

Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i principi costituzionali

ADAPT - Scuola di alta formazione sulle relazioni industriali e di lavoro
Per iscriverti al Bollettino ADAPT [clicca qui](#)
*Per entrare nella **Scuola di ADAPT** e nel progetto **Fabbrica dei talenti***
scrivi a: selezione@adapt.it

Bollettino ADAPT 4 novembre 2019, n. 39

Con l'[ordinanza n. 24882/2019](#) del 4 ottobre scorso, la *Suprema Corte* offre l'opportunità di riflettere su una tematica di sovente trascurata ma che, a tutti gli effetti, concerne la funzione stessa del lavoro costituzionalmente inteso: la professionalità o, per meglio dire, la "tutela della professionalità".

Muovendo dunque dai fatti esposti in giudizio, in estrema sintesi, una lavoratrice proponeva ricorso avverso la decisione del giudice di merito che, per quel che rileva, avendo definito le sue **mansioni** (addetta al soppresso ufficio esteri) tendenzialmente infungibili con altre *figure* rimaste in azienda, aveva ritenuto legittimo il licenziamento irrogato al termine della procedura collettiva.

La Corte di Cassazione, accogliendo parzialmente il reclamo, in poche righe accende - implicitamente - i riflettori sul patrimonio professionale del lavoratore dipendente, inteso come "**fonte di diritti**", osservando che la "*fungibilità, nella comparazione dei lavoratori da licenziare, implica la **necessità di ricostruzione del complessivo bagaglio di esperienza e conoscenza del lavoratore onde verificare la effettiva sussistenza di professionalità***". Pertanto, "*la relativa esclusione **non può** (...) **essere ancorata**, peraltro solo "tendenzialmente", **all'esclusivo riferimento ai compiti svolti in concreto** dalla lavoratrice, **occorrendo una più' complessiva valutazione della sua professionalità che tenga conto delle esperienze pregresse, della formazione, del bagaglio di conoscenze acquisito***".

Acclarato, dunque, che - almeno per quanto concerne la legislazione *ratione temporis* applicabile (ante D.L.gs. 81/2015) - le *acquisizioni* esperienziali maturate dal lavoratore costituiscono valore da

Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i principi costituzionali

proteggere e sviluppare nella generalità dei rapporti – non solo in apprendistato – e che, invece, l'attività concretamente svolta rappresenta, esclusivamente, un "mezzo" di accrescimento del capitale professionale, è legittimo domandarsi se la vigente disciplina delle mansioni e del potere datoriale su di esse, sia altrettanto rispettosa di un simile *concetto*.

Principio che fra l'altro trova riscontro nell'art. 35 della *Carta*, la quale, imponendo alla Repubblica (*ergo* all'ordinamento) la cura della formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori, palesa un "senso" del lavoro, ben oltre la mera funzione economica delle sue obbligazioni principali (prestazione e retribuzione¹).

A bene vedere, l'articolo 2103 c.c., nella sua prima² versione, imponendo l'immutabilità sostanziale della posizione del prestatore, nonché nella seconda³, introducendo uno *ius variandi* circoscritto al concetto delle mansioni equivalenti, sembrava perfettamente conferente all'esigenza di garantire e tenere in debito conto il retaggio del lavoratore.

Tanto che all'interno dei contenziosi originati dall'impossibilità di definire aprioristicamente il concetto di "equivalenza", la giurisprudenza, pronunciandosi in materia di *demansionamento* ovvero di obbligo di **repêchage**, restituiva con costanza una valutazione da effettuarsi *ex post*, definendo compatibili quelle mansioni oggettivamente comprese nella stessa area professionale e salariale o che soggettivamente e come attitudine, consentivano la piena utilizzazione o addirittura l'arricchimento del patrimonio professionale del dipendente⁴.

Dal 25 giugno 2015, con l'entrata in vigore dell'art. 3 D.L.gs. 81/2015, la nuova formulazione della norma civilistica assume caratteri differenti, in evidente discontinuità con il passato e più in linea con la *visione* riformatrice del mercato del lavoro, perlopiù improntata alla ricerca di flessibilità e semplificazione.

La *novella*, oltre ad ampliare l'esercizio del potere datoriale e legittimare ipotesi di *dequalificazione* in caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali o altre ipotesi individuate dai contratti

Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i principi costituzionali

collettivi, stabilisce la discrezionale possibilità di adibire il lavoratore a mansioni “**riconducibili allo stesso livello** e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte”, sostituendo, di fatto, il precedente e più stringente limite di tipo sostanziale con un nuovo e più immediato limite formale, rappresentato dalle - vetuste - declaratorie dei contratti collettivi.

Prima di enucleare al meglio le criticità dirette della norma, non può che esprimersi più d'una perplessità sulla rispondenza del testo al confine marcato dalla *legge delega* e, nello specifico, l'**adeguatezza** del principio di “equivalenza formale”⁵, anche fuori da ipotesi di riorganizzazioni, ristrutturazioni o conversioni aziendali, **a incontrare l'interesse del lavoratore alla tutela della professionalità** (*sic!*), prevedendo limiti alla modifica dell'inquadramento.

Ed effettivamente, l'inedita impostazione legislativa appare figlia di un (*volontario?*) fraintendimento del periodo successivo del testo, ove si evidenzia l'idoneità della “*contrattazione collettiva, anche aziendale ovvero di secondo livello, stipulata con le organizzazioni sindacali dei lavoratori comparativamente più rappresentative sul piano nazionale a livello interconfederale o di categoria - a - individuare ulteriori ipotesi...*” ostantive.

Andando poi su casi pratici e attingendo dagli accordi più diffusi, un datore del settore della ristorazione applicante il C.C.N.L. Pubblici Esercizi - Confcommercio, potrebbe oggi, legittimamente esigere le funzioni di *barman* da un lavoratore inizialmente assunto al 4° livello per le mansioni di *cuoco capo partita*.

O ancora, nel settore *retail*, in caso di necessità, una *contabile d'ordine* assunta al 4° livello del C.C.N.L. del Terziario - Confcommercio, potrebbe essere richiamata dal titolare, senza troppo preavviso, alle mansioni di *commessa alla vendita*, fermo il vincolo della categoria legale che, tuttavia, resta una definizione sostanzialmente elastica⁶.

Ed è di tutta evidenza che un potere organizzativo così disteso, oltre a manifestare un *vulnus* del legittimo affidamento del prestatore su un certo tipo di percorso, sembra inoltre idoneo a realizzare,

Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i principi costituzionali

nel concreto, situazione di impoverimento delle cognizioni⁷ o incompatibilità con la storia professionale dell'individuo⁸, circostanze peraltro condannate con continuità dalla giurisprudenza.

Nonostante, per il momento, il nuovo impianto abbia trovato il *placet* della magistratura di merito⁹, i profili di incostituzionalità sollevati verso la preesistente – ma di medesima *ratio* – disposizione, potrebbero far presumere che, dopo la revisione delle *tutele crescenti*, anche questa parte del *Job Act* potrebbe essere rimessa in discussione.

Il riferimento non può che portare al 20 maggio scorso, quando la Corte di Cassazione, con ordinanza interlocutoria n. 13525, ha rimesso al vaglio della *Consulta* la legittimità dell'istituto sanzionatorio della “retrocessione”, di cui agli artt. 37 e 44 dell'allegato A al R.D. 148 del 1931, applicabile agli addetti ai pubblici servizi di trasporto.

Invero, secondo le motivazioni del ricorrente, ritenute non manifestamente infondate dalla corte, il diritto del lavoro “*si attua non solo attraverso la salvaguardia delle posizioni economiche, ma anche e soprattutto con la garanzia di **diritti fondamentali** inerenti al rapporto di lavoro, tra i quali senz'altro pure il diritto alla **qualifica**” e “*proprio per l'essenziale rilievo che riveste nel rapporto di lavoro e per l'**ontologica connessione di essa con la personalità del lavoratore**, appare **chiaramente ricompresa nel concetto di tutela del lavoro di cui all'articolo 35 Cost. anche la tutela della professionalità** maturata dal lavoratore e divenuta parte di esso, il cui relativo diritto si presenta **quale diritto essenziale della persona** del lavoratore, come principio generale dell'ordinamento del lavoro”.**

Pertanto, “*la tutela di lavoro deve estrinsecarsi anche nella **corretta ed equa utilizzazione delle capacità lavorative poiché la qualifica non costituisce di certo un beneficio accordato discrezionalmente dal datore di lavoro ma rappresenta e si identifica con la persona del lavoratore, in ciascun momento storico del rapporto considerato***”. Alla luce di ciò, “*appare inammissibile (...) che il datore di lavoro possa, con un mero provvedimento disciplinare, privare il lavoratore della capacità lavorativa da lui raggiunta, retrocedendolo ad una qualifica inferiore, ovvero azzerando – anche attraverso ripetute retrocessioni, teoricamente possibili, secondo la normativa de qua – addirittura i progressi tecnici maturati dal dipendente*”.

Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i principi costituzionali

Senonché, il novellato art. 2103 si presta, con evidenza, a uno *ius variandi* datoriale, potenzialmente insensibile al capitale proprio accumulato dal lavoratore dipendente, alla plausibile eccezione della già operatività del criterio di “equivalenza formale” nel settore del pubblico impiego¹⁰ si potrebbe tranquillamente opporre che le c.d. “aree di inquadramento” delineate negli accordi di comparto, non hanno certo il medesimo grado di disomogeneità ovvero ampiezza dei livelli individuati dalla contrattazione nel settore privato.

In conclusione, in attesa di una più consistente elaborazione giurisprudenziale, la disamina prospettata sembra condurre a una interpretazione della “professionalità” quale diritto *essenziale*, per questo fonte di obbligazioni e dunque oggetto di tutela da parte dell’ordinamento. Tutela che l’attuale versione dell’art. 2103 non sembra affatto in grado di garantire – almeno al confronto con le precedenti – risultando potenzialmente ostativa a principi di politiche sostenibili del mercato del lavoro (*lifelong learning*) e imponendo, dunque, un mutamento in radice di ogni ulteriore dibattito o discussione sul riconoscimento, valorizzazione e persino certificazione delle competenze.

Federico Avanzi

Consulente del lavoro

¹ Cassazione Sez. Lavoro n. 11408/2018

² In vigore sino al 10 giugno 1970

³ In vigore sino al 24 giugno 2015

⁴ Cassazione Sez. Lavoro n. 7370/1990

⁵ Termine recepito dalla Corte D’Appello di Genova Sez. Lavoro nella sentenza n. 154/2018

⁶ L’inquadramento nelle “categorie legali” è demandato alla contrattazione collettiva o, in via sussidiaria al giudice di merito. (cfr. Cass. Sez. Lavoro n. 17321/2013)

⁷ Cassazione Sez. Lavoro n. 23264/2017

⁸ Cassazione Sez. Lavoro n. 18031/2017

⁹ Tribunale di Bergamo Sentenza del 12 gennaio 2017

¹⁰ Art. 52 D.L.gs. 165 del 2001

**Diritto e tutela della professionalità. Riflessioni
sull'art. 2103 c.c. e questioni di compatibilità con i
principi costituzionali**