

Archivio selezionato: Sentenze Cassazione civile

Autorità: Cassazione civile sez. un.

Data: 28/01/1995

n. 1023

Classificazioni: LAVORO SUBORDINATO (Contratto particolare) - Voce storica "LAVORO SUBORDINATO (Contratto individuale)" - - qualifiche

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE
SEZIONI UNITE CIVILI

Composta dagli Ill.mi Sigg. Magistrati:

Dott.	Antonio	BRANCACCIO	Primo
Presidente			
"	Onofrio	FANELLI	Pres. di Sez.
"	Antonio	IANNOTTA	"
"	Gentile	RAPONE	Consigliere
"	Renato	SGROI	"
"	Vittorio	VOLPE	"
"	Francesco	SOMMELLA	"
"	Francesco	AMIRANTE	"
"	Massimo	GENGHINI	Rel. "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso iscritto al n. 6283-91 del R.G.AA.CC., proposto
da

ENTE NAZIONALE PER L'ENERGIA ELETTRICA - ENEL -, in persona
del
Direttore del Compartimento di Milano e del Vice Direttore
del
medesimo Compartimento, nelle rispettive qualità e quali procuratori
dell'Ente stesso p.t., elett.te dom.to in Roma, Via Girolamo da
Carpi
n. 6, presso lo studio dell'avv. Pietro Guerra che lo rapp.ta
e
difende unitamente all'avv.to Ennio Colombo, giusta delega in
calce
al ricorso.

Ricorrente

contro

FERRARI TOLMINO, elett.te dom.to in Roma, Via Agri n. 1, presso
lo
studio dell'avv.to Pasquale Nappi che lo rapp.ta e difende,
giusta
delega in calce al controricorso.

Controricorrente

Avverso la sentenza n. 671-90 del Tribunale di Mantova - sez lavoro
-
dep. il 4.8.70 (R.G. n. 893-90).
Udita nella Pubblica Udienza tenutasi il giorno 16.12.94 la
relazione
della causa svolta dal Cons. Rel. Dr. Genghini.
Udito l'avv.to Silvestri p.d.
Udito il P.M., nella persona del Dr. Franco Morozzo Della
Rocca,
Avv.to Gen.le presso la Corte Suprema di Cassazione che ha
concluso
per l'accoglimento del ricorso per quanto di ragione.

Fatto

Svolgimento del processo

Il tribunale di Mantova confermava la sentenza del pretore di quella città che aveva accolto la domanda di Ferrari Tolmino rivolta ad ottenere l'accertamento del diritto alla promozione alla categoria superiore (capo-nucleo: Cat. B1), per essere stato adibito, ancorché in modo non continuativo, a dette mansioni superiori per un tempo complessivo maggiore ai tre mesi; disattendeva in particolare la tesi difensiva dell'Ente, per il quale ciò era accaduto non con intento fraudolento, ma per la necessità di consentire lo svolgimento delle operazioni concorsuali indispensabili per la copertura del posto in questione, resosi vacante a seguito del collocamento a riposo del titolare.

Riteneva in particolare, il tribunale che, anche senza potersi affermare la "mala fede dell'Ente", poteva ritenersi che "l'avvicendamento è stato voluto, quindi preordinato, al fine di salvaguardare l'eventuale diritto di altri dipendenti meritevoli, per graduatoria o comunque per esito di concorsi interni, di ricoprire e svolgere le mansioni di cat. B1"; ed in effetti in un primo luogo l'Enel aveva attinto alle graduatorie già esistenti e poi aveva fatto ricorso alla c.d. scelta direzionale, ma entrambe dette selezioni fallivano per mancanza di candidati o per rifiuto del prescelto. Di guisa che poteva ritenersi che il compartimento dell'Enel fosse "volontario, ancorché non fraudolento".

Contro questa sentenza ha presentato ricorso l'E.N.E.L.; resiste con controricorso il lavoratore, ma - come rilevato con memoria dall'ENEL - questo, essendo stato il ricorso notificato il 28 maggio 1991 e depositato il 6 giugno 1991, è stato notificato il 30 luglio 1991, e, pertanto oltre il termine perentorio fissato dall'art. 370 cod. proc. civ. -.

La causa era assegnata alle Sezioni Unite per la composizione del contrasto, nella interpretazione dell'art. 2103 cod. civ., quale risultante per effetto della modificazione a seguito dell'art. 13 della legge n. 300 del 1970, ed in particolare sulla questione se, in caso di successive applicazioni di uno o più lavoratori a mansioni superiori, ognuna di durata inferiore al termine contrattuale o legale - ma superiori ad esso, se sommate -, in concomitanza dello svolgimento della procedura concorsuale destinata alla copertura di quel posto, possano dette applicazioni ritenersi, o no, "sistematicamente preordinate e programmate" e, pertanto, siano suscettibili di valutazione unitaria per sommatoria, tanto da rendere definitiva la detta applicazione.

Diritto

Motivi della decisione

Con il primo mezzo di annullamento, il ricorrente si duole per la violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 e degli artt. 13 e 40 della legge 20 maggio 1970 n. 300 (artt. 360 nn. 3 e 5 cod. proc. civ.), in quanto, pur avendo la impugnata sentenza escluso un intento fraudolento da parte dell'Enel nell'applicare il lavoratore in tempi diversi, per una durata complessiva superiore ai tre mesi, tuttavia affermava essersi verificata la condizione richiesta dalla legge per la promozione automatica alla qualifica superiore, laddove solo in caso di un intento elusivo della legge possono prendersi in considerazione per sommatoria più periodi di applicazione a mansioni superiori inferiori ognuno ai tre mesi;

con il secondo mezzo si impugna la sentenza per la violazione e falsa applicazione, sotto altro profilo, dell'art. 2103 cod. civ. come novellato dall'art. 13 della legge n. 300 del 1970 (art. 360 n. 3 cod. proc. civ.) in quanto la sentenza ha posto a fondamento della decisione la circostanza che il lavoratore sostituito non aveva diritto alla conservazione del posto essendo stato collocato a riposo, laddove i casi di assenza con diritto alla conservazione del posto di cui all'art. 2103 cod. civ. non si identificano con le ipotesi di cui agli artt. 2110 e 2111 cod. civ., comprendono le ipotesi di vacanza di un posto, tanto più, come nel caso in esame, trattandosi di un posto a concorso, e, quindi, destinato al vincitore.

Il ricorso, i cui motivi per la evidente connessione possono essere esaminati congiuntamente, è fondata, per quanto di ragione.

a) Il contrasto La questione che specificamente viene all'esame di questo Supremo Collegio, come si è visto, è la rilevanza, o no, della coesistenza di una procedura concorsuale per coprire un determinato posto, in caso di successive applicazioni di uno o più lavoratori a mansioni superiori (art. 2103 cod. civ.), ognuna di durata inferiore al termine contrattuale o legale - ma superiori ad esso, se sommate -, al fine di ritenerle, o no, "sistematicamente preordinate e programmate", e pertanto, suscettibili di valutazione unitaria per sommatoria, in modo da rendere definitiva la detta applicazione.

Non rientra, propriamente, nel contrasto di esaminare, la diversa interpretazione dell'art. 2103 cod. civ. in ordine alla necessità, o no, di un intento fraudolento da parte del datore di lavoro, per impedire che le molteplici revoche delle applicazioni prima dello scadere del termine, producano la c.d. promozione automatica: in realtà può ritenersi che la giurisprudenza di questa Suprema Corte si è da tempo

orientata nel senso di escludere, a tale fine, la necessità di un vero intento fraudolento, essendo sufficiente una "preordinazione" e "programmazione" (hanno escluso la necessità dell'accertamento di un fine fraudolento, bastando che le diverse applicazioni risultino "frequenti e sistematiche": Cass, 20 agosto 1980 n. 4958, 28 ottobre 1981 n. 5673, 14 dicembre 1982 n. 6890, 21 dicembre 1982 n. 7104, 6 luglio 1983 n. 4544, 5 aprile 1984 n. 2234, 21 maggio 1984 n. 3135, 20 novembre 1984 nn. 5940 3 5930 - quest'ultima, peraltro, e così anche 3 ottobre 1984 n. 4891, ravvisa l'intento implicitamente fraudolento nel voler impedire la maturazione del periodo che darebbe diritto alla promozione -, 4 febbraio 1985 nn. 735 e 740, 15 febbraio 1985 n. 1326, 22 febbraio 1985 n. 1597, 6 marzo 1985 n. 1872, 9 marzo 1985 n. 1932, 26 aprile 1986 n. 2920, 5 dicembre 1986 n. 7239, 9 gennaio 1987 n. 93, 8 aprile 1987 n. 3462, 28 aprile 1987 n. 4108, 27 maggio 1987 n. 4756 - che consente il cumulo di periodi inferiori in presenza di "esigenze organizzative ricorrenti e prevedibili" -, 12 maggio 1989 n. 2170, 29 novembre 1989 n. 5240, 19 dicembre 1989 n. 5718, 10 aprile 1990 n. 3041, 28 maggio 1990 n. 4946, 20 aprile 1991 n. 4317, 14 giugno 1991 n. 6742 - che, così come sent. 12 maggio 1989 n. 2170, peraltro richiede "la constatazione di un risultato obiettivamente elusivo"-, 5 febbraio 1992 n. 1248 - che, per ravvisare l'intento utilitaristico, richiede "una pratica elevata a sistema"-, 21 ottobre 1992 n. 11494).

Questa interpretazione subiva una evoluzione ulteriore (Cass. 9 novembre 1988 n. 6041, 20 ottobre 1989 n. 4233, 5 febbraio 1992 n. 1248, 7 luglio 1992 n. 8236, 17 marzo 1993 n. 3144, 7 gennaio 1994 n. 104), posto che non era più ritenuta sufficiente la mera reiterazione sistematica, ma, pur non richiedendosi un intento fraudolento, si configurava in via interpretativa la necessità di "una programmazione iniziale della molteplicità di incarichi ed una predeterminazione utilitaristica di un siffatto comportamento"; premesso che l'art. 13 "fa parte di un contesto che ha come scopo la tutela da intendere come primaria del lavoratore", precisava la su richiamata sentenza n. 4233 del 1989, che "tale tutela può intendersi realizzata anche la norma collettiva che prevede la copertura dei posti mediante concorso. Essa, infatti, mentre contempera gli interessi delle parti contrapposte nell'ambito delle leggi e dei contratti che disciplinano il rapporto di lavoro, può contemperare anche gli interessi dei lavoratori di una stessa azienda nel senso di garantire a tutti i legittimati la possibilità di ottenere il posto per il quale il concorso è bandito e non nel senso (peraltro discutibili) di comprimere il diritto del singolo nell'interesse comune".

Hanno in particolare ritenuto la rilevanza dello svolgimento di una procedura concorsuale, riguardante proprio il posto oggetto della applicazione Cass. 20 ottobre 1989 n. 4233, 10 aprile 1990 n. 3041, 21 novembre 1990 n. 11217 - per la quale, in una fattispecie nella quale l'esigenza contrattuale era prevista dal c.c.n.l., è rilevante, non solo la assenza dell'azienda, ma anche l'assenza dal posto di lavoro, abbandonandosi il precedente indirizzo di cui alla cennata sent. n. 5798 del 1984, 23 dicembre 1991 n. 13897, 5 febbraio 1992 n. 1248 - che distingue tra sistematicità e ripetizione, essendo dovuta quest'ultima a sopravvenute esigenze: nel caso specifico, prolungarsi del concorso a seguito di ricorsi dei concorrenti-, 7 luglio 1992 n. 8236 e 17 marzo 1993 n. 3144 - per le quali è rilevante, al fine di escludere l'intento elusivo e, pertanto la sommatoria di diversi periodi di applicazione, "la necessità di coprire il posto per il tempo occorrente all'espletamento del concorso", tenuto conto che il prolungamento delle procedure concorsuali è dovuto a vicende giudiziarie e, comunque, non è addebitabile al datore di lavoro-, 7 gennaio 1994 n. 104); in genere la argomentazione addotta a sostegno di questa interpretazione, consiste nel fatto che (allorché è stato escluso ogni intento elusivo della legge da parte del datore di lavoro per la sussistenza di una reale esigenza organizzativa di un settore che altrimenti resterebbe scoperto: Cass. 21 novembre 1990 n. 11217, 7 luglio 1992 n. 8236), la tutela del lavoratore alla quale è rivolto l'art. 13 della legge n. 300 del 1970, è realizzata - persino più intensamente, in mancanza di ogni discrezionalità nella assegnazione delle mansioni superiori - dalla norma collettiva che prevede la copertura dei posti mediante concorso: l'adempimento alla norma collettiva non solo esclude il fine fraudolento o elusivo della legge, ma è rivolto altresì a "contemperare" il diritto degli aspiranti ad ottenere in selezione concorsuale quanto spetta ai vincitori (Cass. n. 13897 del 1991 su richiamata).

La diversa interpretazione oltre a rendere inutile l'espletamento del concorso, è stato osservato, si presterebbe ad eludere il metodo concorsuale di selezione contrattualmente voluto dalle parti, atteso che ricorrendo alla assegnazione reiterata (discrezionale) alle mansioni superiori di un determinato lavoratore, il datore di lavoro potrebbe, di fatto, eludere la procedura concorsuale alla quale è contrattualmente obbligato.

Altre sentenze, invece, considerano irrilevante l'obbligo, contrattuale o regolamentare, di svolgere concorsi per procedere alle promozioni (Cass. 20 ottobre 1979 n. 5445, 28 ottobre 1981 n. 5673, 23 aprile 1982 n. 2518, 14 dicembre 1982 n. 2518, 21 dicembre 1982 n. 7104, 12 marzo 1984 n. 5930, 14 gennaio 1984 n. 314, 5 aprile 1984 n. 2234, 28 aprile 1984 n. 2672, 21 maggio 1984 n. 3135, 27 luglio 1984 n. 4481, 29 novembre 1984 n. 5930, 23 gennaio 1985 n. 301, 4 febbraio 1985 nn. 735 e 740, 15

febbraio 1985 n. 1326, 22 febbraio 1985 n. 1597, 6 marzo 1985 n. 1872, 9 marzo 1985 n. 1932, 26 aprile 1986 n. 2920, 5 dicembre 1986 n. 7239, 9 gennaio 1987 n. 93, 8 aprile 1987 n. 3462, 28 aprile 1987 n. 41089, 27 maggio 1987 n. 4756, 19 giugno 1987 n. 5401, 12 maggio 1989 n. 2170, 29 novembre 1989 n. 5240, 19 dicembre 1989 n. 5718, 10 aprile 1990 n. 3041, 28 maggio 1990 n. 4946, 14 giugno 1991 n. 6742, 24 febbraio 1993 n. 2233), in genere con l'argomentazione che è impossibile equiparare tale obbligo con il requisito richiesto dalla legge di "assenza" con obbligo di conservazione del posto; affermava talora la Corte (sent. n. 2233 del 1993 su richiamata), che "il requisito dell'"assenza" è in endiadi inscindibile con quello di "sostituzione", potendosi sostituire un assente soltanto se in quanto questi, prima di assentarsi, era presente in servizio".

B) considerazioni sui principali argomenti a sostegno dei due diversi indirizzi interpretativi.

La disciplina introdotta con l'art. 13 dello Statuto dei Lavoratori nell'art. 2103 cod. civ., ricalca testualmente l'art. 1 della legge n. 230 del 1962 (sul contratto di lavoro a tempo indeterminato).

È peraltro certo che il trascorrere del tempo ha valore oggettivo: trascorso il tempo fissato dal contratto collettivo, che per legge non può eccedere tre mesi, l'applicazione diviene definitiva; ciò ha un duplice significato: a) sanzione per l'abuso - presunto, dopo tre mesi - da parte datoriale nell'esercizio del jus variandi; b) tutela diretta da parte della legge della accresciuta professionalità del lavoratore. Con una sola eccezione significativa: qualora la applicazione sia per sostituire un lavoratore che abbia diritto a vedere conservato il suo posto per quando ritornerà. In questo caso il legislatore ha attribuito, tra i contrapposti interessi, preminente tutela a quelli del datore di lavoro, assicurando al prestatore di opera soltanto il trattamento economico corrispondente alle mansioni esercitate (art. 36 della Costituzione). La tutela della professionalità è sacrificata non solo, e non tanto, per la provvisorietà della applicazione (in certi casi molto prolungata: si pensi al sostituto chiamato a funzioni elettive) o per evitare il conflitto, al suo ritorno, con il lavoratore sostituito; ma, come evidente, per impedire che il datore di lavoro abbia dipendenti con qualifiche superiori in numero eccedente il reale fabbisogno.

Tanto premesso, ne risulta come conseguenza logica necessaria che soltanto, ed in ogni caso, ove l'applicazione abbia una durata eccedente i tre mesi (o l'eventuale termine inferiore contrattualmente fissato) si verifica l'effetto di rendere definitiva la qualifica connessa con le mansioni superiori.

Di regola questo effetto è escluso per applicazioni, anche molteplici, ma ognuna di durata inferiore.

Soltanto, ed eccezionalmente, ove la revoca delle applicazioni prima della maturazione del termine (legale o contrattuale) non sia connessa con reali esigenze produttive, e risulti pertanto rivolta oggettivamente ad eludere il dettato della legge, con una finalità riconducibile intrinsecamente ad un intento locupletatorio della maggiore professionalità del lavoratore, si perviene alla maturazione del termine, e quindi all'effetto di c.d. promozione automatica, per sommatoria dei diversi periodi di applicazione alle mansioni superiori, ancorché ognuno di durata inferiore ai tre mesi.

Ma, fatta questa premessa, è evidente come la circostanza che il datore di lavoro sia contrattualmente obbligato a porre a concorso interno i posti resisi vacanti, e che abbia effettivamente bandito il concorso, rendono le applicazioni di lavoratori aventi minore qualificazione per svolgere quelle mansioni di per sé prive del carattere elusivo della legge e locupletatorio ed, invece, strettamente inerenti alla esigenza produttiva di mantenere la copertura di determinate mansioni, pur a seguito di vacanza del posto ed in corso di espletamento della procedura concorsuale.

Gli argomenti a sostegno della computabilità per sommatoria dei diversi periodi di applicazione, e della irrilevanza dell'obbligo contrattuale assunto dal datore di lavoro di addvenire alla assegnazione dei posti vacanti utilizzando la selezione concorsuale, non appaiono decisivi.

Innanzitutto la non equiparabilità della pendenza del procedimento concorsuale, all'obbligo di conservazione del posto richiesto dalla legge per impedire la automatica promozione dell'applicato, se è certo condivisibile (in quanto è evidente che non può esservi "obbligo di conservazione" di un posto per il quale non esiste un titolare, e considerare tale il futuro destinatario risultante dalla selezione concorsuale, comporta una evidente forzatura logica), non sembra tener conto del fatto che, in realtà, l'"obbligo di conservazione" ha rilievo soltanto per applicazioni durante oltre il termine legale, laddove, trattandosi, come si è visto, di applicazioni plurime in corso di espletamento della selezione, ognuna di durata inferiore a quella fissata dalla legge, non si versa, evidentemente, in una ipotesi di applicazione protratta per oltre tre mesi.

Del pari da condividere è la affermata inammissibilità di subordinare la posizione soggettiva direttamente tutelata dalla legge e consistente nel diritto soggettivo alla promozione del singolo lavoratore applicato, all'interesse del datore di lavoro e degli stessi lavoratori ad impedire la vanificazione del sistema concorsuale di selezione, tenuto anche conto della eterogeneità delle rispettive posizioni soggettive.

La posizione soggettiva del singolo lavoratore per il quale - in ipotesi - sia maturato il diritto alla promozione automatica, e l'interesse datoriale o del singolo lavoratore alla osservanza dell'obbligo contrattuale a che la selezione avvenga per concorso, si pongono su piano completamente distinti, e, a

parte ogni altra considerazione, ricevono anche dall'ordinamento tutele di natura completamente diversa. Ma, ciò detto, questa argomentazione, se, per un verso, mantiene astrattamente pieno valore alla posizione soggettiva del singolo lavoratore che - si ripete - non può certo essere impedita nella sua diretta genesi dalla legge per la esistenza di interessi contrastanti di diversa natura, d'altra parte, per altro verso e come si vedrà, non vale a rendere irrilevante la circostanza che la applicazione sia avvenuta proprio al fine di consentire di coprire il posto, assicurando lo svolgimento del lavoro durante il tempo necessario all'espletamento del concorso.

Irrilevante, invece, appare la possibile dilatabilità ad libitum, da parte datoriale, dei tempi occorrenti per lo svolgimento del concorso.

In realtà questo argomento attiene ad una particolare configurazione della fattispecie concreta, secondo l'accertamento di fatto insindacabilmente compiuto dal giudice di merito, in cui la sostituzione si palesa come fraudolenta proprio nel senso di non corrispondere a reali esigenze - tra le quali innegabilmente compresa la necessità di completare il procedimento concorsuale -, ma di essere rivolta, da parte del datore di lavoro, ad appropriarsi della maggiore professionalità del lavoratore dipendente, senza stabili conseguenze retributive; esula pertanto dal caso in esame - ed in genere dall'ambito del contrasto di giurisprudenza - che attiene esclusivamente a fattispecie nelle quali l'esigenza datoriale e espletare sia reale e non fittizia, e, nel caso di un protrarsi delle operazioni, la eccessiva durata delle stesse non sia prodotta artificialmente.

Affermare poi che la revoca delle applicazioni prima della maturazione del termine legale o contrattuale esuli dalle reali necessità organizzative ed abbia, come unico motivo, lo scopo di impedire la maturazione del termine cennato, non tiene conto che la legge prevede esclusivamente la applicazione per un tempo superiore ai tre mesi: per questa - e soltanto per questa -, non ricorrendo la sostituzione di lavoratore con diritto alla conservazione del posto, si verifica l'effetto della promozione automatica; in via interpretativa, poi, si è ritenuto che la mancata realizzazione della fattispecie poteva dipendere dal fatto che - artificialmente, sistematicamente, primordialmente, in assenza di una reale esigenza - la revoca della applicazione avvenisse, più volte in prossimità dello scadere del termine massimo di tre mesi: in tal caso, proprio come sanzione per l'effetto elusivo della legge, si è ritenuta raggiunta la soglia legale di applicazione massima, e, pertanto, ugualmente verificatosi - per sommatoria dei diversi periodi - l'effetto automatico di promozione.

È evidente come non sia equiparabile alle cennate fattispecie elusive della legge, l'applicazione che avvenga per consentire lo svolgimento del concorso, e che, nel rispetto della legge, abbia una durata inferiore ai tre mesi, ancorché ripetuta nel corso della durata della procedura promotiva: in questa ipotesi si esula del tutto dalla fattispecie elusiva, locupletatoria, alla quale la giurisprudenza ha attribuito - in via interpretativa - un effetto coincidente alla applicazione oltre il termine fissato dalla legge.

Due sono gli elementi che, concorrendo nella fattispecie, producono gli effetti di cui all'art. 2103 cod. civ., malgrado le singole applicazioni siano ognuna di durata inferiore a quella massima fissata dal contratto o dalla legge: a) la preordinazione programmata al di fuori di reali esigenze produttive; b) la esistenza di un intento locupletatorio della aumentata professionalità del lavoratore.

In altri termini: o l'applicazione dura oltre tre mesi, ed in tal caso si verifica l'effetto automatico con l'unica eccezione del diritto del sostituito alla conservazione del posto; ovvero dura un tempo inferiore, ed allora l'effetto automatico non si verifica, almeno di regola, con la sola eccezione che il datore abbia impedito la maturazione del termine "capziosamente", "artificialmente", al di fuori di reali esigenze aziendali, ed unicamente per profittare della maggiore professionalità del prestatore d'opera. Ma evidentemente non rientra in tale ipotesi l'applicazione di un lavoratore, reiterata per tempi inferiori ai tre mesi, allorché ciò si renda necessario per il completamento delle operazioni concorsuali; vi rientra, invece, la eccessiva e capziosa dilatazione della durata delle stesse, volta esclusivamente ad avvantaggiarsi - a costi complessivi inferiori - della maggiore professionalità.

Non può qualificarsi la norma che impone la promozione mediante il concorso, come norma "più favorevole" (art. 40 legge n. 300 del 1970), in quanto occorre avere riguardo alla posizione soggettiva del singolo avente diritto alla promozione automatica, per il quale sottoporsi alla selezione non è certo "più favorevole"; le entità comparabili non coincidono, poiché l'art. 2103 cod. civ., e, per il lavoratore assegnato per oltre tre mesi, fonte di un diritto soggettivo alla promozione, laddove dalla violazione dell'obbligo contrattuale di procedere alla selezione con concorso, discende un diritto al ristoro dei danni per perdita di c.d. "chance".

In effetti se è vero che la disciplina contrattuale che prevede la selezione concorsuale è incommensurabile rispetto all'eventuale maturazione in capo al singolo del diritto alla promozione, tuttavia la esistenza dell'obbligo contrattuale anzidetto non può ritenersi irrilevante e, tanto meno, per questo aspetto, può ritenersi norma in contrasto con una norma imperativa. Ed infatti, verificatasi la vacanza di un posto, per una qualsiasi causa non transitoria e diversa dalla necessità di soppressione,

esistendo l'obbligo contrattuale limitativo della facoltà discrezionale del datore di lavoro di ricoprirlo con persona di propria scelta, sorgono contemporaneamente due diverse esigenze: a) bandire ed espletare il concorso; b) mantenere medio tempore la preposizione di un addetto, in attesa dello espletamento del concorso, per assicurare la continuità organizzativa della produzione. Orbene, bandito il concorso - ed esclusa da parte del datore di lavoro la possibilità di applicazione di personale con qualificazione ad hoc, ovvero di applicazioni per meno di tre mesi di persone sempre diverse sino al termine del concorso (ed è evidente che la valutazione della possibilità di siffatta organizzazione, rientra nei poteri discrezionali ed insindacabile del datore di lavoro, implicando una valutazione di convenienza") -, non resta al datore di lavoro che bandire il concorso ed applicare un addetto, in grado di svolgere quelle mansioni, per meno di tre mesi, se del caso anche ripetutamente.

In questo caso, infatti, la norma contrattuale non vale come "norma più favorevole" per il prestatore di opera, ma come norma che impone l'espletamento del concorso, e, pertanto, come prova di una effettiva, non artificiale, esigenza aziendale, che esclude l'operatività dell'effetto sanzionatorio della sommatoria, che riguarda esclusivamente applicazioni artificialmente di durata inferiore, volte ad impedire la maturazione del termine - in assenza di reali esigenze aziendali - per potere avvantaggiarsi della maggiore professionalità dei lavoratori applicati senza subirne i costi permanenti.

La scelta di ricorrere ad applicazioni successive durante lo svolgimento del concorso, rientra nei poteri organizzatori del lavoro da parte dell'imprenditore, insindacabili, se non altro perché è rimesso alla sua valutazione stabilire la idoneità a ricoprire, ancorché precariamente, le mansioni superiori. Si tratta del "suggerimento" contenuto nella richiamata sentenza n. 5930 del 1984: ma il criterio della rotazione nel posto vacante in attesa della fine del concorso, attiene al merito della fattispecie, ed è una variabile dipendente dal livello di competenza e di professionalità occorrenti per ricoprire le mansioni nonché dalla disponibilità di addetti di quel livello; è pertanto del tutto estraneo al thema decidendum.

La ratio della norma che prevede la promozione automatica, si identifica nella tutela della professionalità del lavoratore e nell'impedire che il datore di lavoro si arricchisca dell'accrescimento della medesima, senza che ciò comporti la corrispondente attribuzione della qualificazione superiore al lavoratore.

Ciò, peraltro, soltanto in caso di superamento del termine di tre mesi, o di quello eventualmente inferiore previsto dal contratto: si verifica una presunzione iuris ed de iure dell'avvenuto accertamento del raggiunto livello di professionalità e, pertanto, dell'indebito privare il lavoratore applicato di una qualificazione corrispondente alle mansioni svolte. Al di fuori della ipotesi legislativamente prevista, soltanto in via del tutto eccezionale può attribuirsi valore del tutto corrispondente, anche ad applicazioni ripetute, ma ciascuna di durata inferiore rispetto a quella prevista dalla legge o dal contratto; d'altra parte invocare la ratio della norma, non può in nessun caso condurre ad una sua interpretazione disapplicativa nella fattispecie concorsuale anche in ipotesi di superamento del termine legale massimo di applicazione alle mansioni superiori: l'applicato diverrebbe in ogni caso "definitivo" malgrado il contemporaneo svolgimento della procedura concorsuale (Cass. 10 gennaio 1994 n. 164).

Ben vero che il procedimento concorsuale, obbligatorio per contratto, implica una limitazione della discrezionalità del datore di lavoro ed assicura ai lavoratori una tutela della accresciuta professionalità, ai fini della progressione all'interno dell'azienda, maggiore della tutela legale consistente nella promozione automatica.

Ma, come si è visto, una applicazione a mansioni superiori - ancorché in costanza di procedimento concorsuale - protratta oltre il termine legale o contrattuale, produce inevitabilmente l'effetto automatico di promozione.

La discrezionalità con la quale il datore di lavoro può individuare i lavoratori da applicare a mansioni superiori, può vanificare l'obbligo di addivenire alle promozioni soltanto ricorrendo a selezioni concorsuali; ma questo inconveniente che, innegabilmente, nelle singole fattispecie concrete potrebbe verificarsi e che, in ogni caso, previo accertamento giudiziale, darebbe luogo, se del caso, alla tutela risarcitoria, non può, di per sé, costituire un argomento contrario.

Si deve, in conclusione, osservare che in realtà l'art. 2103 cod. civ. non impone in ogni caso la promozione del lavoratore assegnato a mansioni superiori, ma subordina la trasformazione del rapporto ("diviene definitiva") a due condizioni: a) che l'applicazione non riguardi la sostituzione di un lavoratore assente che avesse diritto alla conservazione del posto; b) che fosse decorso il tempo indicato nei contratti collettivi, in ogni caso non superiore a tre mesi.

Soprattutto dalla formulazione del primo inciso, è dato desumere con certezza la inesistenza di un dovere del datore di lavoro di mantenere nello stesso posto due lavoratori con la attribuzione delle stesse mansioni; ed infatti non vi è dubbio che allorché il lavoratore sostituito abbia diritto alla conservazione del posto, la applicazione del sostituto può protrarsi per tutta la durata dell'assenza - quindi anche ben oltre tre mesi -, e, ciò nonostante, non produrre l'effetto della promozione; con l'ulteriore corollario che il legislatore, nella disciplina della fattispecie, ponderati i diversi interessi

delle parti, ha considerato preminenti quelli aziendali: infatti è innegabile che una prolungata - ben oltre, i tre mesi - applicazione a mansioni superiori, depone con certezza per l'avvenuto raggiungimento da parte del sostituto di un grado di professionalità superiore, ma ciò non è sufficiente per aversi la promozione, questa è impedita, invero, da un dato completamente estrinseco alla posizione soggettiva del sostituto, e cioè dalla circostanza che il sostituto abbia diritto alla conservazione del posto. Non essendo evidentemente in questione l'interesse del sostituto e la sua posizione soggettiva, ne discende - tertium non datur - che il legislatore ha proprio inteso impedire che l'azienda avesse più titolari delle stesse mansioni, ancorché potesse ritenersi accertato che effettivamente anche altri dipendenti, oltre il titolare, fossero in grado di svolgere le medesime. Ciò trova una conferma nella su richiamata sentenza n. 766 del 1992, posto che il periodo di applicazione in sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione al posto, non si somma - in caso, medio tempore, di intervenute dimissioni di lavoratore assente - con il periodo di applicazione successivo, talché la promozione c.d. automatica interverrà soltanto se, da quel momento, si protrarrà oltre il termine legale.

E, soprattutto, nella comparazione tra l'interesse alla tutela della professionalità del lavoratore sostituto - il quale, per effetto del ritorno del titolare, subisce certamente una riduzione patrimoniale ed anche una "dequalificazione" - e l'interesse imprenditoriale ad una mobilità interna senza effetti duraturi - di rilevante peso economico -, il legislatore ha innegabilmente attribuito preminente tutela a quest'ultimo interesse. D'altra parte questa disciplina (che è andata più volte al vaglio della Corte Costituzionale ma sotto profili diversi) non appare sospetta di contrasto con la Costituzione, proprio per la inesistenza nel nostro ordinamento giuridico, ed in particolare nella Costituzione, di un principio generale di parità di trattamento: la diversa disciplina della applicazione protratta per oltre tre mesi di un lavoratore, a seconda che il sostituto abbia, o no, diritto alla conservazione del posto, non appare irragionevole in relazione all'art. 3 della Costituzione, sia per il carattere certamente - e riconoscibilmente - precario della assegnazione del sostituto alle mansioni spettanti a chi abbia diritto di tornare a quel posto, sia per la ponderazione e tutela da parte del legislatore dell'interesse imprenditoriale a scongiurare la duplicazione (e, talora, persino, moltiplicazione) di mansioni eccedenti il reale fabbisogno produttivo. Consegua a quanto esposto l'accoglimento del ricorso per quanto di ragione, la cassazione della impugnata sentenza ed il rinvio al tribunale di Cremona, che provvederà anche in ordine alle spese del procedimento, per nuovo esame, dando applicazione al seguente principio di diritto.

In caso di vacanza di un posto di lavoro, la circostanza che l'assegnazione ad un lavoratore (più volte ed in tempi diversi, in ipotesi di assegnazione che non raggiungono ognuna il termine fissato dalla legge), di mansioni superiori sia avvenuta successivamente o contestualmente al bando del concorso - obbligatorio per contratto - per selezionare il titolare da destinare a quel posto, non implica, di per sè, una presunzione di preordinazione utilitaristica, salvo prova contraria, e costituisce anzi una presunzione che la condotta del datore di lavoro sia determinata da una esigenza organizzativa reale, idonea, in quanto tale a mantenere l'effetto interruttivo della revoca dell'assegnazione alle mansioni superiori. Infatti la ottemperanza all'obbligo contrattuale, costituisce di per sè una reale esigenza di organizzazione della produzione, ed esclude, in assenza di ulteriori elementi diversificatori della fattispecie, che il fine del comportamento sia rivolto ad eludere la legge ed a locupletare la maggiore professionalità del lavoratore incaricato di svolgere quelle mansioni.

PQM

p.q.m.

La Corte, deliberando a Sezioni Unite, accoglie per quanto di ragione il ricorso, cassa la impugnata sentenza e rinvia, anche per provvedere in ordine alle spese del procedimento di cassazione, al tribunale di Cremona per nuovo esame.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio delle Sezioni Unite civili della Corte Suprema di Cassazione il 16 dicembre 1994.