



Lo *jus variandi* nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 268/2015

© Umberto Gargiulo 2015
Università degli Studi "Magna Græcia" di Catanzaro
gargiulo@unicz.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



Lo *jus variandi* nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.^α

Umberto Gargiulo
Università "Magna Græcia" di Catanzaro

1. La rivincita delle mansioni.....	2
2. Morta l'equivalenza, viva l'equivalenza!	3
3. Il presupposto del demansionamento: la «modifica degli assetti organizzativi»	5
4. L'«obbligo formativo» e la sua (ir)rilevanza	10
5. L'accordo individuale di declassamento	11
6. L'assegnazione di mansioni superiori	15
7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dei mutamenti di mansioni	17

^α Lo scritto è in corso di pubblicazione in *Rivista Giuridica del Lavoro*, n. 3/2015. Una versione ridotta del contributo è destinata alla raccolta di scritti in onore di Raffaele De Luca Tamajo.

1. La rivincita delle mansioni

Quarantacinque anni dopo la prima novella ad opera dell'art. 13, l. 20 maggio 1970, n. 300, il Governo Renzi modifica una tra le norme più rilevanti dello Statuto dei lavoratori: l'art. 3 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, cambia infatti in maniera significativa *ratio* e contenuti dell'art. 2103 cod. civ.

Il primo dato da evidenziare è che nella nuova norma permane il riferimento alle *mansioni* quale elemento identificativo della prestazione lavorativa¹. Il legislatore non accantona il richiamo ai (meri) compiti assegnati al lavoratore, che pure ha registrato nel tempo diverse proposte di superamento, soprattutto in favore di una configurazione della professionalità del prestatore² come oggetto del contratto di lavoro.

Il richiamo alla categoria viene affiancato dall'inquadramento professionale e, soprattutto da frequenti rinvii al livello di inquadramento del dipendente. Questa novità ha due immediate conseguenze: richiamando il livello, quale perno attorno al quale ruotano le iniziative di mobilità, orizzontale o verticale, consentite al datore di lavoro, il legislatore cristallizza nella norma un modello di classificazione utilizzato in diversi settori, ma che ha pure incontrato interessanti tentativi di aggiornamento.

A partire dalla metà degli anni Ottanta, si è invero fatto ricorso, in alcuni ambiti produttivi, a sistemi meno rigidi, incentrati sulla qualifica convenzionale: classificazioni a fasce larghe (c.d. *broad banding*) maggiormente in grado di coniugare esigenze di flessibilità e vincoli alla mobilità.

Tant'è che, come noto, un ordinamento professionale siffatto è l'unico applicato nel lavoro pubblico³ e attualmente – dopo la novella dell'art. 52, d.lgs. 165/2001 del 2009 – l'*area* d'inquadramento è addirittura prescritta dalla legge⁴. Ciò vuol dire che, quanto

¹ Tra gli autori che hanno esaminato la norma previgente, per l'attualità di alcune considerazioni proprio sulla nozione di mansioni, v. M. Dell'Olio, *L'oggetto e la sede della prestazione di lavoro. Le mansioni, la qualifica, il trasferimento*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di Diritto privato*, vol. 15, t. I, Utet, Torino, 1986, p. 501 ss.; C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, Milano, 1996; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in P. Schlesinger (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 1997.

² Sul rapporto tra professionalità e oggetto del contratto v. M. Napoli, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in Aa. Vv., *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1057 ss.

³ G. Della Rocca, *Gli ordinamenti professionali a fasce larghe o «broad banding»: l'esperienza in Gran Bretagna e in Italia*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2003, p. 271 ss.

⁴ M. Esposito, *Ordinamento professionale e disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico*, in

consapevolmente al momento non è dato sapere⁵, il legislatore rimarca, anche in questa sede, la tendenza verso una "nuova" separazione regolativa tra lavoro privato e impiego pubblico, in costante controtendenza rispetto alle dichiarazioni (politiche) di avvicinamento dei due ambiti e alle prescrizioni (normative) vigenti che confermano una parziale omogeneità delle fonti di disciplina.

In ogni caso, è indubbio che il sistema d'inquadramento per livelli presenti un notevole grado di rigidità. Va pure detto, però, che siffatto strumento classificatorio conserva una coerenza proprio in relazione al concetto di mansione, laddove la classificazione per aree presuppone una svalutazione delle caratteristiche contenutistiche della prestazione lavorativa, in favore di quelle c.d. modali/procedurali dell'attività⁶.

L'altro portato di tale opzione è che la classificazione per livelli presuppone un intervento pressoché "necessario" della contrattazione collettiva; in maniera indiretta, la riforma finisce quindi per rivitalizzare il ruolo dell'autonomia collettiva, la cui attività diventa essenziale per l'operatività stessa della norma (sul punto v. *infra* § 7).

All'esito del passaggio nelle commissioni parlamentari, il testo definitivo contiene, come si è detto, un elemento in più, confinando il mutamento di mansioni entro l'ambito, oltre che del livello, della «categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte»: modifica che, tuttavia, non pare in grado di ridurre i problemi, stante l'ampiezza del concetto di categoria e la limitata funzione che questa svolge in presenza di sistemi classificatori ad inquadramento unico.

2. Morta l'equivalenza, viva l'equivalenza!

Ad una prima lettura, colpisce nel nuovo testo dell'art. 2103 cod. civ. la scomparsa del richiamo all'*equivalenza*, che della norma previgente costituiva, in definitiva, il cardine applicativo.

Forse negativamente condizionato da nove lustri di oscillazioni giurisprudenziali, il legislatore cancella un termine che, almeno ad avviso di chi scrive, collegando ad un giudizio di valore la verifica circa la legittimità dei provvedimenti di *jus variandi*⁷, presentava una significativa

U. Carabelli, M.T. Carinci (a cura di), *Il lavoro pubblico in Italia*, Cacucci, Bari, 2010, p. 167 ss.

⁵ Le iniziative legislative del Governo, attualmente all'esame del Parlamento, sembrerebbero confermare questa sensazione.

⁶ F. Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 1994, 2, p. 44; A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 34.

⁷ Si consenta di rinviare a U. Gargiulo, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008.

“modernità”, per sostituirlo con un’espressione più ambigua e polisemica. Nel testo emanato dal Governo si parla infatti di «mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte».

Avendo conservato, opportunamente, il riferimento all’effettività, la norma non ricorre ad un criterio di raffronto esclusivamente formale tra il *prima* e il *dopo* dell’assegnazione: si continua pertanto ad aver bisogno di uno strumento di verifica idoneo a sovrapporre situazioni concrete, adibizioni effettive, che richiede cioè la comparazione tra insiemi di compiti, i quali potrebbero risultare quantitativamente, ma soprattutto qualitativamente, anche molto differenti.

La *riconducibilità* è però concetto assai poco tecnico, che esprime appunto la “riferibilità”, la possibilità di attribuzione ad un soggetto o, come in questo caso, a un contesto di identificazione più ampio (il livello professionale considerato).

Chi ha scritto la norma pensava evidentemente di esaltare un meccanismo di incasellamento semi-automatico dei compiti entro un profilo classificatorio, riducendo l’aleatorietà connessa all’utilizzo di una relazione valoriale, come accadeva nella vigenza del testo precedente la novella.

Il punto è che non sempre un tratto di penna del legislatore riesce a risolvere i problemi della realtà. Di fronte ad atti di esercizio dello *jus variandi* che portino all’assegnazione di mansioni non previste “testualmente” nella declaratoria professionale del contratto collettivo, l’interprete dovrà comunque ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del *valore* delle mansioni nuove rispetto alle «ultime effettivamente svolte», applicando dunque nuovamente il principio di equivalenza che, accompagnato poco garbatamente alla porta dal legislatore, è destinato a rientrare di prepotenza dalla finestra del giudice.

Ma i nodi non si sciolgono neppure nell’ipotesi di perfetta “riconducibilità” delle nuove mansioni allo «stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte» e ciò per un motivo affatto trascurabile, del quale non sembra tenersi conto in tutta la normativa delegata: torna al centro, infatti, il tema mai risolto della natura e dell’efficacia dei prodotti dell’autonomia collettiva privata, stante la parziale inattuazione del vigente art. 39 della Costituzione⁸.

Con riferimento all’art. 2103 cod. civ. previgente, la Corte di Cassazione aveva chiarito, peraltro, che il ruolo svolto dalla contrattazione collettiva in tema di inquadramenti e mansioni non vincola

⁸ In argomento sono ancora attuali le riflessioni di M. D’Antona, *Il quarto comma dell’art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665.

in modo assoluto la valutazione del giudice⁹, il quale deve sempre verificare che le mansioni assegnate al lavoratore nell'esercizio dello *jus variandi* «corrispondano alla specifica competenza tecnica del dipendente, ne salvaguardino il livello professionale, non lo danneggino altrimenti nell'ambito del settore o socialmente, e siano comunque tali da consentire l'utilizzazione del patrimonio di esperienza lavorativa acquisita nella pregressa fase del rapporto; di guisa che sussiste la violazione del disposto di cui all'art. 2103 cod. civ. qualora le nuove mansioni, pur comprese nel livello – o nella categoria – contrattuale già attribuito al dipendente, comportino una lesione del suo diritto a conservare e a migliorare la competenza o professionalità maturata, o pregiudichino quello al suo avanzamento graduale nella gerarchia del settore»¹⁰.

L'elisione dell'espressione *equivalenza* non pare in grado di determinare una revisione anche di questa posizione¹¹, connessa essenzialmente alle caratteristiche del contratto collettivo nel settore privato¹² e al ruolo del giudice nell'interpretazione del medesimo, prima ancora che all'oggetto della valutazione giudiziale.

Anche per questi motivi la nozione di equivalenza sembra sopravvissuta alla sua formale eliminazione dal testo della disposizione novellata, con quali conseguenze sul piano applicativo e incertezze su quello interpretativo è agevole presagire.

3. Il presupposto del demansionamento: la «modifica degli assetti organizzativi»

La disposizione che pone maggiori problemi è il (nuovo) secondo comma dell'art. 2103 cod. civ., in base al quale la «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore»

⁹ Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, in *Giust. civ. Mass.*, 2004, f. 3; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, in *Dir. lav.*, 1996, II, p. 356; Cass. 9 aprile 1992, n. 4314, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 287; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, in *Not. giur. lav.*, 1988, p. 313; ma già Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, in *Foro it.*, 1986, I, c. 149. L'arresto giurisprudenziale più recente in argomento, confermato dalle decisioni successive, è comunque Cass. Ss.Uu. 24 novembre 2006, n. 25033, in *Foro it.*, 2007, I, c. 786, che riconosce all'autonomia collettiva significativi spazi di intervento.

¹⁰ Così Cass. 17 luglio 1998, n. 7040, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 276; Sul punto anche Cass. 1° settembre 2000, n. 11457, in *Lav. giur.*, 2001, p. 173.

¹¹ Tra le prime: Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, cit., per la quale: «questa norma consente la negoziabilità della valenza giuridica delle mansioni nell'ambito dell'organizzazione dell'impresa, non ammette la negoziabilità della valenza ontologica delle mansioni», pena «la vanificazione del loro valore reale, quale patrimonio personale del dipendente nel lavoro d'impresa, sostituendovi un valore convenzionale»; v. anche Cass. 18 dicembre 1992, n. 13387, in *Riv. it. dir. lav.*, 1993, II, p. 768; Cass. 16 aprile 2003, n. 6030, in *De Jure*.

¹² Discorso diverso viene fatto, come noto, per il settore pubblico. V. ad esempio, Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, in *Foro it.*, 2010, I, c. 78.

rappresenta il presupposto in grado di legittimare l'assegnazione «a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale».

Un primo elemento da segnalare è che i concetti utilizzati – *modifica* e *assetto organizzativo* – risultano oggettivamente più ampi e generici¹³ del già esteso¹⁴ riferimento ai «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale» contenuto nella l. 10 dicembre 2014, n. 183; in questo senso si potrebbe anche rinvenire un eccesso di delega da parte del Governo, il quale ha, per converso, rinunciato ad individuare i «parametri oggettivi» cui pure rinvia sempre l'art. 1, co. 7, lett. e), l. 183/2014.

La non coincidenza delle nozioni organizzative contemplate dalle due previsioni determina una pericolosa (sebbene non infrequente) "inversione" della fisiologica relazione tra delega e suo esercizio: il delegato estende significativamente il precetto ricevuto dal delegante, piuttosto che definirlo e specificarlo nella stesura della norma posta a valle.

L'attività dell'interprete, allora, accantonando in questa sede il tema dell'eccesso di delega e nel tentativo di superarlo (per ora) sul piano ermeneutico, impone di leggere l'art. 3 del decreto legislativo in relazione al principio di delega, confinando il novellato art. 2103 cod. civ. entro i già ampi limiti disegnati dalla legge 183/2014.

L'assegnazione del lavoratore a mansioni di livello inferiore non potrà quindi essere disposta alla luce di un "qualsiasi" mutamento dell'assetto organizzativo: il richiamo alla relazione con la posizione del lavoratore – incidenza sulla posizione individuale, che forse avrebbe dovuto essere correttamente riferita alla modifica e declinata al singolare, più che agli assetti stessi – pare infatti richiedere esclusivamente un nesso di causalità tra modifica organizzativa, posizione del singolo ed esercizio dello *jus variandi* verso il basso. Correttamente interpretato

¹³ 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*, in *CSDLE, It, n. 257/2015*, p. 11, osserva che «il termine è oltremodo generico, specie considerando che la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi»; di questo avviso già 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*, Adapt University Press, *e-Book series n. 40/2015*, p. 317.

¹⁴ Con riferimento alla delega è stata segnalata la possibile violazione dell'art. 76 Cost. V. sul punto i rilievi di V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline del rapporto di lavoro*, in *CSDLE, It, n. 233/2014*, p. 30 ss., il quale tuttavia mette in guardia da facili "entusiasmi", ricordando l'atteggiamento "tollerante" della Consulta al cospetto di deleghe caratterizzate da genericità ed indeterminazione.

l'art. 3 del decreto alla luce della previsione di delega, invece, l'assegnazione a mansioni inferiori potrà essere disposta legittimamente soltanto per contemperare «*l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche*».

In assenza di un "rischio" concreto – e verificabile in sede giudiziale – per il posto di lavoro, la professionalità o le condizioni di vita ed economiche, interessi che testualmente vengono considerati dal legislatore solo in presenza di accordi di dequalificazione, non potrà essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell'assetto negoziale, con il mutamento dell'oggetto del contratto autorizzato dalla norma.

È opportuno, al riguardo, per evitare la ripetizione di concetti che dovranno essere ripresi e sviluppati più avanti, rinviare a quanto si dirà sugli accordi di declassamento: considerazioni che valgono anche per le assegnazioni di mansioni che incidano "soltanto" sul contenuto della prestazione, pur senza determinare una modifica definitiva dell'inquadramento.

La genericità del capoverso del nuovo art. 2103 cod. civ., tuttavia, non è frutto di incertezza nella redazione del testo, ma di una precisa scelta legislativa, palesata dall'intreccio che si registra tra secondo, quinto e sesto comma della previsione.

Quando si verifica l'ipotesi di cui al comma 2 (il discorso vale anche per il comma 4, per il quale, tuttavia, è opportuno, pure in tal caso per esigenze di sintesi, rinviare ai rilievi svolti al § 5), il lavoratore conserva livello di inquadramento e trattamento economico in godimento, con la sola eccezione delle voci retributive connesse a peculiari modalità di svolgimento della prestazione; integrazione inserita evidentemente al fine di risolvere in anticipo eventuali contrasti giurisprudenziali.

Il combinato disposto dei commi 2 e 5, quindi, consente al datore di lavoro di adibire il lavoratore allo svolgimento di mansioni inferiori, senza tuttavia che ne consegua una diminuzione della retribuzione, ma neppure una modifica del livello di inquadramento.

Più delicato è il tema della durata di siffatta adibizione *in pejus*: non c'è nel testo alcun riferimento ad una temporaneità dell'assegnazione, che potrebbe divenire, di fatto, tendenzialmente permanente, in assenza di successivi provvedimenti che contemplino una nuova e diversa attribuzione di compiti.

Quanto al profilo più squisitamente tecnico, colpisce la divaricazione tra l'inquadramento formale del lavoratore e il concreto contenuto della sua prestazione lavorativa. Il primo, peraltro, conserva una forza di resistenza nell'ipotesi di successivo mutamento delle mansioni assegnate:

il lavoratore dovrà, pertanto, essere adibito a compiti riconducibili ("equivalenti") a quelli del livello di classificazione conservato, non certo del livello inferiore al quale appartengono le mansioni che gli sono state assegnate dopo l'esercizio dello *jus variandi* ai sensi del secondo comma.

In ogni caso il meccanismo disegnato dalla norma determina la descritta dissociazione sul piano negoziale: in buona sostanza si realizza una scissione, potenzialmente permanente, tra oggetto dell'obbligazione lavorativa (che, in assenza di modificazione definitiva del livello di inquadramento, resta quello convenuto inizialmente ovvero «successivamente acquisito» dal dipendente) e prestazione richiesta al lavoratore. In tal maniera lo *jus variandi* conosciuto dal diritto del lavoro – che già si caratterizzava come facoltà assai peculiare, al cospetto di altri rami dell'ordinamento – finisce per divenire ancor più "straordinario", con la legittimazione normativa di un singolare strabismo tra assetto contrattuale convenuto e quotidiana esplicazione del rapporto negoziale.

Nella redazione finale del decreto è stato anche inserito un obbligo di comunicare in forma scritta, a pena di nullità, il mutamento peggiorativo, disposto ai sensi dei commi 2 o 4. Si tratta di un'innovazione da valutare positivamente: il testo scritto renderà più agevole la determinazione del momento a partire dal quale si verifica il mutamento *in pejus*, facilitando il controllo giudiziale sulla legittimità della modifica, soprattutto se venisse accolta una lettura della norma che legittimi il demansionamento soltanto in conseguenza di un mutamento organizzativo idoneo a determinare la soppressione definitiva del posto di lavoro, incidendo dunque sulla posizione del singolo prestatore.

C'è ovviamente da augurarsi che la giurisprudenza non adotti un'interpretazione formalistica ed imponga anche la comunicazione della ragione («la modifica degli assetti organizzativi aziendali», appunto) addotta quale causa del demansionamento, evitando una divaricazione tra comunicazione e giustificazione del provvedimento datoriale¹⁵.

Aspetto molto più delicato e potenzialmente foriero di contenzioso è la sussistenza di un "diritto" del lavoratore all'assegnazione di mansioni proprie del livello nel quale è inquadrato: tentativo di conseguire un riallineamento tra inquadramento formale conservato dal prestatore e compiti al medesimo effettivamente assegnati.

Senza scomodare il tema della *mora credendi* nel diritto del lavoro¹⁶

¹⁵ Al pari di quanto invece accade in tema di trasferimento individuale: Cass. 9 agosto 2013, n. 19095, in *De Jure*; Cass. 17 maggio 2010, n. 11984, in *De Jure*; Cass. 5 gennaio 2007, n. 43, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, II, p. 870.

¹⁶ G. Ghezzi, *La mora del creditore nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1965; E. Ghera, F. Liso, *Mora del creditore (diritto del lavoro)*, in *Enc. dir.*, XXVI, Giuffrè, Milano, 1976, p. 977; E. Balletti, *La cooperazione del datore di lavoro all'adempimento dell'obbligazione di*

e più in generale l'individuazione nel nostro ordinamento di un diritto all'adempimento in capo al debitore, proprio la conservazione del livello d'inquadramento, che lo stesso comma 5 qualifica in termini di "diritto", pare configurare il presupposto per un conseguente *diritto alla riassegnazione* del lavoratore a mansioni proprie di quel livello, nel caso in cui, ad esempio, per effetto di dimissioni, pensionamenti o riassetti organizzativi, si liberi una posizione che richieda una prestazione coerente, in termini contenutistici, con il livello d'inquadramento formalmente posseduto dal lavoratore che sia stato precedentemente demansionato ai sensi dell'art. 2103, co. 2, cod. civ.

In tal caso, il lavoratore interessato – e che vi possa essere un interesse giuridicamente significativo, non solo economico (il recupero degli «elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento» della prestazione lavorativa, sacrificati per effetto dell'adibizione *in pejus*), ma anche e soprattutto "professionale" del prestatore appare francamente indiscutibile – potrà rivendicare la copertura del posto resosi libero e che gli consenta il descritto riequilibrio tra inquadramento e mansioni.

Problema diverso è la coercibilità di tale diritto: gli attuali arresti della giurisprudenza sull'esecuzione degli obblighi di fare nel contesto delle relazioni di lavoro e sui limiti, anche normativi, all'intervento giudiziale sugli assetti organizzativi *insindacabilmente* definiti dall'imprenditore¹⁷, probabilmente fanno propendere per lo spostamento del problema verso una riparazione per equivalente, attraverso il risarcimento dei danni subiti, qualificabili semmai (in assenza di una privazione patrimoniale, stante la parziale garanzia di conservazione del trattamento retributivo in godimento) quasi esclusivamente in termini di perdita di chance – in relazione dunque alle possibilità di crescita professionale, piuttosto che di mantenimento della professionalità acquisita¹⁸ – con i connessi problemi di quantificazione del nocumento

lavoro, Cedam, Padova, 1990; V. Speziale, *Mora del creditore e rapporto di lavoro*, Cacucci, Bari, 1992; dello stesso Autore Id., *La mora del creditore nelle interpretazioni dei giuslavoristi*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2014, p. 693.

¹⁷ È la Corte di Cassazione ad aver parlato talvolta di «assetto organizzativo insindacabilmente stabilito» dall'impresa: così Cass., Ss. Uu., 7 agosto 1998, n. 7755, in *Riv. it. dir. lav.*, II, p. 170, con nota di G. Pera, ma anche Cass. 26 maggio 2001, n. 7210, in *Guida lav.*, 2001, 31, p. 31, e Cass. 2 agosto 2001, n. 10574, in *Mass. giur. lav.*, 2002, p. 164.

¹⁸ È sufficiente richiamare, al riguardo, la giurisprudenza più recente, che, nell'ipotesi di demansionamento illegittimo, nega la riconoscibilità di un danno alla professionalità *in re ipsa*, onerando il lavoratore della prova del danno subito e della sussistenza del nesso di causalità con l'inadempimento datoriale. Tra le tante, limitandosi soltanto alla giurisprudenza di legittimità: Cass. 11 ottobre 2013, n. 23171, in *De Jure*; Cass. 19 marzo 2013, n. 6796, in *De Jure*; Cass. 23 novembre 2011, n. 24718, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p.

patito.

Le difficoltà applicative cui si è accennato, tuttavia, non mutano certo l'astratta configurabilità di un tale diritto, che proprio in base al dato testuale del comma 5 e ad intuibili ragioni di ordine sistematico può essere riconosciuto.

4. L'«obbligo formativo» e la sua (ir)rilevanza

Va anche segnalata la previsione del terzo comma, in base al quale il mutamento di mansioni è «accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo».

La disposizione sarebbe interessante, soprattutto là dove qualifica la formazione del lavoratore quale *obbligo* in capo al datore di lavoro, se non fosse che l'inadempimento è privo di sanzione. Si prevede, infatti, espressamente, che il mancato assolvimento dell'obbligo «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

Questo "sminamento" della previsione comporta due immediate conseguenze. Innanzitutto la carenza di sanzione annulla di fatto l'efficacia della parte precettiva della disposizione: un «obbligo» che non sia sanzionato finisce per non essere un obbligo.

Residua in astratto – stante il silenzio del legislatore, il quale *neque dicet neque negat* – la possibilità del lavoratore di richiedere un risarcimento del danno subito per effetto dell'altrui inadempimento all'obbligo formativo, la cui quantificazione si presenta però assai ardua e comunque connessa all'assolvimento di un onere probatorio integralmente incumbente sul prestatore.

Ma l'"azzoppamento" della previsione, con l'espressa esclusione di una ricaduta sull'atto di assegnazione delle mansioni, implica conseguenze ancora tutte da verificare con riguardo all'adempimento dell'obbligazione principale del lavoratore.

Se in talune situazioni è *necessario* (letteralmente al comma 3, in un'incidentale, si dice «ove necessario») procedere alla formazione del lavoratore al quale sono assegnate nuove mansioni, vuol dire che i compiti non appartengono, in tutto o in parte, all'"attuale" patrimonio professionale del prestatore; ne discende che nell'assolvimento di quell'attività non potrà essere richiesta la diligenza connessa «alla natura della prestazione» (ex art. 2104 cod. civ.) e dunque l'eventuale inadempimento, anche solo parziale, non potrà essere sanzionato disciplinarmente; ipotesi invece possibile se il lavoratore, avendone le competenze, ed essendo tenuto ad un determinato standard di condotta,

183, con nota di C. Murena; Cass. 22 febbraio 2011, n. 4274, in *De Jure*; Cass. 5 ottobre 2009, n. 21223, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 317.

non ottempera a quanto richiestogli.

Per converso, la dissociazione tra atto di esercizio dello *jus variandi* e obbligo formativo, non potrà non avere ricadute anche con riferimento all'inadempimento di siffatto obbligo da parte del lavoratore: si pensi al caso di un dipendente che si distrae ripetutamente, durante la formazione teorica, o che, in fase di addestramento, non esegua correttamente le indicazioni che riceve.

Questo inadempimento all'obbligo formativo potrà anche essere sanzionato quale inottemperanza alle disposizioni inerenti all'esecuzione della prestazione (ex art. 2104, co. 2, cod. civ.) ricevute dal datore di lavoro, ma non potrà essere considerato inadempimento nell'esecuzione della prestazione principale, essendo stato testualmente disgiunto, per legge, dall'atto di assegnazione delle nuove mansioni e quindi legislativamente considerato non rilevante in relazione all'oggetto della nuova prestazione richiesta al lavoratore.

5. L'accordo individuale di declassamento

Particolarmente "invasivo" è poi il comma 6 del nuovo art. 2103 cod. civ. Qui il legislatore non si limita a prevedere la possibilità di accordi individuali di dequalificazione, ma assicura una deroga all'art. 2103 cod. civ. da realizzare attraverso una manifestazione di volontà espressa nelle sedi – e, quindi, con le procedure – previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ. e dall'art. 76, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276 in tema di certificazione.

La disposizione è chiara nell'individuazione delle posizioni poste in bilanciamento. All'implicita esigenza imprenditoriale di maggiore flessibilità, ma anche di risparmio dei costi (non essendoci una formalizzazione di quale possa essere l'interesse datoriale al declassamento, quest'ultimo potrebbe avere qualsivoglia contenuto che non sia illecito o discriminatorio), deve affiancarsi un interesse qualificato del lavoratore¹⁹, che infatti potrà sottoscrivere un accordo derogatorio per salvaguardare il posto di lavoro oppure per acquisire una diversa professionalità o un miglioramento delle proprie condizioni di vita.

Il primo ambito di interesse del prestatore alla stipulazione dell'accordo (la «conservazione dell'occupazione») è indicato con chiarezza: si tratta, del resto, dell'ipotesi più frequente di patto di declassamento.

Il legislatore inserisce dunque nell'art. 2103 cod. civ. la fattispecie già riconosciuta dalla giurisprudenza, la quale ammette infatti da tempo

¹⁹ Ancora attuali al riguardo le riflessioni di R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, specialmente p. 225 ss.

la possibilità di ricorrere alla dequalificazione del lavoratore quando l'accordo si ponga in alternativa al licenziamento per giustificato motivo oggettivo e quindi come strumento *necessario* alla salvaguardia del posto di lavoro²⁰, analogamente a quanto accade per i licenziamenti collettivi, sebbene attraverso la mediazione sindacale. Si tratta della fattispecie, già individuata dalla dottrina, del c.d. recesso modificativo, «nella quale si fronteggiano l'interesse produttivo dell'imprenditore alla modificazione delle mansioni e l'interesse del lavoratore (e di riflesso della collettività) alla conservazione dell'occupazione»²¹.

Tuttavia, nella prospettiva sin qui accolta dalla giurisprudenza, affinché la modifica peggiorativa sia legittima è necessaria la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento, che viene a porsi quale precondizione indispensabile per procedere al riassetto negoziale (in formale contrasto con la previgente lettera dell'art. 2103, commi 1 e 2, cod. civ.: situazione che resta immutata anche al cospetto dell'attuale versione della norma) ed elemento che legittima il demansionamento altrimenti vietato.

In ogni caso va ribadito²² che la preminenza dell'interesse alla conservazione del posto di lavoro rispetto a quello all'irriducibilità della professionalità non può essere semplicemente presunta, ma va accertata in concreto, sicché il patto dovrebbe essere consentito «purché sussistano effettivamente le condizioni che avrebbero legittimato il licenziamento»²³.

Sul piano processuale, non essendo ammissibile una prova con contenuto negativo da parte del lavoratore, il quale, peraltro, non possiede gli elementi di fatto sulla base dei quali si giustifica la dequalificazione come alternativa (inevitabile) al licenziamento, andrà recepita la giurisprudenza formatasi in tema di patti di demansionamento sotto la vigenza del testo antecedente alla novella, secondo la quale «in

²⁰ Tra le tante: Cass. 21 gennaio 2013, n. 1323, in *De Jure*; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, in *Giust. civ.*, 2010, I, p. 430; Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, cit.; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441, in *De Jure*.

²¹ E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *Mass. giur. lav.*, 1984, p. 409; ma v. già G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, p. 394 (ivi ampi riferimenti all'*Aenderungskündigung* della dottrina tedesca); *contra*: F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, Milano, 1982, p. 101. Sul recesso modificativo prima della novella del '70, T. Treu, *Sul c.d. recesso modificativo del contratto di lavoro*, in *Riv. soc.*, 1962, p. 847.

²² Ho anticipato questi rilievi in U. Gargiulo, *La revisione delle mansioni*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, CSDLE, It - Collective Volumes n. 3/2014*, p. 99.

²³ C. Zoli, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, in *Dir. rel. ind.*, 2014, p. 709.

caso di impugnativa dell'accordo, l'onere di dimostrare la sussistenza delle condizioni di fatto che avrebbero giustificato il licenziamento incombe sul datore di lavoro, in osservanza tanto del disposto della l. 15 luglio 1966, n. 604, art. 5 che del divieto posto dall'art. 2103 cod. civ.»²⁴.

Quanto alla seconda ipotesi di accordo contemplata dalla norma, l'interesse del lavoratore «all'acquisizione di una diversa professionalità» è proposizione velata da non poca ipocrisia. L'acquisizione di una diversa professionalità è infatti sempre possibile, senza che nessuna delle parti avverta il bisogno di stipulare specifici accordi, qualora la professionalità che si intende conseguire sia classificata nel medesimo o in un superiore livello d'inquadramento. L'unica situazione residua è quella di una professionalità che sia *diversa* da quella posseduta e, al contempo, *inferiore* nella classificazione professionale, nella quale un interesse del lavoratore è certamente configurabile in astratto – ad esempio nei casi di obsolescenza della professionalità – ma più raramente ricorrente nella realtà.

La terza ipotesi, l'interesse al «miglioramento delle condizioni di vita», appare ancor meno concreta²⁵, ma soprattutto la più esposta al rischio di abusi. Qui, infatti, viene in rilievo un interesse del tutto soggettivo di cui è portatore, ovviamente, il solo lavoratore: si può pensare, ad esempio, al lavoratore che voglia "rinunciare" a un inquadramento che presenti un elevato carico di responsabilità e/o di ricorso al lavoro straordinario, per ridurre lo stress che ne discende o per dedicare più tempo alla famiglia.

Il datore è soggetto estraneo all'individuazione di tale interesse e quindi la prova circa la sussistenza di esso non potrebbe essergli addossata. Successivamente all'accordo derogatorio, poi, il lavoratore non potrebbe più tornare indietro, in quanto il suo atteggiamento verrebbe a porsi quale mutamento di volontà o al più come emersione di un'iniziale riserva mentale, come tali irrilevanti.

²⁴ Così Cass. 22 agosto 2006, n. 18269, in *Riv. giur. lav.*, 2007, II, p. 43. È dunque condivisibile l'opinione di C. Zoli, *op. ult. cit.*, p. 709, per il quale nel caso di stipulazione di un accordo di demansionamento «l'eventuale azione giudiziaria relativa alla sua validità diventa, quanto agli oneri probatori gravanti sul lavoratore, un vero e proprio giudizio sulla legittimità del licenziamento».

²⁵ Peraltro, un interesse in tal senso si configura spesso in connessione con iniziative di trasferimento, piuttosto che di mera mobilità professionale. In tal caso, però, l'accordo di modificazione dell'inquadramento lascia inalterata la necessità di verificare la sussistenza delle comprovate ragioni legittimanti il mutamento della collocazione spaziale della prestazione, che continuano ad essere previste anche nella norma novellata (ora al comma 8) e la cui carenza determina l'illegittimità del trasferimento, assistito da nullità di qualsiasi patto contrario.

È di tutta evidenza che il rinvio alle «sedi» di cui all'ultimo comma dell'art. 2113 cod. civ., unitamente a quelle di certificazione, non introduce lo strumento dell'accordo transattivo – utilizzo che sarebbe improprio perché qui, come anticipato, siamo dinanzi ad un'ipotesi di deroga e non di disposizione – bensì individua un peculiare procedimento di assistenza della volontà del lavoratore, autorizzato a derogare al disposto dell'art. 2103 cod. civ., altrimenti inderogabile, come confermato dall'ultimo comma, che sanziona con la nullità l'eventuale patto contrario.

Non si tratta dunque di uno strumento d'integrazione del consenso del soggetto interessato, ma di un percorso di "irrobustimento" di quella volontà, della cui sussistenza andrà verificata la completezza sul piano, si direbbe, "informativo"²⁶ piuttosto che l'autenticità su quello di formazione del consenso stesso, che è profilo eccedente il ruolo dei soggetti chiamati ad affiancare il lavoratore e a registrarne l'atto volitivo.

Ciò che quindi non può mancare è la sussistenza – che ovviamente deve essere esplicitamente dichiarata – di uno dei tre nuclei di interesse individuati dal legislatore: sono essi che legittimano la deroga e dunque ne costituiscono il presupposto giuridico imprescindibile, la cui carenza continua ad essere sanzionata con una nullità (testuale).

Ciò che è certo, in ogni caso, è che essendo la derogabilità della norma "limitata" ai tre interessi indicati al comma 6, sarà sempre possibile l'esercizio del controllo giudiziale su di essi; è di tutta evidenza, tuttavia, che l'esplicitazione "assistita" in sede di accordo derogatorio di un interesse del lavoratore al «miglioramento delle condizioni di vita» difficilmente potrà condurre, dinanzi al giudice, a una verifica d'insussistenza, in seguito a un'impugnazione dell'accordo ad iniziativa dello stesso prestatore: un'agevole eccezione del datore sarebbe infatti che egli non fosse in grado, al momento dell'accordo, di verificare l'esistenza di quell'interesse, né tenuto a farlo.

Questa ipotesi è dunque quella che maggiormente si presta ad abusi. Per converso, i primi due nuclei di interesse hanno una diretta incidenza sull'assetto organizzativo datoriale e quindi possono essere sottoposti a verifica (fosse pure nei limiti posti dall'art. 30, l. 183/2010) con riferimento all'effettiva consistenza dei medesimi.

In astratto residuerebbe, il condizionale è d'obbligo, la possibilità del lavoratore di impugnare l'accordo derogatorio per uno dei vizi del consenso – in presenza, dunque, delle condizioni per l'esercizio dell'azione di annullamento contemplate dagli artt. 1427 ss. cod. civ. – ovvero di far dichiarare nullo, ai sensi del combinato disposto degli artt.

²⁶ Sebbene l'esperienza porti a fare poco affidamento sulla (volontà di) verifica ad iniziativa delle commissioni di conciliazione o certificazione.

1344 e 1418 cod. civ., il negozio stipulato, fornendo la prova della pretestuosità dell'interesse addotto quale presupposto dell'accordo: cioè nel caso in cui non vi sia nessun effettivo e attuale interesse al miglioramento delle condizioni di vita, ovvero nessun rischio per il posto di lavoro del dipendente e la dichiarazione di esubero rappresenti soltanto lo strumento per aggirare fraudolentemente il secondo comma dell'art. 2103 cod. civ. Si tratta, peraltro, di possibilità in merito alla quale la giurisprudenza si muove con estrema prudenza²⁷ e comunque di non facile praticabilità.

Quanto all'oggetto dell'accordo, esso può ricomprendere il (solo) mutamento di mansioni, nonché il livello di inquadramento e di retribuzione. In buona sostanza il 6° comma è in grado di sterilizzare agevolmente il capoverso precedente, che assicura al lavoratore la conservazione del livello d'inquadramento e del trattamento retributivo.

La disposizione è quindi idonea a moltiplicare gli effetti anche del secondo comma della norma. Mentre infatti il primo capoverso dell'art. 2103 cod. civ. consente l'assegnazione di mansioni appartenenti al livello d'inquadramento inferiore – e quindi autorizza la discesa di *un* solo livello – e con il limite, seppure ampio, della categoria legale, il sesto comma parla genericamente di modifica *del* livello, rendendo possibile l'assegnazione di mansioni inferiori e l'inquadramento verso il basso sottraendo anche più di un livello al patrimonio del lavoratore e anche se questo determina il passaggio a una differente categoria legale.

Nella stesura finale del decreto è stata inserita la possibilità per il lavoratore di farsi assistere da un rappresentante sindacale, da un consulente del lavoro o da un avvocato: lo scopo è quello di far sì che il prestatore venga posto in condizioni di comprendere ampiezza e definitività della manifestazione di volontà. È tuttavia evidente che, come accade sempre più spesso, il lavoratore non abbia un problema di comprensione degli effetti di ciò che è chiamato a sottoscrivere, ma di carenza di alternative all'accettazione di una modifica peggiorativa delle proprie condizioni di lavoro.

6. L'assegnazione di mansioni superiori

La nuova disciplina delle mansioni superiori si caratterizza, essenzialmente, per il raddoppio del termine massimo di adibizione del prestatore a compiti di un superiore livello d'inquadramento, oltre il quale scatta il diritto alla c.d. promozione automatica.

La modifica rappresenta una risposta alle esigenze di flessibilità

²⁷ Cass. 6 novembre 1982, n. 5849, in *Giust. civ.*, 1983, I, p. 5849; P. Napoli 24 gennaio 1997, in *Riv. crit. dir. lav.*, 1997, p. 866.

delle imprese, che mal tolleravano un termine effettivamente piuttosto breve, oltre il quale l'adibizione a compiti superiori poteva determinare la definitiva, automatica modificazione dell'assetto aziendale.

In ogni caso, tuttavia, non pare che l'indicazione di un semestre possa incidere più di tanto sulla posizione dei destinatari di assegnazioni funzionali alla copertura di esigenze stabili; del resto l'osservazione del contenzioso conferma che, di fatto, nessun lavoratore stia lì pronto, con il cronometro in mano, a correre dal giudice allo scadere degli attuali tre mesi.

Il problema semmai sarà quello di evitare l'abuso della previsione, nella quale il legislatore precisa espressamente che i sei mesi devono essere continuativi. Già sotto la vigenza del vecchio testo la giurisprudenza, con orientamenti tutt'altro che univoci, sanzionava talvolta le adibizioni reiterate, tutte inferiori al trimestre e con intervalli minimi tra un'assegnazione e l'altra, durante i quali il lavoratore era reimmesso nelle mansioni di provenienza.

Il raddoppio del termine di tolleranza, al quale è affiancato l'attributo della continuità dell'adibizione, andrebbe opportunamente affiancato da un irrigidimento interpretativo: il giudice dovrebbe dichiarare, ad esempio, la promozione automatica anche nel caso di assegnazioni di poco inferiori ai sei mesi, disposte a breve distanza l'una dall'altra per la copertura della medesima posizione lavorativa.

Come pure dovrebbe essere sanzionato il ricorso a lavoratori-jolly, utilizzati sistematicamente per periodi inferiori al semestre, mediante adibizioni a posti di livello superiore che risultino stabilmente scoperti.

Un fuor d'opera, che tradisce il "peccato originale" della terza versione dell'art. 2103 cod. civ. è poi quel «salva diversa volontà del lavoratore», il quale, testualmente, potrebbe dunque esprimere una volontà contraria all'assegnazione definitiva.

In realtà la lettura in combinato disposto dei commi 7 e 9 della norma – che confermano il carattere imperativo della disposizione – impedisce la manifestazione di tale *diversa volontà*, la quale null'altro sarebbe se non il *patto contrario* contemplato dall'ultimo capoverso della norma e sanzionato, appunto, con la nullità.

Certo questo non impedirà al lavoratore di esprimere una volontà che contrasti l'effetto di stabilizzazione nel livello superiore, ma si tratterà in tal caso di una vera e propria rinuncia destinata a ricadere sotto la disciplina dell'art. 2113 cod. civ. In tale ipotesi, pertanto, la dichiarazione abdicativa potrà essere impugnata dal lavoratore, purché non resa in sede "protetta". E pure in questo caso, tale volontà di dismissione avrà valore soltanto per il passato, non potendo impedire che l'assegnazione divenga definitiva in futuro, al ricorrere nuovamente dei requisiti di legge

per la promozione automatica e permanendo la nullità dei patti contrari.

C'è poi il tema della rimessione alla contrattazione collettiva di una facoltà di deroga delle previsioni in commento; sul punto è però opportuno prendere le mosse da alcune considerazioni generali sul rapporto tra legge e autonomia collettiva nella norma novellata.

7. Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina dei mutamenti di mansioni

Nel nuovo testo dell'art. 2103 cod. civ., i rinvii alla contrattazione collettiva non sono pochi e neppure insignificanti.

Innanzitutto c'è, come anticipato, un rinvio implicito sotteso all'intera disposizione, la cui disciplina collega i suoi effetti al sistema d'inquadramento e, nello specifico, ad una classificazione professionale strutturata su livelli. In definitiva, è l'operatività stessa della norma ad essere subordinata alle previsioni dei contratti collettivi.

Ma all'autonomia collettiva è rimesso anche in maniera esplicita un potere d'integrazione e deroga di non poco momento.

Occorre tuttavia intendersi. Il Governo non vuole certo conferire alla contrattazione il ruolo conosciuto negli ultimi trenta/quarant'anni, di indiscussa, per quanto peculiare, tecnica normativa di regolazione del lavoro, che assurge – e per quanto sia necessario virgolettare l'espressione – a "fonte" del diritto del lavoro.

La legge affida dunque alla contrattazione ruoli e funzioni differenti da quelli conosciuti, e riconosciuti, dal diritto del lavoro italiano.

Ai contratti collettivi nazionali è infatti attribuita dalla legge 183/2014 una funzione, numericamente circoscritta, complementare rispetto a precetti normativi "autosufficienti". Il contratto collettivo potrà limitarsi a specificare o ad esemplificare il dettato legislativo, per agevolarne l'utilizzo e ridurre i conflitti interpretativi: in questo senso il sindacato torna utile al legislatore ... per tenere lontano il giudice.

Il discorso è diverso quando si osserva il livello aziendale. Qui il contratto è chiamato a compiti di maggiore protagonismo regolativo: gli vengono attribuite funzioni di integrazione, ma anche di arricchimento dei precetti, che modificano – secondo una certa prospettiva: snaturano – il ruolo del soggetto collettivo, chiamato a una posizione maggiormente collaborativa (che rischia di essere "ancillare", piuttosto che oppositoria) nei confronti dell'imprenditore.

In questi casi la legge attribuisce al contratto compiti "sganciati" dalla tradizionale funzione di attuazione di quanto concordato a livello nazionale: il contratto aziendale è dunque sempre meno un secondo livello di negoziazione e affianca alla funzione integrativa tipica della sede decentrata competenze normative esclusive.

L'ambito in osservazione è, peraltro, tra quelli nei quali la contrattazione collettiva è oggetto di rinvii decisamente significativi da parte del legislatore del c.d. *Jobs Act*.

Partiamo dal soggetto abilitato a contrattare: le associazioni sindacali comparativamente più rappresentative. Qui si reitera un riferimento ormai costante nella legislazione degli ultimi lustri, ma che non tiene conto delle più recenti evoluzioni dell'ordinamento intersindacale, nel quale l'assetto si è ormai definitivamente spostato – con il Testo Unico del 10 gennaio 2014 – dal c.d. sistema sindacale di fatto, caratterizzato da un criterio soggettivo di selezione, riferito dunque alle caratteristiche del sindacato stipulante, ad un sistema normativo a carattere *procedurale*, nel quale la stipulazione del contratto collettivo ha luogo ricorrendo ad un criterio maggioritario in grado di garantire più efficacemente rappresentatività del soggetto che negozia e tenuta degli accordi raggiunti.

Il rinvio ad un concetto più datato e "ampio", come quello di sindacato comparativamente rappresentativo, è destinato peraltro a porre qualche problema in talune realtà aziendali, nelle quali l'applicazione del diverso principio maggioritario potrebbe condurre ad esiti affatto scontati e forse differenti da quelli preconizzati dal legislatore.

Il tema porterebbe lontano e non può essere affrontato in queste pagine; conviene allora dedicare qualche ulteriore riflessione al profilo oggettivo del rinvio alla contrattazione collettiva contenuto nell'art. 3, in combinato disposto con il rinvio generale contenuto nell'art. 51 del decreto²⁸. Ai contratti collettivi, anche di livello aziendale, è rimessa (art. 2103, co. 4, cod. civ.) la previsione di «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore», che vanno dunque ad aggiungersi all'ipotesi-madre (co. 2).

Questa facoltà, all'indomani della legge-delega era stata segnalata dai primi commentatori, ma si era anche rilevato come il rinvio fosse destinato a un'operatività ridotta, in considerazione del fatto che avrebbe dovuto essere la legge a prevedere le ipotesi principali di deroga, sicché ci si attendeva un «elenco legislativo, verosimilmente tassativo, di ipotesi derogatorie rispetto all'art. 2103 cod. civ.»²⁹, rispetto al quale il ruolo

²⁸ Questa norma – le cui ricadute sul sistema di relazioni sindacali e di contrattazione collettiva non può essere effettuato in queste pagine – precisa: «Salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

²⁹ Così A. Zoppoli, *Jobs Act e formante sindacale: quale ruolo per quale contrattazione collettiva?*, in M. Rusciano, L. Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183, CSDLE, It - Collective Volumes n. 3/2014*, p. 34.

della contrattazione avrebbe finito per essere rilevante, ma di portata decisamente più circoscritta.

Il legislatore delegato, però, come anticipato, non ha individuato «parametri oggettivi» e ha diluito pure i processi di riorganizzazione nella più sfumata «modifica degli assetti organizzativi aziendali», di cui si sono segnalate le prevedibili incertezze applicative.

In presenza di una disposizione siffatta, potrebbe essere interesse degli stessi imprenditori avere a disposizione prodotti dell'autonomia collettiva che operino in un duplice verso: come fonte d'integrazione della norma, attraverso la previsione delle ipotesi *ulteriori* di demansionamento *secundum legem*, ma anche come strumenti di specificazione esemplificativa delle vicende aziendali riconducibili ad una modifica degli assetti idonea a legittimare l'assegnazione delle mansioni inferiori ai dipendenti; analogamente a quanto accade, ad esempio, nella materia disciplinare, là dove i contratti svolgono un'utile attività di individuazione delle condotte vietate.

Alla contrattazione collettiva, pure decentrata, è rimessa anche la disciplina dell'assegnazione di mansioni superiori, limitatamente al periodo decorso il quale diviene definitiva l'assegnazione: intervento negoziale rispetto al quale la previsione legislativa si pone in funzione suppletiva («in mancanza, dopo sei mesi continuativi»).

Qui si possono ipotizzare, in realtà, tre tipi di interventi.

Un primo intervento, se si vuole scontato, ma probabilmente destinato a restare un caso di scuola, è quello con finalità migliorativa, che riconosca dunque la c.d. promozione automatica dopo un tempo più breve del termine semestrale.

Un secondo intervento, di cui pure si avverte l'utilità, potrebbe avere luogo in quei contesti produttivi caratterizzati da discontinuità delle prestazioni lavorative o dall'alternanza tra compiti qualitativamente differenti: si pensi al settore dello spettacolo. In questi casi la contrattazione collettiva, anche di livello aziendale – dove si registra una migliore conoscenza degli assetti organizzativi o di talune modalità esecutive delle prestazioni di lavoro – potrebbe utilmente intervenire sulla *continuità* dell'adibizione, ad esempio prevedendo la durata dell'intervallo tra diverse assegnazioni di mansioni superiori o anche regolando gli effetti di più assegnazioni tutte inferiori al semestre (analogamente a quanto accade per il c.d. comparto per sommatoria), sì da ridurre i margini di errore o di potenziale abuso.

Più delicato è il tema dell'ipotizzabilità di un intervento negoziale che estenda il periodo (es. otto mesi invece che sei) nel quale l'assegnazione di mansioni superiori, pur incidendo sulla retribuzione, non determini effetti sull'inquadramento. In astratto, per com'è formulata la

norma, questo tipo di apporto sembrerebbe ammissibile e, anzi, testualmente contemplato dalla disposizione, che contiene una previsione nella quale è indicata con chiarezza la funzione suppletiva della norma di legge, esplicitata dall'inciso «in mancanza» e, al contempo, dall'abrogazione dell'espressione «e comunque non superiore a» (tre mesi), che nel testo previgente individuava un limite non valicabile anche dalla contrattazione collettiva.

Qui torna però in tutta la sua rilevanza il tema della natura e della efficacia di siffatti accordi, la cui applicabilità potrebbe essere contestata dal singolo lavoratore interessato dalla vicenda modificativa, il quale invochi il decorso del termine semestrale al fine di conseguire la promozione automatica, assumendo l'inapplicabilità a sé, ai sensi dell'art. 1372 cod. civ., del contratto collettivo, per carenza di potere rappresentativo del sindacato stipulante, al quale semmai non è iscritto.

È indubbio, peraltro, che alle spalle di questa previsione (e di altre, disseminate nei decreti attuativi della legge 183/2014) vi è quello che è stato definito un «convitato di pietra»³⁰: l'art. 8, d.l. n. 138/2011 (nel testo risultante dalle modifiche apportate, in sede di conversione, ad opera della l. n. 148/2011)³¹, che delle disposizioni esaminate è un antenato³² la cui ingombrante presenza si palesa nei tratti somatici della discendenza, anche quando viene negata.

Permanendo la vigenza di tale norma, che espressamente contempla la facoltà del contratto collettivo di prossimità di stipulare accordi con riguardo (co. 2, lett. b) «alle mansioni del lavoratore, alla

³⁰ Ancora A. Zoppoli, *op. ult. cit.*, p. 36.

³¹ V., tra gli altri: R. Pessi, *Indisponibilità del tipo e disponibilità regolativa dell'autonomia collettiva. Sull'art. 8 della manovra bis*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, I, p. 537; M. Magnani, *L'art. 8 della legge 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 1; R. De Luca Tamajo, *Crisi economica e relazioni industriali: alcune osservazioni sull'art. 8 della legge 148/2011*, in *Dir. rel. ind.*, 2012, p. 11; A. Perulli - V. Speciale, *L'art. 8 della legge 14 settembre 2011, n. 148 e la "rivoluzione d'agosto" del Diritto del lavoro*, in *CSDLE, It, n. 132/2011*; O. Mazzotta, *"Apocalittici" e "integrati" alle prese con l'art. 8 della legge n. 148/2011: il problema della disponibilità del tipo*, in *Lav. dir.*, 2012, p. 18; G. Santoro Passarelli, *Accordo interconfederale 28 giugno 2011 e art. 8 d.l. n. 138/2011 conv. con modifiche l. 148/2011: molte divergenze e poche convergenze*, in *Arg. dir. lav.*, 2011, p. 1224; F. Scarpelli, *Rappresentatività e contrattazione tra l'accordo unitario di giugno e le discutibili ingerenze del legislatore*, in *CSDLE, It, n. 127/2011*; V. Leccese, *Il diritto sindacale al tempo della crisi. Intervento eteronomo e profili di legittimità costituzionale*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2012, p. 479.

³² F. Santoni, *La revisione della disciplina dei rapporti di lavoro*, in *Commento al Disegno di legge S.1428 ora C.2660*, in F. Carinci (a cura di), *Materiali per i Seminari di Bertinoro-Bologna - X edizione, 23-24 ottobre 2014 «La politica del lavoro del Governo Renzi»*, www.meetingsandcommunication.it/bertinoro/files/B5.pdf, 114, nel commentare il disegno di legge delega, evidenzia che il potere di deroga conferito all'autonomia collettiva si pone nella «direzione» tracciata dall'art. 8, d.l. 138/2011.

classificazione e inquadramento del lavoratore», la combinazione delle due previsioni (e dunque: art. 8, co. 2, lett. b), d.l. 138/2011 e art. 2103, co. 7, cod. civ.)³³ – in contesti caratterizzati da un utilizzo "spregiudicato" degli strumenti messi a disposizione dal legislatore e di scarsa "genuinità" dell'azione sindacale di un soggetto che pure sia comparativamente più rappresentativo – potrebbe condurre alla stipulazione di accordi aziendali caratterizzati da una discutibile deroga del precetto normativo in questione, con il sacrificio, anche in contesti economici di (relativa) crescita, delle legittime aspettative di carriera dei lavoratori.

³³ Secondo V. Speciale, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi*, cit., p. 37, la previsione in materia di mansioni si porrebbe in termini di specialità rispetto all'art. 8, d.l. 138/2011, e pertanto l'autonomia collettiva potrebbe «agire anche in assenza dei presupposti normativi ("vincoli di scopo", efficacia soggettiva ecc.) previsti dalla disposizione del 2011».