

Arianna Avondola

**LA RIFORMA DELL'ART. 2103
C.C. DOPO IL *JOBS ACT***

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

ARIANNA AVONDOLA

Ricercatore di diritto del lavoro nell'Università di Napoli Federico II

LA RIFORMA DELL'ART. 2103 C.C. DOPO IL *JOBS ACT*

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il primo intervento sull'art. 2103 c.c.: l'art. 13 St. lav. e le attuali criticità. — 3. Altri interventi (surrettizi) di modifica dell'art. 2103 c.c. — 4. La scelta del legislatore. — 5. Le mansioni contrattualmente convenute. — 6. Il demansionamento. — 7. L'obbligo di formazione. — 8. Lo spostamento a mansioni superiori. — 9. La disciplina transitoria. — 10. Conclusioni. a) Il ruolo della contrattazione collettiva: vera protagonista? — 11. *Segue.* b) Equivalenza, professionalità e dignità: parole senza più senso?

1. *Premessa.* — Caduto come una mannaia sui diritti giuridicamente garantiti dallo Statuto dei lavoratori, il cosiddetto *Jobs Act* sembrerebbe aver “invaso” territori inviolabili, sollevando, tra molti studiosi del diritto del lavoro, oltre a lecite perplessità, anche manifeste antipatie (1).

È altresì vero che ormai da anni i giuslavoristi italiani assistono ad un accanimento normativo perpetrato dai diversi legislatori nei confronti della legge n. 300 del 1970, che, negli ultimi anni, in nome della flessibilità, è stata oggetto di un'attenzione “riformatrice”, purtroppo, spesso disordinata e priva di una visione unitaria della materia, che ha finito col confondere e complicare alcune discipline, piuttosto che produrre una vera semplificazione delle stesse, al solo scopo di far crollare falsi idoli.

Mentre ciò è certamente accaduto con la Legge Fornero e il “compianto” art. 18 St. lav., non sarei così drasticamente certa che

(1) Tra tutti cfr. F. CARINCI, *Il tramonto dello statuto dei lavoratori (dalla legge n. 300/1970 al Jobs Act)*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, Cacucci, 2015.

la stessa desolante conclusione possa assorbire anche l'ultimo intervento legislativo.

La considerazione (in buona parte) condivisibile che «la stagione che stiamo attraversando segna in maniera marcata la parabola discendente dello statuto dei lavoratori» (2), dal momento che la strada scelta dal legislatore è caratterizzata da «un semplice percorso erosivo e di retromarcia... di smantellamento di tutele, con restituzione secca di margini di potere al datore di lavoro...» (3), non esclude il fatto che un intervento normativo organico, finalizzato ad un rioridino e ad una semplificazione della materia del diritto del lavoro, sia auspicato da tempo e da più parti.

Che poi l'avvento del *Jobs Act* sia completamente risolutivo, forse è presto per dirlo, ma è altrettanto presto per crocifiggere questa nuova disciplina appena nata.

A conforto di tali iniziali considerazioni, la presente analisi ha l'obiettivo di proporre alcune caute (ma forse più possibiliste) valutazioni sulla nuova disciplina dello *ius variandi* (4), che, con il d.lgs. n. 81 del 2015 art. 3, è stata completamente rimodulata.

2. *Il primo intervento sull'art. 2103 c.c.: l'art. 13 St. lav. e le attuali criticità.* — Non è certo la prima volta che il legislatore interviene sul potere datoriale relativo al mutamento delle mansioni dei dipendenti.

La prima grande modifica all'art. 2103 c.c., com'è noto, arrivò con l'art. 13 St. lav.: un intervento normativo connotato, però, da una *ratio* completamente diversa da quella attuale.

Il legislatore dell'epoca, infatti, aveva la chiara necessità di «rimediare all'ineffettività che presentava l'originaria formulazione dell'art. 2103 del codice civile. Questa, infatti, pur se si prefiggeva di tutelare la posizione sostanziale del lavoratore all'in-

(2) Ancora F. CARINCI, *ibidem*.

(3) F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, *CSDLE*, It, n. 257/2015, 19.

(4) In generale sullo *ius variandi*, cfr., tra gli altri, già G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963; E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti all'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, *MGL*, 1984; F. LISO, *Art. 13*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, diretto da G. GIUGNI, Giuffrè, 1979; nonché C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di L. FIORILLO - A. PERULLI, Giappichelli, 2015.

terno dell'azienda nei confronti dell'esercizio del potere datoriale di variazione delle mansioni, non riusciva certo a centrare l'obiettivo perché non si faceva carico di escludere che la modifica peggiorativa potesse legalmente prodursi per altra via...» (5).

Pertanto, l'art. 13 St. lav., attraverso «la più classica delle formule atte a sancire l'inderogabilità della norma giuridica ad opera dell'autonomia privata» (6), statui che, in base a quanto stabilito dall'articolo 2103 c.c., «ogni patto contrario è nullo», ovvero sia che era nulla qualsivoglia modifica *in peius* alle mansioni del lavoratore.

La formula era manifestamente diretta a sancire l'inviolabilità (in senso peggiorativo) della posizione del lavoratore, che — in tal modo — veniva considerata un «bene non disponibile» (7) neanche per via negoziale tra le parti.

La volontà statutaria era, però, volta verso una vera e propria blindatura del potere datoriale di variazione delle mansioni; marchio che si è concretizzato nel limite invalicabile del criterio della cosiddetta “equivalenza”.

Si poneva, così, un limite “esterno”, reso nel tempo stringente dalla giurisprudenza, che collegava l'equivalenza alla conservazione della professionalità acquisita, sancita e tutelata a livello costituzionale dagli artt. 4, 35 e 36 Cost. (8).

Pertanto, l'intero disegno normativo del legislatore del '70 finiva per ruotare intorno ad alcuni principi imprescindibili, quali: la stabilità del posto di lavoro; la dignità della persona, sintetizzata nella tutela della professionalità acquisita; la marginalizzazione del demansionamento alle sole ipotesi — specificamente previste — di *extrema ratio*.

Benché perfettamente calato nelle esigenze storiche, politiche e sociali del tempo, l'art. 13 St. lav., rimasto invariato per decenni, ha inevitabilmente dato origine ad una serie di “criticità”, che sono risultate di sempre più complessa soluzione.

(5) F. LISO, *op. cit.*, 2.

(6) R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, CSDLE, It. n. 262/2015, 2.

(7) Ancora F. LISO, *op. cit.*, 2.

(8) R. DE LUCA TAMAJO, *Lectio Magistralis “Continuità e innovazione nel Diritto del Lavoro”*. Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. 2 dicembre 2015.

L'impostazione statutaria, infatti, poneva inevitabili limiti alla flessibilità organizzativa interna delle imprese, esigenza questa di maggiore elasticità che, invece, appare da qualche tempo particolarmente sentita soprattutto a causa delle recenti fasi di crisi economica e di ristrutturazione aziendale.

Ugualmente, lo stesso dettato dell'art. 13 St. lav., rimanendo impermeabile alle modifiche strutturali che — nei decenni passati — ha vissuto il mercato del lavoro e alle richieste sempre più diversificate della professionalità acquisita dai dipendenti, non di rado ha rappresentato — nella sua granitica formulazione — un grave rischio per il lavoratore, che rimanendo “inchiodato” alla professionalità di partenza, talora si è potuto trovare «spiazzato dall'evoluzione tecnologica e organizzativa» (9).

3. *Altri interventi (surrettizi) di modifica all'art. 2103 c.c.* — Proprio a causa di tali problematiche, l'art. 2103 c.c., ancor prima dell'avvento del *Jobs Act*, è stato di fatto scardinato nella sua rigidità strutturale attraverso numerosi interventi di modifica, realizzati non solo dal legislatore, ma anche ad opera della Contrattazione Collettiva, e soprattutto da parte della giurisprudenza.

Com'è noto, a norma dell'art. 8 legge n. 148 del 2011, il legislatore ha conferito ai contratti collettivi — anche aziendali — la possibilità di derogare alla legge e a quanto previsto dai contratti di categoria anche in merito «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale».

L'ampiezza di poteri offerta dal legislatore del 2011, per quanto deprecabile e rischiosa, ha determinato come immediata conseguenza la possibilità di intervenire surrettiziamente sull'art. 2103 c.c. su diverse aree tematiche. A norma del citato art. 8, infatti, sarebbe lecito procedere, ad esempio, all'accorpamento di qualifiche che il ccnl riferisce a diversi livelli di inquadramento. Così come sarebbe possibile procedere ad un accorpamento di mansioni, qualificandole come equivalenti; o prevedere persino una temporanea assegnazione a mansioni inferiori giustificate da particolari esigenze aziendali (10).

(9) Ancora R. DE LUCA TAMAJO, *Jobs Act e cultura giuslavoristica*, *DLM*, 2016, 1, 6 ss.

(10) In particolare, in merito all'art. 8, l. n. 148/2011, M. BROLLO, *Mansioni*

Opzioni queste che, sebbene anche solo ipotetiche, hanno di certo rappresentato un precedente di non poca importanza nella revisione dell'art. 2103 c.c. di recente operata.

Molto prima dell'intervento legislativo del 2011, però, sia la contrattazione collettiva che la giurisprudenza, rendendosi prime testimoni della obsolescenza della disciplina dello *ius variandi*, sono spesso specificamente intervenute in materia, apportando significative modifiche alla norma, quanto meno sul piano interpretativo.

In particolare, la contrattazione collettiva, nel tentativo di dilatare la nozione di equivalenza professionale, anche attraverso l'avallo della giurisprudenza, ha più volte adottato nell'ambito dei contratti di categoria la cosiddetta classificazione «a fasce larghe» (11), o anche le «clausole di fungibilità»; meccanismi che, pur senza intaccare l'inderogabilità dell'art. 2103 c.c., hanno consentito «l'utilizzo dei lavoratori entro l'intero spazio dell'area contrattuale, mediante sistemi di *job rotation*, con conseguente estensione dell'ambito di esigibilità della prestazione lavorativa ed ampliamento della facoltà di ricorso alla mobilità orizzontale» (12).

Ugualmente, la giurisprudenza già da tempo ha sdoganato il cosiddetto «patto di declassamento» (13).

Così, si è ritenuto opportuno riconoscere alle parti la possibilità di concordare l'assegnazione a mansioni inferiori «non solo ove [il patto di demansionamento, *nda*] sia promosso dalla richiesta del lavoratore — il quale deve manifestare il suo consenso non affetto da vizi della volontà — sibbene anche allorché l'iniziativa sia stata presa dal datore di lavoro, sempreché vi sia il consenso del lavoratore e sussistano le condizioni che avrebbero legittimato il licen-

del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale, in *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsa, 2012, 390, in riferimento al potere attribuito dalla normativa alla modifica delle linee direttrici dello *ius variandi*, individua «un rin vigorito assalto alla nozione di equivalenza professionale, l'introduzione di nuove ipotesi di giustificato motivo di dequalificazione e il congelamento/rallentamento della promozione automatica in caso di svolgimento di mansioni superiori».

(11) U. GARGIULO, *Lo ius variandi nel nuovo art. 2103 cod. civ.*, *RGL*, 2015, *passim*.

(12) Cfr. *amplius* R. VOZA, *op cit.*, 4.

(13) Sul punto v. *infra*.

ziamento in mancanza dell'accordo, condizioni della cui prova è onerato il datore di lavoro» (14).

In particolare, secondo la giurisprudenza «È evidente che, quando il datore di lavoro desiste dall'intento di licenziare per addivenire ad un c.d. patto di demansionamento, occorre che l'intento di porre fine al rapporto sia stato serio, giustificato e non un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione ad una norma imperativa. Ed è anche pacifico che, in caso di impugnativa dell'accordo, l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento incombe sul datore di lavoro, in osservanza tanto del disposto dell'art. 5 della legge 15 luglio 1966, n. 604 che del divieto posto dall'art. 2103 c.c.» (15).

4. *La scelta del legislatore.* — Sta di fatto che di fronte alle altalenanti vicende storiche e politiche che hanno caratterizzato decenni di incertezze interpretative e dopo anni di resistenze parlamentari, sindacali e giudiziarie, assistiamo oggi ad una vera e propria «esplosione di flessibilità» (16) (prima in uscita e ora gestionale), che però non deve indurre aprioristicamente gli interpreti verso una demonizzazione dell'ultimo intervento legislativo.

Certo è che il decreto legislativo n. 81 del 2015 all'art. 3 procede ad una riscrittura integrale dell'art. 2103 c.c., attraverso una triplice innovazione: 1) si abbandona il criterio dell'equivalenza (che scompare anche terminologicamente dalla lettera della norma novellata); 2) si disciplina il demansionamento (fino ad oggi, vero pilastro inviolabile della disciplina dello *ius variandi*); 3) si attribuisce nuovo vigore al ruolo della contrattazione collettiva (anche aziendale).

Tralasciando, seppur solo temporaneamente, l'attenzione propulsiva rivolta al sindacato, le scelte innovative dell'attuale legislatore, ad un primo sguardo, sembrano (ancora una volta) sbilan-

(14) *Ex plurimis*, Cass. 7 febbraio 2005 n. 2375, *DJ*. Secondo R. VOZA, *op. ult. cit.*, 3, «L'incertezza definitoria del concetto di equivalenza ha indotto la Cassazione ad abbracciare sempre più spesso la "logica del male minore" in un'ottica di bilanciamento di interessi, soprattutto ogni qual volta al bene-salute non poteva anteporsi il bene-occupazione».

(15) Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, *DJ*.

(16) R. DE LUCA TAMAJO, *op. cit.*, *passim*.

ciate in favore della parte imprenditoriale del rapporto di lavoro, dilatandosi il potere datoriale ben al di là di ogni limite fino ad ora consentito.

Un'operazione che, però, come già in parte precedentemente chiarito, nasce da un cambiamento ideologico non certo improvviso. Mentre, infatti, l'impostazione rigida, su cui era fondata la fabbrica fordista, appariva giustificata dall'organizzazione stabile che ne rappresentava perno e base imprescindibile, la medesima ottica garantista sembrerebbe oggi non trovare più alcuna aderenza con la realtà attuale, caratterizzata, in questa fase di prolungata crisi economica, da rapporti lavorativi precari, accompagnati — a livello aziendale — da numerose incognite produttive.

Un'organizzazione produttiva dai ritmi accelerati e altalenanti, dunque, che di fatto non era più in grado di garantire la fissità delle mansioni.

Tale quadro storico è stato di fatto posto dall'attuale legislatore come dato acquisito (*rectius*, come pre-requisito) imprescindibile della riforma attuata, divenendone, pertanto, l'elemento propulsore e reale motore giustificativo.

Se tale valutazione storico-politica forse non è in grado giustificare fino in fondo l'eradicazione di principi — fino ad ora considerati — inviolabili (come il divieto di demansionamento), la descritta condizione che vive da qualche anno il nostro Paese è certamente in grado di chiarire quantomeno le cause di un intervento così massicciamente modificativo della disciplina dello *ius variandi*.

5. *Le mansioni contrattualmente convenute.* — Il primo comma del nuovo art. 2103 c.c. ridisegna il contenuto obbligatorio della prestazione di lavoro, imponendo di fatto un'eccezione alla immutabilità unilaterale dell'oggetto del contratto, in ossequio alle mutevoli esigenze dell'organizzazione dell'impresa (17).

Pur confermandosi sostanzialmente il concetto di mansione, si elimina completamente ogni riferimento all'"equivalenza", imponendosi invece che le mansioni di assunzione siano "riconducibili"

(17) Sul punto cfr. F. AMENDOLA, *Le mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, Atti del convegno su *La nuova disciplina della flessibilità del lavoro*, Scandicci, 14-16 ottobre 2015, in merito al principio di contrattualità delle mansioni.

allo stesso livello di inquadramento e categoria legale «delle ultime effettivamente svolte».

La scelta normativa che sottende alla nuova formulazione è evidente. Il legislatore, attraverso un meccanismo di semplificazione della gestione aziendale, ha cercato di raggiungere un grado maggiore di certezza del diritto, dal momento che il livello di inquadramento potrebbe (e dovrebbe) rappresentare un parametro più sicuro rispetto al precedente concetto di «professionalità» (18), a lungo utilizzato dalla giurisprudenza.

E proprio la giurisprudenza sembrerebbe essere il principale interlocutore a cui è rivolto il nuovo dettato normativo, in quanto la volontà di creare una sorta di «meccanismo di incasellamento semiautomatico dei compiti [del lavoratore, *nda*] entro un profilo classificatorio» (19) dovrebbe avere lo scopo di limitare al massimo gli spazi interpretativi dei giudici, riducendo, in tal modo, l'aleatorietà del giudizio.

La scelta lessicale effettuata, però, pur costituendo un parametro «più sicuro» (20), non esclude alcuni dubbi immediatamente sollevati da una parte della dottrina, dal momento che la «riconducibilità» — come è stato fatto notare — è un «concetto assai poco tecnico, che esprime la “riferibilità”, la possibilità di attribuzione a un soggetto o, come in questo caso, a un contesto di identificazione più ampio (il livello professionale considerato)» (21), con il serio rischio che si possa verificare un ritorno di fatto del concetto di equivalenza almeno in via interpretativa. Secondo il medesimo autore, infatti, «difronte ad atti di esercizio dello *ius variandi* che portino all'assegnazione di mansioni non previste testualmente nella declaratoria professionale del contratto collettivo, l'interprete dovrà comunque ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del valore delle mansioni nuove rispetto alle “ultime effettivamente svolte”» (22), richiamando, per tal via, proprio il criterio dell'equivalenza.

(18) Secondo F. LISO, *op. cit.*, 7, «il bene tutelato non è più la professionalità del lavoratore intesa nel senso elaborato dalla giurisprudenza tradizionale, bensì la “posizione” da lui occupata in azienda in ragione della categoria di inquadramento alla quale appartiene».

(19) U. GARGIULO, *op. cit.*, 621.

(20) Ancora F. LISO, *op. cit.*, 7.

(21) U. GARGIULO, *op. cit.*, 621.

(22) *Ibidem*, 622.

Infatti, pur nel tentativo di dare risposta a problematiche pregresse, la cui risoluzione è stata lasciata sino ad oggi al solo intervento della giurisprudenza (come per le ipotesi di mansioni promiscue, da sempre soggette alla mutevole interpretazione della magistratura competente), la nuova disciplina nasconde diversi interrogativi.

A livello meramente esemplificativo, appare lecito chiedersi cosa accada in caso di mansioni non previste espressamente nel medesimo livello: se cioè sarà più coerente alla *ratio* della nuova legge procedere attraverso un meccanismo di comparazione per identità o per approssimazione.

In realtà, se ci si volesse attenere esclusivamente alla lettera del dispositivo, la formula «riconducibili allo stesso livello» potrebbe agevolare un'interpretazione per analogia, così da distogliere chiunque dall'improvvida tentazione di richiamare il tanto criticato criterio dell'equivalenza.

Restano, comunque, numerosi dubbi che potrebbero sorgere in merito all'applicabilità della norma e alle modalità di efficacia della stessa nei confronti di datori di lavoro non stipulanti il ccnl (o non iscritti al sindacato stipulante), o — ugualmente e per converso — nell'ipotesi di lavoratori non iscritti a un sindacato che abbia sottoscritto il contratto collettivo di riferimento.

Sta di fatto, che, mentre per valutare la reale efficacia pratica che produrrà la “scomparsa” dell'equivalenza — sia sul piano organizzativo che su quello giurisprudenziale — sarà necessario attendere del tempo, effetto certo ed immediatamente tangibile della nuova disposizione è sicuramente quello di aver affidato alla contrattazione collettiva un ruolo di primo piano.

Infatti, l'inquadramento del contratto collettivo, con la nuova disciplina, non sarà più solo uno strumento di individuazione dei trattamenti economici, ma anche della prestazione esigibile (23).

Pertanto, dato che la scala classificatoria è da sempre nella piena disponibilità di gestione del sindacato, appare evidente che l'innovazione normativa «si risolve in un implicito rinvio all'auto-

(23) R. DE LUCA TAMAJO, *Mansioni e jus variandi* (art. 3 D.Lgs 81/2015), (Relazione) Centro Congressi Lingotto, Torino, 8 febbraio 2016.

nomia collettiva del compito di determinare l'area del debito relativo allo svolgimento della prestazione lavorativa» (24).

Area del debito in capo al lavoratore che, però, indipendentemente dalle capacità dispositive attribuite alla contrattazione collettiva, sembrerebbe già aver subito di fatto un notevole ampliamento, in quanto — secondo la lettera del nuovo primo comma — il prestatore di lavoro si obbligherebbe a realizzare tutte le mansioni del livello di inquadramento attribuitogli e non più solo quelle per le quali è stato assunto.

6. *Il demansionamento.* — Com'è noto, dopo l'avvento dello Statuto dei lavoratori, lo spostamento a mansioni inferiori è stato assolutamente vietato, fatti salvi alcuni limitatissimi casi di *extrema ratio*, fondati sul principio del cosiddetto “male minore” (era, cioè, possibile spostare il lavoratore a mansioni inferiori solo per salvaguardare un bene più prezioso della professionalità).

In quest'ottica, nel tempo, si sono consolidate alcune specifiche deroghe al principio di equivalenza delle mansioni, così come previsto *ex art. 13 St. lav.*, alcune delle quali di fonte legislativa, come le ipotesi di: 1) accordi sindacali stipulati nel corso delle procedure di licenziamento collettivo, che prevedano il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori dichiarati in eccedenza (art. 4, comma 11, l. n. 223/1991); 2) lavoratrici normalmente assegnate al trasporto e al sollevamento di pesi o a lavori pericolosi, faticosi e insalubri, per il periodo di gravidanza e fino a sette mesi di età del bambino (anche in adozione o in affidamento) (art. 7, d.lgs. n. 151/2001); 3) lavoratori che per motivi sanitari inerenti la loro persona debbano essere temporaneamente allontanati da un'attività comportante esposizione ad un agente chimico, fisico o biologico (art. 8, d.lgs. n. 227/1991); 4) lavoratori che hanno subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60 per cento o che sono divenuti inabili a causa dell'inadempimento da parte del datore di lavoro accertata in sede giurisdizionale (art. 4, comma 4, l. n. 68/1999); o, infine, 5) nell'ipotesi contemplata dall'art. 8 della l. n. 148/2011 secondo cui i contratti collettivi aziendali o territoriali possono derogare alle prescrizioni legali e a quelle dei contratti

(24) F. Liso, *op. cit.*, 8.

di categoria relative «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale». A tali ipotesi derogatorie se ne sono aggiunte altre di matrice più tipicamente giurisprudenziale, che hanno altresì legittimato il demansionamento nel caso di rischio di licenziamento per sopravvenuta infermità permanente e di patto di demansionamento (per evitare il licenziamento).

Oggi, la riforma dell'art. 2103 c.c. ha introdotto espressamente alcune fattispecie giustificatrici del demansionamento, che «si sostanziano in una serie di deroghe, non più evidentemente alla regola dell'equivalenza, bensì a quella prevista dal nuovo comma 1, relativamente al divieto di assegnare mansioni non inquadrate nello stesso livello e nella stessa categoria delle precedenti» (25).

Tre sono le ipotesi previste nei commi 2, 4 e 6 dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015: le prime due sono qualificabili come casi di demansionamento “unilaterale”, mentre la terza coincide con il cd. demansionamento “consensuale”.

L'esplicita previsione della possibilità di spostamento a mansioni inferiori rappresenta indubbiamente un'eclatante novità, sebbene, come già chiarito, sembrerebbe una scelta obbligata per il legislatore, che finisce per ripercorrere — con qualche forzatura — tracciati già inaugurati da dottrina e giurisprudenza (26).

Nello specifico, il comma 2 consente lo spostamento «a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» nel solo caso di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore».

La disposizione, nel legittimare definitivamente il demansionamento del lavoratore, pone però alcuni limiti all'esercizio del nuovo diritto riconosciuto in capo al datore di lavoro: un limite cosiddetto “interno” e due limiti “esterni”.

Il limite “interno” è rappresentato dalla giustificazione apposta all'ipotesi di spostamento *in peius*, ovvero la modifica degli assetti organizzativi dell'azienda.

La scelta terminologica del legislatore non è esente da critiche. Innanzitutto, perché la formula utilizzata si allontana da quanto

(25) C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015, 69.

(26) Sul punto cfr. *amplius* F. LISO, *op. cit.*, 10.

espressamente previsto nella legge-delega, in cui, invece, si faceva riferimento alla «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri obiettivi».

L'attuale testo — apparentemente più scarno — di fatto amplia l'ambito applicativo della disciplina, tanto che numerosi autori hanno paventato, per questo motivo, un eccesso di delega (27).

Una connotazione lessicale, che, risolvendosi in una vera e propria giustificazione causale, per alcuni autori, sarebbe assimilabile ad una sorta di giustificato motivo oggettivo di demansionamento e che, con ogni probabilità, sarà fonte di ulteriore contenzioso in materia, richiamando obbligatoriamente l'intervento della magistratura (vero “convitato di pietra” della nuova disciplina).

Il comma in esame pone poi due limiti “esterni”, rappresentati 1) dalla immutabilità della categoria legale (28) (quindi, operai, impiegati e quadri), consentendosi lo spostamento fino a un solo livello inferiore, e 2) dalla conservazione della retribuzione (salvo i compensi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa).

L'immutabilità della retribuzione, com'è stato notato, determina un'anomalia, generata in parte da un sostanziale scollamento tra le mansioni del lavoratore e l'inquadramento formale di quest'ultimo, e per altro verso dal fatto che «paradossalmente, si crea un'alterazione del nesso di corrispettività a svantaggio del datore di lavoro, il quale riceve una prestazione lavorativa qualitativamente inferiore rispetto al trattamento retributivo che egli corrisponde al lavoratore» (29).

Il 4° comma dell'art. 3, prevede “ulteriori ipotesi” di demansionamento, sempre entro i limiti categoriali definiti nel secondo

(27) Tra gli altri, v. R. VOZA, F. LISO, U. GARGIULO, tutti già citt.

(28) In merito al richiamo alla categoria legale cfr. *amplius* L. ZOPPOLI, *Professionalità del lavoratore e dinamiche organizzative*, in *Istituzioni di diritto del lavoro e sindacale. Mercato, contratto e rapporti di lavoro*, a cura di M. ESPOSITO - L. GAETA - R. SANTUCCI - A. ZOPPOLI - L. ZOPPOLI, Giappichelli, 2015, 117 e ss..

(29) R. VOZA, *op. cit.*, 10, secondo cui «ciò si spiega in quanto le motivazioni del mutamento di mansioni sono ascrivibili ad esigenze organizzative dello stesso datore di lavoro».

comma, ma con la volontà espressa del legislatore di demandarne la previsione ai contratti collettivi.

Il rinvio alla contrattazione collettiva, per quanto plausibile e in piena sintonia con la *ratio* di rivalutazione del ruolo del sindacato voluta dal legislatore, essendo privo di ulteriori specificazioni, sembrerebbe doversi interpretare alla luce del disposto dell'art. 51 del medesimo decreto, a norma del quale «salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

L'apertura di credito nei confronti della contrattazione collettiva, di cui si rafforza il ruolo in materia, appare — pertanto — ancora più ampia di quanto possa sembrare a un primo sguardo, dal momento che «la funzione regolativa assegnata all'autonomia collettiva può essere esercitata a qualsiasi livello negoziale, ivi compreso quello aziendale» (30).

Il legislatore sembrerebbe, quindi, scegliere una formula dispositiva, da qualche tempo tornata in auge, creando una norma “semimperativa”, tale cioè solo nei confronti dell'autonomia individuale e non di quella collettiva (31).

(30) R. VOZA, *op. cit.*, 9.

(31) R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, Atti del Convegno Aidlass 2013, 13-14, secondo cui, «per quanto concerne la delega, con facoltà derogatoria, concessa alla contrattazione collettiva nazionale, il modello è già ampiamente noto e collaudato e quindi non merita particolari illustrazioni. I processi di deregolamentazione del mercato e della disciplina del rapporto di lavoro trovano realizzazione attraverso una sempre più ampia devoluzione di funzioni normative e gestionali alla contrattazione collettiva, con relativa attribuzione della facoltà di attenuare — modulare — rimuovere la garanzia posta dalla norma inderogabile. Ipotesi, peraltro, sovente confuse con quelle di mera flessibilizzazione e articolazione della normativa di legge o di semplice rinvio integrativo... [In ogni caso, *nda*] ... La capacità derogatoria del livello nazionale di contrattazione, per quanto ampiamente potenziata, deve ritenersi pur sempre rigorosamente *octroyée*, cioè da riconoscersi solo in presenza di espressa indicazione legislativa, non potendosi allo stato desumere dall'ordinamento — né essendo auspicabile — un generale principio di fungibilità ed alternatività con la fonte legale, che mantiene quindi la sua formale supremazia e il suo tendenziale carattere inderogabile. Del resto, la stessa legislazione nel momento in cui ammette il carattere derogabile di alcune regole,

Nulla, per entrambe le ipotesi descritte, viene, invece, previsto in merito alla durata dell'adibizione a mansioni inferiori da parte del legislatore, che, omettendo qualsivoglia riferimento alla temporaneità dello spostamento, sembrerebbe autorizzare anche eventuali demansionamenti "in perpetuo".

A valle delle due ipotesi descritte, in cui il datore di lavoro può decidere unilateralmente uno spostamento *in peius* del lavoratore — entro i limiti previsti e solo previa forma scritta —, il nuovo art. 2103 c.c. disciplina al comma 6 la variazione consensuale delle mansioni in senso peggiorativo.

Previo accordo tra le parti, e comunque dinanzi alle sedi protette *ex art. 2113 c.c.* o avanti alle commissioni di certificazione, sarà possibile stabilire la «modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita».

Mentre per alcuni autori la richiamata previsione normativa non rappresenta altro che la normazione dei cosiddetti patti di declassamento già da tempo sdoganati dalla giurisprudenza, in realtà, liquidare troppo rapidamente la nuova disposizione potrebbe portare a valutazioni affrettate e superficiali, non foss'altro che il nuovo comma 6 dell'art. 2103 c.c. consente un'elasticità interpretativa ben diversa dalle pronunce della Corte di cassazione.

La validità del cd. patto di demansionamento, infatti, fino ad oggi, è stata sempre riconosciuta dalla magistratura allorquando sia stato rilevato il consenso del lavoratore non affetto da vizi della volontà e nella comprovata sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento in mancanza di accordo, nella prospettiva di tutela dell'interesse del prestatore al mantenimento del posto di lavoro (32).

conferma, indirettamente, la natura imperativa delle altre (MARIUCCI); né l'ordinamento sembra allo stato consentire una così sconvolgente alterazione delle fonti a un sindacato nazionale ancora avvolto in una veste privatistica e sostanzialmente anomica».

(32) F. AMENDOLA, *op. cit.*, 17, sottolinea come sia «necessario, cioè, che vi sia una reale situazione che renda concreta una prospettiva di licenziamento e che l'accettazione delle diverse mansioni in deroga all'art. 2103 c.c. avvenga in

Si ricorda che «Il fondamento razionale giustificativo delle deroghe introdotte dalla giurisprudenza all'espressa previsione della nullità di ogni patto contrario è ravvisabile nella oggettiva prevalenza dell'interesse del lavoratore al posto di lavoro, rispetto alla salvaguardia di una professionalità che sarebbe comunque compromessa dall'estinzione del rapporto; non quindi un qualsiasi interesse del lavoratore né, tantomeno, un interesse meramente organizzativo dell'impresa» (33).

Mentre, quindi, per la giurisprudenza il declassamento andava sempre e comunque condizionato alla conservazione dell'occupazione, la nuova formulazione del comma 6 consente un'ampia apertura dell'oggetto del patto, ponendo un unico vincolo finalistico, rappresentato da tre vaste gamme di ipotesi. Si tratta: *a*) dell'interesse alla conservazione del posto; *b*) dell'acquisizione di una diversa professionalità; *c*) del miglioramento delle condizioni di vita per il lavoratore; tutte ipotesi suscettibili delle più svariate interpretazioni.

La norma, pertanto, sembra attribuire all'autonomia privata una potestà derogatoria senza limiti (34), con il grave rischio di dar vita anche a possibili "esperimenti negoziali".

Sta di fatto che: 1) si legittima qualunque causale, dato che i soli vincoli finalistici lasciano — come già chiarito — ampi margini di elasticità interpretativa; 2) lo spostamento può avvenire anche al di sotto del "solo" livello inferiore (previsto invece per i commi 2 e 4), cioè anche a più livelli inferiori (35); 3) non sono previsti vincoli categoriali; 4) non ci sono limiti temporali, pertanto, la "degradazione" può anche essere definitiva; 5) non vi è alcun obbligo di conservazione della retribuzione precedente.

A fronte di una così vasta gamma di possibilità offerte al lavoratore (che poi si tratti di un'opportunità vantaggiosa per quest'ultimo è tutto da stabilire (36)), unica reale blindatura ga-

condizioni idonee ad escludere che si tratti di un espediente per ottenere prestazioni lavorative in elusione della norma imperativa (Cass. n. 4790/2004 e Cass. n. 2375/2005)».

(33) *Ibidem.*

(34) R. VOZA, *op. cit.*, 11

(35) *Ibidem.*

(36) Mentre il richiamo ai descritti orientamenti giurisprudenziali appare evidente per il primo tra i vincoli finalistici, improntato ai principi del "male

rantista posta dalla nuova normativa sta nell'obbligo di stipulare l'accordo di declassamento dinanzi alle cosiddette sedi protette.

Tali sedi, però, essendo tenute a vigilare sull'integrità del consenso prestato dal lavoratore, possono verificare solo la effettiva sussistenza di uno dei vincoli finalistici (alternativamente disposti per legge), verifica a cui consegue che il patto di demansionamento non potrà però essere successivamente impugnato dal lavoratore per inesistenza del presupposto finalistico (37).

7. *L'obbligo di formazione.* — Incastonato tra le due ipotesi di demansionamento unilaterale e posto solo successivamente al caso di spostamento a mansioni appartenenti allo stesso livello di inquadramento, il comma 3 del nuovo art. 2103 c.c. pone un onere (non meglio identificato) di assolvimento di un obbligo formativo — «ove necessario» — «il cui mancato assolvimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

La formula, di limitata chiarezza, la cui genericità lascia spazio a numerosissimi dubbi applicativi, sembrerebbe rappresentare poco più che un "indirizzo" da parte del legislatore.

Benché, infatti, sia certamente lodevole l'attenzione espressamente posta verso la formazione (il cui ruolo — ancillare — sembrerebbe endemicamente sottovalutato nell'organizzazione aziendale nostrana), l'effettiva applicazione di tale obbligo sembra di dubbia realizzazione.

Innanzitutto, come è stato fatto notare dalla totalità della dottrina, si tratta di un obbligo privo di sanzione. Un ossimoro che

minore" e della "*extrema ratio*", qualche perplessità lasciano le altre due ipotesi. Se, infatti, appare plausibile un interesse del lavoratore ad acquisire una diversa professionalità, ai fini di una valorizzazione del proprio *know how* (si pensi ai cosiddetti percorsi di riqualificazione *on the job* (R. VOZA, *op. cit.*, 11), meno convincente potrebbe risultare un caso di «demansionamento espansivo» (U. GARGIULO, *op. cit.*, *passim*) se privo di un limite temporale e quindi definitivo; infine, per quanto riguarda il miglioramento delle condizioni di vita, appare evidente che ci troviamo di fronte ad una categoria "omnicomprensiva" e quindi non semplicemente relegabile ad una sottocategoria del male minore (R. VOZA, *op. cit.*, 12), ma piuttosto sembrerebbe un'ipotesi in bianco da riempire con i contenuti più variegati.

(37) R. DE LUCA TAMAJO, *Mansioni...*, *cit.*, precisa, però, che accanto a tale soluzione altri autori hanno considerato il riferimento all'art. 2113 c.c. al solo fine di richiamare le sedi protette ma non l'inoppugnabilità.

priva sul nascere l'onere formativo di qualsivoglia "autorità" legittimante: «un obbligo che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo» (38).

Inoltre, «la disposizione si limita a richiamare la formazione come oggetto di un obbligo, ma non dice chi sia precisamente il portatore di quest'obbligo» (39).

È ovviamente intuitivo — benché non espressamente previsto — che l'obbligo formativo ricada sul datore di lavoro, ma certamente non è chiaro cosa accada nel caso in cui il datore di lavoro non crei formazione, tanto più che la medesima formazione è obbligatoria solo «ove necessario» (valutazione di opportunità che comunque ricade nuovamente sul datore di lavoro).

Secondo LISO, il datore di lavoro sarebbe onerato a fornire formazione solo quando «necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti; derivandone che, in mancanza di assolvimento dell'onere, il provvedimento di adibizione alle nuove mansioni non sia valido» (40).

Da ciò sarebbe agevole dedurre che in assenza di formazione il lavoratore sarebbe liberato da ogni responsabilità per inadempimento *ex art. 1460 c.c.*

Quid, invece, nel caso di inadempimento dell'obbligo da parte del lavoratore? In assenza di una espressa sanzione, il prestatore di lavoro potrebbe eventualmente gravitare nelle ipotesi di violazione dell'art. 2104 c.c., che non troverebbe applicazione nel caso in cui il lavoratore intendesse rifiutarsi di partecipare al corso di formazione, ma piuttosto nelle sole ipotesi in cui — durante il corso — lo stesso lavoratore dovesse discostarsi da uno standard di correttezza minima normalmente richiestagli (si tratta, a livello esemplificativo, dell'ipotesi in cui il lavoratore non si applichi, o si distraiga ripetutamente, o accumuli numerose assenze). In ogni caso, secondo alcuni autori, non sarebbe possibile contestare al lavoratore l'inadeguatezza della prestazione, in quanto si tratterebbe di un obbligo formalmente gravante esclusivamente sul datore di lavoro (41).

(38) U. GARGIULO, *op. cit.*, 628.

(39) F. LISO, *op. cit.*, 13.

(40) *Ibidem.*

(41) A. MARESCA, *Jobs Act: Riforma dello Jus variandi, degli ammortizzatori sociali e della tutela della maternità*, Relazione a Convegno, Roma, 6 marzo 2015.

Resta, infine il dubbio se l'obbligo si imponga solo per i casi di demansionamento — data la dislocazione della previsione normativa nell'ambito della complessa struttura dell'intera disciplina — o anche in caso di mobilità orizzontale o, ancora, di adibizione a mansioni superiori.

8. *Lo spostamento a mansioni superiori.* — Al comma 7, il nuovo art. 2103 c.c. considera l'ipotesi di passaggio a mansioni superiori, ampliando — anche in questo caso — i margini di manovra dell'autonomia privata, sia individuale che collettiva. La possibilità di realizzare uno spostamento *in melius*, espressamente previsto dalla legge, comporta il «raddoppio del termine massimo di adibizione del prestatore a compiti di superiore livello di inquadramento, oltre il quale scatta il diritto alla cd. promozione automatica» (42).

Unica differenza (oltre che “quantitativa”) rispetto alla disciplina pregressa sta nella espressa previsione che i sei mesi devono essere “continuativi”. Sul punto, però, già la passata giurisprudenza faceva salve tutte le ipotesi di palese frode alla legge; principio che — con ogni probabilità — continuerà ad essere applicato anche alla nuova fattispecie, allorché si verifichino adibizioni reiterate con una alternanza ambigua tra assegnazione a mansioni superiori e reinserimento nelle mansioni di origine (43).

Unici limiti posti dal nuovo legislatore alla *variatio in melius* stanno: 1) nella diversa volontà del lavoratore e 2) nell'impossibilità di spostamento definitivo al livello superiore in caso di sostituzione di altro lavoratore in servizio.

Mentre per la seconda ipotesi nulla di sostanzialmente nuovo emerge dalla disciplina in oggetto, la possibilità attribuita al lavoratore di esprimere una volontà contraria all'assegnazione definitiva apre non pochi dubbi applicativi, ancor prima che interpretativi.

Innanzitutto, è lecito chiedersi se e in quale forma la reale e genuina volontà del lavoratore sia garantita dalla nuova disciplina. La «diversa volontà del lavoratore», infatti, se manifestata come rinuncia iniziale del prestatore di lavoro al meccanismo di promo-

(42) U. GARGIULO, *op. cit.*, 633.

(43) Cfr. *amplius ibidem*.

zione automatica sarebbe nulla *ex art. 1418 c.c.* in quanto modificativa del regolamento negoziale in violazione di una norma di legge (44).

Se, però, di rinuncia (tecnicamente parlando) si tratta, allora ci troveremmo dinanzi ad una evidente anomalia rispetto al dettato dell'art. 2113 c.c., in quanto vi sarebbe una manifestazione di volontà unilateralmente espressa dal lavoratore priva di qualsiasi meccanismo di protezione dell'effettiva integrità del consenso prestato (45); scelta questa, peraltro, apparentemente discordante anche con la stessa logica dell'autonomia individuale assistita, perseguita dallo stesso nuovo art. 2103 c.c., già manifestata in merito agli accordi peggiorativi (46).

Sta di fatto, con ogni probabilità, che il legislatore, seppure attraverso qualche "scivolone", abbia inteso tutelare l'interesse del lavoratore a non subire mutamenti definitivi del posto di lavoro, attribuendogli il diritto, dopo aver maturato la promozione e ovemai lo preferisca, di essere riassegnato alle precedenti inferiori mansioni (ad es. per evitare il carico di stress implicato dalle nuove mansioni o per conservare maggiori tutele normative).

Il lavoratore, quindi, non potrà rifiutare le superiori mansioni svolte provvisoriamente (fino a 6 mesi), ma può certamente rifiutare la promozione definitiva (47); possibilità che, seppure ideata — almeno apparentemente a tutela del lavoratore — va a rappresentare un obiettivo vantaggio per il datore di lavoro, quanto meno in termini di flessibilità gestionale ed organizzativa.

(44) Secondo U. GARGIULO, *op. cit.*, 634 «la lettura del combinato disposto dei commi 7 e 9 della norma — che confermano il carattere imperativo della disposizione — impedisce la manifestazione di tale diversa volontà, la quale null'altro sarebbe se non il patto contrario contemplato nell'ultimo capoverso della norma e sanzionato, appunto, con la nullità».

(45) Cfr. sul punto anche R. VOZA, *op. cit.*, 16 e 17, secondo cui «l'assenza di qualsiasi controllo sulla rinuncia alla promozione tradisce tuttavia la scarsa considerazione del rischio che la volontà del lavoratore possa subire condizionamenti».

(46) *Passim ibidem.*

(47) Ancora R. VOZA, *op. cit.*, 17, su questo punto precisa che «mentre alla definitività dello spostamento a mansioni superiori si può rinunciare *sic et simpliciter*, il diritto a percepire il trattamento retributivo per le prestazioni già svolte può formare oggetto di un valido atto di disposizione soltanto facendo ricorso alle sedi protette: ciò in quanto la diversa volontà del lavoratore è riferita dalla norma soltanto all'assegnazione definitiva alle mansioni».

Questa conclusione, a parere di chi scrive, pone in evidenza una grave ingenuità (se di “calcolata distrazione” non si vuol parlare) dell’attuale legislatore, il quale, nella riorganizzazione di una materia tanto delicata, ha dato per scontato che ogni lavoratore sia dotato della piena consapevolezza dei propri diritti e di una altrettanto completa forza contrattuale, qualità queste che, invece, il lavoratore subordinato di oggi — non diversamente da quello del 1970 — non necessariamente possiede (almeno non per ogni figura professionale); e ciò con il grave rischio di offrire al prestatore di lavoro una “libertà” che, non solo non potrebbe essere in grado di utilizzare appieno, ma potrebbe al contrario ritorcersi contro, a tutto vantaggio di datori di lavoro opportunisti o in mala fede.

Forse allo scopo di riequilibrare le sorti delle parti contraenti e di supportare nelle proprie scelte il prestatore di lavoro, il legislatore, anche in questa ipotesi di *ius variandi*, conferisce un ruolo essenziale alla contrattazione collettiva, anche aziendale, la quale ha la possibilità di prevedere un termine maggiore o minore di quello previsto per legge (sei mesi).

Allo stato, però, in attesa di future previsioni collettive, risultano applicabili i limiti temporali previsti dai vigenti contratti collettivi, che comunque intervengono — e interverranno — in via suppletiva rispetto ai termini di legge.

9. *Disciplina transitoria.* — Nulla chiarisce la nuova normativa in tema di disciplina transitoria.

Sul punto, immediatamente, la giurisprudenza si è espressa con due sentenze praticamente coeve, ma di segno opposto. Mentre, infatti, il Tribunale di Ravenna (48) ha affermato che: «la nuova disciplina dello *ius variandi* (art. 2103 c.c., come modificato dal d.lgs. 81 del 2015) non si applica alle fattispecie di dequalificazione verificatesi nel vigore della precedente normativa, anche ove il demansionamento contestato dal dipendente sia proseguito per il periodo successivo alla modifica della legge, la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di

(48) T. Ravenna 22 settembre 2015, *DJ*.

diritto intertemporale»; il Tribunale di Roma (49), il 30 settembre 2015, ha chiarito che: «La nuova disciplina legislativa dello *ius variandi* si applica anche ai rapporti di lavoro già in corso alla data della sua entrata in vigore ed ha rilevanza rispetto a mutamenti di mansioni disposti prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81 del 2015 e in atto ancora dopo quella data; conseguentemente, l'assegnazione di mansioni non equivalenti alle ultime effettivamente svolte, ma pur sempre riconducibili allo stesso livello di inquadramento, se può essere considerata illegittima prima del 25 giugno 2015, non può più esserlo successivamente a quella data».

A parere di chi scrive è probabile che sarà il secondo orientamento a prevalere, non foss'altro perché si fonda su generali principi di ragionevolezza e di continuità interpretativa rispetto alla contraria interpretazione.

Il giudice romano, infatti, «parte dal presupposto che il demansionamento sia riconducibile al cosiddetto illecito permanente, in quanto la condotta lesiva non si esaurisce al momento dell'adibizione alle nuove mansioni, ma continua ogni giorno in cui il lavoratore è mantenuto a svolgere compiti inferiori rispetto a quelli che sarebbe tenuto a svolgere» (50).

Tale considerazione, in realtà, come è già stato fatto notare in dottrina (51), recupera la *ratio* di altre precedenti interpretazioni, ove la Cassazione (52), valorizzando l'elemento della "continuità" della condotta illecita e del protrarsi nel tempo della medesima (nonché, della piena consapevolezza del responsabile della stessa), ha stigmatizzato come essenziale, ai fini di un giudizio "unitario", il comportamento illecito caratterizzato dalla «permanenza».

Seguendo questo assetto, secondo il Tribunale di Roma: «La valutazione dell'illiceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell'esercizio del suo potere di assegnare e variare (a certe condizioni) le mansioni che il dipendente è chiamato ad espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con

(49) T. Roma 30 settembre 2015, *q. Riv.*, 2015, II, 1059 ss., nt. Nuzzo.

(50) V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, *q. Riv.*, 2015, II, 1069.

(51) *Op. ult. cit.*, 1070.

(52) Cass., S.U., 19 gennaio 2007, n. 1141, *DJ*.

ulteriore conseguenza che l'assegnazione a determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo più in un momento successivo» (53).

10. *Conclusioni.* a) *Il ruolo della contrattazione collettiva: vera protagonista?* — Al netto delle modifiche descritte, il nuovo art. 2103 c.c. presenta due novità veramente dirimpenti: una (se così si può definire) “formale” — termine non certo scelto in relazione agli effetti creati, quanto piuttosto rispetto alla modifica materiale apportata al dettato della vecchia disciplina — rappresentata dalla scomparsa dell'equivalenza, l'altra, “sostanziale”, che si concretizza nella manifesta attribuzione di ampi poteri derogatori alla contrattazione collettiva.

Proprio quest'ultima opzione normativa, a un primo sguardo, appare deflagrante, in quanto attribuisce all'autonomia collettiva un ruolo decisivo, ponendosi in «controtendenza rispetto alla complessiva riforma del diritto del lavoro» (54).

La novità, però, a un più attento esame, sotto alcuni profili tecnici, appare meno consistente di quanto sembri.

Innanzitutto, perché ci si trova a dover plaudire l'operato di un legislatore che, in realtà, non fa altro che restituire — seppure e finalmente in via ufficiale — alla contrattazione collettiva un ruolo che le è sempre stato proprio.

Un ruolo, quello affidato dal nuovo art. 2103 c.c. al sindacato, che da sempre è «nel suo dna» (55). Inquadramento dei lavoratori, definizione delle mansioni, suddivisione in categorie, sono tutti strumenti qualificatori che il sindacato utilizza abitualmente (*rectius, ad immemorabilia*) per agevolare il percorso professionale dei dipendenti e per valorizzarne le conoscenze, dando certezza e limiti della mobilità orizzontale e verticale, in un'ottica di preventiva tutela del lavoratore rispetto ad indebite modifiche unilaterali o a surrettizie forme discriminatorie.

(53) T. Roma, cit.

(54) V. Nuzzo, *op. cit.*, 1064.

(55) Ancora V. Nuzzo, *cit.*, 1065. Ma anche U. GARGIULO, *op. cit.*, 635, «il Governo non vuole certo conferire alla contrattazione il ruolo conosciuto negli ultimi trenta/quarant'anni di indiscussa per quanto peculiare tecnica normativa di regolazione del lavoro, che assurge — e per quanto sia necessario virgolettare l'espressione — a “fonte” del diritto del lavoro».

Qual è allora il *quid pluris* apportato dalla novella dell'art. 2103 c.c.?

Il nuovo legislatore, nell'attribuire alla contrattazione collettiva un ruolo da protagonista nell'"organigramma" dell'attuale dettato normativo, sembrerebbe chiedere alla medesima contrattazione una funzione «complementare» (56), sostanzialmente collaborativa, finalizzata ad individuare all'interno dei livelli di inquadramento «mansioni fungibili» capaci di garantire una più agevole «regolazione della mobilità endo-aziendale» (57).

La *ratio* di tale operazione è presto svelata. Anche il Governo ha prediletto la "teoria del male minore": si attribuisce un ruolo più apertamente operativo e incisivo alla contrattazione collettiva al chiaro fine di restringere i margini interpretativi dell'autorità giudiziaria.

Sotto il *dictat* (o "tormentone", che dir si voglia) di voler limitare al massimo l'alea processuale, il nuovo legislatore ha cercato una via che potesse blindare ogni decisione che comportasse un mutamento di mansioni, riducendo quest'ultimo ad un'operazione meccanica e, in quanto tale, maggiormente prevedibile e gestibile (58), rispetto al rischio di un giudizio dall'esito, per sua natura, incerto.

Perciò: meglio agevolare un "avanzamento" del sindacato, assicurandosi un effettivo "ridimensionamento" del ruolo del giudice in materia.

Benché, certamente si possa considerare quanto meno pregevole il fine di arginare il rischio proveniente da giudizi processuali troppo spesso altalenanti e contraddittori, il mezzo prescelto rischia però di agevolare eccessivamente una sola parte contrattuale (nella specie il datore di lavoro), a tutto discapito di un lavoratore che potrebbe essere sottoposto a cambiamenti di mansioni reiterati o repentini.

Ciò vale ancor più se si considera il ruolo che l'art. 2103 c.c., letto alla luce dell'art. 51 del decreto n. 81/2015, attribuisce alla contrattazione aziendale.

(56) U. GARGIULO, *op. cit.*, 635.

(57) Cfr *amplius* V. NUZZO, *op. cit.*, 1064-1065.

(58) M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, *ADL*, 2015, 6,

In questo caso, infatti, è stato paventato che al contratto «chiamato a compiti di maggior protagonismo regolativo, [...] vengano attribuite funzioni di integrazione, ma anche di arricchimento dei precetti, che modificano — e secondo una certa prospettiva: snaturano — il ruolo del soggetto collettivo, chiamato ad una posizione [...] che rischia di essere ancillare, piuttosto che oppositoria nei confronti dell'imprenditore» (59).

Se, però, questo quadro valutativo (60) risulta condivisibile rispetto alle realtà aziendali di minore dimensione, ove da sempre vi è l'effettivo rischio che possano costituirsi formazioni sindacali in qualche modo più "addomesticate", la medesima conclusione non è altrettanto scontata rispetto a diverse ipotesi imprenditoriali.

In particolare, in imprese più stabilmente strutturate e maggiormente sindacalizzate, la nuova disciplina potrebbe, piuttosto, rappresentare un'opportunità di rilancio per il sindacato (ribaltando gli esiti del giudizio suesposto).

Infatti, la possibilità attribuita alla contrattazione collettiva, anche aziendale, di porre ulteriori limiti al demansionamento, comporta il fatto che alla contrattazione medesima venga attribuito anche il potere di "recuperare" i vincoli preesistenti.

Proprio questa opportunità ha trovato applicazione pratica nell'ultimo Contratto Collettivo Specifico dei Gruppi FCA e CNH Industrial 2015-2018, in cui sono previsti, accanto a 5 "classiche" aree professionali, anche 3 aree "esclusive" per i neo-assunti dal 1° luglio 2015.

In particolare, secondo il citato contratto (p. 71) «In riferi-

(59) Sempre U. GARGIULO, *op. cit.*, 635, secondo cui: «il contratto aziendale è dunque sempre meno un secondo livello di negoziazione e affianca alla funzione integrativa tipica della sede decentrata competenze normative esclusive».

(60) Sul punto L. ZOPPOLI, *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per la contrattazione collettiva?*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014*, n. 183, a cura di M. RUSCIANO - L. ZOPPOLI, *CSDLE*, II, n. 2014/3, 34, sottolineava come l'attribuzione della facoltà derogatoria anche ai contratti aziendali, secondo i primi commentatori, potesse risolversi in un rinvio «a operatività ridotta, in considerazione del fatto che avrebbe dovuto essere la legge a prevedere le ipotesi principali di deroga, sicché ci si attendeva un elenco legislativo, verosimilmente tassativo, di ipotesi derogatorie rispetto all'art. 2103 c.c., rispetto al quale il ruolo della contrattazione sarebbe finito per essere rilevante, ma di portata decisamente più circoscritta».

mento a quanto previsto dalla nuova versione dell'art. 2103 c.c. si conviene che le modalità ed i limiti delle ipotesi di demansionamento (spostamento da un'area professionale a quella immediatamente inferiore) saranno definiti per accordo tra le Parti. In generale resta fermo il rispetto del principio giurisprudenziale della compatibilità professionale».

Appare, a tal punto, evidente che — valorizzando una lettura più elastica della nuova disciplina — la contrattazione potrebbe essere in condizione di operare un vero e proprio ribaltamento della *ratio* dell'attuale normativa oggetto di studio; opzione che di fatto sembrerebbe concretizzarsi proprio nel caso FCA, dove, attraverso il recupero del concetto di “compatibilità professionale”, non solo, si richiama “coattivamente” il parametro dell'equivalenza (sonoramente espulso dal nuovo dettato normativo), ma si finisce per rivalutare — conseguentemente — la funzione interpretativa del giudice.

11. Segue. b) *Equivalenza, professionalità e dignità: parole senza più senso?* — La scomparsa (dal dettato dell'art. 2103 c.c.) del concetto di equivalenza ha fatto sorgere in non pochi autori un dubbio persistente: se, cioè, l'attuale stesura della norma tuteli ancora il bene della professionalità (61).

Certo è che per decenni la dottrina e la giurisprudenza hanno fatto ruotare la disciplina delle mansioni intorno alla nozione di equivalenza, di volta in volta, ampliandola o restringendola, a discapito di una auspicabile uniformità interpretativa, resa di ancor più complessa attuazione proprio a causa della genericità del contenuto definitorio del termine utilizzato dal legislatore dell'epoca.

È un dato ormai comunemente acquisito, infatti, che la vecchia disciplina dell'art. 13 St. lav., affidando al concetto di equivalenza la funzione di porre un limite al potere datoriale di variazione delle mansioni, ma in mancanza di un'espressa qualificazione della definizione utilizzata, ha lasciato nelle mani della giurisprudenza il difficile compito di riempire l'“equivalenza” medesima «di un preciso contenuto normativo» (62).

(61) Tra gli altri F. AMENDOLA, cit., 11.

(62) Cfr., *amplius*, F. LISO, *op. cit.*, 3.

Un compito (quello qualificatorio) che, per quanto — per lo più — attentamente svolto dalla magistratura competente, ha dato vita, nei lustri, a una sorta di “bolo” interpretativo, creando una commistione (*rectius*, una indebita fusione) tra i concetti di equivalenza professionale e dignità della persona/lavoratore.

Si è reso così inscindibile il riconoscimento della professionalità acquisita (inteso dapprima in senso statico e, quindi, in quello dinamico) dalla tutela della dignità, con cui la Carta costituzionale tutela ogni lavoratore nell’espletamento delle proprie mansioni.

Rispetto a tale indissolubilità, la portata innovatrice dell’attuale riforma sembrerebbe indiscutibilmente dirompente, andando ad alterare un equilibrio (per quanto precario) comunque consolidatosi in decine di anni (63).

Sta di fatto, però, che, già da qualche tempo, il blocco interpretativo (professionalità=dignità) delineato dalla giurisprudenza ha iniziato a subire qualche incrinatura, anche grazie all’intervento “creativo” della contrattazione collettiva; infatti, la stessa magistratura, cominciando a porre maggiore attenzione a quanto “autorizzato” dai contratti collettivi in ambito di mobilità orizzontale, è stata lentamente indotta a scalfire quella centralità granitica da sempre attribuita alla valutazione dell’equivalenza, ridimensionandone la portata, al fine di garantire (oltre alla tutela della professionalità) anche una maggiore elasticità nella mobilità endo-aziendale, in termini di flessibilità e maggiore certezza del diritto (64).

Pertanto, com’è stato fatto notare da autorevole dottrina, «non bisognerebbe dimenticare che l’art. 13 St. lav. è stato scritto per rispondere alla negativa esperienza delle pratiche di gestione autoritaria e discriminatoria degli anni ’50, mortificanti per la dignità del lavoratore e non per creare in capo al lavoratore un

(63) S. BINI, *Dall’equivalenza professionale all’equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, *ADL*, 2015, 6, 1242, sul punto, sottolinea come ciò tanto più vale se si considera che «peraltro consolidato era l’orientamento, tanto dottrinale quanto giurisprudenziale, che escludeva la riconoscibilità dell’equivalenza tra mansioni, sulla base della sola identità formale di livello contrattuale (Cass. 6 maggio 2015, n. 9119, *GCM*, 2015)».

(64) Si guardi ad esempio alla legittimazione riconosciuta dalla Cassazione ai cosiddetti patti di demansionamento. Per la dottrina, in tema di evoluzione interpretativa v. C. PISANI, *op. cit.*, *passim*.

diritto che possa essere considerato anche come limite ad innovazioni organizzative concordate con il sindacato» (65).

Proprio su questa linea sembrerebbe oggi essersi mosso il nuovo legislatore, che ha puntato a ridurre «l'aleatorietà connessa all'utilizzo di una relazione valoriale [equivalenza-professionalità-dignità, *nda*], come accadeva nella vigenza del testo precedente alla novella» (66).

Seppure, come già chiarito, al fine di creare un «meccanismo di incasellamento semiautomatico dei compiti entro un profilo classificatorio» (67), allo scopo di ridurre al minimo l'alea del giudizio, la nuova disciplina ha cercato di rimediare alle incertezze create dalla genericità del concetto di equivalenza, percorrendo la via della diretta eliminazione dal testo normativo del termine (equivalenza) considerato causa principale di ogni dubbio interpretativo.

La scelta legislativa, però, per quanto drastica (e non esente da critiche), non sembra poter realmente minare la tutela della dignità lavorativa.

Infatti, benché sia stato di recente chiarito che «dal riconoscimento costituzionale della personalità morale e della dignità del lavoratore deriva il diritto fondamentale di questi al pieno ed effettivo dispiegamento del suo professionalizzarsi espletando mansioni che gli competono» (68), il concetto di dignità non può essere considerato alla stregua di un sinonimo di professionalità.

In particolare, seguendo la *ratio* della nuova disciplina, la scomparsa dell'equivalenza non determinerà la perdita di ogni

(65) F. LISO, *op. cit.*, 5.

(66) U. GARGIULO, *op. cit.*, 621.

(67) *Ibidem.*

(68) Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, *q. Riv.*, 2015, 4, nt. GARGIULO, in cui si precisa altresì che «la lesione di tale posizione giuridica soggettiva ha attitudine generatrice di danni a contenuto non patrimoniale, in quanto idonea ad alterare la normalità delle relazioni del lavoratore con il contesto aziendale in cui opera, del cittadino con la società in cui vive, dell'uomo con se stesso». Sul Punto F. AMENDOLA, *cit.*, chiarisce, inoltre, che «Il Supremo Collegio, che già aveva configurato il danno professionale risarcibile come consistente “nel pregiudizio derivante dall'impoverimento della capacità professionale acquisita dal lavoratore e dalla mancata acquisizione di una maggiore capacità”, ha inserito poi l'art. 2103 c.c. nella tavola dei diritti inviolabili della persona suscettibili di dar luogo al risarcimento del danno non patrimoniale, in quanto attinente alla dignità del lavoratore in riferimento agli artt. 2, 4 e 32 della Costituzione...».

tutela in capo al lavoratore demansionato, dal momento che, anche in caso di *ius variandi* che metta a rischio la professionalità del lavoratore, la dignità (e la professionalità stessa) di quest'ultimo resterebbe comunque garantita e protetta dall'ordinamento.

Ciò avverrà ogni qual volta il potere datoriale stabilito *ex art. 2103 c.c.* verrà utilizzato "in odio" al dipendente, come nel caso di uno spostamento del lavoratore in una stanza particolarmente angusta (69), o in un ambiente umano a questi particolarmente sgradito (70). In queste ipotesi, seppure in presenza di un demansionamento, ciò che rileverà sotto il profilo garantistico sarà — più che la violazione della professionalità — il comportamento meramente vessatorio tenuto dal datore di lavoro, in quanto tale, lesivo della dignità della persona del lavoratore.

Proprio la Corte costituzionale ha chiarito in merito che «il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana» (71).

Seguendo tali assetti, dunque, la tutela del bene della professionalità non sembrerebbe essere stata così gravemente minata dall'entrata in vigore della nuova disciplina (come paventato da alcuni autori), sebbene di certo ne «fuoriesca ridimensionata» (72).

Di contro, la scelta dell'attuale legislatore, sebbene non comporti una perdita della dignità del dipendente costituzionalmente tutelata, è invece probabile che possa generare *medio tempore* qualche temporanea *defaillance* di assestamento.

Certamente, infatti, «finché l'autonomia collettiva non adeguerà l'inquadramento dei lavoratori alle nuove regole, la norma potrebbe dare origine a difficoltà applicative con ricadute interpretative foriere di incertezze e di tipologie di contenzioso» (73).

(69) Cass. 19 novembre 1997, n. 11520, *DJ*.

(70) Più in generale, in tema di "incompatibilità ambientale" del lavoratore, cfr. Cass. n. 11233/1990, Cass. 12088/1991 e Cass. 10333/1997, tutte in *DJ*.

(71) C. cost. 22 febbraio 1989, n. 103, *GC*, 1989, 1297.

(72) F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, *DLM*, 2016, 1, *passim*.

(73) M. BROLLO, *op. ult. cit.*, 1167.

Il rischio, che si possa creare nella realtà qualche incertezza, è però altrettanto probabile che possa risolversi agevolmente grazie all'intervento della magistratura; e ciò non necessariamente attraverso un vero e proprio «rilancio del ruolo del giudice» (74), quanto piuttosto previa una “naturale” riattribuzione di ruoli.

Infatti, pur essendo stata immediatamente denunciata — a valle della pubblicazione della novella dell'art. 2103 c.c. — una ghettizzazione della magistratura, sta di fatto che, dove il legislatore o la contrattazione collettiva non saranno stati in grado di “pre-vedere” tipologie di mansioni realmente fungibili, proprio la magistratura potrà (*rectius*, dovrà) — nel pieno esercizio delle proprie competenze — intervenire, allo scopo di adeguare (e applicare, coerentemente) la nuova disciplina alle fattispecie che di volta in volta si presenteranno al suo vaglio.

Una restituzione di spazi alla magistratura, dunque, che, in verità, proprio il nuovo dettato normativo potrebbe favorire, (paradossalmente) grazie alla scomparsa dell'equivalenza, che ha di fatto liberato i giudici da un (improprio) ruolo creativo, assunto in passato per la necessità di sopperire alle lacune qualificatorie lasciate dal precedente legislatore.

In conclusione, nella diversa ottica dell'«accettabilità sociale» (75) di una necessaria mobilità endo-aziendale, il giudice — chiamato a dirimere le nuove controversie in materia e al fine ultimo (questo si rimasto ad oggi invariato) di tutelare la dignità del lavoratore — non dovrà recuperare ineluttabilmente il concetto di equivalenza (76), al contrario, potendo utilizzare «i classici strumenti civilistici del motivo illecito e determinante, del motivo discriminatorio e della frode alla legge; nonché le valvole di garanzia delle clausole di correttezza e buona fede, idonee ad erigere

(74) *Ibidem.*

(75) F. LISO, *op. cit.*, 4.

(76) Di diverso avviso è U. GARGIULO, *op. cit.*, 621 e ss., che forse più pragmaticamente, chiarisce che «di fronte ad atti di esercizio dello *ius variandi* che portino all'assegnazione di mansioni non previste testualmente nella declaratoria professionale dal contratto collettivo, l'interprete dovrà comunque ricorrere a un criterio di valutazione che tenga conto del valore delle mansioni nuove rispetto alle “ultime effettivamente svolte”, applicando dunque nuovamente il principio di equivalenza, che, accompagnato poco garbatamente alla porta dal legislatore, è destinato a rientrare di prepotenza dalla finestra del giudice».

limiti interni all'esercizio dei poteri datoriali [...] [sempre, *nda*] attraverso un'interpretazione costituzionalmente orientata» (77).

LA RIFORMA DELL'ART. 2103 C.C. DOPO IL *JOBS ACT*. — Riassunto. *La stagione di riforme che viviamo dal 2012 (dalla Riforma Fornero al cd. Jobs Act) non ha risparmiato la disciplina dello ius variandi, che oggi, con il d.lgs. n. 81 del 2015 art. 3, è stata completamente rimodulata. La scomparsa dal dettato dell'art. 2103 c.c. del concetto di equivalenza e la legittimazione del demansionamento hanno fatto sorgere in non pochi autori un dubbio persistente: se, cioè, l'attuale stesura della norma tuteli ancora il bene della professionalità. In realtà, tra spinta alla flessibilizzazione del lavoro e una più accessibile mobilità endo-aziendale (richieste espressamente dalle recenti fasi di crisi economica) e la malcelata volontà di marginalizzare il ruolo della magistratura (ai fini di un'auspicabile maggiore certezza del diritto), la scelta legislativa, per quanto drastica — e non esente da critiche —, non sembrerebbe poter realmente minare la tutela della dignità lavorativa.*

THE REFORM OF ARTICLE 2103 OF THE ITALIAN CIVIL CODE AFTER THE JOBS ACT.

— Summary. *The several labour reforms implemented from 2012 on (from the so-called “Fornero Reform” to the so-called “Jobs Act”) did not spare the rules of the so-called “ius variandi” (i.e. the power of the employer to change the tasks of the employee unilaterally), completely amended by Article 3 of the Legislative Decree no. 81/2015. The fact that Article 2103 of the Italian Civil Code no longer refers to the concept of “equivalent” jobs and recognises an employer’s right to assign the employee lower-grade positions, has led some scholars to address the following perennial question: does this provision — as it is currently written — still protect the professional skills of the employee? As a matter of fact, if one considers the drive for job flexibility and for a more feasible intra-company job rotation (as required by the recent economic crisis), on the one hand, and the ill-concealed intention to reduce the role of the courts (in order to hopefully achieve a higher legal certainty), on the other hand, the new provision, though drastic and not exempt from critics, does not really seem to pose a threat to the dignity of employees.*

(77) M. BROLLO, *op. ult. cit.*, 1168.