



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI DI BARI
ALDO MORO



DIPARTIMENTO JONICO IN SISTEMI
GIURIDICI ED ECONOMICI DEL MEDITERRANEO
SOCIETÀ, AMBIENTE, CULTURE
IONIAN DEPARTMENT OF LAW, ECONOMICS
AND ENVIRONMENT

ANNO VIII ANNALI 2020 DEL DIPARTIMENTO JONICO

ESTRATTO

ALESSIO CARACCILO

Demansionamento consentito e frode
alla legge



DIRETTORE DEL DIPARTIMENTO

Riccardo Pagano

DIRETTORI DEGLI ANNALI

Carlo Cusatelli – Gabriele Dell’Atti – Giuseppe Losappio

COMITATO SCIENTIFICO

Cesare Amatulli, Massimo Bilancia, Annamaria Bonomo, Maria Teresa Paola Caputi Jambrenghi, Nicolò Carnimeo, Daniela Caterino, Nicola Fortunato, Pamela Martino, Maria Concetta Nanna, Vincenzo Pacelli, Fabrizio Panza, Pietro Alexander Renzulli, Angelica Riccardi, Umberto Salinas, Paolo Stefanì, Laura Tafaro, Giuseppe Tassielli

COMITATO DIRETTIVO

Aurelio Arnese, Danila Certosino, Luigi Iacobellis, Ivan Ingravallo, Ignazio Lagrotta, Francesco Moliterni, Paolo Pardolesi, Francesco Perchinunno, Angelica Riccardi, Claudio Sciancalepore, Nicola Triggiani, Antonio Felice Uricchio, Umberto Violante

COMITATO DI REDAZIONE

Patrizia Montefusco (Responsabile di redazione),
Francesca Altamura, Michele Calabria, Danila Certosino,
Marco Del Vecchio, Francesca Nardelli, Filomena Pisconti,
Francesco Scialpi, Andrea Sestino, Pierluca Turnone, Domenico Vizzielli

Contatti:

Dipartimento Jonico in Sistemi Giuridici ed Economici del Mediterraneo: Società, Ambiente, Culture
ex Convento San Francesco – Via Duomo, 259 – 74123 Taranto, Italy

e-mail: annali.dipartimentojonico@uniba.it

telefono: + 39 099 372382 • fax: + 39 099 7340595

<https://www.uniba.it/ricerca/dipartimenti/sistemi-giuridici-ed-economici/edizioni-digitali/gli-annali>

ANNO VIII
ANNALI2020
DEL DIPARTIMENTO JONICO



Alessio Caracciolo

DEMANSIONAMENTO CONSENTITO E FRODE ALLA LEGGE*

ABSTRACT

Il contributo affronta la tematica del mutamento *in pejus* delle mansioni in frode alla legge. La disciplina introdotta dal *Jobs Act*, infatti, ha ampliato le maglie entro le quali è possibile esercitare lo *ius variandi*, con un riferimento al “livello di inquadramento inferiore” che, tuttavia, si espone a problematiche applicative di non poco conto, a causa di una contrattazione collettiva non aggiornata rispetto alla nuova disposizione. In quest’ottica, occorre interrogarsi sulla possibilità di ricorrere ad una contrattazione in deroga “virtuosa”, ovvero alle categorie generali dell’illiceità per frode alla legge o abuso del diritto, al fine di limitare i comportamenti datoriali potenzialmente lesivi.

The essay deals with the subject of fraudulent duties changing. The discipline introduced by the Jobs Act, in fact, has widened the boundaries within it is possible to exercise the *ius variandi*, referring to the “lower task classification” which, however, exposes itself to issues due to a collective bargaining outdated compared to the new provisions. In this perspective, it is necessary to address the reflection to limiting the potentially harmful employer’s behaviors by resorting to general categories of unlawful contract for fraud or abuse, alternatively to a virtuous proximity collective bargaining.

PAROLE CHIAVE

Equivalenza – demansionamento – frode alla legge

Tasks comparison – demotion – fraud

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Oltre l’equivalenza delle mansioni. – 3. *Ius variandi* e deroghe negoziali. – 4. Conclusioni.

1. Nel mutevole quadro socio-economico contemporaneo si avverte la necessità di un diritto che dia già nella lettera delle norme il giusto margine entro cui esercitare i poteri concessi dall’ordinamento, senza che si possa cadere nella tentazione di utilizzare forme lecite per mascherarne di illecite. Tuttavia, un simile auspicio non può che rimanere nella sfera dell’utopia: l’abuso del diritto, non solo di quello del lavoro, è probabilmente un “male invincibile” che si annida nelle pieghe dell’interpretazione, soprattutto ove essa si renda necessaria a causa della «lesione del principio della

* Saggio sottoposto a revisione secondo il sistema per *peer review*.

certezza del diritto ad opera di disposizioni oscure, lacunose ed instabili»¹. Il problema fondamentale resta, in sostanza, quello del bilanciamento degli interessi contrapposti che, come per ogni manifestazione dell'esercizio di un diritto, non può ignorare l'esistenza di comportamenti abusivi, completamente avulsi dalle originarie intenzioni del legislatore.

A poco più di cinque anni dalla novella dell'art. 2103 c.c.², appare utile una riflessione in materia di demansionamento, stante l'ampliamento delle maglie di liceità della dequalificazione operato dal legislatore del Jobs Act³ ed il contingente periodo di continue trasformazioni negli assetti organizzativi e produttivi. Del resto, abbandonate le acque note delle diatribe sul concetto di "equivalenza" delle mansioni⁴, è evidente

¹ G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act: una (altra) riforma mal riuscita*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, p. 3, n. 29. Non resta che la speranza di poter posare un giorno «uno sguardo su di un codice di leggi ben fatte, [...] trovando di non aver perduto che la funesta libertà di fare male altrui» (C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, ristampa, Einaudi, Torino, 1973, p. 109).

² In merito alla quale v. F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2015, p. 491 ss.; M. Brollo, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1161; Id., *Capitolo XXI. Inquadramento e ius variandi*, in G. Santoro Passarelli (a cura di), *Trattato di diritto del lavoro*, Utet, Torino, 2017, p. 768 ss.; D. Garofalo, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, Intervento ai Seminari di Bertinoro, XV ed., 21-22 novembre 2019, Bologna, dattiloscritto; L. Paolitto, *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, in E. Ghera, D. Garofalo (a cura di), *Contratti di lavoro, mansioni e misure di conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, Cacucci, Bari, 2015, p. 155 ss.; I. Piccinini, A. Pileggi, P. Sordi (a cura di), *La nuova disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, Iuridica, Roma, 2016; C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Aa.Vv., Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro AIDLASS - Napoli, 16-17 giugno 2016*, Giuffrè, Milano, p. 67 ss., spec. p. 101 ss.

³ In particolare, il riferimento è all'art. 3 del D. Lgs. 15 giugno 2015, n. 81. In merito, *ex plurimis*, cfr. F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 291/2016; A. Bellavista, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, 2015, in *www.dirittisocialieccittadinanza.org*; M. Brollo, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in F. Carinci (a cura di), *Commentario al d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, ADAPT, 2015; Id., *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1156 ss.; G. Ianniruberto, *Ius variandi orizzontale e nuovo art. 2103 c.c.*, in *Mass. giur. lav.*, 2016, p. 260 ss.; F. 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 C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 257/2015; M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 5, 2015, p. 437 ss.; A. Vallebona, *Dubbi di costituzionalità per la nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *Mass. Giur. Lav.*, 2016, p. 6 ss.; G. Vidiri, *La disciplina delle mansioni nel Jobs Act*, cit.; R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .IT*, 262/2015.

⁴ Sul punto, cfr. M.N. Bettini, *Mansioni del lavoratore e flessibilizzazione delle tutele*, Giappichelli, Torino, 2014; S. Bini, *Dall'equivalenza professionale all'equivalenza economica delle mansioni. Questioni ermeneutiche e prime osservazioni*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, p. 1240 ss.; M. Brollo, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103 c.c.*, in *Comm. Schlesinger*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 673 ss.; M. Brollo, M. Vendramin, *Le mansioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi*, in M. Persiani, F. Carinci (diretto da), *Trattato di Diritto del Lavoro*, IV, I, Cedam, Padova, 2012; L. Ferluga, *Tutele del lavoratore e disciplina delle mansioni. Innovazioni tecnologiche e vincoli normativi*, Giuffrè, Milano, 2012; U. Gargiulo, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di*

come ci si debba interrogare sui risvolti fraudolenti dell'intreccio tra esercizio lecito dello *jus variandi* e raggruppamenti ormai anacronistici di mansioni⁵ nelle descrizioni dei livelli di inquadramento, ereditati da una contrattazione collettiva svolta nella vigenza della precedente formulazione dell'art. 2103 c.c.⁶. Il rischio è che si verifichi una proliferazione di provvedimenti contrastanti⁷ non più solo per la differente visione della ripartizione dell'onere probatorio⁸, ma anche sul piano dell'interpretazione del concetto di "livello di inquadramento"⁹ e, conseguentemente, dei limiti concreti entro

lavoro, Rubbettino, Catanzaro, 2008; G. Giugni, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, Napoli, 1963; F. Liso, *La mobilità dei lavoratori in azienda: il quadro legale*, FrancoAngeli, Milano, 1982; M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, cit., pp. 437-439; V. Nuzzo, *Il nuovo art. 2103 Cod. Civ. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2, 2015, p. 853 ss.; C. Pisani, *La modificazione delle mansioni*, FrancoAngeli, Milano, 1996; Id., *Equivalenza delle mansioni e oneri probatori*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1, 2003, p. 477. È singolare come in passato il criterio dell'equivalenza sia stato espressamente scollegato dal riferimento al livello di inquadramento contrattuale, ad es. Trib. Milano, 23 settembre 2008, in *Lav. giur.*, 2009, p. 205 ss.; Trib. Brescia, 29 aprile 2008, n. 383, in *Guida lav.*, 2008, 31, p. 56 ss. Anzi, la Cassazione si era posta l'interrogativo «se l'assegnazione di compiti propri della stessa qualifica del contratto collettivo nazionale possa comportare la violazione del vecchio testo dell'art. 2103 c.c.» (E. Gragnoli, *Questioni in tema di dequalificazione*, in *Lav. giur.*, 2016, 5, pp. 451-452), concludendo che «sulla base del testo dell'art. 2103 c.c. antecedente alle modificazioni del 2015, l'accorpamento di più mansioni in una sola posizione di inquadramento non le rendeva equivalenti e non consentiva di per sé l'esercizio del potere di modificazione dei compiti, poiché rilevava solo l'equivalenza in senso professionale» (Cass. civ., 1° marzo 2016, n. 4033, in *Pluris*).

⁵ Che si rifanno al concetto «antistorico e vetusto» di categoria legale (D. Garofalo, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, cit., p. 2 del dattiloscritto); cfr. M. Brollo, *Capitolo XXI. Inquadramento e ius variandi*, cit., p. 820; F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., p. 9; L. Paolitto, *La nuova nozione di equivalenza delle mansioni. La mobilità verso il basso: condizioni e limiti*, cit., p. 155 ss.

⁶ Così F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, in *WP*, cit., p. 15, il quale rammenta che «l'attuale contrattazione collettiva è stata stipulata nel vigore del canone dell'equivalenza delle mansioni legislativamente imposto, per cui, pur prevedendo livelli di inquadramento in cui confluivano professionalità disparate, era dato per presupposto dal quadro legale che non tutte le mansioni di quel livello potessero essere assegnate al lavoratore. In attesa della stipulazione di nuovi contratti collettivi che tengano conto dell'art. 2103 c.c. di novellato conio potrebbe accadere che un imprenditore assegni un dipendente a compiti assolutamente eterogenei rispetto alla professionalità acquisita, pur nel formale rispetto del medesimo livello di inquadramento».

⁷ L'ipotesi non è così peregrina come potrebbe apparire: già nel pieno vigore della previgente normativa non era inusuale che le Corti si pronunciasse in modo diverso su casi pressoché identici. Emblematica la ricostruzione effettuata da R. Rivero, *Il demansionamento dal danno in re ipsa al danno da mortificazione della personalità morale del lavoratore*, in *Lav. giur.*, 5, 2013, pp. 463-465: due guardie giurate, impiegate presso la medesima società, in due diversi giudizi hanno visto l'una affermare, l'altra negare, l'esistenza di un demansionamento nel caso di mutamento dell'incarico da "capo turno" in semplice "addetto alla sorveglianza" (sul punto, cfr. Cass. civ., 3 marzo 2011, n. 5138, in *Lav. giur.*, 5, 2013, p. 461 ss., con nota di Rivero; Cass. civ., 4 marzo 2011, n. 5237, in *Danno e resp.*, 2012, 1, p. 42 ss., con nota di Malzani).

⁸ Cfr. S. Muggia, *Evoluzione giurisprudenziale nella qualificazione del danno da demansionamento*, in *Lav. giur.*, 2009, 5, p. 443 ss.

⁹ Prendendo unicamente il dato letterale, si potrebbe giungere alla conclusione che la modifica normativa abbia esteso in modo indefinito la possibilità di modificare le mansioni alle quali è adibito il prestatore di lavoro subordinato che, ai sensi dell'art. 2095 c.c., può essere inquadrato come dirigente, quadro, impiegato o operaio, senza tralasciare che l'inquadramento unico tra impiegati ed operai era già stato

i quali il demansionamento è oggi consentito¹⁰.

2. La riforma dell'art. 2103 c.c. ha comportato una netta inversione di tendenza rispetto alla normativa previgente, che circoscriveva la possibilità di mutare le mansioni alle quali era stato adibito il lavoratore entro l'ondivago confine della "equivalenza"¹¹ ed escludeva categoricamente il demansionamento, salvo che in alcuni

interpretato nel senso che «l'imprenditore può esercitare legittimamente lo *ius variandi*, riconosciutogli dall'art. 2103 Cod. Civ., allorché adibisca a mansioni operaie equivalenti l'operaio che precedentemente svolgeva mansioni impiegatizie purché – fermo restando il precedente trattamento economico e normativo – il lavoratore stesso possieda la capacità professionale per esercitare le nuove mansioni operaie e purché non derivi, a seguito di tale mutamento, alcun pregiudizio anche potenziale alla sua posizione economica e professionale in precedenza acquisita» (Cass. civ., 16 ottobre 1985, n. 5098, in *Mass. giur. lav.*, 1985, p. 541 ss., con nota di Sbocca, *Inquadramento unico, ius variandi e passaggio del lavoratore da mansioni impiegatizie a mansioni operaie*). Venuto meno il riferimento all'equivalenza, risulta oltremodo complicato ricostruire figure di demansionamento illecito senza entrare nella sfera della libertà di iniziativa economica del datore di lavoro: si potrebbe teoricamente assistere alla nascita della nuova figura di "operaio con funzioni direttive". In termini pratici, ad esempio, cfr. V. Ferrante, *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I quaderni del C.E.D.R.I.*, 1/2015, p. 5, che «propone come esempio paradossale quello del contratto collettivo del trasporto ferroviario AGENS per cui potrebbe accadere che "il capotreno venga adibito a mansioni di ufficiale di macchina nei collegamenti tramite ferry boat con le isole (livello "B") o che il tecnico verificatore faccia il carpentiere (livello "C")» (F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d. lgs. n. 81 del 2015*, in *WP*, cit., p. 15, n. 38). Non si può che concordare con C. Zoli, *La disciplina delle mansioni*, in L. Fiorillo, A. Perulli (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2016, p. 11, il quale afferma la necessità di una revisione dei sistemi classificatori, soprattutto per i modelli *broadbanding*. Una possibile chiave di lettura risolutiva è offerta da M. Brollo, *Disciplina delle mansioni*, cit., p. 61, secondo la quale la «dilatazione (in alcuni casi a dismisura) del perimetro delle mansioni legittimamente esigibili» rende necessaria un'azione interpretativa del Giudice che «potrebbe coltivare operazioni di contenimento del ruolo della contrattazione collettiva [...] ritagliando una estrema rete di salvaguardia della professionalità data dall'incompatibilità di certi compiti o attività lavorative, seppur ricompresi nello stesso livello o categoria legale di inquadramento», proprio come nella citata sentenza del 1985. In senso analogo, U. Gargiulo, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *W.P. C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" IT*, 257/2015, secondo il quale «non sempre le mansioni attribuite al lavoratore sono contemplate in modo esplicito dalle declaratorie negoziali. In tale evenienza, laddove si sia verificato un esercizio dello *ius variandi* di cui è posta in discussione la legittimità da parte del lavoratore, il giudice deve ricorrere a un qualche criterio per accertare che le mansioni svolte possano rientrare tra quelle contemplate nella declaratoria contrattuale. Il criterio da utilizzare non può che essere il contenuto professionale stesso di tali mansioni. Pertanto, il criterio dell'equivalenza continuerebbe a mantenere, sul piano dell'applicazione giurisprudenziale, lo stesso ruolo centrale che prima gli era attribuito in modo esplicito dal legislatore» [R. Galardi, *Art. 2103 c.c.*, in R. De Luca Tamajo, O. Mazzotta (a cura di), *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, Giuffrè, Milano, 2018].

¹⁰ Sui quali v. A. Avondola, *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2016, I, p. 369 ss., che individua un limite interno e due esterni; cfr. V. Del Gaiso, *Lo jus variandi nei sistemi italiano e inglese: brevi note comparative*, in *Dir. rel. ind.*, 2018, p. 854 ss.

¹¹ Al fine di delinearne la consistenza, sono stati utilizzati indici quali il "trattamento" e la "professionalità", nel tentativo di ancorare ad un dato oggettivo l'equivalenza delle mansioni «dovute per contratto, anche se non nominate o mai svolte prima» (M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, cit., p. 438).

casi ben precisi¹².

I limiti nei quali era stato per lungo tempo imbrigliato il datore di lavoro grazie all'art. 13, L. 20 maggio 1970, n. 300, sono stati scardinati da una riformulazione notevolmente più permissiva, sia nella misura in cui è divenuto lecito il mutamento *in peius* in un'articolata serie di circostanze¹³ che in relazione alla possibilità di attribuire al lavoratore compiti rientranti nello "stesso livello di inquadramento"¹⁴. La problematica dell'equivalenza si sposta quindi sul piano oggettivo, rendendo superflua ogni valutazione in concreto sulla professionalità del lavoratore¹⁵ non solo in prospettiva dell'eventuale progressione di carriera ma anche in merito alla

¹² Basti pensare alle deroghe previste in caso di maternità dall'art. 3, comma 4, L. 1204/1971, trasposte nell'art. 7, comma 4, D. Lgs. 151/2001; per invalidità sopravvenuta, ai sensi degli artt. 1, comma 7, e 4, comma 4, L. 68/1999 o dell'art. 42, D. Lgs. 81/2008; nelle ipotesi di accordi sindacali in sede di licenziamenti collettivi, in forza dell'art. 4, comma 11, L. 223/1991. La categoria più incerta, tuttavia, resta quella di matrice giurisprudenziale, improntata alla ricerca del "male minore" individuato nell'attribuzione di mansioni inferiori rispetto a quelle previste dalla legge o dalla contrattazione collettiva sulla base di una valutazione di preminenza dell'interesse del lavoratore a conservare il posto di lavoro piuttosto che a perderlo: cfr. Cass. civ., 7 settembre 1993, n. 9386, in *Pluris*; Cass. civ., 6 aprile 1999, n. 3314, in *Riv. it. dir. lav.*, 1999, II, p. 843, con nota di Bartalotta; Cass. civ., 29 marzo 2000, n. 3827, in *Mass. giur. it.*, 2000; Cass. civ., 18 marzo 2009, n. 6552, in *Arg. dir. lav.*, 2009, 4-5, 2, p. 1176, con nota di Villa; Cass. civ., 1° luglio 2014, n. 14944, in *Pluris*. Sul punto, cfr. M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, cit., p. 440.

¹³ Oltre alle ipotesi di modifica degli assetti organizzativi aziendali "che incidono sulla posizione del lavoratore" – definizione pressoché tautologica – oggi l'attribuzione a mansioni inferiori è consentita per espressa previsione della contrattazione collettiva (anche di prossimità) e nel caso della stipula di "accordi individuali", da sottoscrivere nelle sedi protette di cui agli artt. 2113 c.c. e 76, D. Lgs. 276/2003. Ciò significa che «la funzione centrale svolta in passato dalla giurisprudenza nella specificazione delle previsioni dell'art. 2103 [...] potrebbe essere ora acquisita dalla contrattazione collettiva, se opportunamente utilizzata» (F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., p. 9). Sul ruolo della contrattazione collettiva, v. anche M. Brollo, *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il Jobs Act: spunti dal caso Fiat/FCA*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2016, 3, p. 307 ss.

¹⁴ Nella vigenza della precedente formulazione, invece, la giurisprudenza aveva portato la tutela della professionalità del lavoratore ad un livello tale da preservarlo anche dalla "fungibilità orizzontale" prevista nei contratti collettivi (Cass. civ., 6 novembre 2018, n. 28240).

¹⁵ Secondo alcuni Autori, invece, «viene proposta una nozione di professionalità intesa come capacità professionale potenziale, come bagaglio di conoscenze potenzialmente polifunzionali utilizzabili in diverse aree lavorative, quale sintesi di formazione culturale di base e abilità tecnica acquisita attraverso l'esperienza, in una transizione da una professionalità statica che si potrebbe definire del "saper fare" ad una professionalità dinamica del "saper come fare" in cui è stato visto anche un recupero del valore prospettico dell'art. 2103 quale "norma che si propone la valorizzazione del patrimonio professionale dei lavoratori". Potrebbero, quindi, secondo tale modello di professionalità dinamica e, quindi, di equivalenza dinamica, non avere, al limite, rilievo criteri quali l'omogeneità e l'affinità dei precedenti compiti con la conseguenza che mansioni non equivalenti, sotto questo profilo, potrebbero, invece, risultarlo alla luce di processi di formazione o accrescimento delle capacità del lavoratore stesso» (P. Campobasso, *Lo ius variandi e la dimensione contrattuale*, in *Lav. giur.*, 12, 2014, p. 1098). Cfr. F. Butera, *Dalle occupazioni industriali alle nuove professioni*, FrancoAngeli, Milano, 1987, p. 77; G. Loy, *Formazione e rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1988; A. Viscomi, *Diligenza e prestazione di lavoro*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 34. In giurisprudenza, Cass. civ., 16 ottobre 1985, n. 5098, in *Mass. giur. lav.*, 1986, p. 541, con nota di Sbrocca; Cass. civ., 28 marzo 1995, n. 3623, in *Riv. it. dir. lav.*, 1996, 2, p. 375, con nota di M.T. Carinci; Trib. Napoli, 4 giugno 1986, in *Riv. it. dir. lav.*, 1987, 2, p. 541, con nota di Ghinoy.

riqualificazione talvolta indispensabile¹⁶: la formazione professionale è prescritta soltanto “ove necessario”, in assenza di esplicite conseguenze sanzionatorie¹⁷, senza che si possa individuare chiaramente il destinatario di tale obbligo¹⁸.

Consentendo variazioni dell’oggetto stesso del contratto in termini precedentemente considerati inaccettabili, la riformulazione dell’art. 2103 c.c., sia pur pensata con lo scopo di contenere le conseguenze della crisi economica¹⁹ e di chiarificare un criterio ambiguo²⁰, ha allargato le maglie dei comportamenti datoriali abusivi ai danni del lavoratore. È proprio nell’alveo dell’abuso del diritto, inteso non solo quale generale estensione del divieto di atti di emulazione²¹, ma soprattutto come incarnazione moderna del principio di cui all’art. 7 del progetto preliminare del codice civile, in base al quale «nessuno può esercitare il proprio diritto in contrasto con lo scopo per il quale il diritto medesimo gli è stato riconosciuto»²², che è possibile ricomprendere tutti quei comportamenti – astrattamente leciti²³ – mascheranti l’intento

¹⁶ Sull’importanza della formazione professionale, per alcuni Autori connotata con la causa del contratto di lavoro quale argine al rischio di desuetudine professionale, v. D. Garofalo, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, in *Lav. giur.*, 6, 2004, p. 529. Tra i primi sostenitori dell’interconnessione tra tutela della dignità del lavoratore e rispetto della sua professionalità anche attraverso l’adempimento dell’obbligo di formazione, cfr. M. Napoli, *Disciplina del mercato del lavoro ed esigenze formative*, in *Riv. giur. lav.*, 1997, I, p. 263 ss.; M. Rudan, *Il contratto di tirocinio*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 470 ss.

¹⁷ Anzi, l’unica precisazione operata dal legislatore è circoscritta alla previsione che il mancato adempimento dell’obbligo formativo non determina la nullità dell’atto di assegnazione delle nuove mansioni.

¹⁸ Così, più in generale, F. Guarriello, *Trasformazioni organizzative e contratto di lavoro*, Jovene, Napoli, 2000, p. 216 ss.

¹⁹ La legge delega, infatti, stabiliva tra i criteri direttivi della riforma 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».

²⁰ Cfr. M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *Lav. giur.*, 5, 2015, p. 442, il quale conclude che «il Jobs Act “tipologie contrattuali” vuole non ampliare ma limitare le assegnazioni a mansioni inferiori, moltiplicate nel disordine dalla precedente giurisprudenza». Questa chiave di lettura restituisce un apprezzamento positivo alla riforma, per lo meno in chiave teorica, poiché fotografa una prospettiva organica di innovazione. Purtroppo, l’intento innovatore e la modifica operata non possono ritenersi sufficienti in assenza di una rivisitazione degli inquadramenti professionali concretamente adottati dalla contrattazione collettiva che, basandosi sull’ormai desueto criterio dell’equivalenza, non ha mai dovuto preoccuparsi di distinguere un saldatore da un contabile (cfr. CCNL metalmeccanici, 3^a categoria).

²¹ Tale lettura circoscriverebbe l’applicazione della categoria ai soli comportamenti che, più in generale, integrerebbero condotte lesive della personalità del lavoratore senza avere alcun collegamento con il legittimo esercizio della libertà d’iniziativa economica: tra tutti, potrebbe essere il caso del *mobbing*, in cui la condotta del datore di lavoro, ascrivibile ad un comportamento lecito, risulta di fatto finalizzata solo ad arrecare danno al lavoratore.

²² F. Galgano, *Abuso del diritto: l’arbitrario recesso ad nutum della banca*, in *Contr. e impr.*, 1, 1998, p. 1.

²³ Cfr. R. Del Punta, *L’abuso nel diritto del lavoro*, in *Dir. priv.*, III, Cedam, Padova, 1997, p. 403 ss.

di raggiungere un risultato²⁴ che il legislatore non aveva previsto o, addirittura, intendeva contrastare. Se è vero che la teoria dell'abuso del diritto²⁵ non ha avuto particolare fortuna in ambito lavoristico, a causa della «intrinseca rigidità»²⁶ del diritto del lavoro dovuta ad un articolato sistema di vincoli e limitazioni, la formulazione apparentemente restrittiva del nuovo art. 2103 c.c. tradisce la finalità di esigere la «sussistenza di una giustificazione»²⁷ per l'esercizio di alcuni poteri e potrebbe ridare linfa vitale alla teoria della «congruenza causale»²⁸.

3. È un dato di fatto che l'art. 2103 c.c. post-riforma abbia perso la sua originaria inderogabilità²⁹, in favore di un assetto che dovrebbe prestarsi meglio alla riorganizzazione aziendale³⁰. La contrattazione collettiva, in tal senso, ha iniziato ad

²⁴ «In alcuni casi, il datore di lavoro o con comportamenti perfettamente conformi alla legge e quindi teoricamente privi di anti-giuridicità, o con condotte socialmente riprovevoli ma prive di una sanzione giuridica o con comportamenti violativi di norme e già sanzionati autonomamente, può perseguire finalità «altre» e ulteriori» (D. Garofalo, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, cit., 530).

²⁵ In merito alla configurabilità del licenziamento «abusivo», v. F. Stamerra, *Intento elusivo e licenziamento pretestuoso: quando la motivazione diventa frode*, in *Lav. giur.*, 2, 2018, p. 179 ss., spec. p. 191, e, *ivi*, analoga citazione in tal senso di M. Persiani, S. Liebman, *Il Nuovo Diritto Del Mercato Del Lavoro - La legge n. 92 del 2012 (cd. "riforma Fornero") dopo le modifiche introdotte dalla legge n. 99 del 2013*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 326. Cfr. F. Stamerra, *Disponibilità del diritto, violenza morale ed acquiescenza al licenziamento*, in *Lav. giur.*, 2, 2019, p. 193, spec. nota 35.

²⁶ D. Garofalo, *Mobbing e tutela del lavoratore*, cit., p. 523.

²⁷ D. Garofalo, *Mobbing e tutela del lavoratore tra fondamento normativo e tecnica risarcitoria*, cit., p. 522. Per un'esplicitazione di tale principio, cfr. Corte Cost., 22 febbraio 1989, n. 103, in *Giur. Cost.*, 1989, p. 1297, secondo la quale «il potere di iniziativa dell'imprenditore non può esprimersi in termini di pura discrezionalità o addirittura di arbitrio, ma deve essere sorretto da una causa coerente con i principi fondamentali dell'ordinamento ed in specie non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana».

²⁸ Secondo quest'interpretazione, si potrebbe inquadrare la modifica *in peius* delle mansioni come atto causale, finalizzato al soddisfacimento dell'interesse tutelato dal legislatore della legge delega che, nel disporre la modifica della disciplina delle mansioni, ha inteso trasporre in legge il «*repêchage* anche a mansioni inferiori» (M. Miscione, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, cit., p. 442) per contrastare la fuoriuscita dal mercato del lavoro di soggetti che, a causa di «processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi» rischierebbero di vedere lesa il proprio interesse «alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche».

²⁹ Così D. Garofalo, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, cit., p. 9 del dattiloscritto, che basa tale considerazione sulla constatazione che sono state introdotte tre deroghe all'ultimo comma della medesima norma; cfr. A. Perulli, *La "soggettivazione regolativa" nel diritto del lavoro*, in *Dir. rel. ind.*, 2019, p. 111 ss.

³⁰ Nello stesso senso, in realtà, «si segnalano alcuni interventi in controtendenza della contrattazione collettiva, che "causalizzano" lo svolgimento temporaneo di mansioni diverse nell'ambito della stessa categoria contrattuale alla sussistenza di esigenze T.O.P., da condividere a livello sindacale, essendo oggetto di informazione, preventiva³⁰ o successiva, a seconda della assenza o presenza di motivi di urgenza» (D. Garofalo, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, cit., p. 12 del dattiloscritto). Questo collegamento con la riorganizzazione aziendale può spingersi sino a configurare la legittimità del demansionamento per «modifica degli assetti organizzativi aziendali» «in presenza di una sorta di giustificato motivo oggettivo» (M. Brollo, *Capitolo XXI. Inquadramento e ius variandi*, cit., p. 830) ma,

allinearsi al mutato quadro normativo, assumendo il rinnovato ruolo di rilievo che il legislatore ha voluto – più o meno esplicitamente – assegnarle. Tuttavia, la problematica relativa alla trasformazione del livello di inquadramento nel parametro chiave per la delimitazione delle mansioni legittimamente esigibili si presta ad una lettura strettamente pratica, che probabilmente porta la discussione oltre i confini di quel che il governo ha preso in considerazione nell’elaborare la legge delegata. Non soltanto la nuova estensione letterale della norma estende la possibilità di demansionare legittimamente anche per «ulteriori ipotesi di assegnazione a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore» che «possono essere previste da contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale»³¹, ma occorre anche ricondurre a sistema la disposizione con la disciplina generale che consente alle associazioni dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o territoriale ovvero alle loro rappresentanze sindacali aziendali di sottoscrivere accordi in deroga ex art. 8, d.l. 138/2001. In quest’ottica, è dirimente la considerazione che

il modello di *ius variandi* derivante dalla riforma del 2015 conferisce all’autonomia individuale, sebbene assistita e nelle sedi protette, la possibilità di stipulare accordi di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione. La vigenza dell’art. 8 potrebbe rafforzare le garanzie in favore dei lavoratori, specie se le esigenze sottese alla stipula dell’accordo individuale dovessero dissimulare una frammentazione di interessi plurimi, gestiti con rapporto “uno a uno” da parte del datore di lavoro con il lavoratore. Viceversa, la sede contrattuale di prossimità potrebbe consentire l’emersione di situazioni collettive a tutta garanzia dei dipendenti³².

Per converso, sino ad ora la contrattazione collettiva si è mostrata più conservatrice di quanto auspicato dal legislatore, optando raramente per forme di sperimentazione negoziale³³, lasciando spazio ad una flessibilità gestionale regolata dalla contrattazione in deroga³⁴.

4. La conclusione logica alla quale conducono queste riflessioni è che il

contra, per altra dottrina l’espressione del legislatore è «troppo generica per essere identificata con il g.m.o.» (R. Romei, *La modifica unilaterale delle mansioni*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2019, I, p. 236).

³¹ Sulla necessità di una rilettura del requisito della rappresentatività in chiave costituzionale, v. P. Lambertucci, *I poteri del datore di lavoro nello Statuto dei lavoratori dopo l’attuazione del c.d. Jobs Act del 2015: primi spunti di riflessione*, in *Arg. dir. lav.*, 2016, 3, §6.

³² D. Garofalo, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, cit., p. 21 del dattiloscritto.

³³ «A fronte di contratti tuttora orientati verso un tentativo di recupero del criterio dell’equivalenza, si segnalano pochi casi di contratti aperti a modelli sperimentali o quanto meno innovativi» (D. Garofalo, *Lo ius variandi tra categorie e livelli*, cit., p. 18 del dattiloscritto).

³⁴ «In tale ipotesi, se le imprese in trasformazione richiedono una professionalità “plastica”, c’è la possibilità che le nuove regole permettano una professionalità “di” plastica, con il pericolo di un uso discriminatorio, vessatorio o ritorsivo del mutamento di mansioni in danno al lavoratore» (M. Brollo, *Tecnologie digitali e nuove professionalità*, in *Dir. rel. ind.*, 2, 2019, p. 496).

controlimite all'esercizio abusivo dello *ius variandi* sia rappresentato dalla radicale nullità del relativo atto per illiceità della causa concreta³⁵. La contrarietà della condotta alla *ratio* della norma rileva nei termini in cui «tutto quanto travalichi i limiti del legittimo esercizio del diritto *a latere datoris* costituisce abuso del diritto e lesione della sfera privata del lavoratore al quale, pertanto, non può essere sottratta la possibilità di “difendersi” nell’ambito di un rapporto ontologicamente “vulnerato”»³⁶. In definitiva, è nella combinazione tra il dovere generale di comportarsi secondo correttezza e buona fede e quello specifico posto in capo al datore di lavoro in merito alla tutela dell’integrità fisica e della personalità morale dei suoi lavoratori che prende vita il limite costituzionale di cui all’art. 41³⁷, comma 2³⁸ e 3³⁹, Cost.

³⁵ Sull’evoluzione delle teorie della causa del contratto, cfr. Alpa, *Il contratto in generale*, I, *Fonti, teorie, metodi*, in A. Cicu, F. Messineo, L. Mengoni, *Trattato di diritto civile e commerciale*, Giuffrè, Milano, 2014. Dalla visione economico-sociale di E. Betti (cfr. Id., *Teoria generale del negozio giuridico*, UTET, Torino, 1960) a quella economico-individuale di G.B. Ferri (cfr. Id., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966), l’interrogativo principale è stato quello in merito all’equilibrio tra la tipizzazione degli atti giuridici in schemi causali predeterminati e l’esplicitazione dei poteri di autonomia negoziale tipici del diritto privato. La teoria della causa in concreto, oggi largamente applicata in giurisprudenza, è stata utilizzata per contrastare l’abuso del diritto e per individuare «l’elemento discriminante in virtù del quale il giurista valuta se un atto privato ha il requisito della “meritevolezza”, e non è *contra legem*» (G. Iaccarino, *Il contratto nella prospettiva del notaio*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 7-8, 2018, p. 1149). *Ex plurimis*, v. Cass. civ., 23 maggio 1987, n. 4681, in *Foro it.*, 1989, I, c. 1510, con nota di Rocco; in *Orient. giur. lav.*, 1987, p. 830; Cass. civ., 19 febbraio 2000, n. 1898, in *Giust. civ.*, 2001, I, p. 2481; Cass. civ., 8 maggio 2006, n. 10490, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 3, 1, p. 299, con nota di Cuccovillo; in *Corriere giur.*, 2006, 12, p. 1718, con nota di Rolfi; Cass. civ., 25 maggio 2007, n. 12235, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, 11, 1, p. 1177, con nota di Azzarri; Cass. civ., 24 luglio 2007, n. 16315, in *Contr.*, 2008, 3, p. 241, con nota di Cavajoni; in *Danno e resp.*, 2008, 8-9, p. 845, con nota di Delli; in *Giur. it.*, 2008, 5, p. 1133, con nota di IZZI; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2008, 5, 1, p. 531, con nota di Nardi; in *Obbl. e contr.*, 2008, 1, p. 13, con nota di Parola; in *Foro it.*, 2009, 1, 1, v. 214; Cass. civ., 2 aprile 2009, n. 8038, in *Imm. e prop.*, 2009, 6, p. 382; in *Not.*, 2010, 1, p. 40, con nota di Chianale, La Porta; in *Giur. it.*, 2009, 12, p. 2658, con nota di Ferorelli; in *Riv. dir. civ.*, 2010, 1, 2, p. 81, con nota di Napoli; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2009, 10, 1, p. 998, con nota di Salvadori; in *Contr.*, 2009, 11, p. 986, con nota di Vespasiani; Cass. civ., 12 novembre 2009, n. 23941, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 5, 1, p. 448, con nota di Di Leo; in *Giur. it.*, 2010, 7, p. 1560; Cass. civ., SS. UU., 18 marzo 2010, n. 6538, in *Foro it.*, 2010, 9, 1, c. 2460, con nota di Costantino; in *Contr.*, 2010, 11, p. 1000, con nota di Di Biase; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, 7-8, 1, p. 748, con nota di Giuliano; in *Fall.*, 2010, 7, p. 799, con nota di Minutoli; in *Corr. giur.*, 2010, 9, p. 1190, con nota di Restuccia; in *Giur. it.*, 2010, 10, p. 2080, con nota di Spiotta; in *Not.*, 2010, 4, p. 366.

³⁶ D. Garofalo, *Mobbing e tutela del lavoratore*, cit., p. 528.

³⁷ In merito al quale v. F. Stamerra, *Ritorsione e giustificato motivo oggettivo nel difficile equilibrio tra prova effettiva e generica allegazione*, in *Lav. giur.*, 4, 2020, p. 354, e *ivi* ulteriore bibliografia.

³⁸ In base al quale l’iniziativa economica privata non può svolgersi in modo da recare danno alla dignità umana.

³⁹ Che, disponendo l’opportunità di un indirizzo a fini sociali dell’attività economica privata, cristallizza la preminenza della tutela della persona rispetto al vantaggio patrimoniale.