - Pisani 1990 - Zoppoli 1990 - Zangari 1993 - Bettini 1997 - Brollo 1997 - Renzi 1998 - Monateri 2000 - Tozzoli 2000 - Liberati 2005 - Pessi 2008 - Puccinelli 2008 - Vallebona 2008.

2.1. Premessa.

L'oggetto dell'obbligazione lavorativa è rappresentato dallo svolgimento di una serie di attività, che, tanto nella terminologia tecnica quanto nella prassi contrattuale, vengono definite come «mansioni»:

L'espressione «mansioni» indica l'insieme tipico di «compiti» lavorativi cui il dipendente è tenuto. Il termine, nell'accezione data dal legislatore, si configura come «posizione» cui afferiscono numerosi e differenti compiti, intesi come unità elementari non ulteriormente scomponibili. Coerentemente, il legislatore utilizza il termine in parola sempre al plurale. Sicché, nel linguaggio giuridico, le mansioni si identificano con quello che la scienza dell'organizzazione battezza come «modello di prestazione», cioè con l'insieme tipico di singole unità elementari del *face-re*. In definitiva, il modello di prestazione traduce nella concreta realtà aziendale l'astratta divisione del lavoro (Brollo 1997, 4).

Le mansioni, dunque, costituiscono i singoli compiti cui il lavoratore, nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale, deve assolvere.

Tali compiti, peraltro, si combinano generalmente tra di loro, dando luogo ad un determinato tipo di attività lavorativa che, nella maggior parte dei casi, riflette la realtà organizzativa nella quale, in quel momento storico, si inserisce:

Per il raggiungimento del risultato produttivo ogni organizzazione ha bisogno dello svolgimento di vari tipi di attività lavorativa, ha bisogno cioè di una più o meno varia tipologia di apporti professionali (divisione astratta del lavoro), i quali si traducono in modelli di prestazione quando vengono ripartiti dall'imprenditore tra i singoli lavoratori, attuandosi, in tal modo, la divisione concreta del lavoro; nell'ambito di tale divisione ciascun lavoratore, nella misura in cui svolge un determinato tipo di attività, occupa una posizione di lavoro e ricopre un ruolo nell'organizzazione (Pisani 1990, 1).

Connesso alle mansioni è il termine di qualifica, sulla cui definizione e significato non sempre la dottrina è concorde:

L'insieme di mansioni pattuito viene indicato con il termine «qualifica», che solitamente si identifica con una figura professionale prevista nei contratti collettivi e individua la posizione

occupata dal prestatore nell'organizzazione aziendale (Vallebona 2008, 143).

Sul punto, è possibile rinvenire due distinti orientamenti:

In una prima accezione esso indica la prestazione lavorativa dedotta in contratto; in altre parole, l'attività convenuta. Quest'ultima, così come può essere indicata facendo riferimento ad elementi oggettivi (i compiti; ad esempio, il tornire), può anche essere indicata facendo riferimento ad una qualità del soggetto (la capacità di svolgere i compiti; ad esempio, tornitore). Nel primo senso ci si riferisce alle «mansioni», nel secondo alla «qualifica»; ma è chiaro che entrambi questi termini costituiscono varianti terminologiche di «attività convenuta» (Liso 1988, 15).

Secondo altro orientamento, invece, il termine è utilizzato analogamente a quello di «categoria»:

Secondo altra accezione – che risente della contaminazione subita dal linguaggio giuridico ad opera della terminologia negoziale (ad es. nel contratto collettivo dei metalmeccanici privati) – è sinonimo del termine «categoria», cioè dell'insieme di posizioni alle quali è riservato il medesimo trattamento (c.d. categorie contrattuali). Contaminazione, questa, cui non è immune né la giurisprudenza (ad es., la Suprema Corte si riferisce alla «qualifica di dirigente»), né il legislatore (ad es., lo stesso art. 2103 cod. civ. novellato richiama la «categoria» superiore non solo nel suo senso «legale» ex art. 2095 cod. civ., ma pure in quello «contrattuale», quale sinonimo di qualifica, di livello o di area) (Brollo 1997, 5).

2.2. L'originaria disciplina legislativa.

L'originario testo dell'art. 2103 c.c. disponeva che

il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto. Tuttavia, se non è convenuto diversamente, l'imprenditore può, in relazione alle esigenze dell'impresa, adibire il prestatore di lavoro ad una mansione diversa, purché essa non importi una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale

nella posizione di lui. Nel caso previsto nel comma precedente il prestatore di lavoro ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, se è a lui più vantaggioso (art. 2103 c.c., testo originario).

Pertanto, dopo aver affermato il principio della contrattualizzazione delle mansioni, il legislatore consentiva all'imprenditore di modificare l'attività dei propri dipendenti al ricorrere di alcuni presupposti ed, in ogni caso, senza pregiudizio economico o professionale per gli stessi.

Tuttavia, i limiti al c.d. *jus variandi* del datore di lavoro si dimostrarono ben presto poco tutelanti.

Ed infatti, il primo vincolo (quello delle esigenze aziendali) finì per costituire una garanzia dell'interesse dell'imprenditore, enfatizzandone la discrezionalità del potere organizzativo e gestionale.

Con riferimento al secondo vincolo (quello della conservazione della retribuzione e della professionalità), invece, si tendeva ad escludere la «sostanzialità» del mutamento nell'ipotesi di assegnazione temporanea a nuove mansioni ovvero di affinità di queste ultime alle precedenti.

Pertanto, l'unico vero limite era rappresentato dalla irriducibilità della retribuzione, che, peraltro, non impediva l'assegnazione a mansioni inferiori a quelle svolte:

L'art. 2103 c.c., nel testo originario, non sanciva affatto l'obbligo del datore di lavoro di riconoscere o conservare al dipendente adibito a mansioni superiori a quelle per le quali era stato assunto, o che aveva raggiunto nel corso del rapporto di lavoro, la qualifica e le mansioni superiori, bensì attribuiva al lavoratore il diritto al trattamento economico corrispondente all'attività di fatto esercitata se a lui più vantaggioso; una volta disposto il ridimensionamento delle mansioni senza il riconoscimento formale della qualifica superiore, il lavoratore destinato alle mansioni originarie poteva soltanto recedere dal contratto, chiedendo la liquidazione delle sue spettanze (Cass. 12.2.1982, n. 873, *GCM*, 1982, 2).

A differenza dell'attuale testo, infatti, l'inciso «se non è convenuto diversamente» consentiva di ritenere derogabile anche la già poco incisiva disciplina, la cui efficacia era ulteriormente limitata da un apparato normativo basato sulla libera recedibilità dal rapporto di lavoro.

In altri termini, la possibilità di risolvere il rapporto di lavoro con il semplice preavviso vanificava ogni tentativo di tutela nei confronti del lavoratore; tanto più laddove parte della giurisprudenza attribuiva al contegno del lavoratore significato di accettazione tacita al mutamento *in pejus* delle mansioni e/o della retribuzione:

Sicché, qualsiasi mutamento imposto unilateralmente dal datore (definitivo, peggiorativo) poteva realizzarsi in modo legittimo con la copertura del tacito assenso; il quale, a sua volta, era indotto dal timore di perdere non solo le mansioni convenute ma l'intero posto di lavoro ovvero non solo una maggior retribuzione ma l'intera retribuzione visto che il rifiuto di eseguire l'ordine di spostamento, anche se illegittimo, esponeva il lavoratore al rischio del libero licenziamento (Brollo 1997, 13).

2.3. L'attuale testo dell'art. 2103 c.c.

La l. 20.5.1970, n. 300 (c.d. «Statuto dei lavoratori») ha ridisegnato il complessivo assetto dei rapporti tra imprenditore e lavoratore, riequilibrando i rispettivi diritti/doveri nell'ambito della subordinazione.

In tale contesto, l'art. 13 st. lav. ha apportato significative modifiche all'art. 2103 c.c., immaginando una sorta di irreversibilità della posizione professionale del lavoratore e non consentendo accordi in deroga (tanto più se taciti).

L'attuale formulazione dell'art. 2103 c.c., infatti, dopo aver ribadito il principio della contrattualizzazione delle mansioni, consente all'imprenditore di modificare le mansioni dei

propri collaboratori solo in senso migliorativo ovvero senza arrecare loro pregiudizio.

In particolare, la nuova disciplina si articola su tre diverse direttrici.

La prima è quella della determinazione consensuale delle mansioni di assunzione:

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 (art. 96 disp. att. c.c.).

La seconda prevede la possibilità della mobilità orizzontale (a mansioni equivalenti) ovvero verticale (ma, salvo casi tassativi, solo a mansioni superiori):

In tema di esercizio del cd. «*ius variandi*», deve considerarsi legittimo il provvedimento adottato dal datore di lavoro che, al fine di conservare un clima sereno nell'ambiente di lavoro, dispone il trasferimento di un lavoratore, il cui comportamento è origine di continui contrasti, purché vengano garantite a quest'ultimo mansioni equivalenti (Cass. 2.9.2008, n. 22059, *DG*, 2008).

La terza, infine, dispone la nullità di qualsiasi patto contrario, sottraendo la disciplina finanche alla disponibilità delle parti contrattuali:

L'art. 2103 (nuovo testo) c.c., se non ha eliminato lo *ius variandi* del datore di lavoro, che trova la sua giustificazione in insopprimibili esigenze organizzative e direzionali, ne ha limitato però l'esercizio, stabilendo – oltre alla garanzia del livello retributivo raggiunto (già assicurata dal vecchio testo dello stesso articolo) – l'esigenza del rispetto della equivalenza delle nuove mansioni, al fine di tutelare la corrispondenza tra il patrimonio professionale del lavoratore e la sua collocazione nella struttura organizzativa aziendale, e ciò con norma che, sancendo la nullità di ogni patto contrario, non consente deroghe neppure nell'ipotesi in cui la sua applicazione possa risolversi in un pregiudizio per il lavoratore, salva la possibilità di una reale novazione del rapporto (Cass. 23.1.1988, n. 539, *NGL*, 1988, 313).

È evidente che la novella legislativa si inserisce in un contesto totalmente differente da

quello esistente all'indomani dell'entrata in vigore del codice del 1942, soprattutto in considerazione delle maggiori tutele sulla stabilità del posto di lavoro:

Essendo all'epoca ancora consentito il licenziamento *ad nutum* (art. 2118 cod. civ.), il lavoratore era costretto, per conservare l'occupazione, ad accettare l'assegnazione di mansioni inferiori con effetti anche sul trattamento economico e normativo; la situazione di debolezza contrattuale fu solo attenuata dalla legge n. 604/1966, stante il regime di stabilità obbligatoria; il riequilibrio nel rapporto avviene solo a seguito della legge n. 300/1970, che introduce per le imprese medio-grandi il regime di stabilità reale (Pessi 2008, 276).

2.4. La contrattualizzazione delle mansioni.

Si è detto come l'art. 13 l. 20.5.1970, n. 300 abbia lasciato inalterata la I parte dell'art. 2103 c.c., salvaguardando dunque il principio della contrattualizzazione delle mansioni. Al riguardo, sebbene sussista, in capo al datore di lavoro, un generale obbligo di informazione (entro 30 giorni dalla data di assunzione) in ordine all'inquadramento, al livello ed alla qualifica attribuiti al dipendente (d.lg. 26.5.1997, n. 152), non è infrequente che manchi un accordo espresso sui contenuti della prestazione lavorativa, limitandosi le parti ad individuare la categoria o il livello di inquadramento previsti dal contratto collettivo di riferimento:

Va riconosciuto, in via di principio, all'autonomia collettiva il potere di stabilire gli inquadramenti del personale, ovvero la giusta collocazione del medesimo, in riferimento non solo alla consistenza professionale delle mansioni affidate a ciascun dipendente, ma anche alle caratteristiche ed all'articolazione del contesto produttivo nel quale esse si inseriscono. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione di merito che, con riguardo alla domanda di numerosi dipendenti bancari con qualifica di ausiliari di ottenere l'inquadramento, con le relative differenze retributive, come impiegati di II o come commessi,

aveva osservato che il contratto collettivo applicabile ai rapporti di lavoro in esame non assimila l'attività di guardiana e custodia svolta dai dipendenti di cui si tratta alle mansioni proprie dell'impiegato di II, né del commesso) (Cass. 28.8.2003, n. 12632, *OGL*, 2003, 782).

In tale ipotesi, la determinazione dell'obbligazione lavorativa avviene generalmente sulla base dei contratti collettivi ovvero – soprattutto laddove il contratto collettivo preveda, nel medesimo livello inquadramentale, una pluralità di qualifiche – delle regole di ermeneutica (artt. 1362 ss. c.c.), tenendo anche conto del contegno delle parti e dell'effettivo svolgimento della prestazione:

Nel procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato non può prescindersi da tre fasi successive, e cioè: l'accertamento in fatto delle attività lavorative in concreto svolte, la individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal contratto collettivo di categoria, e il raffronto dei risultati di tali due indagini, restando l'individuazione dei criteri generali ed astratti caratteristici delle singole categorie alla stregua della disciplina collettiva del rapporto censurabile in sede di legittimità, oltre che per vizi di motivazione (come le altre due fasi del predetto *iter* logico-giuridico dell'inquadramento), anche per violazione dei criteri legali di ermeneutica contrattuale nell'interpretazione della disciplina collettiva applicabili (Cass. 9.3.2004, n. 4791, *MGI*, 2004).

Nell'ipotesi di svolgimento di mansioni promiscue, deve prendersi a riferimento la mansione prevalente, vale a dire quella che qualifica e caratterizza l'attività lavorativa. Sotto tale profilo, la giurisprudenza ha dato applicazione tanto al requisito qualitativo (maggiore significatività professionale della mansione) quanto a quello quantitativo (continuità nello svolgimento della mansione):

In ipotesi di svolgimento di mansioni promiscue, allo scopo di determinare l'inquadramento spettante al lavoratore devono considerarsi congiuntamente i dati quantitativi e quelli qualitativi, per giungere a stabilire quali attribuzioni assumano rilievo professionale preminente, fermo

restando che la norma inderogabile dell'art. 2103 c.c. non consente alla contrattazione collettiva di estendere i profili professionali e l'equivalenza tra le mansioni fino al punto di consentire liberamente al potere di organizzazione del datore di lavoro di attribuire mansioni proprie di una qualifica superiore a dipendenti che rivestono qualifiche inferiori per il solo fatto che le mansioni superiori risultano comprese anche nel profilo professionale degli appartenenti alla qualifica inferiore (Cass. 2.1.2001, n. 9, *NGL*, 2001, 278).

La disposizione codicistica estende le tutele anche alle mansioni «ultime effettivamente svolte», le quali, nella fase iniziale del rapporto, coincidono certamente con le mansioni di assunzione; successivamente, possono essere quelle connesse al superiore inquadramento conseguito ovvero quelle equivalenti alle mansioni da ultimo esercitate:

In tema di obbligo del datore di lavoro di adibire il lavoratore a mansioni corrispondenti alla categoria o a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte (art. 2103 c.c.), in applicazione dei principi generali sul regime probatorio 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. Ove sia assolutamente carente l'allegazione degli elementi di fatto circa l'inesatto adempimento, tale carenza, assumendo carattere pregiudiziale, fa sì che neppure possa censurarsi in astratto l'eventuale mancato completo esame dell'equivalenza delle mansioni sul piano oggettivo e soggettivo (Cass. 24.10.2005, n. 20523, *CGM*, 2005, 10).

2.5. L'adibizione a mansioni equivalenti.

Com'è noto, il potere direttivo dell'imprenditore manifesta la propria incisività proprio con riferimento alla flessibilità funzionale; alla facoltà, cioè, di modificare anche unilateralmente, sebbene entro determinati limiti, le mansioni dei propri dipendenti e, quindi, l'oggetto del contratto di lavoro.

Tale potere può innanzitutto essere esercitata-

to in linea orizzontale, nel senso che il lavoratore può essere adibito allo svolgimento di mansioni diverse da quelle esercitate purché siano alle stesse equivalenti:

La nozione impiegata dal legislatore ha un carattere «aperto» e di per sé «neutro»: indica soltanto un criterio relazionale generico tra mansioni di provenienza e mansioni di destinazione, «sfornito di precisi referenti su cui tarare l'operazione di comparazione, ovvero l'accertamento dell'equivalenza tra le due mansioni».

In assenza di un preciso criterio ordinatore del giudizio di equivalenza, avvertono i giuslavoristi, affiora il rischio di conferire alla nozione le più diverse valenze a seconda del parametro prescelto per comparare mansioni distinte. Molti sono i parametri astrattamente ipotizzabili: il patrimonio professionale, il contenuto tecnico della prestazione, le competenze, la collocazione nella gerarchia, il livello di responsabilità operativa, le aspettative di carriera, ecc.; e ad ognuno corrisponde un giudizio di equivalenza che può subire variazioni. Non solo, detti criteri presentano una intrinseca modificabilità nel tempo e in relazione al concreto ambiente di lavoro di riferimento (Brollo 1997, 135).

È da escludere la retribuzione quale (unico) parametro per la valutazione dell'equivalenza delle mansioni:

In caso di assegnazione del lavoratore a mansioni equivalenti a quelle precedentemente svolte, il principio di irriducibilità della retribuzione di cui all'art. 2103 c.c. non opera per le cosiddette indennità estrinseche, «*id est*» per quelle indennità riconosciute non in funzione delle qualità essenziali delle mansioni svolte e, quindi, della professionalità del lavoratore, bensì in quanto correlate alle particolari modalità della prestazione lavorativa (fattispecie relativa a indennità maneggio denaro) (Cass. 8.8.2007, n. 17435, *GDir*, 2008, 61).

Allo stesso modo, non appare decisivo il riferimento al livello inquadramentale:

Con riguardo allo «*ius variandi*» del datore di lavoro, il divieto di variazioni *in pejus* opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, sicché 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 salvaguardarne il livello professionale acquisito e da garantire lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti prospettive di miglioramento professionale, in una prospettiva dinamica di valorizzazione delle capacità di arricchimento del proprio bagaglio di conoscenze ed esperienze (Cass. 9.3.2004, n. 4773, *GCM*, 2004, 3).

È oramai consolidato l'orientamento secondo il quale l'equivalenza della mansione va riferita al bagaglio professionale acquisito dal lavoratore:

Ai fini della verifica del legittimo esercizio dello «*ius variandi*» da parte del datore di lavoro deve essere valutata dal giudice di merito – con giudizio di fatto incensurabile in cassazione ove adeguatamente motivato – la omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza rispetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal dipendente nella pregressa fase del rapporto e nella precedente attività svolta (Cass. 11.2.2004, n. 2649, *GCM*, 2004, 2).

Tale valutazione è rimessa al giudice di merito, senza alcun diritto del lavoratore al proseguimento delle mansioni da ultimo svolte:

L'equivalenza delle mansioni professionali che, ai sensi dell'art. 2103 c.c., condiziona la legittimità dell'esercizio dello «*ius variandi*» da parte del datore di lavoro deve essere valutata senza limitarsi al rispetto del formale inquadramento del lavoratore, occorrendo procedere anche all'esame del corredo di nozioni, abilità ed esperienze richieste ed utilizzabili nelle nuove mansioni; rispettate siffatte condizioni, tuttavia, l'esercizio dello «*ius variandi*» non richiede l'identità delle mansioni, né è configurabile un diritto del lavoratore ad essere adibito alle mansioni da ultimo svolte, sebbene maggiormente gratificanti per la sua professionalità (Cass. 20.3.2004, n. 5651, *GCM*, 2004, 651).

Peraltro, in detta operazione la giurisprudenza tende a valutare tanto il profilo oggettivo (inclusione della mansioni di provenienza e

di destinazione nella stessa area professionale) quanto quello soggettivo (affinità professionale delle mansioni):

L'equivalenza delle mansioni, che, *ex art.* 2103 c.c., condiziona la legittimità dell'esercizio dello «*ius variandi*» – e che costituisce oggetto di un giudizio di fatto incensurabile in cassazione, ove sorretto da una motivazione logica, coerente e completa – va verificata sia sotto il profilo oggettivo, e cioè in relazione alla inclusione nella stessa area professionale e salariale delle mansioni iniziali e di quelle di destinazione, sia sotto il profilo soggettivo, che implica l'affinità professionale delle mansioni, nel senso che le nuove devono armonizzarsi con le capacità professionali acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi. Una volta che risultino rispettate siffatte condizioni, l'esercizio dello «*ius variandi*» non richiede l'identità delle mansioni, né esso è impedito dalla necessità di un aggiornamento professionale in relazione ad innovazioni tecnologiche, ovvero dalla circostanza che le nuove mansioni debbano essere svolte in un diverso settore della complessa organizzazione aziendale e soggiacere ad una organizzazione del lavoro concepita con modalità diverse rispetto a quella che caratterizzava le precedenti mansioni. (Nella specie, concernente un lavoratore con mansioni di «capo gruppo acquisizione» di una società di distribuzione assegnato a svolgere mansioni di «responsabile del *check out*», il giudice di merito, con la sentenza confermata dalla S.C., ha escluso che vi fosse stata variazione *in pejus* delle mansioni, in quanto i nuovi compiti, benché estranei a quelli svolti in precedenza, non comportavano la dispersione professionale dell'esperienza acquisita, ma realizzavano un arricchimento del bagaglio professionale del lavoratore, senza sacrificare la sua dignità personale e professionale, essendo irrilevante che egli, soggettivamente, preferisse continuare a svolgere le precedenti mansioni) (Cass. 15.2.2003, n. 2328, *GCM*, 2003, 337).

In definitiva, la nozione di equivalenza deve essere intesa in senso professionale; le nuove mansioni, cioè, devono essere aderenti alla specifica competenza tecnico-professionale del dipendente, salvaguardandone il livello professionale, e devono consentire l'utilizzazione del patrimonio di esperienza acquisito nella pregressa fase del rapporto di lavoro:

In caso di mutamento di mansioni, il giudizio di equivalenza deve tener conto, oltre al dato cd. oggettivo, rappresentato dall'appartenenza delle mansioni di provenienza e di quelle di destinazione al medesimo livello di inquadramento contrattuale, anche del principio per cui le mansioni di destinazione devono consentire l'utilizzazione ovvero il perfezionamento e l'accrescimento del corredo di esperienze, nozioni e perizia acquisite nella fase pregressa del rapporto (Cass. 29.9.2008, n. 24293, *DG*, 2008, 42, 23).

2.5.1. Casistica.

Mentre la comparabilità tra mansioni risultava abbastanza agevole in un contesto produttivo caratterizzato da una tendenziale staticità delle attività, tale operazione diviene più complessa nell'ambito di modelli organizzativi che richiedono nuove professionalità, sempre più distanti dalle aziende di matrice fordista:

La nozione di equivalenza delle mansioni ai sensi e per gli effetti dell'art. 2103 c.c. è essenzialmente relativa, giacché, mirando la disposizione anche alla salvaguardia della professionalità del lavoratore e del diritto fondamentale, garantitogli dagli art. 1 e 2 cost., alla libera esplicazione della sua personalità sul luogo di lavoro, non può prescindere dalla specificità della prestazione lavorativa e dal contesto organizzativo in cui essa viene ad essere esplicata; ne consegue che, benché la scelta della fascia oraria di esecuzione della prestazione s'isciva generalmente nell'ambito dello «*ius variandi*» riservato all'imprenditore dalla previsione dell'art. 41 cost., nel settore dei programmi televisivi di «approfondimento informativo», valutandosi la professionalità degli operatori anche se non soprattutto in base agli indici di ascolto ed all'«*audience*» conseguita, la collocazione del dipendente in una fascia oraria deteriore per i profili considerati, rispetto a quella convenuta ed assegnatagli per tutto il periodo di precedente durata del rapporto, implica l'illegittima compressione della professionalità del dipendente per attribuzione di mansioni non equivalenti a quelle precedentemente espletate (Trib. Roma 15.2.2005, n. 2732, *DRI*, 2005, 1131).

Si tende oggi infatti, pur ritenendo imprescindibile il requisito dell'identità di inqua-

dramento e dell'intangibilità della posizione sostanziale raggiunta dal lavoratore, ad ampliare il concetto di «professionalità pregressa» come tradizionalmente considerato in maniera oggettiva:

Ai fini della verifica del legittimo esercizio dello «*ius variandi*» da parte del datore di lavoro, deve essere valutata, dal giudice di merito – con giudizio di fatto incensurabile in cassazione ove adeguatamente motivato – la omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza in concreto rispetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal dipendente. (Nella specie, la S.C., decidendo su questione di massima di particolare importanza, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., in ordine alla compatibilità della clausola di fungibilità espressa dall'art. 46 c.c.n.l. 26 novembre 1994 per i dipendenti postali, con il disposto dell'art. 2103 c.c., ha confermato la sentenza di merito che aveva sufficientemente, sia pur sinteticamente, motivato in ordine alla verifica in concreto dell'equivalenza delle mansioni di sportello e di recapito svolte dalla dipendente postale, ritenendo superfluo approfondire l'esame comparativo di tali mansioni, essendosi la lavoratrice obbligata, con la conclusione del contratto, a svolgerle entrambe promiscuamente o in via alternativa come mansioni di assunzione nella vigenza del c.c.n.l. del 1994, non mancando di rilevare che all'assunzione la lavoratrice era stata addetta a mansioni di sportello e, dopo alcuni mesi, era stata avviata ad un corso di formazione per l'espletamento sia delle mansioni di sportello che delle mansioni di recapito, considerando il successivo percorso formativo. Per la S.C. la sequenza temporale indicata dalla corte territoriale mostrava un processo di progressivo ed iniziale addestramento ad entrambe le mansioni dedotte nel contratto individuale di lavoro, sicché l'alternatività delle stesse poteva considerarsi non ancora risolta nell'individuazione delle une piuttosto che delle altre e, in tale situazione contingente, per verificare l'osservanza dell'art. 2103 c.c., erano ancora quelle iniziali, ossia quelle alternativamente dedotte nel contratto di lavoro che, in astratto, il contratto collettivo inquadra nella medesima area operativa e di cui in concreto la corte territoriale, pur mediante il solo raffronto della loro descrizione contenuta negli scritti difensivi, aveva verificato l'equivalenza) (Cass. 24.11.2006, n. 25033, *GCM*, 2006, 11).

La equivalenza non viene più intesa unicamente come fare specifico già presente nel patrimonio personale del prestatore, ma può altresì riferirsi ad una capacità potenziale del dipendente:

In tema di mansioni diverse da quelle dell'assunzione, la equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti – che legittima lo «*ius variandi*» del datore di lavoro, a norma della disciplina legale in materia (art. 2103 c.c., come sostituito dall'art. 13 l. 20 maggio 1970 n. 300) – deve essere intesa non solo nel senso di par valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o, addirittura, l'arricchimento del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto. (Nella specie la Corte cass. ha confermato la sentenza impugnata che aveva ritenuto giustificato il rifiuto della lavoratrice – medico con qualifica di assistente e con mansioni internistiche-cardiologiche – di prestare turni di guardia, che venivano svolti solo dal personale con specifica competenza in ordine alle malattie di carattere psichiatrico, per le quali in genere avvenivano i ricoveri presso la casa di cura, mentre la lavoratrice era l'unico medico dipendente del servizio di medicina interna di tutti i reparti neuropsichiatrici, effettuando oltre a diagnosi e terapie internistiche, tutti gli interventi ritenuti necessari o sollecitati dal personale medico-psichiatrico; sicché, le mansioni rifiutate non erano equivalenti rispetto a quelle precedentemente svolte, in quanto non consentivano la piena utilizzazione né, tantomeno, l'arricchimento del patrimonio professionale della stessa lavoratrice sulle problematiche internistiche (Cass. 12.4.2005, n. 7453, *GCM*, 2005, 4).

Alla luce della eterogeneità e molteplicità delle moderne attività lavorative, è necessaria un'analisi approfondita:

Con riguardo allo «*ius variandi*» del datore di lavoro, per ritenere che vi sia equivalenza delle mansioni il giudice di merito, oltre a verificare la loro inclusione nella stessa area professionale e salariale, dovrà considerare la loro affinità professionale, intesa quale nucleo di professionalità comune o almeno analogo, tale da rendere possibile l'armonizzazione delle nuove mansioni con le capacità professionali acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo e consentirne

ulteriori affinamenti e sviluppi, non assumendo invece rilievo, di per sé, i comuni caratteri di elementarità o semplicità delle precedenti e delle nuove mansioni. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di merito che aveva ritenuto necessariamente equivalenti, per il solo fatto di avere i medesimi caratteri di sostanziale semplicità, le mansioni di profilo impiegatizio di addetto alla segreteria del servizio tecnico e di contabilità e quelle nuove assegnate al dipendente, di tipo operaio, di addetto al set up di stampa e al reparto taglio, rientranti contrattualmente nella medesima categoria) (Cass. 11.12.2003, n. 18984, *MGL*, 2004, 253).

Ai fini della valutazione della equivalenza delle mansioni, oltre ad una verifica di tipo oggettivo, può assumere rilevanza anche la compatibilità fisica del soggetto interessato:

La sopravvenuta infermità permanente del lavoratore integra un giustificato motivo oggettivo di recesso del datore di lavoro solo allorché debba escludersi anche la possibilità di adibire il lavoratore ad una diversa attività lavorativa riconducibile – alla stregua di un'interpretazione del contratto secondo buona fede – alle mansioni già assegnate, o altre equivalenti e, subordinatamente, a mansioni inferiori, purché tale diversa attività sia utilizzabile nell'impresa, secondo l'assetto organizzativo insindacabilmente stabilito dall'imprenditore. Peraltro, nel bilanciamento di interessi costituzionalmente protetti (art. 4, 32, 36 cost.) non può pretendersi che il datore di lavoro, per ricollocare il dipendente non più fisicamente idoneo, proceda a modifiche delle scelte organizzative escludendo, da talune posizioni lavorative, le attività incompatibili con le condizioni di salute del lavoratore. (Nella specie, la Corte cass. ha confermato la decisione di merito che aveva ritenuto legittimo il rifiuto del datore di lavoro di assegnazione in mansioni equivalenti evidenziando, con apprezzamento non censurato, che non vi erano mansioni in cui non fossero prevedibili sforzi fisici incompatibili con le condizioni di salute del lavoratore ed anzi che le attività lavorative non implicanti la movimentazione di carichi dovessero comunque svolgersi in posizione eretta e, per tale circostanza, inidonee ad una ricollocazione del lavoratore) (Cass. 7.3.2005, n. 4827, *GCM*, 2005, 3).

Parte della giurisprudenza di merito ha invece ritenuto, partendo da una valutazione complessiva della posizione del lavoratore,

che l'art. 13 st. lav. legittimi qualsiasi mutamento di mansioni sempre che, a parità di qualifica e retribuzione, i nuovi compiti non risultino peggiori sotto il profilo di una più intensa limitazione della libertà e dignità del lavoratore:

La normativa dell'art. 13 della l. 20 maggio 1970 n. 300 consente all'imprenditore di adibire il dipendente a mansioni che, pur non permettendo l'utilizzazione ed il conseguente perfezionamento del corredo di nozioni, di esperienze e perizia, acquisite nelle fasi pregresse del rapporto, valorizzano tuttavia la sua capacità e le sue attitudini lavorative senza contemporaneamente lederne la dignità. Pertanto, sempre che rimangano eguali la qualifica e la retribuzione, deve ritenersi legittima l'assegnazione del lavoratore a nuove e diverse mansioni in presenza di una sua maggiore responsabilizzazione al lavoro, di un ampliamento della sua autonomia e dei suoi poteri decisionali e di un suo più diretto coinvolgimento nel processo produttivo (Trib. Napoli 29.3.1985, *RIDL*, 1985, II, 723).

2.6. L'adibizione a mansioni superiori.

L'art. 2103 c.c. consente al datore di lavoro di poter affidare ai propri dipendenti lo svolgimento di mansioni superiori rispetto a quelle abitualmente svolte.

Peraltro, il lavoratore, oltre alla retribuzione corrispondente alle mansioni superiori svolte, ha diritto al riconoscimento del superiore inquadramento nell'ipotesi in cui l'assegnazione dovesse risultare tendenzialmente duratura.

In particolare, la disposizione, in primo luogo, prende a riferimento l'assegnazione temporanea a mansioni superiori, attribuendo al lavoratore il diritto al trattamento economico corrispondente all'attività svolta:

L'art. 2103 c.c. garantisce il diritto alla maggiore retribuzione in correlazione con lo svolgimento delle mansioni superiori, ma riconosce il diritto del dipendente all'assegnazione definitiva delle mansioni soltanto alla scadenza del periodo previsto potendo legittimamente il datore di lavoro

restituirlo, prima del compimento del periodo, alle precedenti ed inferiori mansioni (Cass. 20.11.2006, n. 24587, *GCM*, 2006, 11).

E ciò senza che rilevi il consenso del lavoratore (salvo che lo stesso, per ragioni oggettive o soggettive, risulti esposto ad obiettivi pregiudizi derivanti da tali mansioni):

L'art. 13 l. 20 maggio 1970 n. 300, il quale ha sostituito l'originario art. 2103 c.c., non contiene un assoluto divieto, per il datore di lavoro, di assegnare il lavoratore a mansioni superiori senza il suo consenso; è pertanto consentito alla contrattazione collettiva disciplinare le modalità secondo le quali – nei limiti derivanti dall'esigenza di tutela della professionalità del lavoratore – deve esercitarsi l'anzidetto *ius variandi in melius* (Cass. 4.3.2004, n. 4463, *DG*, 2004, 107).

Evidentemente, come per la mobilità orizzontale, anche per quella verticale è necessario un giudizio di equivalenza delle mansioni, così da verificare il diritto alla maggiore retribuzione ed, eventualmente, quello alla promozione:

Nell'ipotesi in cui una lavoratrice svolga mansioni superiori a quelle per le quali è stata assunta oltre i limiti consentiti dall'art. 2103 c.c., non vi è violazione della norma codicistica se le mansioni di assunzione e quelle successivamente svolte appartengono entrambe alla medesima Area funzionale. Infatti, il c.c.n.l. può legittimamente prevedere l'equivalenza tra mansioni diverse, anche appartenenti a livelli funzionali diversi, per esigenze temporanee di servizio o per agevolare l'estrinsecazione della professionalità dei lavoratori (Cass. 8.3.2007, n. 5285, *LG*, 2007, 1228).

Ed ancora,

ai fini del conseguimento della qualifica superiore non ha rilievo che il dipendente abbia svolto occasionalmente mansioni affidate anche ad altro dipendente che rivesta tale qualifica, essendo rilevante non solo la frequenza con la quale quelle mansioni siano state eventualmente espletate, ma anche il concreto grado di autonomia, responsabilità, gravosità e intensità, comparato con le altre mansioni proprie della qualifica inferiore (Cass. 23.8.2003, n. 12404, *GCM*, 2003, 7).

2.6.1. Il diritto alla promozione.

Al fine di evitare un incontrollato ed arbitrario esercizio del potere direttivo, il legislatore ha previsto che l'assegnazione a mansioni superiori debba avvenire in via temporanea, pena il diritto per il lavoratore di vedersi riconosciuta definitivamente la qualifica corrispondente alle mansioni superiori svolte.

Nello specifico, l'art. 2103 c.c. dispone che

l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi
(art. 2103 c.c.).

Pertanto,

in relazione alla disciplina dell'art. 2103 c.c. ed ai fini della cosiddetta promozione automatica prevista da tale norma, sono equiparabili l'ipotesi in cui muti il contenuto materiale delle mansioni, a seguito dell'adibizione del lavoratore a prestazioni di rango superiore a quelle precedenti, e l'ipotesi in cui, fermo il contenuto materiale delle mansioni, ne muti la qualificazione giuridica per effetto di una nuova disciplina, che da un certo momento in poi consideri la stessa prestazione di rango superiore, con la conseguenza che anche nel secondo caso trova applicazione la regola secondo cui l'acquisizione del diritto alla qualifica superiore esige che le mansioni corrispondenti siano svolte per almeno tre mesi
(Cass. 15.3.2006, n. 5618, *GCM*, 2006, 3).

L'art. 6 l. 13.5.1985, n. 190 (istitutiva della categoria dei quadri) ha previsto che il periodo di tre mesi, riducibile per le categorie degli impiegati e degli operai, possa essere esteso dalla contrattazione collettiva con riferimento ai quadri ed ai dirigenti:

L'art. 6 l. n. 190 del 1985, nella parte in cui consente alla contrattazione collettiva, in deroga al disposto dell'art. 2103 c.c., la previsione di un termine più lungo di tre mesi per conseguire il diritto alla qualifica superiore di quadro (o dirigente), senza incorrere nella sanzione della nullità, si struttura come una norma in bianco, il cui

precetto (determinazione del tempo necessario per accedere alla qualifica di quadro o dirigente a seguito dell'esercizio di fatto delle relative funzioni) deve essere desunto da una disposizione contrattuale, mentre la sanzione resta irrogata dal comma 2 dell'art. 2103 c.c. La disposizione contrattuale (sul tempo necessario per accedere alla qualifica di quadro o dirigente) in tal modo viene sussunta dalle norme di legge e ne condivide la natura. Da ciò consegue, da un lato, che i criteri di interpretazione della complessa disposizione in questione non sono quelli regolati dagli art. 1362 ss. c.c., bensì quelli previsti dall'art. 12 delle disposizioni sulla legge in generale; dall'altro lato che l'interpretazione della disposizione in questione può essere effettuata direttamente dal giudice di legittimità a norma dell'art. 360 c.p.c.

(Cass. 27.2.2007, n. 4508, *GCM*, 2007, 2).

È opinione diffusa che, ai fini della promozione, il periodo di assegnazione a mansioni superiori debba essere continuativo:

In caso di vacanza di posti di lavoro che devono essere coperti (in forza di obbligo assunto dal datore di lavoro con il contratto collettivo), all'esito di procedure di selezione, l'assegnazione reiterata ad un lavoratore delle mansioni superiori inerenti ai detti posti, ciascuna per un periodo inferiore a quello richiesto dall'art. 2103 c.c. o dal contratto collettivo per l'effetto di cd. promozione automatica, si presume determinata da una esigenza organizzativa reale, preordinata a mantenere l'effetto interruttivo della revoca dell'assegnazione alle mansioni superiori per adempiere all'obbligo negozialmente assunto, presunzione che esclude la causa utilitaristica e la sanzione del computo utile dei periodi per sommatoria, salvo che non sia accertata l'eccessiva e artificiosa protrazione dei tempi di adempimento nelle diverse fasi richieste dal contenuto dell'obbligazione (determinazione dei criteri di selezione e delle modalità del procedimento; indizione del concorso, espletamento della procedura di selezione e approvazione della graduatoria)
(Cass. 30.1.2009, n. 2542, *GL*, 2009, 10, 56).

Peraltro, si ritiene che il requisito della continuità vada inteso in senso non strettamente rigido, dovendolo contemperare con il contegno del datore di lavoro e con i criteri di gestione dell'organizzazione aziendale.

In altri termini, secondo un orientamento

giurisprudenziale, sono cumulabili i periodi di assegnazione a mansioni superiori, anche se di breve durata, quando siano caratterizzati da frequenza e sistematicità:

Il compimento del periodo – fissato dalla disciplina collettiva e comunque non superiore a tre mesi – di assegnazione a mansioni superiori, cui consegue, ai sensi dell'art. 2103 c.c., nel testo di cui all'art. 13 l. 20 maggio 1970 n. 300, il diritto del lavoratore alla cosiddetta promozione automatica, può risultare anche dal cumulo di vari periodi, quando le prestazioni di mansioni superiori abbiano assunto – indipendentemente da un intento fraudolento dell'imprenditore diretto ad impedire la maturazione del diritto alla promozione – carattere di frequenza e di sistematicità, desumibile dal numero di assegnazioni e dal tempo intercorso fra un'assegnazione e l'altra; le norme contrattuali in materia vanno interpretate alla luce della suddetta disciplina legale, alla quale il contratto non può derogare se non *in melius* (Cass. 25.3.2004, n. 6018, *GCM*, 2004, 3).

Nello stesso senso:

Il sistematico svolgimento di mansioni superiori, anche se non continuativo, determina il diritto alla promozione automatica solo se il riferimento alla sostituzione del lavoratore assente consenta di desumere l'esistenza di carenze strutturali nell'organico, la necessità di porvi rimedio e il carattere strumentale del meccanismo della sostituzione (Cass. 21.12.2007, n. 27113, *DRI*, 2008, 4, 1167).

Appare necessario, tuttavia, che l'assegnazione sia «piena», nel senso che deve comportare non solo l'effettivo svolgimento di tutte le operazioni materiali, ma anche l'assunzione della relativa autonomia, restando viceversa escluse le ipotesi di sostituzioni cc.dd. vicarie che non prevedano le relative responsabilità.

Risulta controverso se, ai fini del riconoscimento del diritto, occorra o meno un esplicito intento fraudolento del datore di lavoro. Secondo parte della giurisprudenza,

ai fini dell'insorgenza del diritto all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori ai sensi del-

l'art. 2103 c.c., il periodo di espletamento delle suddette mansioni può anche essere non continuo, bensì costituito dalla somma di distinti periodi più brevi di tre mesi, qualora risulti un intento fraudolento del datore di lavoro diretto ad impedire la maturazione del diritto alla promozione. Tale intento, che può desumersi anche da una frequenza e sistematicità delle reiterate assegnazioni di mansioni superiori tali da rivelare una predeterminazione, da parte del datore di lavoro, di tale comportamento per sottrarsi all'applicazione della norma sopra citata, deve escludersi nei casi in cui le suddette reiterate assegnazioni siano giustificate dalla particolare natura dell'attività espletata, come avviene nel caso dei cosiddetti sostituti programmati, e cioè di quei dipendenti che espletano istituzionalmente mansioni di sostituzione di altri lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto, ovvero sia dovuta ad una causa di temporanea sospensione della funzionalità del rapporto di lavoro, come lo stato di malattia del lavoratore. (Nella specie la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la sussistenza di un intento fraudolento del datore di lavoro, perché trattavasi di due sole assegnazioni separate da un consistente intervallo di tempo e giustificate da particolari circostanze, quali lo spostamento in avanti della data di recesso del rapporto con lo stesso lavoratore per sopravvenute esigenze aziendali) (Cass. 11.2.2004, n. 2642, *GCM*, 2004, 2).

Altra parte della giurisprudenza, invece, ritiene non necessario l'intento fraudolento del datore di lavoro:

In caso di assegnazioni frequenti e sistematiche a mansioni superiori, non è necessario provare, ai fini della loro cumulabilità per l'acquisizione del diritto alla c.d. promozione automatica *ex art.* 2103 c.c., un vero e proprio intento fraudolento del datore di lavoro, bensì è sufficiente dimostrare una programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi e una predeterminazione utilitaristica di tale comportamento (App. Torino 29.10.2003, *RCDL*, 2004, 131).

In ogni modo, ai fini del compimento del periodo trimestrale (o di quello diverso previsto dalla contrattazione collettiva) non può tenersi conto dei periodi di sospensioni (ad esempio, per ferie o malattia), che tuttavia non impediscono di cumulare il periodo di

assegnazione antecedente con quello successivo alla sospensione:

Ai fini del riconoscimento della qualifica superiore ai sensi dell'art. 2103 c.c., nel computo del periodo di espletamento delle mansioni superiori non può tenersi conto del periodo di ferie, il quale però non ha effetto interruttivo e quindi non preclude la possibilità di sommare le frazioni temporali anteriori e successive di svolgimento delle mansioni superiori (Cass. 18.11.1999, n. 12809, *GCM*, 1999, 2288).

A diversa conclusione si è giunti con riferimento ai riposi, essendo gli stessi parte integrante della prestazione resa:

Ai fini del compimento del periodo di assegnazione a mansioni superiori, necessario per l'acquisizione del diritto alla cosiddetta promozione automatica ai sensi dell'art. 2103 c.c., mentre non possono essere computati il periodo di ferie e quello di sospensione dell'attività lavorativa a causa di malattia, deve invece tenersi conto dei riposi settimanali e dei riposi compensativi, che costituiscono parte integrante di un lavoro che si sta svolgendo come suoi necessari momenti di pausa; a tali fini, l'eventualità che il riposo possa essere non materialmente goduto dal lavoratore in quanto questi preferisca accettarne un corrispettivo in denaro resta irrilevante (Cass. 3.2.2004, n. 1983, *GCM*, 2004, 2).

Il diritto al superiore inquadramento resta precluso quando, per lo stesso, siano richiesti dei requisiti legali di cui il lavoratore sia sprovvisto:

La mancanza del titolo di studio o altro requisito analogo previsto per l'attribuzione di una qualifica superiore non esclude l'acquisibilità della medesima, ai sensi dell'art. 2103, comma 1, c.c., nel caso di effettivo esercizio delle relative mansioni per il periodo minimo prescritto, tuttavia l'esercizio delle mansioni corrispondenti alla qualifica superiore conferita resta precluso qualora il titolo di studio o altro requisito analogo sia richiesto, da norme inderogabili, per lo svolgimento di determinate attività. (Nella specie la S.C., nel confermare la sentenza di merito che aveva riconosciuto il diritto di una infermiera dipendente di una clinica privata ad essere inquadrata nel profilo di capo sala, ha precisato che la normativa vigente non prevede, quanto ai titoli professionali richiesti per lo svolgimento delle

mansioni di capo sala, l'equiparazione tra gli ospedali pubblici – nei quali è necessario il diploma di abilitazione a mansioni direttive – e le case di cura private, nelle quali è sufficiente il diploma per l'esercizio della professione di infermiera)

(Cass. 13.11.2003, n. 17158, *OGL*, 2003, 828).

Ai fini del superiore inquadramento, parte della giurisprudenza richiede il consenso del lavoratore:

In caso di assegnazione a mansioni superiori l'acquisizione della categoria superiore per promozione è subordinata al consenso del lavoratore

(Trib. Milano 5.8.2003, *OGL*, 2003, 499).

2.6.2. La sostituzione di lavoratori.

Con la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. il legislatore ha inteso bilanciare i contrapposti interessi del lavoratore e del datore di lavoro.

Emblematica, al riguardo, è la previsione che esclude il diritto alla promozione qualora il lavoratore (pur avendo superato il periodo di tre mesi) sia stato adibito allo svolgimento di mansioni superiori in sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto.

Con tale deroga, infatti, viene garantita la libertà di iniziativa economica (evitando che il datore di lavoro, al rientro del lavoratore sostituito, si trovi in una difficoltà di tipo organizzativo).

Controversa è la nozione di assenza alla quale fa riferimento la disposizione codicistica. Secondo l'orientamento maggioritario, a tale fattispecie devono ricondursi esclusivamente le ipotesi di sospensione legale o convenzionale:

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 questi – in relazione al disposto dell'art. 2103 c.c. – il diritto alla promo-

zione, 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, al di fuori dell'azienda od in un'altra unità produttiva. In particolare, poi, il principio che, quando tra le mansioni tipiche della qualifica di appartenenza del lavoratore siano compresi compiti di sostituzione del dipendente di grado più elevato, la sostituzione di questo superiore dipendente non attribuisce al primo alcun diritto ai sensi del citato art. 2103 c.c., vale sempreché si tratti di sostituzione occasionale, in relazione ad impedimenti temporanei, e non nel caso in cui la funzione vicaria sia travalicata in ragione del carattere permanente della sostituzione e della persistenza solo formale della titolarità in capo al superiore delle mansioni proprie della relativa qualifica, per effetto di una stabile scelta organizzativa del datore di lavoro (Cass. 28.9.2006, n. 21021, *GCM*, 2006, 34).

Ugualmente, quando il lavoratore sostituito è assente per ferie:

L'art. 2103 c.c. pone come presupposto della cosiddetta promozione automatica l'effettiva e sostanziale vacanza del posto ricoperto temporaneamente dal sostituto, quale condizione (non ricorrente nel caso della semplice pausa feriale e neppure, per esplicita previsione legale, nel caso previsto dagli art. 2110 e 2111 c.c.) idonea a giustificare la modifica apportata, dalla automatica attribuzione per legge di un superiore inquadramento, alla organizzazione aziendale predisposta dal datore di lavoro nella sua veste di titolare dei poteri direttivi ed organizzativi nell'impresa. Conseguisce che l'ipotesi di sostituzione di altro lavoratore con diritto alla conservazione del posto, della quale, a norma dell'art. 2103 c.c., non può tenersi conto ai fini del compimento del periodo di assegnazione a mansioni superiori necessario per l'acquisizione del diritto alla promozione automatica, comprende anche quella in cui la sostituzione riguarda un lavoratore assente per ferie o per il godimento di turni di riposo, difettando anche in tali casi quella effettiva vacanza del posto che costituisce il presupposto dell'acquisizione della qualifica superiore (Cass. 23.2.2004, n. 3581, *GCM*, 2004, 2).

Ovvero per lo svolgimento di attività sindacale:

L'ipotesi di sostituzione di altro lavoratore con diritto alla conservazione del posto di lavoro,

della quale, a norma dell'art. 2103 c.c., non può tenersi conto ai fini del compimento del periodo di svolgimento di mansioni superiori necessario per l'acquisizione del diritto alla promozione automatica, si verifica in tutti i casi in cui sia configurabile una sospensione legale o convenzionale del rapporto del lavoratore sostituito, perciò anche nel caso in cui il sostituito sia assente per l'espletamento di attività sindacale, in forza di permessi retribuiti previsti dalla contrattazione collettiva, a nulla rilevando la frequenza, contiguità e/o continuità dei suddetti permessi (Cass. 10.4.1999, n. 3529, *GCM*, 1999, 813).

O ancora, nell'ipotesi di ricorso alla cassa integrazione guadagni:

L'ipotesi della sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, prevista dall'art. 2103 c.c. come impeditiva della definitiva assegnazione alle mansioni superiori, si verifica anche in caso di sostituzione di un lavoratore che sia stato sospeso dal lavoro perché posto in cassa integrazione guadagni, a nulla rilevando che l'assenza del lavoratore sostituito dipenda dalla stessa volontà del datore di lavoro che abbia esercitato la facoltà di scelta dei dipendenti da sospendere. Conseguisce che il sostituito, ancorché abbia espletato mansioni superiori alla sua qualifica per il periodo di tempo previsto dall'art. 2103 cit., non matura il diritto alla promozione automatica (Cass. 5.12.1990, n. 11663, *GCM*, 1990, 12).

Naturalmente, presupposto per l'operatività della deroga è che il lavoratore sostituito, oltre ad avere diritto alla conservazione del posto, sia anche titolare dello stesso:

L'ipotesi di sostituzione di altro lavoratore con diritto alla conservazione del posto, della quale, a norma dell'art. 2103 c.c., non può tenersi conto ai fini del compimento del periodo di assegnazione a mansioni superiori necessario per l'acquisizione del diritto alla promozione automatica, non comprende anche quella in cui la sostituzione riguarda un lavoratore a sua volta non titolare del posto, trattandosi di posto vacante, senza che rilevi la sussistenza in capo al lavoratore sostituito dei presupposti per l'applicazione dello stesso art. 2103 c.c. (Fattispecie relativa alla sostituzione di dipendente delle Poste italiane che aveva sostituito il direttore di una unità locale in assenza della copertura del relativo posto) (Cass. 3.9.2003, n. 12836, *NGL*, 2004, 313).

Si discute se la sostituzione c.d. a cascata rientri tra le ipotesi di deroga dell'art. 2103 c.c.:

Ai sensi dell'art. 13 della l. 20 maggio 1970 n. 300 (modificativo dell'art. 2103 c.c.), lo svolgimento di mansioni superiori, in sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, non comporta l'assegnazione definitiva a tali mansioni anche in caso di sostituzione «a cascata» o mediante «scorrimento», quando, cioè, il lavoratore sia adibito a mansioni proprie di altro lavoratore, a sua volta designato a sostituire l'assente (Cass. 12.10.1983, n. 5945, *GCM*, 1983, 5945).

Inoltre,

fra i lavoratori assenti con diritto alla conservazione del posto (la cui sostituzione con lavoratori di qualifica inferiore, ai sensi dell'art. 13 della legge n. 300 del 1970, non comporta per questi ultimi la c.d. promozione automatica) vanno ricompresi – oltre i lavoratori assenti per malattia, infortunio, gravidanza, puerperio, servizio militare, adempimento di funzioni elettive – anche quelli provvisoriamente assenti dal proprio posto per l'espletamento a rotazione di altre mansioni, ma che ad esso sono destinati a tornare dopo un periodo più o meno lungo, nonché i lavoratori assenti per godimento delle ferie, difettando in tutti questi casi quella vacanza effettiva del posto che è il presupposto dell'acquisizione della qualifica superiore (Cass. 30.10.1989, n. 4526, *NGL*, 1989, 655).

Nell'ipotesi di sostituzione di un lavoratore, a sua volta in sostituzione di altro lavoratore, non è ravvisabile una sostituzione c.d. a cascata, ma ugualmente non si acquisisce il diritto al superiore inquadramento:

Ai sensi dell'art. 2103 c.c., il diritto alla qualifica corrispondente alle mansioni superiori espletate per almeno tre mesi (o per il periodo inferiore previsto dalla contrattazione collettiva) sussiste anche nel caso in cui lo svolgimento di dette mansioni sia avvenuto in sostituzione di un lavoratore a sua volta chiamato a sostituire il titolare del posto, sempre che quest'ultimo non sia da considerare assente con diritto alla conservazione del posto medesimo (Cass. 17.7.2002, n. 10346, *NGL*, 2003, 49).

Non si ritiene requisito necessario la comuni-

cazione, al lavoratore in sostituzione, del nominativo del dipendente assente e della relativa motivazione:

In materia di sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto con altro lavoratore di qualifica inferiore l'art. 2103 c.c. non prescrive che perché sia escluso il diritto del sostituto alla definitiva assegnazione alle mansioni superiori il datore di lavoro debba comunicare a quest'ultimo, in occasione dell'assegnazione anzidetta, il nominativo del sostituito e i motivi della sostituzione, fermo restando che la contrattazione collettiva può prevedere un regime più rigoroso per tutelare più efficacemente la professionalità del lavoratore contro possibili abusi del datore di lavoro. (Nella specie, la S.C. ha confermato l'impugnata sentenza con la quale era stato ritenuto che l'art. 29 del c.c.n.l. 1990/1992 per i dipendenti delle FF.SS. non prevedeva più, rispetto alla differente formulazione della norma analoga posta dal c.c.n.l. precedente, che il diritto del lavoratore al superiore inquadramento ai sensi dell'art. 2103 c.c. anche in caso di sostituzione di dipendente con diritto alla conservazione del posto sorgesse in conseguenza della violazione degli obblighi procedurali circa la comunicazione del nominativo del dipendente sostituito) (Cass. 23.3.2007, n. 7126, *GCM*, 2007, 3).

A soluzione diversa si giunge nell'ipotesi di espressa previsione di tale obbligo nel contratto collettivo:

In relazione all'assegnazione del prestatore di lavoro a mansioni superiori in sostituzione di altro lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, le clausole dei contratti collettivi che richiedono, per la non operatività delle disposizioni sulla definitività dell'assegnazione (cosiddetta promozione automatica), la comunicazione per iscritto della causale della sostituzione, con la specificazione del dipendente sostituito, hanno il fine essenziale di consentire all'interessato di essere al corrente della decisione del datore di lavoro e di potervi aderire con la piena consapevolezza della sua legittimità; è pertanto illogico non ritenere, nell'interpretazione di tali clausole, che la comunicazione debba essere, se non preventiva, almeno contestuale all'adibizione alle nuove mansioni (Cass. 7.4.1998, n. 3586, *NGL*, 1998, 288).

2.7. L'adibizione a mansioni inferiori.

L'art. 13 l. 20.5.1970, n. 300, modificando l'art. 2103 c.c., ha previsto il divieto di adibizione a mansioni inferiori, con espressa previsione di nullità di ogni patto contrario (sia esso individuale o collettivo).

Come rilevato in precedenza, nell'originaria formulazione non solo era possibile adibire temporaneamente il prestatore a mansioni inferiori, ma non esisteva neanche un analogo divieto; sicché veniva ammesso perfino il passaggio definitivo ad una qualifica inferiore per via di mera acquiescenza del lavoratore a tale assegnazione:

In tema di mansioni del lavoratore, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2103 c.c. sul divieto di demansionamento, non ogni modificazione quantitativa delle mansioni affidate al lavoratore è sufficiente ad integrarlo, dovendo invece farsi riferimento all'incidenza della riduzione delle mansioni sul livello professionale raggiunto dal dipendente e sulla sua collocazione nell'ambito aziendale, e, con riguardo al dirigente, altresì alla rilevanza del ruolo. La valutazione della idoneità della condotta del datore di lavoro sotto il profilo del demansionamento a costituire giusta causa di dimissioni del lavoratore *ex art. 2119 c.c.* si risolve in un accertamento di fatto, rimesso al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato. (Nella specie, la S.C. ha confermato sul punto la sentenza di merito, che aveva accertato che il ricorrente, inquadrato come capo-cuoco, aveva svolto mansioni di caposervizio del settore ristorazione, dirigendo e coordinando l'attività della cucina, decidendo autonomamente l'eventuale prolungamento dell'orario del personale di cucina, gestendo le ferie e i permessi, predisponendo la lista degli acquisti giornalieri, preparando i menù e predisponendo i turni del personale, finché, a seguito della riorganizzazione aziendale con cui si era decisa l'assunzione di due nuovi *chefs* ai quali affidare la realizzazione di una nuova linea di cucina, il ricorrente aveva dovuto sottostare alle direttive da essi impartite) (Cass. 11.7.2005, n. 14496, *GCM*, 2005, 6).

Naturalmente, non ogni modifica quantitativa delle mansioni si traduce in un'adibizione a mansioni inferiori, dovendosi verificare in

concreto se vi è stato un pregiudizio alla professionalità del lavoratore:

In tema di mansioni del lavoratore, ai fini dell'applicabilità dell'art. 2103 c.c. sul divieto di demansionamento, non ogni modificazione quantitativa delle mansioni affidate al lavoratore è sufficiente ad integrarlo, dovendo invece farsi riferimento all'incidenza della riduzione delle mansioni sul livello professionale raggiunto dal dipendente, sulla sua collocazione nell'ambito aziendale, e, con riguardo al dirigente, altresì alla rilevanza del ruolo. La valutazione della idoneità della condotta del datore di lavoro sotto il profilo del demansionamento a costituire giusta causa di dimissioni del lavoratore *ex art. 2119 c.c.* si risolve in un accertamento di fatto, rimesso al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se congruamente motivato (Cass. 5.5.2004, n. 8589, *OGL*, 2004, 315).

2.7.1. Danni da demansionamento.

L'attività lavorativa, oltre ad essere fonte di sostentamento per l'individuo, rappresenta molto spesso anche la sua principale (se non unica) forma di realizzazione personale. È evidente, perciò, che l'esercizio del potere direttivo che si sostanzia in un affidamento di mansioni inferiori, piuttosto che nello svuotamento totale o parziale dell'attività, non solo è potenzialmente lesivo della professionalità, ma potrebbe avere risvolti pregiudizievole sulla personalità del prestatore:

La professionalità acquisita dal lavoratore costituisce un valore anche e non solo economico, il quale varia in funzione del maggiore o minore suo apprezzamento nel mercato del lavoro e la dequalificazione, oltre agli innegabili riflessi negativi che può produrre nell'equilibrio psico-fisico del lavoratore, colpisce direttamente quel valore economico, del quale determina un decremento che è tanto maggiore quanto più lungo è il periodo di concreta sua assegnazione a mansioni dequalificanti. La misura del danno deve essere collegata con la retribuzione mensile percepita dal lavoratore e fissata equitativamente in una percentuale di quest'ultima, tenuto conto della durata della dequalificazione (Trib. Milano 24.1.2000, *LG*, 2000, 569).

Si capisce, così, l'emergere negli ultimi anni di una serie variegata di voci risarcitorie, molto spesso riconducibili al c.d. danno biologico o al danno esistenziale, che sempre più frequentemente vengono invocate nelle aule giudiziarie:

Qualora il lavoratore, agendo in giudizio per il danno derivante da demansionamento, chieda anche la componente di danno alla vita di relazione o cosiddetto danno biologico deducendo sin dall'atto introduttivo la lesione della propria integrità psico-fisica in relazione, non solo al demansionamento, ma anche al globale comportamento antigiusdicario del datore di lavoro, la successiva qualificazione come *mobbing* del suddetto comportamento, non comporta domanda nuova ma solo diversa qualificazione dello stesso fatto giuridico, in considerazione della mancanza di una specifica disciplina del *mobbing* e della sua riconduzione (anche secondo la sent. della Corte cost. n. 359 del 2003) alla violazione dei doveri del datore di lavoro, tenuto, ai sensi dell'art. 2087 c.c., alla salvaguardia sul luogo di lavoro della dignità e dei diritti fondamentali del lavoratore (Cass. 23.3.2005, n. 6326, *DG*, 2005, 26).

Si tratta, peraltro, da un lato, di condotte eterogenee (isolamento del lavoratore, sottrazione di mansioni, affidamento delle mansioni ad altro lavoratore ecc.); dall'altro, di tipiche condotte plurioffensive, che possono incidere sulla professionalità del dipendente oltre che sulla sua sfera psico-fisica:

Dall'art. 2103 c.c. si desume che sussiste il diritto del lavoratore all'effettivo svolgimento della propria prestazione professionale e che la lesione di tale diritto da parte del datore di lavoro costituisce inadempimento contrattuale e determina, oltre all'obbligo di corrispondere le retribuzioni dovute, l'obbligo del risarcimento del danno da dequalificazione professionale. Tale danno (detto anche danno professionale) può assumere aspetti diversi in quanto può consistere sia nel danno patrimoniale derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità, sia nel pregiudizio subito per perdita di «*chance*» ossia di ulteriori possibilità di guadagno sia in una lesione del diritto del lavoratore all'integrità fisica o, più in generale, alla salute ovvero all'immagine o alla vita di

relazione. È compito del giudice del merito – le cui valutazioni, se sorrette da congrua motivazione, sono incensurabili in sede di legittimità – accertare se in concreto il suddetto danno sussista, individuarne la specie e determinarne l'ammontare eventualmente procedendo anche ad una liquidazione in via equitativa (Cass. 22.2.2003, n. 2763, *OGI*, 2003, 311).

Salvo gli ulteriori pregiudizi, il danno da dequalificazione è generalmente ristorato con una quota di retribuzione mensile, crescente in base all'intensità ed al perdurare nel tempo della lesione alla professionalità (Cass. 9228/2001). Secondo parte della giurisprudenza, tuttavia,

l'assegnazione dei dipendenti a mansioni inferiori rispetto a quelle proprie del loro livello contrattuale non determina di per sé un danno risarcibile ulteriore rispetto a quello costituito dal trattamento retributivo inferiore cui provvede, in funzione compensatoria, l'art. 2103 c.c., il quale stabilisce il principio della irriducibilità della retribuzione, nonostante l'assegnazione e lo svolgimento di mansioni inferiori e meno pregiate di quelle già attribuite, giacché deve escludersi che ogni modificazione delle mansioni in senso riduttivo comporti una automatica dequalificazione professionale, connotandosi quest'ultima, per sua natura, per l'abbassamento del globale livello delle prestazioni del lavoratore con una sottoutilizzazione delle sue capacità e una conseguenziale apprezzabile menomazione – non transeunte – della sua professionalità, nonché con perdita di *chance* ovvero di ulteriori potenzialità occupazionali o di ulteriori possibilità di guadagno. Ne consegue che grava sul lavoratore l'onere di fornire la prova, anche attraverso presunzioni, dell'ulteriore danno risarcibile, mentre resta affidato al giudice del merito – le cui valutazioni, se sorrette da congrua motivazione, sono incensurabili in sede di legittimità – il compito di verificare di volta in volta se, in concreto, il suddetto danno sussista, individuandone la specie e determinandone l'ammontare, eventualmente con liquidazione in via equitativa (Cass. 8.11.2003, n. 16792, *DI*, 2005, II, 40).

Nello stesso senso anche le Sezioni Unite:

Dall'inadempimento datoriale non deriva però automaticamente l'esistenza del danno, ossia questo non è, immancabilmente, ravvisabile a causa della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo

mo. L'inadempimento infatti è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva, e per certi versi autonoma. Non può infatti non valere, anche in questo caso, la distinzione tra «inadempimento» e «danno risarcibile» secondo gli ordinari principi civilistici di cui all'art. 1218 e 1223, per i quali i danni attengono alla perdita o al mancato guadagno che siano «conseguenza immediata e diretta» dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui all'art. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio (in tal senso chiaramente si è espressa la Corte Costituzionale n. 372 del 1994). D'altra parte – mirando al risarcimento del danno alla reintegrazione del pregiudizio che determini una effettiva diminuzione del patrimonio del danneggiato, attraverso il raffronto tra il suo valore attuale e quello che sarebbe stato ove la obbligazione fosse stata esattamente adempiuta – diminuzione non vi sia stata (perdita subita e/o mancato guadagno) il diritto al risarcimento non è configurabile. In altri termini la forma rimediabile del risarcimento del danno opera solo in funzione di neutralizzare la perdita sofferta, concretamente, dalla vittima, mentre l'attribuzione ad essa di una somma di denaro in considerazione del mero accertamento della lesione, finirebbe con il configurarsi come somma-castigo, come una sanzione civile punitiva, inflitta sulla base del solo inadempimento, ma questo istituto non ha vigenza nel nostro ordinamento.

È noto poi che dall'inadempimento datoriale può nascere, astrattamente, una pluralità di conseguenze lesive per il lavoratore: danno professionale, danno all'integrità psico-fisica o danno biologico, danno all'immagine o alla vita di relazione, sintetizzati nella locuzione danno cd. esistenziale, che possono anche coesistere l'una con l'altra.

Prima di scendere all'esame particolare, occorre sottolineare che proprio a causa delle molteplici forme che può assumere il danno da dequalificazione, si rende indispensabile una specifica allegazione in tal senso da parte del lavoratore (...), che deve in primo luogo precisare quali di essi ritenga in concreto di aver subito, fornendo tutti gli elementi, le modalità e le peculiarità della situazione di fatto, attraverso i quali possa emergere la prova del danno. Non è quindi sufficiente prospettare l'esistenza della dequalificazione, e chiedere genericamente il risarcimento del danno, non potendo il giudice prescindere dalla natura del pregiudizio lamentato, e valendo il principio generale per cui il giudice – se può soppe-

rire alla carenza di prova attraverso il ricorso alle presunzioni ed anche alla esplicazione dei poteri istruttori ufficiali previsti dall'art. 421 cod. proc. civ. – non può invece mai sopperire all'onere di allegazione che concerne sia l'oggetto della domanda, sia le circostanze di fatto su cui questa trova supporto (tra le tante Cass. sez. un. 3 febbraio 1998 n. 1099) (Cass. 24.3.2006, n. 6572, *MGL*, 2006, 478).

In definitiva, è unanimemente riconosciuto che il danno alla professionalità possa incidere sulle capacità di realizzazione della persona, le cui conseguenze negative sono valutabili, oltre che sotto il profilo patrimoniale, in termini biologici, morali ed esistenziali.

La compromissione, infatti, rileva sia sul piano della frustrazione individuale sia sulla possibilità di realizzazione, personale e professionale, in ambito lavorativo (e non solo), che risulta ridotta da una protratta inattività o da un effettivo svuotamento delle mansioni facenti parte del patrimonio lavorativo (Liberrati 2005, 283):

In tema di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, che asseritamente ne deriva – non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale – non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo; mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all'esistenza di una lesione dell'integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale – da intendere come ogni pregiudizio (di natura non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare abitudinario del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all'espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno – va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno ed all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali rea-

zioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) – il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico – si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 cod. proc. civ., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove (Cass. 26.3.2008, n. 7871, *GL*, 2008, 22, 61).

D'altro canto, come sottolinea la stessa Corte di Cassazione, non può non tenersi conto della distinzione tra «inadempimento» e «danno risarcibile»:

Dall'inadempimento datoriale non deriva automaticamente l'esistenza del danno, ossia questo non è, immancabilmente, ravvisabile a causa della potenzialità lesiva dell'atto illegittimo. L'inadempimento, infatti, è già sanzionato con l'obbligo di corresponsione della retribuzione, ed è perciò necessario che si produca una lesione aggiuntiva, e per certi versi autonoma. Non può infatti non valere, anche in questo caso, la distinzione tra «inadempimento» e «danno risarcibile» secondo gli ordinari principi civilistici di cui agli artt. 1218 e 1223 c.c., per i quali i danni attongono alla perdita o al mancato guadagno che siano «conseguenza immediata e diretta» dell'inadempimento, lasciando così chiaramente distinti il momento della violazione degli obblighi di cui agli artt. 2087 e 2103 cod. civ., da quello, solo eventuale, della produzione del pregiudizio.

Non è quindi sufficiente prospettare l'esistenza della dequalificazione, e chiedere genericamente il risarcimento del danno, non potendo il giudice prescindere dalla natura del pregiudizio lamentato, e valendo il principio generale per cui il giudice – se può sopperire alla carenza di prova attraverso il ricorso alle presunzioni ed anche alla esplicazione dei poteri istruttori ufficiali previsti dall'art. 421 cod. proc. civ. – non può invece mai sopperire all'onere di allegazione che concerne sia l'oggetto della domanda, sia le circostanze in fatto su cui questa trova supporto (Cass. 4.2.2008, n. 2621, *GL*, 2008, 16, 30).

Recentemente le Sezioni Unite della Cassazione, alimentando il dibattito sulla autonoma

ma risarcibilità del danno c.d. esistenziale, hanno rilevato che

l'esigenza di accertare se, in concreto, il contratto tenda alla realizzazione anche di interessi non patrimoniali, eventualmente presidiati da diritti inviolabili della persona, viene meno nel caso in cui l'inserimento di interessi siffatti nel rapporto sia opera della legge.

È questo il caso del contratto di lavoro. L'articolo 2087 c.c. («L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro»), inserendo nell'area del rapporto di lavoro interessi non suscettivi di valutazione economica (l'integrità fisica e la personalità morale) già implicava che, nel caso in cui l'inadempimento avesse provocato la loro lesione, era dovuto il risarcimento del danno non patrimoniale.

Il presidio dei detti interessi della persona ad opera della Costituzione, che li ha elevati a diritti inviolabili, ha poi rinforzato la tutela. Con la conseguenza che la loro lesione è suscettiva di dare luogo al risarcimento dei danni-conseguenza, sotto il profilo della lesione dell'integrità psicofisica (articolo 32 Cost.) secondo le modalità del danno biologico, o della lesione della dignità personale del lavoratore (articoli 2, 4, 32 Cost.), come avviene nel caso dei 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.

Nell'ipotesi da ultimo considerata si parla, nella giurisprudenza di questa Corte (sent. n. 6572/2006), di danno esistenziale. Definizione che ha valenza prevalentemente nominalistica, poiché i danni-conseguenza non patrimoniali che vengono in considerazione altro non sono che pregiudizi attinenti allo svolgimento della vita professionale del lavoratore, e quindi danni di tipo esistenziale, ammessi a risarcimento in virtù della lesione, in ambito di responsabilità contrattuale, di diritti inviolabili e quindi di ingiustizia costituzionalmente qualificata

(Cass. 11.11.2008, n. 26972, *GI*, 2009, 1, 61).

Al riguardo, è stato segnalato in dottrina che

la sofferenza interiore (già denominata danno morale) comprende anche il patimento esistenziale per la compromissione del fare non reddituale (già denominata danno esistenziale), la lesione temporanea o permanente dell'integrità

psicofisica (già denominata danno biologico), la lesione della dignità della persona, con particolare riferimento alla professionalità, alla reputazione e all'immagine, anch'essa riconducibile alla sofferenza interiore di cui accentua l'intensità.

Il tutto da liquidare con un importo complessivo riferito all'unitario danno non patrimoniale, il cui doveroso «integrale» risarcimento impone di tener conto nella quantificazione di ciascuno specifico pregiudizio, ma senza duplicazioni come già ricordato nel punto 2 che precede.

E così, nel caso del demansionamento, al risarcimento dei danni patrimoniali da obsolescenza professionale e da perdita di possibilità di carriera o di incremento retributivo sottolineati da Sez. Un. n. 6572/2006, si aggiunge il risarcimento del danno non patrimoniale, in tutti i suoi profili, tra cui la «compromissione delle aspettative di sviluppo della personalità del lavoratore che si svolge nella formazione sociale costituita dall'impresa» (Sez. Un. n. 26972/2008), le ulteriori sofferenze intime per il pregiudizio esistenziale del fare areddituale e per la lesione dell'immagine e reputazione nei rapporti professionali, sociali e familiari, nonché l'eventuale lesione dell'integrità psicofisica. Nella liquidazione personalizzata di quest'ultima incidono, restandone assorbite, la sofferenza interiore per detta lesione ivi compresi i conseguenti pregiudizi esistenziali da non poter fare, mentre la compromissione della personalità professionale e la lesione di immagine e reputazione sono del tutto distinti dal danno alla salute e vanno separatamente considerati per la doverosa «integrale» quantificazione dell'unitario danno non patrimoniale (Vallebona 2008, 62).

Quanto al risarcimento del danno, generalmente si ricorre al criterio equitativo:

In caso di accertato demansionamento professionale del lavoratore in violazione dell'art. 2103 cod. civ., il giudice del merito, con apprezzamento di fatto incensurabile in cassazione se adeguatamente motivato, può desumere l'esistenza del relativo danno, determinandone anche l'entità in via equitativa, con processo logico-giuridico attinente alla formazione della prova, anche presuntiva, in base agli elementi di fatto relativi alla durata della qualificazione e alle altre circostanze del caso concreto. (Nella specie, la S.C. ha confermato la decisione del giudice di seconde cure che, riconosciuta la illegittima dequalificazione professionale di un lavoratore della Fiat Auto SpA, che, dopo avere svolto mansioni di saldatore tubista ed avere ef-

fettuato modifiche di impianti, rettifica di pompe e motori, ed altro, era stato poi adibito alla preparazione pezzi, aveva liquidato in favore del dipendente, in via equitativa, il danno da demansionamento in misura notevolmente superiore a quella liquidata dal giudice di primo grado, avendo riguardo anche alla durata della dequalificazione, alla qualifica e alla anzianità di servizio dello stesso)

(Cass. 16.8.2004, n. 15955, *MGI*, 2004).

Il parametro di riferimento per la liquidazione del danno può essere rappresentato da una percentuale della retribuzione, crescente in ragione della significatività del demansionamento e della durata dello stesso:

La circostanza che un lavoratore (nella specie, giornalista della RAI con qualifica di caposervizio) sia privato delle mansioni rende configurabile un danno a carico dello stesso, consistente nell'impoverimento delle sue capacità professionali dovuto al mancato esercizio della professione. Per la determinazione in termini quantitativi del danno, è ammissibile, nell'ambito di una valutazione necessariamente equitativa, il ricorso al parametro della retribuzione, della quale elemento di massimo rilievo è il contenuto professionale delle mansioni

(Cass. 7.7.2001, n. 9228, *AC*, 2001, 1237).

Peraltro, in presenza di un illegittimo comportamento del datore di lavoro, il dipendente può rifiutare la prestazione, purché tale rifiuto sia improntato al canone della buona fede:

L'illegittimo comportamento del datore di lavoro consistente nell'assegnare il dipendente a mansioni inferiori a quelle corrispondenti alla sua qualifica può giustificare il rifiuto della prestazione lavorativa, purché tale reazione sia connotata da caratteri di positività, risultando proporzionata e conforme a buona fede, dovendo in tal caso il giudice adito procedere ad una valutazione complessiva dei comportamenti di entrambe le parti. Tuttavia tale valutazione risulta superflua, qualora il lavoratore non si sia limitato al rifiuto della prestazione, ma abbia tenuto comportamenti autonomamente illegittimi, quali l'occupazione di spazi aziendali o l'uso di espressioni ingiuriose e sprezzanti nei confronti del datore o del superiore gerarchico

(Cass. 8.8.2003, n. 12001, *MGL*, 2004, 25).

2.7.2. La legittima adibizione a mansioni inferiori.

La necessità di tutelare interessi diversi da quello professionale, ed in alcuni casi più significativi, ha indotto il legislatore a prevedere delle ipotesi tassative nelle quali è possibile adibire il lavoratore a mansioni inferiori. In particolare, le eccezioni alla regola generale sono previste ai fini della tutela della salute o dell'occupazione.

La prima ipotesi attiene alla maternità, essendo espressamente prevista la possibilità di adibire la lavoratrice a mansioni inferiori (con conservazione della retribuzione), qualora l'attività abitualmente svolta sia incompatibile con il suo stato di gravidanza:

La lavoratrice adibita a mansioni inferiori a quelle abituali conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originale (art. 7 d.lg. 26.3.2001, n. 151).

Inoltre, è possibile adibire il lavoratore a mansioni inferiori qualora il suo stato di salute non ne consente l'utilizzabilità nelle mansioni abituali e non vi siano mansioni equivalenti:

I lavoratori che divengono disabili allo svolgimento delle proprie mansioni in conseguenza di infortunio o malattia non possono essere computati nella quota di riserva di cui all'art. 3 se hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o, comunque, se sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro, accertato in sede giurisdizionale, delle norme in materia di igiene e sicurezza del lavoro. Per i predetti lavoratori l'infortunio e la malattia non costituiscono giustificato motivo di licenziamento nel caso in cui essi possano essere adibiti a mansioni equivalenti ovvero, in mancanza, a mansioni inferiori. Nel caso di destinazione a mansioni inferiori essi hanno diritto alla conservazione del più favorevole trattamento corrispondente alle mansioni di provenienza (art. 4 l. 12.3.1999, n. 68).

Ancora per ragioni di salute:

Nel caso in cui il lavoratore per motivi sanitari inerenti la sua persona, connessi all'esposizione ad un agente chimico o fisico o biologico, sia allontanato temporaneamente da un'attività comportante esposizione ad un agente, in conformità al parere del medico competente è assegnato, in quanto possibile, ad un altro posto di lavoro nell'ambito della stessa azienda. Avverso il parere del medico competente è ammesso ricorso, entro trenta giorni dalla data di comunicazione del parere medesimo, all'organo di vigilanza. Tale organo riesamina la valutazione degli esami degli accertamenti effettuati dal medico competente disponendo, dopo eventuali ulteriori accertamenti, la conferma o la modifica o la revoca delle misure adottate nei confronti dei lavoratori.

Il lavoratore di cui al comma 1 che viene adibito a mansioni inferiori conserva la retribuzione corrispondente alle mansioni precedentemente svolte, nonché la qualifica originaria. Si applicano le norme di cui all'art. 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300, qualora il lavoratore venga adibito a mansioni equivalenti o superiori.

I contratti collettivi di lavoro stipulati dalle associazioni sindacali di categoria maggiormente rappresentative, sul piano nazionale, dei datori di lavoro e dei lavoratori determinano il periodo massimo dell'allontanamento temporaneo agli effetti del comma 2

(art. 8 d.lg. 15.8.1991, n. 277).

Infine, per salvaguardare l'occupazione, il legislatore ha previsto che:

Gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di cui al presente articolo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile, la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte (art. 4 l. 23.7.1991, n. 223).

In applicazione dell'art. 4 l. 23.7.1991, n. 223 la Corte di Cassazione ha statuito

che, nel corso delle procedure di mobilità, gli accordi sindacali, al fine di garantire il reimpiego almeno ad una parte dei lavoratori, possono stabilire che il datore di lavoro assegni, in deroga all'art. 2103 c.c., mansioni diverse da quelle svolte, non solo sottintendendo la possibilità di attribuzione di mansioni anche peggiorative, ma non pone alcuna preclusione nell'assegnazione delle mansioni inferiori, anche attribuendo all'impiegato quelle proprie dell'operaio; e ciò si spiega considerando che trattasi per un verso

di un rimedio per evitare il licenziamento e per altro verso di una deroga che non vincola i lavoratori, i quali ben potrebbero rifiutare la dequalificazione, andando però incontro al rischio del licenziamento

(Cass. 7.9.2000, n. 11806, *FI*, 2000, I, 3472).

Secondo un orientamento giurisprudenziale, comunque, sarebbero legittimi i patti di spostamento a mansioni inferiori ogniqualvolta gli stessi siano volti a tutelare interessi del lavoratore (ad esempio, salvaguardia del posto di lavoro):

In presenza di una ristrutturazione aziendale – la cui attuazione sia oggetto di un intento dell'imprenditore che si caratterizzi per requisiti di serietà ed effettività, secondo un accertamento che compete al giudice di merito e non è censurabile in sede di legittimità se correttamente e congruamente motivato – che comporti soppressione di posti di lavoro, l'accordo sindacale che, quale misura alternativa al licenziamento dei lavoratori interessati alla soppressione stessa, preveda l'inquadramento di questi ultimi – previa attribuzione di diverse mansioni – in una diversa categoria che, ferma restando, in cifra, l'entità della precedente retribuzione, comporti l'osservanza di un più lungo orario di lavoro, non viola il disposto dell'art. 2103 c.c., le cui disposizioni, intese a garantire la conservazione della posizione professionale e retributiva del prestatore di lavoro, non operano con riguardo a situazioni nelle quali la loro applicazione comporterebbe compromissione dei livelli di occupazione, giusto un principio generale di cui costituiscono specifica applicazione le deroghe alla citata norma risultanti dall'art. 1 della l. 30 marzo 1978, n. 215 (in materia di crisi aziendale), dagli art. 1 e 2 della l. 19 dicembre 1984, n. 863 (per la promozione di nuova occupazione), dall'art. 23 della l. 28 febbraio 1987, n. 56 (in materia di contratti a termine) e dall'art. 4, comma 11 della l. 23 luglio 1991, n. 223 (in tema di mobilità dei lavoratori)

(Cass. 7.9.1993, n. 9386, *MGL*, 1993, 639).

Nello stesso senso:

La disposizione dell'art. 2103 c.c. sulla regolamentazione delle mansioni del lavoratore e sul divieto del declassamento di dette mansioni va interpretata – stante le statuizioni di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 25033 del 2006, ed in coerenza con la *ratio* sottesa ai numerosi interventi in materia del legislatore – alla stre-

gua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l'esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo (principio affermato in fattispecie concernente dipendente postale)

(Cass. 5.4.2007, n. 8596, *OGL*, 2007, 458).

Ed ancora:

Il principio secondo cui il divieto per il datore di lavoro di variazione *in pejus*, sancito dall'art. 2103 c.c., opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, non potendosi, nell'accertamento della equivalenza, limitare al riferimento in astratto all'inquadramento formale del lavoratore, ma dovendosi accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente, non si applica nel caso in cui vi sia una sopravvenienza che non consente la conservazione della precedente posizione lavorativa né lo spostamento a mansioni non pregiudizievoli della professionalità pregressa, giacché la tutela prevista dall'art. 2103 c.c. presuppone la concreta alternativa della possibilità di non retrocessione della precedente posizione professionale. (Nella specie, la sentenza impugnata, confermata dalla S.C., aveva escluso l'applicabilità dell'art. 2103 c.c. in riferimento alla posizione di un dipendente delle Poste italiane che, originariamente inquadrato nel quarto livello con la qualifica di pittore, era stato addetto alle mansioni di portalettere, appartenenti alla medesima area funzionale, a seguito di ristrutturazione aziendale che aveva comportato la soppressione delle mansioni di pittore)

(Cass. 9.3.2004, n. 4790, *GCM*, 2004, 3).

Sotto il profilo probatorio,

il risarcimento del danno derivante dal demansionamento e dalla dequalificazione del lavoratore postula l'allegazione dell'esistenza del pregiudizio e delle sue caratteristiche, nonché la

prova del danno e del nesso di causalità con l'inadempimento, poiché riconoscere il risarcimento del danno al cospetto della prova del solo inadempimento (cosiddetta liquidazione equitativa *in re ipsa*) significherebbe assegnare a essa una funzione di sanzione civile punitiva estranea al sistema risarcitorio previsto dal codice civile (Cass. 8.10.2007, n. 21025, *GDir*, 2007, 46, 76).

2.8. La nullità dei patti contrari.

Una delle novità di maggior rilievo introdotte dal 2° co. dell'art. 13 st. lav. è la nullità di tutti i patti relativi alle modificazioni delle mansioni del lavoratore previste all'inizio o in costanza di rapporto: si ritiene che tale disposizione vada ad incidere sia sui patti che modificano *in peius* direttamente le mansioni sia su quelli che disciplinano in via generale l'esercizio del potere modificativo del datore in senso peggiorativo per il lavoratore.

La portata della nullità comminata dalla norma colpisce sia i patti individuali che le patteggiamenti collettive:

La nullità di patti contrari al divieto di declassamento di mansioni, previsto dal capoverso dell'art. 2103 c.c., si applica anche alla contrattazione collettiva, come si desume, in positivo, dal dettato normativo dell'art. 40 della legge n. 300 del 1970, che fa salve le condizioni dei contratti collettivi e degli accordi sindacali solo se più favorevoli ai lavoratori, nonché, «*a contrario*», da altre disposizioni con cui, eccezionalmente, il legislatore ha autorizzato la contrattazione collettiva ad introdurre una disciplina in deroga al disposto del comma 1 dell'art. 2103 c.c., quale l'art. 4, comma 11, della legge n. 223 del 1991, secondo cui «gli accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di cui al presente articolo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti, possono stabilire, anche in deroga al comma 2 dell'art. 2103 c.c. la loro assegnazione a mansioni diverse da quelle svolte». (Principio affermato dalla S.C., decidendo una questione di massima di particolare importanza, ai sensi dell'art. 374, comma 2, c.p.c., in ordine alla compatibilità della clausola di fungibilità espressa dall'art. 46 c.c.n.l. 26 novembre 1994 per i dipendenti postali, con il disposto dell'art. 2103 c.c.) (Cass. 24.11.2006, n. 25033, *GCM*, 2006, 11).

La previsione non rende nullo l'atto di disposizione del singolo lavoratore *ex art.* 2113 c.c., a titolo di rinunzie e transazioni, di un diritto già maturato in capo allo stesso:

Le norme inderogabili statuenti un diritto a favore del lavoratore possono essere violate o da un atto (incidente sul cosiddetto momento genetico del diritto stesso) che ne impedisca l'acquisizione o da un atto (incidente sul cosiddetto momento funzionale) dispositivo del diritto già acquisito dal titolare, configurandosi nella prima ipotesi la nullità e nella seconda ipotesi la annullabilità del negozio compiuto in violazione di dette norme. In particolare, in tema di mansioni e di qualifiche, la nullità di ogni patto contrario, sancita dall'ultimo comma dell'art. 2103 c.c., deve essere riferita ad ogni regolamento contrattuale (collettivo o individuale) anteriore alla nascita dei diritti considerati dalla norma, mentre le rinunzie e le transazioni relative a violazioni di diritti già acquisiti dal lavoratore sono colpite dall'invalidità (configurabile non come nullità ma come annullabilità) comminata dal comma 1 dell'art. 2113 c.c. e, benché riguardanti diritti indisponibili, debbono quindi essere impugnate con le modalità e nei termini previsti dai successivi commi dello stesso articolo (Cass. 24.1.1987, n. 672, *GCM*, 1987, I).

Uno dei problemi principali riguarda la validità di quei patti che stabiliscano una modificazione peggiorativa delle mansioni in alternativa all'altrimenti inevitabile licenziamento del lavoratore: si tratta di quei casi in cui il dipendente è divenuto inidoneo allo svolgimento delle precedenti mansioni, oppure in cui ricorrano gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, con soppressione o modifica radicale della mansioni.

La giurisprudenza fino a qualche tempo fa si era costantemente pronunciata nel senso della illegittimità di tali patti:

Il disposto dell'art. 2103 c.c. – che pone un limite allo «*jus variandi*» del datore di lavoro, offrendo al lavoratore una tutela contro i provvedimenti unilaterali di quest'ultimo – sancisce in particolare la nullità di ogni patto contrario, al fine di eliminare ogni possibilità di elusione del divieto di variazione «*in peius*» delle mansioni

del lavoratore e della regolamentazione legale del trasferimento. Tale sanzione di nullità impedisce quindi che, con l'adesione del lavoratore interessato dal provvedimento unilaterale del datore di lavoro, possa derogarsi al rigido meccanismo di tutela approntato dall'art. 2103 c.c., anche per quanto riguarda il principio dell'intangibilità della retribuzione (nella specie la S.C. ha cassato la pronuncia del giudice del merito che aveva respinto la domanda di un lavoratore diretta a conservare un emolumento aggiuntivo della retribuzione, ritenendo che non fosse applicabile il principio dell'intangibilità della retribuzione desumibile dall'art. 2103 c.c., perché la revoca dell'emolumento suddetto era conseguente al mutamento di sede di lavoro deciso a seguito di espressa domanda del lavoratore medesimo)

(Cass. 5.11.1987, n. 8125, *GCM*, 1987, XI).

Parte della recente giurisprudenza ha invece riconosciuto la validità di suddetti patti se stipulati nell'interesse del lavoratore:

Il divieto di assegnazione del lavoratore a mansioni non equivalenti e la nullità dei patti contrari non operano quando una siffatta assegnazione corrisponda ad un apprezzabile interesse del lavoratore, quale quello alla conservazione del posto di lavoro ovvero quello ad evitare il collocamento in c.i.g.

(Trib. Roma 1.4.2004, *LG*, 2004, II, 706).

Il lavoratore potrà agire in giudizio per richiedere la dichiarazione di nullità dell'eventuale patto contrario, ed altresì per veder condannato il datore all'assegnazione di mansioni equivalenti: qualora si verificasse una condanna in tal senso, in quanto relativa ad un *facere* infungibile, essa comporterà una sospensione degli effetti pregiudizievoli, ma non potrà essere eseguita coattivamente.

2.9. La disciplina del pubblico impiego.

Per quanto concerne la modifica delle mansioni espletate dai dipendenti pubblici vige, a differenza al settore privato, una disciplina speciale prevista dall'art. 52 d.lg. 30.3.2001, n. 165.

Rispetto al lavoro privato, infatti, pur preven-

endosi la medesima possibilità di spostamento a mansioni equivalenti (la cui valutazione viene affidata ai contratti collettivi) ed il conseguente divieto di adibizione a mansioni inferiori, non si ritiene applicabile il principio della promozione automatica.

Ciò al fine di garantire il buon andamento e l'imparzialità della p.a., demandati all'espletamento di procedure concorsuali:

Nella materia del pubblico impiego privatizzato, vige la regola secondo cui il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, come stabilito prima dall'art. 56, d.lg. n. 29 del 1993 nel testo introdotto dall'art. 25, d.lg. n. 80 del 1998, ed ora dall'art. 52, d.lg. n. 165 del 2001, disposizioni che riecheggiano – quanto al passaggio del lavoratore a mansioni equivalenti – il medesimo principio già espresso dall'art. 2103 c.c., fermo restando che non esiste un diritto del lavoratore ad essere adibito alle ultime mansioni effettivamente svolte, ma a funzioni ad esse equivalenti, che possono anche essere diverse e che dipendono dal potere organizzativo del datore di lavoro

(T.A.R. Toscana, sez. II, 26.6.2008, n. 1686, *FA*, 2008, 6, 1663).

Uguualmente:

Il principio espresso dall'art. 45, comma 2, del d.lg. n. 165 del 2001, secondo il quale le amministrazioni pubbliche devono garantire ai propri dipendenti parità di trattamento contrattuale, opera nell'ambito del sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva, rispetto al quale lo svolgimento delle mansioni di fatto assume rilevanza soltanto nei limiti segnati dall'art. 52 dello stesso d.lg. n. 165 del 2001

(Cass. 23.4.2008, n. 10454, *GCM*, 2008, 4, 613).

La assegnazione di mansioni superiori è riconosciuta tassativamente solo in due casi specifici, ossia la vacanza di posto in organico per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici nelle more del concorso, da avviare nel termine massimo di novanta giorni dall'assegnazione; sostituzione di altro dipendente

assente, ma non per ferie, con diritto alla conservazione del posto.

Nell'ipotesi di illegittima adibizione a mansioni superiori (al di fuori quindi delle due ipotesi tassative), spetta ugualmente il superiore trattamento, con responsabilità personale del dirigente che ha disposta la assegnazione, nei confronti della amministrazione, del maggior onere conseguente se ha agito con dolo o colpa grave:

Nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato, la rilevanza delle specifiche caratteristiche delle posizioni organizzative a livello dirigenziale e delle relative attribuzioni regolate dal contratto di incarico non impedisce l'applicazione della disciplina relativa all'esercizio dell'espletamento di fatto di mansioni superiori da parte di un funzionario, con il corrispondente diritto al relativo trattamento economico, ma a tal fine non è sufficiente il provvedimento di incarico, occorrendo invece l'allegazione e la prova della pienezza delle mansioni assegnate, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, in relazione alle concrete attività svolte e alle responsabilità attribuite (Cass. 19.4.2007, n. 9328, *FA*, 2007, 6, 1754).

È rimessa alla contrattazione collettiva la possibilità di regolare diversamente gli effetti della assegnazione a mansioni superiori:

In materia di pubblico impiego privatizzato, le qualifiche funzionali previste per il personale degli enti pubblici non economici sono divenute inapplicabili a seguito della stipulazione – in attuazione dell'art. 72 del d.lg. n. 29 del 1993 (successivamente trasfuso nell'art. 69 del d.lg. 165 del 2001) – del c.c.n.l. di comparto, le cui disposizioni individuano i nuovi equivalenti profili professionali e ridefiniscono quelli preesistenti nell'ambito delle nuove aree di inquadramento, costituendo la fonte esclusiva per valutare se un dipendente abbia, o meno, svolto mansioni diverse dalla qualifica (Cass. 19.12.2008, n. 29827, *GCM*, 2008, 12).

In caso di adibizione del lavoratore a mansioni differenti, viene salvaguardato, tuttavia, il diritto alla maggiore retribuzione prevista per le mansioni superiori:

Le regole generali poste dall'art. 52 del d.lg. n. 165 del 2001 in tema di disciplina delle man-

sioni del personale alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (in base alle quali, soltanto nei casi di legittima assegnazione è riconosciuto il diritto al trattamento della qualifica superiore limitatamente ai periodi di effettiva prestazione, mentre, al di fuori di dette ipotesi l'assegnazione è viziata da nullità, ma al lavoratore spetta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore) non trovano deroga nella disciplina speciale dettata dal c.p.p. (art. 57) e dalle relative disposizioni di attuazione (art. 5-8) in materia di organizzazione delle sezioni di polizia giudiziaria (Cass. 23.4.2008, n. 10454, *GCM*, 2008, 4, 613).

In ragione dell'art. 52 d.lg. 30.3.2001, n. 165 e dell'art. 97 Cost., sono stati ritenuti illegittimi i concorsi per accesso ad area superiore riservati in via esclusiva o maggioritaria ai lavoratori già in servizio, in quanto gli è stata riconosciuta stessa natura dei concorsi assuntivi; altresì si è riconosciuta la validità, in quanto selezione di natura privatistica, dei concorsi per posizione retributiva o livello funzionale superiore senza passaggio di area:

Nel rapporto di lavoro alle dipendenze delle p.a., l'accesso del personale dipendente a un'area o fascia funzionale superiore deve avvenire per mezzo di una pubblica selezione, comunemente denominata ma costituente, in definitiva, un pubblico concorso al quale, di norma, deve essere consentita anche la partecipazione dei candidati esterni. Il comma 4 dell'art. 63 d.lg. 30 marzo 2001 n. 165, quando riserva alla giurisdizione del giudice amministrativo «le controversie in materia di procedure concorsuali» per l'assunzione dei dipendenti delle p.a. fa riferimento non solo alle procedure concorsuali strumentali alla costituzione per la prima volta del rapporto di lavoro, ma anche alle prove selettive dirette a permettere l'accesso del personale già assunto a una fascia o area superiore. Il termine «assunzione» d'altra parte deve essere correlato alla qualifica che il candidato tende a conseguire e non all'ingresso iniziale nella pianta organica del personale dal momento che, oltretutto, l'accesso nell'area superiore di personale interno o esterno implica, esso stesso, un ampliamento della pianta organica (Cass. 15.10.2003, n. 15403, *DI*, 2003, 1027).

Già precedentemente all'emanazione del d.lg. 30.3.2001, n. 165, la Corte costituziona-

le aveva infatti ritenuto illegittima la disciplina prevista per la privatizzazione del pubblico impiego, per quanto concerneva i cc.dd. «procedimenti interni di riqualificazione», in quanto tendevano ad eludere alla regola del concorso:

È incostituzionale l'art. 3, commi 205, 206 e 207, l. 28 dicembre 1995 n. 549, come modificato dall'art. 22, comma 1, lett. *a*), *b*) e *c*), l. 13 maggio 1999 n. 133, nella parte in cui prevede procedimenti interni, detti di riqualificazione, per la copertura del settanta per cento dei posti disponibili nelle datazioni organiche dell'amministrazione finanziaria per i livelli dal quinto al nono. Infatti il passaggio ad una fascia funzionale supe-

riore comporta l'accesso ad un nuovo posto di lavoro corrispondente a funzioni più elevate ed è soggetto, pertanto, quale figura di reclutamento, alla regola del pubblico concorso, in quanto proprio questo metodo offre le migliori garanzie di selezione dei soggetti più capaci. Il pubblico concorso è altresì un meccanismo strumentale rispetto al canone di efficienza dell'amministrazione, il quale può dirsi pienamente rispettato qualora le selezioni non siano caratterizzate da arbitrarie forme di restrizione dei soggetti legittimati a parteciparvi, forme che possono considerarsi non irragionevoli solo in presenza di particolari situazioni, che possano giustificarle per una migliore garanzia del buon andamento dell'amministrazione

(Corte cost. 16.5.2002, n. 194, *FI*, 2003, I, 22).