

WorkingPaper

ADAPT
www.adapt.it

UNIVERSITY PRESS

Associazione per gli Studi Internazionali e Comparati sul Diritto del lavoro e sulle Relazioni industriali

Lo jus variandi nei sistemi italiano e inglese

Brevi note comparative

Vincenzo Del Gaiso

Dottore di ricerca in diritto dell'economia, Università degli Studi di Napoli Federico II

Working Paper n. 5

ABSTRACT

Il presente studio propone una comparazione, in ambito di *jus variandi* datoriale, tra i sistemi italiano e inglese. A questo fine, enucleando i formanti, le divergenze e le comunanze dei due sistemi, è descritta, preliminarmente, la distinzione tra la fonte legislativa e quella giurisprudenziale, ovvero i formanti principali rispettivamente del sistema italiano e di quello inglese. L'articolo si concentra, in seguito, sull'analisi specifica della disciplina dello *jus variandi* datoriale, offrendo, prima, un quadro sinottico della riforma dell'art. 2103 c.c. e, poi, una ricognizione della disciplina inglese. Infine, si evidenziano le ripercussioni, in entrambi i sistemi, della disciplina del licenziamento su quella dello *jus variandi* datoriale.

I PUNTI CHIAVE DEL PAPER

- ❖ Il legislatore del 2015 ha confermato il principio della contrattualità delle mansioni: il lavoratore è obbligato a prestare l'attività lavorativa determinata mediante l'indicazione dei compiti specifici, ovvero le mansioni, al momento della costituzione del rapporto di lavoro.
- ❖ La nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. ha il fine ambizioso di eliminare il parametro dell'equivalenza sostanziale e ha sancito legittime ipotesi di demansionamento, uno specifico obbligo formativo e la modificabilità consensuale dell'oggetto contrattuale.
- ❖ La disciplina iperliberista dello *jus variandi* inglese, non essendoci stati interventi parlamentari in materia, è rinvenibile sia nei precedenti giurisprudenziali che nella disciplina contrattuale.
- ❖ Il reale impatto del nuovo art. 2103 c.c. è comprensibile se analizzato in combinato disposto sia con la disciplina legislativa che con i recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di licenziamento economico.

IL MESSAGGIO

L'Italia, intervenendo su tre baluardi statutari, ovvero gli artt. 18, 13 e 4, ha intrapreso un processo di avvicinamento verso quei sistemi giuridici maggiormente attenti alle prerogative datoriali rispetto a quelle del lavoratore: conseguentemente, l'asimmetria tra il garantismo individuale e la flessibilità dell'impresa, radicata nel sistema inglese, caratterizza, ormai, seppur meno marcatamente, quello italiano. Invero, in quest'ultimo ordinamento, se da un lato la modificabilità del contratto a iniziativa dell'imprenditore non può certamente essere risolta come nel passato pre-statutario in una facoltà datoriale implicita derivante dalla libera recedibilità *ex art.* 2118 c.c., dall'altro lato ci si avvicina nuovamente alla logica del «chi può il più può il meno».

Indice

| | |
|---|----|
| 1. Premessa | 4 |
| 2. L'individuazione delle mansioni di assunzione nei sistemi italiano e inglese | 8 |
| 3. Sintesi della disciplina in Italia dello <i>jus variandi</i> datoriale | 11 |
| 3.1. La mobilità orizzontale | 13 |
| 3.2. La mobilità discendente | 16 |
| 3.3. La variazione consensuale delle mansioni | 18 |
| 3.4. La mobilità ascendente..... | 19 |
| 4. Lo <i>jus variandi</i> inglese: quadro introduttivo | 20 |
| 4.1. Le clausole contrattuali | 21 |
| 4.2. L'incidenza della disciplina del licenziamento economico sullo <i>jus variandi</i> datoriale e le oscillazioni giurisprudenziali | 23 |
| 5. Il giustificato motivo oggettivo e l'art. 2103 c.c.: brevi riflessioni di una nuova relazione | 26 |
| 6. Conclusioni..... | 31 |

* L'articolo è in corso di pubblicazione in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2018, n. 3.

1. Premessa

Il contributo propone una ricognizione con spunti comparativi tra i sistemi italiano e inglese relativamente allo *jus variandi* ⁽¹⁾ datoriale e con particolare riferimento alle mansioni (è analizzata, inevitabilmente, anche la disciplina del licenziamento). L'idea di comparare due sistemi così diversi, o più semplicemente di trovare aspetti che li accomunino, può apparire ardita, se non azzardata; tuttavia, la ricerca scaturisce dalla supposizione che la portata della riforma Renzi dell'art. 2103 c.c. possa essere meglio valutata mediante la comparazione con un sistema iper liberista.

Cercando di enucleare i formanti ⁽²⁾, le divergenze e le comunanze dei due ordinamenti, la ricognizione deve necessariamente iniziare dalla distinzione tra la fonte legislativa e quella giurisprudenziale, formanti principali rispettivamente del sistema italiano e di quello inglese. Ebbene, se da una parte tale differenza ⁽³⁾ permane in modo radicale, dall'altra il sistema inglese ⁽⁴⁾ (in ambito laburistico), a partire dal 1963, è caratterizzato dalla presenza, accanto al *common law of contracts* ⁽⁵⁾, dell'interventismo normativo parlamentare, ovvero dello *statute law* ⁽⁶⁾: diritto che ha assunto un ruolo determinante per l'identificazione di standard minimi di tutela a favore dei lavoratori. Nel 1963 entra, infatti, in vigore il *Contracts of Employment Act* e, con esso, un periodo legale minimo

⁽¹⁾ La definizione general-civilistica dello *jus variandi* corrisponde al potere, di fonte legislativa o contrattuale, di modificare *ex uno latere* il vincolo contrattuale: l'unilaterale manifestazione di volontà incide sul rapporto negoziale senza necessità che vi sia il consenso dell'altra parte (G. IORIO, *Le clause attributive dello jus variandi*, Giuffrè, 2008, 16; P. GAGGERO, *La modificazione unilaterale dei contratti bancari*, Cedam, 1999, 4; P. SCHLESINGER, *Poteri unilaterali di modificazione («ius variandi») del rapporto contrattuale*, *GComm*, 1992, I, 24; G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, *BBTC*, 1987, II, 96).

La vicenda modificativa è posta, dunque, in posizione mediana rispetto a quella della costituzione e dell'estinzione: rispetto alla prima in quanto presuppone l'esistenza del rapporto, rispetto alla seconda perché è finalizzata alla conservazione del contratto seppur mediante la modificazione del medesimo (G. IORIO, *Le clause attributive dello jus variandi*, cit., 17).

In ambito lavoristico, invece, lo *jus variandi* consiste, secondo l'orientamento maggioritario, in quel potere "speciale" – da tener distinto da quello direttivo e/o di conformazione – attribuito al datore di modificare unilateralmente il contenuto della prestazione ovvero l'obbligazione principale del lavoratore (M. PERSIANI, *Contratto di lavoro e organizzazione*, Cedam, 1966, 187; G. GIUGNI, *Commento all'art. 13, in Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, a cura di G. GIUGNI, Giuffrè, 1979; A. PERULLI, *Il potere direttivo dell'imprenditore*, Giuffrè, 1990, 288; C. PISANI, *Le modificazioni delle mansioni*, Franco Angeli, 1996, 11; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore: mutamento di mansioni e trasferimento*, Giuffrè, 1997, 28; S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Utet, 2014, 752).

⁽²⁾ Il formante è la base giuridica su cui si sviluppa un ordinamento, se ne possono individuare tre: legislativo, giurisprudenziale e dottrinario. (A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, in *Trattato di diritto comparato*, a cura di R. SACCO, Utet, 2002, 5; U. MATTEI, *La sistemologia*, in *Che cos'è il diritto comparato*, a cura di R. SACCO, Giuffrè, 1992, 75 e ss.).

⁽³⁾ Sulla distinzione tra i sistemi di *common law* e di *civil law*, cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 34 ss.

⁽⁴⁾ Per una panoramica sul sistema inglese, cfr. A. GAMBARO, R. SACCO, *Sistemi giuridici comparati*, cit., 47-123.

⁽⁵⁾ È il diritto di natura giurisprudenziale che identifica il sistema del diritto anglo-americano.

⁽⁶⁾ Un principio di diritto, che dovrebbe applicarsi in base alla regola dello *stare decisis*, potrebbe essere superato: a) da una successiva *Statute Law* (difforme dal principio espresso precedentemente); b) dalla normativa dell'UE; c) dalla CEDU del 1950, ratificata con lo *Human Rights Act* del 1998 (A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia: verso lo "Stare decisis"?*, *RCDP*, 2014, 567 ss.).

di preavviso; nel 1965 è emanata una disciplina sui licenziamenti economici (*Redundancy Payments Act*); di lì a poco, nel 1971, viene approvato l'*Industrial Relation Act*, relativo alle conseguenze del licenziamento ingiustificato; il 1996 è l'anno dell'*Employment Rights Act* (da ora in poi ERA), a tutt'oggi la legge fondamentale del rapporto di lavoro subordinato. Nel 2002 è approvato un ulteriore *Employment Act* e, infine, nel 2008 si novella, in parte, l'ERA del 1996. Inoltre, seppur il Regno Unito, a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, ha la facoltà di esercitare il diritto di *opt out* ⁽⁷⁾, ovvero di scegliere di volta in volta se ratificare o meno le decisioni del Consiglio europeo, il diritto dell'UE ha influenzato non poco la disciplina lavoristica, soprattutto in tema di: orario di lavoro, trasferimento d'azienda, licenziamenti collettivi, lavoro part-time, contratto a termine e disciplina antidiscriminatoria ⁽⁸⁾.

Il sistema italiano, viceversa, risulta essere un ibrido: da una parte non si prevede la regola dello *stare decisis* ⁽⁹⁾; dall'altra, però, il precedente giudiziale ha assunto un valore sempre più vincolante e attribuirgli, oggi ⁽¹⁰⁾, un valore meramente persuasivo sarebbe quantomeno approssimativo. In alcune ipotesi ⁽¹¹⁾, infatti, il precedente può considerarsi certamente «semivincolante» ⁽¹²⁾ (si vedano ad esempio gli artt. 384, comma 2, e 393 c.p.c.). Inoltre, sia il rapporto gerarchico intercorrente tra le Sezioni

⁽⁷⁾ Il Regno Unito, prima del referendum del 23 giugno 2016 sulla permanenza nell'UE, noto anche come referendum sulla "Brexit", era stato il Paese membro dell'UE ad aver esercitato più sovente il diritto di *opt-out* e, precisamente, in relazione agli Accordi di Schengen, all'Unione economica e monetaria, alla Carta dei diritti fondamentali dell'UE e in ambito di giustizia e affari interni. Sull'influenza del diritto dell'UE su quello inglese, cfr. per tutti S. DEAKIN, G.S. MORRIS, *Labour Law*, Hart Publishing, 2012, 99 ss.

⁽⁸⁾ L. RATTI, *I Licenziamenti in Gran Bretagna*, in *Le discipline dei licenziamenti in Europa*, a cura di M. PEDRAZZOLI, Franco Angeli, 2014, 125 e 126, e A. AMIR, *Law of Employment*, Oxford University Press, 2016, 18-28.

⁽⁹⁾ È la regola che esprime «il principio dell'autorità formale, ossia dell'obbligatorietà del precedente giudiziale» (F. DE FRANCHIS, *Dizionario giuridico*, I, Giuffrè, 1984, 1384; per uno spunto storico si vedano 494 ss.).

⁽¹⁰⁾ Nel lontano 1955 G. GORLA osservava che i precedenti giurisprudenziali italiani avevano soltanto una *persuasive authority* (G. GORLA, *Il contratto – Problemi fondamentali trattati con il metodo comparativo e casistico*, Giuffrè, 1955, I, 333). Il medesimo A., tuttavia, nel 1976 riteneva sulla base dall'interpretazione dell'art. 65 del r.d. del 30 gennaio 1941, n. 12, che la Corte di cassazione avesse il compito di garantire l'uniformità dell'interpretazione della legge (G. GORLA, *Postilla su «l'uniforme interpretazione della legge e i tribunali supremi»*, *FI*, 1976, V, 127 e 135).

⁽¹¹⁾ Mi riferisco: 1) alle sentenze costituzionali di accoglimento (R. GUASTINI, *Le fonti del diritto. Fondamenti teorici*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, a cura di A. CICU, F. MESSINEO, L. MENGONI, P. SCHLESINGER, Giuffrè, 2010, 389; N. LIPARI, *Le fonti del diritto*, Giuffrè, 2008, 79); 2) al dovere del giudice del rinvio di conformarsi al principio di diritto statuito dalle sentenze della Cassazione civile (artt. 384, comma 2, c.p.c. e 393 c.p.c.; si veda sul punto Cass. 28 maggio 2003, n. 8485, *RFI*, 2003, voce "Cassazione civile", n. 294; Cass. 24 maggio 2007, n. 12095, *MGC*, 2007, 5); 3) alla vincolatività delle sentenze di annullamento emanate dalla Cassazione penale per il giudice del rinvio (cfr. artt. 623, lett. a, 627, comma 3, e 173, comma 2, disp. att. c.p.p.; si veda sul punto R.L. POLIZZI, *Il valore del precedente in Corte d'Appello*, in *Interpretazione e precedente giudiziale in diritto penale*, a cura di G. COCCO, Cedam, 2005, 203); 4) alle sentenze interpretative della C. giust. che possono comportare la disapplicazione delle norme interne in caso di incompatibilità (art. 267, TFUE; si veda sul punto D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, PUF, 2001, 652 ss. e 699 ss.); 5) alle sentenze di stampo ermeneutico della C. edu. Cfr., anche, V. NUZZO, *La norma oltre la legge: causali e forma del licenziamento nell'interpretazione del giudice*, Satura Editrice, 2012, 23-40, specialmente 39 e 40.

⁽¹²⁾ G. VERDE, *Diritto processuale civile*, Zanichelli, 2010, II, 249. Parla espressamente di carattere vincolante del precedente, tra gli altri, A. MANIACI, *Il precedente giudiziale in Italia*, cit., 567 ss.

semplici e Unite della Cassazione, ai sensi dell'art. 374, comma 3, c.p.c. ⁽¹³⁾, sia la riforma processuale del 2009 che ha introdotto, mediante l'art. 360-bis c.p.c. ⁽¹⁴⁾, un filtro di ammissibilità, propendono a elevare la giurisprudenza a fonte formale del diritto ⁽¹⁵⁾. L'attuale ordinamento italiano, seppur indirettamente, attribuisce al precedente giurisprudenziale carattere vincolante. Ed ancora, le sentenze interpretative a connotato nomofilattico non sono emanate unicamente dalla C. giust. (*ex art. 267 TFUE*) ma anche dalle nostre Corti, pure al di fuori della giurisdizione costituzionale. Si pensi, in ambito laburistico, all'art. 420-bis c.p.c. che prevede la possibilità di ricorrere in Cassazione per avere la pronuncia di un *dictum* vincolante in merito all'efficacia, validità e interpretazione di un contratto collettivo ⁽¹⁶⁾.

Tuttavia, benché si sia assistito, nel corso degli ultimi decenni, ad un incremento del peso specifico sia dello *statute law*, nel sistema inglese, che del precedente giurisprudenziale nel sistema italiano, dalla nostra analisi si evincerà una essenziale differenza tra i due ordinamenti proprio in relazione ai loro formanti: giurisprudenziale, da un lato, e legislativo, dall'altro. Lo *jus variandi* datoriale in Italia, in effetti, trova la propria fonte normativa e inderogabile ⁽¹⁷⁾ nell'art. 2103 ⁽¹⁸⁾ c.c. differentemente

⁽¹³⁾ La norma delinea un principio di autorità gerarchica a favore delle Sezioni Unite in quanto qualora una sezione semplice non condivida un principio di diritto enunciato dalle prime, dovrà rimettere alle medesime, tramite ordinanza, la decisione del ricorso. Secondo una parte della dottrina, l'art. 374, comma 3, c.p.c., ha per la prima volta attribuito un valore legale, seppur circoscritto, al precedente (R. RORDORF, *Stare decisis: osservazioni sul valore del precedente giudiziario nell'ordinamento italiano*, *FI*, 2006, V, 284; A. ABIGNENTE, *Giustificazione del precedente ed argomentazione giuridica*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, I, Esi, 2007, 5; di senso contrario F. AULETTA, *Profili nuovi del principio di diritto (il «vincolo delle sezioni semplici al precedente delle sezioni unite»)*, in *Diritto processuale civile e Corte costituzionale*, a cura di E. FAZZALARI, Esi, 2006, 8 ss.

⁽¹⁴⁾ La l. n. 69/2009, introducendo l'art. 360-bis ⁽¹⁴⁾, istituisce un filtro di ammissibilità, quando «il provvedimento impugnato ha deciso le questioni di diritto in modo conforme alla giurisprudenza della Corte e l'esame dei motivi non offre elementi per confermare e mutare l'orientamento della stessa». Relativamente all'interpretazione della disposizione, cfr.: G. RAITI, *Brevi note sul «filtro» in Cassazione secondo la legge di riforma al codice civile di rito civile 18 giugno 2009, n. 69*, *RDP*, 2009, 1601; C. CONSOLO, *Una buona «novella» al c.p.c.: la riforma del 2009 (con i suoi artt. 360 bis e 614 bis) va ben al di là della sola dimensione processuale*, *CG*, 2009, 737; G. VIDIRI, *Art. 360-bis c.p.c. e nomofilachia: verso un diritto a formazione giurisprudenziale? (considerazioni «minime» di un giudice del lavoro)*, *RIDL*, 2009, I, 505; A. ABIGNENTE, *Vincolo del precedente e certezza dell'argomentazione: nota in margine alla legge 18 giugno 2009, n. 69 sulla riforma del giudizio di Cassazione*, *RIDL*, 2009, III, 421; A. PROTO PISANI, *Ancora una legge di riforma a costo zero del processo civile (note a prima lettura)*, *FI*, 2009, V, c. 222; R. POLI, *Il c.d. filtro di ammissibilità del ricorso per cassazione*, *RDP*, 2010, 363.

⁽¹⁵⁾ A. MANIÀCI, *Il precedente giudiziale in Italia*, cit., 567 ss.

⁽¹⁶⁾ Cass. 8 febbraio 2008, n. 3098, *Lex24*. In dottrina, M. MARAZZA, *L'accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi nazionali*, *ADL*, 2007, 1094 e S. LIEBMAN, *Brevi note in tema di accertamento pregiudiziale sull'efficacia, validità ed interpretazione dei contratti collettivi di lavoro*, *ADL*, 2008, 1028.

⁽¹⁷⁾ Sulla crisi dell'inderogabilità dell'art. 2103 c.c., cfr. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 262/2015, 1-5; M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, in *Commento al D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, a cura di F. CARINCI, *Adapt e-Book*, n. 48/2015, 89 ss.; ID., *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, in *Contrattazione in deroga*, a cura di F. CARINCI, Ipsoa, 2012, 387 ss. Si vedano anche le osservazioni di U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel «nuovo» art. 2103 cod. civ.*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 268/2015, 20 e 21.

⁽¹⁸⁾ Tale disposizione si somma alle molteplici fattispecie legislative che attribuiscono ad una delle parti contrattuali il potere unilaterale di modifica del rapporto. Si pensi a titolo esemplificativo alle norme in tema di appalto (art. 1661, comma 1, c.c.), di trasporto (art. 1685, comma 1, c.c.), di mandato (1711,

dall'Inghilterra in cui, non essendoci stati interventi parlamentari in materia, da una parte la disciplina è rinvenibile nei precedenti giurisprudenziali e dall'altra assume primo rilievo la disciplina contrattuale: non è raro, invero, che in Inghilterra le parti predispongano specifiche clausole di mobilità che attribuiscono al datore un vero e proprio potere di *jus variandi*. Nell'ordinamento laburistico italiano, tale prassi contrattuale è ammessa – ma solo qualora le clausole del contratto individuale derogano *in melius* ⁽¹⁹⁾ per il prestatore il precetto inderogabile dell'art. 2103 c.c. – ma inusuale. Differentemente, in ambito civilistico, le clausole attributive dello *jus variandi* sono comuni e compatibili, secondo l'orientamento maggioritario ⁽²⁰⁾, sia con la nozione di autonomia contrattuale che, conseguentemente, con gli artt. 1321, 1325 e 1372 c.c.

comma 2, c.c.), di spedizione (art. 1739, comma 1, c.c.). Anche il legislatore comunitario, rivolgendosi a quello nazionale, ha contemplato la possibilità di attribuire alle parti tale potere (dir. 93/13/CEE relativa ai contratti con i consumatori e dir. 90/314/CCE relativa ai viaggi, vacanze e pacchetti turistici).

⁽¹⁹⁾ Relativamente all'inderogabilità in generale nel diritto del lavoro, cfr. il classico di R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, 1976 (consultabile, pure, in R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile e altri scritti scelti*, a cura di L. CALCATERRA, ES, 2018), e, anche R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, in *Contratti di lavoro, mansioni e misure per la conciliazione vita-lavoro nel Jobs Act 2*, a cura di E. GHERA, D. GARAFALO, Cacucci, 2015, 199 ss.; R. DE LUCA TAMAJO, *Il problema dell'inderogabilità delle regole a tutela del lavoro: passato e presente*, *DLRI*, 2013, 715 ss. (anche tale saggio è consultabile in R. DE LUCA TAMAJO, *La norma inderogabile e altri scritti scelti*, cit.); A. ZOPPOLI, *Il declino dell'inderogabilità?*, *DLM*, 2013, 53 ss.; G. FONTANA, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli, 2010; M. NOVELLA, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, 2009; C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, *DLRI*, 2008, n. 119, 341 ss.; P. ICHINO, *Inderogabilità ed effettività della norma nel mercato del lavoro bipolare*, *RIDL*, 2008, I, 407 ss.; A. OCCHINO, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *RGL*, 2008, I, 183 ss.; A. ALBANESE, *La norma inderogabile nel diritto civile e nel diritto del lavoro tra efficienza del mercato e tutela della persona*, *RGL*, 2008, 165 ss.; M. NAPOLI, *Interrogativi sull'inderogabilità*, *RGL*, 2008, I, 157 ss.; R. VOZA, *L'inderogabilità come attributo genetico del diritto del lavoro, un profilo storico*, *RGL*, 2006, I, 227 ss.; E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma disponibile, norma suppletiva*, *RDC*, 2001, 573 ss.; P. TOSI, *Disponibilità individuale e collettiva dei diritti soggettivi nascenti da norme inderogabili*, *ADL*, 1999, 615 ss.; M. NOVELLA, *Considerazioni sul regime giuridico della norma inderogabile nel diritto del lavoro*, *ADL*, 2003, I, 512; R. VOZA, *Norma inderogabile e autonomia individuale assistita*, *DLRI*, 1998, 605; A. VALLEBONA, *Norme inderogabili e certezza del diritto: prospettive per la volontà assistita*, *DL*, 1992, I, 479 ss.; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, *RCDP*, 1985, 427 ss.; C. SMURAGLIA, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, a cura di L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, Cedam, 1971, III, 722 ss.

⁽²⁰⁾ G. IORIO, *Le clausole attributive dello jus variandi*, cit., 164. Ricordiamo, ad esempio, le clausole di indicizzazione (F. CARBONETTI, *Indicizzazione e contratto nell'età dell'inflazione*, Giuffrè, 1988; E. QUADRI, *Le clausole monetarie. Autonomia controllo nella disciplina dei rapporti monetari*, Giuffrè, 1981; P. TARTAGLIA, *L'adeguamento del contratto alle oscillazioni monetarie*, Giuffrè, 1984), di revisione, di salvaguardia e di forza maggiore (G. IORIO, *Le clausole attributive dello jus variandi*, cit., 114). Sull'orientamento minoritario che considera ammissibili unicamente le ipotesi di *jus variandi* di fonte legislativa, cfr. G.A. RESCIO, *Clausola di modifica unilaterale del contratto e bancogiro di somma erroneamente accreditata*, *BBTC*, 1987, II, 96 ss.

2. L'individuazione delle mansioni di assunzione nei sistemi italiano e inglese

L'individuazione delle mansioni di assunzione al tempo stesso circoscrive l'obbligazione principale del lavoratore e rappresenta «il punto di partenza»⁽²¹⁾ per la valutazione della legittimità di eventuali modifiche della prestazione. D'altronde, solo una sufficiente identificazione dei compiti iniziali convenuti dalle parti consente all'interprete di valutare se la modifica unilaterale delle mansioni rappresenti l'esercizio del potere datoriale (direttivo e/o di conformazione)⁽²²⁾ di specificare la prestazione lavorativa oppure, all'opposto, una variazione della prestazione inizialmente dedotta nel contratto. Invero, solo in tale ultimo caso sarà necessario il giudizio sulla legittimità dell'esercizio dello *jus variandi* datoriale.

Con la riforma del 2015, in Italia, viene riconfermato il principio di contrattualità delle mansioni⁽²³⁾: il lavoratore è obbligato a prestare l'attività lavorativa determinata (mediante l'indicazione dei compiti specifici, ovvero le mansioni⁽²⁴⁾) al momento della costituzione del rapporto di lavoro⁽²⁵⁾. Invero, la più recente riforma del *Jobs Act*, così, come l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori del 1970 non hanno modificato l'*incipit* dell'art. 2103 c.c. in base al quale il lavoratore «deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto». Nei casi, seppur rari⁽²⁶⁾, in cui le parti indicano in modo espresso e analitico tutte le mansioni concrete che formano la prestazione lavorativa convenuta, ovvero nell'ipotesi in cui vi sia un'organizzazione del lavoro «estremamente parcellizzata»⁽²⁷⁾, è facilitata l'assegnazione di mansioni non comprese tra quelle contrattualizzate. Diversamente, l'operazione di identificazione delle mansioni di assunzione risulta più difficoltosa sia in assenza di un accordo espresso sul contenuto della prestazione lavorativa, sia quando le parti si limitano a indicare la categoria o il livello di inquadramento previsti dal contratto collettivo⁽²⁸⁾. Quest'ultimo, in effetti, è strumento per la determinazione sia del debito gravante sul datore (ovvero per l'individuazione del trattamento retributivo) che «del debito di prestazione»⁽²⁹⁾ gravante sul lavoratore. A seguito della novella del 2015, infatti, la scala classificatoria contrattuale «segna ora la soglia, valutata e misurata delle parti sociali, non soltanto del

⁽²¹⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, 2015, 5.

⁽²²⁾ Per M. PERSIANI, *Contratto di lavoro ed organizzazione*, Cedam, 1966, 187, il potere direttivo, sostanziandosi nella scelta della prestazione dovuta, può essere configurato quale potere di conformazione o di specificazione. In senso contrario, a favore della distinzione tra il potere di conformazione e quello direttivo in senso stretto G. D'EUFEMIA, *Le situazioni soggettive del lavoratore dipendente*, Giuffrè, 1958, 78, e S. HERNANDEZ, *posizioni non contrattuali nel rapporto di lavoro*, Cedam, 1968, 132 ss.

⁽²³⁾ Per orientamento consolidato il termine “mansioni” indica «l'attività dedotta nel contratto sotto vincolo di subordinazione» (G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963, 3).

⁽²⁴⁾ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, 144.

⁽²⁵⁾ Cass. 21 agosto 2014, n. 18121, *Lex24*.

⁽²⁶⁾ La prassi è, infatti, una certa indeterminatezza dell'oggetto contrattuale (L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento: tra impossibilità sopravvenuta ed eccessiva onerosità*, ES, 2009, 75 e 77).

⁽²⁷⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 6.

⁽²⁸⁾ C. PISANI, *op. loc. ult. cit.*, 6 e 7.

⁽²⁹⁾ 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*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, n. 257/2015, 8.

medesimo trattamento economico e della medesima disciplina normativa, ma pure della medesima prestazione di lavoro esigibile»⁽³⁰⁾. Tuttavia, parte della dottrina ritiene, condivisibilmente, che le classificazioni della contrattazione collettiva non possano essere criterio «di determinabilità delle mansioni dedotte nel contratto *ex art. 1346 c.c.*»⁽³¹⁾. Dunque, non tutte le mansioni inquadrare in un medesimo livello rientrano tra quelle di assunzione⁽³²⁾. Tale conclusione può essere condivisa. Si consideri⁽³³⁾, infatti, che ai sensi dell'art. 1346 c.c. l'oggetto del contratto deve essere «determinato o determinabile» e, allo stato attuale, le classificazioni della contrattazione collettiva non possiedono i requisiti richiesti dalla summenzionata norma, riunendo, il più delle volte, una pluralità di attività tra loro eterogenee⁽³⁴⁾; inoltre le mansioni, pur ricomprese nello stesso livello di inquadramento, possono richiedere una professionalità non acquisibile mediante la formazione; infine è il medesimo comma 1 dell'art. 2103 c.c. che distingue testualmente, mediante la proposizione «ovvero», le mansioni «per le quali il lavoratore è stato assunto» da quelle «riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». La «disgiuntiva ovvero» palesa l'intenzione del legislatore di non «includere fin dall'inizio nelle mansioni di assunzione anche tutte quelle dello stesso livello»⁽³⁵⁾. È evidente, pertanto, che «all'inizio del rapporto le ultime mansioni, precedenti alla prima modifica, possono solo essere quelle di assunzione»⁽³⁶⁾ perché, ragionando a contrario, se tutte le mansioni dello stesso livello fossero incluse fin dall'inizio nel contratto, esse potrebbero essere esigibili dal datore al pari di quelle di assunzione⁽³⁷⁾.

Anche in Inghilterra l'individuazione delle mansioni di assunzione può avvenire su base contrattuale. Nel 1996, l'ERA⁽³⁸⁾ ha stabilito che i termini principali della prestazione lavorativa siano indicati per iscritto dal datore di lavoro: questi, infatti, ha l'obbligo di effettuare una dichiarazione scritta⁽³⁹⁾ («written statement of particulars of

⁽³⁰⁾ M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act*, ADL, 2015, 1164; ID., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, cit., 56. Si veda anche: E. GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, a cura di G. ZILIO GRANDI, M. BIASI, Cedam, 2016, 537; E. BALLETTI, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, 2016, 22, relazione al convegno Aidlass, Napoli 16 e 17 giugno 2016, consultabile sul sito www.aidlass.it; F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 7-8.

⁽³¹⁾ C. PISANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³²⁾ In senso contrario, ma in riferimento alla norma dell'equivalenza: G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., 554-555; U. ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, in AA.VV., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 226 ss.; M. PERSIANI, *Prime osservazioni sulla disciplina delle mansioni e dei trasferimenti dei lavoratori*, DL, 1971, I, 17-18; L. MENGONI, *La cornice legale*, QDLRI, 1987, I, 45; T. TREU, *Statuto dei lavoratori: vent'anni dopo*, QDLRI, 1989, n. 6, 1029; R. PESSI, *Contributo allo studio della fattispecie lavoro subordinato*, Giuffrè, 1989, 79; R. CORRADO, *Il lavoratore nell'organizzazione dell'impresa*, in *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, a cura di L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, II, Cedam, 1971, 196 ss.; in giurisprudenza la Cassazione (sez. un. 7 agosto 1998, n. 7755, FI, 1999, I, 202) ha statuito che l'«art. 2103 c.c., novellato dall'art. 13, individua l'oggetto del contratto non solo nelle mansioni ivi indicate al momento dell'assunzione ma anche in quelle equivalenti alle ultime effettivamente svolte».

⁽³³⁾ Sul punto si veda C. PISANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁴⁾ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., 554.

⁽³⁵⁾ C. PISANI, *op. loc. ult. cit.*, 8. In senso contrario A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 c.c. dopo il Jobs Act*, RIDL, I, 2016, 378.

⁽³⁶⁾ C. PISANI, *op. loc. ult. cit.* e Cass. 21 agosto 2014, n. 18121, Lex24.

⁽³⁷⁾ C. PISANI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³⁸⁾ Sez. 1, parte I.

⁽³⁹⁾ Il datore di lavoro, in realtà, ha un termine di due mesi, decorrente dall'inizio del rapporto di lavoro, per consegnare al suo dipendente la dichiarazione scritta (sez. 1 (2), parte I, dell'ERA) e eventuali

employment») ogni qual volta assuma un dipendente subordinato, a esclusione di alcune categorie di lavoratori (certi tipi di marinai ⁽⁴⁰⁾, dipendenti che lavorano fuori dalla Gran Bretagna ⁽⁴¹⁾ e impiegati da meno di un mese ⁽⁴²⁾). In particolare, la dichiarazione iniziale deve indicare ⁽⁴³⁾ le parti e specificare sia la data di inizio del rapporto che ulteriori condizioni ⁽⁴⁴⁾ contrattuali tra cui il titolo del lavoro (*title of the job*) ⁽⁴⁵⁾ e, quindi, la specifica posizione lavorativa ricoperta dal prestatore, o la descrizione della prestazione lavorativa («a brief description of the work for which he is employed») ⁽⁴⁶⁾, ovvero una *job's description*. Quest'ultima indica le caratteristiche principali della prestazione lavorativa ⁽⁴⁷⁾ ovvero le mansioni, le responsabilità e i doveri del lavoratore ed il posizionamento gerarchico di quest'ultimo, potendo rappresentare, per tale ragione, uno strumento utile all'identificazione delle mansioni di assunzione. Si noti, inoltre, che la *job's description* può essere più o meno specifica. Nella prima ipotesi, il datore di lavoro potrebbe non avere la legittimazione a esigere una certa "flessibilità interna", mentre, una descrizione con confini labili produrrebbe due effetti: a) da una parte consentirebbe (con maggiore facilità) al datore di adibire il lavoratore a mansioni diverse da quelle di assunzione ⁽⁴⁸⁾; b) sarebbe più arduo per il lavoratore provare un eventuale licenziamento ingiustificato o per esubero ⁽⁴⁹⁾.

Un altro aspetto rilevante (e valente in entrambi gli ordinamenti) per l'individuazione delle mansioni di assunzione è l'interpretazione della reale volontà delle parti ⁽⁵⁰⁾ – da cui possono derivare i "termini impliciti" ⁽⁵¹⁾ del contratto inglese – che può essere dedotta dalle vicende precontrattuali ⁽⁵²⁾ e dal "ruolo" ⁽⁵³⁾ effettivo che ricopre il lavoratore all'interno dell'organizzazione.

modifiche della stessa devono essere comunicate dal datore al lavoratore, ancora una volta, mediante una specifica comunicazione scritta (sez. 4, parte I, rubricata *Statement of changes*, dell'ERA). Tale obbligo previsto dalla sez. I, parte I, dell'ERA, può essere paragonato a quello analogo previsto in Italia dall'art. 96, comma 1, disp. att., c.c., in combinato disposto con l'art. 1 del d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152.

⁽⁴⁰⁾ Sez. 199, parte XIII, dell'ERA.

⁽⁴¹⁾ Questo si evincerebbe dai principi generali della sez. 196, parte XIII, dell'ERA del 1996 (seppur la sez. 196 sia stata abrogata dall'*Employment Relations Act* del 1999) (I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, Oxford University Press, 2013, 80).

⁽⁴²⁾ Sez. 198, parte XIII, dell'ERA.

⁽⁴³⁾ Cfr., ancora, la sez. 1, parte I, dell'ERA.

⁽⁴⁴⁾ Ulteriori condizioni contrattuali relative: alla remunerazione e alla sua periodicità; alle vacanze (indicando i giorni festivi e le ferie); alle ipotesi di inabilità, malattia o infortunio; alla pensione e alla previdenza; alla durata del preavviso che il lavoratore ha l'obbligo di dare e al diritto di riceverlo in caso di licenziamento; alla durata del contratto qualora sia a tempo determinato; al luogo di lavoro; ai contratti collettivi i cui termini e condizioni si applicano al singolo rapporto di lavoro; all'ipotesi in cui il lavoratore lavorasse per un periodo al di fuori del Regno Unito (si veda la sez. 1 (4), parte I, dell'ERA).

⁽⁴⁵⁾ Sez. 1 (4), lett. f, parte I, dell'ERA.

⁽⁴⁶⁾ Sez. 1 (4), lett. f, parte I, dell'ERA.

⁽⁴⁷⁾ B. CUSHWAY, *The handbook of model job descriptions*, Kogan Page, 2003, 2-9.

⁽⁴⁸⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 81.

⁽⁴⁹⁾ I. SMITH, A. BAKER, *op. ult. cit.*, 81 e 567.

⁽⁵⁰⁾ G. GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, cit., 116; L. MENGONI, *Lezioni sul contratto di lavoro*, Celuc, 1971, 68; L. RIVA SANSEVERINO, *Diritto del Lavoro*, Cedam, 1958, 64.

⁽⁵¹⁾ A. AMIR, *Law of Employment*, cit., 90-95.

⁽⁵²⁾ P. TOSI, *Il dirigente di azienda*, Franco Angeli, 1974, 205 ss.

⁽⁵³⁾ F. LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit., 136; C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 10.

3. Sintesi della disciplina in Italia dello *jus variandi* datoriale

Si cercherà, ora, di offrire un quadro sinottico della nuova disciplina dello *jus variandi* introdotta dalla riforma del 2015.

La “crisi” dell’inderogabilità dell’art. 2103 c.c. è stata confermata dalla riforma del 2015 ⁽⁵⁴⁾ che, novellando la disciplina della mobilità *orizzontale* (comma 1), *discendente* (commi 2 e 4), *ascendente* (comma 7) e della variazione consensuale delle mansioni (comma 6), rappresenta un *continuum* con gli interventi normativi, le evoluzioni giurisprudenziali ⁽⁵⁵⁾ e il ruolo della contrattazione collettiva degli ultimi anni ⁽⁵⁶⁾.

Rispetto agli interventi normativi, il legislatore, in varie fattispecie, ha previsto, ben prima del 2015, la possibilità di demansionare il lavoratore, sia temporaneamente che in via definitiva, per tutelare beni costituzionali ritenuti prevalenti rispetto alla professionalità del medesimo. Le eccezioni della regola dell’equivalenza professionale, per altro tutt’oggi in vigore, riguardano: *a)* le lavoratrici madri durante il periodo di gestazione e fino a sette mesi dopo il parto ⁽⁵⁷⁾; *b)* i lavoratori in esubero nell’ambito di procedure di mobilità ⁽⁵⁸⁾; *c)* i lavoratori divenuti invalidi, disabili o inabili professionalmente ⁽⁵⁹⁾; *d)* i lavoratori divenuti inadatti alla mansione specifica con diritto alla conservazione della retribuzione di provenienza ⁽⁶⁰⁾; *e)* i lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici o biologici ⁽⁶¹⁾. Infine, l’art. 567-*bis*, l. n. 147/2013, prevede che i lavoratori rimasti in esubero al termine di una procedura di mobilità, riguardante una società partecipata pubblica, possano chiedere di essere ricollocati in una qualifica inferiore. Secondo alcuni, tali ipotesi, confermavano l’inderogabilità del previgente art. 2103 c.c., perché deroghe eccezionali, specifiche e puntuali del disposto normativo; per altri, invece, rappresentavano «le porte al declino della norma inderogabile e alla disapplicazione della norma lavoristica ogni volta che» entrava «in gioco la salvaguardia del bene superiore del posto di lavoro» ⁽⁶²⁾.

Anche sul versante giurisprudenziale si era cercato, seppur con andamento carsico, di attenuare l’inderogabilità del previgente art. 2103 c.c. Invero, la Suprema corte aveva

⁽⁵⁴⁾ La prima riforma dell’art. 2103 c.c., con una *ratio* ben diversa da quella recente, avvenne nel 1970 ad opera dell’art. 13 dello Statuto dei lavoratori. Tra gli autori, *ex multis*, che hanno esaminato quest’ultima norma, si vedano G. GIUGNI, *Commento all’art. 13*, in *Lo Statuto dei lavoratori. Commentario*, a cura di G. GIUGNI, Giuffrè, 1979; F. LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit.; M. DELL’OLIO, *L’oggetto e la sede della prestazione di lavoro. Le mansioni, la qualifica, il trasferimento*, in *Trattato di Diritto privato*, a cura di in P. RESCIGNO, vol. 15, I, Utet, 1986, 501 ss.; C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, 1996; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, in *Il Codice Civile. Commentario*, a cura di in P. SCHLESINGER, Giuffrè, 1997; U. GARGIULO, *L’equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, Rubbettino, 2008.

⁽⁵⁵⁾ Si vedano a favore di una interpretazione più elastica del principio di equivalenza: Cass. 22 maggio 2014, n. 11395, *Lex24* e Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, *Lex24*.

⁽⁵⁶⁾ R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 2-5.

⁽⁵⁷⁾ Art. 7, comma 4, d.lgs. 26 marzo 2001, n. 151.

⁽⁵⁸⁾ Art. 4, comma 11, l. 23 luglio 1991, n. 223.

⁽⁵⁹⁾ Artt. 1, comma 7, 4, comma 4, 10, comma 3, della l. n. 68/1999.

⁽⁶⁰⁾ Art. 42, comma 1, d.lgs. n. 81/2008.

⁽⁶¹⁾ Art. 229, comma 5, d.lgs. n. 81/2008.

⁽⁶²⁾ M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, cit., 389.

statuito⁽⁶³⁾, ad esempio, che la predetta norma dovesse essere interpretata alla stregua di un bilanciamento tra il diritto del datore a perseguire un'organizzazione aziendale produttiva ed efficiente e quello del lavoratore al mantenimento del posto, con la conseguenza che, nei casi di sopravvenute, ragionevoli 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 poneva in contrasto con l'art. 2103 c.c. Tuttavia, un tale orientamento poteva essere comprensibile sotto il profilo pratico, ma risultava incompatibile con il tenore letterale della previgente norma che «non consentiva di ipotizzare una sorta di giustificato motivo oggettivo di deroga all'equivalenza»⁽⁶⁴⁾. L'art. 13 dello Stat. lav. aveva, infatti, soppresso il riferimento alle «esigenze dell'impresa» che compariva, invece, nella prima formulazione del 1942 dell'art. 2103 c.c.⁽⁶⁵⁾

Sempre la giurisprudenza, inoltre, aveva cercato di dilatare il concetto di equivalenza professionale, attribuendo all'autonomia collettiva la facoltà di introdurre meccanismi di accorpamento e di fungibilità tra mansioni diverse. La pronuncia⁽⁶⁶⁾ più rilevante, sul punto, si ha nel 2006 ad opera delle Sezioni Unite della Cassazione; quest'ultima, invero, autorizzava l'introduzione da parte della contrattazione collettiva sia delle c.d. clausole di fungibilità che dei meccanismi di *job rotation* che consentivano «di adibire legittimamente il lavoratore a mansioni contenute nella medesima area contrattuale, da ritenersi professionalmente equivalenti»⁽⁶⁷⁾. L'autonomia collettiva, quindi, aveva la facoltà di prevedere implicitamente delle deroghe al comma 1 del previgente art. 2103 c.c. in quanto avrebbe potuto definire come fungibili, e quindi equivalenti, mansioni con un contenuto diverso, «ma con un valore o peso professionale considerato equivalente»⁽⁶⁸⁾.

Infine sul fronte della contrattazione collettiva è necessario un richiamo all'art. 8 d.l. n. 138/2011, convertito, con modificazioni, nella l. n. 148/2011, che consente ai contratti collettivi aziendali o territoriali, di derogare *in pejus* non solo le discipline contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro, ma pure le disposizioni di fonte normativa. Il comma 2 dell'art. 8, invero, affida alla contrattazione collettiva la «regolazione delle materie inerenti l'organizzazione del lavoro e della produzione» anche con riferimento

⁽⁶³⁾ Cass. 22 maggio 2014, n. 11395, *Lex24* e Cass. 12 luglio 2002, n. 10187, *Lex24*.

⁽⁶⁴⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 32. Difatti, sulla negazione dell'affievolimento del principio di equivalenza si era, poi, espresso favorevolmente l'orientamento giurisprudenziale maggioritario (Cass., 27 maggio 2016, n. 11023, *Lex24*; Cass., 22 febbraio 2016, n. 3422, *Lex24*; Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, *Lex24*).

La giurisprudenza prevalente confermava, quindi, che l'unica deroga all'equivalenza era limitata alle sole ipotesi in cui la modifica *in pejus* fosse stata necessaria per evitare il licenziamento (Cass. 23 febbraio 2016, n. 3485, *Lex24*; Cass. 6 ottobre 2015, n. 19930, *Lex24* e Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, *Lex24*; in dottrina si veda C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 80 e 81).

⁽⁶⁵⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 32 e 33, e ID., *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, 1996, 70 ss.

⁽⁶⁶⁾ Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033, *MGL*, 2007, 1-2, 17, con nota di PISANI; *GL*, 2007, 1, 13, con nota di PAPALEONI; *ADL*, 2007, n. 3, 660, con nota di BORZAGA; *RIDL*, 2007, II, 336, con nota di OCCHINO; *RGL*, 2007, 3, 413, con nota di VENDRAMIN. Interessanti le riflessioni di M. MEUCCI, *Considerazioni sulla c.d. professionalità dinamica*, *RCDL*, 2008, 1, 63. In senso conforme alla sent. delle Sezioni Unite, *ex multis*: Cass. 8 marzo 2007, n. 5285, *Lex24*; Cass. 15 marzo 2007, n. 6043, *Lex24*; Cass. 23 luglio 2007, n. 16190, *Lex24*; Cass. 5 aprile 2007, n. 8596, *Lex24*.

⁽⁶⁷⁾ M. BROLLO, *Mansioni del lavoratore, classificazione e inquadramento del personale*, cit., 392.

⁽⁶⁸⁾ M. BROLLO, *op. ult. cit.*, 393.

«alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale» (comma 2, lett. b, dell’art. 8): quindi, anche l’art. 2103 c.c. può essere derogato *in pejus*, seppur nel rispetto sia dei limiti esterni (ovvero, della Costituzione, dei vincoli derivanti dalle normative comunitarie e dalle convenzioni internazionali (comma 2-*bis*, dell’art. 8) che di quelli interni sanciti dal comma 1 dell’art. 8 (ovvero, ad esempio, il rispetto delle finalità indicate dalla legge e della qualità dei soggetti firmatari).

3.1. La mobilità orizzontale

Il *Jobs Act*, relativamente alla disciplina del mutamento delle mansioni “lateral”, da un lato, elimina il riferimento all’equivalenza professionale – fino ad allora parametro essenziale di legittimità, introdotto con lo Statuto dei lavoratori ⁽⁶⁹⁾, dello *jus variandi* datoriale – e, dall’altro, inserisce il nuovo riferimento alle mansioni «riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». Il legislatore attribuisce, dunque, un nuovo ruolo alla contrattazione collettiva ⁽⁷⁰⁾ (anche di livello aziendale): è strumento per l’individuazione non solo dei trattamenti economici, ma anche della prestazione esigibile ovvero dell’area del debito del lavoratore ⁽⁷¹⁾. I fini sottesi alla riformulazione del comma 1 sono facilmente intuibili (ma, forse, non altrettanto realizzabili), ovvero garantire una maggiore a) “flessibilizzazione interna”, eliminando il limite dell’equivalenza soggettiva ⁽⁷²⁾ a cui

⁽⁶⁹⁾ L’art. 2103 c.c., novellato dall’art. 13 dello Statuto dei lavoratori, prevedeva al primo comma che il prestatore di lavoro dovesse essere adibito alle mansioni di assunzione o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che avesse successivamente acquisito oppure alle mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte.

⁽⁷⁰⁾ M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, cit., 38, 47, 53 e 80; F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 4.

⁽⁷¹⁾ F. LISO, *op. ult. cit.*, 8; M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni*, cit., 1164; ID., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, cit., 56.

⁽⁷²⁾ Il datore di lavoro, in base al previgente art. 2103 c.c., doveva assicurare il rispetto sia dell’equivalenza “formale”, sotto il profilo della inclusione nella stessa area professionale e salariale delle mansioni iniziali rispetto a quelle di destinazione, che dell’equivalenza soggettiva. Rispetto a quest’ultima, il datore doveva «procedere ad una ponderata valutazione della professionalità del lavoratore al fine di salvaguardare, in concreto, il livello professionale acquisito e di fornire un’effettiva garanzia dell’accrescimento delle capacità professionali del dipendente» (Cass. 21 marzo 2016, n. 5526, *Lex24*; Cass. 13 giugno 2014, n. 13499, *Lex24*). L’equivalenza, quindi, doveva essere intesa non solo nel senso di pari valore professionale delle mansioni – considerate nella loro oggettività – ma anche come attitudine delle nuove mansioni a consentire la piena utilizzazione o, addirittura, l’arricchimento del patrimonio professionale del lavoratore acquisito nella pregressa fase del rapporto: il concetto di professionalità comprendeva non solo il complesso di nozioni, esperienze e perizia che il prestatore aveva già acquisito, ma anche «il diritto di professionalizzarsi lavorando» (U. GARGIULO, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, nota a Cass. 12 giugno 2015, n. 12253, *RIDL*, 2015, II, 1010). Coticché, sussisteva la violazione del disposto di cui all’art. 2103 c.c., ante riforma 2015, anche qualora le nuove mansioni, pur comprese nel livello o nella categoria contrattuale delle precedenti, comportavano una lesione del diritto del lavoratore a conservare e migliorare la sua competenza o la sua professionalità maturata, oppure pregiudicavano il suo avanzamento graduale nella gerarchia del settore (Cass. 10 dicembre 2009, n. 25897, *Lex24*; Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033, *Lex24*; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727, *RFI*, 1999, voce Lavoro (rapporto), n. 909).

L’art. 13 Stat. lav. mirava, quindi, a tutelare una pluralità di interessi del lavoratore sia di natura patrimoniale – ovvero l’irriducibilità della retribuzione – che di natura non patrimoniale: la professionalità, infatti, era da «intendersi quale *species* del più ampio, e costituzionalmente tutelato, bene della dignità del lavoratore» (G. ZILIO GRANDI, E. GRAMANO, *La disciplina delle mansioni: evoluzioni del*

soggiaceva il datore, una maggiore *b*) certezza del diritto, ridimensionando il ruolo del giudice ⁽⁷³⁾. Proprio rispetto a quest'ultimo aspetto, la «doppia chiave» ⁽⁷⁴⁾ di valutazione lascerà spazio – almeno in base alla lettera del nuovo comma 1 – a un giudizio unicamente oggettivo e formale. Il giudice di merito, infatti, accerterà (*rectius*, dovrebbe accertare) unicamente che le nuove mansioni ricadano nel medesimo livello e categoria legale di inquadramento di quelle di assunzione. All'opposto, il previgente art. 2103 c.c. prevedeva che le nuove mansioni, oltre a rispettare l'equivalenza oggettiva, avrebbero dovuto salvaguardare sia il diritto del lavoratore a conservare e migliorare la sua competenza o professionalità maturata ⁽⁷⁵⁾ che il suo avanzamento graduale nella gerarchia del settore ⁽⁷⁶⁾. Tuttavia, secondo una parte della dottrina ⁽⁷⁷⁾, il fine del legislatore di eliminare una valutazione sostanziale del giudice potrebbe essere difficilmente raggiungibile. In primo luogo per i sistemi di inquadramento fermi agli '70, la cui eterogeneità era filtrata dal principio di equivalenza sostanziale: un giudice di merito, qualora condividesse la tesi ⁽⁷⁸⁾ dell'impossibilità di includere nell'oggetto

quadro normativo, in *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act: quadro legale e profili problematici*, a cura G. ZILIO GRANDI, E. GRAMANO, Giuffrè, 2016, 10; si veda anche L. RIVA SANSEVERINO, *Il lavoro nell'impresa*, in *Trattato di diritto civile italiano*, a cura di F. VASSALLI, Utet, I, 1973, 319).

⁽⁷³⁾ M. BASILICO, *Disciplina delle mansioni: come cambia il sindacato del giudice*, in *Giustiziavivile.com*, n. 6/2016.

⁽⁷⁴⁾ M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni*, cit., 1162.

⁽⁷⁵⁾ U. GARGIULO, *Se il danno da demansionamento è (quasi) in re ipsa*, cit.; in giurisprudenza si vedano Cass. 23 febbraio 2016, n. 3485, *Lex24*; Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033, *Lex24*; Cass. 15 febbraio 2003, n. 2328, *MGL*, 2003, 258; Cass. 11 dicembre 2003, n. 18984, *MGL*, 2004, 253.

⁽⁷⁶⁾ Trib. Milano 18 marzo 2017, n. 198, *Lex24*; Cass. 29 settembre 2008, *Lex24*; Cass., sez. un., 24 novembre 2006, n. 25033, *Lex24*; Cass. 17 luglio 1998, n. 7040, *RIDL*, 1999, II, 276.

⁽⁷⁷⁾ U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 268/2015. Cfr. anche il punto di vista M. FALSONE che, sulla base di un ragionamento diverso da quello di U. GARGIULO, non esclude «un giudizio equitativo, o comunque non formale, simile a quello svolto dai giudici precedentemente alla riforma del Jobs Act» (M. FALSONE, *Jus variandi e ruolo della contrattazione collettiva*, in *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act: quadro legale e profili problematici*, a cura G. ZILIO GRANDI, E. GRAMANO, Giuffrè, 2016, 63).

⁽⁷⁸⁾ La *ratio* della norma, a parere di chi scrive, non è quella di costituire «un criterio di identificazione delle mansioni esigibili di volta in volta dal lavoratore (obbligato ad una sorta di prestazione in divenire)» (così si esprimeva, in merito alla previgente disposizione, E. GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, *MGL*, 1984, 394), bensì è quella di porre un limite all'esercizio dello *ius variandi* nell'ambito della mobilità orizzontale. Non è condivisibile, quantomeno sotto un profilo meramente dogmatico, includere nell'oggetto contrattuale, oltre alle mansioni di assunzione, anche tutte quelle ricomprese nel medesimo livello di inquadramento, e ciò in base alle seguenti considerazioni: 1) il rapporto di lavoro subordinato non è riconducibile allo schema del *facio ut des*, con conseguente configurazione dell'obbligazione lavorativa quale mera «messa a disposizione delle energie lavorative» (U. GARGIULO, *L'equivalenza delle mansioni nel contratto di lavoro*, cit., 17; invero, una parte della dottrina ha sostenuto che la professionalità rappresentasse l'oggetto stesso del contratto e non, semplicemente, «il criterio delimitativo dei poteri imprenditoriali», cfr. M. NAPOLI, *Contratto e rapporti di lavoro, oggi*, in *Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, II, 1995, 1057; C. ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro*, Giuffrè, 2004, 81 ss.); 2) viceversa «la prestazione alla quale il prestatore è tenuto è quella (che deve essere) determinata al momento della costituzione del rapporto di lavoro; e non in maniera generica, bensì attraverso la individuazione di compiti specifici (mansioni) da svolgere nell'organizzazione produttiva» (F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda*, cit., 144); 3) l'art. 1346 c.c. esige che via sia la determinatezza, ovvero, la determinabilità dell'oggetto contrattuale: anche considerando i contratti collettivi rinnovati successivamente la riforma del 2015, i livelli contrattuali includono, il più delle volte, una pluralità di attività tra loro eterogenee (si veda, ad esempio, l'art. 100 del CCNL per i dipendenti del terziario, della distribuzione e dei servizi) e, di tal guisa, risultano incompatibili con il requisito di determinabilità imposto dall'art. 1346 c.c.; 4) il comma 1 dell'art. 2103

contrattuale tutte le mansioni ricomprese nel medesimo livello di inquadramento, potrebbe ricavare dei limiti all'esercizio discrezionale dello *jus variandi*, ponendo attenzione alle differenze intercorrenti tra gli effetti modificativi, tipici del potere datoriale *ex art 2103 c.c.*, e quelli estintivi/constitutivi, tipici della novazione. Un mutamento non marginale, ma essenziale delle mansioni, potrebbe indurre a non limitare la valutazione al piano formale. Anche se ciò comporterebbe una tensione con la *ratio* della riforma, un giudice potrebbe procedere a un controllo sostanziale e funzionale sulla base della causa del contratto originario, così da impedire che il prestatore sia assegnato a mansioni che al momento della stipula del contratto non aveva minimamente considerato di dover svolgere⁷⁹. Inoltre, sia l'avverbio «effettivamente» (comma 1, art. 2103 c.c.) che le non rare declaratorie “confuse” e “deficitarie” dei contratti collettivi⁽⁸⁰⁾ potrebbero obbligare il giudice, qualora il prestatore sia adibito a nuove mansioni non incluse testualmente nelle declaratorie del contratto collettivo, ad effettuare, ancora una volta, una valutazione sostanziale e, quindi, pressappoco di equivalenza tra le vecchie e le nuove mansioni⁽⁸¹⁾. Non è trascurabile, infine, il mai risolto problema dell'inattuazione dell'art. 39 Cost.⁽⁸²⁾ e dei conseguenti problemi relativi all'efficacia soggettiva dei contratti collettivi. Ebbene, alla luce di tali considerazioni, il giudice, da una parte, potrebbe essere impossibilitato ad attuare una valutazione prettamente formale basata sull'«incasellamento semi-automatico dei compiti entro un profilo classificatorio»⁽⁸³⁾ e, dall'altra, essere obbligato a «ricorrere ad un criterio di valutazione che tenga conto del *valore* delle mansioni nuove rispetto alle ultime effettivamente svolte, applicando dunque nuovamente il principio di

c.c. distingue testualmente, mediante la proposizione «ovvero», le mansioni di assunzione da quelle «riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte». A favore dell'estensione dell'oggetto contrattuale a tutte le mansioni inquadrate nel medesimo livello di quelle di assunzione, cfr.: M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni*, cit., 1164; Id., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, cit., 56; E. GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi*, cit., 537; E. BALLETTI, *Legge e contrattazione collettiva*, cit., 22; F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 7-8.

⁷⁹ Si consideri che il datore di lavoro può spostare unilateralmente, stante la lettera del nuovo art. 2103 c.c., il lavoratore da una mansione a un'altra nell'ambito di quelle ricomprese nel medesimo livello di quelle di assunzione o in quello immediatamente inferiore nell'ambito della mobilità discendente consentita; ma sarà pur sempre necessario considerare oggettivamente l'entità della modificazione e accertare che non vi sia una alterazione del nucleo essenziale del regolamento contrattuale, prerogativa del fenomeno novativo e non di quello modificativo. A tale ricostruzione, condivisa da chi scrive, si potrebbe obiettare che la legittimità dello *jus variandi* datoriale, essendo di fonte legislativa, possa presumersi «come per qualunque contratto o atto tipico» (L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Esi, 2011, 391 e E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Utet, 1950, 391). In realtà, è sempre necessaria una valutazione sostanziale sulla reale meritevolezza e liceità, rispetto ai principi generali del nostro ordinamento (quali, ad esempio, quello di buona fede e correttezza contrattuale), dell'esercizio del potere in questione, in quanto al di là dell'astratta previsione normativa, «c'è sempre la particolare applicazione che ne possono fare i privati» e, quindi, il rischio che un negozio tipico celi, nella sua applicazione concreta, una causa illecita (cfr. M. GAMBINI, *Fondamento e limiti dello jus variandi*, Esi, 2000, 153; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, 1966, 238).

⁽⁸⁰⁾ V. FERRANTE, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I contratti di lavoro*, AA.VV., Torino, 2016, 36 e 37; D. DE FEO, *La nuova nozione di equivalenza professionale*, *ADL*, 2015, 86.

⁽⁸¹⁾ Cfr. U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, cit., 4.

⁽⁸²⁾ U. GARGIULO, *op.ult.cit.* Sono ancora attuali le riflessioni di M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, *DLRI*, 1998, 665.

⁽⁸³⁾ U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, cit., 4.

equivalenza»⁽⁸⁴⁾. Pertanto, fino a quando le problematiche sottese alle declaratorie collettive e all'art. 39, Cost., non verranno risolte, la concretizzazione delle finalità del legislatore del 2015 potrebbe essere minata dall'eventualità che possa acquisire rinnovato vigore sia il ruolo del giudice – forse a discapito della certezza del diritto, ma sicuramente a favore di una accresciuta tutela sostanziale del prestatore – che il principio dell'equivalenza soggettiva. Tuttavia, una dottrina⁽⁸⁵⁾ ritiene che, stante la chiarezza letterale dell'art. 2103 c.c. novellato, non vi siano «dubbi sulla scomparsa dell'equivalenza e sulla sua sostituzione con il limite costituito dalla categoria legale e dal livello di inquadramento»⁽⁸⁶⁾.

3.2. La mobilità discendente

I commi 2 e 4 dell'art. 2103 c.c. introducono una novità primaria, prescrivendo due ipotesi di demansionamento “unilaterale”.

Il comma 2 legittima, in presenza di una variazione degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, un'adibizione di quest'ultimo a mansioni riferite a un livello di inquadramento inferiore⁽⁸⁷⁾, purché si resti nella stessa categoria legale di inquadramento. È, dunque, definitivamente consentito il demansionamento⁽⁸⁸⁾ assoggettato, però, a quattro limiti⁽⁸⁹⁾, tre “esterni” ed uno “interno”. I primi sono

⁽⁸⁴⁾ U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, cit. È rilevante, sul punto, l'orientamento giurisprudenziale, relativo al previgente art. 2103 c.c., secondo il quale l'inquadramento svolto dalla contrattazione collettiva non vincolava in modo assoluto il giudice (Cass. 20 marzo 2004, n. 5651, *Lex24*; Cass. 23 novembre 1995, n. 12121, *Lex24*; Cass. 9 aprile 1992, n. 4314, *Lex24*; Cass. 23 gennaio 1988, n. 539, *Lex24*; Cass. 8 febbraio 1985, n. 1038, *Lex24*). Tuttavia, a partire dalla sent. delle Sezioni Unite del 24 novembre 2006, n. 25003 (consultabile su *Lex24*), la Cassazione inizia ad attribuire sempre maggiore spazio alla contrattazione collettiva (U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, cit., 5, nota 9).

⁽⁸⁵⁾ C. PISANI, *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, Working Paper CSDLE “Massimo D'Antona”.IT, 310/2016, 3. Si vedano, *ex multis*, V. FERRANTE, *Nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *I contratti di lavoro: commentario al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, recante la disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in tema di mansioni, a norma dell'art. 1, comma 7, della l. 10 dicembre 2014, n. 183*, a cura di M. MAGNANI, A. PANDOLFO, P.A. VARESÌ, Giappichelli, 2016, 33; E. BALLETTI, *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, 2016, 20 ss., relazione al convegno Aidlass, Napoli 16 e 17 giugno 2016, consultabile sul sito www.aidlass.it; C. CARNOVALE, *Profili di costituzionalità della nuova disciplina dello jus variandi*, in *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act: quadro legale e profili problematici*, a cura G. ZILIO GRANDI, E. GRAMANO, Giuffrè, 2016, 63; A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 c.c.*, cit., 390; M. BROLLO, *La mobilità professionale dei lavoratori dopo il Jobs Act*, *RIDL*, 2016, I, 310 e 311; ID., *Disciplina delle mansioni (art. 3)*, cit., 50-52; V. NUZZO, *Il nuovo art. 2103 c.c. e la (non più necessaria) equivalenza professionale delle mansioni*, *RIDL*, 2016, II, 1047 ss., nota a Trib. Milano 15 aprile 2015, n. 11340 e Trib. Roma 30 settembre 2015; F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 6.

⁽⁸⁶⁾ C. PISANI, *op. ult. cit.*

⁽⁸⁷⁾ Il comma 2 prevede, infatti, che il datore «può» assegnare a mansioni inferiori il lavoratore.

⁽⁸⁸⁾ Il legislatore, non prevedendo un limite temporale all'adibizione a mansioni inferiori, sembrerebbe consentire un demansionamento *sine die* (U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel “nuovo” art. 2103 cod. civ.*, cit., 7). Di contro A. BELLAVISTA, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, www.dirittisocialiecittadinanza.org, 2015, 2 e F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 12.

⁽⁸⁹⁾ L'art. 2103 c.c. prevede anche, al comma 3, che il mutamento delle mansioni (sia in caso di mobilità orizzontale, *ex* comma 1, che *in pejus*, *ex* commi 2 e 4), è «accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo». La formazione del lavoratore, non idoneo professionalmente alle nuove mansioni a cui è stato adibito, da una parte della dottrina, è considerata quale onere e non

rappresentati dall'immodificabilità della categoria legale, dal livello delle nuove mansioni (che deve essere quello immediatamente inferiore a quello precedente) ⁽⁹⁰⁾ e dalla conservazione della retribuzione ⁽⁹¹⁾. Quello "interno", invece, è rappresentato dalla "causale" della modifica degli assetti organizzativi ⁽⁹²⁾ dell'azienda, ovvero, secondo una parte della dottrina, da «una sorta di giustificato motivo oggettivo di demansionamento» ⁽⁹³⁾ scindibile in tre componenti ⁽⁹⁴⁾, in particolare: *a)* la variazione dell'assetto organizzativo; *b)* la modifica della posizione del lavoratore; *c)* il nesso di causalità tra il primo e il secondo. Se da un lato, come avviene per il giustificato motivo oggettivo ⁽⁹⁵⁾, i motivi di riorganizzazione sono insindacabili ai sensi dell'art. 41 Cost. e dell'art. 30, l. n. 183/2010, dall'altro lato tale causale giustificatrice «deve comunque essere esternata e provata dal datore in giudizio» ⁽⁹⁶⁾.

Il comma 4 prescrive, invece, che ulteriori ipotesi di demansionamento possano essere previste «da contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale», sempre entro i suddetti limiti relativi alla categoria legale, al livello delle nuove mansioni e alla retribuzione. Quest'ultima previsione è in logica condivisione con la *ratio legis* della riforma in quanto viene ribadito il potenziamento – anche di livello aziendale ⁽⁹⁷⁾ – della contrattazione collettiva, non assoggettata, peraltro, al limite "causale" del comma 2. Si

l'obbligo gravante sul datore (si vedano C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 2015, 145-149, e F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 12-14; a favore della tesi che configura la formazione quale obbligo gravante sul datore di lavoro M.T. CARINCI, *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per g.m.o.*, RIDL, 2017, I, 235; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, cit., 10 e 11).

⁽⁹⁰⁾ Questo secondo limite è ricavabile dall'uso del termine «livello» al singolare (C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 2015, 71).

⁽⁹¹⁾ L'espressione «trattamento retributivo in godimento» indica una nozione omnicomprensiva di retribuzione, comprendente eventuali superminimi, *fringe benefits*, e qualsivoglia voce retributiva indicata sia dal contratto collettivo che da quello individuale (C. PISANI, *op. loc. ult. cit.*).

Una parte della dottrina ritiene che l'immodificabilità della retribuzione potrebbe creare «un'alterazione del nesso di corrispettività a svantaggio del datore di lavoro» il quale potrebbe essere obbligato a mantenere inalterata la retribuzione a fronte di una prestazione lavorativa qualitativamente inferiore rispetto a quella antecedente al demansionamento (R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 10 e A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 c.c.*, cit., 380). È necessario evidenziare, però, che il legislatore al comma 5 precisa che la retribuzione non muta salvo se gli elementi retributivi non fossero stati collegati «a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa». Inoltre, l'alterazione del nesso di corrispettività può essere giustificato proprio dalla circostanza che l'adibizione a diverse mansioni, ai sensi del comma 2, avviene per esigenze organizzative dello stesso datore di lavoro (R. VOZA, *op. loc. ult. cit.*).

⁽⁹²⁾ L'espressione «modifica degli assetti organizzativi», essendo declinata al plurale, induce a presumere che si riferisca ad una riorganizzazione generale che non si limiti a modificare una singola posizione lavorativa (C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 71).

⁽⁹³⁾ A. AVONDOLA, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁹⁴⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 70.

⁽⁹⁵⁾ Si veda sul punto l'orientamento giurisprudenziale maggioritario: Cass. 9 luglio 2013, n. 16987, *MGL*, 2013, 861; Cass. 11 gennaio 2013, n. 579, *GLav*, 2013, n. 11, 20; Cass. 26 luglio 2007, n. 16465, *ivi*, 2007, 39.

⁽⁹⁶⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 72.

⁽⁹⁷⁾ La disposizione deve essere coordinata con l'art. 51, sempre del d.lgs. n. 81/2015, (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 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».

dispone, invero, mediante il modello della deregolazione contrattata e controllata ⁽⁹⁸⁾, un vero e proprio rinvio integrale alla contrattazione collettiva in quanto la disciplina è devoluta totalmente alle parti sociali, non essendo le stesse vincolate da un precetto legale in ordine al contenuto delle «ulteriori ipotesi» di assegnazione a mansioni inferiori ⁽⁹⁹⁾. Cosicché, un contratto collettivo potrà prevedere «ulteriori ipotesi» di demansionamento – non connesse inevitabilmente a ristrutturazione o riorganizzazione aziendale – nei casi, ad esempio, di mansioni promiscue oppure di sostituzione di lavoratori in ferie ⁽¹⁰⁰⁾.

Per concludere, per entrambe le ipotesi di demansionamento unilaterale, di cui ai commi secondo e quarto, è richiesta, dal comma quinto, la forma scritta *ad substantiam* ⁽¹⁰¹⁾ del provvedimento di assegnazione delle mansioni, a pena di nullità. Si deve dedurre, per converso, avendo il legislatore taciuto sul punto, che non sia richiesta la comunicazione scritta anche della motivazione del mutamento delle mansioni ⁽¹⁰²⁾.

3.3. La variazione consensuale delle mansioni

Una modifica “consensuale” ⁽¹⁰³⁾ dell’oggetto del contratto ⁽¹⁰⁴⁾ è disciplinata, invece, dal comma 6. Le parti, infatti, possono sottoscrivere un accordo, in “sede protetta” ⁽¹⁰⁵⁾, di modifica delle mansioni, della categoria legale, del livello di inquadramento ⁽¹⁰⁶⁾ e della relativa retribuzione a condizione che vi sia alternativamente ⁽¹⁰⁷⁾ un interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro, all’acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Le parti, dunque, possono mutare in modo sostanziale il contenuto complessivo del tipo della prestazione lavorativa.

È palese che il legislatore non abbia semplicemente normativizzato il patto di demansionamento di natura giurisprudenziale. Quest’ultimo, invero, era ammesso unicamente per salvaguardare l’interesse del lavoratore alla conservazione del posto di

⁽⁹⁸⁾ G. GIUGNI, *Concertazione sociale e sistema politico in Italia*, DLRI, 1985, 53.

⁽⁹⁹⁾ C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 2015, 83.

⁽¹⁰⁰⁾ C. PISANI, *op. ult. cit.*, 84.

⁽¹⁰¹⁾ Differentemente da quanto previsto dal comma 1 in cui è prevista la forma libera.

⁽¹⁰²⁾ C. PISANI, *op. ult. cit.*, 72.

⁽¹⁰³⁾ Il comma 6, riferendosi ai patti di demansionamento, si discosta dal tema dello *jus variandi*, dovendo quest’ultimo essere esercitato unilateralmente. Si sono espressi a favore del carattere unilaterale dell’atto con cui si esercita lo *jus variandi* S. CIUCCIOVINO, *Mansioni, qualifiche e ius variandi*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale: privato e pubblico*, a cura di G. SANTORO-PASSARELLI, Utet, 2014, 752; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit., 28; A. PERULLI, *Il potere direttivo dell’imprenditore*, Giuffrè, 1990, 288. Di contro, si vedano M. GRANDI, *La mobilità interna*, in *Strumenti e limiti della flessibilità*, AA.VV., Giuffrè, 1986, 251, e G. SUPPIEI, *Il potere direttivo dell’imprenditore e i limiti derivanti dallo Statuto dei lavoratori*, RDL, 1972, I.

⁽¹⁰⁴⁾ F. PANTANO, *Le modifiche consensuali dell’oggetto del contratto e la tutela della professionalità*, in *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act: quadro legale e profili problematici*, a cura G. ZILIO GRANDI, E. GRAMANO, Giuffrè, 2016, 89.

⁽¹⁰⁵⁾ Il patto deve essere stipulato nelle sedi indicate dal comma 4 dell’art. 2113 c.c. oppure dinanzi le commissioni di certificazione.

⁽¹⁰⁶⁾ Non è escluso che il demansionamento possa concretizzarsi «anche a più livelli inferiori» (G. MIMMO, *Mansioni, la riscrittura di uno dei capisaldi del diritto del lavoro*, in *Speciale Sole24ore*, luglio 2015, 22 e R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 11).

⁽¹⁰⁷⁾ L’alternatività deriva dalla congiunzione disgiuntiva «o».

lavoro (¹⁰⁸): non era, pertanto, sufficiente un «qualsiasi interesse del lavoratore né, tantomeno, un interesse meramente organizzativo dell'impresa» (¹⁰⁹). All'opposto, l'attuale formulazione normativa non prevede limiti, a eccezione di quello procedurale, all'autonomia negoziale alla quale è attribuita un'amplissima potestà derogatoria: da una parte, non si applicano i limiti categoriali e retributivi (previsti per le ipotesi di demansionamento "unilaterale") e, dall'altra, i vincoli finalistici (ovvero i presupposti di validità del patto) si caratterizzano per grande indeterminatezza (¹¹⁰). Quest'ultima circostanza comporterà non pochi problemi interpretativi e, soprattutto, come ritiene una parte della dottrina (¹¹¹), se tali finalità sono sulla "carta" certamente a favore del prestatore non è detto che lo siano sempre sul piano pratico.

3.4. La mobilità ascendente

Infine, relativamente alla mobilità in "verticale", la riforma del 2015 ha fondamentalmente confermato la disciplina previgente (¹¹²). Da un lato, l'acquisizione della categoria superiore, disciplinata precedentemente dal primo periodo del comma 1 della vecchia norma, è regolata dal primo comma del vigente art. 2103 c.c., secondo cui il lavoratore deve essere adibito alle mansioni «corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito»; dall'altro, il legislatore, mediante il comma 7, conferma la disciplina dell'assegnazione a mansioni superiori, distinguendo le due ipotesi dell'assegnazione temporanea e di quella definitiva (¹¹³). Quest'ultima, in particolare, è la c.d. promozione automatica che scatta quando l'assegnazione a mansioni superiori, disposta dal datore di lavoro provvisoriamente, è protratta per un determinato intervallo temporale (¹¹⁴) «fissato dai contratti collettivi, o in mancanza, dopo sei mesi continuativi». Relativamente al termine temporale (legale) è opportuno precisare che: *a*) è stato prolungato da tre a sei mesi (¹¹⁵); *b*) deve essere continuativo (¹¹⁶); *c*) può essere derogato da un termine superiore o inferiore previsto dall'autonomia collettiva.

(¹⁰⁸) Cass. 9 marzo 2004, n. 4790, *Lex24*, e Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, *Lex24*.

(¹⁰⁹) Cass. 9 marzo 2004, n. 4790, *Lex24*, e Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375, *Lex24*. E in tal senso, più recentemente si veda: Cass. 12 gennaio 2015, n. 12253, *Lex24*; Cass. 13 giugno 2012, n. 9656, *Lex24*; Cass. 15 maggio 2012, n. 7515, *Lex24*; Cass. 26 marzo 2010, n. 7381, *Lex24*; Cass. 18 marzo 2009, n. 6552, *Lex24*; Cass. 13 agosto 2008, n. 21579, *Lex24*.

(¹¹⁰) A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 c.c.*, cit., 383.

(¹¹¹) A. AVONDOLA, *op. ult. cit.*

(¹¹²) C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 155.

(¹¹³) Il comma 7 prevede, riproponendo la struttura normativa del secondo periodo del previgente comma 1 dell'art. 2103 c.c., che nel «caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salvo diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, o in mancanza, dopo sei mesi continuativi».

(¹¹⁴) G. CASIELLO, *Le mansioni superiori*, in *La disciplina delle mansioni prima e dopo il Jobs Act: quadro legale e profili problematici*, a cura G. ZILIO GRANDI, E. GRAMANO, Giuffrè, 2016, 109.

(¹¹⁵) Nella formulazione previgente il periodo era «non superiore a tre mesi».

(¹¹⁶) Il legislatore ha condiviso, sul punto, l'orientamento dottrinale maggioritario (M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 1997, 317; F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, cit., 206 ss., e A. MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, *RGL*, 1978, I, 442).

È rilevante, infine, precisare che, sempre ai sensi del comma 7, l'assegnazione provvisoria a mansioni superiori possa non tramutarsi in definitiva per «volontà del lavoratore»⁽¹¹⁷⁾, ovvero nell'ipotesi in cui l'assegnazione sia avvenuta «per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio».

4. Lo *jus variandi* inglese: quadro introduttivo

L'ordinamento inglese si caratterizza per un'ampia autonomia contrattuale delle parti, per una particolare attenzione alle prerogative imprenditoriali e, soprattutto, per una disciplina liberale del recesso⁽¹¹⁸⁾. Tali caratteristiche rappresentano le basi per comprendere in quale quadro giuridico si annidi la disciplina – non specifica, né tantomeno legislativa, differentemente che in Italia – dello *jus variandi* datoriale inglese. La materia, difatti, è fittamente intrecciata sia con quella del recesso che con quella contrattuale. Con la prima perché: *a*) a fronte di un'ampia facoltà di recesso vi è una conseguenziale, proporzionata e implicita facoltà datoriale di variare unilateralmente il contratto⁽¹¹⁹⁾; *b*) i controlli e il giudizio di ragionevolezza e meritevolezza dello *jus variandi* derivano indirettamente⁽¹²⁰⁾ dalla disciplina del *dismissal*. Con la seconda, invece, perché lo *jus variandi* datoriale è condizionato, anche, dalle obbligazioni contrattuali che possono derivare: 1) dai termini espressi concordati per iscritto o oralmente dalle parti, inseriti il più delle volte nella lettera di assunzione e nel contratto di lavoro e costituiscono la base del contratto⁽¹²¹⁾; 2) dai termini impliciti⁽¹²²⁾, ovvero condizioni contrattuali non espressamente indicate dalle parti, che possono derivare dall'intenzione delle stesse, dal *common law*, dalla *statute law*, dalla prassi; 3) dai contratti collettivi e precisamente dalle *job securities*, ovvero le

⁽¹¹⁷⁾ Sul punto si vedano F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 14-15, e R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile*, cit., 15-16.

⁽¹¹⁸⁾ M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The legal construction of personal work relations*, Oxford University Press, 2011, 207. Il licenziamento individuale per motivi economici può aversi sia in caso di *redundancy* oppure per altre ragioni oggettive ovvero le *some other substantial reasons*. La prima fattispecie, normativamente definita dalla sez. 139, parte XI, dell'ERA, vale per il licenziamento sia individuale che collettivo e consiste in una eccedenza di uno o più posti di lavoro determinata alternativamente dalla cessazione dell'attività, dalla riduzione delle esigenze produttive oppure da una trasformazione strutturale. Per riduzione delle esigenze produttive deve intendersi qualsiasi soppressione o diminuzione delle mansioni alle quali il lavoratore era adibito (M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli di licenziamento in Italia e in Europa. Studio Comparato*, DLRI, 2014, n. 141, 17). Il lavoratore licenziato per *redundancy* ha il diritto di ottenere unicamente un'indennità (diritto già previsto nel *Redundancy Payment Act* del 1965 e oggi confluito nell'ERA, sez. 135) calcolata in base all'età, alla paga settimanale e all'anzianità di servizio (M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli di licenziamento*, cit., 38).

⁽¹¹⁹⁾ M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The legal construction*, cit.

⁽¹²⁰⁾ M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The legal construction*, cit.

⁽¹²¹⁾ A. AMIR, *Law of Employment*, cit., 88.

⁽¹²²⁾ Gli obblighi generali di fedeltà, di lealtà, e di reciproca collaborazione (“*mutual trust and confidence*”) sono termini impliciti contrattuali (S. DEAKIN, G.S. MORRIS, *Labour Law*, cit., 304 ss., e D. BRODIE, *Mutual Trust and the Values of the Employment Contract*, *ILJ*, 2001, 84).

clausole che prevedono per il lavoratore tutele aggiuntive rispetto a quelle ordinarie ⁽¹²³⁾.

La suddetta interconnessione tra le materie e, *a fortiori ratione*, l'assenza di una normativa specifica, rende la disciplina dello *jus variandi* inglese da una parte esigua e dall'altra complessa e articolata. Tuttavia, possiamo anticipare che la flessibilità interna e, soprattutto, la possibilità di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali da parte del datore di lavoro dipendono, come è stato statuito dalle Corti inglesi, dalle clausole contrattuali e dalle "causali" (ovvero, nuove esigenze organizzative) che designano il fattore dal quale un'azione – ovvero, nella nostra analisi, lo spostamento da una mansione ad un'altra – è determinata.

4.1. Le clausole contrattuali

In base al diritto contrattuale ordinario, il datore di lavoro non ha la possibilità di apportare delle modifiche unilateralmente al contratto di lavoro ⁽¹²⁴⁾ e, qualora le imponesse al lavoratore, potrebbero scaturire le seguenti ipotesi alternative: 1) il lavoratore continua a svolgere la prestazione lavorativa ma «sotto protesta, ossia non accettando il mutamento delle condizioni di lavoro» ⁽¹²⁵⁾. In tal caso il contratto di lavoro deve considerarsi ugualmente cessato – perché la prosecuzione non può considerarsi come tacita accettazione delle modifiche ⁽¹²⁶⁾ – e potranno applicarsi le tutele previste per il licenziamento illegittimo ⁽¹²⁷⁾; 2) il lavoratore può dimettersi per causa addebitabile al datore e usufruire della disciplina del *constructive dismissal* ⁽¹²⁸⁾; 3) può accadere che sia il datore di lavoro a licenziare il dipendente che si rifiuti di accettare le modifiche contrattuali: anche in tal caso, tuttavia, il datore si esporrebbe alle conseguenze di un potenziale *unfair dismissal* ⁽¹²⁹⁾.

Tuttavia, qualora, il datore di lavoro abbia la necessità di variare le condizioni contrattuali per sopraggiunte esigenze organizzative, è necessario un bilanciamento (che propenderà per la parte datoriale, come vedremo) tra gli interessi in gioco.

Le clausole contrattuali potrebbero attribuire alla parte datoriale sia un ampio potere direttivo-organizzativo che un vero e proprio *jus variandi*. È possibile, infatti, che le variazioni proposte siano tali che, secondo una corretta interpretazione delle clausole contrattuali ⁽¹³⁰⁾, rientrino nell'alea di discrezionalità datoriale per riorganizzare il

⁽¹²³⁾ Tali clausole, essendo i contratti collettivi, in Inghilterra, meri *gentlemen's agreement*, sono vincolanti solo se espressamente recepite nel contratto individuale oppure se applicate costantemente dal datore di lavoro (L. RATTI, *I Licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 129).

⁽¹²⁴⁾ D. BRODIE, *The Employment contract*, Oxford University Press, 2005, 49; I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 567.

⁽¹²⁵⁾ L. RATTI, *I Licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 132.

⁽¹²⁶⁾ Prima della pronuncia *Hogg v. Dover College, Ind. Cases Rep.*, 1990, 39, la prosecuzione dell'attività lavorativa veniva considerata quale implicita accettazione delle nuove condizioni contrattuali e il lavoratore non poteva accedere alle tutele previste per il licenziamento illegittimo (L. RATTI, *I Licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 132).

⁽¹²⁷⁾ *Hogg v. Dover College, Ind. Cases Rep.*, 1990, 39 e *Alcan Extrusions v. Yates, Indust. Relat. Law Rep.*, 1996, 327.

⁽¹²⁸⁾ *Harrison Ltd v. Wiles, Indust. Relat. Law Rep.*, 1994, 380.

⁽¹²⁹⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 567.

⁽¹³⁰⁾ Le clausole, anche espresse, non potranno mai derogare *in pejus* i diritti dei prestatori – come, ad esempio la retribuzione minima – indicati dal NMWA 1998 e WTR 1998.

lavoro⁽¹³¹⁾ o che sia lo stesso contratto a prevedere espressamente il diritto datoriale di modificare unilateralmente il contratto⁽¹³²⁾. Questo accadrà se i cambiamenti: *a)* non sono di particolare rilievo; *b)* possono essere interpretati come un semplice aggiornamento della prestazione lavorativa (visto alla luce, eventualmente, di una clausola implicita del contratto in base alla quale il dipendente dovrà adattarsi alle nuove metodologie e tecniche di lavoro, sempre se ragionevoli)⁽¹³³⁾; *c)* siano compatibili con la *job's description* contrattuale. Quest'ultima, infatti, potrebbe consentire al datore di spostare il proprio dipendente da una mansione "A" a una "B" e il prestatore, anche se ha svolto concretamente e fino a un dato momento soltanto la mansione "A", non potrà rifiutarsi di svolgere la seconda mansione: è rilevante, unicamente, la clausola contrattuale⁽¹³⁴⁾. Tuttavia, i diritti sanciti dalle clausole espresse di mobilità devono sempre essere esercitati dalla parte datoriale nel rispetto del principio della buona fede, in modo tale da non compromettere il rapporto fiduciario con i propri dipendenti⁽¹³⁵⁾.

Nei suesposti casi, le modifiche non possono costituire una violazione del contratto e, dunque, qualora il lavoratore si rifiutasse di accettarle, il datore potrebbe licenziarlo legittimamente, non avendo il primo ottemperato a un ordine datoriale legittimo. Parimenti, qualora sia il lavoratore a dimettersi – perché non intenzionato ad accettare le modifiche lavorative – non saremo dinanzi a una dimissione forzata (*costructive dismissal*). Il lavoratore, pertanto, non riceverà una indennità per esubero, né tantomeno un risarcimento per licenziamento *unfair*⁽¹³⁶⁾.

La posizione del lavoratore inglese che si rifiuti di accettare le variazioni richieste dal datore (che esercita legittimamente uno *jus variandi* di fonte contrattuale) è pressoché analoga a quella del prestatore italiano che rifiuti anch'egli il mutamento legittimo delle mansioni. Quest'ultimo, infatti, potrà reagire, alternativamente: attraverso un atto di dimissioni in tronco per giusta causa⁽¹³⁷⁾ (perdendo il posto di lavoro e la retribuzione); oppure rifiutando di svolgere le nuove mansioni legittimamente assegnate ed esponendosi così a sanzioni disciplinari incluso il licenziamento⁽¹³⁸⁾. Non vi è, però, in Italia una visione unanime sulla configurazione del licenziamento in caso di rifiuto del lavoratore, ovvero se si tratti di un licenziamento per giusta causa o per giustificato motivo oggettivo. Partendo dall'assunto che il rifiuto del lavoratore configuri un'ipotesi

⁽¹³¹⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 113.

⁽¹³²⁾ In *Wandsworth LBC v. D'Silva*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1998, 193, la Corte d'Appello ha riconosciuto che in termini puramente contrattuali una clausola del genere potrebbe essere valida ed efficace a patto, però, che sia espressa in termini chiari. Inoltre, ha anche precisato che, in presenza di una clausola di questo tipo, i tribunali dovrebbero cercare di evitare qualsiasi esercizio irragionevole del potere unilaterale datoriale (si vedano anche *Securities and Facilities Division v. Hayes*, *Indust. Relat. Law Rep.* 2001, 81, e I. SMITH, N. RANDALL, *Contract Actions in Employment Law: practice and precedent*, Bloomsbury Professional, 2011, 43).

⁽¹³³⁾ *Cresswell v. Board of Inland Revenue*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1984, 190.

⁽¹³⁴⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 567.

⁽¹³⁵⁾ S. DEAKIN, G. S MORRIS, *Labour Law*, cit., 247 e *United Bank Ltd v. Akhtar*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1989, 507.

⁽¹³⁶⁾ *George Wimpey & Co Ltd v. Cooper*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1977, 205; *Glitz v. Watford Electric Co Ltd*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1979, 89.

⁽¹³⁷⁾ R. ALTAVILLA, *Le dimissioni del lavoratore*, Giuffrè, 1987, 40-41; M. LANOTTE, *Il danno alla persona nel rapporto di lavoro*, Giappichelli, 1998, 244 (nota 122).

⁽¹³⁸⁾ L. FERLUGA, *Tutela del lavoratore e disciplina delle mansioni*, Giuffrè, 2012, 133; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento*, cit., 170.

di grave insubordinazione, una parte della dottrina⁽¹³⁹⁾ e della giurisprudenza⁽¹⁴⁰⁾, propende per la prima ipotesi. Tuttavia, l'orientamento giurisprudenziale e dottrinale è, sul punto, altalenante⁽¹⁴¹⁾ in quanto a favore della configurazione del licenziamento per giustificato motivo oggettivo vi sono le seguenti considerazioni: al momento della proposta modificativa delle mansioni non sussistono tutti gli estremi del recesso perché è la medesima proposta che comprova che il prestatore possa essere adibito a mansioni alternative. *Rebus sic stantibus*, il licenziamento potrà essere intimato solo a seguito del rifiuto del prestatore (ma non per il rifiuto in sé)⁽¹⁴²⁾ perché esso determinerebbe l'impossibilità per il datore di adibire il lavoratore a mansioni alternative: il licenziamento per giustificato motivo oggettivo risulterebbe, così, l'*extrema ratio*⁽¹⁴³⁾.

4.2. L'incidenza della disciplina del licenziamento economico sullo *jus variandi* datoriale e le oscillazioni giurisprudenziali

Cosa accade nell'ipotesi in cui sorgono nuove esigenze organizzative ma il contratto non attribuisce al datore il potere di variare unilateralmente le condizioni contrattuali? Abbiamo anticipato che lo *jus variandi* datoriale sia indirettamente condizionato dalla disciplina del licenziamento individuale per motivi economici, certamente molto sbilanciata a favore della parte datoriale. Infatti, da una parte, il lavoratore può essere licenziato per *redundancy*, ovvero per un'eccedenza motivata sia dalla cessazione dell'attività (*cessation of business*) che dalla riduzione delle esigenze produttive (*diminishing requirements*) ovvero in caso di soppressione o diminuzione delle mansioni alle quali il lavoratore era adibito⁽¹⁴⁴⁾. In tal caso, il lavoratore licenziato beneficerebbe unicamente di una compensazione pecuniaria⁽¹⁴⁵⁾ calcolata in base all'età, alla paga settimanale e all'anzianità di servizio⁽¹⁴⁶⁾ e non potrà rivendicare un licenziamento *unfair*⁽¹⁴⁷⁾ (a meno che la stessa *redundancy* non sia di per sé ingiusta: anch'essa è soggetta al giudizio della *reasonableness*)⁽¹⁴⁸⁾. Tale ricostruzione è stata condivisa agli inizi degli anni '80, sia in primo grado che in sede di gravame, nel caso *Murphy v. Epsom College*⁽¹⁴⁹⁾: un idraulico veniva licenziato perché considerato

⁽¹³⁹⁾ L. FERLUGA, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁴⁰⁾ Cass. 5 dicembre 2007, n. 25313, *Lex24*; Cass. 12 maggio 2005, n. 9954, *Lex24*; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, *Lex24*.

⁽¹⁴¹⁾ L. FERLUGA, *Tutela del lavoratore*, cit., 133; in giurisprudenza a favore del licenziamento per giusta causa si veda: Cass. 5 dicembre 2007, n. 25313, *Lex24*; Cass. 12 maggio 2005, n. 9954, *Lex24*; Cass. 23 dicembre 2003, n. 19689, *Lex24*. Propendono per la seconda ipotesi: Cass. 3 febbraio 1994, n. 1088, *Lex24*; Cass. 7 dicembre 1991, n.13187, *Lex24*. Anche autorevole dottrina condivide la tesi del licenziamento per giustificato motivo oggettivo, considerando gli interessi coinvolti (G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, 80).

⁽¹⁴²⁾ C. PISANI, *La modificazione delle mansioni*, Franco Angeli, 1996, 35 e 36.

⁽¹⁴³⁾ C. PISANI, *La modificazione*, cit.

⁽¹⁴⁴⁾ L. RATTI, *I Licenziamenti in Gran Bretagna*, cit., 140 ss.

⁽¹⁴⁵⁾ Diritto già previsto nel *Redundancy Payment Act* del 1965 e oggi confluito nella sez. 135, parte XI, dell'ERA.

⁽¹⁴⁶⁾ M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli di licenziamento*, cit., 38.

⁽¹⁴⁷⁾ *Wilson v. Underhill House School Ltd*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1977, 475; *Robinson v. British Island Airways Ltd*, *Ind. Cases Rep*, 1978, 304.

⁽¹⁴⁸⁾ M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli di licenziamento*, cit., 15.

⁽¹⁴⁹⁾ *Indust. Relat. Law Rep.*, 1984, 271, (in tal caso il datore licenziava per "*redundancy*" un proprio dipendente (un idraulico) per assumerne un altro più qualificato).

redundant a seguito di ammodernamenti del sistema di riscaldamento (il licenziamento rientrava nell'ambito della *redundancy* e poteva considerarsi ragionevole anche avendo il datore assunto un nuovo dipendente più qualificato). Dall'altra parte, le esigenze organizzative possono rientrare nell'ambito delle «some other substantial reasons», indicate nella sezione 98 (1) ⁽¹⁵⁰⁾, parte X, dell'*Employment Act 1996*, e costituire un motivo oggettivo del *fair dismissal*.

Ebbene, se le esigenze gestionali, organizzative e di *business* datoriali possono rappresentare la causale di un licenziamento legittimo, attribuiscono, a maggior ragione, un potere "implicito" ⁽¹⁵¹⁾ al datore di lavoro di variare unilateralmente il contratto ⁽¹⁵²⁾ e, nel caso, licenziare legittimamente il lavoratore che non accetti le modifiche.

La sezione 98 ⁽¹⁵³⁾ dell'ERA, però, prevedendo che il datore debba agire ragionevolmente, individua una garanzia generale a favore del prestatore. Se da una parte la riorganizzazione può giustificare un licenziamento legittimo, dall'altra, i giudicanti dovranno sempre valutare se le esigenze datoriali siano veritiere ⁽¹⁵⁴⁾ e ragionevoli ⁽¹⁵⁵⁾. Ma vi è di più. Alcune rilevanti pronunce giurisprudenziali hanno tentato di arginare l'iniqua sperequazione tra interessi del datore e del prestatore. *In primis*, in *Banerjee v. City and East London Area Health Authority* ⁽¹⁵⁶⁾, è stato stabilito che in base alle prove si debba valutare la necessità dei cambiamenti organizzativi in ragione dei quali si è, poi, giunti a un licenziamento. Ed ancora, nel caso *Ellis v. Brighton Co-operative Society Ltd* ⁽¹⁵⁷⁾, venivano richieste (a seguito di una riorganizzazione generale) mansioni più gravose e un adeguamento degli orari di lavoro a un prestatore e da quest'ultimo rifiutate. L'EAT ⁽¹⁵⁸⁾, seppur confermava la decisione di primo grado con la quale il licenziamento veniva considerato *fair*, spiegava che, per giustificare eventuali licenziamenti, i cambiamenti organizzativi sarebbero dovuti essere vitali. Un orientamento, quest'ultimo, ritenuto, successivamente, troppo limitante per gli interessi datoriali. In *Hollister v. National Farmers' Union* ⁽¹⁵⁹⁾, infatti, la Corte d'Appello ha statuito che è sufficiente che vi sia una buona ragione di *business* affinché le scelte di riorganizzazione possano considerarsi ragionevoli. In un altro caso – *Evans v. Elemeta Holdings Ltd* ⁽¹⁶⁰⁾ – l'EAT (partendo dall'assunto che se una parte abbia agito ragionevolmente ciò non comporta, automaticamente, che l'altra abbia agito irragionevolmente ⁽¹⁶¹⁾) sembrava voler attuare una doppia valutazione: ovvero

⁽¹⁵⁰⁾ Tale sez. è rubricata "*Fairness*" e prevede che il datore, che abbia licenziato un proprio dipendente, indichi la ragione o le ragioni principali del licenziamento cosicché il Tribunale potrà valutare se il licenziamento sia o meno "*fair*".

⁽¹⁵¹⁾ M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The legal construction*, cit., 207.

⁽¹⁵²⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 568.

⁽¹⁵³⁾ Sez. 98 (4), lett. a e b, parte X.

⁽¹⁵⁴⁾ S. D. ANDERMAN, *Termination of employment: whose property rights?*, in C. BARNARD, S. DEAKIN, G. MORRIS, *The future of labour law. Liber amicorum Bob Hepple*, Hart Publishing, 2004, 101.

⁽¹⁵⁵⁾ L'*Employment Right Act* richiede, sempre e comunque, una valutazione di ragionevolezza (*reasonableness*) del licenziamento (sez. 98 dell'ERA).

⁽¹⁵⁶⁾ *Indust. Relat. Law Rep.*, 1979, 147; si vedano anche *Ladbroke Courage Holidays Ltd v. Asten*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1981, 59 e *Orr v. Vaughan*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1981, 63.

⁽¹⁵⁷⁾ *Indust. Relat. Law Rep.*, 1979, 419.

⁽¹⁵⁸⁾ L'*Employment Appeal Tribunal*.

⁽¹⁵⁹⁾ *Indust. Relat. Law Rep.*, 1979, 238 anche in tal caso un lavoratore veniva licenziato nel 1976 per non aver accettato modifiche contrattuali sorte a seguito di una riorganizzazione. Si veda anche *Bowater Containers Ltd v. McCormack*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1980, 50.

⁽¹⁶⁰⁾ *Ind. Cases Rep.*, 1982, 323.

⁽¹⁶¹⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 570.

giudicare la ragionevolezza sia della scelta riorganizzativa che della scelta del dipendente di non accettare i cambiamenti datoriali. Tuttavia, l'*EAT* non si esprime sul punto più cruciale della vicenda, ovvero, in quale caso fosse ragionevole per il lavoratore rifiutare le modifiche datoriali a causa dei loro effetti sulla sua vita, ma statui semplicemente, ancora una volta, sulla sola ragionevolezza delle esigenze datoriali. Un'evoluzione giurisprudenziale interessante vi è stata nel caso *Evans in Chubb Fire Security Ltd v. Harper* (¹⁶²): ovvero, per valutare la ragionevolezza della riorganizzazione, bisognerebbe stabilire se i vantaggi della medesima riorganizzazione siano o meno superiori agli svantaggi per il dipendente. Tuttavia, in seguito, è stato sottolineato che tale valutazione può rappresentare solo un elemento (e non giudizio finale) di valutazione della ragionevolezza delle scelte datoriali riorganizzative (¹⁶³).

Un altro fattore rilevante per valutare la legittimità del licenziamento a causa di nuove esigenze organizzative è la consultazione con il dipendente e, eventualmente, con il suo sindacato. D'altronde, nell'ipotesi in cui il datore negozi una riorganizzazione con un sindacato rilevante o con la maggior parte dei dipendenti e uno solo di questi rimanga fermo sulle proprie posizioni, un eventuale accordo raggiunto nell'ambito della negoziazione rafforzerà considerevolmente la posizione del datore che voglia licenziare il dipendente che non si sia adeguato all'accordo (¹⁶⁴). Tuttavia, l'*EAT* ha più volte ribadito la necessità che vi sia un'adeguata consultazione. Il datore di lavoro, pertanto, non potrà semplicemente presentare le decisioni che intenda adottare (come fatto compiuto o *ultimatum*) (¹⁶⁵) né tantomeno potrà limitarsi a consultare unicamente un'associazione sindacale (¹⁶⁶) ma dovrà prendere in considerazione le controproposte del dipendente. Per la valutazione della legittimità del licenziamento, la consultazione risulta, quindi, un fattore rilevante ma non essenziale come è stato statuito in *Hollister v. National Farmers' Union* (¹⁶⁷). È probabile, inoltre, che alla consultazione sia attribuita sempre più importanza, considerando: 1) la decisione della Camera dei Lord nel caso *Polkey v. AE Dayton Services Ltd* (¹⁶⁸), relativa alla consultazione nell'ambito di licenziamenti per esubero; 2) il fatto che hanno assunto rilevanza gli sviluppi legislativi relativi alla dir. 2002/14/EC sull'Informazione e Consultazione (¹⁶⁹) che richiede (almeno nelle imprese con più di 50 dipendenti) meccanismi per l'informazione e la consultazione del personale in caso di «decisioni che possono comportare modifiche sostanziali nell'organizzazione del lavoro». Questo meccanismo opera direttamente solo a livello collettivo, ma potrebbe avere un effetto indiretto anche a livello individuale.

(¹⁶²) *Indust. Relat. Law Rep.*, 1983, 311; cfr. anche *Catamaran Cruisers Ltd v. Williams*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1994, 386.

(¹⁶³) In *Richmond Precision Engineering Ltd v. Pearce*, *Indust. Relat. Law Rep.* 1985, 179. Cfr. anche *St John of God (Care Services) Ltd v. Brooks*, *Ind. Cases Rep.* 1992, 715, ove il Tribunale ha specificato che per giudicare la ragionevolezza – ai sensi della sez. 98 dell'*Employment Act 1996* – è necessario focalizzarsi sulla decisione di licenziare un dipendente a causa del suo rifiuto di accettare le modifiche proposte dal datore. Ulteriori fattori da considerare possono essere: a) accertare quanti dipendenti abbiano accettato i cambiamenti; b) l'atteggiamento dei sindacati coinvolti: *Catamaran Cruisers Ltd v. Williams*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1994, 386.

(¹⁶⁴) I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 570.

(¹⁶⁵) *Ellis v. Brighton Co-operative Society Ltd*, *Indust. Relat. Law Rep.*, 1976, 419.

(¹⁶⁶) *Martin v. Automobile Proprietary Ltd*, *Indust. Relat. Law Rep.* 1979, 64.

(¹⁶⁷) *Indust. Relat. Law Rep.* 1979, 238.

(¹⁶⁸) *Ind. Cases Rep.*, 1988, 142.

(¹⁶⁹) Si veda B. BERCUSSON, *The European Social Model Comes to Britain*, *ILJ*, 2002, 31.3, 209 ss.

Ricapitolando, quindi, il datore di lavoro che abbia esigenze riorganizzative dovrebbe, *in primis*, tentare di raggiungere un accordo con i lavoratori ai quali si indirizzano le variazioni contrattuali ⁽¹⁷⁰⁾. Nel caso in cui l'accordo non venga raggiunto e le esigenze riorganizzative rimangano impellenti, il datore di lavoro potrebbe, nell'ambito dei limiti e dei termini contrattuali, disporre unilateralmente tali modifiche. Qualora un dipendente si rifiuti di accettarle potrebbe essere licenziato per non aver ottemperato a un ordine ragionevole del datore ⁽¹⁷¹⁾. Diversamente, qualora i cambiamenti alterassero radicalmente la tipologia della prestazione lavorativa per la quale era stato assunto il lavoratore, quest'ultimo potrebbe essere considerato in esubero ed essere licenziato (avrebbe diritto a un pagamento, a titolo di esubero, ma senza indennizzo per licenziamento illegittimo). Infine, nel caso in cui la fattispecie non rientrasse in queste due possibilità, il datore di lavoro dovrebbe seguire una procedura di consultazione. E l'eventuale rifiuto, anche a seguito della stessa, del lavoratore di adeguarsi alle nuove condizioni contrattuali potrebbe determinare un licenziamento potenzialmente *fair*, oppure le dimissioni del lavoratore qualora il datore di lavoro abbia insistentemente chiesto al prestatore di adeguarsi a tali cambiamenti.

La disciplina del recesso attribuisce, pertanto, un potere implicito alla parte datoriale di modificare unilateralmente le condizioni contrattuali dal momento che, in presenza di nuove esigenze organizzative, il prestatore si ritroverà a un trivio obbligato, ovvero: accettare le nuove condizioni contrattuali, dimettersi oppure subire un licenziamento potenzialmente *fair*.

5. Il giustificato motivo oggettivo e l'art. 2103 c.c.: brevi riflessioni di una nuova relazione

In Inghilterra, come già anticipato, da un'ampia facoltà di recesso deriva un implicito potere datoriale di variare unilateralmente il contratto ⁽¹⁷²⁾: siamo dunque in presenza di un quadro giuridico quantomeno simile a quello italiano pre-statutario. Il sistema codicistico italiano del 1942, infatti, garantiva al datore un'assoluta elasticità della forza lavoro: qualora quest'ultimo avesse voluto imporre una variazione dei termini inizialmente configurati, «il lavoratore finiva per trovarsi in una posizione non molto differente da quella di colui al quale si chiede di prendere o lasciare», in quanto il datore era, ai sensi dell'art. 2118 c.c., «arbitro esclusivo della decisione relativa alla convenienza della conservazione del rapporto» ⁽¹⁷³⁾. Invero, se l'imprenditore era padrone assoluto del posto di lavoro tanto più poteva disporre delle modifiche delle condizioni contrattuali e, dall'altra parte, il lavoratore avrebbe avuto pur sempre interesse ad accettarle per evitare il licenziamento. Cosicché, la principale chiave esegetica, prima del 1970, delle vicende modificative era fornita non dalla natura «oggettivamente disponibile dei beni sui quali esse incidevano, quanto, e soprattutto dal

⁽¹⁷⁰⁾ I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 571.

⁽¹⁷¹⁾ V. la sez. 98 (2) (b) dell'ERA e I. SMITH, A. BAKER, *Employment Law*, cit., 571.

⁽¹⁷²⁾ M. FREEDLAND, N. KOUNTOURIS, *The legal construction*, cit., 207.

⁽¹⁷³⁾ F. LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Franco Angeli, 1982, 73.

regime di libera recedibilità»⁽¹⁷⁴⁾). Ebbene, con l’emanazione dello Statuto dei lavoratori, da una parte, grazie all’art. 18, veniva introdotta la disciplina della stabilità reale – sottraendo al datore la piena disponibilità del bene occupazione che, in riforma alla l. n. 604/1966, non era più un interesse monetizzabile del prestatore – e dall’altra parte, con l’art. 13, veniva attribuita rilevanza giuridica alla conservazione della posizione professionale del lavoratore⁽¹⁷⁵⁾. Quest’ultima, infatti, veniva sottratta alla disponibilità delle parti le quali non potevano stabilirne validamente il peggioramento. La tutela reintegratoria, fino alle recenti riforme, rappresentava, quindi, il presupposto cardine per la realizzazione effettiva degli altri beni protetti dalla legge, tra cui proprio quello della professionalità del lavoratore. Mario Napoli a chiare lettere, infatti, sosteneva che fosse l’«esistenza di un effettivo sistema di stabilità reale» a consentire «all’art. 13 di operare in tutta la sua portata»⁽¹⁷⁶⁾. La disciplina del recesso introdotta con lo Statuto dei lavoratori, d’altronde, non solo non attribuiva più al datore un potere implicito di variare le condizioni contrattuali ma, anzi, rappresentava un vero e proprio “alleato” per il lavoratore «a reagire (resistendo) alla unilaterale modificazione»⁽¹⁷⁷⁾ dei termini contrattuali. Ed ancora, possiamo precisare che la tutela dell’interesse alla “stabilità” della posizione professionale si poneva in un momento successivo, da un punto di vista logico, rispetto alla tutela dell’interesse alla “stabilità” dell’occupazione: la realizzazione della prima presupponeva la soddisfazione della seconda e quindi, in un certo senso, dipendeva proprio da quest’ultima⁽¹⁷⁸⁾.

L’analisi della disciplina dello *jus variandi*, in combinato disposto con quella del recesso, e le suddette osservazioni spingono a chiedersi quanto la nuova disciplina e i recenti orientamenti giurisprudenziali relativi al licenziamento (economico⁽¹⁷⁹⁾), per lo più) incidano sulla riformata disciplina dello *jus variandi* datoriale.

Il d.lgs. n. 23/2015, privilegiando la temporaneità rispetto alla stabilità del vincolo contrattuale, prevede, quale unica sanzione per l’illegittimo licenziamento per giustificato motivo oggettivo, il risarcimento del danno (come ai tempi della l. n. 604/1966). Secondo una parte della dottrina⁽¹⁸⁰⁾, il nuovo regime ridimensiona la tesi di Federico Mancini⁽¹⁸¹⁾, che configurava il licenziamento alla stregua dell’*extrema ratio*⁽¹⁸²⁾, in quanto un licenziamento privo di giustificato motivo oggettivo è, da una parte,

⁽¹⁷⁴⁾ F. LISO, *op. loc. ult. cit.*, 103.

⁽¹⁷⁵⁾ F. LISO, *op. loc. ult. cit.*, 98.

⁽¹⁷⁶⁾ M. NAPOLI, *La stabilità reale*, Franco Angeli, 1980, 313.

⁽¹⁷⁷⁾ F. LISO, *op. loc. ult. cit.*, 104.

⁽¹⁷⁸⁾ F. LISO, *op. loc. ult. cit.*, 98 e M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 313.

⁽¹⁷⁹⁾ Relativamente al giustificato motivo oggettivo, si vedano le più recenti monografie di M. FERRARESI, *Il giustificato motivo di licenziamento. Dalla legge 604 del 1966 al contratto a tutele crescenti*, Giappichelli, 2016; S. VARVA, *Il licenziamento economico: pretese del legislatore e tecnica del giudizio*, Giappichelli, 2015; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell’impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012; L. CALCATERRA, *La giustificazione oggettiva del licenziamento*, cit.; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell’Economia, a cura di F. GALGANO, Cedam, 2005; M. MARINELLI, *I licenziamenti per motivi economici*, Giappichelli, 2005.

⁽¹⁸⁰⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo “organizzativo”: la fattispecie*, Working Paper CSDLE “Massimo D’Antona”.IT, n. 317/2016, 11.

⁽¹⁸¹⁾ Si veda G.F. MANCINI, *Commento all’art. 18*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 243 ss. In senso contrario, G. PERA, *La cessazione del rapporto di lavoro*, Cedam, 1980, 106-107.

⁽¹⁸²⁾ Le diverse interpretazioni di questa espressione sono state recentemente sintetizzate da M.T. CARINCI, *L’obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per g.m.o.*, RIDL, 2017, I, 206-209.

illecito ma, dall'altra, valido e, pertanto, produttivo di effetti ⁽¹⁸³⁾. Inoltre, è pur vero che l'obbligo di *repêchage* ⁽¹⁸⁴⁾, di derivazione giurisprudenziale ⁽¹⁸⁵⁾, non è venuto meno – anzi, secondo una parte della dottrina ⁽¹⁸⁶⁾, il suo ambito applicativo risulterebbe esteso – con la riforma Renzi; tuttavia, anche in caso di inadempimento di tale obbligo, l'unica sanzione prevista è sempre il risarcimento ⁽¹⁸⁷⁾. È, quindi, definitivamente superata quella tesi dottrinale e giurisprudenziale che sanzionava l'inadempimento dell'obbligo di *repêchage* – perché annesso al fatto posto a base del licenziamento – con la reintegrazione ⁽¹⁸⁸⁾.

Inoltre, ad una riforma legislativa che sposta nuovamente il pendolo della bilancia a favore della parte datoriale si aggiunge anche l'orientamento giurisprudenziale secondo cui tra le ragioni inerenti l'attività produttiva dell'art. 3 della l. n. 604/1966 rientrano non soltanto quelle «dirette a fronteggiare situazioni sfavorevoli» ⁽¹⁸⁹⁾, ma anche quelle «dirette al risparmio dei costi o all'incremento dei profitti» ⁽¹⁹⁰⁾. È stato considerato, poi, «estraneo al controllo giudiziale il fine di arricchimento, o non impoverimento,

⁽¹⁸³⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento*, cit., e S. VARVA, *Indifferenza delle finalità economiche datoriali nella valutazione del licenziamento per motivo oggettivo. La Cassazione conferma l'orientamento liberista*, nota a Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, www.giustiziacivile.com, 2017, n. 5, 9.

⁽¹⁸⁴⁾ Probabilmente è più opportuno parlare di *reclassement*: M.V. BALLESTRERO, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento. Una rilettura della giurisprudenza della Cassazione alla luce della riforma dell'art. 18, LD, 2013*, 559 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ L'orientamento giurisprudenziale del “ripescaggio”, poi consolidatosi nel tempo, inizia nel 1972: Cass. 12 dicembre 1972, n. 3578, *FI*, 1973, I, 655.

⁽¹⁸⁶⁾ È stato sostenuto che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. valorizzi la stabilità del rapporto di lavoro in quanto da un ampliamento dell'ambito di esigibilità delle mansioni deriverebbe, conseguentemente, un ampliamento dell'ambito applicativo dell'obbligo di *repêchage* e una “restrizione” di quello del licenziamento per motivo oggettivo (F. LISO, *Brevi osservazioni*, cit., 9). In realtà, non si può condividere pienamente tale tesi perché in relazione alle modifiche orizzontali possono essere prese in considerazione, al fine del *repêchage*, unicamente le mansioni libere inquadrato nello stesso livello che non richiedano una formazione. Non esiste, infatti, un obbligo datoriale di fornire una formazione al lavoratore per salvaguardare l'occupazione di quest'ultimo (Cass. 11 marzo 2013, n. 5963, *FI*, 2013, I, 1502; in dottrina R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, www.serit.uniroma3.it, 7, relazione tenuta al seminario *Giustificato motivo oggettivo e licenziamento economico* del 20 marzo 2017, organizzato dalla Commissione di certificazione dei contratti di lavoro dell'Università Roma Tre; S. CIUCCIOVINO, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e repêchage dopo il jobs act, MGL*, 2016, n. 7, 432 ss.). Cosicché, rispetto al previgente art. 2103 c.c., l'ambito applicativo del *repêchage* non varia molto, in considerazione del fatto che le mansioni equivalenti erano quelle che consentivano al prestatore di utilizzare la propria professionalità pregressa (C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 151; in giurisprudenza, si vedano le recenti statuizioni della Cassazione: sent. 21 dicembre 2016, n. 26467, *Lex24*; sent. 10 maggio 2016, n. 9467, *Lex24*; sent. 29 novembre 2015, n. 23698, *Lex24*; in senso contrario, cfr. G.F. MANCINI, *Commento all'art. 18*, cit., 243 ss.). Quanto sostenuto in merito alla mobilità orizzontale, relativamente alla formazione, vale anche per le ipotesi di modifiche *in pejus*, ovvero: possono rientrare nell'ambito del *repêchage* unicamente le mansioni libere nel livello di inquadramento inferiore che non richiedono una formazione per il lavoratore. Tuttavia, anche nell'ipotesi in cui non sia richiesta alcuna formazione, è da escludere che il datore di lavoro, per evitare il licenziamento, abbia l'obbligo di verificare la possibilità di adibire il lavoratore a mansioni inferiori ai sensi dei commi 2 e 4 dell'art. 2103 c.c., «essendo inammissibile che il “può” di cui al comma 2 diventi un “deve” in quanto l'esercizio di quel potere rientra nella libera scelta dell'imprenditore» (S. CIUCCIOVINO, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento e repêchage dopo il jobs act*, cit., 432 ss.; C. PISANI, *La nuova disciplina*, cit., 151 e R. ROMEI, *Natura e struttura dell'obbligo di repêchage*, cit.).

⁽¹⁸⁷⁾ M.T. CARINCI, *L'obbligo di «ripescaggio» nel licenziamento per g.m.o.*, cit., 237; G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento*, cit., 11.

⁽¹⁸⁸⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento*, cit.

⁽¹⁸⁹⁾ Cass. 9 luglio 2001, n. 9319, *Lex24*.

⁽¹⁹⁰⁾ Cass. 24 maggio 2007, n. 12094, *Lex24* e Cass. 10 maggio 2007, n. 10672, *Lex24*.

perseguito dall'imprenditore, comunque suscettibile di determinare un incremento di utili a beneficio dell'impresa e, dunque, dell'intera comunità dei lavoratori»⁽¹⁹¹⁾.

Rebus sic stantibus, secondo tale orientamento non è più necessario che il datore provi «l'esistenza di sfavorevoli contingenze di mercato»⁽¹⁹²⁾ sia perché non è imposto «dallo spirito dell'articolo 3» sia perché incompatibile con l'art. 41 Cost., comma 1, che lascia all'imprenditore «la scelta della migliore combinazione dei fattori produttivi a fini di incremento della produttività aziendale»⁽¹⁹³⁾. Ma vi è di più. La Cassazione ha riconosciuto definitivamente il giustificato motivo «organizzativo»⁽¹⁹⁴⁾, sostenendo che ai fini della legittimità di un licenziamento intimato per g.m.o. – a patto che il recesso sia la conseguenza e non la causale del riassetto organizzativo⁽¹⁹⁵⁾ – «l'andamento economico negativo dell'azienda non costituisce un presupposto fattuale che il datore di lavoro debba necessariamente provare ed il giudice accertare, essendo sufficiente che le ragioni inerenti l'attività produttiva ed all'organizzazione del lavoro, tra le quali non è possibile escludere quelle dirette ad una migliore efficienza gestionale ovvero ad un incremento della redditività dell'impresa, determinino un effettivo mutamento dell'assetto organizzativo attraverso la soppressione di una individuata posizione lavorativa»⁽¹⁹⁶⁾. Da oggi, pertanto, il datore di lavoro può giustificare un licenziamento individuale, ai sensi dell'art. 3 della l. n. 604/1966, adducendo sia una ragione economica – in tal caso il giudice è legittimato a valutare la sussistenza e veridicità della medesima⁽¹⁹⁷⁾ –, sia una ragione di tipo unicamente organizzativo⁽¹⁹⁸⁾. A seguito di tale orientamento, destinato a consolidarsi⁽¹⁹⁹⁾, è verosimile che qualsiasi imprenditore propenderà ad indicare nella lettera di licenziamento, per evitare l'accertamento del giudice, la sola ragione organizzativa. Come è stato osservato, però, non essendo stati enucleati dalla Suprema Corte dei criteri e dei parametri che «consentano al giudice di accertare la veridicità e la effettività» della ragione organizzativa si rischia che quest'ultima si appiattisca «tautologicamente sulla mera soppressione del posto di lavoro, che invece dovrebbe costituire la conseguenza della ragione organizzativa»⁽²⁰⁰⁾. L'attuale disciplina normativa del licenziamento economico, quindi, prevedendo quale unica sanzione, per gli assunti dal 7 marzo 2015, il risarcimento del danno (anche nell'ipotesi di inadempimento dell'obbligo *repêchage*), e i recenti orientamenti

⁽¹⁹¹⁾ Cass. 18 novembre 2015, n. 23620, *Lex24*.

⁽¹⁹²⁾ Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, *Lex24* e Cass. 1 luglio 2016, n. 13516, *Lex24*.

⁽¹⁹³⁾ Cass. 1° luglio 2016, n. 13516, *Lex24*.

⁽¹⁹⁴⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento*, cit., 4.

⁽¹⁹⁵⁾ Cass. 28 settembre 2016, n. 19185, *Lex24*; Cass. 12 giugno 2015, n. 12242, *Lex24*; Cass. 15 maggio 2012, n. 7474, *Lex24*.

⁽¹⁹⁶⁾ Cass. 7 dicembre 2016, n. 25201, *Lex24* e Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, *Lex24*. Di contro, si veda Cass. 24 giugno 2015, n. 13116, *Lex24*.

⁽¹⁹⁷⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento*, cit., 6.

⁽¹⁹⁸⁾ L'operazione di riassetto organizzativo dovrebbe essere «seria, oggettiva e non convenientemente eludibile» (Cass. 15 maggio 2012, n. 7474, *Lex24* e Cass. 11 luglio 2011, n. 15157, *Lex24*).

⁽¹⁹⁹⁾ Si vedano Cass. 24 maggio 2017, n. 13015, *Lex24*; Cass. 3 maggio 2017, n. 10699, *Lex24* e Cass. 15 febbraio 2017, n. 4015, *Lex24*, con le quali la Suprema Corte conferma la precedente sent. del 7 dicembre 2016, n. 25201.

⁽²⁰⁰⁾ G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento*, cit., 7. È pur vero, però, che il licenziamento economico che non si rilevi ontologicamente tale «potrà essere riqualificato in termini di atto elusivo di una norma imperativa quale l'art. 3 co. 2, d.lgs. n. 23/2015» (B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo" di licenziamento tra storia e attualità*, Working Paper CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 323/2017, 19).

giurisprudenziali, preferendo un'interpretazione elastica e più «liberista» ⁽²⁰¹⁾ (ma, forse, condivisibile ⁽²⁰²⁾) dell'art. 3 della l. n. 604/1966 in base alla quale rientrano nella nozione di giustificato motivo oggettivo sia le ragioni dirette alla riduzione dei costi (o all'incremento dei profitti) ⁽²⁰³⁾ che le ragioni meramente organizzative, fanno certamente cadere «il sistema di stabilità» che consentiva al previgente art. 2103 c.c. «di operare in tutta la sua portata» ⁽²⁰⁴⁾.

Pertanto, se da una parte il legislatore, novellando l'art. 2103 c.c., ha ridotto le tutele del lavoratore, sancendo l'abbandono dell'equivalenza sostanziale e consentendo il demansionamento, dall'altra ha invertito il «ruolo» della disciplina del recesso la quale, gioco forza, diviene nuovamente «l'alleata» del datore di lavoro. Se precedentemente, infatti, la disciplina del recesso consentiva al lavoratore di «reagire (resistendo) alla unilaterale modificazione» ⁽²⁰⁵⁾ dei termini contrattuali, oggi, lo pone in una posizione di grande debolezza contrattuale. Quest'ultima sarà tangibile soprattutto nelle ipotesi di demansionamento consensuale, disciplinato dal comma 6 dell'art. 2103 c.c., ove è prevista un'ampia potestà derogatoria in quanto, da una parte, non si applicano i limiti categoriali e retributivi, previsti dai commi precedenti, e dall'altra i vincoli finalistici si caratterizzano per grande indeterminazione. Gli accordi *ex* comma 6, quindi, con finalità formalmente a favore del lavoratore potrebbero, in realtà, celare ipotesi di *downward*

⁽²⁰¹⁾ Così S. VARVA, *Indifferenza delle finalità economiche*, cit., 4.

⁽²⁰²⁾ La formulazione letterale e lo spirito dell'art. 3 della l. n. 604/1966 – in combinato disposto con l'art. 41 Cost., comma 1 – non consentono di delimitare la portata della norma soltanto a determinate causali, quali, ad esempio, la sussistenza di «situazioni sfavorevoli» o di «spese notevoli di carattere straordinario» (Cass. 7 dicembre 2016 n. 25201, *Lex24*; Cass. 21 luglio 2016, n. 15082, *Lex24*; Cass. 1 luglio 2016, n. 13516, *Lex24*; Cass. 1 gennaio 2016, n. 13516, *Lex24*; in senso contrario Cass. 24 giugno 2015, n. 13116, *Lex24*; Cass. 23 ottobre 2013, n. 24037, *Lex24*; Cass. 15 dicembre 2008, n. 29320, *Lex24*). In dottrina, in senso favorevole all'interpretazione più elastica dell'art. 3, l. 604/66: A. MARESCA, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: il prius, il posterius ed il nesso causale*, www.ilgiuslavorista.it, 2017; C. CESTER, *Giustificato motivo oggettivo di licenziamento*, *RIDL*, 2017, I, 159; B. CARUSO, *La fattispecie "giustificato motivo oggettivo"*, cit.; R. DE LUCA TAMAJO, intervento al convegno, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: la fattispecie*, organizzato dal Gruppo Freccia Rossa il 16 settembre 2016 presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza; M. MARAZZA, intervento al convegno, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento: la fattispecie*, organizzato dal Gruppo Freccia Rossa il 16 settembre 2016 presso l'Università degli Studi di Roma La Sapienza; S. BRUN, *Il licenziamento economico tra esigenze dell'impresa e interesse alla stabilità*, Cedam, 2012, 118 ss.; M.T. CARINCI, *Il giustificato motivo oggettivo nel rapporto di lavoro subordinato*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, Cedam, 2005, 144. In senso contrario, a favore della tesi che considera il licenziamento per g.m.o. come *extrema ratio* (e, quindi, a tutela della stabilità del posto di lavoro), si sono espressi recentemente G. SANTORO-PASSARELLI, *Il licenziamento per giustificato motivo «organizzativo»: la fattispecie*, *FI*, 2017, I, 134 ss.; A. PERULLI, *Il controllo giudiziale dei poteri dell'imprenditore tra evoluzione legislativa e diritto vivente*, *RIDL*, 2015, I, 103 ss.; S. VARVA, *Sindacato giudiziale e motivo oggettivo di licenziamento*, *DLRI*, 2011, n. 131, 457; L. DE ANGELIS, *Licenziamento per motivi economici e controllo giudiziario*, *LD*, 2007, 476 ss. Ma questa seconda tesi è stata condivisa anche da: M. PERSIANI, *La tutela dell'interesse del lavoratore alla conservazione del posto di lavoro*, in *Nuovo Trattato di diritto del lavoro*, a cura di in L. RIVA SANSEVERINO, G. MAZZONI, Cedam, 1971, 685 ss.; T. TREU, *Statuto dei lavoratori e organizzazione*, *RTDPC*, 1972, 1051; M. NAPOLI, *La stabilità reale del rapporto di lavoro*, Franco Angeli, 1980, 309 ss.; U. ROMAGNOLI, *Art. 18*, in *Statuto dei diritti dei lavoratori*, a cura di in G. GHEZZI, G. F. MANCINI, F. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, Zanichelli, 1981, 98 ss.

⁽²⁰³⁾ Cass. 23 giugno 1998, n. 6222, *Lex24*.

⁽²⁰⁴⁾ M. NAPOLI, *La stabilità reale*, cit., 313.

⁽²⁰⁵⁾ F. LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit., 104.

flexibility ⁽²⁰⁶⁾, ovvero l'approvazione del lavoratore, in un periodo di crisi economica, di cambiamenti peggiorativi delle condizioni lavorative per evitare il licenziamento.

6. Conclusioni

La nuova disciplina italiana dello *ius variandi* datoriale deve essere valutata in un'ottica storica e normativa complessa, che tenga in debito conto l'incisiva riforma della legge del 20 maggio 1970, n. 300, sulla quale il legislatore ha ampiamente inciso. Il *Jobs Act*, invero, intervenendo su tre baluardi statutari, ovvero gli artt. 18, 13 e 4, rappresenta un processo normativo di ampio respiro, o una «esplosione riformistica» ⁽²⁰⁷⁾, in contrapposizione rispetto alla *ratio* garantistica dello Statuto dei lavoratori. La logica, infatti, che ha ispirato il legislatore è la flessibilizzazione ⁽²⁰⁸⁾ della disciplina del licenziamento, delle mansioni e, pure, dei vincoli relativi ai controlli a distanza con l'intento di rendere più appetibile il contratto di lavoro a tempo indeterminato, al di là dei benefici contributivi.

Da una prima lettura dell'art. 2103 c.c., si intuisce immediatamente un'inversione all'interno della scala valoriale. Se la flessibilità organizzativa e gestionale, precedente la novella del 2015, era subordinata alla tutela della professionalità acquisita dal lavoratore, a seguito della riforma, tale equilibrio risulta invertito ed è, quindi, nettamente favorevole per la parte datoriale. Invero, il vigente art. 2103 c.c. si avvicina, per certi versi, alla versione originaria della norma che subordinava l'esercizio del potere di *jus variandi* a un duplice ordine di limiti: di tipo positivo, ovvero la sussistenza di specifiche esigenze dell'impresa; di tipo negativo, ovvero non procurare un pregiudizio al prestatore né sotto il profilo retributivo, né sotto il profilo del mutamento sostanziale della posizione lavorativa ⁽²⁰⁹⁾. Inoltre, come abbiamo appurato, il reale impatto del nuovo art. 2103 c.c. è comprensibile se analizzato in combinato disposto sia con la disciplina legislativa che con i recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di licenziamento. Da un lato, il legislatore, novellando l'art. 2103 c.c., ha ridotto le tutele del lavoratore, sancendo l'abbandono (forse apparente) ⁽²¹⁰⁾ dell'equivalenza sostanziale e consentendo il demansionamento; dall'altro, ha invertito il "ruolo" della disciplina del recesso, la quale, gioco forza, diviene nuovamente "l'alleata" del datore di lavoro. Proprio per tali ultime considerazioni, le differenze, tra i sistemi italiano e

⁽²⁰⁶⁾ È un fenomeno, connesso alla crisi economica, accentuato nei sistemi a debole giuricizzazione dei poteri e delle facoltà datoriali (S. WILSON, M. HADLER, *Downward flexibility: who is willing to take an inferior job?* EJIR, 2016, n. 23, 187 ss.).

⁽²⁰⁷⁾ R. DE LUCA TAMAJO, *Riflessioni sulla riforma del lavoro, in Jobs Act: un primo bilancio*, atti del XI Seminario di Bertinoro-Bologna del 22-23 ottobre 2015, BA, 2015, n. 54, 568.

⁽²⁰⁸⁾ L'idea ispiratrice della recente riforma in tema di mansioni è condivisibile in quanto il fenomeno dell'*industry 4.0* è caratterizzato dalla crescente esigenza della flessibilità funzionale. Il termine *Industry 4.0* deriva dal tedesco ed entra ufficialmente nel lessico socio-economico dopo il suo utilizzo nelle *Recommendations for implementing the strategic initiative INDUSTRIE 4.0* redatte nell'aprile 2013 dal *Forschungsunion* e da *Acatech* con il supporto del Ministero dell'Istruzione e della Ricerca tedesco. In realtà Kagermann, Lukas e Wahlster iniziano a parlare di *Industrie 4.0* già a partire dal 2011. Cfr. H. KAGERMANN, W.D. LUKAS, W. WAHLSTER, *Industrie 4.0: Mit dem Internet der Dinge auf dem Weg zur 4. industriellen Revolution*, VDI, Nachtrichten, 2011.

⁽²⁰⁹⁾ M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore*, cit. 10.

⁽²¹⁰⁾ Si vedano le considerazioni espresse nel paragrafo 3.1.

inglese, sono evidenti, ma non così radicali come nel passato. L'Italia, infatti, ha intrapreso un processo di avvicinamento verso quei sistemi giuridici maggiormente attenti alle prerogative datoriali rispetto a quelle del lavoratore: conseguentemente, l'asimmetria tra il garantismo individuale e la flessibilità dell'impresa, radicata nel sistema inglese, caratterizza, ormai, seppur in modo più blando, quello italiano. Invero, in quest'ultimo ordinamento, se da un lato la modificabilità del contratto ad iniziativa dell'imprenditore non può certamente essere risolta come nel passato pre-statutario in una facoltà datoriale implicita derivante dalla libera recedibilità *ex art. 2118 c.c.* – perché è superata la stabilità reale ma, tuttavia, permane una “procedimentalizzazione” dello *jus variandi* – dall'altro lato ci si avvicina nuovamente alla logica del «chi può il più può il meno» ⁽²¹¹⁾.

⁽²¹¹⁾ F. LISO, *La mobilità del lavoratore*, cit., 109.