



Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 308/2016

© Maurizio Falsone
Università Ca' Foscari di Venezia
maurizio.falsone@unive.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>



***Ius variandi* e ruolo della contrattazione collettiva^α**

Maurizio Falsone
Università Ca' Foscari di Venezia

1. Una premessa di approccio sulle questioni controverse.	2
2. La prima parte dell'art. 2103 c.c. a cavallo fra potere direttivo e <i>ius variandi</i>	3
3. I rinvii alla contrattazione collettiva.	6
3.1. Il rinvio al livello di inquadramento e alla categoria legale dei lavoratori nel I e nel II comma dell'art. 2013 c.c. La delega di fatto alla contrattazione collettiva.	6
3.2. Il demansionamento unilaterale di cui al IV comma dell'art. 2103 c.c. e la delega di diritto alla contrattazione collettiva. ...	10
4. La contrattazione collettiva "disfunzionale" rispetto alla <i>ratio</i> della riforma dell'art. 2103 c.c. Accordi sindacali previgenti e nuovi rinnovi contrattuali.	13
5. La contrattazione collettiva funzionale alla <i>ratio</i> della riforma del <i>jobs act</i> e i limiti posti dal sistema.	17
Bibliografia essenziale.	22

^α Il presente scritto è destinato al volume a cura di Gaetano Zilio Grandi ed Elena Gramano, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.

1. Una premessa di approccio sulle questioni controverse.

"La divisione del lavoro non è un teorema di geometria, ma un fenomeno di vita sociale" (CARNELUTTI, 264). Dietro questa asserzione formulata ben prima che il legislatore italiano intervenisse con una regolamentazione (ZILIO GRANDI, GRAMANO, 1) si cela la ragione per cui lo *ius variandi* accompagna la storia del contratto di lavoro sin dalle sue origini (BARASSI, 421 fondava lo *ius variandi* sugli *"usi integrativi del contratto"*, rilevanti sia nel codice civile previgente che in quello attuale ex art. 1374 c.c.) e anche oltre i confini del diritto positivo italiano.

Infatti, l'estensione nel tempo del rapporto di lavoro e il contesto mutevole dell'impresa in cui esso si svolge condizionano il concreto inverarsi e svolgersi dell'oggetto del contratto stipulato e della prestazione di lavoro richiesta, di modo che l'esigenza di individuarli, specificarli e/o modificarli ripetutamente è "universale" ed "omogena" (GIUGNI, 230 e, più recentemente, FERRANTE, *Direzione e gerarchia*, 48 e PANTANO, *Il rendimento*, 50). Anche in giurisprudenza, d'altronde, si afferma che lo *ius variandi* *"trova la sua giustificazione in insopprimibili esigenze organizzative e direzionali"* (Cass. 7 luglio 1997, n. 6124 =>).

Inoltre, lo *ius variandi* (sull'articolo da premettere a *ius* cfr. GEYMONAT, 305) allude ad una situazione giuridica soggettiva riconosciuta dalla legge e/o dal contratto ad una delle parti di altri negozi di diritto comune caratterizzati dalla loro esecuzione non istantanea. In particolare, lo *ius variandi* caratterizza, in varia guisa, tutti i contratti che hanno ad oggetto una prestazione di *facere* e, *latu sensu*, lavorativa (ad es. contratto di trasporto, appalto, etc.) (GIUGNI, 245). Ciò ha favorito un dibattito dottrinale di natura puramente civilistica (LORIO, BARENGHI, GAMBINI, SCHLESINGER, 24), parallelo a quello più familiare ai giuslavoristi.

Sia la scaturigine di questa fattispecie giuridica nel contesto lavoristico, sia la sua pertinenza alle categorie classiche del diritto privato rappresentano un inevitabile e proficuo punto di osservazione per guardare all'art. 2103 c.c. e, in particolare, alla regolamentazione del potere datoriale di individuare/specificare/modificare le mansioni assegnate al dipendente, con adeguata cognizione di causa. Ciò è vero soprattutto quando l'interprete e l'operatore sono chiamati a rivisitare una disciplina radicalmente riformata.

Dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 81 nel giugno del 2015, che ha sostituito il testo dell'art. 2103 c.c. con quello, totalmente rielaborato, dell'art. 3 del decreto attuativo del *jobs act*, il dibattito giuslavoristico in materia si è immediatamente riattivato, come è normale. Daremo subito conto delle questioni controverse e delle tesi emergenti, ma intanto

possiamo dare per acquisito un dato importante: la nuova disciplina dello *ius variandi* nel rapporto di lavoro concede alla contrattazione collettiva un ruolo centrale, prima inesistente (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 38, 47, 53 e 80) o, quanto meno, misconosciuto (LISO, *Brevi osservazioni*, 4 secondo cui "*l'autonomia collettiva non dovrebbe soffrire limiti perché quest'area dovrebbe ritenersi di suo naturale dominio*").

Infatti, se è oggetto di discussione il fatto che, più in generale, il diritto del lavoro riformato nel corso del 2015 conceda o meno maggiori e nuovi spazi effettivi alla contrattazione collettiva (LASSANDARI, 47 e MAINARDI, 14), non pare dubitabile che il nuovo art. 2103 c.c. assegni a quest'ultima una nuova specifica funzione, oltre a quella tradizionale di individuazione della retribuzione (ZILIO GRANDI): ovvero il compito di determinare (o incidere sul) "*l'area del debito della prestazione*" del lavoratore (LISO, *Brevi osservazioni*, 8, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 56, BALLETTI, 21, GARGIULO, 3, GRAMANO, 537 che icasticamente qualifica la contrattazione collettiva come "oracolo" della legge). Addirittura, è stato correttamente osservato che "*la crescita dei compiti [della contrattazione collettiva] non [è] più direttamente proporzionale all'avanzare del ruolo del Giudice del lavoro (...) ma al contrario il potere del sindacato (...) aumenta a svantaggio del Giudice*" (PICCININI e BASILICO).

Per questa ragione col presente contributo si cercherà di focalizzare l'attenzione sulle questioni più controverse secondo un ordine dipendente dal ruolo integrativo interpretato (o almeno potenzialmente interpretabile) dalla contrattazione collettiva.

In particolare, si evidenzieranno le potenzialità di questa nuova funzione para-legislativa assegnata alle parti sociali, in ogni direzione, cioè in senso conforme alla *ratio legis* (§ 5) o in senso opposto ad essa (§ 4), quindi, se si preferisce, *in melius* o *in peius* rispetto al nuovo assetto predisposto dal legislatore.

2. La prima parte dell'art. 2103 c.c. a cavallo fra potere direttivo e *ius variandi*.

Secondo la nuova disciplina dello *ius variandi* il lavoratore deve essere adibito 1) alle mansioni per le quali è stato assunto oppure 2) alle mansioni corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito o, ancora, 3) a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte (art. 2103 I comma c.c.).

Inoltre, prosegue il legislatore del *jobs act*, in caso di "*modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore*" o in altre ipotesi previste dai contratti collettivi, questi può essere assegnato 4) a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore

purché rientranti nella medesima categoria legale (art. 2103 II e IV comma c.c.).

Infine, a conferma di quanto già si intuisce in virtù del I comma della disposizione, può verificarsi il caso dell'assegnazione 5) a mansioni superiori (art. 2103 VII comma c.c.) (su cui CASIELLO, 105).

I casi di variazione *in peius* di cui al VI comma, invece, non rientrano nel nostro orizzonte di studio poiché, fondandosi su un patto di demansionamento, peraltro da sottoscrivere in sede assistita, non accedono al tema dello *ius variandi* - necessariamente unilaterale - ma a quello, affatto diverso, della novazione oggettiva (su cui PANTANO, 85).

E' opportuno rammentare che l'ambito di applicazione dell'art. 2103 c.c., anche nella nuova formulazione, non è onnicomprensivo.

Esistevano ed esistono ancora discipline diverse e speciali quali, in particolare, l'art. 52 d. lgs. 165/2001 per il settore del pubblico impiego, gli artt. 334 e 905 cod. nav. per il personale navigante, l'art. 22 d.lgs. 367/1996 per i lavoratori degli enti lirici, l'art. 3 r.d. n. 148/1931 per il rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri (BILLI), che pone una disciplina suppletiva in mancanza di quella dei contratti collettivi e la cui abrogazione è attualmente prevista nello schema di decreto legislativo recante testo unico sui servizi pubblici locali di interesse economico generale in attesa di approvazione definitiva.

Tornando alla disciplina generale del codice civile, sotto il profilo ricostruttivo, possono farsi due considerazioni.

In primo luogo risulta definitivamente confermata, anche nel diritto positivo, la già acquisita tesi ampiamente maggioritaria in dottrina e giurisprudenza del carattere unilaterale dell'atto con cui si esercita lo *ius variandi* (*ex plurimis* PERULLI, 288, CIUCCIOVINO, 752). Vediamo perché.

Come è noto, in passato era stata avanzata, con scarsa fortuna, l'ipotesi opposta che l'art. 2103 c.c., nella versione statutaria, avesse reso necessario il consenso del lavoratore (SUPPIEJ, 35, GRANDI, 251).

Tale teorica non era, in verità, campata in aria, anzi "*aveva il pregio di risultare fondata su un rigoroso uso della strumentazione di esegesi giuridica*" (BROLLO, *La mobilità*, 18). In effetti, è noto che qualunque modificazione sostanziale delle obbligazioni sorte dal contratto di lavoro, normalmente, debba essere concordata ai sensi dell'art. 1372 c.c., da cui scaturisce il principio dell'intangibilità del contratto.

Per questo alcuni autorevoli sostenitori della tesi maggioritaria poi recepita dal sistema giuridico hanno riconosciuto, schiettamente, di "*aderire all'interpretazione dominante (...) di un carattere unilaterale della determinazione, senza la necessità di un consenso del lavoratore*", anche se essa risultava essere "*frutto di un'operazione fortemente segnata dalla politica del diritto*" (BROLLO, *La mobilità*, 28).

Non è possibile in questa sede intrattenersi sulle ragioni avanzate dai due fronti opposti, ma è sufficiente prendere atto che fino al 2015 la ricostruzione teorica prevalente non poteva contare su argomenti schiacciati, o quanto meno, chiaramente fondati sul diritto positivo.

Ebbene, con la nuova formulazione dell'art. 2013 c.c. il dato legislativo a suggello della teoria dominante è ora ricavabile nel raffronto fra i primi quattro commi, da un lato, e il VI comma della disposizione codicistica, dall'altro: infatti, se solo in riferimento alle fattispecie previste da quest'ultimo comma è espressamente contemplata la necessità di un accordo fra le parti, è, *a contrario*, inevitabile dedurre che lo *ius variandi* regolato nella prima parte della disposizione sia esercitabile con atto unilaterale.

La seconda osservazione di natura ricostruttiva riguarda invece la fonte dello *ius variandi*.

Esso, infatti, è considerato, da alcuni, un potere eccezionale del creditore di mutare la prestazione convenuta (*ius variandi* in senso stretto), da altri, un potere direttivo normale con cui si specifica il contenuto del debito.

In entrambi i casi l'art. 2103 c.c. svolge la funzione di regolare il potere di modifica delle mansioni, sia se inteso come *species* del potere direttivo di cui all'art. 2094 c.c., sia se inteso come potere eccezionale riconosciuto implicitamente attraverso la disposizione sulla disciplina delle mansioni.

Anche in questo caso è inutile e fuor di luogo approfondire il dibattito sul punto, ma è opportuno, anche ai fini che si preciseranno in seguito, evidenziare un aspetto.

La tesi dello *ius variandi* come specificazione del normale potere direttivo del datore di lavoro presentava già in passato un profilo critico, perché rischiava di entrare in collisione con la regola della determinatezza o determinabilità dell'oggetto del contratto (art. 1346 c.c.): se il datore di lavoro, per il fatto stesso della stipula del contratto di lavoro, può modificare le mansioni del lavoratore, cioè l'obbligazione principale di una delle parti, è chiaro che l'oggetto dell'accordo rischia di essere difficilmente identificabile (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 33; BETTINI, 51, secondo cui il parametro dell'equivalenza era un parametro sufficiente a fare salva la determinabilità dell'oggetto).

Questo rischio, già paventato soprattutto dopo la diffusione di una interpretazione elastica/dinamica del concetto di equivalenza, si fa oggi estremamente più elevato (BALLETTI, 22), perché, come abbiamo accennato e come vedremo meglio *infra*, il perimetro di riferimento entro cui può muoversi il datore di lavoro non solo è molto più ampio di prima (art. 2103 II comma c.c.) ma risulta anche incerto *ex ante*, perché

dipende dagli inquadramenti cangianti elaborati dalla contrattazione collettiva o dal datore di lavoro (art. 2103 I comma c.c.) e dalle altre ipotesi eventualmente previste dalla stessa fonte negoziale gestita dalle parti sociali (art. 2103 IV comma c.c.). In pratica, saremmo di fronte ad un contratto caratterizzato da una inusuale aleatorietà (sulla questione della indeterminatezza dell'oggetto cfr. ALPA, 698 ss., IRTI e GABRIELLI).

In questo contesto, allora, sembra più aderente al nuovo dettato normativo, la tesi della natura eccezionale dello *jus variandi* che, in quanto tale, può condurre, entro limiti prefissati dalla legge e dal sistema (su cui *infra*), alla modifica dell'oggetto del rapporto di lavoro, senza per ciò solo provocare una inusuale novazione contrattuale unilaterale (già GIUGNI, 238 secondo cui "*lo jus variandi, in realtà, ha mantenuto i caratteri di un istituto eccezionale*").

Peraltro, accogliere oggi la teoria opposta dello *ius variandi* quale normale specificazione del potere direttivo non è più la *conditio sine qua non* per mettere al sicuro la (rassicurante) teoria della unilateralità del potere datoriale, poiché, come abbiamo visto, essa è oggi sufficientemente fondata sul piano del diritto positivo.

Le conseguenze pratiche di questa ipotesi ricostruttiva, vanno certamente meglio approfondite: basta però sottolineare che una disposizione che regola un potere unilaterale eccezionale, rispetto ai principi di diritti comune, richiede una interpretazione restrittiva e rigorosa ai sensi dell'art. 14 delle preleggi, come quelle che cercheremo di formulare nei paragrafi che seguono.

3. I rinvii alla contrattazione collettiva.

3.1. Il rinvio al livello di inquadramento e alla categoria legale dei lavoratori nel I e nel II comma dell'art. 2013 c.c. La delega di fatto alla contrattazione collettiva.

Come abbiamo visto, il I e il II comma dell'art. 2103 c.c. non fanno più riferimento al precedente limite dell'equivalenza professionale, ma a quello del livello di inquadramento e della categoria legale.

La novità è stata sufficientemente enfatizzata in dottrina e consiste, in pratica, nel passaggio da un criterio di raffronto di tipo sostanziale/effettivo fra le mansioni assegnate prima e quelle assunte dopo l'esercizio dello *ius variandi* ad un criterio di tipo formale se non, addirittura, "aprofessionale" (fra gli altri BALLETTI, 25, ZOLI, FERRANTE, 33), fondato su un classico procedimento di sussunzione fra fattispecie concreta (la nuova mansione assegnata) e fattispecie astratta (la classificazione formale della mansione) (AMENDOLA, 8).

E' stato osservato giustamente che i primi due commi dell'art. 2103 c.c. non rinviano espressamente alla contrattazione collettiva quale fonte di individuazione del livello di inquadramento (LISO, *Brevi osservazioni*, 7); eppure un rinvio, mediato e parziale, è deducibile dal riferimento, in entrambi i due commi suddetti, alla categoria legale di inquadramento, i cui requisiti di appartenenza, ai sensi dell'art. 2095 II comma c.c., devono essere determinati anche dai contratti collettivi (oltre che da eventuali leggi speciali).

Questo profilo ambiguo della disposizione non ha impedito di affermare che la funzione integrativa della norma legale svolta dalla negoziazione delle parti sociali è di fatto implicita o, addirittura, "inevitabile" (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 52). Eppure, secondo altra dottrina, non è possibile escludere che questa parte di disciplina delle mansioni sia completata attraverso inquadramenti predisposti unilateralmente dall'azienda (BALLETTI, 21, MISCIONE, 438).

A parere di chi scrive, è vero che la disciplina integrativa dell'art. 2103 c.c. può avere fonte, ai soli fini dei primi due commi della disposizione, in un regolamento unilaterale (aziendale), ma in tal caso bisogna operare una distinzione, considerato che gli atti di organizzazione datoriale, compresi quelli di inquadramento e classificazione, beneficiano di un regime di forma libera. Se la disciplina datoriale si è perfezionata in una forma tale da permetterne una conoscenza preventiva e *a posteriori* da parte dei soggetti interessati ed anche ad uso processuale, questa potrà ben svolgere la sua funzione integrativa/para-legislativa, viceversa, ove la disciplina datoriale non presenti una forma degna di conoscenza adeguata presso i terzi, la norma del codice civile non potrà che essere integrata attraverso un giudizio equitativo, o comunque non formale, simile a quello svolto dai giudici precedentemente alla riforma del *jobs act*.

Ammettiamo, ora, che al caso concreto sia applicabile un contratto collettivo determinato. Potrebbe darsi che la funzione integrativa da questo svolta non sia comunque soddisfattiva, perché, ad esempio, la nuova mansione assegnata al lavoratore non è prevista nelle declaratorie dei livelli di inquadramento negoziati. Secondo alcuni, anche in questo caso, non resta che valutare la legittimità dello *ius variandi* alla stregua del principio dell'equivalenza (GARGIULO, 4).

Tuttavia il concetto di "riconducibilità" previsto dal legislatore lascia supporre che sia sufficiente un'interpretazione ampia e analogica delle mansioni descritte e classificate dalle parti sociali, di modo che quello della mancata sussunzione della mansione effettivamente assegnata in quella descritta nei contratti collettivi, rischia di rimanere un caso di scuola.

Ciò detto, è necessario precisare che i contratti collettivi che possono svolgere la funzione di integrare l'art. 2103 I e II comma c.c. non sono solo quelli di cui all'art. 51 del d.lgs. 81/2015, perché tale ultima norma di funzionamento è applicabile laddove, nelle disposizioni del decreto, si faccia riferimento al contratto collettivo in modo esplicito. Sotto questo profilo, il riferimento manifesto all'istituto di diritto sindacale sarebbe stato quanto mai opportuno, perché la selezione degli agenti e dei livelli contrattuali, anche se a maglie larghe, è funzionale a garantire un minimo di rappresentatività e responsabilità in capo agli agenti negoziali chiamati a svolgere una funzione para-legislativa spinosa. E il caso dell'art. 2103 I e II comma c.c. è certamente uno di quei casi delicati di rinvio alla contrattazione collettiva.

Peraltro, una tale scelta legislativa avrebbe anche confermato definitivamente che la contrattazione collettiva è un elemento "*imprescindibile*" del rapporto di lavoro (Così Corte cost. 23 luglio 2015 n. 178, cfr. anche Corte cost. 23 giugno 1988 n. 697, Corte cost. 27 febbraio 1985 n. 34) e uno strumento indispensabile per la sua disciplina (RUSCIANO, 32), come risulta con maggiore evidenza quando si approfondiscono le conseguenze problematiche connesse alla scelta aziendale di sostituire ad un contratto collettivo un regolamento aziendale unilaterale (cfr. PEDRAZZOLI).

Inoltre, l'impossibilità di selezionare il contratto collettivo autorizzato ad integrare la disposizione legale sullo *ius variandi*, conduce ad una serie di problemi di difficile soluzione, dovuti al fatto che alla centralità della negoziazione collettiva non è seguita, almeno per il momento, una disciplina legale della sua efficacia soggettiva (GARGIULO, 4, BRULLO, *Disciplina delle mansioni*, 74) e del rapporto fra livelli negoziali diversi (FALSONE). Sicché, può verificarsi il caso dell'impossibilità di applicare un contratto collettivo ad un rapporto di lavoro, a causa della natura "separata" della vicenda negoziale o della inapplicabilità *tout court* del contratto di lavoro nell'impresa, dovuta, ad esempio, al fatto che il datore di lavoro non è associato ad alcuna organizzazione sindacale. Al riguardo, si è avanzata l'ipotesi di applicare in ogni caso il contratto collettivo del settore secondo la stessa logica adoperata dai giudici in relazione ai minimi retributivi (Nuzzo, 1047), ma questa soluzione non sembra tenere conto del fatto che manca, in questo caso, il referente costituzionale che giustifichi, al pari dell'art. 36 Cost., l'estensione soggettiva del contratto collettivo al fine di integrare la disciplina dello *ius variandi*.

Il problema dell'efficacia soggettiva del contratto collettivo in funzione dell'integrazione dei primi due commi dell'art. 2103 c.c. non può essere risolto *de jure condito* in termini generali, ma solo applicando di volta in volta le soluzioni prospettate in dottrina e in giurisprudenza in

materia di contrattazione separata ed efficacia soggettiva dei contratti collettivi (fra i tanti, FERRARO, 751).

Tirando le somme a proposito di questa parte della disciplina legale, è interessante chiedersi se la prima parte del nuovo art. 2103 c.c. presenti o meno alcuni tratti di continuità con l'interpretazione anche giurisprudenziale della disciplina previgente (GRAMANO, 535 ss.).

L'art. 2103 c.c., infatti, nella sua versione statutaria, è stato interessato da una serie di interventi legali speciali e di interpretazioni giudiziali finalizzati a superarne la rigidità.

Quanto alle ipotesi legali che autorizzavano a certe condizioni l'adibizione datoriale a mansioni anche non equivalenti, si considerino *a)* l'art. 10 III comma I. 68/1999 in caso di aggravamento delle condizioni di salute o di rilevanti riorganizzazioni aziendali di lavoratori assunti obbligatoriamente, *b)* l'art. 4 IV comma I. 68/1999 in caso di lavoratore divenuto inabile durante lo svolgimento del rapporto di lavoro e *c)* l'ar. 42 d.lgs. 81/2008 in caso di inidoneità o idoneità parziale accertata in sede di giudizio del medico competente a fini di sicurezza. Tali ipotesi, in ragione del criterio esegetico di specialità, sopravvivono alla modifica dell'art. 2103 c.c. (BASILICO, 9) perché, per un verso, si riferiscono ad ipotesi più specifiche e circostanziate e, per l'altro, autorizzano il demansionamento anche oltre i limiti di cui ai primi commi dell'art. 2103 c.c. nell'interesse presunto del lavoratore.

Invece, un ragionamento diverso andrà svolto in relazione ai casi in cui la legge, invece che autorizzare direttamente il demansionamento, ha affidato alla contrattazione collettiva il compito di prevedere ipotesi di deroga al vecchio art. 2103 c.c. (su cui *infra*).

Quanto alle interpretazioni giudiziali che hanno fatto, per così dire, diritto vivente, si deve ricordare la nota Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033 => che, a proposito delle c.d. clausole di fungibilità, ha riconosciuto alla contrattazione collettiva il potere di rendere convenzionalmente equivalenti anche mansioni che esprimono professionalità di grado diverso e quindi non legalmente equivalenti a norma del vecchio art. 2103, I comma, c.c. Ciò, però, solo in caso di temporanee esigenze aziendali oppure per valorizzare la professionalità dei dipendenti attraverso il sistema degli avvicendamenti.

Infine, deve farsi riferimento al tentativo di stipula di un patto di demansionamento, quale onere preliminare del datore di lavoro in caso di sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento (cfr. Cass. 8 marzo 2016 n. 4509 =>, Cass. 13 giugno 2012, n. 9656 =>).

Ora, è chiaro che questi interventi legislativi e giurisprudenziali sono giustificati dalle stesse esigenze di flessibilità che sembrano animare il legislatore del *jobs act* (GRAMANO, 535), ma mentre i primi erano

funzionali agli interessi presunti del lavoratore e dunque la deroga, seppur tale, svolgeva la stessa funzione per cui la disposizione legale era stata riformulata dal legislatore del 1970, con il d.lgs. 81/2015 l'estensione del potere di modifica delle mansioni datoriali svolge l'opposta funzione di soddisfare meglio gli interessi datoriali, sul presupposto, indiretto, che ciò conduca alla tutela del posto di lavoro e all'aumento dell'occupazione in termini macro-economici. Dunque, i punti di continuità fra la recente riforma legislativa e la situazione legale e giurisprudenziale precedente paiono solo formali.

3.2. Il demansionamento unilaterale di cui al IV comma dell'art. 2103 c.c. e la delega di diritto alla contrattazione collettiva.

Come abbiamo visto, la nuova disciplina - ferma restando l'ipotesi della "modifica degli assetti organizzativi aziendali" - delega alla contrattazione collettiva l'individuazione di "*ulteriori ipotesi di assegnazione*" a mansioni inferiori negli stessi limiti di cui al II, III e V comma dell'art. 2103 c.c.

Tali limiti, è opportuno precisarlo, sono *a)* il demansionamento ad un solo livello di inquadramento inferiore, salva la categoria legale precedente, *b)* l'obbligo formativo, se necessario, *c)* la forma scritta, a pena di nullità, *d)* la conservazione formale del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento riconosciuti prima dell'esercizio dello *ius variandi*.

Innanzitutto, possiamo dare per scontato che, ai sensi dell'art. 51 d. lgs. 81/2015, le succitate ulteriori ipotesi possono essere previste non da accordi collettivi purchessia, ma da "*contratti collettivi nazionali, territoriali o aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria*" (sull'art. 51 cfr. *ex plurimis* TREU, PASSALACQUA, ALVINO).

Questo requisito selettivo serve, innanzitutto, ad evitare il c.d. *dumping* contrattuale (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 74) e risolve, almeno in parte, i problemi applicativi connessi alla efficacia soggettiva degli accordi sindacali: infatti, solo i contratti collettivi stipulati da sindacati dei lavoratori riconducibili ad organizzazioni comparativamente più rappresentative sul piano nazionale sono autorizzati ad integrare la disciplina legale; gli altri accordi, se anche prevedessero ulteriori ipotesi di demansionamento, risulterebbero nulli, *in parte qua*, ai sensi dell'art. 2103 IX comma, che fa salve le deroghe, solo nei casi in cui ricorrano le condizioni di cui al II e IV comma della medesima disposizione.

Il IV comma dell'art. 2103 c.c. rappresenta l'acme del protagonismo assunto dalla contrattazione collettiva in materia di *ius variandi*.

Attualmente sembrano contrapporsi due approcci interpretativi diversi.

Secondo il primo, questa disposizione "*non è ancorata ad alcun presupposto causale: quindi è ammessa qualsiasi ipotesi aggiuntiva*" rispetto a quella legale di cui al II comma (VOZA, 9, AMENDOLA, 20), secondo altri è da escludere che tramite questo comma siano individuabili "*ipotesi di demansionamento in via indiscriminatamente additiva*" rispetto a quelle rientranti nella nozione di "modifica degli assetti organizzativi aziendali" (BALLETTI, 30,).

La prima tesi è quella più aderente alla lettera della disposizione e più fedele al contenuto della legge delega 183/2014. Quest'ultima, infatti, imponeva sì dei parametri oggettivi di individuazione di fattispecie di demansionamento legittimo, ma faceva salve le altre ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, senza prevedere in questo ultimo caso condizioni e limiti. Quindi, anche ammesso, come è assolutamente condivisibile, che il legislatore sia incappato in un eccesso di delega riguardo al parametro della modifica degli assetti organizzativi aziendali - ove non è rintracciabile alcunché di oggettivo (DE ANGELIS) - tale vizio non è affatto riscontrabile in riferimento al IV comma della disposizione.

Ciò significa che è ammissibile se non opportuna la lettura restrittiva del II comma dell'art. 2103 c.c., secondo cui la modifica organizzativa che giustifica il demansionamento legittimo unilaterale deve corrispondere ai casi in cui sarebbe oggettivamente legittimo il licenziamento, ove non fosse possibile modificare anche *in peius* le mansioni (GRAMANO 543, BALLETTI, 30 *contra* SORDI). Ma significa, anche, che la stessa argomentazione non può essere spesa in relazione al IV comma, la cui lettura congiunta con l'art. 3 l. 604/1966 e secondo la logica del c.d. *repêchage*, appare del tutto arbitraria.

Dunque, ciò che può essere espunto in via interpretativa dal II comma, rientra in gioco, per il tramite del IV comma dell'art. 2103 c.c. ma, ecco la non irrilevante differenza, col filtro della contrattazione collettiva.

Le ulteriori ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, comunque, devono presentare una caratteristica che possiamo individuare alla luce del V comma della disposizione che vale anche in relazione alla fattispecie legale di cui all'art. 2103 II comma c.c.

Ci si riferisce al fatto che la durata del demansionamento legittimo deve essere causalmente connessa alla caratteristica temporale delle ipotesi individuate dalla contrattazione collettiva.

Sotto questo profilo è stato affermato che il demansionamento legittimo unilaterale ha natura "puramente transitoria" (FERRANTE, 42) in virtù del fatto che il legislatore fa salvi l'inquadramento e la retribuzione precedente, imponendo quindi un'alterazione della struttura funzionale del contratto e uno "scollamento" fra forma e sostanza (BALLETTI, 31), che devono essere risanati appena possibile.

Ma ciò è vero solo in senso descrittivo e non prescrittivo: il datore di lavoro, cioè, troverà economicamente sconveniente il fatto di non rimediare al demansionamento già imposto ai sensi dell'art. 2103 II e IV comma c.c. quando nuove circostanze permetteranno di rispettare nuovamente il principio di corrispettività che permea le relazioni contrattuali (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 69, BELLAVISTA parla di situazioni "tendenzialmente temporanee" anche se di fatto procrastinabili all'infinito).

E' ora il caso di verificare il destino delle precedenti ipotesi in cui il legislatore, invece di stabilire direttamente i casi eccezionali di deroga all'art. 2103 c.c. (su cui *supra*), delega il delicato incumbente alla contrattazione collettiva.

Si tratta dei casi di cui a) all'art. 4 XI comma I. 223/1991, che autorizza gli accordi sindacali a derogare all'art. 2103 c.c. in ipotesi di riassorbimento di lavoratori dalla mobilità, e b) all'art. 8 II comma lett. b) e II *bis* comma d.l. 138/2011 che autorizzano la contrattazione c.d. di prossimità a derogare all'art. 2103 c.c. a certe condizioni procedurali, sostanziali e per specifiche finalità.

A questo riguardo ci si deve chieder se le due disposizioni resistono al sopraggiungere del d.lgs. 81/2015. Per farlo è necessario stabilire se sia applicabile il criterio cronologico – che vedrebbe l'abrogazione implicita, anche solo parziale, delle discipline legali speciali (BALLETTI, 36 e 48, BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 75) – o il criterio di specialità (BASILICO, 9 anche se non in riferimento al succitato art. 8) – il quale garantirebbe la sopravvivenza di queste ultime.

A parere di chi scrive bisogna distinguere il caso del licenziamento collettivo di cui alla l. 223/1991 da quello dell'art. 8 d.l. 138/2011.

Nel primo caso, in concreto, non sembra nemmeno porsi un problema di antinomia normativa o, visto sotto un'ottica diversa, sembra applicabile il criterio di specialità.

Infatti, il licenziamento collettivo e il demansionamento legittimo unilaterale possono avere in comune la causa e il contesto in cui si inverano, in quanto la "*riduzione o trasformazione dell'attività o del lavoro*" (art. 24 I comma I. 223/1991) rappresenta una specie di "*modifica degli assetti organizzativi aziendali*" ai sensi dell'art. 2103 comma II c.c. Tuttavia, l'avvio o, quanto meno, la conclusione di una

procedura di mobilità risultano logicamente e cronologicamente successive alla verifica dell'esistenza di misure rimediali idonee ad evitare il licenziamento collettivo, la cui mancanza, infatti, deve essere comunicata ai sindacati ai sensi dell'art. 4 III comma I. 223/1991. E lo *ius variandi* è certamente uno dei principali istituti rimediali nelle mani del datore di lavoro.

Quindi, in sede di trattativa sindacale nel contesto di una procedura di mobilità il datore di lavoro potrà (ri)verificare la possibilità di ridurre l'impatto occupazionale della scelta aziendale ai sensi del nuovo art. 2103 c.c. In caso di (nuovo) insuccesso, poi, potrà ricercare un accordo finalizzato a derogarlo *in peius* per raggiungere il medesimo obiettivo, prevedendo, ad esempio, l'adibizione a mansioni inferiori anche oltre il primo livello di inquadramento inferiore e a prescindere dal consenso dei singoli lavoratori.

Dunque, in concreto, non si verifica quella "incompatibilità" fra disposizioni legali, né si prefigura quel rapporto di genere/specie cui l'art. 14 delle preleggi fa seguire l'effetto abrogativo della disciplina anteriore.

Nel caso, invece, dell'art. 8 d.l. 138/2011, sembra preferibile l'applicazione del criterio cronologico.

Infatti, sotto il profilo dell'ambito di applicazione, l'art. 8 e l'art. 2103 c.c. si pongono di fatto su di un medesimo piano nel senso che forniscono due strumenti diversi per raggiungere il medesimo scopo prefissato dal datore di lavoro, ma le norme (anche in combinato disposto con l'art. 51 d.lgs. 81/2015) individuano criteri alternativi e incompatibili di selezione degli agenti e dei livelli contrattuali autorizzati.

4. La contrattazione collettiva "disfunzionale" rispetto alla *ratio* della riforma dell'art. 2103 c.c. Accordi sindacali previgenti e nuovi rinnovi contrattuali.

A questo punto del discorso possiamo domandarci se ed entro quali limiti la contrattazione collettiva possa intervenire per regolare diversamente l'esercizio dello *ius variandi*.

Non c'è dubbio che le parti sociali abbiano competenza in materia di disciplina dei rapporti di lavoro e, quindi, anche in materia di poteri datoriali (Corte cost. 23 giugno 1988 n. 697 e Corte cost. 27 febbraio 1985 n. 34 secondo cui l'art. 39 Cost., che tutela la libertà sindacale, "*ha il suo necessario complemento nell'autonomia negoziale*"). Ed è altrettanto ovvio che questa competenza non è esclusiva, ma compete/concorre con quella spettante al legislatore nazionale.

Il rapporto classico e tradizionale fra la fonte legale e quella negoziale collettiva è caratterizzato dalla c.d. inderogabilità unilaterale

della legge, ovvero da una sua inderogabilità *in peius* e da una sua derogabilità *in melius* da parte delle negoziazione collettiva. Come è noto, infatti, la contrattazione collettiva può prevedere una disciplina migliorativa per i lavoratori, ma non può stabilire condizioni peggiori di quelle fissate dalla legge (MAZZOTTA, 219).

Secondo altre teorie, le caratteristiche di questo rapporto fra fonti, almeno a partire dalla fine degli anni '70, sarebbero cambiate nel senso che la derogabilità *in melius* non sarebbe più un connotato della disciplina lavoristica (BIAGI, TIRABOSCHI, 42) o lo sarebbe solo in certi casi, cioè considerando la *ratio* dell'intervento del legislatore (MARESCA, 482).

Non è possibile in questa sede approfondire il complesso dibattito teorico in termini generali.

Però possiamo affermare che gli argomenti spesi per criticare la teoria tradizionale non sono convincenti, almeno in riferimento alla nuova disciplina dello *ius variandi*, che accede allo svolgimento del rapporto di lavoro e ha implicazioni dirette sull'attività di impresa, ma non sul mercato del lavoro.

Se, infatti, proprio nell'ambito della disciplina del rapporto di lavoro la contrattazione collettiva non fosse libera di concordare una regolazione più favorevole per i lavoratori, perderebbe la sua stessa ragion d'essere. In sostanza, la competenza per materia, di rango anche costituzionale, ne risulterebbe oltremodo sacrificata senza alcuna giustificata e rilevante ragione (cfr. recentemente CENTAMORE, 491).

In parte diverso e, comunque, più complesso sarebbe il ragionamento nel caso del rapporto fra legge e contrattazione collettiva delegata ad integrare la prima in materia di mercato del lavoro e tipologie contrattuali flessibili (su cui, fra i tanti, CARABELLI, LECCESE, 345, FERRARO, 667), perché in tal caso interverrebbero altre esigenze ed interessi di rilievo pure costituzionale (art. 4 Cost.) da bilanciare prudentemente con il principio di tutela delle competenze della contrattazione collettiva (art. 39 Cost.).

In definitiva, la contrattazione collettiva può legittimamente stabilire una disciplina dello *ius variandi* più restrittiva rispetto a quella oggi prevista dal legislatore e quindi più favorevole al lavoratore dipendente, anche se ciò avviene in aperto contrasto con le intenzioni del legislatore del *jobs act*. Se, infatti, quest'ultimo avesse voluto impedire questi possibili scenari, avrebbe dovuto prevedere un vincolo legale alla contrattazione collettiva esplicito e costituzionalmente giustificato e ragionevole (CENTAMORE, 551, FALSONE).

Si può, così, concludere che le parti sociali, oltre a non prevedere altre ipotesi di demansionamento legittimo, ai sensi dell'autorizzazione resa dal IV comma della disposizione codicistica, possono restringere i

confini della vaga fattispecie legale della *"modifica degli assetti organizzativi aziendali"* fino ad escludere *tout court* l'operatività della regola che autorizza lo *ius variandi in peius*.

Secondo la stessa logica i sindacati potrebbero concordare che la mobilità debba considerarsi orizzontale solo fra mansioni professionalmente equivalenti, come nella più favorevole versione della disposizione ora abrogata e non anche in caso di riconducibilità delle stesse al medesimo livello di inquadramento contrattuale, come previsto dalla nuova versione dell'art. 2103 c.c. (DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura lavoristica*, 9).

E' interessante, allora, verificare in che modo le prassi negoziali si stanno orientando in sede di rinnovo contrattuale, relativamente alla disciplina dello *ius variandi*, prendendo ad esempio specifici settori produttivi.

Il CCNL chimico farmaceutico, ad esempio, è stato rinnovato il 15 ottobre 2015.

In quella sede il termine oltre il quale sorge il diritto alla promozione all'inquadramento superiore è stato esteso da 3 a 6 mesi, invece la norma sugli altri casi di mobilità è rimasta invariata e recita così: *"in relazione alle esigenze organizzative aziendali il lavoratore può essere assegnato temporaneamente a mansioni diverse da quelle inerenti la sua categoria purché ciò non comporti alcun peggioramento economico né alcun mutamento sostanziale del suo inquadramento"* (art. 6). A questo proposito, è d'uopo sottolineare che la parte della norma che autorizza l'adibizione a mansioni relative a categorie diverse, ove si riferisca alle categorie legali, è nulla a differenza che in passato, perché ciò è oggi vietato dalla stessa disciplina legale, nell'interesse dei lavoratori,

Invece, il CCNL Cooperazione Alimentare, rinnovato il 23 marzo 2016, ha sostituito alla vecchia formulazione contrattuale una nuova disciplina, che ricalca esattamente quella del nuovo art. 2103 c.c.

Infine, il CCNL "cemento, calce, gesso", rinnovato il 18 aprile 2016, ha lasciato inalterata la precedente disposizione contrattuale per il semplice fatto che essa, già prima del 2015, autorizzava "demansionamenti controllati". L'art. 31, infatti, stabilisce che *"nell'ambito dell'area di appartenenza il lavoratore può, in relazione a esigenze organizzative, tecniche e produttive, essere adibito anche a mansioni relative ad altri livelli della stessa area senza alcun peggioramento economico in caso di mansioni proprie di un livello inferiore (...)"*.

Si tratta, in questo caso di una previsione che prima poteva essere considerata nulla in sede giudiziale - nel caso che le nuove mansioni di livello inferiori risultassero professionalmente non equivalenti - e che ora,

invece, riacquista piena efficacia. Per il resto è interessante segnalare un nuovo comma dell'art. 31 del citato CCNL secondo cui *"tra direzione aziendale e r.s.u., in caso di mutamento di mansioni a un livello inferiore, si dovrà svolgere un incontro in via preventiva a livello aziendale o/e di unità produttiva per valutare possibili implicazioni anche in relazione alla eventuale attività di formazione professionale legata allo svolgimento delle nuove mansioni richieste"*. La nuova norma, infatti, rappresenta un'interessante modalità di specificazione dell'obbligo formativo di cui all'art. 2103 III comma c.c.

Ne risulta un quadro variegato. Si avvicendano, infatti, settori in cui la nuova disciplina è stata osteggiata, attraverso il mantenimento della vecchia disciplina negoziale, settori in cui la nuova disciplina è stata reinterpretata e settori in cui essa, come in passato, è stato sostanzialmente riprodotta, in ossequio alla volontà del legislatore delegato del 2015.

Nulla osta, infine, a giungere a conclusioni analoghe anche in riferimento alla contrattazione collettiva attualmente vigente e stipulata prima del giugno del 2015. La notazione è di particolare importanza in questo caso, perché la regolazione negoziale dello *ius variandi* presenta la peculiarità (ora come in passato) di essere formalizzata in numerosi contratti collettivi non tramite un rimando formale alla legge, ma attraverso una riproduzione materiale, con le necessarie integrazioni, della disciplina legale oggi abrogata (cfr. art. 101 CCNL Commercio rinnovato il 30 marzo 2015, ovvero quando gli schemi del futuro decreto 81/2015 erano già noti, art. 2 Titolo II del CCNL Industria rinnovato il 5 dicembre 2012, art. 7 CCNL Trasporti e Logistica rinnovato il 26 maggio 2014 =>).

Bisogna chiedersi, allora, se la vecchia disciplina legale possa sostanzialmente sopravvivere tramite le previgenti clausole negoziali che la ricalcano.

Dando per assodato che fra fonti di rango diverso non è possibile applicare il criterio cronologico, per rispondere è necessario riprendere il tema delle tecniche di comparazione fra legge e contratto collettivo utili a capire quale sia la disciplina da applicare, in quanto più favorevole per i lavoratori.

Fra queste, come è noto, distinguiamo il criterio del cumulo - ovvero del confronto clausola per clausola - e quello del conglobamento - ovvero del confronto tra trattamenti complessivi. Inoltre, sono stati elaborati altri criteri, per così dire, mediani, come quello secondo cui il confronto debba riguardare l'istituto di riferimento (e non la singola clausola o l'intero trattamento), oppure le sole clausole che "nel complesso realizzano una stessa funzione" (PERSIANI, 128). E' prevalente l'opinione per cui nel

confronto fra legge e contratto collettivo debba preferirsi la teoria del cumulo (DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile*, 197, ZOLI, 503, CESTER, 378).

Applicando questo criterio, ne deriva che: *a)* la norma legale sulla mobilità orizzontale (art. 2103 I comma c.c.) risulta derogata *in melius* da numerosi CCNL attualmente vigenti, come quelli citati *supra*, la cui disciplina va dunque preferita, mentre *b)* le nuove norme sul "demansionamento legittimo" (art. 2103 II e IV comma c.c.) non sono tecnicamente comparabili con altre clausole negoziali già vigenti, quindi non sono derogate *in melius* dalla contrattazione previgente e possono essere legittimamente applicate.

Invece, se preferissimo il criterio mediano del confronto fra istituti, quanto meno per giungere ad una soluzione interpretativa più coerente e funzionale, ne deriverebbe la deroga *in melius* dell'intero art. 2103 c.c., nella sua nuova formulazione.

Per concludere, quindi, la portata riformatrice dell'art. 3 del d.lgs. 81/2015, come di qualunque altra disposizione legale che debba confrontarsi con una contrattazione collettiva preesistente e migliorativa, può risultare "amputata" fino a che non intervengano dei rinnovi contrattuali coerenti con le intenzioni del legislatore (conf. FERRANTE, 38).

5. La contrattazione collettiva funzionale alla *ratio* della riforma del *jobs act* e i limiti posti dal sistema.

Dallo studio fino ad ora svolto emerge chiaramente che la latitudine entro cui può estendersi oggi lo *ius variandi* è potenzialmente molto ampia perché il suo perimetro è indefinito, come abbiamo visto. La contrattazione collettiva, infatti, oltre a ridimensionare tale potere datoriale a favore dei lavoratori secondo i principi precisati *supra* (*supra* § 4) e applicabili alla disciplina lavoristica, è autorizzata ad accrescerlo. In primo luogo attraverso un rinvio di fatto ai livelli di inquadramento da sempre previsti nei contratti collettivi, ma che potrebbero in teoria scaturire anche da una regolamentazione datoriale (commi I e II dell'art. 2103 c.c.), in secondo luogo tramite la delega esplicita del legislatore nei termini di cui all'art. 2103 IV comma c.c. (BROLLO, *Disciplina delle mansioni*, 73) (*supra* § 3).

Ora, poiché lo *ius variandi* può esercitarsi nell'ambito del livello contrattuale (e della categoria legale) o, a determinate condizioni, nell'ambito del livello contrattuale subito inferiore, è chiaro che la composizione negoziale degli inquadramenti contrattuali ha un effetto diretto sull'estensione del potere datoriale di modifica delle mansioni assegnate.

In particolare, ad un minor numero di livelli di inquadramento corrisponde una minore tutela della professionalità del lavoratore, poiché all'interno di ogni livello verranno a trovarsi una quantità di mansioni maggiori e, presumibilmente, più eterogenee. Vale ovviamente il discorso opposto in caso di aumento dei livelli contrattuali, perché ciò almeno in teoria, può facilitare l'omogeneità delle mansioni raccolte ad un livello.

Portando il discorso alle estreme conseguenze, formalmente, potrebbero darsi dei casi di *ius variandi* eccezionalmente sfavorevoli per il lavoratore. Questo rischio è incombente e attuale, perché gli odierni assetti contrattuali sono costruiti non in modo da raccogliere mansioni professionalmente omogenee, ma in ragione del valore economico/retributivo riconosciuto ad esse dalle parti sociali e, quindi, dal mercato. Così, oggi, il lavoratore dipendente del settore del commercio inquadrato al III livello del CCNL (art. 100) potrebbe essere adibito alle mansioni di vetrinista o steno-dattilografo in lingue estere o di disegnatore tecnico o, per il livello inferiore, a quelle di contabile d'ordine, commesso o astatore. Peraltro, i primi rinnovi successivi al giugno del 2015, non hanno dato seguito alla nuova funzione riconosciuta dalla legge alle parti sociali e hanno mantenuto inalterate le declaratorie e i sistemi di inquadramento.

E' opportuno, allora domandarsi se siano o meno rintracciabili dei limiti a questo rilevantisimo potere riconosciuto al datore di lavoro per il tramite della contrattazione collettiva, fermo restando - sia chiaro - che quest'ultima rimane ben libera di regolare i livelli di inquadramento in assoluta libertà (arg. art. 39 Cost.) e che, semmai, spetterà all'interprete, e *in primis* al giudice, di operare il corretto riequilibrio degli interessi, anche a prescindere dai contenuti dei contratti collettivi. Vediamo in che modo.

In dottrina è già stata fornita una lettura restrittiva secondo cui le ragioni che giustificano il demansionamento legittimo unilaterale devono corrispondere a quelle che ammetterebbero il licenziamento per giustificato motivo oggettivo, in virtù di una lettura della disposizione coordinata con le direttive e i principi, più rigorosi e meno vaghi, della legge delega (§ 3.2), tuttavia è possibile rispondere al quesito posto in termini più generali, in modo da fissare dei paletti che coinvolgano l'intero istituto dello *ius variandi*, cioè anche a prescindere dal vizio dell'eccesso di delega - peraltro valevole, come abbiamo visto, solo per il II comma e non per il IV comma della disposizione codicistica.

Esistono almeno due ipotesi ricostruttive che appaiono adeguate a scongiurare gli squilibri che la nuova disciplina legale e negoziale può provocare.

La prima ipotesi poggia sul valore anche costituzionale della professionalità del lavoratore, che il giudice del lavoro non può ignorare, la seconda fa leva, invece, sulle regole e i principi dell'autonomia contrattuale.

Incominciamo dalla prima.

Abbiamo già detto che lo *ius variandi*, ontologicamente unilaterale, è un potere eccezionale del datore di lavoro che scaturisce dalla natura particolare del contratto di lavoro e che il legislatore regola e limita a tutela della professionalità del dipendente.

E' chiaro che se guardiamo alla nuova disciplina delle mansioni in termini diacronici dobbiamo rilevare il carattere recessivo della tutela dell'interesse del lavoratore, ma se lo isoliamo dalla sua storia, possiamo comunque riconoscere che l'art. 2103 c.c., anche nella nuova versione, svolge una funzione di limite al potere datoriale e di tutela della professionalità (PERINA).

Il valore della professionalità, quindi, deve guidare ancora l'interprete e l'operatore del diritto. Ciò, peraltro, sarebbe vero anche se mancasse una norma come quella che stiamo studiando, infatti è pacifico che il diritto alla carriera e alla professionalità, anche nei suoi profili di immagine sociale, hanno rango costituzionale (artt. 2, 35 e 41 II comma Cost.), tanto è vero che si è soliti riconoscere al lavoratore non solo l'obbligo, ma anche il diritto di svolgere effettivamente la prestazione lavorativa (BASILICO, 6).

La giurisprudenza di merito, di legittimità e costituzionale sono in questo senso uniformi (Cass. 3 maggio 2016 n. 8709 =>, Cass. 26 maggio 2004, n. 10157, App. Genova 15 aprile 2005, Trib. Milano, 12 febbraio 2010, Corte cost. 13 dicembre 1988 n. 103 =>).

Stando così le cose, la contrattazione collettiva che dovesse prevedere casi di demansionamento tali da violare il diritto del lavoratore alla professionalità, nel suo nocciolo duro di rango costituzionale, risulterebbe illegittima, nonostante la delega di fatto e di diritto conferitale dalla legge ordinaria. Non ne conseguirebbe, quindi, l'illegittimità costituzionale dell'art. 2103 c.c. – che sarebbe da denunciare alla Corte costituzionale – ma la nullità del negozio collettivo per violazione di norma imperativa ai sensi degli artt. 1419 II comma e 1339 c.c. che è rilevabile direttamente dal giudice del merito (GRAMANO, 539-540 e, BAVARO, 170 e SCARPELLI, 499 in riferimento ad un altro ma, per quel che qui conta, paragonabile contesto normativo).

Veniamo ora alla seconda ipotesi ricostruttiva.

Lo *ius variandi*, come abbiamo accennato *in limine* non è un istituto ad appannaggio dei soli lavoratori, ma riguarda numerosi altri contratti di

diritto comune. Dal punto di vista puramente civilistico, quindi, possiamo fare alcune considerazioni che paiole fruttuose ai nostri fini.

Lo *ius variandi* è un potere unilaterale riconosciuto dalla legge o da un contratto non per provocare o favorire uno sbilanciamento di posizioni fra parti coinvolte, ma per garantire il funzionamento del rapporto contrattuale di durata ovvero per salvaguardare la sua conservazione, nell'interesse, presunto dalla legge o palesato nel negozio, di entrambe le parti. In sostanza, esso è lo strumento meno dispendioso e più efficace (basta la volontà di una parte) per aggiornare le dinamiche contrattuali (cfr. IORIO, 13, 140, 157, FRANCESCHELLI, 230).

Se questa è la funzione dello *ius variandi* che l'ordinamento considera meritevole di tutela, tale potere unilaterale non può spingersi oltre la soglia della sua funzione di conservazione e adattamento del contratto. In particolare, esso non può provocare un effetto estintivo e di contestuale costituzione di un nuovo rapporto contrattuale, senza il consenso dell'altra parte, perché ne risulterebbe sacrificato il principio di cui all'art. 1372 c.c. secondo cui il contratto può essere sciolto per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge e verrebbe a mancare l'interesse dell'ordinamento a riconoscere legittimità a questo istituto eccezionale.

In concreto, ciò vuol dire, innanzitutto, che l'esercizio dello *ius variandi* non può provocare la modifica della causa/titolo del contratto, perché ciò condurrebbe ad un effetto novativo unilaterale inammissibile. Per la stessa ragione, anche l'oggetto del contratto non può essere modificato unilateralmente, se non nei suoi profili accessori (IORIO, 36).

Per fare due esempi opposti tratti dalla giurisprudenza sul contratto di lavoro, possiamo affermare che il distacco del lavoratore non comporta una novazione, ma solo una modificazione nell'esecuzione del contratto (Cass. 21 novembre 2013, n. 26138), mentre il passaggio alla qualifica di dirigente implica una novazione oggettiva (Cass. 28 ottobre 2014, n. 22835).

Quando lo *ius variandi* è riconosciuto e regolato dal legislatore (come nel caso dell'art. 2103 c.c.), la legittimità dell'atto unilaterale esercitato nel rispetto della legge – e quindi il rispetto dei limiti oltre i quali si ha novazione e non modificazione – potrebbe essere presunta, come per qualunque contratto o atto tipico.

Tuttavia, secondo certa dottrina, ciò è vero solo in astratto perché, in ogni caso, si può e si deve procedere, di volta in volta, ad una verifica in concreto dello scopo oggettivo perseguito con l'esercizio del potere unilaterale, per stabilirne la liceità e meritevolezza reali (GAMBINI, 185), ad esempio ai sensi dell'art. 41 II comma Cost.

Il caso dell'art. 2103 c.c., sotto questo profilo, è particolarmente complesso perché lo *ius variandi* non viene più disciplinato

esaurientemente dal legislatore, in quanto la norma legale, come abbiamo visto, consegna alla contrattazione collettiva la funzione di definirne e integrarne i limiti, potendo operare, per altro, in tutte le direzioni (*in melius* e, entro certi limiti, *in peius*).

A maggior ragione, dunque, la presunzione di legittimità dell'atto unilaterale *ex art.* 2103 c.c. non può operare automaticamente.

La legittimità dell'atto datoriale, cioè, sotto il profilo più strettamente civilistico, dipende sia dal movente concreto che giustifica la modifica individuale delle mansioni, sia da una preliminare valutazione di liceità della contrattazione collettiva, la quale, in quanto contratto di diritto comune, non può autorizzare una parte ad esercitare il potere riconosciutogli oltre il limite suesposto, superato il quale si produce un inaccettabile effetto novativo unilaterale. Né la delega legale finalizzata ad integrare la norma, e dunque, la conseguente funzione para-legislativa del contratto collettivo, possono indurre ad interpretare il nuovo regime normativo, nel senso di ritenere oggi superabile *tout court* il suddetto limite di sistema. D'altronde, come abbiamo già osservato, se il legislatore, con il VI comma dell'art. 2103 c.c., ha inteso disciplinare un fenomeno, questo sì, davvero novativo (modifica delle mansioni, dell'inquadramento e della categoria concordata in sede assistita), è chiaro che ha inteso escluderlo nel caso dello *ius variandi* di cui alla prima parte della medesima norma.

Il nodo da sciogliere, a questo punto, sta nell'esigenza di stabilire il punto esatto in cui si colloca il crinale che separa, nell'ambito del contratto di lavoro, la modifica unilaterale e la novazione necessariamente consensuale.

A questo proposito sembra foriera di buoni risultati, certamente da approfondire nella nostra prospettiva, l'impostazione metodologica secondo cui "*laddove limiti espressi non siano posti dalla legge, essi vanno ricercati nell'autonomia contrattuale*" individuale (PANTANO, *Il rendimento*, 90). In sostanza, secondo questa prospettiva, per valutare, a valle, la legittimità dello *ius variandi* – tramite la liceità della sua causa – bisogna, a monte, considerare la causa concreta del contratto (NAVARRETTA, 616) che, "*determinando il senso dell'operazione economica, seleziona l'ambito delle finalità perseguibili in modo legittimo*" (così PANTANO, *Il rendimento*, 89 e ss.).

Ciò significa, in sostanza, che lo *ius variandi* potrà essere esercitato nei limiti espliciti e formali posti dalla legge, ma anche che lo stesso non potrà mancare di fare i conti con un controllo di sostanza (o funzionale) che può essere svolto a partire dalla causa del contratto originario e che impedisca assegnazioni di mansioni che il lavoratore, al momento della

stipula del contratto di lavoro, non aveva in alcun modo messo in conto di dover svolgere (PANTANO, 57, BROLLO, *Mansioni*, 244).

Bibliografia essenziale.

- ALPA, *Indeterminatezza dell'oggetto del contratto, giudizio di nullità e principio di buona fede*, in *Giur. It.*, 1977, I, 1, c. 698 ss.
- ALVINO, *Il micro-sistema dei rinvii al contratto collettivo nel d.lgs. n. 81 del 2015: il nuovo modello della competizione fra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Riv. it. dir. lav.*, 4/2016 in corso di pubblicazione.
- AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015 in WPCSDLE "M. D'Antona".IT*, - 291/2016.
- BALLETTI, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016 in corso di pubblicazione.
- BARASSI, *Il contratto di lavoro*, Milano, 1915, II.
- BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale del contratto*, Napoli, 2005.
- BASILICO, *Disciplina delle mansioni: come cambia il sindacato del Giudice*, in *Giustiziacivile.com*, n. 6/2016.
- BAVARO, *Azienda, contratto e sindacato*, Bari, 2012.
- BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs act*, in *Dirittisocialicittadinanza*, 2015, 2 ss.
- BETTINI, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Torino, 2014.
- BIAGI (di), TIRABOSCHI (continuato da), *Istituzioni di diritto del lavoro*, Milano, 2012, 42.
- BILLÌ, *La disciplina delle mansioni nel rapporto di lavoro degli autoferrotranvieri*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.
- BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, *Adapt e-Book*, n. 48/2015, 29.
- BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Milano, 1997.
- BROLLO, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori*, in *Digesto, IV ed.*, disc. priv. sez. comm., IX, Torino, 1993.
- BUSSOLETTI, *La normativa sulla trasparenza: il jus variandi*, in *Dir. banca e merc. fin.*, 1994, I, 469.
- CARABELLI, LECCESE, *Il sofferto rapporto tra legge e autonomia collettiva: alcune riflessioni ispirate dalla nuova disciplina*

- dell'orario di lavoro*, in *Studi in onore di Giorgio Ghezzi*, Padova, 2005, 345.
- CARNELUTTI, *Infortuni sul lavoro*, I, Roma, 1913.
- CASIELLO, *L'adibizione a mansioni superiori*, in ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.
- CENTAMORE, *Legge e autonomia collettiva: una critica della dottrina dell'inderogabilità bilaterale*, in *Lav. Dir.*, 2015, 491.
- CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2008, 378.
- CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in G. SANTORO PASSARELLI (a cura di), *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, Utet, 2014, 752.
- DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015.
- DE LUCA TAMAJO, *Jobs act e cultura lavoristica*, in *Dir. lav. merc.*, 1/2016, 5.
- DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Napoli, 1976.
- FALSONE, *I rinvii legali alla contrattazione collettiva nel d.lgs. 81/2015*, in *Dir. rel. ind.*, 4/2016, in corso di pubblicazione.
- FERRANTE, *Direzione e gerarchia nell'impresa (e nel lavoro pubblico privatizzato). Art. 2086*, in SCHLESINGER (fondato da), e BUSNELLI, (diretto da), *Il Codice Civile. Commentario*. Milano, 2012.
- FERRANTE, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in VARESI, PANDOLFO, MAGNANI, *I contratti di lavoro: commentario al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 31.
- FERRARO, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo*, in *Riv. giur. lav.*, 2011, IV, 751.
- FERRARO, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1986, 667.
- FRANCESCHELLI, *Intorno al principio di conservazione dei contratti*, in *Scritti civilistici di teoria generale del diritto*, Milano, 1975, 299.
- GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, Milano, 2015.
- GAMBINI, *Fondamento e limiti dello ius variandi*, Napoli, 2000.
- GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *Riv. giur. lav.*, 3/2015, 619

- GEYMONAT, *Jus variandi: "il" o "lo"? (risposta ad un anonimo)*, in *Banca, borsa e tit. cred.*, 1997, I, 305.
- GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963.
- GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di ZILIO GRANDI, BIASI, Padova, 2016, 517.
- GRANDI, *La mobilità interna*, in AA. VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, 251.
- IORIO, *Le clausole attributive dello ius variandi*, Milano, 2008.
- IRTI, *L'oggetto*, in *L'introduzione allo studio del diritto privato*, Torino, I, 1973.
- LASSANDARI, *La riforma del lavoro del Governo Renzi ed il sistema di relazioni sindacali*, in *Questione Giustizia*, 2015, 3, 47.
- 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.
- LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982.
- MAINARDI, *Le relazioni collettive nel "nuovo" diritto del lavoro*, *Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2016, in corso di pubblicazione.
- MAZZONI, ARANGUREN, *La qualifica del lavoratore e l'ius variandi dell'imprenditore*, Milano, 1961.
- MARESCA, *Modernizzazione del diritto del lavoro, tecniche normative e apporti dell'autonomia collettiva*, in *Diritto del lavoro. I nuovi problemi. L'omaggio dell'Accademia a Mattia Persiani*, Padova, 2005, 479.
- MAZZOTTA, *Il diritto del lavoro e le sue fonti*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2001, I, 219.
- MISCIONE, *Jobs act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. Giur.*, 2015, 5, 437.
- NAVARETTA, Artt. 1321-1349, a cura di NAVARETTA e ORESTANO, Torino, 2011, 573,
- PANTANO, *Il "nuovo" demansionamento*, in ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.
- PANTANO, *Il rendimento e la valutazione del lavoratore subordinato nell'impresa*, Padova, 2012.
- PASSALACQUA, *Il nuovo modello generale di rinvio legale all'autonomia collettiva delineato dall'art. 51, d.lgs. n. 81 del 2015: l'equiordinazione tra i livelli della contrattazione collettiva*, in *Dir. Lav. Mer.*, 2/2016, in corso di pubblicazione.

- PEDRAZZOLI, *Il regolamento unilaterale dei rapporti di lavoro: solo un reperto archeologico?*, in WPCSDLE "Massimo D'Antona".IT – 149/2012.
- PERINA, *La tutela della professionalità nel nuovo art. 2103 del codice civile*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.
- PERSIANI, *Diritto sindacale*, Padova, 2016.
- PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Milano, 1992.
- PICCININI, *Mansioni e autonomia negoziale (in ricordo di Attilio Palladini)*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.
- PISANI, *La modificazione delle mansioni del lavoratore*, Milano, 1990.
- PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015.
- RUSCIANO, *La metamorfosi del contratto collettivo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, 29.
- SCARPELLI, *Il rapporto tra la legge e la contrattazione collettiva di prossimità nell'art. 8 del d.l. n. 138/2011*, in *Riv. giur. lav.*, 3, 2012, 499.
- SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione ("ius variandi") del rapporto contrattuale*, in *GComm*, 1992, I, 24.
- SORDI, *Il nuovo art. 2103 e il licenziamento per giustificato motivo oggettivo*, in PICCININI, PILEGGI, ROSSI, *La nuova disciplina delle mansioni dopo il jobs act*, in *Lav. Prev. Oggi*, in corso di pubblicazione.
- SUPPIEJ, *Il potere direttivo dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, in AA. VV., *I poteri dell'imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, Milano, 1972, 35 ss.
- TREU, *I rinvii alla contrattazione collettiva (art. 51, d.lgs. n. 81/2015)*, in VARESI, PANDOLFO, MAGNANI, *I contratti di lavoro: commentario al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, Torino, 2016, 250.
- ZILIO GRANDI, *La retribuzione: fonti, struttura, funzioni*, Napoli, 1996.
- ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni: evoluzione del quadro normativo*, in ZILIO GRANDI, GRAMANO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.
- ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in FIORILLO, PERULLI, *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2016.

ZOLI, *Contratto collettivo come fonte e contrattazione collettiva come sistema di produzione di regole*, in *Trattato di diritto del lavoro* (diretto da F. CARINCI e PERSIANI), vol. 1, *Le fonti del diritto del lavoro* (a cura di PERSIANI), 2010, Padova, 498.