

# Alle mansioni superiori del pubblico impiego contrattualizzato non si applicano le regole del giudice amministrativo

*di C. Grassi - 7 Dicembre 2022*

## **Premessa**

### **Lo svolgimento di fatto di mansioni superiori**

Sino alle modifiche introdotte all'art. 56 del d.lgs.29/93 dal d.lgs. n. 80/98, costituiva principio consolidato in materia di pubblico impiego l'irrelevanza, per il pubblico dipendente, dello svolgimento di mansioni superiori, e ciò sia sotto il profilo economico che al fine dell'inquadramento nella superiore qualifica rivestita.

In particolare, la retribuità o meno delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico aveva dato luogo in passato ad orientamenti giurisprudenziali non sempre univoci, fino al consolidamento di quell'indirizzo alla stregua del quale per la retribuità occorre un'espressa previsione normativa, un preventivo provvedimento di incarico riferito a mansioni di qualifica immediatamente superiore, la disponibilità del relativo posto in organico (in tal senso v. le decisioni del Consiglio di Stato: Sez. V n.1447 del 12.10.1999; sez. VI n.1119 del 18.7.1997; ad.plen. n.22 del 18.11.1999).

Come si è detto, solo con l'art. 56 d. lgs. n.29/93, nel testo sostituito dall'art. 25 d.lgs. n.80/98, vengono riconosciute al lavoratore del settore pubblico le differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori e ciò anche nel caso in cui l'assegnazione a tali mansioni sia avvenuta al di fuori delle ipotesi prescritte. Tale disposizione è stata poi modificata dapprima dall'art. 15 del d. lgs. 29.10.1998 n.387 e successivamente dall'art. 52 d. lgs. 30.3.2001 n.165.

In virtù di quest'ultima disposizione la disciplina vigente in materia è la seguente:

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.

Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore:

– 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;

– 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.

Si considera svolgimento di mansioni superiori soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni.

Nei casi in cui la legge consente l'assegnazione di mansioni superiori, 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.

Al di fuori delle ipotesi consentite, l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, è nulla ma al lavoratore è corrisposta comunque la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione in questi casi risponde personalmente del maggior onere conseguente per l'amministrazione, se ha agito con dolo o colpa grave.

Il lavoratore ha, altresì, diritto al trattamento economico corrispondente alla qualifica superiore anche qualora le mansioni superiori siano state svolte in assenza di un atto formale da parte del dirigente ma con l'acquiescenza di quest'ultimo o dell'amministrazione stessa.

### **Il caso affrontato**

Un Comune pugliese proponeva ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello di Lecce che aveva riconosciuto ad un proprio dipendente lo svolgimento di mansioni corrispondenti al superiore inquadramento ed il conseguente diritto del medesimo al percepimento delle differenze retributive.

Il Comune richiamando la giurisprudenza amministrativa, sosteneva che il trattamento economico per lo svolgimento di mansioni superiori è subordinato alle seguenti condizioni giuridiche e di fatto:

- le mansioni devono essere svolte su un posto esistente in pianta organica vacante e disponibile;
- non deve essere stato bandito alcun concorso per tale posto;
- l'incarico deve essere stato conferito con atto deliberativo dell'organo competente con la verifica dei presupposti e l'assunzione delle responsabilità.

Tali requisiti, per il Comune, difetterebbero nel caso in esame, poiché non esisteva nella pianta organica dell'ente comunale un posto con qualifiche e mansioni come quelle rivendicate dal dipendente; nessun concorso era stato bandito per tale posto; non esisteva alcun atto deliberativo, collettivo o dirigenziale, conferente al lavoratore le mansioni superiori.

Da parte del Comune, si assumeva che la sentenza d'appello era stata resa in violazione del contratto collettivo di categoria enti locali, che ha previsto un nuovo sistema di classificazione

del personale fondato sull'accorpamento delle precedenti qualifiche funzionali in tre aree (A, B, C); che in sede di prima applicazione l'inquadramento nell'area è effettuato in base all'ex qualifica di appartenenza, secondo la corrispondenza indicata nel contratto; che la adibizione dei dipendenti appartenenti a fasce diverse a mansioni ricomprese nella medesima area professionale non comporta il diritto alla retribuzione corrispondente alle superiori mansioni; che il dipendente aveva svolto mansioni rientranti sempre nello stesso livello economico di appartenenza; che non aveva svolto mansioni superiori di competenza dei funzionari comunali inquadrati in un superiore livello poiché non era mai esistita nella pianta organica del comune un posto con qualifica e livello come quelli rivendicati dal lavoratore.

Il Comune osservava anche che la Corte d'appello aveva fondato il proprio convincimento solo sui dati documentali, omettendo di esaminare le deposizioni testimoniali che avrebbero potuto determinare un esito diverso della controversia.

### **La risposta della Corte di Cassazione**

la Suprema Corte di Cassazione, con l'**ordinanza n. 25848 del 1° settembre 2022** in commento, ha dichiarato inammissibile il ricorso del Comune pugliese, applicando al caso in esame i principi che vado di seguito ad esporre.

Per i giudici di legittimità, la Corte d'appello, nel riconoscere lo svolgimento, da parte del dipendente comunale, di mansioni corrispondenti al superiore inquadramento ed il conseguente diritto del medesimo alle differenze retributive, si era attenuta all'orientamento consolidato della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui, 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, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001, 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 Cost. (Cass. n. 2102/2019; Cass. n. 18808/2013).

La Cassazione, con l'ordinanza che qui si commenta, ci ricorda, altresì, un altro principio di diritto dalla stessa Corte enunciato in materia di pubblico impiego contrattualizzato, ossia che il diritto a percepire la retribuzione commisurata allo svolgimento, di fatto, di mansioni proprie di una qualifica superiore a quella di inquadramento formale, ex art. 52, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001, non è condizionato alla legittimità, né all'esistenza di un provvedimento del superiore gerarchico, e trova un unico limite nei casi in cui l'espletamento sia avvenuto all'insaputa o contro la volontà dell'ente, oppure quando sia il frutto di una fraudolenta collusione tra dipendente e dirigente, o in ogni ipotesi in cui si riscontri una situazione di illiceità per contrasto con norme fondamentali o generali o con principi basilari pubblicistici dell'ordinamento.

### **La speciale disciplina dello *ius variandi***

La disciplina dello *ius variandi* contenuta nell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 costituisce uno dei tratti di specialità del rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, giustificata dalla necessità di garantire un tendenziale controllo dell'amministrazione nell'accesso

alle qualifiche superiori, attraverso l'utilizzo di procedure selettive o concorsuali, nonché il controllo sulla spesa pubblica.

L'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 preclude il superiore inquadramento in via giudiziale pur nel caso di accertato svolgimento di fatto di mansioni superiori; nel rapporto di lavoro privato, invece, in caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta ed il diritto alla promozione (l'assegnazione diventa definitiva), salvo 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 o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi.

Il comma 5 dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, per quanto riguarda il pagamento delle differenze retributive, stabilisce che "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".

La Cassazione ha affermato, quindi, che "lo svolgimento di fatto di mansioni proprie di una qualifica – anche non immediatamente – superiore a quella di inquadramento formale comporta, in forza del disposto dell'art. 52, comma 5, D.Lgs. n. 165/2001, il diritto alla retribuzione propria di detta qualifica superiore ove i compiti siano stati svolti in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale e, dunque ove le mansioni superiori 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 (Cass., sez. un., n. 25837/2007; Cass. n. 27887/2009, Cass. n. 30811/2018, Cass. n. 9646/2019).

Claudia Grassi, avvocato in Roma

Visualizza il documento: [Cass.,ordinanza 1° settembre 2022, n. 25848](#)