

**UNIVERSITA' LUISS – GUIDO CARLI**

**ROMA**

**FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA**

**Tesi di Laurea**

***“La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego.”***

**Relatore: Chiar.mo Prof. Luigi Fiorillo**

**Correlatore: Chiar.mo Prof. Raffaele Fabozzi**

**Laureando: Andrea Sonnini**

**Anno Accademico: 2017/2018**

## INDICE

Premessa.

1. Il rapporto di pubblico impiego: tipologie contrattuali, ruolo, dotazione organica e classificazione del personale.
2. L'evoluzione normativa della disciplina delle mansioni.
3. L'assegnazione delle mansioni e lo *ius variandi* del datore di lavoro.
  - 3.1 L'assegnazione formale a mansioni superiori: progressioni definitive e temporanee.
  - 3.2 L'assegnazione di fatto a mansioni superiori.
  - 3.3 Lo *ius variandi* in *pejus*.

Bibliografia

## **Premessa**

L'accentuazione del carattere democratico che ispira, o dovrebbe ispirare, i rapporti tra cittadini e pubblica amministrazione va considerata quale vera e propria chiave di lettura per capire compiutamente le odierne peculiarità del rapporto di lavoro pubblico e, specialmente, la questione delle mansioni del lavoratore in merito al potere organizzativo degli uffici disposto dalla legge per il settore pubblico.

Per quanto concerne il processo di modernizzazione della pubblica amministrazione, il settore del pubblico impiego è stato contraddistinto da una continua evoluzione normativa, sfociata in quella che generalmente viene definita "privatizzazione del pubblico impiego", nel corso della quale si sono gradualmente ridotte le diversità tra impiego pubblico e impiego privato.

Date le ineludibili tipicità conseguenti alla natura pubblica del datore di lavoro (condizionato quest'ultimo, nell'organizzazione del lavoro, dai noti vincoli di conformazione al pubblico interesse e di conciliabilità finanziaria delle risorse) nonché dalla duplice ruolo ricoperto dai pubblici dipendenti, è impossibile - tuttavia - operare una piena coincidenza tra i due sistemi.

Come è noto, la posizione dei dipendenti pubblici è caratterizzata da un doppio profilo: per quanto riguarda il primo, essi si configurano come veri e propri organi dell'amministrazione, manifestandone nei rapporti esterni la

volontà e compiendone gli obiettivi istituzionali (c.d. *rapporto organico* o *di ufficio*); mentre, per il secondo, i medesimi sono legati al soggetto pubblico da un rapporto di lavoro caratterizzato da diritti e obblighi analoghi a quelli che derivano dal rapporto di lavoro privato (c.d. *rapporto di servizio*).

Infatti, se il rapporto di lavoro pubblico (ad eccezione del personale in regime di diritto pubblico, art. 3 d.lgs. 165/2001) è - in generale - normato dalle disposizioni del Codice Civile, dello Statuto dei Lavoratori (fatte salve le diverse disposizioni contenute nel d.lgs. 165/2001, art. 2 comma 2 d.lgs. cit.) e della contrattazione sia individuale (art. 2 comma 3 d.lgs. cit.) che collettiva (art. 40 d.lgs. cit.), è altrettanto vero che gli organi, gli uffici, i principi fondamentali dell'organizzazione, i procedimenti di selezione per l'accesso al lavoro, la determinazione delle dotazioni organiche, restano disciplinati dalle norme pubblicistiche (art. 2, comma 1 d.lgs. cit.).

La disciplina delle mansioni nell'impiego pubblico (art. 52 d.lgs. 165/2001) fa parte proprio delle "diverse disposizioni" (art. 2 comma 2 d.lgs. 165/2001) che dispongono la non applicazione della normativa civilistica ai rapporti di pubblico impiego; la stessa materia, infatti, ha costantemente rappresentato uno dei profili di maggiore diversificazione tra impiego pubblico e impiego privato.

La presente tesi si propone di analizzare l'evoluzione normativa e giurisprudenziale al riguardo delle mansioni del dipendente pubblico.

In particolare verranno evidenziate le analogie e le differenze tra i due sistemi (pubblico e privato), con preliminare riferimento all'assetto organizzativo delle amministrazioni pubbliche (ruolo, dotazione organica, programmazione, classificazione, diritti e doveri del pubblico dipendente, tipologie contrattuali), alle tappe normative fondamentali della disciplina del rapporto di pubblico impiego tese alla sua privatizzazione/contrattualizzazione, per approdare - infine - alle specifiche peculiarità delle mansioni del dipendente pubblico, sia sotto il profilo dell'assegnazione delle mansioni di assunzione (con l'evoluzione del concetto di "equivalenza") che dell'attribuzione formale e di fatto delle mansioni c.d. in *melius* o in *pejus*, con le relative conseguenze giuridiche.

## Capitolo I

### **Il rapporto di pubblico impiego: tipologie contrattuali, ruolo, dotazione organica e classificazione del personale**

Il rapporto di lavoro pubblico può essere definito come quello secondo il quale una persona fisica pone, volontariamente e dietro corrispettivo, la propria attività lavorativa, in modo continuativo, alle dipendenze di una amministrazione pubblica, assumendo così uno specifico *status* comportante il riconoscimento di particolari diritti e doveri.

Il dipendente pubblico è dunque - per effetto dell'instaurazione di tale rapporto - gerarchicamente subordinato alla pubblica amministrazione datrice di lavoro e la sua prestazione lavorativa concorre all'attuazione dei fini istituzionali dell'ente.

Le caratteristiche proprie del rapporto di lavoro pubblico, non diversamente da quelle del rapporto di lavoro privato, possono essere così sintetizzate:

- volontarietà, in quanto è richiesta la volontà di entrambe le parti contraenti, sia per la costituzione che per la prosecuzione del rapporto di lavoro;
- personalità, perché il rapporto di lavoro è caratterizzato dall'*intuitu personae*;

- sinallagmaticità, perché sussistono specifici e reciproci diritti e doveri delle parti contraenti;

- subordinazione, stante la dipendenza gerarchica di cui si è detto sopra.

In ragione di tali caratteri, è possibile definire il rapporto di pubblico impiego come modello c.d. *misto*, considerato che allo stesso rapporto - oltre alle norme di diritto comune - si applicano particolari discipline derivanti da specifiche disposizioni di legge, di regolamento ovvero di statuto.

Tanto è vero che la disciplina del reclutamento del personale pubblico è rimasta esclusa dal progressivo processo di contrattualizzazione del rapporto di lavoro pubblico.

Permangono infatti alcune differenze sostanziali che distinguono il rapporto pubblico da quello privato, considerato che - anche in presenza di un rapporto di lavoro ormai contrattualizzato - l'attività della pubblica amministrazione datrice di lavoro è sempre tesa al perseguimento dell'interesse pubblico, nel rispetto dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento.

Difatti, anche se il rapporto di pubblico impiego non ha trovato uno specifico assetto nelle norme costituzionali, alcune di queste esplicano effetti rilevanti in tale ambito.

L'art. 28 Cost. prevede la diretta responsabilità dei dipendenti pubblici; l'art. 51 Cost. che sancisce il principio dell'accesso agli uffici pubblici in

condizione di eguaglianza; gli artt. 54 e 98 Cost. che stabiliscono, a carico dei pubblici impiegati, il dovere di adempiere con onore alle proprie funzioni e di porsi al servizio esclusivo della Nazione; l'art. 97 Cost. nel quale si rinviene la riserva di legge al riguardo dell'organizzazione degli uffici pubblici ed il principio di buon andamento della pubblica amministrazione.

Il quadro normativo e costituzionale, appena sopra brevemente richiamato, permette di evidenziare alcuni aspetti peculiari del rapporto di lavoro pubblico:

- la predeterminazione del personale, stante il divieto (espressamente previsto dalla legge) per le pubbliche amministrazioni di collocare e disporre arbitrariamente del proprio personale;

- la stabilità del rapporto di lavoro all'interno dell'assetto organico, attraverso la collocazione dei dipendenti pubblici nelle varie posizioni e qualifiche;

- il principio ineludibile del concorso pubblico quale unica modalità di accesso al lavoro pubblico.

A tale ultimo riguardo, richiamata la nota sentenza della Corte Costituzionale n. 113 del 19 Maggio 2017, con la quale è stato ribadito che il concorso pubblico (quale procedura strumentale all'efficienza della pubblica



amministrazione) rappresenta, ai sensi del più volte richiamato art. 97 Cost., la forma ordinaria di accesso all'impiego pubblico.

La legge affida a specifici regolamenti l'attuazione dei principi fissati a riguardo delle assunzioni pubbliche.

Il regolamento nazionale, che disciplina l'accesso all'impiego pubblico, la modalità di svolgimento dei concorsi nonché quelle relative alle altre forme di assunzione, è contenuto nel d.p.r. 9 Maggio 1994, n. 487, come modificato dai successivi d.p.r. 30 Ottobre 1996, n. 693 e d.p.r. 18 Giugno 1997, n. 246.

Il d.p.r. 16 Aprile 2013, n. 70 ha poi normato le modalità di assunzione dei dirigenti e dei funzionari dell'amministrazione dello Stato e degli enti pubblici non economici.

Comunque, sempre in coerenza ai principi sanciti dall'art. 35 del d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165, è concessa alle pubbliche amministrazioni e agli enti locali la possibilità - nell'ambito dei rispettivi regolamenti - di disciplinare le dotazioni organiche, le modalità di assunzione nonché i requisiti di accesso e le relative procedure concorsuali, previa programmazione delle unità di personale da reclutare entro i limiti delle proprie disponibilità finanziarie.

La concessione appena richiamata incontra, però, alcune limitazioni: infatti, per le amministrazioni, anche ad ordinamento autonomo, così come per gli enti pubblici non economici, è prevista la preventiva emanazione di un d.p.c.m. *ad hoc*, nell'ipotesi in cui i relativi organici superino le duecento

unità, ovvero in ipotesi di assunzioni a tempo determinato e con contratti di formazione e lavoro per un numero superiore alle 5 unità.

La procedura autorizzativa in parola ha subito una vera e propria unificazione a mente dell'art. 3, commi 3 e 10, d.l. 24 Giugno 2014, n. 90, così come convertito in l. 11 Agosto 2014, n. 114.

La norma richiamata, infatti, ha previsto che - una volta richiesto l'avvio di procedure concorsuali da parte delle amministrazioni interessate, previa allegazione del numero dei rapporti di lavoro cessati, delle conseguenti economie ottenute, dell'indicazione delle assunzioni da effettuare nonché dei relativi oneri finanziari - la relativa autorizzazione verrà rilasciata da un unico d.p.c.m.

Il Dipartimento della funzione pubblica e il Dipartimento della ragioneria generale dello Stato hanno il compito di monitorare l'andamento delle assunzioni e dei conseguenti livelli occupazionali.

È necessario comunque evidenziare che le amministrazioni pubbliche, prima di poter procedere all'espletamento di procedure concorsuali, devono obbligatoriamente e preventivamente attivare - a pena di nullità del concorso - le c.d. procedure di mobilità previste dall'art. 30 d.lgs. 165/2001, come modificato dal d.l. 24 Giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 Agosto 2014, n. 114, ovvero provvedere al fabbisogno di personale mediante il passaggio

diretto di lavoratori, che abbiano richiesto il trasferimento, in servizio presso altre amministrazioni ed appartenenti ad una qualifica corrispondente.<sup>1</sup>

Le nuove assunzioni, poi, sono subordinate alla verificata impossibilità di ricollocare il personale in disponibilità, ovvero quello dichiarato in esubero rispetto alla dotazione organica a seguito di specifica procedura di mobilità collettiva, ed iscritto in appositi elenchi.

Il reclutamento del personale da parte delle pubbliche amministrazioni può avvenire mediante diverse tipologie di concorso pubblico ovvero di procedure selettive, tutte caratterizzate dalla presenza del criterio comparativo per il quale risulterà vincitore il candidato che consegnerà il migliore risultato rispetto agli altri partecipanti.

Secondo un'autorevole definizione, il concorso può qualificarsi come un procedimento amministrativo consistente in una successione di più atti, compiuti da più soggetti od organi e aventi funzione e natura diverse, tutti tendenti alla individuazione del candidato più idoneo alla copertura del posto da ricoprire.<sup>2</sup>

Nella nozione di procedure concorsuali rientrano tutte le sequenze procedurali caratterizzate da concorrenzialità tra i partecipanti, aperte a coloro che sono in possesso di predeterminati requisiti soggettivi, da effettuarsi in base al possesso di titoli preventivamente determinati dal bando

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, sez. V, n. 178 del 17 Gennaio 2014, in [aranagenzia.it](http://aranagenzia.it)

<sup>2</sup> P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, GIUFFRÈ, 1973, 249.

ovvero a mezzo di prove utili all'accertamento del livello di preparazione culturale e/o di idoneità ed esperienza professionale dei candidati.<sup>3</sup>

Tra le diverse tipologie previste ricordiamo: il concorso per esami, nel quale i candidati sono sottoposti a prove diversificate in ragione dei vari profili professionali messi a concorso; il concorso per titoli, che prevede esclusivamente la valutazione dei titoli in possesso dei candidati; il concorso per titoli ed esami, che consta di una preventiva valutazione dei titoli come condizione per la successiva ammissione alla prova scritta; infine, il c.d. corso-concorso, per la selezione di funzionari e dirigenti, utile alla formazione di una graduatoria prodromica all'accesso ad un corso di preparazione per la Scuola Nazionale dell'Amministrazione, al susseguente tirocinio presso una amministrazione pubblica o privata e al successivo esame finale.

Il Consiglio di Stato, peraltro in Adunanza Plenaria, ha avuto modo di sottolineare l'irrilevanza delle modalità di svolgimento della procedura concorsuale (per titoli, titoli ed esami, per soli esami) ai fini dell'attribuzione al giudice amministrativo della relativa giurisdizione.<sup>4</sup>

Le procedure di reclutamento debbono uniformarsi a diversi principi, sia di rilievo costituzionale (buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa) che normativo (art. 35, comma 3, d.lgs. 165/2001), e cioè:

---

<sup>3</sup> Cons. Stato, sez. VI, n. 3331 del 5 Giugno 2006, in Lexitalia.it, n. 6/2006.

<sup>4</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8 del 24 Maggio 2007, in Foro Amm. CDS, 2007, 1410; cfr. anche Cass., Sez. Un., n. 529 del 15 Gennaio 2010, in Foro it., 2010, I, 1817.

adeguata pubblicità della selezione e modalità di svolgimento a garanzia dei principi di imparzialità, di economicità e di speditezza; oggettività e trasparenza dei meccanismi per la verifica del possesso dei requisiti richiesti per la posizione da ricoprire; tutela delle pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici; c.d. decentramento delle procedure di reclutamento; provata competenza ed imparzialità dei funzionari delle commissioni giudicatrici.

A completamento, va evidenziato che - nell'espletamento delle procedure concorsuali - deve essere assicurato anche l'accesso di candidati esterni alla pubblica amministrazione, così risultando espressamente vietato che si possano effettuare concorsi riservati esclusivamente al personale già in organico.

Infatti, il richiamato regolamento nazionale (d.p.r. 9 Maggio 1994, n. 487 come modificato dai successivi d.p.r. 30 Ottobre 1996, n. 693 e d.p.r. 18 Giugno 1997, n. 246) dispone che il bando di concorso deve indicare esplicitamente le percentuali dei posti riservati al personale interno.

Il ricorso eccessivo e ingiustificato ai concorsi interni ha indotto sia il Giudice delle Leggi che il Giudice del Diritto a ribadire che il concorso pubblico rappresenta la regola generale per l'accesso ad ogni tipologia di

impiego pubblico, nonché per l'attribuzione di una superiore fascia funzionale in favore del personale interno.<sup>5</sup>

Effettuate le prove del concorso, la Commissione giudicatrice approva la relativa graduatoria, individuando così i vincitori e gli idonei, ossia coloro che - pur avendo conseguito un risultato positivo - occupano un posto inferiore in graduatoria rispetto al numero di quelli messi a concorso.

Considerato che, ai sensi dell'art. 35, comma 5-ter, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165, le graduatorie dei concorsi restano in vigore per la durata di tre anni dalla data di pubblicazione, le pubbliche amministrazioni dovranno scorrere la graduatoria, procedendo all'assunzione dei candidati dichiarati idonei, seppure nel limite del 20 per cento dei posti messi a concorso, come stabilito dalla recente modifica apportata all'art. 35, comma 3, d.lgs. 165/2001 ad opera del d.lgs. 25 Maggio 2017, n. 75.

Giova ricordare che il vincitore del concorso era considerato, prima della c.d. contrattualizzazione del pubblico impiego, portatore di un interesse legittimo e non di un diritto soggettivo, in quanto la sua assunzione era comunque rimessa all'adozione - da parte dei competenti organi - di formali atti amministrativi.

Secondo il relativo consolidato orientamento della giustizia amministrativa, l'assunzione del vincitore di concorso non è un obbligo,

---

<sup>5</sup> Corte Cost., n. 1 del 4 Gennaio 1999, in Foro it., 1999, parte I, col. 1; Cass., Sez. Un., n. 15403 del 15 Ottobre 2003, in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 44, 37, con nota di D. MEZZACAPO.

semmai una manifestazione della piena potestà organizzatoria dell'amministrazione pubblica.

Se infatti, nelle more del completamento dell'*iter* procedimentale sopravvengono circostanze preclusive di natura normativa, organizzativa o anche solo finanziaria, l'amministrazione può sospendere o anche annullare il procedimento concorsuale, fatto salvo il diritto del vincitore di ricorrere all'Autorità giudiziaria per il relativo controllo sulla congruità e correttezza della scelta operata. <sup>6</sup>

La questione si è riproposta, a seguito della privatizzazione del rapporto di impiego pubblico, dinanzi al giudice ordinario, il quale ha sentenziato che la posizione del vincitore di concorso ha natura di interesse legittimo sino a che non venga esaurita la procedura medesima; una volta esaurita la procedura, al vincitore va riconosciuto il grado di protezione del diritto soggettivo, ovvero a stipulare il contratto individuale di lavoro, connesso all'obbligo della pubblica amministrazione di prestare il proprio consenso alla stipula. <sup>7</sup>

Riguardo poi alla posizione giuridica dei soggetti dichiarati idonei rispetto alla utilizzazione delle graduatorie nel periodo di efficacia delle stesse, la stessa è stata definita dal Consiglio di Stato con la nota pronuncia

---

<sup>6</sup> Cons. Stato, sez. V, n. 8337 del 18 Ottobre 2003, in Foro Amm., 2003, I, 2806; Cons. Stato, sez. VI, n. 133 dell'1 Febbraio 1993, in Foro Amm., 1993, 474.

<sup>7</sup> Cass., Sez. Un., n. 8951 del 16 Aprile 2007; Cass., Sez. Un., n. 18812 del 20 Agosto 2010; Cass., Sez. Un., n. 21671 del 23 Settembre 2013.

dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 28 Luglio 2011, secondo la quale - pur sussistendo l'obbligo della pubblica amministrazione di utilizzare la graduatoria, con la conseguente preclusione di poter bandire una nuova procedura concorsuale - non sussiste alcun obbligo all'assunzione dei candidati non vincitori in relazione a posti resisi vacanti ma che l'amministrazione non intende ricoprire.<sup>8</sup>

La regola del concorso prevede eccezioni al ricorrere di straordinarie e tassative esigenze di interesse pubblico.

Infatti, l'art. 35 comma 1, lett. b) del d.lgs. 165/2001 prevede, oltre alle procedure selettive pubbliche, anche la possibilità che la pubblica amministrazione proceda ad assunzioni mediante avviamento degli iscritti nelle liste di collocamento tenute dai Centri per l'Impiego, seppur limitatamente ai profili e alle qualifiche per i quali è richiesto il solo requisito della scuola dell'obbligo.

Tale forma di reclutamento del personale non è finalizzata alla comparazione tra i candidati, piuttosto ad accertare la sussistenza dell'idoneità professionale rispetto alle mansioni da svolgere.<sup>9</sup>

Ulteriore eccezione è rappresentata dalle c.d. assunzioni obbligatorie, ora normate dalla l. 12 Marzo 1999, n. 68 in favore dei soggetti disabili,

---

<sup>8</sup> Cass., Sez. Un., n. 14529 del 29 Settembre 2003, in *Foro it.*, 2003, parte I, col. 3313; Cass. Sez. Un., n. 19595 del 12 Novembre 2012, in *Lavoro nelle p. a.*, 2012, 586, con nota di P. TIBERI.

<sup>9</sup> Cass., Sez. Lav., n. 3549 del 7 Marzo 2012, in *Mass. Foro it.*, 2012, 123.



appartenenti alle categorie protette, prevista dall'art. 35, comma 2, d.lgs. 165/2001.

La l. 68/1999 ha infatti introdotto una riforma organica al riguardo dell'inserimento e dell'integrazione dei disabili nel mondo del lavoro, con specifiche disposizioni relativamente alle assunzioni di tali soggetti nelle pubbliche amministrazioni (cfr. artt. 7, 9 e 16), che possono avvenire solo per chiamata numerica e non - come accade per le imprese private - per chiamata diretta nominativa.

Trattasi di una evidente deroga al principio sancito dall'art. 97 Cost., comunque legittima a mente della sentenza della Corte Costituzionale n. 88 dell' 1 Aprile 1998.

Altra eccezione può essere ravvisata nei c.d. incarichi individuali esterni, affidati cioè a soggetti che non fanno parte del personale in servizio, alle condizioni previste dall'art. 6 del d.lgs. 25 Maggio 2017, n. 75.

La pubblica amministrazione può stipulare contratti di tal genere al solo scopo di rispondere a specifiche esigenze non fronteggiabili con il personale in servizio e mediante l'utilizzazione di lavoratori aventi particolare e comprovata specializzazione, anche universitaria, e comunque con espresso divieto di stipulare contratti di collaborazione concretizzanti in mere prestazioni di lavoro personali e continuative, le cui modalità di esecuzione siano di fatto organizzate dalla pubblica amministrazione anche con

riferimento al luogo e alle tempistiche di esecuzione della prestazione lavorativa medesima.

Il ricorso agli incarichi individuali esterni soggiace, però, a quattro condizioni:

a) l'oggetto della prestazione richiesta con l'incarico in parola deve essere coerente con le esigenze dell'amministrazione nell'ambito di obiettivi e progetti specifici e determinati, e deve essere altresì corrispondente alle competenze che l'ordinamento attribuisce all'ente;

b) non deve oggettivamente sussistere la possibilità di utilizzare, per la prestazione richiesta, le risorse umane a disposizione dell'amministrazione;

c) l'incarico deve prevedere la temporaneità della sua durata, il relativo oggetto (ossia una prestazione altamente qualificata) ed il compenso della prestazione;

d) è vietato il rinnovo dell'incarico, mentre la sua proroga è eccezionalmente consentita al solo scopo di completare il progetto affidato e solo per ovviare ad eventuali ritardi non imputabili al collaboratore. In nessun caso è possibile modificare il compenso già pattuito.

Ultima eccezione è rappresentata dalle c.d. stabilizzazioni, ossia il procedimento attraverso il quale la pubblica amministrazione procede alla conversione in contratti a tempo indeterminato di rapporti "precari" del proprio personale.

Trattasi all'evidenza di uno speciale tipo di reclutamento riservato ad una particolare platea di soggetti individuati, in forza del fatto che gli stessi hanno in precedenza e temporaneamente intrattenuto un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione e sul presupposto di dare il giusto valore all'esperienza così acquisita.

Una volta instaurato il rapporto di lavoro nel pubblico impiego, secondo le modalità in precedenza specificate, conseguono doveri e diritti in capo al dipendente.

I primi sono riconducibili sia a norme di stampo pubblicistico e sia di stampo privatistico: tra le prime, il dovere di fedeltà alla Repubblica previsto dall'art. 51 Cost., il principio di imparzialità e buon andamento sancito dall'art. 97 Cost., il carattere democratico della Repubblica (art. 1 Cost.) nonché il principio di esclusività, previsto dall'art. 98 Cost. secondo il quale l'impiegato non può svolgere attività commerciali, imprenditoriali, industriali, artigiane e professionali in costanza di rapporto di lavoro correlato anche alla necessità che il prestatore di lavoro metta a disposizione le proprie energie lavorative a favore esclusivo dell'ufficio cui è preposto <sup>10</sup>; mentre tra le seconde i doveri di diligenza, obbedienza e fedeltà disciplinati dagli artt. 2104 e 2105 c.c.

---

<sup>10</sup> Cfr. art. 53 d.lgs. n. 165/2001 in materia di incompatibilità, cumulo di impieghi ed incarichi.

A regolamentare i doveri del pubblico dipendente è intervenuto il c.d. Codice di comportamento previsto dall'art. 54 del d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 così come novellato dall'art. 1, co. 44, l. 6 novembre 2012, n. 190 con la finalità di garantire la qualità dei servizi, assicurare la prevenzione della corruzione, salvaguardare il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico.

Detto codice deve essere integrato con un codice di comportamento, adottato a livello di ogni singola amministrazione.

Il previgente codice di comportamento, approvato con d.m. 28 Novembre 2000, è stato sostituito con il d.p.r. n. 62 del 16 Aprile 2013.

Sul fronte dei diritti, suddivisi in patrimoniali e non patrimoniali, si possono annoverare: quello relativo alla retribuzione quale prestazione periodica in denaro, distinta in un trattamento fondamentale a carattere fisso e continuativo e in un trattamento accessorio costituito da emolumenti eventuali ed occasionali, comunque commisurati alla quantità ed alla qualità del lavoro svolto, ex art. 36 Cost., nonché il diritto all'ufficio ovvero il diritto alla permanenza nel rapporto di lavoro, quello allo svolgimento delle mansioni (c.d. diritto alla funzione) e quello della progressione, il diritto al riposo (ossia il diritto, costituzionalmente previsto, al godimento delle ferie ed ai permessi per particolari motivi o per malattia), il diritto alla riservatezza ed il diritto alle pari opportunità.

Così delineate le caratteristiche e le modalità di accesso del pubblico impiego, è utile dare conto anche di alcune tipologie contrattuali c.d. flessibili, oggi ammesse anche in favore della pubblica amministrazione.

Infatti, seppur le pubbliche amministrazioni debbano - di norma - procedere ad assunzioni con contratti di lavoro subordinati e a tempo indeterminato, alle stesse è riconosciuta la possibilità di stipulare contratti di lavoro c.d. flessibili, a tempo determinato, contratti di formazione e lavoro (nonché quelli di apprendistato) e contratti di somministrazione di lavoro a tempo determinato, ivi comprese le forme contrattuali flessibili previste per il rapporto di lavoro privato, a condizione che tali assunzioni rispondano a comprovate esigenze di carattere esclusivamente temporaneo o eccezionale e si attuino entro i limiti e con le modalità previste dall'art. 36 del d.lgs. 165/2001 così come modificato dal d.lgs. 75/2017.

Allo stesso modo è oggi consentita anche la c.d. flessibilità organizzativa mediante il ricorso a rapporti di lavoro *part-time*, in regime di telelavoro e di lavoro agile, prima per espressa previsione del d.lgs. 14 Settembre 2011, n. 167 e poi del d.lgs. 15 Giugno 2015, n. 81.

La disciplina del contratto di lavoro a tempo determinato è inserita negli artt. 19-29 del d.lgs. 81/2015.

Le pubbliche amministrazioni possono ricorrere alla stipula di tale tipologia di contratto - con ciò differenziandosi sostanzialmente dal regime

previsto per il settore privato - a condizione che tale utilizzazione sia giustificata da comprovate esigenze di carattere temporaneo o eccezionale; sono espressamente escluse dall'applicazione delle norme di riferimento le categorie dei dirigenti, del personale sanitario, del personale della scuola e di quello delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica.

La sua durata, riferita allo svolgimento di mansioni di pari livello e anche mediante più contratti di lavoro, non può superare trentasei mesi di durata complessiva, dovendosi computare in tale limite anche eventuali contratti di somministrazione.

È altresì prevista la proroga, sia tacita che formale, dettagliatamente normata sia al riguardo del numero che delle conseguenze economiche.

In sede di contrattazione collettiva nazionale è comunque possibile derogare, in aumento o in diminuzione, al limite di durata appena indicato; limite di durata che non è applicabile a tale tipologia di contratto di lavoro se utilizzata per soddisfare le attività di tipo stagionale previste dal d.p.r. 7 Ottobre 1963, n. 1525.

Qualora la pubblica amministrazione contraente intendesse stipulare, col medesimo lavoratore, un ulteriore contratto a termine, ciò sarebbe possibile ma al verificarsi di due condizioni: che la sua durata non sia superiore a dodici mesi e che la sottoscrizione del relativo contratto di lavoro venga effettuata presso la D.T.L. competente.

È comunque previsto un limite quantitativo al ricorso a tale tipologia contrattuale (il cui superamento comporta l'applicazione di sanzioni amministrative a carico dell'ente, ma giammai diritti risarcitori in favore del lavoratore) fissato al 20 per cento dei dipendenti che risultano assunti con contratto a tempo indeterminato, garantita comunque la possibilità di assunzione quantomeno di almeno un contratto a termine; limite numerico anch'esso derogabile in sede di contrattazione collettiva nazionale.

Da ultimo, è necessario evidenziare come, a seguito della modifica dell'art. 36 d.lgs. 165/2001 da parte del d.lgs. 75/2017, sia stato previsto il diritto di precedenza, in favore del lavoratore già assunto con contratto di lavoro a termine, rispetto a possibili nuove assunzioni a tempo indeterminato, al ricorrere di tre condizioni: che il lavoratore sia stato reclutato mediante avviamento dalle liste di collocamento; che lo stesso lavoratore abbia prestato la propria attività lavorativa per un periodo superiore a sei mesi e che l'assunzione venga effettuata entro l'anno e per l'esecuzione delle medesime mansioni già oggetto del contratto a termine.

Identico diritto è riconosciuto al lavoratore a termine stagionale, ma limitatamente alle nuove assunzioni (sempre a termine) e per l'espletamento delle medesime attività.

Il contratto di somministrazione a tempo determinato (escluso il ricorso a tale tipologia contrattuale per i contratti a tempo indeterminato) è

disciplinato dagli artt. 30 e ss. del d.lgs. 81/2015, nonché dalla eventuali ulteriori previsioni dei contratti collettivi nazionali di lavoro.

Le pubbliche amministrazioni possono ricorrere all'applicazione di tale tipologia contrattuale, senza limiti di durata o di quantità, sempre sussistendo esigenze temporanee o eccezionali e con esclusione dell'esercizio di funzioni direttive e dirigenziali.

Trattasi di un rapporto giuridico trilaterale nel quale operano due distinti contratti: quello di somministrazione stipulato tra la pubblica amministrazione (soggetto utilizzatore) e l'agenzia per il lavoro (soggetto somministratore), e l'altro di lavoro vero e proprio, stipulato tra l'agenzia di somministrazione ed il lavoratore.

Mentre la determinazione di ricorrere al contratto di somministrazione rientra negli atti di gestione dirigenziale, caratterizzata da capacità di diritto privato, il procedimento per la scelta del soggetto somministratore assume natura pubblica, configurandosi come un contratto di appalto di servizi.

Il rapporto di lavoro sarà sottoposto al potere direttivo, di direzione e di controllo della p.a. in favore e nell'interesse della quale il lavoratore effettuerà la sua prestazione lavorativa, mentre il potere disciplinare rimarrà in capo alla società somministrante.

La pubblica amministrazione resta, in ogni caso e in ipotesi di inadempimento del somministratore, solidalmente obbligata per il pagamento



del trattamento economico in favore del lavoratore e dei contributi in favore dell'ente previdenziale.

Da ultimo va sottolineato che, qualora la p.a. richieda ed ottenga dal lavoratore somministrato l'esecuzione di mansioni di livello sia inferiore che superiore, deve darne immediata comunicazione scritta all'agenzia e al dipendente,

Qualora non abbia provveduto a tale obbligo di comunicazione, la pubblica amministrazione risponderà direttamente ed in via esclusiva per il risarcimento del danno conseguente all'assegnazione a mansioni inferiori ovvero al pagamento delle differenze retributive conseguenti all'esecuzione di mansioni superiori.

Previo svolgimento di procedure selettive, la pubblica amministrazione può stipulare altresì contratti a prevalente contenuto formativo (c.d. contratto di formazione e lavoro e contratto di apprendistato), sempre ricorrendo esigenze di carattere temporaneo o eccezionale, entrambi caratterizzati da una causa mista: lavoro-retribuzione e formazione.

Il contratto di formazione e lavoro, peraltro non più utilizzabile nel settore privato, è rivolto all'assunzione a tempo determinato di giovani di età ricompresa tra i sedici e i trentadue anni e può essere finalizzato sia all'acquisizione di professionalità intermedie o elevate, sia all'agevolazione

dell'inserimento professionale mediante acquisizione di capacità professionali di carattere produttivo ed organizzativo.

In entrambe le tipologie, la formazione deve essere effettiva e deve rappresentare la condizione imprescindibile per la legittimità del contratto stesso.

In merito al contratto di apprendistato, delle tre tipologie previste dalla legge, quelle effettivamente consentite alla pubblica amministrazione sono: quella dell'apprendistato professionalizzante e quella dell'apprendistato di alta formazione e ricerca.

Il ricorso a tale forma contrattuale è subordinata all'adozione di un provvedimento che adatti la disciplina dell'istituto in parola alle caratteristiche proprie dell'assunzione nelle amministrazioni interessate.

Altra tipologia di impiego flessibile è rappresentata dalla c.d. prestazioni di tipo occasionale, così come normate dall'art. 54-*bis* del d.lgs. 24 Aprile 2017, n. 50, convertito con l. 21 Giugno 2017, n. 96.

L'utilizzazione di tale prestazione deve rispondere, in sintesi, alle seguenti condizioni: rispettare i vincoli in materia di contenimento delle spese del personale; rispondere al perseguimento di esigenze temporanee ed eccezionali; avere ad oggetto progetti speciali in favore di specifiche categorie di soggetti in condizione di disagio economico, personale e sociale o interventi legati a situazioni di emergenza conseguenti a calamità o eventi naturali

improvvisi, o ancora per progetti di solidarietà da realizzarsi in stretta collaborazione con associazioni di volontariato o altri enti pubblici, o infine per l'organizzazione di manifestazioni pubbliche a carattere culturale e ricreativo, sociale e sportivo.

Sia l'ente pubblico interessato (c.d. utilizzatore) che il lavoratore (c.d. prestatore) debbono preventivamente registrarsi nella piattaforma dedicata dell'INPS, attraverso la quale vengono erogati ed accreditati i compensi maturati, nonché valorizzata la posizione contributiva dei lavoratori.

L'utilizzatore, ai fini dell'attivazione del contratto e previo versamento delle somme dovute a compensazione della prestazione lavorativa, ha l'obbligo - almeno un'ora prima dell'inizio della prestazione - di comunicare il dettaglio degli elementi della prestazione (come dati anagrafici del prestatore, data, ora e luogo di inizio e termine, compenso).

Al prestatore sono comunque riconosciuti la copertura contributiva (gestione separata INPS), quella assicurativa INAIL, nonché il diritto al riposo giornaliero e a quello settimanale.

Tra le altre forme di lavoro flessibile si distinguono anche i c.d. incarichi, a cui le pubbliche amministrazioni possono accedere solo a determinate condizioni: soddisfare esigenze non altrimenti perseguibili tramite i propri dipendenti, promuovere attività specifiche, qualificate e circoscritte nel tempo ed utilizzare esperti di particolare e comprovata specializzazione.

Al contrario, le c.d. collaborazioni occasionali o coordinate e continuative richiedono - oltre all'impossibilità di far fronte alle esigenze con il personale in servizio - che si tratti anche di prestazioni temporanee ed altamente qualificate, corrispondenti alle competenze attribuite alla pubblica amministrazione conferente, nonché relative a specifici progetti.

Alla scelta del collaboratore, ovviamente, si deve pervenire mediante attivazione di specifiche procedure pubbliche di tipo comparativo, mentre il relativo contratto dovrà necessariamente indicare il luogo, la durata, l'oggetto ed il compenso della collaborazione.

È inoltre riconosciuta, alle amministrazioni pubbliche, la possibilità di instaurare rapporti di lavoro a tempo parziale, prevista dagli artt. 4-12 del d.lgs. 81/2015, ferme restando alcune specificità.

Infatti, contrariamente a ciò che accade nel sistema privatistico, non sono applicabili al rapporto di impiego pubblico le norme che consentono il ricorso al c.d. lavoro supplementare, né alle c.d. clausole elastiche, salvo che detti istituti siano espressamente regolati dalla contrattazione collettiva nazionale e previo consenso del lavoratore interessato.

Il rapporto di lavoro *part-time* può inoltre essere costituito per tutti profili professionali, qualifiche o livelli, fatta eccezione per il personale militare, di quello appartenente alle Forze di polizia e al Corpo nazionale dei vigili del fuoco.

È inoltre riconosciuto al lavoratore pubblico *part-time*, la cui attività lavorativa non sia superiore al 50 per cento di quella prevista per il *full-time*, il diritto ad esercitare altre attività lavorative, anche di natura professionale.

Un breve cenno meritano le ultime due fattispecie di lavoro flessibile, ossia il c.d. telelavoro e il c.d. lavoro agile.

Nella prima, la prestazione lavorativa si caratterizza per il fatto che il lavoratore presta la propria attività in luogo diverso dalla normale sede di lavoro e ciò in ragione del possibile collegamento con l'amministrazione di appartenenza mediante supporti informatici.

La finalità perseguita dal legislatore è quella di permettere al lavoratore di meglio conciliare i tempi di vita con quelli di lavoro ma anche quella di accrescere la produttività e competitività degli uffici pubblici, così come previsto dall'art. 14 della legge delega 7 Agosto 2015, n. 124 e dalla direttiva di attuazione del 1 Giugno 2017, n. 3.

Per le stesse finalità l'art. 18 l. 22 Maggio 2017, n. 81 ha disciplinato una nuova tipologia di prestazione lavorativa, denominata "lavoro agile", prevista in prima battuta per il sistema privatistico e compatibile anche col rapporto di lavoro pubblico, la quale si caratterizza per il fatto che non prevede il rispetto dei vincoli relativi all'orario e al luogo di lavoro, consente l'utilizzo di strumenti informatici, permette lo svolgimento dell'attività sia presso l'amministrazione di appartenenza che al di fuori di essa e soggiace al

rispetto della durata massima dell'orario giornaliero e settimanale previsto dal legislatore.

Qualora la pubblica amministrazione ricorra in modo illegittimo o improprio alle varie tipologie di lavoro flessibile, il lavoratore non avrà diritto - come al contrario accade per il settore privatistico - alla trasformazione del rapporto di lavoro a tempo indeterminato ma al solo risarcimento del danno <sup>11</sup>, ostando i principi costituzionali in materia di accesso previsti dall'art. 97 Cost.

<sup>12</sup>

In ordine poi alla quantificazione del danno, è intervenuta la Suprema Corte che ha sancito il principio secondo il quale al lavoratore assunto (ipotesi di contratto a tempo determinato) vada riconosciuta la tutela prevista dal comma 5, art. 32, l. 4 Novembre 2010, n. 183, ossia il diritto al risarcimento del danno nella misura compresa tra 2,5 e 12 mensilità della retribuzione globale di fatto e senza che al dipendente sia richiesta la prova della sussistenza di un danno effettivo; qualora invece il lavoratore dimostri la sussistenza di ulteriori fattispecie di danno (es: perdita di *chance* conseguente alla stipula illegittima di reiterati contratti a termine), avrà diritto a richiedere ed ottenere una ulteriore forma di risarcimento.

---

<sup>11</sup> Art. 36 d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: *“In ogni caso la violazione di disposizioni imperative riguardanti l'assunzione o l'impiego di lavoratori, da parte delle pubbliche amministrazioni, non può comportare la costituzione di rapporti di lavoro a tempo determinato con le medesime pubbliche amministrazioni, ferma restando ogni responsabilità e sanzione.”*

<sup>12</sup> Corte Cost. n. 89 del 27 Marzo 2003, in Foro it., 2003, parte I, col. 2258.

Riguardo, poi, la questione delle conseguenti responsabilità, va richiamato quanto disposto dagli artt. 21 e 36 d. lgs. 165/2001 che statuiscono che l'uso distorto delle varie forme contrattuali flessibili incide sul patrimonio personale del dirigente (attraverso l'azione di regresso dell'ente pubblico), fino ad inficiare la conservazione del rapporto di lavoro dello stesso.

Per quanto concerne la gestione dei propri rapporti di lavoro, ciascuna pubblica amministrazione dispone di un ruolo organico attraverso il quale viene definito il numero dei posti di lavoro, distinti per posizioni funzionali e retributive. Il numero complessivo dei posti ricompresi nel ruolo organico veniva definito dotazione organica, mentre quello assegnato ad una specifica posizione contingente.

Nell'ambito del ruolo organico si possono distinguere i seguenti ruoli: centrali, per il personale che presta servizio presso uffici centrali; periferici, per quello destinato presso uffici periferici e promiscui in quanto sia centrali che periferici.

I succitati ruoli, in base al titolo richiesto per l'accesso al pubblico impiego, si distinguono in amministrativi, tecnici e professionali (per questi ultimi è necessaria, peraltro, l'iscrizione in appositi albi professionali).

La determinazione delle dotazioni organiche veniva effettuata con periodicità triennale e in base al fabbisogno effettivo dell'amministrazione

pubblica, nel rispetto della migliore utilizzazione delle risorse umane utilizzate e della necessità di contenere la spesa pubblica.

Infatti il d.lgs. 165/2001, in forza della riserva di legge *ex art. 97 Cost.*, ha disposto che le amministrazioni pubbliche definiscono le linee guida per l'organizzazione degli uffici, indicano gli uffici di maggiore importanza e le modalità di attribuzione della titolarità degli stessi e stabiliscono le dotazioni organiche complessive, attraverso i c.d. atti di macro-organizzazione.<sup>13</sup>

Gli organi preposti alla gestione, con capacità e poteri del datore di lavoro privato e nell'ambito di tali norme e atti organizzativi, determinano la struttura degli uffici nonché le misure concernenti la gestione dei rapporti di

---

<sup>13</sup> art. 2, comma 1, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: “1. *Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive. Esse ispirano la loro organizzazione ai seguenti criteri: a) funzionalità rispetto ai compiti e ai programmi di attività, nel perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità. A tal fine, periodicamente e comunque all'atto della definizione dei programmi operativi e dell'assegnazione delle risorse, si procede a specifica verifica e ad eventuale revisione; b) ampia flessibilità, garantendo adeguati margini alle determinazioni operative e gestionali da assumersi ai sensi dell'articolo 5, comma 2; c) collegamento delle attività degli uffici, adeguandosi al dovere di comunicazione interna ed esterna, ed interconnessione mediante sistemi informatici e statistici pubblici; d) garanzia dell'imparzialità e della trasparenza dell'azione amministrativa, anche attraverso l'istituzione di apposite strutture per l'informazione ai cittadini e attribuzione ad un unico ufficio, per ciascun procedimento, della responsabilità complessiva dello stesso; e) armonizzazione degli orari di servizio e di apertura degli uffici con le esigenze dell'utenza e con gli orari delle amministrazioni pubbliche dei Paesi dell'Unione europea.*”



lavoro e, in particolare, la direzione e l'organizzazione del lavoro negli uffici (i c.d. atti di micro-organizzazione).

L'art. 6 del d.lgs. 165/2001, dopo le modifiche apportate dall'art. 35 del d.lgs. 27 Ottobre 2009, n. 150 (c.d. legge Brunetta), sancisce - al nuovo comma 4-bis - che *"Il documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale e i suoi aggiornamenti di cui al comma 4 sono elaborati su proposta dei competenti dirigenti che individuano i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali delle strutture cui sono preposti."*

Norma che, secondo i propositi del legislatore, intendeva affidare nuovi compiti ai dirigenti pubblici per tentare - anche in ordine alla determinazione degli organici - di renderli maggiormente responsabili in vista di una sempre più netta distinzione tra la funzione politica e quella amministrativa.

La materia della classificazione del personale è stata, poi, assoggettata alla contrattazione collettiva, a seguito dell'abrogazione della disciplina delle qualifiche funzionali ex artt. 69 e 72, d.lgs. 165/2001.

Si può citare come esempio il contratto del Comparto Ministeri (quadriennio 1998/2001) che ha previsto, in applicazione della nuova disciplina sopra richiamata, l'accorpamento delle previgenti qualifiche

funzionali in tre aree: *area A* (qualifiche dalla I alla III), *area B* (qualifiche dalla IV alla VI) e *area C* (qualifiche dalla VII alla VIII).<sup>14</sup>

I nuovi sistemi di classificazione del personale, a seguito della richiamata novella del d.lgs. 150/2009, individuano tre o quattro aree o categorie le quali richiamano livelli omogenei di competenze e sono identificate mediante la descrizione dei requisiti indispensabili per l'inquadramento in ciascuna di esse.

Ciascuna area ha previsto differenti posizioni economiche che si differenziano tra loro solamente sotto il profilo retributivo.

Alle posizioni economiche coincidono analoghi profili professionali, contraddistinti da determinate mansioni, mentre i profili professionali delineano il contenuto delle attribuzioni specifiche dell'area di appartenenza.

Tutte le mansioni ascritte al profilo di appartenenza, nonché quelle complementari e strumentali, sono esigibili in quanto considerate contrattualmente fungibili.

Infine, le posizioni organizzative sono state previste per le funzioni di alta qualificazione e professionalità.

L'inquadramento nelle aree e nelle posizioni economiche è stato poi realizzato - in sede di prima applicazione del nuovo sistema - in maniera automatica, ossia in base alla qualifica funzionale già posseduta.

---

<sup>14</sup> Art. 13 CCNL Comparto Ministeri 1998-2001, in [aranagenzia.it](http://aranagenzia.it).

Il più volte richiamato d.lgs. 150/2009 è anche intervenuto al riguardo delle progressioni verticali o di carriera e di quelle economiche o orizzontali.

Da ultimo, il decreto attuativo della c.d. riforma Madia, ovvero il d.lgs. 75/2017, ha rivisitato la disciplina dell'organizzazione del personale, passando dal concetto di dotazione organica a quello del fabbisogno di personale come linea guida per l'organizzazione dei pubblici uffici.

Le amministrazioni pubbliche, secondo il vigente art. 6 d.lgs. 165/2001, definiscono l'organizzazione degli uffici in conformità al Piano triennale dei fabbisogni (e non più in riferimento alla dotazione organica), adottando gli atti previsti dai rispettivi ordinamenti previa informativa sindacale.<sup>15</sup>

Le stesse amministrazioni, al fine di ottimizzare l'impiego delle loro risorse disponibili e di perseguire obiettivi di *performance* organizzativa, efficienza, economicità e qualità dei servizi ai cittadini, adottano tale Piano triennale in accordo con la pianificazione pluriennale delle attività e della *performance*, nonché con le linee di indirizzo per la pianificazione delle medesime adottate con appositi d.p.c.m., emanati ai sensi dell'art. 6-ter d.lgs. 165/2001, inserito dal d.lgs. 75/2017.

E ancora, nell'ambito del medesimo Piano, le amministrazioni sono tenute a gestire in modo ottimale la distribuzione delle risorse umane, anche

---

<sup>15</sup> Art. 6, comma 1, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 come modificato dall'art. 11 del d.l. 10 Gennaio 2006, n. 4 e dall'art. 2, comma 18, lett. a) e b) del d.l. 6 Luglio 2012, n. 95 e successivamente sostituito dall'art. 4, comma 1, lettera b), del d.lgs. 25 Maggio 2017, n. 75.

attraverso la coordinata attuazione dei processi di mobilità e di reclutamento del personale.<sup>16</sup>

Il Piano triennale deve indicare, a tale scopo, le risorse finanziarie destinate alla sua stessa attuazione, entro i limiti delle risorse disponibili sulla base della spesa per il personale in servizio e di quelle necessarie alla capacità di disporre nuove assunzioni.

---

<sup>16</sup> Art. 6, comma 2, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 come modificato dall'art. 4, comma 1, lettera b), del d.lgs. 25 Maggio 2017, n. 75.

## Capitolo II

### L'evoluzione normativa della disciplina delle mansioni

Il pubblico impiego presentava, in passato, le caratteristiche di vero e proprio ordinamento speciale e la posizione del pubblico impiegato era caratterizzata dall'assoluta prevalenza dell'inquadramento formale rispetto a quello sostanziale rappresentato dalle mansioni effettivamente attribuite e svolte.

Nel dettaglio, il d.p.r. 10 Gennaio 1957, n. 3 - ovvero il Testo Unico degli impiegati civili dello Stato - prevedeva che il personale civile fosse inquadrato in quattro carriere gerarchicamente organizzate (*direttiva, di concetto, esecutiva ed ausiliaria*), nell'ambito delle quali era prevista una serie di qualifiche con mansioni diverse (cui si accedeva per la prima volta tramite concorso e, nel corso del rapporto di lavoro, per promozione).

Il predetto d.p.r., e in particolare l'art. 31, stabiliva il diritto del dipendente all'esercizio di funzioni corrispondenti alla qualifica di appartenenza, mentre il terzo comma dello stesso articolo attribuiva all'amministrazione la facoltà di destinare il pubblico dipendente - per sopravvenute esigenze di servizio e, comunque, temporaneamente - a

mansioni proprie di diversa qualifica, prescindendo dalla posizione rivestita e purché nell'ambito della carriera di appartenenza.<sup>17</sup>

All'impiegato pubblico veniva così garantito il diritto a svolgere le mansioni della qualifica rivestita (una sorta, dunque, di *status* giuridico del dipendente), tanto da consentirgli di pretendere persino la cessazione dell'esecuzione di eventuali mansioni diverse. Per converso, dall'esercizio di fatto di mansioni superiori non conseguiva alcun diritto ad un trattamento economico maggiore rispetto a quello corrispondente alla qualifica rivestita.

La l. 11 Luglio 1980, n. 312, in tema di "*Nuovo assetto retributivo-funzionale del personale civile e militare dello Stato*", superava solo parzialmente questo eccessivo formalismo, mentre con gli artt. 17 e 18 della l. 29 Marzo 1983, n. 93 ("legge quadro sul pubblico impiego"), veniva istituito il sistema delle *qualifiche funzionali*, collegate alla qualità della prestazione e al grado di responsabilità dei dipendenti, nonché creati - al loro interno - i *profili professionali* basati sulla tipologia della prestazione lavorativa e, quindi, espressivi delle mansioni di fatto svolte.

Il nuovo criterio legale, nonostante la dichiarata finalità di consentire al sistema di inquadramento professionale una maggiore flessibilità, tuttavia non

---

<sup>17</sup> Art. 31 d.p.r. 10 Gennaio 1957, n. 3: "*L'impiegato ha diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla sua qualifica e non può essere privato del suo ufficio, tranne che nei casi previsti dalla legge. Può essere destinato a qualunque altra funzione purché corrispondente alla qualifica che riveste e al ruolo cui appartiene. Quando speciali esigenze di servizio lo richiedano, l'impiegato può temporaneamente essere destinato a mansioni di altra qualifica della stessa carriera...*".

perveniva al risultato auspicato, considerato che l'inquadramento dei dipendenti rimaneva ancora affidato ad una regolamentazione legislativa del tutto indifferente alle effettive mansioni svolte dal lavoratore.

La materia del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni è stata successivamente caratterizzata da una c.d. "prima privatizzazione" effettuata con il d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29.

Con tale decreto legislativo, è stata infatti operata un'ampia delegificazione a beneficio della contrattazione collettiva (considerata fonte primaria della disciplina del rapporto di lavoro) mentre, con il d.lgs. 31 Marzo 1998, n. 80 (c.d. "seconda privatizzazione"), è stata sancita - con decorrenza dal 1 luglio 1998 - la devoluzione del contenzioso in materia di pubblico impiego dal giudice amministrativo al giudice ordinario, con espressa esclusione delle categorie in regime di diritto pubblico di cui all'art. 3 d.lgs. 29/1993.

La sostanziale differenza con il previgente sistema è stata rappresentata dall'abbandono della precedente ripartizione del personale in qualifiche funzionali e dalla istituzione di "aree" o categorie inclusive di più profili e più livelli retributivi, favorendo quindi il passaggio dalla prospettiva, fondata sulla c.d. "qualifica di appartenenza" (dato puramente formale), ad un criterio concreto ed empirico come quello strettamente mansionistico.

Nello specifico, il d.lgs. 29/1993 ha riscritto *ex novo* la disciplina delle mansioni e - nel nuovo sistema - ha superato gradualmente il tradizionale primato della qualifica sulle mansioni poiché, similamente al settore privato, la prima è divenuta parametro per la determinazione delle seconde, e queste ultime - assurgendo ad oggetto immediato e specifico dell'obbligazione lavorativa - hanno acquisito una propria tipicità.

Tuttavia, quella disciplina delle mansioni superiori ex art. 56 d.lgs. 29/1993 prevedeva l'irrilevanza dello svolgimento di mansioni superiori sia sotto il profilo economico che del diritto all'inquadramento nella qualifica superiore rivestita.<sup>18</sup>

Al successivo art. 57 venivano previste specifiche ipotesi di assegnazione temporanea a mansioni superiori, con diritto del dipendente al relativo trattamento economico corrispondente.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Art. 56 d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29: *Mansioni "1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, nelle quali rientra comunque lo svolgimento di compiti complementari e strumentali al perseguimento degli obiettivi di lavoro. 2. Il dipendente può essere adibito a svolgere compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore, ovvero, occasionalmente e ove possibile con criteri di rotazione, compiti o mansioni immediatamente inferiori, se richiesto dal dirigente dell'unità organizzativa cui è addetto, senza che ciò comporti alcuna variazione del trattamento economico"*.

<sup>19</sup> Art. 57 d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29: *"Attribuzione temporanea di mansioni superiori "1. L'utilizzazione del dipendente in mansioni superiori può essere disposta esclusivamente per un periodo non eccedente i tre mesi, nel caso di vacanze di posti di organico, ovvero per sostituire altro dipendente durante il periodo di assenza con diritto alla conservazione del posto, escluso il periodo del congedo ordinario, sempre che ricorrano esigenze di servizio. 2. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori, il dipendente ha diritto al trattamento economico corrispondente all'attività svolta per il periodo di espletamento delle medesime. Per i dipendenti di cui all'articolo 2, comma 2, in deroga all'articolo 2103 del codice civile*



Successivamente, però, l'art. 43 d.lgs. 80/1998 abrogava la disciplina dell'attribuzione temporanea di mansioni superiori di cui sopra, tanto che la stessa non ha mai avuto effettiva applicazione, atteso che la sua operatività è stata più volte differita dalla legge sino al 31 dicembre 1998.

La materia è rimasta normata dall'art. 56 d.lgs. 29/1993, come sostituito dall'art. 25 del d.lgs. 80/1998, che ha previsto - in sintesi - l'adibizione del dipendente alle mansioni equivalenti nell'ambito della categoria professionale, anche successivamente acquisite a seguito dello sviluppo professionale e concorsuale, nonché la retribuibilità dello svolgimento - sia di diritto che di fatto - di mansioni superiori.<sup>20</sup>

---

*l'esercizio temporaneo di mansioni superiori non attribuisce il diritto all'assegnazione definitiva delle stesse. 3. L'assegnazione alle mansioni superiori è disposta sotto la propria responsabilità disciplinare e patrimoniale dal dirigente preposto all'unità organizzativa presso cui il dipendente presta servizio, anche se in posizione di fuori ruolo o comando, con provvedimento motivato. Qualora l'utilizzazione del dipendente per lo svolgimento di mansioni superiori sia disposta per sopperire a vacanze dei posti di organico, contestualmente alla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 4. Non costituisce esercizio di mansioni superiori l'attribuzione di alcuni soltanto dei compiti propri delle mansioni stesse, disposta ai sensi dell'articolo 56, comma 2. 5. In deroga a quanto previsto dal comma 1, gli incarichi di presidenza di istituto secondario e di direzione dei conservatori e delle accademie restano disciplinati dalla L. 14 agosto 1971, n. 821, e dall'art. 3, terzo comma, del R.D.L. 2 dicembre 1935, n. 2081, convertito dalla L. 16 marzo 1936, n. 498".*

<sup>20</sup> Art. 56 d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29, come mod. dall'art. 25 d.lgs. 31 Marzo 1998, n. 80: "1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti nell'ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive. L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. 2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di

La stessa norma, tuttavia, ne ha rinviato l'attuazione alla nuova disciplina degli ordinamenti professionali (prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza ivi stabilita), disponendo che in nessun caso e fino a tale decorrenza il lavoratore potesse acquisire il diritto a differenze retributive o avanzamenti automatici dell'inquadramento in ipotesi di svolgimento di mansioni superiori.<sup>21</sup>

Il concetto di equivalenza ha caratterizzato così il quadro normativo del lavoro pubblico sugli inquadramenti, tant'è che la legittimità dell'esercizio "orizzontale" dello *ius variandi* è stata ancorata al rispetto del parametro di

---

*vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave. 6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore."*

<sup>21</sup> cfr. art. 56, comma 6, d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29.

equivalenza delle nuove mansioni con quelle determinate, nei contratti collettivi, alla voce “classificazione professionale”.

In altri termini, la responsabilità di definire i parametri dell'equivalenza professionale è stata devoluta alle parti sociali che, in sede contrattuale e facendo leva sulla obiettiva esperienza sul campo, avrebbero meglio attribuito - secondo gli auspici del legislatore - il giusto valore alle mansioni mediante la determinazione di gruppi professionali omogenei per professionalità e compiti.

L'evoluzione normativa è proseguita poi con la novella dell'art. 15 del d.lgs. 387/1998 che ha sancito - per la prima volta – il riconoscimento del diritto alla maggiore retribuzione attraverso l'elisione, al comma 6 ult. per., del riferimento alle parole “differenze retributive”.

Secondo la giurisprudenza di legittimità la succitata disposizione, avendo abolito il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, avrebbe anche una portata interpretativa e retroattiva, *“...atteso che la modifica del comma sesto ultimo periodo disposta dalla norma integra una disposizione di carattere transitorio e non essendo formulata in termini atemporali, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e quindi in modo idoneo ad incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio; la portata retroattiva della disposizione risulta peraltro*

*conforme alla giurisprudenza della Corte Costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 Cost., nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali".*<sup>22</sup>

Diversamente, la giurisprudenza amministrativa ha costantemente ritenuto che il diritto del dipendente pubblico al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore, conseguente allo svolgimento di mansioni superiori, possa essere riconosciuto con carattere di generalità soltanto con decorrenza dal 22 novembre 1998, ossia dalla data di entrata in vigore dell'art. 15 del d.lgs. 387/1998 e non ha efficacia retroattiva in ragione del carattere innovativo di tali disposizioni.<sup>23</sup>

La stessa magistratura amministrativa ha altresì affermato che la norma in parola non possa trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, quale espressione dell'art. 36 della Cost., *"...concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale, quali quelli degli artt. 97 e 98 della Costituzione, in quanto, relativamente al primo l'esercizio*

---

<sup>22</sup> Cass. civ., Sez. Lav., 8 gennaio 2004 n. 91, in Riv. it. dir. lav., 2004, II, 594, con nota di L. SGARBI.

<sup>23</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2000 n. 10 in Foro it., 2000, parte III, col. 119; Cons. Stato, Ad. Plen., n. 3 del 2006; Cons. Stato, sez. IV, n. 4165 del 30 giugno 2010; Cons. Stato, sez. III, 21 novembre 2014, n. 5737.

*di mansioni superiori si porrebbe in contrasto con il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei pubblici impiegati; mentre relativamente all'art. 98 si deve ricordare che tale norma, nel disporre "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione" vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio".*<sup>24</sup>

Infine, il processo di privatizzazione del lavoro pubblico è approdato al c.d. Testo Unico in materia di pubblico impiego (d.lgs. 165/2001) recante *"Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche"*, che ha riorganizzato le precedenti disposizioni in un testo contenente norme con valore universale.<sup>25</sup>

In buona sostanza, il d.lgs. 165/2001 costituisce ora la fonte primaria dello Statuto del pubblico impiego, sia per le amministrazioni dello Stato che per tutte le altre amministrazioni pubbliche, ivi comprese quelle territoriali.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Cons. Stato, sez. V, 28 maggio 2012, n. 3109 in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. III, 21 novembre 2014, n. 5737 in [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it).

<sup>25</sup> Il d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 è così impropriamente definito, in quanto, esso non ha le caratteristiche tipiche del testo unico. Per testo unico nel diritto italiano s'intende, infatti, una raccolta di norme che disciplinano la medesima materia, andando a sostituire integralmente la disciplina precedente contenuta in svariati atti normativi. Il d.lgs. 165/2001 raccoglie tutte le norme relative all'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, ma non ha fatto scomparire (mediante abrogazione) tutta la normativa precedente. La definizione del d.lgs. 165/2001 quale testo unico del pubblico impiego, tuttavia, è ormai entrata a pieno titolo nel linguaggio comune.

<sup>26</sup> Art. 1 comma 2, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: *"Per amministrazioni pubbliche si intendono tutte le amministrazioni dello Stato, ivi compresi gli istituti e scuole di ogni*

Il nucleo precettivo dell'art. 2 comma 2 d.lgs. 165/2001 consiste nell'estendere al rapporto di pubblico impiego tutto l'insieme delle norme previste per l'impiego privato, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel citato decreto.<sup>27</sup>

In tema di mansioni del dipendente pubblico non possono non richiamarsi due norme cardine del sistema ovverosia l'art. 19 del d.lgs. 165/2001 che, al comma 1, nel disciplinare le mansioni dei dirigenti pubblici, esclude espressamente l'applicabilità dell'art. 2103 c.c. al "conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi" e, soprattutto, l'art. 52 del d.lgs. 165/2001 che detta la disciplina delle mansioni per il personale pubblico non dirigenziale, richiamando integralmente l'art. 56 del d.lgs.

---

*ordine e grado e le istituzioni educative, le aziende ed amministrazioni dello Stato ad ordinamento autonomo, le Regioni, le Province, i Comuni, le Comunità' montane. e loro consorzi e associazioni, le istituzioni universitarie, gli Istituti autonomi case popolari, le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura e loro associazioni, tutti gli enti pubblici non economici nazionali, regionali e locali, le amministrazioni, le aziende e gli enti del Servizio sanitario nazionale l'Agenzia per la rappresentanza negoziale delle pubbliche amministrazioni (ARAN) e le Agenzie di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300."*

<sup>27</sup> Art. 2, comma 2, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: *"I rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto, che costituiscono disposizioni a carattere imperativo. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano ((o che abbiano introdotto)) discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate ((nelle materie affidate alla contrattazione collettiva ai sensi dell'articolo 40, comma 1, e nel rispetto dei principi stabiliti dal presente decreto,)) da successivi contratti o accordi collettivi ((nazionali)) e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili ((...))."*

29/1993, così come novellato dall'art. 25 del d.lgs. 80/1998, a sua volta modificato dall'art. 15 del d.lgs. 387/1998.<sup>28</sup>

---

<sup>28</sup> Art. 52 d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: "*1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35 comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione. 1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali. Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore. 2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore: a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4; b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza. 3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni. 4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti. 5. Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave. 6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore".*

Dunque, la disciplina delle mansioni nel sistema delle fonti di regolamentazione dei rapporti di pubblico impiego esclude in radice l'applicabilità dell'art. 2103 c.c., come modificato dall'art. 13 della l. 300/1970 e - successivamente - dal d.lgs. 81/2015, in quanto applicabile ai soli rapporti di lavoro privato.<sup>29</sup>

Da ultimo, sono intervenute due modifiche: la prima con il d.lgs. 150/2009 (c.d. legge Brunetta), ha riscritto il primo comma dell'art. 52 d.lgs.

---

<sup>29</sup> Art. 2103 c.c. *"Il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello di inquadramento delle ultime effettivamente svolte. In caso di modifica degli assetti organizzativi aziendali che incidono sulla posizione del lavoratore, lo stesso può essere assegnato a mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore. Il mutamento di mansioni è accompagnato, ove necessario, dall'assolvimento dell'obbligo formativo, il cui mancato adempimento non determina comunque la nullità dell'atto di assegnazione delle nuove mansioni. Ulteriori ipotesi di assegnazione di mansioni appartenenti al livello di inquadramento inferiore possono essere previste da contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale. Nelle ipotesi di cui al secondo e quarto comma, il lavoratore ha diritto alla conservazione del livello di inquadramento e del trattamento retributivo in godimento, fatta eccezione per gli elementi retributivi collegati a particolari modalità di svolgimento della precedente prestazione lavorativa. Nelle sedi di cui all'articolo 2113, ultimo comma, o avanti alle commissioni di certificazione di cui all'articolo 76 del decreto legislativo n. 10 settembre 2003, n. 276, possono essere stipulati accordi individuali di modifica delle mansioni, del livello di inquadramento e della relativa retribuzione, nell'interesse del lavoratore alla conservazione dell'occupazione, all'acquisizione di una diversa professionalità o al miglioramento delle condizioni di vita. Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta, e 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. Il lavoratore non può essere trasferito da un'unità produttiva ad un'altra se non per comprovate ragioni tecniche, organizzative e produttive. Salvo che ricorrano le condizioni di cui al secondo e quarto comma e fermo quanto disposto al sesto comma, ogni patto contrario è nullo."*



165/2001 e aggiunto allo stesso i commi 1-*bis* e 1-*ter*; la seconda con il d.p.r. 16 aprile 2013 n. 70, ha abrogato lo stesso comma 1-*ter*.

La riforma del 2009 ha perseguito l'ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e l'efficienza della pubblica amministrazione, prefissandosi di trasferire nel sistema del lavoro pubblico alcuni meccanismi di stampo squisitamente imprenditoriale, quali la meritocrazia e la trasparenza, in quanto funzionali alla realizzazione di strutture organizzative efficienti, competitive e flessibili.

Anche se l'attuazione di detti obiettivi non costituisce, come avviene, invece, nel settore privato, la condizione per continuare ad operare nel mercato, rappresenta per il settore del pubblico impiego attuazione dei principi costituzionali di efficienza e di buon andamento, di cui si è detto in precedenza, sanciti dall'art. 97 della Costituzione.

Successivamente alla riforma del 2009, sono intervenuti ulteriori provvedimenti legislativi i quali hanno inciso più o meno profondamente sull'assetto del lavoro pubblico.

In *primis*, alcune manovre economiche adottate con il precipuo scopo di ridurre i costi del settore pubblico (nell'ambito del c.d. processo di *spending review* dello Stato) mediante tagli strutturali finalizzati al miglioramento della produttività delle diverse articolazioni della pubblica amministrazione <sup>30</sup>

---

<sup>30</sup> d.l. 6 Luglio 2012, n. 95 conv. in l. 7 Agosto 2012, n. 135.

nonché altre (c.d. decreto salva precari) tendenti alla riduzione del fenomeno del precariato e alla stabilizzazione del relativo personale.<sup>31</sup>

In *secundis*, normative evidentemente dirette al recupero della legalità e della integrità nell'azione e nell'organizzazione degli apparati pubblici (c.d. Legge anticorruzione e Codice di comportamento dei pubblici dipendenti).<sup>32</sup>

Particolare attenzione merita infine il d.l. 24 Giugno 2014, n. 90, convertito in l. 11 Agosto 2014, n. 114, mediante il quale si è perseguito l'obiettivo della riduzione di costi della pubblica amministrazione, della sua semplificazione e del contrasto ai fenomeni di malaffare negli uffici pubblici.

Dopo tale primo provvedimento è intervenuta la c.d. Riforma Madia, con lo scopo di realizzare un vero e proprio *restyling* del pubblico impiego.

Nello specifico e per quello che interessa ai fini del presente elaborato, sono stati approvati due importanti provvedimenti che - in attuazione della delega contenuta nella l. n. 124/2015 - hanno comportato significativi cambiamenti alla disciplina del rapporto di lavoro nel pubblico impiego: da una parte, il d.lgs. n. 74/2017 che ha novellato il d.lgs. 150/2009 con la finalità di perseguire l'obiettivo della ottimizzazione della produttività nel lavoro pubblico e della efficienza e trasparenza delle amministrazioni pubbliche;

---

<sup>31</sup> d.l. 31 Agosto 2013, n. 101 conv. in l. 30 Ottobre 2013, n. 125. Nella stessa direzione si è mossa anche la più recente riforma c.d. Madia che, con il d.lgs. 25 Maggio 2017, n. 75 attuativo della delega contenuta nella l. 7 Agosto 2015, n. 124 ha previsto, all'art. 20, alcune disposizioni volte al superamento del precariato nelle Pubbliche Amministrazioni.

<sup>32</sup> l. 6 Novembre 2012, n. 190 e d.p.r. 16 Aprile 2013, n. 62.

dall'altra, il d.lgs. n. 75/2017 che ha inciso profondamente sul c.d. Testo Unico del pubblico impiego (d.lgs. 165/2001).

Nel dettaglio, il richiamato d.lgs. n. 74/2017 ha previsto che ogni singola amministrazione dovrà effettuare “a cascata” la valutazione della *performance* con riferimento alla globalità dell'amministrazione, alle unità organizzative o aree di responsabilità in cui la stessa si suddivide, nonché ai singoli dipendenti o gruppi di essi; che agli OIV (Organismi Indipendenti di Valutazione) siano attribuite nuove funzioni tra le quali quella di verificare, rispetto agli obiettivi pianificati nel periodo di tempo considerato, l'andamento delle *performance*, nonché il potere di segnalare interventi correttivi; che la positiva valutazione delle *performance* sia condizione necessaria per la erogazione di premi, per l'attribuzione delle progressioni economiche ed, infine, per il riconoscimento degli incarichi dirigenziali, mentre quella negativa rappresenti l'elemento determinante di valutazione delle responsabilità dirigenziali e delle responsabilità disciplinari.

Le novità introdotte dal d.lgs. n.75/2017, di cui in parte si è già anticipato qualche aspetto, possono essere così sinteticamente evidenziate: introduzione del nuovo “Piano triennale dei fabbisogni”, in luogo della previgente “dotazione organica”, quale strumento di programmazione delle assunzioni in ragione delle effettive necessità dell'ente; previsione di una tempistica dettagliata del procedimento disciplinare, con lo scopo di

accelerarne i tempi; introduzione di nuove ipotesi di licenziamento, tra le quali si possono annoverare la grave e reiterata violazione delle regole deontologiche, la valutazione negativa - per tre anni consecutivi - della *performance* lavorativa del dipendente pubblico nonché la omessa attivazione o definizione dei procedimenti disciplinari, nelle sole ipotesi di dolo o colpa grave, a carico dei dirigenti; valorizzazione dell'esperienza professionale acquisita, finalizzata all'accesso al lavoro pubblico da parte dei dipendenti con rapporto di lavoro c.d. *flessibile*; valorizzazione della conoscenza delle lingue straniere come titolo di merito valutabile dalle commissioni giudicatrici ovvero come requisito per l'accesso ai concorsi; determinazione di un indennizzo non superiore a ventiquattro mensilità, ex art. 18 l. 300/1970, in ipotesi di licenziamento illegittimo sanzionato con la reintegra del lavoratore; l'integrazione dei soggetti disabili nel mondo del lavoro mediante specifiche norme poste a tutela di tali soggetti.

Tale ultimo decreto legislativo è anche intervenuto a riguardo del sistema delle fonti che regolano il rapporto di pubblico impiego.

Il rapporto di pubblico impiego, come previsto dall'art. 2 comma 2 d.lgs. 165/2001 è disciplinato dalle disposizioni del capo I, titolo II del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, purché non diversamente normato dalle disposizioni di carattere imperativo

contenute nel Testo Unico del pubblico impiego: in ciò consta, in estrema sintesi, la c.d. contrattualizzazione del lavoro pubblico.

La riforma Madia è intervenuta anche sulla disposizione di legge appena citata, prevedendo che eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che disciplinino o che abbiano disciplinato le materie relative ai rapporti di lavoro applicabili ai soli dipendenti pubblici, ovvero a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi nazionali, nelle materie affidate alla contrattazione collettiva, ai sensi dell'art. 40 comma 1 del d.lgs. 165/2001 e nel rispetto dei principi generali sanciti dal medesimo Testo Unico.

In tal caso e limitatamente alla parte derogata, quelle materie non sono ulteriormente applicabili.

In altri termini, la novella in parola ha abrogato la previsione secondo la quale la derogabilità era ammessa solo se disposta dalla legge e ha fatto salva la possibilità - per i soli contratti collettivi nazionali - di derogare a leggi, regolamenti e statuti disciplinanti il rapporto di lavoro pubblico.

Pertanto, la rilegificazione del rapporto di pubblico impiego a cui era pervenuta la c.d. Riforma Brunetta è stata superata, con il ritorno alla contrattualizzazione del rapporto di lavoro, cioè ad una sostanziale prevalenza del contratto collettivo sulla legge.

### Capitolo III

#### L'assegnazione delle mansioni e lo *ius variandi* del datore di lavoro

Per quanto concerne l'istituto delle mansioni, la norma di cui all'art. 56 d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29, trasmigrata successivamente nell'art. 52 comma 1 d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 - da ultimo - novellata dal d.lgs. 27 Ottobre 2009, n. 150, stabilisce che il dipendente pubblico deve essere adibito esclusivamente:

- 1) alle mansioni per le quali è stato assunto;
- 2) in alternativa, se del caso, alle mansioni c.d. equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento oppure a quelle correlate alla qualifica superiore che abbia acquisito per effetto delle procedure selettive.

A corollario di tali previsioni, il medesimo comma 1 dell'art. 52 dispone che *“l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.”*<sup>33</sup>

Operando una comparazione tra il testo dell'art. 56 del d.lgs. 29/1993 ed i successivi decreti legislativi, si può evidenziare come la prima sostanziale modifica riguardi la variazione del concetto di “classificazione professionale

---

<sup>33</sup> Vedi cap. 3.2

prevista dai contratti collettivi” in “area di inquadramento”, con la quale il legislatore ha tentato di riscrivere i confini del legittimo esercizio dello *ius variandi* nella mobilità orizzontale. Peraltro, il d.lgs. 29 del 1993 non regolamentava le ipotesi di mobilità orizzontale.

Il nuovo art. 52 d.lgs. 165/2001, nell’ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi, introduce così il concetto di “equivalenza” delle mansioni, con un chiaro riferimento all’impostazione fissata dall’art. 2103 c.c.

Tale disposizione normativa ha generato discordanti interpretazioni, tanto in merito alla sindacabilità delle determinazioni circa l’equivalenza stabilite dai contratti collettivi, quanto relativamente all’ipotesi in cui l’autonomia collettiva non avesse disciplinato la mobilità orizzontale, con la conseguenza che la modificabilità delle mansioni non sarebbe stata possibile.

Le due tesi prospettate presupponevano entrambe la definizione di altra questione preliminare relativamente alla portata dell’art. 52 d.lgs. 165/2001: la devoluzione esclusiva della materia alla contrattazione collettiva, ovvero la definizione del principio di equivalenza sancito dalla legge e solo integrata dal contratto collettivo.

La prima tesi (seppur priva di una previsione legale di supporto) prevedeva l’insindacabilità, da parte del giudice, delle scelte realizzate dall’autonomia collettiva in riferimento alle mansioni equivalenti, limitando -

da un lato - l'operato del magistrato all'accertamento della riconducibilità delle nuove e vecchie mansioni stabilite dal contratto collettivo e ammettendo - dall'altro - l'impossibilità di una mobilità esterna alla qualifica assegnata al momento dell'assunzione, poiché il contratto collettivo risultava essere l'unica fonte che poteva disciplinare tale aspetto.<sup>34</sup>

La seconda tesi legittimava il controllo, da parte del giudice, del rispetto della previsione normativa proposta dal contratto collettivo e, nel caso in cui quest'ultimo non avesse stabilito alcunché al riguardo, sarebbe comunque stata possibile una modificazione delle mansioni di assunzione, a condizione che il principio dell'equivalenza venisse rispettato.<sup>35</sup>

La giurisprudenza di legittimità<sup>36</sup> e la dottrina maggioritaria<sup>37</sup> hanno aderito alla prima delle due tesi prospettate, sul presupposto che non era possibile desumere dalla norma in esame un principio di equivalenza che potesse limitare la discrezionalità dell'autonomia riconosciuta alle parti sociali, attesa la completa devoluzione della disciplina delle mansioni alla contrattazione collettiva, alla quale era stata attribuita una competenza esclusiva nel merito della definizione della equivalenza tra le varie mansioni.

---

<sup>34</sup> F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1998, 256.

<sup>35</sup> M. CLARICH e D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, MAGGIOLI, 1999, 482.

<sup>36</sup> Cass. n. 20170 del 26 Settembre 2007, in *Mass. Foro It.*, 2007, 1567; Cfr. Cass. n. 14193 del 5 Luglio 2015; Cass. n. 11835 del 21 Maggio 2009; Cass. n. 11404 del 11 Maggio 2010; Cass. n. 22535 del 23 Ottobre 2010.

<sup>37</sup> C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, UTET, 2009; L. FIORILLO, *Commento all'art. 56, Nuove Leggi civ.*, 1999.



L'unico limite, derivante dall'adesione alla prima tesi richiamata, che si sarebbe potuto concretizzare, era rappresentato dalla possibilità che il contratto collettivo avesse escluso espressamente la configurabilità di mansioni equivalenti, ovvero non avesse previsto nulla a tale riguardo, con la giuridica conseguenza che sarebbe venuta meno la possibilità stessa di qualsivoglia mobilità orizzontale estranea alla qualifica.

Secondo alcune sentenze della Cassazione, la nozione di equivalenza rinvenibile nella legislazione in discorso sarebbe da considerare "formale", in quanto strettamente connessa alle previsioni della contrattazione collettiva e del tutto indipendente dalla professionalità eventualmente acquisita dal lavoratore. Pertanto, l'inquadramento delle nuove mansioni assegnate nella medesima area o livello di inquadramento delle precedenti doveva essere considerato condizione essenziale per il legittimo esercizio dello *ius variandi*.<sup>38</sup>

Il limite di cui si è detto sopra si è effettivamente concretizzato allorché la contrattazione collettiva ha adottato espressioni a volte ambigue (CCNL Ministeri e Parastato 2006/2009: "*Ogni dipendente è tenuto a svolgere tutte le mansioni considerate equivalenti nel livello economico di appartenenza*"), talvolta del tutto generiche (CCNL Regioni e Autonomie Locali 1998/2001 : "*Tutte le mansioni ascrivibili a ciascuna categoria, in*

---

<sup>38</sup> Cass. n. 18283 del 5 Agosto 2010, in Mass. Foro It., 2010, 849; Cass. n. 11835 del 21 Maggio 2009; Cass. n. 11405 dell'11 Maggio 2010.

*quanto professionalmente equivalenti, sono esigibili”*), altre volte addirittura assenti (CCNL Sanità 1998/2001), per definire lo *ius variandi*, tanto che tali formulazioni hanno di fatto circoscritto il principio di equivalenza nell’ambito della categoria, così rimettendo nuovamente alla valutazione del giudice la definizione dell’equivalenza.<sup>39</sup>

Il dato testuale rinvenibile nei contratti collettivi sembra dunque preferire una interpretazione restrittiva, nel senso che le sole mansioni “considerate” equivalenti e, quindi, esigibili, siano quelle previste nella stessa categoria.

Con il d.lgs. 150/2009 e per il conseguimento delle finalità specificate nel precedente capitolo II, sono stati ridotti drasticamente i comparti, escluse alcune materie dalla negoziazione e si è intervenuto direttamente sulla nuova regolazione degli istituti del rapporto individuale di lavoro, che prima erano rimessi all’autonomia collettiva.

In particolare, le modifiche previste dal d.lgs. 150/2009 hanno fatto venir meno la relazione alle mansioni “*considerate equivalenti nell’ambito della classificazione professionale prevista dai contratti collettivi*”, individuando le mansioni equivalenti nel campo “*dell’area di inquadramento*”, in tal modo ridefinendo i limiti dell’esercizio legittimo dello *ius variandi* datoriale nella mobilità orizzontale.

---

<sup>39</sup> Tutti i CCNL del settore pubblico sono consultabili sul sito web dell’ARAN: [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it).

In particolare, deve considerarsi che, oggi, lo spostamento formale del dipendente pubblico da una mansione ad un'altra diversa debba necessariamente tenere in conto il criterio dell'equivalenza ma riferendolo esclusivamente all'ambito dell'area di inquadramento e, quindi, alla collocazione formale delle mansioni già svolte all'interno di una delle aree di classificazione previste dal contratto collettivo.

Sulla scorta di tale ragionamento tutte le mansioni inserite nella stessa area di inquadramento vanno considerate equivalenti e, pertanto, non è più necessario verificare, nelle ipotesi di mutamento delle mansioni, l'effettiva equivalenza da un punto di vista professionale tra le mansioni di provenienza e quelle di assegnazione.

Tale verifica è infatti "effettuata" dalla contrattazione collettiva.

Ciò posto, si può sostenere come siano da intendersi esigibili esclusivamente le mansioni, tra quelle previste nella stessa area, ritenute "equivalenti" dal giudice e non più dalla previsione contrattuale. Il perdurante richiamo al concetto di equivalenza sembra confermare quanto sopra riferito, considerato che la norma in esame avrebbe potuto stabilire (ma, in concreto, non l'ha fatto) quale unico limite quello dell'area di inquadramento, così come accaduto con la novella dell'art. 2103 c.c. ad opera del d.lgs. 81/2015 nel rapporto di lavoro privatistico.

L'interpretazione ed applicazione della nozione di equivalenza torna così ad essere rimessa al giudice del lavoro, in attuazione dei principi giurisprudenziali relativi all'applicazione dell'art. 2103 c.c. (testo previgente) secondo i quali, per considerare equivalenti due distinte mansioni, non è sufficiente la loro collocazione nello stesso livello di inquadramento, ma è necessario che le diverse mansioni permettano il mantenimento della professionalità ottenuta dal dipendente nello svolgimento delle precedenti funzioni.<sup>40</sup>

Al contrario e in applicazione del nuovo testo dell'art. 2103 c.c., al giudice del lavoro non è più consentito operare valutazioni dello stesso tipo, potendo invece accertare esclusivamente la riconducibilità delle nuove mansioni al medesimo livello di inquadramento e tipologia legale delle ultime in concreto svolte.

La norma del codice civile, nel testo innovato dall' art. 3 del d.lgs. 15 giugno 2015, n. 81, emanato in attuazione della legge delega (c.d. *Jobs act*), è portatrice di novità rilevanti che, almeno in parte, traggono spunto dalla disciplina delle mansioni nel settore pubblico.

A questo riguardo risulta opportuno tracciare brevemente i punti salienti della disciplina codicistica applicabile al settore privato nell'ottica di verificarne l'incidenza anche nel settore del pubblico impiego.

---

<sup>40</sup> Cass. n. 17774 del 7 Agosto 2006, in Giust. civ., 2007, I, 728.

Il testo dell'art. 2103 c.c. nella versione attuale prevede che il lavoratore *“deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o a quelle corrispondenti all'inquadramento superiore che abbia successivamente acquisito ovvero a mansioni riconducibili allo stesso livello e categoria legale di inquadramento delle ultime effettivamente svolte”*.

Il dato testuale sancisce, così, la prevalenza, ai fini dell'attribuzione delle mansioni, dell'assegnazione effettiva. Cosicché nelle ipotesi di diversità rispetto all'assegnazione formale il contrasto si risolve mediante il principio della c.d. riconducibilità (termine sostitutivo di quello della *equivalenza* presente nel vecchio testo) alla disciplina prevista dalla contrattazione collettiva di riferimento con particolare attenzione al livello di inquadramento previsto per la nuova mansione.

La disciplina prescrive, inoltre, l'ipotesi della c.d. “promozione automatica” che si sostanzia non solo nel diritto al trattamento economico corrispondente all'attività svolta nel caso di assegnazione del dipendente a mansioni superiori, ma anche nella previsione che l'assegnazione diventi definitiva “ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi”.

Altro elemento di assoluta novità è rappresentato dalla possibilità di adibizione del lavoratore a mansioni inferiori, anche se in casi specifici, così

individuati: demansionamento per modifica degli assetti organizzativi aziendali; demansionamento per ulteriori ipotesi previste dalla contrattazione collettiva, anche aziendale; demansionamento a mezzo di accordo individuale stipulato in sede assistita, il c.d. patto di demansionamento.

A questo punto pare evidente come il legislatore abbia mutuato dal settore del pubblico impiego tale disciplina, determinando in materia di disciplina delle mansioni del lavoratore una regolamentazione comune ai due settori di lavoro subordinato.

Un problema specifico, affrontato sia dalla dottrina che dalla giurisprudenza, è quello della esigibilità di compiti complementari e strumentali alle mansioni effettivamente svolte dal lavoratore pubblico.<sup>41</sup>

L'art. 56 del d.lgs. 165/2001. indicava, nella sua prima stesura, tra le mansioni esigibili anche i c.d. compiti strumentali e complementari.

Tale previsione, come è noto, non è stata successivamente riprodotta nelle rinnovate discipline delle mansioni, fino all'odierno testo dell'art 52 d.lgs. 165/2001.

Anche riguardo a questa problematica sono state registrate diverse opinioni in dottrina, sia per escluderne la esigibilità in quanto compiti ulteriori potenzialmente lesivi della professionalità del dipendente e sia per ammetterne la obbligatorietà, per essere gli stessi ascrivibili certamente al profilo

---

<sup>41</sup> R. SOLOPERTO, *Mansioni incompatibilità e codice di comportamento*, in *Diritto & pratica del lavoro*, n. 3, 1998.

professionale di appartenenza e, dunque, da considerarsi mansioni astrattamente equivalenti a quelle ordinarie.

Appare preferibile aderire alla seconda tesi, potendo ricondurre i compiti complementari e strumentali ai generali principi di correttezza e buona fede che anche il dipendente pubblico è tenuto a rispettare ai fini della corretta esecuzione della sua prestazione lavorativa.

Per individuare precisamente tali compiti aggiuntivi, con riferimento ai diversi profili professionali, è opportuno fare riferimento alle conclusioni alle quali è pervenuta la giurisprudenza di legittimità che ha stabilito alcune imprescindibili condizioni, affinché la richiesta di tali compiti strumentali sia legittima: occasionalità, indissolubile attinenza alle mansioni della qualifica di appartenenza e la non pretestuosità dell'adibizione.

A tal fine, la Suprema Corte - richiamando ragioni di efficienza ed economia del lavoro o di sicurezza - ha ritenuto esigibili, seppur incidentalmente e marginalmente, anche attività accessorie corrispondenti a mansioni inferiori atteso che dalla loro mera inferiorità non può derivare la completa estraneità alla professionalità del lavoratore.<sup>42</sup>

Altro specifico problema, sempre in relazione all'art. 52 d.lgs. 165/2001 così come modificato dalla legge 150/2009, è stato quello della rilevanza delle

---

<sup>42</sup> Cass. civ., sez. lav., n. 17774 del 7 Agosto 2006 in Giust. civ., 2007, I, 728.

previsioni dei C.C.N.L. in ordine alla possibilità di restrizione dell'ambito in cui può esercitarsi lo *ius variandi*.

Il sistema di classificazione previsto dal C.C.N.L. Comparto Ministeri 2006-2009 (quindi precedente alla c.d. riforma Brunetta), ad esempio, aveva introdotto un modello di classificazione del personale, fondato su criteri di flessibilità tanto da essere definito generico, articolato in tre distinte aree (A, B e C) specificate mediante declaratorie rappresentative dei requisiti minimi indispensabili per l'inquadramento nell'area medesima, corrispondenti a *“livelli omogenei di competenze, conoscenze e capacità necessarie per l'espletamento di una vasta e diversificata gamma di attività lavorative, secondo quanto previsto dall'allegato A del presente CCNL.”*<sup>43</sup>

Al comma 4 dell'art. 6 venivano inseriti, all'interno di ogni singola area, i diversi profili professionali che definivano - a seconda dei settori di attività - i contenuti tecnici delle mansioni e le attribuzioni proprie del dipendente, mentre al successivo comma 8 veniva individuato un sistema di progressioni economiche, attuato mediante attribuzione di ulteriori fasce retributive, per ciascun profilo e in relazione al conseguimento dell'arricchimento professionale ottenuto nello svolgimento delle proprie mansioni.

In particolare, il comma 5 dell'art. 6 ha stabilito che *“Ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, ogni dipendente è tenuto a svolgere le mansioni*

---

<sup>43</sup> Art. 6 n. 2 C.C.N.L. Comparto Ministeri 2006/2009, in [www.aranagenzia.it](http://www.aranagenzia.it).



*considerate professionalmente equivalenti all'interno dell'area, fatte salve quelle per il cui espletamento siano richieste specifiche abilitazioni personali. Ogni dipendente è tenuto, altresì, a svolgere tutte le attività strumentali e complementari a quelle inerenti allo specifico profilo attribuito”.*

Pertanto, risultano chiariti - rispetto al precedente C.C.N.L. del 1999 - i rapporti tra il profilo professionale ed il livello economico ed è stata altresì prevista una più ampia individuazione delle mansioni, per aree funzionali e non per singole posizioni (l'area seconda ricomprende, ad esempio, le ex posizioni B1, B2, B3), all'interno delle quali i profili, specificati per settori di attività, possono riunire le mansioni precedentemente articolate sulle diverse posizioni economiche di ciascuna area, secondo le caratteristiche professionali così come individuate nell'allegato A del medesimo contratto nazionale.

Così stabilendo, è stata permessa una maggiore flessibilità nella organizzazione del personale ed una altrettanto maggiore semplificazione delle procedure relative alla gestione del personale.

Per converso, vigente il precedente contratto nazionale del 1999, era prevista la interscambiabilità e fungibilità non all'interno dell'area, bensì del medesimo livello economico di appartenenza, risultando da sé mansioni inferiori relative al livello economico inferiore e si poneva il problema della interscambiabilità tra vari profili del medesimo livello economico.

### **3.1 L'assegnazione formale a mansioni superiori: progressioni definitive e temporanee.**

L'art. 52 del d.lgs. 30 Marzo 2001, n.165 regola sia la modificazione c.d. "orizzontale" delle mansioni lavorative ricomprese nell'area di appartenenza del pubblico dipendente, sia quella c.d. "verticale" cioè tra le diverse aree, limitando esplicitamente quest'ultima alle sole mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore e impedendo così - a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato - una progressione verso qualifiche poste più in alto nella scala classificatoria.

Giova ricordare che per qualifica superiore deve intendersi quella inserita in un livello economico o categoria contrattuale superiore, nel sistema di inquadramento previsto dalla contrattazione collettiva di riferimento.

La norma in esame, nel prevedere espressamente l'irrilevanza dell'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica originaria, statuisce altresì che - solo a seguito di procedure selettive - è possibile una legittima attribuzione di mansioni superiori.<sup>44</sup>

Si possono quindi individuare due diverse formali attribuzioni di mansioni superiori, l'una definitiva e l'altra temporanea: la prima, legittima solo a seguito dell'esperimento di procedure selettive cui il dipendente decide

---

<sup>44</sup> Cfr. comma 1, primo periodo, art. 52 d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165.

autonomamente di partecipare; la seconda, in ipotesi di assegnazione “piena” e “prevalente” dei compiti propri della qualifica immediatamente superiore e qualora sussistano obiettive esigenze di servizio, ricorrendo una delle due ipotesi previste alle lettere a) e b) richiamate al comma 2 dell’articolo citato. Trattasi di ipotesi di vacanza di posto in organico, per un periodo limitato di sei mesi, eventualmente prorogabili fino a dodici qualora siano state già avviate le procedure per la copertura dei posti e nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto per tutta la durata dell'assenza.

Il comma 1-*bis* dell’art. 52 d.lgs. 165/2001 dispone che i dipendenti pubblici siano inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali.

Lo stesso articolo stabilisce che le progressioni orizzontali definitive all’interno della stessa area possano avvenire “...secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell’attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l’attribuzione di fasce di merito”, con specifico rinvio alla contrattazione collettiva per eventuali interventi entro i limiti stabiliti dall’art. 40, comma 1, del decreto citato.

Diversamente, le progressioni da un’area all’altra (c.d. verticali) possono attuarsi soltanto mediante concorso pubblico (stante la previsione dell’art. 97 Cost.), salva la possibile riserva di posti - mai superiore al 50 per

cento di quelli messi a concorso - a beneficio del personale già appartenente ai ranghi della pubblica amministrazione.

In materia di mansioni del dipendente è stato significativo anche l'intervento normativo realizzato con il d.lgs. 27 Ottobre 2009, n.150 (c.d. Riforma Brunetta), caratterizzato da specifiche linee guida: da una parte, la razionalizzazione del lavoro e - dall'altra - il ridimensionamento dell'autonomia contrattuale.

Con la prima finalità, ossia la razionalizzazione del lavoro, si è cercato di evitare promozioni o incentivi indiscriminati (c.d. a pioggia) mediante la valorizzazione del merito in funzione efficientistica.

A tal proposito, la definizione dei criteri sull'utilizzazione e valutazione degli elementi meritocratici (compresa la valutazione dei risultati), utili all'attuazione delle progressioni economiche, è stata demandata alla contrattazione collettiva nazionale e a quella integrativa, alla quale è stata anche devoluta la quantificazione di adeguate risorse a ciò riservate.

Le progressioni orizzontali sono destinate, secondo criteri di selettività, ad una quota limitata di dipendenti e in relazione allo sviluppo delle competenze professionali e ai risultati rilevati dal sistema di valutazione.

Qualora il lavoratore ottenga - per almeno tre anni - una valutazione positiva delle sue *performance*, ciò costituirà “...titolo rilevante ai fini della

*progressione economica e dell'attribuzione dei posti riservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore.” (art. 52, comma 1-bis).*

La seconda finalità è quella di ribadire - con chiaro riferimento all'art. 35, comma 1, lettera a) d.lgs. 165/2001 - il principio costituzionale dell'accesso mediante concorso pubblico anche per quanto concerne la progressione verticale, con la conseguente impossibilità di acquisizione di una qualifica superiore attraverso il semplice “sviluppo professionale”, come previsto dalla previgente normativa.

In verità, la Corte Costituzionale - con specifiche sentenze a tale riguardo - aveva avuto modo di sottolineare una evidente incompatibilità con i principi espressi dalla Carta fondamentale della riserva esclusiva o prevalente in favore dei dipendenti già in servizio nei concorsi per l'accesso ad un'area superiore, qualificandolo come una forma di reclutamento che esigeva un doveroso accertamento delle attitudini professionali, attuabile - appunto - con il concorso pubblico, che rappresenta il metodo certamente migliore di selezione del personale.<sup>45</sup>

Principio questo che, dovendosi coordinare con le eccezioni comunque contemplate dal richiamato art. 97 Cost. circa la regola del concorso pubblico, ha trovato diverse applicazioni nel rispetto dei seguenti principi: l'omesso

---

<sup>45</sup> Corte Cost. n.194 del 16 Maggio 2002 in *Foro it.*, 2003, I, col. 22; Corte Cost., n.373 del 23 Luglio 2002 in *Lavoro nelle p. a.*, 2002, 571, con nota di M. MONTINI ; Corte Cost., n.195 del 4 Giugno 2010 in *Mass. giur. lav.*, 2011, 411, con nota di P. POZZAGLIA.

ricorso alle procedure concorsuali, in ragione della dedotta sussistenza dei caratteri di straordinarietà ed eccezionalità, nell'esercizio della discrezionalità amministrativa e comunque entro il limite del buon andamento dell'amministrazione, è legittimo al sussistere di ragioni giustificatrici ricollegabili alla peculiarità delle funzioni che il personale da reclutare è chiamato a svolgere e alla esigenza di consolidare specifiche esperienze professionali, maturate all'interno dell'amministrazione e non diversamente acquisibili all'esterno <sup>46</sup>; la riserva percentuale in favore del personale interno

---

<sup>46</sup> Corte Cost., n.327 del 3 Novembre 2010; occorre richiamare inoltre il d.lgs. 25 maggio 2017, n. 75 il quale - nel solco della più ampia delega in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche (l. n. 124/2015) - si è posto l'obiettivo di ridurre il precariato nella P.A..

Nello specifico, l'art. 20, comma 1, del decreto legislativo citato, consente alle pubbliche amministrazioni di assumere a tempo indeterminato personale non dirigenziale che: risulti in servizio successivamente alla data di entrata in vigore della legge delega n. 124 del 2015 - ovvero al 28.08.2015 - con contratti a tempo determinato presso l'amministrazione che procede all'assunzione; sia stato reclutato a tempo determinato, in relazione alle medesime attività svolte, con procedure concorsuali anche espletate presso amministrazioni pubbliche diverse da quella che procede all'assunzione; abbia maturato, al 31 dicembre 2017 e alle dipendenze dell'amministrazione che procede all'assunzione, almeno tre anni di servizio, anche non continuativi, negli ultimi otto anni. Per questo primo procedimento di stabilizzazione non è previsto alcun tipo di selezione, sebbene le Amministrazioni potrebbero essere comunque obbligate ad adottarle qualora le risorse finanziarie non siano sufficienti per procedere all'assunzione di tutti i precari in possesso dei requisiti di legge. Al verificarsi di una siffatta ipotesi le stesse dovranno individuare criteri suppletivi, rispetto alla mera anzianità di servizio, che tengano in debito conto l'esigenza di *"valorizzare la professionalità acquisita dal personale con rapporto di lavoro a tempo determinato"*.

Ai sensi del secondo comma, le amministrazioni potranno bandire procedure concorsuali riservate, in misura non superiore al cinquanta per cento dei posti disponibili, al personale non dirigenziale, che : risulti titolare, successivamente alla successivamente al 28.08.2015, di un contratto di lavoro flessibile presso l'amministrazione che bandisce il concorso; abbia maturato, alla data del 31 dicembre 2017, almeno tre anni di contratto, anche non continuativi, negli ultimi otto anni, presso l'amministrazione che bandisce il concorso. La formulazione della norma, richiamando i contratti di lavoro flessibile, sembrerebbe includere tanto i dipendenti con contratto a termine quanto i lavoratori somministrati e i

è condizionata alla sussistenza del criterio scelto a fondamento della riserva stessa e alla specifica determinazione della percentuale.<sup>47</sup>

La richiamata novella, in adesione ai principi sanciti dal giudice delle leggi, ha così equiparato - a riguardo delle modalità di accesso - l'assunzione del dipendente all'acquisizione della qualifica superiore da parte dello stesso.

Tale equiparazione ha comportato significativi riflessi in ordine al problema della giurisdizione, in relazione a quanto previsto dall'art. 63, comma 1, del d.lgs. 165/2001.<sup>48</sup>

---

collaboratori coordinati e continuativi.  
Va sottolineato che le misure sperimentali introdotte dal decreto legislativo citato, però, non sanciscono un diritto alla stabilizzazione, posto che l'effettiva immissione nei ruoli dell'Amministrazione potrà esser disposta, nel triennio 2018-2020, sempre in conformità al piano triennale dei fabbisogni ed entro i vincoli di finanza pubblica.

<sup>47</sup> Corte Cost., n.100 del 10 Marzo 2010.

<sup>48</sup> Art. 63, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: *“Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, ad eccezione di quelle relative ai rapporti di lavoro di cui al comma 4, incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali e la responsabilità dirigenziale, nonché quelle concernenti le indennità di fine rapporto, comunque denominate e corrisposte, ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti. Quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione, il giudice li disapplica, se illegittimi. L'impugnazione davanti al giudice amministrativo dell'atto amministrativo rilevante nella controversia non è causa di sospensione del processo. 2. Il giudice adotta, nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti, di accertamento, costitutivi o di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati. Le sentenze con le quali riconosce il diritto all'assunzione, ovvero accerta che l'assunzione è avvenuta in violazione di norme sostanziali o procedurali, hanno anche effetto rispettivamente costitutivo o estintivo del rapporto di lavoro. Il giudice, con la sentenza con la quale annulla o dichiara nullo il licenziamento, condanna l'amministrazione alla reintegrazione del lavoratore nel posto di lavoro e al pagamento di un'indennità risarcitoria commisurata all'ultima retribuzione di riferimento per il calcolo del trattamento di fine rapporto corrispondente al periodo dal giorno del licenziamento fino a quello dell'effettiva reintegrazione, e comunque in misura non superiore alle ventiquattro mensilità, dedotto quanto il lavoratore abbia percepito per lo svolgimento di altre attività lavorative. Il datore di lavoro è condannato, altresì, per il medesimo periodo, al versamento dei contributi previdenziali e assistenziali.*

La problematica in questione è stata risolta dall'intervento della Corte di Cassazione, la quale - proprio in applicazione dei principi sanciti dalle richiamate sentenze della Corte Costituzionale e secondo una interpretazione costituzionalmente orientata del richiamato art. 63 - ha avuto modo di chiarire che la giurisdizione del giudice amministrativo va estesa anche alle prove selettive dirette all'accesso ad una fascia o area superiore da parte del personale già assunto.<sup>49</sup>

Permane, invece, la giurisdizione del giudice ordinario nelle ipotesi di prove selettive avviate per l'attribuzione di una posizione lavorativa superiore all'interno della stessa area di inquadramento.<sup>50</sup>

---

*2-bis. Nel caso di annullamento della sanzione disciplinare per difetto di proporzionalità, il giudice può rideterminare la sanzione, in applicazione delle disposizioni normative e contrattuali vigenti, tenendo conto della gravità del comportamento e dello specifico interesse pubblico violato. 3. Sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, le controversie relative a comportamenti antisindacali delle pubbliche amministrazioni ai sensi dell'articolo 28 della legge 20 maggio 1970, n. 300, e successive modificazioni ed integrazioni, e le controversie, promosse da organizzazioni sindacali, dall'ARAN o dalle pubbliche amministrazioni, relative alle procedure di contrattazione collettiva di cui all'articolo 40 e seguenti del presente decreto. 4. Restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, nonché, in sede di giurisdizione esclusiva, le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all'articolo 3, ivi comprese quelle attinenti ai diritti patrimoniali connessi. 5. Nelle controversie di cui ai commi 1 e 3 e nel caso di cui all'articolo 64, comma 3, il ricorso per cassazione può essere proposto anche per violazione o falsa applicazione dei contratti e accordi collettivi nazionali di cui all'articolo 40."*

<sup>49</sup> Cass., SS.UU., n.15403 del 15 Ottobre 2003 in *Guida al dir.*, 2003, fasc. 44, 37, con nota di D. MEZZACAPO.

<sup>50</sup> Cass., SS.UU., n.10419 dell'8 Maggio 2006 in *Mass. giur. lav.*, 2006, 782, con nota di E. BOGHETICH; Cass., SS.UU., n.27175 del 20 Dicembre 2006 in *Mass. giur. lav.*, 2007, 416, con nota di C. PISANI.



Al di fuori delle ipotesi appena sopra elencate, il comma 2 dell'art. 52 d.lgs. 165/2001 prevede che il lavoratore può essere impiegato temporaneamente in mansioni tipiche della qualifica superiore, in casi tassativamente previsti dalla legge e per un periodo di tempo determinato, ossia:

- a) quando siano iniziate le procedure per la copertura dei posti vacanti, per non più di sei mesi, con possibilità di proroga fino a dodici;
- b) per sostituire un altro dipendente assente (con diritto alla conservazione del posto), per l'intera durata dell'assenza.

Tale previsione normativa costituisce un ulteriore elemento di differenziazione tra il rapporto di lavoro pubblico e quello privato che si manifesta, in particolare, proprio in tema di mansioni superiori che costituisce uno dei profili di specialità più marcati, tanto da suscitare - ancora oggi e dopo circa venticinque anni dall'avvio del processo di privatizzazione - interrogativi e perplessità.

Le previsioni contenute nell'art. 2103 c.c. , infatti - pur parzialmente ricalcate dall'art. 52 d.lgs. 165/2001 - prevedono che il dipendente privato, in ipotesi di adibizione allo svolgimento di mansioni superiori rispetto a quelle proprie della qualifica di assunzione o successivamente acquisite, avrà diritto sia all'inquadramento nella categoria superiore che alle differenze retributive maturate.

Al contrario, il richiamato art. 52 dispone che il lavoratore pubblico, adibito allo svolgimento di mansioni superiori e per compiti relativi alla qualifica immediatamente superiore rispetto a quella di appartenenza, ha diritto - limitatamente al periodo di effettivo svolgimento di quelle diverse e più pregiate mansioni - al trattamento economico previsto per la qualifica superiore.

Pertanto, all'esercizio di mansioni superiori da parte del dipendente pubblico, non consegue mai il diritto all'attribuzione definitiva della corrispondente qualifica in mancanza delle c.d. "procedure selettive".

Trattasi di una evidente deroga a quanto previsto dall'art. 2103 c.c., finalizzata al rispetto del principio del concorso pubblico, esplicitata anche in numerose sentenze della Corte Costituzionale.<sup>51</sup>

Peraltro - coerentemente con quanto previsto dall'art. 5, comma 2, d.lgs. 165/2000 - il provvedimento con il quale la pubblica amministrazione attribuisce ad un proprio dipendente le mansioni superiori ha natura squisitamente privatistica, anche in ragione della ormai pacifica tutela dinanzi al giudice ordinario del relativo diritto soggettivo.

Sempre l'art. 52 d.lgs. 165/2001 comprende poi un esplicito richiamo alla contrattazione collettiva alla quale è demandata la possibilità, attraverso previsioni migliorative (con particolare riferimento a possibili differenti

---

<sup>51</sup> Corte Cost., n.1 del 4 Gennaio 1999 in *Giornale dir. amm.*, 1999, 536, con nota di V. TALAMO.

inquadramenti automatici di cui il dipendente potrebbe beneficiare in ipotesi di svolgimento di mansioni superiori), di derogare alle disposizioni della stessa legge.

Detto articolo individua, comunque e con estrema precisione, limiti e condizioni sulla scorta dei quali il dirigente della struttura possa legittimamente assegnare un dipendente allo svolgimento di mansioni superiori.

Mediante una attenta e prudente analisi in ordine alla corretta utilizzazione delle risorse umane a disposizione, questi dovrà - infatti - verificare la sussistenza di una prima condizione rappresentata dalle c.d. “obiettive esigenze di servizio”.

In altri termini, il dirigente è chiamato a far fronte ad una carenza di professionalità che non sia altrimenti reperibile attraverso il ricorso al restante personale avente pari qualifica rispetto alla posizione da ricoprire.

Diversamente, qualora esistano dipendenti che possano essere impiegati a tali incarichi, lo stesso dirigente dovrà optare per la scelta meno onerosa per l'amministrazione, evitando così possibili disfunzioni conseguenti alla rimodulazione dell'impiego delle risorse umane.

Il legislatore, dunque, ha delimitato con precisione la sfera applicativa del c.d. *ius variandi in melius*, in modo tale che l'esercizio delle mansioni superiori sia ricondotto nell'alveo dei principi di legittimità.

Tanto è vero che lo stesso art. 52 d.lgs. 165/2001 impone alle amministrazioni pubbliche, nelle ipotesi in cui la promozione temporanea sia giustificata per ovviare a specifiche vacanze nella pianta organica, di avviare immediatamente (e comunque nel termine massimo di novanta giorni) le procedure di selezione per la copertura del posto, attraverso la pubblicazione del relativo concorso ovvero mediante mobilità interna o tra amministrazioni diverse.

L'omesso avvio, nel termine sopra indicato, della procedura selettiva potrebbe persino giustificare un'azione di responsabilità nei confronti dell'amministrazione, da parte del lavoratore assegnato a mansioni superiori, finalizzata al risarcimento dei danni per la c.d. perdita di *chance*.

L'altra ipotesi, secondo la quale è legittimo il conferimento di mansioni superiori, è rappresentata dalla sostituzione del dipendente assente per malattia, gravidanza, puerperio, ecc. ovvero per altri gravi motivi (ad eccezione dell'assenza per ferie), purché tali esigenze siano obiettive.

Da ultimo, il comma 3 dell'art. 52 d.lgs. 165/2001 sottolinea che “*si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni*”.

La maggiore complessità e gravosità della prestazione lavorativa caratterizza il primo profilo (quello qualitativo) in modo che la stessa si possa identificare in quella di livello superiore.

La maggiore incidenza della prestazione diversa e superiore rispetto a quella già espletata declina il secondo profilo quantitativo.

L'elemento temporale è invece individuabile nella maggior quantità di tempo utilizzato dal dipendente, nell'arco della intera giornata lavorativa, per svolgere le attività di maggior pregio mansionistico.

Detti profili vanno applicati nel solco della giurisprudenza formatasi al riguardo dell'art. 2103 c.c., secondo la quale l'assegnazione a mansioni superiori deve essere "piena", dovendo comportare sia l'effettivo svolgimento delle operazioni materiali ricomprese nelle mansioni superiori, sia l'assunzione di responsabilità e autonomia nonché l'esercizio dei poteri tipici delle stesse, tanto da determinare un diverso atteggiarsi della prestazione lavorativa e del rapporto collaborativo con il datore di lavoro.<sup>52</sup>

La sussistenza di tali circostanze può ritenersi sufficientemente provata sulla base dei seguenti fatti allegati in giudizio: la lunga durata dello svolgimento delle mansioni, ovvero la mancata denuncia di inadempimenti

---

<sup>52</sup> Cass., n.6981 del 27 Luglio 1994 in *Notiziario giurisprudenza lav.*, 1995, 27.

degli obblighi derivanti dalle mansioni superiori assegnate, oltreché dalla condotta processuale della parte datoriale.<sup>53</sup>

Per altro verso, le mansioni superiori devono essere caratterizzate dalla c.d. “prevalenza” rispetto alle altre inferiori, ovverosia caratterizzate da continuità, impiego temporale e giornaliero, e rilevanza.<sup>54</sup>

Nell’ipotesi in cui - nell’esercizio delle mansioni superiori - venga a mancare anche uno solo dei profili sopra menzionati, il lavoratore non potrà rivendicare il diritto alle differenze retributive, ovviamente a condizione che tale mancanza sia oggettiva.

Tra queste ipotesi va ricompresa quella dell’ordine di esecuzione di mansioni c.d. “vicarie”, allorquando - per espressa previsione del contratto collettivo - alle mansioni tipiche della qualifica assegnata rientrano anche altri compiti superiori, come ad esempio la sostituzione temporanea di altro dipendente di grado più elevato. Ciò naturalmente a condizione che tali mansioni vicarie siano caratterizzate da temporaneità e straordinarietà, pur sussistendo l’obbligo del lavoratore alla loro esecuzione, questi non ha diritto ad alcuna retribuzione superiore.<sup>55</sup>

---

<sup>53</sup> Cass., SS.UU., n.25837 dell’11 Dicembre 2007 in *Mass. giur. lav.*, 2008, 777, con nota di L. FIORILLO.

<sup>54</sup> Cass., n.2757 dell’8 Marzo 1995 in *Mass. giur. lav.*, 1995, 385.

<sup>55</sup> Cass., n.9130 del 17 Aprile 2007 in *Mass Foro It.*, 2007, 673.

Lo stesso articolo sancisce, infine, la nullità dell'adibizione disposta in dispregio dei predetti limiti, fatto salvo il diritto del lavoratore alle relative differenze retributive.<sup>56</sup>

Anche nel caso in cui vengano attribuite mansioni superiori nell'ambito dei presupposti di legge, è doveroso affrontare il problema concernente l'eventuale rifiuto opposto dal lavoratore raggiunto da un provvedimento avente un tale contenuto da valutare sulla scorta dei richiamati obblighi dirigenziali.

Non potendo escludersi a priori il diritto del dipendente pubblico a rifiutare l'adempimento richiestogli, è necessario sottolineare che quel rifiuto - per risultare legittimo anche al vaglio eventuale del giudice del lavoro - dovrà essere formalmente e analiticamente motivato in relazione agli elementi di fatto e di diritto che lo sostengono.

In particolare, tra le possibili ragioni poste a fondamento del legittimo rifiuto possono essere ascritte la sussistenza di un maggior livello di qualificazione in capo ad altri lavoratori (per ciò stesso più idonei ad espletare le mansioni superiori), l'esigenza di escludere il carico di gravose responsabilità da mettere in relazione alla qualifica posseduta e alle effettive competenze professionali in concreto acquisite (come nel caso delle c.d.

---

<sup>56</sup> Cass., SS.UU., n.25837 dell'11 Dicembre 2007 in *Mass. giur. lav.*, 2008, 777, con nota di L. FIORILLO..

mansioni vicarie) e, da ultimo, l'eventuale incompetenza del dirigente all'adozione del provvedimento contestato.

### **3.2 L'assegnazione di fatto a mansioni superiori**

L'art. 52, comma 5, del d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 - nel prendere in considerazione l'ipotesi di assegnazione di mansioni proprie di una qualifica superiore al di fuori delle condizioni previste dai commi 2, 3 e 4 - ne sancisce la nullità, prevedendo altresì la responsabilità personale del dirigente che quella assegnazione abbia illegittimamente disposto, anche se limitata all'ipotesi in cui abbia agito con dolo o colpa grave.

Trattasi di ipotesi concernenti l'esercizio di mansioni superiori di fatto, cioè svolte in mancanza di un formale provvedimento di attribuzione, che pongono alcuni dubbi circa il riconoscimento del diritto alla retribuzione superiore, atteso che - da una parte - il comma 1 dell'art. 52, d.lgs. 165/2001 dispone l'irrilevanza di quelle mansioni ai fini dell'inquadramento e - dall'altra - il comma 5 del medesimo articolo, pur riconoscendo il diritto al trattamento retributivo superiore solo in relazione all'adibizione disposta, nulla dispone in ordine all'esercizio di fatto delle mansioni superiori.



Tale dato testuale avrebbe potuto legittimare la tesi secondo la quale, condizione necessaria per la sussistenza del diritto alle differenze retributive sarebbe stata quella dell'adozione di un formale provvedimento datoriale.

In verità, un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma in esame, applicandola alla luce dell'art. 36 Cost. porta a riconoscere in favore del lavoratore pubblico il diritto alle differenze retributive anche in assenza di un simile provvedimento.

L'unica eccezione al principio sopra menzionato è rappresentata dall'ipotesi, certamente residuale, secondo cui l'esecuzione di mansioni superiori sia avvenuta all'insaputa o contro la volontà dell'ente o, ancora peggio, sia diretta conseguenza dell'accordo fraudolento tra dirigente e il suo sottoposto.

Al lavoratore è riconosciuto comunque il diritto a percepire la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore <sup>57</sup>, pur prevedendo - la stessa norma - la irrilevanza dell'esercizio delle mansioni superiori ai fini dell'inquadramento. <sup>58</sup>

---

<sup>57</sup> Art. 52, comma 5, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: *“Al di fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave”*.

<sup>58</sup> Art. 52, comma 1, d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165: *“L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione”*.

Nello specifico, le differenze retributive spettanti al lavoratore per l'espletamento - anche di fatto - di mansioni superiori potevano ricomprendere, secondo una datata giurisprudenza amministrativa, esclusivamente gli emolumenti a carattere fisso e continuativo, incluse le indennità di posizione e quella integrativa speciale, ma non già l'indennità di risultato che mancherebbe dei caratteri propri delle prime due.<sup>59</sup>

Orientamento giurisprudenziale ormai superato dalla Suprema Corte che ha affermato, quantomeno rispetto alla dirigenza, che l'attribuzione di tali mansioni, con pienezza di funzioni e assunzione delle responsabilità collegate agli obiettivi propri della funzione assegnata di fatto comporta - anche in relazione al principio di adeguatezza sancito dal richiamato art. 36 Cost. - la corresponsione dell'intero trattamento economico, ivi compresi gli emolumenti accessori e, in particolare, la retribuzione di posizione e di risultato.<sup>60</sup>

Per quanto riguarda i contributi previdenziali, dovuti in conseguenza della maturazione del diritto alle differenze retributive in parola, è stato ritenuto che vadano calcolati sugli emolumenti relativi alla qualifica posseduta, mentre le differenze retributive - avendo attinenza a corrispettivi straordinari e transitori che non determinano una posizione di qualifica del

---

<sup>59</sup> T.A.R. Calabria, n.32 del 18 Gennaio 2007.

<sup>60</sup> Cass., SS.UU., n.3814 del 16 Febbraio 2011 in *Lavoro giur.*, 2011, 1019, con nota di G. MANNACIO.

dipendente (così è anche, per esempio, per la tredicesima mensilità che fa riferimento allo stipendio tabellare e non agli emolumenti aggiuntivi) - non sono riconducibili agli emolumenti fissi.<sup>61</sup>

Evidente, in conclusione, è la differenza tra il rapporto di lavoro con il datore privato e quello con la pubblica amministrazione.

Nel primo, infatti, vige il principio della effettività delle mansioni concordate ovvero la prevalenza di quelle svolte in concreto rispetto alla qualifica di assunzione (così come risultante dal contratto individuale di lavoro o dalle sue successive integrazioni e modificazioni).

In altri termini, il comportamento delle parti successivo alla conclusione del contratto di lavoro, cioè - appunto - lo svolgimento di fatto delle mansioni superiori, conferisce rilevanza giuridica alla volontà dei contraenti tanto da rappresentare, anche in via di fatto, una modificazione “pattizia” della qualifica formalmente attribuita<sup>62</sup>, incidendo sia sulla prestazione lavorativa che sul relativo inquadramento e retribuzione.<sup>63</sup>

Nel pubblico impiego, tutto al contrario, le mansioni del lavoratore non possono che essere corrispondenti alla qualifica contrattualmente prevista, sia in ragione di quanto previsto dall’art. 97, comma 3, Cost. (secondo cui l’accesso all’impiego pubblico è possibile solo mediante concorso, salvo le

---

<sup>61</sup> Cons. Stato, sez. V, n.6447 del 6 Settembre 2010.

<sup>62</sup> Cass., SS.UU., n.9147 del 18 Dicembre 1987.

<sup>63</sup> Cass., n.4224 del 14 Maggio 1997 in *Giur. it.*, 1998, 913.

deroghe espressamente stabilite dalla legge), sia - indirettamente - per il richiamato disposto dell'art. 52, comma 1, d.lgs. 165/2001, stante l'assenza della previsione delle c.d. "mansioni effettivamente svolte" che rappresenta la sostanziale differenza con il testo dell'art. 2103 c.c.

Ciò comporta che è preclusa la possibilità di stipulare accordi modificativi delle mansioni, mediante semplici comportamenti concludenti, limitando così l'autonomia negoziale riconosciuta – in maniera ancor più ampia a seguito del d.lgs. n. 81/2015 modificativo dell'art. 2103 c.c. – invece al settore privato.

Infatti, l'estensione di tale principio civilistico anche al pubblico impiego genererebbe conseguenze di natura non solo giuridica ma anche economica, in quanto si andrebbe ad alterare l'organizzazione degli uffici, gravando il bilancio pubblico con ulteriori e non prevedibili spese.

Si può concludere, pertanto, ritenendo che i due sistemi si uniformino esclusivamente sotto il profilo del riconoscimento del diritto alla retribuzione corrispondente alle superiori mansioni di fatto espletate.

E' stato ritenuto, infatti, che lo svolgimento di fatto di mansioni superiori non è equiparabile al possesso - per un periodo di tempo minimo previsto della qualifica superiore richiesta - dei requisiti per la partecipazione

ad un concorso per la progressione interna e in difetto di specifiche previsioni del relativo bando.<sup>64</sup>

Tale impostazione normativa non consente, però, il ritorno alla - oramai più che superata - concezione della qualifica come costitutiva di uno *status* giuridico.

Infatti, anche nel rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato, la qualifica rimane esclusivamente una variazione terminologica delle mansioni convenute al momento dell'assunzione ovvero ad una successiva e legittima modificazione *in melius* dell'oggetto del contratto.

Per ragioni di completezza e avendo richiamato la differenza tra una adibizione a mansioni superiori nulla ed una perfettamente valida (anche se temporanea), si può concludere che le conseguenze rispetto alle due fattispecie si riducano - una volta riconosciuto, in entrambe le ipotesi, il diritto alle differenze retributive - all'attribuzione della responsabilità patrimoniale del dirigente solo nel primo caso (cioè di adibizione nulla), derivante da dolo o colpa grave e sussistendo un danno per l'amministrazione consistente nei maggiori oneri retributivi.

Non si tratta, invero, di un caso di illecito di matrice civilistica del dirigente, quanto piuttosto di una sanzione per una violazione di legge particolarmente grave, non necessariamente finalizzata al risarcimento del

---

<sup>64</sup> Cass., sez. lav., n.12087 del 14 Maggio 2008 in *Mass. Foro It.*, 2008, 690.

danno che - infatti - potrebbe anche non sussistere, atteso che il lavoratore adibito a mansioni superiori ha operato in ogni caso a beneficio della pubblica amministrazione.

In altri termini, pur se il dirigente non fosse chiamato a rispondere della responsabilità patrimoniale in parola - qualora abbia perseguito un interesse obiettivo dell'ente e del servizio affidatogli ovvero per insussistenza del danno erariale - lo stesso dovrebbe essere sottoposto a conseguenze disciplinari che potrebbe condurre finanche alla revoca dell'incarico, atteso che egli non ha solo l'obbligo di gestire il personale sottoposto nel pieno rispetto della legge, ma anche quello di vigilare sull'operato dei suoi subalterni.

Da ultimo e nello specifico, si possono mettere in evidenza due particolari fattispecie: l'una relativa al possibile legittimo affidamento di mansioni superiori anche ai lavoratori c.d. fuori ruolo o comandati, l'altra relativa alle peculiarità del pubblico impiego del comparto sanitario.

Per ciò che concerne la prima fattispecie, e in particolare rispetto ai lavoratori fuori ruolo, va osservato che, mentre l'art. 57 del d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29 prevedeva la possibilità di tale affidamento, la successiva novella non l'ha più disposta (art. 43, d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80), neppure nell'attuale formulazione dell'art. 52 del d.lgs. 29/1993. Scelta, questa, che sembra abbia voluto declinare la legittimità di una tale assegnazione.

Diversamente e per quanto riguarda i dipendenti in posizione di distacco, nulla sembrerebbe precludere alla legittima assegnazione a mansioni superiori. Avendo però quest'ultima evidenti conseguenze sul trattamento economico del lavoratore, sarà necessario ottenere il preventivo parere dell'ente di appartenenza che quel distacco ha disposto.

Una manifesta eccezione al principio di non retribuitività dell'esercizio delle mansioni superiori, prevalente nella giurisprudenza antecedente alla promulgazione del d.lgs. 29 Ottobre 1998, n. 387, si è registrata nel pubblico impiego del comparto sanitario.

A mente dell'art. 29 del d.p.r. 20 Dicembre 1979, n. 761 non sussiste alcun diritto del dipendente del comparto sanitario (ad eccezione degli amministrativi) a percepire differenze retributive in ipotesi di temporaneo ed eccezionale affidamento di mansioni superiori, peraltro vietato per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare.

La giurisprudenza intervenuta sul punto, dovendo confermare l'inevitabile esigenza di assicurare la continuità nell'erogazione del servizio sanitario, ha ribadito che il diritto alle differenze retributive in campo sanitario debba ritenersi escluso in ipotesi di prestazioni lavorative offerte entro il c.d. periodo di franchigia di sessanta giorni, fissato dalla norma, chiarendo altresì che il medico mansionista ha diritto al pagamento della retribuzione

conseguente all'esercizio delle mansioni superiori a far data dal terzo mese e fino al sesto mese consecutivo di svolgimento.<sup>65</sup>

Protrattasi nel tempo l'assegnazione a mansioni superiori e oltrepassati i sessanta giorni di esercizio continuativo delle stesse, il diritto a percepire la retribuzione corrispondente si determina automaticamente a favore del dipendente pubblico.

Invero, la giurisprudenza amministrativa ha sancito che il diritto alle differenze retributive si determini al verificarsi di talune concomitanti condizioni (art. 29, comma 2, d.p.r. 761/1979): le mansioni devono essere esercitate su un posto di ruolo previsto dalla pianta organica e vacante di fatto; non deve essere stato bandito alcun concorso a copertura di quel posto; la supplenza deve essere conferita con una formale deliberazione, previa verifica della sussistenza dei primi due presupposti e assunzione delle relative responsabilità amministrative e copertura finanziaria.<sup>66</sup>

Nel solco tracciato da Cass., SS. UU., n. 384 del 10 Gennaio 2011, la Corte d'Appello di L'Aquila ha disposto che, non potendo dalla *mala gestio* della struttura sanitaria conseguire la perdita del trattamento retributivo da parte del lavoratore che ricopre provvisoriamente un incarico, vadano comunque riconosciuti il diritto al relativo trattamento economico, oltre alle indennità di posizione e di risultato, in favore di quel dipendente che abbia

---

<sup>65</sup> Cons. Stato, sez. VI, n.4235 del 2 Luglio 2010.

<sup>66</sup> Cons. Stato, sez. V, n.1048 del 6 Marzo 2007.



sostituito per anni il titolare del posto vacante, seppur in violazione dei principi di temporaneità e straordinarietà della reggenza e senza tempestiva attivazione delle procedure necessarie alla copertura di quel posto.<sup>67</sup>

Fissati così i principi generali applicabili all'ipotesi di svolgimento di mansioni superiori di fatto da parte del dipendente pubblico, è necessario evidenziare - seppur brevemente - le tappe percorse dalla giurisprudenza italiana (amministrativa, costituzionale e di legittimità) per approdare all'attuale quadro normativo-giurisprudenziale sopra delineato.

La giurisprudenza amministrativa ha seguito, per un lungo periodo, un indirizzo volto alla non applicabilità dell'art. 36 Cost. all'impiego pubblico, basandosi sul principio cardine secondo cui detta norma - chiaramente mirata al rispetto del parametro della "giusta retribuzione" - debba essere subordinata agli artt. 97 e 98 Cost. e al principio del controllo della spesa, non potendo ricondurre il rapporto di pubblico impiego ad un semplice rapporto di scambio e dovendo perseguire l'esigenza di conservazione di un assetto rigido e trasparente della pubblica amministrazione, quale espressione della preminenza del parametro della qualifica su quello delle mansioni, tant'è che, in tale ottica, anche le norme previste dagli artt. 2126 e 2041 c.c. impedivano l'applicazione dell'art. 36 Cost.<sup>68</sup>

---

<sup>67</sup> Corte Appello L'Aquila n.781/2011.

<sup>68</sup> Cons. Stato, Ad. Plen., n.22 del 18 Novembre 1999 in *Giornale dir. amm.*, 2000, 1006 con nota di V. TALAMO.

Nello specifico, è stato ritenuto che *“Non è invocabile, ai fini di rendere rilevanti le mansioni superiori adempiute da un pubblico dipendente, l'art. 2126 c.c., il quale, oltre a non dare rilievo alle mansioni svolte in difformità dal titolo invalido, riguarda un fenomeno del tutto diverso (lo svolgimento di attività lavorativa da parte di chi non è qualificabile pubblico dipendente) ed afferma il principio della retribuitività del lavoro prestato sulla base di atto nullo o annullato. Esso, pertanto, non incide in alcun modo sui principi concernenti la portata dei provvedimenti che individuano il trattamento giuridico ed economico dei pubblici dipendenti e non consente di disapplicare gli atti di nomina o d'inquadramento, emanati in conformità delle leggi e dei regolamenti, specie se divenuti inoppugnabili”*; conseguentemente poiché *“Nel pubblico impiego è la qualifica e non le mansioni il parametro al quale la retribuzione è inderogabilmente riferita, considerato anche l'assetto rigido della p.a. sotto il profilo organizzatorio, collegato anch'esso, secondo il paradigma dell'art. 97 cost., ad esigenze primarie di controllo e contenimento della spesa pubblica; ciò comporta che l'amministrazione è tenuta ad erogare la retribuzione corrispondente alle mansioni superiori solo quando una norma speciale consenta tale assegnazione e la maggiorazione retributiva”*.<sup>69</sup>

Tale orientamento, connesso al carattere di indisponibilità degli interessi coinvolti nel rapporto di pubblico impiego, è stato avvalorato dalla

---

<sup>69</sup> *Ibidem.*

giurisprudenza amministrativa, che ha avuto modo di ribadire come *“Nel pubblico impiego l’attribuzione di mansioni superiori e del relativo trattamento economico devono trarre non eludibile presupposto nel provvedimento di nomina o di inquadramento - ovvero in procedimenti all’uopo stabiliti dalla disciplina di settore - non potendo costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari preposti alle diverse strutture organizzative dell’ente pubblico (art. 33 d.p.r. 10 gennaio 1957, n.3)”*; ciò perché *“la nozione di mansione nel pubblico impiego assume aspetti di peculiarità e non si identifica nel mero collegamento materiale di taluni compiti espletati dal dipendente a quelli di una diversa e superiore qualifica, ma presuppone il concorso di qualità professionali e di livello culturale da vagliarsi preventivamente in base a giudizi idoneativi previsti dalle norme di settore, i quali soli garantiscono l’effettiva corrispondenza della professionalità richiesta - cui si collega un determinato livello di trattamento economico - agli scopi che l’Amministrazione intende perseguire avvalendosi di una determinata prestazione lavorativa”*.<sup>70</sup>

La medesima giurisprudenza amministrativa, pur tuttavia, è concorde nel ritenere che - solo a decorrere dal 22 novembre 1998 (cioè dall’entrata in vigore del d.lgs. 387/1998, che, con l’art. 15, ha reso operativa la disciplina di

---

<sup>70</sup> Cons. Stato, sez. III, n.5737 del 21 Novembre 2014; in ordine all’inapplicabilità dell’art. 36 Cost. e dell’art. 2126 c.c.; in mancanza di norma speciale vedasi anche, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, n.5982 del 4 Dicembre 2014.

cui all'art. 56 d.lgs. 29/1993) - possa essere riconosciuto il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni superiori da parte dei pubblici dipendenti con carattere di generalità.

Mentre, per quanto riguarda i periodi precedenti - all'esame della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in virtù dell'art. 69, comma 7, d.lgs. 165/2001 - è stata confermata l'impossibilità di applicare in modo generalizzato e indiscriminato l'art. 36 Cost. al rapporto di lavoro nel settore pubblico il quale, a norma del citato art. 98, primo comma, Cost., è sottratto alla logica del puro rapporto di scambio.<sup>71</sup>

A conclusioni del tutto diverse è pervenuta la giurisprudenza dei giudici della Consulta i quali hanno - con numerose sentenze - affermato la diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego dei principi dettati dall'art. 36 Cost., sottolineando a tale riguardo che detta norma *"determina l'obbligo di integrare il trattamento economico del dipendente nella misura della quantità del lavoro effettivamente prestato"* prescindendo dalla possibile irregolarità dell'atto o dall'assegnazione o meno del dipendente a mansioni superiori<sup>72</sup>; che *"il principio dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante pubblico concorso non è incompatibile con il diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento*

---

<sup>71</sup> Corte Cost., sent. n.236 del 18 Maggio 1992; Cons. Stato, sez. IV, n.467 del 24 Gennaio 2011; Cons. Stato, sez. IV, n.4165 del 30 Giugno 2010; Cons. Stato, sez. IV, n.4465 del 9 Luglio 2010; Cons. Stato, sez. V, n.1810 del 26 Marzo 2009.

<sup>72</sup> Corte Cost., n.57 del 23 Febbraio 1989; Corte Cost., ord. n.908 del 26 Luglio 1988.

*economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 Cost.*" <sup>73</sup>; che il permanere dell'impiegato nello svolgimento di mansioni superiori *ultra legem* determina una mera illegalità, che però non fa sì che il lavoro prestato possa perdere la tutela connessa al rapporto - ai sensi dell'art. 2126 c.c. e, tramite detta disposizione, dell'art. 36 Cost. - perché non può riconoscere nella violazione della mera ristretta legalità quella illiceità che, al contrario, si riscontra nel contrasto "*con norme fondamentali e generali e con i principi basilari pubblicistici dell'ordinamento*" e che, in applicazione della citata norma codicistica, porta al disconoscimento di ogni tutela in favore del lavoratore. <sup>74</sup>

In piena conformità alla sopra richiamata giurisprudenza costituzionale, la Corte di Cassazione ha più volte ribadito il principio di diritto secondo cui "*In materia di pubblico impiego - come si evince anche dalla lettura del D.lgs. 3 febbraio 1993 n.29, art. 56, comma 6, (nel testo sostituito dal D.lgs. 31 marzo 1998, n.80, art. 25, così come successivamente modificato dal D.lgs. 29 ottobre 1998, n.387, art. 15) - l'impiegato cui sono state assegnate, al di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori, ha diritto, in conformità della giurisprudenza della Corte Costituzionale, ad una retribuzione proporzionata*

---

<sup>73</sup> Corte Cost., n.236 del 27 Maggio 1992 in *Giur. it.*, 1993, I, 1, 544.

<sup>74</sup> Corte Cost., n.296 del 19 Giugno 1990, attinente ad una fattispecie riguardante il trattamento economico del personale del servizio sanitario nazionale in ipotesi di affidamento di mansioni superiori in violazione del disposto dell'art. 29, comma 2 d.p.r. 20 Dicembre 1979, n. 761, in *Giur. costit.*, 1990, 1840.

*e sufficiente ex art. 36 Cost. Norma questa che deve, quindi, trovare integrale applicazione - senza sbarramenti temporali di alcun genere - pure nel settore del pubblico impiego privatizzato, sempre che le superiori mansioni assegnate siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che in relazione all'attività spiegata siano stati esercitati i poteri ed assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni".<sup>75</sup>*

Inoltre, è stato più volte affermato che *"In materia di pubblico impiego contrattualizzato, il diritto al compenso per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori, da riconoscersi nella misura indicata nell'art. 52, quinto comma del d.lgs. 165 del 2001, non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi, né all'operatività del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 della Costituzione".<sup>76</sup>*

Pertanto la stessa Corte di Cassazione ha chiarito che il diritto al trattamento economico parametrato all'attività superiore svolta, riconosciuto

---

<sup>75</sup> Cass., SS.UU., n.25837 dell'11 Dicembre 2007, cui *adde* Cass., n.23741 del 17 Settembre 2008 in *Funzione pubbl.*, 2008, fasc. 3, 376.

<sup>76</sup> Cass, sez. lav., n.14775 del 18 Giugno 2010 in *Mass Foro It.*, 2010, 705; Cass. civ., sez. lav., n.18808 del 7 Agosto 2013.

al dipendente pubblico in ossequio al principio della retribuzione proporzionata e sufficiente di cui all'art. 36 Cost. *“non debba comunque tradursi in un rigido automatismo che porti ad attribuire al dipendente l'esatto trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori, essendo sufficiente che vi sia un compenso aggiuntivo rispetto alla retribuzione della qualifica di appartenenza”*.<sup>77</sup>

I richiami giurisprudenziali sin qui enunciati portano alla conclusione che è ormai principio acquisito quello della necessità di un giusto contemperamento, da attuare tramite il rinvio alla c.d. "giusta retribuzione" ex art. 36 Cost., fra gli emolumenti e la quantità e qualità del lavoro svolto, nelle ipotesi in cui la collocazione del dipendente avvenga in mansioni che siano state irregolarmente acquisite.

In tema di lavoro pubblico contrattualizzato è stato poi ritenuto che lo svolgimento di mansioni riconducibili ad una qualifica superiore - pur non esplicando i propri effetti ai fini dell'inquadramento - rileva, nel rispetto delle condizioni stabilite dalla legge per la maturazione del diritto alle relative differenze retributive e per ovvie ragioni di ordine letterale e sistematico, anche qualora le mansioni non rientrino nella qualifica immediatamente

---

<sup>77</sup> Corte Cost., n.273 del 25 Luglio 1997; Cass. civ., SS.UU., n.25837 dell'11 Dicembre 2007; Cass. civ., sez. lav., n.13877 del 14 Giugno 2007; Cass. civ., sez. lav., n.16078 del 25 Ottobre 2003.

superiore ma in quelle ulteriori (per esempio in una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento).

Sotto il profilo letterale si può osservare che il comma 5 dell'art 52 d.lgs. 165/2001, nel normare l'ipotesi di assegnazione di fatto a mansioni proprie di una qualifica superiore e nel disporre la nullità e il conseguente diritto del lavoratore alle relative differenze retributive, non abbia portata giuridica equivalente all'espressione "qualifica immediatamente superiore" che il legislatore riporta al comma 2 per individuare le ipotesi in cui è legittima l'assegnazione di mansioni immediatamente superiori alla qualifica di appartenenza del dipendente.

Una diversa lettura sarebbe comunque contraria alla sua *ratio*, che è quella di assicurare al lavoratore, in forza del principio di cui all'art. 36 Cost., una retribuzione proporzionata alla qualità e quantità del lavoro prestato.<sup>78</sup>

E' stato altresì affrontato e recentemente risolto dalle SS.UU. della Corte di Cassazione il contrasto giurisprudenziale sorto circa il calcolo della base retributiva dell'indennità di buonuscita spettante ai sensi degli artt. 3 e 38 del d.p.r. 29 dicembre 1973, n.1032 al pubblico dipendente in caso di esercizio di fatto di mansioni più elevate rispetto a quelle della qualifica di appartenenza.

---

<sup>78</sup> Cass., n.2069 del 25 Ottobre 2004 in *Giur. it.*, 2004, 2287; Cass., sez. lav., n.4367 del 23 Febbraio 2009; Cass., sez. lav., n.18808 del 7 Agosto 2013.



Invero, secondo un primo orientamento è stato ritenuto che *“nel rapporto di lavoro c.d. privatizzato alle dipendenze di pubbliche amministrazioni, poiché l'esercizio di fatto di mansioni più elevate rispetto a quelle della qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore nella superiore qualifica, la base retributiva dell'indennità di buonuscita, che sia normativamente costituita dalla retribuzione corrispondente all'ultima qualifica legittimamente rivestita dall'interessato all'atto della cessazione del servizio, non è da riferire alla retribuzione corrispondente alla superiore qualifica, bensì a quella corrispondente all'inferiore qualifica di appartenenza”*.<sup>79</sup>

Detto principio però non è stato condiviso da altra parte della giurisprudenza, che aveva osservato come *“l'indennità di buonuscita dei dipendenti statali, pur realizzando una funzione previdenziale, ha natura retributiva e, alla luce del principio di proporzionalità sancito dall'art. 36 Cost., deve essere commisurata all'ultima retribuzione anche se percepita per lo svolgimento di mansioni superiori, purché queste ultime siano esercitate, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, con pienezza di poteri e responsabilità. Ne consegue che, ove sia stata conferita la reggenza per un posto di dirigente con attribuzione del relativo trattamento economico e tali mansioni siano state effettivamente esercitate per lungo tempo (tre anni), ai*

---

<sup>79</sup> Cass. civ., sez. lav., n.15498 dell'11 Giugno 2008 in *Foro it.*, 2008, I, 3566; Cass. civ., sez. lav., n.16506 del 2 Luglio 2013.

*fini del contributo dell'indennità di buonuscita del dipendente, che, nel frattempo, abbia maturato i requisiti per il collocamento a riposo, si deve considerare, quale ultimo trattamento economico percepito, quello corrisposto per l'incarico svolto a titolo di reggenza”.*<sup>80</sup>

La questione è stata definita con sentenza della Cassazione civile, SS. UU., 14 maggio 2014, n. 10413 che - richiamando le pronunce della Corte Costituzionale che hanno affermato la legittimità della tassatività degli emolumenti computabili ai fini dell'indennità di buonuscita<sup>81</sup>, nonché le pronunce di legittimità e del Consiglio di Stato che si sono espresse in piena sintonia con la giurisprudenza costituzionale con riguardo a settori diversi - hanno affermato che gli stessi principi trovano applicazione nella fattispecie della reggenza, la quale è connotata dalla temporaneità e presuppone che per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro, nel caso di vacanza di posto in organico, sia temporaneamente adibito a mansioni proprie di una qualifica superiore.<sup>82</sup>

Anche in tali ipotesi l'intrinseca temporaneità dell'incarico dirigenziale come reggente, affidato al dipendente sprovvisto della qualifica di dirigente, comporta che l'incremento di trattamento economico rispetto a quello

---

<sup>80</sup> Cass. civ., sez. lav., n.9646 del 13 Giugno 2012.

<sup>81</sup> Corte Cost., n.243 del 5 Maggio 1993; Corte Cost., n.278 del 15 Giugno 1995.

<sup>82</sup> Cass., SS.UU., n.3673 del 29 Aprile 1997; Cass., n.16596 del 21 Agosto 2004; Cass., n.22125 del 25 Ottobre 2011; Cass., sez. lav., n.2259 del 16 Febbraio 2012; Cons. Stato, sez. VI, n.6736 del 20 Dicembre 2011; Cons. Stato, sez. VI, n.2075 dell'11 Aprile 2011.

corrispondente alla qualifica di appartenenza sia concettualmente isolabile e non appartenga alla nozione di "stipendio" che è invece il trattamento economico tabellarmente riferibile alla qualifica di appartenenza.

D'altra parte, aggiungono le Sezioni Unite, rapportare la liquidazione dell'indennità di buonuscita alla retribuzione da ultimo percepita in forza delle mansioni dirigenziali espletate in via di reggenza temporanea, anziché alla retribuzione dell'ultima qualifica rivestita, significa realizzare di fatto lo stesso effetto che si sarebbe verificato se il dipendente avesse regolarmente conseguito il superiore inquadramento, effetto questo che il legislatore con la privatizzazione del rapporto di pubblico impiego ha sempre inteso evitare, disponendo che l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non rileva ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi dirigenziali.

Ne consegue - hanno rilevato le Sezioni Unite - che nella base di calcolo dell'indennità di buonuscita del dipendente che da ultimo abbia svolto le superiori mansioni di dirigente in situazione di reggenza, non possono comprendersi emolumenti diversi da quelli previsti dal combinato disposto degli artt. 3 e 38 del d.p.r. 29 Dicembre 1973, n. 1032, non potendo in particolare interpretarsi le locuzioni "stipendio", "paga" o "retribuzione", nel senso generico di retribuzione omnicomprensiva riferibile a tutto quanto ricevuto dal dipendente in modo fisso o continuativo e con vincolo di

corrispettività con la prestazione, ma dovendo queste essere riferite al trattamento retributivo relativo alla qualifica di appartenenza.

Diversamente opinando, il sistema si presterebbe a speculazioni e a calcoli opportunistici (si consideri l'ipotesi in cui l'incarico di reggenza venga conferito poco prima che il dipendente venga collocato a riposo, con la conseguenza che la buonuscita dovrebbe essere calcolata sulla base dell'ultima retribuzione percepita).

V'è da dire, altresì, che per le fattispecie successive all'entrata in vigore della c.d. riforma Brunetta (art. 40, d.lgs. 150/2009, che ha modificato l'art. 19, d.lgs. 165/2001 inserendo il comma 2, ulteriormente modificato dall'art. 1, comma 32, d.l. 13 Agosto 2011, n. 138, convertito con modificazioni in l. 14 Settembre 2011, n. 148), il legislatore, con riguardo ai dipendenti statali titolari di incarichi dirigenziali, ha disposto che, ai fini della determinazione della misura del trattamento di quiescenza *ex art. 43 d.p.r. 29 Dicembre 1973, n. 1032* l'ultimo stipendio vada individuato nell'ultima retribuzione percepita in relazione all'incarico svolto, mentre, nell'ipotesi di incarico inferiore a tre anni perché coincidente con il conseguimento del limite di età per il collocamento a riposo dell'interessato (terzo periodo del comma 2), il legislatore ha stabilito che l'ultimo stipendio vada individuato nell'ultima retribuzione percepita prima del conferimento dell'incarico avente durata

inferiore a tre anni, norma questa palesemente diretta ad evitare ogni forma di speculazione.<sup>83</sup>

La giurisprudenza ha avuto altresì modo di affrontare la questione se lo svolgimento di mansioni dirigenziali, non immediatamente superiori a quelle corrispondenti alla qualifica posseduta, integri ipotesi di svolgimento di mansioni superiori con conseguente obbligo retributivo.

Invero, a rigore, in tali casi trattandosi più che di “mansioni superiori” di una diversa “carriera”, può apparire dubbia l’applicazione della disciplina dell’art. 56, d.lgs. 3 febbraio 1929, n.29 (nel testo sostituito dal d.lgs. 31 marzo 1998, n.80, art. 25, e successivamente modificato dal d.lgs. 29 ottobre 1998, n.387, art. 15: si veda ora d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, art. 52).

Sul punto la Corte di Cassazione ha però osservato, in linea generale, che la considerazione delle specifiche caratteristiche delle posizioni organizzative di livello dirigenziale e delle relative attribuzioni regolate dal contratto di incarico, come della diversità delle “carriere”, non può escludere l’applicazione della disciplina in esame quando venga dedotto l’espletamento di fatto di mansioni dirigenziali da parte di un funzionario.

Tale ipotesi può essere invece ricondotta certamente alla previsione dell’art. 52, comma 5, d.lgs. 165/2001 relativa al conferimento illegittimo di mansioni superiori, da cui consegue il diritto al corrispondente trattamento

---

<sup>83</sup> Cass. civ., sez. lav., n.22156 del 20 Ottobre 2014.

economico, secondo la *ratio* della norma che è quella di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost.<sup>84</sup>

Tuttavia, a tal fine non è stato ritenuto sufficiente il provvedimento di incarico, occorrendo invece l'allegazione e la prova della pienezza delle mansioni assegnate, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, in relazione alle concrete attività svolte e alle responsabilità attribuite.<sup>85</sup>

Ed ancora è stato osservato che *“In tema di impiego pubblico contrattualizzato, l'assegnazione temporanea, ma per lunghi periodi, delle funzioni di reggente dell'ufficio di assegnazione per la vacanza del posto di dirigente, che rientra nell'ambito di applicazione dall'art. 52, comma 5, del d.lgs. 30 marzo 2001, n.165, attribuisce al lavoratore il diritto alla differenza di trattamento economico previsto per la qualifica superiore ricoperta, restando escluso che tale disciplina possa essere diversamente regolata dalla contrattazione collettiva, la quale, ai sensi del comma 6 del citato art. 52, può regolare diversamente i soli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4 della disposizione, e non anche quelli di cui al comma 5, non richiamato”*.<sup>86</sup>

---

<sup>84</sup> Cass., n.14944 del 4 Agosto 2004; Cass., n.20692 del 25 Ottobre 2004; Cass., n.9328 del 19 Aprile 2007.

<sup>85</sup> Cass. civ., sez. lav., n.9344 del 19 Aprile 2007; Cass., SS.UU., n.2583 dell'11 Dicembre 2007; Cass. civ., sez. lav., n.27877 del 30 Dicembre 2009.

<sup>86</sup> Cass. civ., sez. lav., n.7823 del 28 Marzo 2013.

La questione investe, più in generale, i rapporti tra l'istituto della reggenza di un ufficio e l'esercizio di mansioni superiori.

Sul punto è stato osservato che le disposizioni relative al Comparto Ministeri che consentono la reggenza del pubblico ufficio sprovvisto temporaneamente del dirigente titolare devono essere interpretate, ai fini del rispetto del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e dei principi generali di tutela del lavoro (art. 35 e 36 Cost.; art. 2103 c.c. e art. 52 d.lgs. 165/2001), nel senso che l'ipotesi della reggenza costituisce una specificazione dei compiti di sostituzione del titolare assente o impedito (contrassegnata dalla straordinarietà e dalla temporaneità), con la conseguenza che a tale posizione può farsi luogo, senza che si producano gli effetti collegati allo svolgimento di mansioni superiori, solo allorquando sia stato aperto il procedimento di copertura del posto vacante e nei limiti di tempo ordinariamente previsti per tale copertura, cosicché, al di fuori di tale ipotesi, la reggenza dell'ufficio concretizzi lo svolgimento di mansioni superiori.

In tal caso la Corte, con particolare riguardo al profilo relativo all'inclusione della retribuzione di posizione e di quella di risultato nel calcolo del trattamento differenziale, pur premettendo che si tratta di elementi retributivi accessori e non fondamentali della retribuzione, connessi ai diversi livelli della funzione di dirigente e al conseguimento di predeterminati obiettivi propri di quella qualifica, ha precisato che l'attribuzione delle

mansioni dirigenziali, con la pienezza delle relative funzioni, e con l'assunzione delle responsabilità inerenti al perseguimento degli obiettivi propri delle funzioni di fatto assegnate, non può che comportare, anche in relazione al principio di adeguatezza sancito dall'art. 36 Cost., la corresponsione dell'intero trattamento economico.<sup>87</sup>

Per ciò che concerne, in particolare, il sistema normativo del lavoro pubblico dirigenziale negli enti locali (trasfuso nel d.lgs. 18 Agosto 2000, n. 267, art. 109), la Corte di Cassazione, nell'escludere la configurabilità di un diritto soggettivo a conservare - in ogni caso - determinate tipologie di incarico dirigenziale, ha confermato il principio generale che, nel lavoro pubblico, alla qualifica dirigenziale corrisponde soltanto l'attitudine professionale all'assunzione di incarichi dirigenziali di qualunque tipo e non consente perciò - anche in difetto dell'espressa previsione di cui all'art. 19 del d.lgs. 165/2001, stabilita per le amministrazioni statali - di ritenere applicabile l'art. 2103 c.c., risultando la regola del rispetto di determinate specifiche professionalità acquisite non compatibile con lo statuto del dirigente pubblico locale, con la sola eccezione della dirigenza tecnica, la quale va tuttavia interpretata in senso stretto, ossia nel senso che il dirigente tecnico, il cui

---

<sup>87</sup> Cass., n.11084 del 15 Maggio 2007; Cass., n.29671 del 18 Dicembre 2008; Cass. civ., SS.UU., n.3814 del 16 Febbraio 2011.



incarico è soggetto ai principi della temporaneità e della rotazione, deve comunque svolgere mansioni tecniche.<sup>88</sup>

### **3.3 Lo *ius variandi in pejus*.**

Veniamo infine ad analizzare l'argomento relativo allo *ius variandi in pejus*, c.d. demansionamento che descrive l'ipotesi di assegnazione del dipendente pubblico a mansioni inferiori rispetto a quelle originariamente assegnate ovvero a mansioni equivalenti - da valutare nel rispetto di quanto previsto dalla contrattazione collettiva - ricomprese nell'area di inquadramento, nonché l'ipotesi di sostanziale depauperamento delle mansioni attribuite.

L'originaria enunciazione contenuta al secondo comma dell'art. 56 d.lgs. 3 Febbraio 1993, n. 29 stabiliva che il dipendente pubblico potesse essere adibito “*occasionalmente e ove possibile con criteri di rotazione, (a) compiti o mansioni immediatamente inferiori, se richiesto dal dirigente dell'unità organizzativa cui è addetto, senza che ciò comporti alcuna variazione del trattamento economico*”.

---

<sup>88</sup> Cass. civ., sez. lav., n.22284 del 21 Ottobre 2014; Cass. civ., sez. lav., n.24035 del 23 Ottobre 2013; Cass. civ., sez. lav., n.3451 del 15 Febbraio 2010.

L'evidente diversificazione che tale norma faceva registrare rispetto alla disciplina dell'art. 2103 c.c. suscitò immediate perplessità e contrarietà sia in dottrina che in giurisprudenza.

A risanare tale *vulnus* intervenne il d.lgs. 29 Ottobre 1998, n. 387 che, eliminando tale previsione, ripristinò - almeno formalmente e sotto questo profilo - un riavvicinamento tra lavoro pubblico e privato.

Va comunque precisato che, rispetto all'ipotesi di svuotamento dell'attività lavorativa, questa è estranea all'ambito della problematica relativa all'equivalenza delle mansioni - per come in precedenza trattata - atteso che, come nell'impiego privato, questa è espressamente vietata.<sup>89</sup>

E'opportuno puntualizzare, inoltre, come il demansionamento illecitamente disposto non sia riconducibile a qualsiasi ipotesi di inadempimento delle obbligazioni del datore di lavoro pubblico, se non nel caso in cui si verifichi una effettiva perdita delle mansioni nonché uno svuotamento progressivo dei compiti più qualificanti di quelle stesse mansioni, incidenti sul patrimonio professionale e sulla dignità lavorativa del dipendente pubblico.

Per conseguenza il demansionamento del lavoratore pubblico è stato riconosciuto nei casi in cui gli fossero attribuite funzioni inferiori, non riconducibili alla qualifica di appartenenza, ed escluso allorquando - dismesse

---

<sup>89</sup> Cass. civ., sez. lav. n.687 del 15 Gennaio 2014; Cass. civ., sez. lav., n.11835 del 21 Maggio 2009; Cass. civ., sez. lav., n.8854 dell'11 Aprile 2013.

le funzioni svolte - fossero attribuite altre e diverse mansioni rientranti nella qualifica funzionale di inquadramento.

Corollario di tale assunto è quello secondo cui non può prescindersi da una puntuale verifica della concreta rilevanza della sottoutilizzazione del personale, ravvisandosi la dequalificazione solo in ipotesi di perdita professionale duratura, da valutare peraltro in relazione a possibili ed ineludibili nuovi assetti conseguenti a modifiche organizzative che impongono la cessazione e l'avviamento di nuove strutture lavorative.

La fattispecie del demansionamento esula dalla più ampia ipotesi del c.d. *mobbing*, dal momento che - per configurare una tale fattispecie - è indispensabile che sussista una volontà persecutoria tale da rendere tutti gli atti dell'amministrazione pubblica non funzionali agli interessi generali e pubblici che devono contraddistinguerli, in quanto i medesimi atti risultano essere stati compiuti in adempimento di quel sovrastante disegno persecutorio.<sup>90</sup>

Così come è previsto per il lavoro privato, anche in tema di pubblico impiego contrattualizzato l'eventuale assegnazione di mansioni inferiori o comunque non riconducibili alla qualifica di appartenenza, se da un lato legittima la domanda giudiziale di riconduzione della prestazione lavorativa alla qualifica di appartenenza, dall'altro non può giustificare il rifiuto del dipendente pubblico di eseguire la prestazione lavorativa richiesta.

---

<sup>90</sup> Cons. Stato, sez. VI, n.3648 del 15 Giugno 2011; Cons. Stato, sez. IV, n.1609 del 9 Marzo 2013.

Come è noto, infatti, tra i doveri contrattualmente assunti dal lavoratore pubblico vi è quello di collaborare al raggiungimento degli scopi propri della pubblica amministrazione.

L'intera prestazione lavorativa del dipendente pubblico è giustamente caratterizzata da tale dovere, sino al punto che il rispetto di quello stesso dovere costituisce metro di valutazione del corretto adempimento della prestazione lavorativa.

È necessario però sottolineare che l'osservanza del dovere di collaborazione non può, in alcun modo, comportare un indefinito assoggettamento del dipendente alle pretese del datore di lavoro e ciò anche in considerazione del fatto che i comportamenti collaborativi - come detto finalizzati agli scopi lavorativi - sono caratterizzati dalla bilateralità e stante il dettato dell'art. 52 d.lgs. 30 Marzo 2001, n. 165 che parrebbe legittimare il rifiuto di svolgere mansioni inferiori.

Oltre l'ipotesi di manifesta delittuosità del provvedimento datoriale, che giustifica ampiamente il diritto del dipendente di rifiutarne l'esecuzione, per evitare di concorrere nel reato unitamente a chi quel provvedimento ha adottato, va rimarcato che - in tutte le altre ipotesi - la condotta omissiva del lavoratore che non abbia dato esecuzione al provvedimento potrà comportare responsabilità disciplinare ed anche erariale, se caratterizzata dalla presenza dell'elemento soggettivo della colpa.

Nel dettaglio, l'eventuale rifiuto del dipendente sarebbe riconducibile ad un'ipotesi di grave inadempienza, sia perché lo stesso è tenuto a rispettare le disposizioni impartite dal datore di lavoro ai sensi e per gli effetti degli artt. 2086 c.c. e 2104 c.c., sia perché può legittimamente invocare l'applicazione dell'art. 1460 c.c. solo in caso di totale inadempimento dell'altra parte contrattuale.<sup>91</sup>

A tal proposito, la Suprema Corte ha statuito che il lavoratore può invocare l'eccezione di inadempimento di cui al richiamato art. 1460 c.c. solo a condizione che il rifiuto sia conforme alla regola della buona fede e non appaia sproporzionato rispetto al comportamento illegittimo datoriale.<sup>92</sup>

Particolare attenzione merita il c.d. patto di demansionamento, giustificato dall'interesse del lavoratore quale unico strumento per la conservazione del posto di lavoro (si pensi alla ipotesi di sopravvenuta inidoneità fisica del lavoratore oppure alla tutela di interessi superiori quale è appunto la conservazione del posto).

Anche precedentemente alla novella dell'art. 2103 c.c., infatti, quell'accordo è stato ritenuto non in contrasto con il divieto di patti contrari, previsti dall'appena richiamato art. 2103 c.c., con la possibilità che lo stesso principio fosse estensibile anche al settore pubblico (al quale - in tema di mansioni - non è applicabile la più volte richiamata norma), non sussistendo

---

<sup>91</sup> Cass. civ., sez. lav., n.25313 del 5 Dicembre 2007.

<sup>92</sup> Cass. civ., sez. lav., n.17713 del 19 Luglio 2013.

ragioni ostative all'applicazione di principi analoghi in ipotesi di deroghe collettive o convenzionali alla disciplina generale prevista dall'art. 52, d.lgs. 165/2001 in quanto tendenti alla tutela di interessi superiori.<sup>93</sup>

Oggi, nel solco del nuovo art. 2103 c.c., la pubblica amministrazione che abbia proceduto ad una riorganizzazione degli uffici, tale da influire sulla posizione lavorativa di uno o più dipendenti, può legittimamente adibire questi a mansioni inferiori pur nel rispetto della categoria legale di inquadramento *ex* art. 2095 c.c. e fatti salvi il livello di inquadramento e la retribuzione.

Occorre precisare che, al verificarsi di una tale ipotesi, il lavoratore non avrà diritto a quegli elementi retributivi collegati alle particolari modalità di svolgimento delle precedenti mansioni.

L'adibizione a mansioni inferiori deve essere comunicata al lavoratore, per espressa previsione normativa, per iscritto a pena di nullità con diritto ad una sua adeguata formazione.

Altra e più pregnante possibilità prevista dall'art. 2103 c.c. è quella secondo la quale, all'assegnazione a mansioni inferiori, consegua anche la contestuale modifica del livello di inquadramento e della categoria e conseguente riduzione della retribuzione.

---

<sup>93</sup> Cass. civ., sez. lav., n.5780 del 12 Aprile 2012.

Trattasi delle ipotesi del perseguimento dell'esclusivo interesse del lavoratore alla conservazione del suo posto di lavoro, al miglioramento delle sue condizioni di vita o all'acquisizione di una nuova professionalità.

Una assegnazione di tal fatta è possibile, dal punto di vista formale, solo mediante uno specifico accordo tra la pubblica amministrazione ed il suo dipendente, da stipularsi nelle c.d. sedi protette (accordo transattivo *ex artt. 412-ter e 412-quater c.p.c.*).

Particolare attenzione va infine posta al riguardo del danno non patrimoniale risarcibile, in ipotesi di demansionamento, e del rispetto agli oneri di allegazione e prova gravanti sulle parti nel corso del relativo giudizio risarcitorio.

Secondo recenti sentenze della Suprema Corte, ai fini dell'accoglimento della domanda risarcitoria non è sufficiente dimostrare la mera potenzialità lesiva della condotta datoriale ma è necessario che il lavoratore, dopo aver allegato la fattispecie di demansionamento, fornisca piena prova del danno non patrimoniale (*ex art. 2697 c.c.*) e - soprattutto - del nesso di causalità tra l'inadempimento datoriale e il danno del quale chiede il risarcimento.<sup>94</sup>

Considerato che l'inadempimento del datore di lavoro è, in qualche modo, sanzionato con l'obbligo di pagamento della retribuzione, è necessario che il lavoratore ricorrente ottemperi ai relativi oneri probatori, come sopra

---

<sup>94</sup> Cass. civ., sez. lav., n.19785 del 17 Settembre 2010; Cass. civ., sez. lav., n.6965 del 25 Marzo 2014.

delineati, non essendo sufficiente che - dall'inadempimento datoriale - si determini nella sfera del dipendente una lesione aggiuntiva e autonoma.

A tale riguardo, la giurisprudenza ha sottolineato che *“in caso di accertato demansionamento professionale, la risarcibilità del danno all'immagine derivato al lavoratore a cagione del comportamento del datore di lavoro presuppone che la lesione dell'interesse sia grave, nel senso che l'offesa superi una soglia minima di tollerabilità, e che il danno non sia futile, vale a dire che non consista in meri disagi o fastidi.”*<sup>95</sup>

In applicazione di tali principi, la Suprema Corte ha respinto la domanda giudiziale avente ad oggetto la perdita di *chance* a fronte della omessa allegazione di fatti idonei (nella fattispecie l'omessa indicazione dei concorsi interni dai quali il lavoratore fosse stato escluso, dei corsi di formazione ai quali non fosse stato ammesso, delle prove selettive dalle quali fosse stato illegittimamente escluso, delle mancate promozioni conseguenti al periodo di inattività per il demansionamento subito) a dimostrare che il lavoratore abbia effettivamente sopportato una compromissione delle sue concrete aspettative professionali, e ciò in conseguenza della dequalificazione subita o dell'atteggiamento discriminatorio della pubblica amministrazione.<sup>96</sup>

In conclusione, il diritto del lavoratore al risarcimento del danno non patrimoniale, asseritamente derivante dal demansionamento e

---

<sup>95</sup> Cass. civ., sez. lav., n.5237 del 4 Marzo 2011.

<sup>96</sup> Cass. civ., sez. lav., n.17755 del 7 Agosto 2014.



dequalificazione, può essere riconosciuto a condizione che - negli atti introduttivi del giudizio e nel corso dello stesso - il ricorrente deduca una specifica allegazione in ordine alla natura e alle caratteristiche dello pregiudizio azionato. Onere conseguente al fatto che il danno non patrimoniale non ricorre automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale.<sup>97</sup>

Vale la pena, a tale ultimo riguardo, richiamare integralmente la decisione delle SS.UU. della Suprema Corte<sup>98</sup>, le quali hanno così statuito:

*“In tema di demansionamento e di dequalificazione, il riconoscimento del diritto del lavoratore al risarcimento del danno professionale, biologico o esistenziale, che asseritamente ne deriva - non ricorrendo automaticamente in tutti i casi di inadempimento datoriale - non può prescindere da una specifica allegazione, nel ricorso introduttivo del giudizio, sulla natura e sulle caratteristiche del pregiudizio medesimo; mentre il risarcimento del danno biologico è subordinato all’esistenza di una lesione dell’integrità psico-fisica medicalmente accertabile, il danno esistenziale - da intendere come pregiudizio (di naturale non meramente emotiva ed interiore, ma oggettivamente accertabile) provocato sul fare reddituale del soggetto, che alteri le sue abitudini e gli assetti relazionali propri, inducendolo a scelte di vita diverse quanto all’espressione e realizzazione della sua personalità nel mondo esterno - va dimostrato in giudizio con tutti i mezzi consentiti*

---

<sup>97</sup> Cass. civ., sez. lav., n.18673 del 4 Settembre 2014.

<sup>98</sup> Cass., SS.UU., n.6572 del 24 Marzo 2006.

*dall'ordinamento, assumendo peraltro precipuo rilievo la prova per presunzioni, per cui dalla complessiva valutazione di precisi elementi dedotti (caratteristiche, durata, gravità, conoscibilità all'interno e all'esterno del luogo di lavoro dell'operata dequalificazione, frustrazione di precisate e ragionevoli aspettative di progressione professionale, eventuali reazioni poste in essere nei confronti del datore comprovanti l'avvenuta lesione dell'interesse relazionale, effetti negativi dispiegati nelle abitudini di vita del soggetto) - il cui artificioso isolamento si risolverebbe in una lacuna del procedimento logico - si possa, attraverso un prudente apprezzamento, coerentemente risalire al fatto ignoto, ossia all'esistenza del danno, facendo ricorso, ai sensi dell'art. 115 c.p.c., a quelle nozioni generali derivanti dall'esperienza, delle quali ci si serve nel ragionamento presuntivo e nella valutazione delle prove”.*

Particolare attenzione va poi accordata alla risarcibilità del c.d. danno morale. A tal proposito è sufficiente richiamare il principio espresso dalla Suprema Corte nei seguenti termini: *“la risarcibilità del danno morale, a norma dell'art. 2059 c.c. non è soggetta al limite derivante dalla riserva di legge e non richiede che il fatto illecito integri in concreto un reato, essendo sufficiente che vi sia stata una lesione di un interesse inerente alla persona,*

*costituzionalmente garantito, atteso che la previsione costituzionale dell'interesse lavorativo ne esige in ogni caso la protezione.*”<sup>99</sup>

Ovviamente, trattandosi di danno non patrimoniale, è necessario evitare che si pervenga ad una ingiusta duplicazione con altre voci di danno non patrimoniale aventi giustificazione nella medesima fonte causale, così come espressamente sancito dalla Corte di Cassazione.<sup>100</sup>

Particolare attenzione va riposta all'arresto giurisprudenziale operato dalle SS.UU., secondo le quali la liquidazione del danno non patrimoniale, e a prescindere dai *nomina iuris* dei vari tipi di danno, deve essere operata complessivamente e cioè in modo da ricomprendere l'intero pregiudizio, atteso che quelle tipologie di danno non possono essere singolarmente invocate al fine di ottenere un ingiusto ampliamento della anzidetta liquidazione.<sup>101</sup>

Pur tuttavia, le tipologie tipiche del danno biologico e morale continuano a svolgere una funzione (seppur eminentemente descrittiva) della fattispecie pregiudizievole tenuta in considerazione dal giudicante con la finalità di dare contenuto e parametro alla liquidazione del danno risarcibile,

---

<sup>99</sup> Cass. civ., sez. lav., n.29832 del 19 Dicembre 2008.

<sup>100</sup> Cass. civ., sez. lav., n.20473 del 29 Settembre 2014.

<sup>101</sup> Cass., SS.UU., n.26972 dell'11 Novembre 2008; Cass. civ., sez. lav., n.24015 del 16 Novembre 2011; Cass. civ., n.25222 del 29 Novembre 2011; Cass. civ., n.4043 del 19 Febbraio 2013.

seppure il danno non patrimoniale costituisca una categoria unitaria a mente della giurisprudenza da ultimo richiamata.

Ad ulteriore specificazione del principio giurisprudenziale testé richiamato, è stato recentemente osservato che resta fermo l'obbligo del giudice di tenere conto - nel singolo caso - di tutte le particolari modalità con le quali si esprime il danno non patrimoniale, operando così un doveroso aumento della somma dovuta a titolo risarcitorio mediante la personalizzazione della liquidazione, pur rimarcato il fatto che il richiamato carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale *ex art. 2059 c.c.* è preclusivo della possibilità di una distinta ipotesi di risarcimento di specifiche fattispecie di sofferenza patite dal lavoratore (si possono citare, a titolo di esempio, il danno alla vita di relazione, quello estetico e quello esistenziale), le quali - diversamente - costituirebbero illegittime duplicazioni risarcitorie.<sup>102</sup>

Sempre in tema di dequalificazione e in presenza del ritenuto demansionamento, valgono i principi richiamati in materia e secondo i quali il giudice di merito può evincere l'esistenza del relativo danno (sia patrimoniale che non patrimoniale), determinandone secondo equità anche la relativa entità, a ciò pervenendo mediante un processo logico-giuridico connesso alla formazione della prova, piena o anche presuntiva, in base agli elementi fattuali

---

<sup>102</sup> Cass., sez. civ., n.21716 del 23 Settembre 2013.

acquisiti al processo e relativi alla qualità e quantità della esperienza lavorativa già maturata dal lavoratore, al tipo di professionalità pregiudicata, alla durata del demansionamento e, da ultimo, agli esiti finali della dequalificazione da mettere in relazione a tutte le altre circostanze del caso concreto.<sup>103</sup>

In tema di lavoro pubblico privatizzato, in particolare, è stato recentemente osservato che non è ipotizzabile un danno da preteso demansionamento, ma tutt'al più quello da omessa o ritardata attribuzione di un incarico dirigenziale, nel caso di passaggio dall'inquadramento nelle aree funzionali alla qualifica di dirigente che - rappresentando una novazione oggettiva del rapporto di lavoro equiparabile al reclutamento esterno (concorsuali o selettive) - non risulta riconducibile alle procedure previste dall'art. 52 d. lgs. 165/2001.<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Cass. civ., sez. lav., n.19778 del 19 Settembre 2014; Cons. Stato, sez. VI, n.223 del 17 Gennaio 2014.

<sup>104</sup> Cass. civ., sez. lav., n.22835 del 28 Ottobre 2014.

## ***Bibliografia***

M. CLARICH e D. IARIA, *La riforma del pubblico impiego*, MAGGIOLI, 1999, 482.

L. FIORILLO, *Il diritto del lavoro nel pubblico impiego*, PICCIN, 2018.

L. FIORILLO, *Commento all'art. 56*, in *Nuove Leggi civ.*, CEDAM, 1999.

F. LISO, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, ANGELI, 1998, 256.

D. MEZZACAPO, *Guida al diritto*, IL SOLE 24 ORE, 2003, fasc. 44, 37.

C. PISANI, *Qualifiche e mansioni*, in *Diritto e processo del lavoro e della previdenza sociale*, parte VIII, cap. LXI, UTET, 2017.

C. PISANI, *Mansioni e trasferimento nel lavoro privato e pubblico*, UTET, 2009.

M. ROSANO, *La disciplina delle mansioni*, in *Il lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*, vol. 1, 2015 (“*Il nuovo diritto del lavoro*” diretto da L. Fiorillo e A. Perulli, GIAPPICHELLI, 2013-2014).

L. SGARBI, *Riv. it. dir. lav.*, GIUFFRE’, 2004, II, 594.

R. SOLOPERTO, *Mansioni incompatibilità e codice di comportamento*, in *Diritto e Pratica del lavoro*, n. 3, WOLTERS KLUWER, 1998.

P. TIBERI, *Lavoro nelle p.a.*, GIUFFRE’, 2012, 586.

P. VIRGA, *Il pubblico impiego*, vol. 1, GIUFFRE’, 1973.