



DEL RE & SANDRUCCI

ASSOCIAZIONE D'AVVOCATI

PARTNERS:

*Avv. Andrea Del Re –Vice Presidente della Scuola Superiore della Magistratura  
adelre@delre.it – Past President dell'Associazione A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani – sezione Toscana  
- già Docente Diritto del Lavoro Università di Firenze*

*Avv. Andrea Sandrucci  
asandrucci@delre.it – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani*

ASSOCIATES:

*Avv. Antonio La Pera  
alapera@delre.it*

*Avv. Camilla Biondi  
cbiondi@delre.it– membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani*

*Avv. Lorenzo John Baldry  
ljbaldry@delre.it – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani*

*Avv. Claudia Del Re  
cdelre@delre.it – membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani - Dottore di Ricerca in Diritto della Proprietà Industriale*

*Avv. Cecilia Del Re  
cecilia@delre.it– membro A.G.I. - Avvocati Giuslavoristi Italiani – Dottore di Ricerca in Diritto Comparato*

*Avv. Alberto Muzzi  
amuzzi@delre.it*

AFFILIATION:

*Stanford University, California*

*12.04.2018 Circolo delle Vie Nuove, viale Giannotti 13, Firenze*

**IL JOBS ACT TRE ANNI DOPO**

**“IL NUOVO ART.2103 E LE SUE IMPLICAZIONI PRATICHE”**

Una delle novità più significative dell'ultima riforma del lavoro (c.d. *Jobs Act*) riguarda la disciplina del potere di *ius variandi*, che consiste nella possibilità per il datore di lavoro di adibire unilateralmente il lavoratore a mansioni diverse da quelle precedentemente svolte. In particolare, tale potere si manifesta in tre diverse modalità: a) adibizione a mansioni di pari livello (c.d. *mobilità orizzontale*); b) adibizione a mansioni inferiori (c.d. *mobilità verticale discendente*); adibizione a mansioni superiori (c.d. *mobilità verticale ascendente*). La normativa di riferimento mira ad attuare un bilanciamento tra le esigenze-organizzative produttive del datore di lavoro e la protezione della professionalità del lavoratore

L'art. 3 del D.Lgs. 81/2015 rubricato “Disciplina delle mansioni” riscrive interamente l'art. 2103 c.c. (ne è stata modificata anche la rubrica da “mansioni del lavoratore” a “prestazione del



lavoro”), norma peraltro già oggetto di novella da parte dell’**art.13 dello Statuto dei Lavoratori** (prima dell’entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori non vi erano limiti all’esercizio dello *ius variandi*).

L’**art. 2103 c.c. nella versione precedente al Jobs Act** recitava: *“Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all’attività svolta, e l’assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi. Egli non può essere trasferito da una unità produttiva ad un’altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Ogni patto contrario è nullo”*.

Attualmente, l’**art.2103 c.c.** è oggi così formulato:

“Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all’inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte.

In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale.

Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall’assolvimento dell’obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell’atto di assegnazione a nuove mansioni.

Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi.

Nelle ipotesi di cui al secondo e quarto comma, il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto, a pena di nullità, e il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolare modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.



DEL RE & SANDRUCCI

ASSOCIAZIONE D'AVVOCATI

Nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro.

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.

Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive.

Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo comma e al quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo.

La **novità** di maggior impatto dell'art.2103 c.c. riguarda **l'eliminazione del principio di equivalenza delle ultime mansioni svolte, sostituito con il principio della riconducibilità allo stesso livello e categoria legale.**

La giurisprudenza, all'indomani dell'entrata in vigore dello Statuto dei Lavoratori, che all'art.13 aveva riformato l'art.2103 c.c. ha fornito un'interpretazione restrittiva della norma operando una comparazione di natura soggettiva (*bagaglio professionale del lavoratore*) e oggettiva (*parità di contenuti del profilo professionale*) nel giudizio di valutazione dell'equivalenza delle mansioni. In base a tale indirizzo, si era pervenuti a sostenere, di fatto, l'immutabilità delle mansioni assegnate al prestatore di lavoro, ostacolando così gli assetti organizzativi delle unità produttive, in contrasto con l'**art. 41 Cost.** Tuttavia, vi è da registrare che in Giurisprudenza si era affermato un orientamento che ammetteva il ricorso a demansionamenti al fine di conservare i posti di lavoro.

Il legislatore ha espressamente consentito di ricorrere ad assegnazione di diverse mansioni, anche inferiori, in ipotesi specifiche. Ne sono un esempio: **art.1, comma 7; art.4 comma 4 e art.10 comma 3 della Legge 68/1999** (*Legge sul lavoro dei disabili*) relative a situazioni di



invalidità, disabilità o inabilità professionale; **art. 42 comma 1 D.Lgs. 81/2008** (*T.U. in materia di sicurezza sul lavoro*) in caso di inidoneità alla mansione specifica; **art.15 D.Lgs. 66/2003** (*disciplina orario di lavoro*) per inidoneità alla prestazione di lavoro notturno; **art. 7 comma 5 D.Lgs. 151/2001** (*T.U. maternità e paternità*) per la lavoratrice madre durante la gestazione e fino a sette mesi dopo il parto; **art.4 comma 11 L.223/1991** per accordi sindacali conclusi nell'ambito di procedura di licenziamento collettivo che preveda il riassorbimento totale o parziale dei lavoratori ritenuti esuberanti. Inoltre, anche l'**art.8 comma 2. D.L. 138/2011** (*c.d. manovra d'agosto*) nel descrivere gli accordi di prossimità, autorizza deroghe in riferimento alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale. In tutti questi casi si giustifica il demansionamento al fine di permettere al lavoratore di conservare il posto di lavoro.

Il **D.Lgs. 81/2015**, emanato a oltre quarant'anni dall'approvazione dello Statuto, tiene in considerazione i grandi mutamenti organizzativi che, alla luce della rivoluzione tecnologica, hanno investito il mondo del lavoro. La possibilità di ampliare i margini di operatività di assegnazione a mansioni inferiori, è stata criticata da molti come una misura che mira soltanto ad accrescere i poteri del datore di lavoro rendendo più vulnerabile il prestatore di lavoro, ma la disposizione deve essere letta nell'intento generale del Jobs Act di semplificare la gestione dei rapporti del lavoro, ridurre il possibile contenzioso, allo stesso tempo prevedendo garanzie dispositive e procedurali a protezione del lavoratore.

E' da leggersi in questo quadro la previsione dell'**art.2103, comma 2, c.c.**, il quale consente che, in caso di modifica degli assetti organizzativi che incidono sulla posizione del lavoratore, questi possa essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, a condizione che sia ricompreso nella stessa categoria di inquadramento legale (es: operaio, quadro, impiegato). Si discute se il mutamento di mansioni sia definitivo o reversibile. La questione assume rilievo nel caso in cui venga successivamente a mancare il motivo che ha legittimato tale mutamento.

Il mutamento di mansioni è comunicato per iscritto. E' discusso se debba essere accompagnato dall'indicazione delle motivazioni alla base del mutamento in assenza di relativa espressa indicazione nella norma. La modifica delle mansioni è inoltre accompagnata, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, ma si prevede che il suo mancato assolvimento non comporti la nullità dell'assegnazione. Tuttavia, si ritiene che, in quest'ultimo



caso, il lavoratore non potrà essere considerato responsabile della sua inadeguatezza all'attività esercitata, così che non potrà essere licenziato per eventuali errori commessi.

L'**art. 2103 c.c.** affida alla contrattazione collettiva la possibilità di individuare ulteriori ipotesi in cui è ammessa l'assegnazione a mansioni di livello inferiore, sempre lasciando invariato l'inquadramento legale di categoria. L'inquadramento a livello inferiore non comporta perdita della retribuzione precedentemente percepita né del livello di inquadramento, con l'eccezione di elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa (es: *perdita della indennità per lavoro notturno qualora la nuova assegnazione non comporti lo svolgimento di lavoro notturno*).

Si aggiunga che nelle sedi protette di cui all'**art. 2113, 4 comma, c.c.**, o davanti le commissioni di certificazione, datori di lavoro e lavoratori, che possono essere assistiti da un rappresentante dell'associazione sindacale a cui aderiscono o conferiscono mandato, da un avvocato o da un consulente del lavoro, possono siglare accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della retribuzione. Le condizioni che legittimano questi accordi sono: interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di diversa professionalità e al miglioramento delle condizioni di vita (a titolo di mero esempio: *finalità di conciliazione tempi di vita-tempi di lavoro, accettazione per evitare trasferimento*).

Si ritiene che qualora il suddetto patto sia stipulato, ma in assenza di tali presupposti, sia da ritenersi invalido.

Rispetto alla precedente formulazione dell'art. 2103 c.c., si stabilisce che è acquisito definitivamente il diritto all'inquadramento contrattuale superiore, trascorsi sei mesi continuativi dall'assegnazione e non tre mesi, salvo che l'assegnazione sia avvenuta per sostituire lavoratori in servizio. La norma consente alla contrattazione collettiva di stabilire diversamente.

Stante la sua formulazione aperta, si potrebbe ritenere che la contrattazione collettiva possa perfino fissare un termine superiore ai sei mesi. Inoltre, con l'indicazione di una diversa volontà del lavoratore, si prevede che questi possa rinunciare all'assegnazione definitiva di mansioni superiori e così tornare a svolgere le precedenti mansioni.

Non sono state apportate modifiche alla disciplina del trasferimento che continua a richiedere la sussistenza di ragioni tecniche, organizzative e produttive.



Si evidenzia che l'**art.2103 c.c.** non ha una portata applicativa onnicomprensiva. Infatti, vi sono alcune discipline speciali: l'**art. 52 del D.Lgs. 165/2001** per il lavoro alle dipendenze della Pubblica Amministrazione; gli **artt. 334 e 905 cod. nav.** per il personale navigante e l'**art. 22 D.Lgs. 367/1996** per il personale delle fondazioni lirico-sinfoniche.

Il lavoratore potrà agire in giudizio contestando che le nuove mansioni assegnategli non rientrano nello stesso livello previsto dal CCNL o che corrispondono a una diversa categoria legale; che lo *ius variandi* non è sorretto da un mutamento organizzativo effettivo e potrà sempre contestare che, alla base dell'adibizione a diverse mansioni, vi siano motivi di natura discriminatoria e/o ritorsiva. In ogni ipotesi, l'onere probatorio in merito ai fatti costitutivi inadempimento e ai danni conseguentemente subiti grava sul lavoratore. Invece, stando al dettato letterale della norma, il Giudice potrebbe verificare se i nuovi compiti siano riconducibili al livello di inquadramento assegnato al lavoratore, senza necessità di effettuare altre comparazioni con le mansioni svolte in precedenza né con la professionalità pregressa.

L'**art. 7 lettera e** della **legge delega del Jobs Act (Legge 183/2014)** prevedeva la *“revisione della disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi, contemperando l'interesse dell'impresa all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento; previsione che la contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria possa individuare ulteriori ipotesi rispetto a quelle disposte ai sensi della presente lettera”*. Alcuni esperti ritengono si sia verificato un eccesso di delega in quanto nell'attuale versione dell'art.2103 c.c. non vi è alcun riferimento a riorganizzazioni, ristrutturazioni o conversioni aziendali, né a parametri oggettivi.

Di interesse è quanto rilevato da **Pietro Ichino** in merito al rispetto della categoria legale. Pietro Ichino sottolinea che, storicamente, il movimento sindacale si è sempre battuto per il sistema del cosiddetto inquadramento unico volto a eliminare ogni distinzione tra categorie legali, ma i contratti collettivi in parte conservano ipotesi di differenze per operai e impiegati. Osserva che il legislatore ha valorizzato la suddetta distinzione, elevandola a criterio di legittimità dello *ius variandi* orizzontale.



Merita, poi, segnalare che la norma non ricomprende due ipotesi che possono destare problemi applicativi: a) il datore di lavoro che non applichi alcun contratto collettivo; b) l'assegnazione a mansioni non previste dal contratto collettivo applicato.

### **Contrattazione collettiva e novità dell'art. 2103 c.c.**

Se nella previgente formulazione dell'**art.2103 c.c.**, alla contrattazione collettiva era destinato un ruolo marginale (*assumeva rilievo, di fatto, quale sede dove venivano individuati i livelli di inquadramento, compito che le spetta ancora oggi*) l'attuale formulazione a seguito delle modifiche del **D.Lgs. 81/2015** conferisce alla contrattazione collettiva un ruolo di primo piano. C'è chi in merito ha affermato (Liso) :*“l'autonomia collettiva non dovrebbe soffrire limiti perché quest'area dovrebbe ritenersi di suo naturale dominio”*. Infatti, il **comma 4 dell'art. 2103 c.c.** recita: *“ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore, purché rientranti nella medesima categoria legale, possono essere previste dai contratti collettivi”*. Quindi, oltre all'ipotesi di legge di demansionamento in presenza di modifiche degli *“assetti organizzativi aziendali”*; il demansionamento sarà ulteriormente possibile in conformità a quanto previsto nei contratti collettivi.

Non tutti i contratti collettivi assumono rilievo, ma solo quelli in possesso dei requisiti di cui all'art.51 del D.Lgs. 81/2015 “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”. Dunque, è operata una selezione dei soggetti che possono firmare contratti collettivi integrativi della disciplina di legge.

In dottrina si discute se la facoltà per la contrattazione collettiva di individuare ipotesi aggiuntive in cui è ammesso il demansionamento sia sostanzialmente illimitata oppure se debba, comunque, essere ricondotta alla *“modifica degli assetti organizzativi”*.

E' da valutare come la contrattazione collettiva che, come già sottolineato, è la sede tradizionale dove vengono individuate e descritti i livelli di inquadramento professionale, abbia recepito le novità previste dall'art.2103 c.c. A riguardo, pare utile una disamina di **alcuni contratti collettivi.**



**Il CCNL Chimico Farmaceutico è stato rinnovato il 15.10.2015.** E' stato previsto che il diritto all'inquadramento superiore sorge dopo 6 mesi e non più di 3, di adibizione a mansioni superiori, mentre la disciplina dello *ius variandi* è rimasta immutata e si afferma: *“in relazione alle esigenze organizzative aziendali il lavoratore può essere assegnato temporaneamente a mansioni diverse da quelle inerenti la sua categoria purché ciò non comporti alcun peggioramento economico né alcun mutamento sostanziale del suo inquadramento”*. Si può rilevare che tale norma pare essere affetta da nullità in quanto il novellato art. 2103 c.c. vieta l'adibizione a mansioni di diverso inquadramento legale.

**Il CCNL Cooperazione Alimentare, rinnovato il 23.03.2016** ha interamente riscritto la disposizione in materia di *ius variandi* richiamando l'attuale contenuto dell'art.2103 c.c.

**Il CCNL Cemento, Calce, Gesso rinnovato il 18.04.2016** non ha apportato modifiche in materia, in quanto già prima dell'entrata in vigore della norma, consentiva demansionamenti in presenza di specifiche condizioni. L'art. 31 prevede: *“nell'ambito dell'area di appartenenza il lavoratore può, in relazione a esigenze organizzative, tecniche e produttive, essere adibito anche a mansioni relative ad altri livelli della stessa area senza alcun peggioramento economico in caso di mansioni proprie di un livello inferiore”*.

**Il CCNL Industria-Metalmeccanica** rinnovato a novembre 2016 prevede che il lavoratore possa essere adibito *“a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione”*.

**Il CCNL Federturismo-Confindustria** rinnovato a Novembre 2016 stabilisce *“ il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione”*.

**Il CCNL Gomma e Plastica Aziende industriali,** rinnovato a prevede *“il lavoratore deve essere adibito a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte”*.

**Il CCNL per la Piccola e Media Industria Manifatturiera Metalmeccanica e della Installazione di Impianti** rinnovato l'1 giugno 2016 tra Confimi impresa meccanica e la Fim-Cisl e la Uilm-Uil in cui si prevede *“il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito, ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione”*.





Invece, **il CCNL per i dipendenti delle imprese metalmeccaniche artigiane e industriali** rinnovato il 29 luglio 2016 fra Conflavoro Pmi, Fesica-Confsal e Confsal-Fisalsove riporta integralmente il contenuto del novellato art. 2103 c.c.

**E', dunque, opportuno interrogarsi se la vecchia disciplina dell'art. 2103 c.c. possa sopravvivere in relazione ai contratti collettivi stipulati prima dell'approvazione del D.Lgs. 81/2015 che contengono un esplicito riferimento alla norma.**

La questione si inquadra nell'ambito del complesso rapporto tra legge e contrattazione collettiva. Si tratta di fonti di natura diversa, per le quali è dunque impossibile adoperare il criterio cronologico al fine di risolvere eventuali contrasti. E quindi bisogna ricorrere a criteri elaborati dalla dottrina e utili a risolvere il conflitto. Tra questi, assumono particolare rilievo quelli del cumulo (confronto clausola per clausola) e del confronto complessivo tra istituti. Nel primo caso, si effettua un confronto clausola per clausola tra norma contrattuale e norma di legge e ne risulta che la norma sulla c.d. mobilità orizzontale come oggi formulata è derogata *in melius* in numerosi CCNL, mentre le novità legislative in tema di adibizione a mansioni inferiori non risultano comparabili con i testi dei CCNL e quindi sono integralmente applicabili. Se invece si effettua un confronto complessivo tra istituti, si nota la deroga *in melius* del 2103 c.c. da parte dei contratti collettivi.

Se non possono che registrarsi incertezze sul regime effettivamente applicabile in tema di *ius variandi*, allo stesso tempo le novità introdotte dall'art. 2103 c.c. possono rivelarsi un'occasione per riformare gli assetti di inquadramento dei contratti collettivi, in molti casi rimasti da sempre immutati.

**Pronunce giurisprudenziali successive alle modifiche di cui al D.Lgs. 81/2015.**

La prime pronunce giurisprudenziali in seguito alla riforma dell'art.2103 c.c. si sono cimentate con la questione dell'efficacia temporale delle modifiche apportate in relazione a mutamenti di mansione verificatisi prima del 25.06.2015. A tale proposito si registrano **due sentenze, emanate nella stessa data, 30.09.2015, del Tribunale di Roma (Dott. Paolo Sordi) e del Tribunale di Ravenna (Dott. Roberto Rivero) che sono giunte a opposte conclusioni.**

**Il Tribunale di Roma**, premettendo che il nuovo testo dell'art.2103 c.c. si applica ai rapporti di lavoro in corso alla data di entrata in vigore del D.Lgs. 81/2015, ritiene che il nuovo testo incida ai fini della valutazione di demansionamenti verificatisi prima del 25.06.2015 e

ancora in atto dopo questa data. “In effetti il demansionamento del lavoratore costituisce una sorta di illecito “permanente” nel senso che esso si attua e si rinnova ogni giorno in cui il dipendente viene mantenuto a svolgere mansioni inferiori rispetto a quelle che egli, secondo legge e contratto, avrebbe diritto di svolgere [.....]. Conseguentemente, la valutazione o meno della liceità o meno della condotta posta in essere dal datore di lavoro nell’esercizio del suo potere di assegnare e variare (a certe condizioni) le mansioni che il dipendente è chiamato ad espletare va necessariamente compiuta con riferimento alla disciplina legislativa e contrattuale vigente giorno per giorno; con l’ulteriore conseguenza che l’assegnazione di determinate mansioni che deve essere considerata illegittima in un certo momento, può non esserlo in un momento successivo”. Quindi, il Tribunale di Roma ha ritenuto che nel caso di specie si dovessero effettuare due valutazioni: 1) verificare se vi era stato demansionamento prima del 25.06.2015, considerando come riferimento normativo il testo del previgente dell’art.2103 c.c.; 2) verificare gli stessi fatti dopo la data del 25.06.2015 alla luce del novellato art.2103 c.c. La conclusione alla quale il Tribunale di Roma è pervenuto è che, né prima del 25.06.2015 né dopo tale data, potevano ritenersi posti in essere fatti di demansionamento.

**Ad altre considerazioni è, invece, pervenuto il Tribunale di Ravenna:** “la prima questione da decidere attiene all’applicabilità della nuova più permissiva normativa in materia di ius variandi ex art.2103 c.c. nel testo modificato dal D.Lgs. 81/2015. La nuova normativa però non si può applicare alla fattispecie perché il fatto generatore del diritto allegato nel giudizio (il demansionamento) si è prodotto nel vigore della legge precedente. Ed il fatto che segna il discrimine tra una normativa e l’altra è proprio il prodursi del demansionamento. A nulla contando invece che esso continui nel vigore della legge successiva; la quale peraltro non contiene alcuna norma di natura retroattiva e nemmeno di diritto intertemporale”.

Le due sentenze riflettono i diversi orientamenti: a) chi ritiene che la valutazione sulla legittimità dell’adibizione a mansioni inferiori debba essere effettuata in riferimento al quadro normativo vigente al momento dell’adibizione; b) chi, al contrario, reputa che la suddetta valutazione debba essere condotta in relazione alla normativa vigente tempo per tempo.

Sostenere una o l’altra tesi ha un significativo impatto sulle domande giudiziali che possono essere proposte. Infatti, il lavoratore che lamenti l’adibizione a mansioni di natura non equivalente non potrà oggi chiedere di essere adibito alle mansioni precedentemente espletate non essendo più riconosciuto il diritto a svolgere mansioni di natura equivalente. Inoltre, a seguito della riforma non potrà essere richiesto il risarcimento il danno per l’adibizione a



mansioni non professionalmente equivalenti in quanto non sussiste più il diritto a svolgerle, mancando così il titolo atto a fondare la pretesa risarcitoria.

**Incidenza della novella dell'art. 2103 c.c. sull'onere di *repechage* nel licenziamento per giustificato motivo oggettivo**

Gli esperti si sono interrogati se dopo le modifiche al contenuto dell'art. 2103 c.c., l'onere di *repechage* risulti ampliato, stante la circostanza di poter assegnare il prestatore di lavoro non solo a mansioni equivalenti, ma anche a mansioni riconducibili allo stesso livello d'inquadramento.

Il *repechage* è un istituto di natura giurisprudenziale,

Secondo la giurisprudenza antecedente alla novella del 2105 il *repechage* trovava un limite in:

a) insindacabilità dell'assetto organizzativo aziendale e b) eterogeneità professionale delle mansioni libere in azienda rispetto a quelle svolte dal licenziando

**Per i licenziamenti per *gmo* intimati successivamente all'entrata in vigore della nuova disciplina delle mansioni si è ipotizzato che la giurisprudenza abbandonerà tale impostazione interpretativa per estendere il *repechage* a tutte le mansioni riconducibili al medesimo livello d'inquadramento prescindendo dalle attitudini professionali del lavoratore.**

Secondo **Carlo Pisani**: *“alla luce della nuova disciplina che consente di adibire il lavoratore a tutte le mansioni riconducibili al medesimo livello di inquadramento (purché rientranti nella medesima categoria legale), occorre ora operare una distinzione, che prima non si poneva, sempre nell'ambito delle mansioni libere a cui dovrebbe essere assegnato il lavoratore in alternativa al licenziamento, tra quelle che il lavoratore è in grado di svolgere in base al bagaglio professionale acquisito nella fase pregressa del rapporto e quelle invece che richiedono che venga impartita apposita formazione. Queste ultime vanno escluse dall'ambito del *repechage* perché dall'art.3 l. n.604/1966 non può essere desumibile anche un obbligo del datore di lavoro di fornire al lavoratore una ulteriore e diversa formazione per salvaguardare il suo posto di lavoro”*

**La recente giurisprudenza della Suprema Corte ha rafforzato l'onere probatorio in materia di *repechage* ponendolo esclusivamente in capo al datore di lavoro (Cass. 5592/2016 e 20436/2016, 160/2017, 618/2017). Tuttavia, si registrano pronunce della**

**Suprema Corte che hanno rilevato come il lavoratore debba indicare le eventuali mansioni, già presenti nell'ambito dell'organizzazione aziendale nelle quali avrebbe potuto essere utilmente impiegato in alternativa al recesso (Cass. 9467/2016).**

**Per quanto riguarda la violazione dell'obbligo di *repechage* è opportuno analizzare se il dipendente sia stato assunto prima o successivamente alla data del 7.03.2015.**

**Nel primo caso**, ove sussistano i requisiti dimensionali di cui all'art.18 Stat. lav., la violazione dell'onere di *repechage* comporterà l'applicazione della tutela indennitaria comma 5, 12-24 mensili, essendo tale caso riconducibile alle *“altre ipotesi in cui non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo oggettivo”* (art. 18 comma 7 che richiama il comma 5 della medesima disposizione).

**La giurisprudenza maggioritaria** ha accolto la tesi della tutela indennitaria in caso di violazione dell'obbligo di *repechage* (Trib. Milano 20/11/2012; Trib. Torino 05/04/2016, Trib. Genova 14/12/2013; Trib. Varese 04/09/2013; Trib. Roma 08/08/2013). Tuttavia, non sono mancate pronunce (Trib. Reggio Calabria 03/06/2013, Trib. Roma 7/5/2013, Tribunale di Milano 23.02.2013, Tribunale Trento 18/12/2017, Corte Appello Roma 1.02.2018) che hanno ritenuto equiparabile il mancato assolvimento dell'onere di *repechage* alla manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo con applicazione della sanzione della tutela reale debole di cui al comma 4 dell'art. 18 Stat.Lav.

**La Suprema Corte di Cassazione 331-2018** ha rilevato come *“La linea di confine tra le due tutele, in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo illegittimo, è disegnata dall'art. 18, comma 7, novellato secondo la seguente formulazione testuale per cui il giudice: ‘Può altresì applicare la predetta disciplina (ndr. quella di cui al quarto comma) nell'ipotesi in cui accerti la manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo; nelle altre ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del predetto giustificato motivo, il giudice applica la disciplina di cui al comma 5’. Da più parti è stata segnalata l'incertezza di portata applicativa cui può dar luogo la norma citata che ricollega alla nozione di “manifesta insussistenza del fatto posto a base del licenziamento per giustificato motivo oggettivo” conseguenze rilevanti quali il riconoscimento di una tutela di tipo reintegratorio in luogo di una mera compensazione economica. Secondo la pronuncia di questa Corte già citata - che qui si condivide - poiché il giudice ‘può’ attribuire la cd. tutela reintegratoria attenuata, tra tutte le ipotesi in cui accerta che non ricorrono gli estremi del*



*giustificato motivo oggettivo, esclusivamente nel caso in cui il fatto posto a base del licenziamento non solo non sussista, ma anche a condizione che detta "insussistenza" sia "manifesta", non pare dubitabile che l'intenzione del legislatore, pur tradottasi in un incerto testo normativo, sia quella di riservare il ripristino del rapporto di lavoro ad ipotesi residuali che fungono da eccezione alla regola della tutela indennitaria in materia di licenziamento individuale per motivi economici".*

**Per gli assunti dopo il 7.03.2015 non si pone il problema di quale sanzione sia irrogabile in quanto nei licenziamenti per giustificato motivo oggettivo dichiarati illegittimi si applica sempre la tutela economica e mai quella ripristinatoria.**

## **PRONUNCE SU DEMANSIONAMENTO E ONERE REPECHAGE**

### **Tribunale Milano**

*Sentenza 16 dicembre 2016 n.3370, Dott. Mariani*

Nel valutare la legittimità del licenziamento per giustificato motivo oggettivo il giudicante rileva che: *“Dal 25 giugno 2015, la disciplina delle mansioni è stata radicalmente cambiata (art.2103 c.c.; art. 3. D.Lgs. 81/2015), ed è stata superata la nozione di “equivalenza” delle mansioni, per cui il lavoratore può essere adibito ad altre mansioni purché riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte oppure corrispondenti all’inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito, con aggravamento dell’onere della prova in tema di repechage”*

### **Tribunale di Milano**

*Sentenza 15 maggio 2017 n.1040, n.1040 Dott.ssa Ravazzoni*

*“Il nuovo articolo 2103 c.c. espunge dal capitolo della mobilità orizzontale il tema della professionalità del dipendente. Il secondo comma del nuovo articolo 2103 c.c. stabilisce inoltre: in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore purché rientranti nella medesima categoria legale”*

*Il legislatore ha quindi introdotto una fattispecie di c.d. demansionamento legale [.....].*



*Il mutamento di mansioni subite dal ricorrente da Key account a responsabile del recupero crediti, non presenti profili di illegittimità, sia in quanto la ristrutturazione e riorganizzazione aziendale si è effettivamente verificata con riguardo alla soppressione del settore vendite, sia in quanto le nuove mansioni svolte da An. Sono riconducibili all'attuale inquadramento contrattuale”.*

### **Corte di Cassazione**

#### ***Sentenza 13809/2017, Relatore Dott. Amendola***

*“Pur non potendosi pregiudizialmente negare che l’obbligo di repectage possa incontrare un limite nel fatto che il licenziando non abbia la capacità professionale richiesta per occupare il diverso posto di lavoro, tuttavia è evidente che ciò debba risultare da circostanze oggettivamente riscontrabili palesate dal datore di lavoro. Diversamente ragionando si lascerebbe l’inadempimento dell’obbligo alla volontà meramente potestativa dell’imprenditore, che potrebbe riservare la scelta a valutazioni che, in quanto occulte, non potrebbero essere sindacabili neanche nella loro effettività e veridicità. In altre parole 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 repectage, 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, riservata e insindacabile, la quale si tradurrebbe nello svuotamento dell’obbligo del ripescaggio da ogni contenuto prescrittivo”.*

### **Tribunale di Roma**

#### ***Sentenza 24 luglio 2017, Dott.ssa Buconi***

*“Dopo l’entrata in vigore del D.Lgs. n. 81/2015, che ha introdotto il nuovo testo dell’art. 2103 c.c., deve ritenersi che ai fini dell’assolvimento dell’obbligo di repectage, il datore di lavoro sia tenuto a dimostrare l’indisponibilità di posti di lavoro di livello corrispondente a quello in cui è inquadrato il lavoratore: la scomparsa del riferimento alla categoria dell’equivalenza nel nuovo testo dell’art. 2103 c.c. determina una maggiore ampiezza*



*e flessibilità dell'ambito di utilizzazione orizzontale del dipendente” [...]. A fronte delle previsioni contenute nel secondo comma dell'art. 2103 c.c., deve inoltre ritenersi l'illegittimità di un licenziamento intimato per giustificato motivo oggettivo dopo il 25 giugno 2015, qualora il datore di lavoro non dimostri l'impossibilità di adibire il lavoratore a mansioni riconducibili al livello di inquadramento inferiore. La giurisprudenza di legittimità, già prima dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., si era attestata sull'orientamento secondo cui il datore di lavoro avesse l'onere di prospettare al lavoratore il reimpiego in mansioni inferiori (secondo Cass. n. 7515 del 15 maggio 2012 e Cass. n. 21579 del 13 agosto 2008, il datore di lavoro ha l'onere di proporre al lavoratore il reimpiego in mansioni che rientrino nel suo bagaglio professionale, purché si tratti di mansioni compatibili con l'assetto organizzativo aziendale insindacabilmente stabilito dall'imprenditore, mentre Cass. n.23695 del 19 novembre 2015 ha affermato che non è necessaria una richiesta del lavoratore), onere ripetutamente affermato nell'ipotesi di licenziamento del lavoratore per sopravvenuta inidoneità fisica alle mansioni in precedenza assegnate (è stato però escluso che il datore di lavoro avesse anche l'onere di modificare le proprie scelte organizzative ai fini della ricollocazione: Cass. n. 12489 del 17 giugno 2015; Cass. n. 15500 del 2 luglio 2009 e Cass. n.25883 del 28 ottobre 2008).*

*L'aggravamento dell'onere gravante sul datore di lavoro in ordine all'impossibilità di rechange anche rispetto a mansioni inferiori, determinato dall'entrata in vigore dell'art. 2103 c.c. non può tuttavia ritenersi assoluto: il datore di lavoro sarà tenuto ad allegare e dimostrare la mancata disponibilità di posizioni corrispondenti allo stesso livello e categoria di inquadramento del lavoratore, purché si tratti però di mansioni libere, che non necessitino cioè di idonea formazione, in quanto l'obbligo formativo è stato configurato nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c. come conseguenza della scelta unilaterale del datore di lavoro. in un contesto relativo alla sussistenza di ragioni organizzative e produttive idonee a giustificare un licenziamento per giustificato motivo oggettivo, l'obbligo di attribuire al lavoratore mansioni che necessitino di adeguata formazione significherebbe infatti imporre al datore di lavoro un ulteriore costo economico.*

*Tale interpretazione è avvalorata dalla previsione del sesto comma del nuovo art. 2103 c.c.: tale norma, che consente la stipula di patti di demansionamento con diminuzione della retribuzione, sarebbe infatti difficilmente giustificabile se in caso di soppressione del posto il datore di lavoro fosse tenuto ad attribuire al lavoratore mansioni inferiori con la conservazione del trattamento retributivo goduto in precedenza”.*



### **Trasferimento e mansioni**

#### ***Tribunale Roma, sentenza 18 maggio 2017, Dott.ssa Buconi***

*“Nel caso in cui un lavoratore deduca in giudizio l’illegittimità di un trasferimento in epoca successiva al 25.06.2015, la verifica della fondatezza della domanda va necessariamente effettuata in relazione ai parametri indicati dall’art. 2103 c.c. in tema di mobilità orizzontale; in una simile fattispecie va dunque accertata la sussistenza di posizioni disponibili relativamente a mansioni corrispondenti al livello di inquadramento del lavoratore sia presso la sede che presso la regione di provenienza (se invece il trasferimento è avvenuto in epoca anteriore al 25.06.2015, la legittimità del medesimo va verificata rispetto al parametro dell’equivalenza)”*.

### **Considerazioni su giurisprudenza precedente alla luce del novellato art. 2103 c.c.**

In materia di legittimità di diminuzione quantitativa di mansioni non accompagnata da diminuzione qualitativa, la **Cassazione (n.23945/2015)** ha affermato che non costituisce demansionamento ex art. 2103 c.c. *(alla luce anche della legge delega 183/2014)* per un addetto all’ufficio legale di una banca, la conservazione delle relative mansioni, ma con perdita del potere di firma causata dall’accorpamento di tale istituto bancario in un altro di più grandi dimensioni. La Cassazione ha rilevato che *“quanto alla nozione di assegnazione del prestatore di lavoro a mansioni inferiori ed alla distinzione dall’assegnazione a mansioni equivalenti, questa Corte ammette che la violazione dell’art.2103 cod. civ, ossia il cosiddetto demansionamento possa aversi anche quando le mansioni nuove e quelle anteriori rientrino nella medesima qualifica contrattuale purché quelle nuove compromettano la professionalità già raggiunta”*.

Un tale assunto oggi sarebbe in contrasto con il dettato dell’art.2103 c.c. Peraltro, nella pronuncia, richiamando suoi precedenti, la Cassazione ha sottolineato che *“il sindacato del giudice sull’atto imprenditoriale di esercizio del potere discrezionale di variare il contenuto*





*della prestazione dovuta dal lavoratore non è sindacabile sotto il profilo dell'opportunità poiché la valutazione delle esigenze aziendali è riservata all'apprezzamento del titolare dell'impresa, quale espressione della libertà d'iniziativa economica tutelata dall'art. 41 Cost.*”.

Allo stesso modo si nota come significativa la **sentenza n.1916/2015 della Suprema Corte**: *“per costante insegnamento giurisprudenziale di questa Suprema Corte, il divieto ex art. 2103 c.c. di variazioni in peius delle mansioni opera anche quando al lavoratore, pur nella formale equivalenza delle precedenti e delle nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori quanto a contenuto professionale.”* (la Corte ha ritenuto che le mansioni di *customer care* fossero di natura inferiore a quelle di *telephones sales account*, nonostante entrambe fossero ascrivibili al iv livello CCNL Telecomunicazioni, in quanto le prime non richiedono un ruolo attivo ed il possesso di specifiche competenze). Oggi, assume rilievo il principio dell'inquadramento formale, pertanto, non rileva lo svolgimento di mansioni inferiori, se comunque queste sono da ritenersi riconducibili allo stesso livello d'inquadramento delle mansioni svolte in precedenza.

La **Cassazione** nella **sentenza n. 17624/2014** ha affermato: *“il divieto per il datore di lavoro di variazione in “pejus” sancito dall'art.2103 c.c., opera anche quando al lavoratore, nella formale equivalenza delle precedenti e nuove mansioni, siano assegnate di fatto mansioni sostanzialmente inferiori, non potendosi, nell'accertamento della equivalenza, limitare al riferimento in astratto dell'inquadramento formale del lavoratore, ma dovendosi accertare che le nuove mansioni siano aderenti alla specifica competenza del dipendente”*(nel caso specifico si era verificato il trasferimento di un direttore di Poste Italiane a un ufficio di minore importanza, considerando la natura e la quantità delle attività svolte, con conservazione di retribuzione e qualifica).

Alla luce delle modifiche al 2103 c.c., non si potrebbe sostenere che nel suddetto caso vi è stato demansionamento. Infatti, il comma 1 stabilisce come limite di legittimità dello *ius variandi*, l'adibizione a mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento e categoria legale. Nel caso di specie, le mansioni assegnate al direttore nel nuovo ufficio erano senza dubbio riconducibili allo stesso livello di inquadramento, e quindi oggi non vi sarebbe alcuna violazione dell'art. 2103 c.c.



Interessante anche **un'ordinanza del Tribunale di Modena (22.09.2014)** La vicenda, oggetto del ricorso cautelare, riguardava un lavoratore altamente specializzato, un ingegnere di pista della Formula UNO, assunto, in virtù delle sue specifiche competenze, da una prestigiosa casa automobilistica per prestare la propria opera presso il reparto corse impegnato nel campionato mondiale di categoria. In particolare, il contratto di lavoro prevedeva un patto di stabilità a suo carico con rinuncia alla facoltà di dimettersi. L'ingegnere, era successivamente adibito ad altre mansioni, presso un diverso dipartimento dell'azienda coinvolto in un progetto nel quale la casa automobilistica avrebbe dovuto mettere a disposizione del CONI le proprie competenze per attrezzature e veicoli utilizzati nelle discipline olimpiche.

. Il dipendente lamentava il proprio sottoutilizzo quantitativo e qualitativo nonché l'impossibilità di utilizzare la propria specifica professionalità sviluppata negli anni e la perdita di ruolo nel mondo della Formula Uno, tale da precludergli future possibilità di rimpiego. A tale proposito, agiva in giudizio con ricorso cautelare ex. art. 700 c.p.c. domandando la rassegnazione delle mansioni di *Chief Race Engineer* o ad altre equivalenti.

Il Giudice sottolineava che il ricorrente era inquadrato al 7° livello Impiegato Quadro del CCNL Metalmeccanico e accertava che le mansioni effettivamente svolte dall'ingegnere non potevano essere ricondotte a tale livello d'inquadramento (*"funzioni organizzativamente articolate di rilevante importanza e responsabilità, ai fini dello sviluppo e dell'attuazione degli obiettivi dell'impresa, per attività di alta specializzazione, di coordinamento e gestione, e/o ricerca e progettazione, in settori fondamentali dell'impresa, fornendo contributi qualificati per la definizione degli obiettivi dell'impresa"*).

Poiché l'attuale versione dell'art.2103 c.c. stabilisce che il lavoratore deve essere adibito, quantomeno, a mansioni riconducibili allo stesso livello, se tale fatto accadesse oggi sarebbe oggetto delle medesime valutazioni effettuate dal Tribunale di Modena e quindi verrebbe qualificato come demansionamento. Infatti, soltanto, la presenza di una modifica agli assetti organizzativi aziendali che incidono sul lavoratore, potrebbe giustificare l'adibizione a mansioni non riconducibili allo stesso livello d'inquadramento.

Avv. Andrea Del Re