

Capitolo XI

IL DEBITO DI LAVORO: QUALITÀ E LUOGO DELLA PRESTAZIONE

Sezione I

Subordinazione e diligenza

Sommario: 277. L'assoggettamento a eterodirezione come elemento essenziale della fattispecie e come effetto del contratto. Le mansioni accessorie. — 278. La diligenza del buon padre di famiglia e la «regola d'arte», a norma degli artt. 1176 e 2104 c.c. — 279. *Segue*. Profili di rilevanza dell'intensità dell'attività lavorativa dovuta. La clausola di intensità minima della prestazione e la clausola di rendimento minimo. — 280. La divaricazione tra l'intensità minima garantita dall'ordinamento come oggetto di clausola implicita nel contratto e l'intensità maggiore legittimamente perseguita dall'impresa. — 281. *Segue*. I limiti del vincolo pattizio circa l'intensità della prestazione dovuta. — 282. Indivisibilità della prestazione in ragione dell'intensità, salva diversa disciplina convenzionale. La clausola di fungibilità tra intensità ed estensione temporale della prestazione. — 283. Norme limitative dell'intensità della prestazione. — 284. Doveri del prestatore attinenti alla cura della persona e all'abbigliamento. — 285. I c.d. «obblighi preparatori» della prestazione lavorativa. La questione della responsabilità del lavoratore per abuso di alcol o stupefacenti. — 286. La responsabilità risarcitoria del lavoratore per il difetto della prestazione.

277. *L'assoggettamento a eterodirezione come elemento essenziale della fattispecie e come effetto del contratto. Le mansioni accessorie.* — Abbiamo visto (§ 196) come la causa tipica del contratto di lavoro consista nello scambio della retribuzione con la collaborazione del lavoratore nell'azienda del creditore. Il codice civile precisa in modo assai penetrante i caratteri che tale collaborazione deve assumere per costituire adempimento esatto.

A norma dell'art. 2094 c.c. l'assunzione da parte del lavoratore di un obbligo di obbedienza, cioè dell'obbligo di conformare esattamente la prestazione dedotta in contratto alle direttive via via impartite dal creditore, costituisce elemento essenziale della fattispecie maggiore del lavoro dipendente, quella del «lavoro subordinato nell'impresa» (§§ 81 ss.). Altrettanto non può dirsi, secondo l'impostazione sistematica proposta in questa trattazione, a proposito delle fattispecie minori, quali quella del lavoro decentrato (§§ 98 ss.), quella del lavoro sportivo (§§ 105 ss.), o quella del lavoro domestico (§§ 110 ss.), nelle quali l'assoggettamento contrattuale pieno a eterodirezione non costituisce elemento essenziale del tipo legale e la «dipendenza» si concreta in requisiti di natura parzialmente diversa.

In tutte le fattispecie di lavoro dipendente, tuttavia, l'obbligo di obbedienza — anche quando non costituisce *elemento essenziale* della fattispecie — costituisce un *effetto naturale* del contratto: «[Il prestatore di lavoro] deve ... osservare le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro impartite dall'imprenditore e dai collaboratori di questo dai quali gerarchicamente dipende» (art. 2104 c.c., 2° c., dettato in riferimento alla fattispecie maggiore, di cui all'art. 2094, ma applicabile anche agli altri tipi di lavoro dipendente per effetto dell'art. 2239).

L'obbligo di obbedienza del lavoratore, come si è visto quando se ne è discusso a proposito della qualificazione del rapporto, è assai penetrante, poiché investe ogni segmento e ogni aspetto dell'attività lavorativa. Esso è tuttavia rigorosamente limitato all'esecuzione dell'attività dedotta in contratto; le direttive impartite dal creditore — siano esse formalizzate in un regolamento d'azienda di carattere generale (1), in un ordine di servizio specifico, o in una disposizione particolarmente indirizzata al singolo dipendente di volta in volta — non possono in alcun modo esorbitare dai limiti della prestazione cui il lavoratore si è obbligato (dei quali tratteremo nelle pagine che seguono): il contratto non istituisce un rapporto di «subordinazione personale» del prestatore al datore di lavoro, ma soltanto un rapporto di «subordinazione tecnica» (2). Alla disposizione con la quale si richieda al lavoratore una prestazione eccedente rispetto al suo obbligo contrattuale, o per il tipo di attività che ne è oggetto, o per la sua collocazione geografica, o per la sua collocazione o estensione temporale, il lavoratore ben può opporre il rifiuto (§ 295) (3). E, in virtù del principio di buona fede di cui all'art. 1375 c.c., un rifiuto ben può essere opposto anche alla pretesa del creditore che, pur essendo formalmente conforme alla lettera del contratto, possa essere soddisfatta soltanto al prezzo di un sacrificio del lavoratore manifestamente eccessivo: la buona fede contrattuale, infatti, se per un verso amplia la responsabilità del lavoratore imponendogli di conformare il suo comportamento, nell'esecuzione della prestazione, agli interessi dell'impresa (v. ancora l'art. 2104 c.c.), per altro verso limita la sua responsabilità escludendo che dal contratto possano derivare conseguenze manifestamente inique o contrarie a interessi di rango superiore (4).

Va peraltro osservato che il contratto non obbliga il lavoratore soltanto allo svolgimento di un'attività professionale determinata, ma anche a tutti gli adempimenti che possono richiedersi per il coordinamento della sua attività con il resto dell'organizzazione produttiva; e questi pure sono assoggettati al potere direttivo del creditore (5): ad esempio, anche l'alto dirigente dotato di amplissima discrezionalità, o il tecnico che sulla propria materia ne sa molto più dell'imprenditore, sono obbligati a partecipare al colloquio o alla riunione a cui vengano convocati, a fornire una

relazione sull'attività svolta che venga loro richiesta. Il contratto, inoltre, obbliga il lavoratore a tutti i comportamenti accessori che sono normalmente connessi alla sua attività principale, anche se di livello professionale inferiore, nonché a quelli comunque rientranti in ciò che normalmente ci si deve attendere da un dipendente corretto (6): così, ad esempio, anche il lavoratore cui non competono compiti di sorveglianza ha il dovere di attivarsi per impedire il furto o la truffa ai danni del datore di lavoro, quando si trovi ad esserne spettatore; l'impiegato non addetto al centralino è tenuto a rispondere alla chiamata telefonica esterna o a recarsi occasionalmente all'ufficio postale per una spedizione in assenza della persona che vi è normalmente addetta; il tecnico di laboratorio è tenuto a cooperare per addestrare alla sua attività un altro dipendente che gli venga affiancato. Non esorbita, dunque, dal potere direttivo del datore la disposizione con la quale vengano richieste o regolate tali attività accessorie. E la giurisprudenza più recente si è spinta ad ammettere anche l'adibizione temporanea del lavoratore a mansioni di contenuto professionale inferiore rispetto alla qualifica contrattuale, quando cioè sia necessario per far fronte a un'esigenza eccezionale, in situazione di emergenza (7).

Accade talvolta che la disposizione impartita da chi ne ha il potere in azienda sia tecnicamente errata. Il lavoratore subordinato che ne sia consapevole ha, in questo caso, il dovere di avvertire chi ha impartito la disposizione dell'errore che sta commettendo; e, se necessario, di informarne anche le istanze superiori. Se tuttavia la disposizione viene mantenuta, e il suo contenuto è soltanto tecnicamente errato ma non illecito, il lavoratore ha il dovere di ottemperarvi, salvo predisporre opportunamente la prova documentale o testimoniale del fatto che l'errore non è imputabile a lui, per non doverne rispondere in seguito. Quando invece la disposizione sia illecita, al lavoratore è riconosciuto uno *ius resistentiae*, che lo legittima a rifiutare di ottemperarvi senza incorrere in responsabilità disciplinare o risarcitoria (8). L'inottemperanza a una disposizione impartita da chi ne abbia il potere in azienda costituisce mancanza disciplinare (§ 479), la cui gravità dipende dal grado di consapevolezza del lavoratore inadempiente, dalle circostanze e dal danno che può conseguire. Quando l'inottemperanza assume il carattere del rifiuto di obbedienza deliberato e sistematico, essa si configura come insubordinazione e giustifica senz'altro il licenziamento (§§ 486 e 517).

278. La diligenza del buon padre di famiglia e la «regola d'arte», a norma degli artt. 1176 e 2104 c.c. — Oltre che conforme alle disposizioni del creditore, la prestazione lavorativa deve rispondere a requisiti qualitativi ulteriori che il codice definisce in modo assai preciso.

Un criterio relevantissimo di valutazione dell'attività prestata dal lavoratore è quello della «diligenza del buon padre di famiglia», che l'art. 1176 c.c. recepisce dalla più antica tradizione romanistica. *Diligere*, derivando da *legere* (scegliere), significa preferire, quindi amare; usare diligenza nell'attuazione del proprio obbligo lavorativo significa dunque essenzialmente destinare ad esso preferenzialmente le proprie energie e la propria attenzione: in qualche misura addirittura «amare» il proprio lavoro. Obbligo di svolgere le proprie mansioni in azienda con la diligenza del buon padre di famiglia significa che il lavoratore deve svolgerle con lo stesso impegno, lo stesso amore, che un buon genitore — ma anche un buon figlio — dedica alla cura delle cose e degli interessi propri e dei propri familiari (9). Così, ad esempio, un medico o un infermiere devono comportarsi verso i pazienti affidati loro con lo stesso *animus* e usando le stesse attenzioni che essi dedicherebbero ai propri figli; altrettanto deve fare l'insegnante nei confronti dei propri studenti. *Sempreché* — beninteso — medico, infermiere o insegnante siano usi a trattare bene i propri figli, secondo quello che è normalmente considerato come il comportamento proprio di un buon genitore (un «buon padre di famiglia», appunto); in caso contrario il criterio codicistico li vincolerebbe a riservare a pazienti o studenti un trattamento migliore di quello riservato ai propri figli: l'inottemperanza abituale ai doveri familiari non giustifica certo l'inadempimento dei doveri contrattuali. Allo stesso modo, l'addetto allo sportello di una banca o di un ufficio postale è tenuto a trattare i clienti o utenti con la stessa cortesia alla quale si considera che debbano ispirarsi i rapporti tra parenti nell'ambito di una vita familiare serena; qualsiasi dipendente è inoltre obbligato a conservare le cose che gli sono affidate e l'ambiente in cui lavora con la stessa cura, lo stesso amore, con cui una persona bene educata tratta l'abitazione e le cose proprie; e anche qui l'eventuale abitudine personale alla sciatteria e allo scarso impegno nelle cose domestiche non costituisce esimente sul piano del contratto, cioè non giustifica analoghi difetti nell'adempimento dell'obbligazione lavorativa. Alla stregua di questo parametro di valutazione, gli standard di comportamento oggi considerati normali in numerosi uffici, soprattutto nel settore pubblico, dovrebbero essere considerati gravemente inadeguati.

Lo stesso art. 1176 (2° c.) impone poi — e l'art. 2104 c.c. ribadisce con parole quasi identiche — che la diligenza di chi nel contratto deduce la propria attività professionale sia valutata anche «con riguardo alla natura» dell'attività stessa: non basta, dunque, che il lavoratore svolga la propria prestazione con lo stesso impegno col quale una persona buona e avveduta si occupa normalmente, in casa propria, degli interessi della propria famiglia, ma occorre altresì che egli applichi la perizia necessaria affinché il lavoro sia eseguito secondo lo standard di perfezione che normalmente si richiede a chi svolge *professionalmente* la stessa attività (10). Così, ad esempio, dal buon padre di famiglia ci si può attendere che egli ripari l'antenna del televisore o l'impianto idraulico di casa alla benemeglio, compatibilmente con una certa sicurezza delle cose e delle persone: tale suo comportamento non può essergli rimproverato come inadeguato o disdicevole, poiché non si richiede a un *quivis de populo* di disporre dell'aggiornamento e delle capacità tecniche proprie del professionista; ma chi ha dedotto nel contratto di lavoro la propria opera di antennista o di idraulico è

obbligato a compiere una analoga riparazione in modo tecnicamente perfetto, secondo gli standard qualitativi propri di questo settore di attività. Alla stregua dello stesso criterio, dall'impiegato di un istituto di credito si richiede una capacità professionale specifica — ben maggiore di quella della persona comune — di «fiutare» e sventare la truffa bancaria (11); dall'addetto a un'attività di vendita si richiede una cura particolare nel rapporto con il potenziale acquirente, che comporta cortesia, disponibilità al colloquio e alle spiegazioni necessarie, ricerca attenta di sintonia, in misura superiore a quanto si può chiedere a una persona qualsiasi, alla quale tale comportamento potrebbe riuscire impossibile a causa di una indole timida o introversa (chi non sa essere sufficientemente comunicativo, o addirittura non sa evitare di essere scorbuto e scostante nei confronti degli interlocutori, non ha le caratteristiche professionali che normalmente si richiedono a un venditore).

Abbiamo visto discutendo dell'oggetto del contratto (§ 195) come il difetto originario, nel lavoratore, della capacità professionale necessaria per l'esecuzione della prestazione a regola d'arte non determini una «impossibilità» della prestazione stessa, ma un inadempimento che giustifica il licenziamento; e come esso generi altresì una responsabilità risarcitoria in capo al lavoratore inadempiente, salvo che il danno prodottosi potesse essere evitato dal datore di lavoro che avesse usato la dovuta diligenza nella fase di costituzione e poi nella gestione del rapporto.

Nell'art. 2104 c.c. l'enunciazione del criterio della diligenza professionale specifica è accompagnata dalla precisazione secondo la quale il comportamento del lavoratore deve essere orientato al perseguimento dell'«interesse dell'impresa» e di «quello superiore della produzione nazionale». Entrambi i riferimenti appaiono pleonastici (12). L'«interesse dell'impresa» che può assumere rilievo nella determinazione delle modalità tecniche della prestazione lavorativa in nulla si distingue da quello di qualsiasi altro creditore della prestazione stessa: il creditore, come si è visto, ha sempre diritto, a norma dell'art. 1176 c.c., a che i propri interessi siano perseguiti dal debitore — entro i confini del lecito e dell'attività dedotta in contratto — con la cura che vi dedicherebbe il buon padre di famiglia e secondo uno standard professionalmente adeguato di diligenza tecnica (13). Quanto all'«interesse superiore della produzione nazionale», la dottrina appare da tempo quasi del tutto unanime nel ritenere che nell'ordinamento costituzionale attuale, a differenza dell'ordinamento corporativo nel quale il codice civile ha visto la luce, l'impresa non possa — e quindi non possa neppure la prestazione in essa inserita — intendersi «funzionalizzata» a interessi pubblici o di altra natura diversi dall'interesse tipicamente e legittimamente proprio dell'imprenditore che ne è titolare (14). La dottrina giuslavoristica appare comunque orientata nel senso di una svalutazione del significato pratico di questo inciso contenuto nell'art. 2104 (15).

279. Segue. Profili di rilevanza dell'intensità dell'attività lavorativa dovuta. La clausola di intensità minima della prestazione e la clausola di rendimento minimo. — La diligenza dovuta implica anche una determinata intensità della prestazione, intesa come ritmo, velocità di esecuzione del lavoro (16), ma anche la disponibilità a una ragionevole variabilità del carico di lavoro in relazione alle normali sopravvenienze operative (17). Questo è del tutto ovvio quando il ritmo del lavoro incide direttamente sulla qualità del prodotto: si pensi, ad esempio, al caso del cuoco che per eccessiva lentezza nell'esecuzione lasci scuocere la pasta o impazzire la maionese, del conducente di un automezzo la cui lentezza di riflessi determini insicurezza della guida, dell'orchestrante che suoni a un ritmo più lento rispetto al resto dell'orchestra. Ma in qualche misura la diligenza implica un livello minimo di intensità della prestazione anche, più in generale, in tutte le situazioni in cui lo stretto coordinamento temporale di singoli segmenti della prestazione rispetto al resto dell'organizzazione produttiva sia imposto dalla natura stessa di attività che richiedono un lavoro di gruppo: si pensi ad esempio al lavoro di una *équipe* chirurgica, di una *troupe* televisiva, oppure di una squadra di impiantisti. In tutti questi casi, se l'intensità del lavoro è inferiore al minimo compatibile con il risultato utile immediato della prestazione legittimamente perseguita dal creditore, consistente nella cooperazione sinergica tra i membri del gruppo, la prestazione stessa non è idonea a costituire adempimento, neppure parziale dell'obbligazione: può pertanto configurarsi un inadempimento totale, in riferimento al segmento temporale nel quale il difetto di intensità si è manifestato (18).

A questo proposito va osservato come l'opposizione tradizionale fra i concetti di quantità e qualità, che nel campo della scienza fisica appare ormai quasi totalmente superata, conservi invece un preciso valore in campo giuridico e in particolare nel diritto delle obbligazioni: mentre sul piano fisico è possibile ridurre qualsiasi fenomeno a grandezze misurabili e divisibili, sul piano giuridico tale divisibilità può venire meno in parte o del tutto; ed è, a ben vedere, proprio nella contrapposizione tra divisibilità e indivisibilità che risiede il significato essenziale della contrapposizione fra quantità e qualità di una prestazione. Affermare che un certo livello di intensità della prestazione lavorativa costituisce un suo attributo *qualitativo* contrattualmente dovuto significa in sostanza affermare che tale prestazione — certamente divisibile in ragione della sua estensione temporale (v. §§ 80 e 86) — non può considerarsi giuridicamente divisibile anche in ragione della sua intensità: in tal caso, la prestazione lavorativa il cui livello di intensità è inferiore al dovuto non costituisce adempimento parziale dell'obbligazione, bensì inadempimento *tout court*.

Un'intensità minima della prestazione è comunque dovuta anche là dove la velocità di esecuzione della prestazione non influisca direttamente sulla qualità del bene o servizio prodotto, bensì soltanto sulla sua quantità; in questo caso, però, è più difficile stabilire la soglia al di sotto della quale il prestatore può essere considerato inadempiente. Per individuare tale soglia si fa talvolta riferimento alla capacità del «lavoratore medio» addetto alla medesima attività

(19), ma — se si escludono i lavori di natura operaia suscettibili di analisi in funzione della determinazione delle tariffe di cottimo (§§ 252 e 282) — anche la capacità del «lavoratore medio» costituisce per lo più un dato difficile da determinare in modo incontrovertibile (20). Dove non è possibile individuare un ritmo di lavoro normalmente praticato dalla generalità dei lavoratori del settore, oppure da quelli della stessa azienda o reparto, i giudici tendono ad assumere come parametro per la determinazione dell'intensità della prestazione dovuta la capacità personale del lavoratore interessato (21); in altre parole, si finisce sovente col ritenere non imputabile al lavoratore lo scarso rendimento «oggettivo», non determinato da un difetto di volontà o impegno da parte sua — gravando sul datore di lavoro l'onere della prova contraria (22) —, e si tende ad accollare il relativo rischio al datore di lavoro che non sia stato capace di prevedere tale incapacità sulla base dell'osservazione iniziale della prestazione durante il periodo di prova (23). Prevale tuttora l'orientamento a escludere che il licenziamento possa essere giustificato da uno scarso rendimento causato dallo stillicidio di assenze per malattia, salvo il superamento del termine di comporta per sommatoria (§ 391) (24).

Il licenziamento per difetto di intensità della prestazione si configura comunque sempre in modo molto netto come provvedimento disciplinare (25), mentre lo stesso non può dirsi in modo altrettanto netto del licenziamento per « scarso rendimento ». Una cosa è l'intensità della prestazione dovuta, che può essere misurata dal risultato immediato dell'attività lavorativa svolta (quantità di pezzi prodotti, quantità di pratiche evase, quantità di macchine governate, ecc.); altra cosa è il «rendimento» inteso in senso proprio, cioè un risultato ulteriore e mediato (come ad esempio la quantità di «fatturato» prodotta da un venditore, o la riduzione di costi aziendali conseguita da un dirigente), sul quale influiscono anche fattori totalmente sottratti al controllo del lavoratore (funzionamento di altri servizi aziendali, qualità del prodotto venduto, prezzo di vendita, andamento del mercato, congiuntura economica generale, ecc.).

La dottrina è nettamente orientata nel senso dell'inesistenza di un livello minimo di «rendimento» (inteso nel senso ora precisato) al cui conseguimento il lavoratore sia obbligato (26), salva diversa pattuizione in proposito (27). Che un livello minimo di intensità della prestazione, intesa come ritmo di lavoro, sia giuridicamente dovuto in qualsiasi contratto di lavoro subordinato e sia assistito dall'apparato sanzionatorio disciplinare, è invece universalmente riconosciuto (28): una clausola di intensità minima della prestazione (misurata dal risultato immediato del lavoro) costituisce infatti requisito indispensabile per evitare la nullità del contratto conseguente all'indeterminatezza dell'oggetto (§ 195). La clausola di intensità minima deve dunque considerarsi come elemento non accidentale, ma essenziale nel contratto di lavoro. Tale clausola è sovente stipulata in forma esplicita, soprattutto nei casi in cui il prestatore debba operare in condizioni di isolamento o comunque il resto dell'organizzazione aziendale non costituisca un punto di riferimento sufficiente per la determinazione del ritmo dovuto (si pensi al correttore di bozze, al venditore di polizze assicurative o al commesso viaggiatore) (29). Più sovente, quando essa viene stipulata in forma esplicita ciò accade perché il datore di lavoro intende assicurarsi un'intensità superiore rispetto al minimo che altrimenti il giudice riconoscerebbe come oggetto di clausola implicita, oppure un'intensità variabile, di volta in volta adeguata alle circostanze e alle mutevoli esigenze aziendali. Si pone pertanto in proposito la questione se ed entro quali limiti il perseguimento della maggiore intensità della prestazione sia legittimo e l'ordinamento accordi tutela alla relativa pattuizione: di questo tratteremo nel paragrafo seguente.

Si è parlato sopra di un «risultato immediato» della prestazione lavorativa (numero di pezzi prodotti dall'operaio, numero di pratiche sbrigate dall'impiegato, ecc.) come misura della sua intensità e come oggetto di un diritto del creditore. Questo spiega perché, secondo la migliore dottrina, la prestazione di lavoro subordinato non possa essere considerata come adempimento di una mera « obbligazione di mezzi »: essa costituisce adempimento esatto soltanto quando sia produttiva di quel risultato, conseguibile con la dovuta diligenza e intensità di impegno (30). Ciò che conta è che tale «risultato immediato» venga tenuto ben distinto dai risultati ulteriori che il creditore ne trae mediante la propria organizzazione aziendale, identificabili nel ricavo tratto dalla vendita di prodotti o dalla fornitura di servizi a terzi, o — ancor più mediamente — nell'utile di gestione: risultati ulteriori soggetti a un rischio che, per la parte non dipendente dall'impegno del lavoratore subordinato, grava ovviamente sempre sull'imprenditore.

280. *La divaricazione tra l'intensità minima garantita dall'ordinamento come oggetto di clausola implicita nel contratto e l'intensità maggiore legittimamente perseguita dall'impresa.* — La nostra legislazione del lavoro — al cui centro sta lo Statuto del 1970, con cui l'ordinamento ha risposto agli eccessi, talora drammatici, del potere imprenditoriale in azienda negli anni '50 e '60 — è ancora in larga parte espressione di una cultura industriale legata al modello della fabbrica fordista, della catena di montaggio, dell'operaio-massa. Essa, cioè, riflette un modello di organizzazione della produzione nel quale l'intensità della prestazione dovuta è vincolata a un flusso rigido di operazioni, dunque non c'è spazio né per difetti individuali di capacità rispetto allo standard, né per contributi personali eccedenti. In questo modello, alla personalità del lavoratore e alle sue peculiari capacità o motivazioni individuali non è attribuito un ruolo apprezzabile: queste vengono tendenzialmente confinate al di fuori del rapporto; l'ordinamento, anzi, le protegge contro il possibile coinvolgimento nello scambio contrattuale (§ 447). Nel modello di rapporto di lavoro corretto originariamente delineato dallo Statuto quelle peculiarità personali del lavoratore non dovevano assumere rilievo, essendo in linea generale vietato addirittura che fosse l'*intuitus personae* a determinare la costituzione del rapporto (la quale doveva avvenire, per regola generale, mediante richiesta numerica all'ufficio di

collocamento: § 27).

Nell'ultimo trentennio molto è cambiato rispetto a quel modello dominante: mentre, da un lato, anche per merito dello stesso Statuto, le figure del padrone-tiranno e del lavoratore schiavizzato possono dirsi sostanzialmente e definitivamente espunte dal panorama delle relazioni industriali, per altro verso, con la progressiva perdita di peso della figura dell'operaio-massa e dell'organizzazione tayloristica del lavoro (31) è venuta maturando anche nella nuova cultura sindacale e giuslavoristica l'idea che nel rapporto di lavoro debba potersi esprimere qualche cosa di più di una «capacità lavorativa standard», impersonale: l'idea, cioè, che in azienda debba poter essere valorizzata non soltanto una «professionalità collettiva», ma anche l'eventuale capacità e volontà del singolo lavoratore di offrire una collaborazione più intensa e motivata, di lasciarsi coinvolgere personalmente nel perseguimento degli obiettivi aziendali, anche al di là del livello di rendimento medio di categoria. Se è rimasta tutto sommato circoscritta l'esperienza dei cosiddetti «circoli di qualità» di ispirazione giapponese, di moda tra la metà degli anni '80 e la metà dei '90, nei quali ogni partecipante era sollecitato a dare un proprio contributo al miglioramento del processo produttivo e della qualità del prodotto, può considerarsi invece come un fenomeno ormai universalmente diffuso e generalmente accettato la diversificazione e personalizzazione dell'atteggiamento dei singoli lavoratori verso il proprio ruolo in azienda, del rispettivo livello di coinvolgimento in esso, delle rispettive aspirazioni di carriera e di guadagno: è la risposta — diversa da persona a persona, ma complessivamente non negativa — del nuovo ceto dei salariati alle nuove strategie imprenditoriali di incremento quantitativo e qualitativo della capacità produttiva delle compagini aziendali (32).

Così, pur senza profonde ed estese trasformazioni del quadro legislativo (la sola riforma rilevante, per l'aspetto che qui interessa, è stata l'abrogazione totale della regola del collocamento su richiesta numerica: v. ancora § 27), sono venuti aprendosi spazi nuovi per quelle strategie imprenditoriali: sul piano individuale una diffusa disponibilità dei lavoratori a rispondere positivamente alle iniziative del *management* miranti a coinvolgere più intensamente che in passato anche il personale di livello inferiore nel perseguimento della maggiore competitività aziendale, curandone la motivazione, non soltanto economica; sul piano sindacale e su quello della cultura giuridica, un riconoscimento esplicito del diritto di cittadinanza, nel sistema attuale delle relazioni industriali, di quelle iniziative e della negoziazione individuale di aspetti particolari della prestazione lavorativa e dei corrispondenti incentivi.

Per altro verso, lo spazio di iniziativa sempre più ampio che all'imprenditore si apre in questo campo è conseguenza necessaria di un dato strutturale: dove non funziona più la catena di montaggio, con le sue cadenze rigide e per definizione «collettive», l'ordinamento è in grado di (o è disponibile a) garantire direttamente al creditore di lavoro, come diritto derivante implicitamente dal contratto, un livello di rendimento della prestazione assai ridotto (33). Il perseguimento di livelli superiori di rendimento (necessari perché la produttività del sistema non si riduca alle basse *performances* proprie del settore pubblico e, altrove, dei regimi del c.d. socialismo reale) non può dunque che essere affidato alla capacità dell'imprenditore di porre in essere misure idonee a sollecitare e motivare i dipendenti a dare in azienda il meglio di sé e a fornire una collaborazione più specificamente coerente con le caratteristiche peculiari del processo produttivo, ovviamente entro il limite della tutela della loro salute e della ragionevolezza (§ 220). Anche nella scelta e nell'attivazione di queste misure — tra le quali rientra evidentemente anche la negoziazione, collettiva o individuale, dei livelli di intensità della prestazione e di rendimento, nonché dei corrispondenti compensi economici (34) — si concreta, a ben vedere, l'esercizio della libertà di iniziativa economica garantita dall'art. 41 Cost. (§ 164). Tuttavia, come non è illimitato il maggior rendimento che può essere oggetto di sollecitazione unilaterale dell'imprenditore, non lo è neppure quello che può essere oggetto di una pattuizione valida, produttiva di una corrispondente responsabilità contrattuale del lavoratore: quali ne siano i limiti è materia del paragrafo che segue.

281. Segue. *I limiti del vincolo pattizio circa l'intensità della prestazione dovuta.* — Numerosi contratti collettivi che disciplinano la retribuzione a cottimo (§§ 251-252) stabiliscono le modalità di determinazione in azienda dei livelli minimi di «rendimento» individuale (da intendersi qui sicuramente come intensità della prestazione): il rendimento orario minimo è determinato solitamente in percentuale rispetto alla «base di cottimo» (35) (si osservi, però, che questa clausola non costituisce un elemento essenziale nel sistema del cottimo: la regolamentazione contrattuale ha qui per oggetto essenzialmente l'obbligazione retributiva gravante sul datore di lavoro e potrebbe anche non combinarsi con una clausola attinente al *quantum* dovuto dal lavoratore) (36). In sede di contrattazione collettiva aziendale l'intensità della prestazione individuale dovuta viene inoltre talvolta stabilita in riferimento a particolari posizioni, tra le quali vengono ripartiti determinati carichi di lavoro, sul presupposto implicito che essi possano normalmente essere disimpegnati da chi vi è addetto (è quanto accade, ad esempio, nel settore dell'assistenza al volo, dove accordi aziendali stabiliscono il numero massimo di voli il cui controllo può essere affidato a un controllore nell'unità di tempo). In riferimento a questi casi non sembra che possa dubitarsi dell'insindacabilità dei criteri negoziati: se all'autonomia collettiva si riconosce il potere di stabilire sovranamente i livelli retributivi (§§ 235-236), deve riconoscersi anche il suo potere di stabilire i corrispondenti carichi di lavoro, cioè di determinare esplicitamente il contenuto di quella clausola di intensità minima della prestazione che — come si è detto (§ 279) — è implicita in ogni contratto individuale (37).

Un problema diverso si pone quando la pattuizione circa l'intensità della prestazione dovuta sia contenuta nel contratto

individuale di lavoro, o sia comunque intervenuta in corso di rapporto tra datore e prestatore: qui, infatti, il senso della pattuizione può non essere quello della pura e semplice esplicitazione del contenuto altrimenti implicito nel contratto, circa il rendimento normalmente dovuto, bensì quello di un incremento del debito del lavoratore rispetto al livello normale (si pensi, ad esempio, al caso di un impiegato che, all'atto dell'assunzione o in corso di rapporto, assuma l'obbligo di svolgere anche il lavoro che fino a quel momento è stato svolto da un suo collega). Deve inoltre essere oggetto di valutazione critica la clausola contattuale — esplicita o implicita — che, vincolando l'intensità della prestazione a circostanze variabili nel tempo e sottratte al controllo del lavoratore, espone quest'ultimo a carichi di lavoro potenzialmente eccessivi (si pensi al cameriere di un ristorante che si obblighi a servire tutti gli avventori di volta in volta presenti e quindi a svolgere una prestazione la cui intensità dipende dall'afflusso di questi ultimi). Su questo terreno l'autonomia individuale è limitata innanzitutto dal principio generale di tutela della salute, *ex art. 2087 c.c.* (§ 220), che deve essere applicato tenendosi conto in concreto delle condizioni psico-fisiche del lavoratore e delle sue capacità effettive. A ogni aumento del carico di lavoro assegnato al lavoratore rispetto al carico normale deve inoltre corrispondere un proporzionale aumento del trattamento retributivo rispetto a quello fissato in sede collettiva (regola, questa, desumibile non soltanto dall'art. 36 Cost. — § 240 —, ma anche dall'art. 2100 c.c., dove è previsto appunto il caso dell'operaio «vincolato all'osservanza di un determinato ritmo produttivo»: § 251). Devono infine essere rispettati, in quanto applicabili, gli eventuali limiti posti da norme inderogabili ai carichi di lavoro individuali: per alcune categorie di lavoratori tali limiti sono posti dalla legge (§ 283), mentre la contrattazione collettiva interviene talvolta, come si è visto, a stabilire i carichi di lavoro massimi al livello aziendale. Rispettati questi limiti, in linea teorica la pattuizione individuale è valida ed efficace (dallo stesso art. 2100 c.c. testé citato se ne trae una conferma). La sua portata pratica — come del resto quella delle disposizioni collettive sulla stessa materia — è tuttavia notevolmente ridotta dall'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, nel caso in cui il lavoratore non raggiunga il livello di rendimento pattuito, spetta al datore di lavoro, se intende imputargli tale insuccesso come inadempimento contrattuale, dimostrare che il livello pattuito di intensità della prestazione era realmente raggiungibile senza uno sforzo eccessivo nelle condizioni concrete in cui il lavoratore operava (38). Come si è chiarito nel § 279, dalla clausola di intensità minima della prestazione, di cui abbiamo discusso fin qui, deve tenersi ben distinta la clausola di «rendimento minimo» inteso in senso proprio, cioè quella (ricorrente soprattutto nel settore dirigenziale e in quello degli addetti alla promozione delle vendite) concernente il raggiungimento di un determinato risultato aziendale. Mentre è sicuramente valida la pattuizione che condizioni al raggiungimento di tale risultato ulteriore la percezione di un premio, è altrettanto sicuramente invalida la pattuizione che ponga la stessa condizione per il godimento della retribuzione-base dovuta *ex art. 36 Cost.* (§§ 238 e 241).

282. Indivisibilità della prestazione in ragione dell'intensità, salva diversa disciplina convenzionale. La clausola di fungibilità tra intensità ed estensione temporale della prestazione. — Si è visto (§ 279) come la prestazione lavorativa, tipicamente divisibile in ragione del tempo in cui essa si svolge, non lo sia invece, di norma, in ragione dell'intensità: lo svolgimento di una attività lavorativa abnormemente rallentata non costituisce adempimento parziale dell'obbligazione contrattuale, ma prestazione di *aliud pro alio*, cioè inadempimento *tout court*. Non v'è, tuttavia, alcun motivo per ritenere invalida l'eventuale diversa disciplina convenzionale della materia, tendente ad attribuire alla prestazione lavorativa il carattere della divisibilità (anche) in ragione dell'intensità.

La regolamentazione collettiva del cottimo presenta per questo aspetto un particolare interesse quando essa contenga una clausola intesa a disciplinare il caso in cui il «rendimento» (inteso qui come risultato immediato della prestazione) scenda al di sotto del minimo stabilito: numerosi contratti prevedono a questo proposito che al cottimista sia assicurata la retribuzione corrispondente al «rendimento» minimo, ma a condizione che il calo del ritmo produttivo sia stato determinato da cause non imputabili al lavoratore; in caso contrario è per lo più implicitamente o esplicitamente previsto che la retribuzione si riduca in proporzione al minor risultato (§ 281). L'effetto di quest'ultima clausola è, in sostanza, quello di attribuire alla prestazione lavorativa un carattere di *divisibilità in ragione dell'intensità*, che normalmente non le è proprio: l'intensità del lavoro diventa così elemento quantitativo (in senso stretto) e non più qualitativo della prestazione.

Lo stesso può dirsi della particolare pattuizione con la quale, all'atto dell'assunzione o nel corso del rapporto, il lavoratore si obbliga a prestare una quantità di lavoro determinata secondo un criterio basato sulla fungibilità tra estensione temporale e intensità della prestazione (39). Si pensi, ad esempio, al caso del macellaio assunto da un grande magazzino con l'incarico di preparare per la vendita ogni mattina un certo quantitativo di carne, e che di conseguenza sia libero di lasciare il lavoro, una volta adempiuto il proprio compito quotidiano, indipendentemente dal tempo impiegato per compierlo: quanto più veloce è l'attività lavorativa, tanto minore è la sua estensione temporale nell'arco della giornata; e viceversa. Si pensi, ancora, al rappresentante di commercio che si impegna a realizzare un certo quantitativo di vendite nell'arco di un'unità di tempo (clausola di rendimento), ma che è libero di adempiere il proprio obbligo lavorando più a lungo e in modo meno intenso o viceversa; oppure ancora al fattorino che si obbliga a compiere ogni giorno un determinato giro per la consegna e il ritiro di merce o corrispondenza: in tutti questi casi la determinazione pattizia del *quantum* dovuto dal lavoratore è caratterizzata dalla fungibilità tra intensità e durata del lavoro.

Quando — come negli esempi proposti — il rapporto rientra nella fattispecie del lavoro subordinato, la prestazione lavorativa non può non conservare il carattere essenziale della continuità, e quindi della illimitata divisibilità in ragione del tempo. Ma in questi casi alla divisibilità temporale si aggiunge, per espressa volontà delle parti, la *ulteriore* divisibilità in ragione dell'intensità; con la conseguenza che — a differenza di quanto accade nella generalità dei rapporti di lavoro — la prestazione di intensità insufficiente può considerarsi idonea a soddisfare proporzionalmente l'interesse del creditore; e il margine di variabilità dell'estensione e della collocazione temporale consente al lavoratore di compensare l'eventuale minore intensità di un segmento della prestazione con un aumento della sua durata.

Vedremo a suo luogo (§ 327) come la fungibilità tra estensione temporale e intensità della prestazione possa, in concorso con altre circostanze, assumere un rilievo di primo piano nella determinazione del campo di applicazione dei limiti massimi dell'orario di lavoro.

283. Norme limitative dell'intensità della prestazione. — Non sono numerose nel nostro ordinamento — come del resto negli ordinamenti stranieri — le norme legislative che pongono espressamente un limite all'intensità dell'attività dovuta dal prestatore di lavoro.

Per i minori provvede l'art. 14 della legge 17 ottobre 1967 n. 977, come modificata dal d.lgs. 4 agosto 1999 n. 345, ponendo limiti differenziati di peso ai carichi il cui trasporto può essere richiesto rispettivamente a bambini e adolescenti, maschi e femmine; gli artt. 4, 6 e 7 individuano invece i lavori pesanti, pericolosi o insalubri ai quali è vietato adibire minori e dispongono cautele particolari per quelli che possono recare pregiudizio alla loro integrità fisica o morale. L'art. 11, lett. f) della legge 19 gennaio 1955 n. 25 vieta l'adibizione degli apprendisti a lavoro a cottimo o a incentivo, al fine di impedire l'intensificazione della prestazione — per lo più incompatibile con l'essenziale contenuto formativo del rapporto — a cui tali forme di retribuzione mirano.

L'art. 7 del d.lgs. 26 marzo 2001 n. 151 (che ha sostituito l'art. 3 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204: v. in proposito §§ 402-406) vieta l'adibizione a lavori pericolosi, faticosi o insalubri delle lavoratrici durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto, imponendo il loro trasferimento ad altre mansioni — anche di contenuto professionale inferiore — nel caso in cui tali lavori fossero assegnati alle stesse in precedenza (§ 288).

284. Doveri del prestatore attinenti alla cura della persona e all'abbigliamento. — La diligenza nello svolgimento della prestazione, quando questa comporti il contatto con il pubblico, può implicare la necessità di una cura particolare, da parte del lavoratore, del proprio aspetto fisico e pertanto della pulizia personale, della pettinatura dei capelli, della rasatura della barba, dell'appropriatezza dell'abbigliamento; oppure può implicare, per radicata consuetudine oltre che per esigenze funzionali, la necessità che il lavoratore indossi (e mantenga in perfetto ordine) una particolare divisa, come nel caso dei vigili urbani, o in quello delle *hostess* e degli *stewards* di una compagnia di volo (40). Necessità particolari inerenti all'abbigliamento possono derivare anche da esigenze tecniche e/o di sicurezza, come nel caso del cuoco, del medico o infermiere, dell'operaio o del tecnico esposto a pericoli per i quali sono prescritte determinate protezioni individuali (41). Anche al di fuori di questi casi, nei quali viene in rilievo la regola della diligenza tecnica specificamente relativa alla mansione svolta, il lavoratore deve considerarsi comunque soggetto all'obbligo di mantenere una ragionevole decenza nel proprio aspetto fisico e nel proprio abbigliamento, poiché fa parte della diligenza generica, «del buon padre di famiglia», anche il non rendersi sgradevole o repulsivo al prossimo; egli è altresì tenuto a evitare le stravaganze eccessive, cioè incompatibili con un ordinato e sereno svolgimento dell'attività aziendale (42).

Quando la natura della mansione richiede un abbigliamento particolare, sovente la materia è disciplinata da una clausola collettiva, che dispone anche circa l'accogliuto al datore di lavoro dei costi della relativa fornitura e manutenzione, o il compenso dovuto al prestatore che debba occuparsene a proprie spese. Quando il contratto nulla dica espressamente in proposito, la valutazione del comportamento del prestatore sotto questo punto di vista è compiuta dal giudice secondo criteri di ragionevolezza, anche in considerazione degli usi locali; e quando debba ritenersi che la prestazione richieda un abbigliamento particolare di uso non abituale, sarà il giudice a stabilire il maggior compenso dovuto al lavoratore *ex art.* 36 Cost. per tale aspetto della qualità della prestazione (§ 240).

Accade talora che il datore di lavoro chieda al prestatore il rispetto di disposizioni circa l'abbigliamento o l'aspetto personale che non costituiscono una mera specificazione della regola della diligenza, generica o specifica, ma introducono nel contratto un vincolo ulteriore, tendente al miglioramento dell'immagine aziendale: si pensi al caso di un esercizio commerciale nel quale si richieda agli addetti alla vendita al pubblico di indossare una determinata uniforme aziendale, oppure al ristorante esotico nel quale si richieda ai camerieri di indossare abiti tipici del paese di cui si vuole riprodurre l'ambiente oltre che la gastronomia, oppure ancora, più semplicemente, all'istituto di credito che chieda a tutti i propri impiegati di portare sempre giacca e cravatta (cosa che un tempo era normale in questo settore, ora non più) e alle impiegate di mantenere uno standard particolare di eleganza. L'imposizione unilaterale di tale vincolo

ulteriore non mi sembra ammissibile; ma la pattuizione in proposito tra datore e prestatore — che puo` anche essere tacita, consistendo nell' accettazione da parte del lavoratore per fatti concludenti della prassi aziendale —, cosi` come la pattuizione collettiva, anche intervenuta in costanza di rapporto, e` sicuramente valida, poiche` nulla vieta che il contratto contenga specificazioni circa le modalita` di svolgimento della prestazione lavorativa in funzione di esigenze aziendali ragionevoli ancorche` non universali, tra le quali puo` senz'altro annoverarsi anche quella di darsi di fronte al pubblico un'immagine particolare (43). Questo vale, a mio avviso, anche per la pattuizione dell'obbligo di portare abiti (moderatamente) *sexy* per le cameriere di un *night club*: quando la particolarita` dell'abito non sconfini nell'indecenza, minigonne e camicie attillate non possono considerarsi di per se` lesive della dignita` della persona che lavori in un locale notturno di questo genere particolare; la ragazza che non vuole rinunciare a vestire in modo piu` castigato fa meglio a cercare lavoro altrove.

Un problema di piu` difficile soluzione — sul quale si e` sviluppato oltre Atlantico un vivace dibattito anche sul piano giuslavoristico (44) — sorge invece quando la disposizione circa l'aspetto della persona o il suo abbigliamento non risponde ad alcuna esigenza aziendale oggettiva, bensì soltanto a una preferenza generica: si pensi al caso del datore che intenda vietare ai propri impiegati non addetti a rapporti con il pubblico di tenere i capelli lunghi o di portare orecchini, o imporre alle impiegate di portare la gonna, oppure imporre o vietare loro di portare la minigonna, o vietare agli uni e agli altri di praticare il *piercing* sul volto o di esibire tatuaggi. Pur essendo la questione ampiamente discutibile, a me sembra che una siffatta disposizione — quando non sia legata a esigenze estetiche condivise dalla grande maggioranza delle persone, ne` a motivi tecnico-produttivi o commerciali, ma sia dettata da preferenze esclusivamente personali del datore di lavoro — non soltanto non possa essere imposta unilateralmente in corso di rapporto (45), ma non possa neppure essere validamente pattuita tra le parti, poiche` essa interferisce senza idonea giustificazione sulla liberta` personale del lavoratore di autodeterminazione della propria immagine, in violazione dell'art. 41 Cost. (sovente, oltretutto, essa configura una discriminazione di genere — § 166 —: si pensi al caso del divieto per le donne di portare i pantaloni o alla richiesta rivolta loro di essere sessualmente attraenti) (46). Qualora invece si ritenga che il limite posto dall'art. 41 Cost. all'iniziativa economica privata per la tutela della liberta` della persona non impedisca una siffatta pattuizione (salvo il divieto di discriminazioni), dovrebbe ritenersi che la qualita` particolare aggiuntiva della prestazione, oggetto della pattuizione, debba essere adeguatamente remunerata, in ossequio al principio di proporzionalita` posto dall'art. 36 (§ 240) (47).

285. I c.d. «obblighi preparatori» della prestazione lavorativa. La questione della responsabilita` del lavoratore per abuso di alcool o stupefacenti. — Si e` discusso in dottrina della configurabilita` di uno o piu` obblighi del lavoratore aventi per oggetto quanto e` necessario per rendere possibile la prestazione lavorativa e in particolare per rendere possibile la presenza del lavoratore stesso nel luogo di lavoro al tempo stabilito, la conservazione della sua capacita` psico-fisica di svolgere l'attivitaa` dedotta in contratto, la prevenzione di impedimenti personali (48): rientrerebbero tra questi obblighi quello di non recarsi, nel tempo libero, in luoghi che rendano impossibile o comunque mettano a rischio il ritorno puntuale al lavoro nell'orario in cui esso deve essere ripreso; quello di non svolgere attivita` eccessivamente pericolose per la propria integrita` psico-fisica; quello di non assumere sostanze psicotrope o comunque tali da alterare la propria capacita` lavorativa normale; e altri analoghi.

A me sembra che non vi sia ragione per considerare i suddetti doveri del lavoratore come obbligazioni a se` stanti rispetto all'obbligazione lavorativa costituente l'oggetto principale del contratto. Il comportamento del lavoratore che un'ora prima della ripresa del lavoro alza eccessivamente il gomito, o si reca in un luogo dal quale gli sara` difficile rientrare puntualmente in azienda, non costituisce *in se`* violazione di un obbligo contrattuale: l'inadempimento si verifica soltanto se e nella misura in cui da tale suo comportamento deriva un impedimento allo svolgimento regolare della prestazione lavorativa.

Nel valutare il comportamento del lavoratore da cui sia derivato un impedimento alla prestazione regolare, al fine di stabilire se l'impedimento possa o no considerarsi a lui imputabile sul piano della responsabilita` contrattuale, deve applicarsi un criterio di ragionevolezza e adeguatezza sociale. Alla stregua di tale criterio, dovra` considerarsi contrattualmente corretto il comportamento del lavoratore che durante il *week-end* si rechi a sciare in una localita` di montagna, ivi restando imprevedibilmente bloccato per qualche giorno da una frana: l'impedimento al lavoro che ne deriva puo` senz'altro qualificarsi qui come forza maggiore non imputabile al debitore; dovra` pure considerarsi contrattualmente corretto il comportamento del lavoratore che nel tempo libero si dedichi a un'attivitaa` sportiva particolarmente rischiosa (come il volo in deltaplano, la pesca subacquea a grandi profondita`, un'ascensione in alta montagna), nel corso della quale si verifichi un infortunio che impedisca la ripresa del lavoro: l'interesse del creditore all'esecuzione puntuale della prestazione lavorativa cede infatti di fronte al diritto della persona al libero e pieno dispiegarsi delle sue potenzialita` vitali, nel quale deve ricomprendersi anche l'esercizio di qualsiasi attivita` sportiva, anche se piu` pericolosa delle altre. E` interessante osservare come — a causa di meccanismi di mercato analoghi a quelli di cui si e` detto nei §§ 6 e 238 — la tutela di questa liberta` possa operare appieno soltanto attraverso la collocazione generalizzata e inderogabile del relativo rischio sul datore di lavoro, con il corrispondente incremento del contenuto assicurativo del rapporto di lavoro.

Dovra` invece considerarsi imputabile al lavoratore l'impedimento causato da uno sciopero delle ferrovie debitamente

preannunciato, del quale egli non abbia tenuto conto nei propri spostamenti durante il tempo libero; oppure il protrarsi dell'impedimento al lavoro causato da un comportamento del lavoratore incompatibile con la cura di un'infermità di cui egli soffre (§ 398).

Quanto all'abuso di alcol o di stupefacenti, la giurisprudenza è orientata nel senso di non considerarlo, in linea generale, *di per se'* come inadempimento di alcun obbligo derivante dal rapporto di lavoro, neppure quando esso abbia carattere di abitudine e generi dipendenza, salvo che la natura della prestazione sia radicalmente incompatibile con tale abitudine o dipendenza (come nel caso del pilota d'aereo, conducente di treno, guidatore di automezzo, o altri casi analoghi). L'abuso di alcol o di stupefacenti può bensì porre il lavoratore nella condizione di non poter adempiere il proprio obbligo lavorativo (astensione dal lavoro per infermità causata da colpa del prestatore: v. §§ 384 e 385), o di adempierlo in modo inesatto: in quest'ultimo caso, il fatto che la mancanza sia commessa sotto l'effetto di sostanze psicotrope non esclude l'imputabilità dell'inadempimento, né diminuisce la responsabilità disciplinare del lavoratore (potendosi fare riferimento analogico in proposito all'art. 92 c.p.), ma può addirittura aggravarla, aumentando l'impatto negativo del comportamento del lavoratore sull'affidamento del datore circa il corretto adempimento futuro, quando l'abuso abbia carattere di abitudine (il riferimento analogico è qui all'art. 94 c.p.) (49). Della possibile responsabilità dell'alcolista abituale per il ripetersi di assenze dal lavoro causate da ubriachezza, nonché dell'intossicazione cronica, che è causa di una alterazione organica irreversibile del tessuto cerebrale e che può determinare un vizio di mente parziale o totale, costituente impedimento al lavoro e giustificato motivo di licenziamento, si dirà nella parte della trattazione dedicata alla malattia (§ 385); ivi si dirà anche nel caso del lavoratore che, volendo sottrarsi a una situazione di dipendenza da alcol o da stupefacenti, chieda la sospensione della prestazione lavorativa per sottoporsi a un congruo trattamento di disintossicazione e riabilitazione, adempiendo così un dovere non soltanto verso se stesso, ma anche verso il datore di lavoro.

286. *La responsabilità risarcitoria del lavoratore per il difetto della prestazione.* — Il difetto della prestazione, sotto il profilo della subordinazione o sotto quello della diligenza, dà sempre luogo a responsabilità disciplinare del prestatore, che il datore di lavoro può far valere nelle forme e nei limiti di cui si dirà a suo luogo (cap. XV). Alla responsabilità disciplinare si aggiunge la responsabilità risarcitoria dello stesso prestatore inadempiente, o adempiente in modo inesatto, quando dall'inadempimento sia derivato un danno. L'onere della prova circa tale nesso di causalità grava sul datore di lavoro (50).

Della responsabilità risarcitoria possono considerarsi oggi pacifiche sia la cumulabilità con quella disciplinare (§ 477), sia l'estensione ai casi di colpa non grave del lavoratore (51): così, ad esempio, il conducente di autovettura che per disattenzione nella guida provochi un danno, piccolo o grande, ne risponde verso il datore di lavoro — oltre che verso gli eventuali terzi danneggiati — indipendentemente dalla gravità della negligenza commessa.

Sezione II

Contenuto professionale della prestazione dovuta

Sommario: 287. La qualifica del lavoratore come limite del suo debito contrattuale e dello *ius variandi* attribuito all'imprenditore dall'art. 2103 c.c. — 288. Il processo giurisprudenziale e legislativo di temperamento del vincolo. La nozione di giustificato motivo di deroga alla regola dell'equivalenza. — 289. La regola della irriducibilità della retribuzione. — 290. Sovrainquadramento e assegnazione al lavoratore di mansioni di contenuto professionale inferiore rispetto al suo livello di inquadramento. Altri problemi particolari in materia di equivalenza delle mansioni. — 291. La questione dell'assegnazione di mansioni di livello professionale superiore. — 292. L'irreversibilità dell'assegnazione di mansioni di livello superiore protratta oltre il limite temporale massimo. — 293. Disciplina speciale delle conseguenze dell'assegnazione di mansioni superiori nell'impiego alle dipendenze di enti pubblici. — 294. Gli spazi dell'autonomia individuale nella determinazione delle mansioni dovute. L'assegnazione contrattuale al lavoratore di una pluralità di mansioni tra loro non equivalenti. — 295. I rimedi contro l'esercizio illegittimo dello *ius variandi*. Il rifiuto da parte del lavoratore delle mansioni non dovute. — 296. Il diritto del lavoratore a esercitare effettivamente la propria professionalità nell'ambito del rapporto di lavoro e gli interessi sottesi, di natura esistenziale e professionale. — 297. Le conseguenze negative del demansionamento per il lavoratore: danno esistenziale, danno professionale e perdita di *chances* di carriera, danno biologico. Il relativo accertamento e la ripartizione degli oneri probatori in proposito.

287. *La qualifica del lavoratore come limite del suo debito contrattuale e dello ius variandi attribuito all'imprenditore dall'art. 2103 c.c.* — A norma dell'art. 2103 c.c. (come riscritto dall'art. 13 St. lav.), «il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto ... ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte». Da una prima lettura sembra dunque potersi tarre pianamente che la legge prevede come *naturale*, nel contratto di

lavoro, l'attribuzione al datore di lavoro del potere di variare il contenuto della prestazione, rispetto alle mansioni in precedenza attribuite al lavoratore, purché nei limiti dell'«equivalenza» rispetto a queste.

Il contenuto dispositivo di questa nuova formulazione della norma è stato fortemente enfatizzato dai suoi primi commentatori, che hanno visto in essa una drastica riduzione (52), se non addirittura abolizione (53), dello *ius variandi* in precedenza attribuito all'imprenditore. A ben vedere, però, la nuova formulazione non fa altro — in questa parte — che sostituire il limite precedente, costituito dal divieto di «mutamento sostanziale nella posizione» del lavoratore (54), con quello dell'«equivalenza» delle mansioni. Il nuovo limite è espresso in modo diverso, ma non sembra modificare in modo drammatico l'assetto della disciplina della materia; vedremo infatti — § 288 — come l'evoluzione dell'interpretazione della nuova norma abbia finito col ridurre a ben poco, se non coll'annullare del tutto, le differenze del suo significato rispetto a quello che sarebbe stato presumibilmente assunto dalla vecchia norma senza la riforma. L'«equivalenza» richiamata nell'art. 2103 fa sicuramente riferimento *anche* al livello professionale delle mansioni, cioè al loro inquadramento disposto dal contratto collettivo; e, poiché l'autonomia collettiva è sovrana nella valutazione del «valore» professionale delle mansioni (§§ 157 e 176), deve ritenersi che ogni mutamento dell'ampiezza della categoria professionale disposto dalla contrattazione collettiva abbia l'effetto di un mutamento corrispondente nell'ampiezza dello *ius variandi* «verticale» del datore di lavoro (55). Dottrina e giurisprudenza sono state, però, fin dall'inizio unanimi nell'escludere che il criterio dell'equivalenza si esaurisca nel controllo dell'afferenza delle mansioni precedenti e delle nuove alla stessa categoria professionale, cioè che possa attribuirsi valore decisivo al solo trattamento economico, ovvero «valore di mercato» delle mansioni (56): ciò non tanto perché lo stesso articolo 2103 contiene — nella nuova come nella vecchia formulazione — una disposizione ulteriore che vieta la riduzione del trattamento economico in corrispondenza con la variazione delle mansioni (§ 289), quanto perché quell'interpretazione finirebbe coll'attribuire alla riforma del 1970 il significato (opposto rispetto al sicuro intendimento del legislatore), di un ampliamento rilevante del potere imprenditoriale rispetto a quello previsto dalla norma previgente. Dal confronto tra il vecchio e il nuovo testo si trae essenzialmente l'intendimento di rendere la limitazione dello *ius variandi* più precisa e oggettiva: prima doveva essere equivalente «la posizione del lavoratore», ora devono essere equivalenti «le mansioni». La vecchia norma poteva essere interpretata nel senso della legittimità di uno spostamento a mansioni di contenuto professionale diverso purché in qualche modo affini, oltre che inquadrate nella stessa categoria o livello professionale, in ogni caso senza pregiudizio per la considerazione sociale del lavoratore (57); la nuova impone un'equivalenza di contenuto professionale del lavoro assegnato. In altre parole, sulla base di una interpretazione letterale della norma — e fino a quando uno scostamento da tale interpretazione non sia imposto da circostanze straordinarie: § 288 — possono essere attribuite al lavoratore soltanto mansioni che corrispondano alla capacità professionale specifica da lui dedotta in contratto, cioè alla sua «qualifica contrattuale» (58). Intesa in questa accezione — corrispondente alla sistemazione concettuale e terminologica proposta, già in epoca precedente allo Statuto, nella prima e più autorevole trattazione organica della materia (59), poi seguita dalla dottrina più accreditata — la «qualifica contrattuale» delimita le mansioni comprese nel debito contrattuale del lavoratore, così contrapponendosi per un verso alla «qualifica soggettiva» (cioè alla capacità professionale posseduta dal lavoratore ma non necessariamente dedotta in contratto: §§ 35 e 158) (60), per altro verso alla «categoria» o «livello» professionale, la quale determina invece il trattamento che al lavoratore è dovuto, cioè il debito contrattuale del datore (§§ 176-184).

Il riferimento alla capacità professionale specifica dedotta dal lavoratore in contratto comporta una limitazione del novero delle mansioni suscettibili di essergli richieste via via più stringente quanto più aumenta il livello di qualificazione o specializzazione (61). Così, ad esempio, al manovale comune inizialmente assunto per la movimentazione di materiali in un magazzino può essere chiesta una qualsiasi delle altre mansioni inquadrate nell'ultimo livello professionale; a un operaio qualificato elettricista, invece, si può chiedere di spostarsi da un lavoro di manutenzione a quello di montaggio di impianti elettrici, ma non di svolgere mansioni di carpentiere o di attrezzista, neppure se inquadrate a un livello professionale pari o superiore alle sue; da un impiegato addetto alla contabilità non può esigersi che si occupi della promozione delle vendite, neppure quando a tale mutamento di mansioni corrisponda un rilevante aumento retributivo; al responsabile di un ufficio amministrativo si può chiedere di spostarsi a dirigere un altro ufficio amministrativo, ma non di andare a dirigere un cantiere edile o un reparto di produzione industriale, che richiedono competenze estranee alla sua qualifica; al ricercatore chimico si può chiedere soltanto di occuparsi di ricerche in campo chimico. Viceversa, alla limitazione progressiva del contenuto del debito contrattuale, via via che aumenta il livello professionale, corrisponde l'aumento progressivo del numero delle «qualifiche» («profili professionali») che compongono ciascuna «categoria» o «livello» nel sistema di inquadramento istituito dal contratto collettivo (§ 173).

È stata questione a lungo discussa in dottrina, con qualche eco in giurisprudenza, quella relativa alla sussistenza o no di un diritto del prestatore — e di un corrispondente obbligo del datore — a un progressivo aumento del contenuto professionale della sua posizione lavorativa. Dottrina e giurisprudenza oggi concordano quasi unanimemente nell'escludere l'esistenza di un vero e proprio diritto del lavoratore «alla carriera» intesa come passaggio a livelli professionali superiori (62): un obbligo a carico del datore di lavoro di adoperarsi per l'accrescimento della professionalità del dipendente rispetto al livello originario fissato dalla qualifica contrattuale può sussistere soltanto in quanto fondato sul contratto, individuale o — più sovente — collettivo (63). Vedremo tuttavia (§ 296) come l'ordinamento tuteli l'interesse del lavoratore all'accrescimento della propria esperienza e competenza tecnica che deriva dall'esercizio pieno, effettivo e continuativo delle mansioni contrattuali: in questo (e solo in questo) senso si può

parlare di un suo interesse all'accrescimento della professionalità tutelato dall'ordinamento.

Si è pure lungamente discusso in dottrina se lo *ius variandi* che l'art. 2103 attribuisce al datore di lavoro nei confronti del prestatore, nell'ambito della qualifica contrattuale, debba considerarsi come un potere a sé stante di modificazione unilaterale del contenuto originario del contratto, oppure come una manifestazione del potere direttivo. Quest'ultima sembra l'opzione teorica senz'altro preferibile (64): con il contratto di lavoro subordinato il lavoratore non si obbliga soltanto allo svolgimento della mansione che gli viene inizialmente assegnata, ma impegna fin dalla costituzione del rapporto l'intera sua capacità professionale specifica al servizio dell'azienda in cui si inserisce; onde il mutamento di mansioni nell'ambito della qualifica non costituisce una modificazione dell'assetto del rapporto originariamente pattuito (65). La disputa teorica su questo punto non merita, però, di essere ulteriormente approfondita, dal momento che essa appare priva di qualsiasi rilievo pratico.

288. *Il processo giurisprudenziale e legislativo di temperamento del vincolo. La nozione di giustificato motivo di deroga alla regola dell'equivalenza.* — Negli anni in cui l'art. 13 dello Statuto (contenente la novella dell'art. 2103 c.c.) veniva scritto e discusso in Parlamento, accadeva ancora normalmente che un operaio o un impiegato entrasse in azienda a vent'anni con la prospettiva di dedicare l'intera sua vita lavorativa alla produzione di un determinato bene o servizio utilizzando per i successivi venticinque o trent'anni gli stessi materiali e lo stesso tipo di attrezzi e di macchine: una pressa, una fresatrice, una macchina per cucire o per scrivere, una calcolatrice elettrica. Poi, già nel corso degli anni '70, l'evoluzione tecnologica ha incominciato a subire una sensibile accelerazione, coll'avvio del passaggio dalla meccanizzazione all'automazione del processo produttivo; nei due decenni successivi, infine, il ritmo dell'obsolescenza delle tecniche applicate, dei materiali utilizzati e addirittura degli stessi beni prodotti è divenuto vorticoso: oggi il periodo probabile di utilizzazione nel processo produttivo di una macchina, di un computer, di un programma informatico è sovente inferiore ai tre anni e si moltiplicano a dismisura i tipi di prodotto di cui già al momento della prima commercializzazione si prevede una vita nel mercato inferiore ai cinque anni.

Intendimento esplicito del legislatore del 1970, nella novella dell'art. 2103 c.c., era la tutela della professionalità del lavoratore contro il pregiudizio che ad essa poteva derivare — nel contesto dell'*ancien régime* produttivo — da un esercizio spregiudicato e incontrollato del potere organizzativo da parte dell'imprenditore, di cui non erano mancati esempi anche clamorosi negli anni precedenti; donde la reazione a quegli eccessi, costituita dalla sanzione del diritto del lavoratore a esercitare stabilmente la propria professionalità specifica, in un rapporto destinato a durare anche per decenni. Questo era certamente il significato della norma, subito colto e sottolineato — forse con un eccesso di enfasi, ma questo era il registro dominante dell'epoca — nei commenti degli anni '70. Già in quella prima fase di studio e dibattito, però, i commentatori più lungimiranti hanno anche percepito che i pericoli maggiori per la professionalità del lavoratore — se intesa nel modo tradizionale — potevano venire, più che dagli abusi dell'imprenditore, dalle trasformazioni del processo produttivo; e hanno avvertito il rischio che il discorso giuridico sulla tutela della professionalità, limitandosi al nuovo dato normativo testuale, restasse nel limbo delle proposizioni astratte, di fatto scarsamente applicabili nella realtà dei rapporti aziendali (66).

È toccato poi, subito dopo, alla giurisprudenza di sperimentare in concreto la contraddizione tra il limite teorico alla variabilità delle mansioni e le esigenze pratiche del processo produttivo e del progresso tecnologico: ogni volta che una nuova macchina «inghiottiva» la professionalità precedentemente esercitata da un tecnico o da un operaio specializzato, o che l'invenzione di un nuovo materiale rendeva obsoleto il mestiere di chi per decenni era stato addetto a trattare il vecchio, l'applicazione severa della regola dettata dall'art. 2103 poteva portare soltanto a creare le condizioni per il licenziamento del lavoratore, ormai inutilizzabile, o per un più o meno rapido declino dell'impresa per difetto di aggiornamento tecnologico. Costretti a scegliere fra il rigore della regola scritta e la logica delle cose, i giudici hanno talvolta scelto la fedeltà rigorosa al dettato legislativo (67), ma più sovente, già nel primo decennio, hanno sacrificato la tutela della (vecchia) professionalità del lavoratore alle ragioni del progresso tecnologico (68). Essi non hanno tardato a rendersi conto del fatto che negare all'imprenditore il potere di modificare anche drasticamente le mansioni del lavoratore nel contesto di un adeguamento del processo produttivo ai nuovi standard tecnologici avrebbe significato condannare il lavoratore stesso, prima o poi, alla perdita del posto (69); ed è proprio attraverso questa considerazione che il concetto di giustificato motivo oggettivo, elaborato in funzione della disciplina del licenziamento, ha finito ben presto coll'assumere rilevanza anche in materia di organizzazione del lavoro e di variazione delle mansioni: se le circostanze sono idonee a giustificare il licenziamento per «ragioni inerenti all'attività produttiva», esse possono essere idonee anche a giustificare l'assegnazione al lavoratore di mansioni estranee alla sua qualifica contrattuale originaria, ovvero all'area dell'«equivalenza» professionale *ex art.* 2103 c.c. (70) (e vedremo a suo luogo — § 299 — come un ragionamento identico possa proporsi in riferimento al trasferimento del lavoratore) (71).

La dottrina, dal canto suo, nel corso degli anni '80 ha elaborato una nozione di «equivalenza» talmente aperta alle circostanze (e dunque non rigidamente limitata al mero contenuto delle mansioni), da potersi quasi considerare riferita di nuovo — come nel regime previgente — alla «posizione» complessiva del lavoratore, comprendendosi in essa interessi riferiti, in condizioni normali, alla professionalità, ma in circostanze eccezionali anche alla conservazione della salute e alla continuità del lavoro e del reddito (72).

La via formalmente più corretta, attraverso la quale il temperamento della rigidità della norma avrebbe potuto essere

perseguito sarebbe stata quella di escludere dal campo di applicazione della norma stessa le variazioni di mansioni concordate tra datore e prestatore di lavoro: avrebbe ben potuto sostenersi, infatti, che il «patto contrario» del quale il secondo comma commina la nullità sia soltanto quello tendente ad attribuire *ex ante* al datore uno *ius variandi* più esteso, ma non quello col quale le parti pattuiscono l'assegnazione immediata di mansioni nuove, anche di contenuto inferiore rispetto alle ultime svolte (73). Senonché questa soluzione interpretativa, meglio corrispondente al dato normativo testuale, avrebbe prodotto un risultato pratico eccessivo non soltanto rispetto agli intendimenti del legislatore del 1970, ma anche rispetto a quelli della giurisprudenza flessibilizzatrice degli anni '80 e '90, non disposta a lasciare del tutto, come si suol dire, le redini sul collo all'autonomia individuale in questa materia. Si è preferito dunque introdurre in via interpretativa una clausola di giustificato motivo di deroga, riferita tanto alla variazione unilaterale quanto alla variazione pattizia, che la disposizione legislativa non contiene.

Un primo fondamento positivo di questa operazione di temperamento del vincolo mediante la clausola generale del giustificato motivo di deroga è stato tratto da una legge di poco successiva allo Statuto: il quarto comma dell'art. 3 della legge 30 dicembre 1971 n. 1204 (ora art. 7 del già citato d.lgs. n. 151/2001) ammette esplicitamente che la lavoratrice incinta le cui mansioni siano pregiudizievoli per la sua salute possa essere spostata a mansioni inferiori, senza riduzione della retribuzione (74). Altre deroghe sono poi state disposte dal legislatore negli anni '90: l'undicesimo comma dell'art. 4 della legge 23 luglio 1991 n. 223 attribuisce alla contrattazione collettiva aziendale il potere di disporre il mutamento di mansioni di lavoratori altrimenti destinati al licenziamento collettivo (§ 542), anche in deroga all'art. 2103 c.c. (la pattuizione collettiva può dunque consentire anche l'assegnazione a mansioni inferiori) (75); il secondo comma dell'art. 8 del d.lgs. 15 agosto 1991 n. 277 e il terzo comma dell'art. 69 del d.lgs. 19 settembre 1994 n. 626 contengono una disposizione analoga — con previsione esplicita del divieto di riduzione della retribuzione — in riferimento al caso di spostamento del lavoratore in funzione, rispettivamente, della sua protezione da agenti nocivi o più genericamente della prevenzione di rischi per la sua salute (§§ 219, 386, 393). La possibilità di deroga all'art. 2103 in funzione del mantenimento in vita del rapporto con il lavoratore divenuto disabile è infine prevista esplicitamente dal quarto comma dell'art. 4 della legge 12 marzo 1999 n. 68 (§ 46) (76) e, per il caso di aggravamento dell'invalidità in corso di rapporto, dal terzo comma dell'art. 10 della stessa legge (77).

Fatto sta che oggi non soltanto la dottrina (78), ma anche la giurisprudenza appare solidamente orientata nel senso della legittimità della pattuizione di uno spostamento a mansioni non professionalmente equivalenti, e persino della variazione *in peius* delle mansioni, quando questo corrisponda sostanzialmente all'interesse del lavoratore a evitare un licenziamento altrimenti inevitabile, anche al di fuori dei casi previsti dalle deroghe all'art. 2103 di fonte legislativa, sopra citate (79). Più rara, in giurisprudenza, è l'affermazione esplicita secondo cui in questi casi tale variazione potrebbe essere disposta anche unilateralmente dal datore di lavoro (80), o prevista dal contratto collettivo (81); ma questo dato assume scarso rilievo pratico, dal momento che, quando l'alternativa allo spostamento è costituita dal licenziamento, il consenso del lavoratore è facilmente ottenibile: è dunque sufficiente che sia ritenuta valida la pattuizione individuale derogatoria, perché lo spostamento di fatto possa avere luogo in tutti (o quasi) i casi in cui esso è necessario.

L'allargamento dell'area di legittimità della variazione delle mansioni in deroga all'art. 2103 produce logicamente una corrispondente riduzione dell'area di legittimità del licenziamento per impossibilità di adibizione del lavoratore alle vecchie mansioni: il licenziamento in tal caso è giustificato soltanto quando la riutilizzazione del lavoratore in altra posizione lavorativa (anche «non equivalente») non sia ragionevolmente esigibile dal datore di lavoro, oppure quando il lavoratore abbia rifiutato lo spostamento propostogli (82). Secondo l'orientamento giurisprudenziale dominante, il datore di lavoro non è comunque tenuto, per salvare il posto al lavoratore, a porre in essere rilevanti modifiche dell'organizzazione aziendale (83). Corrispondentemente, non può considerarsi leso il diritto del lavoratore all'esercizio della professionalità dedotta in contratto nel caso in cui la riduzione del contenuto delle mansioni, o persino la temporanea inattività, costituiscano l'unica alternativa ragionevolmente possibile al licenziamento (§ 296).

289. La regola della irriducibilità della retribuzione. — L'art. 2103 c.c., nel nuovo come nel vecchio testo, stabilisce che l'esercizio da parte del datore di lavoro dello *ius variandi* non può comportare «alcuna diminuzione della retribuzione». La disposizione potrebbe apparire a prima vista pleonastica: poiché la regola dell'equivalenza già vieta l'assegnazione di mansioni di contenuto professionale inferiore, sembrerebbe non poter accadere che al mutamento di mansioni rispettoso di questa regola consegua una riduzione della retribuzione. Senonché la retribuzione che il lavoratore percepisce in una data posizione lavorativa non è commisurata soltanto al contenuto professionale delle mansioni ivi svolte, bensì anche ad altre circostanze di tempo (ad es.: lavoro notturno, lavoro a turni), di luogo (ad es.: lavoro in sotterraneo, all'aperto, in luogo disagiato, oppure subacqueo, o in aeromobile), di pericolo (ad es.: lavoro in ambiente esposto ad aggressioni, oppure ad agenti nocivi), o di altro genere (ad es.: rischio gravante sul lavoratore addetto al maneggio di denaro). Donde la possibilità che lo spostamento a mansioni anche tra loro professionalmente equivalenti porti alla perdita di una voce retributiva.

Salva qualche voce ispirata alla salvaguardia dell'assolutezza della formulazione della norma (84), dottrina e giurisprudenza si sono per lo più incaricate di attenuare tale assolutezza, interpretando la regola nel senso della irriducibilità della sola parte della retribuzione a carattere continuativo *ex art* 2121 c.c., con esclusione delle erogazioni

a carattere occasionale o contingente (85), oppure — ed è questo l'orientamento oggi assolutamente dominante — nel senso della irriducibilità della sola parte della retribuzione correlata al contenuto professionale della prestazione, con esclusione di tutte le voci retributive correlate a particolari condizioni estrinseche del suo svolgimento (tempo, luogo, ambiente disagiato, ecc.) (86). È stato anche sostenuto, sulla base della *ratio legis*, che la tutela debba essere più estesa nel caso del mutamento di mansioni unilaterale temporaneo e più limitata nel caso del mutamento consensuale definitivo (87).

Si è molto discusso della compatibilità di questa regola con il principio costituzionale della corrispondenza della retribuzione al contenuto effettivo del lavoro prestato e con quello della parità di trattamento (al quale almeno il legislatore, se non il datore di lavoro — § 162 —, dovrebbe considerarsi vincolato): ci si è chiesti, cioè, come potesse conciliarsi con tali principi l'imposizione di trattamenti diversi per prestazioni *attualmente* identiche. Ma non si è osservato che la «prestazione» a cui la commisurazione può essere riferita non si identifica necessariamente con il segmento della prestazione attualmente in corso, bensì può identificarsi con l'intera prestazione svolta fino ad oggi (§ 157), attribuendosi così rilievo preminente ai segmenti di essa più redditizi, al fine di impedire arretramenti nei livelli di reddito del lavoratore: scelta, questa, perfettamente conciliabile anche con l'applicazione più rigida del principio di parità di trattamento, poiché non devono necessariamente considerarsi «in situazione uguale» due lavoratori che svolgono oggi la stessa mansione, ma dei quali uno ha svolto in passato anche una mansione diversa e più redditizia, ancorché professionalmente equivalente.

L'intendimento del legislatore che si esprime nella regola qui in esame sembra essere proprio questo: impedire un arretramento di reddito che il lavoratore non avrebbe potuto subire se non vi fosse stato il mutamento di mansioni. Onde la lettura corretta — non difforme da quella sopra indicata come orientamento dottrinale e giurisprudenziale dominante, ma forse più precisa — sembra quella secondo la quale nel passaggio alle nuove mansioni il lavoratore non può perdere alcun elemento della retribuzione, tranne quello che, conservando le vecchie mansioni, egli avrebbe potuto perdere per effetto di mutamenti organizzativi di altro genere legittimamente disposti dal datore. Alla stregua di questo criterio, se il datore ha comunque la facoltà di variare la collocazione temporale della prestazione, senza snaturarla, assegnando al lavoratore turnista un orario giornaliero fisso, oppure spostando il lavoratore notturno a un orario diurno, l'indennità di turno o la maggiorazione per lavoro notturno possono sempre essere soppresse, con o senza spostamento del lavoratore a nuove mansioni (88); allo stesso modo, poiché il datore di lavoro ha comunque la facoltà — anzi, il dovere — di eliminare ove possibile ogni elemento di disagio o di pericolo in una posizione di lavoro, con conseguente soppressione della corrispondente indennità di disagio o di pericolo, questa può essere soppressa anche in caso di legittimo spostamento del lavoratore a mansioni meno disagiate o pericolose. Non può essere soppressa, invece, la voce retributiva che il lavoratore nella vecchia posizione non avrebbe potuto in alcun modo perdere: ad esempio, l'indennità di rischio o l'indennità di lavoro notturno per la guardia notturna (89), l'indennità di cassa per il cassiere (90), l'indennità di volo per la hostess di una compagnia aerea. La Corte di cassazione ha inoltre affermato che, quando la disciplina della singola voce retributiva controversa ha come unica fonte il contratto, individuale o — più sovente — collettivo, sul lavoratore che ne rivendica la conservazione in occasione del mutamento di mansioni grava l'onere dell'allegazione e dimostrazione del contenuto della pattuizione nel senso dell'irreversibilità dell'attribuzione (91): così implicitamente confermandosi l'interpretazione dell'inciso dell'art. 2103 c.c. sopra proposta.

Come vedremo meglio a suo luogo (§ 310), il datore di lavoro non ha il potere, a mansioni invariate, di ridurre unilateralmente l'estensione temporale della prestazione giornaliera o settimanale e la retribuzione cui il lavoratore ha corrispondentemente diritto. Pertanto, qualora il datore sposti unilateralmente il lavoratore a mansioni (pur professionalmente equivalenti alle precedenti, ma) che per motivi organizzativi comportino un minor orario, in virtù della regola dell'irriducibilità la retribuzione non potrà essere proporzionalmente ridotta. Diverso — alla stregua del criterio sopra proposto — è il caso in cui, a causa dello spostamento alle nuove mansioni, il lavoratore perda soltanto l'occasione di svolgere continuativamente o frequentemente del lavoro straordinario: anche indipendentemente dallo spostamento, infatti, il datore di lavoro avrebbe potuto legittimamente cessare dal chiedergli prestazioni eccedenti l'orario normale; la corrispondente perdita retributiva, pertanto, non contrasta con la regola dell'irriducibilità della retribuzione (92). Ancora diverso è il caso in cui la riduzione di orario venga concordata tra le parti in occasione del mutamento di mansioni: tale pattuizione, che avrebbe potuto avvenire anche senza trasferimento alla nuova posizione di lavoro, è del tutto legittima e produce senz'altro l'effetto del riproporzionamento della retribuzione, così come un riproporzionamento di segno opposto sarebbe dovuto nel caso di aumento del tempo o del carico complessivo di lavoro (93).

La regola dell'irriducibilità della retribuzione si applica anche, secondo le esplicite disposizioni legislative citate nel paragrafo precedente, al caso della legittima assegnazione di mansioni inferiori per motivi di tutela della salute e conservazione del posto di lavoro alla lavoratrice in gravidanza, ai lavoratori esposti a particolari rischi sanitari e ai lavoratori divenuti invalidi in corso di rapporto. La stessa regola non è invece enunciata in riferimento al caso dell'assegnazione di mansioni inferiori nel quadro di procedure di licenziamento collettivo (v. ancora §§ 288 e 542): il silenzio della legge e soprattutto la *ratio* della norma, tendente a consentire il superamento di una crisi economica aziendale, inducono a ritenere che in questo caso anche la retribuzione del lavoratore possa subire la riduzione corrispondente al minor valore professionale delle nuove mansioni (94).

Logica vorrebbe che in materia di variazione della retribuzione in corrispondenza con la mobilità interna del lavoratore in azienda la legge adottasse l'irriducibilità come regola di *default*, ovvero disponibile, lasciando ampio spazio all'autonomia collettiva per il suo adattamento alle esigenze specifiche di settore e aziendali. La comminatoria di

nullità per i patti contrari, contenuta nel secondo comma dell'art. 2103 c.c., non consente, invece, che il contratto collettivo moduli liberamente la regola dell'irriducibilità della retribuzione, salvo che nel caso della pattuizione finalizzata a evitare o limitare un licenziamento collettivo, di cui si è appena detto. È questo un altro elemento di rigidità della norma che merita di essere modificato.

290. Sovrainquadramento e assegnazione al lavoratore di mansioni di contenuto professionale inferiore rispetto al suo livello di inquadramento. Altri problemi particolari in materia di equivalenza delle mansioni. — Abbiamo visto a suo luogo (§§ 165 e 185) come nulla vieti che al lavoratore venga riconosciuto, all'atto della costituzione o in costanza di rapporto, un inquadramento superiore rispetto al livello delle mansioni effettivamente assegnategli. Tale sovrainquadramento non produce alcun effetto limitativo sullo *ius variandi* del datore: l'area dell'«equivalenza» entro la quale (salve necessità straordinarie) questi può variare il contenuto dell'attività lavorativa richiesta al dipendente deve essere determinata — a norma dell'art. 2103 c.c. — soltanto in riferimento alle mansioni effettivamente assegnate e svolte in precedenza e non in riferimento all'«etichetta» professionale che su di esse sia stata applicata.

Un caso particolare di sovrainquadramento è quello del lavoratore a cui vengono assegnate determinate mansioni, con riconoscimento dell'inquadramento corrispondente, il quale però si rivela incapace di svolgerle con la perizia dovuta: alla prova dei fatti, cioè, egli svolge una prestazione di contenuto professionale inferiore rispetto a quella che da lui ci si era attesi all'origine e in relazione alla quale egli era stato inquadrato. Anche in questo caso il livello di inquadramento superiore non è di ostacolo allo spostamento del lavoratore a mansioni di livello inferiore rispetto a quelle pattuite, assegnate ma non adeguatamente svolte, quando le nuove possano considerarsi di contenuto e livello professionale sostanzialmente equivalente rispetto all'attività da lui di fatto prestata fin a quel momento. Così, ad esempio, il lavoratore a cui sia stata affidata la funzione di responsabile di un ramo dell'azienda, con corrispondente promozione a dirigente, ma mostri di non avere le capacità dirigenziali che la nuova funzione richiederebbe, può legittimamente essere spostato a mansioni non dirigenziali equivalenti a quelle svolte prima della promozione, nonostante il mantenimento dell'inquadramento dirigenziale. Dovrebbe — a mio avviso — considerarsi valida la clausola che, in un caso di questo genere, sottoponesse la promozione alla categoria dirigenziale a un periodo di prova, con facoltà per il datore di lavoro di revocare il riconoscimento della categoria superiore nel caso di sua valutazione negativa circa l'esito dell'esperimento; non constano però precedenti giurisprudenziali in proposito.

Nella valutazione del contenuto professionale delle mansioni, ai fini del giudizio di equivalenza, deve tenersi conto anche della responsabilità sostanziale che sul lavoratore ricade in conseguenza della posizione da lui occupata nell'organigramma aziendale. Così, ad esempio, può accadere che il «numero due» di un reparto o filiale dell'azienda svolga funzioni in tutto analoghe a quelle svolte dal numero uno, sostituendo sovente quest'ultimo anche nell'esercizio del potere direttivo e nei rapporti coi terzi; ma se è solo il «numero uno» a rispondere dell'andamento complessivo dell'ufficio, questo elemento determina una differenza nel contenuto professionale delle due funzioni, alla quale non può non attribuirsi rilievo nell'applicazione della regola di equivalenza delle mansioni (95).

Va anche osservato, a questo proposito, che vi sono — soprattutto, ma non soltanto, ai vertici delle imprese — alcune posizioni lavorative il cui contenuto effettivo, quale che ne sia la denominazione o «etichetta» nell'organigramma aziendale, dipende in larga parte dalla capacità e dallo spirito di iniziativa del lavoratore; in questi casi ben può accadere che l'eventuale impoverimento della posizione sia imputabile al prestatore e non al datore.

291. La questione dell'assegnazione di mansioni di livello professionale superiore. — Dottrina e giurisprudenza sono incerte sulla questione se rientri nello *ius variandi* del datore di lavoro la facoltà di esigere dal lavoratore mansioni (inerenti alla sua professionalità specifica, ma) di livello superiore, per contenuto tecnico o per posizione gerarchica: si pensi al caso dell'ospedale che chieda a un infermiere di svolgere mansioni di capo-sala, o all'istituto di credito che chieda all'impiegato di svolgere l'attività del funzionario settorista. Solitamente questo problema nella pratica non si pone, perché il lavoratore è per lo più ben contento di assumere una posizione professionale più elevata, con i conseguenti benefici sul piano dell'inquadramento e del trattamento: egli pertanto accetta di buon grado l'assegnazione delle mansioni superiori; ma accade talvolta, invece, che il lavoratore rifiuti tale assegnazione, perché non si sente in grado di assumere le maggiori responsabilità e i maggiori rischi che essa comporta, oppure perché teme che essa comporti una maggiore elasticità di orario o la prospettiva di un trasferimento, oppure per motivi di attrito sindacale o personale con la direzione aziendale, o motivi personali di altro genere.

Il problema è affrontato e risolto da dottrina e giurisprudenza distintamente in riferimento all'assegnazione definitiva e a quella temporanea delle mansioni superiori (96). A me sembra, però, che il carattere temporaneo o definitivo del mutamento non possa assumere valore scriminante per la soluzione della questione: se le mansioni superiori di per sé non rientrano nel debito contrattuale del lavoratore, non pare che la temporaneità dell'assegnazione possa valere a farvele rientrare; viceversa, se esse vi rientrano, non si vede come esse possano rientrarvi soltanto a condizione che l'assegnazione sia limitata nel tempo.

A sostegno della risposta positiva al quesito, nel senso dell'obbligo per il lavoratore di accettare l'assegnazione delle mansioni superiori, non può addursi il testo dell'art. 2103 c.c., per il quale «il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ...» e «nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta»: il legislatore qui non ha inteso ricomprendere la promozione nello *ius variandi*, ma regolare le conseguenze della promozione sullo *ius variandi*, oltre che sul trattamento economico del lavoratore, senza nulla disporre circa la necessità o no del carattere consensuale del mutamento. L'argomento più consistente a sostegno dello *ius variandi in melius* è invece quello fondato sull'*id quod plerumque accidit* nei casi di assenza temporanea del lavoratore in precedenza adibito alle mansioni superiori: è normale e del tutto ragionevole che in questi casi l'imprenditore chieda a un lavoratore dello stesso reparto con qualifica inferiore di sostituire l'assente; dunque — si sostiene — la sostituzione rientra negli obblighi che il contratto impone *implicitamente* al lavoratore (97). Qualche Autore tempera questa conclusione con l'ammissione della possibile legittimità del rifiuto (soltanto) se sorretto da un motivo giustificato nel caso concreto (98), oppure con la limitazione dell'obbligo a carico del lavoratore al solo caso della sostituzione di altro dipendente della stessa impresa, assente con diritto alla conservazione del posto (99). Numerosi altri, infine, propendono per la tesi contraria allo *ius variandi in melius*, in considerazione dell'inammissibilità di un ampliamento unilaterale del contenuto professionale dell'obbligo contrattuale del lavoratore (100). La giurisprudenza, incerta anch'essa, sembra propendere per la legittimità della promozione unilaterale, a condizione che essa sia prevista dal contratto collettivo, in funzione dell'arricchimento professionale della posizione del lavoratore (101).

A me sembra che la questione possa risolversi pianamente tenendosi fermi i punti che seguono:

— il lavoratore non può considerarsi obbligato, né in via definitiva né in via temporanea, a una prestazione di contenuto professionale superiore rispetto a quella che è stata dedotta in contratto, neppure quando egli ne sia capace (un esempio-limite: il prete-operaio, che si è obbligato a una prestazione esclusivamente manuale, non può essere spostato dalla fabbrica in ufficio, a svolgere mansioni impiegate di concetto, solo perché egli possiede una laurea);
— tuttavia, salve le esigenze di tutela della sicurezza delle persone, che possono assumere rilievo in certe attività, nulla vieta al datore di lavoro di disporre, unilateralmente e a proprio rischio, che il prestatore eserciti la propria professionalità, nei limiti della promessa contrattuale e senza aggravio di responsabilità, in una posizione in precedenza affidata a una persona più esperta e capace; così, ad esempio, l'operaio montatore qualificato a cui venga chiesto di svolgere mansioni di montatore ottico di precisione avrà il dovere di fare quel che si è contrattualmente impegnato a fare (cioè attività di montaggio) nella nuova posizione assegnatagli, ma — se non avrà prestato il suo consenso all'arricchimento del proprio debito contrattuale — non sarà responsabile dei difetti del lavoro svolto conseguenti al suo difetto di esperienza e capacità tecnica specifica; allo stesso modo, l'impiegato di concetto a cui venga chiesto di sostituire la propria capo-ufficio assente per malattia dovrà accettare di svolgere tale funzione, nella misura in cui essa non comporti attività di tipo diverso rispetto a quelle da lui svolte fino a quel momento, ma — se egli non intende assumersi appieno la nuova responsabilità — nessuno potrà rimproverargli eventuali inadeguatezze nell'esercizio di tale funzione superiore; la funzionaria bancaria di livello inferiore a cui venga chiesto di amministrare il credito con i più ampi margini di discrezionalità propri di un livello superiore non potrà rifiutarsi di farlo, ma — se non ha accettato senza riserve la nuova funzione — l'istituto di credito non potrà rimproverarle di avere esercitato in modo inadeguato i compiti di maggior responsabilità affidateli.

292. L'irreversibilità dell'assegnazione di mansioni di livello superiore protratta oltre il limite temporale massimo. —

Dove la riforma del 1970 ha notevolmente innovato rispetto alla disciplina previgente è nella posizione della regola dell'irreversibilità dell'assegnazione di mansioni di livello superiore, quando questa non sia stata disposta per la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto e sia durata oltre un termine massimo di tre mesi: termine nel quale, secondo l'orientamento prevalente, devono essere computati i riposi settimanali, ma non le ferie, né le assenze per malattia (102). La contrattazione collettiva è sempre abilitata a ridurre il termine indicato dalla legge e (a norma dell'art. 6 della legge 13 maggio 1985 n. 190, come sostituito dall'art. 1 della legge 2 aprile 1986 n. 106) in riferimento alle mansioni di quadro o dirigente può anche aumentarlo (103).

Al riguardo si è posto fin dall'inizio il problema di contrastare la prassi scorretta del frazionamento ripetuto dell'assegnazione delle mansioni superiori, finalizzato essenzialmente all'elusione della tutela della professionalità del lavoratore. La giurisprudenza non si è peraltro limitata ad affermare, in proposito, l'inopponibilità al lavoratore del frazionamento operato dal datore di lavoro in mala fede: essa appare oggi orientata prevalentemente — pur con significative eccezioni — nel senso della possibilità di computo cumulativo dei periodi brevi di adibizione alle mansioni superiori, ancorché singolarmente non superiori al termine massimo, quando essi si siano susseguiti con apprezzabile frequenza a causa di una sostanziale carenza di organico, indipendentemente dalla prova circa l'intento fraudolento eventualmente sottostante al frazionamento (104).

Perché l'assegnazione di mansioni superiori produca l'effetto del diritto alla promozione stabile, è necessario che a tale assegnazione corrisponda un'assunzione piena delle relative responsabilità da parte del lavoratore, il quale deve dimostrare nel disimpegno della nuova funzione il pieno possesso della relativa competenza professionale (105).

Un problema particolare si pone nel caso in cui l'assegnazione di mansioni superiori avvenga durante un periodo di distacco del lavoratore presso un'altra impresa (§ 146). Mi sembra condivisibile in proposito la tesi recentemente sostenuta in dottrina — pur registrandosi un orientamento giurisprudenziale contrario (ma assai risalente nel tempo) — secondo la quale l'irreversibilità dell'assegnazione alle mansioni superiori e il diritto al corrispondente inquadramento devono essere riconosciuti al lavoratore soltanto nell'ipotesi in cui il distacco fosse destinato a soddisfare prevalentemente l'interesse dello stesso distaccante, oppure quando, in seguito alla cessazione della missione, quest'ultimo assegni al lavoratore mansioni nelle quali la maggiore professionalità sia utilizzata e valorizzata (106). Quanto all'individuazione precisa della nozione di «sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto», rilevante al fine di escludere l'effettiva vacanza del posto e la conseguente possibilità di acquisizione da parte del lavoratore del diritto a occuparlo stabilmente, è stato precisato che essa comprende anche il caso dell'assenza per ferie (107) e quello della sospensione del lavoro con intervento della Cassa integrazione guadagni (108) e in generale tutti i casi di sospensione previsti da legge o contratto collettivo, ma — secondo l'orientamento giurisprudenziale più recente — non quello della sospensione disposta unilateralmente dal datore di lavoro o consensualmente dalle parti per esigenze particolari di formazione professionale, distacco presso altre imprese, o altri casi simili (109). Grava ovviamente sul datore di lavoro l'onere della prova circa il rapporto effettivo di sostituzione tra il lavoratore assente e quello a cui vengono assegnate le mansioni superiori in precedenza svolte dal primo (110), dovendo ritenersi ammissibile anche in questa materia la «sostituzione a cascata» pacificamente ammessa dalla giurisprudenza sul contratto a termine (§ 500); e quando tale rapporto di sostituzione venga meno per la cessazione dell'assenza torna ad applicarsi la regola dell'assegnazione definitiva (111).

293. Disciplina speciale delle conseguenze dell'assegnazione di mansioni superiori nell'impiego alle dipendenze di enti pubblici. — A norma dell'art. 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 (112), anche l'impiegato dipendente dalla pubblica amministrazione ha diritto a essere adibito «alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive». Tuttavia la stessa norma prosegue precisando che «l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione».

Il legislatore del 2001 conferma dunque l'inapplicabilità della disciplina generale degli effetti dello svolgimento di mansioni superiori dettata per il rapporto di lavoro privatistico dall'art. 2103 c.c., della quale si è detto nel paragrafo precedente (113); e provvede a dettare una disciplina speciale della materia, stabilendo che il lavoratore dipendente da ente pubblico possa essere adibito a mansioni proprie della categoria «immediatamente superiore», in caso di vacanza del posto in organico, per un periodo non superiore a sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura del posto in questione; inoltre per la sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, escluso però il caso dell'assenza per ferie (art. 52, c. 2°); al di fuori di questi casi l'atto di assegnazione delle mansioni superiori è nullo (c. 5°). Quando l'adibizione a mansioni superiori abbia assunto il carattere della prevalenza rispetto al complesso delle mansioni svolte dal lavoratore, questi ha diritto al trattamento previsto per la categoria superiore, per l'intera durata dell'adibizione stessa (cc. 3° e 4°); e tale diritto sorge anche nel caso dello svolgimento di fatto delle mansioni superiori, in conseguenza di atto nullo, salvo l'obbligo a carico del dirigente che lo abbia compiuto con dolo o colpa grave di rifondere il maggior onere all'ente datore di lavoro (ancora c. 5°) (114).

I casi in cui è ammessa l'assegnazione del dipendente pubblico a mansioni superiori e i relativi effetti possono essere diversamente disciplinati in sede di contrattazione collettiva (c. 6°), salvo comunque il limite generale allo *ius variandi*, costituito dal divieto di assegnazione a mansioni appartenenti a categoria inferiore (115).

Quanto all'illegittima assegnazione del dipendente di amministrazione pubblica a mansioni inferiori a quelle contrattuali, essa genera in capo all'amministrazione medesima un'obbligazione risarcitoria, per il danno professionale e di altro genere che ne derivi (§ 297), in tutto identica a quella che per tale inadempimento contrattuale grava sul datore di lavoro privato (116).

294. Gli spazi dell'autonomia individuale nella determinazione delle mansioni dovute. L'assegnazione contrattuale al lavoratore di una pluralità di mansioni tra loro non equivalenti. — L'art. 2103 c.c. regola il potere del datore di adattare alle mutevoli esigenze aziendali il contenuto della prestazione lavorativa; ma non regola la pattuizione con la quale le parti determinano le mansioni costituenti oggetto del contratto di lavoro. Le parti stesse sono dunque, in linea di principio, libere in questa determinazione e quindi nella fissazione del «profilo professionale» che la posizione del lavoratore assumerà nell'organizzazione aziendale. Tale «profilo» potrà coincidere con uno di quelli solitamente delineati dal contratto collettivo di settore, ma potrà anche non coincidere, essendo il novero delle mansioni

contrattuali negoziabilmente ridotto rispetto a quello, oppure anche ampliato (117). Alla descrizione in sede collettiva dei profili professionali non può infatti attribuirsi il valore di una definizione tassativa e inderogabile dei ruoli professionali suscettibili di essere assunti dai lavoratori, poiché tale tassatività e tale inderogabilità non avrebbero alcuna ragion d'essere logica: in questo campo non esiste un criterio di *melius* e *peius* che consenta di attribuire la prevalenza alla disposizione «più favorevole» per il lavoratore. Non si può, pertanto, negare la legittimità di un patto che limiti drasticamente il novero delle mansioni che possono essere assegnate al lavoratore e quindi lo *ius variandi* del datore; ma neppure si può negare la validità di un patto che attribuisca al lavoratore contemporaneamente due funzioni di contenuto professionale nettamente differente: ad esempio, mansioni di elettricista e di carpentiere, oppure mansioni di impiegato amministrativo e di venditore, oppure ancora mansioni di ricercatore e di impiantista. Deve considerarsi valida, a mio avviso, anche la pattuizione di una pluralità di mansioni di livello professionale diverso. L'art. 2103, comminando la nullità per i patti contrari alle disposizioni in esso contenute, vieta la pattuizione della possibilità per l'imprenditore di spostare il lavoratore, in corso di rapporto, a mansioni non equivalenti a quelle precedentemente svolte; ma non vieta che al lavoratore venga assegnato fin dall'inizio del rapporto un insieme eterogeneo di mansioni specifiche, in relazione alle quali il contratto collettivo preveda differenti livelli di inquadramento: si pensi, ad esempio, al caso del lavoratore assunto con mansioni di impiegato di concetto, ma che pattuisca fin dall'inizio con il datore di lavoro la disponibilità quotidiana anche per servizi di autista, e/o di centralinista (118). In proposito può porsi soltanto il problema del corretto inquadramento, che la giurisprudenza univocamente risolve affermando il diritto del lavoratore all'inquadramento nella categoria corrispondente alle mansioni maggiormente «caratterizzanti» della sua posizione, che per lo più sono quelle di livello superiore, anche se non di peso quantitativamente predominante, purché non di peso trascurabile (119). Diverso è il caso, del c.d. *jolly*, ovvero del lavoratore eclettico, che pattuisce la propria disponibilità a svolgere mansioni di vario genere, non «equivalenti» tra loro perché normalmente considerate come afferenti a profili professionali diversi. Questa pattuizione potrebbe apparire nulla, in quanto mirante ad ampliare lo *ius variandi* del datore di lavoro, consentendogli di travalicare il limite dell'«equivalenza» di cui all'art. 2103 c.c.; questa conclusione può, tuttavia, essere esclusa laddove si ravvisi proprio nell'ecletticità del lavoratore, nella sua capacità di ricoprire una pluralità di ruoli aziendali, l'elemento caratteristico della sua professionalità.

295. I rimedi contro l'esercizio illegittimo dello *ius variandi*. Il rifiuto da parte del lavoratore delle mansioni non dovute. — Nell'ultimo decennio è venuto consolidandosi l'orientamento giurisprudenziale — a mio avviso ineccepibile — secondo il quale il lavoratore a cui venga chiesto o comandato di svolgere mansioni non rientranti nel suo debito contrattuale può, quando sia ben convinto del fatto suo, rifiutare di ottemperare a tale disposizione, spiegandone per correttezza il motivo e affrontando anche l'eventualità di essere illecitamente lasciato per questo senza alcuna mansione (120), ma potendo far valere il proprio diritto alla retribuzione anche per il periodo in cui la prestazione non sia stata svolta (121). Quando la forzata inattività si protrae per un periodo apprezzabile, essa lede il diritto del lavoratore a esercitare effettivamente la propria professionalità (§ 296) e alla lesione stessa si aggiunge l'ingiusta mortificazione del rimanere inattivo in un ambiente aziendale nel quale l'inattività — quale che ne sia la causa — assume sempre una connotazione negativa; il lavoratore può dunque, in tal caso, legittimamente limitare il danno rifiutando la propria presenza nel luogo di (non) lavoro e comunicando alla direzione aziendale la propria disponibilità a riprendere immediatamente il servizio, non appena questo gli verrà chiesto e consentito in termini compatibili con l'estensione dell'obbligo contrattuale (122).

Si discute se al lavoratore che stia attualmente subendo un demansionamento sia dato il rimedio della reintegrazione giudiziale nelle mansioni corrispondenti alla professionalità dedotta in contratto, e in particolare se possa farsi in questa materia applicazione analogica o estensiva dell'apparato sanzionatorio istituito dall'art. 18 St. lav. per il licenziamento ingiustificato (§ 523). Sembra prevalere oggi l'orientamento contrario all'applicabilità di quest'ultima norma, ma con qualche apertura favorevole circa l'ammissibilità della sentenza che condanni il datore di lavoro a riassegnare al dipendente le mansioni indebitamente sottrategli o mansioni equivalenti ex art. 2103 c.c. (123), configurandosi in tal modo una fattispecie di «tutela reale di diritto comune» (124), priva però di strumenti esecutivi di attuazione coercitiva. Al lavoratore che abbia subito un apprezzabile demansionamento, quando questo non sia obiettivamente giustificato dalle circostanze aziendali (§ 288), è consentito reagire anche con le dimissioni in tronco per giusta causa (125); dottrina e giurisprudenza non sono però univoche circa il diritto del lavoratore, in tal caso, al risarcimento dell'eventuale danno per la perdita del posto di lavoro, non coperto dall'indennità sostitutiva del preavviso (126). Il lavoratore che abbia subito un apprezzabile demansionamento può, infine, chiedere il risarcimento del danno che gliene sia conseguito. L'individuazione della natura e dell'entità di tale danno presuppone tuttavia che lo svolgimento delle mansioni contrattuali sia considerato come oggetto, oltre che di un obbligo del lavoratore, anche di un suo diritto: alla questione è dedicato il paragrafo che segue.

296. *Il diritto del lavoratore a esercitare effettivamente la propria professionalità nell'ambito del rapporto di lavoro e gli interessi sottesi, di natura esistenziale e professionale.* — Abbiamo parlato fin qui dell'attività lavorativa come oggetto di un obbligo contrattuale del lavoratore; ma riguardo all'attività professionale dedotta in contratto il lavoratore non assume soltanto una posizione passiva, di debitore, bensì anche una posizione attiva: egli diventa creditore nei confronti della controparte di un comportamento tendente a consentire, nei limiti del possibile e del ragionevole, il normale svolgimento del programma contrattuale di collaborazione (127). L'interesse apprezzabile del lavoratore, che è in gioco nello svolgimento effettivo dell'attività lavorativa, sta innanzitutto nell'arricchimento del suo «capitale umano» che ne consegue: lo svolgimento effettivo del lavoro comporta un aumento dell'esperienza, del *know-how* specifico, della rete di conoscenze nell'ambito degli operatori dello stesso settore, che aumenta notevolmente le potenzialità del lavoratore nel segmento corrispondente del mercato del lavoro (128).

Ma è giuridicamente apprezzabile anche un altro interesse del lavoratore, di natura eminentemente esistenziale (129): quello che può in molti casi indicarsi con l'espressione «piacere di lavorare», un piacere che è fatto per lo più di autostima e acquisizione della stima altrui, di equilibrio esistenziale fondato in larga parte anche sulla coltivazione delle relazioni sociali implicate nel lavoro; e che in alcuni e non rari casi fortunati sconfinava nella felicità vera e propria (130). Interesse, questo, cui deve riconoscersi rilievo costituzionale, se è vero che il lavoro costituisce espressione essenziale della personalità del cittadino della Repubblica (artt. 1 e 4 Cost.) e l'azienda è annoverabile tra le «formazioni sociali» nelle quali la personalità del cittadino si svolge (art. 2) (131).

Tuttavia sostenere che il prestatore di lavoro subordinato acquisti col contratto un diritto soggettivo — nel senso tecnico di questa espressione — a svolgere la prestazione è probabilmente inesatto: abbiamo visto e vedremo ulteriormente a suo luogo come in numerosi casi l'interesse in proposito del lavoratore debba essere temperato con altri interessi e come lo svolgimento della prestazione possa essere legittimamente limitato o sospeso dall'imprenditore, ricorrendone determinati presupposti (§§ 288 e 369) e, se del caso, nel rispetto di determinate procedure (§ 373). Anche al di fuori dei casi in cui tale facoltà è tipizzata dalla legge, deve riconoscersi la possibilità che si determinino situazioni aziendali nelle quali è legittima la scelta di esonerare il lavoratore dalla sua prestazione per un periodo ragionevolmente breve (132): in particolare, tale scelta deve considerarsi senz'altro legittima, in virtù di tutto quanto si è detto circa il possibile giustificato motivo di deroga all'art. 2103 c.c., in tutti i casi in cui la prestazione lavorativa risulti del tutto inutile all'impresa e la sospensione temporanea del lavoratore, senza perdita da parte sua della retribuzione, miri a consentire la ricerca di una soluzione della crisi occupazionale, o sia comunque inevitabile in attesa che possa essere legittimamente disposto il licenziamento (v. ancora § 288) (133). L'impossibilità di determinare a priori il contenuto pratico preciso della posizione attiva del lavoratore, riguardo allo svolgimento effettivo delle mansioni contrattuali, e il fatto che il vincolo per il datore di lavoro incida essenzialmente sulla correttezza del suo modo di operare e i motivi delle sue scelte a questo proposito, può indurre a preferire, per la qualificazione di tale posizione, alla figura dogmatica del diritto soggettivo quella dell'interesse legittimo (a condizione, ovviamente, che l'interesse legittimo sia inteso nell'accezione più moderna del termine, la quale non implica alcuna intrinseca supremazia degli interessi del soggetto passivo rispetto a quelli del soggetto attivo) (134).

Quale che sia l'opzione teorica circa la qualificazione della posizione del lavoratore a questo riguardo, deve comunque riconoscersi l'esistenza di un obbligo per il datore di lavoro di far in modo che, entro i limiti in cui l'andamento dell'azienda ragionevolmente lo consente, il proprio dipendente possa esercitare effettivamente e con la dovuta continuità le attitudini professionali dedotte in contratto (135).

Si registrano sentenze di segno opposto sulla questione se si configuri un demansionamento illegittimo nella riduzione soltanto quantitativa delle mansioni assegnate al lavoratore (136); deve in ogni caso ritenersi, in proposito, legittima la scelta imprenditoriale di sottrarre al lavoratore, per sopprimerla o assegnarla ad altri dipendenti, una parte non quantitativamente prevalente delle mansioni da lui svolte in precedenza, quando questo determini soltanto un alleggerimento del suo carico di lavoro senza pregiudicare sostanzialmente l'esercizio della sua professionalità. Si osservi, infine, che l'ordinamento tutela l'interesse del lavoratore all'esercizio della professionalità dedotta in contratto, ma non l'interesse del lavoratore a occupare una determinata «casella» nell'organigramma aziendale o l'interesse a che la sua posizione sia indicata con una determinata espressione piuttosto che con un'altra. È dunque sicuramente in sé legittima, ad esempio, la scelta dell'imprenditore di variare l'organigramma disponendo che un determinato dirigente non risponda più direttamente all'amministratore delegato ma al direttore generale, quando questo non comporti una sostanziale riduzione del contenuto professionale delle mansioni; la scelta stessa diventa illegittima soltanto quando tale mutamento determini una riduzione di autonomia e responsabilità del dirigente interessato (137).

297. *Le conseguenze negative del demansionamento per il lavoratore: danno esistenziale, danno professionale e perdita di chances di carriera, danno biologico. Il relativo accertamento e la ripartizione degli oneri probatori in proposito.* — L'inottemperanza al dovere del datore di lavoro di cui si è appena detto genera un diritto del prestatore — in quanto egli stesso non vi abbia contribuito con il proprio comportamento (138) — al risarcimento del danno (139): danno le cui componenti corrispondono ai benefici di natura diversa testè evidenziati, derivanti per il prestatore stesso dallo svolgimento della prestazione contrattuale. Sull'individuazione di tali componenti e sulla diversa ripartizione degli

oneri probatori in relazione a ciascuna di esse si è registrata nell'ultimo quindicennio una notevole elaborazione giurisprudenziale (oltre che, di riflesso, dottrinale), la quale non appare tuttavia ancora assestata (140). Espongo qui in estrema sintesi quella che a me appare una ragionevole sistemazione del materiale giurisprudenziale disponibile. Viene innanzitutto in rilievo l'interesse del lavoratore allo «svolgimento della propria personalità» nel rapporto di lavoro: interesse, dunque, a godere del piacere di esercitare le proprie capacità professionali e di affinarle nell'esperienza quotidiana; interesse a coltivare, altresì, le relazioni sociali che il lavoro attiva con i colleghi e i terzi, nonché l'autostima che di tutto ciò si alimenta. Il danno che su questo piano deriva al lavoratore dal demansionamento prolungato nel tempo (141), sia esso totale o parziale, è *in re ipsa*: quando, dunque, il lavoratore abbia dimostrato la sussistenza e l'apprezzabile durata del demansionamento, e il datore di lavoro non sia stato in grado di dimostrarne un qualsivoglia giustificato motivo (§§ 288 e 296), non occorre altro perché il giudice accerti l'obbligo a carico di quest'ultimo di risarcire il danno, in questa sua componente c.d. «esistenziale», liquidandolo in via equitativa (142). Nella determinazione di questa componente del danno non deve tenersi conto del livello normale di reddito del lavoratore: la gioia di vivere e di lavorare non è di per sé minore per l'operaio rispetto all'alto dirigente; e il principio costituzionale di uguaglianza tra i cittadini impone che la sua lesione sia valutata con lo stesso criterio per l'uno e per l'altro. È questo il motivo per cui l'art. 3, 2° c., del d.l. 28 marzo 2000 n. 70 — classificandolo e disciplinandolo come «componente non patrimoniale» del «danno biologico» — aveva stabilito che il danno in questione fosse «risarcibile indipendentemente dalla sua incidenza sulla capacità di produzione di reddito del danneggiato»; senonché la norma è stata soppressa in sede di conversione del decreto (legge 26 maggio 2000 n. 137) (143).

Ulteriore rispetto a quello testé individuato è il danno che può configurarsi sul piano professionale, in termini di perdita di capacità tecnica utilizzabile in futuro e/o di prospettive di carriera in azienda, e/o di prospettive occupazionali nel mercato del lavoro (le *chances*); inoltre il danno che può configurarsi sul piano biologico, in termini di lesione della salute psico-fisica. Quando il lavoratore assuma di aver subito, per effetto del demansionamento, un danno ulteriore di natura professionale o biologica, egli deve dimostrarne la sussistenza e l'entità (144). La componente professionale del danno è quella di natura più immediatamente patrimoniale e la cui entità è più direttamente e strettamente correlata con il livello retributivo del lavoratore (145): essa è infatti costituita essenzialmente — anzi: esclusivamente — dalla riduzione della possibilità futura del lavoratore di trarre reddito dal proprio lavoro. Grava in proposito su di lui l'onere di dimostrare il deterioramento effettivo della propria attitudine professionale, o della propria immagine professionale e notorietà nel mercato del lavoro, causato dall'indebito demansionamento subito (si pensi al caso limite del giornalista cui venga impedito di scrivere e pubblicare) (146): deterioramento che presuppone peraltro una durata non breve del demansionamento stesso. Nella determinazione di questa componente del danno — a differenza della componente esistenziale di cui si è detto sopra — deve, logicamente, tenersi conto del tempo durante il quale quel deterioramento produrrà presumibilmente i propri effetti pregiudizievoli sul reddito del lavoratore, prima del pensionamento (147), nonché della prospettiva che in tale periodo residuo egli debba attivarsi per reperire nuove occupazioni, oppure egli continui fino al pensionamento a essere occupato alle dipendenze del vecchio datore di lavoro. In quest'ultima ipotesi, il danno professionale può configurarsi soltanto in termini di perdita di *chances* di carriera endoaziendale, nella misura in cui sia plausibile che il mancato esercizio della professionalità contrattuale riduca la probabilità di una promozione.

Sembra oggi prevalere in proposito in dottrina e giurisprudenza l'orientamento secondo il quale il danno risarcibile consiste appunto nella riduzione — quale che ne sia l'entità — delle opportunità future del lavoratore, nel mercato o in seno all'impresa attuale datrice di lavoro, influenzando l'entità della riduzione soltanto sul *quantum* (non sull'*an*) del danno (148) e non essendo necessario che la probabilità favorevole per il lavoratore, pregiudicata dall'inadempimento del datore, possa considerarsi prevalente rispetto alla probabilità sfavorevole (149).

Quanto, infine, alla componente biologica materiale del danno («danno biologico» inteso in senso stretto), essa consiste essenzialmente nella menomazione, temporanea o definitiva, dell'integrità psico-fisica del lavoratore (§§ 227-229) (150). Mentre è plausibile che — soprattutto quando la violazione dell'art. 2103 sia parte integrante di un più ampio disegno aggressivo nei confronti del lavoratore (§ 221) — un grave stato depressivo scatenato dal prolungato demansionamento possa produrre una menomazione temporanea, è davvero poco plausibile che esso possa produrre una menomazione definitiva (salvo il caso catastrofico, e invero assai raro, dell'infarto provocato dalla crisi ansioso-depressiva).

Anche in riferimento a questa componente (patrimoniale) del danno valgono le osservazioni svolte sopra sulla sua non variabilità in funzione del livello di reddito del lavoratore. Per le «lesioni di lieve entità» il già citato art. 3 del d.l. n. 70/2000 (non conservato in sede di conversione) stabiliva criteri forfettari di determinazione del risarcimento per ciascun punto percentuale di invalidità e in relazione alla durata del danno.

Grava integralmente sul lavoratore anche l'onere della prova circa la lesione causata dal demansionamento alla sua salute psico-fisica e il grado di invalidità (quasi sempre temporanea, come si è detto) che ne sia derivato, mentre grava sul datore l'onere di dimostrare che il demansionamento sia stato causato o giustificato da eventi non imputabili a sua colpa (151).

Sezione III

Il luogo della prestazione e il suo mutamento

Sommario: 298. La determinazione contrattuale del luogo di lavoro. La clausola di variabilità unilaterale del luogo di lavoro a discrezione del datore o del prestatore. — 299. Il nesso logico-sistematico fra il giustificato motivo di trasferimento e il giustificato motivo di licenziamento. Il criterio del contemperamento degli interessi contrapposti delle parti. — 300. La rilevanza dell'interesse del lavoratore individuato in concreto. L'obbligo di indennizzo a carico del datore: un'applicazione economicamente efficiente dell'art. 36 Cost. — 301. I divieti di trasferimento unilaterale, a tutela dei portatori di handicap e loro familiari, amministratori locali e sindacalisti. Il trasferimento discriminatorio. Il c.d. trasferimento disciplinare. — 302. La tutela dell'interesse del lavoratore al trasferimento per esigenze personali o familiari. — 303. La comunicazione tempestiva e la motivazione del trasferimento. — 304. La trasferta, la missione all'estero e il distacco che comporti spostamento del luogo della prestazione.

298. *La determinazione contrattuale del luogo di lavoro. La clausola di variabilità unilaterale del luogo di lavoro a discrezione del datore o del prestatore.* — Si è già visto (§ 198) come l'art. 1, 1° c., del d.lgs. 26 maggio 1997 n. 152 imponga al datore di lavoro l'obbligo di comunicare al prestatore per iscritto, entro trenta giorni dalla costituzione del rapporto, il luogo di lavoro o l'indicazione che la prestazione dovrà svolgersi in luoghi via via diversi. Prima di tale comunicazione, o in difetto di essa, il consenso contrattuale tra le parti circa la dislocazione della prestazione lavorativa può manifestarsi nelle modalità effettive del suo svolgimento.

Che tale pattuizione costituisca elemento essenziale del contratto di lavoro subordinato non può dubitarsi, sol che si consideri, sul versante dell'interesse del datore, il rilievo causale che il coordinamento spaziale — oltre che quello temporale — assume normalmente nel contratto stesso (§ 86), escluso soltanto il caso particolare del lavoro decentrato (sul quale torneremo tra breve): la prestazione svolta in luogo diverso da quello pattuito non costituisce soltanto un adempimento inesatto, ma prestazione di *aliud pro alio*, ovvero inadempimento *tout court*. Quanto all'interesse del prestatore, il coinvolgimento diretto della sua persona nell'adempimento dell'obbligazione contrattuale fa sì che la dislocazione geografica della prestazione incida in modo rilevantissimo sui suoi rapporti familiari ed extra-familiari, nonché sulla qualità del suo tempo libero; essa assume dunque anche per questo aspetto un peso determinante nell'equilibrio negoziale di qualsiasi rapporto di lavoro, esclusi soltanto quelli nei quali la natura stessa della prestazione impone che essa sia eseguita di volta in volta in luoghi diversi e anche lontanissimi tra loro (c.d. «trasferimento»): si pensi al caso dell'impiantista, che per la natura delle sue mansioni deve essere disponibile a lavorare dovunque un impianto debba essere installato; oppure ai casi del diplomatico, del capo-cantiere, del marinaio di lungo corso, del lavoratore temporaneo c.d. *jolly*, assunto stabilmente dall'agenzia fornitrice in funzione di una serie indeterminata di missioni (§ 142), il quale valorizza in tal modo la propria ecletticità e adattabilità a ruoli e ambienti diversi.

Sono dunque due, simmetricamente opposte tra loro, le eccezioni alla regola che impone la predeterminazione del luogo della prestazione come elemento essenziale del contratto: da un lato il contratto di lavoro decentrato, di cui abbiamo già trattato (§§ 98-104) come di un tipo-legale a sé stante di lavoro dipendente, caratterizzato dall'irrelevanza del luogo di svolgimento del lavoro e quindi dalla piena libertà del prestatore al riguardo; all'opposto, il contratto di lavoro nel quale il lavoratore acconsente a una variabilità costante del luogo della prestazione in funzione dell'esercizio della propria professionalità specifica, che per sua natura presuppone una peculiare disponibilità allo spostamento secondo le esigenze via via discrezionalmente individuate dal creditore. La legittimità di quest'ultima pattuizione trova oggi un fondamento positivo nella norma del 1997 citata all'inizio di questo paragrafo, la quale prevede espressamente la possibilità che il lavoro dedotto in contratto sia destinato a essere eseguito di volta in volta nel luogo diverso indicato dal datore di lavoro.

Al di fuori delle due eccezioni di cui si è detto, la determinazione contrattuale del luogo della prestazione può, ovviamente, essere sempre modificata dalle parti consensualmente, essendo questa materia sicuramente soggetta all'autonomia individuale, nel contratto di lavoro come in ogni altro contratto (152); parimenti, la clausola di variabilità del luogo della prestazione può essere consensualmente sostituita, come in ogni altro contratto, da una predeterminazione pattizia del luogo stesso. Costituisce invece una peculiarità del diritto del lavoro la facoltà di modificare unilateralmente il luogo della prestazione per giustificato motivo, attribuita al creditore dall'art. 2103 c.c.

299. *Il nesso logico-sistematico fra il giustificato motivo di trasferimento e il giustificato motivo di licenziamento. Il criterio del contemperamento degli interessi contrapposti delle parti.* — In linea generale, non è consentito al creditore di rendere la prestazione più onerosa per il debitore mutandone una modalità assai rilevante, quale è la dislocazione geografica (arg. ex art. 1182, 1° c., c.c.). È evidente, tuttavia, come tale regola perda gran parte del suo significato pratico in un contratto di durata nel quale al creditore sia data la facoltà di recesso: nei limiti di tale facoltà, infatti, quest'ultimo ha la possibilità effettiva di porre il debitore di fronte alla scelta tra l'accettazione del mutamento del luogo della prestazione e la cessazione del rapporto. È questo il motivo per cui la norma che disciplina questa materia in riferimento al rapporto di lavoro, contenuta nell'ultima proposizione del primo comma dell'art. 2103 c.c., consente il

mutamento unilaterale del luogo della prestazione da parte del datore per «comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive»: in assenza di questa norma, lo stesso datore potrebbe comunque porre il lavoratore di fronte all'alternativa tra il mutamento del luogo di lavoro e la cessazione del rapporto per «ragioni inerenti all'attività produttiva, all'organizzazione del lavoro e al regolare funzionamento di essa», così essendo definito il giustificato motivo oggettivo che consente il licenziamento (§ 516).

Si spiega in questo modo l'attribuzione al datore di lavoro, come elemento naturale del contratto (153), di una facoltà che il diritto comune dei contratti non gli attribuirebbe, nonché il fatto che tale attribuzione sia stata operata nel contesto di un provvedimento legislativo — quale lo Statuto del 1970 — interamente dedicato alla limitazione, e non certo all'ampliamento, dei poteri del datore di lavoro (154).

Il nesso logico-sistematico tra la disciplina limitativa della facoltà di recesso e quella della facoltà di trasferimento — peraltro non sempre colto dalla giurisprudenza (155) — consente di individuare come *ratio* minima comune a entrambe il contemperamento fra l'interesse del datore alla massima redditività del rapporto di lavoro e l'interesse del prestatore alla continuità del rapporto stesso (alla quale egli potrebbe essere costretto a rinunciare, di fronte all'imposizione di un rilevante spostamento del luogo di lavoro) e ad evitare aggravii della prestazione. La necessità di tale contemperamento nell'esercizio della facoltà di trasferimento è sovente esplicitata nei contratti collettivi; ma per effetto dell'art. 2103 c.c. essa deve considerarsi implicita in ogni contratto di lavoro (salva l'eccezione, di cui si è detto nel paragrafo precedente, della variabilità del luogo della prestazione intrinsecamente legata alla natura della prestazione stessa) (156).

Il criterio del contemperamento tra gli interessi contrapposti delle parti porta, per un verso, a escludere — nella materia del trasferimento come in quella del recesso — che sia sufficiente una *qualsiasi* utilità tecnico-organizzativa aziendale per giustificare il provvedimento; per altro verso esso porta a respingere anche la tesi opposta, secondo cui il provvedimento sarebbe giustificato soltanto nel caso di sua assoluta inevitabilità: perché il trasferimento sia legittimo occorre che esso risponda a un'esigenza di rilievo proporzionato al sacrificio che ne consegue per il lavoratore (157). Alla stregua del criterio del contemperamento, deve ritenersi che — fermi restando i limiti alla variabilità delle mansioni, di cui si è detto nella sezione precedente di questo capitolo (158) — la facoltà di spostamento del luogo di lavoro attribuita dalla legge al datore sia tanto più estesa (ovvero: sia condizionata alla sussistenza di un motivo tecnico-organizzativo tanto meno grave) quanto minore è il sacrificio che ne consegue per il prestatore: in questo ordine di idee, la facoltà stessa è pressoché illimitata nell'ambito di un unico stabilimento o sede di uffici, mentre essa va progressivamente riducendosi (ovvero: richiede un motivo tecnico-organizzativo via via più grave) coll'aumentare dell'entità dello spostamento e quindi della distanza del nuovo luogo di lavoro dall'abitazione del prestatore.

È ben vero che giurisprudenza e dottrina su questo punto si mostrano, in linea teorica, assai incerte, registrandosi ancora, a più di trent'anni dall'entrata in vigore del nuovo art. 2103 c.c., disquisizioni teoriche un po' bizantine sul punto se la nozione di unità produttiva a cui fa riferimento l'art. 2103 c.c. coincida con quella a cui fa riferimento l'art. 35 St. lav. per la definizione dell'area in cui si applica la tutela reale contro il licenziamento (159), oppure ne differisca (160), se rilevi o no la dislocazione del nuovo posto di lavoro all'interno o all'esterno dei confini amministrativi del comune di origine, quale rilievo debba attribuirsi al requisito dell'«autonomia» dell'unità produttiva: questioni tutte che hanno un senso soltanto in quanto si rifiuti la logica del bilanciamento degli interessi contrapposti (161). Ma è evidente a chiunque come un'esigenza aziendale idonea a giustificare il trasferimento di un lavoratore da Monza a Desio possa non essere affatto idonea a giustificarne il trasferimento da Monza a Piacenza, e ancor meno a giustificarne il trasferimento a Trapani; e come in tal caso sia del tutto irrilevante la definizione che si dà dell'unità produttiva a cui l'art. 2103 c.c. fa riferimento: qui, come nel caso dell'invio permanente all'estero, il trasferimento può essere, di regola, soltanto consensuale, salvo il caso in cui la perdita derivante per l'impresa della prosecuzione del rapporto nel luogo originario sia tale da giustificare il licenziamento.

300. *La rilevanza dell'interesse del lavoratore individuato in concreto. L'obbligo di indennizzo a carico del datore: un'applicazione economicamente efficiente dell'art. 36 Cost.* — Assai più che la nozione di unità produttiva, ai fini della disciplina del trasferimento, merita di essere discussa la questione se nel bilanciamento degli interessi contrapposti debba attribuirsi rilievo a un interesse astratto del prestatore, oppure al suo interesse concreto, nella situazione data; ad esempio, se nella valutazione del trasferimento di un lavoratore da Milano a Parma debba attribuirsi rilievo al fatto che egli abiti con la famiglia a Milano (subendo in tal caso un aggravio di due ore di viaggio ogni giorno), oppure a Piacenza (rimanendo in tal caso pressoché invariato il tempo necessario per recarsi quotidianamente al lavoro), oppure ancora a Parma (risultandone addirittura un netto riavvicinamento del luogo di lavoro a quello di abitazione). Dall'esame delle motivazioni delle sentenze che affrontano esplicitamente tale questione — più che dalle relative massime — risulta evidente il peso assunto nelle decisioni in questa materia dall'interesse del lavoratore rilevato in concreto, anche quando in tal senso non disponga esplicitamente il contratto collettivo applicabile (162): i giudici per lo più esplicitano il rilievo che essi attribuiscono alla dislocazione dell'abitazione del lavoratore rispetto al vecchio e al nuovo posto di lavoro che gli viene assegnato, ai mezzi di trasporto disponibili per l'uno e per l'altro tragitto, ai tempi di percorrenza, all'età del lavoratore, ai suoi problemi personali e di salute (163) o familiari (164), all'assistenza che egli

debba prestare a figli piccoli o familiari infermi (165); e anche quando non lo esplicitano, tutto induce a pensare che queste circostanze siano sempre state oggetto di considerazione nel caso deciso. Sul piano teorico, a questa opzione non offre sostegno sufficiente il fatto che, sul versante opposto, l'interesse aziendale rilevante sia sicuramente quello rilevabile in concreto (costituito dalle esigenze tecnico-organizzative che devono essere «comprovate», dunque accertate in relazione alle circostanze specifiche): nulla vieterebbe, infatti, che tale interesse aziendale concreto fosse confrontato con l'interesse di un lavoratore medio, invece che con quello effettivo del lavoratore interessato. Ne sembra che un fondamento sufficiente a questo orientamento possa essere dato da alcune norme legislative speciali che attribuiscono esplicitamente rilievo decisivo all'interesse del lavoratore (disabile o parente di infermi o disabili, titolare di cariche pubbliche, sindacalista) concretamente pregiudicato dal trasferimento (166). L'argomento decisivo sembra invece essere quello fondato sul criterio della correttezza e buona fede, in base al quale deve essere valutato il comportamento contrattuale del datore anche nella decisione circa il trasferimento: è difficile considerare corretto il comportamento di un datore di lavoro che non tenga conto *anche* del costo sopportato in concreto dal proprio dipendente, in conseguenza dello spostamento del luogo di lavoro, quindi dei suoi problemi familiari e/o di salute, della dislocazione della sua abitazione, della sua età. È, del resto, sovente la contrattazione collettiva a prevedere esplicitamente che si tenga conto di queste circostanze specifiche: con ciò evidenziandosi come nel comune sentire sia giudicato scorretto il datore di lavoro che disponga il trasferimento ignorandole totalmente.

Il criterio del contemperamento fra gli interessi delle parti concretamente coinvolti nel trasferimento impone dunque di confrontare l'utile che l'imprenditore ne trae e il costo che ne deriva nel caso specifico per il lavoratore. Quando il costo per il lavoratore sia tale da indurlo a dimettersi, il trasferimento sarà giustificato soltanto nei limiti in cui sarebbe giustificato in quel caso il licenziamento (quando, cioè, la perdita derivante per il datore di lavoro dalla prosecuzione del rapporto nel luogo originario superi la soglia di sopportabilità, di cui all'art. 3 della legge n. 604/1966: § 516). Quando, invece, il costo per il lavoratore non sia tale da indurlo a dimettersi, il trasferimento dovrà considerarsi legittimo se produce per l'impresa un'utilità (oppure — ciò che sul piano microeconomico è esattamente la stessa cosa — consente all'impresa di evitare una perdita) apprezzabilmente superiore a quel costo.

In entrambi i casi considerati — quello del costo superiore e quello del costo inferiore alla soglia oltre la quale il lavoratore preferisce dimettersi — la norma parettamente ottima (167) dovrebbe essere quella che consenta il trasferimento accollando al datore di lavoro il pagamento di un congruo indennizzo al lavoratore (secondo lo schema che nel linguaggio dell'analisi economica del diritto è indicato come *liability rule*, in contrapposizione allo schema del divieto derogabile soltanto mediante mutuo consenso tra le parti, indicato come *property rule*): tale onere, se determinato in misura congrua, costituirebbe una sorta di «filtro automatico» delle scelte organizzative del datore, rendendo per lui non convenienti quelle tendenti al conseguimento di un'utilità aziendale inferiore al costo/indennizzo dovuto al lavoratore (168). Una norma siffatta è sovente contenuta nei contratti collettivi, che dispongono forme articolate di compensazione del sacrificio che il trasferimento impone al lavoratore (non soltanto rifusione delle spese di viaggio e trasloco dell'abitazione, dove questo si rende necessario per la lontananza del nuovo luogo di lavoro, ma anche indennità *una tantum* di trasferimento, indennità di trasferta per il primo periodo di ricerca di una nuova sistemazione, rimborso della differenza di canone di affitto della nuova abitazione, ecc.); anche in assenza di una adeguata disciplina collettiva della materia, l'obbligo per il datore di tale congrua compensazione può dedursi dall'art. 36 Cost., come corollario del principio del proporzionamento della retribuzione alla *qualità* (quindi anche maggiore penosità) della prestazione lavorativa (§ 240).

Quando le esigenze aziendali richiedano il trasferimento di uno tra più lavoratori fra loro fungibili, il criterio del contemperamento tra gli interessi concreti delle parti coinvolti nel trasferimento determina un vincolo per il datore nella scelta: sovente esplicitato dai contratti collettivi, tale vincolo può considerarsi come un corollario del principio generale di buona fede nell'attuazione del rapporto contrattuale. In situazione di indifferenza dal punto di vista dell'utilità aziendale, dovrà essere trasferito il lavoratore al quale lo spostamento costa effettivamente meno; l'eventuale scelta del lavoratore al quale lo spostamento costi di più può invece essere giustificata soltanto da una corrispondente maggiore utilità aziendale, che dovrà essere dimostrata dal datore (169). E si osservi come anche su questo terreno un meccanismo di «filtro» delle scelte del datore, costituito da un obbligo di indennizzo commisurato al costo subito in concreto dal lavoratore, fondato sulla disposizione collettiva o sulla norma costituzionale, possa costituire il modo più razionale ed efficiente per assicurare il bilanciamento degli interessi contrapposti.

Un discorso in tutto analogo vale in riferimento al trasferimento collettivo, ovvero allo spostamento in blocco di un intero stabilimento, reparto o ufficio, in relazione al quale la contrattazione collettiva impone talvolta dei particolari vincoli procedurali (170). Mentre, per un verso, non è dato individuare alcun motivo logico per cui questa fattispecie debba considerarsi sottratta all'applicazione della regola generale posta dall'art. 2103 c.c. (171), per altro verso non è dato individuare alcun criterio affidabile in base al quale un giudice possa vagliare la scelta imprenditoriale che sta alla base del trasferimento: soltanto l'imposizione al datore di lavoro di un indennizzo commisurato al costo derivante ai lavoratori dallo spostamento può costituire, anche in questo caso, un meccanismo efficace e razionale di prevenzione di scelte imprenditoriali non rispettose del principio del contemperamento delle esigenze aziendali con gli interessi dei dipendenti.

301. I divieti di trasferimento unilaterale, a tutela dei portatori di handicap e loro familiari, amministratori locali e sindacalisti. Il trasferimento discriminatorio. Il c.d. trasferimento disciplinare. — Per la tutela di alcuni interessi specifici del lavoratore la legge eccezionalmente sostituisce al criterio generale del contemperamento degli interessi delle parti e alla corrispondente *liability rule* un divieto drastico di trasferimento, riconducibile alla categoria delle *property rules*.

È questo il caso dei commi quinto e sesto dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, che attribuiscono, rispettivamente, al lavoratore «che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato» (172) e alla «persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità» il diritto a non essere trasferiti senza il loro consenso.

Una disposizione sostanzialmente identica è contenuta nell'art. 27 della legge 27 dicembre 1985 n. 816 in favore dei lavoratori eletti consiglieri comunali o provinciali (173).

L'art. 22 St. lav. stabilisce invece che occorre il consenso dell'associazione per il trasferimento da un'unità produttiva a un'altra (174) del dirigente di rappresentanza aziendale della stessa associazione (§ 59) (175). Il vincolo è tuttavia derogabile col consenso dello stesso lavoratore interessato: possibilità, questa, non menzionata dalla norma, ma desumibile dai principi generali.

Prevale l'opinione — del tutto conforme a logica e buon senso — secondo la quale il consenso dell'associazione sindacale, condizione necessaria per la legittimità del provvedimento, non è tuttavia condizione sufficiente: esso ha il solo effetto di equiparare in tutto e per tutto la posizione del sindacalista a quella di qualsiasi altro lavoratore, restando il suo trasferimento comunque assoggettato anche alla limitazione di cui all'art. 2103 c.c. (176).

La ragion d'essere della tutela speciale del dirigente sindacale viene meno nel caso del trasferimento collettivo che riguardi tutta la manodopera impiegata in una unità produttiva (177).

Al fine di prevenire un possibile abuso del trasferimento in chiave discriminatoria, il secondo comma dell'art. 22 St. lav. estende il divieto di trasferimento fino a un anno dalla cessazione della carica di dirigente della r.s.a.: cautela, questa, forse eccessiva, stante il divieto generale delle discriminazioni antisindacali desumibile da innumerevoli norme poste dall'ordinamento a tutela della libertà sindacale (§§ 50-51) e la specifica comminatoria di nullità disposta dall'art. 15 St. lav. per i trasferimenti comunque qualificabili come discriminatori.

Un discorso a parte merita la questione del c.d. trasferimento disciplinare. Tale provvedimento è stato per lungo tempo considerato illegittimo, per contrasto con il quarto comma dell'art. 7 St. lav., in quanto comportante un «mutamento definitivo del rapporto di lavoro» (§ 480); ma la dottrina più recente ha convincentemente ridimensionato tale contrasto, sottolineando per un verso la sostanziale complementarità dei poteri direttivo e disciplinare (§ 476), per altro verso l'impossibilità di tracciare una linea di confine netta fra la funzione sanzionatoria e la funzione organizzativa del trasferimento, nelle situazioni di incompatibilità ambientale (178); e non mancano sentenze nelle quali è stata ritenuta legittima la clausola collettiva che prevede il trasferimento fra le possibili sanzioni disciplinari (179).

Quand'anche si dissenta da questa nuova visione del problema, è comunque pacifico che il trasferimento possa sempre essere disposto come provvedimento organizzativo conseguente a una mancanza disciplinare, in tutti i casi in cui da questa — pur non punita con il licenziamento — derivi un'esigenza obiettiva di allontanamento del lavoratore dall'unità produttiva: si pensi, ad esempio, al caso del capoufficio che abbia molestato una dipendente, oppure a quello dei dipendenti di una filiale bancaria implicati collettivamente in irregolarità che consiglino di separarli e dislocarli in filiali diverse (180).

302. La tutela dell'interesse del lavoratore al trasferimento per esigenze personali o familiari. — Si dà il caso in cui, rispetto allo schema classico a cui si riferisce l'art. 2103 c.c., le posizioni si invertono: è il lavoratore a essere fortemente interessato a un trasferimento, che presenta un costo per l'impresa (nel linguaggio economico: l'utilità aziendale del trasferimento e il costo per il lavoratore assumono ambedue il segno negativo). L'applicazione del principio del contemperamento tra gli interessi contrapposti non può spingersi, in linea generale, al corollario estremo di far nascere, in un caso di questo genere, quando l'esigenza del lavoratore sia più grave del costo aziendale, un obbligo di trasferimento a carico del datore di lavoro e un corrispondente diritto in capo al lavoratore (181).

In due casi, tuttavia, questa regola è esplicitamente enunciata dalla legge: i già citati (§ 301) commi quinto e sesto dell'art. 33 della legge 5 febbraio 1992 n. 104 attribuiscono, rispettivamente, al lavoratore «che assista con continuità un parente o un affine entro il terzo grado handicappato» (182) e alla «persona handicappata maggiorenne in situazione di gravità» il «diritto a scegliere, ove possibile, la sede di lavoro più vicina al proprio domicilio». Se si condivide quanto si è detto nelle pagine precedenti sul principio del contemperamento, l'inciso «ove possibile» deve essere qui interpretato nel senso di una valutazione comparativa degli interessi in gioco e quindi anche della possibile imposizione di un sacrificio al datore di lavoro, ragionevolmente giustificato dall'agevolazione che ne deriva per il lavoratore e quindi non tale da far venir meno l'interesse economico del datore alla prosecuzione del rapporto (183).

Non mancano, inoltre, le disposizioni collettive che, in riferimento a casi analoghi, istituiscono procedimenti volti a tutelare in qualche misura l'interesse del lavoratore imponendo un corrispondente vincolo all'impresa (184). In riferimento ai rapporti di impiego pubblico, infine, il secondo comma dell'art. 21 della legge n. 104/1992 attribuisce ai portatori di handicap la precedenza rispetto agli altri lavoratori nei trasferimenti disposti dall'ente datore di lavoro, quando essi vi abbiano interesse.

303. *La comunicazione tempestiva e la motivazione del trasferimento.* — Si discute se al trasferimento si applichi in via analogica la norma che disciplina la forma del licenziamento e la sua motivazione (art. 2 della legge n. 604/1966: v. § 519). Qualche incertezza si registra in riferimento al requisito della forma scritta per la comunicazione del trasferimento, prevalendo in proposito la tesi della libertà di forma (185); prevale invece nettamente, da circa un quindicennio, l'orientamento giurisprudenziale nel senso della necessità della comunicazione dei motivi del provvedimento, quando il lavoratore interessato ne faccia richiesta entro il termine (186). La maggior parte dei contratti collettivi nazionali di settore richiedono la forma scritta del provvedimento e della sua motivazione. Oggi, a sostegno della necessità della comunicazione del provvedimento in forma scritta può addursi anche la disposizione già citata (§ 298) sull'informazione dovuta al lavoratore circa il luogo della prestazione, contenuta nell'art. 1, 1° c., del d.lgs. n. 152/1997. Numerosi contratti collettivi prevedono anche la necessità di un preavviso, sovente differenziato a seconda della maggiore o minore distanza del luogo di destinazione (cui la giurisprudenza ricollega, in caso di inottemperanza da parte del datore, il differimento dell'obbligo di spostamento del luogo della prestazione in capo al lavoratore) (187). Tale regola può comunque desumersi anche dal principio di correttezza e buona fede, non potendo considerarsi contrattualmente corretto il comportamento del datore che dispone un mutamento rilevante del luogo di lavoro dall'oggi al domani (188).

304. *La trasferta, la missione all'estero e il distacco che comporti spostamento del luogo della prestazione.* — La disciplina del mutamento unilaterale del luogo di lavoro contenuta nell'art. 2103 c.c. si applica pacificamente soltanto allo spostamento definitivo, o per meglio dire a tempo indeterminato, questo essendo, per dottrina e giurisprudenza unanimi, il tratto distintivo essenziale del trasferimento dalla trasferta, la quale si caratterizza invece per la sua provvisorietà e breve durata (189), nonché per la recisione del legame funzionale del lavoratore con l'unità produttiva di provenienza (190).

Cioè non significa né che l'invio temporaneo del lavoratore in un luogo diverso da quello abituale possa essere disposto dal datore di lavoro unilateralmente senza limiti (non si dimentichi che l'art. 2103 c.c. attribuisce al datore una facoltà di mutamento del luogo della prestazione che egli altrimenti potrebbe esercitare soltanto attraverso il recesso novativo: v. § 299), né che esso sia inibito al datore in tutti i casi in cui esso non sia previsto dal contratto individuale o collettivo. Nel silenzio della legge, anche quando la materia non sia disciplinata espressamente dal contratto collettivo, l'invio del lavoratore in trasferta rientra nelle facoltà del datore in tutti i casi in cui tale eventualità possa considerarsi implicitamente contemplata dal contratto individuale, per la natura delle mansioni in esso dedotte, per le caratteristiche dell'organizzazione aziendale, o per altre circostanze particolari. Così, ad esempio, la disponibilità del lavoratore alla trasferta può considerarsi implicita nel contratto di lavoro del direttore del personale di un'azienda con sedi dislocate in regioni diverse; altrettanto non può dirsi di una commessa dipendente da un'impresa che operi attraverso un unico punto di vendita.

Certo, i casi dubbi sono numerosi. Ma la soluzione del problema sul piano pratico non è difficile, poiché grava sull'imprenditore la prova circa la sussistenza dell'obbligo contrattuale del dipendente al lavoro in trasferta: dove sul punto il dubbio non possa essere superato, al prestatore deve riconoscersi la libertà di rifiutare lo spostamento, sia pure temporaneo.

Dove il lavoro in trasferta comporti un sacrificio particolare per il lavoratore, sul piano dei rapporti familiari e del godimento del tempo libero, questo deve essere adeguatamente compensato con una apposita indennità (la c.d. diaria), nella misura che, se non stabilita dal contratto, deve essere determinata dal giudice a norma degli artt. 36 Cost. e 2099 c.c. (191).

In posizione intermedia fra il trasferimento e la trasferta la giurisprudenza colloca la missione all'estero, che non può assimilarsi al trasferimento per difetto del carattere della definitività (è per lo più previsto un rimpatrio, dopo qualche mese o qualche anno), ma, quando per la sua durata comporta lo spostamento della residenza del lavoratore, non può neppure assimilarsi alla trasferta (192).

Ove la disponibilità del lavoratore per la missione non sia espressamente prevista dal contratto, l'invio all'estero non può essere disposto unilateralmente dal datore di lavoro. Quanto al trattamento economico, vale per la missione quanto si è detto a proposito del trasferimento e della trasferta (193).

Quanto si è detto in riferimento alla trasferta e alla missione vale, logicamente, anche in riferimento al distacco del lavoratore presso altra impresa, quando esso comporti uno spostamento del luogo della prestazione (§ 146) (194).

- (1) Sul regolamento aziendale come manifestazione del potere direttivo dell'imprenditore v. la monografia di V. Carullo, *Il regolamento interno d'impresa*, la cui ed. provvisoria del 1956 è stata ristampata ed effettivamente pubblicata più di trent'anni dopo (Padova, 1989); e quella di F. Peschiera, *Il regolamento di impresa. L'istituto e i suoi presupposti*, Milano, 1965.
- (2) V. in proposito il dibattito svoltosi al convegno dell'Aidlass del 1971 a Saint Vincent su *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori* (Milano, 1972) e in particolare la relazione di G. Suppiej, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*. Più recentemente, per una trattazione approfondita, ancorché non sempre di agevole comprensione, della natura e dei limiti del potere direttivo del datore di lavoro v. A. Perulli, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992; e ultimamente Id., *Il potere direttivo dell'imprenditore, ne I poteri del datore di lavoro nell'impresa*, Padova, 2002, pp. 9-25.
- (3) V. in questo senso recentemente. A. Milano 5 marzo 2001, cit. nella nota 106 al § 331, in riferimento al rifiuto da parte di un lavoratore della prestazione di lavoro straordinario eccedente il limite posto dal contratto collettivo. V. al riguardo anche §§ 298 e 311.
- (4) Parla in proposito di «inesigibilità» parziale della prestazione lavorativa, da individuarsi appunto secondo il criterio della buona fede, L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano, ne Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965, pp. 473-474. V. al riguardo anche § 332.
- (5) Cfr. Cass. 28 marzo 1992 n. 3845, *NGL*, 1992, p. 496; Cass. 26 settembre 1995 n. 10187, *MGL*, 1996, p. 83; P. Cagliari 25 settembre 1995, *DL*, 1996, II, p. 45.
- (6) Cfr. Cass. 26 giugno 1999 n. 6663, cit. nella nota 122; Cass. 8 giugno 2001 n. 7821, *LG*, 2001, p. 1085, e *NGL*, 2001, p. 595 (in riferimento a un caso nel quale al lavoratore, addetto alla gestione dei crediti di un'impresa telefonica, erano stati assegnati anche, a turno con altri colleghi, compiti di informazione all'utenza).
- (7) V. Cass. 4 luglio 2002 n. 9709, per quel che mi consta ancora inedita: «la disposizione di cui all'art. 2103 c.c., che tende a tutelare la professionalità del lavoratore, non impedisce che allo stesso possa essere richiesto lo svolgimento di attività corrispondenti a mansioni inferiori, quando ciò avvenga eccezionalmente e marginalmente, e per specifiche ed obbiettive esigenze aziendali. La suddetta utilizzazione rientra dunque nel legittimo esercizio dei poteri gestionali ed organizzativi da parte del datore di lavoro in situazioni di emergenza ... al fine di tentare di evitare la paralisi della produzione».
- (8) Per una breve rassegna di giurisprudenza in proposito v. A. Perulli, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, a cura di C. Cester, Torino, 1998, pp. 654-655.
- (9) Per un riepilogo dell'elaborazione dottrinale sulla diligenza, dalle origini agli anni '50 del secolo scorso, con particolare riferimento al rapporto di lavoro, v. C. Lega, *La diligenza del lavoratore*, Milano, 1963, pp. 1-54.
- (10) Cass. 27 marzo 1987 n. 3014, *OGI*, 1987, p. 438. In dottrina v. in proposito A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Torino, 1997, pp. 117-136.
- (11) Cfr. Cass. 27 settembre 2000 n. 12769, *NGL*, 2001, p. 60: «Gli artt. 2104 e 1176 c.c. impongono al lavoratore di eseguire la prestazione — anche in assenza di direttive del datore di lavoro — secondo la particolare qualità dell'attività dovuta, risultante dalle mansioni e dai profili professionali che la definiscono, e di osservare, altresì, tutti quei comportamenti accessori e quelle cautele che si rendano necessari ad assicurare una gestione professionalmente corretta» (fattispecie relativa all'esecuzione da parte di dipendente di banca di due bonifici di importo rilevante in base a un falso ordine pervenuto mediante telefax: viene cassata la sentenza che aveva accolto l'impugnazione del licenziamento, ritenendo la negligenza scusabile).
- (12) Nel senso di una netta svalutazione di questo inciso v. soprattutto U. Natoli, *Adempimento e «non collaborazione»*, *RGL*, 1949-50, I, pp. 40-41 e 48.
- (13) Si è ritenuto, a questa stregua, che rientri nella diligenza dovuta dal vicedirettore di filiale bancaria la denuncia all'organo aziendale competente di gravi irregolarità commesse dal direttore della stessa filiale: Cass. 8 giugno 2001 n. 7819, *LG*, 2001, p. 1089, e *NGL*, 2001, p. 600. Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza sulla questione della rilevanza giuridica (o no) della nozione di «interesse dell'impresa» come interesse distinto da quello dell'imprenditore, v. A. Perulli, *Il potere direttivo e i suoi limiti generali*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, cit. nella nota 8, pp. 662-664.
- (14) La tendenza ad attribuire un rilievo giuridico determinante al concetto di «interesse dell'impresa» come criterio di valutazione dei comportamenti del datore di lavoro era parsa prendere piede nella dottrina giuslavoristica negli anni '70: v. in proposito la relazione di G. Suppiej al convegno dell'Aidlass del 1971 a Saint Vincent, cit. nella nota 2, su *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*: «... i poteri inerenti alla gestione dell'impresa devono concepirsi, secondo quanto molti di noi ritengono, come poteri non arbitrari, ma meramente discrezionali, in virtù della rilevanza giuridica di quell'interesse che è stato chiamato con formula forse poco felice l'interesse obiettivo dell'impresa, ... perché in questo senso dispongono varie norme del codice civile, della Costituzione e oggi di altre leggi recenti» (p. 27). Contro questo orientamento teorico si erano pronunciati in precedenza, anche in riferimento specifico alla materia lavoristica, G. Minervini, *Contro la «funzionalizzazione» dell'impresa privata*, *RDC*, 1958, I, pp. 618-636; G. De Ferra, *L'interesse dell'impresa: variazioni sul tema*, *RDC*, 1966, I, pp. 372-383; successivamente, in campo giuslavoristico, tra gli altri, R. De Luca Tamajo, M. Rusciano, *Brevi note sulle tecniche giuridiche di limitazione del potere imprenditoriale a tutela del lavoratore subordinato*, *DG*, 1973, pp. 656-659; T. Treu, *Libertà sindacale e interesse dell'impresa*, *RGL*, 1973, I, pp. 471-498, poi in *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Milano, 1974, 87-120. In quest'ultimo senso v. anche F. Galgano, in *Commentario della Costituzione*, a cura di G. Branca, Bologna-Roma, 1982, sub art. 41, pp. 1-68.
- (15) V. ultimamente A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, cit. nella nota 10, pp. 228-233.
- (16) Cfr. G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, pp. 125-126. Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza più recenti su questo punto v. A. Perulli, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, cit. nella nota 8, pp. 646-647.
- (17) Per un caso in cui è stato negato il diritto del lavoratore a un compenso ulteriore per l'assegnazione di un compito aggiuntivo — ma di contenuto professionale omogeneo — rispetto alle mansioni precedentemente svolte, v. T. Fermo 14 giugno 2000, *DL Marche*, 2001, p. 106.
- (18) Sulla riconducibilità dell'intensità dovuta alla diligenza, come tratto qualitativo della prestazione, quando l'intensità stessa costituisca requisito essenziale per il conseguimento del risultato utile immediato della prestazione, oltre alla monografia di G. Giugni cit. nella nota 16 si vedano (pur nel contesto di costruzioni diverse tra loro) U. Natoli, *Adempimento e «non collaborazione»*, cit. nella nota 12, pp. 48-49; G.F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milano, 1957, pp. 41-43; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, Torino, 1973², pp. 342-344; M. Giorgianni, *L'inadempimento*, Milano, 1975³, pp. 270-272.
- (19) Cfr. Cass. 23 aprile 1983 n. 2797 (*RIDL*, 1983, II, p. 647, con nota di L. Angiello, *Brevi note su un caso di licenziamento per scarso rendimento*), secondo la quale l'intensità esigibile della prestazione non può eccedere «la possibilità della media dei lavoratori addetti a quella specifica

attività»; nello stesso senso T. Torino 3 maggio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 172, con nota di L. Nannipieri, *Licenziamento per scarso rendimento, minimi di produzione e onere della prova*. Per un caso in cui è stato ritenuto legittimo il licenziamento di un lavoratore il cui rendimento era pari alla metà di quello dei suoi colleghi, v. Cass. 16 aprile 1994 n. 3633, *RIDL*, 1995, II, p. 209. In riferimento al settore delle lavorazioni in serie Cass. 20 agosto 1991 n. 8973 (*RGL*, 1992, II, p. 185, con nota dissenziente di A. Viscomi, *Sul licenziamento per scarso rendimento: una conferma (opinabile) della S.C.*) ha ritenuto che, essendovi qui «limitati margini di incertezza riguardo al risultato delle operazioni», è possibile dare al dato statistico circa la produzione media dei lavoratori «il valore di segno non equivoco o con limitati margini di equivocità dell'oggettivo inadempimento».

(20) Le tecniche di controllo della produttività del lavoro impiegato e amministrativo sono comunemente notevolmente progredite nell'ultimo ventennio; e una valutazione giudiziale sul rendimento di un «colletto bianco» ben potrebbe fondarsi su di una consulenza tecnica fondata su di esse.

(21) Cfr. Cass. 24 maggio 1999 n. 5048 (*D&L*, 1999, p. 921), secondo la quale per l'imputabilità al lavoratore dello «scarso rendimento» si richiede l'omissione da parte sua dell'impegno corrispondente alle sue personali capacità; nello stesso senso v. T. Torino 3 maggio 1995, cit. nella nota 19; Cass. 23 febbraio 1996 n. 1421, *RIDL*, 1997, II, p. 189, con nota di G. Martinucci, *Licenziamento per scarso rendimento: una nuova pronuncia della Cassazione*; P. Milano 9 luglio 1997, *LG*, 1998, p. 63; Cass. 19 agosto 2000 n. 1101, *RIDL*, 2001, II, p. 346, con nota di S. Bartalotta, *Scarso rendimento e prova per presunzioni della sua imputabilità a condotte negligenti del lavoratore* (sentenza nella quale si è considerato non imputabile al lavoratore — e quindi inidoneo a giustificare il licenziamento — un difetto della prestazione ritenuto conseguenza di un suo stato di infermità mentale). V. inoltre P. Torino 18 novembre 1991 (*GPiem*, 1992, p. 349), dove il giudice ha accettato come prova dell'imputabilità del difetto di intensità della prestazione allo scarso impegno del lavoratore l'alternarsi di giornate di rendimento normale con giornate di rendimento nettamente inferiore. Più recentemente, in tema di scarso rendimento, v. Cass. 10 novembre 2000 n. 14605, *LPO*, 2001, p. 134, secondo la quale grava sul datore di lavoro l'onere di provare la sussistenza di un «notevole inadempimento» da parte del lavoratore del suo obbligo di diligenza.

(22) V. in questo senso ultimamente Cass. 2 febbraio 2002 n. 1365, *GC*, 2002, p. 1236, *OGI*, 2002, p. 88, *NGL*, 2002, p. 342, e *LPO*, 2002, p. 385. V. però in senso contrario T. Cassino 28 ottobre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 510, con nota di V.A. Poso, confermata da Cass. 20 agosto 1991 n. 8973 (cit. nella nota 19), dove è stato ritenuto gravare sul lavoratore l'onere della prova circa la non imputabilità a lui stesso dello scarso rendimento: «la l. n. 604 del 15 luglio 1966 nel disciplinare il licenziamento per giustificato motivo soggettivo stabilisce che questo debba essere provato dal datore di lavoro, ma non deroga, all'interno della fattispecie del giustificato motivo soggettivo, ai principi generali in tema di responsabilità contrattuale». Per l'opzione conforme a quest'ultimo orientamento, in materia di licenziamento disciplinare, v. § 531.

(23) Cfr. in proposito § 193 e ivi note 27, 28 e 29. Sul patto e il periodo di prova v. § 499.

(24) V. però Cass. 22 novembre 1996 n. 10286, *RIDL*, 1997, II, p. 324, con nota di M. Mariani, *Un caso di scarso rendimento per «eccessiva morbilità» nel settore degli autofertramviari*.

(25) Con la conseguenza che è irrilevante in questo caso la possibilità di utile inserimento del lavoratore in un posto di lavoro diverso, dove ci si possa attendere da lui un rendimento migliore (c.d. *repechage*: v. § 516, lett. e): v. in questo senso Cass. 9 giugno 1989 n. 2804, *RIDL*, 1990, II, p. 237, con nota di V.A. Poso.

(26) Cfr. L. Barassi, *Il diritto del lavoro*, vol. II, Milano, 1949: «quando il prestatore è assunto a tempo ... il rendimento non è garantito» (pp. 222-223); G. F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit. nella nota 18: «dove ... il lavoratore si sia obbligato all'espletamento di un'attività, il dovere di raggiungere un limite determinato di produzione trascende il carattere di bonitas o di utilitas che è intrinseco all'esecuzione delle operae per se considerate» (p. 41). Nello stesso senso U. Natoli, *Adempimento e «non collaborazione»*, cit. nella nota 12, pp. 49-50; L. Riva Sanseverino, *Il lavoro nell'impresa*, cit. nella nota 18, p. 344; M. Napoli, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Milano, 1980, pp. 183-188. In giurisprudenza cfr. Cass. 10 novembre 2000 n. 14605 (mass.). «il rendimento lavorativo inferiore al minimo contrattuale non integra ex se l'inesatto adempimento, ... dato che, nonostante la previsione di minimi quantitativi, il lavoratore è obbligato a un *facere* e non a un risultato e l'inadeguatezza della prestazione può essere imputabile alla stessa organizzazione dell'impresa o, comunque, a fattori non dipendenti dal lavoratore. Conseguentemente, in relazione al cosiddetto scarso rendimento, il datore di lavoro che intenda farlo valere quale giustificato motivo soggettivo di licenziamento non può limitarsi — neanche nei casi in cui il risultato della prestazione non è collegato a elementi intrinsecamente aleatori — a provare il mancato raggiungimento del risultato atteso ed eventualmente la sua oggettiva esigibilità, ma è onerato della dimostrazione di un notevole inadempimento degli obblighi contrattuali del lavoratore, quale fatto complesso alla cui valutazione deve concorrere anche l'apprezzamento degli aspetti concreti del fatto addebitato, tra cui il grado di diligenza richiesto dalla prestazione e quello usato dal lavoratore, nonché l'incidenza dell'organizzazione d'impresa e dei fattori socio-ambientali».

(27) Sulla validità della clausola di rendimento minimo, intesa nel senso precisato, e la sua compatibilità con il contratto di lavoro subordinato v. recentemente Cass. 13 luglio 2000 n. 9292, *RIDL*, 2001, II, p. 220, con nota di M. Tiraboschi; Cass. 1° agosto 2000 n. 10064, mass. in *OGI*, 2001, *Rep. giurispr.*, p. 6. Per alcuni riferimenti giurisprudenziali in proposito e per l'individuazione della diversa fattispecie della clausola di intensità minima della prestazione, v. § 281.

(28) Oltre agli scritti citati nella nota 18, v. F. Mortillaro, *Sul rendimento del prestatore nell'obbligazione di lavoro*, *DL*, 1971, I, pp. 123 ss.; M.N. Bettini, *Il licenziamento per scarso rendimento*, *IS*, 1987, n. 34, p. 11; A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, cit. nella nota 10, partic. pp. 194-203; Id., *Sul licenziamento per scarso rendimento ecc.*, cit. nella nota 19; L. Nannipieri, *Licenziamento per scarso rendimento ecc.*, cit. nella nota 19; C. Panduri, *Corte di Cassazione e scarso rendimento: un passo (o più?) indietro*, *D&L*, 1997, p. 373.

(29) Cass. 3 novembre 1980 n. 5871, mass.; Cass. 25 novembre 1982 n. 6405, *NGL*, 1982, p. 514; Cass. 23 aprile 1983 n. 2797, *L80*, 1983, p. 792.

(30) L. Mengoni, *Obbligazioni «di risultato» e obbligazioni di «mezzi»*, *RDCComm*, 1954, I, pp. 185-209, 280-320, 366-396. Per una rassegna della dottrina successiva in argomento v. A. Perulli, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, cit. nella nota 8, pp. 637-639.

(31) Perdita di peso non significa però sparizione: la catena di montaggio esiste ancora — ad esempio nella nostra industria automobilistica — ed esiste ancora la misurazione dei tempi di esecuzione delle singole operazioni da parte degli operai che vi sono addetti in funzione della determinazione della cadenza della catena (su alcune nuove tecniche che vengono adottate in questo campo nello stabilimento Fiat di Cassino e la dialettica sindacale in proposito v. *RS*, 2001, n. 34, p. 5). In proposito v. anche §§ 251-252.

(32) V. in proposito la ricca raccolta di saggi *Qualità totale e diritto del lavoro*, a cura di L. Spagnuolo Vigorita, Milano, 1997; inoltre *Strategie di comunicazione e Statuto dei lavoratori*, a cura di P. Ichino, Milano, 1992.

(33) V. però, per un caso in cui è stato ritenuto inadempiente il lavoratore che non si era adeguato ai nuovi ritmi richiesti dal datore di lavoro, nonostante l'opposizione sindacale a tale richiesta, v. P. Torino 4 aprile 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 661, con nota di P. Lambertucci, *Sui criteri di determinazione del rendimento dovuto*.

(34) Sulla legittimità della clausola del contratto collettivo bancario che condiziona l'erogazione del «premio di rendimento» a una verifica in concreto del rendimento del lavoratore, operata dall'organo aziendale competente, v. Cass. 23 giugno 1998 n. 6221, *RIDL*, 1999, II, p. 535, con nota di A. Morone, *Premio di rendimento e valutazione della prestazione lavorativa*.

(35) Nei principali contratti collettivi nazionali vigenti nel settore industriale non compare alcuna clausola esplicita di rendimento. L'obbligo di raggiungere il «rendimento minimo di cottimo» appare tuttavia desumibile dalla particolare formulazione dei contratti stessi, laddove essi fanno riferimento, per la determinazione di tale rendimento minimo, alla «normale laboriosità» dell'operaio (v. in proposito anche la nota seguente). Clausole di rendimento esplicite compaiono invece frequentemente nelle regolamentazioni del cottimo contenute nei contratti aziendali. Nel senso della legittimità della riduzione della retribuzione in corrispondenza con il minor rendimento del lavoratore — a lui imputabile — rispetto al rendimento minimo previsto dalla tariffa di cottimo convenuta in sede collettiva, v. Cass. 10 gennaio 1994 n. 162, cit. nella nota 153 al § 252.

(36) Cfr. G. Giugni, *Organizzazione dell'impresa ed evoluzione dei rapporti giuridici: la retribuzione a cottimo*, in *Scritti in memoria di A. Graziani*, vol. II, Napoli, 1968: «L'inadempimento presuppone il riferimento a una quantità determinata. Ma, fino a che le variazioni di quantità si vedano come influenti solo sulla retribuzione, è difficile pensare a tale quantità come alla misura della prestazione, appunto perché ne resta estranea ogni funzione determinativa di quest'ultima» (p. 847). In giurisprudenza, nello stesso senso, P. Venezia 10 giugno 1982, *L80*, 1983, p. 74; P. Monza 1°

dicembre 1992, *RIDL*, 1993, II, p. 460, con nota di A. Pizzoferrato, *Sul rendimento del lavoratore a cottimo: si riapre la disputa?*, dove si dà conto delle precedenti incertezze giurisprudenziali e dottrinali sul punto. In proposito v. anche la rassegna di giurisprudenza proposta da I. Frasca, *Sistemi e tecniche retributive, ne La retribuzione. Struttura e regime giuridico*, vol. II, Napoli, 1994, pp. 68-72.

(37) Per un caso nel quale è stato ritenuto legittimo il licenziamento del dipendente che aveva svolto un'attività lavorativa costantemente inadeguata rispetto ai livelli di intensità convenuti in sede collettiva, v. T. Milano 3 aprile 1992, *OGL*, 1992, p. 354.

(38) V. Cass. 23 aprile 1983 n. 2797, cit. nella nota 19; Cass. 27 marzo 1987 n. 3014 e 30 marzo 1987 n. 3062, *DL*, 1987, II, pp. 384 e 388, e *NGL*, 1987, p. 473, nonché le altre sentenze citate a questo proposito da L. Nannipieri, *Licenziamento per scarso rendimento ecc.*, cit. nella nota 19. V. peraltro le sentenze citate nella nota 22 al § 279, che hanno ritenuto gravare sul lavoratore l'onere della prova circa il carattere non colpevole del difetto della prestazione.

(39) Tale pattuizione non è di per sé contraddittoria rispetto alla natura del contratto di lavoro subordinato, poiché oggetto dell'obbligazione non è l'opus (in sé indivisibile, oggetto di prestazione giuridicamente istantanea), ma è sempre l'attività lavorativa integrata nell'organizzazione aziendale, assoggettata pienamente al potere direttivo del creditore e divisibile *ratione temporis*: il risultato in relazione al quale la clausola determina l'estensione temporale della prestazione ben può essere realizzato solo in parte (ad es. a causa di un impedimento sopravvenuto), configurandosi in tal caso un adempimento parziale dell'obbligazione.

(40) Cfr. P. Roma 3 dicembre 1998, *RGL*, 1999, II, p. 619, con nota di L. Valente, *Capelli corti e acconciature classiche: quando la sanzione disciplinare è legittimamente connessa alla violazione delle direttive in materia di aspetto estetico*.

(41) Cfr., in chiave restrittiva circa questo obbligo «tecnico», Cass. 9 aprile 1993 n. 4307, *RGL*, 1994, II, p. 223, con nota di A. Bellavista, *Abbigliamento del dipendente e poteri del datore di lavoro*. V. inoltre ultimamente A. Milano 9 aprile 2002 (*RIDL*, 2002, II, p. 658, con nota di G. Pera, *Il lavoratore deve radersi ogni giorno?*), dove, confermandosi una sentenza del Tribunale di Monza, si è ritenuto che non rientri nella diligenza dovuta dall'addetto al servizio di confezione e vendita al pubblico di prodotti di gastronomia di un supermercato l'obbligo della rasatura quotidiana della barba. In senso opposto può citarsi la sentenza del tribunale del lavoro di Southampton *Watson c. Waitrose*, 1° marzo 2001 (ne ignoro il luogo di pubblicazione), che ha ritenuto legittima l'imposizione della rasatura quotidiana della barba a un cameriere addetto a *coffee shop*, sul presupposto che l'assenza di peluria sul volto garantisca meglio l'igiene del cibo servito agli avventori.

(42) È stato ritenuto scorretto, e pertanto perseguibile sul piano disciplinare, il comportamento dell'impiegato di banca che si era presentato al lavoro vestito da sceriffo del *far west*, con tanto di cappellone e stella sul bavero (T. Latina 19 settembre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 248, con nota di V.A. Poso, *L'elaborazione giurisprudenziale recente in tema di insubordinazione*), così come quello di un altro impiegato bancario che si era presentato al lavoro in canottiera (Cass. 21 dicembre 1991 n. 13829, *GC*, 1992, I, p. 3083, con nota di A. Pizzoferrato). Nello stesso senso, nella giurisprudenza francese, *Cons. Prud'hommes Rouen* 30 agosto 2001, *DO*, 2001, p. 394, in riferimento a un impiegato che si era presentato al lavoro in bermuda (nella motivazione il collegio osserva che «la società francese riserva certi abbigliamenti alle donne, anche se il numero dei vestiti "unisex" tende ad aumentare. La situazione non è dunque identica fra i sessi in materia di abbigliamento») e, in riferimento a un caso pressoché identico, A. Rouen 13 novembre 2001, *DO*, 2002, p. 412, con nota di P. Moussy; nella giurisprudenza britannica la nota sentenza *Smith c. Safeway*, *IRLR*, 1996, p. 456, che ha ritenuto legittima l'applicazione di regole differenti, in materia di abbigliamento e acconciatura dei capelli, tra uomini e donne, e in particolare un divieto di capelli lunghi per un addetto al settore pasticceria di un esercizio pubblico; ma su di un caso analogo italiano v. in senso opposto Cass. n. 4307/1993, cit. nella nota prec.

(43) V. ancora, in questo senso, Cass. 9 aprile 1993 n. 4307, cit. nella nota 41: la Corte fa qui esplicito riferimento alle «clausole pattizie» con cui può essere limitata la libertà di abbigliamento, al di là di quanto disposto in via generale «nelle norme giuridiche o nelle regole sociali dalle prime richiamate».

(44) Per una ampia esposizione e i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito, v. K.E. Klare, *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, *DLRI*, 1994, pp. 567-626.

(45) In questo senso v. recentemente C. Smuraglia, *Diritti fondamentali della persona nel rapporto di lavoro (situazioni soggettive emergenti e nuove tecniche di tutela)*, *RGL*, 2000, I, pp. 473-475 (ivi alcuni ulteriori riferimenti giurisprudenziali). Per un caso nel quale è stato ritenuto illegittimo il divieto di portare minigonne v. P. Milano 12 gennaio 1995, *GC*, 1995, I, p. 2267, con nota di G. Pera, *La minigonna negli ambienti di lavoro*.

(46) Sulla ragionevolezza, ma solo entro certi limiti, della differenza di abbigliamento tra uomini e donne, v. le sentenze straniere cit. nella nota 42.

(47) È quest'ultima la soluzione proposta, in riferimento all'ordinamento statunitense, da K.E. Klare, *Abbigliamento e potere: il controllo sull'aspetto del lavoratore subordinato*, cit. nella nota 44, il quale propone una «ricostruzione del mercato» su questa materia, affidata a un intervento legislativo o alla giurisprudenza: «Come punto di partenza, dovrebbe essere considerato illegittimo per un datore, in mancanza di una valida "rinuncia" [da parte del lavoratore], operare discriminazioni, applicare sanzioni, o licenziare un dipendente o aspirante tale sulla base del suo aspetto personale o del suo abbigliamento. Dovrebbe comunque essere permesso al datore di lavoro di acquisire il diritto a controllare l'aspetto personale del lavoratore, a certe condizioni di base. L'obiettivo è quello di promuovere la concorrenza fra datori di lavoro sulle condizioni del contratto relative all'aspetto personale e cercare di costringerli a pagare una maggiorazione retributiva se desiderano esercitare un potere eccezionale di controllo sull'aspetto dei lavoratori [non strettamente legato a esigenze tecniche della prestazione]. La speranza è che i datori di lavoro prima o poi si rendano conto che non ne vale la pena. Un datore di lavoro che intenda acquisire il controllo sull'aspetto personale dei propri dipendenti dovrebbe ottenere da loro una espressa rinuncia scritta ... Il datore sarebbe tenuto ad avvertire i lavoratori che hanno la possibilità di conservare il controllo sul proprio aspetto accettando una retribuzione più bassa». ... «In sostanza, la ricostruzione che propongo è pensata per privare i datori della capacità e/o dell'incentivo a farsi concorrenza in base all'immagine o al fascino sessuale di un lavoratore o di una lavoratrice attraente. Tuttavia, i problemi legati alla piacevolezza fisica ... si presenteranno sempre, ad esempio, nei casi in cui ci si trova al confine fra uno standard minimo di cura personale e uno di gradevolezza fisica ... In questi casi deve prevalere la contrattazione, oppure il divieto di regole sessiste sull'abbigliamento e la cura personale ...? ... la tesi che propongo — sia pure con molta esitazione — è che, almeno nella fase attuale, molti dei problemi relativi all'aspetto personale debbano e possano utilmente essere lasciati alla contrattazione, in un mercato ricostruito» (pp. 623-626).

(48) V. sul punto F. Mancini, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, cit. nella nota 18, pp. 71-96, dove l'A. discute della tesi proposta da L. Mengoni (*Obbligazioni «di risultato» ecc.*, cit. nella nota 30) circa la portata del principio di buona fede nell'attuazione del rapporto contrattuale, di cui all'art. 1375 c.c., in parte dissentendone, e pp. 147-168, dove egli trae le conseguenze del discorso in tema di «obbligo preparatorio» della prestazione di lavoro, individuandone il limite nella regola generale secondo la quale «quando la pretesa del creditore è passibile di soddisfazione solo mediante comportamenti contrari a un interesse che con essa collida e la soverchi per importanza, i detti comportamenti non sono esigibili» (p. 159). Per una lettura dei due classici tendente a un riavvicinamento sostanziale delle rispettive tesi v. ora A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, cit. nella nota 10, pp. 253-263.

(49) Cfr. Cass. 26 maggio 2001 n. 7192, *LG*, 2001, p. 832, con nota adesiva di G. Mannacio, *Alcolismo e licenziamento per giusta causa; può leggersi anche in RIDL*, 2002, II, p. con note di M. Pallini, *Ubriachezza e dipendenza dall'alcol del lavoratore: imputabilità dello stato di incapacità e volontarietà dell'inadempimento*, e mia, *L'inadempimento dell'alcolizzato fra legislazione protettiva ed etica della responsabilità*. In proposito v. anche nota 121 al § 385. In riferimento al dovere generale del lavoratore di non pregiudicare la propria attitudine all'adempimento con comportamenti con essa incompatibili tenuti nei periodi di riposo, v. Cass. 5 dicembre 1990 n. 11657, *RIDL*, 1991, II, p. 828, con nota di G. Proia, *Doveri preparatori della prestazione ed obbligo positivo di fedeltà*.

(50) Per i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali in proposito v. A. Perulli, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, cit. nella nota 8, pp. 645-646.

(51) V. in proposito nota 24 al § 477.

(52) V. soprattutto M. Persiani, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, *DL*, 1971, pp. 12-22; U. Romagnoli, *Comm SB*, 1972, sub art. 13, pp. 174-191; R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori. Evoluzione e crisi dei criteri*

tradizionali, relazione introduttiva al convegno dell'Aidlass di Pisa (maggio 1973, atti pubblicati sotto lo stesso titolo, Milano, 1975), che può leggersi anche in *RGL*, 1973, I, pp. 149-169; Di Berardino, *Per una lettura dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori: il valore della professionalità in una tecnica di tutela garantista e promozionale*, intervento al convegno pisano cit., anche in *RGL*, 1974, I, pp. 211-218. In senso parzialmente contrario, tra i primi commenti, soltanto F. Traversa, *L'assegnazione delle mansioni*, relazione al convegno Iseo di Milano, ottobre 1972, ne *L'applicazione dello statuto dei lavoratori. Tendenze e orientamenti*, Milano, 1973, pp. 140-166, secondo il quale, in seguito alla modifica dell'art. 2103 c.c., lo *ius variandi* aveva subito per un verso una limitazione (divieto di declassamento), ma per altro verso un ampliamento (maggiore fungibilità delle prestazioni nell'ambito del livello professionale di inquadramento del lavoratore).

(53) G. Suppiej, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, cit. nella nota 2; Id., nel *Commentario dello Statuto dei lavoratori* diretto da U. Prosperetti, Milano, 1975, sub art. 13, pp. 334-367. Nello stesso senso v., in seguito, C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, partic. pp. 25-45: «la norma si è disinteressata della fonte di produzione delle modifiche delle mansioni; cioè è rimasta "muta" su tale aspetto ... si è unicamente preoccupata e occupata di porre un limite alle modificazioni attuabili, senza soffermarsi sul "titolo" dello spostamento»; «la norma, a differenza del precedente testo, è strutturalmente volta, più che a conferire un diritto al creditore della prestazione, a definire un interesse del debitore di essa, svolgendo quindi una funzione limitativa delle modifiche attuabili» (p. 39). Lo stesso A. esclude, peraltro, anche la deducibilità dello *ius variandi* dall'art. 2104 (pp. 45-47) o dall'art. 2094 c.c. (pp. 47-50), per giungere a una conclusione drasticamente negativa: «l'interpretazione più corretta si mostra, purtroppo, quella che conduce a negare radicalmente l'esistenza del potere stesso» (p. 97).

(54) Il primo comma dell'art. 2103 era così formulato «Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per cui 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».

(55) Su questo punto si registrano però notevoli incertezze giurisprudenziali: nel senso indicato nel testo v. Cass. 1° luglio 1999 n. 6799, *DPL*, 1999, p. 3369, in materia di equivalenza tra mansioni inerenti al pilotaggio e copilotaggio di aerei, dove è stato ritenuto decisivo il riferimento al contratto collettivo vigente per i piloti Alitalia; inoltre Cass. 19 aprile 2001 n. 5761, mass., dove si precisa che l'autonomia collettiva non è limitata dall'art. 2103 c.c. nella determinazione e variazione dell'ampiezza della categoria professionale. V. però, in senso apparentemente contrario, un *obiter dictum* di Cass. 6 giugno 1985 n. 3372 (cit. nella nota 101): «è vero che nei contratti collettivi si può talvolta riscontrare che le parti raggruppino mansioni non sempre equivalenti sotto il profilo tecnico-professionale (Cass. n. 2691 del 1977) ma non è vero che a categoria superiore corrispondano sempre mansioni non equivalenti» (in motivazione, c. 1060); inoltre Cass. 10 aprile 1999 n. 3536, *GC*, 1999, I, p. 2992, secondo la quale «non può farsi alcuna differenza tra l'ipotesi in cui cambi 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; pertanto, poiché sia l'una che l'altra sono ipotesi di "assegnazione a mansioni superiori", vale per entrambe la regola che l'acquisizione del diritto alla qualifica superiore esige che le mansioni superiori (materialmente o formalmente) siano svolte per almeno tre mesi»; infine Cass. 2 gennaio 2001 n. 9, cit. nella nota 119.

(56) Già prima del 1970, con la monografia di G. Giugni sulle mansioni del lavoratore (cit. nella nota 16), poteva considerarsi acquisito che «se dalle mansioni è certamente possibile risalire all'inquadramento ... non è detto che sia possibile l'operazione inversa»: F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 146.

(57) Così F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit. nella nota prec., pp. 142-143, dove si fa peraltro cenno anche del requisito della temporaneità dello spostamento, secondo la vecchia norma: «un mutamento definitivo avrebbe comportato, per definizione, un mutamento della posizione sostanziale del lavoratore» (ma, così interpretato, il vecchio art. 2103 avrebbe imposto una limitazione dello *ius variandi* assai più restrittiva di quella imposta dalla nuova norma).

(58) Giurisprudenza ormai del tutto consolidata. V. per tutte Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, cit. nella nota 122; Cass. 10 aprile 1996 n. 3340, *RIDL*, 1997, II, p. 66, con nota di L. Calafà; Cass. 17 luglio 1998 n. 7040, *RIDL*, 1999, II, p. 276, con nota di M. Borzaga, *Il concetto di equivalenza delle mansioni*; Cass. 10 agosto 1999 n. 8577, *NGL*, 2000, p. 42: «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, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l'accrescimento delle sue capacità professionali». V. anche Cass. 1° settembre 2000 n. 11457, *NGL*, 2001, p. 38: «L'equivalenza delle mansioni ... va verificata sia sul piano oggettivo, e cioè sotto il profilo della inclusione nella stessa area professionale e salariale delle mansioni iniziali e di quelle di destinazione, sia sul piano soggettivo, in relazione al quale è necessario che le due mansioni siano professionalmente affini, nel senso che le nuove si armonizzano con le capacità professionali già acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi; tuttavia, nel rispetto di dette condizioni, non è richiesta l'identità delle mansioni, né costituisce elemento ostativo la necessità di un aggiornamento professionale in relazione a innovazioni tecnologiche» (nel caso specifico una lavoratrice dipendente da un'azienda privata di vigilanza, già addetta a mansioni impiegate di ordine elementari e ripetitive, oltre che a rispondere, insieme con altri colleghi, alle chiamate nella sala operativa, era stata addetta esclusivamente a queste ultime mansioni, a seguito dell'incremento delle chiamate e alla riorganizzazione tecnica del lavoro; il giudice di merito, con la sentenza confermata dalla Corte, aveva ritenuto ingiustificato e disciplinarmente rilevante il reiterato rifiuto della lavoratrice di svolgere le mansioni assegnate); nello stesso senso Cass. 3 luglio 2001 n. 9002, mass.

(59) G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 16, pp. 103-173.

(60) Solo in alcuni casi assai rari la legge attribuisce rilievo specifico decisivo, per la determinazione della qualifica contrattuale e quindi del trattamento dovuto al lavoratore, alla sua qualifica soggettiva o titolo professionale: uno di questi è costituito dalla disciplina legislativa del lavoro nautico: v. in proposito Cass. 26 marzo 1994 n. 2963, *RIDL*, 1995, II, p. 683, con nota di A. Fortunat. In alcuni altri casi il titolo professionale cui viene attribuito rilievo decisivo è costituito dall'iscrizione a un albo od ordine professionale: v. in proposito Cass. 3 agosto 1990 n. 7770, *DPL*, 1991, p. 129, dove è esplicitamente affermata, in relazione a tali casi, la deroga parziale alla regola di cui all'art. 2103 c.c.

(61) Per una enunciazione esplicita di questa osservazione v. P. Matera 12 maggio 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 156, con nota di G.P. Proia, *Ancora in tema di ius variandi: mansioni fungibili e professionalità "congelata"*.

(62) Sull'inesistenza, in linea generale, di un diritto del lavoratore alla promozione, stante l'insindacabilità delle valutazioni del datore di lavoro in proposito v. Cass. 25 febbraio 1988 n. 2015, *RIDL*, 1988, II, p. 956, con nota di P. Tullini, *Correttezza contrattuale e obbligo di motivazione*.

(63) V. in proposito § 291 e ivi nota 101.

(64) In questo senso v. soprattutto L. Mengoni, *Il contratto di lavoro nel diritto italiano*, in AA.VV., *Il contratto di lavoro nel diritto dei Paesi membri della C.E.C.A.*, Milano, 1965 (ma lo scritto è del 1962), pp. 475-476; M. Persiani, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Padova, 1966, pp. 193-196.

(65) Per il dibattito dottrinale su questo punto v. G. Suppiej, *Il rapporto di lavoro*, Padova, 1982, pp. 308-331. Per un riepilogo aggiornato dello stesso dibattito e una conclusione simile a quella proposta nel testo v. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Comm Sch*, 1997, pp. 29-36; v. anche p. 128: «nella dottrina più accorta affiora la consapevolezza del carattere "normale" delle vicende modificative delle mansioni nella vita del rapporto di lavoro»; inoltre A. Perulli, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, cit. nella nota 8, pp. 660-662.

(66) T. Treu, *Statuto e organizzazione del lavoro*, *RTDPC*, 1972, pp. 1039-1040; Id., *Qualifiche, oggetto del rapporto di lavoro e mobilità professionale*, in *Inquadramento unico e professionalità*, Milano, 1973, p. 33; G. Giugni, intervento al convegno pisano cit. nella nota 52, pp. 158-159; U. Romagnoli, ivi, pp. 63 e 66-67.

(67) V. tra le altre P. Borgomanero 26 settembre 1973, *RGL*, 1974, II, p. 443, con nota di M. FIdanza, *Provvedimenti d'urgenza, trasferimento di azienda e mutamento delle mansioni del lavoratore*; T. Monza 2 luglio 1975, *RGL*, 1975, II, p. 1034; P. Roma 13 dicembre 1975, *FI*, 1976, I, c. 111;

T. Milano 29 novembre 1975, *OGI*, 1976, p. 36. In seguito le sentenze di questo genere vanno rarefacendosi: v. tra queste T. Firenze 3 novembre 1988, *RIDL*, 1989, II, p. 770, con nota di P. Ghinoy, *Sui tentativi per derogare a una norma inderogabile*; T. Napoli 21 febbraio 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 176, con nota di L. Moretti, *L'alternativa tra licenziamento e declassamento: un problema ancora aperto*.

(68) Tra le sentenze più significative di questo orientamento v. T. Milano 19 aprile 1973, *OGI*, 1973, p. 243; T. Milano 7 gennaio 1976, *ivi*, 1976, p. 31. Per ulteriori riferimenti sulle prime esperienze applicative del nuovo art. 2103 c.c. v. la rassegna di giurisprudenza di R. Mediani, G. Jotti, *Il mutamento delle mansioni del prestatore di lavoro*. Ius variandi, *evoluzione dell'istituto, prime applicazioni dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, *RDL*, 1974, II, pp. 23-27.

(69) V. ancora T. Milano 7 gennaio 1976, cit. nella nota prec., in motivazione.

(70) V. ultimamente in questo senso Cass. 12 luglio 2002 n. 10187, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003, II, n. 1, dove si afferma che le esigenze aziendali ben possono determinare una situazione nella quale «si affievolisce il diritto del lavoratore all'esercizio di mansioni di stretta attinenza alla propria fascia professionale, e il suo rifiuto di esercitarne altre ... si pone come contrario a buona fede, traducendosi nella pretesa di un esercizio pieno del diritto alla professionalità propria nonostante che ad esso ostino serie e ragionevoli esigenze di efficienza aziendale» (in motivazione, p. 4 del dattiloscritto).

(71) Cfr. F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit. nella nota 56: «Modificabilità delle mansioni e stabilità reale si presentano, dunque, come facce di una medesima realtà che il legislatore ... ha voluto promuovere» (p. 99, dove l'A. ha ritenuto di citare a questo proposito il mio *Interesse dell'impresa, progresso tecnologico e tutela della professionalità*, *RGL*, 1976, I, pp. 489-499).

(72) V. ancora F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56, partic. p. 173, dove si afferma che «l'equivalenza va letta come complesso criterio di controllo del fenomeno mobilità e non — in una prospettiva, per così dire, atomistica e riduttiva — come semplice criterio di estensione e identificazione della prestazione dovuta. ... essa ... non può limitarsi solo a indicare in astratto la qualità delle prestazioni esigibili, bensì implica anche ... una valutazione del senso, del significato che la modifica presenta nel contesto della gestione della forza-lavoro» (v. anche, nella stessa monografia, pp. 180-181). Inoltre M. Brolo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, p. 141: «A conti fatti, l'equivalenza — seppur ancorata alla professionalità — è un concetto strutturalmente "aperto" e solo "teleologicamente" determinato. Ne deriva l'impossibilità di fornire, sul piano astratto-concettuale, una definizione a priori della nozione. Per cui non si può dire in via astratta che cos'è l'equivalenza professionale ... il canone dell'equivalenza va individuato in virtù della sua idoneità a tutelare in modo effettivo il bene protetto. La soluzione prospettata aggancia, in modo dinamico, la nozione di equivalenza alla tutela della dignità (sub specie professionale) del lavoratore» (questa idea è poi sviluppata e precisata dall'A. alle pp. 150-159).

(73) Così, in dottrina, L. Nannipieri, *L'accordo sulle mansioni inferiori*, *RIDL*, 2001, I, pp. 355-365. In giurisprudenza, la validità della pattuizione tra le parti di un mutamento in *peius* delle mansioni è affermata da Cass. 10 gennaio 1986 n. 83, mass., addirittura in riferimento a un caso di consenso tacito del lavoratore: «qualora il lavoratore ... continui a prestare la propria opera, accontentandosi al mutamento delle mansioni, questo suo comportamento, protrandosi nel tempo, assume il significato di un'accettazione non equivoca delle nuove condizioni di lavoro avente efficacia obbligatoria». In senso sostanzialmente conforme v. Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, cit. nella nota 79. Ma la giurisprudenza nettamente prevalente è orientata nel senso della validità di una siffatta pattuizione soltanto in circostanze nelle quali il sacrificio sul piano professionale sia giustificato dall'interesse del lavoratore, non altrimenti perseguibile, alla conservazione del posto di lavoro: v. nota 79. Quando non sussista un giustificato motivo di deroga all'art. 2103, il consenso del lavoratore allo spostamento a mansioni non equivalenti è per lo più ritenuto irrilevante: v. ultimamente in questo senso Cass. 7 febbraio 2001 n. 1766, *LPO*, 2001, p. 419, in riferimento a un caso in cui il consenso del lavoratore era stato espresso in forma tacita.

(74) Sulla stessa materia è poi intervenuta la direttiva comunitaria n. 85/1992, cui il legislatore italiano ha dato attuazione con il d.lgs. n. 645/1996 (v. § 402); ma questi nuovi provvedimenti non hanno innovato apprezzabilmente rispetto all'art. 3 della legge del 1971, per l'aspetto che qui interessa.

(75) V. in proposito F. Santoni, *Crisi dell'impresa, eccedenze di personale e misure alternative ai licenziamenti collettivi*, *RIDL*, 1996, I, pp. 71-75. In precedenza, la tesi della riferibilità del divieto dei patti contrari contenuto nel secondo comma dell'art. 2103 alle sole pattuizioni individuali e non a quelle collettive (della quale un cenno si trovava già in C. Assanti (G. Pera), *Commento allo Statuto dei lavoratori*, Padova, 1972, p. 154) era stata respinta da E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti all'art. 13 dello statuto dei lavoratori*, *MGL*, 1984, pp. 408-410.

(76) In precedenza, la possibilità di deroga all'art. 2103 era prevista dall'art. 20 della legge n. 482/1968 (§ 38). Deve ritenersi che l'abrogazione di questa norma ad opera della nuova legge del 1999 abbia travolto anche il disposto dell'art. 19 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, che estendeva la vecchia disciplina ai lavoratori affetti da minorazione psichica (in questo senso v. *op. cit.* nella nota seg., p. 342): per questi ora dispone direttamente l'art. 10 della nuova legge. V. in proposito anche Cass. 2 agosto 2001 n. 10574, cit. nella nota 21 al § 207.

(77) Per una trattazione sistematica di questo insieme di norme e una valutazione circa l'orientamento legislativo complessivo che se ne deduce v. Marc. De Cristofaro, *Tendenze legislative in tema di mutamento in peius delle mansioni nell'interesse del lavoratore*, *DL*, 1999, I, pp. 341-360.

(78) V. ultimamente M.N. Bettini, *Il consenso del lavoratore*, Torino, 2001, pp. 96-98; *ivi* ulteriori riferimenti.

(79) V. in proposito soprattutto Cass. S.U. 7 agosto 1998 n. 7755, *FI*, 1999, I, c. 197. Inoltre, fra le più recenti, Cass. 6 aprile 1999 n. 3314, *RIDL*, 1999, II, p. 843, con nota di S. Bartalotta, *Sulla legittimità del c.d. patto di declassamento come alternativa al licenziamento*; Cass. 18 ottobre 1999 n. 11727, *NGL*, 2000, p. 447: «la modifica in *peius* è illegittima, salvo che sia stata disposta con il consenso del dipendente per evitare il licenziamento o la messa in cassa integrazione del lavoratore stesso, la cui diversa utilizzazione non contrasta con l'esigenza di dignità e libertà della persona, configurando una soluzione più favorevole di quella ispirata al mero rispetto formale della norma»; Cass. 5 agosto 2000 n. 10339 (*NGL*, 2001, p. 101), secondo la quale il patto con cui il lavoratore viene assegnato a mansioni inferiori non costituisce deroga al 2103, bensì «adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto, sorretto dal consenso e dall'interesse del lavoratore». Sostanzialmente nello stesso senso, in precedenza, Cass. 2 novembre 1992 n. 10793, *RIDL*, 1994, II, con nota di A. Morone; Cass. 20 maggio 1993 n. 5693, *RIDL*, 1994, II, p. 161, con nota di G. Conte, *Sul consenso del lavoratore alla dequalificazione delle mansioni in funzione di propri interessi* (*ivi* ulteriori riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza precedenti); Cass. 15 marzo 1995 n. 2990, *GI*, 1995, I, 1, c. 1634, con nota di V. Barbanti, *Il mutamento in peius delle mansioni del lavoratore*; T. Roma 22 ottobre 1998, *NGL*, 1998, p. 556.

(80) Ad esempio, Cass. 1° marzo 2001 n. 2948 (*DL*, 2002, II, p. 181, con nota di F. Iacobone, *Rifiuto di mansioni non equivalenti e licenziamento per giusta causa*; può leggersi anche in *FI*, 2001, I, c. 1869; *GC*, 2001, I, p. 2682; *LG*, 2001, p. 684; *OGI*, 2001, p. 364) ha ritenuto legittima l'adibizione temporanea del lavoratore a mansioni non strettamente equivalenti alle precedenti, al fine dell'acquisizione di una più ampia professionalità.

(81) Così Cass. 9 aprile 1992 n. 4314 (*RIDL*, 1993, II, p. 287, con nota di P. Ghinoy, *Art. 2103 c.c. e rotazione su posizioni di lavoro non equivalenti*), la quale ha riconosciuto la legittimità di una clausola collettiva che prevedeva l'assegnazione avvicendata ai lavoratori di mansioni non equivalenti, per periodi brevi.

(82) Cfr. Cass. 5 agosto 2000 n. 10339, cit. nella nota 79, e, più ampiamente, § 516, lett. e) su giustificato motivo oggettivo di licenziamento e *repechage*.

(83) Cass. 30 agosto 2000 n. 11427, *OGI*, 2001, p. 96: «il lavoratore ha diritto a essere assegnato a nuove mansioni compatibili con la sua salute, ma non a costo di uno stravolgimento organizzativo dell'azienda, e non anche a mansioni del tutto diverse da quelle fin qui svolte». Per una analisi critica di questa massima, v. ancora § 516, lett. e).

(84) G. Suppiej, in *Commentario dello Statuto dei lavoratori* cit. nella nota 53, p. 359; *Id.*, *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 65, p. 336, dove l'A. osserva che «sempre la retribuzione è determinata in relazione alle caratteristiche specifiche dell'attività svolta, sicché in ogni caso l'applicazione della norma sulla conservazione della retribuzione anteriore più elevata comporta il dovere di corrispondere una retribuzione che non è più commisurata alla controprestazione attuale». Inoltre P. Magno, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Padova, 1976, pp. 344-345.

(85) Per un'esposizione critica precisa di questo orientamento v. F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56, pp. 227-228: *ivi*

ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

- (86) Così nella sostanza, pur con sottolineature differenti (analizzate puntigliosamente da F. Liso, *Mobilità ecc.*, cit., pp. 229-238), M. Persiani, *Problemi in tema di retribuzione*, MGL, 1980, p. 871; F. Mortillaro, *La retribuzione*, Roma, 1979, p. 131; G. Giugni, *Mansioni e qualifica*, Enc dir, XXV, 1975, p. 556; O. Mazzotta, *Mutamento di mansioni, retribuzione irriducibile e corresponsività*, FI, 1982, I, c. 519. È questo l'orientamento dominante anche in giurisprudenza: v. per tutte Cass. 7 maggio 1992 n. 5388, RIDL, 1993, II, p. 170, con nota di E. Gragnoli, *Assegnazione a mansioni equivalenti, irriducibilità della retribuzione e indennità accessorie*; Cass. 15 febbraio 1996 n. 1175, cit. nella nota 92; Cass. 18 novembre 1997 n. 11460, RIDL, 1998, II, p. 259, con nota di G. Conte, *La nozione di retribuzione irriducibile a norma dell'art. 2103 c.c.*, in riferimento a un caso in cui un mutamento di mansioni, in sé legittimo, aveva prodotto per il lavoratore una riduzione delle occasioni di lavoro straordinario e di trasferta. In proposito M. Brollo (*La mobilità interna ecc.*, cit. nella nota 65, pp. 186-187) osserva adesivamente che «la posizione della giurisprudenza tenta un compromesso tra l'aspettativa del lavoratore al mantenimento di un certo livello di reddito e l'esigenza di fornire una valida giustificazione alla conservazione del trattamento superiore ... La soluzione accolta dai giudici si rivela coerente con ... la tutela del patrimonio professionale: risultano non riducibili quelle indennità accessorie che remunerano la professionalità del lavoratore maturata nelle precedenti mansioni». Per una rassegna della giurisprudenza più recente v. le note 88-93.
- (87) F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56, pp. 238-245.
- (88) V. Cass. 10 maggio 2002 n. 6763, NGL, 2002, p. 577. Nel senso della legittimità della soppressione di un'indennità istituita dal contratto collettivo per compensare l'esenzione da un determinato orario in una determinata posizione, in occasione dello spostamento del lavoratore ad altra posizione assoggettata a quel limite, v. T. Milano 30 novembre 2000, LG, 2001, p. 696.
- (89) Cfr. Cass. 25 maggio 1982 n. 3210, OGL, 1983, p. 630, con nota di E.A. Dini.
- (90) V. Cass. 23 agosto 2000 n. 11202, NGL, 2001, p. 66: la natura di retribuzione irriducibile deve essere riconosciuta «all'indennità di maneggio denaro, ove corrisposta in modo continuativo, senza un collegamento con l'assunzione da parte del dipendente del rischio derivante da mansioni di cassiere svolte solo per brevi periodi in occasione di sostituzioni di altri dipendenti» (la lavoratrice aveva conservato l'indennità pur svolgendo saltuariamente mansioni di cassiera, che poi, dopo alcune malversazioni, non le erano state più affidate neppure occasionalmente).
- (91) Cass. 25 maggio 1996 n. 4823, GC, 1996, I, p. 2919, con nota — adesiva sul punto — di E. Gragnoli, *Trasferimento del lavoratore, mutamento di mansioni e note di qualifica*.
- (92) In questo senso Cass. 13 novembre 1991 n. 12088, GC, 1992, I, p. 1843, e NGL, 1991, p. 830; Cass. 7 maggio 1992 n. 5388, RIDL, 1993, II, p. 170, con nota di E. Gragnoli, *Assegnazione a mansioni equivalenti, irriducibilità della retribuzione e indennità accessorie*; Cass. 15 febbraio 1996 n. 1175, RIDL, 1996, II, p. 804, con nota di G. Bolego, *Sul trasferimento consensuale del lavoratore a mansioni superiori con riduzione dell'orario e della retribuzione* (può leggersi anche in LG, 1996, p. 686, e NGL, 1996, p. 350).
- (93) Cass. 15 febbraio 1996 n. 1175, cit. nella nota prec., dove si conferma che la regola dell'irriducibilità della retribuzione ex art. 2103 c.c. «si riferisc[e] all'aspetto qualitativo delle mansioni e non a quello quantitativo». Nello stesso senso v. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 187-188: ivi alcuni ulteriori riferimenti giurisprudenziali conformi.
- (94) Nel senso della riducibilità, in tal caso, anche della retribuzione v. (già in riferimento alla disciplina previgente) F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56, pp. 244-245; in riferimento all'art. 4 della legge n.223/1991 v. nello stesso senso Marc. De Cristofaro, *Tendenze legislative in tema di mutamento in peius delle mansioni nell'interesse del lavoratore*, cit. nella nota 77, pp. 355-356; e, implicitamente, F. Santoni, *Crisi dell'impresa, eccedenze di personale ecc.*, cit. nella nota 75, p. 72.
- (95) Cfr. Cass. 30 dicembre 1999 n. 14738, NGL, 2000, p. 318, in riferimento al caso di un impiegato che aveva svolto per un periodo considerevole funzioni vicarie rispetto a quelle di un dirigente, ma senza mai assumerne appieno i poteri e la responsabilità.
- (96) Per una compiuta rassegna di dottrina e giurisprudenza sul punto v. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 291-315.
- (97) Cfr. M. Brollo, *op. ult. cit.*, pp. 293-295. Nel senso dell'illegittimità del rifiuto v. anche F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56, pp. 194-198 (purché le mansioni superiori presentino «omogeneità e continuità» professionale rispetto a quelle precedenti); E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello statuto dei lavoratori*, cit. nella nota 75, p. 399. Nello stesso senso, se ben intendo, anche G. Ghezzi, U. Romagnoli, *Il rapporto di lavoro*, Bologna, 1995³, p. 195: «La possibilità di assegnare mansioni superiori è esplicitamente prevista dall'art. 2103 c.c.».
- (98) R. Scognamiglio, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, NDI, p. 1113: «L'affermazione di principio [nel senso della necessità del consenso del lavoratore] deve essere temperata però ... dalla considerazione che il lavoratore è vincolato pur sempre dall'obbligo della collaborazione ... Ne consegue che, [se] la richiesta del datore di lavoro dell'espletamento di mansioni superiori viene motivata dalla sopravvenienza di esigenze aziendali alle quali non si possa provvedere diversamente, il dipendente non può rifiutarsi di eseguirle, se non adducendo giustificazioni valide, come potrebbero essere quelle della insufficiente preparazione e competenza, o anche della sua inidoneità psico-fisica, che possono rendergli troppo rischioso e/o gravoso il disbrigo, pure temporaneo, delle mansioni superiori».
- (99) R. Corrado, *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, NTDL, II, p. 199; R. Scognamiglio, *Osservazioni sull'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, OGL, 1972, pp. 502 ss.
- (100) Oltre alla drastica posizione negativa di G. Suppiej circa l'esistenza dello *ius variandi* del datore in materia di mansioni (*Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, cit. nella nota 2, partic. p. 43; Id., *Il rapporto di lavoro*, cit. nella nota 65, pp. 323-335), v. M. Grandi, *La mobilità interna*, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, pp. 269 ss., il quale osserva come la tesi dello *ius variandi in melius* non tenga conto dell'esigenza di salvaguardare «un minimo di compatibilità della superiore posizione lavorativa con la dotazione tecnico-professionale soggettiva del lavoratore»; G. Pera, *Diritto del lavoro*, Padova, 2000⁶, p. 411: il lavoratore «non può essere costretto alla promozione».
- (101) In questo senso v. ultimamente Cass. 27 ottobre 2000 n. 14220, GI, 2001, I, 1, p. 889, con nota di F. Mariosa, *Il consenso del prestatore di lavoro nella progressione professionale*, in riferimento al caso di un impiegato bancario promosso a quadro e contestualmente trasferito ad altra filiale; in precedenza Cass. 6 giugno 1985 n. 3372, GI, 1986, I, 1, c. 1056, con nota di G. Galli, in riferimento a un caso in cui la facoltà di promozione unilaterale era attribuita al datore di lavoro dal contratto collettivo dell'Enel; Cass. 29 agosto 1987 n. 7142, mass.; v. inoltre un *obiter dictum* nel senso della necessità — in linea generale — del consenso del lavoratore per la promozione definitiva in Cass. 27 maggio 1994 n. 5192, mass., e in Cass. 13 aprile 1996 n. 3494, RIDL, 1996, II, p. 812. Nel senso della legittimità del rifiuto, da parte di un sindacalista, della promozione dettata da un intendimento scorretto dell'imprenditore, v. invece P. Catania 2 agosto 1995, RIDL, 1996, II, p. 820, con nota di A. Vallebona, *Il sindacalista genuino rifiuta la promozione di favore*.
- (102) Cass. 13 dicembre 2001 n. 15766, NGL, 2002, p. 307.
- (103) In proposito, Cass. 5 maggio 1999 n. 4516 (NGL, 1999, p. 606, e RIDL, 2000, II, p. 42, con nota di S. Brun, *Termine di promozione automatica e mobilità all'interno della categoria dei quadri*) ha ritenuto — assai discutibilmente — che la facoltà attribuita dalla norma citata all'autonomia collettiva di ampliare il termine «riguard[er]e la sola ipotesi di passaggio, per esercizio delle relative mansioni, alla categoria dei quadri (o a quella dei dirigenti) da una categoria inferiore nell'ambito delle quattro categorie del personale dipendente previste dall'art. 2095 c.c.», mentre dovrebbe considerarsi sempre applicabile il termine massimo dei tre mesi fissato dall'art. 2103 c.c. «per l'acquisizione del diritto all'inquadramento in un livello superiore di quelli eventualmente previsti dalla contrattazione collettiva all'interno della stessa categoria»: ciò «in considerazione della formulazione letterale della disposizione e, sul piano della *ratio legis*, del fatto che l'esigenza di particolari garanzie riguardo alle capacità professionali, che è prospettabile per il passaggio alla categoria superiore, non sussiste[rebbe] in maniera analoga per passaggi interni alla stessa». In senso opposto (nel senso, cioè, della disponibilità in sede collettiva anche del termine relativo ai passaggi di livello all'interno della categoria dei quadri o dei dirigenti) v. Cass. 6 luglio 2001 n. 9165, MGL, 2001, p. 1002; apparentemente in quest'ultimo senso v. anche Cass. 26 marzo 1999

n. 2912, mass. in *DPL*, 1999, p. 2410, della quale non è però del tutto chiaro il significato per l'aspetto che qui interessa.

(104) V. in questo senso Cass. 20 maggio 1997 n. 4496, *RIDL*, 1998, II, p. 96, con nota di M. Palla, *La figura del c.d. sostituto programmato nell'esegesi dell'art. 2103 c.c.*; Cass. 17 marzo 1993 n. 3144 (*RIDL*, 1994, II, p. 346, con nota di G. De Fazio, *Promozione automatica e concorso interno*) precisa che il lavoratore matura il diritto all'assegnazione definitiva delle mansioni superiori, anche se nessuno dei periodi di assegnazione supera i tre mesi, quando la successione di tali periodi sia oggetto di una deliberata (ancorché non necessariamente fraudolenta) programmazione da parte del datore di lavoro. Per alcuni casi nei quali invece è stato negato il diritto del lavoratore all'assegnazione definitiva, in difetto di prova sull'intento fraudolento del datore di lavoro, v. Cass. 23 dicembre 1991 n. 13897, *RIDL*, 1992, II, p. 965, con nota di P. Tradati, *Promozione automatica del lavoratore ed espletamento di procedura concorsuale*; Cass. 7 luglio 1992 n. 8236, *RIDL*, 1993, II, p. 784, con nota di M. Cavaggioni, *Assegnazione a mansioni superiori per periodi brevi e diritto alla promozione*; T. Trani 24 febbraio 2000, *GC*, 2001, I, p. 2225, con nota di M. Siena, *La reiterata assegnazione infratrimestrale a mansioni superiori nelle more dello svolgimento di una procedura concorsuale*.

(105) Cfr. C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, cit. nella nota 53, p. 198: «L'assegnazione a mansioni superiori deve essere "piena", nel senso che deve comportare non solo l'effettivo svolgimento di tutte le operazioni materiali delle mansioni superiori, ma anche l'assunzione del livello di responsabilità e di autonomia tipica delle stesse, che implica un diverso livello di collaborazione con il datore di lavoro».

(106) V. in questo senso M. Esposito, *La mobilità del lavoratore a favore del terzo*, Napoli, 2002, pp. 114-119, dove a questo proposito viene valorizzata sul piano sistematico la norma contenuta nell'art. 4, c. 2°, della legge 26 novembre 1993 n. 482, in materia di distacco di lavoratori pubblici o privati presso i gruppi parlamentari, dove si stabilisce che «il comando e il distacco non comportano in nessun caso variazioni nel trattamento stipendiale e nel regime previdenziale di provenienza».

(107) V. ultimamente in questo senso Cass. 6 maggio 1999 n. 4550, *RIDL*, 2000, II, p. 49, con nota di S. Tozzoli, *Ferie e «assenza con diritto alla conservazione del posto» ex art. 2103 c.c.*

(108) Cass. 5 dicembre 1990 n. 11663, *RIDL*, 1991, II, p. 601, con nota di E. Gragnoli, *Sostituzione di lavoratore in Cig e promozione automatica ex art. 2103 c.c.*

(109) Cass. 5 marzo 2002 n. 3145, *DPL*, 2002, p. 1977. V. però, in senso parzialmente diverso, Cass. 24 maggio 1999 n. 5040, mass., e Cass. 16 dicembre 1999 n. 14154, mass.

(110) Cfr. sul punto Cass. 5 febbraio 1998 n. 1192, *RIDL*, 1998, II, p. 723, con nota di P. Rigioli, *Assegnazione di mansioni superiori: oneri di comunicazione e di prova dei motivi a carico del datore*.

(111) Cass. 24 gennaio 1992 n. 766, *RIDL*, 1993, II, p. 278, con nota di F. Focareta, *Promozione automatica ex art. 2103 c.c. e dimissioni del lavoratore sostituito*.

(112) Che sostituisce l'art. 56 del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29, come già sostituito dall'art. 25 del d.lgs. 31 marzo 1998 n. 80, poi modificato dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 dello stesso anno.

(113) Sul punto dottrina e giurisprudenza conformi erano in precedenza del tutto consolidate: v. per tutti, rispettivamente, P. Virga, *Il pubblico impiego dopo la privatizzazione*, Milano, 2000, pp. 125-128, e Cass. 3 giugno 2000 n. 7439, *RIDL*, 2001, II, p. 710, con nota di L. Zanotelli, *Profili organizzativi dell'ente pubblico economico e art. 37 St. lav.* (ivi i riferimenti essenziali a giurisprudenza e dottrina precedenti). In riferimento alla disciplina precedente al d.lgs. n. 29/1993 v., anche per i riferimenti, E. Gragnoli, *Rapporto di lavoro pubblico e inquadramento professionale*, Padova, 1992, pp. 161-218.

(114) Per una trattazione ampia e aggiornata di questa disciplina speciale v. A. Occhipinti, G. Mimmo, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*, Milano, 2002, pp. 281-328.

(115) V. T. La Spezia 28 gennaio 2001, *D&L*, 2001, p. 433: «La pubblica amministrazione, pur potendo legittimamente assegnare al dipendente — a norma dell'art. 56 d.lgs. n. 29/1993 — una qualsiasi tra le mansioni rientranti tra quelle proprie della categoria di inquadramento, che devono considerarsi per ciò solo professionalmente equivalenti, non può invece assegnare al dipendente mansioni rientranti una categoria inferiore».

(116) Cfr. T. Treviso 13 ottobre 2000 (RGL, 2002, II, p. 332, con nota di G. Fontana, *Tecniche di tutela della professionalità e della personalità morale del prestatore di lavoro*), in riferimento a un caso di revoca illegittima di incarichi direttivi nei confronti di un dipendente di amministrazione comunale.

(117) Cfr. F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56, pp. 180-181.

(118) Possibilista, a questo proposito, ma in termini un po' più restrittivi, è l'opinione di F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit. nella nota 56; egli esclude l'esistenza di un divieto di pattuizione di «mansioni polivalenti»: «Dalla norma [l'art. 2103 c.c.] non risulta che sia stato posto un limite di tale natura all'autonomia delle parti» (p. 148); ma precisa subito dopo che «Dedurre esplicitamente nell'accordo individuale una pluralità di mansioni appartenenti al medesimo livello o a livelli diversi sarà lecito quando la prestazione lavorativa globale convenuta abbia una sua tipicità nell'ambito della organizzazione produttiva, costituisca cioè riflesso del dato collettivo della organizzazione» (p. 149). Sul punto v. inoltre C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, cit. nella nota 53, pp. 151-159, dove si sottolinea la necessità che la pattuizione delle mansioni promiscue corrisponda a un interesse del lavoratore all'accrescimento della propria professionalità, o comunque a un profilo professionale «dotato di una specifica tipicità nella divisione del lavoro»: «solo attraverso l'indagine caso per caso si potrà stabilire quando, nelle situazioni concrete, le mansioni promiscue presentino i su riferiti caratteri o quando, invece, si tratti di un accordo in frode alla legge» (p. 158); a questo orientamento aderisce M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 130-132, dove si sottolinea la necessità che tutte le mansioni negoziate appartengano a un ben definito «ruolo professionale» del lavoratore.

(119) Tra le più recenti v. Cass. 23 marzo 1999 n. 2744, *NGL*, 1999, p. 307, su di una controversia in materia di lavoro ferroviario. Sulla piena legittimità e insindacabilità in sede giudiziale della clausola collettiva che prevede l'assegnazione al lavoratore di una pluralità di mansioni tra loro non equivalenti, determinandone i criteri di inquadramento, v. Cass. 9 marzo 1995 n. 2757, *RIDL*, 1996, II, p. 369, con nota di A. Pizzoferrato, *Mansioni promiscue e inquadramento professionale*. In proposito v. però, ultimamente, Cass. 2 gennaio 2001 n. 9 (*NGL*, 2001, p. 278), secondo la quale l'autonomia collettiva — e a maggior ragione l'autonomia privata individuale — non può spingersi al punto di «consentire liberamente al potere organizzativo del datore di lavoro di attribuire in misura preponderante 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 categoria inferiore».

(120) Cfr. A. Vallebona, *Tutele giurisdizionali e autotutela individuale del lavoratore*, Padova, 1995, pp. 126-130, sul rifiuto della prestazione non dovuta, fattispecie che l'A. tiene nettamente distinta dal rifiuto delle mansioni sulla base di eccezione di inadempimento (sul quale v. ivi pp. 130-136); nello stesso senso, anche per questa netta distinzione, v. C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, cit. nella nota 53, pp. 227-229, dove l'A. osserva che nel comportamento del lavoratore renitente alla richiesta di mansioni inferiori non è ravvisabile una eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c., bensì soltanto il legittimo rifiuto di una prestazione non rientrante nel suo debito contrattuale. Esattamente nello stesso senso, in giurisprudenza, Cass. 7 dicembre 1991 n. 13187 (*RIDL*, 1992, II, p. 947, con nota di P. Tullini, *Poteri privati dell'imprenditore ed esercizio di autotutela contrattuale*). Per un caso in cui il rifiuto del lavoratore è stato ritenuto invece ingiustificato, con conseguente convalida del licenziamento disciplinare che ne è conseguito, v. Cass. 1° marzo 2001 n. 2948, cit. nella nota 80. Nel senso della legittimità del rifiuto della prestazione lavorativa a fronte dell'omesso (o grave ritardo di) pagamento della retribuzione v. Cass. 29 luglio 2002 n. 11181, in corso di pubblicazione in *RIDL*, 2003. Sul rifiuto della prestazione per difetto di sicurezza o di salubrità del luogo di lavoro v. § 225.

(121) Cfr. A. Vallebona, *op. cit.* nella nota prec., p. 128, dove l'A. condivisibilmente precisa che «La situazione di *mora credendi*, con il conseguente obbligo retributivo che non tollera le detrazioni proprie del regime risarcitorio, permane solo se il lavoratore continua a tenersi a disposizione dell'azienda, il che è escluso nei periodi in cui vengano attuate condotte incompatibili (ad es. l'esercizio di altra attività)». Lo stesso A. sostiene invece il diritto del lavoratore (non alla retribuzione ma) al risarcimento del danno da perdita della retribuzione nel caso di rifiuto della prestazione lavorativa fondato su eccezione di inadempimento del datore (p. 131): su questo punto dissento, ritenendo che il debito retributivo non sia legato

sinallagmaticamente ai singoli segmenti giornalieri o addirittura orari della prestazione lavorativa, bensì all'intera prestazione lavorativa dedotta in contratto, intesa complessivamente e solo in quanto dovuta (§ 239).

(122) Dopo Cass. 24 giugno 1977 n. 2691 (*RGL*, 1978, II, p. 84, con nota adesiva di P. De Fiore, *Trasferimento illegittimo e violazione della garanzia delle «mansioni equivalenti»: alcune brevi considerazioni sull'art. 13 St. lav. e sul principio «inadimplenti non est adimplendum»*), priva di séguito per un decennio, a quanto mi consta, v. Cass. 5 dicembre 1988 n. 6609, inedita, cit. da A. Di Francesco, *Licenziamento per variazione di mansioni ed onere della prova*, *GI*, 1994, I, 1, c. 1287; Cass. 3 febbraio 1994 n. 1088, *GI*, 1994, I, 1, c. 1286, con la nota di A. Di Francesco testé cit.; Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, *OGL*, 1996, p. 90, e *RIDL*, 1996, II, p. 796, con nota di M. Caro, *Dequalificazione professionale e strumenti di autotutela*; Cass. 2 aprile 1996 n. 3039, *NGL*, 1996, p. 557; Cass. 8 giugno 1999 n. 5643 (*GC*, 2000, I, p. 1095, con nota di M. Mocella, *Limiti al potere direttivo e diritto di resistenza del prestatore di lavoro*): «il lavoratore che non voglia attendere l'esito del giudizio in sede sindacale o giudiziaria ha diritto di rifiutare [le prestazioni eccedenti il suo debito contrattuale], correndo il rischio ... di essere successivamente ritenuto responsabile di inadempimento, qualora venga ... accertata la legittimità dell'ordine disatteso»; Cass. 26 giugno 1999 n. 6663, mass., dove si precisa che la reazione del lavoratore deve tuttavia essere «proporzionata e conforme a buona fede» (nel caso specifico la Corte ha dato torto al lavoratore che aveva rifiutato di svolgere mansioni accessorie, di livello professionale inferiore rispetto a quelle caratterizzanti della sua posizione); Cass. 1^o marzo 2001 n. 2948, cit. nella nota 80. Per un caso in cui è stato ritenuto giustificato il rifiuto della prestazione lavorativa in reazione alla mancata corresponsione della retribuzione v. T. Roma 11 maggio 2000, *RGL*, 2001, II, p. 623. V. anche Cass. 12 luglio 1995 n. 7623, mass., che, anche nel caso di legittimo rifiuto della prestazione, ritiene tuttavia dovuta la permanenza del lavoratore nel luogo di lavoro. In proposito v. inoltre A. Perulli, *Obbligazione di lavoro, diligenza e rendimento*, cit. nella nota 8, pp. 653-654; e M. Lanotte, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Torino, 1998, pp. 242-244.

(123) V. in questo senso in dottrina L. de Angelis, *Danno da stress del lavoratore e dintorni: sguardo su alcuni percorsi giurisprudenziali*, *DRI*, 1998, p. 471. In giurisprudenza, Cass. 14 luglio 1997 n. 6381, *MGL*, 1997, p. 581, con nota di E. Ravera, *Esercizio illegittimo dello «ius variandi» e inammissibilità della reintegrazione ex art. 18 St. lav. del lavoratore nelle precedenti mansioni*; e ultimamente Cass. 27 aprile 1999 n. 4221, *NGL*, 1999, p. 491: «il giudice ... con la condanna al risarcimento del danno, ben può emanare una pronuncia di condanna del medesimo datore di lavoro a rimuovere gli effetti che derivano dal provvedimento di assegnazione delle mansioni inferiori, affidando al lavoratore l'originario incarico, o un altro di contenuto equivalente». In senso contrario, in precedenza, v. T. Firenze 3 novembre 1988, cit. nella nota 67, che cita in motivazione come conforme Cass. 23 gennaio 1988 n. 539: «Conseguenza dell'illegittimità dell'atto di esercizio dello *ius variandi* non può essere la reintegrazione nelle mansioni svolte, ai sensi dell'art. 18 St. lav., trattandosi di provvedimento eccezionalmente limitato ai casi previsti dalla norma e contrastando la condanna al ripristino dell'assegnazione alle precedenti mansioni con la facoltà del datore di lavoro di adibire il dipendente a compiti diversi» (nella nota alla sentenza di P. Ghinoy i riferimenti alle sentenze precedenti sul punto, in entrambi i sensi); P. Roma 17 aprile 1992, cit. nella nota 151. Per una panoramica sulla questione processuale v. M. Taruffo, *Reintegrazione nel posto di lavoro. II. Profili processuali. Aggiornamento*, *EGT*, XXVI, 1996.

(124) Così M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 250-251; su questa figura teorica, in generale, v. P. Tullini, *La c.d. tutela reale di diritto comune*, in *Piccola impresa e diritto del lavoro*, *QDLRI*, 1990, n. 8 pp. 103-131.

(125) R. Altavilla, *Le dimissioni del lavoratore*, Milano, 1987, pp. 40-41; M. Lanotte, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 122, p. 244.

(126) V. in proposito § 495 e ivi in particolare nota 25.

(127) V. per tutte in questo senso Cass. 3 giugno 1995 n. 6265, *RIDL*, 1996, II, p. 363, con nota di A. Vallebona, *Spunti critici sulla questione del diritto del lavoratore allo svolgimento della prestazione*; Cass. 4 ottobre 1995 n. 10405, *RIDL*, 1996, II, p. 578, con nota di F. Bano, *Su mansioni e diritto a lavorare*.

(128) V. ultimamente sul punto la raffinata costruzione proposta da A. Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, Milano, 2001, partic. pp. 104-118.

(129) Tra le prime sentenze edite nelle quali è stata individuata la nozione di danno esistenziale, come nozione distinta da quelle di danno biologico e di danno morale, v. Cass. 7 giugno 2000 n. 7713, *GI*, 2000, c. 1352, con nota di F.G. Pizzetti, *Il danno esistenziale approda in Cassazione*; in materia di lavoro T. Forlì 15 marzo 2001, *D&L*, 2001, p. 411, con nota di L. Greco, *Danno esistenziale e risarcimento da mobbing*, e *RIDL*, 2001, II, p. 728, con nota di M. Vincieri, *Natura del danno risarcibile, danno esistenziale e responsabilità datoriale in ipotesi di mobbing sul luogo di lavoro* (ivi ulteriori riferimenti). In dottrina v. *Il danno esistenziale. Una nuova categoria della responsabilità civile*, a cura di P. Cendon e P. Ziviz, Milano, 2000 (ivi numerosi saggi sui vari aspetti del danno esistenziale, tra i quali si segnalano per la particolare focalizzazione sui temi giuslavoristici quelli di D. Poletti su *Il danno psichico del lavoratore*, pp. 475-490, e di C. Cester su *Rapporto di lavoro, danno esistenziale e licenziamento*, pp. 491-503); sulle possibili lesioni della personalità derivanti dalle nuove forme di lavoro a distanza v. G. Cassano, *Telelavoro e danno esistenziale*, *NGCC*, 2001, II, pp. 364-373; in riferimento al danno esistenziale che può derivare da una controversia giudiziale, S. Chiarloni, *Danno esistenziale e attività giudiziaria*, *RTDPC*, 2001, pp. 759-768. V. anche T. Vicenza 3 novembre 2000 (mass. in *GLav*, 2001, n. 36, p. 31), che, con un uso di termini diversi, propone al riguardo la distinzione tra il danno alla *professionalità specifica*, maggiormente ancorato all'art. 2103 c.c., consistente nel «mancato incremento delle conoscenze teoriche, delle capacità pratiche, delle esperienze e dell'abilità che si acquisiscono solo con l'esercizio dell'attività lavorativa», e il danno alla *professionalità generica*, «collegato, più che all'art. 2103 c.c., all'art. 2087 c.c. e ai precetti costituzionali», nel quale «confluiscono i danni da perdita di chances, alla vita di relazione, all'integrità psico-fisica, all'immagine, alla personalità morale del lavoratore, ossia tutti i danni afferenti alla dignità, status e prestigio maturati dal lavoratore all'interno dell'azienda e lesi dalla dequalificazione».

(130) «Se si escludono istanti prodigiosi e singoli che il destino ci può donare, l'amare il proprio lavoro (che purtroppo è privilegio di pochi) costituisce la migliore approssimazione concreta alla felicità sulla terra: ma questa è una verità che non molti conoscono» (P. Levi, *La chiave a stella*, Torino, 1978).

(131) A. Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 128, p. 112.

(132) Per un caso in cui è stato ritenuto legittimo l'esonero temporaneo dalla prestazione in conseguenza di un «fermo tecnico» dell'attività aziendale v. Cass. 3 giugno 1995 n. 6265, cit. nella nota 127.

(133) Così recentemente A. Milano 20 dicembre 2000 n. 361, a quanto consta inedita, dove si afferma che è legittimo il demansionamento conseguente all'esaurimento di un'attività aziendale, ove il datore di lavoro non possa procedere al licenziamento.

(134) V. in proposito soprattutto L. Bigliuzzi Geri, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967.

(135) Questa affermazione non può considerarsi ancora pacifica in dottrina; ma v., già alle origini, E. Redenti, *Massimario della giurisprudenza dei probiviri*, Roma, 1906, ora ristampato, Torino, 1992: «il compiere le prestazioni, di cui consta il servizio, non è solo un obbligo, ma un diritto dell'operaio» (p. 171); ne prende spunto G. Pera (*La posizione del lavoratore nello svolgimento del rapporto di lavoro ecc.*, *RIDL*, 1994, III) per osservare che «Ancor oggi questo diritto è miopemente negato, sulla base di concettose costruzioni dommatiche, nella prevalente dottrina, nonostante il disposto dell'art. 2087 c.c., che obbliga il datore di lavoro a gestire il rapporto anche tutelando la personalità morale del lavoratore. Ancora una volta la giurisprudenza ... è all'avanguardia rispetto alla dottrina» (p. 181). E infatti v. la giurisprudenza citata nelle note che seguono, circa l'obbligo risarcitorio che grava sul datore di lavoro inadempiente. In senso apparentemente contrario si segnala però, per completezza, un *obiter dictum* in Cass. 27 maggio 1994 n. 5192, mass., dove, in riferimento a una controversia relativa a rapporto di lavoro con le Ferrovie dello Stato, si afferma che l'art. 2103 «non sancisce ... un vero e proprio diritto alle mansioni (avendo il lavoratore l'obbligo e non il diritto di eseguire le prestazioni)».

(136) Nel senso della configurabilità del demansionamento illegittimo in un caso di questo genere v. Cass. 11 gennaio 1995 n. 276, *RIDL*, 1995, II, p. 825, con nota di I. Milianti, *Sottrazione di mansioni mediante affiancamento di altro lavoratore e dequalificazione professionale*. Nel senso opposto, in un caso in cui al lavoratore erano stati sottratti alcuni poteri direttivi e di controllo, Cass. 26 gennaio 1993 n. 931, *RIDL*, 1994, II, p. 149, con nota di A. Pizzoferrato, *Tutela della professionalità e organizzazione produttiva*; in questo stesso senso, in riferimento al caso di un direttore delle vendite la cui funzione era stata quantitativamente ridotta in seguito a una ristrutturazione aziendale, ma con accrescimento di responsabilità in

un'area specifica, P. Milano 23 settembre 1997, *RIDL*, 1998, II, p. 797, con nota di E. Dall'Ara, *L'ambito di operatività dell'art. 2103 nel caso di modifica quantitativa delle mansioni*.

(137) Cfr. Cass. 14 luglio 1993 n. 7789, cit. nella nota 158.

(138) Cfr. P. Roma 20 febbraio 1995, cit. nella nota 151. È stato talora affermato addirittura che per la risarcibilità del danno sia necessaria la preventiva costituzione in mora del datore da parte del prestatore: così T. Firenze 20 luglio 1991, *RIDL*, 1992, II, p. 577, con alcune puntuali osservazioni critiche di G. Mammone, *Il risarcimento del danno causato al lavoratore destinato a mansioni inferiori tra teoria dell'inadempimento e mora credendi*.

(139) V. però ancora, in proposito, il monito di L. de Angelis, *Danno da stress del lavoratore e dintorni: sguardo su alcuni percorsi giurisprudenziali*, *DRI*, 1998, p. 471, riportato nella nota 136 al § 227.

(140) V. in proposito il saggio di L. Nogler, *Danni personali e rapporto di lavoro: oltre il danno biologico?*, *RIDL*, 2002, I, pp. 287-310. Inoltre la rassegna su *Il danno da dequalificazione professionale: presupposti di risarcibilità alla luce dei più recenti orientamenti giurisprudenziali*, *OGI*, 2001, pp. 58-83.

(141) Nel senso che non si configuri un danno apprezzabile nell'adibizione a mansioni inferiori per breve periodo di tempo, v. Cass. 26 gennaio 1993 n. 931, cit. nella nota 136.

(142) Cass. 4 marzo 2000 n. 2455, *RCP*, 2001, p. 112, con nota di G. De Fazio; Cass. 6 novembre 2000 n. 14443, *NGL*, 2001, p. 170 (est. Mammone): «Il demansionamento professionale di un lavoratore da luogo a una pluralità di pregiudizi solo in parte incidenti sulla potenzialità economica del lavoratore: esso, infatti, non solo viola lo specifico divieto di cui all'art. 2103 c.c., ma costituisce lesione del diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità del lavoratore nel luogo di lavoro, con la conseguenza che al pregiudizio correlato a tale lesione — che incide sulla vita professionale e di relazione dell'interessato — va riconosciuta una indubbia dimensione patrimoniale che lo rende suscettibile di risarcimento e di valutazione anche equitativa, pure nell'ipotesi in cui sia mancata la dimostrazione di un effettivo pregiudizio patrimoniale». V. inoltre, sull'ammissibilità della liquidazione del danno da demansionamento in via equitativa, salva la necessità della prova del danno professionale da parte del lavoratore, Cass. 2 novembre 2001 n. 13580, *LPO*, 2001, p. 1623, *OGI*, 2002, p. 35, e *RGL*, 2002, II, p. 233, con nota di F. Milli, *Essenza e profili del danno professionale: accertamento da parte del giudice e ricorso alla liquidazione equitativa*; Cass. 14 novembre 2001 n. 14199, *LPO*, 2002, p. 156, *NGL*, 2002, p. 175, *RGL*, 2002, II, p. 245, con nota di F. Milli cit.; Cass. 2 gennaio 2002 n. 10, *OGI*, 2002, p. 41, *NGL*, 2002, p. 310, *MGL*, 2002, p. 430, con nota di S. Bruzzone, *Forzata inattività, lesione della professionalità ed onere probatorio*. In dottrina, ancora nel senso della presumibilità e liquidabilità in via equitativa di questa componente del danno, v. A. Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 139, partic. pp. 109-110. V. però, nel senso della necessità di prova anche di questa componente del danno, Cass. 3 luglio 2001 n. 9009, *D&G*, 2001, p. 501, con nota di G. Facci, *Il definitivo riconoscimento del danno esistenziale*; e in precedenza Cass. 19 novembre 1997 n. 11522, cit. nella nota 148, secondo la quale il danno alla vita di relazione — qui ancora indicato come «componente del danno biologico» — conseguente a mancata assegnazione di determinate mansioni deve essere provato dal lavoratore nell'*an* e nel *quantum*. Sul danno esistenziale v. anche i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali indicati nelle note 91 al § 221, 140 al § 227 e 129 al § 296.

(143) V. anche l'art. 13 del d.lgs. 23 febbraio 2000 n. 38, che — classificando e disciplinando anch'esso questa componente del danno come parte del «danno biologico» — dispone che «le prestazioni per il ristoro del danno biologico sono determinate in misura indipendente dalla capacità di produzione del reddito del danneggiato». La norma è però dettata — oltretutto «in via sperimentale» — in riferimento specifico ed esclusivo all'assicurazione antiinfortunistica obbligatoria, onde è dubbio che essa possa applicarsi, se non in via analogica, anche all'obbligazione risarcitoria del datore di lavoro nei confronti del lavoratore danneggiato.

(144) Cfr. T. Roma 2 giugno 1994, *NGL*, 1994, p. 323; T. Milano 9 novembre 1996, *D&L*, 1997, p. 360, con nota di G. Tagliagambe, *Verso la dequalificazione del danno da dequalificazione*; P. Milano 7 gennaio 1997, *OGI*, 1997, p. 59, con nota di T. Vettor, *Violazione dell'art. 2103 c.c. e risarcimento del danno professionale*; Cass. 4 febbraio 1997 n. 1026, mass.

(145) Nel senso della commisurazione equitativa del danno alla retribuzione globale ordinaria, in un caso di sottrazione illegittima delle mansioni, v. recentemente Cass. 7 luglio 2001 n. 9228, *LPO*, 2001, p. 1405, e *D&L*, 2001, p. 999, dove è stata ritenuta equa la determinazione del danno professionale subito da un giornalista lasciato inattivo per molti anni nel 50% della retribuzione corrispondente allo stesso periodo. In precedenza, P. Milano 26 agosto 1996, *RIDL*, 1997, II, p. 740, con nota di F. Pappalardo, *Il danno da demansionamento, la sua liquidazione e i danni consequenziali nella giurisprudenza*; A. Milano 11 maggio 2001, *OGI*, 2001, p. 256 (dove, in riferimento al caso di un addetto alla formazione professionale, il danno è stato liquidato nella misura del 20% della retribuzione corrispondente al periodo di demansionamento); A. Milano 11 maggio 2001, *OGI*, 2001, p. 261 (dove, in riferimento al caso di una guardia giurata, il danno è stato liquidato nella misura del 10% della retribuzione); Cass. 20 gennaio 2001 n. 835, *MGL*, 2001, p. 1014, con nota di A. Vallebona, *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo* (che ha confermato la determinazione del danno da parte del giudice di merito in misura ridotta proporzionalmente alla riduzione dell'orario, in un rapporto di lavoro a tempo parziale, con esclusione dal computo dell'indennità di cassa goduta dalla lavoratrice); T. Milano 9 aprile 2002, *OGI*, 2002, p. 249, dove il danno è stato liquidato nella misura del 30% della retribuzione corrispondente a un periodo di inattività totale. V. in proposito anche Cass. 10 aprile 1996 n. 3341, *RIDL*, 1997, I, p. 66, con nota di L. Calafà, dove la Corte esclude che il danno professionale possa essere determinato meccanicamente mediante il solo riferimento alla retribuzione del lavoratore, confermando invece la determinazione operata dal giudice di merito secondo equità ex art. 1226 c.c.

(146) Per un caso di questo genere v. T. Milano 16 dicembre 1995, *D&L*, 1996, p. 458.

(147) V. in proposito le incisive considerazioni svolte nella motivazione di P. Bologna 17 dicembre 1996 (*RGL*, 1998, II, p. 402, con nota di L. Corazza, *Risarcimento del danno da dequalificazione professionale e analisi economica del contratto: ha un costo la norma inderogabile?*), dove si attribuisce rilievo al fatto che il lavoratore «si sarebbe trovato comunque ostacolato, nel cercare una diversa occupazione, dalla sua età, la cui misura è ritenuta generalmente dalle aziende, a ragione o a torto, ostativa a una nuova assunzione».

(148) V. in questo senso Cass. 22 aprile 1993 n. 4725, mass.; Cass. 19 novembre 1997 n. 11522, *RIDL*, 1998, II, p. 706, con nota di I. Milianti, *Sui criteri di risarcimento dei danni conseguenti all'esclusione del lavoratore dal novero dei candidati a una promozione*; Cass. 17 marzo 1998 n. 2881, *RIDL*, 1998, II, p. 713, con nota di G. Bolego, *Nesso causale e quantificazione del danno da perdita di una chance*. Sui criteri di determinazione del danno consistente nella perdita di chances v. anche Cass. 14 dicembre 2001 n. 15810, *OGI*, 2001, p. 52; Cass. 23 gennaio 2002 n. 734, *NGL*, 2002, p. 319 (in riferimento a un concorso interno per promozione a un posto di livello superiore). In dottrina nello stesso senso C. Zoli, *La tutela delle posizioni «strumentali» del lavoratore*, Milano, 1988: «il grado di probabilità ... assume rilevanza e influisce soltanto sul versante della quantificazione del danno» (p. 366); A. Avio, *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 139, p. 109.

(149) In questo senso v. Cass. 19 dicembre 1985 n. 6506, *FI*, 1986, I, c. 383, con nota di A.M. Princigalli, *Quand'è più si che no: perdita di «chance» come danno risarcibile*; P. Roma 16 marzo 1993, *DL*, 1994, II, p. 36; Cass. 19 novembre 1997 n. 11522, cit. nella nota prec.

(150) In argomento v. la trattazione di L. Montuschi, *Problemi del danno alla persona nel rapporto di lavoro*, *RIDL*, 1994, I, pp. 317-337. Inoltre, fra i molti altri scritti più recenti, A. Raffi, *Danni alla professionalità e da perdita di «chances»*, in *Danno biologico e oltre. La risarcibilità dei pregiudizi alla persona del lavoratore*, a cura di M. Pedrazzoli, Torino, 1995, partic. pp. 63-80; M. Lanotte, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, cit. nella nota 122, partic. pp. 230-241; L. de Angelis, *Interrogativi in tema di danno alla persona del lavoratore*, nota a Cass. n. 1307/2000 cit. nella nota seg., partic. § 2.B; L. Zoppoli, *Il danno biologico tra principi costituzionali, rigidità civilistiche e tutela previdenziale*, cit. nella nota 136 al § 227. V. inoltre i riferimenti dottrinali e giurisprudenziali cit. in nota ai §§ 227 e 229, in riferimento al danno alla salute o integrità fisica del lavoratore causato da inottemperanza all'art. 2087 c.c.

(151) V. in proposito Cass. 13 agosto 1991 n. 8835, *RIDL*, 1992, II, p. 954, con nota di F. Focareta, *Sottrazione di mansioni e risarcimento del danno*; inoltre ultimamente (ma in riferimento al danno biologico derivante, al contrario, da un carico di lavoro eccessivo) Cass. 5 febbraio 2000 n. 1307 (in motivazione), *FI*, 2000, I, c. 1557, con nota di L. de Angelis cit. nella nota prec., e *NGCC*, 2001, I, p. 401, con nota di M. Formicola, *Il danno da*

superlavoro: un nuovo traguardo della frontiera del danno biologico.; nello stesso senso, tra le molte sentenze di merito, P. Roma 17 aprile 1992, *RIDL*, 1993, p. 543, con nota di V.A. Poso, *Dequalificazione professionale e risarcimento del danno biologico*; P. Roma 20 febbraio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 65, con nota di C. Pollera; P. Bologna 17 dicembre 1996 n. 1453, *RGL*, 1997, II, p. 402; A. Milano 10 giugno 2000, *LG*, 2000, p. 1170 (ivi nella nota redazionale ulteriori riferimenti sulla questione specifica della prova della sussistenza del danno).

(152) V. per tutti in questo senso F. Cala', *Il trasferimento del lavoratore*, Padova, 1999, pp. 135-140; ivi gli ulteriori riferimenti sul punto. La giurisprudenza riconosce l'esattezza di questa affermazione in linea teorica, ma la applica con cautela per impedire che il «consenso imposto» al lavoratore vanifichi la disciplina del trasferimento unilaterale: v. ad es. Cass. 20 maggio 1993 n. 5695, mass., dove per la disapplicazione della disciplina del trasferimento unilaterale si richiede che lo spostamento del luogo di lavoro sia stato chiesto dal lavoratore senza nessuna sollecitazione, neppure indiretta, da parte del datore di lavoro.

(153) Nulla vieta che una pattuizione individuale o collettiva restringa la facoltà di mutamento unilaterale del luogo di lavoro attribuita dalla legge al datore. La norma è invece sicuramente inderogabile *in peius*, anche in sede collettiva: cfr. P. Matera 28 marzo 1991, *D&L*, 1992, p. 188, nonché', con data 30 marzo, *RIDL*, 1992, II, p. 146, ivi commentata da I. Milianti, *Carica elettiva e trasferimento*.

(154) La *ratio* generale dello Statuto del 1970 aveva indotto una parte (minoritaria) della giurisprudenza a sostenere invece che la novella dell'art. 2103 c.c. contenuta nell'art. 13 dovesse essere interpretata come disciplina (non attributiva di un potere di trasferimento al datore, ma) limitativa degli effetti della disposizione contrattuale, individuale o collettiva, che attribuisse al datore uno *ius variandi* sul luogo della prestazione (v., tra le poche altre in questo senso, P. Milano 18 marzo 1974, *RGL*, 1974, II, p. 409, con un mio commento adesivo, *Note in tema di disciplina legislativa del trasferimento del prestatore di lavoro*; nello stesso senso in dottrina F. Liso, *Trasferimento del lavoratore e clausole dei contratti collettivi: alcune osservazioni*, ivi, 1975, II, part. p. 377, a commento di Cass. 28 marzo 1974 n. 849, nella quale veniva ribadita la tesi opposta). In riferimento all'ordinamento previgente, il potere di trasferimento unilaterale, pur non espressamente previsto dalla legge, era univocamente riconosciuto all'imprenditore da dottrina e giurisprudenza: v., anche per i riferimenti giurisprudenziali, P. Cipressi, *Il luogo della prestazione di lavoro subordinato*, Milano, 1967, pp. 35-78.

(155) V. ad es. Cass. 29 marzo 2000 n. 3827, mass., dove viene discutibilmente considerato come fattispecie diversa da quella disciplinata dall'art. 2103 c.c. il trasferimento di una lavoratrice motivato formalmente non con un interesse tecnico-organizzativo dell'impresa, ma con l'esigenza di salvare il posto di lavoro, nel momento in cui veniva chiusa l'unità produttiva alla quale la lavoratrice era addetta. In realtà anche in questo caso il trasferimento era motivato con un interesse tecnico-organizzativo dell'impresa (chiusura dell'unità produttiva), che poteva fungere al tempo stesso come giustificato motivo di trasferimento o — in caso di rifiuto da parte della lavoratrice — di licenziamento.

(156) La necessità della valutazione comparativa degli interessi contrapposti in questa materia è enunciata esplicitamente da Cass. 26 maggio 1999 n. 5153, *RIDL*, 2000, II, p. 110, con nota di S. Bartalotta, *Sulle nozioni di giustificato motivo e di unità produttiva rilevanti in materia di trasferimento del lavoratore*. Sembra invece condizionare l'applicazione del principio del contemperamento degli interessi contrapposti all'esistenza di una clausola in tal senso nel contratto collettivo Cass. 12 luglio 2001 n. 9459, *GC*, 2001, p. 2050 (in riferimento al caso di un istituto di credito che aveva trasferito da Londra a Roma un padre separato, la cui moglie con un figlio malato continuava a risiedere nella capitale straniera).

(157) Cfr. Cass. 26 gennaio 1995 n. 909, *RIDL*, 1995, II, p. 833, con nota di L. Nannipieri, *Trasferimento del lavoratore e obbligo di valutare le condizioni personali e familiari dell'interessato*; Cass. 25 maggio 1996 n. 4823, cit. nella nota 91; Cass. 23 febbraio 1998 n. 1912, *RIDL*, 1999, II, p. 55, con nota di P. Tullini, *Motivazione e controllo giudiziale del trasferimento del lavoratore*; Cass. 2 gennaio 2001 n. 27, *NGL*, 2001, p. 313.

(158) L'eventuale illegittimità del mutamento di mansioni non determina comunque l'illegittimità del contestuale mutamento del luogo di lavoro: v. in proposito Cass. 14 luglio 1993 n. 7789, *RIDL*, 1994, II, p. 355, con nota di M. Franco, *Trasferimento ad altra unità produttiva e adibizione a mansioni non equivalenti*.

(159) In questo senso v. recentemente Cass. 14 giugno 1999 n. 5892, *RIDL*, 2000, II, p. 702, con nota di A. Lassandari, *Nozioni consolidate e argomentazioni oscure in materia di trasferimento del lavoratore*; A. Milano 5 giugno 2001, *OGL*, 2001, p. 302.

(160) In questo senso v. altrettanto recentemente Cass. 26 maggio 1999 n. 5153, cit. nella nota 156.

(161) Per una rassegna della dottrina e della giurisprudenza e un'ampia dissertazione in proposito v. M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 395-423; per una sintesi v. Ead., *Trasferimenti, comandi e distacchi*, in *Diritto del lavoro. II. Il rapporto di lavoro subordinato. Costituzione e svolgimento*, cit. nella nota 8, pp. 1115-1119.

(162) Per una rassegna delle clausole collettive, oltre che della dottrina e giurisprudenza, sul punto v. F. Cala', *Il trasferimento del lavoratore*, cit. nella nota 152, pp. 41-59.

(163) V. Cass. 26 gennaio 1995 n. 909, cit. nella nota 157; Cass. 26 maggio 1999 n. 5153, cit. nella nota 156. L'orientamento giurisprudenziale prevalente ammette il trasferimento del lavoratore invalido, ma soltanto se compatibile con la sua menomazione: per alcuni riferimenti in proposito v. ancora M. Brollo, *Trasferimenti ecc.*, cit. nella nota 161, p. 1115.

(164) V. Cass. 12 luglio 2001 n. 9459, cit. nella nota 156.

(165) V. ancora Cass. 26 maggio 1999 n. 5153, cit. nella nota 156; Cass. 20 marzo 2000 n. 3287, *GC*, 2000, I, p. 1073.

(166) V. in proposito il paragrafo seguente. In giurisprudenza è stato attribuito carattere eccezionale a queste norme: v. Cass. 10 dicembre 1993 n. 12185, *MGL*, 1994, p. 54, e *RIDL*, 1994, II, p. 490, con nota di C. Fossati, *La tutela contro il trasferimento del lavoratore chiamato a ricoprire cariche pubbliche elettive*.

(167) Ottima, secondo V. Pareto, è la scelta che determina una situazione nella quale non è possibile migliorare la posizione di un soggetto senza peggiorare quella di un altro. Dovunque sia possibile compensare compiutamente il sacrificio subito da un individuo per conseguire un miglioramento della condizione di un altro individuo, superiore al costo di quel compenso, il criterio dell'ottimo paretiano porta a consentire che il secondo soggetto possa acquisire il beneficio indennizzando compiutamente il primo.

(168) Sulla possibile applicazione di questo meccanismo di vaglio automatico delle scelte imprenditoriali alla generalità dei licenziamenti per motivo economico v. § 516.

(169) Sull'onere di motivazione della scelta, in un caso in cui l'applicazione di criteri particolari di scelta era prevista dal regolamento interno d'azienda, v. P. Matera 11 settembre 1989, *RIDL*, 1990, II, p. 440, con nota di E. Gragnoli, *Condizioni personali del dipendente e trasferimento, in un regolamento aziendale*.

(170) Sugli effetti della violazione di tali clausole collettive v. Cass. 2 marzo 1999 n. 1753, *RIDL*, 1999, II, p. 772, con nota di G. Carullo, *La nullità del trasferimento collettivo per omessa comunicazione alle organizzazioni sindacali*.

(171) V. invece P. Verona 4 febbraio 1993, *DL*, 1993, II, p. 515, con nota di A. Pilati, *Inapplicabilità dell'art. 2103 c.c. al trasferimento collettivo di lavoratori* (ivi ulteriori riferimenti); e in dottrina M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 459-464, dove viene proposta una netta distinzione tra la fattispecie del trasferimento del lavoratore dall'unità produttiva e quella del trasferimento dell'unità produttiva: quest'ultimo sottratto a qualsiasi limitazione, rientrando nella dislocazione dell'attività produttiva nella piena libertà di scelta dell'imprenditore. Ivi i riferimenti a dottrina e giurisprudenza ulteriori sul punto. Sulla questione se l'art. 22 St. lav. sia applicabile o no anche nel caso del trasferimento collettivo v. il paragrafo seguente e ivi nota 177.

(172) La norma poneva originariamente la condizione della convivenza tra il lavoratore e il familiare handicappato (v. in proposito Cass. 29 marzo 1999 n. 3027, *RIDL*, 2000, II, p. 114, con nota di C. Pollera, *Sul trasferimento del familiare di portatore di handicap*), con un inciso che è stato però poi abrogato dall'art. 19, c. 1°, della legge n. 53/2000, affidandosi così al giudice il compito non facile di discernere i casi di effettiva necessità dell'assistenza prestata dal lavoratore al familiare infermo da quelli nei quali l'applicazione della norma è invocata dal lavoratore abusivamente. È stato peraltro rilevato in proposito (L. Merlini, cit. nella nota 182) come sia stato abrogato il requisito della convivenza, ma non quello della continuità dell'assistenza prestata, la quale solitamente presuppone la convivenza: col che si amplia la possibilità per il giudice di riconoscere al lavoratore il beneficio, ma si aumenta anche l'incertezza circa la sussistenza o no del relativo diritto.

- (173) Nel senso della non applicabilità di questo divieto anche al distacco temporaneo del lavoratore v. Cass. 10 dicembre 1993 n. 12185, cit. nella nota 166. Nel senso dell'applicabilità del divieto anche — e anzi soprattutto — quando il lavoratore interessato non abbia chiesto l'aspettativa per l'espletamento della propria funzione pubblica v. P. Parma 30 marzo 1995 e T. Parma 19 maggio 1995, *RIDL*, 1996, II, p. 333, con nota di V. Marino, *Sul divieto di trasferimento del lavoratore eletto consigliere comunale e provinciale*.
- (174) Il vincolo non riguarda pertanto lo spostamento del sindacalista all'interno dell'unità produttiva: v. in questo senso Cass. 13 giugno 1998 n. 5934, *RIDL*, 1999, II, p. 613, con nota di S. Rotini, *Trasferimento del dirigente di r.s.a. e nozione di unità produttiva*. In precedenza, nello stesso senso, Cass. 3 giugno 1987 n. 4871, *RIDL*, 1988, II, p. 239, dove tuttavia si afferma la possibilità dell'equiparazione al trasferimento del mutamento di mansioni che comporti il frequente invio in trasferta del sindacalista. Sulla nozione di unità produttiva rilevante ai fini dell'art. 22 St. lav. v. recentemente T. Milano 28 novembre 2001, *D&L*, 2002, p. 339, con nota di F. Mazzone, *Trasferimento di rappresentante sindacale e nozione di unità produttiva* (la stessa sentenza è pubblicata, con data 26 novembre 2001 e con massima meno precisa, in *OGL*, 2002, p. 8).
- (175) Il vincolo non riguarda pertanto il trasferimento dell'attivista sindacale non designato come dirigente di r.s.a. ai fini di cui all'art. 23 St. lav.: v. in questo senso Cass. 29 ottobre 1990 n. 10438, *RIDL*, 1991, p. 426.
- (176) V. in questo senso M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 571-572. Ivi e nelle pagine seguenti un'ampia trattazione anche delle altre questioni relative all'estensione del divieto di trasferimento ex art. 22 St. lav.
- (177) Cfr. T. Milano 28 novembre 2001, cit. nella nota 174.
- (178) A. Levi, *Il trasferimento disciplinare del prestatore di lavoro*, Torino, 2000, particolarmente pp. 187-284. Ivi, nel cap. III, una ampia trattazione della questione in riferimento al rapporto di lavoro alle dipendenze di ente pubblico. In senso contrario v. F. Cala', *Il trasferimento del lavoratore*, cit. nella nota 152, pp. 208-225: ivi i numerosi riferimenti alla dottrina e alla giurisprudenza precedenti sul punto.
- (179) V. tra le altre, in riferimento al contratto collettivo per i dipendenti dell'Enel, Cass. 9 maggio 1990 n. 3811, *RIDL*, 1990, II, p. 898, con nota di V.A. Poso (ivi ulteriori riferimenti giurisprudenziali, conformi e difformi); Cass. 27 giugno 1998 n. 6383, *RIDL*, 1999, II, p. 356, con nota di A. Pilati, *Sul trasferimento determinato dal comportamento del lavoratore*.
- (180) Giurisprudenza consolidata da oltre un ventennio: v. fra le prime Cass. 6 marzo 1975, *FI*, 1975, I, c. 2007, con nota di A. Proto Pisani; in seguito Cass. 16 giugno 1987 n. 5339, *RIDL*, 1988, II, p. 247, con nota di V.A. Poso, *Sul trasferimento come conseguenza non disciplinare delle mancanze del lavoratore*; Cass. 7 dicembre 1989 n. 5423, mass.; Cass. 13 novembre 1991 n. 12088, *RIDL*, 1992, II, p. 976, con nota di V.A. Poso, *Trasferimento e mutamento di mansioni per incompatibilità ambientale del lavoratore a seguito dell'illecito disciplinare commesso*; Cass. 16 aprile 1992 n. 4655, *RIDL*, 1993, II, p. 571, con nota di G.P. Proia, *Qual è il trasferimento «disciplinare»?;* Cass. 27 giugno 1998 n. 6383, cit. nella nota prec.; Cass. 9 marzo 2001 n. 3525, *DL*, 2001, II, p. 455, con nota di R. Fabozzi, *Trasferimento del lavoratore per incompatibilità ambientale, e LG*, 2001, p. 690: «il trasferimento del dipendente dovuto a incompatibilità aziendale, trovando la sua causa nello stato di disorganizzazione e disfunzione dell'unità produttiva, va ricondotto alle esigenze tecniche, organizzative e produttive previste dall'art. 2103 c.c., piuttosto che, sia pure atipicamente, a ragioni punitive e disciplinari; con la conseguenza che il relativo provvedimento datoriale non può essere dichiarato illegittimo per inosservanza delle garanzie sostanziali e procedurali di cui all'art. 7 St. lav.» (nel caso specifico si trattava di trasferimento cautelativo di un funzionario bancario a seguito dell'instaurazione a carico dello stesso di un procedimento penale riguardante operazioni bancarie effettuate presso la filiale da lui stesso diretta).
- (181) In questo senso v. T. Fermo 22 maggio 2000, *DL Marche*, 2000, p. 184, dove tuttavia il giudice — dopo aver negato in linea generale l'esistenza di un diritto del lavoratore al trasferimento — ha ritenuto però sussistere tale diritto in capo a un dipendente delle Poste Italiane, in considerazione «[del]l'elevato numero di dipendenti distribuiti tra molte sedi di lavoro, [del]l'assenza di uno specifico e rilevante interesse del datore di lavoro alla stabilità di alcun dipendente in una determinata sede, [del]l'esistenza di una dettagliata regolamentazione dei trasferimenti».
- (182) Sulla soppressione del requisito della convivenza v. la nota 172. Sul requisito della continuità dell'assistenza prestata v. Cass. 20 gennaio 2001 n. 829, *RIDL*, 2001, II, p. 478, con nota di L. Merlini, *Sul diritto del lavoratore a ottenere l'avvicinamento al parente portatore di handicap ex art. 19, l. 8 marzo 2000 n. 53*.
- (183) V. in proposito Cass. 20 gennaio 2000 n. 829, *LPO*, 2001, p. 417, dove si precisa che la tutela dell'interesse del lavoratore non può spingersi al punto di «ledere in maniera consistente le esigenze economiche e organizzative del datore di lavoro». In senso del tutto conforme Cass. 29 agosto 2002 n. 12692, *MGL*, 2002, p. 764, con nota di S. Bruzzone, *Il trasferimento del familiare di persona con handicap solo «ove possibile»*. Per alcuni riferimenti giurisprudenziali in proposito, precedenti alla modifica della norma disposta dalla legge n. 53/2000 (v. nota 172), v. L. de Angelis, *Rassegna critica della giurisprudenza degli anni '90 sul trasferimento del lavoratore*, *LG*, 1997, p. 898.
- (184) Su di un caso di questo genere v. P. Torino 22 maggio 1990, *RIDL*, 1991, II, p. 417, con nota di P. Tullini, *Trasferimento a domanda del lavoratore e sindacato del giudice*.
- (185) V. in proposito L. de Angelis, *Rassegna critica della giurisprudenza degli anni '90 sul trasferimento del lavoratore*, cit. nella nota 183, pp. 891-892, e i riferimenti ivi citati; F. Cala', *Il trasferimento del lavoratore*, cit. nella nota 152, pp. 143-185: «il ricorso all'analogia con la disciplina dei licenziamenti, utilizzato ormai senza contrasti dal Supremo Collegio per affermare il principio della comunicazione dei motivi solo se richiesti dal lavoratore, non è stato invece utilizzato per estendere la previsione della forma scritta anche al provvedimento di trasferimento e alla comunicazione dei motivi» (p. 172).
- (186) In questo senso Cass. S.U. 15 luglio 1986 n. 4572, *MGL*, 1986, p. 525, con nota adesiva di A. Sbrocca, *Trasferimento del lavoratore e insussistenza di un onere di contestuale motivazione, e GC*, 1987, I, p. 392, con nota di P. Pascucci, *In tema di comunicazione dei motivi del trasferimento del lavoratore*; Cass. 9 gennaio 1987 n. 87, *RIDL*, 1987, II, p. 534, con nota di E. Vullo, *Trasferimento ed «equivalenza» delle mansioni nel settore bancario*; Cass. 21 aprile 1993 n. 4662, *RGL*, 1994, II, p. 488, con nota di P. Bruschini, *Considerazioni in tema di comunicazioni dei motivi del trasferimento del lavoratore*; Cass. 25 maggio 1996 n. 4823, cit. nella nota 91; Cass. 23 febbraio 1998 n. 1912, cit. nella nota 157; T. Milano 21 febbraio 2001, *D&L*, 2001, p. 429. Per ulteriori riferimenti, anche alla giurisprudenza contraria, per lo più precedente a quella qui citata, v. M. Brollo, *Trasferimenti ecc.*, cit. nella nota 161, pp. 1120-1121. Nel senso della sufficienza dell'esposizione verbale dei motivi v. Cass. 3 marzo 1994 n. 2095, *RIDL*, 1994, II, p. 740, con nota di M. Franco, *Termine di preavviso e comunicazione dei motivi in caso di trasferimento del lavoratore ad altra unità produttiva*.
- (187) Cass. 3 marzo 1994 n. 2095, cit. nella nota prec.; Cass. 22 maggio 2001 n. 6984, *DPL*, 2001, p. 3022, dove si precisa che il datore di lavoro non può legittimamente supplire al difetto del preavviso disponendo unilateralmente l'invio del lavoratore «in trasferta» nel luogo di destinazione.
- (188) In questo senso v. A. Vallebona, *Trasferimento del lavoratore*, *RIDL*, 1987, I, pp. 75-76; v. inoltre l'amplissima trattazione sul punto di M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. nella nota 65, pp. 479-498.
- (189) V. per tutti sul punto L. de Angelis, *Rassegna critica della giurisprudenza degli anni '90 sul trasferimento del lavoratore*, cit. nella nota 183, pp. 891-892, e i riferimenti ivi citati; F. Cala', *Il trasferimento del lavoratore*, cit. nella nota 152, pp. 78-92. In giurisprudenza v. ultimamente Cass. 25 ottobre 2001 n. 13193, *FI*, 2002, I, c. 399, e *NGL*, 2001, p. 815, dove si afferma anche l'irrelevanza, ai fini della distinzione fra trasferta e trasferimento, del consenso eventualmente prestato dal lavoratore allo spostamento del luogo di lavoro (nello stesso senso su questo punto v. anche Cass. 27 settembre 2001 n. 12078, *MGL*, 2002, p. 5, con nota di S. Maretta, *Sulla trasferta del lavoratore e sua distinzione rispetto al trasferimento*).
- (190) Cass. 19 novembre 2001 n. 14470 (*FI*, 2002, I, c. 399, e *MGL*, 2002, p. 5, con nota di S. Maretta, cit. nella nota prec.) dove si afferma anche l'irrelevanza — ai fini del configurarsi della trasferta — della protrazione dello spostamento per un lungo periodo di tempo, quando esso non assuma il carattere della definitività, nonché la qualificabilità dello spostamento come trasferta, fino a quando esso non diventi definitivo, anche se da quel momento in poi deve essere qualificato come trasferimento.
- (191) Sul trattamento contributivo e fiscale dell'indennità di trasferta, v. § 247.
- (192) V. ultimamente Cass. 20 marzo 2000 n. 3287, cit. nella nota 165: «La missione del prestatore d'opera è caratterizzata dal fatto che il suo spostamento dalla sede ... è, a differenza del trasferimento, di durata meramente temporanea, ancorché indeterminata, ma determinabile con

l'esaurimento dello scopo per il quale tale spostamento viene disposto». In precedenza, nello stesso senso, Cass. 10 novembre 1993 n. 12185, *MGL*, 1994, p. 53.

(193) Sulla computabilità dell'« indennità estera » nel trattamento di fine rapporto v. § 261 e ivi nota 203.

(194) Cfr. T. Milano 23 dicembre 2000, *D&L*, 2001, p. 430. Viceversa, nel senso della non applicabilità al distacco temporaneo del divieto di trasferimento del lavoratore chiamato a cariche pubbliche elettive, ex art. 27 della l. n. 816/1985, v. Cass. 10 dicembre 1993 n. 12185, cit. nella nota 166.