

Articolo 3 Disciplina delle mansioni

1. L'articolo 2103 del codice civile è sostituito dal seguente:

«2103. Prestazione del lavoro. – Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale. Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.

Nelle ipotesi di cui al secondo e al quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di 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. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo.».

2. L'articolo 6 della legge 13 maggio 1985, n. 190, è abrogato.

Disciplina delle mansioni (art. 3)*

di Marina Brollo

Sommario: **1.** Premessa: trasformazioni del lavoro, flessibilità organizzativa e professionalità. – **2.** La revisione della disciplina delle mansioni nella l. n. 183/2014. – **3.** La revisione della disciplina delle mansioni nell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015. – **3.1.** La novella dell'art. 2103 c.c. (e dell'art. 13 Stat. lav.). – **3.2.** Riflessioni introduttive. – **3.3.** La nuova mobilità endoaziendale. – **4.** La mobilità orizzontale perde il filtro dell'equivalenza sostanziale. – **4.1.** Il vecchio limite delle mansioni equivalenti: l'interpretazione rigida. – **4.2.** *Segue:* e i correttivi: la prospettiva individuale e quella collettiva. – **4.3.** Il nuovo limite del livello e categoria legale di inquadramento (art. 2103, primo comma, c.c.). – **4.4.** L'indagine giudiziale. – **4.5.** Preminenza della contrattazione collettiva. – **4.6.** *Segue:* o delle scelte del datore di lavoro. – **4.7.** *Segue:* e ritorno del giudice. – **4.8.** Trasformazione o eclissi della garanzia retributiva? – **5.** Le nuove (e le vecchie) ipotesi di mobilità verso il basso. – **5.1.** Lo *jus variandi in pejus*: il giustificato motivo (art. 2103, secondo e quinto comma, c.c.). – **5.2.** Il rinvio alla contrattazione collettiva per «ulteriori ipotesi» (art. 2103, quarto e quinto comma, c.c.). – **5.3.** I patti individuali di deroga nelle sedi «protette» (art. 2103, sesto comma, c.c.). – **6.** La nuova mobilità verticale (art. 2103, settimo comma, c.c.). – **6.1.** Il periodo per l'assegnazione definitiva. – **6.2.** Le nuove ragioni sostitutive. – **6.3.** La volontà del lavoratore. – **7.** L'obbligo formativo nel caso di mutamento di mansioni (art. 2103, terzo comma, c.c.). – **8.** La disciplina del trasferimento: uguale, ma in un contesto diverso (art. 2103, ottavo comma, c.c.). – **9.** L'erosione dell'inderogabilità (art. 2103, nono comma, c.c.).

1. Premessa: trasformazioni del lavoro, flessibilità organizzativa e professionalità

Dal 25 giugno 2015 cambia il perno giuridico delle regole di organizzazione della forza lavoro nel settore privato. Da quella data, infatti, entra in vigore la

* Una versione (molto) ridotta di questo contributo è destinata alla raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo, in corso di pubblicazione.

nuova disciplina delle mansioni contenuta nell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015¹, che sostituisce integralmente quella prevista dal previgente testo dell'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 13 Stat. lav.

Per cogliere la portata e la *ratio* delle modifiche è opportuno ricordare che sullo sfondo della riforma sta l'obiettivo generale del complessivo e strutturale riordino del lavoro, noto come *Jobs Act*, della promozione del contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato come «la forma comune di rapporto di lavoro», stando alle intenzioni manifestate dall'art. 1 del d.lgs. n. 81/2015, che utilizza la formula europea. Tale contratto, ritenuto fattore cruciale per la competitività delle imprese, viene reso più attrattivo per i datori: non soltanto con un significativo (ma, almeno per ora, transitorio) esonero contributivo per le nuove assunzioni (di cui alla l. 23 dicembre 2014, n. 190, c.d. legge di stabilità per il 2015), ma anche con significative misure di allentamento dei vincoli di gestione della forza lavoro, con una flessibilità non solo “in ingresso” o “in uscita”, ma pure “durante” il rapporto di lavoro.

Di più, l'obiettivo della riforma va correlato con lo scopo enunciato dall'*incipit* del comma 7 dell'art. 1 della l. 10 dicembre 2014, n. 183, di rendere i contratti di lavoro «maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo», determinate da un intreccio di fattori: la crisi economica e sociale, profonda e prolungata; la globalizzazione e competizione internazionale da giocare sul terreno dell'alto valore dei prodotti e servizi; le difficoltà di crescita connesse al deficit di produttività del lavoro; nonché le innovazioni che determinano cambiamenti organizzativi, rapidi e continui. Flessibilità e velocità aspirano a divenire il denominatore comune dell'attuale contesto produttivo al fine di non perdere posizioni di mercato e, quindi, competitività in un mondo a complessità crescente.

In questo contesto, l'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, modificando la “disciplina delle mansioni”, *rectius* la disciplina del “mutamento” delle mansioni, incrocia la questione cruciale della professionalità che, essendo anch'essa in trasformazione, costituisce una zona altamente sismica alla ricerca di un nuovo assestamento e di una ricomposizione delle identità del lavoro. In essa, difatti, si riflettono gran parte delle interrelazioni e delle dinamiche tra il mondo del lavoro e il progresso tecnologico, caratterizzate dal passaggio dall'era analogica all'era digitale, con le correlate ambivalenze di opportunità e di minacce per il nostro modo di lavorare e di vivere.

L'innovazione, alimentata da una tecnologia in continua ed accelerata evoluzione, determina trasformazioni complesse dei modelli tradizionali di organiz-

¹ Pubblicato in *GU*, 24 giugno 2015, n. 144, in vigore, ai sensi del comma 15 dell'art. 1, l. n. 183/2014, dal giorno successivo a quello di pubblicazione.

zazione aziendale, di gestione della produzione e del lavoro delle persone, con profondi mutamenti dei processi operativi e delle modalità di lavorare, con inevitabili ripercussioni sulle dinamiche del rapporto di lavoro. Il cambiamento riguarda la stessa prestazione di lavoro, e soprattutto la sua organizzazione, che si distacca dal modello taylorista-fordista – basato sulla realtà meccanica e materiale dell'industria tradizionale del XX secolo, votata al paradigma della crescita infinita – sul quale è stata intessuta, 45 anni fa, la trama e l'ordito di poteri e tutele dello Statuto dei lavoratori.

La grande trasformazione del mondo del lavoro in atto (e la sua “distruzione creativa”, evocata dal noto economista Joseph Schumpeter), laddove esplica i suoi effetti, pone sfide impegnative, specie sul fronte della sostituzione della forza lavoro e della nascita di mestieri, ruoli e professioni². Via via che le vecchie mansioni vengono automatizzate, e cala la domanda di professionalità correlate, l'economia, per scongiurare lo spettro della disoccupazione tecnologica, deve inventare nuovi posti e ristrutturare le procedure organizzative. Non solo, il tempo del ciclo di vita delle posizioni di lavoro nelle strutture organizzative “liquide” si riduce progressivamente, con l'esigenza di governare vicende di continue modifiche dell'assetto organizzativo. Di più, si profilano nuove identità del lavoro che potrebbero rendere sfumati i confini non solo tra vita privata e lavorativa, ma addirittura tra corpo fisico ed elettronico. Insomma è in atto una trasformazione che richiede modi di pensare e di fare differenti da quelli cui siamo abituati, anche per forgiare «varie forme di sostegno della persona perché essa possa impiegarsi»³. In altre parole, questo differente spirito del tempo si riflette anche sul nostro diritto del lavoro.

² Per farsi un'idea dei cambiamenti si suggeriscono alcune letture: F. LEVY, R.J. MURNANE, *The New Division of Labor. How Computers Are Creating the Next Job Market*, Princeton University Press, 2004; V. MAYER-SCHÖNBERGER, K. CUKIER, *Big data. Una rivoluzione che trasformerà il nostro modo di vivere e già minaccia la nostra libertà*, Garzanti, 2013; E. ZUCKERMAN, *Rewire. Cosmopoliti digitali nell'era della globalità*, Egea, 2014; E. BRYNJOLFSSON, A. MCAFEE, *La nuova rivoluzione delle macchine. Lavoro e prosperità nell'era della tecnologia trionfante*, Feltrinelli, 2015; C.B. FREY, M.A. OSBORNE, [The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?](#), Oxford Martin School, 2013; I. VISCO, [Come affrontare il cambiamento: sfide per il lavoro](#), intervento tenuto al convegno *Il futuro del lavoro – Le giornate del lavoro*, Cgil, Firenze, 12-14 giugno 2015, in www.bancaditalia.it. Si veda anche la ricerca in corso, con aggiornamenti on-line, di F. SEGHEZZI, [Le grandi trasformazioni del lavoro, un tentativo di periodizzazione. Appunti per una ricerca](#), Working Paper ADAPT, 2 febbraio 2015, n. 169.

³ Così bagliori di futuro nell'analisi densa e suggestiva di M. D'ANTONA, *Il diritto al lavoro nella Costituzione e nell'ordinamento comunitario*, in B. CARUSO, S. SCIARRA (a cura di), *M. D'Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, vol. I, 265, e nell'efficace rilettura di F. LISO, *Il diritto al lavoro*, in *DLRI*, 2009, n. 121, 139.

In un mondo del lavoro che registra il cambiamento delle basi materiali su cui poggia, cambiano pure i criteri che rendono utile ai fini imprenditoriali le competenze del dipendente nel contesto del rapporto di lavoro⁴: rispetto al passato contano non solo la profondità della competenza specifica, ma anche l'ampiezza e la diversificazione del *know-how*, nonché aumenta l'importanza dei c.d. *soft skills* e delle combinazioni tra valori personali/professionali e opportuna collocazione lavorativa, cioè delle pratiche che permettano anche l'emersione di talenti.

Se l'identità professionale si frantuma, emerge l'esigenza di rimodellare nuove garanzie che permettano di cavalcare l'onda delle esperienze.

Ne deriva una valorizzazione del potenziale di conoscenza (anche implicita), apprendimento, creatività, impegno e atteggiamento delle persone. Tra i criteri professionali utili per l'azienda rilevano non solo il saper fare o come fare, ma anche il saper fare *altre* cose, in un'ottica di *multitasking*, con inevitabili ricadute sulle dimensioni e visioni della professionalità. Da qui una duplice impressione: che i nuovi mestieri e professioni costituiscono un oggetto misterioso che le stesse imprese stanno provvedendo a "catalogare" e sistematizzare⁵, che le prospettive di occupazione dipenderanno sempre più dalla capacità di adattarsi ai cambiamenti della organizzazione d'impresa e del mercato non solo del lavoro (strategie aziendali, contesto competitivo, ecc.). In altri termini, matura l'idea che la disoccupazione si combatta valorizzando e rafforzando un "futuro professionale" dato dal potenziale, dall'impegno, dalla creatività e dalle competenze operative in divenire.

Se il problema si modifica, si dovranno trovare nuove soluzioni, per cui inevitabilmente la forza dirompente della crisi/globalizzazione/innovazione pone la questione cruciale di ridisegnare la mappa dei poteri e dei contropoteri (individuali e collettivi) nella vita quotidiana dell'ambiente di lavoro, alla ricerca di nuovi punti dinamici di bilanciamento fra diritti e libertà economiche, coltivata dal modello costituzionale ed europeo.

⁴ Per interessanti riflessioni sulla questione, definita come una di quelle «rilevanti, benché apparentemente di nicchia», si veda L. SPAGNUOLO VIGORITA, *Impresa e diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Tiziano Treu. Lavoro, istituzioni cambiamento sociale*, vol. I, *Il diritto del lavoro e i suoi interlocutori. Diritto sindacale e relazioni industriali*, Jovene, 2011, 254.

⁵ Anche le istituzioni dovrebbero preoccuparsi di disegnare la mappatura delle competenze nel contesto delle raccomandazioni europee circa il Quadro europeo delle qualifiche, ma il sistema italiano resta ad oggi in una grave situazione di *impasse*, nonostante l'emanazione del d.lgs. n. 13/2013 in attuazione della previsione dell'art. 4 della l. n. 92/2012: cfr. L. CASANO, *Quadri nazionali delle qualifiche: la situazione italiana alla luce degli sviluppi europei*, in *DRI*, 2015, n. 3.

Il tutto tenendo conto di un'ulteriore variabile di contesto data da un mercato del lavoro italiano che vede un costante e crescente invecchiamento della forza lavoro, per effetto sia delle attuali dinamiche demografiche, sia dell'innalzamento dell'età pensionabile, sia della difficoltà a procedere al c.d. "ricambio generazionale". Sicché diventerà sempre più centrale il ruolo della formazione continua, dell'aggiornamento e sviluppo delle competenze lungo tutto il ciclo di vita.

In questo scenario, la politica del lavoro del *Jobs Act* – in particolare nel suo atto II – innovando rispetto al senso delle manovre riformiste del passato, intende aumentare (anche) la flessibilità "interna" dei rapporti di lavoro subordinato a tempo indeterminato per aumentarne l'attrattività. In altri termini, la riforma del 2015 punta al cuore della flessibilità organizzativa, quella che rende mobile l'oggetto del contratto di lavoro, mentre non tocca la disciplina del luogo di adempimento della prestazione.

Dinanzi ad un sistema di aziende che, per rispondere in modo efficace ai forti cambiamenti in atto, a una domanda di prodotti, servizi e informazioni in costante evoluzione, necessita di un'organizzazione agile e dinamica, il legislatore sceglie di intervenire allentando i vincoli e dilatando i margini di manovra della flessibilità gestionale del datore di lavoro relativa alle modalità della prestazione di lavoro.

In tal senso si può sostenere che il legislatore scommette su una flessibilità "organizzativa" del rapporto di lavoro, ricercando un nuovo punto di equilibrio, secondo la nota c.d. tecnica del bilanciamento fra gli spazi di libertà e le garanzie di sicurezza, cioè tra le esigenze di efficienza delle imprese e la tutela dei diritti delle persone.

Stando alle intenzioni più volte espresse dal Governo Renzi, la manovra del 2015 intende "cambiare il verso" alle regole del mondo del lavoro e quindi agli interventi del legislatore: dalla flessibilità praticata soltanto ai lati estremi del rapporto di lavoro (dapprima in entrata, e poi anche in uscita) alla flessibilità *anche* al cuore ("intro-aziendale") nella gestione del rapporto di lavoro.

Come anticipato, la riduzione delle rigidità di gestione della forza lavoro sarebbe, secondo le intenzioni, funzionale al sostegno del primato del lavoro stabile, *rectius* a tempo indeterminato. Ma la nuova disciplina del mutamento delle mansioni si applica nei confronti di tutta la famiglia dei contratti di lavoro subordinato, inclusi quelli non a tempo indeterminato.

Infine segnalo che la novella in materia di mansioni si applica a tutti i dipendenti in servizio al di là che siano stati assunti prima o dopo il 7 marzo 2015: data di entrata in vigore della nuova disciplina del «contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti» (d.lgs. n. 23/2015) che, di fatto, ha previsto lo

storico superamento dell'art. 18 Stat. lav. In altri termini, con l'attuazione della l. n. 183/2014 (c.d. *Jobs Act* atto II), se l'art. 18 Stat. lav. cambia soltanto per i nuovi assunti, l'art. 13 Stat. lav. cambia per tutti, anzi scompare del tutto dal 25 giugno 2015, facendo rivivere, quale protagonista seppur modificato, il suo antenato, cioè l'art. 2103 c.c.

Cambia, dunque, la *Disciplina delle mansioni* (come recita la rubrica dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015) ma, a ben vedere, il motivo finale della riscrittura della disposizione assomiglia ad una sorta di *patchwork* che assembla pezzi di diversa provenienza, fattura e consistenza giuridica: alcuni presentano soluzioni del tutto originali, con profondi segni di discontinuità che potranno provocare cambiamenti; altri riciclano parti della formulazione originaria dell'art. 2103 c.c., cioè di quella ante-Statuto; altri confermano l'impostazione statutaria; altri ancora recuperano, con qualche furbizia, elementi presenti nella trama dell'ordinamento post-Statuto.

Risaltano, fra questi ultimi, i frammenti recuperati da alcuni orientamenti giurisprudenziali, specie della Corte di cassazione, frutto di un'interpretazione evolutiva e a volte creativa. Ed ancora si distinguono bene i modelli della disciplina delle mansioni importati nel lavoro privato dal pubblico impiego privatizzato (in particolare dall'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 e successive modifiche) che confermano le dinamiche di osmosi, seppur con un'inversione di marcia rispetto alla tradizionale circolazione dei modelli regolativi.

Pertanto si può anticipare che non c'è niente di nuovo sotto il sole?

Direi di no, dato che la svolta c'è, e sembra di portata storica. Anche se è prevedibile (e comprensibile) una lettura, specie giurisprudenziale, "minimalista" delle novità, tesa a salvaguardare al massimo lo spirito della norma statutaria, a partire dal concetto di "equivalenza" che, durante i suoi 45 anni di vigenza, è stata elevata a vestale, sempre più "perfetta" e plasmata alla realtà produttiva "in divenire", della dignità professionale.

La previsione trova un'immediata conferma nella circostanza della prolungata vigenza dell'art. 13 Stat. lav., per quasi mezzo secolo, molto di più dell'originario art. 2103 c.c., rimasto in vita solo per 28 anni, ma che ancor oggi, parafrasando il titolo di Dacia Maraini, abbiamo "dimenticato di dimenticare", come conferma il recupero della sua traccia.

2. La revisione della disciplina delle mansioni nella l. n. 183/2014

La lett. e del comma 7 dell'art. 1 della l. n. 183/2014 ha per oggetto la «revisione della disciplina delle mansioni» nel solo settore privato. Come anticipa-

to, il frammento di delega pare riconducibile allo scopo generale, come recita l'apertura dello stesso comma 7, di «riordinare i contratti di lavoro vigenti», nella specie quelli di lavoro subordinato, «per renderli maggiormente coerenti con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo».

La formulazione dei principi e criteri direttivi risulta abbastanza generica, elastica, se non vaga nel senso di essere suscettibile di essere riempita con contenuti differenti, con un ampio potere di scelta, e quindi di discrezionalità del Governo, nella rivisitazione della disciplina delle mansioni.

Ma, si segnala, la vaghezza della legislazione delegante appare bilanciata da una *ratio* della stessa piuttosto prudente, tutta giocata sulla ricerca di un equo contemperamento tra l'«interesse dell'impresa», singolo (ma duttile), «all'utile impiego del personale» e il contrapposto «interesse del lavoratore», multiplo (ma qualificato), «alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche», rinviando al legislatore delegato la previsione di precisi «limiti».

Ciononostante era facile prevedere il senso di marcia dell'esercizio della delega da parte del Governo Renzi circa la «modifica dell'inquadramento»: quella di una maggiore valorizzazione dell'iniziativa economica, dell'attività imprenditoriale come organizzazione dei fattori della produzione e dei correlati poteri del datore di lavoro, cioè in estrema sintesi «di un ampliamento delle prerogative manageriali a detrimento della tutela della professionalità»⁶ e quindi di una ulteriore «cedevolezza del divieto di variazioni peggiorative delle mansioni»⁷ che aveva rappresentato la grande novità della riforma statutaria. Nella delega la modifica dell'inquadramento risulta affidata ad una doppia fonte: in via principale alla stessa legge, cioè al decreto delegato; in via inte-

⁶ Così V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014](#), ADAPT University Press, 2015, 42.

⁷ Così F. SANTONI, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atto II. Commento al d.d.l. S.1428 ora C.2660 Deleghe al Governo in materia di riforma degli ammortizzatori sociali, dei servizi per il lavoro e delle politiche attive, nonché in materia di riordino della disciplina dei rapporti di lavoro e dell'attività ispettiva e di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro](#), ADAPT University Press, 2014, 140. Si veda anche V. FERRANTE, *Riflessioni a caldo sulla progettata modifica degli artt. 4 e 13 dello "Statuto"*, in F. CARINCI (a cura di), [La politica del lavoro del Governo Renzi. Atti del X Seminario di Bertinoro-Bologna del 23-24 ottobre 2014](#), cit., 315. U. GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in M. RUSCIANO, L. ZOPPOLI (a cura di), [Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183](#), Working Paper CSDLE – Collective Volumes, 2014, n. 3, 99, parla di demansionamento «difensivo».

grativa, con esplicito rinvio, ad una contrattazione collettiva («anche aziendale, ovvero di secondo livello») qualificata dalla selezione dei soggetti stipulanti (le sole «organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o livello interconfederale o di categoria»).

Nella prima ipotesi – le modifiche per via legale – la lett. *e* del comma 7 dell'art. 1, l. n. 183/2014, fa riferimento, quale presupposto, ad esigenze aziendali abbastanza peculiari: il «caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale», la cui terminologia richiama quella contenuta nell'art. 1, comma 3, della l. n. 223/1991. Tali processi, per il legislatore delegante, sono da individuare nel decreto delegato «sulla base di parametri oggettivi», con la tecnica del contemperamento dei contrapposti interessi in gioco e con la previsione di precisi limiti alla modifica dell'inquadramento.

Nella seconda ipotesi – le modifiche per via collettiva – la citata lett. *e* autorizza l'individuazione di «ulteriori ipotesi», con il dubbio circa la necessità di prevedere anche in questo caso i limiti oggettivi alla modifica dell'inquadramento.

Si segnala, da subito, che proprio l'esigenza di rispettare questi limiti per tutte le modifiche delle mansioni, quale criterio direttivo generale e vincolante impartito dal delegante, potrebbe sollevare, secondo i primi commenti, seri dubbi di coerenza tra le previsioni dell'art. 3 del decreto delegato e della lett. *e* del comma 7 dell'art. 1, l. n. 183/2014, con la censura di un eccesso di delega⁸.

La lettura dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 alimenta l'impressione che il legislatore delegato abbia “sbriciolato” i criteri di delega della citata lett. *e* in molteplici e differenti frammenti. Questi, a loro volta, senza dimenticarne alcuno, siano stati ricomposti, con incastri diversi anche innovativi, con una buona dose di suggestioni sistematiche e anche di fantasia. Il tutto nella cornice della riscrittura totale di una norma che risulta piuttosto articolata e complessa, con regole più dettagliate di prima, e che probabilmente non avrebbe tollerato micro-interventi chirurgici, con la solita tecnica del taglia e incolla.

⁸ Cfr., in termini forti, L. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 263, 4 ss.: denuncia una «palese fuoriuscita dalla delega» sotto vari profili; nonché il puntuale saggio di D. DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in corso di pubblicazione in *ADL*, § 6 del dattiloscritto. Considera rilevante il profilo di eccesso di delega anche 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*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, 2015, n. 257, 6, seppur riconosce l’opportunità della riscrittura di tutto l’art. 2103 c.c.

3. La revisione della disciplina delle mansioni nell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015

Se la legge delega risulta molto prudente e preoccupata dell'equilibrato contemperamento dei diversi interessi in gioco, l'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, dedicato alla nuova *Disciplina delle mansioni*, con una ri-regolazione corposa e complessa che inserisce anche contenuti non previsti dalla delega, modifica in profondità le regole formali del mutamento di mansioni del lavoratore; e lo fa, nell'attuale contesto, nel verso di rafforzare le esigenze del datore e, quindi, potenzialmente di ridurre le protezioni tradizionali del lavoratore⁹.

Il giudizio complessivo circa la portata effettiva della novella, tuttavia, deve tener conto non solo della mera comparazione fra discipline legali, prima e dopo la riscrittura, ma anche dell'evoluzione interpretativa, giurisprudenziale e dottrinale, sulla versione post-statutaria dell'art. 2103 c.c. In quest'ottica, emerge una doppia chiave di lettura fatta di un mix di elementi di continuità e discontinuità che arricchiscono e complicano la valutazione dell'operazione legislativa di revisione della disciplina delle mansioni nel settore privato.

L'importanza della novella affiora già dalla sua collocazione nel ricco intrecchio del d.lgs. n. 81/2015, che reca la *Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in materia di mansioni*: mentre nella versione iniziale dello schema la disposizione era sistemata in coda, quasi una sorta di appendice, al decreto (nell'art. 55)¹⁰, in quella finale risale fino a conquistare la terza posizione, in quell'art. 3 che completa il capo I dedicato alle *Disposizioni in materia di rapporto di lavoro*; rapporto di lavoro che, oltre alla *Forma contrattuale comune* (di cui all'art. 1), ingloba le nuove *Collaborazioni organizzate dal committente* (di cui all'art. 2), per cui cammin facendo la citata rubrica del capo ha perso l'aggettivo "subordinato".

Nell'esame dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, va subito rilevato che esso si compone di 2 commi di diversa ampiezza e rilevanza sistematica. Più importante, corposo e complesso il primo che ridisegna la norma cardine in materia (l'art. 2103 c.c.) e che costituirà l'oggetto principale di questo commento.

⁹ Per un primo commento alla nuova disciplina delle mansioni nella versione finale cfr. anche M. TIRABOSCHI, [Prima lettura del d.lgs. n. 81/2015 recante la disciplina organica dei contratti di lavoro](#), ADAPT University Press, 2015, 21.

¹⁰ Nello schema di decreto legislativo (AG n. 158) l'art. 55, intitolato *Modifiche all'art. 2103 del codice civile*, costituiva l'unico articolo del capo I, dedicato alla *Disciplina delle mansioni*, che a sua volta esauriva i contenuti dell'intero titolo IV pomposamente dedicato a *Disposizioni in materia di lavoro subordinato*. Per cui le nuove regole in materia di lavoro subordinato, previste nel contesto del decreto legislativo recante l'ambizioso tentativo di un «testo organico delle tipologie contrattuali», erano rappresentate dalle sole modifiche all'art. 2103 c.c.

A mo' di introduzione, si evidenzia che il comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, sostituisce i previgenti 2 commi dell'art. 2103 c.c. (nella versione novellata dall'art. 13 Stat. lav.) con ben 9 commi, a conferma della circostanza che semplificare (l'imperativo che aleggia nelle politiche del lavoro del Governo Renzi) a volte fa rima con allungare, e che siamo ancora molto lontani dall'idea di un Codice semplificato del lavoro. La nuova disciplina legale delle mansioni risulta così molto più voluminosa della precedente, specie per quanto concerne le regole relative alle diverse direzioni del mutamento di mansioni: in orizzontale, in verticale e, ora anche, verso il basso.

Senza dubbio meno rilevante è il comma 2 dell'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, che prevede l'abrogazione dell'art. 6 della l. 13 maggio 1985, n. 190, relativa alla mobilità verticale dei quadri (e dei dirigenti) (si veda il § 6), in parziale deroga alla disciplina del vecchio art. 2103 c.c. Si osserva che la collocazione più naturale di questa previsione sarebbe stata nel comma 1 dell'art. 55, d.lgs. n. 81/2015, dedicato alle abrogazioni.

Vista la preminenza del comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, nel prossimo paragrafo si introdurrà il suo contenuto sistematico per poi concentrare l'analisi puntuale sui nuovi commi dell'art. 2103 c.c.

3.1. La novella dell'art. 2103 c.c. (e dell'art. 13 Stat. lav.)

In estrema sintesi, il comma 1 dell'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, contempla una tripla innovazione intrecciata: una valorizzazione del dato organizzativo rispetto a quello della tutela professionale, una maggiore flessibilità nell'interesse sia dell'imprenditore sia del lavoratore e una notevole apertura alla contrattazione collettiva, anche aziendale; il tutto coltivando l'idea di un nuovo modello regolativo adattabile alle specificità dell'azienda, della persona e del settore merceologico.

Il carattere innovativo e l'importanza storica della novella si deduce anche dal modo di confezionarla: non si usa la tecnica del "rammendo", ma quella della riformulazione totale della norma cardine in materia (art. 2103 c.c.), con regole molto più dettagliate. Si cambia, ma recuperando i "rottami" dato che, come anticipato, il legislatore cuce assieme pezzi e frammenti diversi presenti nell'ordinamento, sì da ottenere una sorta di *patchwork* normativo.

Tuttavia nella riscrittura integrale della disciplina delle mansioni un silenzio appare particolarmente significativo: l'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 non menziona che la norma codicistica, a sua volta, era stata novellata dall'art. 13 Stat. lav. Anche se il richiamo puntuale degli estremi del provvedimento legislativo

previgente può apparire superfluo, la dimenticanza influenza il lavoro dell'interprete: per un verso, lo complica dato che non tiene conto che nell'ordinamento ci sono norme che rinviano proprio all'art. 13 Stat. lav. (per esempio il comma 5 dell'art. 7, d.lgs. n. 151/2001, per il caso delle lavoratrici madri)¹¹; per l'altro, lo agevola dato che rafforza l'impressione di un superamento ideologico dello Statuto, come confermato dal ritorno della disciplina nel (solo) contenitore del Codice civile (si veda *infra*).

Più in generale, la riscrittura dell'art. 2103 c.c. presenta una formulazione tecnica di pregevole fattura anche linguistica (seppur con qualche imprecisione, sbavatura¹² e opacità che presumibilmente alimenterà nuove incertezze e mediazioni giudiziarie: si veda *infra*), per cui ogni variazione letterale rispetto al testo precedente ha un suo pregnante significato.

In sintonia con la vocazione all'ammodernamento del diritto del lavoro, la disposizione cala la novella nella realtà fattuale del nostro tempo parlando, anziché del vetusto "prestatore di lavoro" (come aveva continuato a fare lo Statuto nel 1970), di "lavoratore" sia per il mutamento di mansioni (primo, secondo, quinto, sesto e settimo comma dell'art. 2103 c.c.) sia per il trasferimento (ottavo comma, art. 2103 c.c.).

La rubrica dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, dopo varie formulazioni susseguite nell'ambito dello schema di decreto, si è assestata sulla *Disciplina delle mansioni*. Invero l'approdo non è casuale, in quanto questa è la stessa titolazione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 (e successive modifiche), cioè della norma che regolamenta la materia dell'ordinamento professionale dei dipendenti pubblici privatizzati. Ciò lascia intuire, con evidenza palmare, un'ulteriore chiave di lettura della riforma varata nel 2015: un processo, continuo e a doppio senso di marcia, di convergenza e di interscambio fra principi e modelli regolativi fra lavoro privato e pubblico, in cui ora tocca a quest'ultimo, per certi aspetti, divenire da modello di riferimento per il lavoro privato¹³.

¹¹ In soccorso all'interprete interviene la lett. *m* del comma 1, art. 55, d.lgs. n. 81/2015, che prevede l'abrogazione anche delle «disposizioni vigenti alla data di entrata in vigore», della nuova disciplina «non espressamente richiamate», ma «che siano incompatibili» con essa, come l'art. 13 Stat. lav.

¹² Seppur si è corretto l'errore dello schema di decreto che faceva riferimento, come limite ai contratti a tempo parziale e a termine, all'equivalenza delle mansioni nell'ambito di una normativa che la cancellava.

¹³ Sulle interferenze reciproche fra lavoro pubblico e privato in materia di equivalenza delle mansioni si rinvia al corposo e attento saggio diviso in due parti di A. RICCOBONO, *Mansioni esigibili ed equivalenza professionale nel lavoro pubblico e privato: un'ipotesi di «cross fertilization» tra modelli regolativi della mobilità intraaziendale? – Parte I*, in *ADL*, 2014, n. 4-5,

Ma non è questa l'unica rubrica significativa ed evocativa.

Il primo capoverso dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 cambia la rubrica dell'art. 2103 c.c.: al posto di quella utilizzata dall'art. 13 Stat. lav. (*Mansioni del lavoratore*) rispolvera quella della versione originaria della norma codicistica (*Prestazione di lavoro*), con un riferimento classico al contenuto della principale obbligazione del lavoratore che nel contratto di lavoro presenta, con una sorta di vocazione naturale, un tipico andamento dinamico, anche come conseguenza di modifiche unilaterali per volontà del datore di lavoro, nella sua veste di titolare del potere direttivo e/o modificativo.

Il ripescaggio della rubrica originaria dell'art. 2103 c.c. lascia intravedere, quale ultima chiave di lettura introduttiva, il senso di marcia della novella, del progressivo «tramonto dello statuto dei lavoratori»¹⁴ e del ritorno al Codice civile, nell'ambito del diritto speciale del contratto di lavoro che garantisce al datore di lavoro, quale contraente/capo dell'impresa, una peculiare posizione di comando, autorità e supremazia anche in relazione alla frazione dell'organizzazione complessiva nella quale il singolo lavoratore (e il suo rapporto obbligatorio) è inserito¹⁵.

Così l'operazione legislativa trascina la disciplina delle mansioni del lavoratore "fuori" dal titolo I dello Statuto che, con la sua rubrica dedicata alla *Libertà e dignità del lavoratore*, aveva contribuito a curvare e irrigidire la rete di tutele della professionalità della persona che lavora. In particolare, la collocazione nella cornice del Titolo I era stata utilizzata per ricercare la *ratio* della norma e individuare il bene tutelato dal precetto generico dell'equivalenza, di cui all'art. 13 Stat. lav., nella dignità professionale del lavoratore.

La disciplina della prestazione di lavoro ritorna "dentro" l'unico contenitore del libro V del Codice civile, cioè entro una visione basata sulla logica non solo dello scambio ma anche del contratto di lavoro, fonte-madre di poteri privati

I, 993; A. RICCOBONO, *Ancora sull'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico e privato: interferenze reciproche e circolazione dei modelli regolativi nella più recente evoluzione normativa*, in *ADL*, 2014, I, n. 6, 1341.

¹⁴ Così per tutti 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.

¹⁵ Da ultimo, per condivisibili osservazioni (anche) sullo *jus variandi* post-Jobs Act si rinvia a R. VOZA, *La tutela del contraente forte nel diritto del lavoro*, in *Studi in memoria di Mario Giovanni Garofalo*, cit., che coltiva i sempreverdi spunti della nota monografia di F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982; ID., *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 2015, n. 262, 5 (e in corso di pubblicazione in E. GHERA, D. GAROFALO (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure per la conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, 2015).

del datore del tutto inediti per il diritto comune dei contratti, disciplinato dal libro IV dello stesso Codice.

Se così è, il futuro della disciplina delle mansioni è un mero ritorno al passato? E quindi tramonta la tutela della professionalità?

3.2. Riflessioni introduttive

Non credo che la risposta sia così semplice ed automatica, dato che l'opzione di base di tornare al Codice civile non rappresenta un mero movimento all'indietro, ma un riposizionarsi in quel luogo con un approccio nuovo che tiene conto dei passaggi in avanti compiuti nel suo terreno dalla legislazione e dall'interpretazione dei principi e valori costituzionali. Con la novella, difatti, si torna ad un Codice civile post-Costituzione (nella logica del bilanciamento dei suoi "principi") e post-Unione europea, anche se risalta (e imbarazza) il vuoto creato dalla mancata attestazione, da parte del Presidente della Repubblica, nell'*incipit* del decreto delegato di una sua «coerenza con la regolazione dell'Unione europea e le convenzioni internazionali», come previsto proprio dal comma 7 dell'art. 1, l. n. 183/2014¹⁶.

Come noto, la materia della disciplina delle mansioni e del loro mutamento si trova su uno dei siti più "tellurici" del diritto del lavoro, in bilico tra il primo e il secondo comma dell'art. 41 Cost., cioè tra la libertà dell'imprenditore di decidere le modalità dell'iniziativa economica ed i limiti agli atti datoriali di gestione del rapporto di lavoro dettati a tutela dei valori di libertà e dignità della persona del lavoratore, che trovano riscontro oltre che a livello costituzionale (anche in numerose altre norme: artt. 1, 2, 3, 4, 32, 35 e 36 Cost.), anche a livello uni-europeo.

A tale livello risalta, in modo diretto, l'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali sulle «condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose», e, in modo indiretto, la fitta rete di normative dell'Unione europea a tutela e protezione della salute e sicurezza del lavoratore nei luoghi di lavoro contro i danni che possono derivare dal lavoro o dalle condizioni in cui esso si svolge.

Infine, nonostante l'evoluzione in atto, rammento che torniamo a un Codice civile post-Statuto, come conferma il nuovo nono comma dell'art. 2103 c.c. per cui «ogni patto contrario è nullo», seppur con una significativa riduzione del suo perimetro di azione (si veda il § 9).

¹⁶ Devo questo rilievo all'«occhio di lince» dell'avv. Vincenzo De Michele.

Il tutto, quindi, avviene in un contesto dell'economia e del lavoro profondamente cambiato rispetto agli anni Settanta (si veda *retro*, § 1), da qui l'esigenza di garantire una tutela dinamica effettiva degli interessi della persona che lavora e una migliore spendibilità della professionalità all'interno e all'esterno dell'azienda.

Pertanto vanno colti e interpretati con attenzione e cautela i "segnali" di cambiamento della normativa, le nuove dosi di flessibilità (unilaterale, collettiva e pattizia individuale), ma senza pregiudizi ideologici, tenendo conto che nel frattempo anche il mondo del lavoro è cambiato ed è molto diverso da quello degli anni Settanta.

In tale direzione, forse si potrebbe sostenere che la riforma della disciplina delle mansioni implica un declassamento della professionalità dal contenitore della dignità professionale a quello della libertà di scelta del lavoro.

Ed ancora, nella novella potrebbe trovare finalmente una traduzione legale il noto principio di origine giurisprudenziale dell'*extrema ratio* del licenziamento economico che risulterebbe ingiustificato in tutti i casi in cui all'interno dell'organizzazione aziendale, con l'esercizio del potere di variare le mansioni (in orizzontale, in basso e in alto), si possano trovare spazi di utilizzo alternativo del dipendente. In tal caso, affiorerebbe un'intima correlazione giuridico-funzionale tra la nuova disciplina del mutamento di mansioni e le ipotesi di licenziamento illegittimo, seppur a tutele calanti per i neo-assunti dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 23/2015. In altri termini, la maggior flessibilità gestionale del posto di lavoro avrebbe come effetto indiretto quello di irrobustire la stabilità del rapporto di lavoro, seppur presidiata da una tutela sempre più debole.

Ma queste intriganti traiettorie di indagine richiederebbero ulteriori approfondimenti, eccessivi rispetto al primo commento della novella.

3.3. La nuova mobilità endoaziendale

Ciò premesso, le tessere del mosaico della disciplina legale restano quelle tradizionali, anche se ora diventano tutte esplicitamente regolate dal legislatore nella cornice dell'art. 2103 c.c. e tutte portatrici di ritocchi, se non di importanti novità, per i profili collegati al mutamento di mansioni.

L'analisi della nuova disciplina delle mansioni si sviluppa seguendo la classica mappa della mobilità endoaziendale che sostanzialmente segue la trama dell'art. 2103 c.c. novellato:

- a. la mobilità orizzontale, per effetto dello *jus variandi*, nell'ambito dello stesso livello e categoria legale di inquadramento (primo comma);
- b. la mobilità in basso, verso mansioni inferiori, articolata in tre diverse ipotesi e garanzie (unilaterale, collettiva e a negoziazione individuale) (secondo, terzo, quarto, quinto e sesto comma);
- c. la mobilità verticale verso mansioni superiori (settimo comma).

Per le mansioni di assunzione, invece, il nuovo art. 2103 c.c. riproduce fedelmente il testo originario (del 1942, rimasto identico anche nella versione statutaria del 1970) riguardo alla loro naturale determinazione consensuale, con la sola innovazione letterale di riferirsi al lavoratore, anziché al prestatore di lavoro. Restano, pertanto, attuali (e foriere di nuove declinazioni) le suggestioni dottrinali che, guardando lontano, da questa previsione deducono, in capo al lavoratore, un diritto della persona all'effettivo svolgimento della prestazione di lavoro, idoneo a fornire una lettura moderna dell'art. 4 Cost.¹⁷.

Viene mantenuta ferma la disciplina del trasferimento del lavoratore (ottavo comma) e con essa i suoi dilemmi interpretativi, resi più intricati dalle nuove regole del licenziamento.

Infine, la disciplina di questi profili è accompagnata dalla garanzia dell'inderogabilità, seppur resa più porosa (nono comma).

4. La mobilità orizzontale perde il filtro dell'equivalenza sostanziale

Prendendo le mosse dalle regole della mobilità orizzontale, il nuovo primo comma dell'art. 2103 c.c. conferma la possibilità per il datore di lavoro di modificare le mansioni dovute dal lavoratore (quelle di assunzione o «quelle corrispondenti all'inquadramento superiore [...] successivamente acquisito»), quale elemento naturale del contratto di lavoro, come affermato dall'orientamento del tutto maggioritario in giurisprudenza e in dottrina. Il datore può modificare l'oggetto del contratto di lavoro unilateralmente (i.e. a prescindere dal consenso del lavoratore), con una significativa deroga alla disciplina comune. E può farlo senza la necessità di indicare la sussistenza di esigenze organizzative (come, invece, viene ribadito nel caso di trasferimento del lavoratore: § 8). Quindi le motivazioni del mutamento di mansioni restano irrilevanti e insindacabili (ma si veda *infra*, § 4.7).

¹⁷ Per una deduzione di questa traiettoria proprio dalla lettera dell'art. 2103 c.c. si veda L. NOGLER, *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra "principi" costituzionali*, in *DLRI*, 2007, n. 116, 593.

Questo risultato pratico si verifica indipendentemente dalla ricostruzione giuridica della fonte unilaterale del mutamento di mansioni: vuoi quale manifestazione di un potere direttivo, se questo è considerato comprensivo di tutte le mansioni potenzialmente assegnabili; vuoi, quale effetto dello *jus variandi*, nel caso opposto per cui il potere direttivo si limita a determinare come devono essere eseguite le attività già promesse¹⁸.

In altri termini, la questione della fonte del mutamento di mansioni resta immutata nella nuova cornice legale. Cambia, invece, il raggio di azione dell'esercizio del potere datoriale dato che cambia il perno su cui identificare i confini del mutamento legittimo di mansioni.

La riforma prevede una profonda discontinuità dato che cambia la tecnica di configurazione del limite al potere datoriale di modificare unilateralmente la prestazione di lavoro. Il segno di tale innovazione, però, dipende dal contesto di riferimento. Di fatto, la novella rafforza la posizione del datore di lavoro, come verificheremo (§ 4.5). Nel sistema di inquadramento vigente e rispetto al diritto vivente, difatti, la novella dilata il perimetro del legittimo esercizio dello *jus variandi* laterale, sì da allargare l'area del debito del lavoratore nei confronti del datore.

Al posto del precedente criterio, imperniato sulla clausola, *rectius* norma, generale dell'equivalenza delle mansioni, la riforma inserisce il nuovo riferimento alle mansioni «riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento», con un implicito e indiretto rinvio alla contrattazione collettiva (§ 4.4).

Dato che per prevedere il futuro è utile studiare il passato, è opportuno un sintetico riepilogo dello stato dell'arte circa i confini dello *jus variandi* del datore di lavoro, evidenziando i profili sui quali si innescheranno continuità e discontinuità della riforma del 2015.

Il riepilogo è utile anche perché il vecchio art. 2103 c.c. è ancora utilizzabile per interpretare e risolvere tutte le situazioni maturate al 24 giugno 2015.

Tuttavia, per cogliere la portata innovativa dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 e del nuovo art. 2103 c.c., va evitato il rischio di leggere il testo nuovo con lenti non più valide, perché antiquate.

¹⁸ Per tutti le limpide osservazioni di M. PERSIANI, *Il potere direttivo e l'organizzazione del lavoro*, in M. MARTONE (a cura di), *Contratto e rapporto di lavoro. Tomo primo. Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 2011, 417 ss.

4.1. Il vecchio limite delle mansioni equivalenti: l'interpretazione rigida

Come noto il vecchio art. 2103 c.c., novellato dall'art. 13 Stat. lav., circoscriveva la mobilità orizzontale del prestatore entro l'ambito delle «mansioni equivalenti» alle «ultime effettivamente svolte», rinviando genericamente ad un rapporto di “equivalenza” dal carattere del tutto “aperto” e di per sé “neutro” per orientare il giudizio di comparazione¹⁹. Da qui, l'ambivalenza della nozione di equivalenza che rappresentava, da un lato, il pregio principale della norma perché, in teoria, le consentiva di adattarsi in modo flessibile al mutare della realtà organizzativo-aziendale e della linea di politica del diritto²⁰; dall'altro, un vero e proprio limite strutturale della disposizione, per l'assenza di un criterio univoco di valutazione, sì da alimentare un contenzioso giurisprudenziale, corposo e ondivago, con conseguenti incertezze gestionali, diffuse e costose.

Sicché l'equivalenza, con i suoi confini poco definiti, era diventata il vero punto nodale della disciplina della mobilità interna del lavoratore e il dato su cui si erano scaricate gran parte delle tensioni interpretative presenti in materia. Lo era diventata nonostante una condivisa lettura sistematica della norma statutaria avesse portato ad identificare il baricentro del concetto nella tutela della dignità professionale della persona/lavoratore, intesa come insieme di conoscenze tecniche, capacità pratiche, esperienza ed intelligenza possedute dal lavoratore entro il concreto contesto lavorativo. La professionalità, difatti, spingeva l'interprete a veicolare nella nozione di equivalenza svariati parametri sostanziali, purché imperniati sulla tutela effettiva del bene protetto, così

¹⁹ Per recenti ricognizioni della materia cfr. M.N. BETTINI, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Giappichelli, 2014; C. PISANI, *Art. 2013 – Mansioni del lavoratore*, in O. CAGNASSO, A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro*, Utet, 2013, 109; L. FERLUGA, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Giuffrè, 2012; U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, 2008. Inoltre sia permesso rinviare a M. BROLLO, M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi. Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, 513 ss.; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, Giuffrè, 1997. Per una trattazione sintetica della disciplina pre-*Jobs Act* nella manualistica si rinvia a F. CARINCI, P. TOSI, R. DE LUCA TAMAJO, T. TREU, *Diritto del lavoro. 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, 2013, 198; E. GHERA, A. GARILLI, D. GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013, 129; O. MAZZOTTA, *Manuale di diritto del lavoro*, Cedam, 2014, 371.

²⁰ Evidenzia questa caratteristica l'interessante monografia di U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit.

come esso si presenta in un determinato contesto sociale, organizzativo e aziendale.

In questi termini risulta evidente, e quasi scontato, il ruolo chiave assunto e svolto dalla giurisprudenza nel colmare gli «spazi lasciati (volutamente) aperti dal legislatore»²¹.

Per un indirizzo giurisprudenziale, tradizionale e resistente nel tempo (con una massima divenuta stereotipata), la verifica dell'equivalenza richiedeva la sussistenza congiunta di due parametri: l'uno di tipo oggettivo o formale²², secondo cui le mansioni di destinazione dovevano essere collocate nel medesimo livello di inquadramento o area professionale di quelle originarie; l'altro di tipo soggettivo o sostanziale²³, secondo cui le nuove mansioni dovevano consentire l'utilizzazione ovvero il perfezionamento e l'accrescimento del corredo di nozioni, esperienze e competenze acquisite nella fase pregressa del rapporto in modo che vi fosse una tendenziale omogeneità, continuità ed assimilabilità tra i contenuti professionali dei nuovi compiti e quelli propri dei precedenti.

Così, si è consolidato il criterio della c.d. "doppia chiave", per cui il rispetto del principio di equivalenza delle nuove mansioni non era garantito, a priori, dal ricorso al ventaglio di mansioni riconducibili allo stesso livello, fascia o area contrattuale di inquadramento previsti nel contratto collettivo, dato che questa era una condizione necessaria, ma non sufficiente, alla quale occorreva aggiungere la tutela della specifica professionalità *acquisita*, da valutare *in concreto*. Secondo una diffusa linea di pensiero, sotto tale profilo, occorreva garantire anche il mantenimento dello status professionale raggiunto dal dipendente all'interno e all'esterno dell'ambiente di lavoro, con riguardo alla natura intrinseca delle attività espletate nel contesto dell'organizzazione aziendale: grado di autonomia, responsabilità operativa, prospettive di carriera, prestigio, ecc.

A conti fatti, per l'equivalenza delle mansioni non era sufficiente l'astratta riconducibilità delle stesse al medesimo livello/area di inquadramento contrat-

²¹ Così D. DE FEO, *op. cit.*, § 2 del dattiloscritto. Per una efficace ed aggiornata sintesi circa il ruolo svolto dalla giurisprudenza sul controllo dello *jus variandi* nel mutamento di mansioni e nel trasferimento del lavoratore si rinvia a C. ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *DRI*, 2014, n. 3, 709 ss.

²² Per tutte la classica Cass. 5 aprile 1984, n. 2231, in *GC*, 1985, I, 163, con nota di M. PAPA-LEONI, *L'inderogabilità dell'art. 2103 c.c.*

²³ Per tutte Cass. 14 luglio 1993, n. 7789, in *RIDL*, 1994, II, 355, con nota di M. FRANCO, *Trasferimento ad altra unità produttiva e adibizione a mansioni non equivalenti*; Cass. 11 giugno 2003, n. 9408, in *LG*, 2004, n. 2, 129, con commento di G. GIRARDI, *Limiti al mutamento delle mansioni originarie*.

tuale, mentre la non riconducibilità era di per sé indicativa del demansionamento.

Il tutto, va ricordato, con un ruolo marginale della contrattazione collettiva, imbrigliato nelle maglie dello stringente limite dell'intangibilità dello status socio-economico-professionale acquisito dal lavoratore nel caso concreto.

Tale interpretazione, in senso statico, della professionalità ispessiva il concetto di equivalenza e, di conseguenza, restringeva il perimetro della mobilità orizzontale, con inevitabili rigidità nella gestione della forza lavoro.

Ciò se, per un verso, enfatizzava la matrice garantista della norma, per l'altro, in un ambiente di lavoro in crisi e in trasformazione rischiava di divenire in concreto un vero e proprio boomerang: non solo in quanto riduceva la possibilità per il datore di gestire in modo flessibile la forza lavoro per adattarla alle variabili esigenze di un'organizzazione che per essere competitiva e restare sul mercato dev'essere elastica, ma anche in quanto penalizzava il diverso interesse dello stesso soggetto protetto (il lavoratore), alla conservazione del posto di lavoro.

Da qui i tentativi della stessa Corte di cassazione, di coltivare e immettere spazi di flessibilità gestionale nella disciplina del mutamento di mansioni, con la seguente evoluzione interpretativa. In un primo tempo, nelle situazioni critiche, la giurisprudenza forzava, in una prospettiva individuale, le maglie della nullità dei patti contrari, di cui al vecchio secondo comma dell'art. 2103 c.c. In un secondo tempo, inseriva, in una diversa prospettiva collettiva, le c.d. clausole di fungibilità fra le mansioni equivalenti, di cui al vecchio primo comma dell'art. 2103 c.c. Non c'è dubbio, in entrambi i casi, le sentenze, con alcune forzature e una certa ambiguità, hanno arato il terreno sul quale, ora, è avanzato spedito il legislatore del 2015; ma vediamoli in modo più ravvicinato, sempre per cogliere continuità/discontinuità della novella.

4.2. *Segue: e i correttivi: la prospettiva individuale e quella collettiva*

Per tener conto delle esigenze del lavoratore, la giurisprudenza, a partire dagli anni Ottanta, concentrava l'attenzione sul secondo comma dell'art. 2103 c.c. Invece di imboccare la via suggerita da un filone dottrinale di un'interpretazione dinamica della professionalità (di cui al primo comma), che avrebbe reso meno rigida la nozione di equivalenza²⁴, percorreva quella, meno

²⁴ Da ultimo, per una ricognizione si rinvia a U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., 28 ss.

piana, dei «giustificat[i] motiv[i] di deroga»²⁵ al divieto di patti contrari nei casi in cui la dequalificazione professionale rappresentava per lo stesso soggetto tutelato, la persona che lavora, una sorta di “male minore”²⁶.

Su tale via, illuminata più dal buon senso pratico che dalla seria argomentazione giuridica, la giurisprudenza, a volte si era spinta troppo in avanti, con il rischio di un ritorno al passato ante-Statuto, riecheggiando la vecchia e contestata tecnica dell’acquiescenza, sia pure in un diverso contesto normativo di protezione (anche con la tutela forte di cui all’art. 18 Stat. lav.) contro il pericolo di licenziamento.

Così aveva elaborato, in una prospettiva di garantismo individuale, una variegata serie di eccezioni al citato divieto – vuoi per soddisfare interessi del lavoratore (a volte non ulteriormente qualificati), vuoi dello stesso datore (ad esempio la «presenza di serie e ragionevoli esigenze aziendali») – forgiando un pericoloso “grimaldello” capace di far saltare progressivamente la forza vincolante della norma inderogabile che era stata modellata proprio per evitare che il lavoratore, pur di ottenere e poi di salvaguardare l’occupazione, accettasse qualsiasi condizione di svolgimento del rapporto²⁸.

Solo di recente, per tener conto delle esigenze provenienti dagli apparati produttivi, sulla scia di una nota pronuncia delle Sezioni Unite della Cassazione (n. 25033 del 2006)²⁹, è emerso un filone giurisprudenziale innovativo³⁰ che

²⁵ Per una ricognizione giurisprudenziale si veda M. CORTI, *Le modifiche in pejus delle condizioni individuali di contratto nelle ristrutturazioni d’impresa in Italia: gli spazi dell’autonomia individuale e di quella collettiva*, in *RIDL*, 2009, n. 3, I, 418.

²⁶ Antesignana e insuperato modello di riferimento Cass., sez. un., 7 agosto 1998, n. 7755, in *RIDL*, 1999, n. 1, II, 170, con nota di G. PERA, *Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile*.

²⁷ Così Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, in *RIDL*, 2003, n. 1, II, 53.

²⁸ C. ZOLI, *op. cit.*, 737; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2008, n. 119, 341. In quest’ottica si veda l’ipotesi di utilizzazione del dipendente nel c.d. “crumiraggio interno” in mansioni dequalificanti in sostituzione dei lavoratori scioperanti: Cass. 3 giugno 2009, n. 12811, in *DRI*, 2010, n. 1, con nota di C. DI CARLUCCIO, *Reazioni datoriali in caso di sciopero e legittimo esercizio dello jus variandi*.

²⁹ Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033, in *RGL*, 2007, n. 3, II, 413, con nota adesiva di M. VENDRAMIN, *Mobilità orizzontale, clausola di fungibilità e valorizzazione della professionalità potenziale: le Sezioni Unite aprono alla contrattazione collettiva*; conforme, la giurisprudenza successiva.

³⁰ Per un quadro sull’evoluzione interpretativa più recente dell’art. 2103 c.c. cfr. R. DIAMANTI, *L’equivalenza di mansioni nel settore pubblico e in quello privato: apparente diversità e sostanziale avvicinamento*, in *RIDL*, 2008, n. 4, II, 803 ss. Da ultimo si veda Cass. 8 marzo 2013, n. 5798, in *NGL*, 2014, 9.

(pur riproponendo, in parte, problemi vecchi)³¹ ha inteso coltivare una nozione dinamica di professionalità, con una interpretazione estensiva del primo comma dell'art. 2103 c.c., in una prospettiva di garantismo collettivo.

Finalmente la giurisprudenza riconosceva un ruolo rilevante alla contrattazione collettiva, autorizzandola ad introdurre clausole di fungibilità e meccanismi di rotazione che consentivano di adibire il lavoratore a mansioni della medesima area contrattuale, da ritenersi professionalmente equivalenti³². Lo riconoscevano, ma con cautela: solo in presenza di precise ragioni date da contingenti esigenze aziendali o da processi di arricchimento professionale dei lavoratori.

L'orientamento, facendo leva sull'art. 2095 c.c. in tema di categorie e sulle disposizioni costituzionali in materia di retribuzione, aveva riconosciuto una piena fungibilità delle mansioni all'interno dell'area omogenea in quei settori nei quali la contrattazione collettiva ha adottato il c.d. sistema "a banda larga di inquadramento" (settore chimico-farmaceutico, Poste italiane, Trenitalia). In tal guisa, aprendo una feconda pista, includeva nelle mansioni "contrattuali" tutte quelle che rientravano nell'area/livello della professionalità potenziale. Ma lo faceva, senza allontanarsi troppo dai sentieri battuti, confermando la consolidata interpretazione rigida dell'art. 2103 c.c.: vuoi della nozione di mansioni equivalenti tarate sulla professionalità acquisita (primo comma), vuoi dell'inderogabilità della norma anche in relazione agli accordi collettivi (secondo comma).

Pertanto, a mo' di bilancio finale post-Statuto, si rileva che la giurisprudenza ha interpretato il suo ruolo di protagonista, in modo rigoroso nelle situazioni di normalità aziendale, in modo impacciato ed indeciso nelle situazioni patologiche, con continui avanzamenti e arretramenti causati sia dalla vischiosità del precedente orientamento, sia dalle caratteristiche delle fattispecie esaminate. Ne sono derivate, per i datori, grandi incertezze nell'esercizio di uno strumento gestionale, come lo *jus variandi*, sempre più centrale a mano a mano che procedeva la pressante trasformazione del mondo delle imprese e del lavoro.

Infine, il datore nelle ipotesi di utilizzo illegittimo dei suoi poteri, anche in casi incerti, è rimasto esposto ad un sistema variegato di tutele, di natura giudiziale

³¹ Così M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 2015, n. 5, 440, che ricorda il problema simile delle mansioni "promiscue" e delle mansioni "vicarie", cui si rinvia anche per una rassegna della giurisprudenza recente sulla modificazione delle mansioni.

³² Si veda ad es. l'intercambiabilità fra le mansioni di sportello e di recapito contenute nella (medesima) area operativa previste dal CCNL per il personale non dirigente di Poste italiane S.p.A. dell'11 gennaio 2001 e successivi rinnovi che ha dato origine alla citata Cass., sez. un., n. 25033/2006.

e non, esperibili dal dipendente con combinazioni diverse e con una ricca casistica di figure di danni risarcibili di tipo sia patrimoniale, sia non patrimoniale. Si ricorda che il demansionamento di per sé non configura una ipotesi di mobbing, ma spesso costituisce uno degli elementi in cui si concretizza la persecuzione che caratterizza la fattispecie.

Affiora così uno dei paradossi moderni: per affrontare un futuro pieno di cambiamenti e di imprevisti diventa necessaria la maggior certezza giuridica possibile. La stessa certezza che il legislatore intende perseguire con la sostituzione dell'art. 2103 c.c.

4.3. Il nuovo limite del livello e categoria legale di inquadramento (art. 2103, primo comma, c.c.)

Il primo comma dell'art. 2103 c.c. (novellato dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015) innova in modo significativo la materia cancellando, con un secco colpo di spugna, il baricentro statutario della mobilità orizzontale, dopo ben 9 lustri di sofferta applicazione. Oggi il limite al potere di variazione del datore di lavoro non è più quello, vago, delle mansioni equivalenti, bensì è costituito dal parametro, più preciso, delle mansioni «riconducibili», cioè riferibili, «allo stesso livello e categoria legale di inquadramento».

Il legislatore sceglie di ri-tarare la mobilità orizzontale sul modello di classificazione tradizionale, usato in diversi settori, e imperniato sul concetto classico di mansione, catalogata in base alle caratteristiche contenutistiche della prestazione lavorativa.

In teoria, il cambiamento riflette l'intenzione di facilitare la gestione aziendale del datore con un «meccanismo di incasellamento semi-automatico», semplice e certo, nonché di evitare ai giudici le difficoltà e le incertezze collegate al giudizio «di valore» imperniato sull'equivalenza professionale (si veda *infra*)³³.

Nella realtà concreta, alla luce della prassi previgente, la novella si traduce nel passaggio dalla tutela dello specifico bagaglio di conoscenze ed esperienze acquisite nella fase pregressa del rapporto di lavoro ad una tutela della profes-

³³ Così U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, in corso di pubblicazione in *RGL*, che intitola il § 1 *La rivincita delle mansioni*. Per 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](#), cit., «l'innovazione si lascia apprezzare sotto molteplici profili».

sionalità intesa in senso più generico, tarata sulla *posizione formale* occupata dal lavoratore in azienda, in virtù del sistema di inquadramento.

Cambia, dunque, il bene tutelato dal legislatore: dalla professionalità “acquisita” (secondo l’interpretazione prevalente) della persona che lavora alla professionalità “classificata” in un determinato contesto organizzativo aziendale; cambia l’ottica di riferimento: da quella individuale e lineare a quella collettiva e multipla. A conti fatti, la riforma del 2015 tutela la professionalità *contrattuale* calata nell’alveo dell’organizzazione aziendale e del mercato di riferimento.

Si segnala che l’attuale irrilevanza della professionalità acquisita trova la sua *ratio* nel cambiamento dei limiti esterni che condizionano l’esercizio dei poteri del datore (direttivo e *jus variandi*). Mentre la circostanza che il legislatore abbia modificato tali regole per ragioni collegate alle esigenze dell’organizzazione aziendale di una prestazione lavorativa maggiormente variabile nell’art. 3 del decreto delegato non trova rilevanza dal punto di vista giuridico dato che, come anticipato, la mobilità orizzontale viene regolata come uno strumento ordinario di gestione flessibile della forza lavoro che non necessita di alcuna giustificazione sistematica.

Tuttavia, se è vero che la nuova formulazione della norma pare agevolare e semplificare la valutazione, *ex ante* per il datore ed *ex post* per il giudice, circa la legittimità dell’utilizzo della mobilità orizzontale rendendola una operazione “meccanica”, prevedibile e gestibile, va segnalato che l’applicazione della norma calata nell’attuale mercato delle qualifiche potrebbe alimentare per gli operatori nuove difficoltà dato il rischio di uno “scollamento” tra regola e realtà.

Di seguito, si intende descrivere lo scenario (con una prima mappa delle semplificazioni e delle complicazioni) che caratterizzerà il prossimo futuro della mobilità orizzontale.

Il termine di raffronto “esterno” ai fini dell’individuazione del livello e categoria di inquadramento per il legittimo esercizio della mobilità orizzontale resta opportunamente quello tradizionale delle mansioni «ultime effettivamente svolte», cioè delle mansioni effettive (e non occasionali) ricoperte per ultime dal lavoratore, con un criterio di raffronto tra mansioni vecchie e nuove basato sull’effettività.

Invece, come visto, il termine di raffronto “interno” cambia natura, misura e consistenza: non è più un criterio legale basato sull’equivalenza professionale, ma diventa un criterio negoziale imperniato sulla posizione professionale; in pratica perde lo spesso strato sostanziale, tradizionalmente intessuto sulla pro-

fessionalità acquisita (si veda *retro*, § 4.1), conservando solo quello formale riconducibile al sistema di inquadramento dei lavoratori.

Vediamo con quali parametri e con quale portata sistematica.

In primis, il legislatore spezza il criterio giurisprudenziale della c.d. “doppia chiave” (si veda *retro*, § 4.1), richiedendo la sussistenza del solo parametro di tipo oggettivo/formale, per cui le nuove mansioni devono essere unicamente collocate nel medesimo livello di inquadramento di quelle ultime effettivamente svolte.

Come noto, il livello di inquadramento, definito in relazione alla valutazione della generica capacità o contenuto professionale, raggruppa una serie più o meno ampia di specifici profili professionali individuati sulla base delle caratteristiche professionali della prestazione di lavoro, nonché di dati di tipicità ambientale e/o sociale. Con la riforma, il livello diventa il primo parametro del contenitore-soglia delle mansioni c.d. “contrattuali”: al di sotto ci sono le mansioni inferiori, al di sopra ci sono le mansioni superiori.

Da qui l’importanza del riferimento al livello di inquadramento che, stando alla lettera del nuovo primo comma dell’art. 2103 c.c., non viene “agganciato” in modo espresso alla contrattazione collettiva. In teoria, il rinvio è «neutro perché può esserci anche un inquadramento con autonoma disciplina aziendale»³⁴, anche unilaterale. Tuttavia gli interessi in gioco sono collettivi, superindividuali e non frazionabili; da qui l’inevitabilità di una gestione concertata azienda/sindacato della materia.

Per tradizione e prassi, infatti, la materia dell’inquadramento dei lavoratori, per gradi e classificazioni (attraverso i classici strumenti delle declaratorie, profili ed esempi, come nel contratto collettivo “pilota”, quello dell’industria metalmeccanica), è affidata alla contrattazione collettiva di diritto comune, per lo più nazionale. E questa opera una distinzione tra livelli e relativi contenuti mansionistici quale frutto di una valutazione convenzionale concordata in sede collettiva, fissando così un parametro per la nuova tutela della professionalità del lavoratore.

Il rinvio alla contrattazione collettiva, quindi, è effettuato in termini impliciti e indiretti. Ma per l’istituto della scala classificatoria questo appare una sorta di scelta naturale dato che la contrattazione collettiva è quasi sempre applicata, al punto da giocare un ruolo di indiscussa protagonista, anche per rafforzare la tenuta in giudizio del sistema di inquadramento.

L’assenza di un rinvio formale alla contrattazione collettiva, peraltro, ha un suo pregio: permette di evitare la diatriba circa l’ambito di riferimento tempo-

³⁴ Così M. MISCIONE, *op. cit.*, 437.

rale della disposizione, atteso il suo contenuto fortemente innovativo, con il rischio di vederla differita ai contratti stipulati dopo l'entrata in vigore della riforma, anziché a quelli vigenti (costruiti in base alla normativa previgente).

Il rinvio al livello di inquadramento, cioè in pratica alla contrattazione collettiva, inevitabilmente rende questa fonte contrattuale centrale e sovrana nell'individuazione della latitudine del cambiamento professionale esigibile per effetto del potere unilaterale del datore di lavoro (si veda *infra*, § 4.5).

In secundis, si segnala che nella versione finale della norma, a sorpresa, all'esito del passaggio nelle Commissioni parlamentari, è stato aggiunto, quale ulteriore limite prudenziale allo *jus variandi* laterale, il riferimento alla stessa "categoria legale" di inquadramento, di cui all'art. 2095 c.c. (come novellato dalla l. n. 190/1985).

Quest'aggiunta non cambia la conclusione di un ruolo decisivo dell'autonomia collettiva. Non cambia dato che i requisiti di appartenenza a ciascuna delle quattro categorie legali (dirigenti, quadri, impiegati e operai) sono fissati nella contrattazione collettiva, e risultano addirittura insindacabili in sede giudiziale, sotto il profilo della congruità, se sono tali da non sconvolgere la natura sostanziale delle categorie³⁵.

Tuttavia, quest'ultima previsione sorprende³⁶ in quanto rivitalizza una vetusta distinzione tra posizioni lavorative riconducibili alle categorie legali di operaio e di impiegato che sembrava del tutto superata da decenni, specie dopo l'avvento dell'inquadramento unico³⁷.

È noto che il sistema della classificazione unica, ormai molto diffuso nella contrattazione collettiva, si fonda su una pluralità di livelli comuni e trasversali ad entrambe le categorie legali di operai e impiegati. La ricerca dei confini della singola categoria legale nell'intreccio dei livelli potrebbe costringere l'interprete, in mancanza di contratti collettivi, a rispolverare la vecchia legge sull'impiego privato, cioè il r.d.l. n. 1825/1924, decreto già abrogato e ripristinato nel 2009, che ora troverebbe nuova linfa vitale.

Il richiamo alla categoria legale, in particolare, pare censurare quel filone giurisprudenziale, inaugurato da una nota sentenza della Cassazione dei primi an-

³⁵ Cfr. Cass. 18 dicembre 1992, n. 13387, in *RIDL*, 1993, II, 768, con nota di G. CARULLO, *Un tentativo di innovare il concetto di collaborazione impiegatizia*.

³⁶ P. ICHINO, [Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro](http://www.pietroichino.it), in www.pietroichino.it, 27 luglio 2015, definisce il ritorno della *summa divisio* tra operai e impiegati una «cosa curiosa» anche se riconosce che permane «l'antica distinzione tra le mansioni e professionalità di "chi modifica la materia" e quelle di "chi lavora sui flussi delle informazioni"».

³⁷ Da ultimo, in tema si veda R. NUNIN, *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l'inquadramento unico*, in M. MARTONE (a cura di), *op. cit.*, 471 ss.

ni Ottanta³⁸, che riconosceva, nel sistema di inquadramento unico, l'astratta equivalenza fra mansioni impiegatizie e mansioni operaie inquadrate nello stesso livello contrattuale, con la possibilità di una legittima adibizione, senza perdite di status, dalla categoria dell'impiegato a quella dell'operaio.

La riviviscenza della ripartizione fra operai e impiegati ripropone una distinzione fra posizioni di lavoro, incentrata sulla qualità della collaborazione, che dovrà fare i conti sia con le nuove fratture alimentate dall'innovazione tecnologica tra lavori ripetitivi (quindi digitalizzabili e a rischio disoccupazione tecnologica) e lavori non ripetitivi, sia con le tendenze in atto ad una ricombinazione dei mestieri.

Ma è soprattutto per i dirigenti che affiorano margini di eccessiva discrezionalità per il datore dato che l'attuale contrattazione collettiva della categoria, salvo alcuni specifici settori, non prevede classificazioni interne di inquadramento (né scale, né differenziazioni professionali sulla base delle competenze e responsabilità), con una indifferenza tra, ad esempio, la posizione di amministratore delegato e quella di mini-dirigente privo di deleghe e di autonomia. La pressoché totale assenza di livelli di inquadramento per i dirigenti parrebbe attribuire al datore, al momento, uno spazio esagerato di manovra, che include anche posizioni professionalmente inferiori per prestigio, autonomia, ecc. Senza la possibilità per il dirigente di rivendicare un demansionamento, con il dubbio se possa invocare una sorta di "giusta causa" di dimissioni, restandogli con certezza la sola possibilità di provare il "salto" di categoria legale, cioè che i nuovi compiti non hanno contenuto dirigenziale. Da qui la particolare urgenza di un intervento dell'autonomia collettiva che introduca differenti livelli di inquadramento anche per i dirigenti.

4.4. L'indagine giudiziale

Come anticipato, l'indagine giudiziale circa la legittimità del cambiamento di mansioni dovrebbe risultare semplificata e confinata all'accertamento oggettivo della riconducibilità, sulla base delle previsioni collettive, delle vecchie mansioni effettivamente svolte dal lavoratore e delle nuove al medesimo livello e categoria legale di inquadramento.

Dovrebbe cadere pertanto la necessità dell'ulteriore valutazione, difficile ed incerta, del profilo soggettivo di idoneità, caso per caso, delle nuove mansioni

³⁸ Cass. n. 2231/1984, cit. Similmente ritiene legittimo il salto di categoria Cass. n. 9386/1993 per la diversa ipotesi di demansionamento nelle procedure di licenziamento collettivo.

alla salvaguardia e/o valorizzazione del patrimonio professionale del lavoratore (ma si veda *infra*).

Dovrebbe restare, invece, un accertamento istruttorio paragonabile a grandi linee a quello tradizionalmente coltivato in tema di verifica del “giusto inquadramento”, imperniato sull’interpretazione delle disposizioni del contratto collettivo di diritto comune.

Dal punto di vista logico-giuridico, la riforma coltiva l’ambizione di un passaggio epocale dalla tutela (e dal controllo) di tipo sostanziale, legata alla *qualità* della professionalità individuata dal *giudice*, alla tutela (e al controllo) di tipo formale, tarata sulla *quantità* di valore della professionalità prevista dall’*autonomia collettiva*.

In pratica, il legislatore intende passare da una nozione legale di mobilità orizzontale, incentrata sul concetto di equivalenza legata all’omogeneità professionale, ad una nozione contrattuale derivante dal sistema di inquadramento praticato nella singola organizzazione produttiva. Di fatto, dovrebbe cambiare il modello di professionalità da garantire: dalla mono-professionalità, fissa a quella molteplice, variabile.

Per effetto dei nuovi limiti allo *jus variandi*, il lavoratore può essere assegnato a tutte le mansioni diverse da quelle originariamente convenute o effettivamente svolte, anche prive di omogeneità professionale, purché rientranti nello stesso livello di inquadramento e categoria legale, e non più soltanto alle mansioni professionalmente equivalenti.

Il mutamento di mansioni in orizzontale diventa così un’operazione logica di sussunzione (o di ri-mansionamento) delle nuove mansioni ad una griglia classificatoria contenente i vari livelli, nell’ambito della stessa categoria legale, in cui si articola l’inquadramento dei lavoratori. Per cui la nuova soglia di misurazione delle mansioni contrattuali rende praticabili e ordinarie misure di ristrutturazione e/o di ricomposizione dell’attività lavorativa in termini di allargamento e rotazione delle mansioni nell’ambito del livello di inquadramento.

Pertanto se le mansioni rientrano nell’ambito dello stesso livello e categoria di inquadramento, in linea generale, il giudice non potrebbe più, come accadeva in precedenza, eccepire la non equivalenza sostanziale delle mansioni. Ne deriva per il datore, un probabile ampliamento sostanziale del raggio di azione dello *jus variandi* e dell’area di mansioni contrattualmente esigibili, con maggiori spazi di flessibilità organizzativa e, con una semplificazione gestionale, in un quadro di maggiore certezza applicativa.

Con questa innovazione la riforma dovrebbe sciogliere il nodo interpretativo più consistente previsto dalla disciplina statutaria e allentare le correlate rigidi-

tà date dall'equivalenza professionale di tipo sostanziale, come intesa dalla giurisprudenza prevalente.

Ma la novella potrebbe dare origine a incertezze e tipologie di contenzioso inedite, specie finché l'autonomia collettiva non adeguerà l'inquadramento dei lavoratori alle nuove regole.

4.5. Preminenza della contrattazione collettiva

Per individuare i nuovi confini della mobilità orizzontale e dello *jus variandi*, la novella promuove e riconosce, sia pur solo in maniera indiretta e implicita, la preminenza del contratto collettivo cui è affidata la determinazione del doppio parametro riconducibile all'inquadramento del personale (livello e categoria).

La scelta del legislatore appare razionale e condivisibile dato che le clausole collettive in materia di inquadramento rappresentano tradizionalmente la sintesi della ricerca di un temperamento tra gli interessi di tutela delle professionalità dei lavoratori, considerati nel loro insieme, di cui sono portatori i sindacati e le esigenze di flessibilità organizzativa del/i datore/i.

Ma, ed è questa la vera novità, la scala classificatoria cambia funzione: non è soltanto lo strumento tradizionale, di determinazione del trattamento corrispettivo dei lavoratori, cioè «di specificazione del debito gravante sul datore» (si veda *infra*, § 4.8), ma diventa anche il nuovo strumento «di determinazione dell'area del debito di prestazione» del lavoratore³⁹. Il livello/categoria di inquadramento segna ora la soglia, valutata e misurata dalle parti sociali, del medesimo trattamento retributivo, della medesima disciplina normativa e della medesima prestazione.

Sicché l'autonomia collettiva diviene il nuovo arbitro della disciplina del mutamento in orizzontale (ma anche nelle altre direzioni, si veda *infra*, §§ 5 e 6) delle mansioni, della flessibilità organizzativa e della semplificazione gestionale. Lo è con effetti, sempre indiretti ed impliciti, anche di ridimensionamento della nullità dei patti collettivi, dato che i giudici non potranno più operare contro questi qualora siano deliberati dell'autonomia collettiva.

Invero la sua valorizzazione – da sempre auspicata, anche nella cornice dell'equivalenza, da un filone dottrinale e dalle proposte di modifica del

³⁹ Coglie bene questa innovazione 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](#), cit., 8.

Cnel⁴⁰ – risulta una piacevole sorpresa nel contesto della complessiva manovra definita *Jobs Act*, nella cui ideazione e implementazione alle rappresentanze sindacali storiche è stato concesso uno spazio risicato. Ma non c'è dubbio che oggi, per la disciplina delle mansioni, i contratti collettivi conquistano il delicato e impegnativo compito di disegnare e pennellare il contesto di riferimento: vuoi a tinte deboli per assecondare il verso della novella (si veda *infra*, § 4.5), vuoi a tinte forti per rafforzare le garanzie del lavoratore.

Ai contratti collettivi, difatti, è affidato il delicato compito di valutare il contenuto professionale delle mansioni, cioè la quantità di professionalità da tutelare, e di disegnare il conseguente perimetro di protezione delle posizioni professionali tramite l'individuazione dei livelli di inquadramento nei distinti macro-contenitori delle categorie legali (si vedano anche le altre attribuzioni: *infra*, §§ 5.2, 6 e 7).

Va rilevato che in questo caso, in cui il rinvio all'autonomia collettiva è implicito, è possibile un intervento di tutte le ipotesi di contratti collettivi, anche non ricomprese nell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 (si veda invece il § 5.2).

A conti fatti, la novella, per superare le rigidità e le incertezze del passato, scommette su un cambio di protagonista principale: dal giudice alle parti collettive. Scommessa, questa, parzialmente anticipata da due precedenti legali, aventi diverso ambito di applicazione, ma uniti dal *fil rouge* di una competenza privilegiata della contrattazione collettiva per la mobilità orizzontale.

In prima battuta, va segnalata la disciplina delle mansioni del lavoro pubblico di cui al comma 1 dell'art. 52, d.lgs. n. 165/2001, c.d. Testo Unico del pubblico impiego⁴¹. A differenza della formulazione originaria della norma, quella

⁴⁰ Quando svolgeva un ruolo alto, con l'autorevolezza di Luigi Mengoni, che presiedeva la Commissione del CNEL per il Lavoro, la previdenza sociale e la cooperazione: CNEL, [Osservazioni e proposte sulla revisione della legislazione sul rapporto di lavoro](#), 4 giugno 1985, in [www.cnel.it](#), 722. In particolare, riteneva che nel primo comma dell'art. 2103 c.c. «in ordine al concetto di equivalenza delle mansioni [...] dovrebbe essere inserito un esplicito rinvio alla contrattazione collettiva per la definizione in concreto del rapporto di lavoro di equivalenza» (ivi, 748).

⁴¹ Da ultimo, sulla disciplina della mobilità professionale nel lavoro pubblico privatizzato, oltre ai citati contributi di A. RICCOBONO, si veda anche A. TAMPIERI, *L'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico*, in *RIDL*, 2011, n. 1, II, 149; A.M. PERRINO, *L'equivalenza delle mansioni tra riforma Brunetta e poteri del giudice: possibili scenari*, in *FI*, 2010, n. 9, I, 2376; M. VENDRAMIN, *L'equivalenza delle mansioni nel lavoro pubblico privatizzato all'indomani della riforma Brunetta tra modelli negoziali e interpretazioni giudiziali*, in *LPA*, 2009, n. 6, 997 ss., nonché M. ESPOSITO (a cura di), *Mansioni e professionalità nel pubblico impiego tra efficienza organizzativa e diligenza del prestatore di lavoro*, Jovene, 2007; M. LANOTTE, *Mobilità professionale e progressioni di carriera nel lavoro pubblico privatizzato*, Giappichelli, 2012.

attuale (modificata dall'art. 62 del d.lgs. n. 150/2009, c.d. riforma Brunetta) rinvia alle mansioni equivalenti «nell'ambito dell'area di inquadramento», senza un esplicito rinvio alla contrattazione collettiva, ma la lettura prevalente è nel senso di una persistenza di tale rinvio, seppur scontando il diverso assetto di relazioni sindacali ed efficacia della contrattazione collettiva.

Con una curiosa inversione del senso tradizionale di marcia, la riforma del 2015 imita il modello regolativo delle mansioni esigibili del lavoro pubblico. Qui, alla luce della giurisprudenza (seppur mancano pronunce dopo la c.d. riforma Brunetta), si sta consolidando un orientamento, avallato dalle Sezioni unite (Cass. n. 8740 del 2008)⁴², di un giudizio di equivalenza affidato, totalmente ed esclusivamente, all'autonomia collettiva, con una lettura solo "formale" della nozione di equivalenza (senza margini di sindacabilità in sede giurisdizionale), al punto che questa può dilatare a piacimento l'area dei poteri unilaterali del datore di lavoro.

In seconda battuta, un antefatto è rinvenibile nello stesso lavoro privato: la c.d. "contrattazione collettiva di prossimità", espressamente abilitata ad attenuare l'inderogabilità della disciplina legale delle mansioni del lavoratore, ai sensi della lett. *b*, comma 2 dell'art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 148/2011. In tale contesto, la contrattazione aziendale e territoriale poteva agire (con l'avallo della Corte costituzionale, sentenza n. 221/2012), sia sul primo comma (cioè sulla mobilità orizzontale), sia sul secondo comma (cioè sui patti in deroga) dell'art. 2103 c.c., con efficacia nei confronti di tutti i lavoratori interessati⁴³. Poteva farlo, ma la freddezza delle parti sociali e la famosa "postilla" all'accordo interconfederale 28 giugno 2011, unita alle molteplici incertezze ed oscurità della previsione, hanno congelato l'applicazione esplicita di questa norma. Di più, la novella del 2015 alimenta l'impressione di un superamento/abrogazione implicita di questa disposizione (si veda *infra*, § 5.2).

⁴² Cass., sez. un., 4 aprile 2008, n. 8740, in *LPA*, 2008, n. 2, II, 353, con nota critica di M.G. MURRONE, *Mansioni equivalenti nel pubblico impiego, contratto collettivo e valutazione giudiziale*. Si rammenta che la pronuncia ha la forza di precedente vincolante ai sensi del nuovo art. 374, terzo comma, c.p.c. Conforme, da ultimo, Cass. 23 ottobre 2014, n. 22535: rileva esclusivamente l'equivalenza formale, indipendentemente dalla professionalità in concreto acquisita dal dipendente.

⁴³ Sulle deroghe alle mansioni nel contesto della norma Sacconi si veda M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in F. CARINCI (a cura di), *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n. 138/2011*, Ipsoa, 2012, 371 ss.; M. BORZAGA, *Contrattazione collettiva di prossimità e disciplina delle mansioni: una via per aumentare la flessibilità interna del rapporto di lavoro e la produttività delle imprese?*, in *DRI*, 2013, 980 ss.

Si segnala, infine, che il legislatore del 2105 raccoglie un preciso impegno, previsto dalle parti sociali, nel punto 7 (*Contrattazione collettiva per la produttività*) dell'accordo interconfederale sulla produttività 21 novembre 2012, di affidare alla contrattazione collettiva la piena autonomia negoziale rispetto alle tematiche relative alla mobilità orizzontale. Di conseguenza, è prevedibile che le nuove scale classificatorie (o le ulteriori ipotesi di demansionamento: § 5.2; o i periodi di sovra-utilizzo: § 6.1) potranno essere costruite anche all'insegna del soddisfacimento dell'esigenza aziendale ad una maggior produttività.

A conti fatti, il ruolo dell'autonomia collettiva in materia di mobilità orizzontale, e quindi di flessibilità gestionale, risulta fortemente rafforzato. Ma lo è senza che siano risolte le note criticità del nostro sistema contrattuale, cresciuto all'ombra dell'inattuazione dell'art. 39 Cost., a partire dalla natura e dall'efficacia del contratto collettivo nel settore privato.

4.6. Segue: o delle scelte del datore di lavoro

Se cerchiamo di prevedere le ricadute immediate della riforma del 2015 affiora qualcos'altro che va oltre il postulato della preminenza dell'autonomia collettiva e che traspare fra le pieghe della manovra sia dal silenzio del legislatore, sia dalla *ratio* complessiva della riforma del Governo Renzi.

Il riferimento all'inquadramento senza uno stretto collegamento con la contrattazione sindacale sembra rinviare alle esigenze di una determinata organizzazione aziendale, a modelli di prestazione adattabili e compatibili con contesti organizzativi in trasformazione, cioè «maggiormente coerent[i] con le attuali esigenze del contesto occupazionale e produttivo» (si veda *retro*, § 1). Da qui la possibilità di un sacrificio della professionalità del lavoratore non più utile all'impresa per il perseguimento di obiettivi ritenuti prioritari, in un'ottica di garantismo collettivo, quali la maggiore flessibilità organizzativa, la salvaguardia del posto di lavoro o l'incremento occupazionale.

È prevedibile che, *nel futuro* (si spera immediato), la novella comporterà la revisione dei sistemi di classificazione del personale da parte degli accordi collettivi, in qualche caso (emblematico quello del contratto dei metalmeccanici) tutt'ora fermi alla realtà degli anni Settanta, per renderli coerenti con la realtà organizzativa e con le nuove regole.

Sotto quest'ultimo profilo, forse cambierà il verso di alcune tendenze contrattuali riconducibili ai sistemi "a banda larga di inquadramento": anziché accorciare e semplificare le scale professionali, la negoziazione sindacale potrebbe

coltivare una verticalità spinta, prevedendo delle declaratorie più stringenti, in modo da restringere il livello e limitare l'ampiezza delle mansioni esigibili. Ma tale direzione, per un verso, confligge con l'approccio delle scienze aziendali alla gestione dell'organizzazione del lavoro strutturata sul modello di produzione "snella"; per l'altro, alimenta una nuova ipotesi di separazione tra lavoro privato e pubblico, dato che in quest'ultimo le aree d'inquadramento sono ampie e addirittura prescritte dalla legge (ai sensi del novellato art. 52 del d.lgs. n. 165/2001).

Nel frattempo, a bocce ferme, in attesa della contrattazione che verrà, si rileva che il suo punto di partenza appare in salita. Lo è dato che la riforma del 2015, con i suoi silenzi, prevede il rinvio immediato a livelli e categorie di inquadramento individuati, da quasi mezzo secolo a questa parte, in virtù dell'ombra protettiva del filtro dell'equivalenza sostanziale per l'esercizio dello *jus variandi*.

Così, seppur in un panorama fortemente disomogeneo, il sistema di inquadramento vigente contempla griglie astratte, spesso obsolete e scollegate dalla realtà (ad esempio la definizione delle mansioni del settore metalmeccanico risale al 1973), oppure, da ultimo, accorpate e semplificate con riferimento a famiglie allargate di professionalità nell'ambito delle c.d. aree o categorie contrattuali professionali (c.d. classificazioni a fasce larghe) per consentire all'impresa sia maggiori spazi di flessibilità nell'utilizzazione dei lavoratori, sia una maggior velocità di reazione al cambiamento.

Pertanto, nell'immediato, la riforma veicola, di fatto, un'inevitabile dilatazione⁴⁴ (in alcuni casi a dismisura)⁴⁵ del perimetro delle mansioni legittimamente esigibili, con un conseguente aumento della flessibilità organizzativa a vantaggio del datore di lavoro.

⁴⁴ Alle stesse conclusioni perviene, per «un giudizio a bocce ferme», anche 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*](#), cit., 8.

⁴⁵ Oltre ai casi dei dirigenti segnalati *supra*, § 4.3, si rinvia a D. DE FEO, *op. cit.*, § 5 del dattiloscritto, che riporta l'emblematico esempio del quarto livello del contratto collettivo per i dipendenti del settore terziario, della distribuzione e dei servizi in cui «compaiono il "contabile d'ordine" ed il "cassiere comune", ma anche il "magazziniere", il "commesso alla vendita al pubblico", l'"operatore meccanografico", il "propagandista di prodotti", etc.». M. PERSIANI, *op. cit.*, 425, partendo dalla considerazione che l'oggetto del contratto di lavoro è soltanto «determinabile», *ex art.* 1346 c.c., con riferimento alle mansioni ricomprese nel livello nel quale il lavoratore al momento dell'assunzione è inquadrato, aveva già segnalato, ragionando sul potere direttivo, che «non avrebbe senso e non sarebbe nemmeno possibile che il lavoratore adempia eseguendo contemporaneamente tutte le mansioni riconducibili alla qualifica o al livello individuati al momento dell'assunzione».

Il legislatore del *Jobs Act*, cambiando la consistenza dei limiti e calandoli nello scenario attuale, persegue una logica di rafforzamento dei poteri datoriali, a monte, come potere di organizzazione dell'impresa, a valle, come potere di agire a tutela della propria aspettativa di adempimento. Il tutto con un aumento dello stato di soggezione giuridica e psicologica del lavoratore.

Dunque è certo che per questo tipo di “mutamento di mansioni” aumentano i poteri del datore di lavoro, più incerto è se aumentano, come contrappeso, anche le sue responsabilità in termini di «assolvimento dell'obbligo formativo», come recita il nuovo terzo comma dell'art. 2103 c.c. (ma su questo punto si veda *infra*, § 7).

4.7. *Segue: e ritorno del giudice*

Se così è, i nodi irrisolti e le criticità della contrattazione collettiva potrebbero rilanciare, di nuovo, il ruolo del giudice, specie con la tipica tecnica del bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco, per valorizzare e rinforzare le garanzie di tutela della professionalità della persona che lavora.

Si rammenta poi che nella vasta area di mobilità orizzontale, a presidio del lavoratore, restano le classiche tecniche volte a temperare l'abuso dello *jus variandi* rinvenibili nell'ambito dei principi dell'ordinamento: il motivo illecito e determinante, il motivo discriminatorio, la frode alla legge; nonché le valvole di garanzia delle clausole generali di correttezza e buona fede idonee a erigere limiti interni all'esercizio dei poteri datoriali, ad esempio in relazione all'esigenza di un nucleo di omogeneità ed affinità tra mansioni vecchie e nuove.

Proprio queste ultime, lette in stretta correlazione con l'art. 2094 c.c., potrebbero veicolare un ulteriore limite implicito allo *jus variandi*, quello delle in/capacità tecniche del lavoratore in base al suo bagaglio professionale, ma letto “a rovescio” rispetto al recente passato: anziché come spada del datore per difendere le esigenze dell'organizzazione (nell'ottica della professionalità potenziale o dinamica), come scudo del lavoratore per difendere la professionalità praticabile, anche a seguito di ragionevoli percorsi di aggiornamento professionale.

Pertanto, negli attuali sistemi di inquadramento, la giurisprudenza potrebbe coltivare operazioni di contenimento del ruolo della contrattazione collettiva (echeggiando suggestioni affiorate nel lavoro pubblico)⁴⁶, anche per via di me-

⁴⁶ Cfr. nella dottrina P. CURZIO, *Pubblico impiego: sospensioni, aspettative, mutamenti di mansioni, promozioni*, in *D&L*, 2002, n. 2, 265; A.M. PERRINO, *Segnali di deriva del principio*

ra interpretazione della medesima, ritagliando un'estrema rete di salvaguardia della professionalità data dall'incompatibilità di certi compiti o attività lavorative, seppur ricompresi nello stesso livello o categoria legale di inquadramento.

In altri termini, potrebbe emergere un'interpretazione per cui l'appartenenza al medesimo livello (della stessa categoria legale) di inquadramento costituisce una sorta di confine invalicabile *verso l'esterno*, oltre il quale non può esserci mobilità orizzontale, ma limitato anche *verso l'interno*, poiché entro di esso potrebbe non esserci possibilità di mobilità orizzontale se viene frustrata la *ratio* di protezione della professionalità *tout court*, nel caso in cui le nuove mansioni non corrispondano alla specifica competenza tecnica del lavoratore, ovvero la negoziabilità collettiva snaturi la valenza ontologica della professionalità delle mansioni.

A conti fatti, non sorprenderebbe se la giurisprudenza, almeno in questa prima fase di rodaggio della riforma, si unisse alla dottrina per intonare assieme *Morta l'equivalenza, viva l'equivalenza!*⁴⁷. Così potrebbe affiorare un altro possibile paradosso. In passato, in presenza di una norma elastica (l'equivalenza), la giurisprudenza aveva coltivato un'interpretazione rigida (si veda il § 4.1), in futuro, nella cornice di una operazione meccanica (la riconduzione al livello e categoria legale di inquadramento) potrebbe privilegiare un'interpretazione flessibile; in entrambi i casi, allo scopo di rafforzare la tutela effettiva della professionalità del lavoratore.

4.8. Trasformazione o eclissi della garanzia retributiva?

Infine, segnalo che la riformulazione dell'art. 2103 c.c. non richiama l'ulteriore limite della garanzia retributiva («senza alcuna diminuzione della retribuzione») presente, invece, nell'inciso finale del primo comma dell'art. 2103 c.c., versione statutaria. In tal modo il legislatore semplifica l'indagine giudiziale: evita al giudice di addentrarsi nell'insidioso terreno della nozione di retribuzione ai fini della definizione dei confini della mobilità orizzontale.

di equivalenza delle mansioni del lavoratore pubblico, in *FI*, 2007, n. 5, I, 1615. Nella giurisprudenza, fra le altre, Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, in *ADL*, 2010, n. 1, 231, con nota di E. VILLA, *Il rapporto tra la nozione di equivalenza e quella di demansionamento nel lavoro pubblico privatizzato*.

⁴⁷ È questo l'efficace titolo di un paragrafo del saggio di U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, cit. Non a caso anche D. DE FEO, *op. cit.*, resuscita sin dal titolo il richiamo all'equivalenza.

Nella nuova disciplina, la garanzia retributiva cambia natura: perde quella di limite esterno allo *jus variandi* orizzontale per divenire una sorta di effetto automatico di trattamento dell'inquadramento, connesso quindi alle dinamiche retributive di tale sistema regolate dalla contrattazione collettiva.

Sul punto, tuttavia, si segnala che il modello di inquadramento per aree professionali, previsto in alcuni rinnovi contrattuali di categoria, fa corrispondere allo stesso livello un trattamento retributivo differenziato (tra un minimo ed un'indennità di posizione organizzativa). Pertanto allo stesso livello in inquadramento possono corrispondere diversi livelli salariali effettivi. Da qui l'opportunità di una riflessione e verifica della negoziazione sindacale, con la consapevolezza che il sistema di inquadramento resta sindacabile, *ex primo comma*, art. 36 Cost., sotto il profilo del «diritto del lavoratore ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro»⁴⁸.

Viceversa, il legislatore richiama l'ambigua garanzia «del trattamento retributivo in godimento» (alleggerita delle indennità correlate alle modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa), ma soltanto come salvaguardia per il lavoratore dequalificato per effetto vuoi dello *jus variandi* (si veda *supra*, § 5.2), vuoi delle previsioni collettive (si veda *supra*, § 5.3).

5. Le nuove (e le vecchie) ipotesi di mobilità verso il basso

Come noto, nella versione statutaria dell'art. 2103 c.c., la c.d. mobilità verso il basso (a mansioni non equivalenti, *id est* inferiori) era, di regola, implicitamente esclusa, nel primo comma, e rafforzata, nel secondo comma, dal marchio espresso dell'inderogabilità, con la nullità per qualsiasi patto, individuale e collettivo, che regolasse la materia oggetto di disciplina in modo contrastante con la norma.

Invece, il comma iniziale dell'art. 3, d.lgs. n. 81/2105, introduce, per la prima volta in modo espresso nella cornice dell'art. 2103 c.c., diverse ipotesi di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori a quelle precedentemente svolte, definite ora come «appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale» in caso di *jus variandi* o di accordi collettivi, ed anche oltre (più livelli, con il salto di categoria) in caso di accordi individuali.

La costruzione è suggestivamente pensata in un'ottica di incastro geometrico di varie ipotesi di mutamento di mansioni *in pejus*, cioè di deroga espressa alla

⁴⁸ Come segnala M. MISCIONE, *op. cit.*, 439, ricordando che «di fatto il sistema ha sempre funzionato con un minimo essenziale di certezza».

nuova disciplina delle mansioni, specificamente autorizzate dalla legge. I casi sono tre, distinti per fonti, livello, motivi e limiti, anche se i primi due presentano numerose affinità:

1. la deroga unilaterale, che opera a livello individuale, per esercizio del potere direttivo e/o *jus variandi* del datore, in presenza di determinate ragioni organizzative;
2. la deroga per accordi collettivi, che opera per effetto di contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da selezionate associazioni o rappresentanze sindacali, nel caso di ulteriori ipotesi riconducibili sempre ad esigenze dell'impresa;
3. la deroga per accordi individuali, che opera in presenza di un interesse qualificato del lavoratore.

Pertanto la novella rilancia la diversità di disciplina tra mutamento unilaterale e mutamento consensuale/negoziale, in precedenza eliminata dall'art. 13 dello Statuto, con l'aggiunta dell'ulteriore differenziazione disciplinare tra accordo collettivo e accordo individuale⁴⁹.

Prima di passare in rassegna i nuovi casi di mobilità verso il basso, va sottolineato che la revisione della disciplina recupera (con continuità) e ricalca o limita (con discontinuità) una doppia serie di frammenti presenti nell'ordinamento: in primo luogo, gli indizi specifici emersi nelle pieghe dell'evoluzione della legislazione (specie post-Statuto: si veda *infra*); in secondo luogo, le decisioni giurisprudenziali che interpretano la modifica *in pejus* delle mansioni, in casi particolari, alla stregua del bilanciamento dell'interesse del datore a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto di lavoro. Lo fa, come in passato, coltivando una prospettiva sia collettiva, sia individuale, nonché interessi sia general-collettivi, sia singoli; ma lo fa con la differenza che, ora, il demansionamento è previsto, con maggior certezza, per una generalità più ampia di casi.

Per quanto concerne i frammenti *legali*, va sottolineato che i nuovi casi di dequalificazione si aggiungono alle norme già esistenti che consentono di adibire il lavoratore, per lo più con il suo consenso (e la garanzia della tutela retributiva), a mansioni diverse, anche inferiori, in ipotesi specifiche e speciali:

- di varie condizioni di invalidità, disabilità o inabilità professionale allo svolgimento delle proprie mansioni, con diritto alla conservazione della retribuzione di provenienza, di cui agli artt. 1, comma 7, 4, comma 4, e 10, comma 3, della l. n. 68/1999;

⁴⁹ Per questi profili si rinvia a R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 1.

- di inidoneità alla mansione specifica con diritto alla conservazione della retribuzione di provenienza, di cui all'art. 42, comma 1, del d.lgs. n. 81/2008, ovvero per i lavoratori esposti ad un agente chimico, fisico o biologico, di cui all'art. 229, comma 5, del d.lgs. n. 81/2008, nonché di inidoneità alla prestazione di lavoro notturno di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 66/2003;
- della lavoratrice madre durante la gestazione e fino a 7 mesi dopo il parto, con diritto alla conservazione della retribuzione e della qualifica di provenienza, di cui all'art. 7, comma 5, del d.lgs. n. 151/2001;
- un accordo sindacale concluso nell'ambito di procedure di licenziamento collettivo che preveda il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti esuberanti, di cui all'art. 4, comma 11, della l. n. 223/1991.

Il filo rosso che unisce questa variegata e stratificata casistica è dato dalla volontà del legislatore – in situazioni di concreto conflitto fra il diritto del lavoratore alla tutela della professionalità ed il diritto dello stesso a proteggere altri beni costituzionalmente tutelati – di sacrificare la prima all'altare di quegli interessi ritenuti superiori, quali il diritto alla salute (*ex art. 32 Cost.*) e all'occupazione (*ex art. 4 Cost.*).

Si ritiene che le menzionate ipotesi legali di demansionamento in casi speciali sopravvivano alla novella, sia in quanto il d.lgs. n. 81/2015 non le richiama espressamente nell'ambito delle norme che prevedono un elenco puntuale di abrogazioni (nell'art. 55 e nel comma 2 dell'art. 3), sia in quanto esse non risultano incompatibili con la disciplina introdotta dal nuovo art. 2103 c.c.

È dubbio se a queste ipotesi, vadano aggiunte le specifiche intese che possono essere raggiunte nell'ambito dei contratti collettivi c.d. di prossimità (aziendali o territoriali), di cui all'art. 8 del d.l. n. 138/2011, convertito, con modifiche, dalla l. n. 148/2011, che prevedano, per tutti i lavoratori interessati e per gli scopi indicati dal legislatore (fra i quali, in particolare, la gestione delle crisi aziendali e occupazionali), l'adibizione a mansioni inferiori. Il dubbio sorge in quanto la novella del 2015 alimenta l'impressione di una abrogazione implicita di questa disposizione per la materia delle mansioni.

Per quanto riguarda i frammenti *giurisprudenziali*, si segnala che le nuove ipotesi di dequalificazione recepiscono, con qualche “furbizia interpretativa”, orientamenti della Suprema Corte, compresi alcuni indirizzi discussi e tutt'altro che consolidati.

Il riferimento è all'orientamento della Cassazione più consolidato, al punto da costituire un vero e proprio diritto vivente, sulla validità del c.d. “patto di demansionamento”, in cui il lavoratore presta il proprio consenso (invero a volte presunto o collegato ad un proprio interesse non ulteriormente qualificato), al demansionamento (conservando il livello retributivo), quale vero e proprio

“antidoto al licenziamento”⁵⁰ che richiede la necessaria sussistenza delle condizioni che avrebbero legittimato un recesso per giustificato motivo oggettivo, quale unica alternativa praticabile.

Tale interpretazione si salda con quella, sempre giurisprudenziale, maturata sin dai primi anni Ottanta di una lettura del licenziamento economico (i.e. per giustificato motivo oggettivo) quale *extrema ratio* e conseguente costruzione, in capo al datore, di un obbligo/onere di c.d. *repêchage* del lavoratore in altre mansioni, in prima battuta, professionalmente equivalenti e poi persino inferiori⁵¹.

In entrambi questi casi, come rilevato dalla dottrina, l’eventuale azione giudiziaria diventa, quanto alla ripartizione degli oneri probatori gravanti su datore e lavoratore, «un vero e proprio giudizio sulla legittimità del licenziamento»⁵², alimentando la fattispecie del c.d. “licenziamento modificativo”. Sin qui, l’attività creativa della giurisprudenza, discutibile, ma ritenuta compatibile con un’interpretazione flessibile dell’art. 13 Stat. lav., anche perché disegnata dalla citata Suprema Corte come mero «adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto», sì da non costituire una vera e propria deroga all’art. 2103 c.c. Ma la giurisprudenza, una volta incamminatasi su questa pericolosa via, si è spinta molto, troppo oltre, con alcune decisioni ondivaghe e molto discutibili⁵³, fino a scontrarsi frontalmente con il dettato della nullità dei patti contrari, sì da scivolare all’indietro tanto da re-introdurre, per via interpretativa, i noti difetti dell’originario art. 2013 c.c. (si veda *supra*, § 4.2), a tal punto da instillare negli operatori una forte esigenza di certezza e di legalità.

⁵⁰ Così V. FERRANTE, *op. cit.*, 316.

⁵¹ Il filone giurisprudenziale trova la massima espressione in Cass., sez. un., n. 7755/1998, cit. Per una recente, chiara e attenta ricostruzione della fattispecie si veda S. VARVA, *Il licenziamento economico. Pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, 2015.

⁵² Così C. ZOLI, *op. cit.*, 738.

⁵³ Sembrano emblematiche della “fuga in avanti” (e della destrutturazione dell’art. 2103 c.c.) le seguenti tre sentenze della Suprema Corte: Cass. n. 10187/2002, cit., è ammissibile il demansionamento in presenza di esigenze aziendali serie e ragionevoli; Cass. 4 luglio 2002, n. 9709, in *LG*, 2003, n. 2, 138, è legittima l’assegnazione a mansioni inferiori a quelle del personale non scioperante in servizio per limitare gli effetti di uno sciopero; Cass. 20 maggio 1993, n. 5693, in *RIDL*, 1994, II, 161, sono ammissibili gli spostamenti a mansioni inferiori su richiesta o a scelta del lavoratore, manifestata anche in forma tacita.

5.1. *Lo jus variandi in pejus: il giustificato motivo (art. 2103, secondo e quinto comma, c.c.)*

Il nuovo secondo comma dell'art. 2103 c.c. prevede un'ipotesi di mobilità verso il basso, a mansioni inferiori, per effetto dello *jus variandi* (il lavoratore «può essere assegnato»), in presenza di un certo presupposto («in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali») che abbia determinati effetti («che incidono sulla posizione del lavoratore»)⁵⁴.

Il demansionamento deriva quale effetto della valutazione e determinazione unilaterale del datore di lavoro, a prescindere da una pattuizione con il lavoratore, ma presuppone la sussistenza di una sorta di giustificato motivo oggettivo, per ragioni del datore (*id est* la modifica organizzativa a livello aziendale), di deroga alla nullità dei patti contrari confermata dal nono comma dell'art. 2103 c.c. (si veda *infra*, § 9).

Il presupposto del demansionamento è formulato in maniera differente rispetto al criterio direttivo della delega, in modo più generico ed elastico (si veda *retro*, § 2), al punto che, secondo una certa interpretazione, non pare necessaria né una crisi aziendale, né la considerazione del mutamento di mansioni come concreta alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo, quale *extrema ratio*. Addirittura lo stesso cambiamento delle mansioni potrebbe, di per sé, integrare una modifica di assetti organizzativi. Da qui, ulteriori dubbi di eccesso di delega da parte del Governo che, peraltro, non ha individuato neppure gli ulteriori “parametri oggettivi” della fattispecie richiesti dal legislatore delegato.

Sicché, la riforma del 2015 potrebbe andare oltre gli arresti giurisprudenziali sulla versione post-statutaria dell'art. 2103 c.c. (si veda *retro*, § 5) vuoi perché introduce ipotesi di modifica delle mansioni *in pejus* di tipo unilaterale, anziché consensuale, vuoi perché non richiede che sia concretamente in gioco il posto di lavoro.

A ben vedere, la fuga in avanti del legislatore può essere letta come conseguenza del segno impresso, sulla materia mansionistica, dai famosi accordi Fiat del 2010⁵⁵ che paiono antesignani dei nuovi commi secondo e quinto

⁵⁴ Anche la versione B dell'art. 2103 c.c. dell'ultimo testo del *Codice semplificato* a cura di M. Tiraboschi e P. Ichino disciplina «lo spostamento a mansioni inferiori» in caso di «comprovate ragioni tecniche, organizzative o produttive, senza alcuna diminuzione della retribuzione inizialmente pattuita». Si segnala la discordanza del verbo nel secondo comma dell'art. 2103 c.c. dato che gli effetti derivano dalla modifica, non dagli assetti organizzativi.

⁵⁵ Il caso Fiat, che appare emblematico del cambio di paradigma, deriva dall'introduzione, dapprima negli stabilimenti di Pomigliano d'Arco e Mirafiori, del modello di organizzazione della produzione c.d. *world class manufacturing* (per gli addetti ai lavori, WCM) che trae ispi-

dell'art. 2103 c.c.: a fronte di una modifica degli assetti aziendali che incideva sulla posizione dei lavoratori, si prevedeva una ristrutturazione al ribasso delle mansioni (definita "ri-assegnazione"), con la garanzia, per gli addetti, di mantenimento della «retribuzione e inquadramento precedente acquisiti», ma senza menzione della tutela della professionalità.

In base alle nuove regole, quindi, il lavoratore può essere demansionato in modo legittimo solo in presenza di un giustificato motivo collegato all'organizzazione aziendale, con onere della prova gravante sul datore di lavoro. Pertanto il demansionamento unilaterale ingiustificato è da considerarsi arbitrario e illegittimo.

Trattandosi di scelte economiche del datore relative alla migliore organizzazione aziendale è prevedibile un controllo giudiziale condotto entro il tipico ambito di indagine sulle norme c.d. elastiche, senza estendere il raggio di azione su merito, opportunità, razionalità, adeguatezza della scelta imprenditoriale che appartiene all'autonomia privata del datore, ai sensi dell'art. 41, primo comma, Cost.

Il sindacato giudiziale, secondo il diritto vivente (e nei limiti di cui all'art. 30 della l. n. 183/2010), dovrà limitarsi ad una verifica dell'effettività della (libera) scelta: con l'accertamento della esistenza e attendibilità (seria, effettiva) della modifica organizzativa, per esempio ammodernamento tecnologico, ma non mera obsolescenza delle competenze professionali e non per tutte le altre ragioni di cui al sesto comma; accertamento da fare in relazione al momento dell'avvenuto demansionamento; con il controllo dell'incidenza della modifica sulla «posizione del lavoratore»⁵⁶ professionale e retributiva; con la verifica della sussistenza del nesso di causalità tra riassetto organizzativo e demansio-

razione da un adattamento occidentale del sistema c.d. Toyota e che si fonda sull'obiettivo di una tensione al miglioramento continuo del processo di funzionamento dell'impresa che veicola una operazione di intensificazione dei ritmi di lavoro (anche se la fatica fisica del lavoratore si riduce, il tempo di lavoro diventa più denso e meno poroso), specie con l'adozione del nuovo sistema di misurazione, controllo e valutazione del carico ergonomico ERGO-UAS, cioè delle prestazioni di lavoro, che potrebbe costituire una sorta di trasfigurazione moderna del taylorismo-fordismo, con possibili conseguenze in termini di stress lavoro-correlato sul benessere dei lavoratori (in contrasto con il proclamato fondamento del WCM di una sicurezza in tutte le sue declinazioni). Sulla vicenda, per tutti, per un'analisi giuridica cfr. F. CARINCI (a cura di), *Da Pomigliano a Mirafiori: la cronaca si fa storia. Accordo di Pomigliano 15 giugno 2010. Accordo di Mirafiori 23 dicembre 2010*, Ipsoa, 2011, cui *adde*, per una cronaca "dal di dentro", P. REBAUDENGO, *Nuove regole in fabbrica. Dal contratto Fiat alle nuove relazioni industriali*, Il Mulino, 2015.

⁵⁶ Si segnala che il legislatore del 2015 reinserisce nell'art. 2103 c.c. il riferimento alla «posizione» del lavoratore che, in un contesto diverso, era già presente nella versione codicistica del 1942.

namento di quel lavoratore; con il dubbio se l'assegnazione a mansioni inferiori debba o meno essere temporanea in dipendenza del perdurare delle esigenze di carattere organizzativo.

Restano, inoltre, le perduranti difficoltà connesse alla possibilità di spingere l'indagine giudiziale fino alla verifica del criterio di scelta utilizzato per individuare chi demansionare tra più dipendenti, per lo più, mediante l'utilizzo dei criteri civilistici di correttezza e buona fede che, però, conducono – in caso di violazione – ad un mero diritto risarcitorio in capo al lavoratore.

Permane, infine, come una sorta di clausola di salvaguardia, l'ulteriore possibilità di sindacare l'eventuale applicazione fraudolenta delle regole sul demansionamento (per esempio: la modifica dell'organizzazione sussiste, ma il datore sostituisce quella posizione con altro lavoratore di pari livello di inquadramento). Ma, in questo caso, la frode alla legge dovrà essere provata dal lavoratore.

La giustificazione del demansionamento non è l'unico paletto previsto dal legislatore. Il riconoscimento di un potere unilaterale del datore, che prescinde dal consenso del lavoratore, è circondato, nel nuovo art. 2103 c.c., da una ulteriore rete di garanzie per il dipendente, alcune abbastanza stringenti, che derivano dal combinato disposto del secondo, terzo e quinto comma.

a) Il demansionamento è ammissibile con un doppio vincolo: soltanto al livello di inquadramento immediatamente inferiore e deve rientrare, stando alla versione definitiva del decreto, «nella medesima categoria legale» (secondo comma)⁵⁷. Pertanto il legislatore fissa un tetto invalicabile di dequalificazione professionale per ragioni del datore dato dal declassamento di un solo livello, senza possibilità di scardinare la categoria, ad esempio di retrocedere il lavoratore da dirigente a quadro o da impiegato a operaio.

Il dubbio della possibile reiterabilità, nel corso del tempo, del salto verso il basso di un'ulteriore gradino classificatorio, pare dissolto dalla conservazione del livello formale di classificazione (di cui *sub b*) che, unito alla garanzia dell'intangibilità retributiva, dovrebbe costituire un robusto limite per il datore.

b) Il lavoratore demansionato, che vede abbassata la professionalità della prestazione richiesta, ha «diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento», seppur depurato dagli elementi retributivi collegati a particolari «modalità di svolgimento» delle precedenti mansioni (quinto comma).

⁵⁷ Per rilievi sul ruolo della contrattazione collettiva nella materia *de qua* si rinvia *supra*, § 4.5.

L'inquadramento formale e le condizioni economiche (considerate nella legge delega come interesse qualificato del lavoratore) restano gli stessi di prima del mutamento di mansioni, quindi diventano di livello superiore rispetto alle mansioni effettivamente svolte. Da qui uno scollamento tra l'oggetto dell'obbligazione lavorativa, che resta quello superiore convenuto o «successivamente acquisito», e la prestazione concreta richiesta nel rapporto negoziale che diviene quella di livello inferiore. In pratica, le esigenze di tutela del lavoratore vengono coltivate con una scissione tra inquadramento formale ed effettivo.

La formulazione di questa garanzia appare non troppo chiara in relazione alla specificazione del profilo retributivo in godimento che potrebbe alimentare seri dilemmi, specie se si considera che appare dubbio se il trattamento retributivo sia solo quello acquisito o anche quello che si potrà acquisire successivamente per effetto della fisiologica dinamica retributiva. Se la giurisprudenza dovesse optare per la seconda interpretazione, è condivisibile ritenere che l'assegnazione a mansioni inferiori in questo caso di *jus variandi* unilaterale (e nelle ulteriori ipotesi eventualmente previste dalla contrattazione collettiva) possa risultare di «carattere tendenzialmente temporaneo»⁵⁸ in un'ottica di convenienza economica per il datore. Ed ancora, resta il dilemma se la conservazione di quello in godimento si estenda anche al livello di inquadramento.

La previsione dell'elasticità della garanzia retributiva, invece, non è una novità, dato che legifica l'orientamento flessibile prevalente della Suprema Corte. Ricordo, però, che l'arresto giurisprudenziale era maturato nel diverso contesto di una mobilità orizzontale da realizzare in presenza dell'irriducibilità del trattamento retributivo («senza alcuna diminuzione della retribuzione», di cui al vecchio primo comma dell'art. 2103 c.c.). In tale cornice, la Cassazione distingueva normalmente tra indennità accessorie collegate ad aspetti «estrinseci» della prestazione (fattori ambientali, oggettivi e contingenti: per esempio il lavoro notturno), suscettibili di essere soppresse a seguito della modifica del *facere*, e indennità connaturate ad aspetti «intrinseci» connessi alla capacità professionale e, quindi, destinati a permanere anche dopo il mutamento di mansioni⁵⁹; ma la linea di confine non era netta e non lo è nemmeno ora (ad esempio per i premi previsti solo per determinate posizioni organizzative).

⁵⁸ Così A. BELLAVISTA, *Jobs act: la nuova disciplina delle mansioni*, in *Il Quotidiano Giuridico*, 23 febbraio 2015, seppur in relazione allo schema di decreto legislativo.

⁵⁹ La svolta è avvenuta con Cass. 9 gennaio 1981, n. 191, in *FI*, 1982, I, 515, con nota di O. MAZZOTTA, *Mutamento di mansioni, retribuzione irriducibile e corrispettività*, in seguito perfezionata e arricchita nella casistica da numerose altre sentenze.

Infine, si condivide l'intuizione che l'espressa previsione di un «diritto alla conservazione» dell'inquadramento e della tutela economica superiore rispetto alle mansioni effettivamente svolte potrebbe alimentare un contenzioso circa il diritto del lavoratore alla ri-assegnazione delle mansioni proprie del livello di inquadramento precedentemente ricoperto che si possano liberare in azienda⁶⁰. La reversibilità si potrebbe dedurre dalla circostanza che la modifica organizzativa, che ha giustificato il demansionamento, non incide più sulla posizione del lavoratore di cui al secondo comma, quindi l'adibizione a mansioni inferiori rimarrebbe priva del suo presupposto. Se così è, la riforma del 2015 potrebbe alimentare un'ulteriore profilo di "risonanza" tra l'art. 2103 c.c. e il principio della dignità della persona, in linea di continuità con recenti arresti giurisprudenziali maturati sulla scia dell'art. 13 Stat. lav.⁶¹.

c) Il mutamento peggiorativo di mansioni deve essere comunicato al lavoratore per iscritto, «a pena di nullità» (quinto comma)⁶². È vero che l'obbligo di comunicazione nelle ipotesi di mutamento definitivo delle mansioni si poteva dedurre già dall'art. 96 delle disposizioni di attuazione del Codice civile, ma l'obbligo esplicito (con la relativa sanzione), inserito nella redazione finale del decreto, merita una valutazione positiva, anche se residuano incertezze che la contrattazione collettiva o l'interpretazione giurisprudenziale potranno o dovranno sciogliere.

Non è certa, infatti, la tempistica della comunicazione, ma in base alla lettera e sistematica della novella (secondo e quinto comma), nonché al principio generale di correttezza, si può sostenere che la comunicazione debba essere effettuata prima o contestualmente alla concreta adibizione a mansioni inferiori.

Stando alla lettera del quinto comma, che fa riferimento alla comunicazione scritta del solo mutamento di mansioni, non è espressamente prevista la comunicazione del motivo che giustifica il mutamento peggiorativo di mansioni. Considerato che la modifica organizzativa costituisce un vero e proprio presupposto dello *jus variandi*, è auspicabile e sostenibile un'interpretazione di tipo sostanziale tale da imporre, nonostante il silenzio legislativo, la comuni-

⁶⁰ Così U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, cit., 9 del dattiloscritto, che ricorda pure le insuperate difficoltà di coercibilità dell'obbligo di fare del datore, con la probabile conversione del diritto in oggetto in una mera tutela monetaria.

⁶¹ Come segnalato da 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](#), cit., 2, quale esempio di eredità positiva dell'art. 13 Stat. lav.

⁶² Ricordo che il mutamento di mansioni, a differenza di altre modifiche del rapporto di lavoro, non è soggetto all'obbligo di comunicazione al servizio competente, ex d.lgs. n. 181/2000 e successive modifiche.

cazione della giustificazione del provvedimento datoriale, anche al fine di favorire il controllo giudiziale sulla legittimità della modifica.

La delicata questione si intreccia con il nodo irrisolto della comunicazione dei motivi del trasferimento del lavoratore (si veda il § 8) e del possibile *revirement* della giurisprudenza alla luce delle nuove regole legali della forma e procedura di comunicazione del licenziamento individuale, da sempre vera e propria stella polare per l'individuazione dei limiti e della procedimentalizzazione dei poteri imprenditoriali.

Infine, si segnala che, nella comunicazione dovrebbe essere indicata anche la durata del mutamento di mansioni (temporanea o definitiva) che è evidentemente correlata al tipo di modifica degli assetti organizzativi aziendali e ai suoi effetti sulla posizione del lavoratore.

d) Infine, il legislatore prevede formalmente l'assolvimento di un obbligo formativo (terzo comma) da parte del datore. Nell'ipotesi di mutamento di mansioni *in pejus* per effetto di *jus variandi* non ci sono dubbi circa l'applicabilità del terzo comma alla fattispecie, ma si segnala che tale obbligo opera soltanto «ove necessario» e, anche in tal caso, tollerando il «mancato adempimento» (si veda *infra*, § 7).

Con la cennata rete di garanzie, il legislatore intende costituire «un massimo tollerabile» di sacrificio dei beni costituzionali della persona del lavoratore che fa presumere «l'insussistenza di ogni danno» ulteriore⁶³. Alla luce della nuova disciplina, il rifiuto del lavoratore di svolgere le mansioni inferiori assegnate dal datore costituisce un inadempimento idoneo a comportare l'applicazione di sanzioni disciplinari, incluso il licenziamento. Tuttavia, tenendo presente che la modifica delle mansioni per motivi imputabili al datore incide sulla posizione professionale del lavoratore e sulle condizioni di lavoro è prevedibile che, nel silenzio della legge, la giurisprudenza coltivi alcune suggestioni sistematiche (per esempio quella deducibile dall'art. 2112 c.c. in tema di trasferimento d'azienda) per rinvenire nella fattispecie una ipotesi di giusta causa di dimissioni, con diritto del lavoratore all'indennità sostitutiva del preavviso, di cui all'art. 2119 c.c. Invero, anche in questa ipotesi, la contrattazione collettiva potrebbe integrare la disciplina legale.

Infine, si segnala che la rete di garanzie opera pure in caso di ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori individuate dai contratti collettivi, *ex quarto* comma dell'art. 2103 c.c. (si rinvia al § 5.2). Infatti, il quinto comma richiama, in modo esplicito, sia il secondo comma (*jus variandi*) che il quarto comma (contratti collettivi), con un residuo dubbio per quanto concerne

⁶³ Così M. MISCIONE, *op. cit.*, 443.

l'applicabilità dell'obbligo di formazione previsto dal terzo comma (si rinvia al § 7).

5.2. Il rinvio alla contrattazione collettiva per «ulteriori ipotesi» (art. 2103, quarto e quinto comma, c.c.)

Ai sensi del nuovo quarto comma dell'art. 2103 c.c., l'autonomia collettiva può autorizzare «ulteriori ipotesi» (al plurale) di assegnazione a mansioni inferiori, quale deroga espressa alla regola della nullità dei patti (collettivi) contrari, formalmente confermata dal nono comma dell'art. 2103 c.c. (si veda *infra*, § 9). Il presupposto implicito è che la mediazione sindacale per ampliare l'area della mobilità legittima, e quindi la sfera dell'adempimento posto in capo al lavoratore, sia sufficiente a riequilibrare l'asimmetria tra le parti del contratto individuale di lavoro subordinato.

La norma valorizza il ruolo del sindacato e la prospettiva collettiva cambiamento, però, il tradizionale senso di marcia, nel senso di autorizzarla a prevedere nuove ipotesi di sacrificio della professionalità dei lavoratori all'altare dell'interesse generale all'occupazione che vanno oltre il presupposto legale della modifica degli assetti organizzativi che incide sulla posizione del lavoratore.

Il precedente più immediato di questa tecnica è dato dal noto comma 11 dell'art. 4, l. n. 223/1991, tutt'ora vigente (si veda *retro*, § 5), che attribuisce all'autonomia collettiva la possibilità di trovare, nella materia *de qua*, soluzioni alternative ai licenziamenti collettivi, autorizzandola a disporre di diritti indisponibili dei singoli lavoratori (anche non sindacalizzati o dissenzienti). In tale contesto, «Gli accordi sindacali» possono assegnare a «mansioni diverse da quelle svolte» (in espressa deroga al vecchio secondo comma dell'art. 2103 c.c., quindi, anche inferiori), i lavoratori eccedentari, in alternativa all'espulsione dall'organizzazione produttiva. La legge del 1991 non menziona né il consenso del lavoratore, né la conservazione del trattamento economico (rinviando implicitamente la questione agli accordi collettivi), ma richiede l'autorizzazione per via di un contratto collettivo, per lo più aziendale, stipulato nell'ambito di procedure per messa in mobilità o riduzione del personale ed espressamente finalizzato al riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti eccedenti.

Questo antenato, però, non aiuta ad anticipare problematiche (e soluzioni) correlate alle nuove ipotesi di deroghe collettive *in pejus* alla mobilità orizzontale dato che la sua applicazione giurisprudenziale, in quasi 5 lustri, è stata scarsa

e, per lo più, ha lasciato in ombra la *querelle* dell'ambito di efficacia soggettiva delle intese e del possibile rifiuto del singolo lavoratore, specie se non iscritto al sindacato o iscritto ad un sindacato non firmatario.

In virtù del nuovo quarto comma, art. 2103 c.c., il demansionamento è legittimo per ragioni del tutto elastiche, che saranno individuate e precisate dalla contrattazione collettiva che verrà, con casi generali ed astratti. Resta ambiguo il significato e la latitudine da attribuire alla locuzione, "ulteriori ipotesi", di ampliamento dell'area legittima di mobilità *in pejus*: presumibilmente solo quelle riconducibili a ragioni aziendali? e, in tal caso, solo di tipo oggettivo o anche soggettivo? È ovvio che per questi profili la contrattazione collettiva potrà giocare un ruolo centrale.

Allo stesso modo, spetta alla negoziazione sindacale prevedere se l'assegnazione a mansioni inferiori sia riconducibile allo *jus variandi* ovvero richieda il consenso del lavoratore o consenta a quest'ultimo un rifiuto giustificato.

Visto il ruolo cruciale attribuito all'autonomia collettiva, il legislatore ne precisa le coordinate. La riforma del 2015, nella sua versione finale, fornisce una nozione unitaria di contrattazione collettiva abilitata all'esercizio di tutte le prerogative previste dalla legge per la disciplina delle mansioni. La scelta innovativa, non solo costituisce un'importante elemento di certezza normativa, ma si apprezza anche in quanto potrebbe favorire uno sviluppo ordinato del sistema contrattuale oltre che una responsabilizzazione della parte sindacale.

L'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, infatti, collocato nel capo VII (*Disposizioni finali*), all'insegna della rubrica *Norme di rinvio ai contratti collettivi* prevede una definizione dei contratti collettivi da utilizzare, di regola (salvo diversa previsione), in tutti i casi in cui il legislatore rinvia espressamente a tale fonte.

Per la nuova disciplina delle mansioni, delineata dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, non ci sono previsioni diverse, pertanto, per tutte (e sole) le norme di rinvio del nuovo art. 2103 c.c., si applica la definizione di contratti collettivi di cui all'art. 51. Questa prevede una selezione in base ai soggetti stipulanti per evitare, sul versante sindacale, il noto fenomeno di *dumping* contrattuale.

I contratti collettivi sono quelli di tutti e tre i tradizionali livelli di negoziazione, «nazionali, territoriali o aziendali», purché stipulati da «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale».

A questi vanno aggiunti – ampliando, per la disciplina delle mansioni, la competenza rispetto alle previsioni della legge delega e dello schema di decreto – i contratti di livello aziendale stipulati «dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria», che presumibilmente sarebbero rimasti esclusi dal primo criterio, dato che normalmente per que-

ste rappresentanze aziendali si esclude la natura associativa. Tuttavia il riferimento alle “loro rappresentanze” implica che per le RSA e le RSU selezionate è necessaria l'appartenenza alle associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale.

L'art. 51 se, per un verso, ha il pregio di semplificare e fare certezza fornendo una nozione (per lo più) unitaria e comune di contratti collettivi non solo per la disciplina delle mansioni, ma anche per quella dei singoli contratti di lavoro (subordinato e non), cioè per tutte le norme del d.lgs. n. 81/2015, per altro verso, andrà valutato con attenzione, anche per le sue ricadute sul sistema italiano di relazioni industriali e per le sue implicazioni sistematiche.

Ad esempio, il criticato rinvio alla contrattazione aziendale e territoriale c.d. “di prossimità”, ex art. 8, d.l. n. 138/2011, convertito dalla l. n. 148/2011, della possibilità di individuare ipotesi di demansionamento in deroga all'art. 2103 c.c. (si veda *retro*, § 4.5) potrebbe risultare superato, in base al tradizionale criterio di successione delle leggi nel tempo, dato che la riforma del 2015 prevede espressamente e puntualmente spazi di modificazione della contrattazione, nuovi e diversi: per un verso, ristretti (con i vincoli previsti dalla novella), per altro, verso allargati (anche alla contrattazione nazionale). Per cui si potrebbe ritenere che la tecnica della contrattazione di prossimità, per l'intera materia delle mansioni del lavoratore, risulti superata ed assorbita dalla nuova disciplina legale.

Chiarito che, nel nuovo art. 2103 c.c., le ulteriori ipotesi di demansionamento sono consentite soltanto in presenza di un contratto collettivo stipulato da determinati sindacati, vanno ricordati gli altri vincoli previsti dal legislatore, che ricalcano alla lettera quelli previsti per la deroga unilaterale.

Sicché il potere collettivo di regolamentazione della modifica *in pejus* è circondato dalla stessa rete di garanzie legali per il lavoratore previste nel caso di potere unilaterale del datore per cui:

- a. il demansionamento è ammissibile con riferimento soltanto al livello di inquadramento immediatamente inferiore, e soltanto rientrando «nella medesima categoria legale» (quarto comma);
- b. è prevista la conservazione del diritto al livello di inquadramento e del trattamento retributivo “in godimento”, seppur depurato dagli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento delle precedenti mansioni (quinto comma);
- c. la comunicazione del mutamento di mansioni va fatta per iscritto a pena di nullità (quinto comma) (si rinvia *retro*, § 5.1, rispettivamente *sub lett. a, b, c*).

Con un dubbio se il legislatore preveda anche in quest'ipotesi di demansionamento per via sindacale l'assolvimento, «ove necessario», di «un obbligo formativo» (terzo comma) (si veda *infra*, § 7). In questo caso, tuttavia, è ovvio che la contrattazione collettiva, mentre interviene per autorizzare ulteriori ipotesi contrattuali di assegnazione a mansioni inferiori, potrà prevedere, in un'ottica di bilanciamento degli interessi, in capo al datore un obbligo o un onere di aggiornamento o addirittura di ri-conversione della professionalità del lavoratore.

5.3. I patti individuali di deroga nelle sedi “protette” (art. 2103, sesto comma, c.c.)

Anche se la legge delega (lett. *e*, comma 7), non pare far riferimento all'ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori in funzione di un interesse personale del lavoratore⁶⁴, alcune fughe in avanti (o all'indietro) della Suprema Corte di cassazione da tempo hanno arato il terreno preparando la modifica ora introdotta dal sesto comma dell'art. 2103 c.c. Ai sensi della nuova disciplina, al fine indicato, possono essere stipulati «accordi individuali» di modifica *in pejus*: «delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione». Quindi le possibilità di deroga concordata sono molto più ampie.

Qui sembra riemergere la versione originaria dell'art. 2103 c.c., dato che rientra in gioco il potere dell'autonomia contrattuale di stabilire, a livello individuale, il mutamento di mansioni *in pejus* senza i limiti previsti dai precedenti commi secondo, quarto e quinto: cioè il lavoratore può essere adibito anche a più di un livello inferiore, anche superando la soglia della categoria, senza la conservazione del precedente livello di inquadramento, della categoria legale e della relativa retribuzione, senza la necessità di una ragione organizzativa ovvero senza l'intervento della contrattazione collettiva.

Tuttavia i noti difetti dell'originario art. 2103 c.c. avevano già messo in luce come, nella sostanza dei rapporti di lavoro, il mutamento consensuale implica di regola la prevalenza del contraente più forte, cioè del datore, in un contesto normativo, quale quello attuale (post-riforma Fornero e *Jobs Act*), che ha allentato in modo significativo le tutele del contraente più debole, cioè del lavoratore, contro i licenziamenti illegittimi, specie di quelli di tipo economico. È evidente che tale abbassamento di garanzie intacca l'equilibrio complessivo

⁶⁴ U. GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, cit., 99, nota 8.

dei rapporti tra impresa e lavoro, indebolendo la forza contrattuale del lavoratore.

Il legislatore del 2015 è consapevole che il potere datoriale può esprimersi anche nella forma di potere negoziale con la stipula di patti individuali. Da qui una doppia cautela alla rimozione dei vincoli alla scelta individuale, prevista dal sesto comma dell'art. 2103 c.c., quale requisito per la legittimità dei patti individuali in deroga alla disciplina delle mansioni:

1. la selezione di precisi interessi del lavoratore;
2. l'individuazione di sedi protette di manifestazione del consenso.

1. Prima cautela, gli «accordi individuali di modifica delle mansioni» sono legittimi soltanto «nell'interesse del lavoratore» non generico, ma “qualificato” essendo puntualmente finalizzato dalla legge a tre distinti obiettivi: «alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Il legislatore mostra consapevolezza della circostanza che tali interessi della persona che lavora possono, nelle dinamiche di vita, risultare prioritari rispetto all'interesse dello stesso soggetto alla tutela della professionalità e della posizione lavorativa.

1.a. Il primo ambito di interesse del lavoratore, quello di soddisfare l'esigenza alla continuità occupazionale, potrebbe rinvenirsi al di fuori dell'ipotesi di procedure collettive di riduzione di personale (già disciplinata dalla deroga e con le garanzie di cui all'art. 4 della l. n. 223/1991: si veda il § 5.2), ma al di dentro di tutte le altre ipotesi alternative al licenziamento. Si segnala che, mentre la legge delega faceva riferimento «all'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro», il decreto declassa la posizione garantita alla mera «conservazione dell'occupazione» che, nel richiamare un interesse comune anche alla collettività, giuridifica l'ipotesi giurisprudenziale più frequente di patto di demansionamento.

A ben vedere, questa ipotesi potrebbe intrecciarsi e confondersi con quella delle ragioni poste a fondamento dello *jus variandi*, specie se calate nel contesto dell'orientamento giurisprudenziale che ritiene il licenziamento per giustificato motivo oggettivo una sorta di *extrema ratio*⁶⁵.

1.b. Il secondo ambito di interesse del lavoratore si segnala in quanto il legislatore introduce, per la prima volta nell'art. 2103 c.c., il termine “professionalità” (come suggerito dalla legge delega); ma lo fa, in modo emblematico (e differente dalla delega), per tutelare gli interessi del lavoratore alla sua trasfor-

⁶⁵ Si condivide il rilievo di 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](#), cit., 11, che questa difficoltà costituisce «il principale nodo problematico» dell'adibizione a mansioni inferiori.

mazione (come svela l'aggettivo "diversa"), in teoria, in una prospettiva dinamica.

Ma, dato che per acquisire la professionalità differente riconducibile a mansioni dello stesso livello o di quello superiore non occorre stipulare specifici accordi, in pratica, l'unica professionalità *diversa* disciplinata in questa ipotesi è quella classificata in un gradino inferiore della scala professionale.

1.c. L'ultimo nucleo di interessi del lavoratore riguarda «il miglioramento delle condizioni di vita» perdendo, in questo caso, il richiamo della legge delega alle condizioni economiche, che risulterebbe incongruente rispetto alla disciplina derogatoria ivi prevista. In pratica, il lavoratore potrebbe preferire un livello di inquadramento e una retribuzione inferiore ad esempio per dedicare più tempo alla famiglia o per ridurre le situazioni di stress. Sicché, la disposizione mostra di dare rilevanza e di costituire una delle «misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro» in sintonia con la rubrica del coetaneo d.lgs. n. 80/2015, figlio della stessa l. n. 183/2014.

Il legislatore elenca puntualmente gli ambiti di interesse della (sola) persona che lavora, ma essendo prevista la stipula di un accordo fra le parti è ovvio che anche la manifestazione di volontà del datore sarà sorretta da (implicite) esigenze datoriali «all'utile impiego del personale» (come recita la legge delega) riconducibili al suo interesse organizzativo che, in questo caso, risultano irrilevanti, se non discriminatorie o illecite. Così come il datore non è tenuto a verificare la reale esistenza dell'interesse del lavoratore.

Si condivide l'impressione che lo spostamento di mansioni, in questo caso, tenderà a diventare definitivo⁶⁶: per ritornare alla posizione di prima (professionale ed economica), salvo il caso di espresso accordo circa la temporaneità del mutamento e al di là delle ipotesi fisiologiche di mobilità verticale, non sono ammessi ripensamenti del lavoratore. Tutt'al più, il lavoratore potrà impugnare l'accordo derogatorio per i classici vizi del consenso.

2. Seconda cautela, il consenso nudo e crudo del lavoratore all'ipotesi di deroga alla disciplina delle mansioni, in quanto proveniente dal contraente debole, è considerato insufficiente. La sua genuinità va rafforzata con la manifestazione della volontà in precise sedi "protette" – e con le procedure – individuate dal sesto comma, art. 2103 c.c., nelle sedi di conciliazione previste per le controversie in materia di lavoro dall'art. 2113, quarto comma, c.c. o «avanti alle commissioni di certificazione» di cui agli artt. 76 ss. del d.lgs. n. 276/2003 e successive modifiche.

⁶⁶ Così A. BELLAVISTA, *op. cit.*

Inoltre, con un'aggiunta rispetto allo schema di decreto, il periodo finale del sesto comma, art. 2103 c.c., prevede che il lavoratore possa, se lo ritiene opportuno, «farsi assistere» non soltanto dal tradizionale «rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato», ma pure da «da un avvocato o da un consulente del lavoro». Dal puntuale elenco consegue che l'assistenza è preclusa ad altri soggetti, come ad esempio i commercialisti (nonostante il dettato della l. n. 12/1979).

In questo modo, il legislatore intende proteggere e prestare assistenza al consenso pienamente informato del lavoratore circa gli effetti della deroga⁶⁷, nella consapevolezza che la volontà manifestata in condizioni di subordinazione, che rende la persona vulnerabile, potrebbe essere non propriamente voluta. Pertanto nelle sedi indicate andrà verificato e dichiarato il presupposto giuridico che legittima la modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro, cioè il tipo di interesse del lavoratore che giustifica l'opzione del demansionamento. Inoltre è evidente che questo accordo tende ad avere una funzione abdicatoria destinata a regolare solo il tratto futuro del rapporto di lavoro, con inevitabili tensioni rispetto al tradizionale sistema delle rinunzie.

Infine segnalo che, a ben vedere, la formulazione del sesto comma, a differenza di quelle dei commi precedenti (secondo comma per lo *jus variandi* e quarto comma per gli accordi collettivi), è neutra, nel senso che la modifica delle mansioni potrebbe essere in ogni direzione: non solo verso il basso, a mansioni inferiori, ma anche verso l'alto, a mansioni superiori, per cui anche in tal caso valgono le indicate regole in materia di accordi individuali nelle forme e nelle sedi indicate.

6. La nuova mobilità verticale (art. 2103, settimo comma, c.c.)

La riforma del 2015 interviene sulla mobilità verso l'alto, cioè sull'ipotesi di assegnazione a mansioni superiori, dedicandogli un comma autonomo di disciplina, il settimo dell'art. 2103 c.c., ma, con l'interpretazione qui privilegiata, in sostanziale continuità con la previgente disciplina e con gli orientamenti consolidati della Suprema Corte.

A ben vedere, il profilo della mobilità verticale non era esplicitamente previsto dalla legge delega, ma alla luce delle problematiche aperte e delle nuove esi-

⁶⁷ Correttamente U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, cit., 13 del dattiloscritto, rileva che, trattandosi di un'ipotesi di deroga, la norma intende irrobustire la volontà del lavoratore, non introdurre lo strumento dell'accordo transattivo.

genze di flessibilità delle imprese la sua riscrittura pare opportuna, seppur può alimentare nuove criticità.

Il settimo comma, art. 2103 c.c., ribadisce il principio statutario, di derivazione costituzionale (*ex art. 36*), in base al quale, in «caso di assegnazione a mansioni superiori», il lavoratore «ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta». Pertanto, per la regolamentazione del differenziale retributivo dovuto per lo svolgimento di compiti corrispondenti all'inquadramento superiore, il legislatore non raccoglie l'eco del contenzioso in atto nel settore pubblico. Tale principio esplica immediatamente i suoi effetti nel caso di assegnazione sia definitiva sia provvisoria.

Diventa, però, più chiara la nozione di “superiorità” delle mansioni, sulla quale tarare la comparazione tra le mansioni di partenza e quelle di destinazione, data dalla loro collocazione nel superiore «livello e categoria legale di inquadramento», ai sensi del nuovo primo comma, art. 2103 c.c., con un rinvio alle determinazioni dell'autonomia collettiva (si veda *supra*, § 4).

A conti fatti, le modifiche del 2015 coltivano la stessa *ratio* dell'art. 13 Stat. lav. basata sul presupposto che nell'organico aziendale vi sia una posizione vacante e che il lavoratore, ricoprendola per un certo periodo, si dimostri professionalmente idoneo a conquistarla definitivamente. Per un verso, anche la nuova norma tutela l'interesse del lavoratore all'irreversibilità dell'inquadramento superiore acquisito sul campo ed alla certezza in ordine allo status giuridico raggiunto, ma solo dopo un certo periodo di tempo ritenuto ragionevolmente lungo (c.d. “dimensione protettiva”); per l'altro, si ammette la sovrautilizzazione del lavoratore in compiti di livello superiore rispetto a quelli dedotti in contratto, ma solo per un periodo limitato, penalizzando il ricorso prolungato (c.d. “dimensione sanzionatoria”).

Cambiano, invece, tre profili concreti di regolamentazione del diritto alla promozione definitiva, seppur con diverso spessore innovativo: il periodo necessario per la realizzazione della promozione, la formulazione delle ragioni sostitutive che non la fanno scattare, il rilievo della volontà del lavoratore.

6.1. Il periodo per l'assegnazione definitiva

In caso di assegnazione temporanea a mansioni di livello più elevato, risulta novellato il ruolo della fonte privilegiata di individuazione del periodo di tempo utile ai fini dell'inquadramento superiore. Non c'è dubbio, la nuova disciplina generalizzata è imperniata sull'autonomia collettiva.

L'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, nel comma 2, prevede l'abrogazione esplicita della disciplina speciale di cui all'art. 6 della l. n. 190/1985, che per la categoria di quadro, considerava i 3 mesi di svolgimento di mansioni superiori come periodo minimo, oltre il quale scattava l'acquisizione definitiva nel nuovo inquadramento, eventualmente superabile dalla contrattazione collettiva; nel comma 1 (che novella l'art. 2013 c.c.) riscrive la nuova regola generale facendola valere per tutte le categorie di lavoratori.

Nel settimo comma dell'art. 2103 c.c. la fissazione del periodo trascorso il quale l'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori «diviene definitiva» è affidata, come prima, ai contratti collettivi; ma, a differenza di prima, ora questi sono del tutto liberi nella quantificazione temporale, senza l'indicazione legale di un tetto (3 mesi per operai e impiegati, ai sensi del vecchio primo comma dell'art. 2103 c.c.) ovvero di una soglia (3 mesi per i quadri, ai sensi dell'art. 6 della l. n. 190/1985).

Inoltre diversamente dal passato, ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, i contratti collettivi, sono (soltanto) quelli di tutti i livelli, «nazionali, territoriali o aziendali», purché stipulati da «associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», cui vanno aggiunti quelli di livello aziendale purché stipulati «dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria» (si veda *supra*, § 5.2).

In merito alla fissazione del periodo, la legge interviene oggi in via residuale o suppletiva: soltanto *in mancanza* di eventuali contratti collettivi che ne regolamentino la durata, ad imitazione del modello adottato per i criteri di scelta nei licenziamenti collettivi (art. 5, l. n. 223/1991). In tal caso, però, la novella raddoppia la durata del periodo, che era considerata nel testo previgente il limite massimo, portandola da 3 a 6 mesi, quale nuova regola legale per far scattare il diritto alla promozione del lavoratore. Questo raddoppio del termine di tolleranza legale dello svolgimento di fatto di mansioni superiori a copertura di esigenze organizzative stabili, pur in assenza di una modifica formale dell'assetto aziendale, ha sollevato vivaci critiche sindacali, ma ora la delega all'autonomia collettiva e alla sua facoltà di autorizzazione è piena e svincolata.

La novella affida alla contrattazione collettiva la facoltà e la responsabilità di adattare il periodo (più corto o più lungo dei 6 mesi) per maturare le condizioni di definitiva assegnazione a mansioni superiori rispetto alle specificità dell'azienda o del settore merceologico. Di fatto, però, stante il nuovo arco legale semestrale è prevedibile che la novella determini per l'autonomia collettiva una negoziazione “in salita” e un conseguente allungamento dei periodi di

assegnazione non definitiva a mansioni superiori rispetto a quelli attualmente previsti (per lo più allineati sui 3 mesi).

Di più, l'inciso finale del settimo comma, art. 2103 c.c., chiarisce in modo espresso che i mesi per la maturazione dell'assegnazione definitiva a mansioni superiori devono essere *continuativi*. Alla lettera l'indicazione è riferita ai (soli) 6 mesi indicati dal legislatore, ma pare destinata ad influenzare l'interpretazione anche dei termini che saranno fissati dai contratti collettivi, in assenza di esplicite clausole difformi.

Invero, nel silenzio della legge (e della contrattazione collettiva), alla conclusione rigorosa per cui di regola il tempo di svolgimento delle mansioni superiori deve essere continuativo era già pervenuta l'interpretazione consolidata. Tuttavia, gli orientamenti giurisprudenziali, nella consapevolezza delle possibili distorsioni applicative del criterio della continuità tramite pratiche datoriali di artata e calcolata frammentazione del periodo di adibizione a mansioni superiori, volta a utilizzare ugualmente il lavoratore in compiti superiori evitando, però, la c.d. promozione automatica, avevano previsto (con tecniche diverse) meccanismi di cumulo delle distinte e reiterate prestazioni lavorative di più breve durata, al fine di tutelare l'interesse del lavoratore alla progressione di carriera. Secondo l'orientamento prevalente, perché si produca l'effetto del cumulo non è sufficiente il mero fatto della ripetizione delle assegnazioni a mansioni superiori bensì occorre, se non un vero e proprio intento fraudolento del datore, una programmazione della molteplicità degli incarichi collegata non ad esigenze organizzative reali, ma ad una predeterminazione utilitaristica consistente nella volontà di utilizzare le capacità di alcuni lavoratori rispetto ad altri, ugualmente utilizzabili⁶⁸.

La novella del 2015 potrebbe influenzare un'esegesi sia più rigorosa del criterio della continuità, con un conseguente ridimensionamento dei temperamenti maturati nella prassi giurisprudenziale, sia più lasca, dato che il periodo è significativamente allungato in assenza di negoziazione sindacale e quindi aumentano i pericoli di abuso⁶⁹.

Resta, in ogni caso, sempre utilizzabile la censura della pratica del frazionamento con la tecnica del negozio in frode alla legge (*ex art. 1344 c.c.*), deduci-

⁶⁸ La svolta è consacrata da Cass., sez. un., 28 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, n. 2, 494, con nota di G. AMOROSO, che ha dato un giusto rilievo alla circostanza per cui l'assegnazione a mansioni superiori sia avvenuta per coprire un posto messo a concorso, senza sottovalutare gli elementi della programmazione e della predeterminazione utilitaristica quali presupposti idonei a determinare il cumulo delle singole adibizioni di durata inferiore alla soglia (legale o contrattuale).

⁶⁹ La ritiene opportuna U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, cit., 16 del dattiloscritto.

bile dai tempi, modi e frequenza del sovra-inquadramento, con la conseguente invalidazione degli atti interruttivi e l'efficacia del cumulo dei periodi di reiterata assegnazione alle mansioni superiori. Ma, in tal caso, grava in capo al dipendente la prova dell'intento fraudolento del datore.

Infine, resta attuale la giurisprudenza che, andando oltre il dato formale dell'inquadramento, ritiene necessario, per la maturazione della promozione, che l'assegnazione a mansioni superiori sia effettiva e piena, e cioè comporti il concreto svolgimento di tutti e soli i compiti di contenuto qualitativo più elevato, nonché l'assunzione di quelle responsabilità e l'esercizio di quell'autonomia che connotano il livello superiore di inquadramento rivendicato.

Allo stesso modo, sopravvive l'interpretazione che per bloccare l'assegnazione definitiva non rileva la diversa qualificazione che il datore attribuisca all'attività superiore, come pure l'assenza di una investitura formale.

6.2. Le nuove ragioni sostitutive

Il settimo comma, art. 2103 c.c., cambia le caratteristiche della posizione vacante, la cui copertura per il periodo fissato, anche se relativa a mansioni superiori effettivamente svolte, in via di eccezione, non fa maturare il diritto alla promozione.

Prima l'eccezione era riferita alla «sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto», cioè alle ipotesi tassative di sospensione del rapporto di lavoro, di origine legale (*ex* artt. 2110-2111 c.c. e art. 31 Stat. lav.) o, secondo l'interpretazione prevalente, anche convenzionale (ad esempio espletamento di attività sindacale in forza di permessi retribuiti), sulla quale era maturata una giurisprudenza divisa fra un orientamento che rendeva più rigida la gestione del personale e uno più sensibile alle esigenze di flessibilità, ma in contrasto con la lettera dell'art. 2103 c.c.

Quest'ultimo, ampliando la nozione tecnica di assenza fino a farla coincidere con qualsiasi oggettiva situazione di vacanza (per esempio sostituito impegnato in un corso di formazione) a prescindere dalle circostanze che la determinano (senza diritto alla conservazione del posto), aveva ristretto l'ambito del diritto alla promozione.

Proprio tale orientamento giurisprudenziale pare aver influenzato l'elaborazione della nuova formula legale che richiama le «ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio». La novella, per un verso, allarga le eccezioni, per esempio alla sostituzione del lavoratore in ferie, in rotazione o in distacco,

ecc., e quindi restringe le ipotesi di maturazione del diritto alla promozione con maggiori flessibilità gestionali; per l'altro, però, le restringe, per esempio in caso di copertura di cariche sindacali o pubbliche elettive il lavoratore non è «in servizio»⁷⁰, e quindi il suo sostituto matura il diritto alla promozione.

6.3. La volontà del lavoratore

È prevedibile che il cuore del dibattito post-riforma sulla mobilità verticale sarà incentrato sul ruolo attribuito alla volontà del lavoratore che potrebbe dar vita a inedite tensioni interpretative che si assommano a quelle irrisolte sulla configurazione dell'adibizione a mansioni superiori. Il settimo comma, art. 2103 c.c., prevede che «l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore», quindi alla lettera questi potrebbe esprimere una volontà contraria alla promozione definitiva.

Ricordo che secondo un orientamento giurisprudenziale⁷¹, mentre l'assegnazione temporanea ad una mansione superiore può conseguire al potere di variazione unilaterale del datore di lavoro, quella definitiva, cioè la promozione, costituendo una modifica dell'oggetto del contratto (*ex art. 1372*, primo comma, c.c.), richiede il consenso del lavoratore, cioè l'accordo delle parti.

La novella, invece, con una formulazione infelice⁷², sembra fare riferimento alla possibile volontà del lavoratore contraria rispetto alle varie regole fissate per la mobilità verticale nell'art. 2103 c.c. Sembra, cioè, una nuova ipotesi di derogabilità individuale, non assistita da alcuna garanzia circa la genuinità del consenso del lavoratore. Ma il settimo comma va interpretato alla luce del nono comma che conferma il carattere imperativo della disposizione per cui il patto contrario resta nullo (si veda il § 8). Non a caso, il nono comma nell'elencare le diverse ipotesi di erosione dell'inderogabilità correttamente non menziona il settimo comma, ne consegue che per questo patto in deroga scatterebbe la regola della nullità.

In questa cornice, la volontà del lavoratore di bloccare la stabilizzazione definitiva nel livello superiore assumerà la forma di una rinuncia al diritto già ma-

⁷⁰ Così M. MISCIONE, *op. cit.*, 444.

⁷¹ Per tutte si veda Cass. 6 giugno 1985, n. 3372, in *FI*, 1986, n. 1, 142, seguita da molte altre.

⁷² U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 c.c.*, cit., 16 del dattiloscritto, lo definisce «un fuor d'opera, che tradisce il "peccato originale" della terza versione dell'art. 2103 c.c.».