

La ricorrente ricerca della flessibilità nelle mansioni

di

Mario Meucci - Giuslavorista

1. Sul n.4/2010 della rivista giuridica della Confindustria (notoriamente il “Massimario di giurisprudenza del lavoro”) alcuni sostenitori delle tesi datoriali si sono prodotti in considerazioni per noi inconfondibili, nel tentativo di stravolgere - tramite una interpretazione e/o prospettazione interessata - la protezione accordata dall’art. 2103 c.c. (nel testo introdotto dall’art. 13 dello Statuto dei lavoratori) alle mansioni e alla professionalità dei lavoratori.

Riferiamo di seguito le considerazioni più criticabili.

Tra le prime spicca quella (tanto astratta da suscitare sconcerto o ilarità) secondo cui non sussisterebbe un diritto del lavoratore a disimpegnare concretamente la propria prestazione ma potrebbe essere lasciato anche inattivo, purché retribuito, o secondo una variante terminologica «*esonerato dallo svolgimento della prestazione, venendogli così restituita tutta la sua libertà*» (sic!). Premurandosi i sostenitori di precisare che mentre nel caso di inutilizzazione totale del lavoratore confinato in inattività, si potrebbe incorrere nella violazione dell’equivalenza tra le mansioni vietata dall’art. 2103 c.c. o dell’art. 2087 c.c. che tutela la «*personalità morale*» del lavoratore inibendo le mortificazioni della sua dignità, nel caso in cui al lavoratore venga «*restituita tutta la sua libertà*» e quindi privato di ogni compito, non si concretizzerebbe a carico del datore di lavoro alcun inadempimento. In quanto - essi spiegano, peraltro in plateale contrasto con la consolidata giurisprudenza e la migliore dottrina giuslavoristica¹ - non esisterebbe nel nostro ordinamento un diritto del lavoratore «a lavorare». Diritto che viene da dottrina e giurisprudenza fondato sugli artt. 2, 4 e 35 Cost. in quanto il lavoro non è finalizzato solo ad assolvere la funzione di sostentamento economico personale e familiare tramite il corrispettivo retributivo ma anche la funzione (importantissima dal lato esistenziale e sociale) di consentire l’estrinsecazione e la realizzazione della personalità del lavoratore nella comunità intermedia dell’impresa, in tal modo salvaguardandone la dignità.

Un’altra perla che ci è stato consentito di riscontrare negli scritti pubblicati nella precitata rivista si sostanzia nel portare acqua al mulino datoriale della massima flessibilità del lavoratore nelle mansioni di assunzione o in quelle successivamente acquisite in ragione di maturazione professionale o progressione in carriera e in ruolo.

Sostanzialmente si prospetta una nuova nozione dello *ius variandi* datoriale, notoriamente circoscritto dall’art. 2103 c.c. nell’ambito di mansioni tra di loro «*equivalenti*» e dal diritto del lavoratore ad «*essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione*». Diritto funzionale all’inibizione virtuale di dequalificazioni e demansionamenti.

Alla normativa impositiva del requisito dell’equivalenza ed inibente il declassamento è stato, infatti, da tempo anche riconosciuto un valore superindividuale, cioè dell’essere l’art. 2103 c.c. teso non solo alla salvaguardia della dignità e personalità del singolo ma alla tutela del più elevato ed ampio «*interesse della collettività che il patrimonio di nozioni, di esperienza e perizia acquisita dal lavoratore nell’esercizio dell’attività non venga sacrificato alle esigenze dell’organizzazione aziendale del lavoro ed al profitto dell’impresa*»² mediante l’assegnazione «*del dipendente a mansioni inferiori che non consentano, nel loro espletamento, l’utilizzazione ed il conseguente perfezionamento del patrimonio professionale già acquisito, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l’accrescimento delle sue capacità professionali, con le conseguenti prospettive di miglioramento professionale*»³.

Da quanto sopra riferito consegue che per mansioni equivalenti tra le quali è legittimo lo spostamento in orizzontale debbono intendersi quelle che consentono «*nel loro espletamento, l’utilizzazione ed il conseguente perfezionamento del patrimonio professionale già acquisito, salvaguardandone il livello professionale acquisito e garantendo lo svolgimento e l’accrescimento*

delle sue capacità professionali, con le conseguenti prospettive di miglioramento professionale». Con la chiarificante specificazione secondo cui: «l'equivalenza delle mansioni contrattuali a quelle successivamente attribuite può dirsi sussistente solo quando le mansioni ad quem tengono conto della professionalità già acquisita dal dipendente; il criterio dell'inquadramento nel medesimo livello categoriale è pertanto insufficiente giacché il mutamento di mansioni può tradursi - nonostante il mantenimento del medesimo livello - in un azzeramento di ogni pregressa esperienza professionale». Statuizioni dalle quali risalta inequivocamente l'insufficienza della collocazione nel pari livello o qualifica d'inquadramento contrattuale a garantire il requisito della «equivalenza», preteso dal legislatore per accordare l'assegnazione unilaterale datoriale da una mansione all'altra.

A questa consolidata nozione i sostenitori volontari e involontari delle tesi auspiccate da parte datoriale contrappongono una interpretazione più elastica dell'art. 2103 c.c., prospettandone una «ratio» di nuovo conio (e di vero e proprio comodo per le aziende), sottesa alla sua formulazione. Asserendo che essa consisterebbe e risiederebbe «non già nella conservazione di un medesimo tipo di professionalità, bensì nel mantenimento di una professionalità del medesimo valore». E garanti del «pari valore» sarebbero le pattuizioni codificate nelle esemplificazioni dei livelli, qualifiche o categorie di inquadramento illustrative delle declaratorie, raggiunte in sede contrattuale, completamente trascurando il fatto di un inesistente e bilanciato equilibrio di forze tra gli agenti contrattuali contrapposti (associazioni imprenditoriali e OO.SS.).

La nuova nozione di equivalenza tra le mansioni che viene prospettata sarebbe quella che emerge dal riscontro di questi tre parametri di valutazione o dimensioni: «a) la dimensione della complessità, intesa come il grado di complessità dei problemi decisionali in cui qualsiasi lavoro può essere scomposto; b) la dimensione dell'autonomia, ossia il grado di discrezionalità nell'esecuzione del lavoro; c) la dimensione dell'importanza che la mansione riveste per l'organizzazione tecnico-materiale. In riferimento a tali dimensioni, saranno quindi equivalenti quelle mansioni che non risultino oggettivamente più sfavorevoli rispetto alle precedenti»⁴.

A parte la considerazione che questi parametri o requisiti di riscontro dell'equivalenza si attagliano esclusivamente alle mansioni direttive dei quadri o dei dirigenti e non già a quelle degli operai e degli impiegati esecutivi e di concetto, va rilevato che essi trascurano giustappunto la cd. specializzazione professionale acquisita o per il perfezionamento della quale i lavoratori si sono proposti all'atto dell'assunzione in azienda. L'operaio meccanico si è proposto in assunzione per fare il meccanico, non già l'elettricista inquadrato nello stesso livello retributivo di qualifica; l'autista si è proposto per condurre le autovetture non già per fare il commesso; l'impiegato esperto legale laureato in giurisprudenza si è proposto per fare il legale, non l'impiegato amministrativo laureato in economia e commercio, ovvero l'esperto di bilanci, l'esperto fiscalista, l'informatico, l'analista programmatore. Il dirigente dell'Ufficio legale – pur riscontrandosi parità decisionale, di autonomia e di considerazione in azienda con il dirigente tecnico o amministrativo inquadrati nella stessa categoria - possiede una professionalità di tipo eterogeneo rispetto a quella degli altri due, con la conseguenza che lo spostamento dall'una alle altre posizioni di lavoro è carente del requisito dell'affinità qualitativa, per cui l'attribuzione del nuovo ruolo, oltre a richiedere cognizioni da apprendere *ex novo*, implica una linea di percorso professionale oggettivamente caratterizzata da discontinuità (piuttosto che da continuità) e la nuova assegnazione, soggettivamente, può essere tutt'altro che gradita, giacché stravolge totalmente (o azzerata) la linea di specializzazione professionale intrapresa e maturata in precedenza. Non si può non convenire sul fatto che la «polivalenza» pretesa dall'imprenditore (che idealizza la figura del «lavoratore tuttotfare») va a scapito della specializzazione professionale posseduta o raggiunta del lavoratore.

L'equivalenza è, infatti, un requisito di fonte legale (l'art. 2103 c.c.) su cui, in carenza di una specificazione di dettaglio da parte del legislatore, si è realizzato un pacifico orientamento giurisprudenziale frutto di una elaborazione quarantennale di natura interpretativa, suscettibile solo di marginali o gradualmente adeguamenti da parte della stessa magistratura in correlazione ai mutamenti dell'organizzazione del lavoro, orientamento da cui non è dato prescindere sia allo stato sia in

futuro. Né la nozione di equivalenza può essere sostituita da soluzioni dottrinali di segno totalmente stravolgente l'orientamento giurisprudenziale consolidato o da affermazioni congiunte degli agenti contrattuali pattuite nei ccnl, assertrici di una presunta «equivalenza *in re ipsa*» fra mansioni eterogenee per il solo fatto dell'essere state collocate «empiricamente» dalle parti nella stessa qualifica, categoria o area professionale, giacché l'interprete autentico ed esclusivo delle norme legislative è tipizzato dall'ordinamento nel magistrato del lavoro.

Pertanto nel caso in cui vi siano divergenze tra lavoratore e datore di lavoro in presenza di spostamenti da una mansione o da un ruolo ad un altro, la nuova assegnazione non potrà essere solo unilaterale ma legittima esclusivamente in presenza di consenso del prestatore, nel caso e su richiesta – stante l'intrinseco stato di soggezione – assistito dal sindacalista aziendale di fiducia.

Quindi, concludendo sul punto, per chi conosce la realtà aziendale – a differenza di chi matura astrazioni nei dipartimenti universitari – la prospettazione delle tesi pubblicizzate dalla rivista confindustriale si rivela inaccoglibile e priva di ragionevole fondamento.

2. Rimarcata da parte nostra l'inderogabilità della normativa legale dell'art. 2103 c.c. nonché la nozione di equivalenza elaborata dopo un lungo percorso giurisprudenziale interpretativo, siamo consapevoli che – a seguito dell'evoluzione tecnologica ed organizzativa delle aziende – si possono registrare e recepire esigenze di accoglimento di una nozione di *ius variandi* e di equivalenza delle mansioni tali da contemperare equilibratamente le garanzie legali per i lavoratori con quel minimo di elasticità atta ad evitare che l'azienda sia e resti nel tempo e nonostante mutamenti indotti dall'esterno, una struttura ingessata.

In quest'ottica si è mossa, a suo tempo, Cass., SU, 26/11/2006 n. 25033 (seguita, con intenti di superamento, dalle statuizioni delle esigie e meno condivisibili Cass. n. 5285/07, n. 8596/07, n. 15053/07, n. 25313/07), la quale ha legittimato una sorta di delega alle OO:SS. nella specificazione della mansioni tra di loro equivalenti e, pertanto, assistite da fungibilità, tuttavia entro «paletti» non sormontabili, specificando – come ha ribadito ora Cass. 6/11/2009 n. 23601 – che «*la fungibilità delle mansioni previste dal contratto collettivo all'interno dell'area di inquadramento è valida solo se serve per: a) sopperire a contingenti esigenze aziendali, b) ovvero per consentire la valorizzazione professionale di tutti i lavoratori provvisti della medesima qualifica, attraverso avvicendamenti*».

Ma per i propugnatori delle tesi datoriali, giustappunto questi «paletti», finalizzati a circoscrivere quella che appare loro essere la rigidità dell'art. 2103 c.c. – quantunque accreditati tramite una deroga di favore legittimata dall'organo di nomofilachia – debbono essere abbattuti perché di ostacolo alla pretesa della piena e discrezionale mobilità datoriale dei lavoratori nelle mansioni.

Questi «paletti», infatti, presuppongono ed impongono ai datori di lavoro sgraditi oneri di dimostrazione della sussistenza dei requisiti legittimanti la fungibilità, con la conseguenza che le clausole di fungibilità – anche se pattuite in sede sindacale – se a contenuto generico e generalista, debbono considerarsi nulle *ex art.* 1418 c.c. perché contrastanti con il precetto inderogabile dell'art. 2103 c.c. che, rispetto alle pattuizioni contrattuali, ha natura di fonte regolamentare sovraordinata.

Non va peraltro mancato di ricordare che la fonte ispiratrice della delega accordata dalle SU della Cassazione nel 2006 agli agenti contrattuali per la individuazione delle mansioni ritenute equivalenti – nell'ambito dell'area, categoria o qualifica – fu indubbiamente l'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 per il pubblico impiego che disponeva che: «*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive*», superato in ordine alla fungibilità dalla dizione del contratto Regioni e autonomie locali del 1999, rinvenibile all'art. 3, comma 2, secondo cui: «*tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili*».

Esaminate le due normative del pubblico impiego da parte di Cass. 21/5/2009 n. 11835 (est. La Terza), emergono le seguenti, condivisibili, affermazioni: «il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 52 sancisce il diritto alla adibizione alle mansioni per le quali il dipendente è stato assunto, o ad altre equivalenti. Sul concetto di equivalenza, nel settore privato, come è noto, è il giudice a valutare se determinate mansioni possono essere, in concreto, ritenute equivalenti, sulla base del bagaglio professionale necessario per svolgerle. La lettera del citato art. 52 sembra invece far proprio un concetto di equivalenza «formale», ancorato cioè ad una valutazione demandata ai contratti collettivi, e non sindacabile da parte del giudice.

In quest'ottica, condizione necessaria e sufficiente affinché le mansioni possano essere considerate equivalenti è la mera previsione in tal senso da parte della contrattazione collettiva, indipendentemente dalla professionalità acquisita, evidentemente ritenendosi che il riferimento all'aspetto, necessariamente soggettivo, del concetto di professionalità acquisita, mal si concili con le esigenze di certezza, di corrispondenza tra mansioni e posto in organico alla stregua dello schematismo che ancora connota e caratterizza il rapporto di lavoro pubblico». Quanto all'analogia norma del ccnl delle autonomie locali, la stessa sentenza afferma che: «l'equivalenza in senso formale sembra peraltro ribadita dalla norma contrattuale dell'art. 3, co. 2 del c.c.n.l. del comparto Regioni e Autonomie locali che prevede che "Ai sensi del d.lgs. n. 29 del 1993, art. 56 come modificato dal d.lgs. n. 80 del 1998, tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili; l'assegnazione di mansioni equivalenti costituisce atto di esercizio del potere determinativo dell'oggetto del contratto di lavoro"».

Questo il modello di riferimento che le SU della Cassazione evidentemente si proponevano di raggiungere *lento pede* e con tutta gradualità, ingenerando aspettative a breve anche da parte dei datori di lavoro privati, pur in presenza dell'insormontabile ostacolo dell'art. 2103 c.c. Modello, invero, realizzabile più correttamente – nell'ambito del lavoro privato – solo tramite una modifica legislativa *ad hoc*, non già per effetto di autorizzazione con delega alle pattuizioni contrattuali da parte della magistratura, carente di poteri al riguardo e quindi inabilitata.

Ne consegue che, in linea di stretto diritto, le risultanze scaturite dalla delega conferita dalle SU della Cassazione alla contrattazione (pur entro gli accennati «paletti» che le circoscrivono) sono sempre sindacabili da parte della stessa magistratura (anche se il risultato sfavorevole può considerarsi scontato). La preclusione legale al sindacato giudiziario concerne, infatti, solo quelle deleghe conferite *ex lege* alla contrattazione collettiva per l'introduzione di deroghe pattizie, come è già avvenuto per la fissazione delle componenti della retribuzione utile, in deroga alla legge, ai fini del t.f.r. di cui alla l. n. 297/82, per l'individuazione dei criteri in deroga a quelli *ex lege* n. 223/91 per i licenziamenti per riduzione di personale, per la stessa ipotesi dell'abrogato art. 52, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 per il pubblico impiego in tema di equivalenza «formale» tra le mansioni, e così via.

3. Ma va detto che «non tutte le ciambelle riescono con il buco» perché tramite il d.lgs. n. 150 del 27/10/2009 (in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni) il precedente disposto dell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 è stato sostanzialmente modificato, conferendo – come nel settore privato – all'interprete giudiziario (e non ai ccnl) la valutazione in concreto delle mansioni tra loro equivalenti ai fini dell'assegnazione o spostamento dalla mansione *a quo* alla mansione *ad quem*.

Così stabilendosi: «All'articolo 52 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, il comma 1 è sostituito dai seguenti: "1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione". (...).».

Chiaramente la motivazione della modifica risiedeva non già nell'intento di conferire al giudice del lavoro il riscontro dell'equivalenza – come già sussistente nel settore privato – ma nella volontà di sottrarre al forte potere sindacale nell'impiego pubblico l'individuazione ipoteticamente “restrittiva” delle mansioni e posizioni equivalenti ai fini della mobilità orizzontale, nell'ottica di guadagnare uno spazio di maggiore discrezionalità gestionale delle risorse da parte della pubblica amministrazione. Lo spazio presuntivamente riacquistato si è tuttavia portato dietro – in caso di contenzioso – il sindacato giudiziale sull'equivalenza che in precedenza era precluso, per doversi fermare il magistrato di fronte alle pattuizioni contrattuali di equivalenza raggiunte dagli agenti contrattuali contrapposti.

Riaffermato anche nel pubblico impiego il sindacato giudiziale di riscontro dell'equivalenza tra le mansioni, non ci sembra questo davvero il momento opportuno per rendere – come sembrerebbe prospettarsi da taluni autori – le «pattuizioni contrattuali» garanti della equivalenza, tramite codificazioni insindacabili nelle esemplificazioni esplicative delle declaratorie contrattuali.

Realizzata una sostanziale omogeneità nell'impiego pubblico e nell'impiego privato, in tema di disciplina delle mansioni, riteniamo che bene fanno i contrapposti agenti contrattuali a mantenere e perfezionare le odierne esemplificazioni interne alle singole categorie contrattuali, ma devono essere consapevoli che – in caso di contenzioso e attese le sfaccettature caratterizzanti le molteplici, singole, mansioni – tali esemplificazioni possiedono solo un carattere «indiziario» in ordine all'equivalenza “soggettivamente” intesa, e, che, peraltro, non sono affatto preclusive della valutazione giudiziale, in quanto la complessità e delicatezza delle mansioni e dei ruoli può essere colta, con personalizzazione sul caso concreto, solo a seguito di una approfondita istruttoria, che rientra, in caso di contenzioso, nelle specifiche competenze del Giudice del lavoro, tenuto conto del già menzionato quarantennale ed affidabile orientamento maturato sul tema.

Resta naturalmente da auspicare una decisa ed incisiva accelerazione nell'emissione delle sentenze della magistratura che – fatta la tara della percentuale di indolenza che pure in essa alligna – si può conseguire solo con un rapido potenziamento delle risorse umane, tecnologiche e materiali del comparto giustizia, sino ad oggi sempre e pervicacemente negate, esponendo così i singoli magistrati virtuosi e indistintamente l'intera categoria alla pubblica delegittimazione, col confinarli nello scomodo ruolo del «capro espiatorio» di inefficienze e responsabilità riposanti eminentemente altrove, in sede politica.

¹ Il diritto a lavorare viene affermato, *ex multis*, in dottrina da Pera G., *Sul diritto del lavoratore a lavorare*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1991, II, 388; Scognamiglio R., *Diritto del lavoro*, Napoli 1994, 217 e ss.; Mazziotti F., *Il licenziamento illegittimo*, Napoli 1982, 242; Nogler L., *La disciplina dei licenziamenti individuali nell'epoca del bilanciamento tra i principi costituzionali*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 593. In giurisprudenza da Cass. 17/9/2008 n. 23744; Cass. 6/3/2006 n. 4766; Cass. 5/10/2004 n. 19899; Cass. 1/6/2002 n. 7967; Cass. 3/6/1995 n. 6265; Cass. 15/8/1991 n. 8835, ecc.

² Così letteralmente Cass. 27 maggio 1983, n. 3671.

³ Così Cass. 2 ottobre 2002, n. 14150, in *Lav. e prev. oggi* 2003, 343. Nello stesso senso, Cass. 17 marzo 1999, n. 2428; Cass. 10 agosto 1999, n. 8577; Cass. 3 novembre 1997, n. 10775; Cass. 11 gennaio 1995, n. 276.

⁴ Così Somvilla M., *L'equivalenza può prescindere dalla professionalità pregressa*, in *Mass. giur. lav.* 2010, 235 e ss., che riferisce in sintesi la tesi di Pisani C. espressa in *La modificazione delle mansioni*, Milano 1996, 36-138.