

“Demansionamenti e rimansionamenti: cos'altro occorre per un mercato libero e flessibile?”

Un primo commento alla parte del decreto attuativo sulle forme contrattuali atipiche, varato dal CdM giovedì 11 giugno 2015, sulla delega della riforma del lavoro in tema di nuovi principi guida del cambio di mansioni in azienda.

di Domenico Iodice – FIRST Cisl

1. - Nozione e inquadramento sistematico

Il demansionamento consiste nell'assegnazione del lavoratore a mansioni inferiori rispetto alla sua qualifica di appartenenza (o anche nella mancata assegnazione ad alcuna mansione) e sostanzia una lesione¹ del suo diritto fondamentale alla libera esplicazione della personalità nel rapporto lavorativo: come tale, essa è causa di un pregiudizio che riguarda sia la vita professionale e di relazione dell'interessato, sia (almeno potenzialmente) la connessa sfera economica.

L'attuale norma civilistica di riferimento, per la materia della variazione di mansioni del lavoratore, è l'art. 2103 c.c., che sanciva (nella formulazione antecedente alla novella contenuta nel decreto) che questi *“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. ...Ogni patto contrario è nullo”*.

L'articolo in questione era stato oggetto di almeno tre precedenti interventi legislativi, il più radicale dei quali (almeno fino alla entrata in vigore del decreto attuativo sulle tipologie contrattuali), era quello che aveva introdotto il principio di *“inderogatio in pejus”* dei patti contrari (riferito all'invariabilità delle mansioni in senso peggiorativo), ad opera dell'art. 13 della Legge 300/1970.

La *vis compulsiva* di tale fondamentale principio giuslavoristico, nella sua originaria ed incorrotta accezione semantica, si esprimeva nella sanzione di nullità, capace di colpire, travolgendoli, tutti i patti (e a fortiori gli atti unilaterali da parte del datore di lavoro) diretti a produrre tali deprecati effetti giuridici. La *ratio* della norma consisteva nell'obiettivo di contrastare, sotto il profilo sanzionatorio, lo squilibrio contrattuale che strutturalmente caratterizza il rapporto di lavoro, affrancando la c.d.

¹ Rammentiamo che, in ambito probatorio, mentre è il datore di lavoro a dover fornire la prova del mancato demansionamento del lavoratore, a quest'ultimo incombe invece l'onere di provare il danno da demansionamento. Il pregiudizio da dimostrare deve risultare di tipo non meramente emotivo, ma tale da alterare in modo strutturale le abitudini di vita, gli stili di relazione e soprattutto le scelte di vita del lavoratore, condizionate dalla illegittima scelta datoriale. Il lavoratore deve inoltre provare il nesso causale tra danno subito e inadempimento contrattuale.

Cass. 172/2014 sancisce la necessità di dimostrare autonomamente e separatamente il danno professionale: la sussistenza di un eventuale danno biologico o esistenziale, attinente alla sfera personale, non è necessariamente legato al danno sul piano lavorativo. La durata del periodo di inattività indotta o di demansionamento professionale condiziona anche l'entità del risarcimento in via equitativa: Cass 18965/2014 ha affermato la necessità di proporzionare il danno professionale alla durata del demansionamento, escludendo che un breve periodo sia bastevole ad arrecare rilevanti danni alla professionalità del lavoratore.

“parte debole”, mediante apposita tutela ripristinatoria, dalle conseguenze di dichiarazioni negoziali o di propri comportamenti di acquiescenza o di mera tolleranza indotti da *metus reverentialis* verso il datore di lavoro.

Si trattava, dunque, di un principio-cardine del diritto del lavoro, specificamente richiamato dal legislatore a proposito dei capitoli più significativi e critici del rapporto lavoristico. A tal proposito, rammentiamo infatti che anche in materia di rinunce e transazioni che abbiano per oggetto diritti del prestatore di lavoro derivanti da disposizioni inderogabili, l'art. 2113 c.c. continua a sancire (in quanto non modificato) analogo principio sanzionatorio. Inoltre, ai sensi della norma generale di cui all'art. 1418 c.c., è altresì sancita la sanzione della nullità dei contratti in generale (e dunque anche delle clausole del contratto di lavoro) contrari a norme imperative (o cogenti). Tale contrarietà a norme imperative determina l'illiceità del negozio giuridico rappresentato dalla specifica clausola contrattuale; clausola che è nulla (e dunque improduttiva di effetti giuridici, o “*tamquam non esset*”). E, anche indipendentemente dalla ricorrenza di altri elementi, ai sensi dell'art. 1344 c.c., si reputa altresì illecita la causa, per i richiamati effetti di nullità, quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa.

Il contratto in frode alla legge, in particolare, in quanto riguarda comportamenti posti in essere pur non direttamente con l'obiettivo di violare la legge, ma volti indirettamente ad eludere una norma imperativa, è *fattispecie utile a giudicare anche la coerenza di significato delle nuove norme, contenute nel decreto varato*, che introducono specifiche e ulteriori eccezioni al principio di inderogabilità *in pejus* delle mansioni. Insomma: *un conto è ampliare l'ambito delle deroghe pattizie in base a criteri obiettivi e verificabili ex ante, e altro conto è consentire addirittura di realizzare ex post deroghe unilaterali al principio*. Neppure dovrebbe valere a superare il principio l'eventuale inerzia del lavoratore o persino le sue dichiarazioni di rinuncia o di mancato interesse alla qualifica. Ma di questo parleremo più avanti.

2. - Le nuove norme: ratio legis e coerenze (e incoerenze) ordinamentali

La *ratio* della normativa contenuta nel nuovo decreto sembra consistere nell'ampliamento ulteriore dei casi di deroga al principio di *inderogatio in pejus*.

Eppure va annotato che la adamantina nitidezza del principio di nullità dei patti contrari era stato già, nel corso degli ultimi decenni, drasticamente circoscritto, se non addirittura concettualmente vulnerato, da ripetuti interventi legislativi, giurisprudenziali, oltreché dottrinali, e persino da alcune esperienze contrattuali.

Ad avviso di chi scrive, la mitigazione *ope legis* del principio di nullità dei patti di demansionamento era stata, già prima del Jobs Act, attuata in maniera ampia e comprensiva di tutte le possibili e giustificabili esigenze aziendali.

Si sarebbe dovuto ritenere già più che soddisfacente per la libera iniziativa d'impresa quella disciplina esistente, e dunque sarebbe stato opportuno soprassedere da ogni ulteriore intervento del legislatore in materia; a meno di non abrogare il principio *tout court* (o quel che ne rimane). Perché la precedente affermazione non sembri apodittica e di parte, proviamo a fondarla nella disamina

oggettiva delle leggi previgenti al decreto.

In base all'articolo 4 della legge 223/1991, gli accordi stipulati in sede di procedure di mobilità possono *“stabilire anche in deroga all'articolo 2103 del codice civile l'assegnazione a mansioni inferiori”*.

Analogamente, per esigenza di salvaguardia individuale del posto di lavoro, pure l'articolo 42 del Decreto legislativo 81/2008 legittima l'assegnazione del lavoratore (divenuto inidoneo alla mansione) a mansioni inferiori, in quanto compatibili con il suo stato di salute.

Alla stessa *ratio* si ispirano le disposizioni a tutela della disabilità a seguito di infortunio sul lavoro (Legge 68/1999) e, più recentemente, anche quelle a tutela della maternità (Decreto legislativo 151/2011).

Inoltre la sanzione di nullità dei patti di demansionamento è di fatto superata anche da specifiche e generali previsioni contrattuali di primo livello, come l'**attuale art. 18 del CCNL ABI**. Tale norma, stabilisce la possibile e pattizia *“assegnazione del lavoratore a mansioni diverse anche in deroga all'art. 2103 c.c.”* a tutela dell'occupazione e prima di ricorrere all'applicazione della Legge 223/91, al fine di mitigare le tensioni occupazionali.

Al secondo livello di contrattazione, poi, una generale causa di deroga al principio di invariabilità *“in pejus”* delle mansioni è stata introdotta dall'**articolo 8 del Decreto lgs. 138/2011** in tema di contrattazione di prossimità: sono pienamente legittime le specifiche intese finalizzate *“alla maggiore occupazione, alla qualità dei contratti di lavoro, all'adozione di forme di partecipazione dei lavoratori, alla emersione del lavoro irregolare, agli incrementi di competitività e di salario, alla gestione delle crisi aziendali e occupazionali, agli investimenti e all'avvio di nuove attività”*. E tali intese potranno regolare in senso derogatorio anche alle mansioni e all'inquadramento dei lavoratori (ex art. 8 comma 2), con il solo limite invalicabile del rispetto dei principi fissati dalla Costituzione e dei vincoli derivanti dalla normativa comunitaria.

Come se ciò non bastasse, anche la tendenza giurisprudenziale degli ultimi decenni ha significativamente e ulteriormente mitigato l'assolutezza del principio, giustificando il demansionamento per il prevalente interesse alla salvaguardia dell'occupazione (**Cass. 23926/2010**) o anche solo per facilitare la gestione di una situazione di crisi aziendale (**Cass. 2375/2010**). Oltre alla *causa* del demansionamento, altro elemento che può legittimare lo stesso è per la suprema Corte la sua temporanea *durata*. **Cass. 3844/2015** considera giuridicamente apprezzabile la “dequalificazione” solo allorquando la stessa perduri per un periodo di tempo sufficientemente lungo, in quanto potenzialmente produttivo di quelle conseguenze pregiudizievoli per il lavoratore consistenti nella mortificazione anche personale e nel mancato esercizio (e potenziale depauperamento) delle competenze professionali acquisite.

Insomma, alla fine di questa brevissima disamina dell'esistente giuridico si può affermare, senza tema di smentite, che il principio dell'invariabilità *in pejus* delle mansioni era già stato, più che mitigato, profondamente vulnerato.

Ciononostante, la **legge delega n. 183 del 2014** ha inteso normare ulteriormente la materia, con l'obiettivo di superare, con un velo di ipocrisia, anche l'articolo 13 della legge 300/1970: destabilizzandolo nella sostanza, senza abrogarlo nella forma.

La delega riguarda in particolare l'individuazione di "*ulteriori ipotesi*" di deroga, ad opera della contrattazione collettiva di primo e secondo livello. Si ammette inoltre la revisione della disciplina delle mansioni solo "*in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi*".

3. - Le nuove fattispecie in dettaglio

E' davvero un difficile esercizio di intelligenza quello di individuare, nel nuovo decreto attuativo, nuove fattispecie riconducibili allo "*jus variandi*", per la ragione (peraltro di per sé evidente) che lo spettro delle possibilità offerte alle esigenze di impresa era già ampio ed esaustivo.

Eppure le insidie maggiori non si nascondono nella parte della nuova norma che incrementa il potere negoziale delle parti collettive (direzione di marcia auspicata dalla Cisl); esse si celano, invece, nell'intento di legittimare sostanzialmente le imprese a mutare in peggio le mansioni del lavoratore anche in assenza di accordo sindacale (e dunque unilateralmente).

Tale intento si ricava dal combinato disposto del comma 2 ("*In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore*") e del comma 4 ("*Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore possono essere previste da contratti collettivi...*"). In particolare, la formula letterale sembrerebbe esprimere una facoltà alternativa ("**aut ... aut**") per il datore di lavoro, che **o esercita lo "jus variandi in pejus" unilateralmente**, in caso di modifica degli assetti organizzativi (con scelta anch'essa praticamente insindacabile) **o**, in mancanza di tali circostanze (autorappresentate in assenza di contraddittorio!), **si rivolge alle organizzazioni sindacali per cercare un accordo che produca tali effetti derogatori.**

Tale lettura del disposto normativo del decreto è, seppur formalmente sostenibile, giuridicamente inaccettabile, per più ragioni.

In primo luogo, se dovesse risultare confermata tale formalistica e letterale chiave di lettura del testo normativo, essa porrebbe un insuperabile problema di ingegneria legislativa, in quanto la norma dello schema di decreto apparirebbe a chi scrive viziata da **eccesso di delega**.

A tal proposito appare opportuno richiamare la premessa specifica del decreto, che richiama il criterio di delega contenuto nella **Legge 183**: "VISTO l'articolo 1, comma

7, lettera e), recante il criterio di delega volto a revisionare la disciplina delle mansioni, in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di **parametri oggettivi...**". Orbene, quella lettura della norma che dovesse legittimare l'unilateralità della scelta di demansionare, in presenza di processi riorganizzativi, cozza contro l'esigenza di dare certezza e obiettività alle fattispecie che legittimano l'iniziativa del datore di lavoro: se i parametri li decide lui da solo, si tratta di parametri evidentemente soggettivi, non certo oggettivi!

In sostanza, l'esercizio della prerogativa aziendale di decidere il demansionamento (l' "an") non può estendersi anche alla validazione delle circostanze che ne fondano il diritto (il "quando" e il "quomodo"). Tale processo non può ridursi a una mera valutazione soggettiva. Non basta che le circostanze validanti siano apoditticamente affermate dall'imprenditore perché, in base alla legge delega, esse devono essere "obiettive"; il che implica soltanto tre logiche possibilità: **a) che i parametri siano predeterminati dalla legge; b) che siano individuati a posteriori, in via ermeneutica, dal giudice; c) che siano determinati e riconosciuti ad hoc, dalle parti contrattuali**, anche nell'esercizio delle facoltà di deroga pattizia alla legge.

Orbene, l'ipotesi sub a) semplicemente non è data; quella sub b) determinerebbe un insostenibile livello di incertezza giuridica, e a sua volta contraddirebbe la dichiarata esigenza di chiarezza preventiva che muove il legislatore del Jobs Act ; rimane dunque in piedi soltanto la ipotesi sub c).

4. - Il recupero pattizio dei c.d. "parametri oggettivi"

Tale terza ipotesi, lasciando alle parti contrattuali il compito di riconoscere e definire pattiziamente le fattispecie di riorganizzazione aziendali, coniuga efficacemente certezza e flessibilità. Va detto che lo strumento della deroga pattizia è considerato ormai un criterio di produzione giuridica del diritto del lavoro moderno, anche per il diritto comunitario: in attuazione del principio di sussidiarietà, la contrattazione collettiva è fonte del diritto sostanzialmente equiparabile alla fonte primaria.

Del resto, la tendenza in atto nel sistema giuslavoristico comunitario (con la diffusione di impianti nazionali di "flexsecurity") conferma pienamente la coerenza di un impianto legislativo che avrebbe dovuto affida alle parti sociali (e solo ad esse!) il compito di stabilire le regole di adattamento della legge al concreto tessuto organizzativo aziendale. La quasi autarchia della contrattazione collettiva (pur formalmente fonte secondaria), intesa come strumento di regolamentazione giuridica, è ormai universalmente riconosciuta; pertanto la contraria scelta di politica legislativa, ad opera del legislatore del Jobs Act, appare illogicamente dirigistica, oltreché incoerente ed inefficace.

Le conseguenze pratiche dell'accoglimento di una lettura della norma più aderente alla logica comunitaria consistono in una sua riformulazione interpretativa per cui, in tutti i casi in cui l'imprenditore invocasse l'esigenza di riorganizzare, ristrutturare o riconvertire l'azienda, egli potrebbe procedere al demansionamento previo

accordo sindacale: accordo necessario a individuare e convenire l'obiettivo presenza delle condizioni legittimanti. Tale lettura sembra persino ovvia a chi gestisce le relazioni industriali e sa per esperienza che il limite dell'obiettività nell'individuazione delle condizioni legittimanti è sempre invalicabile, almeno in termini di opportunità politica. Stabilire in via interpretativa che la necessità di previo accordo collettivo riguardi *almeno* il riconoscimento delle situazioni obiettivamente legittimanti, se non *anche* la definizione delle concrete condizioni normative da applicare ai demansionamenti, sembra un utile elemento di chiarezza rispetto all'assetto normativo tracciato dal Jobs Act.

5. - Il limite massimo del demansionamento: il livello immediatamente inferiore

La lettura della norma che proponiamo trova ulteriori coerenze, in termini di certezza di disciplina, anche nella previsione del limite massimo del demansionamento legittimo: il lavoratore *“può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore”*. Insomma, se c'è accordo sindacale sul riconoscimento delle obiettive condizioni legittimanti, anche in assenza di definizione pattizia delle condizioni economico-normative applicabili al demansionamento, c'è sufficiente certezza anche sul regime giuridico applicabile: esclusivamente il livello di inquadramento immediatamente inferiore, *et non ultra*. L'obiettivo della contrattazione collettiva rimane ovviamente quello di riuscire a normare pattizamente *tutte* le condizioni giuridiche dei demansionamenti, una volta seduti al tavolo delle trattative. Ma questa è una parte del lavoro negoziale non scritta nella nuova normativa (e dunque né prescritta né inibita).

E' appena il caso di prevenire, superandole, l'obiezione di chi dovesse ritenere non necessaria l'interlocuzione con i sindacati per l'oggettivazione e la validazione dei criteri. Tale eccezione potrebbero basarsi sulla presunta ovvia indisponibilità dei sindacati alla firma di accordi sul riconoscimento delle condizioni legittimanti: si tratterebbe di una scelta sindacale meramente dilatoria e strumentale. Si tratta di un falso problema e dunque di una falsa eccezione: i presupposti obiettivi o sussistono o non sussistono; se sussistono, essi vanno riconosciuti nell'interesse dello stesso sindacato, qualora ciò serva per scongiurare o mitigare gli effetti dell'applicazione delle condizioni ex articolo 4 della **legge 223/1991**. Al contrario: in assenza di coinvolgimento sindacale, la scelta unilaterale del datore di lavoro di procedere al demansionamento rischierebbe di apparire, essa sì, strumentale e arbitraria.

6. - I casi di contrattazione forte

Dando per buona questa chiave di lettura “pattizia” della norma, si pone il problema di attribuire una qualche valenza semantica al comma 4, che sancisce *“ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore”*, in quanto *“previste da contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da*

associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale”.

La contrattazione collettiva, in tale parte della norma, non si limita stavolta a riconoscere l'esistenza di condizioni di legge (la riorganizzazione aziendale) che giustificano il demansionamento, ma **è chiamata a individuare nuove e diverse fattispecie, e dunque deve concretamente poterne regolare in toto le condizioni giuridico-normative** (ma sempre nel limite massimo, invalicabile in pejus, di un solo livello di inquadramento).

In pratica, il complesso sistema normativo introdotto dall'art. 55 del decreto prevede un c.d. “diritto sindacale forte” in tema di demansionamenti: all'accordo collettivo sul riconoscimento dei requisiti della riorganizzazione, nel caso sub comma 2; all'accordo collettivo anche sui contenuti della regolamentazione normativa, nel caso sub comma 4.

7. - Le deroghe individuali

Accanto alle forme di deroga pattizia mediante accordo collettivo, il legislatore pone anche, al comma 5 dell'art. 55, specifiche ipotesi di deroga pattizia mediante accordi individuali. Essi possono essere raggiunti esclusivamente in sedi considerate idonee ad evitare che il lavoratore operi in stato di soggezione rispetto al datore di lavoro, e dunque: in tema di controversie giudiziali, nella sede del “*previo tentativo di conciliazione presso la commissione di conciliazione*” (ex art. 410 c.p.c.), anche tramite l'associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, oppure presso le sedi extragiudiziali e con le modalità previste dai contratti collettivi (con assistenza sindacale), per la conciliazione e l'arbitrato, sia rituale che irrituale. Infine sono previste quali sedi non contenziose le commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276.

Esaurita la disamina dell'ampia casistica di legge che legittima la deroga al principio dell'*inderogatio in pejus*, è prevista infine una c.d. “**norma di chiusura**” del sistema: al di fuori dei casi di demansionamento legittimo per esigenze riorganizzative aziendali, o per gli altri casi previsti dai contratti collettivi, e dei casi di accordi individuali di modifica delle mansioni, “**ogni patto contrario è nullo**”, e dunque improduttivo di effetti.

Conclusivamente sul punto, va infine chiarito che, i soggetti interessati dalla legge delega e le parti istituzionali che ne hanno facoltà, possono sollevare rispetto alla lettura formalistica della norma qui censurata **quesito di incostituzionalità in Consulta per eccesso di delega**, in quanto, almeno ad avviso di chi scrive, il decreto del governo eccede gli ambiti della legge-delega conferita dal Parlamento, in violazione dell'art. 77 della Costituzione.

8. - La (parziale) irriducibilità della retribuzione

Altre ipotetiche vulnerazioni connesse a una lettura formalistica dell'art. 55 del

decreto, riguardano alcuni principi basilari e consolidati del diritto del lavoro. Il primo di questi attiene ai diritti economici *quesiti* e alla c.d. *irriducibilità della retribuzione* o invariabilità *in pejus* del livello retributivo acquisito.

Anche tale principio è stato sancito nella formula originaria dell'art. 2103 ed è rimasto praticamente quasi immodificato fino ad oggi.

Le uniche eccezioni previste dal legislatore *ante* Jobs Act riguardano il comma 11 dell'art. 4 della legge n. 223/1991, che ha previsto che nelle procedure di mobilità, le parti sindacali possano raggiungere accordi che prevedano il riassorbimento del personale ritenuto in eccedenza, con attribuzione di mansioni peggiorative rispetto a quelle svolte in precedenza -con conseguente diminuzione del trattamento retributivo -anche in deroga all'art. 2103 c.c.

La questione dell'irriducibilità, ma solo relativa, della retribuzione è introdotta dalla formula del comma 5 dell'art. 55 del decreto. Essa riguarda non tutte le fattispecie di demansionamento sopra analizzate, ma esclusivamente i casi di riorganizzazione aziendale e le altre tipologie individuate dai contratti collettivi; insomma, nella chiave di lettura qui proposta, la parziale riducibilità del trattamento economico riguarda tutti e solo i casi in cui la contrattazione collettiva espressamente lo preveda.

Chiarito l'ambito dell'"*an*", va ora enucleato il "*quantum*" della ipotetica riduzione retributiva ammessa in base alla nuova norma. La formula indica testualmente: "*il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.*"

Dottrina, giurisprudenza e prassi contrattuali collettive sono sul punto da sempre concordi nell'individuare unicamente negli elementi indennitari (e dunque non "tabellari") della retribuzione le voci economiche "variabili" che possano essere considerate non definitivamente acquisite allo "status economico" del lavoratore.

Da questo punto di vista, si è raggiunto un punto di sufficiente certezza basato, da un lato, sul principio costituzionale della "retribuzione proporzionata e sufficiente" (art. 36) e dall'altro sull'"*erga omnes*" rappresentato dall'applicazione del trattamento retributivo previsto dai contratti collettivi *per relationem* anche ai non iscritti al sindacato. L'interrogativo che pertanto ci poniamo è il seguente: **se è unanimemente riconosciuto che la legittima variabilità *in pejus* della retribuzione può riguardare solo le indennità (di presenza, di ruolo, di funzione, anche sotto forma di assegni *ad personam* non tabellizzati), che bisogno c'era di usare una formula lessicale diversa, e peraltro incerta e foriera di contenzioso, come "*elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa*"?**

Sgombriamo il campo da ogni forma di fariseismo legislativo: sarebbe stato il caso di chiarire, di esplicitare se si intendeva innovare anche sul profilo della derogabilità del trattamento economico.

Seguendo un percorso di chiarificazione logica delle implicazioni giuridiche desumibili dal nuovo assunto normativo, scartiamo subito la prima ipotesi. Se il legislatore avesse voluto innovare, avrebbe infatti dovuto esplicitarlo, definendo con esattezza l'ambito di quella che definisce l'"eccezione". Rammentiamo a tal proposito che l'interpretazione analogica e quella estensiva sono escluse per la norma eccezionale peggiorativa, e dunque l'incerta formula utilizzata dal legislatore del Jobs Act deve essere ricondotta al suo significato unanimemente riconosciuto ed accettato.

Sempre sotto il profilo logico, va detto che qualora il legislatore avesse inteso affidare alle parti sociali la concreta definizione dell'ambito della deroga rispetto al trattamento economico (analogamente a quanto previsto con lo strumento della contrattazione di prossimità), avrebbe dovuto formalmente esplicitarlo, per le stesse ragioni che esigono l'esatta delimitazione del perimetro della norma eccezionale.

In sintesi, dobbiamo dunque dedurre che la norma non contenga sul punto alcun elemento di novità giuridica, al netto di una formula oggettivamente infelice perché imprecisa. Si tratta insomma di una norma di mero valore ricognitivo.

9. - L'assegnazione a mansioni superiori e la rinuncia ai diritti

Ulteriore vulnerazione di principio, connessa a una difficilmente superabile lettura formalistica dell'art. 55 del decreto, riguarda il caso di assegnazione a **mansioni superiori**. La norma riconosce il diritto del lavoratore al trattamento corrispondente all'attività svolta, e la definitiva assegnazione, "*salva diversa volontà del lavoratore*".

Tale inciso pare ammettere la possibilità di rinuncia da parte del lavoratore. E' innegabile peraltro che il contesto di minore stabilità del rapporto di lavoro, per gli assunti dopo il 7 marzo 2015, possa determinare conseguente incertezza psicologica e maggiore *metus reverentialis* verso il datore di lavoro, e dunque possa rendere possibili oggettivi abusi.

Tuttavia chiariamo subito che la "*diversa volontà del lavoratore*" rappresenta una vera e propria rinuncia effettuata dal lavoratore in costanza di rapporto di lavoro, e dunque ricade certamente sotto la disciplina dell'art. 2113 c.c.

Per effetto del secondo comma del richiamato articolo, è prevista l'impugnazione, a pena di decadenza, entro sei mesi dalla data di cessazione del rapporto o dalla data della rinuncia o della transazione, se queste sono intervenute dopo la cessazione medesima. Tale norma rimane applicabile nel caso di specie, in quanto insuperata dal legislatore del Jobs Act..

Approdiamo a tali conclusioni partendo per assurdo dalla opposta argomentazione: che cioè l'art. 55 abbia inteso "spendere" una deroga legislativa (cioè un'eccezione al principio dell'irrinunciabilità dei diritti in costanza di rapporto di lavoro). Tale ipotesi escluderebbe, conseguentemente, che la rinuncia riguardasse "*diritti scaturenti da norme inderogabili*" (ex art. 2113 c.c., comma 1), e dunque

escluderebbe che il termine per l'impugnativa decorresse dalla cessazione del rapporto. Tuttavia va detto, *contrariis reiectis*, che l'ambito della deroga sarebbe stato in tal caso formalmente mal delineato dal legislatore del Jobs Act, in quanto questi non ha inteso richiamarsi alla norma di cui all'art. 2113 c.c., per escluderne l'applicabilità e dunque per sterilizzarne gli effetti.

Per quanto logicamente argomentato, conclusivamente, è certamente **fatto salvo il diritto del lavoratore di ripensare alla propria rinuncia nei sei mesi successivi alla fine del rapporto di lavoro, in quanto tale rinuncia poteva ritenersi, in costanza del rapporto di lavoro, non sufficientemente libera**. La libertà della forma dell'impugnativa è viceversa ben formulata dal terzo comma dell'art. 2113 c.c.: *“con qualsiasi atto scritto, anche stragiudiziale, del lavoratore idoneo a renderne nota la volontà”*.

Dunque abbiamo certezza dell'impugnativa *versus* incertezza della precedente rinuncia; incertezza perché il legislatore del Jobs Act non chiarisce le forme e le modalità della *“diversa volontà del lavoratore”*. Se tale rinuncia alla qualifica fosse tacita, ovvero per comportamento concludente, il datore di lavoro mai potrebbe fornire la prova (per se stesso liberatoria) della intervenuta volontà abdicativa del lavoratore (e dunque quest'ultimo potrebbe sempre, e anche dopo la cessazione del rapporto di lavoro, invocare la piena tutela dell'art. 2113 c.c.); se, al contrario, il lavoratore avesse sottoscritto una *formale* rinuncia in costanza del rapporto di lavoro, a beneficio del proprio datore di lavoro, e questa non fosse esercitata nelle forme della cosiddetta *“deroga assistita”*, parimenti la stessa non riuscirebbe a sottrarsi agli effetti dell'art. 2113 c.c., in considerazione del più forte (dopo il Jobs Act) squilibrio sostanziale delle parti del rapporto di lavoro.

In definitiva, l'unica ipotesi che formalmente sostiene la sfida della legittimità di una deroga al diritto alla qualifica superiore è quella della *deroga assistita*, nelle forme previste dall'ultimo comma dell'art. 2113 c.c.

10. - Le “diverse pattuizioni” previste dai CCNL (e dal CCNL ABI)

Ultimo punto che intendiamo brevemente sottoporre all'attenzione di dottrina, giurisprudenza e agenti contrattuali riguarda il problema delle *diverse pattuizioni* previste dalla contrattazione collettiva (sia di settore, sia aziendale).

Rammentiamo che in base alla formulazione di legge previgente *“l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi.”* Tale norma prevedeva infatti la possibilità, per la contrattazione collettiva, di fissare un termine diverso e migliorativo da quello previsto *ope legis*.

La nuova ipotesi di formulazione prevista dall'art. 55 sancisce invece che

l'assegnazione diventi definitiva “*dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, anche aziendali, ... o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi*”. Le differenze che emergono dalla comparazione dei due testi riguardano, oltre all'aspetto di durata dell'assegnazione (sei mesi in luogo di tre), soprattutto il fatto che la contrattazione collettiva possa modificare anche *in pejus* (e cioè allungandolo ulteriormente) il nuovo termine di sei mesi. In sostanza, dunque, verrebbe superato il principio del termine massimo invalicabile per legge.

Quid juris per le norme dei contratti collettivi sancite antecedentemente alla entrata in vigore del decreto sulle tipologie contrattuali, e tuttora valide (in quanto non scadute e non disdettate)?

Trattandosi di “*clausole di miglior favore*”, va pacificamente riconosciuto che esse prevalgono sulle previsioni di legge, ponendosi solo l'esigenza, alla scadenza dei contratti collettivi (o nella fase di traduzione degli accordi di rinnovo in articolato), di confermarne la persistente vigenza.

Il problema, viceversa, tecnicamente si pone per quelle norme contrattuali che in base alla vecchia formulazione dell'art. 2103 c.c. abbiano sancito, in deroga peggiorativa al termine massimo di legge di tre mesi, un diverso (e maggiore) termine per la definitiva acquisizione dell'inquadramento corrispondente alle superiori mansioni assegnate.

E' il caso, ad esempio, dell'**art. 83 comma 2 del CCNL ABI 2012** (rinnovato il 31 marzo 2015 senza modifiche sul punto e vincolante all'esito della validazione assembleare), che sancisce, *in deroga* – per questo specifico aspetto – all'art. 2103, 1° comma, c.c., l'assegnazione definitiva del lavoratore alla categoria dei quadri direttivi, ovvero ai relativi livelli retributivi, “*quando si sia protratta per il periodo di 5 mesi*”.

Si parla in questo caso di “*clausole peggiorative*” rispetto alla legge storica previgente, ma pur sempre migliorative rispetto al nuovo termine sancito dal decreto (6 mesi).

Anche in questo caso, tuttavia, il termine contrattualmente previsto dalle parti prevale, a nostro avviso, sulle nuove indicazioni di legge: e anzi, tale prevalenza si esprime con maggiore certezza. La nuova formulazione legislativa, infatti, enfatizza sul punto il valore nomopoietico della fonte pattizia, chiamata a regolamentare questo aspetto sia in senso migliorativo sia in senso peggiorativo.

11. - Un primo giudizio di sintesi sul valore delle nuove norme

Il giudizio complessivamente formulato sulla qualità sostanziale e formale della legge, in materia di demansionamenti, non è positivo. Se la *ratio legis* era di dare certezza giuridica insieme a flessibilità organizzativa, ebbene il risultato è conseguito solo a metà: troppe, ad avviso di chi scrive, le zone d'ombra, foriere di potenziali contenziosi di lavoro (e di costi d'impresa non preventivabili).

L'unico modo di declinare efficacemente certezza del diritto e duttilità organizzativa,

insieme a garanzie di tutela individuale (che si traducono in coesione sociale), sarebbe stato di affidare con inequivoca decisione di politica legislativa la riscrittura dell'intero capitolo giuridico dei demansionamenti alle parti sociali, e non invece, "anche" a una parte sola. Solo la contrattazione collettiva può infatti, nello specifico contesto settoriale e aziendale, declinare gli opposti paradigmi in sintesi equilibrate che prevengono i conflitti.