



I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 310/2016

© Carlo Pisani - 2016
Università di Roma "Tor Vergata"
c.pisani@studiolegalecarlopisani.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>



I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni^α

Carlo Pisani
Università di Roma "Tor Vergata"

1. Le posizioni nostalgico – creative.	2
2. La sottovalutazione da parte dei critici dell'indispensabile ruolo dell'autonomia collettiva.....	4
3. L'anacronistica difesa della concezione statica della professionalità costituzionalmente non obbligata.....	10
4. Lo scetticismo ingiustificato nei confronti della formazione.....	15
5. La valenza di norma anti incertezza del comma 1 ignorata dai critici.....	19
6. Le interpretatio abrogans: il recupero surrettizio dell'equivalenza e l'introduzione di una giustificazione obiettiva.	21
7. Il superamento del problema dell'eccesso di delega.	26

^α L'articolo è stato proposto per la pubblicazione alla Rivista Italiana di Diritto del Lavoro.

1. Le posizioni nostalgico – creative.

La maggiore novità introdotta dal nuovo art. 2103 cod. civ. è di tecnica legislativa. Viene infatti abbandonato il precedente modello basato sulla norma inderogabile di legge a precetto generico, quale era l'equivalenza, con conseguente superamento del monopolio legale della disciplina dei limiti al mutamento delle mansioni, e dei connessi problemi di rigidità, uniformità regolativa ed incertezza che ne derivavano. È stata invece adottata la tecnica del rinvio al contratto collettivo, utilizzando un istituto di quest'ultimo (il sistema di inquadramento) per riconnettervi un effetto, e cioè il limite al mutamento delle mansioni.

Questa modifica di tecnica normativa è stata accolta con favore¹ ma ha sollevato anche qualche critica da parte di coloro che potremmo definire i nostalgici dell'equivalenza.

In una certa misura è fisiologico che tutte le riforme destinate ad operare cambiamenti effettivi (e non gattopardeschi, del tipo "tutto cambi affinché nulla cambi") possano suscitare qualche timore per il "nuovo". Indubbiamente l'abbandono della vecchia e rassicurante protezione data dal binomio norma generale/giudice, può suscitare qualche spaesamento; così come può ingenerare opposizioni pregiudizialmente contrarie per motivi ideologici; oppure rammarichi per un lucroso contenzioso giudiziario fatto di risarcimenti danni da demansionamento².

Queste posizioni nostalgiche partono tutte dal medesimo facile argomento, secondo cui in uno stesso livello di inquadramento gli *attuali* contratti collettivi, alle volte o spesso, prevedono qualifiche anche professionalmente eterogenee tra loro. Di qui i timori che ciò possa consentire comportamenti fraudolenti del datore di lavoro, ad esempio,

¹ C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, 35 ss.; F. Liso, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel d. lgs. n. 81/20158*, in W.P. CSDLE "Massimo D'Antona", 252/2015, 5; A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2016, 129 ss.; V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, *Riv. it. dir. lav.*, 2015, II, 1047; V. Ferrante, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, AA. VV., *I contratti di lavoro*, Torino, 2016, 38, secondo cui la possibilità che sia la contrattazione collettiva a riempire di significati la previsione normativa è "soluzione sulla quale si può senz'altro convenire"; D. De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, *Arg. dir. lav.*, 2015, 86.

² in cui "la sindrome ansiosodepressiva reattiva a situazioni di lavoro sembra ormai divenuta un carattere antropologico dell'italiano medio"; così A. Vallebona, *Il danno alla persona del lavoratore: prospettiva di disciplina legislativo*, *Lavoro e Spirito*, Torino, 2011, 366, il quale, per porre un argine a questa corsa al risarcimento, auspicava con intervento del legislatore affinché ricollegasse all'illecito una penale fissata tra un minimo e un massimo, anche mediante il rinvio all'autonomia collettiva: così, Id., *Il danno da dequalificazione tra presunzione e risarcimento equitativo*, *ivi*, 370.

per indurre il dipendente alle dimissioni o per "mobbizzarlo"³, adibendolo a mansioni a lui sgradite (va di moda l'esempio del cuoco spostato ad autista), oppure a mansioni che non riesca a svolgere, nonostante la formazione (va di moda l'esempio del capotreno adibito addirittura a ufficiale di macchina nei collegamenti *ferry-boat* per le isole!⁴); ovvero, possa comunque legittimare mutamenti verso mansioni che non comportino più, necessariamente ed inevitabilmente, la tutela integrale della professionalità acquisita.

L'obiettivo di tutte queste posizioni è sostanzialmente uno solo: tornare alla situazione *quo ante*⁵, e cioè al controllo del giudice sulla conservazione della professionalità acquisita dal lavoratore.

Il problema, però, per i critici della norma, è che il suo tenore letterale è chiaro e non lascia adito a dubbi sulla scomparsa dell'equivalenza e sulla sua sostituzione con il limite costituito dalla categoria legale e dal livello di inquadramento. Anche sotto l'aspetto sistematico, l'obbligo di formazione, previsto dal comma 3, conferma la precisa volontà del legislatore di superare una tutela esclusivamente conservativa della professionalità.

Ed allora ecco che, per superare questi seri ostacoli di ordine testuale e sistematico e giungere alla restaurazione del binomio "norma generale inderogabile/giudice", non si è fatto attendere l'immane ricorso all'interpretazione creativa "costituzionalmente orientata", anche al fine di ovviare ad un presunto eccesso di delega⁶, oppure l'altrettanto immane invocazione delle clausole generali di buona fede e correttezza⁷, oppure, ancora, la censura diretta di costituzionalità⁸. Si è giunti addirittura a sostenere che il "riconducibile" di cui al comma 1, debba leggersi come "variante semantica" della nozione di equivalenza⁹.

Come puntualmente accade in questi casi, si finisce sempre per prospettare interpretazioni creative, ovvero *abrogans*¹⁰, immaginando

³ D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863, il quale teme che la "risorsa" possa essere "stressata".

⁴ Così V. Ferrante, *Nuova disciplina*, cit., 36-37.

⁵ Se non altro lo ammettono esplicitamente G. Ianniruberto, *Jus variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, *Mass. giur. lav.*, 2016, 260 ss. e U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel "nuovo art. 2103"*, *Riv. giur. lav.*, 2015, 1, 619.

⁶ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 263.

⁷ E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, relazione AIDLASS, Napoli, 16 – 17 giugno 2016, 53-54 (dattiloscritto); D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863-864.

⁸ A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, *Mass. giur. lav.*, 2016, 7.

⁹ Cfr. V. Ferrante, *Nuova disciplina*, cit., 38, U. Gargiulo, *Lo jus variandi*, cit., 619, secondo cui "la nozione di equivalenza sembra sopravvissuta".

¹⁰ Cfr. appunto, V. Ferrante, *Nuova disciplina delle mansioni*, cit., 38, evoca il "rischio" di un'interpretatio *abrogans*, che sembra però poi auspicata dal medesimo autore.

una norma diversa, e, quindi, nella sostanza, facendo rientrare dalla finestra quell'equivalenza che è uscita dalla porta, dando voce così ad un soggettivismo interpretativo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore. Con analogie con quanto si è verificato in relazione al comma 5 dell'art. 18 Stat. lav. da parte di tutti coloro che hanno sostenuto l'inclusione del giudizio di proporzionalità nell'insussistenza del fatto di cui al comma 4.

Si potrebbe dire che questo è il bello della "creatività" degli interpreti; tuttavia questa attività creativa forse si attaglierebbe meglio al mondo dell'estetica e non a quello del diritto dove non dovrebbe trovare spazio il principio nichilistico del "tutto è permesso"¹¹.

2. La sottovalutazione da parte dei critici dell'indispensabile ruolo dell'autonomia collettiva.

In primo luogo, quello che sorprende maggiormente è come queste critiche trascurino il ruolo regolativo a cui è chiamata l'autonomia collettiva dalla nuova norma, ragionando esclusivamente sugli *attuali* sistemi di inquadramento, i quali, come è evidente, fino ad oggi hanno svolto solo la funzione tradizionale di determinazione del corrispettivo spettante al lavoratore, senza preoccuparsi della individuazione della prestazione esigibile.

È ancor più sorprendente che queste critiche arrivino dopo che per decenni si era sempre sostenuto il contrario, e cioè il necessario coinvolgimento del contratto collettivo in *subjecta materia*¹². Tant'è vero

¹¹ Cfr. V. Nuzzo, *La norma oltre la legge*, Napoli, 2012, 9; G. Alpa, *L'arte di giudicare*, Roma-Bari; 1996, 5, S. Chiassoni, *L'interpretazione nella giurisprudenza: splendori e miserie del metodo tradizionale*, *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 554. Più in generale, Cfr. N. Irti, *Nichilismo giuridico*, Roma - Bari, 2004, 13.

¹² Così, E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 St. lav.*, *Mass. giur. lav.*, 1984, 397; A. Garilli, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 1989, 181; M. Grandi, *La mobilità interna*, AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986, 266 e ss.; L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore, Diritto e valori*, Bologna, 1985, 371 ss.; A. Rossi, *La libertà e la professionalità dei lavoratori di fronte alle nuove tecnologie informatiche*, *Questione giustizia*, 1983, 2, 230 s.; F. Liso, *L'incidenza delle trasformazioni produttive*, *Quad. dir. rel. ind.*, 1987, 63; G. Bianchi D'Urso, *op. cit.*, 130; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore*, *Commentario al Codice Civile*, diretto da Schlesinger, Milano, 1997, 142; L. Ferluga, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni*, Milano, 2012, 74 ss. F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: rapporto individuale*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 228 -229; M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro, in Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti convegno AIDLASS Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 629 ss.; L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, *Arg. dir. lav.*, 2014, 1298; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, 172 ss.; S. Visonà, *Breve cronistoria dell'intervento del*

che vi era stata perfino una proposta legislativa in tal senso da parte del CNEL, in cui si suggeriva appunto di affidare alla contrattazione collettiva di definire in concreto il rapporto di equivalenza, in considerazione della strutturale difficoltà del giudice di esercitare poteri di controllo in questa materia¹³. Anche Giugni, in un articolato predisposto per la revisione di alcune norme dello Statuto dei lavoratori, proponeva una modifica dell'art. 2103 ridisegnandolo in modo da riconoscere un ruolo più ampio alla contrattazione collettiva¹⁴.

Ed infatti il legislatore aveva già accolto una prima volta queste proposte, anticipando la riforma odierna in riferimento al rapporto di lavoro con le Pubbliche Amministrazioni, soprattutto con il precedente testo dell'art. 52 d. lgs. n. 165/01, in cui le mansioni equivalenti erano quelle "considerate" tali nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi (poi diventate quelle "equivalenti" nell'ambito dell'area di inquadramento nel testo modificato dal d. lgs. n. 150/2010). Di tale norma la Cassazione, non solo non ne ha mai dubitato della costituzionalità, ma, inoltre, ha sempre affermato l'insindacabilità da parte del giudice della valutazione dell'autonomia collettiva perfino nei casi in cui il contratto collettivo aveva accorpato in un'unica qualifica mansioni di professionalità differente¹⁵. Eppure la norma disponeva di un rinvio più ampio alla fonte collettiva rispetto all'attuale 2103 in quanto la disciplina era dovuta in maniera totale e in via esclusiva, senza limitazioni¹⁶.

Più in generale, la tecnica del decentramento al contratto collettivo¹⁷ è stata già sperimentata con successo, ad esempio, a proposito della tipizzazione delle causali del contratto a termine, ai sensi dell'art. 23, comma 1, Legge n. 56/1987¹⁸. Anche in quel caso la giurisprudenza

Jobs Act in materia di mansioni, AA. VV., *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Bari, 2016, 54.

¹³ A. Garilli, *op. loc. ult. cit.*; cfr. CNEL, *La revisione della normativa sul rapporto di lavoro*, a cura di F. Liso, M. Rusciano, II, Napoli, 1987, 896.

¹⁴ Pubblicato su *Lavoro e informazione*, 1982, n. 1, 3.

¹⁵ Cass. 11 maggio 2010, *Foro it.*, I, 2010, I, 2371; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22535, *Foro it.*, 2015, I, 116; Cass. 11 maggio 2010, n. 11405, *ivi*, 2010, I, 2371; Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, *Mass. giur. lav.*, 2010, 222.

¹⁶ Cfr. su queste nozioni, C. Pisani, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 127 e ss.

¹⁷ Cfr. per tutti, G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, DLRI, 338; S. Simitis, *La giuridificazione dei rapporti di lavoro*, *ibidem*, 1986, 215-216; G. Teubner, *Aspetti, limiti, alternative alla legificazione*, in *Sociol. del diritto*, 1985, 7; G. Ferraro, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, DLRI, 667.

¹⁸ Per una classificazione delle ipotesi di rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva, cfr. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, DLRI, 1998, 274 e ss. Per una analisi dei contenuti della contrattazione collettiva in relazione ai rinvii operati dalla legge in materia di

aveva rispettato l'ampiezza della delega all'autonomia collettiva ritenuta libera nel determinare le causali, che potevano essere previste anche non necessariamente per ragioni temporanee ovvero anche per causali soggettive¹⁹.

Infine diventa difficilmente spiegabile per quale ragione viene pacificamente affidato all'autonomia collettiva il compito così delicato e vitale per il lavoratore di individuare la retribuzione proporzionale e sufficiente per le diverse qualifiche, mentre tale compito non potrebbe essere demandabile ai fini della delimitazione dell'ambito della mobilità consentita.

Tutt'al più potrebbe essere mosso dal legislatore il rimprovero di non aver introdotto una norma di diritto transitorio per dar tempo alla contrattazione collettiva di aggiornare gli inquadramenti, magari prevedendo sub livelli nell'ambito dello stesso livello retributivo per evitare i casi più clamorosi di eterogeneità di mansioni, o per disegnare percorsi coerenti di mobilità professionale differenziata, anche al fine di scongiurare i tanto paventati casi di comportamenti fraudolenti del datore di lavoro prevedendo, ad esempio, il divieto di spostamenti verso mansioni per le quali il lavoratore non possiede neppure la capacità di base ovvero le abilitazioni o i titoli di studio richiesti per quell'attività (anche se riesce difficile immaginare quale possa essere l'interesse dell'imprenditore a disporre una simile mobilità).

Invece i critici della norma, spaventati dalla eterogeneità di mansioni previste da alcuni livelli degli attuali inquadramenti, hanno dato la loro bocciatura incongruamente a "bocce ferme". Di questo si è reso conto perfino chi ha sollevato una sorta di questione di incostituzionalità "condizionata" o subordinata alle modifiche che riusciranno ad apportare i contratti collettivi agli attuali sistemi di inquadramento²⁰.

Una simile mancanza di "pazienza" nei confronti dell'autonomia collettiva determina l'effetto, come si suol dire, di buttare a mare anche il bambino insieme all'acqua sporca: il "bambino" sarebbe l'innovazione consistente nell'assegnare in questa materia un ruolo decisivo all'autonomia collettiva, "come è giusto che sia in un'area nella quale si

«lavori flessibili», cfr. gli interventi programmati alle giornate di studio AIDLASS, su *Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*; Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 629 ss.: F. Carinci, *La contrattazione collettiva nel lavoro interinale*, Lambertucci, *Contrattazione territoriale e lavori flessibili nelle pubbliche amministrazioni*.

¹⁹ Cass., 11 dicembre 2002, n. 17674, *Foro it.*, 2003, I, 443; Cass. 6 settembre 2003, n. 13044, *Guida al lav.*, n. 41, 8; Cass. 7 maggio 2004, n. 8740, *ivi*, 2004, n. 29, 33; Cass. S.U., 2 marzo 2006, n. 4588, *Mass. giur. lav.*, 644; Cass. S.U., 2014/2006, n. 9245, *ivi*, 2006, 967.

²⁰ A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 7.

tratta di contemperare dinamiche dell'organizzazione a tutela delle posizioni dei lavoratori in essa coinvolti²¹.

Difficile dubitare che questo possa essere uno dei compiti fondamentali del contratto collettivo, di un gradino appena al di sotto a quello di determinare la retribuzione proporzionata e sufficiente; suo "naturale dominio"²², essendo l'unica sede dove si possa attuare il bilanciamento di interessi tra esigenze delle imprese a flessibilità e certezza e interessi di lavoratori²³. È chiaro che l'intento del legislatore è stato proprio quello di offrire la possibilità alle parti collettive di delimitare l'area della mobilità consentita in modo più aderente al dato reale dell'organizzazione rispetto a quanto accadeva con la norma dell'equivalenza.

La riforma, con questa devoluzione della materia alle parti sociali, si iscrive, infatti, nel modello del c.d. garantismo flessibile, quale strada intermedia tra la rigidità delle tipizzazioni legali e l'incertezza propria delle norme a precetto generico, idonea ad attenuare i caratteri negativi dell'una e dell'altra, secondo una tendenza progettuale e riformistica risalente agli ottanta del secolo scorso²⁴. Si tratta della nota tecnica del decentramento o devoluzione al contratto collettivo in funzione integrativa o sostitutiva delle norme legali²⁵, la quale sposta le tutele dal piano rigido della legge, al piano mobile della contrattazione collettiva dinamica²⁶, che quindi è in grado di assicurare, da un lato, una ragionevole certezza, e, dall'altro, una ragionevole flessibilità data dalla fonte, il contratto collettivo, più vicino che non la legge alla realtà da regolare²⁷.

²¹ F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 13; A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., 135; V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103*, cit., 1050; D. De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, cit., 861; V. Ferrante, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, cit., 38.

²² Sempre F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 9.

²³ Cfr., tra i tanti, M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro, in Interessi e tecniche nella disciplina del lavoro flessibile*, Atti convegno AIDLASS Pesaro-Urbino, 24-25 maggio 2002, Milano, 2003, 629 ss.; L. Calcaterra, *Brevi riflessioni sulle tecniche normative nella legislazione della flessibilità*, *Arg. dir. lav.*, 2014, 1298; P. Ichino, *Il lavoro e il mercato*, Milano, 1996, 172 ss.; S. Visonà, *Breve cronistoria dell'intervento del Jobs Act in materia di mansioni*, AA. VV., *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Bari, 2016, 54.

²⁴ Cfr. per tutti, G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione*, *Giornale di diritto del lavoro e relazioni industriali*, 1986, 317 e ss.; E. Ghera, *Mercato del lavoro: prospettive di riforma*, *DLRI*, 1992, 607; G. Ferraro, *Fonti autonome e fonti eteronome nella legislazione della flessibilità*, *Giorn. lav. e rel. ind.*, 1986, 667.

²⁵ Per una classificazione delle ipotesi di rinvio dalla legge alla contrattazione collettiva, cfr. F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, *DLRI*, 1998, 274 e ss.

²⁶ M. V. Ballestrero, *La flessibilità nel diritto del lavoro. Troppi consensi*, *LD*, 1987, 291.

²⁷ Cfr. M. Persiani, *Radici storiche e nuovi scenari del diritto del lavoro*, relazione alle giornate di studio AIDLASS, in *Interessi e tecniche*, cit., 2.

Del resto il rapporto flessibile tra legge e contratto collettivo è da sempre ritenuto uno dei pilastri su cui poggia la costruzione di un sistema di deregolazione contrattata e controllata²⁸. La riregolazione, come scriveva Giugni, “non si pone il problema di cambiare norme, piuttosto di cambiare il metodo di normazione”²⁹.

Per tentare di dimostrare la non necessità di un intervento legislativo in tal senso, si è giunti perfino a sostenere che anche sotto la vigenza del vecchio art. 2103 cod. civ. l'autonomia collettiva rivestisse un ruolo importante³⁰, citando a sostegno le Sezioni Unite del 2006 a proposito delle mansioni promiscue³¹.

Ma è evidente la forzatura insita in questa ricostruzione. Infatti, in precedenza lo spazio riconosciuto all'autonomia collettiva dalla giurisprudenza era limitato soltanto alla individuazione del requisito necessario, ma non sufficiente, per la legittimità dello spostamento, e cioè l'appartenenza delle nuove mansioni allo stesso livello di inquadramento delle precedenti, ritenendosi *in re ipsa* non equivalenti mansioni collocate in un livello inferiore. Al di là di questo non si andava; era infatti sempre il giudice poi che accertava l'altro requisito indispensabile della fattispecie del legittimo mutamento delle mansioni, costituito, come è noto, dalla conservazione della professionalità acquisita. Emblematico in tal senso l'orientamento della Cassazione sul carattere non vincolante del “riclassamento” delle mansioni ad opera del contratto collettivo, sul presupposto che dovesse essere sempre e solo il giudice a dover accertare se le nuove mansioni, pur ritenute equivalenti dall'autonomia collettiva, consentissero o no al lavoratore di continuare a conservare la precedente professionalità acquisita³².

Qualche contratto collettivo ha previsto sistemi di inquadramento più innovativi. Ad esempio nel CCNL dei chimici, con l'intento di “consentire un ampliamento delle ipotesi di mobilità, accorpamento e arricchimento delle mansioni”, vengono considerate equivalenti tutte le figure professionali “riconducibili” a un determinato livello, a cui è legata la retribuzione minima contrattuale. Tuttavia queste previsioni correavano sempre il rischio di incappare in qualche giudice che, applicando la norma inderogabile di legge dell'equivalenza, ritenesse che le mansioni del

²⁸ G. Giugni, *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, DLRI, 1985, 53; ID., *Giuridificazione e deregolazione*, cit., 357-358.

²⁹ G. Giugni, *Giuridificazione e deregolazione*, cit., p. 317.

³⁰ S. Visonà, *Breve cronistoria*, cit, 58.

³¹ Cass. S.U. 24 novembre 2006, n. 25033, *Mass. giur. lav.*, 2007, 17, con nota di C. Pisani; *Le mansioni promiscue secondo le Sezioni Unite: consensi e dissensi*.

³² Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, *Guida al lav.*, 2016, n. 14, 28; Cass. 4 marzo 2014, n. 4989, *ivi*, 2014, n. 14, 63.

medesimo livello non consentissero al lavoratore di conservare la professionalità pregressa e che quindi dichiarasse nulla la relativa clausola del contratto collettivo per contrarietà a norma imperativa. Ora invece con il nuovo art. 2103 cod. civ., questo tipo di previsioni dell'autonomia collettiva viene "messa in sicurezza"³³ non potendo più essere sindacate dal giudice. Il che non è poco, soprattutto in termini di certezza del diritto.

Anche l'esempio citato dai critici come apertura all'autonomia collettiva da parte della giurisprudenza non è dei migliori, in quanto le Sezioni Unite n. 25033 del 2006, in realtà, hanno imposto pesanti limiti al contratto collettivo a proposito delle mansioni promiscue, oltretutto con interpretazione creativa, sostenendo la loro legittimità solo ove le differenti mansioni appartengano alla stessa qualifica e la modifica sia giustificata da esigenze aziendali di carattere temporaneo³⁴. Ed invece, proprio quello delle mansioni promiscue o polivalenti, sempre più richieste da organizzazioni del lavoro integrate e flessibili, è uno degli aspetti in cui più si può apprezzare il "rendimento applicativo" della nuova norma. Ed infatti, buona parte dei problemi interpretativi che si ponevano in precedenza, potrebbero ora essere risolti con l'accorpamento da parte del contratto collettivo di mansioni promiscue in un determinato livello, che renderebbe legittimi gli spostamenti tra i vari compiti, anche inferiori, così accorpati dall'autonomia collettiva nella più ampia qualifica promiscua, senza i vincoli invece imposti creativamente dalle Sezioni Unite. Ad esempio, applicando il nuovo art. 2103 al caso deciso da tale sentenza, non sarebbero sorti problemi in quanto l'inclusione in un unico livello di inquadramento da parte del contratto collettivo delle due mansioni di addetto allo sportello e portalettere, svolte dal dipendente delle poste, consentirebbe lo spostamento del lavoratore da una parte all'altra, senza dover soggiacere all'incertezza della valutazione del singolo magistrato.

Anche sotto questo aspetto l'autonomia collettiva è la sede da privilegiare e valorizzare per individuare, e perfino creare, fattori di omogeneità o unitarietà tra mansioni attinenti o differenti posizioni di lavoro³⁵; si tratta di una sua naturale funzione di cogliere e "registrare" la

³³ Così F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 13.

³⁴ Per questo motivo non è condivisibile l'opinione di chi ritiene che tale sentenza abbia valorizzato l'autonomia collettiva, come invece sostenuto da D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 857, che parla addirittura di "svolta". Per una critica a tale sentenza sia consentito rinviare a C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, op. cit., 65 e ss.

³⁵ Cfr. E. Ghera, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 St. lav.*, *Mass. giur. lav.*, 1984, 397; M. Grandi, *La mobilità interna*, AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Milano, 1986.

tipicità di un insieme "promiscuo" di mansioni, così come lo è quello di individuare il loro inquadramento retributivo, ponendo così fine anche per questo aspetto all'incertezza derivante dall'individuazione da parte del giudice delle mansioni promiscue "primarie e caratterizzanti", appunto al fine di stabilire la retribuzione di un insieme promiscuo di mansioni³⁶.

3. L'anacronistica difesa della concezione statica della professionalità costituzionalmente non obbligata.

Sorprende anche l'anacronistica difesa, da parte dei critici della norma, di una concezione esclusivamente statica e conservativa del bagaglio professionale posseduto dal lavoratore, anche mediante l'immane denuncia di incostituzionalità per violazione della solita sequenza "aurea" degli artt. 2, 3, 4, 35 Cost. Si parte sempre dal medesimo presupposto, e cioè che i livelli di inquadramento degli *attuali* contratti collettivi mettono insieme mansioni che implicano professionalità anche molto diverse tra loro; e si postula che il "saper fare acquisito" del lavoratore sarebbe protetto dalle suddette norme costituzionali che si riferiscono alla dignità del lavoratore³⁷. Peraltro il dubbio di costituzionalità sarebbe "sospensivamente condizionato" alla capacità dei contratti collettivi di prevedere tanti sub livelli quante sono le diverse professionalità, in tal modo con sostanziale ritorno al passato³⁸.

Questa impostazione non è condivisibile in quanto non si può sostenere che la prevalente interpretazione giudiziale dell'equivalenza fosse costituzionalmente obbligata. Al riguardo occorre infatti considerare che la tutela della professionalità del lavoratore può essere attuata per mezzo di varie modalità, nel senso che non sembra sia costituzionalmente imposta una sua tutela solo "statica". Dalla Carta Costituzionale non è certo ricavabile un vincolo al legislatore diretto ad imporre che " il tornitore rimanga per sempre tornitore, il gruista rimanga sempre gruista"³⁹.

Sarebbe incostituzionale soltanto una norma che ignorasse del tutto di tutelare la professionalità del lavoratore, trattandosi di un nucleo garantistico iscritto nei valori di dignità del lavoratore che non possono

³⁶ Esemplarmente in questo senso, Cass. 9 gennaio 2004, n. 174, *NGL*, 2004, 303.

³⁷ A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 6; G. Franza, *Prime considerazioni e alcuni dubbi di costituzionalità sulla nuova disciplina delle mansioni*, *MGL*, 2015, 655; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro ...*, cit., 19, parla di possibile "erosione" dei diritti fondamentali alla dignità e alla tutela della persona del lavoratore.

³⁸ A. Vallebona, op. cit., 7.

³⁹ Così, efficacemente, F. Liso, *La mobilità del lavoratore in azienda. Il quadro legale*, Milano, 1982, 175.

essere coinvolti nel rapporto di lavoro subordinato⁴⁰. Ma ciò non significa che il *tipo di tutela* debba essere sempre il medesimo.

Sicché il legislatore è abilitato a tutelare la professionalità anche prescindendo da una sua protezione meramente "statica", diretta *unicamente* a preservare il patrimonio professionale in precedenza acquisito dal lavoratore, quasi che questo patrimonio sia un bene "infungibile" da tutelare in forma specifica. Questa forma di tutela non è affatto costituzionalizzata.

In tempi in cui l'innovazione tecnologica determina una rapida obsolescenza dei contenuti professionali tradizionali, è ragionevole che il legislatore abbia inteso evitare che una determinata modalità di tutela della professionalità, e cioè quella "statica", si traduca, anche a causa della previsione dell'inderogabilità, nell'ostacolo più serio alla possibilità che il lavoratore acquisisca una nuova professionalità. Infatti i mutamenti incessanti e repentini dell'organizzazione non possono tollerare professionalità eternamente ingabbiate. Per queste ragioni è stato giustamente ribadito che ormai la flessibilità professionale non appare più funzionale esclusivamente all'interesse imprenditoriale ma anche a quello del prestatore di lavoro⁴¹.

Non occorre fare esercizi di futurologia per prestare fede a ciò che gli economisti del lavoro vanno ripetendo e cioè che, in questa materia, chi vuole difendere l'esistente ha già perso, in un mondo in cui il cambiamento è una costante strutturale; in cui processo tecnologico e globalizzazione stanno riconfigurando le modalità di produzione ed il tipo di lavoro; in cui alcuni settori e occupazioni stanno letteralmente sparendo, tant'è vero che dal 1995 ad oggi il numero degli operai in America ed Europa si è dimezzato; in cui i processi produttivi richiedono sempre più innovazione e conoscenze non solo e non più nelle alte qualifiche; in cui la competizione si è spostata sul capitale umano, in quanto il fattore economico più prezioso non è più il capitale fisico o qualche materia prima, ma la creatività; in cui negli ultimi cinquanta anni l'occidente è passato da un'economia dove era prevalente la produzione

⁴⁰ L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore, Diritto e Valori*, Bologna, 1958, 401.

⁴¹ L. Nogler, *Crescita economica e riforma della disciplina dei rapporti di lavoro, Mass. giur. lav.*, 2012, 451, secondo cui la disciplina delle mansioni «irrigidisce a tal punto lo *jus variandi* del datore di lavoro da far confondere spesso le esigenze di efficienza con il fenomeno del *mobbing*»; R. De Luca Tamajo, F. Bianchi D'Urso, *La mobilità professionale dei lavoratori, Lavoro e dir.*, 1990, 236; F. Liso, *L'incidenza delle trasformazioni produttive, Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 1987, I, 56; F. Scarpelli, *Professionalità e nuovi modelli di organizzazione del lavoro: le mansioni, Dir. rel. ind.*, 1994, 43; A. Garilli, *Innovazione tecnologica e statuto dei lavoratori: i limiti ai poteri dell'imprenditore tra tutela individuale e collettiva, Quaderni dir. lav. e rel. ind.*, 1989, 176 e 181; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 853.

di beni materiali a una basata su conoscenza e innovazione. Il dato fondamentale su cui riflettere è che è proprio in questi settori che l'occupazione è cresciuta a ritmi travolgenti: l'ingrediente è il capitale umano e dunque istruzione e creatività⁴².

Sicché, insistere su una tutela rigida inderogabile della professionalità acquisita evoca l'aneddoto del re Canuto, il sovrano inglese che nella convinzione di poter ordinare alle maree di ritirarsi, finì quasi per annegare; oppure, se si preferisce, quello del soldato giapponese trovato anni dopo la fine della seconda guerra mondiale e fare la guardia a un barile vuoto di benzina. Ai nostalgici dell'equivalenza manca semplicemente il potere di fermare la storia.

Perfino subito dopo l'entrata in vigore dello Statuto, qualcuno in dottrina coglieva questa contraddizione, lamentando che l'interpretazione della norma si andasse stabilizzando in una concezione prevalentemente statica della professionalità, considerata essenzialmente un patrimonio personale intangibile e soprattutto "immodificabile" del lavoratore⁴³.

Poi, a partire dagli anni 80 del secolo scorso, sotto l'incalzare dell'innovazione tecnologica, si era evidenziato da più parti l'inadeguatezza della suddetta interpretazione statica della professionalità. Era evidente fin d'allora, infatti, che una simile lettura della norma, oltre ad imporre rigidità eccessiva al datore di lavoro, sortiva l'effetto, anche a causa della previsione della nullità dei patti contrari, di inibire al prestatore di lavoro l'acquisizione di nuova e diversa professionalità, con la conseguenza che il lavoratore era destinato a svolgere, durante l'arco della sua carriera, sempre il medesimo tipo di attività lavorativa.

Questa conclusione, se, tutto sommato, non sollevava particolari perplessità in periodi in cui il contesto produttivo era caratterizzato da una tendenziale staticità di mansioni e mestieri, si scontrava inevitabilmente con la realtà rappresentata dai profondi processi di ristrutturazione e di riprogettazione dell'organizzazione del lavoro con rapida obsolescenza di alcune figure professionali e nascita di nuove.

Pertanto era ed è costituzionalmente legittima, in quanto razionale e ragionevole, la scelta del legislatore di prevedere, come unico limite imprescindibile del mutamento delle mansioni, non la conservazione di un medesimo tipo di professionalità, e cioè il bagaglio professionale acquisito, bensì il mantenimento di una professionalità, anche diversa ma del medesimo valore; questo "valore" è dato dall'inquadramento delle

⁴² Cfr. E. Moretti, *La nuova geografia del lavoro*, Mondadori, Milano, 2014, 14 e ss.

⁴³ Così M. Grandi, «Intervento», *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzione e crisi dei criteri tradizionali*, Atti delle Giornate di studio di Pisa, 26-27 maggio 1973, Giuffrè, Milano, 140-141; L. Mengoni, *I poteri dell'imprenditore*, in *Diritto e Valori*, Bologna, 1985, 404.

nuove mansioni nella medesima categoria e nello stesso livello delle precedenti mansioni⁴⁴. Si tratta di una scelta normativa diretta dunque a tutelare il medesimo *quantum* di «saper fare» dedotto nel rapporto⁴⁵, e non il mantenimento del medesimo tipo di apporto professionale.

Tant'è vero che la Cassazione, come si è visto (par. 2), non ha mai dubitato della costituzionalità dell'art. 52 d. lgs. n. 165/2001, laddove anch'esso fa propria la c.d. nozione "formale" dell'equivalenza, vale a dire la legittimità degli spostamenti nell'ambito della stessa area di inquadramento, lì addirittura senza neppure la precisazione espressa di un obbligo o onere di formazione⁴⁶.

Anche per quanto riguarda la categoria legale e il livello di inquadramento, quali riferimenti per sancire l'egual valore professionale delle mansioni di nuova adibizione rispetto alle precedenti, si tratta di una scelta razionale e ragionevole. Infatti, l'appartenenza alla medesima categoria legale è stata tradizionalmente sempre ritenuta il limite "fisiologico", anche se non esclusivo, allo *jus variandi*⁴⁷. Il medesimo livello, nella misura in cui si sostanzia nell'apprezzamento da parte del contratto collettivo della meritevolezza della medesima retribuzione, è un indice tra i più significativi diretto a registrare l'egual valore delle diverse professionalità insite nelle mansioni ivi inquadrate.

Peraltro il valore della professionalità non è solo quello espresso dalla medesima retribuzione, ma è anche quello registrato dalle declaratorie di ciascun livello, nelle quali viene specificato il grado in cui sono presenti, in tutte le mansioni inquadrate in quel livello, quegli elementi che i sociologi del lavoro chiamano le dimensioni centrali della qualità del lavoro. Tali dimensioni riflettono le caratteristiche salienti e qualificanti comuni a mansioni anche differenti tra loro, e vengono considerati come un attendibile *standard* di misurazione dell'egual valore delle varie professionalità, e sono: la dimensione della complessità, da intendersi come il grado di complessità dei problemi decisionali in cui qualsiasi lavoro può essere scomposto; la dimensione dell'autonomia, da intendersi come il grado di discrezionalità nell'esecuzione del lavoro, e quindi anche del controllo a cui soggiace il lavoratore; la dimensione dell'importanza

⁴⁴ Per questa tesi, già sotto il vigore dell'equivalenza, sia consentito il richiamo a C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 131.

⁴⁵ Cfr. già in relazione alla norma sull'equivalenza G. Giugni, *Mansioni e qualifica*, *Enc. Diritto*, XXV, Milano, 1975, 555.

⁴⁶ Cass. 11 maggio 2010, *Foro it.*, I, 2010, I, 2371; Cass. 23 ottobre 2014, n. 22535, *Foro it.*, 2015, I, 116; Cass. 11 maggio 2010, n. 11405, *ivi*, 2010, I, 2371; Cass. 21 maggio 2009, n. 11835, *Mass. giur. lav.*, 2010, 222; sia consentito il rinvio in argomento a C. Pisani, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 127 e ss.

⁴⁷ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 331, e *ivi* ulteriore bibliografia.

che la mansione riveste nell'organizzazione tecnico materiale (cfr. art. 96, comma 2, disp. at., cod. civ.: "le qualifiche dei prestatori nell'ambito di ciascuna categoria possono essere raggruppate per gradi secondo la loro importanza nell'ordinamento dell'impresa")⁴⁸.

Anche sotto la vigenza della regola dell'equivalenza, qualche isolata sentenza aveva intuito che questa fosse la strada da intraprendere; ad esempio, la Cassazione aveva ritenuto legittima la modifica verso mansioni le quali, pur non consentendo più l'utilizzo integrale del precedente corredo di esperienza, comportavano la stessa misura di responsabilità, di autonomia, di poteri decisionali e di coinvolgimento nel processo produttivo⁴⁹.

Tuttavia, nonostante qualche tentativo, ora, di accreditare aperture innovative della giurisprudenza in relazione all'equivalenza⁵⁰, in realtà, è noto che non è mai riuscita a farsi strada, tranne isolate eccezioni, un'interpretazione più elastica di tale norma, giacché preesisteva nella giurisprudenza di gran lunga prevalente l'attenzione "spasmodica"⁵¹ alla conservazione del bagaglio professionale acquisito, sintetizzata nella massima pressoché univoca e tralascia secondo cui le nuove mansioni dovevano consentire al dipendente di conservare il "patrimonio professionale specifico acquisito"⁵².

Di qui la necessità dell'intervento legislativo, peraltro auspicato da molti (come si è già visto, par. 2), fin da un Convegno dell'AIDLASS del lontano 1985 su "Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro", in cui, tra gli specifici punti di sofferenza del rapporto individuale di lavoro, si annoverava anche la rigidità della disciplina del mutamento delle mansioni e se ne auspicava un aggiornamento⁵³.

⁴⁸ Per tutti, L. Gallino, *Informatica e qualità del lavoro*, Einaudi, Torino, 1983; A. Baldissera, *Professionalità: un solo termine per molti significati*, in *Studi organizzativi*, 1982, n. 3-4, 191 e ss.

⁴⁹ Cass. 16 giugno 2009, n. 13941, *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 4, 122.

⁵⁰ A. Palladini, op. cit., *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 3; G. Ianniruberto, *Jus variandi orizzontale*, cit., 261.

⁵¹ Così A. Palladini, cit., 200.

⁵² Giurisprudenza costante e straripante; tra le più recenti che ribadiscono l'orientamento rigido, Cass. 4 agosto 2015, n. 17624, *Guida al lav.*, 2014, n. 37, 48; Cass. 3 febbraio 2015, n. 1916, secondo cui le mansioni devono essere aderenti alla competenza professionale *specificata* acquisita dal dipendente senza che assuma rilievo l'inquadramento formale tra le vecchie e le nuove mansioni. Conformi Cass. 3 marzo 2016, n. 4211, *Guida al lav.*, 2016, n. 14, 28; Cass. 23 maggio 2013, n. 12725, *Guida al lav.*, 2013, n. 26, 33; Cass. 24 giugno 2013, n. 15769, *Riv. giur. lav.*, 2013, II, 611; Cass. 14 giugno 2013, n. 15010, *Rep. Foro it.*, 2013, *Lavoro (Rapporto)*, n. 892.

⁵³ F. Carinci, *Rivoluzione tecnologia e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 1985, 228 -229.

4. Lo scetticismo ingiustificato nei confronti della formazione.

Indispensabile corollario di questa nuova tecnica di tutela è ovviamente l'obbligo di formazione, ora espressamente sancito dal comma 3.

Finalmente, dunque, il legislatore ha introdotto un diritto alla formazione ad ampio spettro come da tempo si auspicava⁵⁴, così da coniugare l'ampliamento delle mansioni esigibili con l'accrescimento professionale del lavoratore. Tale previsione era quanto mai opportuna in conseguenza del superamento della concezione statica e conservativa della professionalità, per cui diventava prioritaria l'esigenza per il dipendente di acquisire sempre nuove conoscenze e capacità spendibili nell'organizzazione produttiva. La precedente norma dell'equivalenza, interpretata solo come immutabilità della professionalità acquisita, certo non incentiva o comunque non rispondeva a questa esigenza.

Proprio questo obbligo, tra l'altro, può costituire un fattore tale da indurre il datore di lavoro ad evitare spostamenti del lavoratore verso mansioni notevolmente differenti dalle precedenti per limitare i costi della formazione rappresentati, oltre che dalla formazione vera e propria, anche dal pagamento della retribuzione durante il periodo di formazione in cui il lavoratore non è produttivo o comunque lo è meno rispetto ai normali standards. Sicché esso può fungere da deterrente anche nei confronti dei tanto sbandierati "casi limite" di uso fraudolento della norma da parte dell'imprenditore.

Le posizioni critiche svalutano non condivisibilmente la portata innovativa di questa norma, ritenendola inefficace in considerazione della previsione del comma 3 dell'art. 2103, secondo cui il mancato adempimento di tale obbligo non determina la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni⁵⁵.

Questa lettura è però riduttiva in quanto la suddetta previsione non è idonea a sminuire la portata innovativa della disposizione e la sua effettività. Infatti, anche volendo ricostruire in termini di obbligo quello a carico del datore di lavoro, anziché, come sembra più pertinente, come

⁵⁴ Cfr. C. Pisani, *Formazione professionale "continua", equivalenza delle mansioni, giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *Mass. giur. lav.*, 2004, 397. Così anche A. Palladini, *La mobilità del lavoro in azienda: recenti tendenze giurisprudenziali e contrattazione di prossimità*, *Mass. giur. lav.*, 2012, n. 3, 201; V. Dell'Olio, *Nuove forme di lavoro dipendente*, *Mass. giur. lav.*, 1984, 676.

⁵⁵ Cfr. U. Gargiulo, *Lo jus variandi*, cit., 10; M. L. Buconi, *L'obbligo formativo*, AA. VV., *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act, 2016*, 96; A. Garilli, *La nuova disciplina*, cit., 136; A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità*, cit., 7.

onere⁵⁶, la “non nullità” dell’atto di assegnazione non fa comunque venir meno la qualificazione in termini di inadempimento dell’omessa formazione da parte del datore di lavoro (il comma 3 recita “... il cui mancato adempimento non determina la nullità ...”); tutt’al più si potrebbe escludere soltanto l’ammissibilità del rifiuto da parte del lavoratore dello svolgimento delle nuove mansioni a fronte della mancata formazione⁵⁷, anche se sarebbe difficile negare la legittimità di questo rifiuto nel caso in cui l’incapacità del lavoratore a svolgere i nuovi compiti, sempre derivante da omessa formazione, costituisca un pericolo per l’integrità fisica sua e degli altri, e quindi possa consentire l’autotutela a fronte di quello che diventerebbe anche un inadempimento all’obbligo di sicurezza ex art. 2087 cod. civ.⁵⁸.

In ogni caso, ciò non significa però che l’incapacità del lavoratore alla esecuzione delle nuove mansioni dovuta alla mancata formazione, non possa essere fatta valere come causa di non imputabilità dell’inadempimento perché dovuto ad impossibilità della prestazione derivante, appunto, da causa a lui non imputabile, ai sensi dell’art. 1218 cod. civ.⁵⁹. Pertanto il lavoratore non potrebbe essere sanzionato per l’inesatto adempimento, non rispondendo neppure a titolo risarcitorio per eventuali danni che dovesse arrecare all’imprenditore.

Inoltre, la configurabilità comunque in termini di inadempimento della mancata formazione, comporta che il lavoratore può, in primo luogo, chiedere una pronunzia di condanna del datore di lavoro all’adempimento del suddetto obbligo. È vero che si tratterebbe di condanna ad un fare infungibile; tuttavia, da questa incoercibilità non deriva la inammissibilità della stessa condanna, che conserva una sua utilità sia perché è comunque potenzialmente idonea a produrre i suoi effetti tipici in conseguenza della (eventuale) esecuzione volontaria da parte del debitore, sia perché è funzionale alla produzione delle ulteriori conseguenze risarcitorie derivanti dalla persistenza e volontà dell’inadempimento posteriore alla condanna⁶⁰.

⁵⁶ Per la qualificazione in termini di onere gravante sul datore di lavoro e di obbligo sul lavoratore, C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, op. cit., 145 e ss.; F. Liso, *Brevi osservazioni ...*, cit., 5; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro ...*, cit., 23.

⁵⁷ Favorevole invece all’esperibilità di un’autotutela incondizionata, M. L. Buconi, *Obbligo formativo*, cit., 97.

⁵⁸ Così anche M. L. Buconi, cit., 97.

⁵⁹ M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, ADL, 2015, 1156; U. Gargiulo, op. cit., 10; M. L. Buconi, op. cit., 102.

⁶⁰ L. Mengoni, *Responsabilità contrattuale (diritto vigente)*, Enc. dir. XXXIX, Milano, 1988, 10967.

Soprattutto, rimane esperibile la tutela risarcitoria ogni qual volta l'inadempimento dell'obbligo abbia causato danni al lavoratore⁶¹. Qui può venire in rilievo la tipologia dei pregiudizi che tipicamente emergevano quando il demansionamento consisteva nell'assegnazione a mansioni non equivalenti, giacché si riproporrebbe una fattispecie analoga nella misura in cui l'omessa formazione dovesse determinare la situazione di una perdita della professionalità pregressa senza acquisizione di una nuova. E se da ciò dovesse scaturire l'inutilizzazione o la forzata inattività del lavoratore, si riaffaccerebbe anche la fattispecie di illecita sottrazione delle mansioni⁶².

Pertanto i danni risarcibili, se provati, in questa situazione potrebbero essere alla professionalità, strettamente intesa come perdita del precedente "saper fare" accompagnata dalla mancata acquisizione di una diversa capacità del medesimo valore; ma anche il danno non patrimoniale nelle sue componenti di danno biologico, danno c.d. esistenziale, danno morale soggettivo, e danno biologico⁶³.

Sicché, a fronte di tutto questo, nonostante la previsione di legge della non nullità dell'atto di assegnazione, c'è da chiedersi che interesse possa spingere l'imprenditore a mantenere il lavoratore su mansioni che non è in grado di svolgere senza impartirgli la formazione; anzi, l'irrazionalità di una simile scelta potrebbe anche concorrere, come uno dei fatti indizianti, alla configurabilità di una presunzione di motivo illecito.

Oltre al piano delle tutele del lavoratore nei confronti dell'inadempimento, vi è anche una tutela "preventiva" in quanto vi è spazio per un controllo del giudice sulla sussistenza o no dell'obbligo di formazione poiché qui il legislatore è ritornato a far uso della tecnica della norma a precetto generico, prevedendo che la formazione sia dovuta "ove necessario"; e l'"ove sia necessario" lo decide, *ex ante*, il datore di lavoro e, *ex post*, appunto, il giudice; il che avrebbe dovuto tranquillizzare gli appassionati, o nostalgici, di questa tecnica⁶⁴.

La suddetta previsione potrebbe infatti diventare centrale nell'equilibrio complessivo della nuova disciplina della mobilità

⁶¹ In questo senso, S. Visonà, *Breve cronistoria*, cit., 54; M. L. Buconi, *L'obbligo formativo*, cit., p. 102; U. Gargiulo, op. cit., 10; M. Brollo, op. cit., 86.

⁶² C. Pisani, *La nuova disciplina*, cit., 145 e ss.

⁶³ Cass. S.U. 11 novembre 2008, n. 26972, *Mass. giur. lav.*, 2009, 49; Cass. S.U. 24 marzo 2006, n. 6572, *ivi*, 2006, 478; Cass. Sez. III, 23 gennaio 2014, n. 1361, *Foro it.*, 2014, I, 719; Cass. 7 giugno 2011, n. 12408, *ivi*, I, 2274; Cass. 3 ottobre 2013, n. 22585, *ivi*, I, 3433.

⁶⁴ Per questo motivo non appare condivisibile quanto sostiene A. Garilli, *La nuova disciplina*, cit., 136, secondo cui, l' "ove necessario" lascerebbe "ampi spazi di discrezionalità difficilmente sindacabili in sede giudiziaria".

orizzontale, se si tiene conto che la novità di maggior rilievo al riguardo, consistente nella possibilità di adibire il lavoratore a mansioni per le quali egli non utilizzi il patrimonio professionale pregresso, presuppone inevitabilmente che egli acquisisca un diverso "saper fare" mediante formazione. Sicché, definire l'ambito del controllo giudiziario sulla necessità o no della formazione, potrebbe incidere in misura notevole sull'efficienza applicativa al comma 1.

Se è vero che il giudice può sindacare sulla sussistenza o no dell'obbligo della formazione, tuttavia, tranne nei casi di evidente diversità tra le mansioni, nelle altre situazioni questo accertamento mal si presta ad essere condotto in un'aula giudiziaria, con i consueti strumenti della prova testimoniale ovvero di una eventuale consulenza tecnica.

L'unica soluzione è rappresentata dalla contrattazione collettiva che anche su questo aspetto è auspicabile offra un contributo importante alla certezza del diritto, ad esempio individuando, nell'ambito di possibili percorsi di mobilità tra le diverse mansioni, ovviamente all'interno di ciascun livello (e categoria), gli spostamenti per i quali occorra o no la formazione. Il giudice dovrebbe poi essere rispettoso di queste valutazioni dell'autonomia collettiva, anche se in teoria per lui non vincolanti poiché potrebbe applicare direttamente la norma di legge dell'"ove necessario".

Aspetto ancora più delicato è quello dell'ammissibilità o no del controllo giudiziale sull'acquisibilità da parte del lavoratore della nuova professionalità nonostante una formazione adeguata, a causa delle carenze della preparazione di base del lavoratore o delle sue capacità potenziali. Anche qui risulterebbe difficilmente comprensibile l'interesse dell'imprenditore ad attuare un simile spostamento per il quale egli è consapevole *ex ante* che il lavoratore non sarà mai in grado di svolgere adeguatamente le nuove mansioni nonostante la formazione. Sicché questo tipo di controllo appare più che altro limitato a smascherare e contrastare gli spostamenti fraudolenti attuati al solo fine di mettere in difficoltà il dipendente. Però occorre molta prudenza, perché un uso improprio di questo accertamento giudiziale potrebbe rischiare di depotenziare notevolmente la novità introdotta dal comma 1, in quanto, se il giudice dovesse ritenere neppure acquisibile la nuova professionalità del dipendente, il mutamento di mansioni non sarebbe consentito. In tal caso, infatti, non troverebbe applicazione la disposizione della non nullità dell'atto di assegnazione, in quanto questa si riferisce alla diverse fattispecie in cui l'adempimento dell'obbligo sia possibile venendo altrimenti meno l'oggetto dell'obbligazione stessa. Pertanto, a prescindere dai "casi limite" dettati da motivo illecito da parte del datore di lavoro, appare più ragionevole ritenere che il controllo del giudice sia limitato

all'accertamento dell'adempimento secondo buona fede e correttezza dell'obbligo di formazione da parte del datore di lavoro e del corrispondente onere di cooperazione creditoria da parte del lavoratore, o viceversa, se si ritiene che sul lavoratore gravi l'obbligo della formazione e sul datore il relativo onere⁶⁵.

Nel caso in cui la formazione risulti adeguata e il lavoratore, nonostante gli sforzi profusi, non riesca proprio a conseguire l'obiettivo formativo, pur ragionevole rispetto alla sua preparazione di base e alle sue capacità potenziali, a prescindere dall'annoso problema se si possa configurare ugualmente un inadempimento pur in assenza di "colpa" del debitore – perché nella specie il lavoratore avrebbe usato la diligenza necessaria⁶⁶ - si potrebbero ipotizzare gli estremi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo o per inidoneità professionale sopravvenuta⁶⁷.

Come si può notare, quella del comma 3 è norma ricca di implicazioni, erroneamente e sbrigativamente sottovalutata dai nostalgici dell'equivalenza.

5. La valenza di norma anti incertezza del comma 1 ignorata dai critici.

Sorprende altresì che le posizioni critiche trascurino di considerare l'altra importante finalità insita in questa nuova tecnica normativa del comma 1, ravvisabile nell'intento di ridurre il tasso di incertezza in una materia così cruciale per l'organizzazione produttiva, mediante la sostituzione di una norma legale a precetto generico, quale era l'equivalenza delle mansioni, con un criterio più certo quale è il livello di inquadramento a parità di categoria legale.⁶⁸ E tanto più sorprende che

⁶⁵ Così, C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., 145 e ss.

⁶⁶ Il che presuppone qualificare l'obbligazione in esame come di "mezzi": cfr. Cass. 28 febbraio 2014, n. 4876, ined.; Cass. 5 agosto 2013, n. 18612, *Rep. Foro it.*, 2013, *Professioni intellettuali*, n. 171; in dottrina, da ultimo, cfr. M. Ambrosoli, *Inadempimento del contratto e risarcimento del danno*, Milano, 2012; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Milano, 2010; S. Mazzamuto, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2015.

⁶⁷ Cfr. Cass. 6 aprile 1999, n. 3314, *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, 843, in un caso in cui il dipendente non era riuscito ad adeguarsi all'informatizzazione aziendale.

⁶⁸ Giustamente mette in evidenza questo aspetto, F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., 7, il quale afferma che con il comma 1 si realizza una "semplificazione della gestione aziendale, perché si crea un quadro idoneo a conferire maggiore certezza alle decisioni assunte dal datore di lavoro". S. Bini, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni*, *Arg. dir. lav.*, 2015, 1248.

tali critiche siano state avanzate anche da chi ha portato avanti la "giusta battaglia" per una maggiore certezza nel diritto del lavoro⁶⁹.

È noto infatti che, proprio a causa dell'indeterminatezza del precetto legale dell'equivalenza, aveva trovato largo spazio in materia l'elaborazione giurisprudenziale, con il conseguente inevitabile soggettivismo giudiziario nella decisione del caso concreto; problema, questo, comune a tutte le norme inderogabili a precetto generico.

Non convince al riguardo l'obiezione secondo cui sotto la vecchia norma l'orientamento giurisprudenziale si era comunque stabilizzato, pur nella sua rigidità interpretativa, relativamente al requisito della conservazione della professionalità acquisita. Infatti, ciò era vero in astratto, ma poi, calando nel singolo caso concreto la suddetta tralattricia massima, iniziavano le incertezze in quanto il giudice doveva accertare, in modo inevitabilmente avulso dallo specifico contesto produttivo: in che consisteva il bagaglio professionale acquisito dal lavoratore; se in esso rientravano o no, ad esempio, elementi riguardanti più specificamente la posizione raggiunta⁷⁰; quali erano i connotati di professionalità delle nuove mansioni; se il loro svolgimento consentiva o no di conservare o, secondo alcuni, addirittura di accrescere, la professionalità acquisita, ecc. Oltretutto questo accertamento giudiziale diveniva sempre più difficoltoso ed incerto al cospetto di contesti produttivi ormai caratterizzati sempre meno da una tendenziale staticità di mansioni e mestieri, per essere invece investiti da continui processi di ristrutturazione e riprogettazione dovuti all'introduzione di tecnologie sempre nuove.

Con la nuova norma, invece, viene cancellata una simile incertezza giacché il datore di lavoro deve soltanto verificare se le mansioni a cui intende spostare il lavoratore siano previste nello stesso livello delle precedenti e non siano di una differente categoria legale. Una volta svolta questa verifica egli dovrà unicamente valutare se per svolgere le nuove mansioni occorra impartire la formazione al lavoratore. Il passo avanti, dunque, in termini di certezza è indubitabile poiché "deve escludersi un'ingerenza dei giudici nelle scelte contrattuali"⁷¹.

⁶⁹ In precedenza e ripetutamente, A. Vallebona, *Tecniche normative e contenzioso lavoristico*, oppure in *Norme inderogabili e certezza del diritto*, oppure in *L'incertezza del diritto del lavoro e i necessari rimedi*, ora tutti in *Lavoro e Spirito*, Torino, 2011, rispettivamente, 263, 205, 241.

⁷⁰ Per le differenti interpretazioni giurisprudenziali, sia consentito il rinvio a C. Pisani, *La nuova disciplina ...*, cit., 15 e ss. Cfr. A. Garilli, *La nuova disciplina*, cit., 131, secondo cui il principio di equivalenza così interpretato "ha creato dubbi e difficoltà applicative".

⁷¹ La norma, infatti, "esprime con chiarezza l'intendimento di devolvere in toto la mobilità orizzontale (e quindi la valutazione della professionalità) all'autonomia collettiva": così, A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., 136; conforme V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103*, cit., 1051; F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit. 5.

Non bisogna neppure dimenticare che l'incertezza delle regole, oltre a non assicurare approdi giurisprudenziali affidabili e con essi un trattamento tra i destinatari della risposta giudiziaria rispettoso del disposto dell'art. 3 Cost.⁷², è ritenuta uno dei fattori maggiormente disincentivanti della propensione all'assunzione da parte dei datori di lavoro; per questo motivo l'acquisizione di maggior certezza svolge un ruolo centrale nella legislazione del Jobs Act, nella misura in cui questa è diretta a "rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione" (art. 1, comma 7, legge delega n. 183/2014)⁷³.

È infatti indubitabile che, accanto al reperimento delle risorse per interventi di natura economica, le riforme, per essere efficaci in tal senso, devono essere in grado di introiettare nel sistema dosi massicce di stabilità e certezze richieste dagli investitori, come bene esprime la nota battuta di un imprenditore: "una volta nella mia fabbrica c'erano ingegneri, oggi solo avvocati".

La mutata tecnica normativa in *subjecta materia*, che ha abbandonato il precedente modello della norma a precetto generico, dovrebbe essere salutata con approvazione anche su di un piano più teorico, considerato la rinnovata attenzione negli ultimi anni, anche con riguardo al diritto del lavoro, al delicato problema della "neutralità" dell'attività interpretativa al cospetto delle norme a struttura "vaga"⁷⁴ che possano risultare terreno privilegiato per un accentuato soggettivismo giudiziario⁷⁵.

6. Le interpretatio abrogans: il recupero surrettizio dell'equivalenza e l'introduzione di una giustificazione obiettiva.

Tra le "tecniche" evocate per conseguire sostanzialmente l'obiettivo del ritorno all'equivalenza delle mansioni, vi è quella di utilizzare le clausole generali di buona fede e correttezza al fine di consentire nuovamente al giudice di accertare se le nuove mansioni a cui è adibito il

⁷² Così, G. Vidiri, *Il contratto a termine: l'eterna ricerca della flessibilità in entrata*, *Mass. giur. lav.*, 2014, 87. Riesce difficile per l'avvocato spiegare al proprio assistito perché una medesima causa si può vincere o perdere a seconda del giudice o del collegio; e ciò anche presso la Suprema Corte, con conseguente depotenziamento della sua funzione nomofilattica. G. Vidiri, op. cit., nota 4, pone l'accento su di una giurisprudenza non di rado anarchica e creativa e talvolta ideologicamente condizionata.

⁷³ A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, 129; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 853.

⁷⁴ C. Luzzati, *La vaghezza delle norme*, Milano, 1990.

⁷⁵ M. Libertini, *Clausole generali norme di principio, norme a contenuto indeterminato*, *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 345 e ss.; V. Velluzzi, *Le clausole generali*, Milano, 2010.

lavoratore a mansioni, pur collocate nello stesso livello del contratto collettivo e categoria delle precedenti, siano omogenee alle competenze professionali acquisite dal lavoratore⁷⁶.

Come si può notare si tratta di una non divisibile *interpretatio abrogans* del comma 1 nel tentativo di far rivivere la norma dell'equivalenza che il legislatore ha inteso chiaramente superare.

Infatti, l'obbligo (di non fare) di non adibire a mansioni non equivalenti il lavoratore non esiste più per inequivoca volontà del legislatore⁷⁷; esso, quindi, non può essere reintrodotta mediante la buona fede e correttezza. E di ciò dovrebbero farsene una ragione i critici della norma.

Altrimenti, attraverso un simile uso dei canoni di buona fede e correttezza, si arriverebbe ad reintrodurre un limite "esterno" al potere non previsto dalla legge consistente nella necessaria e dimostrabile coerenza professionale delle nuove mansioni rispetto alle precedenti.

Su di un piano più generale, ciò sarebbe in contrasto con il principio del nostro sistema lavoristico, ribadito più volte nella Corte Costituzionale, secondo cui, per introdurre limiti e vincoli alla disciplina legale dei poteri datoriali, occorrono specifici interventi della legge e dell'autonomia collettiva⁷⁸.

Va altresì ricordato l'orientamento della Cassazione che esclude la possibilità che gli art. 1175 e 1375 cod. civ. possano creare obbligazioni autonome, ritenendoli invece rilevanti solo per la verifica del puntuale adempimento di obblighi preesistenti⁷⁹. E qui, come si è detto, non esiste più l'obbligo di non adibire il lavoratore a mansioni non equivalenti bensì

⁷⁶ E. Balletti, *I poteri del datore*, cit., 53-54, secondo cui la delimitazione dello *jus variandi* è configurabile, secondo buona fede e correttezza, in ragione delle reali competenze ed esperienze professionali del lavoratore; D. De Feo, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, cit., 863-864.

⁷⁷ A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, cit., 136.

⁷⁸ A. Vallebona, *Filosofia della Corte Costituzionale in materia di lavoro*, Riv. it. dir. lav., I, 1992, 275; Cfr. ad es., Corte Cost., 14 gennaio 1986, n. 2, *Foro it.*, 1986, Parte II, 1184; Corte Cost., 25 maggio 1989, n. 427, *ivi*, 1989, I, 2685.

⁷⁹ Cfr. tra le tante Cass. 28 marzo 2011, n.7037, *Guida al lav.*, e Cass. 21 gennaio 2007, n. 1333, *ivi*, 2007, 40, secondo cui "nel rapporto di lavoro i principi di correttezza e buona fede rilevano, come norme di relazione con funzioni di fonti integrative del contratto solo ove ineriscano a comportamenti ritenuti in relazione ad obblighi imposti al datore di lavoro dalla legge o dal contratto collettivo". Conformi Cass. 3 febbraio 1994, n. 1091, in *DPL*, n. 94, 1252; Cass. 1° dicembre 1994, n. 10282, *Mass. giur. lav.*, 1994, 686; Cass. S. U., 29 maggio 1993, n. 6030, cit.; Cass. 19 ottobre 1990, n. 10178, *Foro it.*, Rep. 1991, voce *Lavoro (Rapporto)*, n. 750; Cass. 10 agosto 1987, n. 6864, *Foro it.*, 1987, I, 2987; Cass. 4 aprile 1986, n. 2358, *GC, Mass.* 1986, 650; Cass. 7 febbraio 1985, n. 986, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Lavoro (Rapporto)*, 859; Cass. 21 novembre 1983, n. 6933, *Foro it.*, 84 I, 456; Cass. 5 ottobre 1980, n. 5610, *AG*, 1981, 133; Cass. 20 luglio 1977, n. 3250; Cass. 16 febbraio 1963, n. 357, *Foro it.*, 63, I, 1769.

quello, differente, di non adibirlo a mansioni non riconducibili al medesimo livello e categoria delle precedenti.

È bene, dunque, far professione di maggior cautela prima di sostenere che i principi di buona fede e correttezza siano la fonte di nuovi obblighi, finendo così per assolvere la funzione impropria di strumenti generali di controllo dei poteri del datore in riferimento a quegli ambiti del loro esercizio che la legge e il contratto hanno inteso lasciare volutamente non vincolati⁸⁰.

Oltretutto qui il controllo si estenderebbe anche alla scelta dell'autonomia collettiva di inserire quelle mansioni a cui è adibito il lavoratore nello stesso livello in cui erano inquadrati le mansioni cui era precedentemente assegnato. Ma, come si è visto (par. 2), sarebbe poco coerente sostenere la sindacabilità da parte del giudice delle previsioni del contratto collettivo solo in questa materia⁸¹; tant'è vero che la Cassazione, in relazione alla analoga norma dell'art. 52 d. lgs. n. 165/01, ha escluso un'ingerenza dei giudici sulle scelte contrattuali⁸².

La forzatura interpretativa qui criticata non può essere giustificata neppure dall'obiettivo di contrastare i "casi limite" di fraudolento esercizio dello *jus variandi*, tesi a mettere in difficoltà il lavoratore assegnandolo a mansioni totalmente differenti rispetto alle precedenti. Un'innovazione di questa portata di tecnica normativa non può essere bocciata enfatizzando la sua possibile applicazione patologica sul presupposto di condotte fraudolente e irragionevoli del datore di lavoro, anche perché si dovrebbe presumere l'opposto e cioè che l'imprenditore agisca in base a logiche razionali di efficienza produttiva, cui è funzionale il miglior impiego del lavoratore⁸³.

Si è visto (par. 4) come queste eventuali condotte patologiche trovino già un deterrente con la corretta applicazione dell'obbligo di formazione. Inoltre questi casi sono destinati a diventare progressivamente più marginali man mano che l'autonomia collettiva interverrà con gli opportuni aggiustamenti sugli attuali sistemi di inquadramento.

In ogni caso, i "casi limite" possono essere risolti con i rimedi del motivo illecito, del divieto degli atti discriminatori, della frode alla legge o abuso del diritto, la cui prova da parte del lavoratore può essere

⁸⁰ Sia consentito rinviare a C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1986, 81 e ss e ivi ulteriore bibliografia; G. Vidiri, *Clausole generali e certezza del diritto nei rapporti di lavoro nelle relazioni sindacali*, *Mass. giur. lav.*, 2014, 632 e ss.

⁸¹ A. Garilli, *La nuova disciplina delle mansioni*, op. cit., 136.

⁸² Cfr. su queste nozioni, C. Pisani, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 127 e ss.

⁸³ S. Visonà, *La nuova disciplina*, cit., 56.

agevolata anche mediante l'uso delle presunzioni semplici ex art. 2729 cod. civ.

Tra i critici della disposizione vi è inoltre chi, allo scopo di evitare asseriti problemi di incostituzionalità, vuoi per violazione degli artt. 2, 3, 4, 35 Cost., vuoi per eccesso di delega⁸⁴, ha proposto un'interpretazione creativa, ovvero *abrogans*, della norma, che sarebbe l'unica coerente con la legge delega⁸⁵. Si è così sostenuto che, avendo la legge delega condizionato la revisione della disciplina delle mansioni ad esigenze aziendali (processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale), nonché a determinati interessi tipizzati del lavoratore (tutela del posto di lavoro, della professionalità, condizioni di vita od economiche), lo *jus variandi* di cui al comma 1 dovrebbe essere letto introducendo, a dispetto del suo tenore letterale, ulteriori limiti asseritamente coerenti con la legge delega, e cioè l'indispensabile e dimostrabile coerenza con processi di risistemazione dell'organizzazione aziendale,⁸⁶ oppure, o in aggiunta, la coerenza delle nuove mansioni con la professionalità pregressa⁸⁷.

In questo modo, è stato ammesso, se non altro chiaramente, che "viene restituito al giudice ciò che in qualche modo «si intendeva» sottrarre, ossia la possibilità di verificare l'equivalenza quando la contrattazione collettiva non dovesse essere concretamente rispettosa di questi valori"⁸⁸. Il problema sta proprio in quel «si intendeva», che è la volontà del legislatore di cui, in teoria, l'interprete dovrebbe tener conto⁸⁹.

Ma, si deve ribadire che lo *jus variandi*, una volta che sia rispettoso, prima, della regola dell'equivalenza, ed ora, del medesimo livello e categoria, deve considerarsi un potere "libero" o "non vincolato", sottratto in quanto tale al controllo giudiziale, tranne nei soliti casi di motivo illecito, atti discriminatori, frode alla legge o abuso del diritto. Ciò in quanto "è da escludere ogni possibilità di valutazione in ordine alla

⁸⁴ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863.

⁸⁵ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262; G. Franza, *Prime considerazioni*, cit., 655, V. Ferrante, *Nuova disciplina*, cit., 38.

⁸⁶ G. Franza, *Prime considerazioni*, cit., 655; D. De Feo, *La nuova nozione*, cit., 863.

⁸⁷ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262.

⁸⁸ G. Ianniruberto, *Jus variandi*, cit., 262.

⁸⁹ A proposito dell'uso sovrabbondante della tecnica dell'interpretazione costituzionalmente orientata, si è evidenziato che in tal modo essa finisce con l'avallare un soggettivismo avulso dalla mediazione praticata dal legislatore, "magari servente al mero contrasto con un dettato normativo sgradito, ma del tutto inequivoco: cfr. M. Magnani, *Il giudice e la legge*, op. cit., 778, che riporta la medesima opinione di R. De Luca Tamajo e L. Montuschi: diviene così "maggiormente concreto il pericolo di attività ermeneutiche volto attraverso il richiamo ad «interpretazioni costituzionalmente orientate», a sottendere «interpretazioni ideologicamente orientate»: così, G. Vidiri, *Clauseole generali e certezza del diritto*, cit., 642.

bontà del giudizio tecnico, alla sua congruità rispetto al fine conseguito, alla sua preferibilità o meno rispetto ad altre, alternative soluzioni”⁹⁰.

Lo *jus variandi* doveva essere vincolato ad una giustificazione obiettiva solo nel testo dell’art. 2103 cod. civ., *ante* Statuto dei lavoratori, in cui la norma faceva espresso riferimento appunto alle “esigenze delle imprese” quale criterio di giustificazione del mutamento delle mansioni⁹¹. Senonché di questo elemento costitutivo della fattispecie non è rimasta traccia né nell’art. 2103 novellato dall’art. 13 Stat. lav. né nell’odierno testo; ed anzi la previsione in quest’ultimo di un analogo limite al comma 2 a proposito dello *jus variandi in peius*, conferma che il legislatore, quando ha voluto condizionare ad una giustificazione obiettiva l’esercizio di tale potere, ha provveduto a sancirlo espressamente, come peraltro anche nel trasferimento.

Le esigenze organizzative sottese a tale potere si identificano, dunque, con il “motivo” dell’atto, come tali irrilevanti, con conseguente loro impenetrabilità ed insindacabilità⁹². Altrimenti il datore di lavoro si vedrebbe sempre costretto, innanzitutto, ad esternare i motivi posti a base dell’atto di esercizio del potere; inoltre, questi motivi sarebbero oggetto del controllo giudiziario afferente, non solo la loro effettiva sussistenza, ivi compreso il nesso causale con la decisione adottata, ma anche la loro “coerenza” rispetto alle finalità per le quali il potere è riconosciuto. In pratica, pur volendo escludere che si arriverebbe al controllo sul “merito” della decisione imprenditoriale (ma il confine, come si sa, è labile), ciò comporterebbe l’accertamento giudiziale dell’esigenza obiettiva dell’impresa e la rispondenza e congruità della decisione ad una delle possibili e ragionevoli scelte gestionali. Tutto ciò si risolverebbe, in sostanza, nel reintrodurre una giustificazione obiettiva allo *jus variandi*, così come potrebbe avvenire anche per gli altri poteri “liberi” del datore del lavoro come ad es., il potere direttivo, l’attribuzione di superminimi, le promozioni, il licenziamento *ad nutum*. E così si tornerebbe indietro agli anni novanta del secolo scorso, con una sorta di riedizione della tesi della c.d. parità di trattamento⁹³.

Queste conseguenze, da un lato, non appaiono coerenti con la scelta, connessa al riconoscimento dell’iniziativa economica privata, di salvaguardare margini dell’esercizio discrezionale delle decisioni del datore di lavoro sottratte a forme di sindacato giudiziarie; scelta

⁹⁰ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 321.

⁹¹ G. Giugni, *Mansioni e qualifiche*, cit., 287 e ss.

⁹² G. Giugni, *Mansioni e qualifiche*, iEnc. Dir., voce, XXV, Milano, 1975, 556; M. Persiani, *Prime osservazioni sulla disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, Dir. lav., 1971, I, 18.

⁹³ C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli Editore, Milano, 1996.

crystalizzata in norma dall'art. 30 comma 1, Legge 103/2010; dall'altro lato, renderebbe evidentemente superflua l'espressa previsione di quei vincoli, svuotando così in gran parte il significato evolutivo assegnato alla legislazione lavoristica e alla contrattazione collettiva, appunto diretto a limitare poteri altrimenti liberi⁹⁴.

7. Il superamento del problema dell'eccesso di delega.

Se l'obiettivo di alcune delle suddette interpretazioni abrogative/creative è effettivamente quello di "salvare" il comma 1 da possibili censure di eccesso di delega⁹⁵, sono prospettabili altre soluzioni più coerenti con il testo e la *ratio* della disposizione.

Indubbiamente nella legge delega non è espressamente sancito un principio o un criterio direttivo che autorizzi il legislatore delegato a modificare il precedente limite alle mansioni esigibili in via ordinaria costituito dall'equivalenza⁹⁶.

Infatti, la prima parte della lett. e) del comma 7, art. 1 della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183, riguarda, sì, la revisione della disciplina delle mansioni, però con riferimento a processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale, individuati sulla base di parametri oggettivi, oltretutto temperando 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, prevedendo anche limiti alla modifica dell'inquadramento.

Tutti questi criteri sono stati coerentemente seguiti dal d. lgs. n. 81/2015: nel comma 2, con la fattispecie dell'assegnazione a mansioni di un solo livello inferiore giustificate da modifiche degli assetti organizzativi aziendali che abbiano "inciso" sulla posizione del lavoratore; nel comma 6, con la fattispecie del demansionamento anche di più livelli e di categoria legale inferiore ma sempre per ragioni oggettivamente individuate per evitare il licenziamento, oppure nell'interesse del lavoratore all'acquisizione di diversa professionalità o miglioramento delle condizioni di vita⁹⁷.

⁹⁴ Cfr. G. Ferraro, *Poteri imprenditoriali e clausole generali*, DLM, 2009, 175; A. Vallebona, *Filosofia della Corte Costituzionale in materia di lavoro*, cit., 284; O. Mazzotta, *Enti economici e concorsi privati: alla ricerca di una regola di diritto*, Riv. it. dir. lav., 1987, I, 216; U. Natoli, *Limiti costituzionali all'autonomia privata nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1955.

⁹⁵ G. Ianniruberto, *Jus variandi orizzontale*, cit., 260 e ss.

⁹⁶ Cfr. L. De Angelis, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni e i suoi (difficilissimi) rapporti con la legge delega*, Foro it., 2015, V, 434.

⁹⁷ Sia consentito, per tutti questi aspetti, rinviare a C. Pisani, *La nuova disciplina ...*, cit., 69 e ss.

Non sembra, però, che in tali criteri possa rientrare il comma 1 del nuovo art. 2103 cod. civ., perché, come si è visto (par. 6) i mutamenti ivi presi in considerazione non presuppongono una giustificazione obiettiva dovuta ad esigenze aziendali o a particolari interessi del lavoratore, come invece prevede la prima parte della lett. e).

Vi è tuttavia la seconda parte della lett. e) dell'art. 7, comma 1, della legge delega, in cui è espresso il criterio direttivo di prevedere che la contrattazione collettiva possa individuare "ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera". Qui, a differenza della prima parte della lettera e), non viene ribadita la necessità della giustificazione del mutamento delle mansioni; né tale vincolo può essere desunto implicitamente in quanto il secondo periodo è chiaro nel prevedere che si tratta di "ulteriori ipotesi" rispetto all'altra, disposta "ai sensi della presente lettera", che invece richiede alcune giustificazioni.

Il decreto legislativo ha dato seguito anche a questa direttiva con la previsione del comma 4 del nuovo art. 2103 cod. civ., in cui appunto si abilita il contratto collettivo a prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni inferiori, sempre con il limite della immodificabilità della categoria, ma, a differenza della fattispecie di cui al comma 2, senza la necessaria giustificazione dettata da esigenze aziendali.

Anche la fattispecie di cui al comma 1, può rientrare in questa seconda parte della lett. e) della legge delega, in quanto l'unica che non prevede la necessaria giustificazione del mutamento delle mansioni, ma soltanto la previsione da parte dell'autonomia collettiva. E, indubbiamente, qui la norma fa riferimento ad un istituto previsto dal contratto collettivo, qual è quello del sistema di inquadramento.

Resta, è vero, una certa distonia letterale tra il criterio della seconda parte della lett. e), che sembra far riferimento a specifiche ipotesi aggiuntive di mutamento delle mansioni e la norma di cui al comma 1, che invece si attegga a norma generale di esigibilità ordinaria delle mansioni, come in precedenza lo era la regola dell'equivalenza, tendenzialmente diretta, quindi, a regolare tutte le modifiche orizzontali.

Questo ostacolo, però, può essere superato facendo doveroso ricorso alle (e valorizzando le) finalità della legge delega, che appaiono molto più rilevanti rispetto a qualche imprecisione del testo della norma. Al riguardo, infatti, la Consulta afferma che, nell'interpretare la norma delegata nel significato compatibile con i principi e criteri direttivi della delega, si deve tener conto del complessivo contenuto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono, non solo la base e il limite delle norme delegate, ma anche gli strumenti per l'interpretazione della loro portata. Afferma la Corte Costituzionale che la

delega legislativa non esclude ogni discrezionalità del legislatore delegato; questa può essere più o meno ampia, "ma per valutare se il legislatore abbia ecceduto tali margini di discrezionalità, occorre individuare la *ratio* della delega per verificare se la norma delegata sia stata con essa coerente"⁹⁸.

Applicando questi principi al nostro caso, riemerge prepotentemente la finalità fondamentale del comma 7, dell'art. 1 della legge delega, espressa chiaramente nella frase di esordio che, non a caso, inizia con "Allo scopo", di "rafforzare le opportunità di ingresso nel mondo del lavoro da parte di coloro che sono in cerca di occupazione"; questa finalità viene ribadita anche in relazione all'altro "scopo" ivi enunciato, e cioè quello di "riordinare i contratti di lavoro", al fine, appunto, anche qui, di renderli "coerenti con l'attuale contesto occupazionale"; sempre a questo scopo, recita la frase iniziale, il Governo è delegato ad adottare uno o più decreti di cui uno recante un testo "organico semplificato", non solo delle discipline delle tipologie contrattuali, ma anche "dei rapporti di lavoro"; quindi la "semplificazione" deve riguardare non solo le tipologie contrattuali, ma anche più genericamente, la disciplina dei rapporti di lavoro.

Dalla legge delega, si ricava, dunque, che la sua finalità ultima, e cioè la lotta alla disoccupazione, va perseguita, come si è visto (par. 5), anche riducendo il livello di incertezza che permea alcuni istituti cardine del rapporto di lavoro.

Pertanto il comma 1 del nuovo art. 2103 cod. civ. può ritenersi conforme alla finalità "anti incertezza" che ha ispirato la legge delega⁹⁹, avendo realizzato una semplificazione della gestione aziendale mediante una maggiore certezza *ex ante* delle decisioni assunte dal datore di lavoro in ordine al mutamento "orizzontale" delle mansioni, e quindi in relazione alla flessibilità endoaziendale (par 5).

In relazione al paventato problema dell'eccesso di delega vi è un altro importante aspetto da considerare. Invero, quanto sopra esposto si basa sul presupposto che anche la norma in esame rientri in quella "revisione" della disciplina delle mansioni alla cui modifica è stato delegato il Governo nei casi previsti dalla prima parte della suddetta lett. e) del comma 7, art. 1, della legge delega.

Senonché questo presupposto non è così scontato come potrebbe sembrare a prima vista, e la cui messa in discussione escluderebbe in radice ogni questione di eccesso di delega, proprio perché l'ultima parte

⁹⁸ Tra le altre, Corte Cost. 4 giugno 2014, n. 153, *Mass. giur. lav.*, 2015, 2015; Corte Cost. 9 luglio 2013, n. 184, *Foro it.*, Rep. 2013, voce Fallimento, 219.

⁹⁹ Ritiene superabile ogni dubbio di violazione dell'art. 76 Cost., anche G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 472.

del comma 1, del nuovo art. 2103 cod. civ., non integrerebbe gli estremi della "revisione" della precedente disciplina delle mansioni.

Questa affermazione potrebbe apparire in contraddizione con quanto affermato in precedenza sulla "novità" dell'abolizione della regola dell'equivalenza. Ma non bisogna dimenticare che la "novità", indiscutibile, è solo rispetto ad una determinata interpretazione giurisprudenziale di tale regola; vale a dire quella che non riteneva equivalenti tutte le mansioni inquadrare nello stesso livello perché reputava che la norma tutelasse solo la professionalità acquisita dal lavoratore; interpretazione consolidata, è vero, ma pur sempre interpretazione, neppure assurda a rango del c.d. "diritto vivente", considerati gli orientamenti minoritari che invece adottavano una concezione più flessibile di professionalità¹⁰⁰.

Anche in precedenza, infatti, non vi erano ostacoli, né testuali né di *ratio*, che impedissero di ricavare in via interpretativa dalla norma dell'equivalenza il significato fatto proprio dal legislatore nel nuovo testo del comma 1, e cioè la legittimità degli spostamenti nelle mansioni inquadrare nello stesso livello¹⁰¹. Sicché, l'orientamento giurisprudenziale maggioritario non era un dogma immutabile; anzi, anche se la norma fosse rimasta la medesima, era previsione ragionevole che quell'orientamento sarebbe stato destinato ad aprirsi a letture maggiormente flessibili, come peraltro confermano anche le prime sentenze successive all'entrata in vigore della nuova disciplina, le quali, pur pronunciandosi sulla regola dell'equivalenza, hanno optato già per una sua interpretazione evolutiva coerente con il nuovo art. 2103, comma 1, cod. civ.¹⁰².

Del resto è tipico delle norme a precetto generico essere suscettibili di assumere più d'un significato compatibile con il tenore letterale.

Anche l'obbligo di formazione, ora espressamente introdotto dal comma 3, poteva essere ricavabile in via interpretativa dalla precedente norma; anche in precedenza, infatti, se il datore di lavoro intendeva esercitare legittimamente il potere di assegnare il lavoratore a mansioni inquadrare nel medesimo livello, ma per le quali il dipendente non era professionalmente idoneo, sarebbe stato suo preciso onere, appunto per esercitare legittimamente lo *jus variandi*, provvedere alla formazione,

¹⁰⁰ Cfr., ad es., Cass. 24 novembre 2015, n. 23945, ined. a quanto consta; Cass. 16 giugno 2009, n. 13941, *Mass. giur. lav.*, 2010, n. 4, 122; Cass. 23 maggio 2013, n. 12725, *Guida al lav.*, 2013, n. 26, 33; Cass. 22 maggio 2014, n. 11395, *ivi*, 2014, n. 29, 31.

¹⁰¹ Per questa interpretazione sia consentito richiamare quanto da me scritto in *La modificazione delle mansioni*, op. cit., 130 e ss.

¹⁰² Cass. 24 novembre 2015, n. 23945, cit.; Trib. Ravenna, 22 settembre 2015, Est. Rivero, - P. G. c. H. S. P. A., *Mass. giur. lav.*, 2016, 163.

così come sarebbe stato obbligo del lavoratore quello di "formarsi" diligentemente¹⁰³.

¹⁰³ Cfr. C. Pisani, *La nuova disciplina ...*, cit., 24.