ISSN 2385-1236
I Quaderni della commissione

I Quaderni della Commissione

2020

I Quaderni della Commissione

In questo numero

Le recenti tendenze del conflitto collettivo nei servizi pubblici essenziali *di Giuseppe Santoro-Passarelli*

Intervista al Segretario generale della UIL, Pierpaolo Bombardieri

Conversazione su Gino Giugni *di Francesco Liso*

L'astensione collettiva dalle udienze penali alla luce dei recenti interventi giurisprudenziali *di Alessandra Quaini*

Cenni su contratto collettivo e inderogabilità *di Matteo Verzaro*

Osservatorio di giurisprudenza

Massimario delle delibere della Commissione

Commissione di garanzia dell'attuazione della legge sullo sciopero nei servizi pubblici essenziali

2020

CONTRIBUTI

Cenni su contratto collettivo e inderogabilità

di Matteo Verzaro
Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro nella Università degli Studi Roma Tre

Sommario: 1. La funzione protettiva del diritto del lavoro e l'inderogabilità. – 2. Distinzione tra derogabilità e rinvio della legge al contratto collettivo. – 3. La crisi dell'inderogabilità: dalla deroga collettiva alla deroga individuale.

1. *La funzione protettiva del diritto del lavoro e l'inderogabilità.* – Il diritto del lavoro ha da sempre uno stretto collegamento con le vicende sociali che hanno influito nello sviluppo e nel cambiamento delle forme politiche e giuridiche degli Stati nel corso del tempo. Forse non potrebbe essere diversamente, visto che esso rispecchia in se stesso quello che, specialmente in anni più lontani (ma non così troppo), è il conflitto tra diverse condizioni giuridiche e soprattutto tra interessi contrapposti: datori di lavoro e lavoratori. I primi con l'esigenza di limitare i costi di produzione, al fine di svolgere un'attività imprenditoriale; i secondi con la necessità di procurarsi il reddito necessario ai fini del perseguimento del loro programma di vita.

Sorge il problema di come realizzare il bilanciamento tra questi interessi e la tutela della parte debole del rapporto, del mezzo con il quale esprimerla *in primis* nei confronti dell'autonomia delle parti nella regolamentazione del rapporto e, successivamente, della disponibilità del lavoratore dei suoi diritti all'interno della prestazione lavorativa.

Occorre un mezzo[1] che limiti i pote-

[1] Si utilizza il termine *mezzo* per distinguere l'inderogabilità dalla funzione del diritto del lavoro. In altre parole, la funzione protettiva del diritto del lavoro viene realizzata attraverso la tecnica della norma inderogabile, che rimane però ben distinta dall'incarnare la funzione. Così che qualora venisse meno l'inderogabilità – come si vedrà successivamente in queste pagine –, il diritto del lavoro non perderebbe la sua vocazione principe e cioè la tutela del lavoratore, che dovrebbe però, a questo punto, essere realizzata attraverso un'al-

ri dispositivi delle parti e che assicuri, caducandone la sussistenza e l'efficacia, la prevalenza e l'effettività della tutela costruita dall'ordinamento. Il *come* assume così la connotazione e la sostanza di un istituto: l'inderogabilità[2].

La prima incidenza della norma inderogabile si riscontra sulla autonomia contrattuale delle parti che viene limitata rispetto alla regola civilistica e generale dei contratti, la quale prevede che «le parti possono liberamente determinare il contenuto nei limiti imposti dalla legge» (art. 1322, comma 1, c.c.). Lasciare alle parti la libertà di determinare *in toto* il contenuto del contratto presuppone che le stesse si pongano in una condizione di parità contrattuale e che dunque godano dello stesso potere dispositivo ai fini del raggiungimento dell'accordo sul contenuto del contratto.

La situazione di disparità delle parti del rapporto di lavoro fa sì, invece, che questa autonomia sia limitata e che il contenuto sia delineato da fonti eteronome (legge e contratto collettivo) al fine di riequilibrare le posizioni dei contraenti e di assicurare tutela, nella veste di trattamenti minimi, al lavoratore[3]. È evidente che le parti contrattuali perseguano ognuna il proprio individualistico

---

tra tecnica. Si veda d'altronde quanto scrive M. Novella, *L'inderogabilità nel diritto del lavoro. Norme imperative e autonomia individuale*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 2: «Assunto a postulato il fine della protezione del lavoratore, la limitazione dell'autonomia negoziale individuale attraverso norme imperative è presentata come la tecnica regina di regolazione delle condizioni di scambio della prestazione lavorativa, il principale (perché ritenuto più incisivo) mezzo tecnico-giuridico attraverso il quale l'ordinamento assicura l'obiettivo della protezione del prestatore di lavoro».

2 R. De Luca Tamajo, *La norma inderogabile nel diritto del lavoro*, Jovene, Napoli, 1976, p. 46. In questo classico studio sul tema, l'A., nel constatare l'evoluzione dell'ordinamento privatistico con il crescente innestarsi di norme inderogabili, evidenzia che il rapporto tra diritto del lavoro e inderogabilità non è soggetto ad evoluzione propria, in quanto: «Nel *diritto del lavoro*, invece, il ricorso allo strumento dell'inderogabilità – lungi dal connettersi ad una vicenda evolutiva – trova giustificazione nelle stesse caratteristiche genetiche ovvero appare coessenziale al suo stesso porsi. Sin nella sua origine storica (e nella sua essenza più profonda) l'ordinamento del lavoro rivela, infatti, la propria vocazione a contrapporsi al principio della libertà contrattuale ed a sottrarre gli interessi del lavoratore al libero gioco dell'autonomia privata».

3 Su questo punto, v. *amplius* R. De Luca Tamajo, *ult. op. cit.*, pp. 46 ss. ed anche C. Smuraglia, *Indisponibilità e inderogabilità dei diritti del lavoratore*, estratto da L. Riva Sanseverino e G. Mazzoni (diretto da), *Nuovo trattato di diritto del lavoro*, vol. II, Cedam, Padova, 1970, p. 5, che chiarisce: «In buona sostanza, poiché la parità delle parti esiste solo in astratto e quindi non vi è coincidenza tra le rispettive libertà di autodeterminazione, la stessa autonomia contrattuale potrebbe risultare spesso come un puro *nomen*, se non intervenisse un complesso di norme diretto a salvarla, proprio con l'istituzione di una serie di limiti».

interesse e che il datore di lavoro, in una posizione più forte, può subordinare quello del singolo lavoratore che si presenta in uno stato di bisogno lavorativo[4]. Rendere inderogabili, ovvero sottrarre alla disponibilità delle parti la regolamentazione di alcune fattispecie e stabilire la loro inderogabilità *in peius* costituisce la tecnica più efficace per realizzare la tutela del lavoratore.

In questa fase, e così nella costruzione classica, il paradigma della norma inderogabile si atteggia unilateralmente, sancendo il procedimento logico che vede le clausole, che derogano in veste peggiorativa alle fonti eteronome, colpite da nullità parziale *ex* art. 1419, comma 2, c.c. e la sostituzione delle stesse con le clausole conformi secondo la lettera dell'art. 1339 c.c. Un processo sanzionatorio che si inquadra nella disciplina generale dei contratti e che colpisce una regolamentazione contraria all'interesse dell'ordinamento[5] per la protezione e la tutela del lavoratore, assicurandogli l'imperatività del trattamento minimo all'interno del rapporto lavorativo[6].

Assicurata quindi la protezione del lavoratore a livello individuale con l'inderogabilità *in peius* del trattamento, bisogna ora vedere come l'inderogabilità si pone in rapporto alle varie fonti eteronome: legge e contratto collettivo.

La legge ordinaria deve rispondere innanzitutto ai precetti costituzionali, che prevedono già un apparato di tutela e dunque un indirizzo che deve essere realizzato dalla legislazione. A ciò si aggiunge l'autonomia collettiva, discendente dall'art. 39,

---

4 Come nota R. Scognamiglio, *Autonomia contrattuale e rapporto di lavoro*, in *Scritti giuridici. vol. II – Diritto del lavoro*, Cedam, Padova, 1996, pp. 823 – 824: «I lavoratori subordinati sono indotti dalle condizioni socio-economiche di vita, in cui versano, ad alienare ad altri le proprie energie psico-fisiche per trarne i mezzi di sostentamento per sé e la famiglia non solo, ma anche per realizzare gli interessi, professionali e personali inerenti alla effettuazione della prestazione. Cosicché non sono in grado di svolgere un ruolo effettivo nella stipula del contratto al fine di stabilire le condizioni economico-normative di trattamento».

5 Sulla limitazione dell'autonomia ai fini della tutela di interessi superindividuali, si vedano le attente considerazioni di R. De Luca Tamajo, *ult. op. cit.*, pp. 24 ss.

6 Per la differenza che si pone quindi tra l'autonomia contrattuale nel diritto civile e quella nel diritto del lavoro ai fini della determinazione del contenuto del contratto, si rimanda a quanto scrive R. Scognamiglio, *Il diritto civile e del lavoro ancora a confronto*, in *Riv. it. dir. lav.*, n. I, 2014, p. 184: «Nel diritto del lavoro, a differenza di quel che avviene nel diritto civile, il contratto crea l'obbligazione di prestare l'attività lavorativa ma non la governa, rinvenendosi la sua regolamentazione nelle norme di legge e nei contratti collettivi. Il rapporto di lavoro nasce ma non si identifica nel contratto, per cui caratteristica del diritto civile dei contratti è la flessibilità ed invece del diritto del lavoro la rigidità».

comma 1, Cost., che procede come articolazione del conflitto degli interessi collettivi e che assicura l'evoluzione e l'adattamento delle tutele ai livelli professionali in cui si esplica l'autonomia collettiva.

È quindi ravvisabile, sulla scorta delle considerazioni del Simi, un «duplice principio di garanzia, da un lato, di un trattamento minimo inderogabile, che le singole norme concorrono a costruire; e dall'altro, del libero esplicarsi dell'autonomia privata, quando o purché rispetti tale minimo protettivo»[7]. È interessante notare, allora, che la legge, per se stessa con forza inderogabile, disciplina il reticolato delle tutele minime, c.d. tutele legali, assicurate al lavoratore, assumendo così un ruolo primario rispetto alla regolazione contrattuale del rapporto. Interviene dunque sull'autonomia delle parti e si impone alla stessa ai fini del principio di garanzia, cosicché la contrattazione collettiva – nella costruzione classica si potrebbe dire mai, in quella attuale invece è possibile quando espressamente concesso – non possa derogare alla legge in quanto ad essa subordinata, seppur si presenti nella veste di fonte eteronoma[8].

In altre parole, nonostante il contratto collettivo assuma un valore esorbitante rispetto a quello di contratto di diritto comune, in quanto si pone come inderogabile da parte della contrattazione individuale, qualificandosi come *contratto con funzione normativa*[9], resta comunque subordinato gerarchicamente alla legge, cosicché «il coordinamento tra il comando della legge e il comando autonomo si ha nella piena subordi-

7 V. Simi, *Il favore dell'ordinamento giuridico per i lavoratori*, Giuffrè, Milano, 1967, p. 95. L'A. evidenzia la «simbiosi indefettibile» tra le due componenti della «tutela preferenziale», in quanto la legge assicura la difesa del lavoratore nei «suoi diritti essenziali», mentre la contrattazione collettiva consente, in modo «indefinito e libero», il miglioramento delle condizioni del lavoratore. Il concorso tra legge e contratto collettivo garantisce dunque che l'evoluzione ad opera del contratto venga «provocata e guidata» dalla legge nella direzione voluta.

8 Sulla qualificazione di fonte eteronoma si vedano le considerazioni di F. Carnelutti, *Teoria generale del diritto*, Ed. Il Foro Italiano, Roma, 1951[3], pp. 55 ss. In particolare sulla differenza tra autonomia ed eteronomia, l'A. nota: «codeste due parole sono così chiare da rendere superfluo ogni commento: il comando proviene o non proviene da coloro o da colui a cui si rivolge». Cosicché la «formazione del comando avviene *inter partes*» e dunque nell'ambito di una fonte autonoma.

9 Si riprende qui la qualificazione di F. Santoro-Passarelli, *Dottrine generali del diritto civile*, Jovene, Napoli, 2012[9], p. 219. Si vedano anche le considerazioni critiche e di prospettiva di M. Grandi, *Normatività privata e contratto collettivo*, in AIDLaSS, *Il sistema delle fonti nel diritto del lavoro*, Giuffrè, Milano, 2002, pp. 216 ss.

nazione del secondo al primo»[10]. La contrattazione collettiva si deve sviluppare, allora, sulle linee teleologiche indicate dalla legge in uno stretto rapporto con essa e muovendosi in una prospettiva di tutela ulteriore e migliorativa rispetto al trattamento minimo legale.

2. *Distinzione tra derogabilità e rinvio della legge al contratto collettivo.* – Figura centrale della regolamentazione del rapporto di lavoro è il contratto collettivo – inteso qui in senso generale, ovvero a prescindere dal livello – che disciplina i rapporti tra le parti del conflitto e detta un quadro di statuizioni che i singoli devono rispettare in sede di contrattazione individuale.

Ma il contratto collettivo non è l'unica fonte a cui il diritto del lavoro fa riferimento (a cui cioè si guarda per rinvenire quelle norme imperative della disciplina dei rapporti di lavoro), bensì esso deve convivere con la legge e il contratto individuale.

Se per il secondo non è messo in dubbio, in generale, un ruolo di preminenza del contratto collettivo, per la prima deve instaurarsi un rapporto di coordinamento e di competenze riguardo ai poteri e alle materie su cui la contrattazione collettiva può intervenire.

La legge, infatti, svolge primariamente – ma certamente non si ferma qui – un ruolo di guida della contrattazione collettiva, incentivandone lo sviluppo e stabilendone i limiti di operatività, in quanto – è bene ricordarlo – il contratto collettivo è pur sempre espressione dell'autonomia privata e dunque la legge, nel sistema di gerarchia delle fonti, è sovraordinata ad esso, sancendone così l'ineludibile rispetto[11].

C'è però da osservare che la stessa legge può ampliare il campo d'azione del contratto collettivo, *rectius* le facoltà spettanti all'autonomia collettiva, consentendo deroghe, anche peggiorative, e dunque la possibilità di predisporre una diversa disciplina rispetto a quella legale, od operando rinvii, ossia attribuendo competen-

---

[10] V. Simi, *ult. op. cit.*, p. 96. Ed ancora, alla luce «dell'efficacia sostitutiva eccezionale della legge» per la garanzia del minimo protettivo: «Chi ben guardi, si ha qui il riflesso del principio di sussidiarietà sociale che regola i rapporti fra la comunità maggiore, quelle minori e i singoli, nel senso appunto che l'intervento della prima è consentita solo suppletivamente quando gli altri soggetti non siano in grado di realizzare il fine voluto».

[11] G. Giugni, *Diritto sindacale*, Cacucci, Bari, 2015, p. 204: «Lo schema classico, tuttora valido, di regolamentazione di questo rapporto è nel senso che l'autonomia privata è subordinata alla legge. Più specificatamente, le norme di legge predispongono un livello di tutela minima per i lavoratori mediante norme unilateralmente inderogabili e il contratto collettivo, al pari del contratto individuale di lavoro, in linea generale può apportare deroghe migliorative al trattamento dei lavoratori, ma non può dettare disposizioni peggiorative della tutela predisposta dalla legge».

za regolatoria per un certo profilo al contratto collettivo.

In altre parole: la legge può prevedere che i contratti collettivi dispongano una disciplina in deroga peggiorativa ai trattamenti fissati dalla stessa, in considerazione delle esigenze economiche e di flessibilizzazione del mercato del lavoro, ridimensionando così il principio del *favor* per il lavoratore. Allo stesso modo, può prevedere che una determinata disciplina venga dettata interamente dal contratto collettivo: svolgendo così la legge una funzione o di guida, predisponendo cioè i principi da seguire, o di *default*, ossia nei casi in cui la contrattazione non è intervenuta sulle materie in cui avrebbe potuto liberamente esplicarsi – si pensi all'art. 5 della legge n. 223/1991 –, disponendo in tal modo una disciplina dettata dalle parti e applicabile a quel rapporto invece di quella legislativa, che torna così nel suo valore dispositivo e inderogabile, dato appunto il mancato raggiungimento dell'accordo tra le parti contrattuali.

Nel primo caso, quindi, la legge non detta alcuna regola, ma solo dei principi che devono ispirare la disciplina che verrà precisata dal contratto collettivo, nel secondo, invece, la legge regola in maniera puntuale la fattispecie, ma consente alle parti di disporre diversamente, avendo la disciplina legale solamente una funzione residuale in caso di *vacuum pacti*.

Si può allora dire che l'autonomia privata, che crea il contratto collettivo, se è generalmente libera[12] per ciò che concerne la derogabilità *in melius*, non lo è per la derogabilità *in peius*, occorrendo una disposizione di legge che lo consenta; che consenta cioè la possibilità per la contrattazione collettiva di disporre diversamente, ed anche in via peggiorativa, a quei trattamenti minimi che la legge prevede. Allo stesso modo che per il rinvio, che viene espressamente previsto, si accorda, così, alla con-

[12] Si vedano le considerazioni di R. De Luca Tamajo, *Leggi sul costo del lavoro e limiti all'autonomia collettiva (Spunti per una valutazione di costituzionalità)*, in R. De Luca Tamajo e L. Ventura (a cura di), Il diritto del lavoro nell'emergenza (La legislazione degli anni 1977-1978), Jovene, Napoli, 1979, pp. 153 – 154, che a proposito dell'autonomia collettiva, «la quale, all'infuori delle limitazioni imposte in materia di contingenza, resta ancora libera e sovrana», nota che: «se inderogabilità bilaterale significa innanzitutto strumento di perequazione, di contenimento e di razionalizzazione dei trattamenti del lavoro subordinato e se tali obiettivi sono entrati a pieno titolo nei programmi delle forze politiche (e in buona misura anche nella strategia del movimento sindacale) è facile prevedere che il ricorso a tale strumento non sarà poi così episodico e congiunturale; senza peraltro dimenticare che tradizionalmente sono proprio i periodi di crisi economica a innescare nel potere politico una sorta di insofferenza nei confronti dell'autonomia contrattuale e delle sue "immunità"».

CONTRIBUTI

trattazione collettiva la possibilità di regolare quell'aspetto, oppure si rinvia, *si partes volunt*, l'intera disciplina al contratto collettivo e si prevede una normativa residuale, e dunque più rigida rispetto alle esigenze del caso concreto, qualora l'accordo non intervenga.

Non si è qui inteso riferirsi al livello del contratto collettivo, ma vale la pena evidenziare che per come è strutturata – almeno fino ad ora, ma già in fase di destrutturazione[13] – la legislazione in merito alla deroga ed al rinvio, essa si presenta in via di *soft law* per i contratti collettivi nazionali, mentre interviene come *hard law* per quelli aziendali, in quanto per i primi la compressione che può operare la legge sull'autonomia collettiva è di minore incidenza, mentre per i secondi si prevedono materie e limiti entro cui operare.

3. *La crisi dell'inderogabilità: dalla deroga collettiva alla deroga individuale.* – Il legislatore del *Jobs Act*, riscrivendo la disciplina delle mansioni ed intervenendo sulle clausole elastiche del *part-time*, ha previsto possibilità di operatività delle parti individuali con un'apertura di contenuti che può sbalordire l'impianto classico del diritto del lavoro.

In questo, infatti, i campi d'azione dei singoli erano ristretti e certo non orientati a derogare *in peius* alla disciplina legale o contrattual-collettiva, prospettandosi, invece, un vincolo alle pattuizioni individuali ed una loro dipendenza dalle previsioni delle fonti eteronome.

Il vecchio schema, allora, era orientato a tener salda, in via generale, l'inderogabilità della norma legale, da cui le parti, collettive od individuali, se concesso, potevano muovere per articolare le proprie trattative in una prospettiva migliorativa.

Permaneva nel diritto del lavoro la funzione protettiva del lavoratore e da ciò discendeva l'inderogabilità dei trattamenti e delle previsioni normative.

Questa impostazione ha cominciato, però, a piccoli passi a venir meno: non più norme legali inderogabili, ma norme che rinviano ai contratti collettivi la previsione della disciplina; e poi, di fronte all'eccezionalità e all'acuirsi della crisi economica globale, la concessione in via legislativa (art. 8 della l. n. 148/2011) alla contrattazione di prossimità di derogare ai CCNL e soprattutto alla stessa legge.

Si sono, poi, recentemente aperti i problemi di coordinamento di quest'ultima norma con la nuova previsione dell'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015, che ha disposto, seppur nei limiti del decreto delle tipologie

[13] Si allude all'art. 51 del d.lgs. n. 81/2015 ed alle conseguenze del suo raccordo con l'art. 8 della l. n. 148/2011.

contrattuali, l'equiparazione tra contratti collettivi di diverso livello.

Dunque, l'autonomia collettiva sta assumendo un ruolo di primo piano e non più solo quella di livello nazionale, ma anche e soprattutto quella di livello aziendale, considerata maggiormente in grado di soddisfare le esigenze dei lavoratori e del datore di lavoro nel contesto produttivo.

Ma se lo spazio dato ai contratti collettivi aumenta e la loro possibilità di *diversa previsione* rispetto alla norma legale si espande grazie alla stessa norma, allora la norma inderogabile, che manteneva ferma e uguale per tutti, perché posta in via generale, quella previsione o quel trattamento, che fine fa?

Certo, si va affermando la flessibilizzazione delle discipline per rispondere alle esigenze del mercato e alla maggiore competitività dell'economia e da questo il legislatore non può prescindere, correndo altrimenti il rischio di lasciare le proprie norme inapplicate dai soggetti delle relazioni industriali e quindi "atrofizzate" nelle loro previsioni, essendo esse meccanismi "vivi" che vengono alimentati dall'utilizzo e non dall'inerzia[14]. C'è dunque bisogno di un adattamento delle regole al contesto in cui si inseriscono per continuare ad essere valide per gli operatori del sistema[15].

In tale prospettiva, si può anche dire che la deroga viene affidata a soggetti collettivi qualificati, o meglio che siano maggiormente rappresentativi, ossia che possano rappresentare concretamente una buona parte di lavoratori, seppur nella tutela dell'interesse collettivo, e quindi diverso da quello proprio di ciascun lavoratore. L'associazione sindacale mantiene, così, il suo ruolo di trattativa potendo riequilibrare la posizione contrattuale dei lavoratori con il datore di lavoro.

Cosa accade, allora, se la norma di legge concede spazio all'autonomia individuale e per di più con facoltà di deroga?

Si pensi al comma 6 dell'art. 2103 c.c., ove il lavoratore concorda con il datore di lavoro l'assegnazione a mansioni inferiori, potendo acconsentire anche a trattamenti peggiorativi, cui si affianca la tutela della stipula in sede protetta. In questo caso è il lavoratore che tratta, per un

[14] Rileva C. Cester, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, in AIDLaSS, *Inderogabilità delle norme e disponibilità dei diritti*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 15: «l'annunciata crisi dell'inderogabilità, infatti, non è tanto crisi di tecnica regolativa, ma, essenzialmente, crisi di contenuti, o, se si preferisce, di eccedenza delle tecniche regolative invalidanti e sostitutive rispetto a contenuti che si suppongono superati o quanto meno non più bisognosi di quelle tecniche».

[15] Cfr. R. De Luca Tamajo, Jobs Act *e cultura giuslavoristica*, in *Dir. Lav. Mer.*, I, 2016, pp. 10 – 11.

interesse individuale qualificato dalla norma, la modifica delle mansioni e può farlo senza vincoli, consentendo la norma alle parti individuali di regolare ogni aspetto.

Questo ruolo del singolo è ancora inquadrabile nella prospettiva dell'inderogabilità come finora conosciuta?[16] Sussiste ancora la finalità protettiva del diritto del lavoro?

Va preliminarmente chiarito che la lettura che si dà è in via sistematica e in una prospettiva *de iure condendo*, in considerazione delle recenti linee di politica del diritto.

Non può certo affermarsi che l'inderogabilità sia un istituto che appartenga al passato del diritto del lavoro, ma può altrettanto rilevarsi che essa abbia visto un cospicuo ridimensionamento di spazi[17].

Ora, se caratteristica dell'inderogabilità è quella di previsioni generali che disciplinano in via astratta ogni rapporto di lavoro sottraendo alle parti il potere regolatorio *in peius* su quell'aspetto, la deroga individuale produce una differenziazione della disciplina.

In altre parole: il lavoratore, nel caso del patto in deroga *ex* comma 6 dell'art. 2103 c.c., contratta per sé una disciplina diversa da quella legale per il futuro del rapporto e, così facendo, 'personalizza' le regole legali. Si apre, quindi, un adattamento in via consensuale della disciplina del rapporto di lavoro, seppur solo per il campo delle mansioni, con la conseguenza che da una disciplina generale e astratta si giunge ad una personalizzata, perché determinata liberamente dalle parti, e singolare, in quanto riferibile solamente al singolo lavoratore che ha stipulato l'accordo.

Se, dunque, già qui si può notare una forte rottura con lo schema classico della norma inderogabile, occorre spostare l'attenzione sul piano della tutela.

Il mezzo per dare garanzia al prestatore di lavoro viene individuato, in assenza di limiti o minimi inderogabili, nel soggetto terzo che ne accerta la consapevole volontà: la sede protetta (sedi conciliative e commissioni di certificazione).

Questa però resta un soggetto terzo alle parti della trattativa, limitandosi ad accertare che la volontà all'accordo del lavoratore sia genuina, *rectius* non condizionata da altri (*in primis* dal datore di lavoro), e che lo stesso

---

[16] Sul ruolo del singolo lavoratore *ex* comma 6 dell'art. 2103 c.c., v. C. Cester, *La modifica* in peius *delle mansioni nel nuovo art. 2103 c.c.*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2016, n. 149, p. 180.

[17] Si potrebbe metaforicamente utilizzare uno scambio di battute della celebre pellicola di Billy Wilder che apre il titolo della presente sezione: *Sunset Blvd.* In un dialogo tra i due protagonisti, Joe Gillis e Norma Desmond, si dice: «J.G.: "*You're Norma Desmond. You used to be in silent pictures. You used to be big.*". N.D.: "*I am big. It's the pictures that got small.*"».

sia avveduto delle conseguenze del patto che va a stipulare.

C'è da chiedersi se questo basti a dar protezione al lavoratore. A questo proposito si prevede in più, sempre nel medesimo comma 6 dell'art. 2103 c.c., l'eventualità, perché dipendente dalla volontà del lavoratore, che il prestatore sia assistito da soggetti qualificati.

Si passa, così, da una previsione rigida (la norma inderogabile) ad una disciplina elastica (il patto in deroga nella sede protetta con l'eventuale assistenza) mossa a realizzare un interesse del lavoratore, che, seppur qualificato, resta comunque molto ampio nella sua determinazione[18].

Se questa, dunque, è l'impostazione che è emersa sulla disciplina delle mansioni e se sarà portata avanti lungo questa linea con un'accresciuta importanza dell'autonomia individuale, allora anche la funzione del diritto del lavoro sarà destinata a cambiare: non più un 'diritto protettivo', con il sindacato in posizione paritaria per la stipula del contratto collettivo e l'imperatività dello stesso sul contratto individuale concluso da un soggetto in posizione subordinata, ma un 'diritto di gestione individuale assistita', ove il singolo può muoversi (quasi) liberamente articolando la regolamentazione degli aspetti (alcuni, in una prospettiva *de iure condito*, o tutti, in una *de iure condendo*) del rapporto di lavoro secondo l'accordo raggiunto con il datore; accordo che viene sottoposto, 'in sostituzione' della protezione della norma inderogabile, alla stipula nella sede protetta.

[18] Su questa evoluzione del sistema si esprime favorevolmente C. Pisani, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 88: «Con questa disposizione [comma 6 dell'art. 2103 c.c.] finalmente il legislatore ha avuto il coraggio di operare una sia pur parziale ma comunque significativa inversione di tendenza nel diritto del lavoro, fondato su norme astratte inderogabili, passando ad una diversificazione della disciplina protettiva basata anche sulla volontà assistita del lavoratore, non solo nella fase di disposizione dei diritti già maturati, come già previsto dall'art. 2113 c.c., ma anche nella fase *ex ante* di una disciplina specifica adeguata al singolo rapporto, introducendo le suddette possibilità di deroga, entro i limiti predeterminati che si sono visti [sede protetta e interesse qualificato], al precetto imperativo della legge e del contratto collettivo, a cui il comma 1 [dell'art. 2103 c.c.] fa sostanzialmente rinvio. La norma dunque rappresenta un importante segnale sistematico [...]».