

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA**

**AGGIORNATO AL 15 FEBBRAIO 2011**

**MARIANNA CAPIZZI**

**Consiglio di Stato, sezione VI, sentenza 3 febbraio 2011, n. 758.**

Sulla possibilità del pagamento delle differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori nel pubblico impiego.

Nonostante la privatizzazione del rapporto di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, permangono dei limiti inderogabili all'autonomia negoziale delle parti e degli ambiti, quali quello dello svolgimento di mansioni superiori, sottratti all'ordinaria disciplina privatistica.

E' al centro di un ampio e contrastato dibattito ermeneutico la questione dello svolgimento di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente e degli effetti sulla retribuzione e sull'inquadramento dello stesso.

Prima dell'avvio della privatizzazione del pubblico impiego con il d.lgs. n. 29/1993 che ha introdotto una disciplina apposita, l'orientamento prevalente sia in dottrina che in giurisprudenza sosteneva che, in mancanza di una disciplina specifica, non fosse applicabile al pubblico impiego la disciplina generale prevista dall'articolo 2103 c.c. e, quindi, che le mansioni svolte dal dipendente superiori a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento fossero del tutto irrilevanti sia a fini economici, sia di progressione in carriera, salvo che la legge disponesse diversamente. Si riteneva, infatti, anzitutto che il pubblico impiego non fosse assimilabile al rapporto di lavoro privato in quanto il primo coinvolge interessi indisponibili e l'attribuzione delle mansioni e del correlativo trattamento economico devono avere il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento, non potendo tali elementi costituire oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi; si aggiungeva, inoltre, che l'irrilevanza economica delle mansioni svolte in via di mero fatto trovasse il proprio fondamento, da un lato, nel principio costituzionale secondo cui i pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, per

cui ogni variazione della struttura organizzatoria degli stessi è affidata alla norma primaria e, dall'altro, nel principio secondo cui l'accesso alla P.A. avviene mediante concorso pubblico, per cui la preposizione di un impiegato ad una determinata funzione deriva da una selezione comparativa volta ad individuare il candidato più idoneo a ricoprirlo.

Questa ricostruzione non è stata condivisa dalla Corte Costituzionale che, nella sentenza n. 101/1995 ha affermato l'opposto principio della rilevanza dello svolgimento di mansioni superiori, seppur esclusivamente a fini retributivi. Secondo la Corte, in particolare, il rilievo retributivo dello svolgimento di mansioni superiori deve considerarsi derivante direttamente dal principio costituzionale di cui all'articolo 36 della Costituzione, secondo cui il lavoratore ha diritto a percepire una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità di lavoro prestato, di cui l'articolo 2103 c.c. costituisce applicazione: *“L'impugnato art.2126...insieme con l'articolo 2103 c.c., è un'applicazione ante litteram del principio, sancito nell'articolo 36 della Costituzione, che attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, indipendentemente dalla validità del contratto di assunzione o, rispettivamente, del provvedimento di assegnazione a mansioni superiori a quelle di assunzione, esclusi i casi di nullità per illiceità dell'oggetto o della causa. Tali norme sono applicabili anche ai prestatori di lavoro dipendenti da enti pubblici (art. 2129 c.c.), “salvo che il rapporto sia diversamente regolato dalla legge”.*

Secondo la Corte, dunque, il lavoratore che svolge di fatto mansioni superiori rispetto a quelle corrispondenti alla qualifica funzionale formalmente ricoperta ha diritto ad una maggiore retribuzione.

In accoglimento delle considerazioni espresse dalla Corte Costituzionale, l'articolo 56 del d. lgs. n. 80/1998, modificando la precedente previsione racchiusa nel d.lgs. n. 29/1993 ha introdotto per la prima volta una disciplina articolata dello svolgimento di mansioni superiori, volta a regolarne le modalità e le conseguenze. La norma, dopo aver ribadito il principio generale e pacifico secondo cui il lavoratore deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto, ha previsto espressamente che nell'ipotesi di vacanza di un posto in organico o sostituzione di un altro dipendente con diritto alla conservazione del posto è

possibile procedere, con apposito atto di conferimento, all'assegnazione ad un pubblico dipendente di mansioni superiori.

Quanto alle conseguenze dello svolgimento di mansioni superiori, la norma differenzia il regime degli effetti giuridici da quello degli effetti retributivi.

Sotto il primo profilo la norma dispone che lo svolgimento di mansioni superiori esclude qualunque effetto giuridico ai fini dell'inquadramento e della progressione in carriera, in ciò differenziandosi il trattamento di chi svolge di fatto funzioni superiori dal trattamento di chi le svolge in base ad un formale e valido atto di preposizione a cui, invece, gli effetti giuridici vanno riconosciuti.

Per gli effetti economici, non è prevista una disciplina differenziata, quindi viene riconosciuto il diritto del lavoratore a percepire il trattamento superiore durante il periodo di effettivo svolgimento delle mansioni superiori anche se il funzionario abbia esercitato tali mansioni di fatto o al di fuori delle condizioni previste dalla norma stessa.

Inoltre, il comma 5 dell'articolo 56 rinviava l'entrata in vigore della disciplina sopra illustrata alla data indicata nei contratti collettivi e allo scopo di contenere possibili rivendicazioni di trattamenti economici superiori escludeva il riconoscimento di differenze retributive e di effetti giuridici di altro tipo per il periodo anteriore al momento di entrata in vigore della nuova disciplina, anche nell'ipotesi in cui lo svolgimento di dette mansioni fosse avvenuto dietro conferimento di un incarico formale: *“fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore”*.

Le parole “a differenze retributive” sono state poi abrogate dall'art. 15 d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, ma “con effetto dalla sua entrata in vigore”.

Quest'ultima prescrizione normativa ha determinato il sorgere di tesi contrastanti in ordine alla spettanza di eventuali differenze retributive maturate per il periodo antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998.

A tal riguardo, la giurisprudenza ordinaria ha ritenuto che detto articolo 15 avesse valore di interpretazione autentica del previgente articolo 56; che, in particolare, avesse voluto eliminare una ragione di illegittimità costituzionale del previgente tenore della disposizione (perché il mancato riconoscimento delle differenze

retributive per il periodo anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina si poneva in contrasto con l'articolo 36 della Costituzione) e che, pertanto, alla stessa norma dovesse riconoscersi efficacia retroattiva. Sicchè, secondo l'orientamento riferito, in conseguenza della suddetta modifica, per il periodo antecedente al 1998 era necessario distinguere il fondamento dello svolgimento delle mansioni superiori: se queste erano state svolte in via di mero fatto, era escluso che potessero dar luogo a differenze retributive a favore del lavoratore, se invece erano state svolte sulla base di un formale atto di incarico, era configurabile un diritto alle retribuzioni maggiori pregresse. Detta tesi è stata di recente ribadita dalla Corte di Cassazione nella sentenza n. 25837/2007 ove la stessa ha statuito : *“deve essere ribadito il principio fissato dai giudici di legittimità secondo il quale, nel pubblico impiego privatizzato, il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56, comma 6, come modificato dal D.Lgs. n. 80 del 1998, art. 25, è stato soppresso dal D.Lgs. n. 387 del 1998, art. 15, con efficacia retroattiva, atteso che la modifica del comma 6 ultimo periodo disposta dalla nuova norma è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporal, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e quindi in modo idoneo a incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. Ne consegue che il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost., è applicabile anche al pubblico impiego senza limitazioni temporali”*.

La giurisprudenza amministrativa, viceversa, ritiene che detta norma abbia carattere innovativo e non meramente interpretativo, che alla stessa non possa essere riconosciuto efficacia retroattiva e che, dunque, che prima dell'entrata in vigore del d.lgs.n. 387/1998 le differenze retributive non possono in alcun caso essere riconosciute all'impiegato che ha svolto mansioni superiori, a prescindere dall'esistenza o meno di un formale atto di attribuzione di tali mansioni.

Il Consiglio di Stato, dunque, ha respinto la tesi della natura interpretativa dell'articolo 15 del d.lgs. n. 387/1998 e ha ritenuto che il mancato riconoscimento delle differenze retributive per il periodo anteriore all'entrata in vigore della nuova disciplina non si pone in contrasto con l'articolo 36 della Costituzione per via delle peculiarità del rapporto di lavoro pubblico rispetto a quello privato. Nel pubblico impiego, infatti, i principi espressi dall'articolo 36 della Costituzione

devono essere contemperati con altri principi “... di pari rilevanza costituzionale; quali quelli previsti dall'articolo 98 della Costituzione (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 tal senso si è di recente pronunciato il C.G.A.R.S. che nella sentenza n. 88/2008 ha confermato: “In ogni caso si è consolidato nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'indirizzo che esclude la retribuitività delle mansioni superiori per tutte le vicende espletate in epoca antecedente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/98, ove non sussista una specifica norma che la autorizzi”.

La pronuncia in esame si allinea all'orientamento sopra riportato. In essa il Consiglio di Stato, avallando l'orientamento consolidato nella giurisprudenza amministrativa ribadisce: “In linea con l'indirizzo segnato da Cons. Stato, ad. plen., 18 novembre 1999, n. 22; 23 febbraio 2000, n. 11; 23 febbraio 2006, n. 3, valgono i seguenti principi enucleati dalla citata giurisprudenza e, nella specie, applicabili per il periodo di svolgimento del rapporto di lavoro dell' odierno appellante ( 1981-1996): - la retribuzione corrispondente all'esercizio delle mansioni superiori può aver luogo non in virtù del mero richiamo all'art. 36 della Costituzione, ma solo ove una norma speciale consenta tale assegnazione e la maggiorazione retributiva (Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 1999); - l' art. 57 del d.lgs. 29 del 1993, recante una nuova disciplina dell'attribuzione temporanea di mansioni superiori, è stato abrogato dall'art. 43 d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 senza avere mai avuto applicazione, essendo stata la sua operatività più volte differita dalla legge prima dell'abrogazione e da ultimo fino al 31 dicembre 1998; - la materia è restata disciplinata dall'art. 56 d.lgs. n. 29 del 1993, poi sostituito dall'art. 25 d.lgs. n. 80 del 1998 che, nel recepire l'indirizzo della giurisprudenza, ha previsto la retribuzione dello svolgimento delle mansioni superiori, rinviandone tuttavia l'attuazione alla nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza ivi stabilita, disponendo altresì che “fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore” (art. 56, comma 6); - le parole “a differenze retributive” sono state poi abrogate

*dall'art. 15 d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387, ma "con effetto dalla sua entrata in vigore" (Cons. Stato, ad. plen., n. 22 del 1999), con la conseguenza che l'innovazione legislativa spiega effetto a partire dall'entrata in vigore del medesimo decreto legislativo n. 387 e cioè dal 22 novembre 1998; In linea con l'indirizzo segnato da Cons. Stato, ad. plen., 18 novembre 1999, n. 22; 23 febbraio 2000, n. 11; 23 febbraio 2006, n. 3, valgono i seguenti principi enucleati dalla citata giurisprudenza e, nella specie, applicabili per il periodo di svolgimento del rapporto di lavoro dell'odierno appellante (1981-1996); - il diritto al trattamento economico per l'esercizio di mansioni superiori ha, quindi, la sua disciplina in una disposizione (art. 15 d.lgs. n. 387 del 1998) a carattere innovativo, e non meramente interpretativo della disciplina previgente, per cui il riconoscimento legislativo "non riverbera in alcun modo la propria efficacia su situazioni pregresse" (Cons. Stato, ad. plen., n. 11 del 2000 e n. 3 del 2006); - il carattere non interpretativo della innovazione introdotta dal richiamato art. 15 trova conferma nel contenuto precettivo della disposizione così modificata. Pertanto, per il periodo dall' settembre 1981 all'1 agosto 1996, in assenza di specifiche disposizioni per il relativo comparto di impiego che consentano la retribuzione delle mansioni superiori, non può trovare accoglimento la pretesa patrimoniale del...".*