

SAGGIO

di Maria Costantino*

I limiti del Job Act tra i poteri direttivi del datore di lavoro e i meccanismi di tutela del lavoratore.**

Il lavoro in esame, si propone di analizzare in maniera puntuale taluni aspetti tanto innovativi quanto problematici del settore giuslavoristico, passando in rassegna gli originali profili disciplinatori dettati dal Legislatore e relativi alla gestione del rapporto di lavoro privato, oggetto di una recente novella normativa; novella che presenta indubbi spunti di riflessione e di raffronto tra l'architettura giuridica della legislazione previgente e il nuovo impianto metodologico inaugurato con l'avvento del Decreto Legislativo nr. 81 del 2015 (c.d. *Job Act*).

Tale novità normativa, per vero, si innesca nel più ampio progetto di riforma iniziato con la legge nr. 183 del 2014, sollecitando l'attenzione degli interpreti ed esponendosi a serrate critiche da parte della dottrina e, più in generale, degli operatori del settore.

A tal proposito, uno dei più interessanti aspetti dell'analisi del *Job Act* riguarda la problematica afferente al sistema di assegnazione del lavoratore a mansioni diverse rispetto a quelle contrattualmente statuite nel momento in cui sorge il rapporto di lavoro, con speciale riguardo all'attribuzione di mansioni inferiori.

Il divieto di assegnazione del dipendente a mansioni inferiori ha, sin dal principio, segnato una tappa fondamentale dell'evoluzione del pensiero

giuridico in tema di tutela del lavoratore, rappresentando un appiglio sicuro per proteggere la dignità professionale e assicurare il corretto sviluppo della personalità del lavoratore in aderenza ai dettami costituzionali.

Orbene, l'entrata in vigore del *Job Act*, esasperando le indicazioni fornite dagli orientamenti pretori più recenti e favorevoli all'introduzione di talune deroghe al divieto assoluto di *ius variandi in peius*, rischia di minare dalle fondamenta i risultati ottenuti in più di un ventennio di storia del diritto del lavoro..

A partire dalla seconda metà degli anni Sessanta tale assetto normativo subisce una inaspettata e dirompente evoluzione legislativa, destinata a mutare radicalmente la prospettiva concettuale del rapporto di lavoro, non più imperniato sulla forza condizionante esercitata dal datore di lavoro ai danni del lavoratore, ma costruita su una relazione paritetica in grado di legare in modo equilibrato i protagonisti della vicenda contrattuale.

I capolavori normativi che testimoniano l'ingresso nel sistema giuridico italiano di questo nuovo assetto regolamentare e concettuale devono essere rinvenuti nella Legge sul licenziamento collettivo e individuale (rispettivamente Legge nr 223 del 1991 e Legge nr. 604 del 1966) e nello Statuto dei Lavoratori (Legge nr. 300/1970), cui deve essere riconosciuto l'indiscusso pregio di aver introdotto numerose ed importanti norme a tutela del lavoratore a fronte dei soprusi perpetrati dal datore di lavoro a causa dell'abusivo e normativamente incontrollato esercizio dei propri diritti/poteri direttivi.

Proprio lo studio approfondito del settore lavoristico consente di introdurre la tematica su cui sarà incentrato il progetto di ricerca in questa sede presentato ed avente ad oggetto il fenomeno della mobilità verso il basso.

Del resto non può trascurarsi la circostanza che il nostro ordinamento giuridico ha aderito a taluni trattati internazionali, la cui ratifica ha comportato un'incessante opera di adeguamento del sistema agli standard normativi imposti proprio dai Trattati, in special modo i trattati istitutivi della Comunità Europea ed i successivi trattati modificativi.

Com'è noto, sebbene originariamente la comunità europea ha assolto ad una funzione di omologazione e unificazione delle sole politiche economiche dei principali paesi dell'Europa, la stessa ha successivamente assunto i caratteri di un sistema federalistico che, pur mantenendo l'autonomia giuridica ed economica dei diversi Stati membri, ha notevolmente inciso sugli assetti ordinamentali degli stessi per il raggiungimento di obiettivi di sviluppo che singolarmente nessuno Stato membro sarebbe in grado di ottenere.

Il diritto derivato costituisce, dunque, una spazio rilevante nell'architettura giuridica italiana anche nell'ambito delle politiche sociali e del lavoro, cui il Legislatore nazionale non può sottrarsi con l'inserimento nel tessuto ordinamentale di norme contrarie ai principi espressi a livello unionale.

Appare utile, pertanto, rammentare che la Carta Comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (Carta Sociale), adottata il 9 dicembre 1989, dispone che la realizzazione del mercato interno deve portare ad un

miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori nella Comunità Europea.

Tale miglioramento prevede, altresì, la partecipazione del lavoratore alla consultazione ed alla partecipazione a ciascuna importante decisione aziendale, specie nei casi in cui tali decisioni concernono un riassetto o una ristrutturazione dell'organizzazione aziendale.

Sicché, riservando l'approfondimento delle politiche protezionistiche messe in campo dall'Unione europea nell'alveo del sistema giuslavoristico, può sin d'ora ritenersi che il Legislatore nazionale è chiamato ad assicurare il massimo livello di tutela al fine di evitare il rischio di procedure di infrazione o di assunzione di ulteriori, seppur incisivi, provvedimenti posti in essere dall'ordinamento derivato.

Le fonti del diritto che si occupano del potere del datore di lavoro di esercitare lo *ius variandi* non trovano una collocazione ben definita nell'ordinamento giuridico, in quanto il Legislatore ha inteso ovviare ai problemi legati ad una rigida classificazione delle ipotesi in cui l'imprenditore acquista il diritto di procedere attraverso l'attribuzione di mansioni diverse rispetto a quelle originariamente pattuite.

Tuttavia, i principali riferimenti normativi posti a presidio del fenomeno de quo devono essere ricercati nell'articolo 2103 del Codice Civile e nell'articolo 13 dello Statuto dei Lavoratori, che ha riformulato il vecchio contenuto della regolamentazione codicistica.

Da un lato non può negarsi che il rapporto di lavoro, seppur congegnato secondo una relazione paritetica ed equilibrata che assegna un ruolo fondamentale alla tutela del lavoratore, è strutturato secondo una fisiologica posizione di gerarchia del datore di lavoro, cui l'ordinamento riconosce taluni poteri direttivi; essi si esplicitano nella potestà di imporre al lavoratore determinati compiti, determinandone contenuto e modalità di esecuzione e presupponendo un potere di vigilanza e di controllo finalizzato a verificare l'osservanza da parte dei suoi collaboratori delle direttive impartite.

Dall'altro lato, però, tale potere non è assoluto né esente da limiti e controlli. Tali limiti, infatti, sono imposti dal Legislatore attraverso la predisposizione di norme di legge e mediante il ricorso alla contrattazione collettiva ossia uno strumento che mette in contatto, a livello nazionale e/o aziendale, le parti sociali del rapporto di lavoro.

Con maggiore impegno esplicativo, deve ritenersi che le norme di legge rappresentano l'*humus* del diritto del lavoro e, grazie alla forza precettiva riconosciutagli dall'ordinamento, assolvono alla fondamentale funzione di garanzia delle istanze del lavoratore avverso l'esercizio abusivo e distorto dei poteri del datore di lavoro.

Ma tali norme presentano l'inconveniente di essere disposizioni normative generali, astrattamente applicabili all'indistinta platea dei lavoratori, trascurando le esigenze specifiche e puntuali rilevabili in ciascun settore economico-lavorativo.

Per colmare tale vuoto di tutela e raggiungere livelli di garanzia efficaci e deterrenti, il Legislatore ha introdotto nell'ordinamento lo strumento della

contrattazione collettiva, che riconosce alle parti sociali (datori di lavoro e sindacati rappresentativi di ciascuna categoria lavorativa) la facoltà di disegnare i tratti essenziali (regole economiche e normative) della gestione dei rapporti individuali di lavoro, pattuendo finanche norme volte a dirimere a livello stragiudiziale i conflitti tra le parti negoziali.

Tradizionalmente, si ritiene che l'efficacia dei contratti collettivi di lavoro sia soggetta alle disposizioni di legge ordinaria e/o degli atti aventi forza di legge, potendovi derogare esclusivamente in tutte le ipotesi in cui le previsioni contenute nella contrattazione di categoria siano migliorative ossia più favorevoli al lavoratore, considerato che lo scopo di tale strumento duttile ed efficace risiede nell'assicurare i massimi livelli di protezione di costui.

Tuttavia, l'esperienza italiana del rinvio ai contratti collettivi non ha sortito sempre i risultati attesi, in quanto le rappresentanze sindacali chiamate a tutelare il lavoratore spesso risultano dimentiche delle reali necessità dello stesso e finiscono per decretare condizioni lavorative inique e legittimanti i comportamenti abusivi del datore, tanto che la tutela dei dipendenti sembra essere sacrificata sull'altare dello sviluppo economico.

Tale tendenza, infatti, rappresenta la ragione di fondo del costante e indisturbato ricorso ai contratti a termine e dell'introduzione del nuovo sistema di assegnazione del dipendente a mansioni inferiori, non più necessariamente sorretto dalle mere ragioni tecniche ed organizzative che impongono un riassetto aziendale, ma con un meccanismo di rinvio lasciato alla mercé del potere decisionale unilaterale del datore di lavoro.

Il presente lavoro, pertanto, si occuperà di comprendere le ragioni poste a fondamento del nuovo sistema di organizzazione del rapporto di lavoro, con lo scopo di ricercare le soluzioni migliori per ovviare all'annosa questione legata alla posizione di gerarchia del datore di lavoro in pregiudizio del lavoratore e relativo al fenomeno del demansionamento.

Infatti la riformulazione dell'articolo 2103 c.c. offerta dal Decreto Legislativo nr. 81 del 2015 appare introdurre un meccanismo volto a ridimensionare il sistema di garanzia accordato dal lavoratore, eliminando in radice il necessario consenso del dipendente quale presupposto legittimante la deroga al divieto di demansionamento.

In buona sostanza, il nuovo contenuto dell'articolo in commento consente al datore di lavoro di ricorrere allo strumento dello *ius variandi in peius* unilateralmente, purché siano rispettati specifici presupposti e limiti fissati a pena di nullità dalla disposizione codicistica.

Più precisamente, tali limiti sono fissati dal comma secondo e dal comma quarto dell'art. 2103 c.c. e riguardano rispettivamente la modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore e le ipotesi previste dai contratti collettivi, ancorché tale modifica possa estendersi fino a ricomprendere solo le mansioni inferiori relative all'inquadramento professionale di appartenenza del lavoratore.

Addirittura, il comma quinto della disposizione analizzata garantisce la conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, escludendo gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa.

A ben vedere, la nuova disposizione legale solo apparentemente risulta conforme alle statuizioni costituzionali e legali poste a presidio dei lavoratori subordinati, in quanto l'attribuzione di un potere altamente discrezionale in capo al datore di lavoro travolge in modo dirompente i vecchi schemi di tutela e lascia all'imprenditore la facoltà di procedere al demansionamento ogniqualvolta decida di riassetare l'organizzazione aziendale, senza che tale riorganizzazione sia corroborata da situazioni di crisi o di sofferenza economica dell'azienda, ma soprattutto senza il preventivo consenso del lavoratore che subisce una decisione assunta dai vertici dell'impresa, senza poter ricorrere al sistema stragiudiziale e giudiziale per conservare la professionalità acquisita all'interno della compagine aziendale.

Sebbene la norma di legge risulti formalmente corretta, sotto il profilo della giustizia sostanziale e costituzionale l'assenza del preventivo consenso del lavoratore per la legittima assegnazione di mansioni inferiori appare tradire il dettato dei principi contenuti nella Carta Fondamentale, determinando altresì una rottura col sistema paritetico delineatosi all'indomani dell'entrata in vigore delle norme sopra menzionate.

L'incontrollato potere decisionale affidato al datore di lavoro, infatti, denota un'indubbia regressione verso i vecchi schemi gerarchici del passato, annichilendo ogni forma di garanzia conquistata in tanti decenni di battaglie combattute per ottenere il riconoscimento dei diritti di uomo, prima che di lavoratore.

La dignità professionale, il diritto alla conservazione della posizione lavorativa acquisita in azienda, il riconoscimento delle esperienze maturate

durante la vita lavorativa di un individuo, lo sviluppo delle capacità e della personalità sui luoghi di lavoro rappresentano un baluardo del nostro sistema giuridico che, tuttavia, con l'introduzione di disposizioni legislative come quella contenuta nel novellato articolo 2103 c.c., sono destinate a divenire mere enunciazioni di principio scevre di ogni rilevanza pratica sul piano applicativo e delle tutele del lavoratore.

Né il ricorso allo strumento della contrattazione collettiva si dimostra idoneo ad ovviare a tali inconvenienti, atteso che, come già anticipato, esso rappresenta esclusivamente la sede dei "compromessi" tra le parti sociali piuttosto che il luogo in cui alle esigenze del lavoratore viene riservato un posto privilegiato.

Esso diventa la sede in cui l'imprenditore "concede" spazi di facoltà, aspettative e diritti limitati alla categoria professionale di riferimento, fermi restando i bisogni dell'azienda, gli obiettivi imprenditoriali, l'andamento del mercato e la convenienza dell'affare.

La breve illustrazione della problematica su cui verterà il presente lavoro consente di esporre le possibili soluzioni poste a presidio del dipendente.

Certamente, la previsione dei limiti derivanti dalla contrattazione collettiva quale metodo utile a scongiurare il ricorso indiscriminato ed incontrollato alle deroghe al divieto di demansionamento si è dimostrata fallace per l'incapacità delle forze sindacali di contrastare il fenomeno della mobilità in basso.

Ne deriva che l'unica strada per contrastare il fenomeno consiste in un percorso giuridico volto ad arginare le gravi conseguenze del problema in

esame già a livello normativo primario, attraverso l'espunzione dall'ordinamento della norma di legge.

Non può revocarsi in dubbio che la riformulazione della norma in commento da un lato rompe le barriere protezionistiche costruite dal Legislatore previgente e dall'altro lato legittima le parti sociali a prevedere ipotesi altamente derogatorie del generale divieto di modifica delle mansioni in peius, finendo per divenire non più casi eccezionali ma vere e proprie regole di comportamento riconosciute giuridicamente prima che accettate socialmente.

Le istituzioni, ad ogni livello territoriale, grazie all'adesione ai trattati internazionali, posseggono tutti gli strumenti per ricercare metodi alternativi per la risoluzione delle problematiche economiche che affliggono il nostro Paese.

Non è necessario che i Governi nazionali ricorrano a misure così drastiche ed invasive per neutralizzare i rischi di crolli finanziari o per aumentare la competitività delle imprese in reale difficoltà economica, atteso che l'importanza della forza lavoro per il sistema economico è indiscussa.

Del resto, tale iter argomentativo è stato percorso costantemente dalla giurisprudenza che, stante la prossimità alle vicende specifiche che affollano le aule dei Tribunali, è stata in grado di fornire numerose indicazioni di principio per risolvere la questione, riconoscendo il diritto del lavoratore a conservare le mansioni che esprimono in modo corretto la propria personalità, la propria professionalità, le competenze e le sue capacità, così rigettando assolutamente la soluzione adottata dal Legislatore del 2015.

Ma l'opera di orientamento della giurisprudenza di merito e di legittimità appare insufficiente ed è necessario ricercare ulteriori soluzioni per ripristinare lo stato di legalità sostanziale precedente all'introduzione di tale riforma.

Si ritiene che la prima modalità di intervento del Legislatore possa essere ricercata nell'abrogazione *in parte qua* dell'articolo 2103 c.c., con l'eliminazione del potere unilaterale del datore di lavoro quale presupposto necessario e sufficiente a giustificare il ricorso all'attribuzione di mansioni inferiori rispetto a quelle svolte dal lavoratore, ancorché contenute nella medesima categoria professionale di appartenenza, in quanto costituisce una decisione altamente denigratoria della dignità del lavoratore e, più in generale, dell'individuo (art. 2 Cost.), ripristinando lo *status quo ante* alla riformulazione operata dal *Job Act*.

L'unico limite legato al ricorso al fenomeno abrogativo, secondo la tesi del giurista Sorrentino, consisterebbe nell'efficacia delimitata dell'intervento statale, posto che l'abrogazione parziale delimita temporalmente la sfera di applicabilità delle norme cui si riferisce, costruendo un vero doppio binario operativo: da un lato l'applicazione della norma *sine abrogatio* per i fatti maturatisi antecedentemente all'entrata in vigore della norma abrogante e dall'altro lato l'operatività della norma secondo le modifiche intervenute successivamente, con evidenti ripercussioni negative sotto il profilo dell'eguaglianza sostanziale.

Un'ulteriore strada percorribile dall'operatore di diritto consiste nell'incidente di costituzionalità che, richiedendo l'intervento della Corte

Costituzionale per la verifica di conformità della norma di diritto ai precetti della Costituzione, impone un vaglio di legittimità il cui mancato superamento comporta l'abrogazione della legge dichiarata incostituzionale.

Tale soluzione, tuttavia, presenta il grande vantaggio di ovviare agli inconvenienti sopra illustrati, in quanto la declaratoria di incostituzionalità di una norma primaria produce l'esito caducatorio/annullatorio della norma con effetti *ex tunc* ossia dal momento della sua emanazione, fatti salvi i soli rapporti giuridici decisi con forza di giudicato, poiché non più soggetti ai mezzi di impugnazioni ordinari (art. 136 Cost. e art. 30 della Legge nr. 87 del 1953).

Sarebbe auspicabile, tuttavia, un intervento del Legislatore, poiché l'accesso all'incidente di costituzionalità deve passare attraverso la richiesta formulata dalla parte ricorrente dinanzi al Giudice *a quo* nell'ambito di un procedimento giudiziale; il Giudice, però, dovrà necessariamente stabilire se la questione prospettata dal ricorrente è ostativa per la decisione finale.

Ne consegue che il Giudice investito della rimessione della questione dinanzi alla Corte Costituzionale potrebbe rigettare la proposta presentata dal ricorrente/lavoratore laddove non ravvisi alcun profilo ostativo alla prosecuzione del giudizio ed alla sua definizione, ancorché la richiesta sia manifestamente fondata.

Di converso, l'intervento diretto ed immediato del Legislatore supererebbe i limiti della soluzione poc'anzi prospettata e manifesterebbe in modo lapalissiano un cambio di rotta del pensiero giuridico in grado di ricostituire il sistema di tutela precedentemente accordato al lavoratore subordinato e di

indirizzare i successivi interventi riformatori, invitando gli organi competenti ad una maggiore attenzione verso le istanze della parte debole del rapporto di lavoro subordinato.

*Avvocato, esperto in diritto del lavoro

** Tema svolto durante il Corso di Preparazione Lexfor al Concorso in Magistratura.