

Il controllo giudiziale sullo *ius variandi* dopo il Jobs Act

Annalisa Feltre

(Dottoranda di ricerca in Diritto, mercato, persona
nell'Università Ca' Foscari Venezia)

Abstract This contribution aims to analyze the regulation of the change of tasks after the reform of the article 2103 of the civil code. In recent years, labor law and employees' duties are going through a process of radical changes. The repealing of the notion of "equivalence", the derogation possibilities (both by collective and individual bargaining) and the reduction of judicial control concerning the exercise of employers' powers, could allow the assignation of the worker to task not coherent with previous workers' dignity protection. In this scenario, the solution could be the strict application of the principle of good faith (articles 1175 and 1375 of the civil code) in the interpretation of the new rules.

Sommario 1. Premessa: verso la flessibilità funzionale. – 2. Il criterio dell'equivalenza. – 3. Lo *ius variandi* orizzontale. I nuovi limiti. – 4. Lo *ius variandi* verticale. Il demansionamento e l'assegnazione definitiva alle mansioni superiori. – 5. Il ruolo della contrattazione collettiva e dell'autonomia individuale. – 6. Il difficile bilanciamento tra valori ed il controllo giudiziale.

Keywords Mansioni. Equivalenza. *Ius variandi*. Controllo giudiziale. Flessibilità.

1 Premessa: verso la flessibilità funzionale

Se i temi della flessibilità in entrata ed in uscita fanno parte del dibattito politico già da alcuni anni¹, il Governo Renzi sembra essere il primo a voler

1 A ben vedere, già il d.lgs. n. 276/2003, attuativo delle deleghe in materia di occupazione e lavoro, ha inciso profondamente sulla flessibilità in entrata, ampliando considerevolmente il numero di tipologie contrattuali c.d. flessibili (al contratto a termine ed al contratto di apprendistato si affiancano ad esempio il contratto di lavoro somministrato tramite agenzia, il lavoro intermittente, il lavoro ripartito). Più recentemente, la l. n. 92/2012, si è occupata primariamente del tema della flessibilità in uscita, ponendo per la prima volta un limite al regime sanzionatorio della tutela reale di cui all'art. 18 dello Statuto dei lavoratori, ed ha mantenuto una consistente rigidità con riferimento alla flessibilità in entrata. Per la dottrina sulla Riforma Fornero, si veda, tra i molti, TREU, *Flessibilità e tutele nella riforma del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 155/2012; CARINCI, *Ripensando il "nuovo" art. 18 dello Statuto dei lavoratori*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 172/2013; DE LUCA, *Riforma della tutela reale contro i licenziamenti al tempo delle larghe intese: riflessioni su un compromesso necessario*, in Riv. it. dir. lav., 2013, I, p. 3. La flessibilità in entrata torna

intervenire in maniera netta anche in materia di flessibilità funzionale². Il legislatore delegato si è occupato di flessibilità in uscita attraverso l'adozione di diversi strumenti, quali la creazione del nuovo contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti (d.lgs. n. 23/2015), la definizione della nuova disciplina del trattamento di disoccupazione, parzialmente esteso anche ai lavoratori con rapporto di collaborazione coordinata, e la creazione del contratto di ricollocazione (d.lgs. n. 22/2015). Parimenti, soprattutto attraverso l'emanazione del d.lgs. n. 81/2015, il legislatore delegato ha concentrato l'attenzione sulla flessibilità in entrata, attraverso la revisione organica della disciplina dei contratti di lavoro. Ebbene, al fine di pervenire ad un potenziamento della flessibilità funzionale, detta anche flessibilità organizzativa, il legislatore delegato si è interessato a temi quali lo *ius variandi* ed il demansionamento, ma anche l'orario di lavoro³ e l'efficacia dei controlli e delle nuove tecnologie⁴.

Lo *ius variandi* può essere definito come il potere del datore di lavoro di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione dedotta in contratto in relazione alle esigenze organizzative che possono sopravvenire durante lo svolgimento del rapporto di lavoro. In assenza di una definizione legale di "mansione", la dottrina ha definito la stessa come l'insieme dei compiti e delle attività che il lavoratore è chiamato ad eseguire in adempimento dell'obbligazione contrattuale⁵ e rappresenta quindi l'oggetto

poi in maniera dirimente in rilievo con la l. n. 78/2014 grazie al venir meno delle causali giustificative dell'apposizione del termine al contratto di lavoro.

2 Come sottolinea TREU, *op. cit.*, p. 18 ss., «i temi della flessibilità funzionale non sono stati affrontati dalla legge 92 e sono stati appena sfiorati nel dibattito. Alcuni aspetti, come la regolazione dell'orario di lavoro e lo stesso part time, sono stati ritenuti relativamente assestati e meno bisognosi di correzioni legislative, anche in quanto affidati di massima alla contrattazione collettiva, che ha introdotto spesso adeguati elementi di flessibilità in sede aziendale. Altri temi come la mobilità professionale e il controllo sulle prestazioni del lavoro, sono rimasti affidati alla normativa storica dello Statuto dei lavoratori (artt. 4, 6, 13), che nessuna delle forze in campo ha ritenuto di mettere in discussione; sindacati e centro sinistra per la inopportunità di affrontare (oggi) modifiche allo Statuto; il centro destra perché ritiene che tali norme siano superabili con il ricorso alla forza "deregolatrice" dell'art. 8 della l. n. 148 del 2011». Sul Jobs Act e la flessibilità, si veda PERULLI, *Il contratto a tutele crescenti e la Naspi: un mutamento di "paradigma" per il diritto del lavoro?*, in *Contratto a tutele crescenti e Naspi*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, p. 3 ss.; DE LUCA, *Prospettive di politica e diritto del lavoro: di compromesso in compromesso cresce la flessibilità, ma non solo (prime riflessioni su Jobs Act e dintorni)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 217/2014.

3 Il capo II del d.lgs. n. 81/2015 prevede la nuova disciplina del lavoro ad orario ridotto e flessibile.

4 L'art. 23 del d.lgs. 151/2015 prevede la modifica art. 4 dello Statuto dei lavoratori in tema di potere di controllo.

5 GIUGNI, *Mansioni e qualifica* (voce), in *Enc. dir.*, Milano, 1975; GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963; MISCIONE, *Dialoghi di diritto del lavoro*, Milano, 2010.

dell'obbligazione di lavoro⁶. Lo *ius variandi* consiste pertanto nel potere attribuito alla parte datoriale di modificare unilateralmente, in deroga al principio generale secondo cui il contratto ha forza di legge tra le parti e può essere modificato solamente con il consenso delle stesse, l'oggetto del contratto, ossia le mansioni del lavoratore. L'individuazione delle mansioni rappresenta quindi un elemento fondamentale ed indispensabile per delineare i perimetri dell'esercizio del potere datoriale, tant'è che deve aver luogo fin dal momento della sottoscrizione del contratto di lavoro e deve essere oggetto di specifica comunicazione al lavoratore ed all'Autorità competente⁷. Inoltre, dall'assegnazione della mansione dipende l'inquadramento del lavoratore, ossia l'attribuzione di una determinata categoria legale, come identificata dall'art. 2095 c.c., e di un determinato livello di inquadramento, individuato sulla base dei contratti collettivi applicabili⁸.

La disciplina che abbiamo conosciuto in questi anni rappresenta un tipico esempio di razionalizzazione del potere in quanto, da un lato, essendo espressione del potere direttivo datoriale, ne legittima l'esercizio da parte di quest'ultimo e, dall'altro, pone dei limiti, quali il divieto di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori e la possibilità di adibire lo stesso a mansioni equivalenti o superiori, sottraendo quindi il rapporto all'autonomia contrattuale tipica delle discipline privatistiche.

6 CARINCI, DE LUCA TAMAJO, TOSI, TREU, *Diritto del lavoro 2. Il rapporto di lavoro subordinato*, Torino, 2005, p. 142.

7 L'art. 1 co. 1, lett. f), del d.lgs. n. 152/1997, attuativo della Dir. n. 91/533/CEE, prevede che il datore di lavoro, entro trenta giorni dalla data di assunzione, comunichi al lavoratore l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuitagli oppure le caratteristiche e la descrizione sommaria del lavoro.

8 L'art. 96, disp. att. prevede infatti che «L'imprenditore deve far conoscere al prestatore di lavoro, al momento dell'assunzione, la categoria e la qualifica che gli sono assegnate in relazione alle mansioni per cui è stato assunto [2103 c.c.]. Le qualifiche dei prestatori di lavoro, nell'ambito di ciascuna delle categorie indicate nell'articolo 2095 del codice, possono essere stabilite e raggruppate per gradi secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa. Il prestatore di lavoro assume il grado gerarchico corrispondente alla qualifica e alle mansioni. I contratti collettivi di lavoro possono stabilire che, nel caso di divergenza tra l'imprenditore e il prestatore di lavoro circa l'assegnazione della qualifica, l'accertamento dei fatti rilevanti per la determinazione della qualifica venga fatto da un collegio costituito da un funzionario dell'ispettorato corporativo, che presiede, e da un delegato di ciascuna delle associazioni professionali che rappresentano le categorie interessate. Sui fatti rilevanti per la determinazione della qualifica che hanno formato oggetto dell'accertamento compiuto con tali forme, non sono ammesse nuove indagini o prove, salvo che l'accertamento sia viziato da errore manifesto».

2 Il criterio dell'equivalenza

L'art. 2103 c.c., oggi oggetto di completa riscrittura, era già stato modificato dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori il quale, si rammenta, stabiliva che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che avesse successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione⁹. La norma evidenziava quindi la possibilità di adibire il lavoratore, anche attraverso una disposizione datoriale unilaterale, in ragione delle sopravvenute esigenze dell'impresa, a mansioni differenti rispetto a quelle originariamente convenute, riconoscendo una certa mobilità del lavoratore, che poteva tuttavia svilupparsi solamente in direzione orizzontale (ossia rispetto a mansioni equivalenti) o verticale verso l'alto (ossia rispetto a mansioni superiori)¹⁰.

La disciplina dell'art. 2103 c.c., così come modificata dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, ruotava quindi attorno ad un concetto estremamente generico e non privo di contrasti interpretativi, quello di "equivalenza". La tecnica legislativa per clausole generali¹¹, utilizzata in questo caso come limite al potere datoriale di *ius variandi*, si connota per un'intenzionale indeterminazione, prevedendo sia il giudice, di volta in volta, attraverso un giudizio di valore, a definirne il contenuto sulla base del caso concreto.

9 Il testo originario della norma dettava una disciplina favorevole agli interessi di parte datoriale, la quale poteva disporre unilateralmente il mutamento di mansioni. La norma prevedeva infatti che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni per cui era stato assunto e riconosceva che il datore di lavoro, per far fronte ad esigenze dell'impresa, potesse unilateralmente adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle di assunzione, purché ciò avvenisse senza mutamento sostanziale della sua posizione e senza diminuzione della retribuzione. Per un esame della dottrina, si veda BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, 1997, p. 10.

10 Per un esame della dottrina, tra i molti, ICHINO, *Il contratto di lavoro*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*, Milano, 2003, II, p. 284 ss.; AMOROSO, DI CERBA, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, in *Le fonti del diritto italiano*, Milano, 2006, II, p. 346 ss.

11 La dottrina si è lungamente spesa sul valore semantico da attribuire alla nozione di clausola generale. Per un'interpretazione estensiva, si veda su tutti RODOTÀ, *La tecnica legislativa per clausole generali in Italia*, in CABELLA, PISU, NANNI, *Clausole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni '90*, Padova, 1998, p. 40 s., in cui definisce le stesse come «nozioni a contenuto variabile», ossia «strumenti che i giuristi denominano variamente (direttiva, principio, formula aperta, clausola generale, standard) e che rispondono alla medesima funzione». Secondo l'autorevole Autore, «non distinguere all'interno di queste categorie non è in questo momento sacrificare il rigore teorico, ma fare un primo passo importante, e cioè prendere atto di quella che è la realtà normativa con la quale dobbiamo fare i conti». Si veda inoltre VELLUZZI, *Clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano, 2010. Per la tesi a sostegno di un'interpretazione rigida della clausola generale e, quindi, della dicotomia tra clausola generale e concetto elastico, si veda su tutti MENGONI, *Spunti per una teoria delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1986, p. 13.

Ebbene, secondo la prevalente opinione giurisprudenziale, l'equivalenza deve riguardare tanto il profilo retributivo, quanto quello professionale, ossia il patrimonio di conoscenze ed esperienze che contraddistingue ciascun lavoratore¹². La tutela della professionalità, in altri termini, assume rilevanza costituzionale in quanto strumento imprescindibile per la realizzazione della personalità del lavoratore¹³. Il valore della professionalità, che trova fondamento costituzionale negli artt. 2, 4 e 35, co. 2, Cost., assume rilevanza individuale in quanto strettamente legato alla dignità umana, ma tutela altresì il più generale «*interesse della collettività che il patrimonio di nozioni, di esperienza e perizia acquisita dal lavoratore nell'esercizio dell'attività non venga sacrificato alle esigenze dell'organizzazione aziendale del lavoro ed al profitto dell'impresa*»¹⁴.

Nel corso degli anni, la giurisprudenza ha elaborato una nozione di equivalenza piuttosto restrittiva, richiedendo una valutazione tanto sotto il profilo oggettivo, quanto soggettivo¹⁵. Il profilo oggettivo concerne l'appartenenza delle mansioni di provenienza e di destinazione ad un medesimo livello in inquadramento e categoria legale, nonché un medesimo livello retributivo tra le stesse; il profilo soggettivo concerne invece l'affinità professionale delle mansioni, nel senso che le nuove devono armonizzarsi con le capacità professionali acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi. Ciò significa che una mansione di destinazione equivalente a quella di provenienza sotto il profilo oggettivo (ossia remunerata nella stessa misura ed inquadrata al medesimo livello) potrebbe non esserlo sotto il profilo soggettivo (ad esempio perché è richiesto un differente patrimonio professionale). Inoltre, a protezione del bene della professionalità, la giurisprudenza di legittimità ha elaborato una nozione statica di patrimonio professionale (costituita dal bagaglio di competenze professionali acquisite dal lavoratore), cui si affianca una nozione dinamica di equivalenza, costituita da tutte quelle

12 *Ex multis*, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 1760.

13 A tale proposito, la Corte Costituzionale ha sostenuto la necessità di tutelare la dignità sociale del lavoratore «*contro discriminazioni che riguardano non solo l'area dei diritti di libertà e l'attività sindacale finalizzata all'obiettivo strumentale dell'autotutela degli interessi collettivi, ma anche l'area dei diritti di libertà finalizzati allo sviluppo della personalità morale e civile del lavoratore*» (Corte Cost. 19 dicembre 2003, n. 359, in *Lav. nelle Pubb. Amm.*, con nota SALOMONE, *Titolo V della Costituzione e lavoro pubblico privatizzato: i primi orientamenti della Consulta*).

14 Cass. 27 maggio 1983, n. 3671, in *Giust. civ. mass.*, 1983, p. 5.

15 In tal senso, Cass. 2 maggio 2006, n. 10091, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, III, p. 654, con nota di SARTORI, *Limiti allo ius variandi e flessibilità: i paradossi della giurisprudenza*; SS.UU. 24 aprile 1990, n. 3455, in *Foro it.*, 1990, I, c. 1493; Cass. 14 luglio 1993, n. 7789, in *Not. giur. lav.*, 1993, p. 808; Cass. 22 aprile 1995, n. 4561, in *Mass. giur. lav.*, 1995, p. 384; Cass. 22 novembre 1995, n. 12121, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, II, p. 796; Trib. Bari, 25 ottobre 2007, in *Redaz. Giuffrè*, 2008.

conoscenze che, in maniera potenziale, consentono una crescita, ossia un avanzamento professionale¹⁶.

Il potere datoriale, precedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, era quindi soggetto ad uno stringente controllo giudiziario, spettando al giudice il compito di valutare, a seguito del mutamento di mansioni, l'effettiva salvaguardia del bene della professionalità¹⁷. Il potere datoriale era quindi fortemente limitato da un'esigenza di tutela dell'apparato valoriale appartenente alla parte debole del rapporto, la quale era tutelata non solo sotto il profilo retributivo e del mantenimento della categoria e dell'inquadramento raggiunti, ma anche, soprattutto, sotto il profilo della dignità e della professionalità nelle accezioni sopra individuate¹⁸. Infatti, nella valutazione dell'equivalenza delle mansioni, il giudice era tenuto a compiere una verifica in relazione al caso concreto, senza alcun vincolo rispetto alla classificazione delle mansioni operata all'interno della contrattazione collettiva. Quest'ultima non rappresenta altro che un sussidio, un criterio attraverso il quale il giudice poteva compiere la propria attività interpretativa dinanzi ad un concetto intenzionalmente indeterminato quale l'equivalenza.

Antecedentemente all'entrata in vigore dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, i limiti al potere di *ius variandi* erano pertanto imposti dal concetto, per sua

16 Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione si sono pronunciate sostenendo la necessità di adottare una nozione dinamica di equivalenza piuttosto che una nozione statica (SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 17). In tal senso, anche Cass. 13 novembre 1991, n. 12088, in *Giur.it*.

17 Il valore della professionalità è richiamato dalla gran parte di sentenze in tema di *ius variandi* (*ex multis*, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 878; App. Perugia, 16 settembre 2013, n. 185, in *Redaz. Giuffrè*, 2014; Trib. L'Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè*, 2013; Trib. Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725). Il suo ruolo centrale si denota ad esempio nelle ampie argomentazioni fornite dalla giurisprudenza di merito (si veda, ad esempio, Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725, con nota CARBONE, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*; Tribunale Roma 20 marzo 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 701; Trib. Roma 6 marzo 2001) in tema di mutamento di mansioni cui può essere soggetto il giornalista esposto a visibilità televisiva, laddove la giurisprudenza si è in più occasioni espressa nel senso di limitare lo *ius variandi* in quanto la professionalità deve essere valutata tenendo in considerazione non solo il bagaglio di nozioni ed esperienze tecniche maturate per l'espletamento del compito, bensì anche gli aspetti legati strettamente alla visibilità, quindi la capacità di confrontarsi con il pubblico e con i problemi di una diretta televisiva. In senso opposto, con riferimento allo *ius variandi* del giornalista televisivo, Trib. Napoli n. 3482/2003.

18 La Suprema Corte ha richiamato in particolare la «necessità di bilanciare la tutela degli interessi, costituzionalmente rilevanti (articolo 4, 32, 36), del prestatore con la libertà di iniziativa economica dell'imprenditore» (Cass. SS.UU., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Giust. civ. Mass.*, 1998, p. 1668), nonché l'esigenza di «salvaguardare sul luogo di lavoro la dignità ed i diritti fondamentali del lavoratore» (Cass. 23 marzo 2005, n. 6326, in *Dir. e giust.*, 2005, n. 16, p. 26, con nota CIMAGLIA, *Il mobbing? Attentato alla sfera psichica. Ma ora serve una definizione normativa*).

natura generico ed indeterminato, di equivalenza e, permaneva quindi, in capo al datore di lavoro che volesse esercitare il potere, un margine di incertezza. L'assenza di un criterio oggettivo *ex ante* per il datore di lavoro e la valutazione giudiziale *ex post* circa l'effettiva salvaguardia del bene della professionalità¹⁹, hanno quindi contribuito negli anni a dissuadere i datori di lavoro dall'utilizzare tale strumento di gestione del rapporto di lavoro.

Inoltre, la protezione del soggetto debole era garantita non solo attraverso l'apposizione di limiti legali allo *ius variandi* datoriale, ma stringenti limiti venivano apposti anche alla possibilità per le parti di sottoscrivere patti contrari a quanto disposto dall'art. 2103 c.c. Infatti, in seguito alla riforma operata dall'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, venne prevista, probabilmente per ovviare alla debolezza della versione originaria dell'articolo²⁰, la nullità dei patti contrari, tanto con riferimento all'autonomia collettiva²¹, quanto all'autonomia individuale.

A fronte di questo regime legale, la contrattazione collettiva ha talvolta sperimentato, soprattutto in presenza di esigenze aziendali temporanee, l'inserimento di clausole di fungibilità tra mansioni considerate contrattualmente equivalenti²². La clausola di fungibilità prevede l'intercambiabi-

19 Il valore della professionalità è richiamato dalla gran parte di sentenze in tema di *ius variandi* (*ex multis*, Cass. 24 giugno 2009, n. 14841, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 975; Cass. 8 giugno 2009, n. 13173, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, p. 878; App. Perugia, 16 settembre 2013 n. 185, in *Redaz. Giuffrè*, 2014; Trib. L'Aquila, 16 gennaio 2013, n. 14, in *Redaz. Giuffrè*, 2013; Trib. Roma, 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725). Il suo ruolo centrale si denota ad esempio nelle ampie argomentazioni fornite dalla giurisprudenza di merito (si veda, ad esempio, Trib. Roma 28 dicembre 2010, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, p. 725, con nota CARBONE, *La visibilità televisiva del giornalista limita lo ius variandi*; Tribunale Roma 20 marzo 2001, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2001, p. 701; Trib. Roma 6 marzo 2001) in tema di mutamento di mansioni cui può essere soggetto il giornalista esposto a visibilità televisiva, laddove la giurisprudenza si è in più occasioni espressa nel senso di limitare lo *ius variandi* in quanto la professionalità deve essere valutata tenendo in considerazione non solo il bagaglio di nozioni ed esperienze tecniche maturate per l'espletamento del compito, bensì anche gli aspetti legati strettamente alla visibilità, quindi la capacità di confrontarsi con il pubblico e con i problemi di una diretta televisiva. In senso opposto, con riferimento allo *ius variandi* del giornalista televisivo, Trib. Napoli n. 3482/2003.

20 In tal senso, LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, p. 186.

21 Il riferimento anche alla contrattazione collettiva è confermato dalla giurisprudenza di legittimità (Cass. 24 gennaio 1987, n. 672; Cass. 3 settembre 2002, n. 12821; Cass. 29 ottobre 2004, n. 20983; Cass. 16 settembre 2004, n. 18719; Cass. 20 agosto 2003, n. 12251; Cass. 15 maggio 2003, n. 7606; Cass. 28 aprile 2003, n. 6614; Cass. 30 gennaio 2003, n. 1494).

22 Un esempio paradigmatico di clausola di fungibilità era quello di cui all'art. 46 del c.c.n.l. per i dipendenti dell'Ente Poste Italiane, che consentiva, in presenza del presupposto della ricorrenza delle "necessità di servizio", l'intercambiabilità delle mansioni (ad eccezione delle mansioni tecniche) all'interno della medesima area operativa. Per la dottrina sul punto, GARGIULO, *Clausole di fungibilità per "esigenze aziendali": un nuovo disorientamento*

lità del personale e quindi la possibilità per il datore di lavoro di esercitare liberamente, all'interno di una medesima area funzionale, il potere di *ius variandi*, assegnando al lavoratore una nuova mansione sul solo presupposto della temporanea esigenza aziendale. La tematica si complica, per contrasto con la disciplina legale di cui all'art. 2103 c.c., laddove la nuova mansione, seppur contrattualmente fungibile con quella originaria, esprima una professionalità diversa. In altre parole, all'equivalenza contrattuale, sancita dalla contrattazione collettiva, potrebbe non corrispondere un'equivalenza legale, in quanto le due mansioni potrebbero prevedere professionalità differenti.

In presenza di clausole collettive di fungibilità, la giurisprudenza ha espresso orientamenti contrastanti, tanto da richiedere l'intervento sul punto delle Sezioni Unite della Cassazione²³. In particolare, la Corte a Sezioni Unite ha dovuto pronunciarsi sulla questione se la clausola di fungibilità sia compatibile con la disciplina legale posta dall'art. 2103 c.c. ovvero se detta clausola debba ritenersi nulla in ragione del co. 2 dell'art. 2103 c.c. Si tratta, a ben vedere, di una forma di mobilità funzionale del lavoratore che, in ragione della risposta positiva offerta dalla giurisprudenza di legittimità, ha aperto un primo spiraglio nella direzione di un'interpretazione meno rigida del concetto di equivalenza. Le Sezioni Unite, infatti, non negano il consolidato orientamento secondo cui la violazione della previsione di cui all'art. 2103 c.c. produrrebbe la nullità del patto anche laddove previsto dalla contrattazione collettiva, ma nel contempo affermano che la clausola di fungibilità dev'essere letta «*in chiave di adattabilità della garanzia dell'art. 2103 c.c. alle esigenze di maggiore flessibilità che derivano dalla sempre più penetrante integrazione dei sistemi produttivi*»²⁴. La ragione legittimante risiede pertanto nell'interesse datoriale a vedersi garantita, in via temporanea e per ragioni contingenti, una maggiore flessibilità. Pertanto, secondo le Sezioni Unite «*va affermato, come principio di diritto, che la contrattazione collettiva - [...] (per) mansioni che esprimano in concreto una diversa professionalità, pur confluendo nella medesima declaratoria contrattuale [...] - è [...] autorizzata a porre meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con*

della Cassazione?, in *Dir. lav. merc.*, 2007, p. 113; PISANI, *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*, in *Mass. giur. lav.*, 2007, p. 24.

²³ Cass. SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 336, con nota di OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee* e in *Arg. dir. lav.*, 2007, p. 669, con nota BORZAGA, *Principio di equivalenza delle mansioni e ruolo della contrattazione collettiva: verso nuovi spazi di flessibilità?*.

²⁴ Cass. SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 336, con nota OCCHINO, *La clausola collettiva di fungibilità tra mansioni contrattualmente, ma non legalmente, equivalenti è valida per esigenze aziendali temporanee*.

apposita clausola, la fungibilità funzionale tra esse per sopperire a contingenti esigenze aziendali [...] senza per questo incorrere nella sanzione di nullità»²⁵.

Inoltre, la previsione contrattuale collettiva di meccanismi di rotazione e scambio compatibili con la disposizione dell'art. 2103 c.c. e di mansioni costituite dallo svolgimento di plurime attività diverse, unitamente alle clausole di fungibilità, hanno consentito lo sviluppo del criterio della professionalità potenziale ed il passaggio da un'ottica di tutela del singolo lavoratore ad una visione d'insieme, idonea a prendere in considerazione, pur nella tutela del nucleo di omogeneità ed affinità delle mansioni, le esigenze aziendali²⁶. È stata quindi la contrattazione collettiva, attraverso meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale, a contribuire al progressivo superamento dell'interpretazione rigida del concetto di equivalenza che ha condotto poi alla riforma del *Jobs Act* in tema di mansioni²⁷.

25 Cass. SS.UU. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 336, cit. In senso opposto, Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Giust. civ. Mass.*, 2002, p. 1760, aveva ritenuto che fosse legittimo l'esercizio dello *ius variandi* esclusivamente qualora fosse accertata l'equivalenza delle mansioni, non solo sulla base della clausola di fungibilità prevista dal contratto collettivo, ma anche della professionalità del lavoratore.

26 In tal senso, «la disposizione dell'art. 2103 c.c. sulla regolamentazione delle mansioni del lavoratore e sul divieto del declassamento di dette mansioni va interpretata - stante le statuizioni di cui alla sentenza delle Sezioni unite n. 25033 del 2006, ed in coerenza con la ratio sottesa ai numerosi interventi in materia del legislatore - alla stregua della regola del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti l'esternalizzazione dei servizi o la loro riduzione a seguito di processi di riconversione o ristrutturazione aziendali, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte, restando immutato il livello retributivo, non si pone in contrasto con il dettato codicistico, se essa rappresenti l'unica alternativa praticabile in luogo del licenziamento per giustificato motivo oggettivo» ed ancora «un'interpretazione dell'art. 2103 c.c., abbandonando l'ottica di una cristallizzata tutela del "singolo lavoratore" a fronte dello *ius variandi* dell'imprenditore - debba privilegiare un ponderato esame del dato normativo che tenga pure conto dei complessi problemi di riconversione e di ristrutturazione delle imprese (che impongono una attenuazione di una rigidità della regolamentazione del rapporto di lavoro capace di ostacolare detti processi) e che, in tale direzione, venga a configurarsi come naturale evoluzione di un indirizzo giurisprudenziale volto ad assegnare alla contrattazione collettiva incisivo rilievo nella gestione dei rapporti lavorativi delle imprese anche nelle sue articolazioni locali, in ragione delle specifiche situazioni che si possono verificare nelle varie realtà aziendali e territoriali, e che possono richiedere un adeguamento degli organici con una accentuata flessibilità proprio per soddisfare le diverse esigenze sopravvenute in dette realtà» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 4).

27 «A seguito dell'indicato approdo giurisprudenziale sull'art. 2103 c.c., diviene, dunque, doveroso - per ragioni di nomofilachia cui è tenuta anche questa Sezione lavoro - una interpretazione ben più elastica rispetto al passato della norma codicistica, già patrocinata da autorevole dottrina, e che trova fondamento in una nuova nozione di "capacità professionale" e di "equivalenza di mansioni", scaturente dalla presa d'atto della necessità di una tutela dinamica delle doti lavorative, da accrescere anche attraverso costanti corsi professionali

3 Lo *ius variandi* orizzontale. I nuovi limiti

L'analisi delle modifiche previste dal *Jobs Act* sul tema conferma come negli ultimi anni si sia di fatto alterato, sotto la potente spinta di una cultura neo-liberista, l'equilibrio tra libertà d'impresa e tutela del lavoro. Infatti, complici la grave crisi economica e la globalizzazione, sono entrati in maniera dirompente nelle agende dei Governi che si sono succeduti, italiani ma non solo, obiettivi quali la salvaguardia del mercato e la competitività delle imprese, nonché, come chiaramente sottolineato nel Libro Verde del 2006²⁸, il mantenimento dell'occupazione ed il suo miglioramento qualitativo. Si è nel contempo sviluppata l'idea che il raggiungimento di detti obiettivi contrasti non solo con la valorizzazione dei diritti sociali, ma anche con le tutele che il diritto del lavoro ha riconosciuto e garantito ai lavoratori, i quali hanno visto piena espressione nell'emanazione dello Statuto dei lavoratori²⁹. La strategia politica della flessibilità del lavoro, tanto in entrata ed in uscita, quanto sul piano funzionale, finisce per apparire quindi come una soluzione alla rigidità ed alla staticità del mercato e degli apparati produttivi, nonché uno strumento potenzialmente in grado di rilanciare l'economia³⁰.

ormai indispensabili in ragione, proprio, delle continue innovazioni di carattere tecnologico e organizzativo» (Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, in *Giust. civ. Mass.*, 2007, p. 4).

28 All'interno del Libro Verde della Commissione Europea del 2006 (Modernizzare il diritto del lavoro per raccogliere le sfide del XXI secolo), si afferma che «*nel contesto della globalizzazione, del processo di ristrutturazione e della progressione verso un'economia fondata sulla conoscenza, i mercati del lavoro europeo devono essere al tempo stesso più inclusivi e più reattivi all'innovazione e al cambiamento. I lavoratori potenzialmente vulnerabili devono avere la possibilità di progredire socialmente per migliorare la loro mobilità e affrontare con successo le loro transizioni sul mercato del lavoro. Le norme giuridiche che sottendono il rapporto di lavoro tradizionale non danno forse un sufficiente margine di manovra ai lavoratori reclutati sulla base di contratti a durata indeterminata standard per esplorare le opportunità di una maggiore flessibilità sul lavoro e non li incoraggiano ad agire in questo senso. La corretta gestione dell'innovazione e del cambiamento implica che i mercati del lavoro prendano in considerazione tre aspetti principali: la flessibilità, la sicurezza nell'occupazione e la segmentazione.*».

29 Sul "cambio di paradigma" vissuto dal diritto del lavoro dei nostri giorni, si veda PERULLI *op. cit.*, p. 4 ss. Si veda, inoltre, CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 5 ss.

30 A tale proposito, si veda l'*incipit* del d.l. n. 34/2014, laddove il legislatore delegante afferma che la flessibilizzazione è volta a fronteggiare «*la perdurante crisi occupazionale e l'incertezza dell'attuale quadro economico, nel quale le imprese devono operare, nelle more dell'adozione di un testo unico semplificato della disciplina dei rapporti di lavoro, con la previsione in via sperimentale del contratto a tempo indeterminato a protezione crescente e salva l'attuale articolazione delle tipologie di contratti di lavoro, vista la direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 (.)*». Ed inoltre, «*analogo ragionamento vale (.) per l'attrazione di investimenti stranieri: un mercato del lavoro più efficiente è cruciale per l'attrattività del Paese, esattamente come il costo dell'energia o l'efficienza della pubblica amministrazione*».

È in questo contesto che si è collocata la legge di delega n. 183/2014, la quale prevede la revisione della disciplina delle mansioni in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendali. È il testo stesso della delega a sottolineare gli interessi coinvolti: quello dell'impresa all'utile impiego del personale e quello del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche. Pur trattandosi di valori già consolidati all'interno dell'ordinamento, il punto di equilibrio tra gli stessi sembra essere mutato in favore dell'interesse dell'impresa.

Ma vi è di più. Con riferimento al tema del controllo giudiziale, il d.lgs. n. 81/2015 pare perfettamente in linea con le recenti riforme che, partendo dall'art. 30 del Collegato Lavoro e proseguendo con la l. n. 92/2012, si pongono l'obiettivo precipuo di limitare i costi connessi all'imprevedibilità dell'esito dei procedimenti giudiziari concernenti l'esercizio dei poteri datoriali³¹. Con la modifica legislativa in tema di *ius variandi*, cambia la tecnica di configurazione dei limiti al potere datoriale e si verifica il passaggio dal concetto elastico dell'equivalenza all'accertamento del rispetto delle determinazioni formali imposte dalla contrattazione collettiva³². Nell'ottica del legislatore delegato, in presenza di una norma elastica, la quale richiede un'operazione di integrazione valutativa da parte dell'organismo giudiziario³³, il bene della certezza del diritto potrebbe essere

o del sistema giudiziario» ed «il fine ultimo dell'intervento è quello (...) di sostenere in modo complessivo ed organico la crescita dell'economia reale».

31 Con lo sguardo rivolto alla teoria della *Law&Economics*, negli ultimi anni il legislatore è intervenuto con una serie di riforme volte a ridurre la discrezionalità della decisione giudiziaria. Sulla posizione del giudice del lavoro, tra i molti, DEL PUNTA, *Il giudice del lavoro tra pressioni legislative ed aperture del sistema*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2012, I, p. 461 ss.; MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la Costituzione e il sistema giuridico tra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 235 ss.; CARUSO, *Giudici, giuristi e legislatori davanti alla crisi per un manifesto ermeneutico*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 245 ss.

32 In tal senso, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 45 e ss.

33 La formulazione di norme elastiche (dette anche "clausole generali", "nozioni a contenuto variabile", "standards valutativi", "concetti indeterminati", "valvole di sicurezza") comporta che il giudice, in fase di interpretazione, non possa limitarsi ad operare secondo un criterio logico-deduttivo, ossia applicando pedissequamente la norma, in quanto è la stessa applicazione di quest'ultima a richiedere di mettere in atto un delicato bilanciamento di interessi, ossia scelte di valore. L'attività interpretativa del giudice evidenzia il carattere pratico del diritto, il quale non trova sempre compiuta specificazione nel testo legislativo, bensì richiede la ponderazione di principi e valori ad opera dell'organo giudiziario. Dinanzi a siffatto potere, vi è il rischio di minare il principio della certezza del diritto. Sulle norme elastiche la dottrina si è ampiamente spesa fin dagli ultimi decenni del secolo scorso. Tra i molti, ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clausole generali*, Napoli, 1983; RESCIGNO, *Appunti sulle clausole generali*, in *Dir. dir. comm.*, 1998, I, p. 2; PALMIERI, *Il sindacato giudiziale sulle clausole generali in materia di lavoro pubblico e privato*, in *Riv. dir. priv.*, 2011, p. 1486; PATTI, *Ragionevolezza e clausole generali*, Milano, 2013.

in pericolo ed il giudizio potrebbe costituire un elemento di rischio e di diseconomicità.

L'eliminazione del concetto di "mansione equivalente", operata dal d.lgs. n. 81/2015, avrebbe quindi lo scopo di limitare la discrezionalità del giudice, privato della possibilità di compiere giudizi di valore. Il legislatore delegato, infatti, ha di fatto ridotto l'attività giudiziale al semplice accertamento del rispetto di griglie di inquadramento di carattere oggettivo. Pertanto, per quanto concerne il mutamento delle mansioni in senso orizzontale, viene a mancare la protezione che la locuzione "mansione equivalente", seppur oggetto di contrasti interpretativi e di potenziale contenzioso, in questi anni ha garantito. La professionalità, infatti, viene ora tarata esclusivamente sulla posizione formalmente occupata dal prestatore di lavoro all'interno dell'organizzazione aziendale, in virtù delle griglie del sistema di inquadramento³⁴. Sostanzialmente, in forza del passaggio da un'equivalenza sostanziale ad un'equivalenza meramente formale, il datore di lavoro potrà assegnare al lavoratore una diversa mansione sull'unico presupposto della riconducibilità della stessa al medesimo livello e categoria legale di inquadramento, senza tenere in alcuna considerazione il mantenimento e la valorizzazione del profilo professionale acquisito.

Il vincolo del rispetto del medesimo livello è individuato dalla contrattazione collettiva, mentre il rispetto della categoria legale di inquadramento, introdotto solamente in sede di approvazione definitiva del decreto legislativo, costituisce un limite legale. Si ha quindi la valorizzazione ed il rilancio dello strumento della contrattazione collettiva, la quale, attraverso la definizione dei livelli di inquadramento, assume il fondamentale ruolo di perimetrare l'area di esigibilità delle mansioni. Inoltre, il vincolo del rispetto delle categorie legali di inquadramento *ex art.* 2095 c.c., introdotta appunto solo in sede di approvazione definitiva del decreto, pare ridare vita ad una norma che secondo molti appariva superata fin dagli anni '70 del secolo scorso in ragione dell'introduzione dell' "inquadramento unico", il quale, essendo incentrato sulle declaratorie, sui profili professionali e sulle categorie, aveva di fatto superato la distinzione tra mansioni operaie ed impiegate.

Ad un primo limite, rappresentato dal vincolo oggettivo del rispetto del medesimo livello e categoria legale di inquadramento, si affianca il limite dell'assolvimento di un obbligo formativo ogni qual volta l'assegnazione a nuove mansioni lo renda necessario. Tuttavia il legislatore delegato, probabilmente consapevole dell'ampio contenzioso che si sarebbe potenzialmente potuto generare a causa della formulazione di siffatta disposizione in termini così indefiniti, ha precisato espressamente che il mancato assolvimento dell'obbligo formativo non determina in ogni caso la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni.

34 BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1161.

Si tratta di una norma che rappresenta una novità in quanto attribuisce genericamente un obbligo formativo, per la verità non meglio definito, al datore di lavoro, in ragione della mansione che il lavoratore è tenuto a compiere³⁵. Nel nostro ordinamento l'obbligo di impartire una formazione era finora menzionato solamente nelle ipotesi di contratti a contenuto formativo (ad esempio nell'apprendistato) ed in materia di salute e sicurezza dei lavoratori (art. 37, d.lgs. n. 81/2008). L'esplicitamento della nuova mansione dà vita ad un obbligo formativo solamente «ove necessario» ossia, si ritiene, solamente nelle situazioni eccezionali in cui la nuova mansione sia così diversa rispetto a quella di provenienza da richiedere un bagaglio di esperienze e di competenze di cui il lavoratore è sprovvisto. Sebbene la norma specifichi espressamente che il mancato adempimento dell'obbligo formativo non determina la nullità dell'atto, si può ritenere che, sulla base delle disposizioni civilistiche, dinanzi all'inadempimento datoriale il lavoratore possa sollevare eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. ed, in ogni caso, chiedere il risarcimento del danno. Il lavoratore potrebbe ugualmente esperire l'azione di adempimento ex art. 1453 c.c., anche in via d'urgenza, al fine di prevenire eventuali conseguenze per lui pregiudizievoli³⁶. Inoltre, la mancanza di adeguata formazione incide fortemente sul vincolo contrattuale laddove il lavoratore non può essere ritenuto responsabile, nel tempo necessario allo stesso per acquisire le competenze necessarie per lo svolgimento della nuova mansione, nonché nel caso di inadempimento dell'obbligo formativo, della cattiva esecuzione della prestazione né degli eventuali danni cagionati a terzi, né, a maggior ragione, può essere disciplinarmente sanzionato per gli errori commessi nello svolgimento della nuova mansione (sempre nel periodo di tempo necessario ad impraticarsi della nuova attività lavorativa).

Vi è infine da evidenziare che, a differenza di quanto accade per lo *ius variandi* in direzione verticale, lo *ius variandi* orizzontale non richiede che il mutamento della mansione venga comunicato in forma scritta al lavoratore, né richiede alcuna causale. Pertanto, l'esercizio del diritto di *ius variandi* da parte del lavoro di lavoro, nel caso in cui la mansione di provenienza e di destinazione appartengano alla medesima categoria le-

35 Una diversa interpretazione è sostenuta da 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 rapporti di lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".it, 257/2015, p. 13, laddove l'Autore afferma «con maggiore linearità si potrebbe forse sostenere che il creditore della prestazione lavorativa, più che obbligato alla formazione, sia onerato a fornirla quando necessaria allo svolgimento dei nuovi compiti; derivandone che, in mancanza dell'assolvimento dell'onere, il provvedimento di adibizione alle nuove mansioni non sia valido. Invece il soggetto obbligato sarebbe certamente il lavoratore, L'inadempimento dell'obbligo formativo concretizzerebbe un inadempimento dell'obbligo di prestazione».

36 In tal senso, si veda ZOLI *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, 2015, p. 333 ss.

gale ed al medesimo livello di inquadramento, prescinde completamente dal mutamento degli assetti organizzativi aziendali.

A riprova dell'ampiezza della norma e dell'allentamento dei limiti al potere datoriale, si prenda ad esempio la figura del dirigente, la quale non ha, ad eccezione di alcuni specifici settori, alcuna distinzione di livello di inquadramento contrattuale all'interno della categoria legale. Ne consegue che il dirigente, qualora venga adibito dal datore di lavoro a qualsivoglia funzione appartenente alla categoria dirigenziale, anche nel caso in cui nella sostanza venga adibito a funzioni che ne sviliscono la professionalità, non potrà mai ritenersi formalmente demansionato. Pertanto, in linea teorica, le mansioni ricollegabili alla categoria dirigenziale sono tutte esigibili illimitatamente, in quanto all'interno della categoria non vi è la suddivisione in livelli³⁷. Sul piano pratico, l'effetto potrà essere quello di eliminare il contenzioso generato dall'assegnazione del lavoratore a funzioni dirigenziali minori.

Deve inoltre specificarsi che l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015, a differenza di altre disposizioni del Jobs Act, si applica universalmente a tutti i lavoratori, senza distinzione tra coloro che sono stati assunti prima e coloro che sono stati assunti dopo l'entrata in vigore della norma. A tale proposito, la sentenza del Tribunale di Roma del 30 settembre 2015³⁸ ha confermato che la nuova disciplina si applica anche ai mutamenti di mansione disposti antecedentemente all'entrata in vigore della norma, in atto alla data del 25 giugno 2015³⁹. Tale interpretazione si fonda sul presupposto che il demansionamento sia un illecito permanente e che pertanto non si consumi nel momento della nuova adibizione, bensì si rinnovi di giorno in giorno. In altri termini, come chiaramente affermato dal Tribunale romano, un demansionamento ritenuto illegittimo in forza della precedente disciplina, può diventare legittimo in ragione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 81/2015.

37 ZAMBELLI, *Dirigenti "non demansionabili"*, in *Il Sole 24 Ore - Norme e tributi*, 2015, p. 37.

38 Trib. Roma 30 settembre 2015, n. 8195, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 777 ss., con nota di PISANI, *Riforma della mobilità orizzontale e sua immediata applicabilità*.

39 In senso contrario, il Tribunale di Ravenna aveva ritenuto inapplicabile la normativa sullo *ius variandi* introdotta dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015 qualora il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio si fosse prodotto nel vigore della legge precedente.

4 **Lo *ius variandi* verticale. Il demansionamento e l'assegnazione definitiva alle mansioni superiori**

Per quanto concerne la mobilità verticale verso il basso, ossia il demansionamento nei termini fino ad oggi conosciuti, viene prevista, fatta salva la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo, la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni appartenenti al livello di inquadramento immediatamente inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, adducendo una modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidano sulla posizione del lavoratore. Facendo un confronto con la disciplina previgente, si evidenzia quindi un'apertura rispetto al tema del demansionamento, il quale era precedentemente concesso solamente in ipotesi eccezionali, laddove, rispetto alla tutela della professionalità, veniva privilegiata la tutela di beni considerati di rango superiore, quali la conservazione del posto di lavoro e la salute⁴⁰.

Innanzitutto, la locuzione «modifica degli assetti organizzativi aziendali» pare costituire un eccesso di delega da parte del Governo⁴¹, laddove il legislatore delegante aveva inteso limitare la revisione della disciplina delle mansioni alle ipotesi di «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi», ossia laddove la modifica peggiorativa delle mansioni costituisse l'effetto di un più ampio processo di modifica aziendale, il quale sarebbe dovuto ricadere sul lavoratore secondo un rigoroso nesso di causalità. Il legislatore delegato, dal canto suo, utilizza una formulazione molto più flessibile e meno rigorosa rispetto a quella prevista nella legge di delega.

Ed è proprio l'utilizzo di tale clausola elastica a suscitare qualche perplessità. Infatti, se da un lato il legislatore delegato ha superato l'incertezza interpretativa che l'espressione "mansione equivalente" poteva generare, adottando una tecnica rappresentata dal filtro formale posto dalla

⁴⁰ La giurisprudenza si è divisa tra un orientamento che ha interpretato il divieto di dequalificazione in termini estremamente rigorosi, ritenendolo inderogabile anche in presenza di comprovate esigenze tecniche ed organizzative (Cass. 8 agosto 1987, n. 6852) o di crisi aziendale (Cass. 8 settembre 1988, n. 5092, in *Notiz. giur. lav.*, 1988, p. 775) e l'orientamento che ha autorizzato la temporanea assegnazione a mansioni inferiori nel caso di esigenze straordinarie ed episodiche (Cass. 10 giugno 1993, n. 6464, in *Giust. civ.*, 1993, I, p. 2333). L'assegnazione a mansioni inferiori è inoltre possibile in ipotesi eccezionali previste dalla legge, quali ad esempio la tutela della lavoratrice madre in periodo di gravidanza o puerperio (art. 3, co. 4, l. n. 1204/1971) o la tutela del lavoratore contro i rischi derivanti da esposizione ad agenti fisici, chimici o biologici durante il lavoro (art. 8, d.lgs. n. 277/1991). Ulteriore ipotesi di legittima assegnazione a mansioni inferiori è quella del lavoratore divenuto fisicamente inidoneo alle mansioni in precedenza svolte, al fine di evitare il licenziamento dello stesso (Cass. 15 gennaio 2004, n. 521, in *Orient. giur. lav.*, 2004, I, p. 66).

⁴¹ In tal senso, si veda anche ZOLI, *op. cit.*, p. 333 ss.

contrattazione collettiva, dall'altro ha introdotto una nuova espressione dal contenuto indeterminato, quella di «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore». Infatti, proprio in forza dell'indeterminatezza della locuzione, non possono escludersi utilizzazioni strumentali e, conseguentemente, l'incremento del contenzioso in materia di demansionamento. Infatti, ai sensi dell'art. 30 del Collegato Lavoro, in tutti i casi in cui le disposizioni di legge in materia giuslavoristica contengono clausole generali⁴², ivi comprese le norme in tema di instaurazione del rapporto del lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso, il controllo giudiziale è limitato esclusivamente, in conformità ai principi generali dell'ordinamento, all'accertamento del presupposto di legittimità e non può essere esteso al sindacato di merito sulle valutazioni tecniche, organizzative e produttive che competono al datore di lavoro⁴³.

42 A seconda del valore semantico attribuito alla "clausola generale", l'art. 30 assume significati radicalmente diversi. In particolare, deve distinguersi tra la tesi che considera le clausole generali come norme o precetti elastici distinte dalle *Generalklauseln* in senso tecnico, ossia norme complete che contengono formulazioni idonee ad identificare un'ipotesi-tipo, un modulo *generico* da applicare alla singola fattispecie in via interpretativa, da quella secondo cui per clausole generali devono intendersi meramente quelle clausole, quali la correttezza e la buona fede, che non stabiliscono regole, bensì contengono enunciazioni di massima o riferimenti a criteri di valutazione del comportamento delle parti che vanno precisati in sede di interpretazione. Ebbene, l'art. 30 del Collegato Lavoro assume un valore o un altro, al punto da potersi considerare privo di concreta applicazione pratica, in conseguenza dell'attribuzione dell'uno o dell'altro significato.

In particolare, secondo una tesi rigorosamente formale, che tiene assolutamente distinte le clausole generali e le norme elastiche, l'art. Collegato Lavoro sarebbe sostanzialmente inapplicabile in quanto, se identificassimo le clausole generali ivi richiamate con la buona fede e la correttezza, saremmo successivamente a rilevare che nessuna delle fattispecie esposte (instaurazione di un rapporto di lavoro, esercizio dei poteri datoriali, trasferimento d'azienda e recesso) contiene una tale previsione (NOGLER, *Prime considerazioni sulla disciplina legislativa delle "clausole generali" in materia di diritto del lavoro*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, 2011, p. 929).

Diversamente, una diversa tesi sostiene che il legislatore del Collegato Lavoro, compiendo probabilmente una sostanziale imprecisione concettuale, richiamando le clausole generali abbia inteso riferirsi, più genericamente, a norme e concetti elastici. Secondo tale tesi, l'art. 30 si riferisce quindi alle disposizioni di legge, nelle materie di cui all'art. 409 c.p.c., che contengono le clausole elastiche previste dalla legislazione giuslavoristica (BELLOMO, *Autonomia collettiva e clausole generali*, in *Atti Giornate di Studio AIDLASS su Clausole generali e diritto del lavoro (Roma, 29-30 maggio 2014)*, p. 7, secondo cui, in tema di nozione di clausola generale, «il ventaglio delle disposizioni normative rientranti in quest'area viene considerato da molti interpreti, da buona parte della giurisprudenza nonché, ora, dal legislatore (art. 30 della legge 4 novembre 2010 n. 183) come un territorio più vasto rispetto al ridotto perimetro degli obblighi di correttezza e buona fede»).

43 Tale norma, secondo parte della dottrina, più che rappresentare una norma di portata innovativa, costituisce una mera riproposizione di un orientamento giurisprudenziale consolidato. Sul punto, PERULLI, *Certificazione dei contratti di lavoro e controllo dei poteri dell'imprenditore: il ruolo e le prerogative del giudice*, in *Il nuovo diritto del lavoro*, Torino, 2014, p. 269, laddove si chiede quanto realistica possa ritenersi tale demarcazione tra sindacato di merito e di legittimità.

Il giudice, quindi, non potrebbe sindacare il merito della scelta, ma dovrebbe piuttosto limitarsi ad un controllo di legittimità, ossia verificare la sussistenza materiale del presupposto che legittima l'esercizio del potere (la ragione legittimante), nonché del nesso causale tra la causa/ragione e l'atto di esercizio del potere. Pertanto, sostanzialmente, il controllo del giudice dovrebbe limitarsi all'accertamento della sussistenza dell'effettiva modifica degli assetti organizzativi e non potrebbe estendersi al punto da sindacare la scelta imprenditoriale che ne è fondamento.

Accanto al limite causale, rappresentato dall'effettiva sussistenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, l'art. 3 del d.lgs. 81/2015 prevede, a pena di nullità, il rispetto di un vincolo formale, costituito dalla comunicazione che dev'essere data per iscritto dal datore di lavoro al lavoratore in relazione al mutamento di mansioni⁴⁴. Deve peraltro evidenziarsi che il rispetto di tale vincolo di forma *ad substantiam* è previsto esclusivamente nell'ipotesi di demansionamento, mentre non è contemplato nel caso di esercizio dello *ius variandi* in direzione orizzontale.

Inoltre, la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori può essere prevista dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, purché nel limite del rispetto della medesima categoria legale. Vi è da specificare che, anche in questo caso, la comunicazione deve essere data in forma scritta a pena di nullità della nuova assegnazione.

Va infine precisato che, in assenza di una disciplina specifica in tema di ripartizione dell'onere della prova, è necessario attingere ai principi generali in tema di inadempimento contrattuale. Ebbene, come confermato dalla giurisprudenza maggioritaria, l'onere di allegazione dell'inadempimento grava sul lavoratore, mentre la prova dell'adempimento, quale fatto estintivo, incombe sul datore di lavoro⁴⁵. Pertanto, l'onere della prova grava su entrambe le parti del rapporto in relazione ai fatti che ciascuno

⁴⁴ È discutibile se sia configurabile o meno l'obbligo per il datore di lavoro di comunicare i motivi della modifica delle mansioni.

⁴⁵ In questo senso, *ex multis*, «Quando il lavoratore allega un demansionamento riconducibile ad un inesatto adempimento dell'obbligo gravante sul datore di lavoro ai sensi dell'art. 2103 c.c., è su quest'ultimo che incombe l'onere di provare l'esatto adempimento del suo obbligo, o attraverso la prova della mancanza in concreto del demansionamento, ovvero attraverso la prova che fosse giustificato dal legittimo esercizio dei poteri imprenditoriali o disciplinari oppure, in base all'art. 1218 c.c., a causa di un'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile. (Nella specie, la S.C. ha cassato la sentenza di appello che aveva posto in capo ad una giornalista l'onere di provare la circostanza, da lei allegata, che non fosse più adibita come in precedenza alle più qualificanti funzioni di caposervizio)» (Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, in *Giust. civ. Mass.*, 2016; nello stesso senso Cass. SS.UU. 6 marzo 2009, n. 5454, in *Giust. civ. Mass.*, 2009, 3, p. 398; Cass. 6 marzo 2016, n. 4766, in *Not. giur. lav.* 2006, 478).

allega⁴⁶, tant'è che il lavoratore deve allegare le circostanze di fatto su cui si fonda la pronuncia di illegittimità, mentre il datore di lavoro deve prendere posizione in maniera precisa circa i fatti posti a fondamento della domanda.

Infine, il quadro si completa con una novità di rilievo rispetto alla precedente disciplina, ossia la possibilità di stipulare, nelle sedi protette di cui all'art. 2113 c.c. e dinanzi alle Commissioni di certificazione, accordi individuali di dequalificazione, ossia di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento e/o della relativa retribuzione.

L'esercizio dello *ius variandi in melius*, ossia l'assegnazione del lavoratore a mansioni di livello superiore, costituiva una legittima prerogativa del datore di lavoro anche in vigenza della precedente disciplina. In breve, l'espletamento di mansioni di livello superiore dà luogo immediatamente, in ottemperanza all'art. 36 Cost., al diritto di percepire il trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori, per tutto il periodo in cui venga riconosciuto l'effettivo espletamento delle stesse. Accanto a tale garanzia, l'ordinamento riconosceva, e tuttora riconosce, il diritto di conseguire una promozione automatica, ossia la definitiva assegnazione alle mansioni superiori, una volta decorso il termine previsto dalla contrattazione collettiva o dalla legge.

La nuova disciplina prevede che l'assegnazione divenga definitiva in seguito ad un periodo determinato dalla contrattazione collettiva e che, solo in via suppletiva, ossia in assenza di un'apposita previsione da parte della contrattazione collettiva stessa, viga il termine fissato dalla legge in sei mesi continuativi (anziché i tre previsti dalla norma abrogata), salvo l'assegnazione abbia avuto luogo per ragioni sostitutive. Pertanto, dal dettato letterale della norma, si desume che la contrattazione collettiva potrebbe anche prevedere legittimamente un termine superiore ai sei mesi. Si tratta di una sostanziale novità rispetto alla disciplina previgente, in quanto i tre mesi previsti dal vecchio art. 2103 c.c. costituivano un termine massimo legale, cui la contrattazione non poteva derogare prevedendo un termine superiore. La contrattazione, in altri termini, poteva solo prevedere un termine inferiore, ma non superiore, ad eccezione del mutamento a mansioni di quadro o dirigente, laddove il termine poteva essere esteso a sei mesi.

Inoltre, la disposizione precisa che l'assegnazione diviene definitiva salva diversa volontà del lavoratore, il quale, pertanto, può rifiutarsi di assumere in via definitiva le nuove mansioni superiori. Si tratta di un'ipotesi non prevista precedentemente, la quale, da un lato, evidenzia senz'altro un'attenzione verso la volontà del lavoratore, dall'altro pone il problema

46 «In caso di inadempimento o di inesatto adempimento, è vero che grava sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto esatto adempimento, ma è pur vero che sul creditore incombe comunque l'allegazione dell'inesattezza dell'adempimento» (Cass. 8 luglio 2014, n. 15527, in *Giust. civ. Mass.*, 2014).

di accertare che quest'ultima non sia coartata dal datore di lavoro. Inoltre, appare paradossale che, sulla base del dettato letterale della norma, il lavoratore possa rifiutare la promozione automatica, ma nel contempo non possa rifiutare di svolgere le mansioni superiori cui è stato adibito.

5 Il ruolo della contrattazione collettiva e dell'autonomia individuale

A fronte delle modifiche legislative, sembra quindi che il diritto del lavoro miri ad aggirare quei limiti al potere datoriale ritenuti fino ad ora pacificamente inderogabili. Per ottenere tale scopo, il *Jobs Act* opera su più livelli: attraverso la modifica legislativa dell'art. 2103 c.c., attraverso la possibilità di deroghe *in peius* da parte della contrattazione collettiva, anche aziendale, nonché attraverso accordi individuali.

Per quanto concerne lo strumento della contrattazione collettiva in relazione al tema del mutamento di mansioni, non può che evidenziarsi una notevole apertura laddove il legislatore della legge di delega, attraverso la rimozione del limite legale (ad eccezione del mantenimento della categoria legale di inquadramento) ed il richiamo alla contrattazione collettiva, ha manifestato l'evidente volontà che sia proprio quest'ultima a perimetrare l'area di esigibilità delle mansioni, tanto con riferimento allo *ius variandi* orizzontale, tanto in relazione al demansionamento, nonché all'individuazione del termine per l'assegnazione definitiva a mansioni superiori. In tal senso, si può notare come il legislatore, allo scopo di ovviare alle rigidità del passato, nonché alle incertezze che un procedimento giudiziario poteva generare in presenza di un concetto indeterminato quale l'equivalenza, ha attribuito alla contrattazione collettiva il ruolo di delimitare l'area di esigibilità della mansione, ruolo che, fino all'entrata in vigore del decreto, era assegnato al giudice⁴⁷.

La contrattazione collettiva sarà quindi incentivata ad elaborare nuovi livelli di inquadramento, tenendo in considerazione la mobilità all'interno e tra gli stessi⁴⁸. Ad esempio, è auspicabile un intervento della contrattazione collettiva con riferimento alla categoria dei dirigenti, laddove, in assenza di livelli di inquadramento, il potere di *ius variandi* potrebbe, come già evidenziato precedentemente, estendersi eccessivamente in direzione orizzontale.

47 In tal senso, BROLLO, *op. ult. cit.*, p. 1164.

48 LISO, *op. ult. cit.*, p. 9. Si veda inoltre ZOLI, *loc. cit.*, laddove l'Autore ritiene che l'equo bilanciamento tra esigenze aziendali e interessi dei lavoratori debba essere rimesso alle parti sociali, le quali possono adottare soluzioni flessibili, ad esempio in tema di mansioni promiscue o fungibili o di rotazione in mansioni diverse e che sia necessario un ripensamento dei sistemi classificatori, specialmente nei settori in cui sono stati adottati modelli di inquadramento a fasce larghe (c.d. *broad banding*).

Vi è da sottolineare peraltro come non solo l'art. 3 del d.lgs. 81/2015 richiami con forza la contrattazione collettiva, ma l'intero decreto, attraverso la ripetuta previsione della formulazione «salvo diversa disposizione dei contratti collettivi», incentivi nettamente la stessa. Siffatta formulazione prevede dunque espressamente la possibilità che la contrattazione collettiva deroghi, anche *in peius*, alla disposizione normativa. Deve peraltro rammentarsi che già l'art. 8 della l. n. 148/2011 aveva attribuito ai contratti collettivi di lavoro sottoscritti a livello aziendale o territoriale (c.d. accordi di prossimità) la possibilità di introdurre deroghe, anche *in peius*, alle disposizioni del contratto collettivo nazionale di lavoro o di legge laddove le stesse riguardino l'organizzazione del lavoro e della produzione con riferimento alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e all'inquadramento del personale. Tuttavia, le intese devono essere volte «*alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività*».

La contrattazione collettiva viene inoltre richiamata, se non altro all'interno dell'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, senza alcuna aggettivazione⁴⁹. L'art. 51 del medesimo decreto chiarisce a tale proposito che, salvo diversa previsione, per contratti collettivi devono intendersi i contratti collettivi nazionali, territoriali ed aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, nonché i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria.

Il legislatore delegato, tuttavia, ad una flessibilità organizzativa non intende far corrispondere una flessibilità della retribuzione⁵⁰. Il mantenimento della retribuzione acquisita, tanto sotto il profilo statico quanto sotto quello dinamico, e del livello di inquadramento rimangono infatti requisiti essenziali della disciplina, non aggirabili attraverso il potere unilaterale del datore di lavoro, bensì esclusivamente attraverso un accordo individuale sottoscritto tra datore e lavoratore nelle sedi di cui all'art. 2113, co. 4, c.c., ossia dinanzi al Giudice *ex art.* 185 c.p.c., dinanzi alle Commissioni

49 L'art. 3, co. 4, d.lgs. n. 81/2015 prevede che «*ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti a livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi*»; il co. 7 «*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 più avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi consecutivi*».

50 Per quanto concerne la retribuzione, tuttavia, è fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Pertanto, se alle mansioni assegnate originariamente erano legate delle speciali indennità, queste verranno meno con le nuove mansioni inferiori.

provinciali di conciliazione *ex art.* 410 c.p.c., in sede sindacale *ex art.* 411 c.p.c., ovvero dinanzi alle Commissioni di certificazione.

Nelle sedi assistite, infatti, il lavoratore ed il datore possono stipulare un patto modificativo delle mansioni, della categoria legale, della retribuzione e del livello di inquadramento (senza alcun limite con riferimento al rispetto del numero di inquadramenti inferiori, né delle categorie legali). La nuova disposizione specifica che l'accordo sottoscritto deve però essere nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita del lavoratore⁵¹. Ad eccezione della prima, si tratta di ipotesi remote ma esistenti, quali quelle rappresentate da un soggetto che vuole cambiare mansione per sviluppare la propria professionalità in ambito differente (si pensi ad esempio ad un progettista desideroso di sviluppare la propria professionalità in ambito commerciale o viceversa) o ad un lavoratore che intende svolgere mansioni che gli consentano condizioni di vita migliori in una prospettiva di conciliazione tra vita e lavoro (si pensi ad esempio ad un soggetto desideroso di cambiare mansione per avere più tempo libero o per non essere costretto a trasferte).

Tuttavia, tali accordi individuali, sebbene sottoscritti nelle sedi protette, potrebbero essere esposti al rischio di abusi, risultando contaminati da un pregiudizio di fondo, rappresentato dalla posizione di tendenziale debolezza in cui verte un lavoratore che potrebbe trovarsi nella posizione di dover scegliere tra la riduzione della retribuzione, del livello di inquadramento o addirittura della categoria legale, da una parte, e la perdita del posto di lavoro, dall'altra. Deve infatti evidenziarsi che l'accordo sottoscritto tra le parti in sede protetta non consiste, come abitualmente accade, in un accordo transattivo (in occasione del quale il lavoratore dispone di diritti già acquisiti), bensì in una nuova regolamentazione, valida per il futuro, relativa alle condizioni del rapporto di lavoro in essere. Vi è dunque da chiedersi quale sia il margine di sindacabilità di detti accordi, ossia se gli stessi possano essere oggetto di impugnazione in sede giudiziale. Ebbene, elemento imprescindibile per la validità del patto di demansionamento è l'interesse del lavoratore, in assenza del quale quest'ultimo potrebbe invocare la nullità dell'accordo dinanzi all'organo giudiziario⁵². La Cassazione, ha specificato che «è legittimo il patto di demansionamento che, sotto-

51 In tal senso, la disciplina si pone in sintonia con il d.lgs. n. 80/2015 sulle misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro in attuazione dell'art. 1, co. 8 e 9, della l. 10 dicembre 2014, n. 183.

52 In tal senso, DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT* - 263/2015, p. 9, secondo cui «la nullità deve inoltre ritenersi operare in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso».

scritto dal lavoratore che manifesti un consenso non affetto da vizi della volontà, ai soli fini di evitare un licenziamento, gli attribuisca mansioni inferiori a quelle per le quali era stato assunto o che aveva successivamente acquisito, in mancanza di diverse soluzioni alternative all'estinzione del rapporto di lavoro: a tale condizione essendo equiparabile la fattispecie integrata da presupposti fattuali prodromici al licenziamento (quali, nel caso di specie, il rifiuto di trasferimento a sede di lavoro diversa, distante oltre centocinquanta chilometri da quella di precedente prestazione dell'attività lavorativa, non più ivi esercitabile nelle mansioni medesime o corrispondenti, per soppressione della relativa unità)»⁵³.

6 Il difficile bilanciamento tra valori ed il controllo giudiziale

L'analisi della nuova disciplina dell'art. 2103 c.c. ci pone di fronte ad un sostanziale allentamento della rigidità che ha connotato, negli scorsi decenni, l'utilizzo dello strumento gestionale dello *ius variandi*. La riforma del *Jobs Act* in materia di mutamento di mansioni, altro non è che un esempio emblematico del radicale cambiamento che sta affrontando il diritto del lavoro dei nostri tempi. Ispirato ad una cultura neo-liberale proclamata a gran voce dalle istituzioni economiche internazionali, il *Jobs Act* ha inciso profondamente sulla matrice disciplinare del rapporto di lavoro, considerato sempre più un comune contratto di scambio e sempre meno un rapporto di potere che necessita di essere riequilibrato in favore della parte debole. Dinanzi ad un mondo in continuo cambiamento, il legislatore delegato infatti, prendendo atto dell'incertezza che connotava lo *ius variandi*, ha inteso incentivare l'utilizzo di tale strumento gestionale, rendendo di fatto prevedibile *ex ante*, da parte del datore, la valutazione circa la legittimità dell'esercizio dello stesso⁵⁴.

Alla semplificazione della disciplina sembra conseguire un radicale cambiamento nel ruolo del giudice. Lo stesso infatti parrebbe doversi limitare a compiere un accertamento di tipo oggettivo, ossia accertare la riconducibilità delle nuove mansioni al medesimo livello e categoria legale di quelle precedenti, in ragione delle previsioni della contrattazione collettiva. Si verifica quindi il passaggio da una tutela giurisdizionale di tipo sostanziale, dove il giudice accertava la sostanziale equivalenza tra la mansione di partenza e di destinazione, ad una tutela di tipo formale, dove il giudice si limita all'accertamento della riconducibilità della mansione di partenza e

⁵³ Cass. 6 ottobre 2015, n. 19930, in *Dir. & giust.*, 2015, n. 36, p. 20, con nota di MARINO, *Se l'alternativa è il trasferimento del lavoratore a 150 km di distanza, il patto di demansionamento è legittimo*.

⁵⁴ BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, a cura di F. Carinci, ADAPT University Press, 2015, p. 50.

di destinazione al medesimo livello e categoria legale di inquadramento. In tal senso, le nuove norme del *Jobs Act* rischiano di rendere meccanico il ruolo del giudice, relegando lo stesso a semplice notaio della procedura. A fronte di una marcata semplificazione, pare interessante chiedersi quale margine di sindacabilità permanga in tema di *ius variandi*, ossia se sia di fatto superata la necessità di un giudizio di valore ad opera del giudice e quali conseguenze risarcitorie comporti la violazione dell'art. 2103 c.c.

Ebbene, con riferimento alle tutele giurisdizionali, la giurisprudenza *ante* riforma ha confermato che, in caso di demansionamento illegittimo, il risarcimento debba estendersi tanto al danno patrimoniale⁵⁵, quanto a quello non patrimoniale qualora dal demansionamento derivi una lesione di un bene costituzionalmente protetto, quale la dignità del lavoratore⁵⁶.

Inoltre, non esistendo criteri normativi legali per la liquidazione del danno da demansionamento, il danno alla professionalità può ottenere risarcimento in via equitativa⁵⁷ ed attraverso la condanna all'adempimento in forma specifica, consistente nella condanna del datore di lavoro alla rimozione degli effetti del suo comportamento illegittimo⁵⁸.

Per quanto riguarda il controllo giudiziale, dinanzi a tale processo riformatore, soprattutto in una fase in cui la contrattazione collettiva non si è ancora adeguata al nuovo ruolo attribuitole, ossia quello di delimitare il margine di esigibilità della prestazione attraverso i livelli di inquadramento, sarebbe auspicabile una nuova responsabilizzazione del datore di

55 In tal senso, la Suprema Corte ha affermato che «il demansionamento illegittimo impone al datore di lavoro un obbligo risarcitorio che deve riguardare tutti gli aspetti del pregiudizio subito dal lavoratore, da accertare secondo le circostanze del caso concreto; per quanto riguarda il danno patrimoniale, esso deve essere riferito a ogni perdita di guadagno, conseguente all'illegittima modifica delle mansioni, restando irrilevante la circostanza che determinate voci retributive, decurtate a seguito dell'illegittimo demansionamento, avrebbero potuto subire variazioni anche in ipotesi di legittimo esercizio dello "ius variandi" (fattispecie riferita alla perdita dei cd. "decimi di senseria")» (Cass. 24 marzo 2010, n. 7046, in *Dir. & Lav.*, 2010, con nota MERONI, *Sulla riduzione della retribuzione nell'ipotesi di illegittimo esercizio dello ius variandi*).

56 *Ex multis*, App. Firenze 13 luglio 2009, in *Dir. & Lav.*, 2009, con nota ROTA, *Dequalificazione professionale e danno liquidabile dopo le decisioni delle*.

57 In tal senso, «il danno conseguente al demansionamento, essendo impossibile da provare nel suo preciso ammontare, deve essere quantificato - nei limiti del danno differenziale per quanto concerne il danno biologico - ricorrendo all'equità di cui all'art. 1226 c.c. avendo riguardo alla durata e all'entità del demansionamento, nonché alla notorietà della condizione di dequalificazione del lavoratore, senza operare alcuna distinzione tra i periodi di lavoro e i periodi di assenza per malattia, causalmente collegati al demansionamento, permanendo anche durante tali periodi la situazione di sconforto, stress, sofferenza e preoccupazione del lavoratore per la propria posizione lavorativa» (Trib. Monza 23 luglio 2009, in *Dir. & Lav.*, con nota HUGE, *Ancora in tema di danni da demansionamento*).

58 Cass. 20 gennaio 2001, n. 835, in *Lav. prev. oggi*, 2001, p. 357; Trib. Milano 26 aprile 2000, in *Dir. & Lav.*, p. 750.

lavoro attraverso la valorizzazione, da parte dei giudici, di strumenti di governo della discrezionalità privata, già presenti nel nostro ordinamento. Pensiamo in particolare ai principi civilistici di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c.⁵⁹, cui la giurisprudenza in materia di mutamento di mansioni già in passato ha fatto richiamo, stabilendo che «*le clausole generali impediscono che l'esercizio della discrezionalità possa sfociare in discriminazione, vessazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno della controparte*»⁶⁰. Tuttavia, la giurisprudenza consolidatasi in passato ha riservato un ruolo modesto alle clausole di correttezza e buona fede in relazione al tema del mutamento di mansioni, ritenendo che le stesse non possano autonomamente imporre al datore di lavoro obblighi di giustificazione o di motivazione del provvedimento.

In quest'ottica, si auspica un controllo giudiziale più serrato, al fine di evitare che il datore di lavoro possa esercitare arbitrariamente il proprio potere di *ius variandi*, pur all'interno dei limiti stabiliti dalla nuova norma di cui all'art. 2103 c.c. La clausola di buona fede rappresenta quindi lo strumento attraverso cui il potere giudiziario può verificare che il datore di lavoro operi in prima persona un efficiente bilanciamento di valori, considerando, alla luce delle mutevoli esigenze aziendali, tanto la salvaguardia della competitività quanto quella della professionalità del lavoratore, richiamata espressamente, lo si ricorda, all'interno del testo della legge di delega. In sostanza, il controllo giudiziale non può limitarsi all'accer-

59 Parte della giurisprudenza, nel corso degli anni, ha ritenuto che le disposizioni relative dall'esercizio del potere discrezionale siano suscettibili di essere integrate e precisate dalle clausole generali di correttezza e buona fede di cui agli artt. 1175 e 1375 c.c. Infatti, sono oggi numerose le pronunce della giurisprudenza di legittimità in cui si rinvencono limiti interni ai poteri datoriali. Ad esempio, «*in materia di procedure concorsuali di assunzione e promozione del personale, il sindacato giurisdizionale sull'esercizio del potere datoriale può essere esercitato nei casi in cui esso non sia rispettoso dei canoni generali di correttezza e buona fede, o sia affetto da manifesta inadeguatezza o irragionevolezza oppure arbitrarietà, sicché la valutazione delle prove concorsuali con criteri diversi da quelli indicati nel bando, da ritenersi predefiniti e vincolanti, inficia il diritto soggettivo dei singoli concorrenti al rispetto di tali criteri, a prescindere dall'accertamento del rapporto di causalità tra il corretto svolgimento della prova e l'utile collocazione fra gli idonei dei candidati interessati*» (Cass. 28 maggio 2013, n. 13176, in *Giust. civ. Mass.*, 2013, nello stesso senso Cass. 18 gennaio 2011, n. 1075, in *Giust. civ. Mass.*, 2011, p. 73; Cass. 3 marzo 2010, n. 5119, in *Giust. civ. mass.*, 2010, III, p. 319). Allo stesso modo, il datore di lavoro ha l'obbligo di motivare le valutazioni e le note di qualifica, in modo tale da consentire l'accertamento dell'eventuale sussistenza di intenti discriminatori o di ritorsione, motivi illeciti o irragionevoli. In particolare, «*le valutazioni del datore di lavoro non sono insindacabili in giudizio, poiché il datore di lavoro è soggetto ai limiti posti da eventuali criteri obiettivi previsti dal contratto collettivo ed agli obblighi contrattuali di correttezza e buona fede di cui agli art. 1175 e 1375 c.c.; inoltre, l'indagine giudiziale sulla correttezza di tali valutazioni costituisce accertamento di fatto riservato al giudice soggetto unicamente al controllo di idoneità della motivazione da parte della Cassazione*» (Cass. 11 febbraio 2008, n. 3227, in *Giust. civ. mass.* II, p. 204, nello stesso senso Cass. 20 giugno 2003, n. 9898, in *Giust. civ. Mass.*, p. 6).

60 Cass. 10 maggio 2002, n. 6763, in *Riv. it. dir. lav.*, 2003, II, p. 46.

tamento del rispetto formale della norma di cui all'art. 2103 c.c., bensì, considerato che l'esercizio del potere di *ius variandi*, così come concepito dalla riforma, può di fatto comportare la lesione di diritti fondamentali del lavoratore, deve valutare la razionalità e la proporzionalità dell'atto all'interno dell'ordinamento. Riprendendo il concetto di proporzionalità elaborato dalla Corte di Giustizia dell'UE, sarebbe auspicabile un controllo volto a verificare l'esistenza di un nesso di causalità tra la lesione del diritto costituzionalmente garantito, nel caso di specie la professionalità, ed il fine prefissato, che non vi siano mezzi più miti che il datore di lavoro potrebbe adottare in vista del medesimo fine ed, infine, che la lesione non sia sproporzionata rispetto al fine perseguito. In tal senso, la giurisprudenza potrebbe ad esempio ritenere che, pur in presenza di una modifica degli assetti organizzativi aziendali, il demansionamento sia possibile solamente laddove lo stesso costituisca un'*extrema ratio*, ossia laddove non vi siano posti occupabili all'interno del livello di inquadramento posseduto⁶¹.

Ed inoltre, la scelta di chi demansionare tra più lavoratori, nell'ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali, non potrà essere arbitraria, bensì dovrà essere improntata al rispetto delle clausole di correttezza e buona fede. L'utilizzo di tali clausole in relazione ai criteri di scelta non rappresenterebbe peraltro una novità. La Suprema Corte, in materia di licenziamento per giustificato motivo oggettivo, ove non sia applicabile la disciplina dei licenziamenti collettivi, ha infatti affermato che il datore non è libero di decidere arbitrariamente con quale prestatore di lavoro interrompere il rapporto, ma deve in ogni caso operare tale scelta nel rispetto dei principi della buona fede e della correttezza⁶².

Infine, a salvaguardia del patrimonio personale e professionale del lavoratore, si ritiene che, nel caso di demansionamento o comunque di mutamento sostanziale delle mansioni, il datore di lavoro non potrebbe imporre al lavoratore di continuare a svolgere la nuova mansione né di accollarsi il costo dell'indennità di preavviso nel caso di dimissioni dello stesso. Vi è da sottolineare infatti che, a garanzia della posizione del lavoratore,

61 In tal senso, LISO, *op. ult. cit.*, p. 12.

62 In tal senso, «nel caso di licenziamento per ragioni inerenti l'attività produttiva e l'organizzazione del lavoro, ai sensi della L. n. 604 del 1966, art. 3, se il giustificato motivo oggettivo consiste nella generica esigenza di riduzione di personale omogeneo e fungibile, il datore di lavoro deve pur sempre improntare l'individuazione del soggetto (o dei soggetti) da licenziare ai principi di correttezza e buona fede, cui deve essere informato, ai sensi dell'art. 1175 c.c., ogni comportamento delle parti del rapporto obbligatorio e quindi anche il recesso di una di esse. Il giudice di merito, affermando apoditticamente che il datore non era tenuto ad adottare criteri di scelta per l'individuazione dell'unico soggetto da licenziare, invece, non ha verificato se nel caso di specie la scelta fosse stata effettuata nel rispetto dei detti canoni di correttezza e buona fede e, quindi, sulla base di un criterio improntato a razionalità e graduazione delle posizioni dei lavoratori interessati» (Cass. 28 marzo 2011, n. 7046, in *Dir. rel. ind.*, 2011, III, p. 787 ss.).

una soluzione analoga, nel senso della giusta causa delle dimissioni, è già stata adottata in tema di trasferimento d'azienda. L'art. 2112 c.c. prevede infatti che il lavoratore, nel caso in cui in conseguenza del trasferimento d'azienda le condizioni del lavoratore subiscano una sostanziale modifica, possa rassegnare le proprie dimissioni per giusta causa entro tre mesi dal trasferimento stesso. Ebbene, non vi sarebbe da stupirsi se, accostando le due fattispecie, anche le dimissioni rassegnate da un lavoratore a causa del mutamento *in peius* delle mansioni venissero considerate rassegnate per giusta causa e non venisse quindi imputato al lavoratore il costo dell'eventuale preavviso non lavorato⁶³.

Un serrato controllo sulla discrezionalità dell'esercizio del potere datoriale, imperniato sul rispetto dei principi civilistici di correttezza e buona fede di cui agli articoli 1175 e 1375 c.c., produrrebbe quindi, se sistematicamente attuato, un nuovo giudizio di valore sulla legittimità dell'esercizio dello *ius variandi* ed il giudice manterrebbe il ruolo essenziale di garante del rispetto dei valori fondamentali della Costituzione, ossia di «*estremo terminale della giustizia (del singolo caso) ed insostituibile mediatore sociale e culturale*»⁶⁴.

Bibliografia

BETTINI, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2014.

BINI, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1240 ss.

BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1456 ss.

BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Commentario al codice civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1997, p. 673 ss.

BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, ADAPT University Press, 2015, p. 28 ss.

63 In tal senso, BAROZZI, *op. cit.*, p. 41. L'Autore sottolinea che un ulteriore precedente analogo si rinviene nella contrattazione collettiva, laddove l'art. 24, CCNL dirigenti commercio e l'art. 16, CCNL industria prevedono che il dirigente, nel caso di mutamento di mansioni sostanzialmente incidente sulla sua posizione, abbia il diritto di risolvere entro 60 giorni il rapporto di lavoro e di percepire l'indennità sostitutiva del preavviso per licenziamento.

64 MAZZOTTA, *Il giudice del lavoro, la costituzione e il sistema giuridico: fra metodo e merito*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2013, p. 239.

- CAMPANELLA, *Clausole generali e obblighi del prestatore di lavoro* (relazione AIDLASS 2014). URL http://www.aidlass.it/wp-content/uploads/2015/11/Giornate-di-Studio-Aidlass_2014_Campanella.pdf.
- CARABELLI, *Organizzazione del lavoro e professionalità nel nuovo quadro giuridico*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 1 ss.
- DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 263/2015.
- DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 853 ss.
- FERLUGA, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Milano, 2012.
- FERRANTE, *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato. Eccezione di inadempimento, rifiuto di obbedienza, azione diretta individuale*, Torino, 2004.
- GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.
- 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 rapporti di lavoro*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT*, 257/2015.
- LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.
- MAGNANI, *Organizzazione del lavoro e professionalità tra rapporti e mercato del lavoro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2004, p. 101 ss.
- MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 437 ss.
- NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 1047 ss.
- PANIZZA, *Ius variandi e oneri probatori: su chi grava la prova dell'osservanza o dell'inosservanza della regola dell'equivalenza*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1342 ss.
- PAOLITTO, *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di Ghera, Garofalo, Cacucci ed., Bari, 2015, p. 155 e ss.
- PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, in *Dir. lav.*, 1971, p. 11 ss.
- PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano, 1996.
- PISANI, *Riforma della mobilità orizzontale e sua immediata applicabilità*, in *Mass. giur. lav.*, 2015, p. 780 ss.
- SARACINO, *Le mansioni superiori*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di Ghera, Garofalo, Cacucci ed., Bari, 2015, p. 187 ss.
- SARTORI, *Limiti allo ius variandi e flessibilità: i paradossi della giurisprudenza*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, p. 654 ss.

SARTORI, *Il testo unico sulle tipologie contrattuali e le mansioni: un nuovo equilibrio tra flessibilità e tutele*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, p. 231 ss.

VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, 262/2015.

ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di Fiorillo, Perulli, Torino, 2015, p. 333 ss.