

IL FATTO

Con ricorso depositato in data 23 marzo 2006 C.A., dipendente di Rete Ferroviaria Italia spa (in prosieguo: RFI spa), inquadrato nel profilo di "capo stazione superiore", appartenente al settore Stazioni - area 4 - tecnici qualificati, adiva il Giudice del Lavoro di Roma per sentire accertare lo svolgimento delle mansioni superiori di capo stazione sovrintendente - di livello 8[^] - area quadri del CCNL di categoria a far data dal 7 ottobre 1999 ed il conseguente diritto alle differenze di retribuzione e di trattamento previdenziale ed assicurativo, da liquidare in separato giudizio.

Il Tribunale, con sentenza del 20 luglio 2007 (nr. 14622/07), accoglieva la domanda.

Con ricorso del 15 luglio 2008 proponeva appello RFI spa, chiedendo l'integrale riforma della sentenza.

Con sentenza del 3 maggio- 5 ottobre 2011 (nr. 3853/2011) la Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza, rigettava la domanda di C.A..

La Corte territoriale rilevava che il C. aveva svolto le mansioni di capo stazione sovrintendente in modo discontinuo (per 115 giornate nell'anno 1999, 164 giornate nell'anno 2000, 83 giornate nell'anno 2001, 72 giornate nell'anno 2002) e che le assegnazioni, ciascuna inferiore al periodo di cui all'[art. 2103 c.c.](#), non potevano essere cumulate ai fini della acquisizione del diritto alla promozione automatica se non previa allegazione e prova di un intento fraudolento della società o della programmazione iniziale ed elusiva delle disposizioni di legge, che non erano stati allegati, invece, nel ricorso di primo grado.

La cadenza temporale delle sostituzioni, circoscritte fino all'anno 2002 e la variabilità nel tempo delle stesse facevano ritenere la effettività delle ragioni contingenti allegate dalla società e consistenti nella sostituzione del superiore, assente per ragioni di formazione.

La assegnazione a mansioni discontinue era altresì disciplinata dall'art. 41 CCCNL per i dipendenti FS del 5.2.1988, con un regime più favorevole di quello legale, prevedente la definitività della assegnazione al profilo superiore decorso un periodo superiore a 180 giorni discontinui nell'anno solare, nella fattispecie di causa non superato.

Per la Cassazione della sentenza ricorre C.A., articolando due motivi.

Resiste con controricorso RFI spa.

1. Con il primo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'[art. 2103 c.c.](#), [comma 1](#), in combinato disposto con l'art. 29 CCNL 1990/92 ed art. 44 CCNL 1996/1999 personale FS spa.

Rileva che all'orientamento giurisprudenziale di legittimità richiedente un intento fraudolento del lavoratore, posto a fondamento della sentenza impugnata, se ne contrapponeva altro che considerava rilevante l'oggettivo cumulo dei vari periodi di svolgimento delle mansioni superiori connotate da frequenza e sistematicità, desumibile dal numero delle assegnazioni e dal tempo intercorso tra le stesse.

Secondo altro orientamento, poi, pur non essendo sufficiente il solo fatto oggettivo delle reiterazione nel tempo delle assegnazioni era necessario un quid pluris meno intenso dell'Intento fraudolento, consistente nella programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi e nella predeterminazione utilitaristica di tale comportamento.

Assume, inoltre, il ricorrente che erroneamente la Corte territoriale aveva confuso il numero delle "presenze effettive", indicate in ricorso per ciascun anno, con il numero delle - "giornate" di svolgimento delle mansioni superiori. Invero, secondo univoca giurisprudenza di legittimità, ai fini del compimento del periodo di assegnazione a mansioni superiori [ex art. 2103 c.c.](#) doveva tenersi conto anche dei riposi settimanali e dei riposi compensativi e dovevano essere sommati tra loro i periodi a cavallo del periodo di ferie (di cui non si doveva invece tenere conto). Pertanto:

- nell'anno 1999 a fronte di 115 presenze effettive il periodo di svolgimento delle mansioni superiori era di 174 giorni - nell'anno 2000 a fronte di 164 presenze effettive il periodo di svolgimento delle mansioni superiori era di 225 giorni;

- nell'anno 2001 a fronte di 83 presenze effettive il periodo di svolgimento delle mansioni superiori era di 133 giorni;

- nell'anno 2002 a fronte di 72 presenze effettive il periodo di svolgimento delle mansioni superiori era più ampio.

2. Con il secondo motivo il ricorrente denuncia violazione e falsa applicazione dell'[art. 2103 c.c., comma 1](#), in combinato disposto con l'art. 29 CCNL 1990/92 e art. 44 CCNL 1996/1999, nonché omessa insufficiente e contraddittoria motivazione in ordine ad un fatto controverso e decisivo.

La censura investe la statuizione sulla "effettività delle ragioni contingenti adottate dalla società riferite - senza contestazione specifica - alla temporanea sostituzione del superiore assente per ragioni di formazione".

Deduce il ricorrente che la giurisprudenza di legittimità posta dalla Corte territoriale a fondamento della decisione si riferiva alle ipotesi di svolgimento di una procedura concorsuale obbligatoriamente prevista dal contratto collettivo per la copertura del posto; nella fattispecie di causa la società datrice di lavoro aveva affermato - peraltro senza provarlo- che le assegnazioni si rendevano necessarie, per ben quattro anni, al fine di sostituire agenti temporaneamente assenti per frequentare i numerosi corsi di aggiornamento professionale.

La frequentazione di corsi di aggiornamento professionale non costituiva ipotesi di assenza con turino alla conservazione del posto, tale da escludere la applicazione dell'[art. 2103 c.c.](#); il condividere il ragionamento della Corte territoriale avrebbe significato di fatto impedire l'operatività dell'[art. 2103 c.c.](#).

Egli non aveva altro dato nella propria disponibilità che il numero delle presenze in mansioni superiori e non era stato mai informato delle ragioni della adibizione a tali mansioni e neppure del nominativo del lavoratore sostituito (nonostante l'obbligo di comunicazione previsto dall'art. 29 CCNL) nominativo che neppure era stato allegato in corso di giudizio. RFI si era limitata ad indicare i sei nominativi di dipendenti che nel tempo avevano svolto le mansioni di Capo stazione sovrintendente.

Il ricorrente censura da ultimo il richiamo al regime di assegnazione a mansioni discontinue di cui all'art. 41 CCNL 5.2.1988, evidenziando la inapplicabilità della disciplina ai fatti di causa, svoltisi sotto la vigenza del CCNL 1996/1999.

I due motivi, in quanto connessi, possono essere esaminati congiuntamente.

La questione di diritto sottoposta con il primo motivo concerne la individuazione delle condizioni in presenza delle quali deve procedersi al cumulo dei periodi frazionati di esercizio di mansioni superiori al fine del raggiungimento del periodo minimo richiesto -

[ex art. 2103 c.c.](#) - per la promozione automatica.

Questa Corte si è da tempo orientata nel senso di escludere la necessità ai fini del cumulo di un vero intento fraudolento, essendo sufficiente una "preordinazione" e "programmazione"; in successive pronunzie si è aggiunto ([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](#)), che non è sufficiente la mera reiterazione sistematica, ma, pur non richiedendosi un intento fraudolento, si configura la necessità di "una programmazione iniziale della molteplicità di incarichi ed una predeterminazione utilitaristica di un siffatto comportamento".

Tale indirizzo ha trovato conferma nell'arresto delle Sezioni Unite nr. 1023/1995, ove si è chiarito che due sono gli elementi che, concorrendo, producono gli effetti di cui all'[art. 2103 cod. civ.](#) malgrado le singole applicazioni siano ognuna di durata inferiore a quella 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. Tale orientamento è stato confermato nelle pronunzie più recenti di questa Corte; cfr. Cass. nr. 17511/2015 e nr. 17870/2014 (conf. a [Cass sez lav. n. 11997/2009](#) e nr. 6018/2004), nelle quali trovasi ribadito che "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 cc., 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.

A tale principio di diritto va data in questa sede continuità.

Quanto al giudizio di sussunzione dei fatti di causa nella previsione di legge, deve precisarsi che la prova dei due elementi richiesti per la cumulabilità dei periodi frazionati di esercizio di mansioni superiori - la preordinazione delle assegnazioni e l'intento utilitaristico - ben può evincersi da circostanze obiettive ed in particolare, oltre alla frequenza e sistematicità delle assegnazioni, la rispondenza delle stesse ad una esigenza strutturale del datore di lavoro, tale da rivelare la utilità per la organizzazione aziendale della professionalità superiore.

Nella fattispecie di causa la Corte di merito ha escluso la cumulabilità dei periodi di esercizio delle mansioni superiori sulla base di tre argomenti:

- la mancata allegazione nel ricorso di primo grado di un intento fraudolento della società e di elementi comprovanti la programmazione iniziale ed elusiva delle disposizioni di legge - la assenza delle condizioni per il cumulo, in ragione delle seguenti circostanze di fatto:
- l'arco temporale delle assegnazioni, verificatesi negli anni dal 1999 al 2002;
- la variabilità nel tempo dei singoli periodi di assegnazione;
- la esistenza della ragione contingente di temporanea sostituzione del superiore assente per ragioni di formazione.
- la applicazione della disciplina di cui all'art. 41 CCNL 5.2.1998 per i dipendenti delle Ferrovie dello Stato, più favorevole rispetto a quella legale.

Tale giudizio non appare condivisibile, con conseguente accoglimento del ricorso.

Sotto il profilo della allegazione, la deduzione dei presupposti di legge per la applicazione dell'[art. 2013 c.c.](#) non rientra tra gli oneri della parte istante, che si riferiscono alla sola descrizione dei fatti e non anche alla individuazione ed interpretazione delle norme di diritto applicabili, riservata all'organo giudicante.

Quanto alla riconduzione della fattispecie concreta alla norma di legge, la Corte di merito ha inadeguatamente valutato, da un lato, la durata quadriennale dell'arco temporale delle assegnazioni e la loro frequenza nell'ambito dei singoli anni, dall'altro, la rispondenza dell'utilizzo del lavoratore in mansioni superiori ad una esigenza unitaria - quella di consentire al superiore la partecipazione a corsi di formazione - reiteratasi nel corso dell'anno e per i vari anni considerati.

Da ultimo, in ordine alla applicazione della disciplina dell'articolo 41 CCNL 5.2.1988, la Corte di merito non ha precisato in ragione di quale previsione di rinvio la clausola contrattuale continuasse a trovare applicazione nel periodo di causa, retto da contratto collettivo diverso e successivo ed in quali sensi essa debba, in assoluto, considerarsi più favorevole della disciplina [ex art. 2103 c.c.](#), pur nella eventuale ricorrenza delle condizioni per il cumulo di periodi frazionati di esercizio delle mansioni superiori.

La sentenza deve essere pertanto cassata e la causa rinviata ad altro giudice, che si individua nella Corte di Appello di Roma in diversa composizione, che si conformerà al seguente principio di diritto "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 c.c.](#), non è sufficiente la mera ripetizione delle assegnazioni, essendo invece necessarie - 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.

La prova dei due elementi richiesti per la cumulabilità dei periodi frazionati di esercizio di mansioni superiori - la preordinazione delle assegnazioni e l'intento utilitaristico - ben può evincersi da circostanze di fatto ed in particolare, oltre alla frequenza e sistematicità delle assegnazioni, la rispondenza delle stesse ad una esigenza strutturale del datore di lavoro, tale da rivelare la utilità per la organizzazione aziendale della professionalità superiore. Il giudice del rinvio provvederà anche alla disciplina delle spese.

P.Q.M.

La Corte accoglie. Il ricorso nei sensi di cui in motivazione; cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte di Appello di Roma, in diversa composizione.

Così deciso in Roma, il 23 febbraio 2016.

Depositato in Cancelleria il 9 maggio 2016