

## Considerazioni su fungibilità e distacco di personale

La vigente disciplina del distacco introdotta nell'ordinamento dal D.Lgs. 10 settembre 2003 n. 276 (di attuazione della cd. "riforma Biagi") - laddove al comma 3 dell'art. 30 prevede realisticamente che il lavoratore distaccato venga a svolgere nella azienda distaccataria mansioni diverse da quelle disimpegnate originariamente nella azienda distaccante e ne postula il consenso - presenta aspetti di evidente contiguità e tratti di connessione con il tema della "fungibilità" delle mansioni.

Ragion per cui, pur salvaguardandone l'autonomia, abbiamo ritenuto di trattarli assieme.

### **1. La nozione di "fungibilità" tra le mansioni**

La "fungibilità", sorta nel settore del credito e all'epoca ivi consacrata - grazie anche a cedimenti delle variegata e plurime OO.SS. - nell'art. 67 del ccnl 11.7.1999/23.4.2001 (ove venne, peraltro, circoscritta alle mansioni del 2 e 1 livello retributivo e, rispettivamente del 4 e 3 livello retributivo della stessa categoria dei quadri direttivi), consiste in quella facoltà di "mutamento" convenzionale delle (e tra le) mansioni di due categorie, qualifiche o livelli, giustificata (in tale settore) dall'asserita esigenza di «*conseguire conoscenze quanto più complete del lavoro, con interscambio nei compiti in azienda*», tra lavoratori di diverso inquadramento.

La "fungibilità" - col consentire l'assegnazione di compiti di qualifiche o livelli diversi (tra l'altro senza la remora del disimpegno in via marginale o comunque non prevalente di incombenze proprie di qualifiche o livelli inferiori e quindi senza il divieto dell'espletamento anche o prevalentemente continuativo) - si scontra, a nostro avviso e sull'astratto piano logico e giuridico, con il divieto rinvenibile nell'ultimo comma dell'art. 2013 c.c. di pattuire (sia individualmente sia da parte dell'autonomia collettiva) variazioni di mansioni *in peius*, cioè a dire rifluenti in dequalificazione e non riconducibili nell'alveo della nozione di equivalenza.

Nonostante che in dottrina e giurisprudenza si sia da tempo raggiunta, con unanimità, l'acquisizione per cui lo spostamento temporaneo o definitivo tra mansioni (cd. "*ius variandi*") è legittimo e praticabile solo alla condizione che avvenga tra mansioni equivalenti - per esse intendendosi quelle che «*consentono il mantenimento del livello di professionalità acquisito, favorendone l'accrescimento ed il perfezionamento...*»<sup>1</sup> - a livello contrattuale ci si è mossi (talora controcorrente e senza remore o condizionamenti espliciti) nell'ottica di aderire alla insistente richiesta datoriale di "flessibilità" (foriera di quei danni per i diritti dei lavoratori, da noi previsti e denunciati, che, alla distanza dalla cd. "riforma Biagi", si sono rivelati tangibili).

Nei CCNL che - oltre a quello del credito (si veda, *ex plurimis*, quello di Poste italiane) - hanno introdotto previsioni legittimanti il ricorso alla cd. "fungibilità" si è, invero, proceduto obliterando l'elaborazione giurisprudenziale ed anteponendo ad essa impostazioni suggerite dalla "praticaccia" degli agenti contrattuali contrapposti.

Così è stato legittimato - dietro la formula della "fungibilità" - il lavoratore "tuttofare" o "polivalente", in omaggio ad una ostilità datoriale preconcepita verso una presunta rigidità dell'art. 2103 c.c., che (qualora sussista) trova la sua legittima giustificazione nell'esigenza di salvaguardia del lavoratore dalle frequentissime dequalificazioni e demansionamenti illegittimi.

Comunque, poiché l'equivalenza tra le mansioni è un dato oggettivo e non presunto e poiché la dequalificazione non può essere vanificata da pattuizioni contrattuali di "fungibilità" (non rispettosa dell'equivalenza legale), i lavoratori che nutrissero la fondata convinzione di essere oggetto di dequalificazione per esercizio - contenuto o smodato - di "fungibilità" contrattuale, non hanno che da investire la magistratura per un riscontro, atteso che sulla materia non vi sono oscillazioni di orientamento ma posizioni, fino al momento, consolidate. In tal sede l'orientamento suona così: «*l'equivalenza delle mansioni, che ex art. 2103 c.c., condiziona la legittimità dell'esercizio dello 'ius variandi' - e che costituisce oggetto di un giudizio di fatto incensurabile in cassazione, ove sorretto da una motivazione logica, coerente e completa - va verificata sia sotto il profilo oggettivo, cioè in relazione alla inclusione nella stessa area professionale e salariale delle mansioni iniziali e di quelle di destinazione, sia sotto il profilo soggettivo, che implica l'affinità professionale delle mansioni, nel senso che le nuove devono armonizzarsi con le capacità professionali acquisite dall'interessato durante il rapporto lavorativo, consentendo ulteriori affinamenti e sviluppi*»<sup>2</sup>.

L'asserita rigidità rinvenibile nell'art. 2103 c.c. in tema di spostamento a mansioni diverse da quelle di assunzione o successivamente conseguite per progressione di carriera, è stata inizialmente oggetto di esame da parte delle SS.UU. della Cassazione nella sentenza n. 25033 del 2006 (est. Amoroso) ricevendo una mitigazione mediante il conferimento alle OO.SS. della legittimazione alla pattuizione di clausole di cd. "fungibilità", in termini circoscritti e non preclusivi del ricorso al riscontro giudiziale, in ipotesi di violazione da parte delle intese contrattuali, del requisito legislativo dell'equivalenza.

In un vasto contenzioso in ambito Poste italiane la S. Corte (Sezione Lavoro n. 23877 dell'11 novembre 2009, Pres. Roselli, Rel. Zappia, confermata recentissimamente da Cass. 14/6/2013 n. 15010) è giunta a stabilire che l'asserita rigidità in ordine alle mansioni rinvenibile nell'art. 2103 c.c., va, quanto meno parzialmente, rivisitata alla stregua della sentenza delle Sezioni Unite n. 25033 del 2006, atteso che detta decisione con l'affermare che attraverso le clausole del contratto collettivo si possa legittimare «una fungibilità funzionale tra mansioni diverse al fine di sopperire a contingenti esigenze aziendali», da un lato, legittima una ponderata valutazione della professionalità dei lavoratori - non disgiunta dall'interesse dell'impresa a proseguire un efficace e produttivo assetto organizzativo - e, dall'altro, riconosce al sindacato un potere suscettibile di incidere in modo rilevante sulla stessa gestione dei rapporti lavorativi all'interno delle imprese in momenti qualificanti della vita delle stesse, con l'assunzione di una doverosa responsabilizzazione che ne deve caratterizzare la istituzionale funzione. Peraltro non va trascurato - ha detto la S.C. in quest'ultima sentenza - che la stessa decisione n. 25033 del 2006 si è presa la cura di precisare che, sebbene per effetto di una riclassificazione contrattualizzata (cd. riclassamento), in Poste italiane si sia potuto prevedere il reinquadramento in un'unica qualifica dei lavoratori precedentemente inquadrati in qualifiche distinte, con la conseguente parificazione limitatamente a quella disciplina contrattuale (normativa ed economica) riferita alla nuova qualifica, **ciò non implica necessariamente anche che insorga un rapporto di equivalenza fra tutte le mansioni rientranti nella qualifica**: e, soprattutto, non implica che la professionalità raggiunta dal lavoratore possa essere svilita e mortificata da un'introdotta nuova equivalenza verso mansioni che, quand'anche rivalutate nel contesto del riclassamento, abbiano in concreto l'effetto di mortificarla. In verità - ha affermato la Corte - **«i diversi passaggi motivazionali della sentenza n. 25033 del 2006, che inducono ad una globale rivisitazione dei precedenti orientamenti giurisprudenziali sull'art. 2103 c.c. con il riconoscere, nella materia in esame, alla contrattazione collettiva la possibilità di una identificazione di mansioni fungibili (e tra di esse legittimamente interscambiabili), condizionano la legittimità di detta flessibilità alla circostanza che tra le suddette mansioni si riscontrino quantomeno un nucleo di omogeneità ed affinità, sì da non porre nel nulla e vanificare la acquisita esperienza lavorativa del dipendente. E pertanto, pur in presenza di un "riclassamento" con riassetto delle qualifiche e dei rapporti di equivalenza tra mansioni, e pur in ipotesi di reinquadramento previsto dal contratto collettivo in un'unica qualifica di lavoratori precedentemente inquadrati in qualifiche distinte, permane il divieto di un'indiscriminata fungibilità di mansioni che esprimano in maniera radicale una diversa professionalità, e che non consentono una sia pure residuale utilizzazione della sua acquisita professionalità, qualora le ultime mansioni espletate non abbiano con quelle spiegate in precedenza affinità o analogia di sorta. Da ciò deriva che anche in tema di riclassificazione del personale la parte datoriale non può limitarsi ad affermare semplicemente la sussistenza di una equivalenza "convenzionale" tra le mansioni svolte in precedenza e quelle assegnate a seguito dell'entrata in vigore della nuova classificazione, dovendo per contro procedere ad una ponderata valutazione della professionalità del lavoratore al fine della salvaguardia, in concreto, del livello professionale acquisito, e di una effettiva garanzia dell'accrescimento delle capacità professionali del dipendente»**.

## **2. Antecedenti giurisprudenziali sul distacco di personale**

Come anticipato in premessa, l'esigenza della "fungibilità" si è presentata e imposta al legislatore estensore del D. Lgs. n. 276/2003 di attuazione della "riforma o controriforma Biagi", giustappunto nel disciplinare il "distacco".

Serve a poco o nulla ricordare - a proposito di quest'istituto - l'indifferenza<sup>3</sup> sia datoriale sia di larga parte della magistratura di legittimità nei confronti di un istituto ("il distacco") suscettibile di incidere pesantemente sulle condizioni di vita dei lavoratori, stravolgendo le loro libere scelte

in ordine al proprio originario datore di lavoro, effettuate all'atto dell'assunzione (ad es. optando per una Fiat SpA o per una Pirelli SpA o per una determinata Banca); in tal modo platealmente disconoscendo questo interesse specifico (tutelato invece a livello comunitario) dei prestatori di lavoro, esposti per decisione unilaterale aziendale a indesiderati ed imprevisi spostamenti logistici e sovente confinati ad operare presso pericolanti aziende dell'indotto dei due sopra citati grossi gruppi industriali o del parabancario (nell'esempio sopracitato), nelle quali le aziende distaccanti hanno un "interesse" (specifico o generico) al distacco di proprio personale dipendente.

Vale la pena, tuttavia, non dimenticare che, in passato, nella giurisprudenza di Cassazione si erano delineate talune distinzioni, con l'effetto di riconoscere che il consenso del lavoratore al distacco poteva rendersi necessario per qualifiche di elevato livello in azienda (quali quelle del "personale direttivo") per le quali il rapporto poteva ritenersi talora anche instaurato "*intuitu personae*" con il datore di lavoro<sup>4</sup>. Tuttavia, nonostante queste posizioni espressive di una resistenza a legittimare indiscriminatamente il "distacco" (riconoscendo non indifferente l'interesse del dirigente a collaborare con un certo vertice aziendale piuttosto che con un altro o con quello dell'azienda prescelta in assunzione) - e che, quindi, non ritenevano automaticamente il "distacco" mera modalità di esercizio del potere direttivo datoriale - a livello contrattuale del settore credito si convenne di prevenire un ipotetico contenzioso o, com'è più realistico, trattamenti diversificati tra il personale, pattuendo all'art. 15 ("distacco di personale") del ccnl 11.7.1999, quanto segue: «*Laddove lo richiedano specifiche situazioni, le aziende potranno disporre il distacco di propri dipendenti il cui rapporto di lavoro continuerà ad essere disciplinato dalla normativa nazionale ed aziendale (compresa quella previdenziale) tempo per tempo vigente presso l'azienda distaccante*».

Con questa previsione - all'insegna di una egualizzazione delle condizioni per tutti indistintamente e dell'eliminazione di condizioni di *favor* per talune qualifiche manageriali - si generalizzò il distacco, senza "concambio" alcuno, prevedendosi solo un diritto sindacale di informativa sulle motivazioni e sulle modalità di rientro, qualora il distacco riguardasse non già singoli individui (abbandonati al proprio destino) ma "gruppi" di lavoratori.

Il distacco veniva così riconosciuto - anche pattiziamente - tra le prerogative del datore di lavoro, anche quando una determinata e ben specifica azienda fosse stata oggetto di scelta oculata tra varie alternative occupazionali all'atto dell'instaurazione del rapporto da parte del dipendente medesimo. Riconoscimento di fatto che implicava che il datore di lavoro poteva pertanto - senza i vincoli del trasferimento - peggiorare (ancor di più del trasferimento) la condizione del dipendente, destinandolo non già presso una propria unità produttiva decentrata ma assegnandolo (senza il vincolo delle «*comprovate esigenze tecniche produttive ed organizzative*» di cui all'art. 13 stat. lav.) presso una società terza, ad operare sotto il potere direttivo del terzo prescelto: ciò purché sussistesse un "interesse" del distaccante verso l'azienda distaccataria (che poteva essere, come normalmente era, una società consociata o collegata per partecipazione azionaria, ma che poteva anche essere - come lo sarà d'ora in poi prevalentemente - una società estranea, ad es. un consorzio fornitore di meri servizi) e senza alcuna richiesta di consenso o legittimazione al rifiuto.

### **3. La nuova disciplina dell'art. 30 d.lgs. n. 276/03 e la circ. ministeriale n. 3/2004**

Dal lato giuridicamente definitorio, il distacco o comando si attualizza quando un datore di lavoro (distaccante) per proprio interesse, pone temporaneamente uno o più lavoratori (distaccati) a disposizione di un altro soggetto (distaccatario) per l'esecuzione di una determinata attività lavorativa. A proposito di tale "interesse", la giurisprudenza ha precisato che deve essere **non generico o soggettivo** ma **specifico (o tecnico) ed oggettivo**, cioè a dire deve sussistere «*uno specifico interesse imprenditoriale che consenta di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ed il conseguente carattere non definitivo del distacco stesso*»<sup>5</sup>.

Secondo la giurisprudenza, la legittimità del distacco dipende dalla sussistenza di due requisiti essenziali, e cioè l'interesse organizzativo del datore di lavoro e la temporaneità del distacco (cfr. Cass. 18 agosto 2004, n. 16165; Cass. 7 giugno 2000, n. 7743; Cass. 15 giugno 1992, n. 7328; Cass. 13 aprile 1989, n. 1751; Cass. 22 febbraio 1982, n. 1263).

L'orientamento giurisprudenziale è, infatti, riassumibile nel seguente principio di diritto: «*La dissociazione fra il soggetto che ha proceduto all'assunzione del lavoratore e l'effettivo beneficiario della prestazione (c.d. distacco o comando) è consentita soltanto a condizione che essa realizzi, per tutta la sua durata, uno specifico interesse datoriale tale da consentirne la qualificazione come atto organizzativo dell'impresa che la dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa e la conseguente temporaneità del distacco, coincidente con la durata dell'interesse del datore di lavoro allo svolgimento della prestazione del proprio dipendente a favore di un terzo. Il relativo accertamento è riservato al giudice del merito ed è incensurabile in sede di legittimità, se sorretto da motivazione adeguata e immune da vizi*» (Cass. 15 maggio 2012 n. 7517, in *Orient. Giur. Lav.*, 2012, 263).

L'interesse organizzativo presuppone che l'esecuzione della prestazione a favore del terzo (il beneficiario della prestazione, o distaccatario) comporti un vantaggio per l'attività produttiva del datore di lavoro distaccante. Lo schema della subordinazione (art. 2094 c.c.) rimane quindi inalterato, solo che la collaborazione subordinata del lavoratore non si esplica nell'impresa e sotto le direttive del datore di lavoro, ma mediante il lavoro svolto a favore di un altro soggetto.

Il caso classico, che si verifica con una certa frequenza nella prassi, è quello del distacco del lavoratore nell'ambito di un gruppo societario. In tale ipotesi, la prestazione svolta dal lavoratore distaccato presso la società collegata è vantaggiosa anche per il distaccante, ad esempio, per esercitare un controllo sulla distaccataria, o per consolidare i rapporti commerciali con essa, ovvero per sostenerla in un momento di difficoltà (con vantaggio per l'intero gruppo).

Altro esempio di scuola è quello del lavoratore che viene distaccato al fine di perfezionare il proprio bagaglio professionale, che poi sarà utilizzato a favore del datore di lavoro distaccante (cfr. Cass. 26 aprile 2006, n. 9557, per la quale: «*In tema di "distacco" del lavoratore, l'interesse alla destinazione del lavoratore presso una diversa unità produttiva a fini di formazione professionale non può che essere, per definizione, proprio del datore di lavoro, escludendo persino la concorrenza dell'interesse del distaccatario*»).

E' invece escluso che l'interesse organizzativo possa coincidere con il corrispettivo economico derivante al datore di lavoro dalla cessione del lavoratore al terzo, configurandosi in tal caso l'ipotesi della somministrazione irregolare di mano d'opera (art. 27, comma 1, D.Lgs. n. 276/2003; circ. Min. lav. 24 giugno 2005, n. 28).

Quanto al requisito della temporaneità, esso è subordinato alla sussistenza dell'interesse del datore di lavoro distaccante, poiché fin quando vi è l'interesse il distacco è considerato legittimo. La temporaneità, quindi, non indica il fatto che il distacco debba essere di breve durata ma che non può avere il carattere della definitività (cfr. Cass. 2 settembre 2004, n. 17748, per la quale: «*La temporaneità della destinazione del lavoratore a prestare la propria opera in favore di un terzo (cosiddetto "distacco")... non richiede che tale durata abbia natura predeterminata sin dall'inizio né che essa sia più o meno lunga o sia contestuale all'assunzione del lavoratore, ovvero persista per tutta la durata del rapporto, ma solo che la durata del distacco coincida con quella dell'interesse del datore di lavoro a che il proprio dipendente presti la sua opera in favore di terzo*»)<sup>6</sup>.

Sulla base di quanto sopra, sono stati ritenuti legittimi anche rapporti di lavoro che si costituiscono e cessano in permanente situazione di distacco (Cass. 35 giugno 1992, n. 7328; Cass. 13 aprile 1989, n. 1751).

L'inquadramento giuridico dell'istituto in esame da parte della giurisprudenza si basa sull'applicazione dell'articolo 2104 c.c. (Cass. 8 agosto 1987, n. 6814; Cass. 12 novembre 1984, n. 5708), asserito nel seguente principio di diritto: «*Il "comando" o "distacco" di un lavoratore disposto dal datore di lavoro presso altro soggetto, destinatario delle prestazioni lavorative, è configurabile quando sussiste: a) l'interesse del datore di lavoro a che il lavoratore presti la propria opera presso il soggetto distaccatario, b) la temporaneità del distacco (intesa non come brevità, ma come "non definitività") e, c) la permanenza, in capo al datore di lavoro distaccante, sia del potere direttivo (eventualmente delegabile al distaccatario), sia del potere di determinare la cessazione del distacco; ai fini della legittimità del distacco non vi è, invece, necessità né di una previsione contrattuale che lo autorizzi, né dell'assenso preventivo del lavoratore interessato, che esegue la sua prestazione altrove in osservanza del dovere di obbedienza di cui all'art. 2104 c.c. (Cass., 7 novembre 2000, n. 14458, in *Orient. Giur. Lav.*, 2000, pag. 968).*



Il distacco viene quindi qualificato come un esercizio normale e non fraudolento del potere direttivo, proprio in funzione della sussistenza di un interesse oggettivo dell' imprenditore. In base a tale impostazione, il requisito essenziale è che vi sia uno specifico interesse imprenditoriale tale da consentire «*di qualificare il distacco quale atto organizzativo dell'impresa che lo dispone, così determinando una mera modifica delle modalità di esecuzione della prestazione lavorativa ...*» (Cass. 7 giugno 2000, n. 7743; Cass. 18 agosto 2004, n. 16165; Cass. 20 gennaio 2005, n. 1124; App. Bari, sez. lav., 25 luglio 2007, R.F.I. S.p.A. e. F.A.P.). Come conseguenza di questa impostazione teorica basata sull'art. 2104 c.c., di regola la giurisprudenza non considera necessario il consenso del lavoratore interessato ai fini della legittimità del distacco.

#### **4. La gestione del rapporto del distaccato e il consenso alla fungibilità delle mansioni**

Nel distacco, il titolare del rapporto di lavoro rimane il soggetto distaccante, al quale fanno capo gli obblighi retributivi, contributivi e assicurativi, nonché quelli legati alle dichiarazioni fiscali. In particolare, il comma 2 dell'art. 30 del D.Lgs. n. 276/2003 dispone che «*in caso di distacco il datore di lavoro rimane responsabile del trattamento economico e normativo a favore del lavoratore*». Pertanto, anche dopo il distacco, il datore di lavoro distaccante è tenuto a corrispondere al lavoratore il trattamento retributivo spettante e ad adempiere agli obblighi inerenti al rapporto di lavoro previsti dalla legislazione vigente.

E' possibile, tuttavia, che le aziende interessate al distacco stipulino un accordo affinché il soggetto distaccatario provveda al rimborso di tutti gli oneri (o parte di essi) sostenuti dalla distaccante.

La norma non individua la forma scritta come un elemento essenziale per il distacco del lavoratore, anche se per la distaccante può essere opportuno formalizzare per iscritto il distacco.

Infatti, se il distacco comporta un trasferimento ad una unità produttiva sita a più di 50 km da quella originaria, mediante la comunicazione scritta il datore di lavoro distaccante può indicare le comprovate ragioni tecniche, organizzative, produttive o sostitutive che legittimano il provvedimento. La comunicazione, infine, può contenere la precisazione del periodo - determinato o determinabile - di durata del distacco.

A seguito del distacco del lavoratore, l'azienda distaccataria può esercitare il potere direttivo relativo alle modalità di esecuzione della prestazione. Spetta, invece, al datore di lavoro distaccante ogni atto che comporti la modificazione del contratto di lavoro, il potere di recesso e/o di modificazione del distacco del lavoratore (cfr. Cass. 22 marzo 2007, n. 7049, per la quale: «*In caso di distacco del lavoratore presso altro datore di lavoro, mentre quest'ultimo, beneficiario delle prestazioni lavorative, dispone dei poteri funzionali all'inserimento del lavoratore distaccato nella propria struttura aziendale, persistono fra distaccante e lavoratore i vincoli obbligatori e di potere-soggezione, mantenendo il distaccante, fra l'altro, il potere di licenziare*»).

La titolarità della gestione delle ferie resta in capo al datore di lavoro distaccante che ne deve garantire la fruizione nel rispetto della normativa vigente. Le ferie spettano al lavoratore nella misura e con le modalità previste dal contratto di lavoro applicato dal distaccante. Il datore di lavoro stabilisce il periodo di fruizione delle ferie (art. 2109 c.c.), tenendo conto, se previsto, anche delle esigenze manifestate dal distaccatario.

Il potere disciplinare può essere esercitato solo dal datore di lavoro distaccante. Tenuto conto delle caratteristiche del rapporto, il soggetto distaccatario - nella corretta attuazione del rapporto obbligatorio con il distaccante - informerà il datore di lavoro sulle motivazioni che possono determinare l'avvio di una procedura disciplinare.

In linea generale, il lavoratore distaccato continua a godere dei propri diritti sindacali con riferimento alla realtà organizzativa del distaccante. Ciò sul presupposto che il rapporto di lavoro intercorrente tra distaccante (datore di lavoro) e distaccato (lavoratore) non muta dopo il provvedimento di distacco.

Anche per quanto concerne il diritto di sciopero, non possono configurarsi limiti di esercizio in relazione al distacco (art. 40 Cost). Pertanto è sempre legittima l'astensione dal lavoro da parte del distaccato per aderire ad uno sciopero indetto dai lavoratori dell'azienda distaccante, quale che ne sia la motivazione.

L'art. 30 del D. Lgs. n. 276/2003 ha innovato non marginalmente nella disciplina del distacco.

Ha riaffermato, quali caratteristiche immanenti, la sua temporaneità, ma ha recepito – e così ci ricollegiamo al “precedente” del settore credito – la teorica della “fungibilità” derogativa dell’art. 2103 c.c., legittimando la fattispecie del “distacco con mutamento di mansioni” (art. 30, comma 3). Il predetto disposto recita che: «*il distacco che comporti un mutamento di mansioni deve avvenire con il consenso del lavoratore interessato*».

A differenza di quanto ritiene e dà per scontato un giuslavorista <sup>7</sup>, questo mutamento non è destinato, nelle intenzioni del legislatore dell'epoca, a viaggiare sul binario dell'equivalenza (giacché, se così fosse, l'esercizio dello *ius variandi* sorretto dall'equivalenza professionale, in quanto immanente al potere direttivo datoriale, non necessiterebbe di consenso alcuno, potendo pacificamente dispiegare effetti in via unilaterale), ma è una soluzione o un *éscamotage* per realizzare una variazione di mansioni legislativamente non consentita, per il caso in cui si attribuiscono al distaccato incombenze eterogenee (e non omogenee) rispetto alle precedenti che ne strutturavano l'originaria mansione. Tanto è vero che consulenti imprenditoriali suggeriscono al distaccante l'accortezza di acquisire per iscritto - tramite sottoscrizione per accettazione da parte del lavoratore della comunicazione di distacco - il convincimento di una equivalenza delle mansioni disimpegnando presso la distaccataria con la professionalità pregressa posseduta. Alla maniera, cioè, delle cd. quietanze liberatorie di fine rapporto (notoriamente inefficaci e inidonee a concretizzare rinuncia alcuna) redatte con la nota formula di stile tramite cui si pretende che il lavoratore dia atto "di non aver null'altro a pretendere in relazione all'intercorso rapporto di lavoro"

In sostanza, con il consenso del lavoratore spostato “*extra moenia*”, cioè fuori dall’azienda e distaccato presso terzi, il legislatore attuativo della cd. legge 30, si è riproposto di realizzare ciò che l’art. 2103 c.c. non gli consente “*intra moenia*” – cioè in seno all’azienda - e per tutto il tempo di titolarità del rapporto contrattuale: il mutamento di mansioni con attribuzione di posizione lavorativa professionalmente non equivalente o, nella migliore delle ipotesi, di strutturare - tramite il “consenso” - una remora psicologica corposa, ostativa ad una eventuale protesta o rivendicazione di avvenuta dequalificazione, peraltro sempre giuridicamente possibile. Il “consenso” per il distacco trova la sua corrispondenza nell’istituto della certificazione, finalizzato ad attestare, in maniera incontrovertibile secondo gli auspici del legislatore che l’ha introdotta, la qualificazione della reale natura dei rapporti di lavoro (pur sempre disconoscibile ed accertabile in sede giudiziale).

Quindi con la nuova configurazione del “distacco” non solo si sradica (come prima) il lavoratore dall’azienda – che lo stesso ha prescelto secondo le proprie preferenze individuali come originario e auspicabilmente stabile datore di lavoro – ma si pongono in essere i presupposti per giustificare, **con il “consenso” di un lavoratore in situazione di subordinazione anche psicologica e quindi gravato da timore riverenziale** (o meglio sotto ricatto per rischi ritorsivi), una sua variazione mansionistica irrispettosa dell’equivalenza professionale, sostanzialmente riconducibile alla dequalificazione.

Sul punto specifico – sul quale anche altri in dottrina <sup>8</sup> hanno espresso le loro perplessità, eminentemente chiedendosi come la disposizione *de qua* si coordini con l’art. 2103 c.c. - è intervenuto il Ministero dello Welfare con la circolare n. 3 del 15 gennaio 2004, avente ad oggetto il “distacco”.

La prosa usata dal Ministero – per quanto tenti di sottrarsi alle contraddizioni attraverso un equilibrismo lessicale – si rivela inequivoca spia del “pateracchio” legislativo. A giustificare l’*éscamotage* del “consenso”, il Ministero dice: «*Quanto alla ipotesi disciplinata dall’art. 30, comma 3, prima parte, del d.lgs. 276/2003, il consenso del lavoratore vale a ratificare l’equivalenza delle mansioni laddove il mutamento di esse, pur non comportando un demansionamento, implichi una **riduzione e/o specializzazione** della attività effettivamente svolta, **inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso***».

Quindi il consenso costituirebbe “**ratifica...di una riduzione e/o specializzazione...inerente al patrimonio professionale del lavoratore stesso**”.

Ma cos’è – in parole povere e concretamente – una “*riduzione... dell’attività svolta, inerente al patrimonio professionale*” se non una dequalificazione “quantitativo-qualitativa” dell’originaria mansione?

Insomma – siccome nella pratica sarà frequente che il distaccato debba effettuare, presso il distaccatario, mansioni diverse e disimpegnare compiti eterogenei (per qualità e/o quantità) rispetto a quelli svolti in precedenza – si è ipotizzato che tale mutamento *in peius* di

professionalità (*id est*, dequalificazione irrispettosa della nozione di equivalenza), possa essere sanato con il "consenso" a monte del lavoratore, attestazione che lo condizionerà psicologicamente anche quando successivamente dovesse eccepire o contestare una dequalificazione.

Come abbiamo già detto l'equivalenza delle mansioni è un requisito oggettivo – i cui criteri sono stati accertati dottrinalmente e giurisprudenzialmente – e se da essa, nel mutamento di mansioni correlato al distacco, ci si discosta (perché, ad es., pur destinando il distaccato presso il terzo a svolgere mansioni collocate nello stesso livello contrattuale, quest'ultime sono difformi soggettivamente in quanto comportano una vanificazione o un azzeramento della professionalità pregressa, con la necessità di impegnarsi *ex novo* ad apprendere un nuovo mestiere) non c'è consenso individuale che sani l'illegittimità compiuta. Per il semplice fatto che il consenso (sia se dato espressamente sia se presunto per acquiescenza alla dequalificazione) si scontra con la norma imperativa (di ordine pubblico in quanto rivolta a salvaguardare la professionalità collettivamente acquisita dalla classe lavoratrice) dell'ultimo comma dell'art. 2103 c.c. che, espressamente, dispone che: «*Ogni patto contrario è nullo*».

Nella nuova disciplina che riguarda - come tutta la legge n. 30/2003 e relativa normativa attuativa - l'obbiettivo della cd. elasticità, flessibilità o "fungibilità" (relativamente alle mansioni), solo la previsione dell'art. 30, comma 3, si connota di un "*favor lavoratoris*", laddove per il distacco oltre i 50km. dall'originaria sede di lavoro è richiesta al distaccante la condizione di comprovare le «*esigenze tecniche, produttive, organizzative o sostitutive*» (formulazione che reitera quella dell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001 sulla nuova disciplina del contratto a termine).

Ma, a ben vedere, si tratta di una "guarentigia di facciata" – puramente estetica – perché sappiamo per esperienza che le aziende conoscono "mille e una" possibilità di confezionare "esigenze tecniche..., etc." giustificative, specie quando la discrezionalità al riguardo gli viene conferita con una formulazione legislativa tanto ampia quanto generica, talché ai lavoratori merita consigliare una solerte vigilanza.

**Mario Meucci - Giuslavorista**

Roma, 1 luglio 2013

---

<sup>1</sup> Così tutte le più recenti decisioni di legittimità in tema di "equivalenza" tra le mansioni.

<sup>2</sup> Così, da ultimo, Cass. 23.1.2003 n. 1012, in *Not. giurisp. lav.* 2003, 438 ed *ivi* 440.

<sup>3</sup> In senso conforme al riguardo e sul punto specifico, vedi Magrini S., *La nuova disciplina del distacco*, in *Lav. prev. Oggi*, 2003, n. 12, 1888.

<sup>4</sup> Prima di essere state messe in minoranza dalla successiva giurisprudenza, si erano espresse per il consenso al distacco: Cass. sez. un. 15.2.1979, n. 982 in *Foro it.* 1979, I, 616 con nota di Barone; Cass. 6.6.1990, n. 5406, inedita a quanto consta; Cass. 20.7.1990, n. 7431, inedita; Cass. 12.11.1984, n. 5708, in *Not. giurisp. lav.* 1985, 109,1; Cass. 23.5. 1984, n. 3159, *ibidem* 1984, 428, n. 49; Cass. 16.4.1984, n. 2471, *ibidem* 1984, 560; Cass. 16.7.1983, n. 4918, inedita; Cass. 4.4.1981, n. 1921, *ibidem* 1981,347; Cass. 21.11.1978, n. 5427, inedita.

<sup>5</sup> Così Cass. 7.6.2000 n. 7743 in *Not. giurisp. lav.* 2000, 769 e ss.

<sup>6</sup> Conformi, in precedenza, Cass. 8 febbraio 1985 n. 1013, in *Mass. giur. lav.* 1985, 153., secondo cui: «*la fattispecie del comando o distacco del lavoratore...non e' necessariamente caratterizzata dalla brevità, o comunque dalla temporaneità dell'applicazione del dipendente presso il terzo, potendo questa durare, indipendentemente dalla sua minore o maggiore lunghezza, finché permanga l'interesse del datore di lavoro distaccante a mantenere la situazione di distacco, e conseguentemente anche fino alla cessazione del rapporto di lavoro, ove l'interesse predetto si sia realmente protratto sino a tale data*». Nello stesso senso, Cass. 13 giugno 1995 n. 6657, in *Not. giurisp. lav.* 1995, 675; Cass. 26 maggio 1993 n. 5907, in *Dir. prat. lav.* 1993, 2216, ecc.

<sup>7</sup> Magrini S., *op. cit.* 1888, ritiene implicito che la nuova disposizione debba imprescindibilmente essere allineata all'art. 2103 c.c. e, proprio per questo, ne ravvisa l'incongruenza o la superfluità quale manifestazione immanente del potere direttivo di "*ius variandi*" in linea con l'equivalenza tra le mansioni *a quo* e *ad quem*.

<sup>8</sup> Così Magnani M., *La riforma del mercato del lavoro e delle tipologie contrattuali*, par. 3.2. della dispensa leggibile al link [http://dirittolavoro.altervista.org/attuazione\\_riforma\\_biagi\\_dispensa\\_magnani.html](http://dirittolavoro.altervista.org/attuazione_riforma_biagi_dispensa_magnani.html).