



Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni

WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 262/2015

© Roberto Voza 2015
Dipartimento di Giurisprudenza – Università di Bari
roberto.voza@uniba.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>



Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni^α

Roberto Voza
Università di Bari

1. Le crepe nel muro dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. scavate prima del <i>Jobs Act</i>	2
2. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia individuale.....	5
3. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia collettiva.	8
4. La piena derogabilità della disciplina legale mediante l'autonomia individuale assistita.	10
5. L'assegnazione a mansioni superiori: la derogabilità anche peggiorativa al (nuovo) limite massimo e la rinuncia alla promozione.	15

^α Il contributo sarà pubblicato in *Contratti di lavoro, mansioni e misure per la conciliazione vita- lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di E. GHERA e D. GAROFALO, Cacucci, Bari, 2015, in corso di stampa.

1. Le crepe nel muro dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c. scavate prima del *Jobs Act*.

La nullità del patto contrario è la più classica delle formule atte a sancire l'inderogabilità della norma giuridica ad opera dell'autonomia privata¹. Nel caso dell'art. 2103 c.c. per patto contrario si intende «non già l'accordo mirante a ricostituire in capo all'imprenditore un potere – quello di variare mansioni o luogo di lavoro – che non ha mai perduto»², bensì quello volto a consentirne l'esercizio anche in direzione peggiorativa per il lavoratore.

L'inciso – si sa – è frutto della novella del 1970, allorché l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori, «consapevole del difetto più vistoso della passata esperienza»³, volle inibire all'autonomia privata la facoltà di concordare *al ribasso* il mutamento di mansioni, fino ad allora ritenuta esercitabile persino attraverso l'acquiescenza o il comportamento

¹ Nel diritto del lavoro si suole considerare l'art. 17, R.d.l. 13.11.1924, n. 1825 (legge sul contratto di impiego privato) come la prima consacrazione legislativa del principio dell'inderogabilità *in peius*, attraverso la formula del divieto di patti contrari («Le disposizioni del presente decreto saranno osservate malgrado ogni patto in contrario, salvo il caso di particolari convenzioni od usi più favorevoli all'impiegato e salvo il caso che il presente decreto espressamente ne consenta la deroga consensuale»). In verità, già in precedenza norme come quelle che vietavano il lavoro notturno ai maschi di età inferiore ai 15 anni compiuti (art. 5, L. 19.6.1902, n. 242), o imponevano agli imprenditori di riconoscere un periodo di riposo non inferiore a 24 ore consecutive per ogni settimana (art. 1, L. 7.7.1907, n. 489), non avevano bisogno – dato il loro inequivocabile tenore, solitamente irrobustito dalla presenza di sanzioni penali o amministrative – di essere accompagnate da un'espressa clausola di inderogabilità (magari come quella che sancì la nullità di qualsiasi patto inteso ad eludere il pagamento delle indennità o a diminuirne la misura nella disciplina dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro: art. 12, L. 17.3.1898, n. 80).

² ROMAGNOLI, Sub art. 13, in *Commentario del Codice Civile. Lavoro – Titoli I e II. Statuto dei diritti dei lavoratori. Art. 1-13*, a cura di SCIALOJA-BRANCA, Zanichelli-Foro Italiano, Bologna-Roma, 1979, p. 253.

³ BROLLO-VENDRAMIN, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e jus variandi*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da Persiani-Carinci F., vol. IV, tomo I, 2012, p. 524. Come ha recentemente ricordato LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, in *WP CSDLE*, n. 257/2015, p. 2, «l'articolo 13 dello statuto dei lavoratori venne scritto per rimediare all'ineffettività che presentava l'originaria formulazione dell'articolo 2103 del codice civile. Questa, infatti, pur se si prefiggeva di tutelare la posizione sostanziale del lavoratore all'interno dell'azienda nei confronti dell'esercizio del potere datoriale di variazione delle mansioni, non riusciva certo a centrare l'obiettivo perché non si faceva carico di escludere che la modifica peggiorativa potesse legalmente prodursi per altra via».

concludente del lavoratore, che avesse svolto le mansioni inferiori assegnategli⁴.

Il muro eretto dal legislatore ha convissuto con alcune deroghe al divieto di adibizione a mansioni inferiori (seppure con conservazione dell'originario trattamento economico), poste da successive norme di legge, in nome del diritto alla salute, prima della lavoratrice madre e del nascituro (art. 3, l. 30 dicembre 1971, n. 1204, riprodotto nell'art. 7, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151)⁵, poi del lavoratore divenuto invalido per infortunio o malattia (art. 4, c. 4, l. 12 marzo 1999, n. 68), o del lavoratore disabile le cui condizioni di salute si aggravino fino a diventare incompatibili con le mansioni a lui affidate (art. 10, c. 3, l. n. 68/1999) ovvero del lavoratore che sia dichiarato inidoneo alla mansione specifica (art. 42, d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81), o che debba essere allontanato dalla esposizione ad un agente chimico, fisico o biologico (art. 229, c. 5, d.lgs. n. 81/2008).

Sempre nella logica del bilanciamento di interessi, al bene-salute si è aggiunto il bene-occupazione, allorquando – in caso di eccedenze definitive di personale – la legge ha attribuito all'autonomia collettiva la facoltà di assegnare i lavoratori ritenuti eccedenti a «mansioni diverse da quelle svolte», «anche in deroga al secondo comma dell'articolo 2103 del codice civile», ossia anche a mansioni inferiori, qui senza conservazione del trattamento economico pregresso (art. 4, c. 11, l. 23 luglio 1991, n. 223).

Al progressivo consolidamento della tesi del 'male minore' ha contribuito non poco la giurisprudenza, in una reciproca contaminazione con la legislazione: partendo dal riconoscimento della facoltà di concordare l'assegnazione a mansioni inferiori in caso di sopravvenuta inidoneità psichica o fisica del lavoratore, si è giunti (volendo citare il punto estremo di tale percorso, non privo di sfumature intermedie) «ad ammettere che il mutamento *in pejus* delle mansioni possa avvenire a

⁴ Sul tema delle modificazioni consensuali della prestazione lavorativa in vigenza dell'originario testo dell'art. 2103 c.c., v. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963, p. 377 ss. In giurisprudenza, sulla mancata reazione del lavoratore al mutamento peggiorativo delle mansioni (e della retribuzione) come accettazione tacita dello stesso, v., per tutte, Cass. 12.10.1968, n. 3243, in *Mass. giur. lav.*, 1969, p. 205 ss.

⁵ Le maglie del legittimo patto individuale di demansionamento della lavoratrice madre (senza decurtazione della retribuzione) sono state allargate dall'interpello del Ministero del lavoro e delle politiche sociali n. 39 del 21.9.2011 (in *Dir. prat. lav.*, 2011, p. 2396), che ha ammesso tale patto nell'intero periodo in cui vige il divieto di licenziamento, ossia fino ad un anno di età del figlio, a condizione che, «per fondate e comprovabili esigenze tecniche, organizzative e produttive o di riduzione di costi, non sussistano alternative diverse per garantire la conservazione del posto di lavoro e per consentire aliunde l'esercizio delle mansioni».

seguito di una *generica richiesta* del lavoratore per soddisfare un proprio interesse, non ulteriormente precisato»⁶.

Sempre la giurisprudenza ha valorizzato i tentativi dell'autonomia collettiva di dilatare la nozione di equivalenza professionale, attraverso le cosiddette clausole di fungibilità, le quali consentono l'utilizzo dei lavoratori entro l'intero spazio dell'area contrattuale, mediante meccanismi di *job rotation*, con conseguente estensione dell'ambito di esigibilità della prestazione lavorativa ed ampliamento della facoltà di ricorso alla mobilità orizzontale. Pur senza intaccare formalmente l'inderogabilità dell'art. 2103 c.c., presidiata dal divieto di patti contrari, tale operazione elegge le esigenze datoriali di utilizzo flessibile del lavoro a «presupposto, di per sé, legittimante una mobilità orizzontale estesa e, in qualche maniera, sganciata dall'equivalenza considerata dalla norma codicistica»⁷.

A questo punto è entrato in gioco l'art. 8, d.l. n. 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 regolare le materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione, con riferimento – tra l'altro – «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale» (c. 2, lett. *b*). La potestà regolativa di tali «intese» si esplica «anche in deroga alle disposizioni di legge» che disciplinano le predette materie e, quindi, nel nostro caso anche in deroga all'art. 2103 c.c., sia pure nel rispetto di quei limiti 'esterni' («il rispetto della Costituzione, nonché i vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali sul lavoro») ed interni (finalizzazione agli scopi indicati dalla legge, qualità dei soggetti firmatari, rispetto del criterio maggioritario, ecc.), che non è nostro compito sottoporre a disamina. Prontamente, la dottrina ha segnalato le potenzialità insite nella norma in relazione alle tre linee direttrici dello *ius variandi*: un rinvigorito assalto alla nozione di equivalenza professionale, l'introduzione di nuove ipotesi di giustificato motivo di dequalificazione e il congelamento/rallentamento della promozione automatica in caso di svolgimento di mansioni superiori⁸.

⁶ BROLLO-VENDRAMIN, *op. cit.*, p. 562, a cui si rinvia per una ricostruzione di tali orientamenti.

⁷ GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubettino, Soveria Mannelli (CZ), 2008, p. 119. Viceversa, secondo LISO, *op. cit.*, p. 5, «la giurisprudenza si è avvicinata ad un risultato al quale si sarebbe potuti pervenire sin dall'inizio, riconoscendo che il concetto di equivalenza non ha un contenuto unitario, potendo modularsi in funzione delle svariate forme e significati che la mobilità "professionale" può presentare all'interno dell'azienda».

⁸ 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*, Ipsoa, Milano, 2012, p. 390.

Dunque, frammenti normativi, interpretazioni giurisprudenziali, tendenze della contrattazione collettiva e prassi amministrative compongono un'eredità 'culturale' che oggi il legislatore raccoglie pienamente attraverso la riformulazione dell'art. 2103 c.c.⁹. Infatti, l'art. 3, d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81 fornisce un'espressa e solida copertura alla derogabilità del regime di nullità del patto contrario, al quale sottrae la sua valenza perentoria e lapidaria, anteponendo alla tradizionale formula il seguente inciso: «salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma».

È evidente che l'inderogabilità della disciplina legale delle mansioni è parzialmente prosciugata da un canale che ora la stessa norma scava al proprio interno, affidando ad un'idrovora a tre pompe (sia concessa la metafora) la funzione di sottrarre acqua alla nullità dei patti contrari: l'autonomia individuale pura e semplice (nella forma dello *ius variandi* datoriale o dell'accordo con il lavoratore), il contratto collettivo, il patto in deroga sancito nelle sedi protette.

2. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia individuale.

In presenza di una «modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale» (art. 2103, c. 2). In tal caso, «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» (art. 2103, c. 5).

Ovviamente, l'esercizio dello *ius variandi* non dà vita ad un patto contrario alla disciplina legale. Si può dire, però, che negli stessi limiti in cui il datore di lavoro è abilitato ad esercitare il suo potere unilaterale, a maggior ragione gli è consentita l'assunzione di determinazioni *negoziate* con il lavoratore.

Certo, può non sussistere alcun interesse datoriale a fornire una veste consensuale al mutamento di mansioni: infatti, in assenza dei

⁹ Ridimensiona la discontinuità tra la nuova disposizione e quella risalente allo Statuto dei lavoratori, MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 2015, p. 437, secondo cui, con l'art. 3, D.lgs. n. 81/2015, «più che modificare si è tentato di precisare la normativa introdotta dallo Statuto, modificata e distorta da contraddizioni cocenti in applicazioni giurisprudenziali volatili ed incerte, in cui la dottrina non aveva possibilità di garantire un minimo essenziale di unitarietà».

presupposti che consentono l'adibizione a mansioni inferiori, il carattere imperativo della norma continua a determinare la nullità tanto degli atti unilaterali, quanto degli accordi modificativi, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1324 e 1418, 1° comma, c.c.

Pensando al collegamento – tipicamente operato in sede giudiziaria – tra declassamento e *mobbing*, il consenso prestato dal lavoratore alla modifica delle mansioni può complicare (ma non impedire) la prova di quell'intento persecutorio che integra tale fattispecie (nella sua costruzione giurisprudenziale): ma si tratta di un problematica ben distinta da quella che attiene alla legittimità *ex se* del declassamento. Peraltro, anche in caso di accordo, al lavoratore rimarrebbe la possibilità di dedurre (in alternativa alla contrarietà a norma imperativa quale causa di nullità) il vizio della volontà quale causa di annullamento del patto, laddove il suo assenso fosse stato estorto con violenza morale (come potrebbe avvenire, appunto, in caso di *mobbing*).

Semmai, l'interesse del datore di lavoro a ricorrere alla modifica consensuale delle mansioni, implicante un declassamento professionale, assume rilievo di fronte a quell'orientamento giurisprudenziale (citato *supra*, § 1), volto a riconoscere la legittimità del mutamento *in pejus* delle mansioni su richiesta del lavoratore che manifesti un generico interesse in tal senso: infatti, tale assunto si fonda sul «presupposto per cui la sanzione della nullità riguarderebbe l'esercizio unilaterale dello *jus variandi*, ma non quello consensuale»¹⁰.

L'attuale formulazione dell'art. 2103 c.c. ci pare possa essere utilizzata per fare chiarezza sulle diverse strade percorribili.

L'interesse del lavoratore è stato espressamente contemplato e tipizzato nel c. 6, quale presupposto legittimante il patto in deroga sottoscritto nelle sedi protette (v. *infra*, § 4). Ai fini della legittimità della modifica peggiorativa delle mansioni, l'interesse del lavoratore può essere considerato come una sorta di giustificato motivo *soggettivo*, mentre la modifica degli assetti organizzativi aziendali di cui al c. 2 può considerarsi quale giustificato motivo *oggettivo*, in presenza del quale è sufficiente la mera volontà del datore: ad essa si può – eventualmente e non necessariamente – affiancare quella del lavoratore.

Dunque, l'attenzione si dovrà concentrare sul presupposto legale che consente l'adibizione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore (purché rientranti nella medesima categoria legale), quale che sia la natura (unilaterale o consensuale) dell'atto negoziale da cui tale modifica trarrà origine.

Innanzitutto, deve sussistere una «modifica degli assetti organizzativi aziendali»: ciò significa che il mutamento delle mansioni non può

¹⁰ BROLLO-VENDRAMIN, *op. cit.*, p. 562.

avvenire – per così dire – a bocce ferme, ossia nell'invarianza del contesto in cui la prestazione lavorativa viene svolta. Nel merito, l'espressione coniata dal legislatore – molto probabilmente – alimenterà infinite discussioni, in ragione della sua estrema vaghezza, «specie considerando che la stessa modifica delle mansioni può di per sé integrare una modifica di assetti organizzativi»¹¹. Addirittura, secondo uno dei primi commenti, «la disposizione è come se dicesse che il lavoratore può sempre essere tenuto a svolgere anche mansioni di un livello inferiore rispetto al suo inquadramento di partenza», poiché «il presupposto giustificativo dell'adibizione a mansioni inferiori è estremamente labile, non è ancorato ad elementi oggettivi, bensì è affidato alla piena discrezionalità valutativa del datore di lavoro»¹².

Il confronto con la legge-delega inasprisce il dibattito, posto che il criterio direttivo in essa contenuto era quello della «revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi» (art. 1, c. 7, lett. e, l. n. 183/2014): si pone, dunque, il fondato dubbio che il legislatore delegato sia incorso in eccesso di delega¹³.

La Commissione Lavoro della Camera dei Deputati aveva provato a ricomporre l'evidente frattura tra contenuto della delega e contenuto del provvedimento delegato, proponendo – nel proprio parere sul testo dello schema di decreto – di aggiungere, dopo le parole «assetti organizzativi aziendali», le seguenti: «per effetto di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale».

Ignorando l'invito parlamentare, il Governo ha omesso di inserire tale inciso, che riecheggia la disciplina delle eccedenze di personale di cui alla l. n. 223/1991¹⁴. Pertanto, si può fondatamente ritenere che il testo vigente della norma non esiga affatto che il demansionamento del lavoratore si presenti come «alternativa ad un licenziamento» e neppure ad «una comprovata crisi aziendale»¹⁵. Sarà, ancora una volta, la magistratura a riempire di contenuti l'incerta formula legislativa, posto

¹¹ LISO, *op. cit.*, p. 11.

¹² BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, in www.dirittisocialie cittadinanza, 2015, p. 2.

¹³ Liso, *op. cit.*, p. 6.

¹⁴ Come osserva GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, in *Jobs Act e contratti di lavoro dopo la legge delega 10 dicembre 2014 n. 183*, a cura di RUSCIANO-ZOPPOLI L., *WP CSDLE – Collective Volumes 3/2014*, p. 101, al quale si rinvia per un commento alla (sola) disciplina contenuta nella legge-delega.

¹⁵ CANALI DE ROSSI, *Mansioni: ius variandi datoriale e demansionamento*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, p. 1345. In senso conforme, MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, in *Dir. prat. lav.*, 2015, p. 1813.

che – come è stato osservato – l'ampiezza della formula non impedisce «un controllo efficace da parte dei giudici, come provato dall'esperienza pluridecennale di controllo su norme simili»¹⁶.

Vi è chi ha già pronosticato che «la giurisprudenza vorrà riproporre l'idea che lo spostamento a mansioni inferiori debba comunque essere una scelta da considerare come *extrema ratio* (quindi legittimo quando non vi siano posti occupabili nel livello di inquadramento posseduto)»¹⁷.

Il dubbio è alimentato dalla circostanza che – secondo il legislatore – la modifica degli assetti organizzativi aziendali deve incidere «sulla posizione del lavoratore»: ciò sembra delineare la necessità che sussista un nesso di causalità tra i due termini della fattispecie delineata dalla norma, ossia la decisione organizzativa dell'imprenditore, da un lato, e la specifica posizione lavorativa, dall'altro, ma non è chiaro, però, in che cosa debba consistere l'*incidenza* della prima sulla seconda.

Infine, guardando attentamente alla formulazione della norma, che regola l'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, si può fondatamente sostenere che sia ammesso «l'abbassamento di "un solo" livello di inquadramento»¹⁸: non si tratta di una precisazione di scarso peso.

3. L'assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore secondo l'autonomia collettiva.

Alla modifica degli assetti organizzativi, grazie alla contrattazione collettiva si possono aggiungere «ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale» (art. 2103, c. 4, c.c.).

Il rinvio opera in favore dei «contratti collettivi», senza ulteriori specificazioni, ma la disposizione deve essere coordinata con l'art. 51 del medesimo decreto (rubricato *Norme di rinvio ai contratti collettivi*), secondo cui «salvo diversa previsione, ai fini del presente decreto, per contratti collettivi si intendono i contratti collettivi nazionali, territoriali o

¹⁶ MISCIONE, *op. cit.*, p. 442, secondo il quale – giustamente – «dedurre l'insindacabilità, solo per l'ampiezza, significa cancellare la norma in modo irragionevole».

¹⁷ LISO, *op. cit.*, p. 12. Secondo MIMMO, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, p. 20, la circostanza che la modifica degli assetti organizzativi debba incidere sulla posizione del lavoratore «dovrebbe indurre a ritenere che il presupposto di tale modifica sia in ogni caso quello dell'impossibilità a continuare a far svolgere al prestatore le mansioni assegnate, per esempio nell'ipotesi in cui dal riassetto organizzativo derivi la soppressione del posto di lavoro».

¹⁸ Così, MISCIONE, *op. cit.*, p. 442, nonché BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 2; MIMMO, *op. cit.*, p. 21; MASSI, *op. cit.*, p. 1813.

aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e i contratti collettivi aziendali stipulati dalle loro rappresentanze sindacali aziendali ovvero dalla rappresentanza sindacale unitaria».

Pertanto, la funzione regolativa assegnata all'autonomia collettiva può essere esercitata a qualsiasi livello negoziale, ivi compreso quello aziendale, nella scia di quel processo di decentramento nella produzione negoziale delle regole del rapporto di lavoro, da tempo in atto nella nostra materia (è in voga, a tal proposito, il termine *aziendalizzazione*).

Del resto, come già rilevato (*supra*, § 1), l'intera materia relativa «alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale» può formare oggetto della contrattazione collettiva di prossimità, che già potrebbe derogare al divieto legale di adibizione a mansioni inferiori, sia pure nel rispetto dei richiamati limiti esterni ed interni.

Nella disposizione di cui al c. 4 dell'art. 2103 c.c. l'unico limite interno alla potestà regolativa del contratto collettivo attiene alla necessaria riconducibilità alla «medesima categoria legale» delle mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore (fermo restando che deve trattarsi di *un solo* livello di inquadramento inferiore).

A ciò si aggiunge quanto disposto dal c. 5, valevole anche in caso di adibizione a mansioni inferiori sia in base al potere unilaterale del datore di lavoro ovvero all'accordo individuale (v. *supra*, § 2), sia in base alle previsioni della contrattazione collettiva: il mutamento di mansioni deve essere comunicato in forma scritta (a pena di nullità) e non può intaccare il livello di inquadramento e il trattamento retributivo goduto dal lavoratore (eccezion fatta per gli elementi retributivi connessi a particolari modalità di svolgimento della prestazione).

Ciò detto, la delega all'autonomia collettiva non è ancorata ad alcun presupposto 'causale': quindi, è ammessa qualsiasi ipotesi, aggiuntiva rispetto a quella che giustifica l'adibizione a mansioni inferiori mediante *ius variandi* o accordo individuale (ossia, la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incida sulla prestazione del lavoratore).

In tal modo, il legislatore allontana definitivamente l'adibizione a mansioni inferiori dalla sua necessaria configurazione in termini di *extrema ratio*, ossia di 'male minore' rispetto alla perdita del posto di lavoro.

Pertanto, la contrattazione collettiva – senza più timori ed 'imbarazzi' – potrà valorizzare le esigenze di flessibilità organizzativa dell'impresa, dando solidità agli esperimenti negoziali sin qui praticati nell'incertezza interpretativa di un dato normativo rimasto intatto per più di quaranta anni.

Come è evidente, nel nuovo art. 2103 c.c. la valorizzazione del ruolo dell'autonomia collettiva nella direzione di un alleggerimento dei vincoli legali si muove su un duplice piano.

In primo luogo, per ciò che concerne le mansioni esigibili in via ordinaria scompare – per effetto del c. 1 dell'art. 2103 c.c. – la nozione di equivalenza professionale, che si prestava ad essere governata dal filtro giudiziario, a favore di una mobilità orizzontale fondata sulla posizione formale occupata dal lavoratore in ragione del livello e della categoria legale di inquadramento: orbene, poiché «la scala classificatoria è un istituto naturalmente governato dall'autonomia collettiva è chiaro che l'operazione si risolve in un implicito rinvio all'autonomia collettiva del compito di determinare l'area del debito relativo allo svolgimento della prestazione lavorativa»¹⁹.

In secondo luogo, la stessa contrattazione collettiva è abilitata dal c. 4 a superare i confini della mobilità orizzontale, legittimando l'ingresso nell'area della mobilità verticale verso il basso, attraverso qualunque causale che la "fantasia" negoziale vorrà e saprà concepire.

4. La piena derogabilità della disciplina legale mediante l'autonomia individuale assistita.

Nelle ipotesi richiamate nei due precedenti paragrafi, il mutamento di mansioni non altera né il livello di inquadramento né il trattamento retributivo del lavoratore (fatta eccezione per gli elementi variabili legati alle particolari modalità di svolgimento della prestazione): ciò ha indotto a ritenere che – nei casi regolati dal secondo e dal quarto comma dell'art. 2103 c.c. – «l'assegnazione di mansioni inferiori risulta di carattere tendenzialmente temporaneo», benché «non vi sia un termine finale e di fatto essa potrebbe protrarsi all'infinito»²⁰.

Si tratta, comunque, di una situazione anomala, nella quale il lavoratore svolge mansioni non coincidenti con il proprio livello di inquadramento e con il trattamento retributivo percepito. Paradossalmente, si crea un'alterazione del nesso di corrispettività a svantaggio del datore di lavoro, il quale riceve una prestazione lavorativa qualitativamente inferiore rispetto al trattamento retributivo che egli corrisponde al lavoratore. Ciò si spiega in quanto le motivazioni del mutamento di mansioni sono ascrivibili ad esigenze organizzative dello stesso datore di lavoro.

¹⁹ LISO, *op. cit.*, p. 7. Secondo BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 2, «l'unico arbitro dell'estensione legittima della cosiddetta mobilità orizzontale o professionale, ovvero della flessibilità funzionale del lavoratore, sarà la contrattazione collettiva attraverso la costruzione delle scale professionali e dei relativi livelli di inquadramento».

²⁰ BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 2; in senso conforme, LISO, *op. cit.*, p. 12.

L'operazione di alleggerimento dei preesistenti vincoli legali si completa attraverso le previsioni contenute nel c. 6 del nuovo art. 2103 c.c., che consentono la stipulazione di «accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione»: testualmente, non vi sono limiti alla potestà derogatoria consegnata all'autonomia privata, che può determinare la definitiva 'degradazione' del lavoratore per ciò che concerne sia la professionalità, sia la posizione formalmente occupata, sia – infine – il trattamento retributivo. Per di più, in questo caso la formulazione della norma non consente di escludere che la retrocessione possa operare «anche a più livelli inferiori»²¹.

Il contenimento dell'ampia potestà derogatoria consegnata all'autonomia individuale si muove sul piano delle *finalità* dei patti e della *procedura* da osservare.

Cominciando dalle prime, va detto che gli accordi in deroga devono essere realizzati «nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita». Si tratta di un presupposto di validità del patto, nel senso che se quest'ultimo fosse concluso in assenza di tali finalità, ricadrebbe sotto la scure del (tradizionale) regime di nullità: se si volesse sostenere il contrario, l'indicazione del legislatore non avrebbe alcuna ragion d'essere.

Le finalità individuate sono, evidentemente, tra loro alternative²², come dimostra l'impiego della congiunzione disgiuntiva («o»).

Nel merito, esse presentano inevitabili margini di indeterminatezza, che l'interpretazione dovrà sforzarsi di contenere.

L'interesse all'occupazione riecheggia la tematica del declassamento come 'male minore' rispetto alla perdita del lavoro e, quindi, non sembra dotato di una particolare forza innovativa. Certo, sarebbe stato meglio spendere qualche parola in più, magari esplicitando che deve trattarsi di interesse alla conservazione del posto di lavoro in caso di sopravvenute circostanze che ne giustificerebbero la soppressione (nella logica della *extrema ratio*, insomma).

Anche l'interesse all'acquisizione di una diversa professionalità fa pensare a qualcosa di già noto nel dibattito in materia, vale a dire al tentativo giurisprudenziale (abbastanza isolato, per la verità) di valorizzare la possibilità che il lavoratore venga adibito a mansioni inferiori nell'ambito di un percorso di riqualificazione *on the job*, anche

²¹ MIMMO, *op. cit.*, p. 22.

²² MIMMO, *op. cit.*, p. 21.

attraverso la rotazione su mansioni inferiori: è quello che la dottrina ha chiamato demansionamento «espansivo»²³.

Nel testo della norma, tuttavia, l'interesse del lavoratore ad acquisire una «diversa» (senza ulteriori specificazioni) professionalità rischia di cozzare contro la definitività dello spostamento, fermo restando che non possono ritenersi vietati accordi che limitino nel tempo l'efficacia dello spostamento. In altri termini, una cosa è transitare ad altre mansioni per poi riacquistare quelle originarie, all'esito di un percorso – più o meno breve – di arricchimento professionale spendibile nell'ambito dello stesso rapporto di lavoro, altra cosa è permanere definitivamente nelle nuove mansioni. Meno che mai risulta percepibile un vantaggio per il lavoratore, laddove alla decrescita professionale si aggiunga un peggioramento nell'inquadramento formale e nel trattamento retributivo.

Facendo esempi in libertà (privi di riferimenti tecnici alle corrispondenti declaratorie contrattuali), un capo cuoco potrebbe avere interesse a saper fare (anche) il cameriere (ammesso che non sappia già farlo), magari perché – un giorno – quando aprirà un ristorante in proprio, tale promiscuità di competenze potrebbe tornargli utile (magari in situazioni di 'emergenza'), oppure semplicemente perché, qualora dovesse perdere il lavoro di cuoco, l'esperienza acquisita come cameriere potrebbe offrirgli un'ulteriore *chance* di ricollocazione. Ciò che conta, tuttavia, è che – in costanza di rapporto – egli dovrà pagare il prezzo di diventare e rimanere cameriere fino a nuovo accordo o a nuova determinazione datoriale: nel contesto lavorativo dato, quale vantaggio/interesse potrà esserci per quel lavoratore?

Quanto al miglioramento delle condizioni di vita, tutto fa pensare a quelle situazioni in cui il lavoratore, pur di ottenere un trasferimento, uno spostamento di turno o di orario, ecc. (a cui è interessato per ragioni personali), si renda disponibile ad accettare il patto in deroga. Si torna, dunque, alla logica del 'male minore', applicata seguendo le priorità manifestate dal lavoratore.

Sul piano procedurale, l'accordo in questione è inserito dal legislatore nel circuito dell'autonomia individuale assistita, dovendo essere stipulato, evidentemente a pena di nullità, «nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma²⁴, o avanti alle commissioni di certificazione».

²³ GARGIULO, *La revisione della disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, cit., p. 106, ivi riferimenti giurisprudenziali. A commento della nuova norma, vi è chi ha addotto l'esempio in cui «in un determinato reparto si stia sviluppando un prodotto innovativo e si registri un interesse del lavoratore, sulla base del proprio bagaglio formativo e professionale, a sviluppare una certa esperienza cambiando anche categoria di inquadramento» (MASSI, *op. cit.*, p. 1814).

²⁴ Trattasi delle sedi conciliative di cui agli artt. 185, 410, 411, 412-ter e 412-quater, c.p.c.

Dati gli effetti che il patto in deroga ha nella sfera giuridica del lavoratore, appare evidente la necessità di proteggere la volontà di quest'ultimo dal rischio di indebite pressioni da parte del datore di lavoro. Si spiega così il ricorso alle sedi 'protette', tenute a vigilare sulla integrità del consenso prestato dal lavoratore. Come è noto, un consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale esige dal soggetto terzo un'assistenza *effettiva* agli atti di disposizione compiuti dal lavoratore, al fine di preconstituire le condizioni per un genuino e consapevole, perché *informato*, esercizio della sua libertà negoziale²⁵. A maggior ragione, tale esigenza si pone in presenza di un vero e proprio patto in deroga, come quello contemplato dall'art. 2103, c. 6, c.c.: qui, infatti, non si tratta di disporre dei diritti derivanti dal (già avvenuto) demansionamento, bensì di modificare – per il futuro – il regolamento contrattuale, nella cosiddetta fase genetica del diritto²⁶.

Nella fattispecie in esame vi è qualcosa di più.

In materia di rinunzie e transazioni la legge non prevede alcun filtro circa le motivazioni che sorreggono la volontà dispositiva del lavoratore. Viceversa, l'art. 2103, c. 6, c.c., *tipizza* gli interessi che il patto in deroga deve necessariamente perseguire.

Pertanto, riteniamo che il soggetto innanzi al quale tale patto è concluso sia tenuto a verificare la sussistenza dell'interesse addotto dal lavoratore, ovviamente senza poter imporre la propria volontà su quella liberamente manifestata da quest'ultimo. Ad esempio, se il lavoratore accetta il demansionamento al fine di ottenere un trasferimento, e quindi realizzare un miglioramento delle condizioni di vita, il patto dovrà contenere una clausola che espliciti tale scambio, subordinandone l'efficacia (in termini sospensivi o risolutivi) al verificarsi dell'evento dedotto quale condizione (nell'esempio, il trasferimento del lavoratore alla sede ambita).

Ad ulteriore protezione del lavoratore il legislatore gli consente la possibilità di «farsi assistere da un rappresentante dell'associazione

²⁵ La questione si è posta con particolare riferimento alle rinunzie e transazioni compiute in sede di conciliazione sindacale: sul punto, sia consentito il rinvio a VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2007, p. 101 ss.; per la successiva giurisprudenza, v. Cass. 22.5.2008, n. 13217, in *Mass. giur. lav.*, 2009, p. 77 ss., nt. BATTISTA; Cass. 23.10.2013, n. 24024, in *Lav. giur.*, 2014, p. 475 ss., nt. R. GAROFALO. In dottrina, tra i contributi più recenti, v. DESSI, L'indisponibilità dei diritti del lavoratore secondo l'art. 2113 c.c., Giappichelli, Torino, 2011, p. 180 ss.

²⁶ Sulla genesi e sulla perdurante tenuta concettuale della distinzione tra rinunzie/transazioni e patti in deroga, sia consentito il rinvio a VOZA, *op. cit.*, pp. 50-53. Una rilettura di tale distinzione in riferimento specifico alla disciplina della mansioni è proposta da MARIOSA, *Sulla rinunciabilità e transigibilità dei diritti nell'area delle mansioni* in *Riv. giur. lav.*, 2001, I, p. 75 ss.

sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro». La logica è quella dell'assistenza come servizio fornito al singolo lavoratore, a sostegno del libero dispiegarsi della sua autonomia individuale, ormai sciolta dagli impacci del divieto di retrocessione professionale e retributiva.

Si tratta di un'ipotesi di assistenza *su richiesta* del lavoratore, secondo un modello di cui non mancano significativi precedenti normativi: primo fra tutti l'art. 7, c. 3, Stat. lav., in materia di procedimento disciplinare, nel quale il lavoratore – chiamato a fornire le proprie giustificazioni a seguito di contestazione disciplinare – «potrà farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato».

La possibilità di farsi assistere da un rappresentante sindacale (per l'esattezza, da un componente di r.s.a. indicato dal lavoratore) fu prevista pure in caso di sottoscrizione di clausole elastiche o flessibili nell'ambito del *part-time* (art. 3, c. 9, d.lgs. 25 febbraio 2000, n. 61, come modificato dall'art. 46, lett. I, d.lgs. 10 settembre 2003, n. 276)²⁷. Attualmente, tali clausole, qualora non siano disciplinate dal contratto collettivo applicato al rapporto di lavoro, possono essere pattuite innanzi alle commissioni di certificazione, «con facoltà del lavoratore di farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro» (art. 6, c. 6, d.lgs. n. 81/2015).

La facoltà di farsi assistere dal sindacato ovvero da un professionista è altresì contemplata in sede di conciliazione monocratica innanzi al funzionario della D.t.I. con qualifica ispettiva (art. 11, c. 2, d.lgs. 23 aprile 2004, n. 124), in fase di audizione innanzi alla commissione di certificazione costituita presso la stessa D.t.I. (art. 5, c. 4, d.m. 21.7.2004) e, infine, nella procedura di conciliazione preventiva prevista (sempre innanzi alla D.t.I.) in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo (art. 7, c. 5, l. 15 luglio 1966, n. 604, come sostituito dall'art. 1, c. 40, l. 28 giugno 2012, n. 92). In quest'ultimo ambito, l'assistenza di natura professionale (che – come detto – si aggiunge a quella sindacale) è affidata all'avvocato o al consulente del lavoro: su questo punto, dunque, vi è un'evidente linea di continuità tra la legge Fornero ed il d.lgs n. 81/2015.

In tutte le fattispecie appena riepilogate, siamo in presenza di una forma di assistenza eventuale, ma pur sempre *qualificata*, nel senso che il

²⁷ Le ragioni per le quali tale assistenza fosse da ritenersi – secondo la nostra lettura – meramente facoltativa sono illustrate in VOZA, *op. cit.*, pp. 146-152. Peraltro, anche una circolare ministeriale si esprimeva in tal senso (Circ. Min. Lav. n. 9 del 18.3.2004).

legislatore individua selettivamente una *rosa* di soggetti e, quindi, esclude (almeno indirettamente) tutti gli altri.

5. L'assegnazione a mansioni superiori: la derogabilità anche peggiorativa al (nuovo) limite massimo e la rinuncia alla promozione.

Anche nell'ambito dell'assegnazione a mansioni superiori l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015 incide sulle garanzie del lavoratore, ampliando i margini di manovra dell'autonomia privata (collettiva e individuale).

In primo luogo, il limite legale massimo, superato il quale tale assegnazione diviene definitiva, oltre ad essere stato prolungato da tre a sei mesi (per di più, con la precisazione che devono essere continuativi²⁸ e con l'esclusione di tutti i casi in cui tale assegnazione sia avvenuta «per ragioni sostitutive»²⁹), è reso pienamente derogabile da parte dei contratti collettivi, individuabili sempre grazie al rinvio contenuto nell'art. 51 (v. *supra*, § 3).

La norma ora ha valenza meramente suppletiva in quanto l'autonomia collettiva può sostituire al termine legale un qualsiasi altro termine pattizio, inferiore ma anche superiore, mentre nel testo previgente il periodo era «comunque non superiore a tre mesi», quindi ad una soglia legale inderogabile in senso peggiorativo per il lavoratore. La scomparsa di un tetto legale invalicabile *in peius* colloca la norma fuori dello schema del *favor*: come nell'art. 2120, c. 2, c.c. la contrattazione collettiva può liberamente sostituirsi alla legge nella determinazione del livello di protezione del lavoratore.

In attesa dei futuri interventi negoziali, si devono ritenere applicabili i limiti temporali previsti dai vigenti contratti collettivi, in assenza di disposizioni legislative di segno contrario³⁰.

L'altro aspetto su cui l'autonomia privata (questa volta a livello individuale) può inibire l'operatività della tutela legale attiene al superamento del predetto limite: oggi il legislatore prevede espressamente che il lavoratore possa evitare che l'assegnazione a mansioni superiori diventi definitiva.

²⁸ Sugli orientamenti che hanno sin qui sostenuto (in presenza di determinati presupposti, variamente ricavati in via interpretativa) la cumulabilità dei distinti periodi di svolgimento delle mansioni superiori ai fini del conseguimento del diritto alla promozione, v. BROLLO-VENDRAMIN, *op. cit.*, pp. 576-577.

²⁹ Non solo, quindi, nell'ipotesi in cui l'adibizione a mansioni superiori «abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto», come disponeva il previgente art. 2103 c.c.

³⁰ In tal senso, MIMMO, *op. cit.*, p. 23.

Si badi: non si tratta del rifiuto di essere assegnato a (e, quindi, di svolgere) tali mansioni, bensì della mancata accettazione di uno degli effetti legali che ne conseguono (oltre al temporaneo adeguamento del trattamento economico). La configurazione giuridica di tale manifestazione di volontà è tutta da scoprire, in assenza di qualsivoglia indicazione normativa.

Qualora il lavoratore dichiarasse, all'atto dell'assunzione o in costanza di rapporto, di non voler conseguire l'effetto legale della promozione in caso di futuro svolgimento di mansioni superiori, si tratterebbe non di una rinuncia/transazione, bensì di un atto o patto in deroga, ossia di una dichiarazione o clausola che modifica il regolamento negoziale in violazione di una norma di legge. A nostro avviso, in tal caso scatterebbe la nullità per violazione del divieto di patti contrari, in quanto l'ammissibilità di una simile clausola non figura tra le eccezioni al divieto tipizzate al c. 9 dell'art. 2103 c.c. (che le racchiude tutte, in via tassativa). Anche qualora sia stata già disposta l'adibizione a mansioni superiori, la rinuncia anticipata del lavoratore alla promozione configurerebbe un patto in deroga, in quanto il diritto alla promozione matura solo dopo l'effettivo svolgimento delle mansioni superiori per il periodo predeterminato.

Viceversa, allorché il rifiuto si manifesti a seguito dell'avvenuto svolgimento di tali mansioni, una volta varcato il limite (di legge o di contratto collettivo, che sia), esso pare costituire una rinuncia ad un diritto (quello alla promozione), ormai già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore, in applicazione di una norma inderogabile di legge. Secondo la nostra ricostruzione, solo tale negozio (e non anche il patto in deroga, ossia la rinuncia a diritto futuro) è reso valido dalla norma in commento.

Una volta operato tale inquadramento giuridico, ciò che balza agli occhi è l'assenza di qualsiasi meccanismo di protezione dell'integrità del consenso prestato dal lavoratore secondo la logica dell'autonomia individuale assistita, perseguita nello stesso art. 2103 c.c. in riferimento agli accordi peggiorativi. Se il lavoratore dichiara di voler abdicare all'effetto legale conseguente allo svolgimento di mansioni superiori oltre il limite temporale previsto dal contratto collettivo o dalla legge, ciò basta a perfezionare la rinuncia, senza che debba operare alcun filtro/controllo da parte di soggetti terzi. L'anomalia rispetto al regime generale di cui all'art. 2113 c.c. non può essere negata³¹: peraltro, non è la prima volta che la coerenza del sistema perde qualche pezzo.

È bene aggiungere che – stando al dato letterale della norma – mentre alla definitività dello spostamento a mansioni superiori si può

³¹ È stata, infatti, rilevata da LISO, *op. cit.*, p. 15 e da BELLAVISTA, *op. cit.*, p. 3.

rinunciare *sic et simpliciter*, il diritto a percepire il trattamento retributivo per le prestazioni già svolte può formare oggetto di un valido atto di disposizione soltanto facendo ricorso alle sedi protette: ciò in quanto la «diversa volontà del lavoratore» è riferita dalla norma soltanto all'assegnazione definitiva alle mansioni superiori.

Nel tentativo di ipotizzare un potenziale interesse a rifiutare la promozione (dopo aver già svolto le mansioni superiori), si è citato il caso in cui il lavoratore voglia «evitare un permanente superiore carico di stress che le nuove mansioni implicherebbero rispetto alle precedenti», ovvero quello in cui egli voglia «conservare delle maggiori tutele rispetto al posto di lavoro ricoperto (si pensi al passaggio da quadro a dirigente)»³².

L'assenza di qualsiasi controllo sulla rinuncia alla promozione tradisce, tuttavia, una scarsa considerazione del rischio che la volontà del lavoratore possa subire condizionamenti: infatti, la reversibilità dell'adibizione a mansioni superiori, anche oltre il limite prestabilito, rappresenta un evidente vantaggio per il datore di lavoro in termini di flessibilità gestionale ed organizzativa.

³² CANALI DE ROSSI, *op. cit.*, p. 1345.