

L'espletamento di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente e le differenze retributive

Autore: sentenza

In: Diritto del lavoro

È possibile affermare la non rilevanza delle mansioni di fatto espletate da pubblici dipendenti in considerazione del fatto che:

- la disposizione di cui all'art. 36 Cost. non trova incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in tale ambito altri principi di eguale rilevanza (ossia quelli del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione, nonché quello della rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei dipendenti), principi che non consentono di dare riconoscimento giuridico ed economico alle dette mansioni superiori in via di fatto espletate;

- l'art. 57 del D. Lgs. 3.2.1993 n. 29, abrogato dall'art. 43 del D.Lgs. 31.3.1998 n. 80, non ha mai avuto applicazione;

- l'art. 56 del D. Lgs. n. 29/1993, nel testo sostituito con l'art. 25 del D. Lgs. n. 80/1998, ha previsto la retribuzione dello svolgimento delle mansioni superiori, rinviandone l'applicazione in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti da parte dei contratti collettivi;

- l'art. 15 del D.Lgs. n. 387/1998 esplica i propri effetti a decorrere a dalla data della sua entrata in vigore e non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse;

Deve anche escludersi l'applicabilità al rapporto di pubblico impiego dell'art. 2103 c.c.. - secondo cui l'assegnazione a mansioni superiori dopo un certo termine ed a determinate condizioni diviene definitiva - affermandosi invece il principio (opposto e riconducibile agli artt. 51, comma 1, e 97 Cost.) secondo cui la qualifica spettante all'impiegato è quella conseguita al momento dell'assunzione o successivamente nei modi previsti dalle leggi o dai regolamenti, e riconoscendo, inoltre, il diritto alle differenze retributive corrispondenti alle superiori mansioni svolte soltanto in presenza di una norma speciale che consenta tale assegnazione e la maggiorazione retributiva.

E quindi, il diritto del pubblico dipendente alle differenze retributive spettanti in conseguenza dell'espletamento di mansioni superiori può essere riconosciuto con carattere di generalità solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 387/1998 (22.11.1998), giacché il riconoscimento di tale diritto effettuato dal legislatore ha un evidente carattere innovativo che non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse.

Estremi:

N. 00502/2010 REG.DEC.

N. 01243/2004 REG.RIC.

N. 01244/2004 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sui ricorsi numero di registro generale 1243 e numero 1244 del 2004, proposti da:

Badia Mauro e *****, rappresentati e difesi dall'avv. *****, presso lo stesso elettivamente domiciliati in Roma, via Paolo Emilio, 7;

contro

C.O.N.I. in persona del presidente in carica, rappresentato e difeso dall'avv. *****, presso lo stesso elettivamente domiciliato in Roma, piazza Mancini 4 Sc.F;

per la riforma

quanto al ricorso n. 1243 del 2004:

della sentenza del Tar Lazio - Roma sezione III Ter n. 12918/2002, resa tra le parti, concernente ILLEGITTIMITA' TRATTAMENTO NORMATIVO OPERATO DAL CONI PER L'INQUADRAMENTO.

quanto al ricorso n. 1244 del 2004:

della sentenza del Tar Lazio - Roma sezione III Ter n. 12920/2002, resa tra le parti, concernente ILLEGITTIMITA' TRATTAMENTO NORMATIVO OPERATO DAL CONI PER L'INQUADRAMENTO.

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del CONI in entrambi gli appelli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2009 il consigliere *****, nessuno essendo presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con distinti atti di appello, Badia Mauro e *****, dipendenti del Comitato Olimpico Nazionale - CONI, chiedono la riforma delle sentenze, di contenuto analogo, con le quali il Tar del Lazio ha respinto i ricorsi presentati per contestare il trattamento normativo e stipendiale operato dall'Amministrazione di appartenenza.

Con ricorsi analoghi, gli interessati hanno sostenuto che le reali mansioni svolte presso il CONI, a decorrere dal 29 dicembre 1986 il Badia e dall'1 ottobre 1974 il *****, corrispondono a quelle di massofisioterapista, mentre il profilo formalmente attribuito è quello di ausiliario o tecnico del ruolo amministrativo. Essi rivendicano pertanto l'applicazione del contratto collettivo di lavoro in base alle mansioni realmente svolte e la conseguenziale corresponsione delle differenze stipendiali tra quanto percepito e la retribuzione sindacale, in applicazione degli artt. 36 e 37 della Costituzione e dell'art. 2029 del codice civile.

Le sentenze impugnate, dopo aver respinto l'eccezione di difetto di giurisdizione, hanno rilevato che il principio fondamentale di selezione del personale mediante concorso, codificato dall'art. 97 della Costituzione e dall'art. 19 della legge n. 93 del 1983 e che richiede il superamento del pubblico concorso per l'accesso alle qualifiche superiori, osta al riconoscimento dell'inquadramento rivendicato dai ricorrenti sulla base del mero svolgimento di fatto delle correlative mansioni. Per quanto riguarda poi il preteso diritto alla corresponsione del trattamento economico corrispondente a tali mansioni, le sentenze hanno richiamato le decisioni n. 22 del 1999, n. 10 e n. 11 del 2000 e n. 12 del 2002 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, che hanno ribadito l'irrilevanza giuridica ed economica dello svolgimento di mansioni superiori nell'ambito del pubblico impiego, salva diversa previsione normativa.

Avverso le sentenze impugnate i ricorrenti deducono di aver contestato tempestivamente, con lettere formali indirizzate all'Amministrazione, l'inquadramento attribuito e che la mancata impugnazione non costituisce, in ogni caso, preclusione alla rivendicazione della esatta misura della retribuzione. Gli appellanti ritengono che le proprie pretese trovino conforto in quanto prevede il regolamento organico del personale del CONI, emanato in data successiva alla notifica del ricorso, che all'art. 19 riconosce un'area paramedica per il personale inquadrato nella categoria dei servizi tecnici, e concludono per il riconoscimento dell'inquadramento richiesto o, quantomeno, del diritto alla corresponsione delle differenze retributive.

Si è costituita l'Amministrazione, insistendo per la conferma delle sentenze impugnate.

DIRITTO

Gli appelli, proposti contro sentenze del tutto analoghe, avverso le quali sono fatte valere le medesime censure, devono essere respinti (e può, pertanto, prescindere dall'esaminare le eccezioni preliminari svolte dall'amministrazione resistente).

Invero, le varie questioni che ora vengono riproposte nell'odierno appello sono state già affrontate e risolte dalla giurisprudenza amministrativa, in particolare con le decisioni della Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 22 del 18.11.1999 e n. 11 del 23.2.2000, più volte richiamate, per pronunciare l'infondatezza di analogo ricorso, in decisioni del Consiglio di Stato (per tutte, vedi la decisione 18 settembre 2009, n. 5605).

Il Collegio ritiene che nell'esame della presente controversia non vi siano ragioni per discostarsi dalle statuizioni delle predette decisioni, che consentono, attraverso un percorso logico giuridico condiviso, di affermare, anche nel presente caso, la non rilevanza delle mansioni di fatto espletate da pubblici dipendenti .

In particolare, va fatto rinvio alle statuizioni secondo cui:

- la disposizione di cui all'art. 36 della Costituzione non trova incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in tale ambito altri principi di eguale rilevanza (ossia quelli del buon andamento e dell'imparzialità dell'Amministrazione, nonché quello della rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei dipendenti), principi che non consentono di dare riconoscimento giuridico ed economico alle dette mansioni superiori in via di fatto espletate;

- l'art. 57 del D. Lgs. 3.2.1993 n. 29, abrogato dall'art. 43 del D.Lgs. 31.3.1998 n. 80, non ha mai avuto applicazione;

- l'art. 56 del D. Lgs. n. 29/1993, nel testo sostituito con l'art. 25 del D. Lgs. n. 80/1998, ha previsto la retribuzione dello svolgimento delle mansioni superiori, rinviandone l'applicazione in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti da parte dei contratti collettivi;

- l'art. 15 del D.Lgs. n. 387/1998 esplica i propri effetti a decorrere a dalla data della sua entrata in vigore e non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse;

Va fatto rinvio anche alle statuizioni della giurisprudenza amministrativa che hanno escluso l'applicabilità al rapporto di pubblico impiego dell'invocato art. 2103 c.c.. - secondo cui l'assegnazione a mansioni superiori dopo un certo termine ed a determinate condizioni diviene definitiva - affermando invece il principio opposto, riconducibile agli artt. 51, comma 1, e 97 Cost., secondo cui la qualifica spettante all'impiegato è quella conseguita al momento dell'assunzione o successivamente nei modi previsti dalle leggi o dai regolamenti, e riconoscendo, inoltre, il diritto alle differenze retributive corrispondenti alle superiori mansioni svolte soltanto in presenza di una norma speciale - mancante nel caso di specie - che consenta tale assegnazione e la maggiorazione retributiva (in tal senso, cfr. Ad. Plen. n. 22/1999 cit.).

Occorre rilevare poi che la disciplina generale circa il conferimento delle mansioni superiori, stabilita con l'art. 57 del D.Lgs. 3.2.1993, n. 29 è stata abrogata dall'art. 43 del D.Lgs. 31.3.1998 n. 80. (in tal senso, cfr., Cons. Stato, VI, n. 2705/2006).

Vero è, peraltro, che la materia in questione è stata regolamentata successivamente (v. testo dell'art. 56 del D.Lgs. n. 29/1993 sostituito dall'art. 25 del D.Lgs. n. 80 del 1998) con una rinnovata disciplina dell'istituto della temporanea assegnazione di mansioni superiori nel pubblico impiego, (secondo la quale, nella sostanza, spettano al dipendente "le differenze retributive" tra il trattamento economico della qualifica di appartenenza e quello della qualifica superiore anche nel caso che l'attribuzione di mansioni superiori sia nulla); ma è altresì vero che pure l'operatività di tale norma è stata rinviata fino all'attuazione della nuova disciplina dei CCNL che avrebbero stabilito anche la relativa decorrenza; sicché fino a tale data, l'espletamento di funzioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza non poteva determinare in alcun caso il diritto da parte del dipendente ad ottenere differenze retributive o ad avanzamenti automatici nel proprio inquadramento.

In proposito va rilevato, comunque, che l'art. 15 del D.Lgs. n. 387/1998, sopra richiamato, ha soppresso, poi l'espressione "a differenze retributive o", manifestando così l'intento di rendere subito operativa la disciplina di cui all'art. 56 del D.Lgs. n. 29/1993, almeno con riferimento al diritto del dipendente pubblico che aveva svolto le relative funzioni, a conseguire il trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore e che attualmente la disciplina è contenuta nell'art. 52 del D. Lgs. n. 165/2001.

Il Collegio, in conclusione - pur considerando l'opposto orientamento giurisprudenziale della Corte di Cassazione (cfr., tra le tante, *****, 4.4.2004 n. 14944; 8.1.2004, n. 91), favorevole al riconoscimento della natura retroattiva alla modifica di cui al D.Lgs. n. 387 del 1998 - ritiene di dovere aderire, nell'esaminare l'odierna controversia, al consolidato indirizzo del Consiglio di Stato, per il quale, come sopra evidenziato, il diritto del pubblico dipendente alle differenze retributive spettanti in conseguenza dell'espletamento di mansioni superiori può essere riconosciuto "con carattere di generalità solo a decorrere dalla data di entrata in vigore" del citato decreto (22.11.1998), giacché il riconoscimento di tale diritto effettuato dal legislatore ha "un evidente carattere innovativo" che - secondo quanto ribadito appunto nella decisione della Adunanza Plenaria 23.3.2006 n. 3 - "non riverbera in alcun modo la propria

efficacia su situazioni pregresse".

Per il periodo antecedente alla data del 30.6.1998, al quale fanno appunto riferimento i ricorsi in esame, non può neppure riconoscersi, pertanto, il diritto degli attuali appellati alle differenze retributive anzidette, in virtù del semplice espletamento delle mansioni di fatto asseritamene svolte, del cui affidamento mediante formale provvedimento da parte di un organo dell'ente a ciò competente manca, oltretutto, la prova in atti.

In conclusione, l'appello deve essere respinto, ma le spese del giudizio vanno compensate anche per questo secondo grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione VI, definitivamente pronunciando sugli appelli in epigrafe indicati, li riunisce e li respinge, confermando, per l'effetto, le sentenze impugnate.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2009 con l'intervento dei Signori:

*****, Presidente

*****, Consigliere

***** , Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

***** , Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione

<https://www.diritto.it/l-espletamento-di-mansioni-superiori-da-parte-del-pubblico-dipendente-e-le-differenz-e-retributive/>