

(1-2) MOTIVAZIONE DELL'ESERCIZIO DELLO IUS VARIANDI E CLAUSOLE GENERALI DI CORRETTEZZA E BUONA FEDE

Riv. it. dir. lav., fasc.1, 2003, pag. 46

Roberto Restelli - Avvocato in Milano

Classificazioni: FERROVIE, TRAMVIE E FILOVIE e AUTOBUS DI LINEA - Impiegati e agenti delle Ferrovie dello Stato e dell'ente ferroviario ad essi succeduto - - in genere

1. Nel caso in esame, un lavoratore viene assegnato a nuove mansioni in seguito a prescrizione della divisione sanitaria del datore di lavoro (le Ferrovie dello Stato), che segnala il pericolo di aggravamento dell'infermità del lavoratore (ipoacusia da rumore). Il lavoratore impugna il provvedimento denunciando la non equivalenza delle nuove mansioni rispetto alle precedenti, la natura disciplinare del mutamento, l'infondatezza della motivazione adottata. In primo grado il Pretore esclude sia la natura disciplinare del provvedimento, sia la sussistenza di una dequalificazione professionale (e di una riduzione della retribuzione), ma accoglie il ricorso sulla base del rilievo che, secondo le risultanze della CTU esperita in giudizio, era da escludersi la sussistenza di ipoacusia e comunque di qualsiasi aggravamento della stessa in dipendenza dell'adibizione alle mansioni precedentemente svolte. La sentenza di secondo grado, confermata dalla pronuncia in commento, una volta esclusa la natura disciplinare del mutamento delle mansioni e la dequalificazione professionale, ha ritenuto incensurabile e corretto il comportamento del datore di lavoro.

2. Il datore di lavoro, nel rispetto dei limiti dettati dall'art. 2103 c.c. ("mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione"), può variare le mansioni del prestatore di lavoro.

La modifica delle mansioni altro non è che uno dei contenuti del potere di direzione proprio del creditore della prestazione (M. Grandi, voce Rapporto di lavoro, Enc dir, vol. XXXVIII, 1987, 248; M. Brollo, La mobilità interna del lavoratore, Giuffrè, 1997, 29 ss.), potere di cui è espressione anche l'art. 2104, secondo comma, c.c. (l'imprenditore può impartire, e far impartire, "le disposizioni per l'esecuzione e per la disciplina del lavoro").

Lo ius variandi è esercitato con un negozio unilaterale recettizio a forma libera (salvo diversa previsione contrattuale e salvo i diritti di informazione di cui infra), ed è stato ricondotto all'ampio genus del diritto potestativo, pur condizionato alla ricorrenza di determinati presupposti oggettivi (G. Giugni, Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro, Jovene, Napoli, 1963, 279 e ss.).

Mentre in passato si è dibattuto a lungo circa la necessità o no di motivazione del provvedimento di trasferimento del lavoratore (con riferimento all'interpretazione di quelle "comprovate" esigenze organizzative e tecniche che l'art. 2103 c.c. considera solo in relazione al trasferimento; la questione è stata poi risolta dall'intervento di Cass., S.U., 15 luglio 1986, n. 4572, GC, 1987, I, 392, con nota di Pascucci), la motivazione del mutamento di mansioni non risulta essere stata oggetto, a quanto consta (e al di fuori dei casi di valutazioni comparative per l'assunzione o per la promozione, in presenza di una previsione circa il meccanismo di scelta: cfr. Cass. 28 agosto 2000, n. 11291, citata nella sentenza in commento, inedita a quanto consta, ma v. l'analoga Cass. 22 febbraio 1985, n. 1603, LPO, 1985, 2402), di precedenti specifiche pronunzie.

La Corte di Cassazione, nella sentenza in commento, osserva che "l'esercizio dello ius variandi è affidato alla discrezionalità del datore di lavoro - nel rispetto delle previste regole (equivalenza tra le nuove mansioni e quelle precedentemente svolte, e garanzia di irriducibilità della retribuzione) - ma non deve essere giustificato da alcuna ragione (come quelle previste per il trasferimento) né, comunque, sorretto da motivazione". Precisa altresì che "un siffatto obbligo (di giustificazione e di motivazione) non è previsto dalla legge - né da altra fonte - e non può essere autonomamente imposto dalle clausole generali di correttezza e buona fede".

Le enunciazioni appaiono rispondenti ai principi e alle norme del nostro ordinamento.

Un obbligo di motivazione nell'esercizio dello ius variandi non è previsto dall'art. 2103 c.c. (come

modificato dall'art. 13 della l. n. 300/1970) e neppure dal d.lgs. 26 maggio 1997, n. 152, il quale, dando attuazione alla Direttiva 91/533/CEE, ha stabilito che il datore di lavoro "è tenuto a fornire al lavoratore, entro trenta giorni dalla data dell'assunzione, le seguenti informazioni: (...) l'inquadramento, il livello e la qualifica attribuiti al lavoratore, oppure le caratteristiche o la descrizione sommaria del lavoro" (art. 1, primo comma, d.lgs. n. 152/1997 cit.; v. anche l'art. 96, primo comma, disp. att. al c.c.) e, dopo l'assunzione, "comunica per iscritto al lavoratore, entro un mese dall'adozione, qualsiasi modifica degli elementi di cui agli artt. 1 e 2" (art. 3 medesimo d.lgs.). La legge prevede quindi un dovere di informazione, neppure preventivo (cfr. Cass. 13 febbraio 1998, n. 1530, q. Riv., 1998, II, 450, con nota di E. Gragnoli, Mutamento delle mansioni e informazione del lavoratore), circa la qualifica attribuita o l'attività da svolgere, ma non impone di illustrare i motivi dell'assegnazione a nuove mansioni nel corso del rapporto di lavoro. Del resto l'art. 2103 c.c. sancisce, come unica condizione di legittimità dell'esercizio dello ius variandi, l'irriducibilità della retribuzione e l'equivalenza delle nuove mansioni rispetto alle ultime effettivamente svolte (sulla nozione di equivalenza, intesa dalla giurisprudenza in senso ampio, anche nell'ottica di accrescimento del patrimonio professionale del lavoratore, v. ult. A. Occhipinti e G. Mimmo, *Mansioni superiori e mansioni equivalenti*, Giuffrè, Milano, 2002). Ne consegue che il conoscere le ragioni del mutamento delle mansioni non appare funzionale al diritto del lavoratore di impugnare tale provvedimento (e l'onere di provare in giudizio l'equivalenza grava sul datore di lavoro).

Come osservato nella pronuncia in commento, le clausole generali di correttezza e buona fede non introducono diritti ed obblighi diversi da quelli legislativamente o contrattualmente previsti. Viene a tal fine richiamata la pronuncia delle Sezioni Unite in tema di parità di trattamento (Cass., S.U., 17 maggio 1996, n. 4570, in GC, 1996, I, 1899, con nota di Del Punta e in q. Riv., 1996, II, 765, con nota di Chieco), la quale ha sancito che le clausole generali di correttezza e buona fede "attengono alle modalità comportamentali ed esecutive del contratto quale esso è e non quale si vorrebbe che fosse"; che tali regole non possono essere forzate "al punto di introdurre nel rapporto diritti e obblighi patrimoniali che il contratto non contempla"; che esse non sono invocabili in caso di eventuale diversità di trattamento non ricadente in alcuna delle ipotesi legali (e tipizzate) di discriminazione vietate. La successiva giurisprudenza ha più volte ribadito che gli artt. 1175 e 1375 c.c. "non fondano autonome obbligazioni, che peraltro sarebbero di incerta identificazione, ma precisano le modalità di comportamento nell'esecuzione del contratto, nell'adempimento delle obbligazioni o nell'esercizio dei diritti, stabiliti dalle leggi o da contratti" (Cass. 30 marzo 1998, n. 3398, NGL, 1998, 316; Cass. 5 ottobre 1998, n. 9867, NGL, 1999, 184, citata dalla sentenza in commento; Cass. 27 luglio 1999, n. 8141, ined.). Cfr. anche Cass. 20 aprile 1994, n. 3775 (GC, 1994, I, 2159, citata nella sentenza in commento), ove si precisa che il dovere di correttezza determina integrativamente il contenuto o gli effetti del contratto (secondo il noto principio per cui ciascuno dei contraenti è tenuto a salvaguardare l'interesse dell'altro) e si pone nel sistema come "limite interno" di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente assunta.

In dottrina cfr., in generale, L. Castelvetti, *Correttezza e buona fede nella giurisprudenza del lavoro. Diffidenze e proposte dottrinali*, relazione al convegno del 21 novembre 2000 promosso dal Centro Nazionale Studi di Diritto del lavoro "D. Napoletano", DRI, 2001, 237; M.T. Saffiotti, *Le clausole generali di buona fede e correttezza e la posizione del lavoratore subordinato*, Giappichelli, Torino, 1999.

3. La sentenza in commento, infine, nell'affermare l'inesistenza di un obbligo di motivazione derivante dalle clausole generali di correttezza e buona fede, ritiene tuttavia che "ciò non esclude che il datore di lavoro - nell'esercizio dello ius variandi, affidato alla sua discrezionalità - possa violare quelle clausole generali", le quali "impediscono che l'esercizio della discrezionalità possa sfociare in una discriminazione, vessazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno di controparte".

L'affermazione merita alcune precisazioni.

Va in primo luogo considerato che l'ordinamento, per il caso di esercizio dello ius variandi da parte del datore di lavoro, prevede una serie di strumenti a tutela del lavoratore:

_ l'art. 2103 c.c. impone l'irriducibilità della retribuzione e l'equivalenza delle nuove mansioni rispetto alle ultime effettivamente svolte (sulla nozione di equivalenza, intesa dalla giurisprudenza

in senso ampio, anche nell'ottica di accrescimento del patrimonio professionale del lavoratore, v. A. Occhipinti e G. Mimmo, op. cit.);

_ l'art. 15, l. n. 300/1970 sancisce espressamente la nullità degli atti discriminatori, tra cui annovera qualsiasi patto od atto diretto a discriminare il lavoratore "nella assegnazione di qualifiche o mansioni" o a "recargli altrimenti pregiudizio" a causa della sua affiliazione o attività sindacale ovvero della sua partecipazione ad uno sciopero, ed altresì a fini di discriminazione politica, religiosa, razziale, di lingua o di sesso (cfr. anche l'art. 4 l. n. 125/1991, che vieta "qualsiasi atto, patto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando anche in via indiretta le lavoratrici o i lavoratori in ragione del loro sesso"; l'art. 44, primo comma, lett. f), del d.lgs. n. 286/1998, che vieta "qualsiasi atto o comportamento che produca un effetto pregiudizievole discriminando, anche indirettamente, i lavoratori in ragione della loro appartenenza ad una razza, ad un gruppo etnico o linguistico, ad una confessione religiosa, ad una cittadinanza");

_ più in generale, l'art. 1345 c.c. permette al lavoratore di provare l'imputabilità del provvedimento del datore di lavoro a un motivo illecito determinante (per un'applicazione della norma al recesso per mancato superamento della prova, anch'esso espressione del potere discrezionale del datore di lavoro e privo di un obbligo di motivazione, cfr. Cass. 12 marzo 1999, n. 2228, q. Riv., 1999, II, 802).

In secondo luogo il giudizio di buona fede andrebbe condotto, secondo autorevole dottrina, "alla stregua di tipi normali di comportamento riconosciuti come norme sociali", ed è importante distinguere tra la buona fede e l'equità integrativa del contratto (art. 1374 c.c.) per "evitare che sotto il nome della buona fede si insinuino un giudizio di equità modificativo del regolamento legale" (così L. Mengoni, Spunti per una teoria delle clausole generali, RCDP, 1986, 13 e ss.. Cfr. anche M. Persiani, Considerazioni sul controllo di buona fede dei poteri del datore di lavoro, DL, 1995, 135 e ss., e F.D. Busnelli, Note in tema di buona fede ed equità, RDC, 2001, spec. p. 555). I tipi normali di comportamento, secondo detta dottrina, "hanno la funzione di rendere possibile l'individuazione di un embrione di fattispecie, deducendola da modelli di condotta già consolidati nell'esperienza" (L. Mengoni, op. cit.; M. Persiani, op. cit., 145). Con la conseguenza che "rispetto all'esercizio del potere di assegnare o modificare le mansioni non sono individuabili tipi normali di comportamento" (M. Persiani, op. cit., 151, ove riferimenti; contra A. Perulli, La buona fede nel diritto del lavoro, RGL, 2002, I, 3), in ragione dei molteplici fattori che possono venire in rilievo (attitudini del singolo, considerazione dell'ambiente in cui la prestazione è destinata ad inserirsi, scelte organizzative e obiettivi aziendali), di volta in volta variabili. Con l'ulteriore conseguenza che, nel caso di esercizio dello ius variandi da parte del datore di lavoro, non sembra possibile individuare ipotesi d'illegittimità al di fuori di specifiche previsioni normative o contrattuali (in questo senso pare anche Cass. 3 giugno 2000, n. 7440, NGL, 2000, 717, cit. nella sentenza in esame: "la collocazione e il successivo spostamento del personale nei vari reparti dell'azienda è un momento essenziale del potere autorganizzativo del datore di lavoro, di per sé sottratto ai limiti relativi ai trasferimenti, e quindi non sindacabile in mancanza di specifici elementi che evidenzino una discriminazione o una mera vessazione del soggetto").

Il risultato messo in evidenza dalla Corte nella sentenza in commento (e cioè l'impedire che l'esercizio della discrezionalità sfoci "in una discriminazione, vessazione o, comunque, in un mero arbitrio in danno di controparte") appare in realtà perseguibile sulla base delle norme esistenti, senza che vi sia la necessità (né, secondo la dottrina sopra illustrata, la possibilità) di ricorrere all'applicazione delle clausole generali di correttezza e buona fede (v. anche F.D. Busnelli, Note in tema di buona fede ed equità, cit., ove si segnala il pericolo di vaghezza nella prospettiva di allineamento della buona fede alla nozione di "ragionevolezza"); e ciò tanto più nella ritenuta inequivoca assenza di violazione di norme contrattuali o di legge (nel caso in commento è stato riconosciuto, in tutti i gradi del giudizio, il rispetto della regola di equivalenza delle mansioni, il rispetto della garanzia di irriducibilità della retribuzione, l'inesistenza di un intento discriminatorio).

Sembra valere, anche in questo caso, l'osservazione che "la lettura per esteso delle varie sentenze conduce a ritenere che spesso si faccia richiamo al principio di correttezza e buona fede ma altrettanto spesso la questione controversa, realmente, si risolve sulla base di altri criteri concorrenti" (C. Sala, Il principio di correttezza e buona fede nel diritto del lavoro alla luce delle

sentenze più significative dell'ultimo decennio, relazione al convegno del 21 novembre 2000 supra cit., DRI, 2001, 249).

Le altre sentenze edite, citate in motivazione sui profili oggetto della presente nota, sono: Cass., S.U., 19 ottobre 1990, n. 10178, GC, 1991, I, 599; Cass. 23 luglio 1997, n. 6900, ibid., 1997, I, 2727. Cass. 18 gennaio 2001, n. 682 e Cass. 21 giugno 2000, n. 8468, anch'esse citate in motivazione, sono a quanto consta inedite.

Circa gli effetti solo risarcitori dell'eventuale violazione dei doveri di correttezza e buona fede si veda, da ultimo, Cass. 9 novembre 2001, n. 13926, in motivazione, q. Riv., 2002, II, 336.