

Elena Gramano

*Jus variandi:*  
fondamento, disciplina  
e tutela collettiva  
della professionalità

**Diritto  
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,  
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

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](http://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

prefazione di  
**Roberto Romei**

**Diritto  
del Lavoro**

NEI SISTEMI GIURIDICI NAZIONALI,  
INTEGRATI E TRANSNAZIONALI

**FRANCOANGELI**

Copyright © 2022 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](http://www.francoangeli.it).*

# Indice

<b>Prefazione di Roberto Romei</b>	pag. 11
<b>Premessa – Lo <i>jus variandi</i> alla prova delle trasformazioni organizzative</b>	» 15
<b>1. Lo <i>jus variandi</i> tra diritto comune e disciplina del contratto di lavoro subordinato</b>	» 21
1. Principio di irretrattabilità dell'accordo e <i>jus variandi</i> nella disciplina generale dei contratti	» 21
2. ( <i>Segue.</i> ) Lo <i>jus variandi</i> di fonte negoziale e la funzione dell'istituto. Il contributo del diritto del lavoro all'attuazione del principio di irretrattabilità dell'accordo. Introduzione alla trattazione di alcune questioni teoriche	» 24
3. ( <i>Segue.</i> ) La disciplina originaria dell'art. 2103 cod. civ.: la codificazione dello <i>jus variandi</i> del datore di lavoro	» 30
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> del datore di lavoro nell'ordinamento e l'inedito riconoscimento del diritto alle mansioni. Una disposizione di legge a fondamento di differenti posizioni giuridiche soggettive	» 37
6. ( <i>Segue.</i> ) La distinzione tra <i>jus variandi</i> e potere direttivo: fondamento del potere di modifica delle mansioni e natura contrattuale del rapporto di lavoro. Una proposta di tassonomia: <i>jus variandi</i> ordinario e straordinario	» 44

2. <b>Lo <i>jus variandi</i> ordinario</b>	» 55
1. L'organizzazione del lavoro tra legge e contrattazione collettiva. Una premessa terminologica	» 55
2. Contratto di lavoro e principio di contrattualità delle mansioni di assunzione	» 61
3. Le funzioni dei livelli di inquadramento del contratto collettivo nell'organizzazione del lavoro	» 65
4. La disciplina dello <i>jus variandi</i> nello Statuto dei lavoratori. Dall'equivalenza delle mansioni al riconoscimento della professionalità del prestatore di lavoro come bene giuridico oggetto della tutela apprestata dall'art. 2103 cod. civ.	» 72
5. ( <i>Segue.</i> ) La professionalità tutelata: interpretazione statica e interpretazione dinamica della nozione di professionalità nel dibattito giurisprudenziale e dottrinale	» 82
6. ( <i>Segue.</i> ) Gli spazi dell'autonomia collettiva nella disciplina dello <i>jus variandi</i> anteriore al 2015. La legittimità delle clausole di fungibilità	» 94
7. Mansioni, <i>jus variandi</i> e ruolo della contrattazione collettiva nel “nuovo” art. 2103 cod. civ. Introduzione alla trattazione	» 97
8. ( <i>Segue.</i> ) Dall'equivalenza delle mansioni alla riconducibilità al medesimo livello di inquadramento e categoria legale	» 100
9. ( <i>Segue.</i> ) Il rinvio al livello di inquadramento: significato, problemi ed effetti	» 104
10. ( <i>Segue.</i> ) Rilievi critici in merito alle tesi dottrinali sul persistente rilievo dell'equivalenza professionale quale limite allo <i>jus variandi</i>	» 109
11. ( <i>Segue.</i> ) Prime applicazioni giurisprudenziali del nuovo art. 2103 cod. civ.: la conferma del superamento del parametro dell'equivalenza	» 115
12. Il bene giuridico della professionalità e il valore sistematico della formazione, oggi	» 117
3. <b>Lo <i>jus variandi</i> straordinario</b>	» 129
SEZIONE I: Il demansionamento conseguente all'esercizio dello <i>jus variandi</i> del datore di lavoro e all'accordo tra le parti. Condizioni di legittimità e sistema delle tutele	» 129
1. La nullità dei patti contrari nel vecchio art. 2103 cod. civ.: evoluzione della giurisprudenza in materia di patto di demansionamento. Profili critici	» 129

2. ( <i>Segue.</i> ) Gli inediti spazi di legittimità del potere di demansionamento del datore di lavoro nella disciplina del nuovo art. 2103 cod. civ. 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. 141
3. ( <i>Segue.</i> ) L'accordo di demansionamento in sede protetta nell'interesse del lavoratore all'acquisizione di una diversa professionalità ovvero al miglioramento delle condizioni di vita	» 148
4. ( <i>Segue.</i> ) Le ipotesi di demansionamento legittimo previste dalla contrattazione collettiva. Conferma della centralità del contratto collettivo nella disciplina dello <i>jus variandi</i>	» 151
5. Ulteriori limiti legali al potere datoriale di demansionamento	» 154
6. Patti e atti contrari al divieto di demansionamento, prima e dopo la riforma del 2015. La qualificazione giuridica del demansionamento tra atto nullo e condotta inadempiente. Il demansionamento come illecito permanente. L'autotutela del lavoratore	» 157
7. Il demansionamento illegittimo nella cornice dell'attuale art. 2103 cod. civ. L'onere della prova del demansionamento	» 168
8. 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	» 172
SEZIONE II: Le mansioni superiori	» 184
1. L'adibizione del lavoratore a mansioni riconducibili ad un livello di inquadramento superiore a quelle da ultimo svolte. La fonte dell'assegnazione delle mansioni superiori. La rilevanza del consenso del lavoratore	» 184
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	» 191
3. ( <i>Segue.</i> ) Autonomia individuale e limiti legali all'esercizio dello <i>jus variandi</i> . La qualifica convenzionale. Le mansioni promiscue	» 198

<b>4. Lo <i>jus variandi</i> tra legge e contrattazione collettiva</b>	pag. 203
1. Il rapporto tra legge e autonomia collettiva nella disciplina dello <i>jus variandi</i> . Dall'art. 8, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, al nuovo art. 2103 cod. civ.	» 203
2. Art. 51 e art. 3, d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81: un confronto tra tecniche normative di rinvio alla contrattazione collettiva	» 209
3. La disciplina negoziale delle mansioni nei contratti collettivi. Esperienze contrattuali a confronto	» 212
4. Il CCNL metalmeccanici industria 2021: una nuova professionalità "contrattata". Il rilievo dell'equivalenza di fonte negoziale	» 220
 <b>Conclusioni – <i>Jus variandi</i>, organizzazione del lavoro e contrattazione collettiva, oggi</b>	 » 227
<b>Abbreviazioni</b>	» 235
<b>Bibliografia</b>	» 237

*A Matteo*



# *Prefazione*

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 limitrofi, 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 inquadrare 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.

---

## *Lo jus variandi alla prova delle trasformazioni organizzative*

La presente ricerca ha ad oggetto la disciplina dello *jus variandi* nel contratto di lavoro tra privati<sup>1</sup>. Lo *jus variandi* è il potere del datore di lavoro di mutare le mansioni cui il lavoratore è adibito e, quindi, di adeguare il contenuto della prestazione lavorativa alle mutevoli esigenze aziendali, secondo schemi organizzativi che rappresentano il frutto sia delle scelte datoriali, sia delle norme di legge e della contrattazione collettiva.

Esso rappresenta, da un lato, uno degli strumenti potenzialmente più efficaci di cui il datore di lavoro dispone nel costante processo di adattamento dell'impresa al contesto produttivo di riferimento<sup>2</sup>. Dall'altro lato, esso si connota per la sua incisività sulla posizione del prestatore di lavoro, soggetto all'esercizio del potere datoriale e, quindi, esposto al mutamento dell'oggetto della propria obbligazione contrattuale, senza che sia necessario il suo consenso.

Il carattere di eccezionalità, rispetto ai principi della disciplina del contratto, del potere del datore di lavoro di mutare le mansioni ha comportato che il legislatore, pur con tecniche diverse, lo abbia sempre circondato di limiti<sup>3</sup> al fine di tutelare il lavoratore di fronte all'unilateralità della modifica delle sue mansioni<sup>4</sup>. In particolare, la disciplina legale dello *jus variandi* è

<sup>1</sup> La disciplina delle mansioni e dello *jus variandi* nel pubblico impiego esula dalla presente ricerca. Per alcuni riferimenti bibliografici (e ivi per ulteriori riferimenti): Liebman, 1999a, 635; Fiorillo, 1999, 1389; Id., 2020, 201; Esposito, 2007, *passim*; Id., 2010, 167; Perino, 2010, 2376; Ferrante, 2011, 1328; Pisani, 2012a, 831; Id., 2009b, 49; Vendramin, 2009, 997; Mezzacapo, 2014, 2581; Gargiulo, 2016, 169. Più in generale, sul tema v. almeno: A. Zoppi, 2002; Rusciano, 2008, 59; Boscati, 2009, 13; Bellavista, 2010, 87.

<sup>2</sup> Il riconoscimento dello *jus variandi* in capo al datore di lavoro si giustifica alla luce dell'esigenza di garantire un congruo margine di flessibilità al datore di lavoro nell'organizzazione della propria struttura produttiva e nell'impiego della risorsa lavoro; già Barassi, 1901, 295; Giugni, 1963, 239; Liso, 1982, 9 (di cui si veda la rilettura di Gaeta, 2014, 661); più di recente, Brolo, Vendramin, 2012, 523; Faioli, 2018, 108.

<sup>3</sup> Pisani, 2013a, 741: «*l'ordinamento si attegga verso lo jus variandi con sospetto, considerando un potere eccezionale e, come tale, lo circonda di cautele*».

<sup>4</sup> Giugni, 1963, 238.

contenuta nell'art. 2103 cod. civ., il quale ha subito profonde modifiche dalla sua entrata in vigore fino ad oggi<sup>5</sup>.

Da ultimo, nel 2015, a quarantacinque anni dalla precedente riforma, il legislatore ha ritenuto di dare una nuova regolamentazione alla materia delle mansioni del lavoratore e, di riflesso, a quella dello *jus variandi* datoriale, fissandone spazi di esercizio e limiti nuovi, e riconoscendo un ruolo inedito alla contrattazione collettiva<sup>6</sup>. Come si avrà modo di vedere, è nella contrattazione collettiva che il legislatore ha individuato la fonte più idonea all'elaborazione di modelli organizzativi adeguati a rispondere alla continua evoluzione del lavoro, in una logica di collaborazione fra rappresentanti dei lavoratori e dei datori di lavoro.

La disciplina delle mansioni 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 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<sup>7</sup>. Quello dell'equivalenza costituiva un limite aperto e mobile<sup>8</sup>, in quanto – forse non a caso – il legislatore non aveva specificato quali profili avrebbero dovuto essere presi in esame nel giudizio di equivalenza tra le mansioni di origine e quelle di destinazione. Ciò è confermato dal fatto che le soluzioni interpretative offerte dalla dottrina circa la nozione di equivalenza sono state molteplici e diverse<sup>9</sup>.

Eppure, è prevalsa una applicazione giurisprudenziale particolarmente rigida della disposizione, interpretata in chiave di tutela della professionalità già acquisita dal lavoratore: una lettura estranea a qualsiasi apertura verso nuove competenze, fondata su una visione statica e del tutto anacronistica dell'organizzazione del lavoro<sup>10</sup>, quasi che quello della professionalità acquisita fosse un concetto naturale e indiscutibile. Tale interpretazione, ancorata alla tutela del “saper fare” del lavoratore, aveva irrigidito la disciplina al

<sup>5</sup> Giugni, 1963; Romagnoli, 1979a; Liso, 1982; Pisani, 1996; Id., 2015; Brollo, 1997; Gargiulo, 2008; Ferluga, 2012; Bettini, 2014; Faioli, 2018.

<sup>6</sup> Pinto, 2016, 345, spec. nota 1.

Scrivere Caruso, 2018, 90: «[I]a regolamentazione della flessibilità (...) manifesta, sul piano delle fonti di regolazione del lavoro, l'interferenza, forse più evidente, fra stratificazioni diverse di regolamentazione: legale, sindacale, unilaterale e tramite contratto individuale».

<sup>7</sup> Persiani, 1971, 11; Grasselli, 1971, 84; Assanti, 1972, 141; R. Scognamiglio, 1973, 149; Romagnoli, 1979a, 222; Ichino, 1992, 287.

<sup>8</sup> Bellomo, 2015, 64.

<sup>9</sup> Su questo tema si tornerà ampiamente nel successivo capitolo II.

<sup>10</sup> 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*».

punto che l'unico temperamento possibile consisteva nella creazione, per via interpretativa, di ipotesi derogatorie. Infatti, fedele al descritto approccio, solo sporadicamente la giurisprudenza ha tentato un ripensamento dei suoi approdi interpretativi, ritenendo più facilmente percorribile la strada della *deroga* a una norma peraltro evidentemente inderogabile<sup>11</sup>. Ed è proprio percorrendo questa strada che si è ammesso dapprima il 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 collettiva<sup>12</sup>.

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, si ribadisce, non già a causa del costruito legale (il quale si limitava a prevedere un limite aperto, suscettibile di diverse interpretazioni, che ben avrebbero potuto contemperare le esigenze di tutela della persona del lavoratore con quelle della flessibilità), bensì per il modo in cui esso è stato tradizionalmente applicato.

In particolare, la giurisprudenza ha riconosciuto in misura molto limitata il ruolo della contrattazione collettiva, ritenendo non solo che la collocazione delle mansioni nel medesimo livello di inquadramento non fosse sufficiente per ritenere integrata la condizione dell'equivalenza, ma altresì che la comminatoria della nullità dei patti contrari, di cui al comma secondo dell'art. 2103 cod. civ., dovesse estendersi anche ai contratti collettivi<sup>13</sup>.

Alla luce di quanto detto, emergeva un assetto della disciplina particolarmente rigido, nonostante le continue e puntuali sollecitazioni della dottrina e nonostante i tentativi di ammodernamento dei modelli di classificazione del personale da parte della contrattazione collettiva.

<sup>11</sup> Caruso, 2018, 95, parla di una «vera e propria parabola discendente della norma di divieto, con un allentamento progressivo della sua rigidità a favore di forme, pure sempre controllate (e autorizzate) dalla giurisprudenza, di deroghe progressive»; così anche A. Maresca, 2009, 110.

<sup>12</sup> Cass., S.U., 24.11.2006, n. 25033, in *RFI*, 2007, voce *Lavoro (rapporto)*, n. 970; in *FI*, 1, 2007, 786; in *MGL*, 2007, 17, con nota di Pisani; in *LPO*, 2006, 1374; in *NGL*, 2006, 764; in *Danno Resp.*, 2007, 665, con nota di Malzani; in *OGI*, 2007, 1, 30, con nota di Alvino; in *RIDL*, 2007, 2, 336, con nota di Occhino; in *DLM*, 2007, 99, con nota di Gargiulo; in *RGL*, 2007, 2, 413, con nota di Vendramin; in *ADL*, 2007, 660, con nota di Borzaga; in *RCP*, 2007, 1113, con nota di Bertoncini; in *GD*, 2007, 1, 16, con nota di Tatarelli.

<sup>13</sup> Un'eccezione era stata riconosciuta dalle Sezioni Unite nel 2006 (Cass., S.U., 24.11.2006, n. 25033, cit.) e dalla giurisprudenza che ne è seguita con riferimento alle clausole di fungibilità di mansioni anche riconducibili a professionalità diverse, la legittimità delle quali era in ogni caso limitata ai soli casi in cui la variazione delle mansioni entro i confini della clausola si giustificasse alla luce di contingenti esigenze aziendali, ovvero per consentire la valorizzazione della professionalità potenziale dei lavoratori. Il tema è oggetto di approfondimento nel capitolo II.

È stato quindi il legislatore a doversi far carico delle istanze di flessibilità in materia di organizzazione del lavoro<sup>14</sup>, mediante una radicale modifica dell'art. 2103 cod. civ. con cui si è preso atto che la flessibilità interna «*costituisce un riflesso inevitabile della struttura dinamica di detta 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*»<sup>15</sup>.

Con l'art. 1, comma 7, lett. e, della l. 10 dicembre 2014, n. 183 (c.d. *Jobs Act*)<sup>16</sup>, il Parlamento ha delegato al Governo di operare una revisione della disciplina delle mansioni «*in caso di processi di riorganizzazione, ristrutturazione o conversione aziendale individuati sulla base di parametri oggettivi*», revisione che contemperasse l'interesse datoriale all'utile impiego del personale con l'interesse del lavoratore «*alla tutela del posto di lavoro, della professionalità e delle condizioni di vita ed economiche, prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento*», e che prevedesse la facoltà della «*contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria*» di «*individuare ulteriori ipotesi*» di modifica della disciplina delle mansioni<sup>17</sup>. A tale delega il Governo ha dato attuazione con il d. lgs. 15 giugno 2015, n. 81, il cui art. 3 ha integralmente sostituito il testo dell'art. 2103 cod. civ.

A distanza di sette anni dalla riforma del *Jobs Act*, la nuova «*Disciplina delle mansioni*»<sup>18</sup> ha iniziato, seppur con lentezza, a penetrare il sistema provocando piccoli sismi, a causa dei quali il substrato normativo si sta, con lentezza ma progressivamente, assestando su nuovi parametri. Essa, dunque, merita di costituire l'oggetto di una rinnovata indagine scientifica, che dia evidenza della profonda trasformazione avvenuta con la riforma dell'art. 2103 cod. civ. operata nel 2015, determinata dalla inedita centralità che il legislatore ha riconosciuto alla contrattazione collettiva<sup>19</sup>.

Alla predetta trasformazione fa da sfondo un contesto produttivo e

<sup>14</sup> Per una riflessione più generale, Lazzeroni, 2012, 371.

<sup>15</sup> Liso, 1982, 9.

<sup>16</sup> Su cui v. F. Carinci, 2015b, 9; Pizzoferrato, 2015, 411.

<sup>17</sup> Sulla legge delega in materia di mansioni, v.: De Angelis, 2015, 2; Brollo, 2015a, 35-36; Vallebona, 2016, 6. Per ulteriori riferimenti, v. successivo capitolo II.

<sup>18</sup> 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*». Sul significato di questa scelta si tornerà nel capitolo II.

<sup>19</sup> Brollo, 2015a, 29: «*[d]al 25 giugno 2015 cambia il perno giuridico delle regole di organizzazione della forza lavoro nel settore privato*».

organizzativo profondamente mutato e, soprattutto, in continua evoluzione<sup>20</sup>, che «*incrocia la questione cruciale della professionalità*»<sup>21</sup> e che ha imposto di collocare quest'ultima al centro di una profonda riforma che, almeno nelle intenzioni del legislatore storico, puntava a rendere attraente per datori di lavoro e imprese il contratto di lavoro subordinato, con una vera e propria operazione di rinnovamento diretta al cuore del contratto di lavoro, volta a recuperarne la funzione originaria e insieme ultima: quella di regolare lo scambio tra lavoro della persona umana e retribuzione, per mezzo di una disciplina che tuteli la personalità e la dignità del lavoratore, e che al contempo fornisca al datore di lavoro gli strumenti necessari per un'efficiente e flessibile organizzazione dell'attività produttiva.

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, seguirà un'indagine sulla collocazione teorica e sistematica dello *jus variandi* nel contratto di lavoro, dapprima chiarendone la natura di potere giuridico e, in secondo luogo, individuando i caratteri che lo distinguono dal potere direttivo del datore di lavoro. In tale sede, verrà elaborata una proposta di tassonomia che distingue lo *jus variandi* ordinario dallo *jus variandi* straordinario e che verrà impiegata come chiave di sistematizzazione della disciplina nei capitoli successivi. Questi saranno dedicati, rispettivamente, all'analisi della disciplina dello *jus variandi* ordinario a partire dalla disciplina statutaria e fino alla riforma adottata con l'art. 3, d. lgs. 81/2015 (capitolo II); nonché all'analisi dello *jus variandi* straordinario, ossia del potere del datore di lavoro di demansionare il prestatore o di attribuirgli mansioni di livello superiore. Nel medesimo capitolo si tratterà anche della facoltà delle parti, tramite accordo, di modificare le mansioni, il livello di inquadramento e di categoria legale e finanche la retribuzione del lavoratore (capitolo III).

Questi capitoli sono 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. In particolare, la

<sup>20</sup> Sulle conseguenze delle trasformazioni tecnologiche e organizzative sulla disciplina del rapporto di lavoro, la dottrina, giuslavoristica e non, riflette da tempo; a conferma che i mutamenti sono continui, secondo una sorta di moto perpetuo che obbliga il giuslavorista ad abbandonare la prospettiva della "crisi" o della temporaneità dei fenomeni, per abbracciare, invece, la consapevolezza che il sistema non è dato, il sistema non è fermo, ma muta, in continuazione, e richiede pertanto risposte che siano in grado di leggere, ma anche di anticipare o decifrare grandi o piccole rivoluzioni in atto. V. Tiraboschi, 2019, 8.

V. anche: F. Carinci, 1986, 3; Butera, 1992a; Id., 1992b; R. De Luca Tamajo, 2016a, 19; Tullini, 2017, 8; Magnani, 2019, 3; M. Barbera, 2020, 45.

<sup>21</sup> Brollo, 2015a, 29.

corretta collocazione sistematica della disciplina del 2015 e il rilievo dei problemi interpretativi e applicativi sorti nel vigore della disciplina precedente costituiscono le premesse necessarie per l'esegesi della nuova normativa, la quale presenta alcune linee di continuità con gli orientamenti giurisprudenziali, pure minoritari, che della lettera dell'art. 2103 cod. civ. (nella formulazione anteriore alla riforma) avevano dato un'interpretazione assai lontana dal dato letterale<sup>22</sup>. Tanto che, per taluni *specifici* tratti della disposizione in esame, si potrebbe parlare in una certa misura di positivizzazione di orientamenti giurisprudenziali o almeno di recepimento delle più recenti esigenze di flessibilità manifestate dalla giurisprudenza e da tempo anticipate dalla dottrina<sup>23</sup>.

Il quarto capitolo 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 affidato alle parti sociali la facoltà di disciplinare la materia dello *jus variandi*, per giungere a una ricognizione delle esperienze più significative della contrattazione collettiva in materia, al fine di verificare se, e in che misura, associazioni sindacali e datoriali abbiano assunto il ruolo loro affidato dal legislatore.

In ultimo, nelle conclusioni, verranno sintetizzati i principali risultati delle riflessioni svolte, alla luce della domanda di ricerca sottesa all'intero lavoro: la nuova formulazione dell'art. 2103 cod. civ. impone di interrogarsi sulla sopravvivenza e sul ruolo della professionalità del prestatore di lavoro. 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 disposizione impone, quindi, di interrogarsi sulla conciliabilità di questo possibile scenario con la rilevanza della professionalità del lavoratore come bene giuridico costantemente riconosciuto quale oggetto di tutela da parte dell'ordinamento.

Per rispondere a tale interrogativo si sottoporrà ad analisi il nuovo modello normativo che ha affidato alla contrattazione collettiva la disciplina dello *jus variandi*, con importanti conseguenze che spingono l'interprete a uno sforzo di esegesi e sistematizzazione della materia entro categorie e logiche inedite, ma anche allo sforzo di collocare tale disciplina all'interno di una più ampia riflessione sul significato attuale del ruolo della contrattazione collettiva in materia di organizzazione del lavoro.

<sup>22</sup> Brollo, 2015a, 37; Miscione, 2015, 437.

<sup>23</sup> Gargiulo, 2014, 100, scrive: «il legislatore sembra interessato a normare soltanto l'ipotesi del declassamento, facendo propri gli orientamenti di una parte della giurisprudenza, i cui più recenti arresti, però, sono ancora discussi e tutt'altro che consolidati».

# *1. Lo jus variandi tra diritto comune e disciplina del contratto di lavoro subordinato*

## *1. Principio di irretrattabilità 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, 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 giuridico<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> 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. E. Gabrielli, 2004, 327 e spec. 339; Id., 2012, 37; più di recente, Sacco, 2016b, 939.

riferimento agli atti unilaterali<sup>2</sup>, esso è connotato, in ambito contrattuale, da uno spiccato carattere di eccezionalità, essendo suscettibile di determinare, in via unilaterale, la modifica di un rapporto bilaterale o plurilaterale<sup>3</sup>: 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*»<sup>4</sup>.

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 «*il 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 enfasi<sup>5</sup> – affonda le proprie radici nella tradizione giuridica francese<sup>6</sup> 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 stipulazione<sup>7</sup>, ciò che minaccerebbe un fondamentale dato fisionomico del

<sup>2</sup> Salvo che le legge (o, ancora una volta, l'autonomia privata: si pensi al caso della proposta irrevocabile di cui all'art. 1329 cod. civ.) preveda un regime di irretrattabilità dell'atto, come per il riconoscimento dei figli (art. 256 cod. civ.).

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> Così Scarpello, 2010, 1.

<sup>5</sup> 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 Grasseti, 1938, 62. Più di recente, Gazzoni, 2021, 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*».

<sup>6</sup> Iorio, 2008, 2, nota 5.

<sup>7</sup> 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.

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 letterale, non avendo il contratto rango di fonte normativa<sup>8</sup>, solo di recente lo *jus variandi* è stato indagato *ex professo* in chiave sistematica, essendo prevalso storicamente un approccio settoriale al tema<sup>9</sup>.

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*»<sup>10</sup>; 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 procedurali<sup>11</sup>; 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*»<sup>12</sup>.

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*»<sup>13</sup>, pur essendo «*i singoli atti di esercizio del potere (...) sottoposti ad un attento controllo giudiziale*»<sup>14</sup>. 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

<sup>8</sup> Già Osti, 1959, 524, invitava a considerare la formula *cum grano salis*.

<sup>9</sup> Si vedano, in anni vicini, Gaggero, 1999; Gambini, 2000; Barengi, 2005; Iorio, 2008; Scarpello, 2010; da ultimo, Pisu, 2017; Cerri, 2020.

<sup>10</sup> Iorio, 2008, 45. Un esempio è individuato nello *jus variandi* del committente *ex art. 1661, comma 1, cod. civ.*

<sup>11</sup> 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.

<sup>12</sup> Iorio, 2008, 46. È questo il caso, ad esempio, del potere unilaterale del conduttore di cui all'art. 1557 *cod. civ.*

<sup>13</sup> Iorio, 2008, 56.

<sup>14</sup> Iorio, 2008, 63.

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 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*<sup>15</sup>. 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. Introduzione alla trattazione di alcune questioni teoriche*

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<sup>16</sup>, 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»<sup>17</sup>. 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<sup>18</sup>, tanto sotto il profilo strutturale quanto sotto il profilo effettuale.

<sup>15</sup> Scarpello, 2010, 1.

<sup>16</sup> Scarpello, 2010, 4.

<sup>17</sup> Scarpello, 2010, 4.

<sup>18</sup> 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.

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. 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*»<sup>19</sup>: finalità, questa, rispondente a interessi – tra cui, anzitutto, la riduzione dei costi transattivi nella gestione delle sopravvenienze contrattuali – meritevoli di tutela<sup>20</sup>.

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*»<sup>21</sup> –, 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 stesso<sup>22</sup>.

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 parti<sup>23</sup>. Infatti, dall'espresso riconoscimento normativo dell'arbitraggio

<sup>19</sup> Fici, 2002, 389 e spec. 402, da dove è tratto il brano citato nel testo.

<sup>20</sup> Fici, 2002, 403.

<sup>21</sup> Secondo P. Rescigno, 1988, 5, l'aspetto del «*regolare*» è riferito alle modalità di esecuzione e di svolgimento del rapporto.

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> Così Fici, 2002, 398. L'Autore fugge 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).

(operato proprio dall'art. 1349 cod. civ.) non può pervenirsi alla negazione dell'ammissibilità di ulteriori ipotesi convenzionali di rideterminazione successiva del contenuto contrattuale, anche ad opera delle parti<sup>24</sup>.

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 un'autorevole 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*»<sup>25</sup>. 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 arbitrio<sup>26</sup>. 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*»<sup>27</sup>.

<sup>24</sup> 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*».

<sup>25</sup> Schlesinger, 1992, 18 e spec. 23, da dove è tratto il brano citato nel testo.

<sup>26</sup> 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*».

<sup>27</sup> 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. pure Pisu, 2017, 176.

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 condizioni contrattuali*». A mente di questa disposizione, «*nei 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<sup>28</sup> hanno condotto a ritenere che il legislatore moderno non concepisca lo *jus variandi* come un'eccezione al dogma dell'irretrattabilità del contratto, bensì alla stregua di «*un fenomeno per niente affatto sconcertante, paradossale o iniquo*»<sup>29</sup>. 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*<sup>30</sup>, realizzando un'esigenza massimamente avvertita nel mondo economico attuale, in cui i contesti si modificano e si succedono secondo dinamiche vieppiù accelerate e imprevedibili<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Per un'ampia e approfondita disamina delle singole epifanie normative del fenomeno v. ora Cerri, 2020, 47.

<sup>29</sup> Così Schlesinger, 1992, 23. Più di recente, v. 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*».

<sup>30</sup> Sul principio di conservazione v. Grassetti, 1961, 173; Stella Richter, 1967, 411; Franceschelli, 1975, 229; più di recente, Calvo, 2021, 148.

<sup>31</sup> 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 instinguibile sete di distruzione creativa*». In tale contesto, secondo Iorio, 2008, 12, «[n]on deve (...) sorprendere che le Direttive comunitarie, rivolgendosi al legislatore nazionale, contemplino la possibilità di attribuire alle parti del contratto il potere di modifica unilaterale».

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, già prevista dalla disciplina statutaria e confermata dall'art. 3, d. lgs. 81/2015, che pure ne ha individuato specifiche 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<sup>32</sup>, 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 confermato.

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 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 come *jus variandi*, ma formi parte integrante, e dunque espressione, del potere direttivo del datore di lavoro.

Alla luce di ciò, si potrebbe affermare che già 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

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).

<sup>32</sup> V. successivo capitolo III.

durata, che non a garantire la conservazione degli assetti di interessi storicamente esistenti nel momento genetico del contratto.

Le riflessioni appena svolte con riferimento allo *jus variandi* nel diritto dei contratti sono destinate, quindi, a trovare conferma nel contesto del contratto di lavoro<sup>33</sup>, seppure secondo una declinazione che tiene debitamente conto delle specificità di un rapporto contrattuale che si connota, ben più di altri, per lo squilibrio di potere negoziale tra le parti, nella fase genetica ma anche nella sua intera fase esecutiva; e per il coinvolgimento diretto e *personale* di uno dei contraenti<sup>34</sup>, il prestatore di lavoro, nell'adempimento di quell'obbligazione il cui oggetto finisce per coincidere con lo stesso oggetto del contratto di lavoro<sup>35</sup>. Di qui l'esigenza di considerare il contenuto dell'obbligazione del lavoratore in una chiave che tenga conto dell'investimento in termini personali che l'adempimento dell'obbligazione richiede, e la necessità di collocare il sinallagma contrattuale in un più ampio quadro di garanzia dei diritti fondamentali della persona.

Anche nel contratto di lavoro, una specifica disposizione di legge – il più volte ricordato art. 2103 cod. civ. – costituisce il fondamento normativo del potere del datore di lavoro, creditore della prestazione lavorativa, di mutare l'oggetto dell'obbligazione del lavoratore senza che sia necessario il consenso della parte obbligata<sup>36</sup>.

Invero, questa ultima affermazione anticipa e sintetizza due conclusioni, che rappresentano l'esito di dibattiti che hanno a lungo impegnato la dottrina. Il primo attiene all'origine dell'effetto della modifica delle mansioni: se, cioè, tale effetto abbia fonte consensuale e scaturisca, pertanto, dal comune accordo delle parti; o se, invece, abbia fonte unilaterale e sia quindi prodotto dalla volontà del solo datore di lavoro, titolare del potere di modifica cui il lavoratore è soggetto. Si tratta di un dibattito sviluppatosi in occasione della modifica dell'art. 2103 cod. civ. operata dall'art. 13 St. lav., la quale ha

<sup>33</sup> 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».

<sup>34</sup> Mengoni, 1965b, 418: il lavoratore «impegna la sua stessa persona; egli non mette in gioco il suo avere, ma piuttosto il suo essere»; D'Antona, 1999, 15; Alessi, 2004, 2; Corti, 2011, 125.

<sup>35</sup> È opinione condivisa che l'oggetto del contratto coincida con l'oggetto dell'obbligazione del prestatore di lavoro e, quindi, con le mansioni del lavoratore. Così Giugni, 1963, 273; Dell'Olio, 1986c, 506. V. anche L. Zoppoli, 1994, 15.

<sup>36</sup> Esso costituisce un'«ipotesi di variazione unilaterale della prestazione ad opera del creditore», avente carattere eccezionale «rispetto al principio generale della determinazione oggettiva del contratto, qual è desumibile dagli artt. 1322 e 1346 cod. civ., e, prima che da questi, dallo stesso concetto giuridico di contratto», così Giugni, 1963, 229; v. anche Riva Sanseverino, 1973, 319; Ghezzi, Romagnoli, 1987, 192; Marazza, 2009, 689.

portato una parte della dottrina ad interrogarsi sulla sopravvivenza di un vero e proprio *jus variandi* in capo al datore di lavoro. Come si vedrà, la dottrina ampiamente maggioritaria e, soprattutto, la giurisprudenza hanno risolto la questione nel senso di ritenere esistente in capo al datore di lavoro un preciso potere di modifica delle mansioni, esercitabile entro i limiti sanciti dall'ordinamento<sup>37</sup>.

Questa riflessione tange un diverso tema, pure di grande interesse teorico e funzionale alla presente trattazione: quello della distinzione tra *jus variandi* e potere direttivo del datore di lavoro. Si tratta di una questione che suscita rinnovato interesse nel contesto del nuovo art. 2103 cod. civ., novellato dall'art. 3, d. lgs. 81/2015, che ci impone di ritornare su alcune questioni teoriche già affrontate dalla dottrina nell'ambito della disciplina statutaria, per saggiare la tenuta dei relativi assesti interpretativi anche alla luce del nuovo dettato normativo.

Prima di procedere, quindi, con lo studio della disciplina legale e negoziale dello *jus variandi* nel contratto di lavoro, cui sono dedicati i successivi capitoli, è necessario soffermarsi su queste questioni. A sua volta, la loro trattazione necessita che sia brevemente illustrato il contenuto della formulazione originaria dell'art. 2103 cod. civ., risalente al 1942, e che siano anticipati i tratti essenziali della disciplina dello *jus variandi* introdotta con l'art. 13 St. lav. e di quella successiva introdotta con l'art. 3, d. lgs. 81/2015; ciò al fine di avere chiari i riferimenti normativi che costituiscono la cornice del dibattito.

### 3. (Segue.) *La disciplina originaria dell'art. 2103 cod. civ.: la codificazione dello jus variandi del datore di lavoro*

La formulazione originaria dell'art. 2103 cod. civ. prevedeva che il lavoratore dovesse essere adibito alle mansioni «*per le quali [era] stato assunto*», nonché a mansioni diverse, cui il datore di lavoro poteva adibirlo in relazione alle esigenze dell'impresa, purché detto cambiamento non comportasse una diminuzione della retribuzione o un mutamento sostanziale della posizione del lavoratore<sup>38</sup>.

<sup>37</sup> Treu, 2011, 7.

<sup>38</sup> La prima formulazione dell'art. 2103 cod. civ., rubricato «*Prestazione del lavoro*», recitava: «*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per cui è stato assunto. Tuttavia, se non è convenuto diversamente, l'imprenditore può in relazione alle esigenze dell'impresa, adibire il prestatore di lavoro ad una mansione diversa, purché essa non importi una diminuzione nella retribuzione o un mutamento sostanziale nella posizione di lui. Nel caso previsto dal comma precedente, il prestatore di lavoro ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, se a lui più vantaggioso*».