



SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso al Tribunale di Roma del 23-3-2000 Salvatore Panzini, 1° tecnico di stazione Area III, 6° livello, alle dipendenze delle FF.SS., premesso che fin dal marzo 1993, “a seguito del trasferimento in cabina del capo stazione Minti Maurizio”, aveva svolto “mansioni superiori attinenti al profilo professionale di capo stazione area IV, livello retributivo 5°-6°-7°”, assunse di avere diritto, ex art. 2103 c.c., ad essere inquadrato nel profilo professionale di “capo stazione area IV”, con “conservazione del 6° livello retributivo e successivo passaggio in 7° livello, decorsi gli anni contrattualmente previsti”.

Il ricorrente convenne, pertanto, in giudizio la società Ferrovie dello Stato (poi Rete Ferroviaria Italiana s.p.a.) chiedendo che fosse accertato il suo diritto di ottenere il suddetto inquadramento superiore, con condanna della convenuta società alla corresponsione di tutte le conseguenti differenze retributive (pari a lire 9.609.000).

La società si costituiva contestando la fondatezza della domanda, della quale chiedeva il rigetto.

Con sentenza n. 4246/2002 il giudice adito rigettava il ricorso e condannava il ricorrente alle spese.

Il Panzini proponeva appello avverso la detta sentenza chiedendone la riforma con l'accoglimento delle domande rigettate in primo grado e, in subordine, con la condanna della società “al pagamento delle differenze retributive relative all'accertato svolgimento delle mansioni superiori quantificate in euro 329,70”.

La Rete Ferroviaria s.p.a. si costituiva e resisteva al gravame.

La Corte di Appello di Roma, con sentenza depositata il 4-3-2005 in riforma dell'impugnata sentenza, dichiarava il diritto del Panzini ad essere inquadrato nel profilo professionale superiore, da lui rivendicato, a far data dal 1-7-1993, condannando la società appellata al pagamento delle conseguenti differenze retributive, complessivamente pari a lire 9.609.000 (euro 4.962,63), oltre alla rivalutazione monetaria ed agli interessi legali sulle singole somme annualmente rivalutate, il tutto oltre le spese di entrambi i gradi.

V. Nobile

In sintesi la Corte territoriale riteneva che le "affermazioni, contenute nella sentenza del Tribunale e non contestate dalla società appellata" consentivano "di accogliere la domanda di accertamento del diritto del ricorrente di ottenere l'inquadramento superiore rivendicato con decorrenza, ai sensi dell'art. 2103 c.c., dal 1 luglio, cioè decorsi i tre mesi da aprile a giugno, del 1993", considerato che il Panzini "ha svolto le mansioni superiori da marzo-aprile 1993 almeno fino al mese di settembre dello stesso anno" e che ciò è avvenuto "in sostituzione di altro dipendente (con diritto alla conservazione del posto)", in sostanza soltanto dal 29 al 31-3-93 e dal 1° al 31-8-93, mentre "per il periodo dal 1° al 30-6-93, non risultando "il motivo dell'assenza del sostituito", non si poteva comunque in realtà ritenere che vi fosse stata "sostituzione di dipendente con diritto alla conservazione del posto".

Per la cassazione di tale sentenza la Rete Ferroviaria Italiana ha proposto ricorso con un unico motivo.

Il Panzini ha resistito con controricorso.

La Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. ha depositato memoria ex art. 378 c.p.c..

MOTIVI DELLA DECISIONE

Con l'unico motivo la società ricorrente, denunciando violazione degli artt. 2697e 2103 c.c. e vizi di motivazione deduce:



1) che “l’art. 2103 non impone che sia esplicitato il motivo di assenza e, quindi, trattandosi di norma imperativa e derogativa del generale principio che riconosce al datore di lavoro lo *ius variandi* non può essere estesa in senso analogico od estensivo a casi non previsti”;

2) che “in ogni caso, “grava sul lavoratore...l’onere di provare che il lavoratore sostituito non aveva diritto alla conservazione del posto di lavoro...e quindi il Panzini doveva provare che la mancata indicazione – sul provvedimento a assegnazione temporanea a mansioni superiori – del motivo dell’assenza del sostituito costituiva reale insussistenza di un diritto alla conservazione del posto, altrimenti potendo costituire una mera omissione di trascrizione”;

3) che “comunque lo svolgimento di mansioni superiori deve protrarsi, ai sensi dell’art. 2103 c.c., per almeno tre mesi...nel caso in esame, invece, la stessa sentenza individua in un solo mese (giugno 1993) lo svolgimento di mansioni superiori, senza sostituzione di dipendente avente diritto alla conservazione del posto”.

Il ricorrente formula, poi, alcuni quesiti di diritto (pur non essendo applicabile alla fattispecie *ratione temporis* l’art. 366 bis c.p.c., trattandosi di ricorso avverso sentenza pubblicata il 4-3-2005, anteriormente all’entrata in vigore del d.lgs. n. 40/2006).

Il motivo non merita accoglimento.

Posto che ai sensi dell’art. 2103 cod. civ. (come modificato dall’art. 13 della legge n. 300/1970), “nel caso di assegnazione a mansioni superiori il

prestatore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e l'assegnazione stessa diviene definitiva, ove la medesima non abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi", è evidente che il periodo previsto dalla legge è di tre mesi.

Senz'altro esatta è, quindi, la premessa in diritto del terzo profilo di censura (che precede gli altri in ordine logico), sennonché errata è la ulteriore premessa in fatto nel ragionamento della ricorrente.

Erroneo, infatti, è l'assunto secondo cui la impugnata sentenza abbia fondato l'accoglimento della domanda sullo svolgimento di mansioni superiori, senza sostituzione di dipendente avente diritto alla conservazione del posto, "per un solo mese".

Invero - come già si detto nello svolgimento del processo, e come si evince da una attenta lettura della sentenza di appello - la Corte territoriale, richiamando l'accertamento del primo giudice, è partita dal dato di fatto, risultato dalle risultanze testimoniali, secondo cui il Panzini "ha svolto le mansioni superiori da marzo-aprile 1993 almeno fino al settembre dello stesso anno".

Da tale complessivo periodo la Corte di merito ha poi, in sostanza, escluso, in base alle risultanze documentali (dalle quali emergeva la avvenuta sostituzione di altro dipendente con diritto alla conservazione del posto) il periodo dal 29 al 31-3-1993 ed il mese di agosto 1993, mentre per quanto riguarda il mese di giugno 1993 ha affermato che, poiché "non risulta il

motivo dell'assenza del sostituito", "non si può comunque in realtà ritenere che vi sia stata sostituzione di dipendente con diritto alla conservazione del posto".



In conclusione, quindi, la decisione della Corte d'Appello non è stata fondata soltanto sullo svolgimento delle mansioni superiori nel mese di giugno 1993, bensì anche su quello dei precedenti mesi di aprile e maggio dello stesso anno, in sostanza ritenendo complessivamente tutti e tre i detti mesi utili ai sensi dell'art. 2103 c.c., trattandosi (per l'intero trimestre) di svolgimento di mansioni superiori senza sostituzione di altro dipendente con diritto alla conservazione del posto.

In tal senso va, pertanto, respinto il terzo profilo di censura avanzato dalla ricorrente.

La società, poi, con il secondo profilo, contesta la decisione della Corte d'Appello, che, in sostanza, avrebbe finito con l'addossare erroneamente sul datore di lavoro l'onere della prova.

Sul punto è ben vero che questa Corte (v. Cass. 10-11-1989 n. 4740) ha in precedenza affermato che "il lavoratore che deduce il diritto alla promozione automatica ai sensi dell'art. 2103 cod. civ. ha l'onere di provare che il lavoratore sostituito era assente senza diritto alla conservazione del posto, configurandosi tale circostanza come fatto costitutivo del diritto alla promozione predetta", e tale indirizzo è stato successivamente confermato (v. Cass. 10-4-1999 n. 3529, Cass. 6-4-2000 n. 4312).

Senonché il Collegio ritiene che tale interpretazione non può più condividersi soprattutto alla luce del sistema dei principi più recenti affermati in tema di riparto dell'onere probatorio tra lavoratore (titolare di un diritto) e

datore di lavoro nonché, più in generale, di “disponibilità” e di “prossimità” della prova.



Come questa Corte ha chiarito recentemente “la ripartizione dell’onere della prova tra lavoratore, titolare del credito, e datore di lavoro, deve tenere conto, oltre che della partizione della fattispecie sostanziale tra fatti costitutivi e fatti estintivi od impeditivi del diritto, anche del principio - riconducibile all’art. 24 Cost. e al divieto di interpretare la legge in modo da rendere impossibile o troppo difficile l’esercizio dell’azione in giudizio -. della riferibilità o vicinanza o disponibilità dei mezzi di prova; conseguentemente ove i fatti possano essere noti solo all’imprenditore e non anche al lavoratore, incombe sul primo l’onere della prova negativa” (v. Cass. 25-7-2008 n. 20484).

Tale “finalità di non rendere troppo difficile l’esercizio del diritto del lavoratore, il quale a differenza del datore di lavoro, è privo della “disponibilità” dei fatti idonei” relativi è stata evidenziata anche dalle Sezioni Unite di questa Corte (in particolare in tema di prova del numero dei lavoratori occupati nell’impresa ai fini della applicazione della tutela reale o obbligatoria al licenziamento di cui sia accertata l’invalidità – v. Cass. S.U. 10-1-2006 n. 141).

Orbene, osserva il Collegio, in primo luogo, che la lettera dell’art. 2103 c.c. (come modificato dall’art. 13 l. 300/70) indica un fatto impeditivo del diritto alla promozione automatica (la sostituzione di un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto) e non propriamente un fatto costitutivo negativo.



Tale fatto impeditivo, che in base alla *ratio* della norma è previsto dalla stessa come ipotesi di esclusione del diritto all'assegnazione definitiva (in quanto, in sostanza, escludente la vacanza del posto), deve essere provato dal datore di lavoro ai sensi dell'art. 2697 comma secondo c.c..

La individuazione di tale onere probatorio, del resto, risponde alla finalità di non rendere troppo difficile l'esercizio del diritto del lavoratore.

Soltanto il datore di lavoro, infatti, è in grado di avere la piena "disponibilità" dei fatti e dei mezzi di prova idonei a dimostrare la circostanza che la assegnazione "abbia avuto luogo per sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto".

Nella fattispecie, quindi, legittimamente (sul piano del riparto dell'onere probatorio) la Corte di merito ha ritenuto utile ai fini del compimento complessivo dei "tre mesi, da aprile a giugno del 1993", anche lo svolgimento delle mansioni superiori dal 1 al 30 giugno 93, rilevando che in mancanza di risultanze sul motivo dell'assenza del sostituito "non si può comunque ritenere" che in tale periodo "vi sia stata sostituzione di dipendente con diritto alla conservazione del posto".

Tanto basta per respingere il ricorso, restando peraltro assorbito l'esame del primo profilo di censura, giacché, seppure l'art. 2103 c.c. non preveda che nell'assegnazione sia esplicitato il motivo dell'assenza del sostituito, comunque, una volta provato da parte del Panzini lo svolgimento delle mansioni superiori per il periodo prescritto, incombeva sulla società datrice di lavoro la prova del fatto impeditivo di cui sopra.

V. White

Infine ricorrono giusti motivi per compensare le spese del presente giudizio di cassazione, in considerazione dei precedenti citati contrari riguardo alla questione principale del riparto dell'onere della prova.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e compensa le spese.

Roma 20 maggio 2009

IL CONSIGLIERE ESTENSORE

Vittorio White

IL PRESIDENTE

Enrichetta I. White

IL CANCELLIERE

Lucrezia Ferrolle

Depositato in Cancelleria



oggi,

1 LUG. 2009

IL CANCELLIERE

Lucrezia Ferrolle

ESENTE DA IMPOSTA DI BOLLO, DI
REGISTRO, E DA OGNI SPESA, TASSA
O DIRITTO AI SENSI DELL'ART. 10
DELLA LEGGE 11-8-73 N. 533