

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1722/07 REG.DEC.

N. 2418 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2001

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2418/2001, proposto dalla sig.ra
CAFFIERO MATILDE rappresentata e difesa dall'avv. Federico
Tedeschini con domicilio eletto in Roma Largo Messico n.7

contro

COMUNE DI BARI rappresentato e difeso dall' Avv. Oscar
Lojodice con domicilio eletto in Roma P.za Capo di Ferro 13
presso la Segreteria Sezionale del Consiglio di Stato

per la riforma

della sentenza del *TAR PUGLIA - BARI :Sezione II n
4224/2000* , resa tra le parti, concernente trattamento economico ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito alla pubblica udienza del 28 Aprile 2006, il Consigliere

Nicola Russo ed udito, altresì, l'avv.to Tedeschini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso notificato il 13.11.96, la sig.ra Caffiero Matilde, *ex*
dipendente del Comune di Bari – VI qualifica funzionale –
impugnava dinanzi al TAR per la Puglia, sede di Bari, la nota del

9.07.96 della Ripartizione del personale n. 2653 con la quale è stato negato il trattamento stipendiale derivante dallo svolgimento di funzioni superiori di coordinatrice dell'asilo nido in Bari alla via Carabellese per il periodo gennaio 1993-dicembre 1995.

Proponeva, altresì, domanda di accertamento del diritto al trattamento economico stabilito per il profilo superiore anzidetto con la condanna dell'Amministrazione al pagamento delle somme dovute maggiorate d'interessi e rivalutazione monetaria.

Nel ricorso deduceva le seguenti censure:

1) violazione e mancata applicazione dell'art. 2 c.d. lett. n) della L. 23.10.92 n. 421, dell'art. 2126 c.c., dell'art. 36 Cost. e dell'art. 57 del D.L.vo 29/93 per avere l'Amministrazione omesso di dare rilevanza all'aspetto economico riconosciuto dalle norme in questione una volta accertata la resistenza del posto vacante in organico secondo le regole affermate dal Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria (decisione n. 2 del 1991) e dalla Corte Costituzionale (sent. 908/88; 236/92; 488/92).

2) Eccesso di potere per contraddittorietà con precedenti atti avendo l'Amministrazione in un periodo precedente a quello di cui è causa disposto in favore dell'interessato il trattamento economico differenziato per analogo svolgimento di funzioni di coordinatrice di Asilo nido;

3) violazione e mancata applicazione dell'art. 2041 c.c. per avere l'Amministrazione omesso di apprezzare l'attribuzione di un

indennizzo in favore dell'istante per una prestazione lavorativa di fatto accettata dallo stesso ente.

Resisteva in giudizio il Comune di Bari, che contestava le censure dedotte, chiedendone il rigetto.

Con sentenza n. 4224 del 26.10.2000 il TAR adito respingeva il ricorso, compensando tra le parti le spese di giudizio.

Con ricorso notificato il 26.2.2001 e depositato il 12.3.2001 la sig.ra Caffiero ha proposto appello avverso la prefata sentenza deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma, con conseguente declaratoria del diritto al trattamento economico superiore e con condanna del Comune di Bari al pagamento delle somme dovute, oltre interessi e rivalutazione monetaria e spese del doppio grado di giudizio.

Resiste all'appello il Comune di Bari, che ne chiede il rigetto, con conseguente conferma della sentenza impugnata e con vittoria delle spese del grado.

Con memoria conclusiva parte appellante ha puntualizzato le proprie difese.

Alla pubblica udienza del 28.4.2006 la causa è stata spedita in decisione.

DIRITTO

L'appello è infondato.

La presente controversia concerne pretese economiche a titolo di differenze retributive per svolgimento di funzioni superiori ai sensi dell'art. 2 della L. 23.10.92 n. 421, dell'art. 57 comma sesto

del Decreto Legislativo 3.02.93 n. 29 e ai sensi degli artt. 36 e 97 della Costituzione come interpretati dalla Corte Costituzionale.

La domanda, come correttamente statuito dai primi giudici, non merita accoglimento.

Giova al riguardo ripercorrere le tappe legislative sulla questione. In tempi recenti l'art. 57 del D.L. n. 3.02.1993 n. 29 ha introdotto (in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 2 lett. n) della L. 23.10.1992 n. 421) una nuova completa disciplina dell'attribuzione temporanea di mansioni superiori, riconoscendo entro certi limiti rilevanza economica a detta attribuzione, con disposizione innovativa del pregresso sistema nel quadro di privatizzazione del pubblico impiego.

La norma predetta, tuttavia è stata abrogata dall'art. 43 del D. L.vo 31/3/98 n. 80 senza avere avuto mai applicazione (la sua operatività è stata più volte differita: da ultimo al 31.12.98 con l'art. 39 comma 17 della L. 27.12.97 n. 449).

La materia è ora disciplinata dall'art. 56 del D.L.vo n. 29/93 nel testo sostituito con l'art. 25 del D. L.vo n. 80 del 1998; detta norma prevede espressamente la retribuibilità dello svolgimento delle mansioni superiori, ma (comma 6) ne rinvia l'applicazione in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti previsti dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita.

Con l'art. 15 del Decreto L.vo 29.10.1998 n. 387 (pubblicato sulla G.U. 7.11.98 n. 261 è stato ripristinato il diritto alle

differenze retributive, ma ovviamente con effetto dalla sua entrata in vigore, sicchè l'innovazione esulando dall'ambito temporale coinvolto dalla vertenza all'esame, non esplica su di essa alcuna efficacia.

La giurisprudenza amministrativa ha, infatti, al riguardo ritenuto che, per effetto della modifica apportata dall'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, il diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore vada riconosciuto con carattere di generalità solo a decorrere dalla data di entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998 (22 novembre 1998). Il riconoscimento legislativo di siffatto diritto possiede, infatti, evidente carattere innovativo e non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse.

In tal senso l'Adunanza Plenaria (23 febbraio 2000, nn. 12 e 11; n. 10/2000; 18 novembre 1999, n. 22) e la giurisprudenza successiva (cfr., da ult., Ad. Plen., 23.3.2006, n. 3). Si vedano, tra le tante:

a) sez. IV: nn. 5799, 5798, 5797 e 5796 del 2005; 14 settembre 2005, nn. 4768, 4767 e 4755; 22 giugno 2004, n. 4433; 7 giugno 2004, n. 3606; 30 giugno 2003, n. 3920;

b) sez. V: 5 ottobre 2005, n. 5323; 29 agosto 2005, n. 4398; n. 3699/2005; 8 febbraio 2005, n. 333; 3 febbraio 2005, n. 264; 19 febbraio 2004, n. 665; 9 giugno 2003, n. 3235; 22 novembre 2001, n. 5924;

c) sez. VI: n. 5632/2005; n. 3365/2005; 16 giugno 2005, n. 3189; 7 giugno 2005, n. 2915; 26 aprile 2005, nn. 1888 e 1887.

L'adunanza plenaria (cfr., da ult., n. 3 del 2006 cit.) ha ritenuto che non vi siano motivi per discostarsi da siffatto orientamento malgrado un diverso recente indirizzo della Corte di Cassazione (sez. lav.: 4 agosto 2004, n. 14944; 8 gennaio 2004, n. 91; 25 ottobre 2003, n. 16078).

Secondo la Corte di Cassazione la novella di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 ha effettuato una sorta di intervento correttivo per adeguare il sistema ai principi costituzionali e attenuare le più stridenti differenze con il regime del lavoro privato. Con la conseguenza che la *ratio* adeguatrice ai principi costituzionali del predetto art. 15 giustificerebbe il carattere retroattivo del medesimo.

La Corte di Cassazione ha precisato che l'assoluta esclusione, a opera del nuovo art. 56, comma 6, del d.lgs. n. 29/1993, del diritto a differenze di retribuzione nel caso di svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, è giustificatamente apparsa al legislatore delegato, a un più meditato esame, come una norma in contrasto con i principi costituzionali, da espungere quindi in occasione del primo intervento correttivo. Tale essendo la *ratio* della disposizione correttiva, è giustificata l'interpretazione che attribuisce alla medesima la sua massima potenzialità rispetto alla sua ragione e alla sua funzione, e cioè un'efficacia retroattiva. In sostanza,

l'attribuzione dell'efficacia retroattiva alla disposizione correttiva di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 assicura - diversamente dell'opposta interpretazione - la conformità ai principi costituzionali della normativa vigente precedentemente, e quindi è rispettosa del criterio interpretativo secondo cui deve preferirsi l'interpretazione che comporta un quadro normativo compatibile con le prescrizioni costituzionali.

L'adunanza plenaria di questo Consiglio ha, tuttavia, ribadito che la norma di cui all'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, non avendo carattere interpretativo, non può che disporre per il futuro. Il carattere di norma di interpretazione autentica va riconosciuto soltanto alle norme dirette a chiarire il senso di quelle preesistenti, ovvero a escludere o a enucleare uno dei sensi tra quelli ragionevolmente ascrivibili alle norme interpretate; mentre, nel caso della disposizione di cui trattasi, la scelta assunta dalla norma, che si assume interpretativa, non rientra in nessuna delle varianti di senso compatibili con il tenore letterale del combinato disposto dei pregressi artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 29/1993.

Così interpretato, l'art. 56 del d.lgs. n. 29/1993, nel testo modificato dall'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, con riguardo al periodo precedente l'entrata in vigore di quest'ultimo, non consente che lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica ricoperta formalmente comporti il pagamento delle differenze retributive eventualmente pretese dal pubblico

dipendente. La norma non appare incostituzionale, non essendo, sotto l'aspetto dello svolgimento di mansioni superiori da parte del dipendente, il rapporto di pubblico impiego assimilabile al rapporto di lavoro privato, in quanto nell'ambito del rapporto di pubblico impiego concorrono, con l'art. 36 della cost. (il quale afferma il principio di corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato), altri principi di pari rilevanza costituzionale; quali quelli previsti dall'art. 98 della cost. (il quale, nel disporre che 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) e dall'art. 97 della cost., contrastando l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica rivestita con i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità dei funzionari.

In ogni caso, il generale riconoscimento del diritto dei pubblici dipendenti alle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori svolte solo a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998 trova la sua *ratio* con l'organica disciplina delle mansioni introdotta dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998, che ha sostituito e abrogato le disposizioni apportate in materia, rispettivamente, dagli artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 29/1993.

L'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998, una volta delineata la completa disciplina della materia in parola in un quadro di armonico

rispetto dei principi costituzionali ricavabili dagli artt. 51, 97 e 98 della cost., ha consentito di recepire nell'ordinamento del pubblico impiego il pur primario valore di cui all'art. 36 della cost.; disponendo che, per il periodo di effettiva prestazione delle mansioni superiori, il lavoratore ha diritto al trattamento economico previsto per la corrispondente qualifica. Il che non fa dubitare della costituzionalità della pregressa disciplina, dato che essa tende - in maniera razionale, in assenza di un compiuto quadro di regolamentazione dell'istituto e in vista dell'equo contemperamento dei principi costituzionali sopra enunciati - soltanto a evitare che le attribuzioni delle mansioni e del relativo trattamento economico potessero, nel pubblico impiego, essere oggetto di libere determinazioni da parte dei funzionari (cfr. Cons. Stato: sez. VI, 8 gennaio 2003, n. 17, 19 settembre 2000, n. 4871 e 11 luglio 2000, n. 3882; Ad. plen., n. 11/2000).

Ciò premesso, il ricorso in appello è infondato.

Il riconoscimento, per effetto della modifica apportata dall'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, del diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore non può trovare applicazione nei confronti dell'appellante, in quanto è posteriore all'ambito temporale oggetto della presente vertenza.

Va, quindi, ribadito che prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998, nel settore del pubblico impiego, salva diversa

disposizione di legge, le mansioni svolte da un pubblico dipendente erano del tutto irrilevanti.

Anche la censura di violazione e falsa applicazione dell'art. 2041 c.c., riproposta nel presente grado di giudizio, è infondata.

Ed invero, come correttamente rilevato dai primi giudici, la domanda con la quale il pubblico dipendente assumendo l'espletamento di mansioni superiori a quelle corrispondenti alla qualifica riconosciutagli, chiede un indennizzo per indebito arricchimento dell'Amministrazione datrice di lavoro, si traduce sostanzialmente nelle pretese di una maggiore retribuzione, non essendo riconducibile nell'ambito generale previsto dall'art. 2041 c.c.: (cfr. Ad. Plen., 28.01.2000, n. 10), in tale contesto qualificatorio la domanda segue la stessa sorte delle precedenti censure.

Alla stregua di quanto precede il ricorso in appello va respinto.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello e per l'effetto conferma l'impugnata sentenza.

Spese del grado compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 28 aprile
2006 con l'intervento dei Signori:

Sergio Santoro	Presidente
Chiarenza Millemaggi Cogliani	Consigliere
Cesare Lamberti	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Nicola Russo	Consigliere estensore

L'ESTENSORE

f.to Nicola Russo

IL PRESIDENTE

f.to Sergio Santoro

IL SEGRETARIO
DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 12 aprile 2007
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
IL DIRIGENTE
f.to Antonio Natale