

Abuso nella sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto: il semplice dato temporale è sufficiente?

di G. Battistini - 23 marzo 2026

L'ordinanza della Corte di Cassazione del 28 novembre 2025, n. 31120, qui commentata, affronta un tema comune nella pratica dando un taglio nettamente concreto ai non infrequenti comportamenti datoriali che possono abusare della sostituzione dei lavoratori con diritto alla conservazione del posto di lavoro.

Il caso di specie è lineare: una lavoratrice ha chiesto il riconoscimento del livello superiore avendo sostituito un collega in aspettativa protrattasi per quattro anni; terminata l'assenza del sostituito, questi non rientrava nel proprio posto di lavoro e veniva assegnato a quell'incarico altro lavoratore.

Come noto, la norma applicabile è l'art.2103 c.c., nel caso di specie nella versione previgente alle modifiche introdotte dal D.Lgs. 15 giugno 2015, n. 81 (c.d. *Jobs Act*): per quanto qui interessa, la norma – introdotta dall'art.13 L. 20 maggio 1970, n.300 – prevedeva che «*Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti alla categoria superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni equivalenti alle ultime effettivamente svolte, senza alcuna diminuzione della retribuzione. 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, comunque non superiore a tre mesi*».

Per una disamina della norma previgente cfr. U. ROMAGNOLI, *Art. 13. (Mansioni del lavoratore)*, in G. GHEZZI, G.F. MANCINI, L. MONTUSCHI, U. ROMAGNOLI, *Statuto dei diritti dei lavoratori*, II ed., Zanichelli, 1979; M. BROLLO, *La mobilità interna del lavoratore. Mutamento di mansioni e trasferimento. Art. 2103*, in *Il codice civile Commentario* diretto da P. SCHLESINGER, Giuffrè, 1997; C. PISANI, *Le mansioni del lavoratore: commento all'art. 2103 cod. civ.* in O. CAGNASSO, A. VALLEBONA (a cura di), *Dell'impresa e del lavoro*, Utet, 2013).

Al riguardo, la riforma del governo Renzi ha sostanzialmente innovato, oltre all'inserimento della rinuncia alla promozione (invero già oggetto di approfondimento anche nella vigenza dell'art.13 St.Lav.), sul periodo di tempo da considerarsi per la definitività, ora elevato (salva diversa previsione dei CCNL) a sei mesi (al riguardo, cfr. U. GARGIULO, *Lo jus variandi nel "nuovo" art. 2103 cod. civ.*, in *WP D'Antona*, It. n. 268/2015; M.L. BUCONI, *La mobilità verticale nel nuovo testo dell'art. 2103 c.c.*, in *Labor*, 1, 2018, p. 35 e ss.; G. PACELLA, *Le nuove regole dello ius variandi*, in A. DI STASI (a cura di), *Tecniche ed ideologie nelle riforme del Diritto del lavoro*, Giappichelli, 2018; R.VOZA, *L'adibizione a mansioni superiori secondo l'art. 3, d.lgs. n. 81/2015*, in *WP D'Antona*, It. n. 432/2021; S. BOLOGNA, *Le mansioni del lavoratore tra garantismo e liberalizzazione*, Giappichelli, 2024).

Vantano, per concorde interpretazione, il diritto alla conservazione sia quei lavoratori assenti *ex lege*, ai sensi degli artt. 2110-2111 c.c. per malattia, infortunio, gravidanza, puerperio, servizio militare, o per ricoprire un mandato pubblico elettivo anche ai sensi degli artt. 79-81 D.Lgs. 267/2000 o dell'art. 31 L. 300/1970, sia quanti siano provvisoriamente assenti dal proprio posto per l'espletamento a rotazione di altre mansioni, ma che ad esso sono destinati a tornare dopo un periodo più o meno lungo, sia anche i lavoratori assenti per godimento delle ferie (Cass. 28 ottobre 1989, n. 4526; Cass. 8 ottobre 1997, n.9763). L'ipotesi derogatoria alla mobilità verticale si verifica ogni qual volta sia configurabile una sospensione legale o anche convenzionale del rapporto del lavoratore sostituito (tratta di attività sindacale, ad esempio, Cass. 10 aprile 1999, n. 3529).

Sul fronte temporale, si riteneva che il periodo di tre mesi (lievitati col *Jobs Act* a sei) non dovesse per forza essere ininterrotto o dipendente da un intento fraudolento del datore di lavoro: secondo Cass. 25 marzo 2004, n. 6018 «*Il compimento del periodo - fissato dalla disciplina collettiva e comunque non superiore a tre mesi - di assegnazione a mansioni superiori, cui consegue, ai sensi dell'art. 2103 cod. civ., nel testo di cui all'art. 13 della legge 20 maggio 1970, n. 300, il diritto del lavoratore alla cosiddetta promozione automatica, può risultare anche dal cumulo 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*».

Si è in seguito affacciato un ulteriore indirizzo, oggi maggioritario, per il quale si ritiene necessaria, al fine di riconoscere la mobilità verticale, – a prescindere dall'intento fraudolento datoriale – una programmazione iniziale della molteplicità degli incarichi ed una predeterminazione utilitaristica (*id est*: l'aumentata professionalità del dipendente) di siffatto comportamento (vd. Cass. 9 maggio 2016, n. 9303, Cass. 25 ottobre 2018, n. 27129).

Con riguardo all'onere della prova, si è sostenuto che gravi sul lavoratore che richieda la mobilità verticale ai sensi dell'art. 2103 c.c. l'onere di provare che il lavoratore sostituito non avesse diritto alla conservazione del posto di lavoro, ritenendo tale circostanza un fatto costitutivo del diritto alla promozione richiesta (Cass. 2 settembre 2003, n. 12793, Cass. 10 aprile 1999 n. 3529, Cass. 20 maggio 1997 n. 4496).

Ed, ancora, è stato affermato che, affinché rimanga escluso il diritto del lavoratore alla definitiva assegnazione alle mansioni superiori, in caso di sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, non è necessario, in mancanza di una prescrizione in tal senso nell'art. 2103 c.c., che la circostanza di tale sostituzione ed il nominativo del sostituito siano comunicati all'interessato prima o almeno in concomitanza dell'attribuzione delle mansioni superiori (Cass. 12793/2003 cit., Cass. 14 dicembre 2002 n. 17917, Cass. 23 marzo 2007, n. 7126).

In tale quadro sistematico si inserisce l'ordinanza in commento: a parere della Suprema Corte «*in materia di sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto con altro lavoratore di qualifica inferiore, per escludere il diritto del sostituito alla definitiva assegnazione alle mansioni superiori, ai sensi dell'art. 2103 c.c. e della contrattazione collettiva applicabile la professionalità del lavoratore deve essere tutelata contro possibili abu-*

si del datore di lavoro, tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto, inclusa la durata della sostituzione».

Si ritiene che con «*tutte le circostanze del caso concreto*» sia inteso l'approfondimento sull'effettiva sostituzione del lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto e con riguardo alle ragioni dell'assenza (con correlata verifica del diritto alla conservazione del posto di lavoro), giacché il semplice dato temporale (pur «*anomalo e sproporzionato*», come definito dalla Corte) del periodo di sostituzione, preso di per sé, non pare essere un inconfutabile indice di abuso e se preso di per sé – pur a fronte di concrete e appurate ragioni sostitutive – porterebbe a superare il tenore di legge.

Giacomo Battistini, avvocato in Massa

Visualizza il documento: [Cass., ordinanza 28 novembre 2025, n. 3120](#)