

Elena Gramano

Jus variandi:
fondamento, disciplina
e tutela collettiva
della professionalità

Nuova edizione

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSAZIONALI

Collana fondata da Giuseppe Pera
Diretta da Franco Liso, Luca Nogler
e Silvana Sciarra

FRANCOANGELI

Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con **Adobe Acrobat Reader**



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile **con Adobe Digital Editions**.

Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



Collana fondata da Giuseppe Pera

*Diretta da Franco Liso, Luca Nogler e
Silvana Sciarra*

Comitato scientifico: Maria Vittoria Ballestrero (Università di Genova) – Luisa Corazza (Università del Molise) – Nicola Countouris (University College London) – Riccardo Del Punta (Università di Firenze) – Bruno De Witte (University of Maastricht) – Maximilian Fuchs (Katholische Universität Eichstätt-Ingolstadt) – Antonio Lo Faro (Università di Catania) – Magdalena Nogueira Guastavino (Universidad Autónoma de Madrid) – Paolo Pascucci (Università di Urbino) – Roberto Pessi (Università Luiss Guido Carli) – Roberto Romei (Università di Roma 3) – Valerio Speciale (Università di Pescara) – Quanxing Wang (Shanghai University of Finance and Economics)

Redazione: Maria Paola Aimo (Università di Torino) – Matteo Borzaga (Università di Trento) – Orsola Razzolini (Università di Genova)

I contributi pubblicati sono sottoposti a referaggio anonimo "double blind"

Con l'integrazione innescata dalla globalizzazione dei mercati economici e finanziari, il diritto del lavoro è entrato dovunque in una fase di ripensamento dei propri presupposti sistematici e valoriali. I sistemi nazionali tendono a integrarsi in quelli sovranazionali e si affermano nuove relazioni transnazionali, che richiedono di essere individuate, analizzate e regolamentate con strumenti vincolanti e non. La prestigiosa Collana di diritto del lavoro, già diretta dall'indimenticato Giuseppe Pera, viene così riattivata in un contesto che presenta forti elementi di novità, sia dal punto di vista dei fenomeni regolati, sia delle risposte regolative, sia della metodologia d'analisi.

La Collana, aperta a contributi relativi a tutti i sistemi giuridici, intende favorire il confronto con le nuove prassi internazionali e con l'analisi economica, nella prospettiva di misurare le conseguenze delle diverse scelte regolative. I direttori auspicano che il confronto tra sistemi nazionali di diritto del lavoro possa essere il frutto di analisi comparate metodologicamente corrette, aperte all'analisi del contesto socio-economico, culturale e antropologico di riferimento.

Nella consapevolezza che il diritto del lavoro oggi non possa prescindere da un dialogo sistematico con le altre discipline giuridiche, né da un confronto con l'evoluzione del pensiero giuridico nel contesto europeo e "mondiale", la Collana intende ospitare contributi di studiosi non solo italiani ed è aperta alla prospettiva di pubblicazioni in lingue diverse. Per raggiungere questi obiettivi, la Collana ospita nel comitato scientifico studiosi di varie nazionalità, in modo che siano rappresentate le culture accademiche delle differenti parti del pianeta.

La Collana vuole, inoltre, contribuire a un'esigenza di rinnovamento che è ormai ampiamente avvertita nell'accademia italiana e dedica la massima attenzione alla verifica della qualità dei prodotti scientifici, utilizzando rigorosi criteri di valutazione.

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: www.francoangeli.it e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

Elena Gramano

Jus variandi:
fondamento, disciplina
e tutela collettiva
della professionalità

Nuova edizione

prefazione di
Roberto Romei

**Diritto
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

FRANCOANGELI

Isbn: 9788835169321

2a Edizione. Copyright © 2023, 2024 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito www.francoangeli.it.

Indice

Prefazione alla seconda edizione, di Roberto Romei	pag.	9
Prefazione alla prima edizione, di Roberto Romei	»	11
Premessa – La disciplina dello <i>jus variandi</i> nel contratto di lavoro subordinato alla prova delle trasformazioni organizzative dell'impresa: le ragioni di una ricerca	»	15
1. Il fondamento dello <i>jus variandi</i> nel contratto di lavoro subordinato	»	23
1. Principio di irretrattabilità dell'accordo e <i>jus variandi</i> nella disciplina generale dei contratti	»	23
2. (<i>Segue.</i>) Lo <i>jus variandi</i> di fonte negoziale e la funzione dell'istituto. Il contributo del diritto del lavoro all'attenuazione del principio di irretrattabilità dell'accordo	»	26
3. (<i>Segue.</i>) Lo <i>jus variandi</i> nel contratto di lavoro. La codificazione dello <i>jus variandi</i> nella formulazione originaria dell'art. 2103 cod. civ.	»	31
4. (<i>Segue.</i>) Dalla novella statutaria al <i>Jobs Act</i> : tratti essenziali dell'evoluzione dell'art. 2103 cod. civ.	»	35
5. La fonte della modifica delle mansioni nella disciplina dello Statuto dei lavoratori: la conferma della cittadinanza dello <i>jus variandi</i> nell'ordinamento e l'inedito riconoscimento del diritto alle mansioni	»	37
6. Il fondamento giuridico dello <i>jus variandi</i> e la sua distinzione dal potere direttivo: una proposta ricostruttiva	»	44
2. Lo <i>jus variandi</i> ordinario	»	53
1. L'organizzazione del lavoro nella legge e nella contrattazione collettiva. Una premessa terminologica	»	53

2. L'individuazione delle mansioni di assunzione e il principio di contrattualità, tra volontà formale e comportamento delle parti nello svolgimento del rapporto	pag.	59
3. I livelli di inquadramento nella disciplina del codice civile come strumenti di organizzazione dell'« <i>ordinamento dell'impresa</i> »	»	63
4. La disciplina dello <i>jus variandi</i> nello Statuto dei lavoratori. L'equivalenza delle mansioni e la professionalità del prestatore di lavoro come bene giuridico oggetto di tutela nell'art. 2103 cod. civ.	»	66
5. (<i>Segue.</i>) La professionalità tutelata: interpretazione statica e interpretazione dinamica del concetto di professionalità nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale	»	74
6. (<i>Segue.</i>) Gli spazi dell'autonomia collettiva nella disciplina dello <i>jus variandi</i> anteriore al 2015. La giurisprudenza in materia di clausole di fungibilità	»	84
7. Mansioni, <i>jus variandi</i> e ruolo della contrattazione collettiva nell'art. 2103 cod. civ., come modificato dall'art. 3, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Introduzione alla trattazione	»	88
8. (<i>Segue.</i>) Un mutamento di paradigma: dall'equivalenza professionale alla riconducibilità delle mansioni al medesimo livello di inquadramento e categoria legale. Significato, problemi ed effetti. Il ruolo del giudice	»	90
9. (<i>Segue.</i>) La reviviscenza delle categorie legali <i>ex art.</i> 2095 cod. civ.	»	96
10. La portata sistematica dell'obbligo di formazione e le conseguenze del suo mancato assolvimento	»	98
11. Osservazioni critiche in merito alle tesi dottrinali sul persistente rilievo dell'equivalenza professionale quale limite allo <i>jus variandi</i>	»	104
12. L'art. 2103 cod. civ. nella giurisprudenza. La conferma del superamento del parametro dell'equivalenza. Il mutamento di mansioni dei dirigenti	»	109

3. Lo *jus variandi* straordinario

SEZIONE I: IL DEMANSIONAMENTO CONSEGUENTE ALL'ESERCIZIO DELLO <i>JUS VARIANDI</i> E ALL'ACCORDO TRA LE PARTI. CONDIZIONI DI LEGITTIMITÀ E SISTEMA DELLE TUTELE	»	113
1. L'evoluzione della giurisprudenza in materia di patto di demansionamento. Profili critici	»	113

2. (<i>Segue.</i>) Il potere di demansionamento del datore di lavoro e l'accordo di demansionamento <i>ex art.</i> 2103, comma 6, cod. civ. Condizioni, limiti e linee di continuità con l'orientamento giurisprudenziale sul patto di demansionamento	pag.	124
3. (<i>Segue.</i>) L'accordo di demansionamento in sede protetta	»	132
4. Le ipotesi di demansionamento legittimo previste dalla contrattazione collettiva. La conferma della centralità del contratto collettivo nella disciplina dello <i>jus variandi</i>	»	135
5. La tutela del lavoratore nel caso di demansionamento legittimo	»	137
6. La qualificazione giuridica del demansionamento illegittimo come illecito permanente. L'autotutela del lavoratore	»	140
7. Il demansionamento illegittimo nell'attuale art. 2103 cod. civ. L'onere della prova del demansionamento	»	150
8. La tutela del lavoratore nel caso di demansionamento illegittimo. Il danno da demansionamento come danno alla persona. In particolare: il danno alla professionalità nell'evoluzione giurisprudenziale, tra patrimonialità e non patrimonialità. Carattere plurioffensivo dell'illecito demansionamento. Accertamento, quantificazione e prova del danno	»	154
SEZIONE II: LE MANSIONI SUPERIORI	»	165
1. L'adibizione del lavoratore a mansioni riconducibili ad un livello di inquadramento superiore. La fonte dell'assegnazione delle mansioni superiori. La rilevanza del consenso	»	165
2. (<i>Segue.</i>) La promozione automatica. La durata dell'adibizione a mansioni superiori ai fini della maturazione del diritto alla qualifica superiore. L'adibizione a mansioni superiori ai fini della sostituzione di un lavoratore assente	»	171
3. (<i>Segue.</i>) La qualifica convenzionale. Le mansioni promiscue	»	178
4. Lo <i>jus variandi</i> tra legge e contrattazione collettiva	»	185
1. Il ruolo della contrattazione collettiva nella disciplina delle mansioni e dello <i>jus variandi</i>	»	185
2. Il rapporto tra legge e contrattazione collettiva nella disciplina delle mansioni e dello <i>jus variandi</i> . Dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, all'art. 3, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81	»	189

3. Gli artt. 3 e 51, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: un confronto tra tecniche normative di rinvio alla contrattazione collettiva. Il mancato rinvio testuale ai « <i>contratti collettivi</i> » nell'art. 3, comma 1, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81	pag.	194
4. Il convitato di pietra: il ruolo della contrattazione collettiva nell'organizzazione del lavoro, tra crisi della rappresentatività e mancanza di una legge sulla rappresentanza	»	197
5. Cenni sull'evoluzione dei sistemi di inquadramento. L'inquadramento unico. I tentativi di aggiornamento dei sistemi di classificazione delle mansioni per aree professionali	»	199
6. La disciplina negoziale delle mansioni nei contratti collettivi dopo la riforma del 2015. Dalla sopravvivenza dell'equivalenza professionale alle clausole che confermano la fungibilità tra mansioni riconducibili al medesimo livello di inquadramento. Le clausole di fungibilità tra mansioni appartenenti a diversi livelli di inquadramento	»	203
7. (<i>Segue.</i>) Alcune esperienze di rinnovamento dei sistemi di inquadramento: i settori dell'occhialeria, chimico, terziario, <i>ICT</i> e credito	»	207
8. (<i>Segue.</i>) Il CCNL metalmeccanici industria 2021 e la professionalità "contrattata". Una nuova professionalità dinamica di fonte negoziale	»	211
Conclusioni – La tutela della professionalità dopo la riforma del 2015	»	215
1. Le mansioni del lavoratore tra oggetto dell'obbligazione e diritto della persona	»	215
2. La professionalità come bene giuridico tutelato dall'ordinamento e la centralità della formazione	»	218
3. La tutela collettiva della professionalità, tra antichi problemi e nuove prospettive	»	226
Abbreviazioni	»	231
Bibliografia	»	233

Prefazione alla seconda edizione

di Roberto Romei

La nuova edizione del libro di Elena Gramano non è solo un aggiornamento del primo volume, ma ha rappresentato l'occasione per l'Autrice di tornare su alcuni nodi fondanti del potere del datore di lavoro di modificare le mansioni oggetto del contratto di lavoro, più e meglio conosciuto come *ius variandi*.

L'impianto di fondo non è stato modificato rispetto alla prima edizione; né, per il vero, poteva esserlo, essendo l'impostazione seguita stata meditata, ed a fondo, già nella prima edizione. Né si modifica l'attenzione al dialogo costante con la dottrina civilistica – atteggiamento questo tutt'altro che comune nella dottrina lavoristica – che fornisce le fondamenta alla costruzione dello *ius variandi* come un potere diverso dal potere direttivo, ma che permette anche all'A. di guardare con occhio disincantato ad un tema, come quello dell'esistenza o non di un diritto allo svolgimento della prestazione di lavoro.

Lo *ius variandi*, dunque, è costruito come un potere diverso dal potere direttivo, e dunque straordinario, se riguardato nella prospettiva del contratto di lavoro – tanto che l'A. ne rinviene il fondamento in una norma di legge –, ma non eccezionale, anzi diffuso ormai nell'ordinamento, come dimostrato da analoghi esempi che si possono ritrovare sia nella legislazione bancaria che in quella posta a tutela del consumatore.

È questa una tesi non nuova all'A., e che viene anzi coltivata con maggiore convinzione. Ma il risultato di maggior pregio non risiede tanto nella costruzione, ad avviso di chi scrive, certamente condivisibile, dello *ius variandi* come potere extracontrattuale. Quanto piuttosto nella prospettiva all'interno della quale essa si inserisce, che è di piena accettazione della possibilità che le mansioni di assunzione cambino per ragioni connesse con l'organizzazione: tanto da qualificare questa forma di *ius variandi*, circoscritta cioè alle mansioni inserite nello stesso livello contrattuale, come modalità normale e dunque ordinaria di esercizio del potere.

Strettamente connesso con l'esercizio dello *ius variandi* ordinario è poi il ruolo che la nuova formulazione dell'art. 2103 c.c. demanda alla contrattazione collettiva. L'A. adotta una lettura consapevolmente correttiva, anzi, additiva della legge, interpretando il rinvio alla contrattazione come rinvio ai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative, cui fa riferimento l'art. 51 del D.lgs. n. 81/2015. E qui l'A. non poteva non imbattersi

nella questione della individuazione dei criteri che connotano, o dovrebbero connotare, la maggiore rappresentatività comparata al fine di individuare le organizzazioni sindacali cui fa riferimento l'art. 51 del D.lgs. n. 81/20915, questione annessa cui il libro, per forza di cose, accenna solo. Non manca la sottolineatura della funzione assegnata dalla legge alla contrattazione collettiva che esercita – o meglio, dovrebbe esercitare – il ruolo, diverso rispetto al passato e più aderente alla concreta organizzazione del lavoro nella quale è inserita, di filtro all'esercizio del potere di mutamento delle mansioni, e che la avvicina, ed è un dato che è opportunamente messo in evidenza, al ruolo che l'art. 52 del D.lgs. n. 165/2001 assegna alla contrattazione collettiva nell'impiego pubblico contrattualizzato, in cui si accoglie una nozione di equivalenza di natura contrattuale.

La funzione assegnata alla contrattazione collettiva conduce nel capitolo finale, e non poteva non essere così, ad una ricognizione dei sistemi di inquadramento realizzati in concreto dalla contrattazione collettiva. Rassegna che, non certo per colpa dell'A., dà risultati poco confortanti, posto che il sistema di inquadramento prevalente rimane ancora quello tradizionale, in cui la distribuzione di mansioni – spesso tra loro assai diverse – nei diversi livelli contrattuali risponde alla necessità di determinare il livello di retribuzione e non a quello di raggruppare attività tra loro omogenee sulle quali il lavoratore può ruotare appunto in forza dell'esercizio dello *ius variandi*.

All'esperienza forse più significativa degli ultimi anni, quella cioè del CCNL del settore metalmeccanico, è dedicato il paragrafo finale del capitolo IV, in cui l'A. coglie esattamente, al di là delle difficoltà tecniche legate al nuovo sistema di inquadramento, le indubbe novità, come avviene nella interpretazione della clausola che lega la mobilità all'equivalenza, da intendersi però – diversamente da quanto accade in altre letture per le quali il passato non passa mai – come collegata «alla professionalità codificata nel contratto stesso».

Le conclusioni dell'indagine, in gran parte riscritte rispetto alla precedente edizione, rappresentano la sintesi finale di un'indagine approfondita, che restituisce tutta la complessità di un tema che, come osserva giustamente l'A., si pone al crocevia, per riprendere le parole dell'A., delle strade che connotano la inseparabilità del soggetto dall'oggetto del contratto.

L'immagine che meglio descrive l'impressione finale è quella dell'affresco: la monografia rappresenta un quadro dell'oggi del diritto del lavoro, di quello che almeno a parere di chi scrive, dovrebbe esser oggi la materia. Una materia che non recide, anzi, i suoi legami con il quadro civilistico nel quale pur sempre si inserisce; che tiene conto del valore della persona che lavora; ma che non teme, né ostacola, la novità, in un costante ritorno al passato, perché consapevole che il diritto del lavoro, inteso come insieme dei discorsi che si svolgono sulle norme di diritto del lavoro, solo accettando il nuovo può evitare il destino, cui spesso si autocondanna, di una stucchevole ripetizione di discorsi passati.

Prefazione alla prima edizione

di Roberto Romei

Il libro di Elena Gramano è un libro come quelli che si scrivevano una volta. Il che è, ovviamente, un pregio.

Lo è, innanzitutto, per il tema prescelto, il mutamento delle mansioni del lavoratore: uno dei temi classici del diritto del lavoro, come dimostrato dalle monografie che negli anni si sono succedute sull'argomento, da quella, ormai classica, di Gino Giugni, a quella, anch'essa ormai risalente, ma sempre densa di stimoli, di Franco Liso.

Lo è per l'impostazione che l'Autrice dà allo studio, articolato in una prima parte dedicata ai profili sistematici dello *jus variandi*, cui segue una seconda, incentrata invece specificamente sui temi lavoristici.

Lo è infine per la completezza dell'indagine, che abbraccia anche temi limítrofi, e che è corredata da un apparato bibliografico davvero imponente, che testimonia della ricchezza delle letture dell'Autrice.

La struttura della monografia si articola secondo una scansione ben precisa.

Lo *jus variandi* viene inquadrato alla luce della generale disciplina dei contratti, passaggio niente affatto di maniera, dal momento che contribuisce ad evidenziare come i casi in cui la legge o la volontà delle parti attribuiscono ad una di esse il potere di apportare delle variazioni alla disciplina contrattuale siano ormai tutt'altro che eccezionali nel nostro ordinamento, perché necessari a preservare la funzionalità dello schema contrattuale, specie quando si tratti di contratti di durata, destinati, per ciò stesso, a prolungarsi nel tempo e dunque ad operare in contesti che possono essere diversi da quello originale.

Il risultato, guadagnato nelle prime pagine della monografia, è destinato a rappresentare il criterio guida dell'intera indagine, che si sviluppa non secondo gli ordinari percorsi lungo i quali si snodano usualmente molti studi dedicati all'argomento, secondo i quali lo *jus variandi* rappresenta un potere eccezionale che l'ordinamento attribuisce al datore di lavoro, e che quindi, come tale, deve essere costretto entro margini di utilizzo ristretti.

Il filo che guida lo studio di Elena Gramano è invece opposto ed adeguato alla mutata realtà dell'ordinamento privatistico, e, se è consentito aggiungere, non ispirato da una visione paternalistica del lavoratore: lo *jus variandi* è un

potere tutt'altro che eccezionale ed anzi è normale e fisiologico all'interno di un rapporto di lavoro che muta con l'organizzazione all'interno della quale è inserito, e che dunque nella sua normalità va studiato ed interpretato.

Si tratta, come si è detto, di un guadagno importante, perché contribuisce a collocare l'intera indagine su una meditata posizione di dissonanza rispetto a molte, ma non tutte, delle opinioni correnti che, proprio muovendo dalla tesi della eccezionalità del potere di variazione delle mansioni, si sono sforzate di ridurre la portata delle modifiche intervenute nel 2015, interpretate con taglio critico perché avrebbero eccessivamente dilatato il potere del datore di lavoro fino al punto da investire lo stesso oggetto del contratto di lavoro, di cui si dubita addirittura che continui a rispondere ai criteri di determinatezza o determinabilità richiesti dalla disciplina ordinaria dei contratti.

Forte di queste premesse, lo studio prosegue chiarendo la natura dello *jus variandi* come potere giuridico e poi distinguendolo dal potere direttivo, in base al fatto che mentre quest'ultimo ha una natura contrattuale ed ha la funzione di specificare l'oggetto del contratto di lavoro, il primo richiede invece una specifica norma di legge ed ubbidisce, come è noto, ad una funzione diversa, quella cioè di modificare l'oggetto del contratto.

Ed è proprio in base alla direzione del mutamento dell'oggetto che l'Autrice distingue tra uno *jus variandi* ordinario ed uno *jus variandi* straordinario.

Il primo è destinato a disciplinare i mutamenti di mansioni all'interno del livello di inquadramento: vengono di conseguenza poste in evidenza le novità introdotte dalla modifica del 2015, prima fra tutte la natura normale, appunto, ordinaria, di questa forma di esercizio dello *jus variandi* che vale a sganciarla da ogni necessità che essa sia provvista di una sua giustificazione. La variazione delle mansioni all'interno del livello di inquadramento posseduto si caratterizza quindi come una vicenda fisiologica del rapporto di lavoro, che incontra per un verso i limiti che derivano, se ne derivano, dalla contrattazione collettiva, cui la legge – e l'Autrice non manca di sottolinearlo in più di una occasione – assegna una funzione del tutto diversa rispetto al passato. E, per un altro, sono imposti dal vincolo, che l'Autrice fa discendere dall'art. 1346 cod. civ., della possibilità dello svolgimento delle mansioni da parte del lavoratore. Di qui, appunto, l'onere di formazione che incombe o può incombere sul datore di lavoro, che, secondo l'Autrice, deve cooperare all'adempimento, ponendo il lavoratore in condizione di potere svolgere le nuove mansioni, alla cui esecuzione però il lavoratore è tenuto ove ne sia messo in condizione, tramite adeguata formazione. Ne emerge una nozione di professionalità eccentrica rispetto al passato, non più governata dalla nozione statica di equivalenza e soggetta al controllo giudiziale, bensì ormai regolata dalla contrattazione collettiva.

È questo uno spunto che l'Autrice riprenderà anche più avanti, discorrendo dello *jus variandi* straordinario, le cui implicazioni non sono ancora state ben

inquadrate dalla riflessione giuslavoristica (per non parlare della giurisprudenza), ancora volta con lo sguardo all'indietro alla vecchia nozione di professionalità delimitata dalla equivalenza delle mansioni, complice anche una contrattazione collettiva lenta nel recepire le novità introdotte dalla nuova disciplina di legge.

Lo *jus variandi* straordinario, invece, riguarda il potere del datore di lavoro di assegnare delle mansioni inferiori o superiori rispetto al livello di inquadramento.

Si tratta, come è noto, di temi, in particolare il primo, assai complessi e densi di implicazioni e connessioni anche con altre aree del diritto del lavoro, prima fra tutte quella del demansionamento, della prova dello stesso e del danno conseguente; ma anche degli spazi che sono riservati alla autonomia individuale, in particolare con riferimento alla facoltà delle parti di modificare consensualmente le mansioni, il livello di inquadramento e di categoria legale, e la retribuzione del lavoratore.

L'Autrice parla di una riforma, quella del 2015, che avrebbe "positivizzato" alcuni orientamenti giurisprudenziali favorevoli ad una lettura del vecchio art. 2103 cod. civ., se non *contra*, almeno *prater legem*: sul che si può consentire, se si ha riguardo a quegli orientamenti che ammettevano, sia pur a certe condizioni, la legittimità dell'assegnazione a mansioni inferiori come alternativa al licenziamento. Rimane da chiedersi quale sarebbe stata la risposta della giurisprudenza a fronte di sistemi di inquadramento, prima ed ancora oggi, non molto diffusi, che avessero rotto gli argini della equivalenza accorpando mansioni tra loro distribuite su livelli diversi.

Merita qui di essere segnalata la ricostruzione – inedita negli studi di diritto del lavoro – della dequalificazione come inadempimento ricondotto alla categoria dell'illecito permanente, lesivo della professionalità del lavoratore. E qui l'Autrice dimostra lucidamente come l'abbandono della sovrapposizione tra il limite della equivalenza e la tutela della professionalità, che per anni ha rappresentato un dogma intangibile ingabbiando sovente anche la stessa contrattazione collettiva, non significhi affatto che la professionalità del lavoratore sia ormai priva di tutela.

Affrontato anche il tema dello spostamento a mansioni superiori, l'Autrice dedica pagine molto interessanti alla contrattazione collettiva evidenziando le esperienze più significative al riguardo, in particolare nel settore chimico e metalmeccanico.

La monografia termina con alcune riflessioni finali, che non chiudono il discorso ma, in maniera apparentemente paradossale, lo riaprono, o meglio ne aprono un secondo, quello degli spazi che la tutela della professionalità ha nel nostro ordinamento. Interrogativo che oggi, una volta che si siano abbandonate le sponde solo falsamente tranquillizzanti della equivalenza, possiede una sua

autonomia, e la cui risposta richiede preliminarmente che si esamini il dato di diritto positivo, sempre che, beninteso, ci si voglia mantenere ancorati ad una prospettiva giuridica, che quindi interpreti e sistematizzi il dato positivo, non accontentandosi di interpretazioni più o meno costituzionalmente orientate o di argomentazioni basate solo su principi (naturalmente rinvenuti nella Costituzione).

Come accade solo con i migliori lavori, dunque, la monografia di Elena Gramano traccia percorsi e apre domande.

Ho aperto questa breve presentazione osservando come questo sia un libro scritto come una volta; il che è senz'altro vero, ma coglie solo una parte di verità.

L'approccio infatti è quello di una volta; ma il contenuto ed il taglio sono molto moderni.

Elena Gramano si sforza, ed è impresa coronata da successo, di fornire una lettura ed una sistemazione delle novità introdotte dalla riforma del 2015 non avviluppate nei lacci di un passato che non passa mai (e che anzi è sovente rimpianto), ma adeguate ad una realtà, innanzitutto organizzativa, che è profondamente mutata.

Il risultato è un'opera equilibrata e non pregiudizialmente chiusa alle novità introdotte dalla recente riforma, ma al tempo stesso sensibile ai profili di tutela delle persone che lavorano, da cui emerge un diritto del lavoro che molto opportunamente riallaccia i legami da molto, troppo tempo, interrotti con il diritto privato, alla cui luce sono esaminati i molti problemi che si annodano attorno ad un istituto fondamentale del diritto del lavoro.

È nel riannodare antichi legami, oltre che nell'equilibrio e nella modernità e, si potrebbe dire, nella laicità delle soluzioni interpretative proposte, che vanno rinvenuti i pregi, tra i tanti, forse i più preziosi, della monografia di Elena Gramano.

La disciplina dello jus variandi nel contratto di lavoro subordinato alla prova delle trasformazioni organizzative dell'impresa: le ragioni di una ricerca

La presente ricerca ha ad oggetto la disciplina dello *jus variandi*, inteso come il potere del datore di lavoro di mutare le mansioni cui il lavoratore è adibito. In particolare, essa tratta dello *jus variandi* nel contratto di lavoro subordinato tra privati¹.

La disciplina legale dello *jus variandi* è da sempre contenuta nell'art. 2103 cod. civ., il quale ha subito nel tempo profonde modifiche, da ultimo con la riforma ad opera dell'art. 3, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81. La formulazione precedente la riforma del 2015 risaliva allo Statuto dei lavoratori (art. 13, l. 20 maggio 1970, n. 300) e prevedeva che il prestatore di lavoro dovesse

¹ Lo *jus variandi* nel pubblico impiego non è oggetto di indagine nel presente lavoro di ricerca. Con riferimento al reclutamento, alle mansioni e alla mobilità interna del personale, sia essa verticale o orizzontale, il pubblico impiego presenta una sua specialità e risponde a regole e logiche proprie che meritano una trattazione separata. È, tuttavia, importante notare fin d'ora che il modello adottato nel pubblico impiego privatizzato ha in parte ispirato l'ultima riforma della disciplina delle mansioni nel settore privato, la quale sembra porsi in linea di continuità con la disciplina delle mansioni nell'impiego pubblico, nel cui ambito, a mente dell'art. 52, comma 1, d. lgs. 30 marzo 2001, n. 165, il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni «per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento». Per un commento all'art. 52 citato, Tricomi, 2019, 403; Pisani, 2020, 3457. Sulla contaminazione reciproca tra pubblico e privato nella materia delle mansioni, v. Tampieri, 2018, 20; da ultimo Fenoglio, 2024, 155.

Senza pretesa di esaustività, per alcuni riferimenti bibliografici sul tema v.: Liebman, 1999a, 635; Fiorillo, 1999, 1389; Id., 2020, 201; Esposito, 2007, *passim*; Id., 2010, 167; Id., 2014, 331; Id., 2020, 83; Perrino, 2010, 2376; Ferrante, 2011, 1328; Pisani, 2012a, 831; Id., 2009b, 49; Vendramin, 2009, 997; Mezzacapo, 2014, 2581; Amendola, 2015, 498; Gargiulo, 2015a, 620; Id., 2016, 169; Bini, 2015, 1243-1244; Nicosia, 2018, 19; Preteroti, 2023, 259; Pinto, 2023, 337; Bellè, 2024, 1. Più in generale, v. anche: A. Zoppoli, 2002, *passim*; Id., 2020, 148; Rusciano, 2008, 59; Boscati, 2009, 13; Bellavista, 2010, 87; M. Barbieri, 2018, 92. V. anche capitolo II, paragrafo 8, spec. note 167, 168, 169, 170.

essere adibito alle mansioni per le quali era stato assunto, oppure a mansioni equivalenti a quelle da ultimo effettivamente svolte, senza che ciò potesse comportare alcuna diminuzione della retribuzione.

In questa versione, l'art. 2103 cod. civ. è sopravvissuto nell'ordinamento per quarantacinque anni, attraversando intatto decenni di grandi trasformazioni organizzative, tecnologiche e – prima ancora – sociali, economiche e di cultura del lavoro. Esso è stato oggetto di accesi dibattiti, ma soprattutto di profondi stravolgimenti interpretativi che hanno rimodulato la portata sostanziale della norma, sovente allontanandola dalla sua stessa letteralità come codificata dal legislatore.

È opinione condivisa che, nel formulare la disciplina dello *jus variandi*, il legislatore dello Statuto avesse in mente un modello di impresa caratterizzato da un'articolazione organizzativa del lavoro di tipo taylor-fordista²: un'impresa rigidamente suddivisa in livelli gerarchici, all'interno dei quali era possibile individuare con chirurgica precisione ruoli e posizioni, ciascuno caratterizzato da specifiche e predeterminate professionalità, stabili nel tempo, nella tendenziale immutabilità della stessa organizzazione produttiva³.

Questo modello è stato superato e messo in crisi almeno a partire dagli anni Ottanta del secolo scorso, a causa dei profondi mutamenti fisionomici delle imprese e dei mercati, che si sono progressivamente convertiti verso sistemi di produzione – almeno nelle intenzioni – flessibili, snelli, rapidamente adattabili alle variabili esigenze produttive e commerciali, soggette a cambiamenti repentini e non programmabili⁴. Queste trasformazioni hanno inesorabilmente inciso anche sull'organizzazione del lavoro all'interno dell'impresa⁵. Tale organizzazione si è sempre più di frequente assestata secondo logiche di aggregazione delle mansioni e delle funzioni in gruppi di lavoro, *teams* di lavoratori aventi competenze diverse, chiamati a cooperare

² Liso, 1987, 56: «l'art. 13 dello Statuto è stato concepito avendo ancora a riferimento, come modello tipico, l'azienda caratterizzata dalla tendenziale stabilità degli assetti organizzativi e quindi dalla tendenziale stabilità della divisione del lavoro»; v. anche Treu, 1972, 1039; Romagnoli, 1979a, 263; Santucci, 1997, 131; Carabelli, 2004, 60; Sartori, 2007, 654; Bausardo, 2009, 178. Secondo Gargiulo, 2008, 29, il modello taylor-fordista costituiva «il sostrato ideal-tipico dell'art. 2103 c.c.», nella formulazione dello Statuto. Diversa l'opinione di Voza, 2020, 74, secondo il quale «nulla hanno di specificamente fordista i valori a cui si ispira il Titolo I dello Statuto».

³ Lettieri, 2019, 639.

⁴ L. Zoppoli, 1994, 15; Scarpelli, 1994, 43; Ichino, 2005, 496.

⁵ In materia di organizzazione, si vedano gli studi di Ceri, 1988, *passim*; Carra, Pugliese, 1991, 663; Butera, 1992b, *passim*; Regalia, 1993, 515; Accornero, 1994, *passim*; Rifkin, 1995, 95; Magnani, 2004, 167; Cazzetta, 2018, 433.

e lavorare per progetti o per macro-funzioni⁶. A ciò si è aggiunto, anche grazie allo sviluppo di nuove tecnologie, l'affievolirsi dei confini tra la progettazione e l'esecuzione del lavoro, e tra lavoro manuale e lavoro intellettuale o creativo⁷.

Tutto ciò ha incoraggiato a più riprese un nuovo approccio, interpretativo ed applicativo, alla disciplina dello *jus variandi* e, più in generale, al tema del rilievo giuridico della professionalità nel contratto di lavoro. E infatti, senza addentrarci in questa sede nel difficile tema delle conseguenze della rivoluzione tecnologica (anzi, delle rivoluzioni tecnologiche) sulla disciplina del lavoro nel suo complesso⁸, è certo che essa ha profondamente influito sul «profilo della gestione delle modalità di prestazione (c.d. *flessibilità interna o funzionale*)»⁹. Può, anzi, dirsi costante la spinta alla flessibilità interna nel rapporto di lavoro, al fine di «conformare al mercato» l'organizzazione del lavoro¹⁰.

Questa spinta alla flessibilità ha incoraggiato, soprattutto nella dottrina, un approccio interpretativo alla disciplina delle mansioni aperto alla tutela della professionalità del lavoratore, intesa nella sua dimensione potenziale o dinamica (concetto su cui si avrà modo di soffermarsi), e a meccanismi di mobilità interna del lavoratore nell'organizzazione datoriale governati dalla contrattazione collettiva. Un approccio dinamico al tema delle mansioni che peraltro, anche nel vigore della disciplina dello Statuto, non avrebbe necessariamente minato le esigenze fondamentali di tutela del lavoratore.

E, infatti, nel corso dei quarantacinque anni in cui l'art. 13 St. lav. è rimasto in vigore, il criterio dell'equivalenza ha per un certo tempo dato buona prova di sé¹¹, in un arco temporale interessato da profondissime trasformazioni del

⁶ Butera, 1981, 3; Seghezzi, 2016, 159; Id., 2017, *passim*; Caruso, 2018, 83-87; Tavaglini, 2018, 148-151.

⁷ Salento, 2019, 131; Feltrin, Pero, 2021, 424. In tema, si veda anche Brolo, 2019b, 468, anche per ulteriori riferimenti bibliografici (in particolare 469, nota 1, e 471, nota 12) e Ferluga, 2022, 535-536, anche per ulteriori riferimenti bibliografici (in particolare note 6, 8 e 11).

⁸ F. Carinci, 1985, 205; Perone, 1985, 261; Vardaro, 1986, 75; Liso, 1987, 58; Pisani, 1988, 293; Accornero, 1997, *passim*; Razzolini, 2014, 974; Tullini, 2017, 3; Seghezzi, 2017, *passim*; Caruso, 2018, 81; Maio, 2018, 1414; Corazza, 2018, 1066; Dagnino, 2019, *passim*; Ferluga, 2022, 535-536; Pinto, 2023, 326-327.

⁹ Brolo, 1997, 43.

¹⁰ Bettini, 1997, 2; M. Barbera, 2010, 205.

¹¹ Questa la tesi fondamentale di Gargiulo, 2008, 90. Più di recente, Id., 2020, 389: «il valore, implicito nel testo della norma del '70 – l'equivalenza presuppone proprio una comparazione valoriale – permetteva di registrare non soltanto gli scostamenti quantitativi, ma anche i mutamenti qualitativi della prestazione di lavoro, garantendo alla disposizione una significativa capacità mimetica in grado di assorbire concetti di professionalità dinamica, idonei a contemperare le esigenze di tutela (della dignità) del lavoratore con le iniziative datoriali di mobilità professionale»; questa tesi è condivisa anche da: Zoli, 2014, 733; Lazzari, 2017, 667.

lavoro e della sua disciplina¹². L'adozione di una siffatta clausola generale ha consentito alla normativa, per un tempo non trascurabile, non solo di accompagnare i mutamenti organizzativi dei sistemi produttivi, ma anche di garantire una efficace tutela del prestatore di lavoro di fronte a tali mutamenti¹³. Essa avrebbe, forse, potuto continuare ad adattarsi e a sostenere le trasformazioni organizzative, se solo non se ne fosse voluta dare un'interpretazione rigida, "statica", che l'ha resa precocemente obsoleta, quindi bisognosa di un profondo ripensamento. Per giustificare questa affermazione daremo conto di quella linea interpretativa – dominante seppure non incontrastata nella giurisprudenza – che ha costretto l'equivalenza al ruolo di custode di un bene giuridico, quello della professionalità acquisita, ritenuto intangibile e immutabile. Ciò secondo una lettura estranea a qualsiasi apertura verso l'acquisizione di nuove competenze da parte del lavoratore e fondata su una visione statica e del tutto anacronistica dell'organizzazione del lavoro, quasi che quello della professionalità acquisita fosse un concetto naturale e indiscutibile¹⁴.

Tale interpretazione, ancorata alla tutela del "saper fare" del lavoratore, aveva irrigidito la disciplina al punto che l'unico temperamento possibile consisteva nella creazione, sempre in via interpretativa, di deroghe a una norma peraltro evidentemente inderogabile. Ed è proprio su questa strada che si è dapprima ammessa la legittimità del c.d. patto di demansionamento con finalità di salvaguardia occupazionale e che, successivamente e in misura limitata, si è riconosciuta la legittimità delle clausole di fungibilità tra mansioni non equivalenti, create dalla contrattazione collettiva¹⁵.

Prendendo in considerazione il contesto normativo anteriore alla riforma del 2015, se ne percepiva la distanza dalle "nuove" esigenze organizzative delle imprese, ma anche dalle aspettative di crescita professionale e personale dei lavoratori. E ciò non già a causa del costruito legale (il quale, come meglio diremo, si limitava a prevedere un limite aperto, quello dell'equivalenza, suscettibile di diverse interpretazioni, che ben avrebbero potuto contemperare le esigenze di tutela del lavoratore con quelle della flessibilità dell'impresa), bensì per il modo in cui esso è stato tradizionalmente applicato.

In questo contesto, è stato il legislatore ad intervenire sull'art. 2103 cod. civ., modificando radicalmente la disciplina dello *jus variandi* e delle mansioni. Si è così preso atto di quel monito dottrinale, risalente nel tempo ma

¹² Butera, 1992b.

¹³ Gargiulo, 2008, 90; Campanella, 2015, 89.

¹⁴ Secondo Liso, 1982, 10, la disciplina statutaria risultava «*ispirata da una visione sostanzialmente statica e tradizionale dei meccanismi di tutela del lavoratore singolo nei confronti del potere imprenditoriale*».

¹⁵ Il tema è oggetto di approfondimento nel capitolo II.

di persistente attualità, secondo cui la flessibilità interna «*costituisce un riflesso inevitabile della struttura dinamica [della] organizzazione che deve continuamente rispondere alle sollecitazioni che vengono dal mercato (...), dalla innovazione tecnologica, dall'ambiente esterno, dalla pressione sindacale e da altri elementi, tra i quali il più importante è connesso al fatto che l'organizzazione produttiva ha in genere una predominante componente umana*»¹⁶.

Con l'art. 1, comma 7, lett. e, l. 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *Jobs Act*)¹⁷, il Parlamento ha delegato al Governo una revisione della disciplina delle mansioni¹⁸. A tale delega il Governo ha dato attuazione con l'art. 3, d. lgs. 81/2015, che ha integralmente sostituito il testo dell'art. 2103 cod. civ.

A distanza di quasi dieci anni dalla riforma del *Jobs Act*, la nuova «*Disciplina delle mansioni*»¹⁹ ha iniziato a permeare il sistema, soprattutto grazie al ruolo della contrattazione collettiva che, pur in esperienze limitate ad alcuni settori, ha avviato un processo di rivisitazione non solo dello *jus variandi* nel suo complesso, ma più specificamente del significato assegnato alla professionalità e alla sua tutela nel rapporto di lavoro. E, infatti, pur essendo impossibile un'analisi puntuale e sistematica della contrattazione collettiva, si avrà modo di vedere che alcuni contratti – e, tra di essi, quelli di alcune categorie tra le più rilevanti sul piano nazionale – hanno saputo cogliere lo spazio ad essi concesso dall'art. 2103 cod. civ., offrendo all'intero sistema delle relazioni industriali un modello innovativo di inquadramento professionale e, per il suo tramite, di valorizzazione della professionalità nelle nuove forme organizzative dell'impresa.

Questo mutato scenario giustifica una rinnovata indagine scientifica, che dia evidenza della profonda trasformazione operata dalla riforma e, in particolare, dalla inedita centralità che il legislatore ha riconosciuto alla contrattazione collettiva in questa materia²⁰.

A tal fine, la presente ricerca si articolerà nel modo seguente. Dopo un sintetico inquadramento dell'istituto dello *jus variandi* alla luce della generale disciplina dei contratti, non senza un cenno al tema dello *jus variandi* di fonte negoziale, il capitolo I sarà dedicato ad alcune riflessioni sulla costruzione dogmatica dell'istituto nel contesto del contratto di lavoro tra privati e, in

¹⁶ Liso, 1982, 9.

¹⁷ Per un commento al complesso impianto della legge delega, v. F. Carinci, 2015b, 9; Pizzoferrato, 2015, 411.

¹⁸ Sulla legge delega in materia di mansioni, v.: De Angelis, 2015, 2; Broglio, 2015a, 35-36; Vallebona, 2016, 6. Per ulteriori riferimenti, v. successivo capitolo II, paragrafo 7.

¹⁹ Così è rubricato l'art. 3, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81. Il nuovo art. 2103 cod. civ. è, invece, rubricato «*Prestazione di lavoro*».

²⁰ Broglio, 2015a, 29: «*[d]al 25 giugno 2015 cambia il perno giuridico delle regole di organizzazione della forza lavoro nel settore privato*».

particolare, nell'ambito dei poteri datoriali e del loro fondamento. In quella sede, ci interrogheremo sul fondamento giuridico dello *jus variandi*. Come si dirà, le conclusioni cui si perverremo verranno radicate nell'ambito della costruzione dogmatica del rapporto di lavoro come fondato sul contratto.

I successivi capitoli saranno dedicati allo studio degli spazi di esercizio e dei limiti dello *jus variandi* datoriale, delle conseguenze dell'illegittimo esercizio di tale potere e delle tutele apprestate dall'ordinamento.

A tal fine, avvalendoci di una scelta lessicale già adottata da una parte della dottrina²¹, impiegheremo nella presente ricerca una tassonomia che dia atto delle diverse condizioni che legittimano l'esercizio dello *jus variandi*.

Definiremo *ordinario* lo *jus variandi* che si colloca entro i confini delle mansioni equivalenti, a mente dell'art. 13 St. lav., ovvero entro il limite dello stesso livello e categoria legale di inquadramento delle mansioni di assunzione o di quelle da ultimo effettivamente svolte, ai sensi dell'art. 2103, comma 1, cod. civ. nell'ultima formulazione. Lo studio dello *jus variandi* ordinario, nella disciplina statutaria e in quella del 2015, formerà oggetto del capitolo II.

Definiremo, invece, *straordinario* lo *jus variandi* che si muove anche verticalmente verso mansioni superiori o inferiori rispetto a quelle di assunzione o da ultimo svolte. Quella dell'adibizione a mansioni inferiori è una prerogativa che – priva di espresso riconoscimento normativo nella disciplina statutaria delle mansioni, ma pure prevista in altri luoghi dell'ordinamento con riferimento a diverse fattispecie – è oggi riconosciuta in via generale al datore di lavoro, subordinatamente alla sussistenza delle condizioni previste dall'art. 2103, commi 2 e 4, cod. civ. (rispettivamente, la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incide sulla posizione del prestatore, e le ulteriori ipotesi stabilite dal contratto collettivo). Dello *jus variandi* straordinario si tratterà diffusamente nel capitolo III, unitamente alla disciplina del patto di demansionamento.

Il capitolo IV sarà dedicato allo studio della disciplina dello *jus variandi* nella contrattazione collettiva e prenderà le mosse dall'analisi delle disposizioni con cui il legislatore ha direttamente o indirettamente affidato alle parti sociali la facoltà di regolare la materia delle mansioni e dello *jus variandi*, per giungere, poi, a una ricognizione delle esperienze più significative della contrattazione collettiva in materia. Tale ricognizione consentirà di verificare se, e in che modo, la contrattazione collettiva abbia, ad oggi, interpretato il ruolo affidatole dal legislatore, almeno in alcuni settori. Essa consentirà, altresì, di condurre una riflessione sul contratto collettivo di diritto comune nella regolazione dell'organizzazione del lavoro, a partire dalle mansioni, nel

²¹ Di mansioni esigibili «*in via ordinaria*» parla Liso, 2015, 7.

totale silenzio del legislatore circa i criteri che dovrebbero guidare le parti sociali nella costruzione dei livelli di inquadramento.

Come meglio avremo modo di vedere, infatti, in assenza di limiti imposti dalla legge, all'interno del medesimo inquadramento contrattuale – che oggi costituisce l'unico limite allo *jus variandi* ordinario – possono essere ricomprese mansioni anche radicalmente diverse tra loro, che astrattamente rappresentano sbocchi di differenti percorsi professionali e formativi. La nuova disciplina dello *jus variandi* impone all'interprete di interrogarsi sulla conciliabilità di questo possibile scenario con la rilevanza giuridica della professionalità del lavoratore. Proprio questo interrogativo costituisce la domanda di ricerca sottesa all'intero lavoro, la quale verrà affrontata in sede di conclusioni.

Invero, come meglio si vedrà, l'ultima formulazione dell'art. 2103 cod. civ. ha rivoluzionato la disciplina delle mansioni, eliminando un limite legale allo *jus variandi* – quello dell'equivalenza – che garantiva un collegamento, in termini professionali, tra le mansioni di assunzione, oggetto del contratto, e le nuove mansioni. Questo limite non esiste più: oggi il lavoratore può essere adibito a tutte le mansioni che il contratto collettivo riconduce al medesimo livello di inquadramento e la norma sembra non attribuire più alcuna rilevanza alla professionalità, alla natura delle mansioni svolte in precedenza, all'oggetto del contratto, alla volontà delle parti, e in particolare della parte obbligata.

È alla luce di questo quadro che affronteremo il nodo centrale della nuova disciplina e indagheremo il ruolo riconosciuto alla contrattazione collettiva nella regolamentazione dello *jus variandi* e, dunque, la tecnica e la misura della tutela della professionalità del lavoratore di fronte al potere del datore di lavoro nel nuovo contesto normativo: ciò che rappresenta lo scopo di questa ricerca e che sarà oggetto di analisi e riflessione nelle pagine che seguono.

1. Il fondamento dello *jus variandi* nel contratto di lavoro subordinato

1. Principio di irrettrattabilità dell'accordo e *jus variandi* nella disciplina generale dei contratti

L'indagine sullo *jus variandi* in ambito giuslavoristico non può prescindere dall'inquadramento civilistico della fattispecie, la quale assume, nel diritto privato generale, un'ampiezza maggiore rispetto a quella con cui essa viene evocata nel diritto del lavoro. Infatti, se in questo contesto lo *jus variandi* è il potere del datore di lavoro di mutare le mansioni cui il lavoratore è adibito, il medesimo sintagma è adoperato nel diritto privato per indicare il potere dei privati, avente fonte nella legge o nell'autonomia negoziale, di modificare il contenuto di un atto giuridico¹.

Un succinto esame dell'elaborazione dello *jus variandi* da parte della dottrina civilistica appare come un opportuno punto di partenza della presente ricerca, al fine di comprendere se le scelte del legislatore in materia di diritto del lavoro si collochino su una linea di continuità, ovvero in contrapposizione, rispetto alla conformazione che la fattispecie in esame ha assunto in altri luoghi dell'ordinamento giuridico e, segnatamente, nel diritto dei contratti. Infatti, se lo *jus variandi* non solleva particolare interesse teorico con riferimento agli atti unilaterali, esso è connotato, in ambito contrattuale, da

¹ Com'è noto, per contenuto del negozio s'intende, in senso formale, l'insieme delle dichiarazioni – anche di natura non dispositiva, come le c.d. dichiarazioni di scienza – che compongono il negozio stesso. Si parla di contenuto in senso sostanziale, invece, con riferimento all'insieme delle disposizioni propriamente contrattuali, poste in essere dalle parti per regolare i propri interessi.

Su tali concetti v. almeno Bianca, 2000, 315, secondo cui «*il contenuto concreta in definitiva l'atto di autonomia privata: esso è l'autoregolamento delle parti (lex contractus). Il contenuto del contratto deve quindi essere distinto rispetto alle determinazioni legali che concorrono a integrare il rapporto contrattuale*» (316). In senso sostanzialmente conforme, ma nell'ottica di un superamento della dicotomia contenuto/oggetto, v. ora Id., 2019, 285.

Sull'annosa questione del rapporto tra contenuto e oggetto del contratto v. Gabrielli, 2004, 327 e spec. 339; Id., 2012, 37; Alpa, 2014, 465; Sacco, 2016b, 939.

uno spiccato carattere di eccezionalità, essendo suscettibile di determinare, in via unilaterale, la modifica di un rapporto bilaterale o plurilaterale²: com'è stato osservato, «*l'idea che forme di modificazione unilaterale del contratto costituiscano uno strumento di arbitrio e prevaricazione può essere considerata, più che il risultato di un ragionamento, un dato di immediata percezione*»³.

Il paradigma normativo, di fronte al quale il potere di modificare unilateralmente il contenuto del contratto si colloca come eccezione alla regola, è costituito dalla perentoria formulazione dell'art. 1372, comma 1, cod. civ., a mente del quale «*[i]l contratto ha forza di legge tra le parti. Non può essere sciolto che per mutuo consenso o per cause ammesse dalla legge*». Tale disposizione – talvolta tacciata, in dottrina, di eccessiva enfasi⁴ – affonda le proprie radici nella tradizione giuridica francese e, nella sua portata sostanziale, sancisce un effetto immediato e imprescindibile (almeno sul piano dei principi) scaturente dall'accordo contrattuale, ossia la nascita di un vincolo che, in linea di principio, è *irretrattabile*. In tale contesto, parrebbe non esservi spazio per l'attribuzione a una sola delle parti del potere di incidere sull'assetto d'interessi individuato dai contraenti tutti al momento della stipulazione⁵, ciò che minaccerebbe un fondamentale dato fisionomico del fenomeno contrattuale e, precisamente, la base consensuale dell'accordo e l'intangibilità del vincolo.

Se, peraltro, si è da tempo riconosciuto come la formulazione normativa, attributiva di «forza di legge» al contratto, non possa essere intesa in senso

² In base alla tassonomia delle situazioni soggettive, lo *jus variandi* può certamente annoverarsi tra i diritti potestativi, essendo il tratto distintivo della figura costituito, da un lato, dal potere della parte di modificare il contratto e, dall'altro lato, dalla soggezione rispetto alla modificazione intervenuta: «*infatti, è evidente che, attraverso il suo esercizio, il titolare del potere ha la capacità di incidere sull'altrui sfera giuridica, modificando uno o più elementi contrattuali dai quali può discendere una variazione dello sforzo adempitivo proprio o della controparte (...) o più in generale delle modalità esecutive del rapporto*»: così Scarpello, 2010, 16.

³ Così Scarpello, 2010, 1.

⁴ V., tra molti, Betti, 1950, 242, il quale parla di «*enunciazione alquanto enfatica*»; per Ferrara, 1940, 248, si tratta invece di una «*formula pittoresca*», e di «*formula iperbolica*» per Grassetti, 1938, 62. Più di recente, Gazzoni, 2024, 785, parla di norma «*del tutto pleonastica e di sapore retorico*»; in senso conforme, Galgano, 2020, 447.

Contra, Carresi, 1987, 244; più di recente, Sirena, 2023, 3, secondo cui «*l'intonazione declamatoria e la vaghezza che si rimproverano spesso alla disposizione non sono affatto accidentali, ma servono all'individuazione del suo contenuto precettivo (...) costituito (...) da un principio generale, il quale, in virtù della sua connaturata eccedenza di significato, pone il fondamento di una pluralità di norme giuridiche*».

⁵ Sul carattere eccezionale delle norme attributive di uno *jus variandi* rispetto al principio di cui all'art. 1372, comma 1, cod. civ., si veda almeno De Nova, 1994, 24.

letterale⁶, solo di recente lo *jus variandi* è stato indagato *ex professo* in chiave sistematica, essendo prevalso storicamente un approccio settoriale al tema⁷.

In particolare, è stato studiato, nel suo complesso, il variegato panorama di fattispecie *normative* in cui è attribuito, a una delle parti, il potere di modifica unilaterale del contratto. Di tali fattispecie, parte della dottrina ha proposto una tripartizione, a seconda che il legislatore abbia attribuito uno *jus variandi* ad ampio carattere discrezionale, nel senso che «*il potere di modifica unilaterale (...) può essere esercitato dal titolare senza la necessità di verificare la ricorrenza di determinate circostanze o senza che lo stesso sia chiamato a “giustificare” l’esercizio del diritto potestativo*»⁸; ovvero uno *jus variandi* a carattere discrezionale attenuato, in relazione al quale la legge richiede che il titolare ne giustifichi l’esercizio o che esso venga esercitato soltanto entro specifici limiti, sostanziali o procedurali⁹; ovvero ancora uno *jus variandi* «*subordinato all’accertamento di una serie di accadimenti, verificatisi durante lo svolgimento del rapporto, che condizionano lo stesso esercizio del potere*»¹⁰.

In questo quadro, la particolare ipotesi di attribuzione legislativa dello *jus variandi* al datore di lavoro è stata ricondotta – assieme, tra l’altro, allo *jus variandi* del committente *ex art. 1661, comma 1, cod. civ.*, a quello del mittente *ex art. 1685, comma 1, cod. civ.* e a quello del mandatario *ex art. 1711, comma 2, cod. civ.* – alla prima categoria anzidetta, trattandosi di una fattispecie in cui «*l’an del potere di modifica presenta un significativo grado di discrezionalità*»¹¹, pur essendo «*i singoli atti di esercizio del potere (...) sottoposti ad un attento controllo giudiziale*»¹². Oggi, a seguito della riforma dell’art. 2103 *cod. civ.*, introdotta ad opera dell’art. 3, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, questa categorizzazione potrebbe dirsi ancora riferibile alla sola fattispecie disciplinata dal primo comma dell’art. 2103 *cod. civ.*, che riconosce il potere del datore di lavoro di adibire il lavoratore alle mansioni riconducibili al medesimo livello

⁶ Già Osti, 1959, 524, invitava a considerare la formula *cum grano salis*. Per una rilettura critica del dogma del consenso attraverso la storia del pensiero giuridico e filosofico, v. Dalla Massara, 2021, *passim*.

⁷ Si vedano, Gaggero, 1999, *passim*; Gambini, 2000, *passim*; Barengi, 2005, *passim*; Iorio, 2008, *passim*; Scarpello, 2010, *passim*; da ultimo, Pisu, 2017, *passim*; Cerri, 2020, *passim*.

⁸ Iorio, 2008, 45. Un esempio è individuato nello *jus variandi* del committente *ex art. 1661, comma 1, cod. civ.*

⁹ È il caso dello *jus variandi* nei contratti bancari: si veda, ad esempio, l’art. 118, d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385, su cui v. Cerri, 2020, 78.

¹⁰ Iorio, 2008, 46. È questo il caso, ad esempio, del potere unilaterale del conduttore di cui all’art. 1557 *cod. civ.*

¹¹ Iorio, 2008, 56.

¹² Iorio, 2008, 63.

di inquadramento e categoria legale di quelle di assunzione o da ultimo svolte. Non, invece, al potere di adibire il lavoratore a mansioni riconducibili a un livello inferiore o superiore, disciplinato dai commi successivi e subordinato alla sussistenza di precise condizioni dettate dalla legge e dalla contrattazione collettiva, in ragione delle quali queste fattispecie potrebbero essere ricondotte alla seconda delle categorie formulate dalla citata dottrina, quella dello *jus variandi* a carattere discrezionale attenuato.

Più in generale, tornando al diritto dei contratti, lo *jus variandi* legislativo è stato visto, in chiave storica, come una tappa del percorso che ha condotto al tramonto del contratto concepito come espressione dell'eguale potere delle parti, approdando a una ricostruzione che vede nel fenomeno contrattuale il risultato di forze anche diseguali che incidono, talvolta in via esclusiva, sulla formazione del negozio. Un percorso, questo, che si è svolto anche attraverso l'impiego delle condizioni generali di contratto e le prassi commerciali di determinazione unilaterale del prezzo, passando attraverso la negoziazione delle cc.dd. *hardship clauses*¹³. Un percorso, dunque, che riguarda tanto lo *jus variandi* di fonte normativa quanto quello di fonte negoziale, sul quale si è prevalentemente appuntata l'attenzione degli studiosi.

2. (Segue.) *Lo jus variandi di fonte negoziale e la funzione dell'istituto. Il contributo del diritto del lavoro all'attenuazione del principio di irrettrabilità dell'accordo.*

Una volta rilevata, da parte della dottrina, la necessità di coordinare la regola di cui all'art. 1372, comma 1, cod. civ. con il principio dell'autonomia contrattuale, è stata affermata «*la libertà delle parti di convenire l'attribuzione ad uno (o ad entrambi) i partners del potere di modificare unilateralmente (...) il rapporto contrattuale*»¹⁴. All'analisi delle fattispecie normative di attribuzione dello *jus variandi* in ambito negoziale si è così affiancata l'indagine circa lo *jus variandi* di fonte negoziale, tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto il profilo effettuale¹⁵.

Dal primo punto di vista, è stata indagata la causa del patto attributivo del potere modificativo, nonché la meritevolezza ex art. 1322, comma 2, cod.

¹³ Scarpello, 2010, 1.

¹⁴ Scarpello, 2010, 4.

¹⁵ Come è stato sottolineato, solo nell'ipotesi di *jus variandi* legale si è di fronte a una deroga al principio di irrettrabilità del contratto; nel caso, invece, in cui siano le stesse parti ad attribuirsi uno *jus variandi*, vi è semplice esercizio di autonomia contrattuale. In tal senso Cerri, 2020, 18; Sirena, 2023, 6.

civ. dell'interesse ad esso sotteso. Si è in proposito osservato che «*le clausole che attribuiscono il diritto di modificare unilateralmente il contenuto del contratto debbono farsi rientrare nella categoria delle tecniche convenzionali di adeguamento del contratto, cui le parti ricorrono allo scopo di rendere il contratto flessibile*»¹⁶; finalità, questa, rispondente a interessi – tra cui, anzitutto, la riduzione dei costi transattivi nella gestione delle sopravvenienze contrattuali – meritevoli di tutela¹⁷.

Dal punto di vista effettuale, la clausola attributiva dello *jus variandi* è stata ricondotta alle vicende modificative del rapporto – ricomprese nella stessa definizione normativa del contratto di cui all'art. 1321 cod. civ., il quale ne contempla la funzione di «*regolare (...) un rapporto giuridico patrimoniale*»¹⁸ –, le quali si collocano in posizione intermedia tra la vicenda costitutiva e quella estintiva, distinguendosi dalla prima in quanto *presuppongono* l'esistenza del rapporto e dalla seconda poiché mirano alla *conservazione* del rapporto stesso¹⁹.

Quanto alle tradizionali obiezioni teoriche allo *jus variandi*, fondate essenzialmente sul dogma dell'irretrattabilità del contratto, da un lato è stato definitivamente riconosciuto come a fondamento del potere di modificazione unilaterale del contratto vi sia pur sempre un *accordo*, cosicché il principio della bilateralità deve ritenersi rispettato. Dall'altro lato, si è constatato come al riconoscimento della legittimità dello *jus variandi* pattizio non potrebbe opporsi, argomentando *a contrario* dall'art. 1349 cod. civ., che la determinazione del contenuto contrattuale successiva alla conclusione del negozio sarebbe ammissibile solo se operata da un terzo, e non se proveniente da una delle parti²⁰. Infatti, dall'espresso riconoscimento normativo dell'arbitraggio (operato proprio dall'art. 1349 cod. civ.) non può pervenirsi alla negazione

¹⁶ Fici, 2002, 389 e spec. 402, da dove è tratto il brano citato nel testo.

¹⁷ Fici, 2002, 403.

¹⁸ Secondo P. Rescigno, 1988, 5, l'aspetto del «*regolare*» è riferito alle modalità di esecuzione e di svolgimento del rapporto.

¹⁹ Nella teoria generale del contratto, si distingue tra negozi c.d. di primo grado, costitutivi di un rapporto giuridico patrimoniale, e negozi c.d. di secondo grado, non attuativi di un'attribuzione patrimoniale: a quest'ultima categoria debbono ricondursi i negozi diretti a regolare in vario modo precedenti negozi conclusi tra le stesse parti, modificando la situazione giuridica preesistente. Per tutti Betti, 1950, 244.

²⁰ Così Fici, 2002, 398. L'Autore fuga anche l'obiezione fondata su un'asserita differenza concettuale tra determinazione successiva di un elemento mancante *ab origine* – si pensi al caso dell'arbitraggio, di cui all'art. 1349 cod. civ. – e modificazione del contenuto di un contratto già completo: infatti, «*anche il contratto munito di clausola di rinegoziazione, anche unilaterale, è da considerarsi strutturalmente incompleto, per quanto tale incompletezza si manifesti successivamente (ed eventualmente) al verificarsi dei presupposti della rinegoziazione*» (397).

dell'ammissibilità di ulteriori ipotesi convenzionali di rideterminazione successiva del contenuto contrattuale, anche ad opera delle parti²¹.

In definitiva, l'attribuzione di poteri unilaterali di modifica del regolamento è stata ritenuta conforme alla nozione di autonomia contrattuale (art. 1322 cod. civ.) e, conseguentemente, da una dottrina è venuto l'invito ad assumere «un atteggiamento più aperto a considerare il rapporto contrattuale come suscettibile di subire modificazioni di varia natura e fonte, non necessariamente consensuale»²². Il riconoscimento dello *jus variandi* di fonte negoziale è stato rafforzato dal riconoscimento sempre più frequente e generalizzato di tale fattispecie da parte dello stesso legislatore, il quale ha espressamente riconosciuto la legittimità di clausole contrattuali attributive del potere di modificare unilateralmente il contratto.

Basti pensare alla disciplina dei contratti del consumatore di cui al d. lgs. 6 settembre 2005, n. 206, che all'art. 33, comma 2, tra le clausole colpite da una presunzione *iuris tantum* di vessatorietà, ricomprende quelle «che hanno per oggetto, o per effetto, di (...) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso» (lett. m). Letta a contrario, questa disposizione legittima, in via generale, lo *jus variandi* del professionista, con l'unico limite della sussistenza di un «giustificato motivo» ad evitare che la discrezionalità dello stesso si tramuti in arbitrio²³. Proprio questa normativa ha condotto la dottrina alla condivisibile presa d'atto che lo *jus variandi* pattizio è riconosciuto e regolato dal legislatore come istituto di carattere generale, privo di confini tipologici, posto che «la disciplina (...) dei contratti dei consumatori non limita la sua portata applicativa a singoli tipi contrattuali, involgendo – più in generale – ogni rapporto contrattuale che veda come protagonisti il professionista ed il consumatore»²⁴.

Un altro esempio è costituito dall'art. 118, d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (c.d. testo unico bancario), in tema di «Modifica unilaterale delle

²¹ In tal senso Dalbosco, 1987, 321. V. inoltre Bianca, 2000, 308, il quale scorge nell'art. 1285 cod. civ. – norma che riconosce «una parziale determinazione del rapporto da parte del titolare interessato» – l'«espressione di un più ampio principio, formulabile nel senso che la determinazione successiva del contratto può essere rimessa ad uno dei contraenti nei limiti in cui non si presti ad alterare la posizione dell'altro».

²² Schlesinger, 1992, 18 e spec. 23, da dove è tratto il brano citato nel testo.

²³ Si veda pure la successiva lett. o, che estende la presunzione di vessatorietà alle clausole che consentono al professionista di «aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto».

²⁴ Iorio, 2008, 10, dove è fatto ampio riferimento anche ai Principi Unidroit, ove pure è riconosciuta cittadinanza allo *jus variandi* in ambito contrattuale. In tema, v. anche Pisu, 2017, 176.

condizioni contrattuali». A mente di questa disposizione, «*[n]ei contratti a tempo indeterminato può essere convenuta, con clausola approvata specificamente dal cliente, la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni previste dal contratto qualora sussista un giustificato motivo. Negli altri contratti di durata la facoltà di modifica unilaterale può essere convenuta esclusivamente per le clausole non aventi ad oggetto i tassi di interesse, sempre che sussista un giustificato motivo*» (comma 1). Anche in tal caso si è di fronte a un riconoscimento dello *jus variandi* pattizio quale istituto di carattere generale, non limitato a uno specifico tipo contrattuale.

Queste ed altre epifanie normative della clausola in esame hanno condotto a ritenere che il legislatore moderno non concepisca lo *jus variandi* come un'eccezione al dogma dell'irretrattabilità del contratto²⁵, bensì alla stregua di «*un fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo*»²⁶. Un fenomeno, anzi, funzionale alla preservazione della stabilità dei rapporti contrattuali di durata, la cui esecuzione è naturalmente destinata ad avvenire entro contesti e scenari fattuali diversi da quelli in cui il contratto ha visto la luce. In tal senso, il potere unilaterale di modifica risponde all'interesse delle parti alla *conservazione del contratto*²⁷, realizzando un'esigenza massimamente avvertita nel mondo economico attuale, in cui i contesti si modificano e si succedono secondo dinamiche accelerate e imprevedibili²⁸.

²⁵ Per un'ampia e approfondita disamina delle singole epifanie normative del fenomeno v. Cerri, 2020, 47.

²⁶ Così Schlesinger, 1992, 23. Più di recente, Sirena, 2023, 4, secondo cui «*[o]ccorre (...) evitare che la "forza di legge" del contratto sia intesa in senso ideologico, superando così i dati del diritto positivo. In particolare, se il principio posto dal legislatore si riconduce alla vincolatività del contratto per le parti che lo hanno stipulato, risulta evidente che, contrariamente a un suo ricorrente impiego argomentativo, esso non può essere invocato per "difendere" l'accordo negoziale da interventi del legislatore ovvero del giudice che incidano sul suo contenuto*». Anche Romei, 2018, 245, osserva che «*allargando lo sguardo all'ordinamento dei contratti civili, nel cui solco quello di lavoro pur sempre si inserisce, è difficile negare come le ipotesi, in via legale o pattizia, di attribuzione ad una delle parti del potere di introdurre delle modificazioni all'oggetto o al regolamento contrattuale, si siano nel tempo moltiplicate*». Per altro verso, l'istituto in esame è emblematico di quella che è stata definita «*la ridotta forza economica del contratto e (...) la sua minore valenza "euristica"*» (Scarpello, 2010, 9), contribuendo a tramutare l'atto negoziale, da luogo di composizione dei conflitti, in un centro d'interessi «*assunti nella loro materiale effettualità (...) e passivo riflesso dei rapporti di forze*» (così Lipari, 1998, 63).

²⁷ Sul principio di conservazione v. Grassetti, 1961, 173; Stella Richter, 1967, 411; Franceschelli, 1975, 229; più di recente, Calvo, 2021, 148.

²⁸ In prospettiva sociologica, si veda l'analisi di Bauman, 2002, 18, secondo il quale ciò che differenzia la modernità da ogni forma storica di organizzazione umana è la «*compulsiva e ossessiva, continua, irrefrenabile, sempre incompleta modernizzazione, incontenibile e inestinguibile sete di distruzione creativa*».

Con specifico riferimento al contratto di lavoro, in conclusione di questo sintetico *excursus*, può osservarsi anzitutto che lo *jus variandi* di fonte negoziale trova un limite insormontabile nella disposizione che chiude l'art. 2103 cod. civ., secondo la quale ogni patto contrario alla disciplina di legge è nullo; disposizione già prevista dalla disciplina statutaria e confermata dall'art. 3, d. lgs. 81/2015, che pure ha individuato talune eccezioni. Tale disposizione esclude in radice la facoltà delle parti di convenire l'attribuzione a uno dei contraenti del potere di modificare il contenuto del contratto di lavoro, limitandosi la legge (solo dal 2015) a riconoscere la legittimità di specifici accordi, successivi all'instaurazione del rapporto di lavoro, ai quali si impongono vincoli di carattere sostanziale e formale, e che, in ogni caso, non possono mai avere ad oggetto un generale riconoscimento del potere unilaterale di variare le condizioni del contratto, che vada al di là dei limiti sanciti dall'art. 2103 cod. civ., il cui carattere di inderogabilità resta pertanto confermato²⁹.

Invece, quanto allo *jus variandi* di fonte legale, già con l'art. 13 St. lav. (l. 20 maggio 1970, n. 300) e, oggi, con l'art. 3, d. lgs. 81/2015, che hanno modificato l'art. 2103 cod. civ. rispettivamente nel 1970 e nel 2015, il legislatore ha inteso riconoscere al datore di lavoro un potere di modifica dell'oggetto del contratto bensì limitato – all'equivalenza delle nuove mansioni del lavoratore rispetto a quelle precedenti o alla riconducibilità delle stesse al medesimo livello e categoria legale di inquadramento –, ma *libero*: entro quel limite, infatti, il datore di lavoro non è soggetto ad alcun controllo di merito circa la ragioni dell'esercizio, da parte sua, dello *jus variandi*. E ciò è tanto vero che, come si avrà modo di dire nel corso della trattazione, parte della dottrina ha ritenuto addirittura che questo potere datoriale non sia neppure qualificabile in modo autonomo, ma formi parte integrante, e dunque espressione, del potere direttivo del datore di lavoro.

Alla luce di ciò, si può affermare che anche il legislatore giuslavorista ha contribuito a determinare il passaggio da un ordinamento fondato sul dogma dell'irretrattabilità dell'accordo e sulla conseguente immutabilità del contenuto contrattuale, a un ordinamento in cui la «forza di legge» del contratto non è più intesa in senso ideologico: un ordinamento maggiormente proteso a tutelare la stabilità e la conservazione dei rapporti contrattuali di durata, che non a garantire la conservazione degli assetti di interessi storicamente esistenti nel momento genetico del contratto³⁰.

²⁹ V. successivo capitolo III, paragrafi 2 e 3.

³⁰ Loi, 2016, 212, riconosce nel contratto di lavoro un «tipico contratto relazionale (...) che richiede un certo livello di cooperazione da parte di entrambi i contraenti, e uno dei tratti caratteristici è spesso la flessibilità e la capacità di adattamento alle circostanze».