



UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE
CENTRO EUROPEO DI DIRITTO DEL LAVORO E DI RELAZIONI INDUSTRIALI
20123 MILANO – L.GO GEMELLI 1 - TEL. 02.7234.2532 - FAX 02.7234.2225

I QUADERNI DEL C.E.D.R.I.
N. 1/2015

La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore (art. 3, d. lgs. 81/2015)

di Vincenzo Ferrante

Professore ordinario di Diritto del lavoro nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università cattolica di Milano
Direttore del C.E.D.R.I.

Sommario: 1. La norma del 1970 e la legge delega 183/2014. – 2. Sinossi delle previsioni della norma del d. lgs. 81/2015. – 3. Il venir meno del principio dell'equivalenza in caso di modifica delle mansioni per decisione datoriale. – 4. Il “demansionamento” per modifica degli assetti organizzativi aziendali. – 5. L'adibizione consensuale a mansioni inferiori. – 6. L'adibizione a mansioni superiori. – 7. L'obbligo formativo

1. La norma del 1970 e la legge delega 183/2014.

Nell'ambito delle previsioni della legge delega 10 dicembre 2014, n. 183 ("jobs act"), al co. 7 lett. e) dell'art. 1, si è prevista l'attribuzione al Governo di una delega legislativa diretta ad assicurare la «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando 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 limiti alla modifica dell'inquadramento».

Pur nell'ampia genericità⁽¹⁾, che tuttavia contraddistingue oramai la gran parte dei provvedimenti parlamentari di delega legislativa, la previsione sembrava finalizzata a consentire, mediante decisione unilaterale del datore, quanto era già ammesso sulla scorta della previsioni della legge del 1991 in tema di crisi aziendale, là dove, giuridificando una prassi diffusa, si riconosceva, in presenza di accordo collettivo aziendale, la legittimità del "demansionamento", quale antidoto al licenziamento (art. 4, co. 11, l. 223/1991)⁽²⁾. Sembrava trattarsi, insomma, almeno per questo aspetto, di una semplice revisione della storica disposizione di cui all'art. 13 stat. lav., che, novellando l'art. 2103 c.c., era rimasta sostanzialmente immune da qualsiasi intervento per i decenni successivi⁽³⁾.

Né peraltro si deve ritenere che siffatta invarianza abbia costituito un ostacolo alla modernizzazione del diritto del lavoro, atteso che la prassi industriale, non solo aziendale, ha sperimentato in molti casi soluzioni innovative, ammettendo la c.d. "fungibilità" delle mansioni all'interno dell'*area omogenea*, in tutti quei settori nei quali la contrattazione collettiva ha sposato il c.d. sistema "a banda larga" (*broad band*), come (per non parlare dei contratti dei comparti pubblici) per il personale delle ferrovie, delle poste e, prima ancora, per il contratto collettivo del settore chimico-farmaceutico⁽⁴⁾. Si trattava, a fronte del venir meno delle mansioni esecutive di livello più semplice (determinato dalla informatizzazione del lavoro), di ridistribuire il personale in livelli che meglio rispecchiassero le linee di gerarchia interna e comunque in maniera da ampliare notevolmente il novero delle mansioni esigibili⁵.

In questo senso la delega, forse a vincere qualche resistenza di ordine giudiziale circa la legittimità delle operazioni di reinquadramento di cui ora si è detto, si spingeva più in là,

¹ A riguardo con toni critici, v. M. Aimò, *Jobs act, una prima lettura della legge delega*, in *Questione giustizia*, periodico on line e già F. Scarpelli, *Le ambiguità della "semplificazione" nella delega Lavoro*, in *Nel merito*.

² La norma non si pronunziava espressamente in ordine alla conseguenze economiche del demansionamento e non viene espressamente abrogata dal nuovo art. 3 del d. lgs. 81 del 2015: non è illogico considerarla vigente in quanto non assorbita dal comma 4, almeno fin tanto che si ritenga che l'accordo collettivo può ridurre la retribuzione.

³ Solo per completezza si deve ricordare la disciplina dell'art. 6 l. n. 190 del 1985, di modifica delle categorie legali, mediante l'introduzione dei "quadri intermedi", già modificato con legge n. 106/1986 ed ora abrogato dall'ultimo comma della disposizione in commento. Parimenti si deve richiamare l'art. 56 d. lgs. 29/1993, poi sostituito dal vigente art. 52 d. lgs. 165/2001, per i dipendenti pubblici "contrattualizzati", che riferisce esplicitamente l'equivalenza alla "area di inquadramento", così da consentire l'operazione di cui subito al testo (v. per tutti il CCNL Autonomie locali 30.3.1999, ancora vigente). A riguardo, fra i tanti, v., oltre al mio, i commenti di Zoli, Fiorillo e Gentile, Gragnoli, in *L'impiego pubblico negli enti locali*, *Quad. dir. lav. rel. ind.*, n. 30, 2007.

⁴ V. Cass. sez. un. 24/11/2006, n. 25033, in *Riv. Giur. Lav.* 2007, 2, II, 193 e 413 (con note di Riccobono e Vendramin), in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2007, II, 336 ss. (con nota di Occhino); in *Orient. giur. lav.* 2007, 1, 30 (con nota di Alvino); a riguardo v. altresì i commenti di Borzaga in *ADL*, 2007, 669; Gargiulo, in *Dir. Merc. Lav.*, 2007, 113; Pisani in *Mass. giur. lav.*, 2007, 24); la sent. afferma che la contrattazione collettiva è «autorizzata a porre meccanismi convenzionali di mobilità orizzontale prevedendo, con apposita clausola, la fungibilità funzionale tra [le mansioni] per sopperire a contingenti esigenze aziendali»; nello stesso senso, Cass. sez. lav. 27/8/2007, n. 18089.

⁵ Né sono mancati casi nei quali sistemi più arcaici e legati ad organizzazioni con una rilevante presenza dei livelli produttivi (come *in primis* quello dei "meccanici") vengono adattati in sede aziendale, specialmente da imprese con cicli produttivi lontani dalla siderurgia, anche mediante operazioni di accorpamento e di soppressione "virtuale" di alcuni livelli (lasciati "vuoti" o mantenuti attivi solo per la fase di "ingresso").

indicando altresì fra i criteri direttivi per l'emanazione della legge attuativa la «previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ... possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera».

Con riguardo a tale previsione, si era peraltro rilevato ⁽⁶⁾ come gli ampi spazi oramai riconosciuti alla contrattazione di secondo livello dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (conv. con modd. nella legge 14.9.2011, n. 148), proprio in relazione «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale» (art. cit., co. 2, lett. b), rendevano anche questa seconda delega ripetitiva, se non per un più ampio rinvio, ora esteso anche alla contrattazione nazionale.

Precisazione, quest'ultima, in certa misura inutile, poiché pare difficile negare che spetti alle parti collettive, in precisa adesione alle disposizioni costituzionali (artt. 36 e 39), la definizione di percorsi professionali coerenti e la stessa attribuzione al lavoro di un valore economico: ed infatti il rinvio costituzionale alla fonte collettiva per l'attuazione del diritto all'equa retribuzione non può che estendersi alla valutazione di proporzionalità circa la “qualità” del lavoro prestato, implicitamente contenuta nella definizione dei sistemi di inquadramento, senza che il giudice, salvi i casi di manifesta violazione del canone dell'equivalenza, possa poi pretendere di sovrapporre la propria valutazione a quella effettuata dalle parti collettive, nell'esercizio di una autonomia negoziale costituzionalmente tutelata ⁷.

Ed è certo che, anche al di là delle previsioni positive dell'ordinamento, è nella prospettiva della razionale organizzazione dell'impresa che l'inquadramento conosce normalmente una gestione collettiva, all'evidente fine di evitare conflitti fra i lavoratori in ordine alla attribuzione di valore alle singole prestazioni (tanto che sistemi di “salary cap” si vanno diffondendo anche al di fuori dell'area della subordinazione propriamente intesa).

Appare evidente, quindi, come le ragioni dell'intervento protettivo del legislatore del 1970 vadano ricercate in direzione diversa, da quella attinente al riconoscimento del ruolo dell'autonomia collettiva in questa materia.

La formula dell'art. 13 della legge del 1970 rappresentava, invero, un punto di arrivo di un dibattito che aveva animato dottrina e giurisprudenza nel corso degli anni '60, tanto da indurre il legislatore a riscrivere la norma del codice del 1942, che già ammetteva un limitato potere imprenditoriale di modifica unilaterale delle mansioni (c.d. *jus variandi*), mentre rimaneva incerto se fosse invece possibile applicare i principi generali in tema di contratto alle modifiche concordate fra le parti, “con la conseguenza aberrante della possibilità che anche il più radicale declassamento della posizione sia professionale, sia retributiva del lavoratore fosse considerato legittimo, in quanto consensuale, anche se accettato dal lavoratore solo con comportamento concludente” ⁽⁸⁾.

Da qui l'interpretazione, ben presto consolidatasi in giurisprudenza, di riferire l'ipotesi di cui all'ultimo comma della norma nella nuova formulazione, che prevede la nullità di “ogni patto contrario”, non solo a eventuali stipulati in sede di assunzione o comunque *ex ante*, per ampliare i poteri datoriali, ma anche ad accordi realizzati *ex post*, precipuamente in via tacita, attraverso l'accettazione della modifica ⁽⁹⁾.

⁶ V. U. Gargiulo, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in Rusciano - Zoppoli (a cura di), *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega*, WP C.S.D.L.E. “M. D'Antona”, n. 3/2014, 99 ss.

⁷ A riguardo non può non richiamarsi qui la celebre C. cost. 9/3/1989, n. 103, in *Dir. lav.* 1989, II, 355, che, pronunciandosi in ordine alla sussistenza del principio di parità di trattamento in tema di sistemi di inquadramento, afferma che i contratti collettivi “sono frutto e risultato di trattative e patteggiamenti e costituiscono una regolamentazione che, in una determinata situazione di mercato, è il punto di incontro, di temperamento e di coordinamento dei confliggenti interessi dei lavoratori e degli imprenditori”.

⁸ Così G. Suppiej, *Mansioni del lavoratore*, in Prosperetti (cur.), *Commentario dello Statuto dei lavoratori*, Milano, 1975, t. I., 334 ss., qui 354, seppure nell'ambito di una ricostruzione rimasta sostanzialmente isolata.

⁹ In dottrina, al di fuori del lavoro pubblico, il tema pare oramai poco frequentato: da ultimo, v. comunque C. Alessi, *Professionalità e contratto di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004; U. Gargiulo, *L'equivalenza delle mansioni nel*

Condivisa questa conclusione, passava in secondo piano la soluzione circa la permanente sussistenza dello *jus variandi* datoriale, che, piuttosto che come potere unilaterale di modifica dell'oggetto del contratto, veniva a presentarsi ora quale esercizio di una prerogativa creditoria di specificazione all'interno della pluralità di mansioni determinate dal concetto di equivalenza, in logica conseguenza del ruolo di organizzatore dei fattori produttivi che l'ordinamento riconosce in via generale all'imprenditore a mente dell'art. 2086 c.c. (¹⁰).

Questo, in sintesi, il quadro normativo e concettuale precedente la riforma del 2015.

2. Sinossi delle previsioni della norma del d. lgs. 81/2015.

La legge delega ha trovato attuazione per gli aspetti anzidetti mediante l'art. 3 del lgs. 15 giugno 2015 n. 81, che sostituisce integralmente il precedente disposto dell'art. 13 stat. lav., con una previsione non più intitolata alla disciplina "delle mansioni", ma "della prestazione", e con un contenuto normativo che si presenta rinnovato, non solo quanto alla collocazione, rispetto al testo originariamente approvato dal Governo, forse anche a seguito delle osservazioni formulate a riguardo dalle Commissioni parlamentari (¹¹), chiamate dal legislatore ad esprimere un parere di merito prima che la delega fosse compiutamente esercitata.

La norma, invero, offre lo spunto per numerose osservazioni critiche.

Rinviando per la più minuta analisi del disposto dei singoli commi ai paragrafi successivi, può qui rilevarsi come l'art. 3 del d. lgs. 81/2015 riproponga i precetti della disposizione statutaria, dilatandone però in genere la portata, così da favorire un rafforzamento del potere datoriale unilaterale. Viene meno, quindi, la nozione di equivalenza come limite nella adibizione a nuove mansioni (comma 1); si ammette altresì il "demansionamento", o mobilità verso il basso, nei casi di "modifica degli assetti organizzativi aziendali" (co. 2) ovvero a fronte di accordi collettivi (co. 4), con il solo limite dell'invarianza della retribuzione (co. 5); tale limite, peraltro, può venir meno qualora l'adibizione a mansioni inferiori sia consensuale, purché l'accordo fra le parti sia raggiunto in sede "protetta" (co. 6); si nega, poi, la possibilità di ricorrere a forme di autotutela individuale, affermando la cogente efficacia dell'ordine datoriale anche in caso di mancato "assolvimento dell'obbligo formativo" (co. 3); infine, si eleva a sei mesi la durata della assegnazione a mansioni superiori perché questa diventi irrevocabile (co. 7), mentre nessuna novità si registra in ordine al trasferimento c.d. geografico (co. 8). Si mantiene parimenti la previsione di nullità dei patti contrari, salva però la legittimità delle adibizioni a mansioni inferiori realizzatesi per decisione unilaterale nei casi di cui al comma 2 o per accordo fra le parti, secondo quanto previsto al comma 4.

3. Il venir meno del principio dell'equivalenza in caso di modifica delle mansioni per decisione datoriale.

Il nuovo articolo 2103 c.c. prevede, innanzi tutto, che il lavoratore «deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che

contratto di lavoro, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008; Brollo - Vendramin, *Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in *Tratt. Persiani-Carinci*, Cedam, Padova, 2012, IV, t. 1 (a cura di M. Martone), 513 ss.

¹⁰ Rinvio a riguardo per le necessarie citt. al mio *Direzione e gerarchia nell'impresa*, in *Comm. Schlesinger-Busnelli*, 2012, spec. 42 ss.

¹¹ V. soprattutto la relazione di sintesi della Comm. Lavoro del Senato sullo "Schema di decreto legislativo recante il testo organico delle tipologie contrattuali e revisione della disciplina delle mansioni" – A.G. n. 158, che, in relazione al testo dell'art. 55 (poi divenuto l'attuale art. 3), rileva come «sarebbe, al contrario, opportuno introdurre una reale clausola di flessibilità nello *jus variandi* che consentisse, anche nell'interesse del lavoratore, di poterne modificare le mansioni ogniqualvolta si sia in presenza di specifiche esigenze (obsolescenza delle competenze professionali o rilevanti innovazioni di processo o di prodotto)». Il testo finale, che qui si commenta, è stato variato con la previsione della possibile assistenza tecnica in sede "protetta".

abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Viene meno, quindi, il parametro dell'equivalenza delle mansioni quale limite all'esercizio del potere direttivo dell'imprenditore, per essere sostituito dalla nuova categoria della "riconducibilità" delle mansioni di nuova attribuzione "allo stesso livello di inquadramento e categoria di inquadramento delle ultime effettivamente svolte".

L'aggettivo utilizzato ("riconducibili"), seppur non estraneo al linguaggio forense ⁽¹²⁾, potrebbe intendersi come sinonimo di "proprie" ⁽¹³⁾, posto che altrimenti verrebbero a mancare criteri per determinare in maniera oggettiva siffatta potenzialità, di modo che si deve ipotizzare che il legislatore abbia voluto ammettere una illimitata fungibilità fra tutte le mansioni che la contrattazione collettiva colloca all'interno di un unitario livello di inquadramento. Così intesa, però, la norma è assolutamente irragionevole e appare financo restrittiva rispetto alla giurisprudenza formatasi in precedenza.

Se è indubbio che livelli retributivi omogenei contengono numerosissimi profili professionali (il contratto del trasporto ferroviario AGENS, per es., inquadra numerosi profili professionali al livello "D", con professionalità fra loro diversissime ¹⁴), ammettere una piena fungibilità fra tutti i profili, soprattutto nei settori manifatturieri (che richiedono competenze tecniche nella produzione), appare un esercizio che sconfinava nella manifesta irragionevolezza, venendo a legittimare, per fare qualche esempio (forse paradossale) collegato al contratto collettivo prima richiamato, che, nell'ambito del livello "B", il capotreno venga adibito a mansioni di ufficiale di macchina nei collegamenti tramite *ferry-boat* con le isole o che il tecnico "verificatore" faccia il carpentiere (liv. "C").

Ed invero il ricorso alla "banda larga" prima richiamato dava per scontato ed implicito un quadro normativo che, attraverso previsioni espresse ⁽¹⁵⁾, o comunque mediante il riferimento all'equivalenza, limitava comunque la fungibilità delle mansioni, secondo criteri che rinviavano alla prassi aziendale o alla presenza di "precedenti" o al permanere di caratteristiche estrinseche ed intrinseche dell'attività (margini di autonomia e di professionalità, riconoscibilità sociale, prospettive di carriera, rappresentanza esterna). La nuova formulazione, invece, attraverso il richiamo ad una operazione dai confini (anche temporali) indefiniti (che significa "riconducibili"?), affida la pratica operatività della norma alle incertezze della sua attuazione giurisprudenziale, senza riuscire ad identificare un nucleo concettuale intorno al quale fondare con sicurezza una circonferenza di maggiore raggio idonea a descrivere l'ampiezza dei poteri datoriali rinnovati.

Né è di aiuto il limite della categoria legale, pure richiamato dal legislatore del 2015, che vale semmai a evocare un fantasma del passato, posto che esso appariva superato già a Ludovico Barassi oltre ottanta anni fa ⁽¹⁶⁾ e non si comprende per quale ragione il legislatore di oggi lo

¹² V. fra le primissime che lo adottano, v. Cass. 23/12/1988, n. 7050.

¹³ In questo senso, un indice testuale si rintraccia nell'art. 19, co. 2 dello stesso d. lgs. 81/2015 che, in luogo delle mansioni equivalenti di cui all'abrog. art. 5, co. 4 d. lgs. 368/2001, fa riferimento nella disciplina del contratto a termine a "mansioni di pari livello e categoria legale"; analog. si ricordi la modifica della l. n. 190/85 cit. a nota 3.

¹⁴ Per fare solo un esempio: operatore specializzato manutenzione infrastrutture; operatore specializzato manutenzione rotabili; operatore specializzato circolazione; operatore specializzato commerciale (a bordo treno); operatore specializzato attività di supporto (amministrativo); operatore di logistica; responsabile dei servizi di bordo; coordinatore di cantiere; coordinatore di armamento ferroviario; operatore sanitario specializzato; ingrassatore; marinaio; dispensiere.

¹⁵ V. art. 27.1.4, secondo cui: "Per comprovate esigenze tecniche, organizzative e produttive il lavoratore, anche a domanda, può svolgere temporaneamente mansioni diverse nell'ambito delle figure professionali dello stesso livello professionale, purché in possesso delle abilitazioni e dei requisiti richiesti e purché ciò non comporti un mutamento sostanziale della sua posizione professionale. Permanendo tali esigenze per più di 18 mesi l'assegnazione diventa definitiva ove le parti interessate lo convengano"

¹⁶ V. *Un problema insolubile: la differenza fra le qualifiche di impiegato e operaio*, in *Foro it.*, 1931, I, c. 377 ss., il cui *incipit* merita di essere citato per intero: «Ancora una volta (e fino a quando?) ritorna a galla la questione circa il criterio discriminativo tra "impiegato" e "operaio". Tutte le qualifiche dei lavoratori addetti ad una azienda sono state raccolte in due grandi suddivisioni: impiegati ed operai. Bisogna convenire che questo binomio, che

voglia riesumare, se non per introdurre illogiche limitazioni del tutto sconosciute anche al sentire comune, e a tutta la giurisprudenza a noi contemporanea (¹⁷).

Né peraltro l'obbligo formativo gravante in capo al datore, previsto dal comma 3 con ipotesi però *de plano* riferibile alla mobilità "orizzontale" (e non solo al "demansionamento" di cui subito *infra*), può valere ad attenuare l'irrazionalità di siffatta previsione, sia perché il legislatore si preoccupa subito di precisare che l'efficacia dell'ordine datoriale non ne è condizionata, tanto che esso va eseguito anche in assenza di idonea attività formativa, sia perché la crescente professionalità del lavoro finisce per determinare l'insorgere di obblighi che vanno ben al di là del mero addestramento alla mansione, senza che sul piano della diligenza si venga a rilevare, se non in via implicita (v. *infra*) un corrispondente attenuazione dell'obbligazione di cui all'art. 2104 co. II c.c. (e tanto senza dire che un riferimento alle qualificazioni professionali regolate per legge avrebbe certamente meglio delimitato l'area della fungibilità voluta dal legislatore) (¹⁸).

Non è difficile ipotizzare allora che, al fine di trovare una soluzione più coerente con la tradizione e con condivisibili esigenze sistematiche, la "riconducibilità" venga, alla fine, ad essere intesa quale variante semantica dell'equivalenza, valorizzando la terminologia diffusasi in precedenza, nei termini quindi di una equivalenza per così dire "dinamica" (¹⁹), come possibile sviluppo, anche attraverso un percorso formativo, della professionalità già acquisita dal lavoratore, secondo un significato che, tuttavia, poco o nulla innova, rispetto all'attuale disciplina (²⁰).

4. Il "demansionamento" per modifica degli assetti organizzativi aziendali.

I commi da 2 a 6 si occupano di disciplinare l'ipotesi nella quale al lavoratore siano attribuite mansioni inferiori rispetto a quelle di assunzione o a quelle successivamente raggiunte, collegando innanzi tutto (co. 2) questa ipotesi alla "modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore", salvo tuttavia (ancora una volta) il limite della categoria legale (di modo che, come si è già evidenziato, l'impiegato non può essere adibito a mansioni operaie).

Il comma 4 prevede poi che «ulteriori ipotesi» di mobilità "verso il basso", «possono essere previste dai contratti collettivi».

Il comma 3 precisa, con ipotesi che, come già sopra richiamato, sembra dotata di portata generale e quindi applicabile anche all'ipotesi di modifica "orizzontale", che il «mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

avrebbe la pretesa di esaurire il mondo dei lavoratori subordinati risponde ad una oscura tendenza della nostra coscienza ...».

¹⁷ L'adibizione a mansioni operaie dell'impiegato è ammessa, ad es., già da Cass, civ., sez. lav., 16/10/1985 n. 5098, in *OGI*, 1987, 50, nonché, più di recente, da Cass. civ., sez. lav., n. 25313 del 5/12/2007, in *Foro it.*, 2008, 3, I, 813; Cass. civ., sez. lav., n. 11806 del 7/9/2000, in *Foro it.*, 2000, I, 3472.

¹⁸ C'è peraltro da dubitare che un ampliamento siffatto del potere datoriale venga sempre a giovare all'impresa, posta l'evidente ricaduta in termini di sussistenza di una *extrema ratio* che deve registrarsi sulla sussistenza di un giustificato motivo oggettivo, in caso di licenziamento "economico".

¹⁹ In questo senso, v. ad es. Cass. civ., sez. lav., 23/3/2005, n. 6326 che ritiene equivalenti le mansioni quando queste «siano professionalmente affini, nel senso che le nuove si armonizzino con le capacità professionali già acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi». V. altresì la cit. Cass. ss.uu. 25033/06, secondo la cui massima «L'equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedenti deve essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni, considerate nella loro oggettività, ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o anche l'arricchimento del patrimonio professionale dal lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto» (v. *Il civilista*, 2011, 2, 38 con nota di Scarpa).

²⁰ In questa prospettiva, ovviamente, anche il rinvio alle categorie (che alla luce dell'abrogazione di una disposizione della l. n. 190/85 non può che intendersi come riferito all'art. 2095 c.c.) andrà letto, con notevole forzatura come una sorta di limite "interno" al livello economico, sulla base delle professionalità (tecniche, amministrative, commerciali etc.).

Il comma 5, stabilisce poi che nelle ipotesi di adibizione a mansioni inferiori per esigenze organizzative aziendali (co. 2) o per altri presupposti individuati dalla contrattazione collettiva (co. 4), «il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa».

Si potrebbe ipotizzare che le le norme ora citate contengano la mera esplicitazione di conclusioni oramai ampiamente avallate dalla prassi e dalla giurisprudenza: il richiamo alle fonti collettive contenuto nell'art. 2095, co. II c.c. in tema di categorie legali, infatti, vale a determinare una ampia devoluzione normativa alla contrattazione, tanto che questa, come più sopra si è detto, ha introdotto le clausole “di fungibilità”, soprattutto nei settori prima ricordati, nei quali la sostanziale scomparsa del lavoro manuale ha compresso a tre o quattro i livelli di inquadramento, cancellando di fatto la categoria operaia. Se però fosse questa l'originaria intenzione del legislatore delegante, si dovrà riconoscere che il complessivo disposto della norma, sembra andare ben oltre il bersaglio, moltiplicando senza un preciso ordine le ipotesi di deroga.

Ed invero, il termine “ipotesi” di cui al comma 4 sembra rinviare alla previsione di specifiche situazioni oggettive (si pensi alla adibizione meramente temporanea in caso di assenza di colleghi o alla riorganizzazione conseguente a operazioni di fusione aziendale o a situazioni di malattia o di altra causa che determini una riduzione della capacità lavorativa, transitoria o definitiva), anche se non è difficile pensare ad accordi aziendali che contengano una sorta di autorizzazione specifica.

E tuttavia il rinvio alla contrattazione (senza peraltro il richiamo espresso al principio maggioritario di cui al d.l. 138), merita senz'altro una riflessione, posto che nel caso di norme collettive di “demansionamento” potrebbe sussistere un potere ablatorio del sindacato che si risolve, non nella applicazione generalizzata di differenti condizioni economiche, ma nella modifica della posizione soggettiva individuale, in assenza di un vantaggio che giustifichi un sacrificio di tale portata. La questione è, ovviamente, quella (che esula da queste note) della sussistenza di un potere, della contrattazione collettiva, dispositivo di una posizione individuale già esistente. Ritengo che, in linea con la questione delle norme “fotografia”, che la giurisprudenza ha sino ad ora sempre considerato vietate in relazione alla individuazione dei lavoratori da licenziare o da sospendere in CIG ⁽²¹⁾, una previsione di ordine generale (tanto più se contenuta in accordi nazionali) debba ascrivere alla ordinaria funzione del contratto collettivo di stabilire le condizioni dello scambio fra salario e lavoro, mentre ipotesi contrattate in sede aziendale vadano valutate alla stregua della ben nota teoria dei limiti, interni ed esterni, al potere datoriale ⁽²²⁾.

Si presenta invece in termini di spiccata novità il riconoscimento di un potere datoriale di adibizione a mansioni inferiori a fronte di una modifica degli assetti organizzativi aziendali.

A riguardo, innanzi tutto, si deve segnalare un contrasto, che appare evidente a chi scrive, con la legge delega prima riportata, posto che quella, seppure con una formula resa incerta dal rinvio a finalità individuali, ricollegava la modifica peggiorativa del contenuto professionale comunque al «caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi»; basta poco, invece, per rendersi conto che il presupposto ora individuato dal legislatore appare del tutto inidoneo a costituire garanzia di un esercizio non autocratico del potere direttivo, atteso che, se anche si modificano le mansioni di un lavoratore per puro capriccio, si realizza comunque in via di fatto una «modifica degli assetti organizzativi aziendali».

E parimenti, su un altro versante, deve apparire chiaro come ogni impresa, anche quella che produce utili, necessita periodicamente di modificare l'organizzazione interna e, spesso, i sistemi di lavoro. Collegare quindi una dilatazione dei poteri dell'imprenditore alla sussistenza di

²¹ V., da ultimo, Trib. Roma 10.5.2002, in *Riv. giur.lav.* 2003, II, 348, secondo cui il criterio applicato in forza della contrattazione deve avere contenuto tale da non consentire l'immediata identificazione soggettiva dei lavoratori.

²² Per i necessari rinvii rinvio ancora al mio *Potere e gerarchia nell'impresa*, cit., spec. Cap. V.

situazioni descritte non già attraverso elementi oggettivi che prendono in considerazione situazioni estranee alla mera volontà del vertice aziendale, e comunque di così frequente manifestazione, rischia, di fatto, in contrasto con la legge delega, di rendere l'applicazione del principio della corrispondenza fra retribuzione e mansioni, di cui all'attuale art. 2103 c.c., condizionata ad una clausola meramente potestativa.

Detto in altri termini, la “modifica degli assetti organizzativi” è effetto della decisione aziendale, non ne è causa (e, quindi, non può divenirne presupposto legittimante, a mente della tradizionale tecnica di limitazione del potere datoriale, attraverso il riferimento a specifiche situazioni di fatto).

Il contrasto, peraltro, non si ferma solamente al piano dell'alterazione delle regole elementari del contratto, che vogliono che il debitore si rappresenti sin dall'inizio la prestazione che gli sarà richiesta per la sua liberazione (principio di determinabilità dell'oggetto del contratto), ma anche al piano costituzionale, posto che, con l'autorevole conforto di C. cost. n. 101/1995⁽²³⁾, si può senz'altro affermare che il principio che fa corrispondere, a parità di mansioni, parità di retribuzione, sembra proiettarsi su un piano che trascende il diritto positivo, quale manifestazione di un elementare principio di giustizia.

Si tratta, peraltro, di un principio che, come riconosce la consolidata giurisprudenza che condanna il datore al risarcimento del danno “da demansionamento” richiamandosi a valori che attengono alla tutela della persona, instaura una corrispondenza biunivoca, di modo che non appare in alcun modo lecita, al di là di situazioni meramente temporanee o eccezionali, una adibizione a mansioni inferiori quand'anche la retribuzione resti invariata.

Ed invero, la lunga evoluzione giurisprudenziale dell'applicazione dell'art. 2103 c.c. ha finito oramai per collocare la violazione del disposto codicistico, non già nella prospettiva di un lucro cessante, ma piuttosto in quella del danno alla persona, nella forma di una lesione alla vita di relazione, alla propria identificazione sociale, o alle conseguenze derivanti da una alterazione del complessivo stato di benessere⁽²⁴⁾.

In questa prospettiva, appare evidente come la legittimazione di “demansionamenti” non temporanei, pur se legittima alla luce della disposizione oggi vigente, finisce comunque per lasciare aperta la questione dell'eventuale danno che ad essi può conseguire, e su cui il legislatore tace, con l'evidente pericolo di dar vita ad un tortuoso percorso, al termine del quale il divieto di adibizione a mansioni inferiori rischierebbe di riemergere quale conseguenza della tutela della personalità morale del lavoratore, a mente del disposto dell'art. 2087 c.c.

La norma ora introdotta che legittima adibizione a mansioni inferiori a retribuzione invariata è quindi costretta a misurarsi con quest'assetto, concettuale e costituzionale, che si presenta come consolidato e condiviso, oramai al di là della espressa previsione del 1970, tanto da svelare chiaramente la natura puramente transitoria della soluzione unilaterale di cui al co. 5 della norma in commento, come è fatto palese dal successivo co. 6, modificato in fase di redazione finale, che ammette la riduzione della retribuzione in forza di uno specifico accordo fra le parti del rapporto sottoscritto in sede protetta.

²³ La sent. 31 marzo 1995 (rel. Mengoni) si legge in *DL Riv. critica dir. lav.* 1995, 841; la Corte, richiamati ai suoi numerosi precedenti afferma che: «[l']art. 2126 cod. civ. ... insieme con l'art. 2103, è un'applicazione *ante litteram* del principio, sancito dall'art. 36 Cost., che attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato», aggiungendo poi con riferimento specifico alla questione sollevata che «la spettanza al lavoratore del trattamento retributivo corrispondente alle funzioni di fatto espletate è un precetto dell'art. 36 Cost., la cui applicabilità all'impiego pubblico non può essere messa in discussione (cfr. sentenza n. 236 del 1992). L'astratta possibilità di abuso di tale potere e delle sue conseguenze economiche, nella forma di protrazioni illegittime dell'assegnazione a funzioni superiori, non è evidentemente un argomento che possa giustificare una restrizione dell'applicabilità del principio costituzionale di equivalenza della retribuzione al lavoro effettivamente prestato».

²⁴ Per i termini entro i quali viene riconosciuto un danno da “demansionamento”, v. la notissima Cass. civile sez. un. 24/3/2006, n. 6572; un richiamo alla “dignità personale e del prestigio professionale” si rinviene, ad es., in Cass. sez. lav. 14/4/2011, n. 8527, in *Riv. it. dir. lav.* 2012, 1, II, 98 (con nota di Scanni) o in Cass. sez. lav. 16/5/2006, n. 11430, in *Riv. giur. lav.* 2006, 4, II, 651 (con nota di Del Biondo); App. Venezia 16/3/2011, in *Red. Giuffrè*, 2011.

Ed invero, contrasta con ogni possibile criterio di logica un utilizzo protratto del lavoratore in mansioni inferiori, mentre la norma avrebbe dovuto avere riguardo ai tanti casi che sono riportati nella casistica giurisprudenziale, nella quale i giudici sono chiamati a giudicare della legittimità di modifiche giustificate, dalla parte imprenditoriale, da esigenze transitorie dell'impresa o del lavoratore, da riorganizzazioni aziendali, da richieste individuali o da esigenze familiari del lavoratore. Queste circostanze, invero, venivano confusamente richiamate nella legge delega, nella prospettiva che l'esecutivo sapesse poi trovare una formula giuridica idonea a dare ad esse più preciso rilievo.

5. L'adibizione consensuale a mansioni inferiori

Il comma 6 stabilisce che «nelle sedi di cui all'articolo 2113 c.c., quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro».

La norma, come altre degli ultimi anni, associa ad una previsione, formulata secondo gli schemi classici del diritto privato, ed attributiva di un valore permissivo alle manifestazioni dell'autonomia negoziale, il perseguimento di specifiche finalità delle parti private, senza chiarire se tale aggiunta costituisca individuazione di un elemento della fattispecie o una mera esemplificazione dei possibili motivi dell'agire giuridico del singolo.

La confusione, in una situazione siffatta, non può che essere grande, poiché o si deve reputare che il legislatore parli sostanzialmente ad un pubblico "laico" (abbandonando il modello di una legislazione redatta secondo criteri tecnici, che rinviano ad un impianto di tipo concettuale, conformato a modelli logico deduttivi), oppure si è costretti ad attribuire un significato ad una così impegnativa previsione, nei termini ovviamente della verifica della sussistenza del presupposto legittimante, ai fini della validità degli accordi, secondo il modello tipico di controllo della legittimità degli atti (unilaterali) di esercizio del potere datoriale.

Ma, ove si vada a questa seconda ipotesi, il compito sfiora il ridicolo, posto che il giudice chiamato a valutare della validità dell'accordo dovrebbe esprimersi sulla sussistenza di un interesse del lavoratore non solo (e si tratterebbe di una valutazione già altre volte effettuata senza difficoltà) alla conservazione dell'occupazione, ma anche «all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita»: presupposti questi o tautologici (il primo) o, almeno *prima facie*, contraddittori (risulta difficile, al di là di pochi casi limite e di quelli collegati alla modifica del luogo di esecuzione della prestazione, ipotizzare che una riduzione della retribuzioni conduca con sé un miglioramento delle condizioni di vita del singolo lavoratore, salvo a non voler ritenere che siano considerate migliorative le mansioni "ad orario fisso", perché libere dall'obbligo della prestazione dello straordinario, in una prospettiva che tuttavia non appare in linea con i divieti di discriminazione).

In ogni caso, anche a voler ritenere del tutto esemplificative queste precisazioni e prive, quindi, di un valore quali elementi di fattispecie, resta che esse valgono a qualificare, se non altro in termini di causa individualmente perseguita, la manifestazione di volontà espressa, esponendo quindi il negozio sottoscritto al rischio di una successiva richiesta di annullamento (1429 c.c.), senza che l'assistenza fornita dai professionisti richiamati dalla norma (o dai rappresentanti sindacali) possa valere, al di là di una eventuale testimonianza, ad attribuire alla volizione una efficacia per così dire rafforzata.

In altri termini, il legislatore del diritto del lavoro si è sempre mantenuto alla larga dalle questioni attinenti ai vizi della volontà, temendo le insidie di un accertamento in sede giudiziale

della effettiva libertà delle dichiarazioni negoziale del lavoratore (evidente essendo la situazione di assoggettamento, sia pure tecnico-organizzativo, in cui egli si trova in forza del contratto che lo vincola al datore). Ora, invece, si abbandona quell'approccio per attribuire un valore abdicativo incondizionato alla volontà del lavoratore, sia pure manifestata in una certa sede.

In questo senso non sarebbe stato illogico se il legislatore si fosse dato carico di meglio precisare, in caso di modifiche consensuali del rapporto di lavoro, in che termini possa configurarsi una responsabilità per chi raccoglie le manifestazioni di volontà delle parti o per chi le assiste, laddove sorga successivamente contestazione in ordine alla sussistenza di vizi della volontà. Aspetto, questo, forse più consono ad una fonte secondaria o ad istruzioni amministrative, ma che non potrà che riflettersi sulla concreta funzionalità di una previsione che, altrimenti, finirà per aprire la strada ad un contenzioso per nulla facile, a mente della giurisprudenza registratasi in tema di annullamento delle dimissioni, in relazione alla quale non è raro registrare un ampliamento della portata della norma, ben al di là della stretta interpretazione⁽²⁵⁾.

Insomma, anche in questo caso, al pari di quanto è avvenuto ad es. per la certificazione, la soluzione nuova imposta dal legislatore delegato appare priva di quella necessaria chiarezza, anche in ordine alle ricadute pratiche⁽²⁶⁾, che solo può determinarne il successo fra gli operatori e, di conseguenza, denota una evoluzione per nulla conforme al canone di semplificazione, che pure il legislatore delegante aveva indicato all'esecutivo (art. 1 co. 7 lett. e) della legge 10 dicembre 2014, n. 183).

6. L'adibizione a mansioni superiori

Resta da dire, per completare l'esposizione del contenuto precettivo della norma in commento, che viene solo marginalmente modificata la disposizione che prevedeva la promozione automatica, stabilendosi al comma 7 che, nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi. L'ipotesi di una opposizione del lavoratore alla promozione automatica già si era affacciata nella giurisprudenza, soprattutto in relazione al conferimento della qualifica dirigenziale, di modo che la soluzione ora legificata non appare illogica, per quanto destinata a limitatissime ipotesi, mentre l'incremento del periodo necessario alla promozione (da 90 giorni a sei mesi) non scioglie le incertezze del passato in ordine ai criteri di computo da applicare in tale ipotesi (per es. in ordine al periodo passato in ferie dal lavoratore).

Né peraltro la norma si fa carico della sorte delle previsioni collettive (e non sono poche) che ripetono l'abrogata formula dell'art. 13 stat. lav., che *de plano* non possono che rimanere in vigore, a mente del principio della derogabilità *in melius* della norma di tutela, a mente dell'art. 2077 c.c. (e dell'art. 40 stat. lav.).

Resta infine coerentemente esclusa la promozione automatica, quando l'adibizione a mansioni superiori «non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio.

²⁵ Un vero dilemma è rappresentato dal trasferimento geografico a domanda (di cui peraltro non c'è traccia di innovazione nella norma in commento), poiché l'atto datoriale, pur se emanato in conseguenza di pressanti richieste del lavoratore, deve comunque sottostare alla necessità di essere conforme alle esigenze t.o.p.; qui il legislatore, a sommo parere di chi scrive, avrebbe potuto aggiungere una norma che suonasse più o meno così: "si intendono verificati i presupposti di legittimità del trasferimento, quando il lavoratore che ne faccia richiesta compri la sussistenza di serie esigenze personali o familiari".

²⁶ La diffidenza in ordine ai negozi dismissivi, peraltro, sembra confermata dalla abrogazione dell'art 66 d. lgs. 165/2001, che in caso di transazione nelle controversie che attengono al lavoro pubblico avanti il collegio di conciliazione pubblico sollevava le parti pubbliche da «responsabilità amministrativa».

7. L'obbligo formativo.

Un'ultima notazione riguarda il comma 3 nel quale il legislatore, forse del tutto inconsapevolmente, dopo aver affermato che il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, precisa che il mancato adempimento dell'obbligo anzidetto «non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni».

L'affermazione merita una qualche precisazione: seppure il punto non fosse esente da contrasti, doveva ritenersi che gli ordini datoriali non costituissero in senso proprio atti negoziali, ma piuttosto fossero espressione di prerogative creditorie, qualificandosi quindi nei termini di condotte esecutive, dirette all'attuazione del contratto: condotte materiali, quindi, in relazione alle quali non aveva senso richiamare la qualificazione in termini di nullità, dovendosi semmai parlare di manifestazioni prive di efficacia⁽²⁷⁾. Tanto ha consentito alla giurisprudenza di poter fare applicazione del principio di buona fede *in executivis* (art. 1375 c.c.) dando così, seppur indirettamente rilievo alla condotta individuale del prestatore (all'evidente fine di evitare situazioni di latente abuso di tutela, in relazione alle quali la dottrina tante volte si è soffermata).

Deve essere chiaro, invece, come il richiamo alla nullità, ove correttamente inteso, finisce per sospingere la ricostruzione concettuale del rapporto di lavoro verso l'area del provvedimento, ben nota alla dottrina amministrativa, più che del contratto di scambio, impedendo così il richiamo alla buona fede, posto che, a tutta evidenza (salvo a non fare delle categorie generali del diritto civile un uso puramente soggettivo), non può applicarsi una valutazione di buona fede a chi invoca l'eccezione di nullità (non essendo ammessa, in via generale, l'ipotesi della convalida, a mente del disposto dell'art. 1423 c.c.). Di qui un ampliamento della tutela del lavoratore, secondo tuttavia criteri che non tengono in alcun conto della gravità dell'inadempimento (posto che l'atto, o è nullo o non lo è, mentre la gravità dell'inadempimento si presta a valutazioni di buona fede, secondo i canoni di cui all'art. 1460 c.c.).

In ogni caso, al di là delle considerazioni di sistema di cui sopra, si deve notare come la norma nell'intervenire sull'ordinario meccanismo di garanzia dell'equilibrio sinallagmatico delle contrapposte obbligazioni finisca per assolvere (seppur solo implicitamente) il lavoratore da eventuali carenze sul piano della diligenza "professionale", che pure caratterizza il contratto di lavoro subordinato a mente dell'art. 2104 c.c., evidente essendo come non possa a lui imputarsi una prestazione non conforme allo *standard*, almeno fin tanto che il processo formativo non sia giunto a compimento. E solo può aggiungersi che il legislatore nell'ammettere *sine die* l'adibizione del prestatore ad una attività lavorativa per la quale egli è privo di una specifica preparazione sembra voler riportare in auge una visione arcaica del lavoro subordinato, quasi che nel contratto di cui all'art. 2094 c.c., il lavoratore sia pagato solo per mettersi a disposizione dell'imprenditore e non per offrire la sua professionalità⁽²⁸⁾.

²⁷ Né in senso contrario vale il richiamo all'art. 15 st. lav., che prevede una radicale nullità in caso di atti di natura discriminatoria, posto che quella disposizione si applica per, concorde opinione, anche a discriminazioni attuate attraverso mere condotte materiali: a riguardo rinvio al mio *Potere e autotutela nel contratto di lavoro subordinato*, Torino, 2003, p. e ss.

²⁸ A riguardo, v. in particolare M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro oggi*, in Id., *Questioni di diritto del lavoro (1992-1996)*, Giappichelli, Torino, 1996, 3 ss., (già in *Le ragioni del diritto, Scritti in onore di Luigi Mengoni*, t. II, Giuffrè, Milano, 1995, 1057 ss.).