

## PERCORSO INPS

### LEZIONE 11

#### Videolezione 11.3 – L’Obbligo e l’onere della Formazione

##### Introduzione

Benvenuti!

In questa lezione tratteremo l’obbligo e l’onere della Formazione che il nuovo art. 2103 del Codice Civile fa sorgere in capo al datore di lavoro in caso di mutamento delle mansioni del lavoratore.

Bene, non ci resta che cominciare...

##### Obbligo della Formazione

Altra importante e condivisibile novità introdotta dal nuovo art. 2013, comma 3, cod. civ., è la previsione della formazione del lavoratore che deve accompagnare, “ove necessario” il mutamento di mansioni.

In questo modo finalmente la formazione diviene importante fattore di ampliamento della mobilità consentita. Tale previsione era quanto mai opportuna alla luce della nuova disciplina introdotta soprattutto dal comma 1. Infatti, nel momento in cui è stata in parte cambiata la frontiera della tutela della professionalità del lavoratore, diventa prioritaria per il dipendente l’esigenza di acquisire sempre nuove conoscenze e capacità spendibili nell’organizzazione produttiva.

Il comma 3 dell’art. 2103 cod. civ. non specifica a quale tipo di mutamento di mansioni si riferisca quando prescrive la formazione; sicché è da ritenere che esso vada applicato ad ogni modifica, sia quelle orizzontali ex comma 1, sia quelle in pejus, ex comma 2 e 4, rimanendo estranee a tale regola, invece, quelle consensuali ex comma 6.

La norma in esame utilizza un precetto generico, “ove necessario”, per stabilire quando occorra effettuare la formazione e ciò purtroppo sarà fonte di incertezza e contenzioso, poiché si tratta di una valutazione di competenza del datore di lavoro, la cui correttezza, in caso di contenzioso, viene accertata solo ex post dal giudice, in base a criteri che potrebbero risultare astratti o sganciati dalla realtà concreta.

Anche per eliminare gli effetti pregiudizievoli di questa incertezza, il comma 3 ha previsto che, in ogni caso, la mancata formazione non determina la nullità dell’atto di assegnazione alle mansioni.

##### Su chi grava l’obbligo della Formazione: Onere del datore di lavoro

La norma non specifica neppure su chi grava l’obbligo di formazione.

A prima vista parrebbe che soggetto obbligato sia il datore di lavoro, in quanto è colui che dispone il mutamento di mansioni ed è sempre colui che deve organizzare la formazione.

Tuttavia, a ben vedere, la previsione dello stesso comma 3, secondo cui l’inadempimento di tale obbligo non determina la nullità dell’atto di assegnazione alle nuove mansioni, porta ad escludere che tale obbligo gravi sul datore di lavoro, poiché la modifica delle mansioni resterebbe comunque valida.

Sembra allora più convincente configurare quello della formazione come un onere del datore di lavoro e un obbligo del lavoratore.

Si tratterebbe di un onere per il datore di lavoro, perché deve assolverlo se vuole esercitare legittimamente il potere modificativo di adibizione del lavoratore a mansioni per le quali quest'ultimo è professionalmente idoneo, in quanto implicanti una professionalità estranea al bagaglio di conoscenze da lui acquisite nella fase pregressa del rapporto. Come tutti gli oneri, neppure questo è obbligatorio per il soggetto gravato, ma se esso non viene assolto, l'ordinamento non gli riconosce il potere, e quindi l'atto di assegnazione alle mansioni è privo di effetti.

Solo così il lavoratore ha diritto di rifiutare lo svolgimento delle mansioni per le quali non ha ricevuto adeguata formazione, senza subire alcuna conseguenza pregiudizievole sul piano disciplinare. Neppure su quello retributivo, se il rifiuto è accompagnato dall'offerta della prestazione dovuta. Infatti, il lavoratore in tal caso si limita a rifiutare l'esecuzione di una prestazione non dovuta, in quanto richiesta in forza di un potere non riconosciuto dall'ordinamento per il mancato assolvimento dell'onere formativo a cui era condizionato.

Se, invece, il lavoratore non opta per il rifiuto della prestazione per la quale non è idoneo per colpa del datore di lavoro e, dunque, rimane ugualmente sul nuovo posto, non solo, i suoi eventuali inadempimenti derivanti dalla mancata formazione non saranno a lui imputabili, ma inoltre, se questa situazione dovesse comportare una sua inutilizzazione, si potranno avere anche le conseguenze risarcitorie previste dalla fattispecie della sottrazione di mansioni.

Questo onere consiste nel fornire al lavoratore una formazione adeguata, che si rivelerà tanto più costosa per il datore di lavoro quanto più sarà differente la professionalità necessaria per lo svolgimento delle nuove mansioni. Inoltre, questo fattore può costituire un disincentivo per il datore ad assegnare al lavoratore mansioni molto differenti dalle precedenti.

#### Su chi grava l'obbligo della Formazione: Obbligo del lavoratore

Il lavoratore, invece, è obbligato alla formazione. Tale obbligo deve essere adempiuto, come tutti gli obblighi, con buona fede e correttezza da parte del lavoratore, nel senso che, ad esempio, egli non potrà fare mero atto di presenza ai corsi organizzati dal datore di lavoro, ma dovrà sforzarsi di acquisire la nuova professionalità. Il criterio di misura di questo sforzo di diligenza è quello generale che si evince dall'art. 1218 cod. civ., per cui il lavoratore deve dimostrare che l'eventuale inadempimento all'obbligo formativo è stato determinato da impossibilità derivante da causa a lui non imputabile, che nella specie potrebbe configurarsi, ad esempio, nel caso in cui l'offerta formativa del datore di lavoro si riveli palesemente inadeguata, ovvero nell'ipotesi in cui la professionalità richiesta per le nuove mansioni sia di un livello troppo superiore o differente rispetto alle capacità anche di base e potenziali del lavoratore.

In questi casi comunque non dovrebbe più trovare applicazione la previsione del comma 3 della validità dell'atto di assegnazione delle mansioni, trattandosi di inadempimento non imputabile.

Una delle questioni più delicate che potrebbe presentarsi è quella in cui la formazione risulti adeguata e il lavoratore, nonostante gli sforzi profusi, non riesca proprio a conseguire l'obiettivo formativo, pur ragionevole rispetto alla sua preparazione di base e alle sue capacità potenziali. Qui, a prescindere dall'annoso problema se si possa configurare ugualmente un inadempimento per un'obbligazione di questo tipo pur in assenza di "colpa" del lavoratore perché in tal caso avrebbe usato la diligenza necessaria, si

potrebbero ipotizzare gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, per inidoneità professionale sopravvenuta del lavoratore.

### La tipologia delle promozioni

L'art. 3 del D.Lgs. n. 80/2015 ha sostanzialmente confermato la precedente disciplina della c.d. mobilità verticale, verso mansioni superiori, con alcuni opportuni chiarimenti. Pertanto il comma 7 dell'articolo 2103 può trovare applicazione generalizzata, anche nei casi in cui l'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori non sia dovuta a "processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale".

Normalmente in questi casi si è in presenza di una modificazione oggettiva dello stesso rapporto, anche se il mutamento comporti la sussunzione del rapporto modificato sotto una disciplina giuridica parzialmente diversa.

Tra le situazioni prese in considerazione anche dal nuovo art. 2103 cod. civ., in cui vengono in rilievo le mansioni superiori, e, più in generale, le modifiche in melius dell'oggetto del contratto, bisogna preliminarmente operare una suddivisione, distinguendo la fattispecie relativa alla acquisizione della categoria superiore da parte del lavoratore, contenuta nel primo comma dell'art. 2103 c.c., dalla previsione di cui al comma 7, attinente al "caso" di assegnazione a mansioni superiori.

Nel primo comma la norma, nello stabilire che il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni «corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito», si riferisce a tutte le ipotesi di promozione definitiva del lavoratore, indipendentemente dalle modalità mediante le quali essa può essere stata conseguita.

In queste promozioni vi rientrano, quindi, sia la c.d. promozione automatica, regolata nel comma 7 che costituisce solo uno dei possibili meccanismi di acquisizione del superiore inquadramento, sia la modifica in melius delle mansioni espressamente prevista dalle parti come immediatamente definitiva, sia tutti gli altri tipi di promozione attraverso i quali viene attuata una «definitiva ed immediatamente irreversibile modificazione dell'inquadramento contrattuale del prestatore di lavoro», anche a prescindere del tutto dall'effettiva adibizione del dipendente a mansioni superiori. È ciò che si verifica, ad esempio, nei sistemi in genere previsti dai contratti collettivi di progressioni programmate di carriera (cc.dd. automatismi di carriera), dove il passaggio di categoria solitamente si perfeziona al realizzarsi di determinati presupposti oggettivi, come il decorso di un determinato periodo di permanenza nella categoria, o livello inferiore, ma che non comporta necessariamente un mutamento di mansioni.

Si possono dunque distinguere due ipotesi di acquisizione del superiore inquadramento da parte del lavoratore: quella con modificazione delle mansioni, in cui l'adibizione a mansioni superiori è immediatamente definitiva, oppure lo diventa a seguito di promozione automatica; e quella che invece si produce anche in assenza di una vicenda modificativa dei contenuti qualitativi della prestazione, per cui il dipendente continua a svolgere le precedenti mansioni nonostante il superiore inquadramento.

### Il rifiuto del lavoratore all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori

Il comma 7 del nuovo art. 2103 cod. civ. prevede espressamente quello che già la giurisprudenza ricavava in via interpretativa anche dal precedente testo, e cioè la possibilità di rifiuto del lavoratore all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori, espresso mediante "diversa volontà", come recita il comma 7. La ratio della disposizione risiede nell'interesse che può avere il lavoratore, nonostante si tratti normalmente di

vicende favorevoli per quest'ultimo, a non assumere un'obbligazione di lavoro con diverso contenuto che nel caso concreto può, ad esempio, implicare assunzioni di maggiori responsabilità e rischi non graditi. La locuzione "salva diversa volontà del lavoratore", utilizzata dal comma 7, fa subito pensare che nel silenzio del lavoratore l'assegnazione diviene definitiva poiché scatta l'effetto inderogabile previsto dalla norma ove ne ricorrano i presupposti. Conseguentemente qui il comportamento del lavoratore che continua a svolgere le mansioni superiori è concludente, nel senso di escludere la sua volontà contraria alla promozione.

Pertanto i fatti impeditivi del diritto alla promozione automatica sono due:

- uno è la sostituzione di lavoratori "in servizio"
- l'altro è quello in esame, vale a dire la volontà contraria del lavoratore

Anche in relazione al precedente testo dell'art. 2103 cod. civ. la giurisprudenza, pur in assenza di previsione normativa, aveva affermato la necessità del consenso, anche implicito, del lavoratore per l'assegnazione definitiva alle mansioni superiori, ritenendo configurabile lo jus variandi in melius solo per le modifiche temporanee, mediante la possibilità del lavoratore di impedirne il perfezionamento rifiutando lo svolgimento delle mansioni sin dalla scadenza del termine previsto.

La nuova norma, dunque, recepisce questo orientamento e con la previsione espressa ha eliminato i dubbi che prima erano sorti su come impedire l'automatismo legale una volta trascorso interamente il periodo di, allora, tre mesi e, prima di tale scadenza, come avrebbe potuto il lavoratore legittimamente rifiutare di svolgere le mansioni superiori richieste in forza di legittimo esercizio di jus variandi il cui periodo massimo di durata avrebbe fatto sempre scattare l'automatismo legale.

Il problema ora non si pone più perché l'effetto automatico della promozione allo scadere dei sei mesi non si produce se il lavoratore ha preventivamente manifestato la "diversa volontà", pur continuando doverosamente a svolgere le superiori mansioni per tutto il suddetto periodo.

Una volta espresso il suo rifiuto alla assegnazione alle mansioni superiori, il lavoratore ha diritto di vedersi assegnare le precedenti inferiori mansioni o altre inquadrature nello stesso livello, non potendo rimanere inutilizzato, secondo l'orientamento giurisprudenziale corrente. Se il suo precedente posto inferiore nel frattempo è stato soppresso e non vi sono altre mansioni libere nel medesimo livello (oppure se ve ne siano, ma implicino la formazione del dipendente), il lavoratore può essere licenziato per giustificato motivo oggettivo.

#### La durata dell'assegnazione a mansioni superiori

Il comma 7 del nuovo art. 2103 cod. civ., pur continuando ad affidare all'autonomia collettiva il compito di fissare il termine decorso il quale si produce la promozione, in mancanza di tale previsione, ha allungato tale termine a sei mesi per tutte le categorie.

Il periodo di sei mesi deve essere di lavoro effettivo, con conseguente esclusione dei giorni di non adibizione alle mansioni superiori. Neppure i giorni in cui il rapporto è interrotto o sospeso dovrebbero essere computati, se la ratio della disposizione consiste nella finalità di verificare le capacità del lavoratore di svolgere i compiti superiori, in analogia, peraltro, con il periodo di prova, ex art. 2096 c.c., per il quale si ritiene debba essere preso in considerazione unicamente il lavoro «effettivo».

Pertanto si dovrebbe escludere, ai fini del computo del periodo utile per la promozione, i giorni di assenza, anche se giustificati o legittimi, e cioè i periodi di ferie e di malattia.

Secondo una tesi contraria, invece, favorevole ad includere nel periodo utile alla maturazione della promozione anche delle assenze giustificate o delle sospensioni del rapporto, la norma sarebbe diretta non a saggiare l'idoneità del dipendente, bensì a sanzionare l'avvenuta sovrautilizzazione del lavoratore senza l'acquisizione della corrispondente posizione formale.

### La sostituzione del lavoratore "in servizio"

Anche per quanto concerne il fatto impeditivo del diritto all'assegnazione definitiva, il comma 7 ribadisce che si deve trattare di "ragioni sostitutive" precisando che il lavoratore sostituito deve essere "in servizio", come si poteva evincere anche dalla precedente formulazione in cui si parlava di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto.

Infatti, la ratio dell'eccezione alla regola della definitività dell'assegnazione è sempre quella secondo cui se la posizione superiore non è vacante, ma appartiene comunque ad un lavoratore con rapporto di lavoro subordinato in corso a tutti gli effetti, ma che provvisoriamente non occupa quel posto, il sostituito non matura il diritto alla promozione automatica proprio perché allorquando il sostituito riprenderà il suo posto, non vi sarà alcuna posizione superiore disponibile.

Pertanto il lavoratore in "servizio" sostituito è da intendersi, non solo quello che materialmente non è in azienda, sia perché temporaneamente si trova altrove a svolgere la prestazione lavorativa di formazione, sia perché nelle situazioni di legittima sospensione della prestazione stessa (malattia, infortunio, gravidanza, puerperio, funzioni pubbliche elettive, sindacalisti in permesso, lavoratori in cassa integrazione o in permesso retribuito, ecc), ma anche chi, pur essendo presente in azienda, temporaneamente sia "assente" dal suo posto di lavoro, al quale è comunque destinato a tornare entro un periodo più o meno lungo.

Un caso particolare può essere quello del lavoratore che prende il posto, con mansioni superiori, di chi è stato trasferito in un'altra unità produttiva. In questa ipotesi, in effetti, il lavoratore trasferito è a tutti gli effetti "in servizio". Eppure, non consentire a chi ha preso il suo posto di maturare il diritto all'assegnazione definitiva delle mansioni superiori sarebbe in contrasto con la ratio che si è vista dell'eccezione in esame in quanto, in questa situazione, essendo il trasferimento (a differenza della trasferta o del distacco) connotato dalla definitività del mutamento del luogo di adempimento della prestazione, quel posto superiore è diventato "vacante" e quindi disponibile.

### Conclusioni

Bene, questa video lezione è finita.

Ti ricordo che abbiamo parlato dell'Obbligo e dell'Onere della formazione e su chi ricade rispettivamente.

Abbiamo anche visto:

- la tipologia delle promozioni
- il rifiuto del lavoratore all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori
- e cosa comporta la sostituzione di un lavoratore in servizio

Grazie per l'attenzione!

