



Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015

© Luigi de Angelis 2015
Già presidente della sezione lavoro della Corte d'Appello di Genova
lgdeangelis@tin.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>



Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega^α

Luigi de Angelis
Già Corte d'Appello di Genova

1. La delega.	2
2. La prestazione esigibile.	3
3. L'assegnazione a mansioni inferiori.	5
A) La variazione verticale <i>in peius</i>	5
B) L'assegnazione a mansioni inferiori concordata con il lavoratore.	8
4. L'assegnazione a mansioni superiori.	9

^α Il presente scritto sviluppa parte della traccia della relazione al convegno sul tema "Gli effetti giuridici ed economici della riforma del lavoro", organizzato dalla Fondazione G. Pera (Lucca, 26 maggio 2015).
Di prossima pubblicazione *in Il foro italiano*.

1. La delega.

Con la recente disciplina delle mansioni (art. 3 d.lgs. n. 81 del 2015) si è intervenuti su di una delle rigidità maggiormente messe sotto accusa alla luce delle dinamiche economiche¹ nonostante le aperture giurisprudenziali via via nel tempo prodottesi nell'interpretazione dell'art. 2103 cod. civ., ed in particolare del suo ultimo comma ("Ogni patto contrario è nullo"), a partire dagli anni '80 del secolo andato.² E così la *parabola discendente* dello statuto dei lavoratori³ ha interessato, oltre che vari altri istituti primo fra tutti quello del licenziamento, anche la gestione funzionale del rapporto di lavoro, e sempre nella direzione della flessibilità.⁴

Un esame di primo momento della nuova disciplina non può prescindere dal confrontarla con la delega attribuita al Governo in materia dall'art. 1, comma 7, lett. e) l. n. 183 del 2014.

Appunto nella delega è presente un' indicazione di scopo molto ampia: rafforzare le opportunità d' ingresso nel mondo del lavoro di coloro che sono in cerca di occupazione.⁵ L'indicazione di scopo è però scarsamente utile ai fini del confronto che qui interessa, perché, salvi i casi di manifesta incongruità, la realizzabilità o meno dello scopo è e sarà verificabile solo in concreto, e quindi *a posteriori*, tanto più tenuto conto dell'ampiezza dello stesso.

Sono poi fissati dall'art. 1, comma 7, lett. e) cit. principi e criteri direttivi che si possono rappresentare, sul versante legale *secco*, in

¹ Per la rivendicazione della modernità dell' art. 2103 cod. civ., in controtendenza nei confronti dell' opinione prevalente, cfr. U. GARGIULO, *L' equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Soveria Mannelli, 2008, *passim*, che, 9, dice di un preconcetto culturale di tale opinione.

² Al riguardo cfr. M. BROLLO, M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi Mansioni, qualifiche, jus variandi*, in AA. VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. 1, *Contratto e rapporto di lavoro*, a cura di M. Martone, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci, Padova, 2012, 559 ss.; da ult., S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose nella giurisprudenza della corte di cassazione (in tema di demansionamento e di licenziamento per malattia)*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 143 ss.; F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione disciplina delle mansioni contenuta nel d.lgs. n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE D' Antona*, 2015, n. 257, 2 ss.

³ Cfr. F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 15.

⁴ E' il caso di ricordare che l' art. 13 l. n. 300 del 1970 sostituì l' art. 2103 cod. civ. per ovviare alla discrezionalità incontrollata della forza di lavoro risultante dal testo originario della disposizione e soprattutto della sua discutibile interpretazione giurisprudenziale (cfr. F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Milano, 1982, 141 ss.; da ult. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP CSDLE D' Antona*, 2015, n. 262, 2 ss.).

⁵ V. art. 1, comma 7, che comprende anche altre indicazioni non pertinenti alla materia di cui qui ci occupa.

barriere poste in successione: la revisione della disciplina delle mansioni deve innanzitutto riferirsi ai casi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale;⁶ poi – ecco la seconda barriera - tali casi devono essere individuati sulla base di parametri oggettivi; ancora, per la terza barriera, essi devono contemperare l'interesse del datore di lavoro all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, valori tutti, questi del lavoratore, che, alla luce della struttura testuale della disposizione, sono da considerare unitariamente.

Su di un altro versante, di ulteriore flessibilizzazione della normativa legale attraverso l'intervento dell'autonomia sindacale, la delega consente alla contrattazione collettiva anche aziendale ovvero di secondo livello stipulata con le organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello confederale o di categoria di potere individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte dalla medesima lett. e) dell'art. 1 cit.

2. La prestazione esigibile.

Ho così genericamente intitolato il presente paragrafo per non essere questa la sede per prendere posizione sulla questione teorica cruciale in argomento. Vale a dire, se le mansioni non originariamente pattuite vadano ricondotte al potere direttivo del datore di lavoro, ovvero, se per esse debba piuttosto farsi ricorso al patto modificativo (e quindi siano soggette al consenso del lavoratore)⁷ o, ancora, al *jus variandi* (orizzontale) del datore di lavoro stesso;⁸ tesi, quest' ultima, accolta dall'indirizzo prevalente a partire da *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro* di Giugni,⁹ e data per scontata¹⁰ dalla giurisprudenza.¹¹

L'aspetto più evidente sul punto è la scomparsa del riferimento, contenuto nell'art. 2103 cod. civ. quale modificato dall'art. 13 dello

⁶ Al riguardo cfr. M. DE LUCA, *Legge delega sui tipi di contratto di lavoro: interpretazione costituzionalmente orientata in funzione delle leggi delegate*, in *Lavoro giur.*, 2015, 352.

⁷ Cfr. C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Milano, 1996, 21 ss., in particolare 97 ss.; ulteriori riferimenti in C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, Torino, 2009, 11, nota 38.

⁸ In proposito cfr. la ricostruzione del dibattito in M. BROLLO, M. VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore*, cit., 532 ss., ed *ivi*, alle note 415-418, ampi riferimenti; C. PISANI, *Mansioni e trasferimento*, cit., 9 ss.; più di recente cfr. R. VOZA, *La tutela del contraente forte nel rapporto di lavoro*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2015, III, 19 ss., anche note 26-27.

⁹ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Napoli, 1963, 229 ss.

¹⁰ Così C. PISANI, *Mansioni e trasferimento*, cit., 10; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1997, 8.

¹¹ Ad es., Cass. 6 marzo 2007, n. 5112, in *Riv. critica dir. lav.*, 2007, 504, con nota di A. BORDONE; s.u. 7 agosto 1998, n. 7755, in *Foro it.*, 1999, I, 197.

statuto dei lavoratori, all'equivalenza delle mansioni come terza alternativa alle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto e alle altre corrispondenti all'inquadramento superiore che egli abbia successivamente acquisito. Nel testo di tale articolo novellato dal d.lgs. n. 81 del 2015 - la riforma non tocca quindi il lavoro contrattualizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, già avente una disciplina propria (art. 52 d.lgs. n. 165 del 2001) - ferme le due prime alternative, la terza è stata sostituita "dalle mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte", in somiglianza con quanto previsto dall'art. 52 cit.¹² La sostituzione è stata accolta da alcuni¹³ con favore in ragione dei tratti di maggiore certezza della formula, e quindi di ridimensionamento dell'intervento giudiziale a riguardo, pur ritenuto negli ultimi approdi tutto sommato equilibrato, ed altresì in ragione del rilancio della contrattazione collettiva che comporta, fondamentale in materia d' inquadramenti, e ad un tempo in ragione dello stimolo alla stessa a ritratteggiare quest' ultimi meditatamente. Altri hanno invece – e io sono d' accordo - messo in luce l'avere, il nuovo testo, non tanto fatto risorgere all'ultimo momento¹⁴ il concetto di categoria legale da decenni in gravissima crisi se non sepolto,¹⁵ quanto non avere tenuto conto dell'eterogeneità dei compiti compresi nei livelli contrattuali, non superabile attraverso l'obbligo di formazione (v. *infra*).

Quello che qui preme porre in evidenza è però la palese fuoriuscita dalla delega.¹⁶ La modifica della disciplina delle mansioni (sottoposta eventualmente ad obbligo di formazione v. il successivo paragrafo) prescinde infatti del tutto dai limiti posti dalle tre barriere sopra tratteggiate: a) manca il presupposto della riorganizzazione, ristrutturazione e conversione aziendale; b) *a fortiori* difettano l'oggettività del parametro volto ad individuare tale presupposto e c) la considerazione (equilibrata) degli opposti, interessi dei datori di lavoro e dei lavoratori specificati dal legislatore delegante.

¹² Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, 439, che, alla nota 4, richiama la relazione illustrativa del 16 aprile 2015 di M. Sacconi allo schema di decreto A.G. n. 158 che ha preceduto il decreto legislativo n. 81 del 2015.

¹³ Cfr. F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 7 ss.

¹⁴ Infatti il riferimento non era presente nello schema di decreto delegato presentato alle Camere.

¹⁵ Cfr. R. NUNIN, *La classificazione dei lavoratori subordinati in categorie e l' inquadramento unico*, in AA. VV., *Contratto di lavoro e organizzazione*, t. I, cit., 472 ss., ed *ivi* riferimenti; da ult. P. ICHINO, *Appunti irriverenti sui nuovi decreti attuativi della riforma del lavoro*, in *www.pietroichino.it*, 2015, § 2.

¹⁶ Spunto conforme, ma più prudente, in F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 6 ss.; altresì A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva nel nuovo diritto del lavoro*, relazione al XVIII congresso dell' Aidlass, *Crisi economica, vincoli europei e diritti fondamentali dei lavoratori nell' ordinamento multilivello* (Foggia, 28-30 maggio 2015), in *www.aidlass.it*, 21 ss.

Sono consapevole della particolare generosità dimostrata dalla Corte costituzionale nel valutare le tensioni tra legge di delegazione e provvedimenti delegati, ma in questo caso non di generosità dovrebbe trattarsi ma di *chiusura degli occhi*. Infatti, le accennate norme delegate non appaiono né *coerente sviluppo*, né *completamento*¹⁷ delle scelte espresse dal legislatore delegante, piuttosto oltrepassando di getto le barriere che il legislatore delegante, con “un tocco di prudenza”,¹⁸ ha eretto prefigurando l'intervento sulla normativa delle mansioni come circoscritto a situazioni particolari:¹⁹ almeno con riguardo ad alcuni profili del tema²⁰ che qui interessa la l. n. 183 del 2014 non presenta quell'ampiezza che in più punti, invece, ha fatto dire di delega in bianco con i conseguenti dubbi di costituzionalità.²¹

3. L'assegnazione a mansioni inferiori.

A) La variazione verticale *in peius*.

L'aspetto di maggiore rilievo della nuova disciplina delle mansioni è che contempla espressamente la possibilità di assegnazione al lavoratore di mansioni inferiori, in precedenza prevista normativamente per alcune particolari ipotesi (art. 7, comma 5, d.lgs. 151 del 2001; art. 4, comma 4, l. 68 del 1999; art. 4, comma 11, l. n. 223 del 1991; inoltre, si vedano le aperture consentite dall' art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138 (convertito in l. 14 settembre 2011, n. 148), il quale ha affidato alla contrattazione collettiva di prossimità la possibilità di disciplinare le materie relative all' organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento anche “alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale”. (comma 2, lett. b).²² Come si è accennato all'inizio, vi sono stati nel tempo interventi giurisprudenziali che hanno gradualmente ridimensionato la rigidità dell'art. 2013 cod. civ. rivisitato dallo statuto dei

¹⁷ Ad es., da ult., Corte cost. 5 giugno 2015, n. 98.

¹⁸ Così F. CARINCI, *Jobs Act, atto II: la legge delega sul mercato del lavoro*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 9.

¹⁹ Cfr. V. SPEZIALE, *Le politiche del lavoro del Governo Renzi: Il Jobs Act e la riforma dei contratti e di altre discipline dei rapporti di lavoro*, in *WP CSDLE D' Antona*, 2014, n. 233, 36.

²⁰ Ha rilevato la genericità di altri profili U. GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in AA. VV., *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014, n. 183*, in *WP CSDLE D' Antona, Collettive volumes*, n. 3, 99 ss.

²¹ In proposito cfr., tra gli altri, M.V. BALLESTRERO, *La riforma del lavoro: questioni di costituzionalità*, in *Lav. dir.*, 2015, 41 ss.

²² In proposito cfr. le considerazioni critiche di R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 4; M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in *Contrattazione in deroga. Accordo Interconfederale del 28 giugno 2011 e art. 8 del D.L. n.138/2011*, Milano, 2012, 390.

lavoratori (art. 13),²³ si da far scrivere di *rivoluzione silenziosa*²⁴ a proposito dell'arresto di Cass. 22 maggio 2014, n. 11395,²⁵ per la quale, anticipandosi in buona parte – ma non completamente (onde in ogni caso il problema di compatibilità con la delega: v. *postea* – il d.lgs. n. 81 del 2015, la disposizione dell'art. 2103 cod. civ. va interpretata alla stregua del bilanciamento del diritto del datore di lavoro a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute e legittime scelte imprenditoriali, comportanti, tra l'altro, interventi di ristrutturazione aziendale, l'adibizione del lavoratore a mansioni diverse, ed anche inferiori, a quelle precedentemente svolte senza modifica del livello retributivo non si pone in contrasto con il dettato del codice civile.

Anche la nuova disciplina della modifica verticale *in peius* presenta svariati profili critici nei rapporti con l'art. 76 cost.

E' ora consentita l'assegnazione autoritativa a mansioni di livello d'inquadramento inferiore²⁶ – quello *immediatamente* inferiore,²⁷ come emerge dalla preposizione "al" e non "a" adoperata nel decreto - quando vi sia modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore (art. 2103, comma 2, cod. civ., nuovo testo), concetto, quest' ultimo, che ci richiama il testo dell'art. 2103 cod. civ. scritto nel 1942.²⁸ Le nuove mansioni devono però rientrare nella medesima categoria legale.

²³ Cfr. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 4 ss.

²⁴ Cfr. S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose*, cit., 143 ss.

²⁵ In *Notiziario giurisprudenza lav.*, 2014, 750.

²⁶ Secondo A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs act*, in *Dirittisocialcittadinanza*, 2015, 2 ss., nelle ipotesi del comma 2 e del comma 4 dell' art. 3 "l'assegnazione di mansioni inferiori risulta di carattere tendenzialmente temporaneo; sebbene non vi sia un termine finale e di fatto essa potrebbe protrarsi all'infinito. Mentre tale spostamento può divenire definitivo attraverso la stipula di patti individuali "assistiti" (e quindi sottoscritti nelle apposite sedi individuate dall'enunciato); in proposito v. *infra*.

²⁷ Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 442.

²⁸ Sempre ad avviso di A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103*, cit.: "La riforma è realizzata mediante una radicale riscrittura del testo dell'art. 2103 c.c. Si potrebbe dire che si ritorna alla versione originaria di quest'enunciato prima della sua riformulazione ad opera dell'art. 13 St.lav. In realtà l'innovazione è ancora più ampia sia perché appare in controtendenza rispetto al riconoscimento dei valori della persona che lavora consacrato nell'evoluzione del diritto del lavoro del dopoguerra; sia in quanto tutta la costruzione normativa risulta ispirata all'esigenza di affermare la primazia delle scelte datoriali e di trovare soluzioni tecniche tali da bloccare tutti gli arresti giurisprudenziali più favorevoli alla garanzia della professionalità del lavoratore. Insomma, nella nuova disposizione trovano recepimento gli indirizzi dottrinali e giurisprudenziali che, negli ultimi anni, hanno cercato di dilatare il perimetro delle mansioni esigibili e quindi di aumentare la flessibilità interna del lavoratore".

Se il riferimento alla modifica degli assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore può forse superare la prima delle barriere sopra illustrate attraverso un concetto pur generico, appunto la modifica degli assetti organizzativi aziendali, che può comprendere riorganizzazione, ristrutturazione e conversione, e se tale riferimento potrebbe più faticosamente superare la terza barriera, urta però palesemente contro la seconda, laddove non individua il parametro oggettivo esplicitante la modifica. D' altronde, la previsione della forma scritta *ad substantiam* e l'inclusione, se necessario, dell'obbligo formativo e del limite del rispetto della categoria legale analogo a quello prima visto – forma scritta ed inclusione dell'obbligo e del limite predetti che riguardano anche i mutamenti orizzontali delle mansioni - può ovviamente rilevare sul piano della ragionevolezza della disciplina ma non su quello diverso della conformità alla delega. E lo stesso è con riguardo al 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, contemplato per i mutamenti *in peius* (non però, nei casi di modifica consensuale in sede assistita: v. *infra*).

Circa l'obbligo formativo, è interessante notare che, previsto in quanto necessario, sembra per questo dover essere provato dal lavoratore. Inoltre, se è vero che la violazione di tale obbligo è sprovvista della sanzione di nullità dell'assegnazione delle nuove mansioni, è pur vero che può dar luogo al giustificato rifiuto delle nuove mansioni, all'ingiustificato licenziamento per inadempimento del datore di lavoro, al risarcimento del danno. Ha quindi ragione solo in parte chi ha sostenuto che l'obbligo formativo avrebbe valenza meramente simbolica e che la formulazione normativa sarebbe alquanto ossimorica.²⁹

Alla contrattazione collettiva, secondo la lettura tutto sommato preferibile dell'art. 2103, comma 4, nuovo testo (per l'altra v. *infra*), è demandata la possibilità di prevedere ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello d' inquadramento inferiore – anche questa volta immediatamente inferiore, dato l'uso della preposizione "al" - sempre purché rientranti nella medesima categoria legale. Ciò trova conforto nella seconda parte dell'art. 1, comma 7, lett. e) l. n. 183 cit., magari integrandosi quel testo, attraverso la interpretazione alla luce della delega, con la specificazione degli agenti collettivi nelle organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria. Il riferirsi, la delega, alla contrattazione collettiva, anche

²⁹ Cfr. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103*, cit., 2.

aziendale ovvero di secondo livello, avalla poi la genericità della "contrattazione collettiva" contemplata dal decreto legislativo.

L'intervento della contrattazione può prescindere dalla modifica di assetti organizzativi aziendali incidenti sulla posizione del lavoratore, come invece previsto nell'ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 2103 nuovo testo, e ciò è in linea con la legge di delegazione che, nel riferirsi alle prerogative della contrattazione collettiva, non fa riferimento ai processi di riorganizzazione, ristrutturazione e conversione prima considerati.

Sempre tutto ciò eccede invece clamorosamente la delega se si legga diversamente l'ambito dei poteri riconosciuti dalla l. n. 183 all'autonomia collettiva; se, cioè, anziché ritenere che la "previsione" della seconda parte della lettera e) si aggiunga alla "revisione" di cui all'esordio della prima parte della lettera medesima, si colleghi appunto la "previsione" al periodo immediatamente precedente distaccato dal punto e virgola, e per questo si ritenga che la contrattazione possa piuttosto introdurre ulteriori ipotesi di limiti alla modifica dell'inquadramento. La contrattazione collettiva in questo caso opererebbe non per flessibilizzare ulteriormente la disciplina delle mansioni ma, all'opposto, per aggiungere limiti a quelli che il decreto delegato abbia posto alla modifica dell'*inquadramento*.

B) L'assegnazione a mansioni inferiori concordata con il lavoratore.

All'autonomia privata individuale, purché in sede protetta, il decreto legislativo n. 81 cit. riconosce un potere di modifica *in peius* più incisivo di quello riconosciuto all'autonomia collettiva.³⁰ E' infatti possibile concordare non solo la modifica delle mansioni, ma anche della categoria legale e del livello di inquadramento (che qui possono essere ridimensionati anche *per saltum*)³¹ e della relativa retribuzione (art. 2103, comma 6, nuovo testo), intangibili, invece, nelle ipotesi prima esaminate.³² Il decreto prevede però che questo possa avvenire nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione,

³⁰ Diversamente da quanto sostenuto nel presente lavoro, secondo A. PIZZOFERRATO, *L'autonomia collettiva*, cit., 21 ss., si potrebbe sostenere che "ogni modifica per essere valida deve essere resa nelle sedi di cui all'art. 2113, ult. c., c.c. o davanti alle commissioni di certificazione di cui all'art. 76, d.lgs. n. 276/201359 e comunque debba intervenire solo in ipotesi obiettive predefinite nelle quali si ravvisi la necessità dello spostamento ai fini della salvaguardia del posto di lavoro o della professionalità acquisita dal dipendente".

³¹ Conf. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 443, con riguardo al livello e non alla categoria, nello schema di decreto legislativo, da tale autore commentato, non flessibilizzabile.

³² Su tale intangibilità cfr. A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103*, cit., 2.

all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita.³³

In tal modo si dà luogo ad una disciplina in parte non diversa da quella raggiunta dagli approdi giurisprudenziali che hanno forzato la lettera dell'art. 2103, ultimo comma, vecchio testo.³⁴ Vi è infatti ora che l'intesa può essere fatta non soltanto per evitare la perdita del posto di lavoro,³⁵ come affermato da più pronunce della corte di cassazione, ma anche per le altre indicate esigenze: la nuova normativa si allinea così in parte all'ulteriore flessibilizzazione attuata da Cass. n. 11395 del 2014 prima citata. Secondo il d.lgs. n. 81 cit., però, l'intesa può incidere anche sull'inquadramento e perfino sull'entità della retribuzione, come mai la giurisprudenza ha ritenuto. Il tutto, lo si ripete, con il mero rafforzamento della volontà del lavoratore attraverso la sede protetta, in cui egli può farsi assistere, come prevede sempre il citato comma 6, da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

La previsione della sede protetta importa, ora, nullità, ai sensi dell'ultimo comma anche dell'attuale art. 2103, di modifiche *in peius* concordate *aliunde*, e quindi in sede non protetta o in via collettiva.³⁶ Da tale angolazione la disciplina del 2015 appare più rigida di quella costruita dalla più recente evoluzione giurisprudenziale. La nullità deve inoltre ritenersi operare in mancanza di quell'interesse del lavoratore che il decreto ha contemplato così riconoscendo il controllo giudiziale sullo stesso merito dell'intesa modificativa sia pure con riguardo all'esistenza dell'interesse stesso.

La disciplina qui illustrata, infine, è il caso di rimarcarlo, è del tutto al di là dei confini tracciati dalla delega, prescindendo dalle barriere e dall'intervento della contrattazione collettiva di cui si è detto.

4. L'assegnazione a mansioni superiori.

Fermo il diritto del lavoratore alla retribuzione corrispondente alle mansioni svolte, come d' altra parte era inevitabile stante il disposto dell'art. 36 cost., la definitività dell'assegnazione alle mansioni superiori (c.d. promozione automatica) è ora rimessa ai tempi fissati dalla contrattazione collettiva (non meglio precisata: vale anche qui, però, la

³³ Sulla modifica peggiorativa assistita cfr., approfonditamente, R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 11 ss.

³⁴ Cfr. S. MAGRINI, *Rivoluzioni silenziose*, cit., 143 ss., ed *ivi* riferimenti.

³⁵ Diversamente, C. ROMEO, *Il dilemma delle tutele nel nuovo diritto del lavoro: i campi esclusi dalla riforma del Jobs act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 294, commentando però la legge di delega prima del decreto n. 81 del 2015.

³⁶ Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 443.

suddetta interpretazione secondo la delega) e solo in mancanza al termine di sei mesi continuativi. Si è così trasformato il ruolo in punto della contrattazione collettiva, che da essere sussidiario (ed *in melius*) di quello della legge, è divenuto principale (ed *in melius* o *in peius*). Si è altresì escluso il rilievo ai fini della promozione automatica di qualsiasi sostituzione di lavoratore in servizio, e non più della sostituzione di lavoratore con diritto alla conservazione del posto, in tal modo comprendendosi la sostituzione per ferie.³⁷ Si è poi consentito al lavoratore di opporsi alla definitività esprimendo volontà contraria. La finalità di quest'ultima previsione, volta a contrastare pratiche furbesche del datore di lavoro, nonché la ragione sistematica di tutela del contraente debole attraverso l'inderogabilità delle regole del diritto del lavoro tuttora esistente salvo eccezioni, fa ritenere, pur nel silenzio del decreto, che la volontà contraria in questione, che peraltro stando al testo del decreto stesso non è necessario debba essere assistita, sia solo quella successiva al compimento del termine per acquisire il diritto alla definitività dell'assegnazione.³⁸

Anche con riguardo alla variazione *in melius*, comunque, si pongono i serissimi problemi di conformità alla delega che si sono sopra più volte evidenziati.

³⁷ Cfr. M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni*, cit., 444,

³⁸ Conf. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 16.