

## UFFICIO STUDI CODAU

**"Documento redatto con il contributo dei componenti dell'Ufficio Studi e VALIDATO dal Comitato Scientifico del Codau".**

**Mansioni superiori: non serve dimostrare l'esercizio di fatto, se la categoria superiore è prevista da un atto di macro-organizzazione**

### **1. Termini della questione: assegnazione illegittima e accertamento delle mansioni superiori<sup>1</sup>**

La [Sezione Lavoro della Corte di Cassazione, con ord. 2275/2021](#) è intervenuta sul tema del diritto del lavoratore a ricevere una retribuzione proporzionata al tipo di mansione svolta, nei casi di **assegnazione illegittima** a mansioni proprie di una qualifica superiore (art. 52, comma 5, d.lgs. 165/2001).

Chiarita in via preliminare la natura di ente pubblico non economico del datore di lavoro, nella seconda parte dell'ordinanza la Suprema Corte riconduce la controversia nell'ambito del lavoro pubblico privatizzato e in particolare dell'[art. 52, comma 5, d.lgs. 165/2001](#), il quale come noto è applicabile direttamente **anche al personale contrattualizzato del comparto Università**.

Sotto il profilo dello svolgimento di fatto di mansioni superiori, la controversia riguardava la carenza della **prova dello svolgimento delle mansioni superiori**, carenza affermata dal giudice di primo grado e confermata in appello, in quanto la lavoratrice non avrebbe neppure contestato la ricostruzione in punto di fatto in ordine all'inesistenza degli elementi caratterizzanti la superiore qualifica.

La Corte di Cassazione, con l'ordinanza in commento che conferma consolidati orientamenti del giudice di legittimità, ha cassato con rinvio la sentenza d'appello, affermando che "nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato, **l'accertamento dello svolgimento di mansioni superiori deve essere operato avuto riguardo all'atto di macro-organizzazione**, di portata generale, con il quale l'amministrazione ha adattato alla propria struttura i profili professionali previsti dalla contrattazione collettiva, individuando i posti della pianta organica, dovendo escludersi che a tale compito possa provvedere il giudice, cui è devoluto il sindacato dei soli atti di organizzazione esecutiva, assunti con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato".

### **2. La disciplina delle mansioni nel pubblico impiego (art. 52, d.lgs. 165/2001)**

Anche a seguito del processo di c.d. privatizzazione del pubblico impiego (cfr. [art. 2, comma 2, d.lgs. 165/2001](#)), la disciplina delle mansioni (e del loro mutamento) continua ad essere una delle materie maggiormente condizionata dalla natura pubblica del datore di lavoro,

---

<sup>1</sup> Ha collaborato alla stesura del presente documento il dott. Giorgio Valandro Università di Padova

rappresentando una disciplina speciale rispetto alla disciplina privatistica prevista dall'art. 2103 cod. civ., così come da ultimo modificato dall'art. 3 del d.lgs. 81/2015 (c.d. *Jobs Act*).

Nell'ambito del lavoro privato, infatti, viene attribuita rilevanza alle ultime mansioni "effettivamente svolte" dal lavoratore ai fini dell'inquadramento professionale (art. 2103, comma 1) e si prevede, a determinate condizioni, l'assegnazione definitiva delle mansioni superiori svolte con continuità dal lavoratore (art. 2103, comma 7<sup>2</sup>). Il dipendente pubblico, invece, ai sensi dell'art. 52, d.lgs. 165/2001, "deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento" e l'**esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza** (acquisita solo in seguito a selezione pubblica) "non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione" ([art. 52, comma 1, d.lgs. 165/2001](#)). In attuazione dei principi di legalità, imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., infatti, le progressioni fra aree avvengono esclusivamente tramite concorso pubblico e anche all'interno della stessa area le progressioni devono avvenire tramite selezione pubblica ([art. 52, comma 1-bis](#))<sup>3</sup>.

Il datore di lavoro pubblico può procedere all'**assegnazione temporanea di mansioni superiori** soltanto in ipotesi eccezionali e tassativamente previste, ossia per "obiettive esigenze di servizio" e a determinate condizioni (vacanza di posto in organico e sostituzione di altro dipendente assente con diritto a conservazione del posto: [art. 52, comma 2, d.lgs. 165/2001](#)). In questi casi, analogamente a quanto disposto in ambito privatistico, al lavoratore spetta il **diritto al trattamento economico** previsto per la qualifica superiore "per il periodo di effettiva prestazione" (comma 4, art. 52, cit.).

La norma definisce inoltre la nozione di "svolgimento di mansioni superiori", da intendersi come l'attribuzione di compiti propri di determinate mansioni in misura prevalente sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale ([art. 52, comma 3, d.lgs. 165/2001](#)).

Al di fuori di queste ipotesi tassative ed eccezionali, l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore è da considerarsi nulla, ma anche in questo caso al lavoratore è corrisposta la **differenza di trattamento economico con la qualifica superiore** ([art. 52, comma 5, d.lgs. 165/2001](#)).

## 2.1. L'individuazione delle mansioni nella contrattazione collettiva

Per quanto riguarda l'individuazione delle mansioni, nonostante il nuovo testo dell'art. 52 in esame (così come modificato dall'art. 62 del d.lgs. 150/2009, c.d. riforma Brunetta) faccia riferimento alle mansioni equivalenti nell'ambito "dell'area di inquadramento" e non più "della

---

<sup>2</sup> "Nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene 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" (art. 2103, comma 7, cod. civ.).

<sup>3</sup> Lo "sviluppo professionale", che consentiva l'acquisizione di una qualifica superiore nella disciplina previgente, scompare con l'art. 2 della legge n. 15 del 2009, che sancisce il principio di concorsualità non solo per l'accesso, ma anche per le progressioni di carriera nelle pubbliche amministrazioni. Si voleva in questo modo evitare l'introduzione di avanzamenti automatici di carriera, al fine di far prevalere il formale inquadramento rispetto a quello sostanziale dell'esercizio di fatto di mansioni superiori, considerato poco efficiente, in ragione delle possibili incompatibilità funzionali tra soggetti carenti di titoli e le competenze richieste in posizioni di grado elevato (cfr. D'APONTE M., *Progressioni di carriera e assegnazione di mansioni superiori nel pubblico impiego: la permanenza di una disciplina speciale tra esigenze di tutela ed abusi della p.a.*, in *Lavoro PA*, 2005, 5, pp. 833 e ss.). Sull'evoluzione normativa dell'istituto della disciplina delle mansioni nel lavoro pubblico cfr. BUSSOLARO A., *L'adibizione a mansioni superiori nel pubblico impiego, tra tutela del diritto alla retribuzione e specialità della disciplina* (nota a sentenza), in *Argomenti Dir. Lav.*, 2014, 2, pp. 523 e ss.

classificazione professionale prevista dai contratti collettivi”, non v'è dubbio che l'inquadramento in aree non possa che avvenire in sede di contrattazione collettiva nazionale.

D'altra parte, lo stesso art. 52 prevede espressamente la possibilità per la contrattazione collettiva di “*regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4*”, ossia gli “effetti” delle ipotesi eccezionalmente consentite di assegnazione temporanea di mansioni superiori ([art. 52, comma 6, secondo periodo, d.lgs. 165/2001](#)). La norma in questo caso si riferisce esclusivamente agli “effetti” e quindi è da escludere che il contratto collettivo possa modificare la disciplina generale dell'assegnazione di mansioni superiori. Allo stesso modo, la contrattazione collettiva non può modificare le disposizioni previste dal comma 5 (nullità dell'assegnazione fuori dei casi espressamente consentiti) e nemmeno introdurre forme di progressione automatica analoghe a quella prevista dall'art. 2103 c.c., perché il rinvio al contratto collettivo previsto dal comma 6 dell'art. 52 in esame non riguarda né il comma 5 né il comma 1 (che prevede appunto l'acquisizione della qualifica superiore esclusivamente a seguito di procedure concorsuali).

Per quanto riguarda **le università**, si deve fare riferimento all'[art. 24 \(Mansioni del lavoratore\)](#) e all'[art. 78 \(Il sistema di classificazione del personale\)](#) del CCNL del comparto Università 2006-2009, per effetto del rinvio generale operato dall'art. 1, comma 10 del CCNL del comparto Università e Istruzione per il triennio 2016-2018. Oltre alle numerose disposizioni che si limitano a richiamare o ribadire quanto già disposto dall'art. 52 del d.lgs. 165/2001, degno di nota è il comma 2 dell'art. 24 del CCNL 2006-2009, nella parte in cui prevede che “*l'equivalenza delle mansioni va valutata dal punto di vista della professionalità comunque acquisita dal lavoratore*”, limitando al “*consenso del lavoratore*” anche lo *ius variandi* tra “*mansioni incluse nella stessa categoria non equivalenti*”. Con l'avvertenza, però, che la citata disciplina contrattuale è stata formulata prima dell'entrata in vigore del nuovo testo dell'art. 52, comma 1, d.lgs. 165/2001. L'art. 62 del d.lgs. 150/2009, infatti, sostituendo l'espressione “classificazione professionale prevista dai contratti collettivi” con l'espressione “area di inquadramento” potrebbe comportare un'interpretazione restrittiva di questa disposizione contrattuale. D'altra parte, l'art. 78, comma 3, dello stesso CCNL precisa che, ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. 165/2001, “*all'interno di ciascuna categoria e area tutte le mansioni sono esigibili in quanto professionalmente equivalenti fatte salve quelle per il cui esercizio siano previste specifiche abilitazioni professionali e previa, quando occorra, apposita formazione professionale. L'assegnazione di mansioni equivalenti costituisce atto di esercizio del potere determinativo dell'oggetto del contratto di lavoro.*”<sup>4</sup>

## 2.2. Diritto alla differenza di trattamento economico con la qualifica superiore

Con l'ordinanza in commento, la Cassazione ribadisce il consolidato orientamento giurisprudenziale, in base al quale anche il dipendente pubblico, al quale sono state assegnate mansioni superiori al di fuori dei casi consentiti, ha **diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente** ai sensi dell'art. 36 Cost., che deve trovare integrale applicazione, senza sbarramenti temporali di alcun genere. Questa posizione era stata già ampiamente confermata in precedenza dalla Corte di Cassazione (*ex multis* [Cass. S.U. n. 25837/2007](#), si vedano in particolare i punti 6.4 e 6.5), secondo la quale l'art. 36 Cost. si estende ai casi in cui le mansioni attribuite al lavoratore siano in concreto svolte nella loro pienezza, sia per quanto attiene al profilo quantitativo che qualitativo dell'attività spiegata, sia per quanto attiene

<sup>4</sup> Sulla rilevanza del principio di equivalenza delle mansioni all'interno della stessa categoria, con riferimento al tema dello scorrimento delle graduatorie, vedi anche il commento dell'[Ufficio Studi del CoDAU, “Le aperture e i limiti imposti all'istituto dello scorrimento delle graduatorie”](#), 16 dicembre 2020, pp. 4 e ss..

all'esercizio dei poteri e alle correlative responsabilità attribuite. In questo senso va intesa anche la lettera della legge, che considera "svolgimento di mansioni superiori ... soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni" (art. 52, comma 3, d.lgs. 165/2001)<sup>5</sup>.

La Cassazione ha inoltre confermato il costante orientamento giurisprudenziale in base al quale il **diritto al compenso** per lo svolgimento di fatto di mansioni superiori è da riconoscere nella misura indicata nell'[art. 52, comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001](#) (ossia nella misura della "differenza di trattamento economico con la qualifica superiore") e **non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni**, 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 menzionato principio costituzionale.

Infine, sempre ai sensi dell'art. 52, comma 5, secondo periodo, "*il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggior onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave*". Il diritto al trattamento economico aggiuntivo a favore del lavoratore, tuttavia, va **escluso solo quando l'espletamento delle mansioni è 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.

### 3. Accertamento dello svolgimento delle mansioni superiori

Secondo l'orientamento consolidato della Suprema Corte nell'accertamento della fattispecie prevista dall'art. 52, comma 5, d.lgs. 165/2001 (di recente Cass. civ. Sez. lav., ord. 30580/2019), il procedimento logico giuridico diretto alla determinazione dell'inquadramento di un lavoratore subordinato si sviluppa in tre fasi successive, consistenti in:

- a) accertamento di fatto delle attività lavorative svolte in concreto;
- b) individuazione delle qualifiche previste dal contratto collettivo di categoria;
- c) raffronto tra il risultato della prima indagine fattuale e i testi della normativa contrattuale individuati nella seconda indagine.

L'osservanza dell'anzidetto criterio "trifasico" non è considerato uno schema procedimentale rigido, essendo sufficiente che ciascuno dei momenti di accertamento del fatto, di ricognizione delle declaratorie contrattuali e di valutazione finale trovi ingresso nel ragionamento decisorio.

#### 3.1. Rilevanza probatoria dell'atto di macro-organizzazione

Rispetto al menzionato schema logico giuridico consolidato nella giurisprudenza di legittimità, l'[ordinanza in commento \(Cass., ord. n. 2275/2021\)](#) pone in evidenza la rilevanza dell'atto di macro-organizzazione, con il quale l'amministrazione ha adattato alla propria struttura i profili professionali previsti dalla contrattazione collettiva, **sul piano dell'accertamento** dell'assegnazione di mansioni superiori.

---

<sup>5</sup> In tal senso vedi anche l'[art. 24, comma 4, del CCNL 2006-2009 del comparto Università](#): "L'attribuzione di singoli compiti propri di posizioni professionali appartenenti alla categoria superiore non comporta svolgimento di mansioni superiori ai sensi dell'art. 52 citato e del presente articolo, a meno che questi compiti, integrati con quelli che rimangono assegnati al dipendente, non realizzino i requisiti di autonomia e responsabilità propri della categoria superiore."

In particolare, la Suprema Corte ha affermato che *"nell'ambito del pubblico impiego contrattualizzato, l'accertamento dello svolgimento di mansioni superiori deve essere operato avuto riguardo all'atto di macro-organizzazione, di portata generale, con il quale l'amministrazione ha adattato alla propria struttura i profili professionali previsti dalla contrattazione collettiva, individuando i posti della pianta organica, dovendo escludersi che a tale compito possa provvedere il giudice, cui è devoluto il sindacato dei soli atti di organizzazione esecutiva, assunti con la capacità ed i poteri del datore di lavoro privato [...]. Dunque, è errata la sentenza nella parte in cui ha ritenuto irrilevante la previsione in pianta organica di una determinata posizione organizzativa, come pure l'effettiva adibizione ad essa della ricorrente, peraltro dopo il superamento di una prova selettiva per l'idoneità allo svolgimento delle relative mansioni."*

L'ordinanza in commento, dunque, da un lato ribadisce la natura pubblicistica degli atti di macro-organizzazione di cui all'art. 1, comma 1 e art. 4, commi 1 e 2, del d.lgs. 165/2001, che in quanto provvedimenti amministrativi sono sottratti al sindacato del giudice ordinario. D'altro lato, però, l'indicazione di determinati profili professionali previsti dalla contrattazione collettiva nell'ambito di un atto di macro-organizzazione consente al lavoratore di dimostrare che l'assegnazione a una posizione organizzativa predeterminata nell'atto generale integra l'ipotesi di assegnazione di mansioni superiori. Si realizza, in pratica, una sorta di inversione dell'onere della prova, per cui spetterà al datore di lavoro (e non al lavoratore) dimostrare che le mansioni svolte di fatto non corrispondono in modo prevalente al profilo professionale e alla posizione organizzativa prevista dall'atto generale di macro-organizzazione e al quale il lavoratore è stato formalmente (ancorché illegittimamente) adibito.