

La disciplina delle mansioni

ATTUALITÀ - 2014

Collana diretta da  
GIUSEPPE PELLACANI

La disciplina delle mansioni  
prima e dopo il *Jobs Act*  
Quadro legale e profili problematici

a cura di  
GAETANO ZILIO GRANDI - ELENA GRAMANO



GIUFFRÈ EDITORE

## INDICE SOMMARIO

|  |     |
|--|-----|
| <i>Presentazione di Giuseppe Pellacani</i> . . . . . | vii |
| <i>Autori</i> . . . . .                              | xv  |

### CAPITOLO PRIMO

#### LA DISCIPLINA DELLE MANSIONI: EVOLUZIONE DEL QUADRO NORMATIVO

di *Gaetano Zilio Grandi e Elena Gramano*

|  |    |
|--|----|
| 1. Premessa . . . . .  | 1  |
| 2. La disciplina dello <i>jus variandi</i> introdotta dallo Statuto dei lavoratori . . . . . | 2  |
| 3. La fonte del mutamento delle mansioni . . . . .   | 3  |
| 4. L'identificazione delle mansioni di assunzione . . . . .                                  | 6  |
| 5. I limiti all'esercizio dello <i>jus variandi</i> . . . . .                                | 8  |
| 6. L'individuazione del bene giuridico tutelato: la professionalità del lavoratore . . . . . | 9  |
| 7. L'interpretazione del concetto di equivalenza . . . . .                                   | 12 |
| 8. L'identificazione di nuove ipotesi di legittimo demansionamento . . . . .                 | 14 |
| 9. I nuovi spazi dell'autonomia collettiva . . . . .   | 17 |

### CAPITOLO SECONDO

#### PROFILI DI COSTITUZIONALITÀ DELLA NUOVA DISCIPLINA DELLO *JUS VARIANDI*

di *Cesarina Carnovale*

|   |    |
|---|----|
| 1. La novella disposizione dell'art. 2103 cod. civ. Le differenze sostanziali con la precedente disposizione . . . . .        | 31 |
| 1.1. L'art. 2103 cod. civ. come modificato dall'art. 13 l. 20 maggio 1970, n. 300 . . . . .                                   | 32 |
| 1.2. La novella disposizione dell'art. 2103 cod. civ. . . . .   | 34 |
| 2. I possibili profili di incostituzionalità . . . . .  | 36 |
| 2.1. La legge di delegazione . . . . .  | 36 |
| 2.2. Il rapporto tra la legge di delegazione e la legge delegata: l'art. 2103 comma 1, 2 e 6 cod. civ. . . . .                | 42 |
| 2.3. <i>Segue</i> : l'art. 2103 comma 4 cod. civ. . . . .   | 45 |
| 3. I possibili profili di incostituzionalità dell'art. 2103 comma 1 cod. civ. in relazione ai valori costituzionali . . . . . | 47 |

CAPITOLO TERZO

**JUS VARIANDI E RUOLO DELLA CONTRATTAZIONE COLLETTIVA**

di *Maurizio Falsone*

|      |  |    |
|------|--|----|
| 1.   | Una premessa di approccio sulle questioni controverse . . . . .  | 57 |
| 2.   | La prima parte dell'art. 2103 cod. civ. a cavallo fra potere direttivo e <i>jus variandi</i> . . . . .   | 59 |
| 3.1. | Il rinvio al livello di inquadramento e alla categoria legale dei lavoratori nel I e nel II comma dell'art. 2013 cod. civ. La delega di fatto alla contrattazione collettiva . . . . . | 62 |
| 3.2. | Il demansionamento unilaterale di cui al comma 4 dell'art. 2103 cod. civ. e la delega di diritto alla contrattazione collettiva . . . . .  | 66 |
| 4.   | La contrattazione collettiva "disfunzionale" rispetto alla <i>ratio</i> della riforma dell'art. 2103 cod. civ. Accordi sindacali previgenti e nuovi rinnovi contrattuali . . . . .     | 69 |
| 5.   | La contrattazione collettiva funzionale alla <i>ratio</i> della riforma del <i>jobs act</i> e i limiti posti dal sistema . . . . .   | 73 |

CAPITOLO QUARTO

**LE MODIFICHE CONSENSUALI DELL'OGGETTO DEL CONTRATTO E LA TUTELA DELLA PROFESSIONALITÀ**

di *Fabio Pantano*

|    |  |    |
|----|--|----|
| 1. | Il nuovo art. 2103 e la tutela della professionalità . . . . .                                       | 85 |
| 2. | L'accordo per la modifica del profilo professionale del prestatore di opere . . . . .                | 89 |
| 3. | Limiti sostanziali all'accordo <i>ex art.</i> 2013, comma sesto, cod. civ. La retribuzione . . . . . | 91 |
| 4. | L'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione . . . . .                             | 92 |
| 5. | L'acquisizione di una diversa professionalità . . . . .  | 94 |
| 6. | Il miglioramento delle condizioni di vita . . . . .  | 95 |
| 7. | I limiti procedurali . . . . .   | 96 |
| 8. | La nullità dei patti contrari . . . . .  | 98 |

CAPITOLO QUINTO

**LE MANSIONI SUPERIORI**

di *Giorgia Casiello*

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 1.   | La mobilità "verticale" del lavoratore. Le fattispecie previste dall'art. 2103 cod. civ. . . . . | 105 |
| 1.1. | L'acquisizione della categoria superiore . . . . .   | 106 |
| 1.2. | L'assegnazione a mansioni superiori . . . . .  | 108 |
| 2.   | La promozione cd. "automatica" . . . . .   | 109 |

|      |  |     |
|------|--|-----|
| 2.1. | Il concetto di "mansione superiore" . . . . .  | 110 |
| 2.2. | L'"effettività" e la "pienezza" dello svolgimento delle mansioni superiori . . . . . | 111 |
| 2.3. | Il periodo di svolgimento delle mansioni superiori . . . . .                         | 113 |
| 2.4. | L'"effettività" del periodo di svolgimento delle mansioni superiori . . . . .        | 115 |
| 2.5. | La "continuità" del periodo di svolgimento delle mansioni superiori . . . . .        | 117 |
| 3.   | Le eccezioni alla promozione cd. automatica. . . . .                                 | 120 |
| 3.1. | La sostituzione di altro lavoratore in servizio . . . . .                            | 120 |
| 3.2. | La volontà contraria del lavoratore alla promozione automatica . . . . .             | 124 |

## CAPITOLO SESTO

## L'OBBLIGO DI FORMAZIONE

di *Linda Tani*

|      |   |     |
|------|---|-----|
| 1.   | Obbligo di formazione: espressione dell'evoluzione del concetto di professionalità . . . . .  | 133 |
| 2.   | Obbligo di formazione tra genericità della norma e potere ai sindacati . . . . .  | 140 |
| 2.1. | Genericità della norma . . . . .  | 140 |
| 2.2. | L'ampio ruolo lasciato alla contrattazione collettiva . . . . .   | 148 |
| 3.   | Violazione dell'obbligo formativo: conseguenze . . . . .  | 152 |
| 4.   | Obbligo di formazione quale mero limite allo <i>jus variandi</i> datoriale nell'ambito del mutamento di mansioni o anche nuova barriera in caso di licenziamento per giustificato motivo oggettivo? . . . . . | 159 |

## CAPITOLO SETTIMO

## LA DISCIPLINA DELLE MANSIONI NEL PUBBLICO IMPIEGO

di *Umberto Gargiulo*

|    |   |     |
|----|---|-----|
| 1. | La disciplina delle mansioni tra legge e contratto: il "cantiere" dell'art. 52, d.lgs. 165/2001 . . . . . | 169 |
| 2. | (Segue) Equivalenza ed esigibilità delle mansioni nelle previsioni dei contratti collettivi . . . . .     | 173 |
| 3. | La giurisprudenza sull'equivalenza nel lavoro pubblico: incertezze e assestamenti . . . . .               | 180 |
| 4. | La disciplina vigente e la "divaricazione" tra lavoro pubblico e privato . . . . .                        | 181 |
| 5. | L'adibizione a mansioni superiori e le progressioni di carriera . . . . .                                 | 184 |
| 6. | Il demansionamento nel lavoro pubblico . . . . .  | 186 |

|                                   |     |
|-----------------------------------|-----|
| <i>Indice analitico</i> . . . . . | 201 |
|-----------------------------------|-----|

## CAPITOLO QUINTO

# LE MANSIONI SUPERIORI

### Guida alla lettura

- Il legislatore, con l'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, riscrive l'art. 2103 cod. civ., modificando la disciplina della mobilità "verticale" del lavoratore.
- In materia di mansioni superiori, la nuova formulazione della norma, riproponendo in parte il precedente testo dell'articolo 2103 cod. civ., fa "riemergere" alcune questioni interpretative già discusse dalla dottrina e la giurisprudenza.
- Il nucleo dell'intervento modificativo ha ad oggetto la fattispecie della promozione cd. "automatica" del lavoratore.
- Il legislatore modifica gli elementi costitutivi di detta fattispecie.
- Ad essere modificato è anzitutto il rapporto tra legge e contrattazione collettiva quali fonti della determinazione dell'intervallo temporale idoneo a far "scattare" la promozione cd. automatica.
- Da un punto di vista temporale, al fine dell'integrazione della fattispecie, viene introdotto il requisito della "continuità" dello svolgimento delle mansioni superiori.
- L'intervento modificativo ha ad oggetto anche le ipotesi che si configurano come eccezione alla regola della promozione cd. automatica.
- Il riferimento è anzitutto all'ipotesi in cui l'assegnazione "abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio".
- Di particolare rilevanza risulta l'introduzione della manifestazione della volontà contraria del lavoratore all'assegnazione definitiva a mansioni superiori quale ulteriore eccezione alla regola della promozione cd. automatica.

#### 1. La mobilità "verticale" del lavoratore. Le fattispecie previste dall'art. 2103 cod. civ.

Le modifiche *in melius* dell'oggetto del contratto di lavoro sono disciplinate dall'art. 2103 cod. civ.. Quest'ultimo, limitatamente alla mobilità "verticale" del lavoratore, a seguito della riscrittura operata dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, sembra riprodurre la medesima articolazione strutturale. La norma infatti continua a prevedere due distinte fattispecie di "mobilità verticale". La prima, disciplinata nel primo periodo del comma 1 del vecchio testo ed oggi contenuta nel comma 1 della nuova disposizione, relativa all'acquisizione della categoria superiore; la seconda, inizialmente prevista dal secondo periodo del comma 1 ed oggi oggetto del comma 7 dell'articolo, concernente l'ipotesi di assegnazione a mansioni superiori.

### 1.1. L'acquisizione della categoria superiore

Quanto all'ipotesi dell'acquisizione della categoria superiore prevista dal comma 1, si osserva come la lettura della norma secondo cui il lavoratore deve essere adibito alle mansioni « corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito » legittima la riconduzione all'interno di tale fattispecie di tutti i casi di promozione definitiva del prestatore indipendentemente dalle modalità mediante le quali quest'ultima sia stata conseguita (BROLLO, 290; GRANDI, 270; MARESCA, 427). Il riferimento, conseguentemente, non appare limitato alle promozioni che comportino una « definitiva ed immediatamente irreversibile modificazione dell'inquadramento contrattuale del prestatore di lavoro » (MARESCA, 379), ma sembrerebbe esteso anche all'ipotesi, prevista oggi dal comma 7, della promozione cd. "automatica" in caso di assegnazione temporanea a mansioni superiori che perduri per il tempo indicato dal contratto collettivo o, in mancanza, dalla legge. Quest'ultima, infatti, costituisce senza dubbio uno dei possibili meccanismi di acquisizione del superiore inquadramento (PISANI, *La nuova disciplina*, 158). Ecco dunque come la relazione tra le dette previsioni della norma sembrerebbe riconducibile al rapporto esistente tra *genus* e *species*.

---

**[Questione]** Rimandando per il momento l'analisi del contenuto specifico della fattispecie dell'assegnazione a mansioni superiori, ciò che risulta essenziale per la determinazione del contenuto del comma 1 della norma è l'individuazione delle ipotesi "altre" rispetto alla promozione cd. automatica che comportano l'acquisizione della categoria superiore.

---

Il riferimento è certamente a tutte quelle modifiche *in melius* delle mansioni espressamente previste dalle parti come immediatamente definitive, nonché ai casi in cui l'acquisizione della categoria superiore consegua non ad una modifica della prestazione, bensì ad una riclassificazione di quest'ultima ad opera del contratto collettivo che la sottopone ad una diversa e superiore valutazione (PISANI, *Distinzione tra mutamento*, 2992, *contra* in giurisprudenza → Cass. 10 aprile 1999, n. 184).

---

**[Criticità]** Di difficile risoluzione, invece, è risultata la questione della riconducibilità alla fattispecie illustrata dell'ipotesi di promozione definitiva solo formale del lavoratore che prescinde dunque da un'effettiva adibizione del dipendente a mansioni superiori.

---

Il riferimento è alle cd. "qualifiche convenzionali", cioè all'inquadramento del dipendente ad un livello superiore rispetto alle mansioni effettivamente svolte, nonché ai sistemi di inquadramento previsti dai contratti collettivi in cui la progressione di carriera non comporta un mutamento delle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore, ma costituisce l'effetto immediato e diretto di determinati presupposti di fatto.

[**Questione**] Il nodo interpretativo da sciogliere ha riguardato dunque la necessità della corrispondenza delle mansioni svolte rispetto all'inquadramento acquisito.

Sulla scorta di una lettura ancorata al dato testuale della norma, secondo il quale il lavoratore deve essere "adibito" alle mansioni "corrispondenti" all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito, parte della dottrina ha sostenuto come l'art. 2103 cod. civ. abbia introdotto il principio della necessaria corrispondenza tra inquadramento e mansioni effettivamente svolte (MARESCA, 427; MAGNO, 301; TOSI, 75; GIUGNI, voce *Mansioni e qualifica*, 549; ROMAGNOLI, 237). Conseguentemente, le qualifiche convenzionali, comportando uno scollamento tra inquadramento e svolgimento effettivo delle mansioni corrispondenti, non possono che configurarsi come illecite (→ Cass. 16 luglio 1986, n. 4602; Cass. 10 novembre 1987, n. 8292, in *NLG*, 1988, 10; *contra ex multis* → Cass. 22 settembre 2002, n. 13326) alla stregua di tutti i sistemi di progressione automatica di carriera che, non comportando un mutamento di mansioni, si limitino esclusivamente a fissare un trattamento più favorevole per il lavoratore rispetto a quello a cui avrebbe avuto diritto sulla base della mansioni effettivamente svolte (P. Bologna 9 gennaio 1976, in *GI*, 1977, I, 2, 678; P. Roma 14 luglio 1976, in *FI*, 1977, I, 2775).

Tuttavia, altro filone dottrinale ha sostenuto che l'art. 2103 cod. civ., avendo ad oggetto i problemi di inquadramento e di trattamento nei sistemi di progressione di carriera connessi ad un mutamento di mansione, non osterebbe alla legittimità dell'acquisizione da parte del lavoratore della categoria superiore qualora questi non abbia svolto le mansioni corrispondenti (LISO, *La mobilità del lavoratore*, 145). In altre parole la "fattispecie" della qualifica convenzionale sembrerebbe collocarsi al di fuori della previsione codicistica.

La tesi sarebbe confermata, da un lato, dall'impossibilità per il lavoratore d'invocare la qualifica superiore convenzionalmente attribuita per pretendere di svolgere le mansioni ad esso corrispondenti e per rifiutare l'esecuzione dei compiti a cui era stato fino ad allora adibito e, dall'altro, dall'impossibilità per il datore di lavoro di invocare la qualifica conven-

zionale per disapplicare l'eventuale disciplina inderogabile di tutela prevista per la categoria corrispondente alle mansioni effettivamente svolte dal prestatore (PISANI, *La nuova disciplina*, 160; Cass., Sez. Un., 30 marzo 2007, n. 7880, in *MGL*, 6, 461, nt. PISANI).

« Alla luce di quanto detto, è possibile affermare che la scomposizione della vecchia previsione normativa ha lasciato inalterato il contenuto della fattispecie dell'acquisizione da parte del lavoratore della categoria superiore. Tuttavia, il legislatore ha operato a tal riguardo una precisazione terminologica, sostituendo il termine "categoria" con quello di "inquadramento". Risultano, così, stigmatizzate quelle teorie che, lungi dal riferire il termine alla categoria legale, lo avevo ricondotto a quella contrattuale, cioè ai livelli di inquadramento previsti dai contratti collettivi. »

## 1.2. L'assegnazione a mansioni superiori

Anche in relazione alla fattispecie dell'assegnazione a mansioni superiori, la nuova formulazione dell'art. 2103 cod. civ. ripropone la vecchia struttura della norma, distinguendo a tal riguardo due ipotesi. Quanto alla prima, il riferimento è all'assegnazione temporanea del lavoratore a mansioni superiori. Circa la seconda, si tratta di una particolare ipotesi di assegnazione definitiva a mansioni superiori, la cd. "promozione automatica", che come già sottolineato, si configura come *species* del *genus* dell'acquisizione della categoria superiore prevista dal comma 1 della norma.

Le due ipotesi illustrate, oggetto del secondo periodo del comma 1 della vecchia formulazione dell'art. 2103 cod. civ., sono oggi contenute nel comma 7 della disposizione.

Con riguardo all'assegnazione temporanea del lavoratore a mansioni superiori, il legislatore si limita a precisare che « il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta ». Principio quest'ultimo che, producendo immediatamente i suoi effetti (PISANI, *Mansioni e trasferimento*, 89) comporterebbe, secondo parte della dottrina, la nullità delle clausole che subordinano l'acquisizione della più elevata retribuzione al decorso di un periodo iniziale di tempo (SUPPIEJ, *Il rapporto*, 335).

---

[Questione] Dinanzi all'assenza di qualunque indicazione sulla natura della fattispecie, gli interpreti si sono interrogati sulla riconducibilità dell'assegnazione temporanea a mansioni superiori ad una manifestazione dello *ius variandi* del datore di lavoro.

---

Rimandando nel prosieguo l'analisi della configurabilità del consenso del lavoratore come elemento della fattispecie dell'adibizione a mansioni superiori, risulta fondamentale sottolineare fin d'ora come in relazione all'assegnazione provvisoria del lavoratore a mansioni superiori sia la dottrina (SCOGNAMIGLIO, *Mansioni e qualifiche*, 15 e ss; *contra* ICHINO, 489 e ss.) che la giurisprudenza (Cass. 6 giugno 1985, n. 3372, in *GC*, 1985, I, 3081) si siano orientate nel configurarla come ipotesi di potere unilaterale del datore di lavoro di variazione *in melius* delle mansioni, finalizzato a soddisfare l'esigenza di tutela della professionalità della manodopera. Specularmente, dunque, per il lavoratore l'adibizione provvisoria a mansioni superiori si configurerebbe come assolvimento dell'obbligo di collaborazione connesso al potere direttivo e di conformazione del datore di lavoro, il cui rifiuto integrerebbe gli estremi di un inadempimento contrattuale.

## 2. La promozione cd. "automatica"

La seconda parte del comma 7 dell'art. 2103 cod. civ., così come riscritto dall'art. 3 del d.lgs. n. 81/2015, prevede che in caso di assegnazione temporanea a mansioni superiori «l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, anche aziendali stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi».

È anzitutto opportuno sottolineare come, anche a seguito degli interventi modificativi, la norma continua a prevedere la fattispecie della cd. "promozione automatica" e ne riconferma la *ratio* (sull'erroneità della dizione "promozione automatica", GHERA, 399; GRANDI, 272). Prevedendo che l'assegnazione a mansioni superiori del lavoratore, seppur disposta temporaneamente dal datore di lavoro, acquisisce il carattere della stabilità se protratta oltre un determinato intervallo temporale, il legislatore conferma la volontà di tutelare attraverso la norma un duplice interesse (BROLLO - VENDRAMIN, 572). Se da un lato, infatti, si ammette la sovrautilizzazione del lavoratore adibendolo a mansioni superiori rispetto a quelle dedotte in contratto, dall'altro se ne penalizza il ricorso prolungato, tutelando, così, l'interesse del lavoratore all'irreversibilità dell'inquadramento superiore acquisito, nonché la certezza in ordine allo *status* giuridico raggiunto (GRANDI, 272; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1995, n. 1023, in *GI*, 1996, I, 1, 142, nt. RIGANÒ).

## 2.1. Il concetto di "mansione superiore"

Dall'analisi testuale dell'articolo emerge dunque con chiarezza che il nucleo costitutivo della fattispecie della cd. promozione "automatica" è costituito dall'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori. Risulta quindi facilmente comprensibile come l'individuazione degli strumenti che permettono la qualificazione delle mansioni in termini di superiorità costituisce il presupposto logico per la valutazione sull'integrazione della fattispecie in esame.

---

[Questione] In assenza di una esplicita indicazione del legislatore sul concetto di superiorità, la giurisprudenza ha individuato nella contrattazione collettiva lo strumento attraverso il quale colmare la lacuna (Cass. 20 dicembre 2005, n. 28151, in *GLav.*, 2006, 28; → Cass. 25 gennaio 1984, n. 603; Cass. 10 dicembre 1982, n. 6765, in *NLG*, 1983, 24; → Cass. 30 marzo 2004, n. 6351).

---

La mancanza di precisi referenti su cui tarare la comparazione tra mansioni di partenza e mansioni di destinazione ha infatti condotto gli interpreti a riconoscere, al fine del giudizio sulla superiorità della mansione, la vincolatività dei sistemi di classificazione ed inquadramento previsti dai contratti collettivi (BROLLO-VENDRAMIN, 573). Ecco dunque che la superiorità della mansione a cui il lavoratore viene adibito dipende dall'appartenenza di quest'ultima alla categoria contrattuale superiore rispetto a quella della mansione precedentemente svolta dal prestatore.

Alla luce di quanto detto, è possibile affermare che per l'attribuzione della qualifica superiore risulti fondamentale il raffronto delle declaratorie contrattuali con le mansioni in concreto svolte dal lavoratore. Secondo la giurisprudenza, infatti, nel procedimento logico-giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore e dunque anche in sede di accertamento della configurabilità della fattispecie della promozione "automatica", il giudice dovrà dapprima individuare l'attività del lavoratore, nonché le categorie e le qualifiche previste dal contratto collettivo, per poi determinare la qualifica concretamente applicabile alle mansioni svolte, rapportando il risultato della prima individuazione con quello della seconda (*ex multis*, Cass. 30 dicembre 2009, n. 27825, in *GLav*, 2010, 7, 40; Cass. 30 marzo 2004, n. 6351, in *GLav*, 2004, 32; Cass. 21 ottobre 1999, n. 11856, in *GCM*, 1999, 2137; Cass. 16 aprile 1999, n. 3815, in *MGL*, 1999, 873; Cass. 25 luglio 1998, n. 7313, in *MGC*, 1998, 1589; Cass. 5 febbraio 1997, n. 1068, in *MGC*, 1997, 184).

**[Questione]** Se la collocazione della mansione a cui il lavoratore è adibito nella qualifica superiore del contratto collettivo costituisce un indice inequivocabile di superiorità della mansione stessa, sembrerebbe possibile affermare che l'inquadramento rappresenti la condizione sufficiente e necessaria per la configurazione della "mobilità verticale". Conseguentemente non rivelerebbe ai fini della fattispecie prevista dall'art. 2103 cod. civ. lo spostamento del lavoratore a mansioni che, seppur qualitativamente superiori rispetto a quelle di iniziale adibizione, vengano inquadrate all'interno della medesima categoria contrattuale.

Tuttavia il mancato rilievo giuridico della cd. "mobilità verticale interna" ha condotto parte della dottrina a criticare l'opportunità e la legittimità di una simile opzione interpretativa (BROLLO, 310). Il riconoscimento dello spostamento ascendente *infra* categoria come unico criterio per la valutazione della superiorità della mansione, infatti, rischierebbe di frustrare la professionalità acquisita del lavoratore dinanzi al noto ritardo della contrattazione collettiva nell'adeguamento del sistema classificatorio alle evoluzioni organizzative.

“Ecco dunque che un'interpretazione che consideri la parità di inquadramento come mero indizio al fine di escludere la superiorità delle mansioni è stata ritenuta maggiormente coerente alla ratio di tutela della norma.”

## 2.2. L'"effettività" e la "pienezza" dello svolgimento delle mansioni superiori

Se la tutela della professionalità acquisita del lavoratore costituisce uno degli interessi tutelati dalla disposizione in esame, l'orientamento che, dinanzi al silenzio del legislatore, considera l'"effettività" e la "pienezza" dell'adibizione a mansioni superiori elementi costitutivi della fattispecie risulta perfettamente coerente con la *ratio* della norma. Detti requisiti, infatti, attenendo alla dimensione qualitativa dell'attività lavorativa, permettono di dedurre l'"accrescimento" della professionalità del lavoratore adibito a mansioni superiori che l'art. 2103 cod. civ. mira a tutelare. Quanto al requisito dell'effettività, la giurisprudenza è unanime nel ritenere che l'esercizio di fatto di mansioni superiori debba prevalere su qualunque adibizione avente natura meramente formale. Ed è proprio sulla scorta di simili argomentazioni che gli interpreti hanno ritenuto privo di rilevanza giuridica il conferimento della titolarità solo formale di mansioni superiori, nei casi in cui queste ultime fossero in concreto affidate ad altro lavoratore per effetto di una stabile scelta organizzativa (Cass. 30

dicembre 2009, n. 27825, in *GLav*, 2010, 7, 40; Cass. 28 settembre 2006, n. 21021, in *MGL*, 2007, 38).

Circa l'adibizione piena, invece, i giudici hanno inteso tale espressione non solo come concreto svolgimento di tutti e soli i compiti di contenuto qualitativamente più elevato, ma anche come assunzione da parte del lavoratore della responsabilità e dell'esercizio dell'autonomia proprie della corrispondente qualifica superiore (→ Cass. 14 agosto 2001, n. 11125; Cass. 27 luglio 1994, n. 6981, in *NGL*, 1994, 27; Cass. 27 aprile 1992, n. 5005, in *DPL*, 1992, 27, 1854 ).

---

[**Criticità**] Il requisito della pienezza dell'adibizione ha sollevato complesse questioni interpretative in merito alle cd. mansioni promiscue verticali (PISANI, *La nuova disciplina*, 175).

---

Il riferimento è ai casi in cui il lavoratore venga adibito non solo alle mansioni corrispondenti alla categoria o al livello contrattuale in cui è stato inquadrato, ma svolga anche mansioni appartenenti ad una categoria o ad un livello contrattuale superiore.

A tal riguardo, e al fine di comprendere l'*iter* argomentativo che la giurisprudenza ha percorso per sciogliere detto nodo interpretativo, è opportuno distinguere due diverse ipotesi.

La prima attiene ai casi in cui siano gli accordi collettivi a prevedere che la qualifica assegnata al lavoratore consti non solo delle mansioni tipiche, ma ricomprenda anche lo svolgimento di alcuni compiti superiori. Il riferimento è al caso del cd. sostituto programmato, lavoratore per il quale lo svolgimento temporaneo di mansioni superiori appartenenti al lavoratore di grado più elevato che è chiamato a sostituire, costituisce il contenuto della qualifica di appartenenza. A tal riguardo, la giurisprudenza tende a negare l'esistenza di una piena adibizione a mansioni superiori sulla scorta della considerazione che sia proprio il carattere della precarietà dell'incarico a configurarsi come intrinsecamente antitetico al requisito della pienezza (Cass. 21 febbraio 2011, n. 4149, in *MGL*, 2011, 954; Cass. 28 settembre 2006, n. 21021, in *MGL*, 2007, 38; Cass. 25 luglio 1994, n. 6912, in *NGL*, 1995, 27). Sembra, tuttavia, possibile evidenziare come una siffatta interpretazione finisca erroneamente per sovrapporre l'aspetto temporale dell'adibizione a quello qualitativo della stessa. Nulla esclude, infatti, che il sostituto programmato possa svolgere le veci del lavoratore sostituito con la pienezza dei suoi poteri, assumendo cioè quel più elevato livello di autonomia e di responsabilità richiesti dalla giurisprudenza al fine della configurazione di una piena adibizione a mansioni superiori.

Per quanto lo svolgimento di mansioni vicarie possa considerarsi carente *in re ipsa* del requisito della pienezza e, dunque, non possa configurarsi come ipotesi di "promozione automatica", non risulta, invece, possibile negare a quelle mansioni il carattere della "superiorità" con il conseguente riconoscimento per il lavoratore di un trattamento economico differente. Una simile conclusione, che sembrerebbe facilmente ricavabile da un'analisi meramente testuale della prima parte del comma 7, non è stata accolta da quel filone giurisprudenziale che ha escluso il diritto ad una retribuzione superiore sulla scorta della considerazione che quelle mansioni superiori costituiscono oggetto della prestazione dedotta in contratto e per le quali, dunque, è già stata determinata la "controprestazione" (Cass. 21 febbraio 2011, n. 4149, in *MGL*, 2011, 954; Cass. 9 ottobre 1990, n. 9943, in *NGL*, 1990, 303; Cass. 28 maggio 1990, n. 4937, in *GCM*, 1990, 5, Cass. 27 ottobre 1987, n. 7930, in *DPL*, 1988, 12, 806; Cass. 19 gennaio 1985, n. 183, in *NGL*, 1985, 514, *contra* Cass. 12 marzo 1983, n. 1859, in *FI*, 1985, I, 2971).

Con riferimento all'ipotesi in cui i compiti di sostituzione o altri superiori, che il prestatore di lavoro svolge unitamente alle mansioni della qualifica attribuitagli, siano riconducibili esclusivamente a una categoria o ad un livello contrattuale superiore, nulla osta a che quelle mansioni superiori possano essere eseguite nel rispetto del requisito della pienezza (PISANI, *La nuova disciplina*, 175 sostiene che in simili ipotesi « il contratto collettivo, avendo ricondotto ad una figura tipica tali compiti di differente livello, non ne ha riconosciuto la natura promiscua (...), ma anzi l'ha disconosciuta apertamente poiché li ha collocati separatamente in differenti livelli »).

### 2.3. Il periodo di svolgimento delle mansioni superiori

Il comma 7 dell'art. 2103 cod. civ., in continuità con il precedente disposto del secondo periodo del comma 1 della norma, prevede che il lavoratore maturi il diritto alla promozione "automatica" se l'adibizione a mansioni superiori si protragga oltre un determinato periodo di tempo.

È anzitutto opportuno precisare che il termine massimo di adibizione temporanea del prestatore a mansioni superiori possa essere considerato elemento costitutivo della fattispecie. Ragionando *a contrario*, infatti, quell'intervallo temporale si configura come requisito minimo per l'integrazione di quest'ultima.

Con la volontà di tutelare la professionalità acquisita dal lavoratore adibito a mansioni superiori, il legislatore deduce dalla decorrenza di quel termine l'esistenza di una posizione vacante nell'organico aziendale che, essendo stata ricoperta dal lavoratore per un determinato arco temporale, costitui-

sce la prova implicita dell'idoneità professionale dello stesso e dunque del suo diritto a « conquistarla definitivamente » (BROLLO-VENDRAMIN, 572). Circa la determinazione dell'intervallo temporaneo idoneo a far "scattare" la promozione "automatica", è possibile registrare il primo importante elemento di discontinuità del nuovo art. 2103 cod. civ. rispetto alla vecchia formulazione della norma.

Il comma 7, infatti, prevede che « l'assegnazione diviene definitiva (...) dopo un periodo fissato dai contratti collettivi (...) o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi ».

Appare evidente l'allungamento del termine "legale" decorso il quale il lavoratore ha diritto alla promozione. Quest'ultimo, infatti, prima del recente intervento del legislatore era fissato dalla legge a tre mesi. La modifica sembrerebbe rispondere all'esigenza di flessibilità delle imprese che « mal tolleravano un termine effettivamente piuttosto breve, oltre il quale l'adibizione a compiti superiori poteva determinare la definitiva, automatica, modificazione dell'assetto aziendale » (GARGIULO, 16).

« Tuttavia, a prescindere dall'estensione dell'intervallo temporale fissato dalla legge, ciò che appare in controtendenza rispetto alla scelta precedentemente operata dal legislatore è il potere che sul punto questi riconosce alla contrattazione collettiva. Ad essere "alterato" rispetto alla vecchia previsione appare infatti il rapporto esistente tra legge e contrattazione collettiva nella determinazione di quell'intervallo temporale. »

Con il precedente disposto normativo la contrattazione collettiva era legittimata a fissare il termine oltre il quale al lavoratore sarebbe stata riconosciuta la promozione "automatica". Il termine, tuttavia, non avrebbe potuto in nessun caso essere superiore ai tre mesi. Era la norma stessa, infatti, a precisare che l'assegnazione diventasse definitiva dopo un periodo fissato dai contratti collettivi e "comunque non superiore ai tre mesi". In altre parole il termine legale non costituiva solo il riferimento in relazione ai casi di silenzio della contrattazione collettiva, ma costituiva l'esplicita manifestazione della regola dell'inderogabilità *in peius* della legge ad opera della contrattazione collettiva (in senso contrario, GHERA-GARILLI-GAROFALO, 135).

Una siffatta lettura del disposto normativo sembrava confermata anche dalla previsione dell'art. 6 l. n. 190/1985 che, per la categoria dei quadri, legittimava la contrattazione collettiva a derogare esclusivamente in senso peggiorativo la previsione del termine legale dei tre mesi. A tal riguardo era lo stesso legislatore che precisava esplicitamente che la disposizione si configurava come una deroga alle regole dell'inderogabilità *in peius* e della

derogabilità *in melius* della legge ad opera della contrattazione collettiva previste dall'art. 2103 cod. civ.

La nuova formulazione della norma, prevedendo invece che, « in mancanza » delle determinazioni della contrattazione collettiva, l'intervallo temporale necessario per l'adibizione definitiva mansioni superiori sia pari a sei mesi, lascerebbe intendere che il termine legale assolve ad una funzione meramente suppletiva (LISO, *Brevi osservazioni*, 14; ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, 22). Conseguentemente, l'autonomia collettiva sarebbe oggi legittimata a sostituire il termine legale con un qualsiasi altro termine pattizio non solo superiore, ma anche inferiore rispetto a quello dei sei mesi previsto dalla norma (AMENDOLA, 25; MISCIONE, 437 e ss.). Detta interpretazione appare confermata anche dall'abrogazione dell'art. 6 l. n. 190/1985 che risulta giustificata solo qualora la regola della derogabilità *in peius* del disposto normativo in essa contenuta non possa più considerarsi un'eccezione alla regola generale prevista dal nuovo art. 2103 cod. civ.

Sembra dunque che la volontà del legislatore sia quella di riconoscere all'autonomia collettiva il ruolo di protagonista nella determinazione del livello di protezione del lavoratore, sottraendo così alle legge la classica funzione di garanzia di uno standard minimo generalizzato di tutela (VOZA, 15; DE ANGELIS, 10).

“ Tuttavia, a parere di chi scrive, sembrerebbe che una simile tendenza fosse già stata inaugurata con l'art. 8 l. n. 148/2011. Quest'ultimo, infatti, al comma 2, lettera b) prevede che la contrattazione collettiva sia legittimata a derogare in senso peggiorativo alle disposizioni di legge aventi ad oggetto « le mansioni del lavoratore ».”

“ Non dubitando sulla legittimità di una deroga alla legge in senso migliorativo, affermare che la contrattazione collettiva possa derogare “anche” in *peius* alla legge significherebbe in altre parole sostenere che le disposizioni normative “operino” esclusivamente nei casi di silenzio della contrattazione collettiva.”

#### 2.4. L'“effettività” del periodo di svolgimento delle mansioni superiori

Se dal decorso del termine legale o dal diverso termine stabilito dalla contrattazione collettiva il legislatore deduce l'esistenza dell'idoneità professionale del lavoratore a ricoprire definitivamente la posizione superiore a cui questi è stato temporaneamente adibito, risulta facilmente compren-

sibile come gli interpreti richiedano, al fine dell'integrazione della promozione "automatica", che quel periodo di tempo sia di lavoro effettivo (GHERA, 401; LISO, *La mobilità del lavoratore*, 210; MARESCA, 445).

Se, infatti, la *ratio* della disposizione è verificare la capacità del lavoratore di svolgere compiti superiori, quest'ultima non potrebbe essere saggiata in assenza di un'effettiva adibizione agli stessi (GHERA, 401 sottolinea a tal riguardo l'analogia con il periodo di prova *ex art.* 2096 cod. civ. per il quale la giurisprudenza prende in considerazione unicamente il lavoro effettivo). Alla luce di queste considerazioni, al fine del computo del periodo utile per la promozione, non dovrebbero essere considerati i giorni in cui il rapporto di lavoro è interrotto o sospeso, non rilevando in alcun modo né la legittimità, né la giustificatazza dell'interruzione o dell'assenza (sulla computabilità dei giorni di assenze giustificate o di sospensione del rapporto, GRANDI, 257). Coerentemente, dunque, la giurisprudenza esclude la computabilità dei periodi di ferie, dei giorni di malattia e di infortunio (Cass. 16 dicembre 1999, n. 14154, in *FI*, 2000, I, 2875, nt. CASOLA; Cass. 18 novembre 1999, n. 12809, in *MGC*, 1999, 2288; Cass. 2 ottobre 1999, n. 10696, in *MGC*, 1999, 2063; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1998, n. 12699, in *GC*, I, 1691; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11494, in *DPL*, 1992, 3408; Cass. 4 ottobre 1990, n. 9799, in *MGL*, 1991, 1; Cass. 3 febbraio 2004, n. 1983, in *FI*, 2004, I, 2160; sulla computabilità dei riposi settimanali e compensativi intesi come parte integrante di un lavoro che si svolge con i relativi necessari momenti di pausa, Cass. 13 dicembre 2001, n. 15766, in *MGL*, 2002, 186), ma ritiene utili, al fine del raggiungimento dei tre mesi, le giornate lavorative durante le quali il lavoratore sia stato inviato a partecipare a corsi di formazione relativi a materie proprie della mansioni superiori già assegnategli (Cass. 6 giugno 1989, n. 2744, in *MGL*, 1989, 374). Di contro, le decisioni che computano il periodo di congedo per maternità/paternità sembrerebbero trovare fondamento non nelle teorie che individuano la finalità della disposizione nella verifica delle capacità del lavoratore di svolgere mansioni superiori, quanto nella volontà di tutelare la lavoratrice madre ed il lavoratore padre (Cass. 9 settembre 1981, n. 5061, in *GCM*, 1981, 9). Dalle argomentazioni illustrate risulta facilmente comprensibile come nelle ipotesi in cui il lavoratore venga adibito a mansioni superiori solo in alcuni giorni della settimana, la verifica del compimento del periodo necessario per la promozione "automatica" non potrà che essere effettuata sommando unicamente le giornate in cui quei compiti superiori siano stati effettivamente svolti (→ Cass. 16 dicembre 1999, n. 14154).

---

**[Criticità]** L'utilizzabilità di un simile procedimento diventa particolarmente complessa in relazione a quelle ipotesi già illustrate in cui il lavoratore

non venga adibito in via esclusiva a mansioni superiori, ma le svolga unitamente a compiti inferiori.

---

In simili casi, infatti, l'impossibilità di sommare le frazioni di giornata lavorativa o le ore dedicate alle mansioni superiori, spesso inscindibili da quelle inferiori, ha condotto la giurisprudenza ad utilizzare il principio della prevalenza, dando rilevanza al fine del diritto alla promozione, unicamente alle mansioni configurabili come primarie (sui criteri per la determinazione, in caso di mansioni promiscue, delle mansioni primarie, *ex multis*, Cass. 27 maggio 2011, n. 11785, in *GLav.* 2011, 35; Cass. 7 aprile 2004, n. 6843, in *GLav.* 2004, 42; Cass. 8 luglio 1992, n. 8330, in *DPL*, 1992, 40, 2741; Cass. 30 maggio 1985, n. 3264, in *NGL*, 1985, 508; Cass. 5 maggio 1982, n. 2814, in *MGL*, 1983, 28).

## 2.5. La "continuità" del periodo di svolgimento delle mansioni superiori

Il comma 7 del nuovo art. 2103 cod. civ. prevede che, al fine della maturazione della promozione "automatica", l'adibizione del lavoratore a mansioni superiori per sei mesi o per il diverso periodo previsto dai contratti collettivi debba essere continuativa.

L'introduzione della continuità nel disposto normativo costituisce la stigmatizzazione testuale di quell'orientamento che già da tempo riteneva detto requisito una manifestazione della *ratio* della norma, costituendo un presupposto imprescindibile per la verifica dell'idoneità professionale del prestatore adibito a mansioni superiori (BROLLO, 317; GHERA, 401; LISO, *La mobilità del lavoratore*, 206; MARESCA, 442).

---

**[Questione]** Se la continuità è elemento costitutivo della fattispecie, risulta fondamentale analizzare la rilevanza, al fine della (mancata) maturazione del periodo utile per promozione automatica, di quelle circostanze che si configurano come interruzioni.

---

Il riferimento è anzitutto ai casi di assenza del prestatore di lavoro che risultino legittime. A tal riguardo la giurisprudenza ha ritenuto che simili interruzioni, non comportando una soluzione della continuità del rapporto di lavoro, hanno una rilevanza meramente fattuale e conseguentemente non producono alcun effetto interruttivo del periodo semestrale. In simili ipotesi quest'ultimo deve dunque essere calcolato attraverso la somma dei

periodi precedenti e successivi alle dette interruzioni "fattuali" (Cass. 18 novembre 1999, n. 12809, in *DPL*, 2000, 13, 1032; Cass. 2 ottobre 1999, n. 10696, in *MGC*, 1999, 2063; Cass., Sez. Un., 18 dicembre 1998, n. 12699, in *GC*, 1999, I, 1691; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11494, in *DPL*, 1992, 3408; Cass. 4 ottobre 1990, n. 9799, in *MGL*, 1991, 1; Cass. 6 giugno 1989, n. 2744, in *MGL*, 1989, 374; Cass. 30 marzo 1979, n. 1859, in *RGL*, 1979, II, 471).

---

**[Criticità]** Il requisito della continuità potrebbe tuttavia configurarsi come ostacolo al riconoscimento della promozione automatica laddove si presti ad essere utilizzato per legittimare distorsioni applicative della norma (BROLLO-VENDRAMIN, 576).

---

Si tratta delle ipotesi in cui il datore di lavoro pone in essere pratiche di calcolata frammentazione del periodo di adibizione a mansioni superiori che, configurandosi prive del requisito della continuità, permettono la sovrautilizzazione del prestatore senza il "rischio" della sua promozione automatica.

Ecco dunque che gli interpreti, per evitare una possibile eterogeneità dei fini della norma e con l'obiettivo di tutelare l'interesse del lavoratore alla progressione di carriera, hanno introdotto un'eccezione al requisito della continuità, legittimando il cumulo di distinte e reiterate prestazioni lavorative. Il ricorso a quest'ultimo è stato dunque ammesso in via « eccezionale (...) ove si dimostri che la revoca delle assegnazioni risulti oggettivamente volta ad eludere il dettato della norma con una finalità riconducibile intrinsecamente ad un intento locupletario della maggiore professionalità del lavoratore » (Cass., Sez. Un., 20 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494).

D'accordo sulla necessità di ostacolare l'utilizzo elusivo della disposizione, la dottrina e la giurisprudenza si sono tuttavia divise in merito all'individuazione dello strumento attraverso cui accertare l'*intentio* del datore di lavoro sottesa alla frammentazione dell'adibizione a mansioni superiori. A tal riguardo, un orientamento tradizionale ricorre all'istituto della frode alla legge *ex art.* 1344 cod. civ. sostenendo la nullità degli atti interruttivi e l'operatività del cumulo dei periodi di reiterata assegnazione a mansioni superiori nei casi in cui il frazionamento venga utilizzato in modo fraudolento (GHERA, 401; SCOGNAMIGLIO, voce *Mansioni e qualifiche*, 1113; SUPPIEJ, *Commento all'art. 13*, 333; in giurisprudenza, Cass. 1 marzo 2010, n. 4892, in *GLav*, 2010, 37; Cass. 11 febbraio 2004, n. 2642, in *MGL*, 2004, 2; → Cass. 14 ottobre 2000, n. 13725; Cass. 13 gennaio 1997, n. 271, in *NGL*, 1997, 152; Cass. 6 febbraio 1986, n. 752, in *NGL*, 1986, 150; Cass.

23 ottobre 1985, n. 5200, in *NGL*, 1986, 150; Cass. 21 marzo 1983, n. 2001, in *MGL*, 1983, 124; Cass. 27 marzo 1982, n. 1912, in *FI*, I, 1982, 1583, nt. MAZZOTTA).

“ Tuttavia, l'accoglimento di una simile tesi che, da un punto di vista teorico, non si presterebbe ad alcun rilievo critico, da un punto di vista pratico, rischierebbe di frustrare le esigenze di tutela del lavoratore. Sarebbe, infatti, proprio in capo a questi che graverebbe l'onere della prova (diabolica) dell'intento fraudolento del datore di lavoro. ”

Con l'obiettivo di garantire l'effettività della tutela della professionalità del prestatore di lavoro, un diverso filone interpretativo ha ritenuto, dunque, che la frode potesse essere accertata anche per semplice presunzione, desumibile dalla frequenza e sistematicità delle distinte assegnazioni a mansioni superiori (GRANDI, 275; in giurisprudenza, → Cass. 25 marzo 2004, n. 6018; Cass. 13 agosto 1996, n. 7541, in *LG*, 1997, 32, nt. MANNACIO; Cass. 10 gennaio 1994, n. 164, in *DPL*, 1994, 894; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11494, in *DPL*, 1992, 3408; Cass. 20 agosto 1980, n. 4958, in *GI*, 1981, I, 1, 321). In simili ipotesi, infatti, la reiterata assegnazione a mansioni superiori per periodi singolarmente inferiori al tempo necessario per la promozione automatica, ma superiori a quest'ultimo per cumulo, rivelerebbe l'intento meramente elusivo del datore di lavoro, configurandosi come fraudolenta *in re ipsa*. Graverebbe sul datore di lavoro l'onere della prova contraria. Questi dovrebbe, infatti, provare in giudizio l'esistenza di reali esigenze organizzative giustificative dell'adibizione frammentata (Cass. 8 giugno 2011, n. 12460, in *MGC*, 2011, 6, 867; Cass. 1 marzo 2010, n. 4892, in *GLav*, 2010, 37; Cass. 23 aprile 2007, n. 9550, in *LG*, 12, 1251).

La presunzione di preordinazione utilitaristica non opera, tuttavia, in una specifica ipotesi. Il riferimento è al caso in cui il datore di lavoro, obbligato in via convenzionale o legale a coprire una posizione vacante nell'organico mediante l'espletamento di procedure concorsuali, abbia "frammentariamente" adibito, nelle more della procedura di selezione, il lavoratore a quella posizione "superiore".

In simili casi, secondo la giurisprudenza, a dover essere presunto non è l'intento elusivo del datore di lavoro, quanto l'esistenza di una reale esigenza organizzativa costituita dall'ottemperanza all'obbligo contrattuale dell'espletamento della procedura concorsuale. Esigenza, quest'ultima, che sarebbe idonea a legittimare il mantenimento dell'effetto interruttivo delle revoche dell'assegnazione del prestatore di lavoro a mansioni superiori, escludendo la sanzione della sommatoria (Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1995,

n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494; Cass. 13 giugno 2011, n. 12919, in *ADL*, 2011, 6, 1333, nt. BERTOCCO; → Cass. 30 gennaio 2009, n. 2542).

In altre parole, dunque, la procedura concorsuale in atto legittima la reiterata adibizione del lavoratore a mansioni superiori per periodi singolarmente inferiori, ma complessivamente superiori al limite temporale stabilito dall'art. 2103 cod. civ. o dalla contrattazione collettiva.

L'esclusione nell'ipotesi descritta della presunzione di frodolenza delle adibizioni frammentate e reiterate non osta in ogni caso alla tutela della professionalità del lavoratore adibito a mansioni superiori — permettendo così la “riemersione” del meccanismo della cumulabilità dei singoli periodi di adibizione — laddove la “ripetizione” delle assegnazioni costituisca il risultato di una « programmazione iniziale di una molteplicità di incarichi e di una predeterminazione utilitaristica del datore di lavoro consistente nella volontà di utilizzare le capacità di alcuni lavoratori rispetto ad altri ugualmente utilizzabili » (Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494) che sarà, però, onere del lavoratore provare in giudizio.

Alla luce di quanto detto, sembrerebbe dunque possibile individuare un ulteriore orientamento interpretativo che, non ritenendo di poter richiedere al prestatore di lavoro l'“ardua” prova dell'intento fraudolento del datore, né di poter dedurre quest'ultimo unicamente dalla frequente e sistematica reiterazione di assegnazioni del lavoratore a mansioni superiori, ammette la sanzione della sommatoria dei periodi di adibizione dinanzi alla prova della “programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi e della predeterminazione utilitaristica del comportamento del datore” (→ Cass. 11 agosto 2014, n. 17870; Cass. 13 giugno 2011, n. 12919, in *ADL*, 2011, 6, 1333, nt. BERTOCCO; Cass. 25 maggio 2009, n. 11997, in *MGC*, 2009, 5, 814; Cass. 2 settembre 2003, n. 12785, in *NGL*, 2004, 152; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494; Cass. 7 gennaio 1994, n. 104, in *GI*, 1994, I, 1986, nt. RIGANÒ).

### 3. Le eccezioni alla promozione cd. automatica.

La nuova formulazione dell'art. 2103 cod. civ. prevede due eccezioni alla regola della promozione automatica. Il riferimento è all'ipotesi in cui l'assegnazione del lavoratore a mansioni superiori « abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio », nonché al caso in cui sia il lavoratore a manifestare la volontà contraria a detta promozione.

#### 3.1. La sostituzione di altro lavoratore in servizio

Circa la prima eccezione alla regola della promozione automatica, risulta fondamentale sottolineare come quest'ultima costituisca il risultato dell'in-

tervento modificativo del legislatore. La precedente formulazione dell'articolo prevedeva, infatti, che la promozione non "scattasse" qualora l'adibizione del lavoratore a mansioni superiori avesse avuto luogo « per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto ».

---

**[Questione]** Ecco dunque che la determinazione del preciso contenuto di detta locuzione si configura come presupposto logico per individuare i punti di discontinuità del nuovo art. 2103 cod. civ. rispetto alla precedente formulazione.

---

Se è vero che la *ratio* della previsione, *rectius* dell'eccezione, sia quella di evitare un insanabile conflitto tra l'interesse del "sostituito" alla stabilità del posto e quello del "sostituto" alla progressione della carriera (GHERA, 401; LISO, *La mobilità del lavoratore*, 210; GIUGNI, *Mansioni e qualifica*, 333), risulta facilmente comprensibile come gli interpreti abbiano diversamente bilanciato gli interessi sottesi alla norma, attribuendo conseguentemente contenuti differenti alla nozione di lavoratore « assente con diritto alla conservazione del posto ».

Secondo un orientamento più tradizionale, rientrerebbero tra i casi di assenza rilevanti ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. esclusivamente le sospensioni del rapporto di lavoro di origine legale o autorizzate dai contratti collettivi (MARESCA, 443; ROMAGNOLI, 240; in giurisprudenza, → Cass. 1 febbraio 2010, n. 2280; Cass. 30 dicembre 2009, n. 27825, in *MGC*, 2012, 1764; Cass. 28 settembre 2006, n. 21021, in *MGC*, 2006, 9, 34; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17659, in *MGL*, 2002, 2174; Cass. 16 dicembre 1999, n. 14154, in *FI*, 2000, I, 2875, nt. CASOLA; Cass. 10 aprile 1999, n. 3529, in *MGC*, 1999, 813; Cass. 7 febbraio 1989, n. 757, in *NGL*, 1989, 132; Cass. 6 dicembre 1985, n. 6144, in *MFI*, 1985, 1134). Quanto alla prima categoria, il riferimento è ai casi di infortunio, malattia, gravidanza, puerperio, servizio militare, adempimento di funzioni pubbliche elettive o copertura di cariche sindacali; circa la seconda, si tratterebbe dei casi di aspettativa, di sospensione cautelare, nonché dell'espletamento di attività sindacale in forza di permessi retribuiti. Sembrerebbero, dunque, rilevare tutte quelle ipotesi in cui il lavoratore risulti assente per cause attinenti a vicende anomale ed eccezionali del rapporto di lavoro e comportanti la sospensione del sinallagma (Cass. 3 giugno 1976, n. 2010, in *RGL*, 1976, II, 1115, nt. VACIRCA; Cass. 6 maggio 1999, n. 4550, in *RIDL*, 2000, I, 49, nt. TOZZOLI) che risultano « accomunate dall'incidenza sulla sfera del dipendente dell'evento determinativo del momentaneo abbandono della

posizione di lavoro, per incapacità di espletarlo o per la incompatibilità con altre funzioni » (GRAGNOLI, 609; in tal senso anche BROLLO-VENDRAMIN, 580) e conseguentemente del tutto impermeabili alla programmazione del lavoro attuata dal datore di lavoro.

Un simile approccio restrittivo è risultato perfettamente coerente con il carattere della previsione. Quest'ultima, infatti, configurandosi come una deroga alla regola generale della promozione automatica, non potrebbe che essere interpretata « con una certa avarizia » (GRANDI, 275).

Alla luce di simili argomentazioni, non sarebbe considerato lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto il prestatore in ferie (Cass. 3 giugno 1976, n. 2010, in *RGL*, 1976, II, 1115, nt. VACIRCA), il prestatore che fruisce del riposo settimanale (Cass. 21 ottobre 2000, n. 13940, in *RIDL*, 2001, II, 469, nt. MARINO), colui che viene sospeso in attesa della definizione di una controversia giudiziaria (Cass. 7 febbraio 1989, n. 757, in *NGL*, 1989, 132) o chi, per scelta del datore di lavoro, viene destinato a lavorare fuori azienda o invitato a partecipare ad un corso di formazione (Cass. 1 febbraio 2010, n. 2280, in *MGC*, 2010, 2, 147; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17659, in *MGC*, 2002, 2174; Cass. 5 marzo 2002, n. 3145, in *MGC*, 2002, 391).

Le rigidità dell'approccio illustrato sono state superate da quell'orientamento che, interpretando il concetto di assenza in termini meramente fattuali, ha ritenuto che l'eccezione alla promozione automatica operi in tutti i casi in cui il lavoratore sia fisicamente assente dal posto di lavoro. In altre parole, dunque,

---

[Criticità] Il mero abbandono provvisorio del posto di lavoro si configura come condizione sufficiente per impedire la promozione automatica del lavoratore adibito a mansioni superiori, non rilevando in alcun modo la natura della causa dell'assenza.

---

Conseguentemente, risulterebbero assenti non solo i dipendenti il cui rapporto è sospeso per fatto del datore di lavoro (Cass. 5 dicembre 1990, n. 11663, in *RIDL*, 1991, II, 601, nt. GRAGNOLI che considera lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto un dipendente collocato in cassa integrazione guadagni a zero ore), ma anche tutti quei lavoratori il cui rapporto non sia affatto sospeso. Il riferimento è dunque non solo al lavoratore in ferie o a chi fruisce del periodo di riposo (Cass. 23 febbraio 2004, n. 3581, *Dejure*; Cass. 6 maggio 1999, n. 4550, in *RIDL*, 2000, I, 49, nt. TOZZOLI; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13940, in *RIDL*, 2001, II, 469, nt. MARINO; Cass. 6 maggio 1999, n. 4550, in *OGL*, 1999, I, 630; Cass. 13 agosto 1996, n. 7541, in *LG*, 1997, 32, nt. MANNACIO; Cass. 17 ottobre

1987, n. 7702, in *NGL*, 1988, 13; Cass. 27 luglio 1984, n. 4479, in *FI*, 1986, I, 143), ma anche a quel prestatore distaccato o in rotazione (Cass. 1 agosto 1986, n. 4932, in *GC*, 1987, I, 111; Cass. 30 ottobre 1989, n. 4526, in *DPL*, 1990, 44, nt. MANACCIO), nonché al cd. "sostituto del sostituto" (Cass. 5 marzo 2002, n. 3145, in *MGC*, 2002, 391; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17659, in *MGL*, 2002, 2174).

Detto approccio interpretativo "a maglie larghe" ha condotto una parte della dottrina a contestarne la ragionevolezza (GRAGNOLI, 609).

**[Criticità]** Se è vero, infatti, che la *ratio* della disposizione è quella di evitare un conflitto d'interessi fra il sostituto e l'assente, lo "sbilanciamento" di quell'orientamento verso la tutela del sostituto finisce per frustare gli interessi del sostituto alla progressione della carriera, trasformando così la regola della promozione "automatica" in mera eccezione.

« Tuttavia è proprio verso una simile direzione che sembra essersi diretto il legislatore con la nuova formulazione dell'art. 2103 cod. civ. secondo cui l'assegnazione a mansioni superiori diviene definitiva qualora « non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio ». »

Dall'analisi testuale della disposizione sembrerebbe infatti possibile affermare che le "ragioni sostitutive" possano conseguire a qualunque assenza del lavoratore, non rilevando così in alcun modo, al fine della promozione automatica del lavoratore sostituto, le circostanze che la determinano (AMENDOLA, 26; DE ANGELIS, 10; LISO, *Brevi osservazioni*, 14; MISCIONE, 342; PISANI, *La nuova disciplina*, 169).

L'unico "limite" individuato attiene alla "natura" del lavoratore sostituto, dovendo questi essere in servizio. È alla luce di questa precisazione che sembrerebbe confermato l'orientamento che, già con la vecchia formulazione, escludeva che l'obbligo contrattuale di coprire il posto vacante mediante concorso potesse configurarsi come l'eccezione alla promozione automatica (Cass., Sez. Un., 20 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494). Se con la vecchia formulazione, infatti, quella situazione non era assimilabile all'assenza di un lavoratore con diritto alla conservazione del posto poiché nelle more delle procedure di selezione a non esistere è proprio il titolare del posto, con il nuovo disposto la copertura di un posto vacante mediante l'espletamento di procedure concorsuali non sarebbe riconducibile all'ipotesi di sostituzione di un lavoratore in servizio non essendo, nelle more della selezione, individuabile alcun prestatore di lavoro in servizio in relazione a quel posto (ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, 22).

### 3.2. La volontà contraria del lavoratore alla promozione automatica

L'ulteriore eccezione alla regola della promozione automatica si configura qualora sia il prestatore a rifiutare l'assegnazione definitiva a mansioni superiori. Il comma 7 del nuovo art. 2103 cod. civ. prevede, infatti, che « l'assegnazione diviene definitiva salva diversa volontà del lavoratore ».

---

[**Questione**] Ecco dunque che, ragionando *a contrario*, la mancata espressione della volontà contraria del lavoratore alla promozione automatica ben può essere letta, come necessità del suo consenso — almeno implicito — al fine dell'integrazione della fattispecie (in tal senso in relazione alla vecchia formulazione della norma, LISO, *La mobilità del lavoratore*, 200 e ss.).

---

Viene così in rilievo la capacità di opposizione del lavoratore dinanzi alla definitiva modifica in *melius* dell'obbligazione lavorativa che, per quanto finalizzata alla tutela dell'interesse alla professionalità acquisita nel rapporto di lavoro, nonché all'irreversibilità della carriera, potrebbe non essere gradita dal prestatore qualora comporti maggiori responsabilità, assunzione di maggiori rischi, nonché il mutamento delle modalità e del luogo di svolgimento delle prestazione lavorativa (GIUGNI, *Mansioni, e qualifica*, 407).

Risulta a tal riguardo stigmatizzata normativamente l'opinione di chi ha sostenuto che a fronte di promozioni legittime, ma indesiderate, « nessuno può essere obbligato a fare carriera » (GHEZZI-ROMAGNOLI, 197).

Ecco dunque che la nuova formulazione risolve i conflitti tra gli interpreti che, dinanzi al silenzio del legislatore sulla necessità del consenso del lavoratore, nonché alle scarsissime pronunce giurisprudenziali sull'argomento (sulla necessità del consenso, → Cass. 6 giugno 1985, n. 3372; *contra* → Cass. 16 giugno 1989, n. 2907; per una posizione intermedia, → Cass. 4 ottobre 1999, n. 10998) avevano diversamente qualificato la fattispecie della promozione automatica (sulla necessità del consenso del lavoratore e sulla generale inconfigurabilità di un potere unilaterale del datore di lavoro a modificare in *melius* l'oggetto del contratto di lavoro, SUPPIEJ, *Il rapporto*, 331; MARESCA, 415; DELL'OLIO, 221; sull'esistenza di un generale potere del datore lavoro ad assegnare unilateralmente il prestatore a mansioni superiori a prescindere dal suo consenso, ZOLI, *La mobilità « verticale »*, 198; GHERA, 399; PERSIANI, 15).

« Richiedendo il legislatore il consenso del lavoratore, seppur nella forma implicita dell'« assenza di diversa volontà », non è più possibile infatti dubitare sull'incofigurabilità della promozione automatica come effetto del mero ius variandi in melius del datore di lavoro. »

[Questione] Risolte le questioni esegetiche sull'*an* del consenso, risulta, tuttavia, fondamentale sciogliere, in assenza di un'indicazione normativa a riguardo, l'ulteriore nodo interpretativo della configurazione giuridica della manifestazione della volontà "contraria" del lavoratore alla promozione automatica.

La questione non è di poca rilevanza se si considera che la diversa qualificazione della manifestazione della volontà del prestatore inciderebbe sull'individuazione del momento — durante il rapporto di lavoro — in cui la stessa possa considerarsi legittima, nonché produttiva di effetti. A tal riguardo è stato sottolineato come la lettura della norma permette di configurare la manifestazione della volontà del lavoratore alla stregua di una rinuncia al diritto alla promozione. Ecco dunque che l'espressione della volontà del prestatore di impedire la promozione automatica produrrebbe effetto qualora il diritto sia già maturato ed entrato nel patrimonio del lavoratore. Conseguentemente, la dichiarazione del prestatore, all'atto di assunzione o in costanza di rapporto, di non voler conseguire l'effetto legale della promozione in caso di eventuale futuro svolgimento di mansioni superiori, non potendosi configurare come rinuncia, integrebbe gli estremi di un patto o atto in deroga alla disposizione legale vietato dal comma 9 dell'articolo (VOZA, 16).

Più restrittivo risulta invece quell'orientamento che svuota di contenuto e priva di effetti la manifestazione della « diversa volontà del lavoratore ». Quest'ultima, infatti, configurandosi come deroga all'effetto legale dell'adibizione definitiva del lavoratore a mansioni superiori altro non sarebbe se non un "atto" contrario alla disposizione della norma, sanzionato dunque dal comma 9 dell'articolo con la nullità (GARGIULO, 16).

A diversa conclusione si giungerebbe tuttavia se si ammettesse che la rilevanza, al fine della promozione, della volontà contraria del lavoratore, altro non sia se non l'espressione dell'*intentio* del legislatore di rendere disponibile il diritto alla promozione (ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, 23). Se così fosse non potrebbe operare la regola dell'inderogabilità prevista dal comma 9.

Abbandonando la ricostruzione della manifestazione della volontà del lavoratore in termini di rinuncia al diritto alla promozione automatica, parte della dottrina ha ricondotto quella manifestazione unilaterale ad un fatto impeditivo del perfezionamento della fattispecie (PISANI, *La nuova*

*disciplina*, 162). Alla luce di queste considerazioni la "diversa" volontà del lavoratore manifestata prima della maturazione del diritto non si configurerebbe come atto derogatorio essendo dunque pienamente legittima e produttiva di effetti (impeditivi).

**[Criticità]** Il differente inquadramento giuridico della manifestazione della « diversa volontà del prestatore », non ha però distolto l'attenzione da quello che potrebbe definirsi "il peccato originale" dell'art. 2103 cod. civ. Il riferimento è all'assenza della previsione di meccanismi che accertino l'integrità della volontà "oppositiva" del prestatore di lavoro in relazione alla promozione automatica. Assenza che rilevarebbe a prescindere dalla diversa configurazione giuridica della volontà contraria del prestatore.

Qualora infatti quest'ultima fosse riconducibile ad una rinuncia, il silenzio del legislatore sul punto sembrerebbe, infatti, interpretabile come eccezione « anomala » al regime generale di cui all'art. 2113 cod. civ. (VOZA,16).

Se invece la volontà unilaterale del lavoratore fosse configurabile alla stregua di un fatto impeditivo del perfezionamento della fattispecie della promozione automatica, l'assenza di un' esplicita previsione a riguardo costituirebbe la mancata occasione per il legislatore di rendere meno incerta la genuinità della decisione del lavoratore (PISANI, *La nuova disciplina*, 162).

“ Dinanzi all'assenza di adeguati strumenti che garantiscano all'atto dimissivo del lavoratore di non configurarsi come imposizione del datore di lavoro, è dunque condivisibile l'opinione di chi ha sostenuto la « potenzialità esplosiva » della norma in relazione alla garanzia della tutela della parte "debole" del rapporto di lavoro (CIUCCIOVINO). ”

## GUIDA ALLA GIURISPUDENZA

### Sull'identità tra l'ipotesi di mutamento e riclassificazione delle mansioni ai fini della promozione del lavoratore

Cass. 10 aprile 1999, n. 184, in GC, 1999, I, 2992

Non può farsi alcuna differenza tra l'ipotesi in cui cambi il contenuto materiale delle mansioni, a seguito dell'adibizione del lavoratore a prestazioni di rango superiore a quelle precedenti, e l'ipotesi in cui, fermo il contenuto materiale delle mansioni, ne muti la qualificazione giuridica per effetto di una nuova disciplina, che da un certo momento in poi consideri la stessa prestazione di rango superiore; pertanto, poiché sia l'una che l'altra sono ipotesi di "assegnazione e mansioni superiori" vale per entrambe la regola che l'acquisizione del diritto alla qualifica superiore esige che la

mansioni superiori siano (materialmente o formalmente) svolte per almeno tre mesi.

### **Sull'illiceità delle qualifiche convenzionali**

Cass. 16 luglio 1986, n. 4602, in *NGL*, 1986, 722

In relazione al caso di un lavoratore che aveva acquisito il superiore livello di inquadramento senza alcuna modificazione delle precedenti mansioni inferiori la Corte ha statuito come, alla luce del disposto della corrispondenza delle mansioni alla categoria superiore raggiunta, la promozione costituisce un ostacolo a che il prestatore possa continuare ad essere adibito a quelle mansioni inferiori. In senso conforme: Cass. 10 novembre 1987, n. 8292, in *NGL*, 1988, 10

### **Sulla legittimità delle qualifiche convenzionali**

Cass. 22 settembre 2002, n. 13326, in *RIDL*, 2003, II, 298

Il riconoscimento ad un lavoratore della qualifica di dirigente a prescindere dalla corrispondenza della stessa alle mansioni effettivamente svolte non può ritenersi in contrasto con norme imperative e con l'ordine pubblico. Il principio fondamentale desumibile dall'art. 2103 cod. civ., secondo cui la qualifica deve corrispondere alle mansioni per le quali il lavoratore è stato assunto, infatti, essendo stabilito a tutela dei diritti del lavoratore, può essere derogato in suo favore, anche nel caso in cui la deroga alla contrattazione collettiva non sia totalmente favorevole al lavoratore, ma presenti aspetti a lui sfavorevoli, in quanto la deroga costituisce legittima espressione di autonomia negoziale se risponde ad un apprezzabile interesse della parti e non ha finalità elusive di norme imperative.

In senso conforme: Cass. 20 aprile 1995, n. 4437, in *FI*, 1995, I, 2133.

### **Sulla vincolatività dei sistemi di classificazione ed inquadramento previsti dai contratti collettivi al fine del giudizio sulla superiorità delle mansioni e sull'impossibilità del sindacato da parte del giudice sulla congruità dei criteri utilizzati dalla contrattazione per l'inquadramento delle mansioni**

Cass. 25 gennaio 1984, n. 603, in *GC*, 1984, 3102

L'art. 2095 cod. civ., pur prevedendo tre categorie fondamentali di inquadramento dei lavoratori subordinati, consente alle associazioni sindacali di determinare contrattualmente le mansioni tipiche di ciascuna categoria e, nell'ambito della stessa categoria, di porre posizioni differenziate per qualifiche e gradi, con la conseguenza che, al fine di accertare la qualifica spettante al prestatore di lavoro in relazione alle mansioni svolte è necessario fare riferimento in primo luogo al contratto collettivo, le cui indicazioni, in quanto esprimono la volontà delle associazioni sindacali stipulanti, assumono valore vincolante per la classificazione di determinate mansioni specifiche nell'una o nell'altra categoria o qualifica, dovendo perciò il giudice limitarsi ad interpretarle a norma degli art. 1362 e ss. senza possibilità di introdurre criteri determinativi propri, in sostituzione o in aggiunta a quelli stabiliti dal contratto collettivo o di modificare gli elementi caratterizzanti delle singole qualifiche come da questi stessi considerate.

In senso conforme: Cass. 20 dicembre 2005, n. 28151, in *GLav*, 2006, 28; Cass. 10 dicembre 1982, n. 6765, in *NGL*, 1983, 24

Cass. 30 marzo 2004, n. 6351, in *GLav*, 2004, 32

Quando i requisiti di appartenenza a ciascuna categoria delle categorie e qualifiche sono fissati dalla normativa collettiva, i criteri per l'inquadramento di determinate mansioni in una delle dette categorie non possono non coincidere con quelli stabiliti dalla disciplina pattizia, dei quali non è possibile neppure sindacare la congruità, a meno che gli stessi non siano tali da sconvolgere la natura sostanziale delle categorie considerate.

### **Sulla la "pienezza" dello svolgimento delle mansioni superiori**

Cass. 14 agosto 2001, n. 11125, in *MGC*, 2001, 1599

Agli effetti della tutela apprestata dall'art. 2103 cod. civ., che attribuisce al lavoratore, utilizzato per un certo periodo di tempo da parte del datore di lavoro in compiti diversi e maggiormente qualificati rispetto a quelli propri della categoria di appartenenza, il diritto non solo al trattamento economico previsto per l'attività in concreto svolta, ma anche all'assegnazione definitiva della qualifica superiore, condizione essenziale è che l'assegnazione alla più elevate mansioni sia stata piena, nel senso che abbia comportato l'assunzione della responsabilità diretta e l'esercizio dell'autonomia e della iniziativa proprie della corrispondente qualifica rivendicata. In senso conforme: Cass. 27 luglio 1994, n. 6981, in *NGL*, 1994, 27; Cass. 27 aprile 1992, n. 5005, in *DPL*, 1992, 27, 1854

### **Sull'"effettività" del periodo di svolgimento delle mansioni superiori al fine della promozione automatica**

Cass. 16 dicembre 1999, n. 14154, in *FI*, 2000, I, 2875, nt. CASOLA

Qualora l'attività corrispondente alla qualifica superiore sia stata svolta in un arco di tempo maggiore di tre mesi, ma solo per alcuni giorni alla settimana, la verifica del compimento del periodo necessario per conseguire il diritto alla promozione automatica deve essere effettuata sommando solo i giorni in cui siano state svolte le mansioni di categoria superiore.

### **Sulla "continuità" del periodo di svolgimento delle mansioni superiori al fine della promozione automatica**

Cass. 11 agosto 2014, n. 17870, *Dejure*

Per la sussistenza della frequenza e sistematicità di reiterate assegnazioni di un lavoratore allo svolgimento di mansioni superiori, il cui cumulo sia utile all'acquisizione del diritto alla promozione automatica in forza dell'art. 2103 cod. civ., non è sufficiente la mera ripetizione delle assegnazioni, essendo invece necessario, se non un vero e proprio intento fraudolento del datore di lavoro, una programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi ed una predeterminazione utilitaristica di siffatto comportamento.

In senso conforme: Cass. 13 giugno 2011, n. 12919, in *ADL*, 2011, 6, 1333, nt. BERTOCCHI; Cass. 25 maggio 2009, n. 11997, in *MGC*, 2009, 5, 814; Cass. 2 settembre 2003, n. 12785, in *NGL*, 2004, 152; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494; Cass. 7 gennaio 1994, n. 104, in *GI*, 1994, I, 1986, nt. RIGANO

Cass. 30 gennaio 2009, n. 2542, in *MGL*, 2009, 1, 146

La reiterata assegnazione di un lavoratore a mansioni superiori per periodi inferiori, singolarmente considerati, al termine richiesto dall'art. 2103 cod. civ. o dal contratto collettivo per la maturazione del diritto all'acquisizione della qualifica corrispondente, si presume determinata da un'esigenza organizzativa reale, preordinata a mantenere l'effetto interruttivo della revoca dell'assegnazione a mansioni superiori, ove riguardi un posto vacante per il quale, in forza dell'obbligo assunto dal datore di lavoro con il contratto collettivo, è necessario procedere alla copertura all'esito dell'espletamento di una procedura di selezione. Tale presunzione esclude una causa utilitaristica, nonché la sanzione del computo utile dei periodi di sommatoria.

In senso conforme: Cass. 13 giugno 2011, n. 12919, in *ADL*, 2011, 6, 1333, nt. BERTOCCHI; Cass., Sez. Un., 28 gennaio 1995, n. 1023, in *FI*, 1995, I, 494;

Cass. 25 marzo 2004, n. 6018, in *MGC*, 2004, 3

Il compimento del periodo di assegnazione a mansioni superiori, cui consegue il diritto del lavoratore alla cd. promozione automatica, può risultare anche dal cumolo di vari periodi, quando le prestazioni di mansioni superiori abbiano assunto, indipendentemente da un intento fraudolento dell'imprenditore diretto ad impedire la maturazione del diritto alla promozione, carattere di frequenza e di sistematicità, desumibile dal numero di assegnazioni e dal tempo intercorso fra un'assegnazione e l'altra.

In senso conforme: Cass. 13 agosto 1996, n. 7541, in *LG*, 1997, 32, nt. MANNACIO; Cass. 10 gennaio 1994, n. 164, in *DPL*, 1994, 894; Cass. 21 ottobre 1992, n. 11494, in *DPL*, 1992, 3408; Cass. 20 agosto 1980, n. 4958, in *GI*, 1981, I, 1, 321

Cass. 14 ottobre 2000, n. 13725, in *NGL*, 2001, 43

Ai fini del riconoscimento della qualifica superiore ex art. 2103 cod. civ. il periodo di espletamento delle mansioni superiori può anche non essere continuo, bensì costituito dalla somma dei distinti periodi più brevi di tre mesi, purchè il lavoratore provi che a) la sostituzione è stata disposta non per contingenti necessità d'impresa, ma per un obiettiva carenza o insufficienza di organico correlata ad una organizzazione del lavoro diretta ad utilizzare in modo duraturo le maggiori capacità di lavoratori assunti con qualifica inferiore; b) il datore di lavoro ha avuto l'intento fraudolento di impedire la maturazione del diritto alla promozione.

In senso conforme: Cass. 1 marzo 2010, n. 4892, in *GLav*, 2010, 37; Cass. 11 febbraio 2004, n. 2642, in *MGL*, 2004, 2; Cass. 13 gennaio 1997, n. 271, in *NGL*, 1997, 152; Cass. 6 febbraio 1986, n. 752, in *NGL*, 1986, 150; Cass. 23 ottobre 1985, n. 5200, in *NGL*, 1986, 150; Cass. 21 marzo 1983, n. 2001, in *MGL*, 1983, 124; Cass. 27 marzo 1982, n. 1912, in *FI*, I, 1982, 1583, nt. MAZZOTTA

### Sul concetto di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto

Cass. 1 febbraio 2010, n. 2280, in *MGC*, 2010, 2, 147

Per lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto di lavoro, la cui sostituzione da parte di un altro lavoratore avente una qualifica inferiore non attribuisce a quest'ultimo il diritto alla promozione, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., deve intendersi soltanto quello che non sia presente in azienda a causa di una delle ipotesi di sospensione legale o convenzionale del rapporto di lavoro.

In senso conforme: Cass. 30 dicembre 2009, n. 27825, in *MGC*, 2012, 1764; Cass. 28 settembre 2006, n. 21021, in *MGC*, 2006, 9, 34; Cass. 16 dicembre 1999, n. 14154, in *FI*, 2000, I, 2875, nt. CASOLA; Cass. 10 aprile 1999, n. 3529, in *MGC*, 1999, 813; Cass. 7 febbraio 1989, n. 757, in *NGL*, 1989, 132; Cass. 6 dicembre 1985, n. 6144, in *MFI*, 1985, 1134.

In senso difforme: Cass. 23 febbraio 2004, n. 3581, *Dejure*; Cass. 11 dicembre 2002, n. 17659, in *MGL*, 2002, 2174; Cass. 5 marzo 2002, n. 3145, in *MGC*, 2002, 391; Cass. 21 ottobre 2000, n. 13940, in *RIDL*, 2001, II, 469, nt. MARINO; Cass. 6 maggio 1999, n. 4550, in *OGI*, 1999, I, 630; Cass. 13 agosto 1996, n. 7541, in *LG*, 1997, 32, nt. MANNACCIO; Cass. 30 ottobre 1989, n. 4526, in *DPL*, 1990, 44, nt. MANNACCIO; Cass. 1 agosto 1986, n. 4932, in *GC*, 1987, I, 111

### Sulla necessità del consenso al fine dell'adibizione a mansioni superiori

Cass. 4 ottobre 1999, n. 10998, in *MGC*, 1999, 2063

L'art. 13 l. 20 maggio 1970 n. 300, il quale ha sostituito l'originario art. 2103 cod. civ., non contiene un assoluto divieto, per il datore di lavoro, di assegnare al lavoratore a mansioni superiori senza il suo consenso; è pertanto consentito alla contrattazione collettiva disciplinare modalità secondo le quali — nei limiti derivanti dall'esigenza di tutela della professionalità del lavoratore — deve esercitarsi l'anzidetto ius variandi in melius.

Cass. 16 giugno 1989, n. 2907, in *MGL*, 1989, 281

Il principio secondo cui il potere del datore di lavoro circa la qualifica da attribuire al dipendente incontra il limite costituito dalla necessità di assegnare a quest'ultimo la categoria e qualifica corrispondenti alle mansioni svolte è derogabile, in favore del lavoratore, dall'imprenditore, il quale può riconoscergli una qualifica migliore di quella corrispondente a tali mansioni, senza che per questo riconoscimento sia necessario un accordo, espresso o tacito, con il lavoratore.

Cass. 6 giugno 1985, n. 3372, in *GC*, 1985, I, 3081

Il potere di assegnazione provvisoria di mansioni superiori è da ritenersi implicitamente ricompreso nello ius variandi unilaterale che l'art. 2103 cod. civ., come modificato dall'art. 13 Stat. Lav., riconosce al datore di lavoro, in quanto soddisfa l'esigenza di tutela della professionalità della mano d'opera che la norma persegue. Il consenso del dipendente è invece necessario per l'operatività della c.d. promozione automatica che dalla suddetta assegnazione possa eventualmente derivare.

## GUIDA ALL'APPROFONDIMENTO

AMENDOLA, *La disciplina delle mansioni nel d.lgs n. 81/2015*, *CSDLE, It, n. 291/2016*.  
vatore, in *Il Codice Civile Commentario*, diretto da SCHLESINGER, Giuffrè, 1997.

BROLLO, *La mobilità interna del la-* BROLLO-VENDRAMIN, *Le man-*

sioni del lavoratore: inquadramento e ius variandi. *Mansioni, qualifiche, ius variandi*, in *Contratto di lavoro e organizzazione*, a cura di MARTONE, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da PERSIANI-CARINCI, IV, I, Cedam, 2012, 512 e ss.

CIUCCIOVINO, *Le mansioni del lavoratore*, Roma, 4 maggio 2016, *Intervento a convegno*.

DE ANGELIS, *Note sulla nuova disciplina delle mansioni ed i suoi (difficilissimi) rapporti con la delega*, CSDLE, It, n. 263/2015.

DELL'OLIO, *La prestazione di fatto del lavoratore subordinato*, Cedam, 1970.

GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, CSDLE, It, n. 268/2015.

GHERA-GARILLI-GAROFALO, *Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2013.

GHERA, *Mobilità introaziendale e limiti dell'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori*, in *MGL*, 1984, 392 e ss.

GHEZZI-ROMAGNOLI, *Il rapporto di lavoro*, Zanichelli, 1995.

GIUGNI, *Mansioni e qualifica nel rapporto di lavoro*, Jovene, 1963.

GIUGNI, voce *Mansioni e qualifica*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, 1975, 546 e ss.

GRAGNOLI, *Sostituzione dei lavoratori in CIG e promozione automatica ex art. 2103 cod. civ.*, RIDL, 1991, II, 604 e ss.

GRANDI, *La mobilità interna*, in AA.VV., *Strumenti e limiti della flessibilità*, Giuffrè, 1986, 262 e ss.

ICHINO, *La qualità del lavoro dovuto e il suo mutamento*, in AA.VV., *Scritti in onore di Giuseppe Suppiej*, Cedam, 2005, 489 e ss.

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. 257/2015.

LISO, *La mobilità del lavoratore in azienda: il quadro legale*, Giuffrè, 1982.

MAGNO, *Le vicende modificative del rapporto di lavoro subordinato*, Cedam, 1976.

MARESCA, *La promozione automatica del prestatore di lavoro secondo l'art. 13 dello Statuto dei lavoratori*, in *RGL*, 1978, I, 413 e ss.

MISCIONE, *Jobs Act: le mansioni e la loro modificazione*, in *LG*, 5, 2015, 437 e ss.

PERSIANI, *Prime osservazioni sulla nuova disciplina delle mansioni e del trasferimento del lavoratore*, in *DL*, 1971, 1 e ss.

PISANI, *Distinzione tra mutamento e riclassificazione delle mansioni ai fini della promozione del lavoratore*, in *GC*, 1999, I, 2992 e ss.

- PISANI, *La nuova disciplina del mutamento della mansioni*, Giappichelli, 2015.
- PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro pubblico e privato*, Giappichelli, 2009.
- ROMAGNOLI, *Commento all'art. 13*, in AA.VV., *Statuto dei diritti dei lavoratori*, Zanichelli, 1972, 237 e ss.
- SCOGNAMIGLIO, *Mansioni e qualifiche dei lavoratori: evoluzioni e crisi dei criteri tradizionali*, Atti delle giornate di studio AIDLASS, Pisa, 26-27 maggio 1973, Giuffrè, 1975, 15 e ss.
- SCOGNAMIGLIO, voce *Mansioni e qualifiche*, in *Noviss. dig. it.*, App., IV, Utet, 1983, 1101 e ss.
- SUPPIEJ, *Commento all'art. 13. Mansioni del lavoratore*, in *Commentario dello statuto dei lavoratori*, diretto da PROSPERETTI, Giuffrè, 1982, 333 e ss.
- SUPPIEJ, *Il rapporto di lavoro*, Cedam, 1982.
- TOSI, *Il dirigente d'azienda. Tipologia e disciplina del rapporto*, Giuffrè, 1975.
- VOZA, *Autonomia privata e norma inderogabile nella nuova disciplina del mutamento della mansioni*, CSDLE, It, n. 262/2015.
- ZOLI, *La disciplina delle mansioni*, in *Tipologie contrattuali e disciplina delle mansioni*, a cura di FIORILLO-PERULLI, Giappichelli, 2015, 3 e ss.
- ZOLI, *La mobilità «verticale»: la carriera*, QDLRI, 1987, 1, 195 e ss.