



REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

Volume 1, Número 1, Ano 1 [2020]

Porto, Portugal

A Revista Ibérica do Direito (RID) é a revista jurídica do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR), sediado na Cidade do Porto, Portugal. Promove a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano ou aqueles originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal.

EDITORES-CHEFES

Prof. Doutor Fábio da Silva Veiga

Prof. Doutor Rubén Miranda Gonçalves

EDITOR-ADJUNTO

Mestre Arthur Alves Ignácio

Dados da Revista

Revista Ibérica do Direito

Rua de Ceuta, 118, sala 2, 1º andar

Porto – Portugal. 4050-190.

APECCJ – Associação de Promoção do Ensino, da Ciência e da Cultura Jurídica.

NPC n.º 514289759.

REVISTA IBÉRICA DO DIREITO

FOCO E ESCOPO

A **Revista Ibérica do Direito (RID)** é a revista jurídica do **Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR)**, sediado na Cidade do Porto, Portugal.

Promove a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano: aqueles originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal, assim como, devido à interdependência do Direito da União Europeia, estende-se aos demais países do Continente europeu, sejam eles membros ou não membros da UE.

A **RID** recebe, avalia e publica artigos de investigadores, professores e juristas ou cientistas sociais que produzem trabalhos resultantes de suas atividades científicas, primordialmente oriundos da investigação realizada no âmbito de centros de investigação I+D e grupos de investigação reconhecidos, primando pela reflexão transdisciplinar do Direito, elaborada com sentido crítico, demonstrando qualidade técnica e académica em alto rigor.

O periódico segue o sistema de fluxo de chamada pública.

As publicações podem ser submetidas nos seguintes idiomas: português, espanhol, inglês, italiano e galego.

PROCESSO DE AVALIAÇÃO PELOS PARES

A RID estabeleceu um regime objetivo para a avaliação dos trabalhos, através de uma diretriz de avaliação, como requisito indispensável para a publicação dos trabalhos correspondentes aos estudos. Os trabalhos são revistos por dois avaliadores externos com o grau de Doutor, através do sistema de pares duplo-cegos, que devem emitir um relatório

de avaliação com suas avaliações dentro de um período ideal de 15 dias a partir da solicitação feita a eles.

O Comité Externo de Avaliação pelos Pares é composto por académicos nacionais e internacionais de renome, *experts* em suas respectivas áreas científicas.

Conselho Editorial

António Francisco de Sousa – Universidade do Porto, Portugal

António Tirso Ester – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Augusto Jobim do Amaral – Pont. Univ. Católica do Rio Grande do Sul, Brasil

Catherine Maia – Universidade Lusófona do Porto, Portugal

Laura Miraut Martín – Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Espanha

Lorenzo Mateo Bujosa – Universidad de Salamanca, Espanha

José Julio Fernández Rodríguez – Univ. de Santiago de Compostela, Espanha

Marcos Augusto Perez – Universidade de São Paulo, Brasil

Pedro Curvello Saavedra Avzaradel – Universidade Federal Fluminense, Brasil

Vânia Siciliano Aieta – Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Brasil

Conselho Científico

Adriana Valéria Pugliesi (Fundação Getulio Vargas, Brasil)

Angelo Viglianisi Ferraro (Università degli Studi di Reggio Calabria, Itália)

Armando Luiz Rovai (Universidade Presbiteriana Mackenzie/PUC-SP, Brasil)

Denise Fincato (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Brasil)

Dora Alves (Universidade Portucalense, Portugal)

Érica Guerra da Silva (Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Brasil)

Fábio da Silva Veiga (Universidad de Almería, Espanha)

Fernando de Brito Alves (Universidade Estadual do Norte do Paraná, Brasil)

Flávio Martins Jr. (Damásio Educacional, Brasil)

Florian de Azevedo Marques Neto (Universidade de São Paulo, Brasil)

Francesca Benatti (Università degli Studi di Padova, Itália)

Francisco Satiro (Universidade de São Paulo, Brasil)

Gabriel Martín Rodríguez (Universidad Rey Juan Carlos, Espanha)
Gianpaolo Poggio Smanio (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)
Gilberto Atencio Valladares (Universidad de Salamanca, Espanha)
Irene Patrícia Nohara (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Espanha)
Jaime Aneiros Pereira (Universidad de Vigo, Espanha)
João Proença Xavier (Universidad de Salamanca, Espanha)
Marco Aurélio Gumieri Valério (Universidade de São Paulo, Brasil)
Maria do Rosário Anjos (Universidade Lusófona do Porto, Portugal)
Mario Spangenberg (Universidad Católica del Uruguay)
Pablo Fernández Carballo-Calero (Universidade de Vigo, Espanha)
Patrícia Anjos Azevedo (Instituto Politécnico do Porto, Portugal)
Paulo de Brito (Universidade Lusófona do Porto, Portugal)
Rodrigo de Souza Pagani (Universidade de São Paulo, Portugal)
Rodrigo Poyanco Bugueño (Universidad Finis Terrae, Chile)
Rubén Miranda Gonçalves (Universidad Internacional de La Rioja, Espanha)
Rui Zeferino Ferreira (Instituto Superior do Entre Douro e Vouga, Portugal)
Salvador Tomás Tomás (Universidad de Murcia, Espanha)
Samuel Rodríguez Ferrández (Universidad de Murcia, Espanha)
Sheila Neder Cerezetti (Universidade de São Paulo, Brasil)
Vicenç Ribas Ferrer (Universidad de Alcalá, Espanha)
Wagner Menezes (Universidade de São Paulo, Brasil)
Wilson Engelmann (Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Brasil)
Zélia Luiza Pierdoná (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)

Direção Editorial

Fábio da Silva Veiga

Professor de Direito Empresarial da Universidade de Almería, Espanha. Doutor em Direito Empresarial pela Universidade de Vigo. Prêmio Extraordinário de Tese de Doutorado. Investigador da Fundação CAPES no Exterior – Universidade de Alcalá, Madrid. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR, Portugal.

Rubén Miranda Gonçalves

Professor e Coordenador do Mestrado de “Derechos Humanos: Sistemas de Protección” da Universidad Internacional de La Rioja, Espanha. Professor no Mestrado “Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales” da Universidade de Santiago de Compostela, Espanha. Vice-presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR, Portugal.

Arthur Alves Ignácio

Mestre em Direito menção “Jurídico-políticas” pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto (FDUP), Portugal. Licenciado em Direito pela FDUP. Sócio fundador do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR, Portugal.



Editorial RID - Revista Ibérica do Direito, Ano 1, vol. 1.

Os editores da **Revista Ibérica do Direito (RID)** têm a honra de disponibilizar ao público internacional uma revista de caráter científico cujo principal objetivo é propagação do conhecimento jurídico nas línguas portuguesa e espanhola, e adicionalmente, inglesa, galega e italiana.

A **RID** é a revista jurídica do **Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos (IBEROJUR)**, integrado na APECCJ – Associação de Promoção do Ensino, da Ciência e da Cultura Jurídica (NPC n.º 514289759), sediada na Cidade do Porto, Portugal, organismo de direito privado sem fins lucrativos, que no seu estatuto social prevê a “promoção da ciência, do conhecimento e da cultura jurídica no espaço Iberoamericano”.

Promove, nesse sentido, a difusão do conhecimento jurídico Iberoamericano nas variadas vertentes do Direito Público e Direito Privado, valorizando estudos que destacam o direito comparado Iberoamericano e europeu, com destaque àqueles trabalhos originários dos países da América Latina, Espanha e Portugal, bem como, devido à interdependência do Direito da União Europeia, estende-se aos demais países do Continente europeu, sejam eles membros ou não membros da UE.

Nesta primeira edição da RID, apresenta-se artigos de destacados juristas internacionais, como os trabalhos dos professores italianos **Alessandro Boscati**, Catedrático de Direito do Trabalho da Universidade de Milão; **Davide Casali**, professor Titular de Direito do Trabalho da *Alma Mater* Universidade de Bolonha; e **Stefania Pedrabissi**, Professora Agregada de Direito Ambiental da Universidade de Parma.

De Portugal, a RID recebeu os trabalhos dos professores: **António Francisco de Sousa**, Professor “com agregação” de Direito Administrativo da Faculdade de Direito da Universidade do Porto; **Inês Pereira de Sousa**, assistente e doutoranda na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa, Escola do Porto; **Mário Simões Barata**, Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Leiria e Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP); **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, Professor-Adjunto do ISVOUGA – Instituto Superior de Entre Douro e Vouga, doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha).

De Espanha, a RID recebeu os trabalhos de: **Patricia González Pulido**, professora da área de Direito Administrativo da Universidade de Extremadura, doutoranda em Direito na Universidade de Alcalá e integrante do Grupo de Investigação *Fiscalitas & Iuris* da Universidade de Extremadura.

Da Macedónia do Norte provém um trabalho de altíssima importância internacional: das professoras e investigadoras **Tatjana Zoroska Kamilovska**, Catedrática de Direito da Faculdade de Direito “Iustinianus Primus” da *Ss. Cyril and Methodius University*; e **Milka Rakočević**, professora Assistente da mesma instituição.

Do Brasil, a RID publica os trabalhos de reputados professores de três universidades brasileiras de importante referência: **Melina Girardi Fachin**, Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná; **Leila Bijos**, doutora em Sociologia do Desenvolvimento pela Universidade de Brasília, Professora Visitante do Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia da Universidade Karl-Franzens, Universidade de Graz; e **Denise Fincato**, Professora Pesquisadora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

Do Chile, a RID acolheu o trabalho do Professor e investigador em Direito Constitucional da Universidade Finis Terrae, **Rodrigo Poyanco Bugueño**, Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Santiago de Compostela.

Desejamos a todos excelentes leituras.

Fábio Veiga e Rubén Miranda

Editores-Chefes

Arthur Ignácio

Editor-Adjunto

Autores

António Francisco de Sousa

Professor Doutor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Coordenador da Área Científica "Ordem e Segurança" do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos.

Alessandro Boscati

Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano.

Davide Casale

Profesor titular de Derecho Laboral en la Universidad de Bolonia.

Denise Fincato

Pós-Doutora em Direito do Trabalho pela Universidad Complutense de Madrid (España). Doutora em Direito pela Universidad de Burgos (España). Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professora Pesquisadora do PPGD da PUCRS. Acadêmica Titular da Cadeira nº 34 da ASRDT. Advogada e Consultora Trabalhista, Sócia de Souto Correa, Cesa, Lumertz e Amaral Advogados.

Inês Pereira de Sousa

Assistente e Doutoranda na Faculdade de Direito, Investigadora do Centro de Estudos e Investigação em Direito Universidade Católica Portuguesa.

José Antonio Sendín Mateos

Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Salamanca. Doctor por la Universidad de Salamanca.

Leila Bijos

Doutora em Sociologia do Desenvolvimento, Universidade de Brasília, Professora Visitante do Centro Europeu de Formação e Investigação dos Direitos Humanos e Democracia da Universidade Karl-Franzens, Universidade de Graz.

Mário Simões Barata

Professor Adjunto do Instituto Politécnico de Leiria e Investigador do Instituto Jurídico da Portucalense (IJP).

Melina Girardi Fachin

Professora Adjunta dos cursos de graduação e pós-graduação da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Milka Rakočević

Assistant Professor at the Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss.Cyril and Methodius University in Skopje, Macedonia.

Patricia González Pulido

Personal Docente e Investigador del área de Derecho Administrativo de la Universidad de Extremadura. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Alcalá. Máster en Derecho Constitucional, especializado en estudios políticos y constitucionales y Máster Universitario en Abogacía. Miembro del Grupo de Investigación Jurídica y Fiscal Fiscalitas & Iuris de la Universidad de Extremadura.

Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño

Abogado de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso; Magíster en Derecho Constitucional por la Pontificia Universidad Católica de Chile; Doctor en Derecho por la Universidad de Santiago de Compostela, España. Profesor de Derecho Constitucional y Político en la Universidad Finis Terrae, en Santiago de Chile.

Rui Miguel Zeferino Ferreira

Professor-Adjunto do ISVOUGA – Instituto Superior de Entre Douro e Vouga. Doutorando em Direito na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela (Espanha). Mestre em Direito, na menção de jurídico-Económica, pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Advogado. Juiz- Arbitro do CAAD.

Stefania Pedrabissi

Professore aggregato di Diritto dell'ambiente, Università di Parma.

Tatjana Zoroska Kamilovska

Full Professor at the Faculty of Law “Iustinianus Primus”, Ss.Cyril and Methodius University in Skopje, Macedonia.

SUMÁRIO

EDITORIAL – REVISTA IBÉRICA DO DIREITO, ANO 1, VOL. 1	11
PLURALISMO POLÍTICO Y DERECHOS DE LAS MINORÍAS EN LA TEORÍA DE LA DEMOCRACIA DE HANS Kelsen	
JOSÉ ANTONIO SENDIN MATEOS	13
A DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO ESTADO DE DIREITO (O SEU ENQUADRAMENTO JURÍDICO)	
ANTÓNIO FRANCISCO DE SOUSA	32
O REGIME JURÍDICO DO TELETRABALHO EM PORTUGAL	
MARIO SIMÕES BARATA	58
CONSTITUCIONALISMO MULTINÍVEL: DIÁLOGOS E(M) DIREITOS HUMANOS	
MELINA GHIRARDI FACHIN	66
INSTITUIÇÕES DE JUSTIÇA NA UNIÃO EUROPEIA: INTOLERÂNCIA AOS IMIGRANTES	
LEILA BIJOS	83
O ACÓRDÃO <i>ASSOCIAÇÃO SINDICAL DE JUIZES PORTUGUESES</i> COMO ANTECÂMARA PARA A INTERVENÇÃO DO TJUE NA CRISE DO ESTADO DE DIREITO NA UNIÃO EUROPEIA	
INÊS PEREIRA DE SOUSA	100
LOS JUECES CONSTITUCIONALES, LA POLÍTICA Y LA DEFERENCIA JUDICIAL	
RODRIGO ANDRÉS POYANCO BUGUEÑO	113

OBTAINING AN ENFORCEABLE TITLE FOR UNCONTESTED MONETARY CLAIMS: PARALLELS BETWEEN MACEDONIAN AND SPANISH LAW

TATJANA ZOROSKA KAMILOVSKA E MILKA RAKOČEVIĆ **142**

SVILUPPO SOSTENIBILE: L'EVOLUZIONE GIURIDICA DI UN CONCETTO MAI DEFINITO

STEFANIA PEDRABISSI **157**

IL RUOLO DELL'AUTONOMIA INDIVIDUALE NELLA SOTTOSCRIZIONE DEL PATTO DI DEMANSIONAMENTO

ALESSANDRO BOSCATI **169**

DIREITOS FUNDAMENTAIS E CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE NO BRASIL: UMA LEITURA PROPOSITIVA

DENISE FINCATO **190**

EL INTERÉS DEL TRABAJADOR EN EL INGRESO DE SUS CUOTAS A LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL ITALIANO

DAVIDE CASALE **207**

LA IMPLEMENTACIÓN DEL DRON COMO NUEVA HERRAMIENTA TECNOLÓGICA EN LA PREVENCIÓN DE CATÁSTROFES NATURALES EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

PATRICIA GONZÁLEZ PULIDO **234**

O IMPOSTO SOBRE ROBÔS: UMA SOLUÇÃO DE FALSAS VANTAGENS E DE VERDADEIROS PROBLEMAS

RUI MIGUEL ZEFERINO FERREIRA **246**

IL RUOLO DELL'AUTONOMIA INDIVIDUALE NELLA SOTTOSCRIZIONE DEL PATTO DI DEMANSIONAMENTO*

Alessandro Boscati¹

1. Premessa. Il patto di demansionamento quale riconoscimento dell'autonomia individuale

Tra le questioni oggetto di interesse quella relativo al ruolo dell'autonomia individuale nella regolamentazione del rapporto di lavoro ha acquisito negli ultimi anni un rinnovato interesse. Il principio secondo cui il contratto individuale può porre solo condizioni migliorative rispetto alla legge ed alla contrattazione collettiva, per un amplissimo arco temporale considerato patrimonio indiscusso del diritto del lavoro italiano, è stato in parte depotenziato da alcuni recenti interventi normativi².

Tra questi può essere annoverata anche la disciplina del patto di demansionamento. L'art. 2103 cod.civ., nella riscrittura operata dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, al comma 6 prevede che “nelle sedi di cui all'articolo 2113, quarto comma, o avanti alle commissioni di certificazione, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Il lavoratore può farsi assistere da un rappresentante dell'associazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da un avvocato o da un consulente del lavoro”.

La discontinuità rispetto al precedente testo dell'articolo che sanciva la nullità di ogni patto di demansionamento è evidente. E questo nonostante la

¹ Ordinario di Diritto del Lavoro nell'Università degli Studi di Milano

² In merito v., per tutti, A. GARILLI, *Il rapporto tra le fonti nel nuovo diritto del lavoro*, DML, 2017, 407 ss.

giurisprudenza avesse riconosciuto come legittima l'attribuzione di mansioni inferiori, anche tramite il perfezionamento di uno specifico patto, in presenza di specifici presupposti aventi quale elemento unificante la tutela di beni di rango superiore, segnatamente quello alla conservazione del posto di lavoro a fronte di un possibile licenziamento per giustificato motivo oggettivo³. L'idea su cui si fondava la legittimazione della sottoscrizione di un patto di demansionamento era quella del c.d. male minore in una logica di bilanciamento di differenti interessi di livello costituzionale⁴. La diversa utilizzazione del lavoratore era ritenuta non contrastante con le esigenze di rispetto della dignità della persona, configurandosi anzi come una situazione per lui più favorevole⁵. In questi casi si assisteva ad un "bilanciamento non fra interessi antagonisti del rapporto di lavoro, ma fra due interessi facenti capo entrambi al prestatore di lavoro, uno interno alla norma (la professionalità), l'altro esterno (l'occupazione), e di rilevanza graduata nel senso che quello esterno presenta spessore maggiore, tanto da assorbire quello interno"⁶. Contrastanti risultavano, invece, le posizioni della giurisprudenza allorché il demansionamento fosse richiesto dal lavoratore per soddisfare un proprio interesse, non direttamente collegato alla esigenza di conservazione del posto di lavoro di fronte ad un possibile licenziamento⁷.

³ Da ultimo, con riguardo alla disciplina antecedente la novella del 2019, v. Cass. 26 febbraio 2019, n. 5621 che riconosce la legittimità del patto, anche in presenza di un consenso espresso in forma tacita, purché libero e desumibile da fatti univocamente attestanti la volontà del lavoratore di aderire alla modifica "in peius" delle mansioni, successivamente richiamata anche da Cass. 11 novembre 2019, n. 29100. Cfr. anche. Cass. 7 febbraio 2005, n. 2375; Cass. 10 ottobre 2006, n. 21700, *RGL*, 2, II, 244; Cass. 12 aprile 2012, n. 5780; Cass. 1 luglio 2014, n. 14944; Cass. 12 giugno 2015, n. 12253; Cass. 6 ottobre 2015, n. 19930; Cass. 28 ottobre 2015, n. 22029 che considera in questo caso legittima l'attribuzione di mansioni inferiori con conseguente retribuzione inferiore; Cass. 22 febbraio 2016, n. 3422, *RIDL*, 2016, II, 494; Cass. 8 marzo 2016, n. 4509, che parla di "un adeguamento del contratto alla nuova situazione di fatto".

⁴ In dottrina, con specifico riguardo al c.d. principio del "male minore", v. R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, *CSDLE*, It, n. 262/2015; C. ZOLI, *Il controllo giudiziario e gli atti di esercizio del potere direttivo: il trasferimento del lavoratore e il mutamento delle mansioni*, *DRI*, 2014, 709; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, in *CSDLE*, It, n. 286/2015, 12.

⁵ In questo senso Cass. 21 gennaio 2013, n. 1323 che richiama in motivazione Cass. 18 marzo 2009, n. 6552; Cass. SU 24 novembre 2006, n. 25033; Cass. 18 ottobre 1999, n. 11727; Cass. 29 novembre 1988, n. 6441. V. anche Cass. 7 agosto 1998, n. 7755, *RIDL*, 1999, II, 170.

⁶ Così C. CESTER, *La norma inderogabile: fondamento e problema del diritto del lavoro*, *GDLRI*, 2008, 384.

⁷ Nel breve volgere di pochi mesi la Cassazione aveva dapprima sancito l'assoluta inderogabilità dell'art. 2103 cod.civ. e l'illegittimità dell'assegnazione a mansioni inferiori richiesta dal lavoratore

Alle aperture della giurisprudenza si univano alcuni provvedimenti legislativi volti a legittimare l'introduzione da parte della contrattazione collettiva di deroghe al divieto di demansionamento, con la finalità di privilegiare il mantenimento dell'occupazione in una prospettiva di valenza anche super individuale⁸. Vi erano poi tutte le disposizioni volte alla tutela delle lavoratrici madri, dei lavoratori divenuti invalidi, dei lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici e biologici, ove il demansionamento era previsto a prescindere dall'intervento della fonte collettiva, ed in cui era richiesta la garanzia del consenso del lavoratore all'adibizione a mansioni inferiori ed era sancita l'intangibilità della retribuzione correlata alla mansione originaria⁹. La novella dell'art. 2103, e segnatamente l'espressa previsione della possibile sottoscrizione di un patto di demansionamento, non ha inciso sulla permanente vigenza di tali disposizioni normative.

2. I requisiti dell'accordo individuale e la qualificazione del patto di demansionamento quale accordo novativo

171

La circostanza che ai sensi del comma 6 dell'art. 2103 l'attribuzione di mansioni inferiori avvenga in forza della stipulazione di un accordo individuale esclude la sussistenza di un diritto del prestatore di lavoro al demansionamento nel

per soddisfare un interesse personale (Cass. 14 aprile 2011, n. 8527) e successivamente aveva assunto una posizione diametralmente opposta (Cass. 8 agosto 2011, n. 17095). Sempre la Suprema Corte aveva già riconosciuto la legittimità di un temporaneo demansionamento disposto dal datore di lavoro per consentire al lavoratore di apprendere nuove tecniche lavorative in vista dell'acquisizione di una più ampia professionalità (Cass. 1 marzo 2001, n. 2948).

⁸ L'art. 4, comma 11, della l. n. 223/1991 ha consentito il possibile riassorbimento di lavoratori eccedentari in mansioni inferiori a seguito della sottoscrizione di un accordo collettivo nel corso delle procedure sindacali previste nel caso di licenziamento collettivo; in seguito l'art. 8 del d.l. n. 138/2011, disposizione di "Sostegno alla contrattazione collettiva di prossimità" ha ricompreso tra le materie delle specifiche intese finalizzate alla maggiore occupazione anche quella relativa "alle mansioni del lavoratore, alla classificazione e inquadramento del personale" [art. 8, comma 2, lett. b)].

⁹ Così l'art. 3 della l. n. 1204 del 1971 e ss.mm.ii. (per la tutela delle lavoratrici madri); l'art. 4 comma 4 della l. n. 68 del 1999 (per i lavoratori divenuti invalidi per infortunio o malattia durante il rapporto di lavoro ovvero in caso di inidoneità alla mansione specifica ex art. 42 del d.lgs. n. 81 del 2008); art. 299 comma 5 del d.lgs. n. 81 del 2008 (per i lavoratori esposti ad agenti chimici, fisici o biologici). Per la ricollocazione dei lavoratori pubblici in disponibilità anche in una qualifica inferiore o in posizione economica inferiore della stessa o di inferiore area o categoria di un solo livello v. art. 34, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001.

proprio interesse¹⁰. Mentre il consenso datoriale è espressione di una volizione sostanzialmente insindacabile (eccettuato il caso della sua riconducibilità ad un motivo illecito o discriminatorio), in quanto frutto di una valutazione prettamente discrezionale che sarà fondata sulla possibilità di un utile impiego del lavoratore¹¹, il consenso del lavoratore deve essere supportato e qualificato da una specifica motivazione da rinvenirsi, per espressa previsione del legislatore, nell'interesse alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita¹². In presenza di uno di tali interessi l'accordo può condurre, in alternativa tra loro o cumulativamente, ad una modifica delle mansioni, della categoria legale e del livello di inquadramento, cui si correla una modifica della relativa retribuzione.

La necessaria stipulazione dell'accordo in una delle specifiche sedi "protette" indicate dal legislatore porta a ritenere che lo stesso debba necessariamente rivestire la forma scritta¹³. Il patto deve contenere anche l'indicazione di uno degli interessi del lavoratore individuati nella norma che deve sussistere al momento della sua sottoscrizione, ma non deve necessariamente permanere¹⁴. I due richiamati profili – sottoscrizione in sede protetta e indicazione dell'interesse del prestatore di lavoro – “costituiscono presupposti di validità della deroga”¹⁵.

172

¹⁰ Così anche C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ. GDLRI*, 2016, 181.

¹¹ Cfr. R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ. RGL*, 2017, I, 10; analogamente U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, 11; A. TAMPIERI *L'accordo individuale di dequalificazione*, VTDL, 2016, 111.

¹² V. M. BROLLO, *Disciplina delle mansioni (art. 3.)* in F. CARINCI (a cura di), *Commento al d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81: le tipologie contrattuali e lo jus variandi*, ADAPT University Press, 2015, 77 che afferma che l'interesse del lavoratore al demansionamento non è generico, ma qualificato dalla specificazione degli interessi.

¹³ Negli stessi termini A. TAMPIERI *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 116; R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 9. Secondo M.L. BUCONI, *La mobilità verticale nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c.*, in *Labor*, 2018, n. 1, 45, la previsione della forma scritta a pena di nullità costituirebbe una garanzia comune a tutte le ipotesi demansionamento legittimo previste dall'art. 2103 cod.civ.

¹⁴ In questi termini condivisibilmente C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, Torino, 2015, 89-90; M. MENEGOTTO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs Act. Nuovi spazi per la flessibilità funzionale*, ADAPT Research Fellow Working Paper n. 7/2016, 23.

¹⁵ A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, GDLRI, 2016, 141; in termini sostanzialmente analoghi C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 181 sottolinea come la

In ragione degli evidenziati requisiti formali e sostanziali è indubbio che il patto di demansionamento comporti una novazione oggettiva del contratto di lavoro¹⁶ e sia riconducibile, in ragione dell'assistenza qualificata ed obbligatoria di organismi pubblici (cui si può aggiungere quella eventuale di altri soggetti), entro il modello della negoziabilità assistita¹⁷. Alle parti individuali è riconosciuto un potere normativo di modifica del trattamento normativo e non anche dispositivo perché non si tratta di rinunciare o transigere e quindi di disporre di diritti acquisiti¹⁸. È indubbio che il patto ponendosi in una fase c.d. “genetica”, anche se intervenuta in un contesto in cui è già in essere un rapporto contrattuale tra le parti, si differenzia dalle rinunzie e dalle transazioni disciplinate dall'art. 2113 cod.civ. che operano, invece, con riguardo a diritti già entrati nel patrimonio del titolare in applicazione di una norma inderogabile e sono, dunque, riferite a diritti già maturati nel corso della parte di rapporto di lavoro già eseguito. Il richiamo operato dal comma 6 dell'art. 2103 cod.civ. all'art. 2113 cod.civ. vale solo per individuare le sedi e non per gli effetti¹⁹.

compensazione della “larga” deregolazione prevista dalla norma si muova su due piani la “tipizzazione degli interessi a giustificazione delle modifiche e la garanzia offerta, almeno teoricamente, dalle sedi nelle quali il patto modificativo deve essere sottoscritto”.

¹⁶ Così G. SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”, DRI*, 2016, 22; A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 141; C. LAZZARI, *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, *GDLRI*, 2017, 674. In senso contrario E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, in AA.VV., *Legge e contrattazione collettiva nel diritto del lavoro post-statutario*, Milano, 2017, 120 secondo cui non si produrrebbe “un effetto *strictu iure* novativo”.

¹⁷ In questo senso G. SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”, cit.*, 22; in termini anche M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, *ADL*, 2015, 1177 la quale rileva come tale disposizione si inserisca nel processo di de-regolazione e sia da considerare quale prima manifestazione della c.d. deregolazione assistita; M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il “Jobs Act” (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, *VTDL*, 2016, 52 che evidenzia che si tratta di una ipotesi di volontà assistita mediante la quale il lavoratore rinuncia all'applicazione della norma inderogabile. Cfr. anche C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 180 il quale evidenzia che si tratta della prima applicazione normativa del modello della c.d. negoziabilità assistita in quanto “non si tratta di atti dispositivi di diritti già sorti in base alla normativa inderogabile, ma di una diversa disciplina, per il futuro, dell'assetto di interessi divisato dal legislatore”, nonché R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 4. In generale sulla derogabilità assistita v. R. VOZA, *L'autonomia individuale assistita nel diritto del lavoro*, Bari, 2007.

¹⁸ Così, G. SANTORO PASSARELLI, *Sulle categorie del diritto del lavoro “riformate”, cit.*, 22.

¹⁹ Così C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., 87; analogamente U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 14.

L'accordo configura un cambiamento per il futuro dell'assetto contrattuale in essere²⁰ e, più precisamente, comporta un mutamento dell'oggetto dell'obbligazione principale del prestatore di lavoro destinata a valere per la prosecuzione del rapporto di lavoro. Se la modifica di mansioni, livello di inquadramento e categoria legale non pone questioni particolari, per quanto concerne la modifica del trattamento economico è palese la necessaria permanenza della correlazione tra la prestazione lavorativa e quella retributiva corrispettiva, ancorché ridefinita eventualmente in termini peggiorativi in ragione del più basso inquadramento, dovendosi tuttavia escludere una modifica del trattamento economico ulteriore e peggiorativa rispetto a quella propria delle nuove mansioni. Se così fosse la determinazione pattizia si porrebbe in contrasto con i principi di proporzionalità e sufficienza della retribuzione dettati dall'art. 36 della Costituzione²¹.

3. Gli interessi del lavoratore

Il legislatore individua tre differenti interessi del lavoratore per la legittima sottoscrizione del patto: la conservazione dell'occupazione, l'acquisizione di una diversa professionalità e il miglioramento delle condizioni di vita. L'utilizzo della disgiuntiva "o" presuppone la sussistenza di uno solo di tali interessi, potendo, con tutta evidenza, anche coesistere in tutto o in parte²².

L'interesse del lavoratore si pone quale requisito causale del patto. Lo scambio si realizza tra la revisione, parziale o totale, dell'oggetto dell'obbligazione lavorativa e la soddisfazione di un interesse specifico del prestatore che si coniuga

²⁰ A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 109 ritiene più corretto parlare di accordo e non di patto in quanto l'intesa può modificare in senso peggiore l'inquadramento, la retribuzione e la categoria di appartenenza.

²¹ E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., 121; ma negli stessi termini M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act" (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, cit., 61 e M. MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, LG, 2015, 438 s.

²² V. R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 10.

con quello del datore di riorganizzare l'azienda impiegando utilmente il personale²³.

I tre interessi indicati dal legislatore meritano un'autonoma considerazione. Essi, pur nelle loro differenze, sono tutti coperti da una intensa protezione a livello costituzionale che comporta la necessità di prestare particolare attenzione nella loro declinazione.

a) L'interesse alla conservazione dell'occupazione è in apparenza il meno complesso. È tuttavia discusso se l'interesse del lavoratore sussista solo in presenza di una modifica degli assetti organizzativi idonea a prefigurare una perdita del posto di lavoro che si presenti fondata, concreta ed attuale²⁴, sì da sottointendere la sussistenza di un giustificato motivo oggettivo di licenziamento²⁵, oppure se sia sufficiente “una possibilità di perdita del posto di lavoro anche solo “futura” e/o soltanto eventuale”²⁶.

Ancorché la prima soluzione si ponga in continuità con il pregresso orientamento giurisprudenziale volto ad autorizzare il demansionamento quale c.d. “male minore” a fronte del c.d. “male maggiore” rappresentato dalla effettiva possibilità di perdita del posto di lavoro²⁷, proprio la circostanza che il legislatore non abbia specificato che deve trattarsi di un interesse alla conservazione del posto di lavoro in caso di sopravvenute circostanze che ne giustificherebbero la soppressione²⁸ induce a privilegiare una soluzione meno rigorosa. Al primo dato

²³ In dottrina con riguardo a questo scambio v. A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 111 e 112; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 11; R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 10; C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 181.

²⁴ C. LAZZARI, *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, cit., 674 s.

²⁵ Così A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 118 ss. Sulla doverosità dell'offerta dell'accordo modificativo da parte del datore di lavoro (sempre nel caso che sussista un posto vacante) cfr. F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, *CSDLE, It*, n. 275/2015, 11; in giurisprudenza negli stessi termini App. l'Aquila 8 novembre 2018, n. 701, in *Dejure*.

²⁶ E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., 123.

²⁷ S. BRUSATI, *Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ.*, in *Unicost* - <http://www.unicost.eu/centro-studi-nino-abbate/diritto-civile-sostanziale/brevi-note-sul-nuovo-art-2103-cc-di-brusati.aspx>.

²⁸ Secondo R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, cit., 11 tale esplicitazione sarebbe stata necessaria, sì da ricondurre espressamente il patto di demansionamento entro la logica della *extrema ratio*.

testuale se ne aggiunge un secondo, ovvero che mentre per il demansionamento quale effetto dell'esercizio del potere datoriale unilaterale il legislatore esplicita l'esigenza di una modifica degli assetti organizzativi che incidono sulla posizione del lavoratore, nulla dice nel caso di demansionamento concordato²⁹. Peraltro i dati ravvisabili nella lettera della norma (o, meglio, in quello che la lettera della norma non dice) per supportare una conclusione "più aperta" trovano un loro rafforzamento nella considerazione della *ratio* della disposizione che intende tutelare un generale (e non generico) interesse alla conservazione dell'occupazione finanche in casi in cui la conservazione del posto di lavoro non era posta in dubbio dal datore di lavoro. Alcuni esempi possono aiutare. Si pensi all'ipotesi di una decisione gestionale che nel rispetto della regola del comma 1 dell'art. 2103 intenda assegnare al prestatore compiti diversi, più gravosi, che, ad esempio, implicino differenti orari di lavoro o l'esigenza di trasferte difficili da coniugare con le esigenze familiari o personali del lavoratore (in ipotesi lo svolgimento di attività sportiva dilettantistica, oppure esigenze di studio, personali o riferite alla necessità di seguire un figlio minore). Più in generale si pensi a tutti i casi nei quali si sia realizzata una sostanziale e legittima modifica delle condizioni di lavoro che incida sulla posizione del prestatore di lavoro, ovvero una situazione analoga a quella disciplinata dal quarto comma dell'art. 2112 cod.civ. [secondo cui "Il lavoratore, le cui condizioni di lavoro subiscono una sostanziale modifica nei tre mesi successivi al trasferimento d'azienda, può rassegnare le proprie dimissioni con gli effetti di cui all'articolo 2119, primo comma"], dalla cui interpretazione possono desumersi ulteriori ed utili elementi di indagine.

In queste ipotesi, a differenza di quelle riferite ad un interesse al miglioramento delle condizioni di vita (di cui *infra*), il lavoratore potrebbe addivenire alla sottoscrizione del patto di demansionamento in presenza di una modifica (o di una potenziale modifica) della propria condizione lavorativa; e

²⁹ Secondo F. LISO, *Brevi osservazioni sulla revisione della disciplina delle mansioni contenuta nel decreto legislativo n. 81/2015 e su alcune recenti tendenze di politica legislativa in materia di rapporto di lavoro*, cit., 11 vi è difficoltà a distinguere i presupposti del demansionamento unilaterale e di quello concordato per soddisfare l'esigenza del lavoratore a conservare l'occupazione.

potrebbe così essere indotto a concordare una soluzione lavorativa idonea a conservare una occupazione consona alle proprie esigenze personali. Né una tale interpretazione può essere considerata idonea a favorire eventuali abusi del datore di lavoro; è, infatti, evidente come la necessità del consenso del lavoratore espresso nelle sedi c.d. protette sia idoneo a tutelare la genuinità della decisione del prestatore di lavoro. Appare alquanto improbabile una situazione in cui il datore di lavoro eserciti legittimamente i propri poteri per addivenire ad un mutamento delle condizioni di lavoro del dipendente che abbia quale fine ultimo la sottoscrizione di un patto di demansionamento. Si aggiunga, ancora, che l'accoglimento dell'interpretazione più rigorosa comporterebbe nei fatti la stipulazione del patto solo in presenza di un licenziamento già sostanzialmente irrogato, ovvero nel caso delle imprese di maggiori dimensioni e per i lavoratori assunti prima del 7 marzo 2015 nel corso della procedura disciplinata dall'art. 7 della l. n. 604/1966.

b) Il secondo interesse è dato dalla acquisizione di una diversa professionalità.

La diversa professionalità cui si riferisce la norma non può che essere riferita allo svolgimento di mansioni ascrivibili ad un livello di inquadramento inferiore, dato che per “acquisire” una professionalità dello stesso livello di inquadramento o superiore non sono richiesti specifici accordi³⁰, nonché a mansioni del medesimo livello di inquadramento, ma riconducibili ad una diversa categoria legale (arg. *ex* art. 2103, comma 1, cod.civ.).

Una parte della dottrina si è espressa in maniera molto critica in merito all'indicazione di tale interesse, riferendosi ad un legislatore che “si è mosso ai limiti dell'irriverenza”³¹, nonché ad una “proposizione velata da non poca ipocrisia”³² e più moderatamente all'impossibilità di vedere “in che cosa possa consistere l'interesse del lavoratore”³³. Nella disposizione non vi sarebbe alcuna traccia che

³⁰ C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 182; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 13; C. LAZZARI, *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, cit., 674.

³¹ Così A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 114.

³² U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 13.

³³ A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 142.

rimandi ad un arricchimento professionale potendo la professionalità essere non solo inferiore, ma anche completamente diversa, “ossia priva di qualsiasi collegamento con il patrimonio di competenze del lavoratore”³⁴. All’opposto la norma è stata considerata da altra dottrina espressione della volontà del legislatore di recuperare un isolato tentativo giurisprudenziale di c.d. demansionamento espansivo che aveva consentito di adibire il lavoratore a mansioni inferiori nell’ambito di un complessivo percorso di riqualificazione *on the job*³⁵. Si è così ipotizzato che detto interesse possa sussistere nel caso di intervenuta obsolescenza professionale con riguardo alle mansioni svolte fino a quel momento³⁶, ovvero dell’assegnazione ad “una linea professionale inferiore in partenza, ma suscettibile di migliori sviluppi di carriera, ovvero più congeniale alle inclinazioni personali del lavoratore”³⁷, ed ancora alla situazione in cui in un determinato reparto si stia sviluppando un prodotto innovativo e si registri un interesse del lavoratore, sulla base del proprio bagaglio formativo e professionale, a sviluppare una certa esperienza cambiando anche categoria di inquadramento³⁸.

178

Senza dubbio l’interesse all’acquisizione di una diversa professionalità presenta profili di criticità, ma non per questo si può liquidare la previsione come un fuor d’opera. L’interesse indicato dalla norma non può essere aprioristicamente escluso in capo al lavoratore, potendosi verificare una delle situazioni già indicate

³⁴ R. VOZA, *L’adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 15.

³⁵ Così M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1178 il cui riferimento è a Cass. 1 marzo 2001, n. 2948.

³⁶ Cfr. S. BRUSATI, *Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit.; analogamente U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 13 anche se afferma trattarsi di ipotesi raramente ricorrente nella realtà. In merito anche E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., 123 che con riferimento all’obsolescenza della professionalità evidenzia una funzione di tutela dell’occupazione ancorché in un medio-lungo periodo.

³⁷ C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 182. A. FELTRE, *Il controllo giudiziale sullo ius variandi dopo il Jobs Act*, *Ricerche giuridiche*, vol. 5, num. 1 – giugno 2016, 73 fa l’esempio di un progettista desideroso di sviluppare la propria professionalità in ambito commerciale o viceversa.

³⁸ Così E. MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, *DPL*, 2015, 1814; F. PERRONE, *L’ “interesse” del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio*, *RGL*, 2019, 511 evidenzia come il legislatore impiegando i concetti di “acquisizione” e di “professionalità diversa” richiami la necessità che l’adibizione a nuove mansioni produca un effetto innovatore sul patrimonio professionale del lavoratore.

in dottrina, ferma l'esigenza di una valutazione rigorosa circa l'effettiva sussistenza³⁹.

c) Il terzo interesse è rappresentato dal miglioramento delle condizioni di vita.

Anche con riferimento a tale interesse sono state espresse in dottrina voci fortemente critiche. Vi è chi ha sostenuto che sfiora il ridicolo "ipotizzare che una riduzione della retribuzione conduca con sé un miglioramento delle condizioni di vita del singolo lavoratore" a meno di "non voler ritenere che siano considerate migliorative le mansioni ad orario fisso perché libere dall'obbligo della prestazione dello straordinario"⁴⁰. Altri, sul presupposto della mancata concretezza di questa ipotesi, come tale idonea al rischio di abusi atteso che si tratta di una scelta tanto soggettiva da sfuggire a qualsiasi controllo, ha concluso nel senso di ritenere difficile poter sostenere "che la disposizione possa assolvere la declamata funzione di tutelare esigenze del lavoratore e non invece quella di rafforzare ulteriormente l'interesse dell'impresa alla flessibilità gestionale"⁴¹. Al contrario, in termini positivi, si è posto in luce come "la disposizione mostra di dare rilevanza e di costruire una delle 'misure per la conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro' in sintonia con la rubrica del coetaneo d.lgs. n. 80/2015, figlio della stessa legge delega n. 183/2014"⁴². E tra le situazioni idonee a garantire un interesse del lavoratore al miglioramento delle condizioni di vita sono state indicate il mutamento di mansioni che comporti non solo un cambiamento di orario, ma anche

³⁹ Con riguardo alla previgente disciplina Trib. Venezia 26 settembre 2017, n. 5749, richiamata da F. PERRONE, *L' "interesse" del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio*, cit., 508 ha ritenuto che il demansionamento non fosse autenticamente diretto a realizzare un effettivo interesse del lavoratore all'acquisizione di una diversa professionalità in ragione dell'adibizione a mansioni di livello particolarmente basso rispetto all'inquadramento di provenienza e del loro pregresso svolgimento nelle fasi iniziali della carriera.

⁴⁰ Così V. FERRANTE, *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, in *Quaderni del CEDRI* n. 1/2015, 9.

⁴¹ Così A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 142; nel senso della mancata concretezza di questa ipotesi e della sua possibile fonte di abusi v. anche U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 13.

⁴² Così M. BROLLO *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1178; in senso contrario A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 142 secondo cui il riferimento al miglioramento delle condizioni di vita "potrebbe celare l'intento di aggirare le norme di tutela e conciliazione delle esigenze di cura, di vita e di lavoro".

di turno o addirittura un vero e proprio trasferimento ad un'unità produttiva più vicina all'abitazione del lavoratore, oltre l'ipotesi del demansionamento funzionale allo svolgimento di mansioni meno stressanti ed impegnative e più in generale l'esigenza di svincolarsi da un ambiente di lavoro percepito come inidoneo alle proprie esigenze personali e relazionali⁴³.

L'ipotesi interpretativa più aperta appare maggiormente coerente con la lettera e soprattutto con la *ratio* della norma considerata alla luce del complessivo intervento di riforma che intende valorizzare il rilievo della volontà individuale⁴⁴. La valutazione del lavoratore circa la convenienza dello scambio non appare sindacabile (fermo quanto si dirà circa la sussistenza di eventuali vizi della volontà). La prova dell'interesse non può essere in alcun modo addossata al datore la cui manifestazione di volontà sarà, invece, "sorretta da (implicite) esigenze all'utile impiego del personale riconducibili al suo interesse organizzativo che, in questo caso, risultano irrilevanti, se non discriminatorie o illecite"⁴⁵.

180

Qualora il demansionamento sia collegato ad un trasferimento geografico, devono essere seguiti due passaggi: la stipulazione del patto di demansionamento e il successivo trasferimento del lavoratore che può legittimamente avvenire solo in presenza delle comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive richieste dal penultimo comma dell'art. 2103 cod.civ. Tali ragioni assumono una valenza oggettiva, non potendo in alcun modo essere presunte dall'accettazione del lavoratore al trasferimento a seguito della stipulazione del patto di demansionamento che può avere ad oggetto il solo mutamento di mansioni, di

⁴³ Cfr. C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 182; S. BRUSATI, *Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit.; E. MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, cit., 1814. Vi anche A. TAMPRIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 113 secondo cui il lavoratore può essere indotto a richiedere un demansionamento quale estremo rimedio ad una sopravvenuta insostenibilità della situazione lavorativa, a fronte di problemi familiari o comunque extralavorativi operando a tal fine un parallelo con la richiesta del lavoratore di trasformazione del rapporto da tempo pieno a tempo parziale. R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 16 s. evidenzia che "l'accordo deve comportare una sorta di decrescita felice (o, quantomeno, gradita)" che configura quale "altra possibile declinazione della logica del male minore".

⁴⁴ V. sempre A. TAMPRIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 113 il quale a fondamento del rilievo della volontà individuale opera un collegamento con il successivo comma 7 ove anche con riguardo alle mansioni superiori è richiesto il consenso del lavoratore.

⁴⁵ Così M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1178.

livello e di categoria legale e non può estendersi a derogare alla previsione dell'art. 2103 cod.civ. nella parte relativa al trasferimento. La questione in apparenza banale non lo è solo se si consideri il caso del lavoratore che dopo qualche tempo rivendichi un ritorno all'unità produttiva di provenienza eccependo la mancanza dei presupposti oggettivi per il trasferimento. La circostanza che l'accordo sia stato sottoscritto in una delle c.d. sedi protette non è idoneo a consentire la deroga, atteso che, come visto, l'art. 2113 cod.civ. è richiamato per individuare le sedi e non gli effetti. A questa prima questione se ne unisce una seconda. Nel caso di un patto di demansionamento propedeutico ad un trasferimento geografico appare, in ogni caso, necessario (fermo quanto evidenziato sopra) esplicitare i termini dello scambio, ovvero che il patto di demansionamento è stato stipulato in vista del successivo trasferimento (evidenziando l'impegno del datore di lavoro a garantire il trasferimento), sì da subordinarne l'efficacia (in termini sospensivi o risolutivi) al verificarsi dell'evento dedotto quale condizione⁴⁶.

Un'interessante questione attiene al rapporto tra l'interesse alla conservazione dell'occupazione, come interpretato da chi scrive, e il miglioramento delle condizioni di vita. Si è ritenuto che il primo interesse (alla conservazione dell'occupazione) non sussista unicamente quale alternativa ad un licenziamento per giustificato motivo oggettivo. Certamente i due interessi, per come ricostruiti da chi scrive, presentano alcune sovrapposizioni. Il punto di unione è dato dal fatto che il lavoratore vuole mutare la propria condizione di lavoro per far fronte ad esigenze personali. Senonché sussiste una significativa differenza. Nel caso di conservazione dell'occupazione è, comunque, presupposto un cambiamento organizzativo e gestionale tale da modificare (anche potenzialmente) l'assetto in essere. Nel caso di miglioramento delle condizioni di vita ciò non è presupposto,

⁴⁶ Analogamente R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 17 il quale pone dubitativamente un'altra questione, ovvero se qualora, a seguito del patto e del trasferimento, si dovessero verificare i presupposti (ovvero le comprovate ragioni) idonee a giustificare un nuovo trasferimento il lavoratore possa impugnare il patto in deroga pretendendo la rassegnazione alle mansioni originariamente svolte. A parere di chi scrive tranne il caso in cui sia dimostrabile un comportamento datoriale in frode alla legge, il lavoratore non può vantare alcun diritto a tornare a svolgere le mansioni originarie anche perché si presuppone che non vi sia alcuna necessità in tal senso da parte del datore che avrà già adibito altro lavoratore a quelle mansioni, sempreché siano ancora disponibili in azienda.

ovvero non vi deve alcun mutamento, neppure potenziale, ma unicamente una esigenza soggettiva (o, meglio, percepita come tale) del lavoratore ad un cambiamento dallo stesso ritenuto idoneo a soddisfare il proprio interesse.

4. La necessaria sottoscrizione nelle c.d. sedi protette e l'assistenza eventuale di soggetti qualificati.

La previsione della necessaria sottoscrizione in sede protetta pone una doppia questione. La prima attiene all'individuazione delle sedi protette; la seconda, strettamente connessa alla prima, concerne la definizione delle prerogative assegnate agli organismi pubblici indicati dal legislatore e, segnatamente, l'individuazione dell'oggetto della verifica cui sono tenuti in relazione all'interesse indicato dal lavoratore.

182

L'elencazione delle sedi contenute nel comma 6 deve ritenersi tassativa⁴⁷. La norma, come già evidenziato, si riferisce alle sedi individuate dall'art. 2113, comma quarto, ovvero – in ragione del rinvio in esso contenuto ad altre norme – alla conciliazione intervenuta ai sensi degli articoli 185 (conciliazione in sede giudiziale, ancorché sarebbe stato più pertinente il riferimento all'articolo 420), 410 e 411 (conciliazione in sede amministrativa), 412-*ter* (conciliazione in sede sindacale) e 412-*quater* (collegio di conciliazione e arbitrato irrituale) del codice di procedura civile, nonché alle commissioni di certificazione di cui all'art. 76 del d.lgs. n. 276/2003 (enti bilaterali, direzioni territoriali del lavoro, università e fondazioni universitarie, consigli provinciali dei consulenti del lavoro)⁴⁸.

La seconda questione si presenta più complessa. È indubbio che il comma 6 dell'art. 2103 cod.civ. imponga il duplice vincolo del rispetto della procedura e

⁴⁷ Così A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 141; v. anche R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 18.

⁴⁸ In termini critici, in merito ad alcune disarmonie dei rinvii operati che si sarebbero potute evitare con una più ponderata valutazione v. R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 18 ss.; v. anche A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 112.

dell'esplicitazione della motivazione, posto “a bilanciamento delle posizioni delle parti, a necessario supporto del lavoratore contraente debole e per contrastare possibili abusi in suo danno”⁴⁹.

Il legislatore, tuttavia, non esplicita quale debba essere il ruolo esercitato dagli organismi indicati in merito alla considerazione dell'interesse del lavoratore. È senza dubbio evidente che tali organismi lo devono coadiuvare nella stipulazione di un patto modificativo del contratto di lavoro che determina un mutamento sostanziale e qualitativo della prestazione di lavoro e non lo devono assistere nel compimento di un atto dispositivo di un diritto già acquisito⁵⁰. Ed è del pari chiaro che l'individuazione delle sedi ove sottoscrivere l'accordo risieda nell'esigenza di proteggere la libera formazione della volontà del lavoratore dal rischio di pressioni indebite, tanto più ipotizzabili in ragione del fatto che l'accordo avviene in costanza di rapporto in una situazione di indubbia asimmetria di condizioni psicologiche⁵¹.

La sede protetta non potrà limitarsi a svolgere un compito “prettamente notarile”, ma dovrà svolgere un'assistenza effettiva⁵². Tale esigenza impone che a tale sede sia demandato il compito non soltanto di rendere edotto il lavoratore degli effetti conseguenti alla deroga e di attestare la genuinità della sua volontà⁵³, ma

⁴⁹ Così E. BALLETTI, *I poteri del datore di lavoro tra legge e contratto*, cit., 121 ripreso da R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 10.

⁵⁰ Così A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 141 il quale condivisibilmente prosegue evidenziando come non sia escluso di poter inserire all'interno del patto anche una transazione concernente pretese collegate alle mansioni svolte; tuttavia – prosegue l'A. – il patto principale, ovvero quello previsto dall'art. 2103, non è, anche in tale ipotesi, stipulato in funzione transattiva, perché esso è contraddistinto dall'interesse delle parti alla sostituzione della obbligazione dedotta in contratto con altra obbligazione.

⁵¹ F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015, DLM*, 2015, 512.

⁵² R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 11. In maniera condivisibile U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 14 afferma che l'assistenza non si configura come strumento d'integrazione del consenso, ma come percorso di irrobustimento di quella volontà e che l'autenticità del processo di formazione del consenso costituisce un profilo eccedente il ruolo dei soggetti chiamati ad affiancare il lavoratore e a registrare l'atto volitivo; analogamente V. FERRANTE, *La nuova disciplina delle mansioni del lavoratore*, cit., 9 ritiene che l'assistenza fornita dai soggetti richiamati nella norma non possa valere, al di là di una eventuale testimonianza, ad attribuire alla volizione una efficacia rafforzata.

⁵³ Così M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il “Jobs Act” (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, cit., 52. Secondo M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1179 in sede di manifestazione del consenso assistito andrà verificata e precisata anche la durata della dequalificazione correlata all'interesse manifestato, con ovvio riferimento al caso dell'esistenza di un accordo di demansionamento limitato nel tempo.

anche di verificare “almeno secondo una delibazione sommaria”⁵⁴ la sussistenza degli interessi indicati dalla norma che consentono il realizzarsi della causa del contratto⁵⁵. Ancorché si sia evidenziato che il lavoratore non avrebbe un problema di comprensione degli effetti di ciò che è chiamato a sottoscrivere, ma di carenza di valide alternative all’accettazione di una modifica peggiorativa delle condizioni di lavoro⁵⁶, è indubbio che il comma 6 dell’art. 2103, a differenza dell’art. 2113 che non prevede alcun filtro circa le motivazioni che sorreggono la volontà dispositiva, tipizza gli interessi che il patto in deroga deve necessariamente perseguire, sì da implicare non solo la loro esplicitazione, ma anche la verifica circa la loro sussistenza⁵⁷. Vi è, dunque, la necessità di esplicitare nell’accordo l’interesse del lavoratore alla sua sottoscrizione e di valutarne la sussistenza, avendo riguardo al momento della sua stipulazione, non potendo assumere rilievo circostanze sopravvenute e, finanche di segno contrario, rispetto a quelle che avevano indotto a perfezionare l’accordo⁵⁸.

184

Altra questione concerne la possibilità per il lavoratore di farsi assistere in sede protetta da soggetti qualificati, ovvero dal rappresentante di una associazione sindacale alla quale aderisce o conferisce mandato, da un avvocato o da un consulente del lavoro. Si tratta con tutta evidenza di un’assistenza eventuale⁵⁹. Tuttavia l’individuazione selettiva di una rosa di soggetti esclude da tale eventuale attività coloro che non siano compresi nell’elenco, con conseguente “legittimità del rifiuto di ammettere la presenza di soggetti diversi da quelli indicati dalla norma”⁶⁰.

⁵⁴ Così testualmente C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 182.

⁵⁵ A. GARILLI, *La nuova disciplina delle mansioni tra flessibilità organizzativa e tutela del prestatore di lavoro*, cit., 142.

⁵⁶ U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 15.

⁵⁷ R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento di mansioni*, cit., 13 il quale aggiunge che il patto debba contenere una clausola in cui si esplicita lo scambio.

⁵⁸ V. per ulteriori riferimenti M. BROLLO, *La disciplina delle mansioni dopo il Jobs act*, cit., 1179 afferma che “salvo il caso di espresso accordo circa la temporaneità del mutamento e al di là delle ipotesi fisiologiche di mobilità verticale, non sono ammessi ripensamenti del lavoratore”.

⁵⁹ Così A. TAMPIERI, *L’accordo individuale di dequalificazione*, cit., 110 che sottolinea la facoltatività a differenza dell’assistenza obbligatoria da parte degli organismi di cui all’art. 2113, comma 4 e della commissione di certificazione.

⁶⁰ Così R. VOZA, *L’adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 24; E. MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, cit., 1814.

Un tema di rilievo attiene all'eventuale facoltà del lavoratore di non presentarsi personalmente innanzi agli organismi individuati dal comma 6 dell'art. 2103 e di farsi rappresentare da uno dei soggetti indicati nella stessa norma. Ancorché il dato testuale ("Il lavoratore può farsi assistere") non sembri escludere l'applicazione dei principi della delega alla rappresentanza, sul piano sistematico pare più congruo privilegiare una soluzione che richieda la presenza del lavoratore. Due considerazioni conducono a questa conclusione. Innanzitutto la sottoscrizione del patto di demansionamento attiene ad una questione direttamente concernente la sfera personale del prestatore di lavoro; ma soprattutto in sede protetta deve essere accertata la genuinità del consenso prestato e la consapevolezza degli effetti dell'accordo valido per il futuro, presupposti che sembrerebbero implicare la presenza fisica del lavoratore⁶¹.

5. Mutamento consensuale delle mansioni e formazione

185

Il rapporto tra mutamento consensuale delle mansioni e formazione del lavoratore rappresenta un'altra tematica di interesse. Occorre chiedersi se il terzo comma dell'art. 2103 nell'affermare che "Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni", si riferisca ai soli mutamenti unilaterali⁶².

In senso adesivo rispetto a questa conclusione si potrebbe invocare il legame tra formazione e *jus variandi* quale esercizio di un potere unilaterale – in cui peraltro la formazione deve intendersi come un mero onere del datore di lavoro (e non già un obbligo)⁶³ – essendo, invece, le parti libere nel caso di stipulazione di un patto di demansionamento di decidere, nell'esercizio dell'autonomia privata individuale,

⁶¹ In merito vedi criticamente anche E. MASSI, *Nuova disciplina delle mansioni*, cit., 1814 il quale si esprime nel senso di una mera preferenza di presenza e non di obbligo.

⁶² C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., 146.

⁶³ Secondo C. PISANI, *Tipologie vecchie e nuove di demansionamento e tecniche di tutela*, RGL, 2018, I, 334 la formazione si configura come un onere del datore di lavoro e un obbligo per il lavoratore.

in merito alla necessità o meno della formazione. Nel senso indicato potrebbe condurre anche la collocazione della disposizione, inserita tra i commi 2 e 4, dedicati rispettivamente al demansionamento disposto in via unilaterale per intervenuta modifica dell'assetto organizzativo incidente sulla posizione del lavoratore e a quello autorizzato dalla contrattazione collettiva.

Questioni, con tutta evidenza, non si pongono qualora le parti individuali all'interno del patto disciplinino anche i profili formativi o il contratto collettivo imponga un obbligo formativo a fronte di un mutamento di mansioni. Peraltro, la regolamentazione a livello individuale e/o collettivo è senza dubbio opportuna nel caso in cui l'interesse del lavoratore alla sottoscrizione del patto sia da rinvenire nell'acquisizione di una diversa professionalità⁶⁴.

Le parti potrebbero tuttavia escludere esplicitamente l'esigenza di qualsivoglia attività formativa⁶⁵ o più semplicemente non prevedere alcunché sul punto. La tesi che conduce ad escludere in questi casi lo svolgimento di un'attività formativa, merita una riflessione più approfondita.

Innanzitutto la lettera del comma 3 dell'art. 2103 riferendosi al mutamento di mansioni non differenzia tra mutamento unilaterale e mutamento consensuale. Inoltre, la *ratio* della disposizione porta a ritenere che l'adempimento formativo sia esteso a tutte le ipotesi di modifica delle mansioni che renda necessario l'aggiornamento professionale del dipendente, anche a quella consensuale⁶⁶. E ciò non solo qualora le parti a livello individuale abbiano serbato il silenzio sul punto, ma anche nel caso in cui abbiano escluso la necessità di un percorso formativo essendo necessario che le parti rendano possibile l'esecuzione della prestazione⁶⁷. Sul piano sistematico occorre valorizzarne la funzione della disposizione in chiave

⁶⁴ R. VOZA, *L'adibizione a mansioni inferiori mediante patti in deroga nel riformato art. 2103 cod.civ.*, cit., 9.

⁶⁵ L. FERLUGA, *La dequalificazione unilaterale nella nuova disciplina delle mansioni*, VTDL, 2016, 92.

⁶⁶ Così in senso condivisibile M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il "Jobs Act"* (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori), cit., 64.

⁶⁷ Ovviamente il datore di lavoro è tenuto agli obblighi di formazione previsti dal d.lgs. n. 81/2008 ove la formazione è definita quale "processo educativo attraverso il quale trasferire ai lavoratori ed agli altri soggetti del sistema di prevenzione e protezione aziendale conoscenze e procedure utili alla acquisizione di competenze per lo svolgimento in sicurezza dei rispettivi compiti in azienda e alla identificazione, alla riduzione e alla gestione dei rischi" (art. 2, comma 1, lett. aa, d.lgs. n. 81/2008).

di tutela della dignità professionale del lavoratore, certamente non rispettata qualora il prestatore di lavoro sia chiamato a svolgere compiti rispetto ai quali mancava di adeguata formazione⁶⁸. Sempre sul piano sistematico si consideri che ai sensi dell'art. 2104 cod.civ. il prestatore di lavoro è tenuto ad “usare la diligenza richiesta dalla natura della prestazione dovuta”, sì da configurare la diligenza quale criterio di commisurazione della prestazione dovuta e da presupporre che il lavoratore sia in grado di esprimerla adeguatamente. Il che può avvenire solo qualora sia stato adeguatamente formato⁶⁹.

6. Possibili vizi dei patti di demansionamento e sindacabilità giudiziale

Quanto ai possibili vizi dei patti di demansionamento l'indiscusso punto di partenza è dato dalla nullità di tutti gli accordi sottoscritti al di fuori della “sedi protette” o che non rispettino gli altri limiti desumibili dalla norma⁷⁰. Il richiamo alle sedi protette di cui all'art. 2113 cod.civ. non garantisce – lo si ribadisce – la inoppugnabilità dell'accordo modificativo in quanto tale effetto avrebbe avuto bisogno di una espressa formulazione⁷¹.

Posto che l'effettiva esistenza degli interessi che giustificano l'accordo derogatorio è sempre sindacabile in sede giudiziale⁷², il tema che si pone attiene, però, ai limiti di tale sindacabilità. In linea di principio è senza dubbio condivisibile la soluzione interpretativa che ravvisa la nullità del patto nel caso di insussistenza

⁶⁸ V. C. LAZZARI, *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, cit., 693.

⁶⁹ Secondo C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 178 la formazione ove riferita anche alle modifiche consensuali di cui al comma 6 costituirebbe il contenuto di un vero obbligo a carico del datore di lavoro in base ad un meccanismo di integrazione legale dell'accordo, mentre nel caso di *jus variandi* sarebbe più corretto parlare di un onere, cioè di un comportamento cui il datore di lavoro è tenuto ove intenda esercitare (s'intende legittimamente) il suo potere unilaterale.

⁷⁰ Così A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 110.

⁷¹ Così testualmente C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 183; C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., 87.

⁷² Così M. CORTI, *Jus variandi e tutela della professionalità dopo il “Jobs Act” (ovvero cosa resta dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori)*, cit., 52; in senso diverso S. BRUSATI, *Brevi note sul nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit.; A. AVONDOLA, *La riforma dell'art. 2103 cod.civ. dopo il jobs act*, cit., 384.

in capo al lavoratore degli interessi esplicitati nell'accordo⁷³. La questione concerne, tuttavia, i profili probatori, ovvero se della prova dell'insussistenza si debba fare carico il lavoratore o se, viceversa, sia il datore di lavoro tenuto a dimostrarne l'esistenza. Coloro che ritengono che l'interesse alla conservazione dell'occupazione sussista solo quale alternativa ad un licenziamento fanno ricadere sul datore di lavoro la prova delle condizioni di fatto che connotano il rischio del recesso⁷⁴, lasciando al prestatore di lavoro l'onere di dimostrare l'insussistenza degli altri due interessi⁷⁵. Chi scrive ha espresso una soluzione interpretativa "estensiva" in merito alla sussistenza dell'interesse alla conservazione dell'occupazione, sì da non legarlo necessariamente ad un possibile licenziamento; ma più in generale non si ravvisano ragioni per poter addivenire ad un'inversione dell'onere della prova, fermo l'utilizzo del sistema delle presunzioni per agevolare l'azione probatoria del lavoratore. Senza dubbio il lavoratore potrà avere difficoltà a dimostrare l'insussistenza dell'interesse che ha dichiarato nell'accordo anche perché dipende nella sostanza da una sua valutazione personale; ciò non toglie che dalla norma non si possa desumere alcuna deroga ai principi generali che regolano l'onere della prova. Ne deriva la condivisione della tesi di chi ravvisa la difficoltà di sindacare in giudizio la veridicità delle ragioni addotte, senza che sia fornita la prova della palese pretestuosità dell'interesse addotto, tale da condurre alla nullità dell'accordo per illiceità del motivo o della causa o per frode alla legge⁷⁶, o che non emerga un vero e proprio vizio del consenso⁷⁷. Ciò in quanto le sedi protette devono

⁷³ Così L. DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT – 263/2015, 9; negli stessi termini F. AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs. n. 81 del 2015*, cit., 512; F. PERRONE, *L' "interesse" del lavoratore nel nuovo art. 2103 c.c.: presupposti e limiti del sindacato giurisdizionale sul demansionamento unilaterale e pattizio*, cit., 512; C. PISANI, *Tipologie vecchie e nuove di demansionamento e tecniche di tutela*, cit., 329.

⁷⁴ In merito v. C. LAZZARI, *La tutela della dignità professionale del lavoratore*, cit., 675.

⁷⁵ Cfr. C. CESTER, *La modifica in pejus delle mansioni nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 183.

⁷⁶ A. TAMPIERI, *L'accordo individuale di dequalificazione*, cit., 122 nell'invocare l'applicazione delle cause di nullità di carattere generale ai sensi dell'art. 1418 cod.civ. ritiene che sia da ritenere "nullo (art. 1418, comma 2; art. 1344 cod.civ.) l'accordo, sia pure sottoscritto in una sede protetta, che si traduca in un espediente (del datore di lavoro) per ottenere prestazioni lavorative in elusione di una norma imperativa".

⁷⁷ In merito cfr. C. ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in L. FIORILLO, A. PERULLI (a cura di), *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, Torino, 2015, 350; U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel nuovo art. 2103 cod.civ.*, cit., 14; R. VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova*

garantire non solo un'assistenza effettiva, ma sono tenute anche a verificare (quantomeno nei suoi presupposti essenziali) la sussistenza dell'interesse dedotto dal lavoratore valutando la genuinità della sua volontà dispositiva in relazione all'interesse qualificato dalla norma.

Per quanto concerne le conseguenze della nullità del patto di demansionamento, si deve escludere che da essa derivi il diritto del prestatore di lavoro a percepire una retribuzione pari a quella fruita nello svolgimento delle superiori mansioni prima della sottoscrizione del patto⁷⁸. Ciò in quanto il lavoratore nell'esecuzione dell'accordo di dequalificazione ha svolto effettivamente mansioni inferiori. Il prestatore avrà, invece, diritto all'assegnazione alle mansioni precedenti o, nel caso in cui non fossero più disponibili, a mansioni riconducibili ai sensi del comma 1 dell'art. 2103 cod.civ. allo stesso livello e categoria legale di inquadramento, ferma la possibilità di esperire un'azione risarcitoria volta al soddisfacimento degli eventuali danni subiti la cui rigorosa prova incombe sul lavoratore medesimo.

disciplina del mutamento di mansioni, cit., 6; E. GRAMANO, *La riforma della disciplina del jus variandi*, in G. ZILIO GRANDI, M. BIASI (a cura di) *Commentario breve alla riforma "Jobs Act"*, Milano, 2016, 549.

⁷⁸ C. PISANI, *La nuova disciplina del mutamento delle mansioni*, cit., 90.