



Numero 1/ 2024

Mauro DALLACASA

**La formazione del lavoratore tra ius variandi
e motivo oggettivo di licenziamento**

La formazione del lavoratore tra ius variandi e motivo oggettivo di licenziamento

Mauro DALLACASA

Giudice del lavoro nel Tribunale di Padova

Il lavoro tratta dell'estensione dello ius variandi, quale potere del datore di lavoro, e dell'obbligo di repêchage, quale sua posizione passiva, con particolare riferimento all'onere della formazione professionale del lavoratore, per concludere come non sia possibile, specie dopo la riforma dell'art. 2103 c.c., ritenere una simmetria tra i due istituti, essendo diversi gli interessi in gioco e i termini del loro bilanciamento.

The paper deals with the extension of the "ius variandi," as an employer's power, and the obligation of "repêchage," as his passive position, with particular reference to the burden of the worker's professional training, concluding that it is not possible, especially after the reform of Article 2103 of the Civil Code, to consider a symmetry between the two institutions, as the interests at stake and the terms of their balance are different.

1. La teorica simmetria tra ius variandi e repêchage.

Sino ad oggi la Corte di Cassazione ha escluso che il datore di lavoro, tenuto ad accertare la possibilità di repêchage del lavoratore il cui posto di lavoro sia stato soppresso, debba altresì farsi carico della formazione professionale necessaria per svolgere mansioni di altra natura, anche se disponibili nella struttura aziendale¹. Il repêchage è quindi limitato alle mansioni per le quali il

¹ Per tutte recentemente Cass. civ., ord. 30988/22. Precisazioni sul limite dell'obbligo di repêchage in rapporto alla professionalità posseduta si possono leggere in Cass. civ., 31.05.17 n. 13809: "se l'eterogeneità del corredo di capacità e di esperienze professionali rispetto alla diversa posizione lavorativa libera in azienda può far venire meno il fondamento stesso dell'obbligo di repêchage, che evidentemente postula che le energie lavorative del dipendente siano utilmente impiegabili nelle alternative mansioni che al medesimo debbano essere assegnate, tuttavia ciò non significa che si possa affidare al datore di lavoro la potestà di far operare la riallocazione su posto vacante secondo una sua valutazione meramente discrezionale,

lavoratore possiede già la professionalità richiesta: Il repêchage è doveroso nella misura in cui è possibile, senza costi aggiuntivi.

Questo approdo giurisprudenziale è di solito inteso come un portato del principio costituzionale della libertà dell'iniziativa economica privata, da cui segue che il datore di lavoro non è tenuto a sopportare costi che non siano da lui decisi in funzione dell'interesse dell'impresa.

Questo limite al repêchage si armonizzava con l'estensione dello ius variandi secondo l'art. 2103 c.c., nella versione introdotta dallo statuto dei lavoratori, perché l'equivalenza delle mansioni cui il lavoratore poteva essere addetto si dava solo a professionalità invariata².

Vi era dunque una simmetria tra ius variandi, ex art. 2103 c.c. e obbligo di repêchage nel licenziamento per motivo oggettivo: la misura del primo, quale potere datoriale in una situazione di svolgimento fisiologico dell'impresa, segnava la misura del secondo. La possibilità giuridica e di fatto, nell'organizzazione aziendale data, di una diversa mansione si traduceva in una opportunità, se il datore di lavoro perseguiva un proprio interesse, o in un obbligo, se l'interesse considerato era quello del lavoratore. Così si poteva dire che l'art. 2103 c.c. integrava il contratto individuale, nel senso che il lavoratore si obbligava non solo per le mansioni indicate in contratto, ma anche per tutte quelle che potevano considerarsi equipollenti.

E tuttavia questa correlazione si era da tempo incrinata; e precisamente si era incrinata nel momento in cui l'obbligo di repêchage era stato esteso anche a mansioni di rango inferiore. Non si è trattato solo del c.d. patto di demansionamento, che pure mal si concilia con l'espressa previsione nell'art. 2103 della nullità dei patti che comportino una simile conseguenza; che evoca un effetto novativo e che a me pare si giustifichi come un limite alla rilevazione delle nullità di protezione, quando l'atto nullo corrisponda all'interesse ed incontri l'adesione della parte a favore della quale è stata prevista la nullità. Si è andati oltre, affermando un vero e proprio obbligo di offrire al lavoratore, il cui posto di lavoro è stato soppresso, una possibilità di salvataggio. Ora, un simile obbligo, che già si rinviene in una famosa pronuncia della SS.UU. del 1998³, aveva

riservata e insindacabile"; e in Cass. civ., 10.05.16 n. 9467 "il demansionamento, a prescindere dall'accettazione o meno da parte del lavoratore e dunque dall'esistenza di un patto di demansionamento, è ammissibile sempre che ci sia una certa omogeneità con i compiti originariamente svolti dal lavoratore" (licenziamento di segretaria cui non era stato offerto un posto vacante di cameriera).

² Vi era dunque una risonanza tra l'art. 13 e l'art. 18 st. lav.: così 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 rapporti di lavoro, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT – 257/2015, p. 2. Parla di "ripescaggio" fondato sull'art. 2103 c.c. coincidente, sotto il profilo dei contenuti, con il "ripescaggio" incluso nella nozione di g.m.o., inteso quale limite interno, posto dall'art. 3, l. n. 604/1966, M.T. Carinci, L'obbligo di ripescaggio nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo di tipo economico alla luce del Jobs Act, *Ridl*, 2017, p. 203.

³ Cass., SS. UU, 7.8.98 n. 7755. in *Ridl*, 1999, p. 170, con nota di G. Pera, Della licenziabilità o no del lavoratore divenuto totalmente inabile. Ma la sentenza contiene i riferimenti a precedenti che già riconoscevano che il divieto di adibire il lavoratore a mansioni inferiori, posto dall'art. 2103 c.c. nell'interesse esclusivo del medesimo, non opera quando egli chieda o accetti il mutamento in peggio al fine di evitare il licenziamento, comunque giustificato (così, Cass. civ., 12.01.84, n. 266; Cass. civ., 7.03.86, n. 1536); dal confronto di queste sentenze con, ad esempio, Cass. civ., 13.8.08, n. 21579 (in *Ridl*, 2009, p. 664, con nota di S. Varva, Sull'obbligo di ricollocamento in mansioni inferiori a favore del dipendente licenziato per soppressione della posizione lavorativa) e Cass. civ., 8.3.16, n. 4509 (se ne veda una citazione nella nota 5) si trae la percezione del passo in avanti compiuto, ben oltre il patto di demansionamento e verso un onere datoriale di prospettazione della possibilità di impiego in mansioni inferiori.

portato⁴ a ritenere legittimo un demansionamento coerente con un accordo sindacale che aveva previsto un tale esito, allo scopo di consentire un rientro anticipato dalla cassa integrazione; dove l'accordo sindacale non era inteso – lo dice la Cassazione - come la fonte del patto in deroga, ma svolgeva, se posso esprimermi in questo modo, una funzione di certificazione dello scopo perseguito, mentre, quanto alla fonte del demansionamento, la si rinveniva pur sempre in un incontro delle volontà, dove era ritenuta sufficiente, per ritenere l'adesione del lavoratore, la sua mancata immediata reazione⁵.

Questa rottura della corrispondenza tra *ius variandi* e *repêchage* si è tradotta anche in disposizioni di legge specifiche, tutte ispirate dall'idea del licenziamento come *extrema ratio*: l'art. 4 c. 11 l. 223/91, che prevede, nell'ambito delle procedure di mobilità, la possibilità di accordi sindacali per il riassorbimento di lavoratori ritenuti eccedenti, con implicita possibilità di riduzione della retribuzione; l'art. 7 c. 5 d.lgs. 151/01, relativo alle lavoratrici in stato di gravidanza e alle lavoratrici madri, con salvaguardia della retribuzione; l'art. 4 c. 4, l. 68/99, che prevede la possibilità dell'assegnazione a mansioni inferiori, anche questa volta con salvaguardia della retribuzione, per il caso di lavoratori che abbiano subito una riduzione della capacità lavorativa inferiore al 60% (e che perciò non possono essere computati nella quota di riserva) ovvero che siano divenuti inabili a causa dell'inadempimento datoriale all'adozione di misure di sicurezza; poi l'art. 42 d.lgs. 81/08, che prevede, in tutti i casi di inidoneità ad una mansione specifica, la adibizione a mansioni inferiori, ancora con salvezza della retribuzione.

2. *Ius variandi* e obbligo formativo. La mobilità orizzontale.

Quella corrispondenza oggi a me pare ulteriormente in crisi a fronte della nuova formulazione dell'art. 2103 c.c., che, da un lato, estende la possibilità di mutamento di mansioni sia in senso orizzontale che verticale, infrangendo il limite della coerenza professionale con quelle prima svolte; d'altro lato enuncia, in via generale, un onere formativo che, per quanto la legge nulla dica, dobbiamo ragionevolmente ritenere sia a carico del datore di lavoro (spettando al lavoratore di partecipare alla formazione con diligenza); e che, collocato nel terzo comma, a metà strada tra lo *ius variandi* di emanazione datoriale e quello di fonte contrattuale, dobbiamo altrettanto ragionevolmente ritenere si applichi quantomeno alle fattispecie previste dai primi due commi.

⁴ Cass. civ., 25.11.10 n. 23926.

⁵Si può vedere in Cass. civ. 8.3.16 n. 4509: “in tanto il consenso del lavoratore potrà essere espresso in quanto il datore di lavoro, in ottemperanza al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto, abbia prospettato al lavoratore, ove compatibile con il suo bagaglio professionale specifico e con il nuovo assetto aziendale, la possibilità di un'utilizzazione in mansioni inferiori”. “In tal senso si palesa l'erroneità della statuizione impugnata, che nessun accertamento ha svolto sul punto, argomentando esclusivamente in ordine alla omessa manifestazione da parte del lavoratore, di una volontà intesa alla stipula di un "patto di demansionamento”.

Vi sono poi sentenze che estendono l'area del demansionamento lecito a tutti i casi “in cui - secondo un accertamento di fatto riservato al giudice del merito ed incensurabile in sede di legittimità se adeguatamente motivato - il mutamento di mansioni od il trasferimento siano stati disposti a richiesta dello stesso lavoratore, ossia in base ad un'esclusiva scelta dello stesso, pervenuto a tale unilaterale decisione senza alcuna sollecitazione, neppure indiretta, del datore di lavoro, che l'abbia invece subita” (così Cass. civ., 8.08.11, n. 17095). Cfr, in tema di trasferimento, Cass. civ., 1.12.88 n. 6515.

La suggestione che ci proviene da alcune sentenze di merito⁶ è che l'art. 2103 c.c., in ossequio a quella simmetria originaria, estenda anche l'obbligo del repêchage e arricchisca quest'ultimo di un ulteriore obbligo formativo⁷, quando ciò sia necessario per consentire l'assegnazione a mansioni che non corrispondono alla professionalità posseduta dal lavoratore. Si compirebbe in tal modo una sorta di eterogenesi dei fini della norma, che, nata per estendere i poteri datoriali di incidere sulla posizione lavorativa del dipendente, compenserebbe tale potere con una pari estensione della tutela (solo indennitaria) dal licenziamento per motivo oggettivo⁸: estensione del debito contrattuale da un lato, a manifestare la natura imperfetta del contratto di lavoro⁹; pari estensione, d'altro lato, del costo imposto per la conservazione del contratto.

Però bisogna dire subito che la simmetria che si vorrebbe conservare è improponibile nei termini originari, perché l'obbligo formativo non può non avere estensioni diverse. Anche chi lo ammette come addendum del repêchage, ne definisce i confini entro i limiti della non eccessiva onerosità, in sostanza degli accomodamenti ragionevoli¹⁰; limite che non esiste nella fattispecie dell'art. 2103 c.c., e a ragione, perché, se il cambio di professionalità è voluto dall'imprenditore nel suo interesse, ritenendo egli che il lavoratore sarà più produttivo nel nuovo ruolo, è l'imprenditore che deve sostenere i costi dell'operazione, quali che siano.

Ma se non può esserci simmetria, allora la fonte dell'obbligo formativo non può essere l'art. 2103 c.c.

Sappiamo che il primo comma dell'art. 2103 disciplina lo *ius variandi* c.d. orizzontale; all'accertamento della professionalità implicata nel lavoro concreto si sostituisce la inclusione delle diverse mansioni in un medesimo livello contrattuale; alla primazia dell'accertamento giudiziale quella della contrattazione collettiva.

Il modello di riferimento sembra essere quello dell'impiego pubblico (art. 52, c. 1°, d.lgs. 165/01)¹¹. Benché nulla nella lettera della legge autorizzi una simile interpretazione, è lecito domandarsi se non residui pur sempre la necessità di una verifica concreta di equivalenza, sulla base di test che potrebbero essere quelli di pari dignità delle mansioni esercitate, quanto a grado di responsabilità e autonomia, a grado di competenze implicate, a grado di tutela dell'immagine del lavoratore verso l'esterno. Una simile possibilità, da qualcuno sollecitata, da altri censurata¹²,

⁶ Si veda Tribunale Lecce, 19.6.20, in Riv. giur. lav. e prev. soc., n. 4/20, con nota di M. Salvagni; Trib. Lecco, sent. n. 159 del 31.10.22.

⁷ Cfr., M. Corti, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act"* (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), *Var. temi dir. lav.*, 2016, n. 1, p. 65; E. Balletti, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in *Giornate di Studio AIDLASS, Napoli 16-17 giugno 2016, Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, p. 109.

⁸ Si avrebbe una "forte valorizzazione del principio della stabilità del rapporto di lavoro", secondo F. Liso, *Brevi considerazioni*, cit., p. 9. Cfr., F. Amendola, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, *Biblioteca '20 maggio'*, 2016, n. 1, p. 101.

⁹ Su cui, M. Corti, *Jus variandi*, cit., p. 40 e bibliografia citata alle note da 1 a 3; M. Falsone, *Ius variandi e ruolo della contrattazione collettiva*, *WP CSDLE "Massimo D'Antona".it* – 308/2016, p. 2.

¹⁰ Sugli accomodamenti ragionevoli, al fine del collocamento del disabile in mansioni compatibili col suo stato di salute, Cass. civ., 9.3.21 n. 6497 in *Ridl*, 2021, p. 481, con nota di C. Alessi, *Disabilità, accomodamenti ragionevoli e oneri probatori*.

¹¹ già inteso dalla giurisprudenza come "equivalenza formale": Cass., SS.UU., 4.4.08 n. 8740.

¹² Così, risolutamente, C. Pisani, *I nostalgici dell'equivalenza delle mansioni*, *Biblioteca '20 Maggio'*, 2016, 2, p. 200.

potrebbe corrispondere ad una esigenza di interpretazione costituzionalmente orientata, che superi lo schema rigidamente sillogistico che sembra imposto dalla lettera¹³.

Vi è a dire poi che l'auspicata evoluzione delle declaratorie contrattuali verso una maggiore specificità e descrittività delle mansioni incluse nei vari livelli deve fare in ogni caso i conti col fatto che, in presenza di contratti collettivi di diritto comune, il datore di lavoro non è tenuto ad applicare il contratto corrispondente all'ambito merceologico in cui opera; pertanto quell'operazione sillogistica, già in linea di principio, potrebbe risultare di difficile praticabilità e richiedere un aggiustamento valutativo.

Ora, la statuizione di un onere formativo è coerente con questa estensione dello ius variandi (tanto più necessario quanto più è variegato lo spettro delle mansioni contemplate nella declaratoria di livello); ma è coerente solo fino a quando si tratta dell'esercizio libero di un potere datoriale; costituisce, da un lato, il prezzo di quel potere che sarà unilateralmente esercitato solo fino a quando resti vantaggioso nonostante l'inerenza di un costo o di un tempo di formazione. Costituisce, d'altro lato, una necessità organizzativa, salvo il caso che quelle nuove professionalità siano già possedute, perché per il datore di lavoro l'assegnazione di mansioni diverse è un investimento sul lavoratore. Costituisce anche espansione di quell'obbligo formativo che in qualche pronuncia si trova enunciato con riferimento alle mansioni di prima assegnazione¹⁴. Ma la coerenza viene meno quando l'assegnazione a mansioni diverse sia espressione non più di un onere, ma di un obbligo e risponda ad un interesse esclusivo del lavoratore, concentrandosi l'interesse datoriale solo nella soppressione del posto di lavoro precedentemente occupato.

Il divorzio tra le due fattispecie può essere descritto anche così: lo ius variandi regolato dall'art. 2103 primo comma c.c. è un potere unilaterale, è una assegnazione di mansioni; il repêchage è una offerta di mansioni, a cui deve seguire una adesione del lavoratore.

E' nell'interesse dal datore di lavoro differenziare le due situazioni, allegando l'effettivo motivo oggettivo a giustificazione del licenziamento, limitando così l'ambito del repêchage esigibile; ed è interesse del lavoratore che le due situazioni siano differenziate e che il datore di lavoro non possa utilizzare lo ius variandi in mancanza di obbligo formativo, come strumento per liberarsi di un lavoratore, sottraendosi alla verifica dell'esistenza di un giustificato motivo.

Solo nel caso dello ius variandi datoriale, la mancata formazione, essendo inadempimento, può giustificare un'eccezione di inadempimento del lavoratore; né la inidoneità alla mansione, se conseguenza della mancata formazione, potrà costituire motivo di licenziamento (né in tal caso si potrà imputare al lavoratore di non avere adoprato la diligenza connessa alla natura della

¹³ U. Gargiulo, Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ., WP CSDLE "Massimo D'Antona".it – 268/2015, p. 4.

¹⁴Per Cass. civ., 11.3.13 n. 5963, un obbligo formativo sussiste solo per le mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto. Per Cass. civ., 7.5.08, n. 11142: "un obbligo specifico sorge, ed è stato correttamente individuato dal Giudice del merito, allorché, per effetto di scelte imprenditoriali - particolarmente frequenti ed incisive nel settore produttivo dell'informatica - si introducono radicali innovazioni dei sistemi e metodi tali da incidere, modificandoli, sugli originari contenuti dell'oggetto della prestazione lavorativa. In siffatte ipotesi, i precetti desumibili dalle clausole generali di correttezza e buona fede nell'esecuzione del contratto di lavoro (art 1175 e 1375 c.c.) fondano l'obbligo dell'impresa di predisporre strumenti di formazione idonei a consentire il necessario aggiornamento professionale del dipendente".

prestazione, ex art. 2104 c.c.). Resta a vedere quali debbano essere le conseguenze di un esito negativo della formazione, che non sia dovuto a colpa del lavoratore: qui siamo fuori dal motivo soggettivo, perché al lavoratore può chiedersi di partecipare diligentemente alla formazione, ma non può imputarsi il risultato insoddisfacente; ma siamo anche fuori dal motivo oggettivo perché dobbiamo supporre che continui ad esistere, nell'organizzazione dell'impresa, il posto originario¹⁵. Se poi un datore di lavoro tetragono insistesse nell'assegnazione disposta, il lavoratore improduttivo o inerte potrebbe dolersi della dispersione delle proprie competenze e della lesione della propria immagine.

Nel caso invece del licenziamento per motivo oggettivo, l'inidoneità alle mansioni disponibili, per difetto di adeguata professionalità, eventualmente irrimediabile ad opera del lavoratore stesso, giustificherà il licenziamento, senza necessità di ulteriori offerte. E a questo punto può insinuarsi uno spazio più ristretto - fondato su regole generali del diritto dei contratti, quali l'esecuzione secondo buona fede e il dovere del creditore di compiere quanto è necessario affinché il debitore possa adempiere la prestazione -, quando il lavoratore sia in grado di auto formarsi, o quando la formazione possa essere impartita con costi sostanzialmente irrilevanti.

Può essere questo il caso del recupero di professionalità già possedute e poi abbandonate, ma facilmente recuperabili.

Siamo però fuori da quella relazione di simmetria che dovrebbe giustificare l'estensione dell'obbligo formativo ex art. 2103 c.c.

3. Ius variandi e obbligo formativo. La mobilità verticale

Questa conclusione, di separazione tra estensione dello ius variandi ed estensione del repêchage, sembra incrinarsi quando si passi alle fattispecie di demansionamento lecito, di ius variandi verticale, e in particolare a quel potere ancora unilaterale di demansionamento che è previsto dal secondo comma, cui è sicuramente collegato l'obbligo formativo.

Potere unilaterale, ma non libero, perché vincolato ad una situazione tipizzata dalla legge, descritta come “modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore”.

Le ipotesi successive hanno poi una base contrattuale, collettiva o individuale.

¹⁵ Contra, C. Pisani, *I nostalgici*, cit., 213.

Dovrà allora domandarsi in cosa consista in primo luogo la fattispecie descritta dal secondo comma, perché, se essa non differisse da quella del motivo oggettivo di licenziamento¹⁶, la tesi dell'incompatibilità tra repêchage e obbligo formativo risulterebbe falsificata.

Sullo sfondo è restata, pressoché ignorata, la formula utilizzata dalla legge delega, che più esplicitamente evocava situazioni legittimanti licenziamenti collettivi o individuali¹⁷.

Ma anche la formula utilizzata nell'art. 2103 c.c. lascia dubbiosi sulla diversità qualitativa tra incisione e soppressione del posto di lavoratore; tra giustificato motivo di licenziamento e giustificato motivo di demansionamento¹⁸.

Ora, a far propendere per l'assimilazione o quanto meno per l'avvicinamento, tra le due fattispecie, stanno alcune considerazioni.

In primo luogo, stante la relazione di causalità che la norma istituisce tra la modifica degli assetti organizzativi e l'effetto sulla posizione lavorativa (una relazione che richiama alla mente uno degli elementi costitutivi del g.m.o.¹⁹), è difficile pensare a vicende concrete in cui il posto di lavoro coinvolto in una modifica degli assetti organizzativi non venga posto in discussione e forse non possa dirsi soppresso, per come esso era.

Una tale esito interpretativo è rafforzato anche dalla notoria estensione dell'ambito del g.m.o., che ha ripudiato il presupposto della crisi o della difficoltà economica di una qualche consistenza dell'impresa, per accogliere una nozione, se così si può dire, avalutativa del g.m.o.²⁰. Non si può dire allora che la soppressione del posto di lavoro rilevante ai fini del g.m.o. si differenzi dall'incisione rilevante ai fini del 2103 c.c., con l'argomento che solo nel secondo caso si prescinde dallo stato economico dell'impresa, rendendo equivalente che si vogliano ridurre le perdite o incrementare i profitti, mentre il potere di licenziare richiede una situazione di perdita di bilancio consistente e presumibilmente irrimediabile. Dunque, anche il licenziamento e non solo il demansionamento può provenire da un'impresa redditizia ed entrambi i giudizi hanno ad oggetto

¹⁶ In tal senso, M. Falsone, *Ius variandi*, p. 11.

¹⁷ La legge delega faceva riferimento a processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale sulla base di parametri oggettivi (art. 1, c. 7, lett. e) l. 183/14). Rilevano un possibile eccesso di delega, R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Biblioteca 20 maggio – 2/2015 p. 150; U. Gargiulo, *Lo jus variandi*, cit., p. 6; L. de Angelis, *Nota sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", 2015, n. 263, p.5; F. Liso, *Brevi osservazioni*, cit., p. 6.

¹⁸ Ritiene che il testo vigente della norma non esiga affatto che il demansionamento del lavoratore si presenti come «alternativa ad un licenziamento» e neppure ad «una comprovata crisi aziendale», R. Voza, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, op. loc. cit. Ritiene invece che non possa essere riconosciuto come sussistente il presupposto che legittima la modifica peggiorativa dell'assetto negoziale quando manchi un rischio concreto per il posto di lavoro, per la professionalità o per talune condizioni individuali del dipendente, U. Gargiulo, *Lo jus variandi*, cit. p. 7. Anche M. Falsone, *Ius variandi*, cit., p. 11

¹⁹ Cfr., L. Ferluga, *La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, *Var. temi dir. lav.*, 2016, n. 1, p. 79. Contra, per V. Ferrante, *la nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, *I Quaderni del C.E.D.R.I.*, 2015, n. 1, p. 8, la "modifica degli assetti organizzativi" è effetto della decisione aziendale, non ne è la causa.

²⁰ Cass. civ., 7.12.16, n. 25201; Cass. civ., 15.02.17 n. 4015. In dottrina, R. De Luca Tamajo, *Il licenziamento per giustificato motivo oggettivo nel diritto "vivente"*, *LavoroDirittiEuropa*, 2023, n. 2, p. 3. Criticamente, V. Speciale, *Il giustificato motivo oggettivo di licenziamento tra "clausole generali", principi costituzionali e giurisprudenza della Cassazione*, in *GDLRL*, 2018, 127 ss.

un *quid novum* riscontrabile nell'organizzazione dell'azienda. Lo spazio per un'incisione che non sia anche soppressione si restringe.

Ma soprattutto viene qui in considerazione un problema di bilanciamento tra valori di rango costituzionale; perché l'esercizio dello *ius variandi* non solo modifica unilateralmente il contratto, ma incide anche sul patrimonio professionale del lavoratore, che certamente è un valore costituzionalmente protetto (art. 4 e 35 Cost)²¹.

Sul punto si è soliti citare la sentenza della Corte costituzionale 113/04 che dichiarò l'illegittimità costituzionale dell'art. 2751-bis c.c., numero 1, nella parte in cui non munisce del privilegio generale sui mobili il credito del lavoratore subordinato per danni da demansionamento. Ma si può anche rinviare a un'altra sentenza della Consulta, che può essere qui valorizzata a contrario. Si tratta della sentenza della Corte costituzionale che ha preso in esame la fattispecie della retrocessione, quindi di un demansionamento, quale sanzione disciplinare potenzialmente definitiva prevista per gli autoferrotranvieri dal r.d. 148/31; norma sospetta di incostituzionalità con riferimento agli artt. 3, 4, 35 e 36 Cost. La Corte ha rigettato l'eccezione, ma rilevando che la retrocessione è prevista sia come sanzione autonoma, sia come sanzione sostitutiva del licenziamento per giusta causa (definito dal regio decreto col termine di destituzione). E proprio il fatto che nel caso sottoposto al giudice del merito venisse in considerazione una retrocessione sostitutiva della destituzione ha portato la Corte a istituire una analogia con il demansionamento nel licenziamento per g.m.o. Quindi, par di capire, il trattamento di disfavore per il lavoratore autoferrotraviere viene salvato solo perché il disfavore è apparente, essendo la misura diretta a salvare il rapporto di lavoro; solo un interesse di rango costituzionale pari o superiore può giustificare un demansionamento.

Punti fermi nell'interpretazione della fattispecie dello *ius variandi* verticale sono che l'esercizio di tale potere (e la relazione di causalità che lo giustifica²²) deve essere oggettivamente verificabile, e quindi giudizialmente sindacabile²³ e che, in relazione ad un tale potere, si pone un problema di bilanciamento di interessi²⁴.

Come già detto, se queste considerazioni portassero ad assimilare i presupposti del demansionamento per esercizio unilaterale dello *ius variandi* e del licenziamento per motivo

²¹ Il baricentro del vecchio art. 13 St. lav. si rinveniva nel "concetto della tutela della dignità professionale della persona/lavoratore, intesa come insieme di conoscenze tecniche, capacità pratiche, esperienza ed intelligenza possedute dal lavoratore entro il concreto contesto lavorativo": così M. Brollo, *Disciplina delle mansioni* (art. 3), in *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015 n. 81: le tipologie contrattuali e lo ius variandi*, a cura di F. Carinci, *Adapt Labour Studies*, n. 48/15, p. 45. Con la novella cambia "il bene tutelato dal legislatore: dalla professionalità "acquisita" (secondo l'interpretazione prevalente) della persona che lavora alla professionalità "classificata" in un determinato contesto organizzativo aziendale; cambia l'ottica di riferimento: da quella individuale e lineare a quella collettiva e multipla": *ibidem*, p. 51. Altresì, sul rischio di vanificazione degli investimenti specifici del lavoratore in professionalità, M. Corti, *Jus variandi*, cit., p. 67.

²² Su tale relazione, F. Perrone. L' "interesse" del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio, *RGL*, 1919, p. 504.

²³ Cfr., F. Amendola, *La disciplina*, cit., p. 99.

²⁴ Di contro, sostiene che il demansionamento "è affidato alla piena discrezionalità valutativa del datore di lavoro", A. Bellavista, *Il nuovo art. 2103 c.c. nel Jobs Act*, in www.dirittisocialie cittadinanza, 2015, p. 2. Si tratterebbe di "clausola meramente potestativa", per V. Ferrante, *la nuova disciplina*, cit., p. 8.

oggettivo, se ne dovrebbe desumere l'estensione dell'obbligo di repêchage anche alle situazioni segnate dalla necessità di una nuova formazione.

Però vi sono anche aspetti di disciplina che differenziano le due fattispecie. Il potere di demansionare ex art. 2103 c.c. si presenta al contempo meno esteso e più vincolato rispetto a quello che si accompagna al repêchage. Meno esteso, perché esso è limitato al livello di inquadramento inferiore e alla medesima categoria legale²⁵. Questi limiti non sono mai stati espressi dalla giurisprudenza sul repêchage, che anzi, intendendo il licenziamento come extrema ratio, sembra consentire qualunque altra opzione che salvi il rapporto di lavoro²⁶; più vincolato, perché il lavoratore conserva l'originario inquadramento e la retribuzione ad esso corrispondente, con una alterazione del sinallagma contrattuale a svantaggio del datore di lavoro.

A me pare che colga nel segno chi rileva che proprio la previsione del mantenimento non solo del livello retributivo, ma anche del livello di inquadramento, configuri questo potere come giustificato da situazioni contingenti; dal che deriverebbe anche il diritto del lavoratore a vedersi riassegnato all'originario posto di lavoro una volta che la situazione sia cessata²⁷.

Si può pensare a un demansionamento temporaneo, necessario per apprendere nuove tecniche produttive²⁸; si può pensare ad una momentanea assenza di lavoro in determinati ambiti produttivi, alla necessità di sostituire lavoratori assenti per ferie²⁹.

Qualche ulteriore suggestione, nella ricerca di ipotesi eccezionali di demansionamento giustificato, potrebbe trarsi da una pronuncia che può considerarsi anticipatrice³⁰ e che riguardava un caso di lavoratore arrestato, che occupava una posizione lavorativa ritenuta indispensabile dall'impresa, cosa che aveva portato all'assunzione di un altro lavoratore. Dovendosi esprimere sulla conformità a buona fede dell'eccezione di inadempimento, la Corte esprime un giudizio di affievolimento del diritto del lavoratore all'assegnazione di mansioni di stretta attinenza alla propria fascia professionale (nel caso le mansioni assegnate erano di pertinenza di un livello inferiore).

²⁵ Cfr., E. Balletti, I poteri, cit., p. 103.

²⁶ Per un caso di demansionamento da impiegato a operaio, Cass. civ., 7.2.05, n. 2375, secondo cui è lecito un accordo che, ai soli fini di evitare un licenziamento, attribuisca al lavoratore mansioni (e conseguente retribuzione) inferiori.

²⁷ Cfr. U. Gargiolo, Lo jus variandi, cit., p. 8, F. Liso, Brevi osservazioni, cit., p. 12; M. Brollo, Disciplina, cit., p. 71; L. Ferluga, La dequalificazione, cit., p. 87.

²⁸ Per un caso di assegnazione temporanea alla catena di montaggio di un manutentore elettrico ed elettronico, allo scopo di impratichirsi con nuovi prodotti e tecnologie, Cass. civ., 1.3.2001 n. 2948. In Cass. civ., 19.11.15 n. 23698 si giunge a ritenere legittimo il licenziamento, non essendo tenuto il datore di lavoro ad offrire una mansione di lavoro inferiore, che si era liberata poco prima del licenziamento.

Nega che sia necessaria la temporaneità del demansionamento ai sensi del secondo comma, ammettendola invece nella fattispecie del quarto comma, C. Cester, La modifica in peius delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c., DLRI, 2016 n. 1, p. 172 ss.

²⁹ O anche alla sostituzione di lavoratori scioperanti, almeno secondo Cass. civ., 19.07.11 n. 15782, quando l'adibizione a mansioni inferiori "avvenga eccezionalmente, marginalmente e per specifiche ed obiettive esigenze aziendali".

³⁰ Cass. civ., 12.07.02 n. 10187.

4. Ius variandi e contrattazione collettiva.

Resta il fatto che al di là dello sforzo di identificare un ambito di demansionamento lecito, non lesivo dei diritti costituzionalmente garantiti del lavoratore e che al contempo si affianchi a quello reso necessario dalla prospettiva del licenziamento, i demansionamenti unilaterali non possono costituire una forma di flessibilità virtuosa nell'impiego della forza lavoro. Il demansionamento si colloca agli antipodi della valorizzazione professionale del lavoro, l'esercizio unilaterale di questo potere nega il confronto con un contropotere sindacale; se ci si innalza oltre la vicenda del singolo rapporto di lavoro, il panorama che si intravede è quello di filiere di lavoro sempre più povere, e di un profitto che è cercato nella pauperizzazione del lavoro.

Chi ha tessuto le lodi del nuovo art. 2103 c.c., leggendovi il superamento di vincoli sclerotici all'organizzazione del lavoro e auspicando un effetto positivo sulla stabilizzazione dei rapporti di lavoro, dovrebbe rivolgere lo sguardo al ruolo della contrattazione collettiva – quella espressa dai sindacati maggiormente rappresentativi ex art. 51 d.lgs. 81/15 - soprattutto a livello aziendale.

Una flessibilità virtuosa deve essere sorretta da una programmazione degli investimenti; deve saper prevedere ed anticipare le innovazioni tecnologiche e l'evoluzione dei mercati; deve consistere in un arricchimento di professionalità, intesa anche come possibilità di passare da una funzione all'altra³¹; deve accettare sfide ma anche dare garanzie. Il luogo di questo ius variandi deve essere rinvenuto negli accordi collettivi di cui ci parla il quarto comma dell'art. 2103 c.c.³², in ciò forse anticipato dall'art. 8 d.l. 138/11 (che potrebbe ritenersi implicitamente abrogato quanto alla lett. b) del secondo comma). E in questo caso saranno, ragionevolmente, gli accordi collettivi a stabilire anche il contenuto dell'aggiornamento professionale, che per l'impresa sarà a questo punto un investimento nel capitale umano e in corrette relazioni sindacali³³.

³¹ Per l'ammissibilità della job rotation anche sotto il vigore della originaria disposizione statutaria è d'obbligo rimandare alla vicenda dell'area operativa di Poste Italiane e all'epilogo di Cass., S.U., 25033/06, in Ridl 2007, p. 336, con nota di A. Occhino, che ritenne valida una clausola di fungibilità prevista dalla contrattazione collettiva di settore, "per sopperire a contingenti esigenze aziendali ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale di tutti i lavoratori".

³² Per una prima esemplificazione, M. Falsone, *Ius variandi*, cit., p. 13.

³³ Ma se poi irragionevolmente nulla provvedano sul punto, si può ritenere che l'obbligo si estenda anche alle fattispecie a base contrattuale, come limite alla libertà delle parti: cfr. C. Cester, *La modifica*, cit., p. 178.