

il Giurista del Lavoro

Mensile di approfondimento giuridico, fiscale, previdenziale e assicurativo in materia di lavoro

1
2009

Sommario

I limiti dello *jus variandi* nell'assegnazione a mansioni equivalenti

Cass. Sez. Lav., 29 settembre 2008, n. 24293

di Pietro Scudeller 2

Crediti per contributi e premi ed azioni esecutive su beni costituiti in fondo patrimoniale

di Piero Gualtierotti 8

Legittimità del licenziamento per giusta causa per abuso di congedo parentale

di Luigi Pelliccia 11

Il danno biologico differenziale.

La responsabilità datoriale nel sistema dell'assicurazione contro gli infortuni e malattie professionali. Le ragioni a favore della risarcibilità.

di Daniele Iarussi 18

Il regime fiscale del Tfr nel lavoro prestato all'estero

di Carla Petrucci 26

Osservatorio Giurisprudenziale
Approfondimenti su sentenze di particolare interesse

a cura di Romina Dalzini 30

Ultime dalla Cassazione

Rapida panoramica delle ultime pronunce della Suprema Corte

a cura di Romina Dalzini 35

Supplemento Monografico

La conciliazione delle controversie di lavoro - 4ª parte

di Piero Gualtierotti e Rossella Gualtierotti

I limiti dello *jus variandi* nell'assegnazione a mansioni equivalenti

Cass. Sez. Lav., 29 settembre 2008, n. 24293

PIETRO SCUDELLER

“Nell’ambito dello jus variandi riconosciuto al datore di lavoro, le mansioni di destinazione del lavoratore devono consentire l’utilizzazione ovvero il perfezionamento e l’accrescimento del corredo di esperienze, nozioni e perizie acquisite nella fase pregressa del rapporto.”

La Corte di Cassazione, con la sentenza n. 24293 del 29 settembre 2008, si pronuncia in un caso nel quale una dipendente di un’azienda gestrice di reti telefoniche, già assegnata a mansioni di impiegata amministrativa, era stata spostata al servizio di *call-center* (mansioni di centralinista) e, avendo ritenuto illegittima ed *in peius* tale modifica, aveva chiesto la reintegra nelle mansioni precedenti ed il risarcimento dei danni. Mentre il Tribunale aveva respinto il ricorso, la Corte d’Appello lo aveva ritenuto fondato, pronunciandosi per la reintegra.

La Cassazione, confermando la decisione del giudice d’appello, osserva che per il rispetto della nozione di equivalenza di cui all’art. 2103 c.c. non basta l’appartenenza di ambedue i tipi di mansioni, originarie e nuove, al medesimo livello di inquadramento professionale, occorrendo altresì che le mansioni di destinazione consentano “l’utilizza-

zione ovvero il perfezionamento e l’accrescimento del corredo di esperienze, nozioni e perizie acquisite nella fase pregressa del rapporto”.

Poiché la Corte d’Appello, nella sentenza impugnata, aveva fatto applicazione di tale principio ed aveva adeguatamente motivato, con giudizio di fatto incensurabile in Cassazione, la maggior ricchezza delle mansioni di provenienza, nelle quali la dipendente aveva non indifferenti occasioni di crescita professionale, anche perché svolte in collegamento ed in collaborazione con altri uffici della società, mentre quelle di destinazione risultavano elementari, estranee al bagaglio professionale acquisito ed aventi “in sé un maggior rischio di fossilizzazione delle capacità della dipendente”, il ricorso, anche alla luce della propria giurisprudenza (Cass. SS.UU. 24 novembre 2006 n. 25033¹ e Cass. 2 maggio 2006 n. 10091) andava respinto.

La sentenza offre l’occasione di ripercorrere lo stato della dottrina e giurisprudenza sul tema.

L’art. 2103 c.c. enuncia che *“il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria*

(1) In MGL, 2007, 17, (con nota di PISANI): “Ai fini della verifica del legittimo esercizio dello *“jus variandi”* da parte del datore di lavoro, deve essere valutata, dal giudice di merito - con giudizio di fatto incensurabile in cassazione ove adeguatamente motivato - la omogeneità tra le mansioni successivamente attribuite e quelle di originaria appartenenza, sotto il profilo della loro equivalenza in concreto rispetto alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito dal dipendente”. Nella specie la suprema Corte aveva vagliato altresì la legittimità della *clausola di fungibilità* espressa dall’art. 46 c.c.n.l. 26 novembre 1994 per i dipendenti postali, con il disposto dell’art. 2103 c.c., ed aveva confermato la sentenza di merito che aveva sufficientemente, sia pur sinteticamente, motivato in ordine alla verifica in concreto dell’equivalenza delle mansioni di sportello e di recapito svolte dalla dipendente postale, ritenendo superfluo approfondire l’esame comparativo di tali mansioni.

superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione”.

La norma, così come si legge oggi, è il risultato della novella introdotta dall'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori.

Il tema dell'indagine riguarda soltanto quel passaggio descritto nella norma con l'inciso “a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”.

Si parla in tali casi di “mobilità endoaziendale” o di “mobilità orizzontale”.

Va subito detto che non è mai stato posto in contestazione il potere del datore di lavoro di procedere ad assegnazione di mansioni diverse e nuove, essendo tale facoltà una delle espressioni essenziali di esercizio di quel potere direzionale ed organizzativo nella gestione dell'impresa, o attività lavorativa in genere, che gli è riconosciuto sia dalla Costituzione (artt. 41 e 46), sia da diverse norme del codice civile (artt. 2082, 2086, 2094, ecc.).

L'esercizio dello *jus variandi* non richiede quindi, in genere e cioè purché esercitato nei limiti che si preciseranno, il consenso del lavoratore subordinato; d'altra parte l'ultimo comma dello stesso articolo sancisce la nullità di eventuali patti contrari.

Tuttavia la norma contenuta nell'art. 2103 c.c. pone due limiti fondamentali: quello dell'equivalenza delle mansioni e quello, che non indagheremo in questa sede, della irriducibilità della retribuzione.

Il punto è quindi quello di stabilire quando le vecchie e le nuove mansioni possano dirsi “equivalenti”, a prescindere dall'aspetto retributivo.

Vista la specificazione dei due requisiti come distinti, infatti, è evidente che l'equivalenza si pone come requisito diverso ed aggiuntivo rispetto alla conservazione del livello retributivo.

Dalla collocazione della norma novellatrice dello Statuto dei Lavoratori tra quelle del titolo primo, a tutela della libertà e dignità dei lavoratori, se ne

può ricavare innanzitutto il fine di tutela della dignità del lavoratore, che è anche uno dei limiti all'esercizio della libera iniziativa economica posto dal secondo comma del citato art. 41 della Costituzione.

Ma quale profilo della dignità del lavoratore si mira a tutelare?

È stato osservato² che, principalmente in virtù del bene tutelato anche dalla regola della promozione automatica presente nello stesso articolo, è la professionalità del lavoratore l'aspetto che si vuol salvaguardare.

Cosicché l'equivalenza delle mansioni può essere intesa come il criterio di controllo dell'atto gestionale datorile sotto il profilo della non lesività del bene professionalità del lavoratore.

Con la conseguenza, in sede processuale, che sarà sempre onere del datore di lavoro provare l'avvenuto rispetto del carattere di equivalenza, in caso di contestazione.

Poiché dunque si tratta di una norma aperta, solo teleologicamente determinata, occorre riempirla di contenuti e sarà inevitabile una certa discrezionalità dell'interprete nell'individuazione del contenuto più corretto caso per caso.

Sono state infatti proposte soluzioni diverse.

Per delineare meglio i contorni della professionalità da salvaguardare, due sono le tesi fondamentali contrapposte: per la prima la professionalità va intesa come professionalità pregressa, già acquisita, e quindi in senso statico, come “saper fare”; per la seconda, al contrario, essa va intesa come professionalità in trasformazione, acquisenda, e quindi in senso dinamico, come “saper come fare”.

Il primo criterio è quindi più rigido, perché mira a mantenere la professionalità raggiunta dal lavoratore, così com'è; il secondo è invece più flessibile, perché consente di tenere conto anche dei possibili sviluppi della professionalità del lavoratore che conseguono alla acquisizione di nuove capacità professionali, corrispondenti alle nuove mansioni assegnate.

(2) Da MARINA BROLO in Comm. dir. da PIERO SCHLESINGER, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*. Art. 2103, Giuffrè, 1997, p. 138.

Secondo la tesi più rigida della tutela della professionalità pregressa, la massima che sovente si ripete nella giurisprudenza è quella che richiede due condizioni contemporanee: la prima, di tipo oggettivo, richiede che le mansioni di destinazione siano inquadrare nello stesso livello contrattuale di quelle di partenza; la seconda, di tipo soggettivo, richiede che le nuove mansioni consentano l'utilizzazione, il perfezionamento e l'accrescimento, del corredo di nozioni, esperienza e perizia acquisito nella fase pregressa del rapporto³.

È esattamente la massima riprodotta anche nella sentenza qui in commento, che si inserisce pertanto in questo filone più rigido.

Ciò significa che ci deve essere una tendenziale omogeneità, continuità, assimilabilità dei contenuti professionali delle nuove mansioni rispetto alle precedenti.

È stato anche osservato⁴ che lo *ius variandi* è legittimamente esercitato solo se lo spostamento avviene fra mansioni che appartengono alla stessa "area professionale".

La collocazione delle nuove mansioni nello stesso profilo o declaratoria contrattuale di quelle di provenienza è dunque indice necessario, ma non sufficiente, del rispetto del criterio dell'equivalenza⁵.

L'esame della copiosa giurisprudenza sul tema, consente poi di constatare l'elaborazione di una

serie di indici rivelatori dell'equivalenza: essi vengono usati dalla giurisprudenza (in modo analogo a quanto avviene per gli indici rivelatori della subordinazione) per stabilire, appunto, l'avvenuto rispetto o meno del requisito dell'equivalenza, combinati tra loro in vari modi, a seconda delle varie pronunce. Tra di essi si possono citare i seguenti principali: la posizione gerarchica raggiunta⁶, l'autonomia decisionale e la responsabilità operativa⁷, il potere di controllo sugli altri lavoratori⁸, il grado di soggezione e controllo cui il lavoratore è sottoposto, le aspettative di carriera professionale⁹, il grado di rischio e l'aggravio delle mansioni¹⁰, il prestigio nell'organizzazione aziendale¹¹, la varietà e la quantità delle mansioni¹², ecc.

È lo stesso *status* socio-tecnico-professionale che, insomma, i giudici hanno di mira nel loro intento di tutela e che non può essere compromesso né modificato.

Di fronte a tanta rigidità, tuttavia, s'è osservato che, specie in periodi di situazioni economiche meno favorevoli o in fasi di vera e propria recessione, una tutela siffatta può finire con ritorcersi a danno del lavoratore, laddove al restringimento degli spazi dell'equivalenza si finisca per far corrispondere uno spazio inevitabilmente più ampio al giustificato motivo oggettivo di licenziamento. In altre parole, laddove il datore di lavoro non possa adibire il lavoratore a mansioni diverse, ancorché

(3) Cass. SS. UU. 24 novembre 2006 n. 25033; Cass. 2 maggio 2006 n. 10091; Cass. n. 6326/2005; Cass. n. 5651/2004; Cass. n. 14666/2004; Cass. 1 settembre 2000 n. 11457, GL, 2000, n. 41, 29; Cass. 17 luglio 1998 n. 7040, RIDL, 1999, II, 276; Cass. SS. UU. n. 7755/1998; Cass. 3 novembre 1997 n. 10775 in MGL, 1998, suppl. 6; Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, in RIDL, 1996, II, 796; Cass. 4 ottobre 1995 n. 10405 in RIDL 1996, II, p. 578 con nota di F. BANO; Cass. 28 marzo 1995 n. 3623 in Dir. Prat. Lav. 1995 n. 2382; Cass. 13 novembre 1991 n. 12088 in Not. Giur. Lav. 1991, p. 830; Cass. 5 aprile 1984 n. 2231 in Giust. civ. 1985, I, p. 163 con nota di M. PAPALEONI. In dottrina v. F. GIAMMARRIA, *Osservazioni in tema di mutamento di mansioni e tutela della professionalità*, Dir. lav. 1995, I, 496 e C. POLLERA, *La questione dell'equivalenza delle mansioni nell'area della professionalità intellettuale più elevata*, RIDL, 1996, II, 65.

(4) C. POLLERA, *La questione dell'equivalenza delle mansioni nell'area della professionalità intellettuale più elevata*, RIDL, 1996, II, 67.

(5) Cass. 18 maggio 1984. Peraltro, come ricorda ancora M. BROLO in Dir. del lav. Comm. diretto da Franco Carinci, Vol. II, *Il rapporto di lav. sub. Costituzione e svolgimento*, UTET, 2007, p. 1525: "nella casistica giurisprudenziale spicca una pronuncia che riconosce l'astratta equivalenza tra mansioni impiegate e mansioni operale inquadrare nello stesso livello contrattuale (Cass. 16.10.1985, n. 5098, GI, 1987, I, 1, 342, con nota di BUONCRISTIANO; seguita da Cass. 8.2.1985, n. 1038, RIDL, 1985, II, 714, con nota di MAMMONE; Cass. 7.2.1987, n. 1315, OGL, 1987, 24; Cass. 20.9.1990, n. 9584, RGL, 1991, II, 249, con nota di PRASCA)".

(6) Cass. 20 dicembre 1985 n. 6565; Cass. 19 novembre 1984 n. 5921, RIDL, 1985, II, 703, con nota di GHINOY; Cass. 15 giugno 1983 n. 4106 in Giust. civ. 1984, I, 233; Cass. 19 giugno 1982 n. 3767, GC, 1983, I, 2307, con nota di PERA.

(7) Cass. 14 luglio 1993, n. 7789, RIDL, 1994, II, 355, con nota di FRANCO.

(8) Trib. Milano 25 ottobre 1995, D&L, 1996, 152.

(9) Così Cass. 20 settembre 1990 n. 9584, RGL, 1991, II, 249, con nota di PRASCA; Cass. 16 marzo 1992 n. 3213, NGL, 1992, 493, con nota di GHINOY; Cass. 17 luglio 1998 n. 7040, RIDL, 1999, II, 276 con nota di BORZAGA.

(10) Cass. 19 novembre 1984 n. 5921.

(11) Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, Giust. civ. 1985, I, 163, con nota di PAPALEONI.

(12) Cass. 19 novembre 1984 n. 5921, RIDL, 1985, II, p. 703, con nota di GHINOY.

non rigidamente equivalenti, quando le mansioni originarie non servano più, il rischio è quello del licenziamento; ed allora, al fine di scongiurare tale risultato, la giurisprudenza stessa s'è trovata a dover allargare le maglie dell'equivalenza¹³.

S'è così fatta spazio anche quella seconda interpretazione della norma di cui si diceva sopra, più flessibile e volta ad interpretare la professionalità in senso dinamico.

Su tale strada, peraltro, va subito segnalato che mentre la dottrina ha avanzato piuttosto risolutamente¹⁴, la giurisprudenza è stata assai più tentennante e talora, come dimostrato anche dalla sentenza in commento, persino recalcitrante: sicché s'è affermato che «non riesce ancora a farsi strada una interpretazione più elastica fondata sull'identità di valore professionale di mansioni anche molto diverse fra loro»¹⁵.

Tra le teorie riconducibili a questo filone, per così dire, della flessibilità vi è quella che ritiene fattibile un giudizio comparativo, globale e complessivo, tra gli elementi che caratterizzano la posizione professionale del dipendente, ammettendosi quindi una compensazione tra gli elementi migliorativi e quelli peggiorativi¹⁶.

Altri¹⁷ hanno invece preferito tentare di battere la strada della valorizzazione delle potenzialità professionali del lavoratore, ammettendo quindi anche modificazioni importanti della attività lavorativa, laddove essa possa avere «radici comuni» a quella precedente e sottolineando altresì la necessità, per un verso, e l'obbligo del lavoratore, per l'altro verso, di accompagnare tali cambiamenti di mansioni ad una adeguata formazione o riqualificazione professionale¹⁸.

La tesi troverebbe spunti di sostegno, da un lato, nel disposto dell'art. 56 del D.Lgs. 29/1993 (poi divenuto art. 52 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165) sul lavoro nelle pubbliche amministrazioni, che allarga l'ambito dell'obbligo lavorativo del dipendente, predefinendo come equivalenti, tra l'altro, tutte le mansioni riconducibili nella stessa classificazione professionale dalla contrattazione collettiva¹⁹; dall'altro lato, nelle disposizioni in materia di sicurezza sul lavoro, quali l'art. 22 del D.Lgs. 626/94 o, adesso, l'art. 20 (in particolare secondo comma, lettera h) e l'art. 37 del D.Lgs. 81/2008, che hanno introdotto specifici obblighi di formazione a carico dei lavoratori. Tali norme, sia la vecchia (art.

(13) Cfr. Cass. 9 marzo 2004 n. 4790, RIDL, 2004, II, 789, che ha ritenuto legittima l'adibizione unilaterale a mansioni non equivalenti per salvare l'occupazione.

(14) Secondo M. DELL'OLIO, *L'oggetto e la sede della prestazione di lavoro. Le mansioni, la qualifica e il trasferimento*, in Tratt. Rescigno, v. 15, I, Torino, 1986, p. 513, il confronto non è tra le mansioni in concreto, ma tra tipi di mansioni. Cfr. anche: C. PISANI, *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in RIDL, 2003, I, 475.

(15) A. VALLEBONA, in *Istituzioni di diritto del lavoro*, Cedam 2005, II, p. 149.

(16) Nella dottrina v. F. BIANCHI D'URSO, *La mobilità 'orizzontale' e l'equivalenza delle mansioni*, in Quad. Dir. Lav. 1987, n. 1, p. 128 ss., ritiene che la «centralità della posizione sostanziale del lavoratore nell'impresa» sia «uno dei principali parametri» di riscontro dell'equivalenza; R. DE LUCA TAMAJO e F. BIANCHI D'URSO, *La mobilità professionale dei lavoratori*, in Lav. Dir., 1990, p. 243; A. ROSSI, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie*, in Quest. Giur., 1983, p. 240. V. anche M. DELL'OLIO, *L'oggetto e la sede della prestazione di lavoro*, cit. alla nota 13, p. 512: l'equivalenza è il risultato di un «giudizio complessivo con possibilità anche di compensi tra vantaggi e svantaggi». In giurisprudenza, Trib. Napoli 29 marzo 1985, in Foro it., 1986, I, c. 144, con nota di O. MAZZOTTA; Cass. 11 gennaio 1995, n. 276, in Riv. it. dir. lav., 1995, II, p. 825 con nota di I. MILIANTI, in Not. giur. lav., 1995, p. 732, in Lav. giur., 1995, p. 593, in Riv. crit. dir. lav., 1995, p. 961; Pret. Guastalla 15 giugno 1992, in Dir. prat. lav., 1992, p. 1936.

(17) MENGONI, 1987, 46; Trib. Napoli 19.9.1986, FI, 1986, I, 2905; riferimenti anche in Cass. S.U. 24.11.2006, n. 25033, MGL, 2007, 17, con nota di PISANI.

(18) In dottrina v. O. FANELLI, *I riflessi del nuovo modo di lavorare sulle classificazioni del lavoro*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni*, Bologna, 1989, p. 122 ss.; L. MENEGONI, *La cornice legale*, in Quad. dir. lav., 1987, n. 1, p. 46; G. PROIA, *Ancora in tema di jus variandi: mansioni fungibili e professionalità congelata*, in Riv. it. dir. lav., 1990, II, p. 158 ss.; A. PIZZOFERRATO, *Tutela della professionalità e organizzazione produttiva*, in Riv. it. dir. lav., 1994, II, p. 151 ss.; F. SCARPELLI, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, cit. p. 48 ss. Per la critica di un carattere eccessivamente soggettivo del criterio cfr. F. LISO, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, cit. p. 60. In giurisprudenza cfr. Trib. Napoli 19 settembre 1986, in Foro it., 1986, I, c. 2905, e Cass. SS.UU. 24 aprile 1990, n. 3455, in Foro it., 1990, I, c. 1493, e in Giust. Civ., 1991, I, p. 1455.

(19) Tuttavia, ma in ambito privatistico, escludono, invece, che l'identità di livello contrattuale significhi automaticamente equivalenza: Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, FI, 1985, I, 1164; Cass. 8 febbraio 1985 n. 1038, FI, 1986, I, 142; Cass. 17 marzo 1990 n. 2251, MGL, 1990, suppl., 64; Cass. 23 novembre 1995 n. 12121, RIDL, 1996, II, 796; Cass. 10 aprile 1996 n. 3340, RIDL, 1997, II, 66; Cass. 3 novembre 1997 n. 10775, MGL, 1998, suppl., 6; Cass. 17 luglio 1998 n. 7040, RIDL, 1999, II, 276; Cass. 1° settembre 2000 n. 11457, GL, 2000, n. 41, 29. L'indagine sulla equivalenza è ritenuta necessaria in caso di modificazione di mansioni elementari da Cass. 11 dicembre 2003 n. 1894, MGL, 2004, 253.

22, c. 2, lett. b) che la nuova (art. 37, c. 4, lett. b), prevedono infatti uno specifico supplemento di formazione in occasione di ogni "cambiamento di mansioni": il che pare implicitamente confermare che anche cambiamenti di mansioni che comportino necessità di nuova e specifica formazione, siano consentiti²⁰⁻²¹.

Tuttavia, come si è rilevato, la giurisprudenza, specie di legittimità, stenta ad imboccare questa via di una maggiore flessibilità e resta per lo più ancorata alla nozione stereotipata di equivalenza a presidio della professionalità acquisita.

Neanche alla contrattazione collettiva, alla quale pur viene riconosciuta una competenza tradizionale e principale nella materia della classificazione delle mansioni e delle qualifiche, viene riconosciuto un ruolo decisivo, poiché la qualificazione contrattuale viene considerata "un affidabile indice dell'equivalenza", ma non vincola in modo assoluto il giudice²².

Quanto ad eventuali patti individuali di spostamento a mansioni inferiori, pur ostandovi la nullità dei patti contrari di cui all'art. 2103, secondo comma, già ricordata, vi è tuttavia giurisprudenza che ha finito ugualmente per ricono-

scerne la legittimità, qualora diretti ad evitare il licenziamento²³.

Emblematica della difficoltà di pervenire a criteri uniformi di soluzione dei casi concreti pare essere la soluzione opposta data a due casi del tutto simili concernenti due procuratori legali, pur partendo entrambe le sentenze da una affermazione di principio identica: "nell'ambito della struttura legale, ai singoli avvocati e procuratori possono essere affidati differenti compiti di contenuto e di importanza diversi, purché abbiano attinenza con la professione legale". Ci si riferisce a Pretura Roma 20 febbraio 1995, che negava legittimità al trasferimento di un procuratore legale, con esperienza in materia di contratti di finanziamento, alla Direzione Bilancio dell'IMI per l'esame di problematiche fiscali e a Cass. Sez. Un. 24 aprile 1990 n. 3455 che, nel caso di un avvocato dell'ufficio legale dell'ENI trasferito a mansioni di puro e semplice studio e documentazione giuridica, con conseguente esclusione da incarichi giudiziari, riteneva invece legittimo il cambiamento²⁴.

In definitiva, paiono tuttora attuali, stanti le incertezze giurisprudenziali sopra esaminate, e pienamente condivisibili, le conclusioni tratte

(20) Su quali siano gli obblighi di formazione che derivano dall'obbligo di diligenza a carico del lavoratore subordinato, che finiscono anche per definire i contorni delle sue mansioni e quindi i limiti di allargamento della professionalità richiedibile al lavoratore, sia consentito rinviare all'intervento del sottoscritto "Responsabilità del lavoratore subordinato nei confronti del datore di lavoro per violazione dell'obbligo di diligenza", in questa rivista n. 6/2008.

(21) Ad esempio, Cass. 2328/2003 ha espressamente rilevato che, una volta rispettati i due requisiti trattativi soggettivo ed oggettivo dell'orientamento più rigido sopra indicato, l'esercizio dello *ius variandi* non è impedito dalla necessità di un aggiornamento professionale in relazione ad innovazioni tecnologiche, né dalla circostanza che le nuove mansioni debbano essere svolte in un diverso settore dell'azienda. La necessità di un aggiornamento professionale non esclude l'equivalenza, purché sia sempre coinvolto il patrimonio professionale già acquisito, per Cass. 1 settembre 2000 n. 11457, in GL, 2000, n. 41, 29, così come consente lo spostamento anche ad altro settore aziendale anche Cass. 15 febbraio 2003 n. 2328, in MGL, 2003, 258.

(22) Cass. 2 luglio 1992 n. 8114, in Dir. Prat. Lav., 1992, p. 2611; Cass. 8 aprile 1991 n. 3661 in Not. Giur. Lav. 1991, p. 454; Cass. 19 marzo 1991 n. 2896, in Not. Giur. Lav. 1991, p. 454; Cass. 17 marzo 1990 n. 2251 in Not. Giur. Lav. 1990, p. 611; Cass. 23 gennaio 1988 n. 539 in Not. Giur. Lav. 1988, p. 313; Cass. 10 aprile 1987 n. 3585 in Dir. Prat. Lav. 1987, p. 2509; Cass. 5 aprile 1984 n. 2231 in Giust. civ. 1985, I, p. 163 con nota di PADALEONI. V. anche supra, sub nota 19. Cfr., poi, sulla clausola di fungibilità, la nota 1.

Infine, sulle differenze, nel tema, tra lavoro pubblico e lavoro privato e sul ruolo della contrattazione collettiva nei due ambiti, ritenuto strumento di sostanziale progressivo avvicinamento delle due discipline, cfr. R. DIAMANTI, *L'equivalenza di mansioni nel settore pubblico e in quello privato: apparenza diversità e sostanziale avvicinamento*, in RIDL, 2008, II, 803, a commento di Cass. Sez. Un. 4 aprile 2008 n. 8740.

(23) Per la legittimità del patto diretto ad evitare il licenziamento, vedi: Cass. 13 ottobre 2004 n. 2024, GL, 2004, n. 49, 25; Cass. 5 ottobre 2000, n. 10339, MGL, 2000, 1208; Cass. 29 marzo 2000 n. 3827, MGL, 2000, 686; Cass. 6 aprile 1999 n. 3314, RIDL, 1999, II, 843; Cass. 7 settembre 1993, n. 9386, GC, 1994, I, 396; Cass. 7 marzo 1986 n. 1536, OGL, 1986, 936; Cass. 12 gennaio 1984, n. 266, FI, 1985, I, 234; Cass. 12 gennaio 1982, n. 161, GC, 1982, I, 2161. Contra: Cass. 26 gennaio 1984 n. 624, RIDL, 1985, II, 504; Cass. 13 febbraio 1980 n. 1026, RGL, 1980, II, 613; Cass. 28 novembre 1978 n. 5579, FI, 1979, I, 2344; Cass. 13 ottobre 1977, n. 4361, FI Rep., 1977 voce Lavoro(rapporto) 901. Nel senso della legittimità del patto per qualsiasi interesse del lavoratore (ad esempio al trasferimento), anche diverso da quello di evitare il licenziamento cfr. Cass. 20 maggio 1993 n. 5693, RIDL, 1994, II, 161; Cass. 2 novembre 1993 n. 10793, MGL, 1994, suppl., 1; Cass. 1 dicembre 1988 n. 6515, MGL, 1989, 189. Contra: Cass. 5 aprile 1984 n. 2231, GC, 1985, I, 163; Cass. 17 giugno 1983 n. 4189, GC, 1984, I, 1238. Nel senso che la conclusione del fatto non è obbligatoria per il datore di lavoro, che può provvedere diversamente, cfr. Cass. 14 settembre 1995 n. 9715, MGL, 1996, 88; Cass. 15 marzo 1995 n. 2990, MGL, 1995, 191.

(24) Le due sentenze sono reperibili quella pretorile in RIDL, 1996, II, p. 65, con nota di C. POLLERA e quella di Cassazione in FI, 1990, I, 1493.

dalla Prof. Brolo nel suo lavoro citato²⁵: “la conclusione è che la nozione di equivalenza ha un contenuto ‘elastico’: pur essendo imperniato su un parametro preciso (la professionalità del lavoratore), risulta sostanzialmente ‘aperto’, espresso in forma analoga a quella di una clausola generale ‘in bianco’ che rinvia a ‘dati di tipicità ambientale’, cioè alla razionalità materiale dell’economia e ai rapporti di mercato sui quali interagiscono le organizzazioni sindacali in un certo momento storico ed in uno specifico contesto aziendale. Sicché l’indeterminabilità, in termini astratti, del concetto di equivalenza professionale depono

a favore della tesi di un rinvio alla ‘coscienza sociale’ espressa in un determinato momento e contesto vuoi dal potere sindacale, vuoi dal potere giudiziario. Ne consegue che per fornire una nozione di equivalenza bisogna passare in rassegna le decisioni giudiziali e i testi negoziali, con la lentezza della tutela effettiva della professionalità della persona-lavoratore.

Su un piano contingente, rimane tutta la difficoltà di individuare parametri e criteri precisi al fine di stabilire quali siano i livelli di garanzia e di protezione al di sotto dei quali non è possibile scendere in una determinata realtà socio-economica.”

(25) MARINA BROLO in Comm. dir. da Piero Schlesinger, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*. Art. 2103, Giuffrè, 1997, p. 170.