

**IL “FATTORE UMANO” NEGLI ENTI LOCALI: NUOVE FORME DI
INCENTIVAZIONE DEL PERSONALE DIPENDENTE ED ESERCIZIO DELLO JUS
VARIANDI DA PARTE DEL DATORE PUBBLICO.**

di Gaia Valeria Patierno

I.

Il processo di riforma della disciplina del lavoro pubblico ha attuato una vera e propria trasformazione finalizzata ad una sostanziale equiparazione con l'impiego privato, applicando, anche in tale ambito, le norme generali del diritto del lavoro e della contrattazione collettiva.

Con la legge 23 ottobre 1992, n. 241, contenente la delega al Governo per la razionalizzazione e revisione della disciplina del pubblico impiego, che ha trovato attuazione con il decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, il legislatore ha soppresso la necessaria ricezione della disciplina contrattata nelle forme del D.P.R., prevista dalla legge n. 93/83, compiendo un fondamentale passo verso la “contrattualizzazione” del rapporto giuridico tra la Pubblica Amministrazione ed i suoi dipendenti.

Nel 1997, poi, a quattro anni dall'inizio della privatizzazione del pubblico impiego, la legge 15 marzo 1997, n. 59 ha inaugurato un altro ambizioso progetto di riforma, incentrato sul trasferimento di compiti amministrativi esercitati dallo Stato a Regioni ed enti locali e sul conseguente ridimensionamento dell'apparato centrale.

Il completamento del processo di privatizzazione del pubblico impiego è strettamente connesso a questa riforma, infatti, il carattere incompiuto della prima privatizzazione, evidenziato dal permanere di settori e materie non interessate dalla riforma, ha indotto il legislatore del 1997 a riaprire i termini della delega del 1992, consentendo al Governo di riscrivere in gran parte i contenuti del D. Lgs. n.29/1993.

In attuazione della nuova delega sono stati emanati il decreto legislativo 4 novembre 1997, n. 396, ed il decreto legislativo 31 marzo 1998, n. 80.

In seguito, la legge 16 giugno 1998, n. 191 ha riaperto ancora i termini della delega, prorogandoli al 31 ottobre 1998, onde consentire ulteriori affinamenti nella materia, intervenuti con decreto legislativo 29 ottobre 1998, n. 387.

Da ultimo, l'intera normativa è stata recepita nel Testo Unico del pubblico impiego, Dlg.vo n. 165/2001.

II.

La scelta di accentuare in modo più marcato la differenza tra l'aspetto organizzativo della P.A. – regolato per legge ai sensi dell'art. 97 Cost. – e quello del rapporto di lavoro con i dipendenti – affidato alla contrattazione collettiva ed alla normativa di diritto privato – è stata dettata dalla necessità di razionalizzare l'amministrazione dall'interno e di improntare l'azione amministrativa ai nuovi parametri di efficienza, efficacia ed economicità. Il completamento di questo processo ha incontrato resistenze interne ed esterne, anche in considerazione del fatto che, dal punto di vista strettamente giuridico, permangono, comunque, aspetti differenziali tra il lavoro pubblico e quello privato.

In ambito locale, inoltre, la riforma del pubblico impiego è andata di pari passo con il nuovo assetto "efficientistico" inaugurato dalle leggi Bassanini del 1997, le quali, proponendo un modello di P.A. in cui il cittadino fosse "al centro del sistema", hanno reso necessario un radicale rinnovamento organizzativo e funzionale degli apparati pubblici locali, soprattutto in quelle realtà amministrative più vicine all'utenza ovvero erogatrici di servizi in prima battuta, come le amministrazioni comunali.

Questa linea di tendenza si conferma anche alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione operata dalla legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizioni per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale n. 3/2001.

Infatti, le prospettive attuali sono quelle di un consistente sviluppo delle autonomie, sia attraverso la devoluzione delle funzioni amministrative ai sensi del nuovo art. 118 Cost., in attuazione del principio di sussidiarietà verticale, sia mediante l'attribuzione della potestà legislativa esclusiva alle Regioni in importanti materie.

I principi e gli istituti normativi con i quali il legislatore ha intrapreso la riforma organizzativa delle amministrazioni locali possono essere sinteticamente individuati come segue:

- 1) rinnovata affermazione dei diritti dei cittadini e delle imprese ad avere servizi efficienti e di qualità in un contesto di trasparenza e partecipazione;
- 2) privatizzazione del rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici e conseguente contrattualizzazione della relativa disciplina;
- 3) distinzione tra funzioni di direzione politica e funzioni di gestione;

4) razionalizzazione della attività amministrativa secondo i principi ed i metodi della programmazione e del controllo di gestione.

Nel nuovo disegno, Comuni e Province costituiscono la punta più avanzata della modernizzazione organizzativa e, nello stesso tempo, i destinatari di nuove funzioni e competenze che ne prospettano un rafforzamento di identità e di ruolo, come soggetti protagonisti dello sviluppo delle comunità amministrative.

Ciò impegna gli Enti a ricostruire la propria struttura organizzativa, rendendola attivo strumento di supporto per la realizzazione delle politiche generali e dei programmi di intervento, attraverso la ricerca di modelli organizzativi possibili e funzionali alle specifiche esigenze, anche dimensionali.

L'indirizzo è sia quello di stabilire normative "leggere", che definiscano le linee fondamentali del modello di organizzazione, sia di lasciare ampi margini di determinazione agli organi gestionali preposti (dirigenti o responsabili degli uffici e servizi) per l'organizzazione degli uffici e la gestione dei rapporti di lavoro, assicurando così alla struttura, nel suo complesso, una maggiore flessibilità.

Nel contesto di tale adeguamento organizzativo delle Amministrazioni locali, il personale dipendente, in quanto "*fattore umano*", ha un ruolo fondamentale: è appunto sulle risorse umane che è necessario agire con coerenti politiche gestionali e formative secondo strutture proprie del lavoro privato, introducendo nuove forme di incentivazione del personale in base ai risultati ed al merito individuale, che incidano sia sullo *status* ricoperto in seno all'Ente di appartenenza, sia sulla struttura retributivaⁱ.

III.

Proprio in quest'ottica si inquadra la creazione dell'area delle posizioni organizzative ad opera degli artt. 8 – 11 del CCNL del 31.03.1999 per il Comparto Enti localiⁱⁱ, confermata dal nuovo CCNL del 22.01.2004: si dà, così, riconoscimento alla rilevanza professionale ed organizzativa di particolari posizioni di lavoro, differenziandone il trattamento economico ed assimilandolo a quello proprio dei dirigenti; il processo di riforma delle amministrazioni locali ha interessato, infatti, non solo le funzioni di livello dirigenziale, ma, in modo sempre più significativo, anche i funzionari dell'area direttiva, attraverso l'affidamento di compiti di strutture sub-dirigenziali o mediante lo svolgimento di attività di specifico carattere professionale.

Vengono, in tal modo, introdotti degli incarichi temporanei con carattere sostanzialmente "premiante" per quelle professionalità presenti in organico che siano chiamate a svolgere funzioni di direzione di unità operative di particolare complessità ed autonomia gestionale ed organizzativa, ovvero a svolgere attività di staff con particolari compiti di ricerca e studio o vigilanza e controllo, oppure, ancora, a svolgere attività ad alta professionalità correlata a scuole di specializzazione o all'iscrizione ad albi professionaliⁱⁱⁱ.

L'intero modello ha trovato la sua fonte di ispirazione nel contratto collettivo dell'area dirigenziale, dal quale ha mutuato le soluzioni più originali, anche in considerazione dell'esperienza positiva dello stesso in sede locale^{iv}.

La peculiarità dell'istituto sta nel fatto che gli incarichi connessi alle posizioni organizzative hanno natura precaria e temporanea: viene in sostanza individuato un nuovo ruolo all'interno dell'organizzazione, che si interpone tra dirigenti e funzionari, con forti responsabilità gestionali e di risultato, chiamato ad operare in stretta collaborazione con il dirigente sovraordinato.

Attribuzione delle tre posizioni di direzione temporanea in ialmmicL 0685 Tw (rgan3p

- 1) Comuni privi di dirigenza con responsabili degli uffici e dei servizi individuati fra il personale classificato nella categoria D;
- 2) Comuni privi non soltanto di dirigenza, ma altresì di personale della categoria D, con responsabili degli uffici e dei servizi individuati tra il personale della categoria C;
- 3) Comuni privi di posizioni dirigenziali, convenzionati tra di loro per l'esercizio di funzioni amministrative o per l'espletamento associato dei servizi.

Secondo la disciplina contrattuale, per ottenere l'incarico inerente ad una posizione organizzativa, i dipendenti devono appartenere necessariamente alla categoria D, qualora in seno all'Ente locale la relativa dotazione organica preveda anche un solo posto per la categoria medesima. L'assenza del titolare di categoria D o l'eventuale vacanza del correlato posto in organico non consente il valido affidamento dell'incarico ad un dipendente di categoria C, se non nei limiti in cui è legittimo il conferimento di mansioni superiori: le posizioni organizzative possono essere affidate, infatti, legittimamente a personale di categoria C o B solo qualora le medesime categorie risultino come dotazione organica di vertice per l'Ente locale stesso. Il CCNL 2004, all'art 11, comma 2, inoltre, prevede che i Comuni privi di dirigenza, in relazione alle specifiche esigenze organizzative derivanti dall'ordinamento vigente, possano individuare, se necessario, anche in via temporanea, le posizioni organizzative e che le stesse possano essere conferite anche al personale con rapporto a tempo parziale di durata non inferiore al 50% del rapporto a tempo pieno.

IV.

Essendo state introdotte allo scopo di accrescere la professionalità e l'efficienza delle amministrazioni locali è necessario che sussista la massima trasparenza possibile nelle procedure di conferimento e di revoca degli incarichi connessi alle posizioni organizzative. Essi, ai sensi dell'art. 9 del CCNL 1999, sono conferiti previa determinazione di criteri generali da parte degli Enti con atto scritto e motivato, tenendo conto della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale acquisita dal personale interessato rispetto alle funzioni ed attività da svolgere.

Nelle differenti realtà locali, sinora, non sono stati predisposti meccanismi di scelta omogenei, né è stata generalizzata – come sarebbe stato auspicabile - la prassi di procedere ad una valutazione comparativa, che, pur comportando una maggiorazione di costi per l'ente, avrebbe garantito l'effettivo affidamento degli incarichi ai soggetti più competenti e qualificati.

Così come il conferimento, anche la revoca degli incarichi avviene con atto scritto e motivato, dotato di una valenza latamente sanzionatoria qualora si verifichi una delle seguenti evenienze:

1) l'inosservanza delle direttive contenute nell'atto di conferimento (ad esempio, scostamento dalle modalità esecutive previste nell'atto di conferimento/grave mancata applicazione delle metodologie previste/accertato e palese inadeguamento dell'attività svolta al raggiungimento degli obiettivi);

2) l'accertamento di risultati negativi, compiuto nei percorsi valutativi, secondo le procedure predeterminate dall'Ente.

La revoca per intervenuti mutamenti organizzativi si ha, invece, quando, a seguito di ristrutturazioni della struttura dell'ufficio intervenute in corso di attività, emerga un nuovo modello organizzativo con la ricollocazione di funzioni che incidono sull'attività oggetto di posizione organizzativa. In tal caso, se la modifica organizzativo-istituzionale è tale da rendere inattuabile l'attività che forma oggetto di posizione organizzativa, questa può essere revocata, ferma restando la possibilità di rinegoziare l'incarico adattandolo, ove possibile, al nuovo contesto organizzativo.

V.

Al fine di impiegare al meglio il personale presente in organico, è possibile, inoltre, l'esercizio dello *jus variandi* in ordine alle mansioni da esercitare, con facoltà anche di assegnazione a mansioni superiori, nei casi tassativi di legge.

La variazione del contenuto delle mansioni e la temporanea assegnazione a mansioni superiori sono, quindi, anch'esse duttili strumenti utilizzati per incrementare l'efficienza dell'amministrazione, eliminando vuoti o evitando inutili duplicazioni.

La stessa declaratoria delle mansioni fornita dal nuovo ordinamento professionale per il comparto enti locali ha una struttura aperta, "a contenitore", che favorisce

l'integrazione in via analogica a seconda delle specifiche esigenze; il contratto individuale di lavoro sottoscritto dal dipendente costituisce il principale riferimento per la valutazione dell'effettiva equivalenza delle mansioni svolte rispetto al suo profilo professionale.

La disciplina dello *jus variandi* applicabile nel pubblico impiego diverge dalle previsioni civilistiche, infatti, ad esempio, ai sensi dell'art. 52 del T.U. n. 165/2001, non trova applicazione in ambito pubblico l'art. 2103 c.c. nella parte in cui prevede l'inquadramento automatico del dipendente nella qualifica superiore.

Il concetto stesso di "equivalenza" è stato oggetto di ripetute e non sempre concordi interpretazioni giurisprudenziali: "equivalenza" infatti, non è sinonimo di "identità", ma è certamente necessario che la mansione assegnata non aggravi la prestazione del lavoratore e che non lo pregiudichi sul piano della carriera e dal punto di vista gerarchico^{ix}.

L'indirizzo giurisprudenziale circa i criteri da utilizzare in relazione ai limiti dello *jus variandi* del datore di lavoro può essere riassunto, quindi, nei seguenti principi^x:

- 1) perché le nuove mansioni siano "equivalenti", in aderenza con quanto disposto dalla normativa civilistica, deve, innanzitutto, sussistere un' "equivalenza in astratto" e sotto il profilo formale;
- 2) anche se formalmente le mansioni rientrano in un medesimo livello contrattuale, è necessario verificare e confrontare il contenuto professionale delle mansioni sotto il profilo sostanziale.

Non è sufficiente, pertanto, che, astrattamente, le mansioni precedentemente svolte e quelle nuove siano comprese nel medesimo livello professionale e retributivo, ma va valutato anche se il mutamento di mansione comporti un effettivo aggravio della prestazione, se corrisponda alla specifica competenza del dipendente, se ne salvaguardi il livello professionale e, soprattutto, se il mutamento sia tale da consentire l'utilizzazione del patrimonio ed esperienza lavorativa acquisito nella pregressa fase del rapporto^{xi}. Questo perché l'indagine sull'equivalenza deve avere un concreto riscontro sul piano del quotidiano lavorativo del dipendente pubblico e, quindi, è necessario comunque accertarsi che vi sia un'equivalenza "in concreto" fra le mansioni svolte prima e dopo il mutamento^{xii}.

In ogni caso, infatti, occorre che le nuove mansioni rispetto a quelle precedentemente svolte consentano l'utilizzo ed il conseguente perfezionamento del

corredo di nozioni, esperienza e perizia acquisito nel corso di rapporto di lavoro con l'Ente locale di appartenenza, per cui la suddetta equivalenza non è configurabile qualora le nuove mansioni comportino uno stravolgimento o un depauperamento o una obsolescenza del patrimonio professionale del lavoratore^{xiii}. Qualora, in sede giudiziale, si accerti che sia stata posta in essere un'assegnazione di mansioni non equivalenti alle precedenti, ciò comporta la condanna del datore di lavoro alla reintegrazione del lavoratore nelle precedenti mansioni o in altre equivalenti, nonché al risarcimento del danno, determinabile, in via equitativa, in una quota della retribuzione mensile commisurata alla durata della dequalificazione^{xiv}.

VI.

Per quanto riguarda, infine, l'assegnazione del dipendente a mansioni superiori, essa può effettuarsi nei limiti stabiliti dall'art 52, comma 2, del Dlg.vo n. 165/2001^{xv} e dall'art. 8 CCNL 14.09.2000, ovvero per obiettive esigenze di servizio, 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, o 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. In tali casi, il dipendente ha diritto, per il periodo di effettiva prestazione, al trattamento previsto per la qualifica superiore. Al fuori di dette ipotesi, l'assegnazione è nulla, ma al lavoratore deve essere corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti di carriera automatici.

Nelle amministrazioni locali, sin dall'unità d'Italia, il problema della riforma in senso efficientistico si è sempre intrecciato alla complessa questione dei rapporti centro/periferia e all'esigenza di fornire una risposta unitaria a realtà geograficamente e numericamente così dissimili tra loro. Questo problema è presente anche oggi e trova sbocco nelle istanze autonomistiche che si fanno sentire da più parti, giungendo sino alla riforma della nostra carta costituzionale in senso "federalistico". Attraverso il corretto utilizzo di strumenti come quelli sopra trattati, è possibile rispondere alle esigenze di efficienza dell'amministrazione locale, ponendola nelle condizioni di gestirsi in maniera efficace e senza sprechi, sia in relazione agli obiettivi prefissati, sia in relazione ai bisogni dell'utente finale: il cittadino.

Note.

ⁱ In dottrina si cfr., G. D'Auria: "il lavoro pubblico dopo il nuovo Titolo V (parte seconda) della costituzione", in "Il lavoro nelle pubbliche amministrazioni", giuffrè, 2001.

ⁱⁱ ART. 8 CCNL 31/3/1999: "1. Gli enti istituiscono posizioni di lavoro che richiedono, con assunzione diretta di elevata responsabilità di prodotto e di risultato: a) lo svolgimento di funzioni di direzione di unità organizzative di particolare complessità, caratterizzate da elevato grado di autonomia gestionale e organizzativa; b) lo svolgimento di attività con contenuti di alta professionalità e specializzazione correlate a diplomi di laurea e/o di scuole universitarie e/o alla iscrizione ad albi professionali; c) lo svolgimento di attività di staff e/o di studio, ricerca, ispettive, di vigilanza e controllo caratterizzate da elevate autonomia ed esperienza. 2. Tali posizioni, che non coincidono necessariamente con quelle già retribuite con l'indennità di cui all'art. 37, comma 4, del CCNL del 6.7.1995, possono essere assegnate esclusivamente a dipendenti classificati nella categoria D, sulla base e per effetto d'un incarico a termine conferito in conformità alle regole di cui all'art. 9".

ART. 9 CCNL 31/3/1999: "1. Gli incarichi relativi all'area delle posizioni organizzative sono conferiti dai dirigenti per un periodo massimo non superiore a 5 anni, previa determinazione di criteri generali da parte degli enti, con atto scritto e motivato e possono essere rinnovati con le medesime formalità. 2. Per il conferimento degli incarichi gli enti tengono conto - rispetto alle funzioni ed attività da svolgere - della natura e caratteristiche dei programmi da realizzare, dei requisiti culturali posseduti, delle attitudini e della capacità professionale ed esperienza acquisiti dal personale della categoria D. 3. Gli incarichi possono essere revocati prima della scadenza con atto scritto e motivato, in relazione a intervenuti mutamenti organizzativi o in conseguenza di specifico accertamento di risultati negativi. 4. I risultati delle attività svolte dai dipendenti cui siano stati attribuiti gli incarichi di cui al presente articolo sono soggetti a valutazione annuale in base a criteri e procedure predeterminati dall'ente. La valutazione positiva dà anche titolo alla corresponsione della retribuzione di risultato di cui all'art. 10, comma 3. Gli enti, prima di procedere alla definitiva formalizzazione di una valutazione non positiva, acquisiscono in contraddittorio, le valutazioni del dipendente interessato anche assistito dalla organizzazione sindacale cui aderisce o conferisce mandato o da persona di sua fiducia; la

stessa procedura di contraddittorio vale anche per la revoca anticipata dell'incarico di cui al comma 3. 5. La revoca dell'incarico comporta la perdita della retribuzione di cui all'art. 10 da parte del dipendente titolare. In tal caso il dipendente resta inquadrato nella categoria di appartenenza e viene restituito alle funzioni del profilo di appartenenza. 6. La disciplina del conferimento degli incarichi prevista dal presente articolo entra in vigore con il CCNL del quadriennio 1998-2001 con le decorrenze che saranno ivi previste e presuppone, altresì, che gli enti abbiano realizzato le seguenti innovazioni entro il termine di sei mesi dalla data di stipulazione dello stesso CCNL: a) attuazione dei principi di razionalizzazione previsti dal D.Lgs. n. 29 del 1993 e successive modificazioni ed integrazioni e, in particolare, dagli artt. 3, 4, 7, 9 e dal titolo II, capo II; b) ridefinizione delle strutture organizzative e delle dotazioni organiche dell'ente; c) istituzione e attivazione dei servizi di controllo interno o dei nuclei di valutazione”.

ART. 10 CCNL 31/3/1999 INTEGRATO DALL'ART.8 CCNL 5/10/2001: “1. Il trattamento economico accessorio del personale della categoria D titolare delle posizioni di cui all'art. 8 è composto dalla retribuzione di posizione e dalla retribuzione di risultato. Tale trattamento assorbe tutte le competenze accessorie e le indennità previste dal vigente contratto collettivo nazionale, compreso il compenso per il lavoro straordinario, secondo la disciplina del CCNL per il quadriennio 1998-2001. 2. L'importo della retribuzione di posizione varia da un minimo di L. 10.000.000 ad un massimo di L. 25.000.000 annui lordi per tredici mensilità. Ciascun ente stabilisce la graduazione della retribuzione di posizione in rapporto a ciascuna delle posizioni organizzative previamente individuate 3. L'importo della retribuzione di risultato varia da un minimo del 10% ad un massimo del 25% della retribuzione di posizione attribuita. Essa è corrisposta a seguito di valutazione annuale. 4. Il valore complessivo della retribuzione di posizione e di risultato non può essere comunque inferiore all'importo delle competenze accessorie e delle indennità assorbite ai sensi del comma 1. 5. Le risorse previste dall'art. 4, comma 3, sono destinate anche ad incrementare la retribuzione di risultato del personale incaricato delle posizioni organizzative competenti per materia, anche ad integrazione del limite percentuale massimo stabilito dall'art. 10, comma 3, del CCNL del 31.3.1999. 6. In materia di conferimento degli incarichi relativi alle posizioni organizzative, è confermata in via esclusiva la disciplina dell'art. 11, del CCNL del 31.3.1999, in particolare per la parte

relativa alla individuazione della categoria dei lavoratori che possono essere incaricati della responsabilità delle posizioni organizzative negli enti privi di personale con qualifica dirigenziale, anche nella vigenza dell'art.109, comma 2, del T.u.e.l. n. 267/2000”.

ART. 11 CCNL 31/3/1999: “1. I Comuni privi di posizioni dirigenziali, che si avvalgano della facoltà di cui all'art. 51, comma 3 bis, della L. 142/90 introdotto dalla L. 191/1998 e nell'ambito delle risorse finanziarie ivi previste a carico dei rispettivi bilanci, applicano la disciplina degli artt. 8 e ss. esclusivamente a dipendenti cui sia attribuita la responsabilità degli uffici e dei servizi formalmente individuati secondo il sistema organizzativo autonomamente definito e adottato. 2. I Comuni di cui al comma 1 stabiliscono il valore economico della retribuzione di posizione e di risultato attribuibile al personale di cui allo stesso comma classificato nella categoria D, nell'ambito dei limiti definiti dall'art. 10. 3. Nel caso in cui siano privi di posizioni della categoria D, i Comuni applicano la disciplina degli artt. 8 e ss. ai dipendenti di cui al comma 1 classificati nelle categorie C o B, ove si avvalgano della facoltà di cui alla disciplina di legge richiamata nello stesso comma 1. In tal caso, il valore economico della relativa retribuzione di posizione può variare da un minimo di L. 6.000.000 ad un massimo di L. 15.000.000 annui lordi per tredici mensilità⁴. Nei Comuni tra loro convenzionati per l'esercizio di funzioni amministrative o per l'espletamento associato dei servizi, ai responsabili degli uffici o dei servizi che svolgano la loro funzione anche per gli altri Comuni si applica, limitatamente al periodo di effettivo svolgimento delle predette funzioni, la disciplina dell'area delle posizioni organizzative di cui agli artt. 8 e ss., in attuazione della disciplina di legge richiamata nel comma 1.”

ⁱⁱⁱ In dottrina si cfr., D.Di Cocco “Commento agli artt. 8,9,10 e 11 del CCNL sulla nuova classificazione del personale” reperibile su www.provincia.verona.it .

^{iv} In dottrina si cfr., J.Landau e M. Petrelli “Riorganizzazione a 5 corsie per gli uffici: Restyling delle posizioni con aumenti di retribuzione, maggiore pianificazione, progetti trasversali, attività di staff e accorpamenti ” in “Il sole 24 ore/Enti Locali” del 10 aprile 2000, in cui si evidenzia come siano ancora relativamente poche, a tutt’oggi, le Amministrazioni che sono ricorse o intendono ricorrere alle posizioni organizzative per compensare posizioni con contenuti di alta professionalità – cd. “professionals” - o per lo svolgimento di attività di staff. Per il primo caso, lo scarso utilizzo dell'istituto è dovuto alla particolarità delle cd. “professionals” e delle relative carriere, essendo state sino ad ora

riconosciute unicamente da norme ad hoc, come, ad esempio, la legge Merloni, le quali hanno provveduto anche ad adeguare le retribuzioni alle peculiari professionalità. Nel caso delle attività di staff invece, ci si trova di fronte ad una situazione "di fatto", dove lo staff costituisce un area di studio e/o ricerca dedicata, però, frequentemente, ad attività slegate dalle esigenze e dalla realtà interna all'Ente locale. Spesso, infatti, nelle realtà organizzative del settore pubblico, esso è stato inteso come una sorta di "cellula logistica", cui si è fatto ricorso per collocare quei dirigenti per i quali, da un lato, non si riteneva adeguato l'incarico di direzione di struttura, ma, al tempo stesso, non era assolutamente possibile provvedere ad un più idoneo collocamento degli stessi al di fuori dell'Ente.

^v In tal senso, infatti, Art. 10, comma 3, CCNL 2004: "Gli enti adottano atti organizzativi di diritto comune, nel rispetto del sistema di relazioni sindacali vigente:

- a) per la preventiva disciplina dei criteri e delle condizioni per la individuazione delle competenze e responsabilità di cui al precedente comma 2, lett. a) e b) e per il relativo affidamento;
- b) per la individuazione dei criteri utili per la quantificazione dei valori della retribuzione di posizione e di risultato;
- c) per la definizione dei criteri e delle procedure destinate alla valutazione dei risultati e degli obiettivi, nell'ambito del vigente sistema di controllo interno".

^{vi} In dottrina si cfr., D. Iaria 'L' incarico dirigenziale e l'incarico relativo all'area delle posizioni organizzative: le convergenze parallele" reperibile su www.ilpersonale.it, ove si rappresenta che non si rinviene traccia del riconoscimento della figura istituzionale del "quadro" nell'ordinamento professionale scaturito dall'accordo del 31 marzo 1999, il quale, probabilmente, al fine di "depotenziare la mina delle mansioni superiori" ha, sostanzialmente, accorpato l'ottava qualifica funzionale nella stessa categoria degli ex "settimi livelli", creando un'unica macro categoria D all'interno della quale sussistono unicamente differenze di livello economico – tra D1, D2, D3 - non correlate, quanto meno in prospettiva, ad alcuna distinzione di carattere professionale.

Appare, pertanto, giuridicamente scorretto affermare che la risposta al problema "quadri" sia stata data attraverso l'introduzione delle posizioni organizzative. Difatti, è importante sottolineare la differenza ontologica esistente tra le due figure: mentre il "quadro" è una qualifica in senso proprio, dotata del carattere della stabilità e al cui conferimento conseguono determinati meccanismi di tutela, come ad esempio il disposto dell'art. 2103

c.c., viceversa, la posizione organizzativa non è altro che un incarico a termine, avente ad oggetto lo svolgimento di specifici compiti di particolare rilievo, ancorché di norma ascrivibili al mansionario-base della qualifica posseduta. Allo stato, l'attribuzione dell'incarico della posizione organizzativa non incide in alcun modo sul livello di inquadramento del dipendente incaricato, nel senso che, durante e dopo l'incarico, il dipendente stesso mantiene la qualifica posseduta precedentemente all'incarico stesso, che poteva essere quella sub dirigenziale apicale ovvero altra anche inferiore, a seconda della consistenza dell'organico dell'Ente locale di appartenenza. Pertanto, le posizioni organizzative non sono equiparabili alla cd. "area dei quadri", né costituiscono una risposta adeguata alle mai sopite questioni circa la configurabilità degli stessi nel settore pubblico, ciononostante, in più di un'occasione, esse sono state prospettate come soluzione adeguata a fronteggiare l'aspettativa del personale direttivo di più elevato livello di differenziarsi dal residuo personale sia sotto il profilo funzionale che dal punto di vista retributivo. Il problema dei "quadri", dunque, rimane senza soluzione, benchè stata, addirittura, prospettata la parziale nullità del contratto collettivo del 31 marzo 1999, per contrasto con l'art. 1 della legge n. 190/85, nella parte in cui, nel ridisegnare l'ordinamento professionale dei dipendenti degli Enti locali, si è "dimenticato" di tale figura professionale. Qualora in sede giudiziale trovasse concreto riscontro tale ipotizzata declaratoria giudiziale di invalidità, ciò potrebbe legittimare gli eventuali lavoratori ricorrenti ad ottenere il reinquadramento diretto nella qualifica de qua, conformemente a quell'indirizzo giurisprudenziale che ritiene che, laddove la contrattazione collettiva non abbia provveduto, con norme proprie, a fornire piena e puntuale attuazione alle disposizioni normative vigenti, il giudice possa attribuire la qualifica di quadro al lavoratore dipendente sulla base delle indicazioni specifiche poste dalla legge n. 190/85. Il CCNL 2004, al capoverso dell'art.12 parla esplicitamente di "rivedere i profili professionali alla luce di nuove competenze e professionalità", cosa che si pone in linea con l'interpretazione auspicata, come, del pari, l'art. 17 bis, norma introdotta nel Dlg.vo 165/2001 ad opera della legge n.145/2002, che prevede, limitatamente al comparto Ministeri, l'istituzione di un'apposita area della "vicedirigenza" nella quale venga compreso il personale laureato, appartenente alle posizioni C2 e C3 che abbia maturato complessivamente cinque anni di anzianità in dette posizioni o nelle corrispondenti qualifiche VIII e IX del preesistente ordinamento.

^{vii} Dlg.vo n.165/2001, art. 17 bis. Vicedirigenza: "La contrattazione collettiva del comparto Ministeri disciplina l'istituzione di un'apposita area della vicedirigenza nella quale è ricompreso il personale laureato appartenente alle posizioni C2 e C3, che abbia maturato complessivamente cinque anni di anzianità in dette posizioni o nelle corrispondenti qualifiche VIII e IX del precedente ordinamento. In sede di prima applicazione la disposizione di cui al presente comma si estende al personale non laureato che, in possesso degli altri requisiti richiesti, sia risultato vincitore di procedure concorsuali per l'accesso alla ex carriera direttiva anche speciale. I dirigenti possono delegare ai vice dirigenti parte delle competenze di cui all'articolo 17.

La disposizione di cui al comma 1 si applica, ove compatibile, al personale dipendente dalle altre amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, appartenente a posizioni equivalenti alle posizioni C2 e C3 del comparto Ministeri; l'equivalenza delle posizioni è definita con decreto del Ministro per la funzione pubblica, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze. Restano salve le competenze delle regioni e degli enti locali secondo quanto stabilito dall'articolo 27".

^{viii} Si veda la nota n. 2.

^{ix} In merito cfr. Cass. Civ. Sez. lav. 3 novembre 1997, n. 10775, in cui si precisa come l'esercizio dello jus variandi, comunque, non siamesamente discrezionale, bensì subordinato al rispetto dei due seguenti requisiti, vale a dire:

- 1) il rispetto della retribuzione percepita;
- 2) il principio dell'equivalenza, dal punto di vista professionale, delle mansioni assegnate rispetto a quelle svolte in precedenza.

Il primo limite deriva dalla necessità di conformarsi al principio generale del divieto della reformatio in pejus, l'art. 2103 C.C. , infatti, come modificato dalla legge 20 maggio 1970, n. 300, espressamente prevede che l'assegnazione a mansioni equivalenti debba avvenire "senza alcuna diminuzione della retribuzione".

Tale principio, ancorché non espressamente richiamato, deve ritenersi applicabile in mancanza di una diversa regolamentazione, in quanto principio generale del nostro ordinamento. Per fornire una più puntuale definizione del secondo limite, non è sufficiente richiamarsi alla previsione contenuta nella disciplina contrattuale, che afferma espressamente la piena fungibilità delle mansioni all'interno della stessa categoria, ma occorre fare riferimento alle interpretazioni che di ciò ha fornito la giurisprudenza di

legittimità e di merito, essa ha sostenuto, in molteplici occasioni, infatti, che nell'indagine circa l'equivalenza, non è sufficiente il riferimento in astratto al "livello di categoria", ma è necessario accertare che le nuove mansioni siano "aderenti alla specifica competenza tecnico – professionale del dipendente, salvaguardandone il livello professionale acquisito e l'accrescimento delle sue capacità professionali".

^x Tribunale di Udine, sezione lavoro, sentenza del 4/2/2000.

^{xi} In merito cfr. Cass. Civ. Sez. lav. 21 ottobre 1997, n. 1033, secondo cui l'equivalenza delle nuove mansioni, presupposto dello jus variandi del datore di lavoro, non va affatto intesa, in senso restrittivo, unicamente come "identità delle nuove mansioni alle precedenti", è, infatti, sufficiente che il mutamento "non aggravi la prestazione del lavoratore e non lo pregiudichi sul piano della carriera, incidendo sulla categoria e sul grado di appartenenza o determinando una collocazione più sfavorevole dal punto di vista gerarchico". Tale valutazione va compiuta avendo riguardo alla concreta situazione di lavoro del dipendente interessato.

^{xii} Si veda in proposito Cass. Civ. Sez. lav. 20 marzo 2002, n. 4012, che afferma quanto segue: "Quando il dipendente contesti la legittimità del cambiamento delle proprie mansioni e sostenga di aver subito una dequalificazione professionale, l'indagine devoluta al giudice del merito, da effettuare per gradi, si articola in varie direzioni e riguarda, precisamente:

- l'accertamento delle mansioni previste all'atto della assunzione e concretamente, poi, svolte dal dipendente;
- l'esatto inquadramento delle stesse nel corrispondente livello del contratto collettivo di categoria;
- la rigorosa individuazione delle nuove mansioni affidate al lavoratore, ed il loro inquadramento nella declaratoria della contrattazione collettiva;
- l'equivalenza, o meno, delle nuove mansioni a quelle precedentemente espletate, rispetto all'inquadramento di categoria previsto nel CCNL;
- l'accertamento comparativo delle mansioni in concreto, sotto il profilo della loro equivalenza o meno, in relazione alla competenza richiesta, al livello professionale raggiunto ed alla utilizzazione del patrimonio professionale acquisito nella pregressa fase del rapporto e nella precedente attività svolta;

-
- l'applicazione del principio secondo cui il lavoratore deve essere adibito a funzioni confacenti alle proprie qualità, nell'ottica di un costante loro affinamento e di una progressiva evoluzione delle stesse. "

Anche precedentemente la giurisprudenza di legittimità (valga una per tutte Cass. Civ. Sez. lav. 8 febbraio 1999 n. 1074) aveva ritenuto che l'indagine sulla equivalenza o meno delle mansioni dovesse essere attuata "in base non ad un criterio formalistico, ma al contenuto ed alla natura delle prestazioni effettivamente svolte"; qualora il mutamento venga in concreto effettuato motivandolo unicamente attraverso "il riferimento in astratto al livello o grado del sistema di classificazione adottato dalla contrattazione collettiva" esso "non è di per sé sufficiente ai fini dell'accertamento dell'equivalenza", poiché questa ultima presuppone che "le nuove mansioni, pur se non identiche, siano aderenti alla specifica competenza tecnico professionale, e siano in ogni caso tali da consentire l'utilizzazione del patrimonio professionale acquisito nella pregressa fase del rapporto". Qualora ciò non avvenga, il provvedimento del datore di lavoro, non adeguatamente motivato, è da ritenersi nullo, poiché integra un inadempimento parziale del contratto di lavoro e non può in alcun modo ritenersi sussistente una presunzione di legittimità atta a dispiegare effetti conservativi dello stesso. E' compito del giudice porre in essere "una comparazione in concreto delle mansioni in precedenza svolte dal dipendente e di quelle affidategli successivamente" per potersi rendere conto della legittimità o meno dell'avvenuto mutamento. (si veda in merito Cass. Civ. Sez. lav. n. 8096 del 4 giugno 2002).

^{xiii} Si veda in proposito Trib. S. Angelo dei Lombardi ordinanza del 4/7/00 ed anche Cass. Civ. Sez. lav. 22 aprile 1995, n. 4561 e 9 giugno 1997, n.5162, concordi, rispettivamente, nell'affermare che l'atto di conferimento delle nuove mansioni al dipendente è legittimo, inoltre, qualora "non incide sulla dignità lavorativa potendosi ricondurre al principio della fisiologica rotazione degli incarichi" e fin quando "non comporta un attuale depauperamento economico": qualora sorgano contestazioni in merito, spetta a colui il quale "contesta l'equivalenza, provare il proprio assunto" (così anche Cass. Civ. Sez. lav. 3 dicembre 1996). Nello stesso senso, Cass. Civ. Sez. lav. 25 novembre 1995, n. 12121, che ulteriormente specifica come la relativa indagine giudiziale vada, parimenti, effettuata in base "non ad un criterio formalistico, bensì rispetto al contenuto e alla natura delle prestazioni effettivamente svolte"^{xiii}, in modo tale da accertare la concreta sussistenza

dell'equivalenza, "a prescindere dalle valutazioni convenzionali che ne abbiano fornito le parti".

^{xiv} Trib. Milano 6 luglio 1996.

^{xv} Art. 52, comma 1, Dlg.vo 165/2001 Disciplina delle mansioni: " 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.