

Consiglio di Stato, sez. VI, 7 agosto 2007, n. 4381

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da F. S. S., e altri rappresentati e difesi dall'avv. prof. Nicola Corbo ed elettivamente domiciliati presso di lui in Roma viale Tupini 113;

contro

Ministero delle infrastrutture e dei trasporti in persona del Ministro pro-tempore rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato presso cui è ope legis domiciliato in Roma via dei Portoghesi 12;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio Sezione III ter n.4522 del 23 maggio 2001

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione resistente;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 22 maggio 2007 relatore il Consigliere Luciano Barra Caracciolo.

Udito l'avv. dello Stato Spina;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza in epigrafe il Tar del Lazio ha in parte dichiarato il difetto di giurisdizione e in parte respinto il ricorso proposto dagli attuali appellanti per l'accertamento del diritto a percepire le differenze retributive a seguito dello svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza (Ispettore generale r.e. la S. S., Direttore di divisione r.e., il M., IX qualifica funzionale per P., C. e S.).

L'adito Tribunale premetteva che per la parte di domanda concernente il periodo successivo al 30 giugno 1998 doveva essere dichiarato il difetto di giurisdizione ai sensi dell'art.45, comma 17, del D.lgs.n.80 del 1998.

Così delimitato l'ambito della decisione, affermava il Tar che secondo il consolidato indirizzo della giurisprudenza amministrativa, innanzitutto, l'esercizio di mansioni superiori durante l'ordinaria prestazione di lavoro non arreca alcuna diminuzione patrimoniale al dipendente, onde era infondata la domanda di indennizzo per arricchimento senza causa. Richiamava poi l'A.P. n.22\1999 per cui la p.a. è tenuta ad erogare la retribuzione corrispondente alle mansioni superiori solo quando una norma speciale consente specificamente tale assegnazione e maggiorazione, non essendo il pubblico impiego assimilabile al rapporto di lavoro privato, perché gli interessi coinvolti hanno natura indisponibile e perché l'attribuzione delle mansioni e del corrispettivo correlato 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. Pertanto, erano inapplicabili, nella materia, gli artt.2103 e 2126 c.c., come pure l'art.36 Cost, la cui operatività trovava nel successivo art.97 Cost. un limite invalicabile.

Nel merito concordava con la difesa erariale sul punto che l'attribuzione di funzioni di reggenza al personale della IX q.f. come pure a quello appartenente al ruolo ad esaurimento, non dava luogo a un'ipotesi di attribuzione di mansioni superiori, come si evinceva dall'allegato 1 al DPR n.44\1990, introduttivo della IX q.f. (che ricomprendeva il personale ad esaurimento), in base

a cui tra le funzioni proprie della detta qualifica rientrava quella di “sostituzione del dirigente in caso di assenza o di impedimento” e quella di “reggenza dell’Ufficio in attesa di destinazione del dirigente titolare”. Nessuna norma dunque prevedeva neanche indirettamente che i funzionari della IX q.f. o equiparati, avessero diritto, per la supplenza e la reggenza, al trattamento economico spettante al personale con qualifica dirigenziale, nonché alla c.d. retribuzione di posizione e di risultato, voci connesse alla funzione strettamente dirigenziale. Ciò era provato dal fatto che in sede di contrattazione decentrata, era stata prevista un’indennità per “specifiche funzioni di responsabilità” da corrispondere al personale che, individuato, con “atto formale dell’amministrazione” svolgesse, tra l’altro, la funzione di “reggente delle divisioni”. Si trattava di una voce che “assorbe qualsiasi altra indennità per particolari posizioni di lavoro” liquidata per periodi di “prestazione effettiva di quindici giorni” per 11 mensilità. In definitiva, l’ordinamento contrattuale positivo prevedeva una retribuzione diretta a compensare il personale normalmente ed ordinariamente chiamato alla funzione vicaria.

Appellano gli originari ricorrenti deducendo i seguenti motivi:

I. Retribuibilità delle mansioni superiori espletate per atto formale in posto vacante

Assume l’appello che in base all’A.P. n.11\1999 a partire dall’ottobre 1998, il pubblico dipendente che abbia espletato le mansioni superiori ha comunque diritto alla retribuzione corrispondente, cioè a decorrere dall’entrata in vigore dell’art.15 del D.lgs, 29 ottobre 1998, che vave reso anticipatamente operativa la disciplina dell’art.56 del D.lgs.n.29\1993. Per il passato, le differenze retributive erano soggette alle condizioni, sancite dalla giurisprudenza, che le mansioni superiori fossero attribuite in forza di un provvedimento ed in relazione a posti vacanti in organico.

Nel caso di specie gli appellanti avevano fondato su tali elementi la loro pretesa, vantando tutti provvedimenti formali del Ministro dei trasporti di attribuzione delle funzioni di Reggente di divisione, in relazione a posti di organico vacanti.

II. Fondatezza della domanda anche in adesione alla tesi ricostruttiva del Tar.

Quand'anche si volesse condividere la tesi del Tar, la giurisprudenza da esso richiamata, che riguarderebbe i casi in cui erano mancanti i presupposti della vacanza del posto e dell'atto formale di nomina, si fonda sulla indisponibilità degli interessi coinvolti e sulla impossibilità per un funzionario amministrativo superiore di adottare atti sostanzialmente discrezionali in grado di incidere su tali interessi. La tesi, di dubbia costituzionalità alla luce del modo di intendere l'applicabilità dell'art.36 Cost al pubblico impiego (Corte Cost.101\1995), non si attaglia agli incarichi dirigenziali, dove la predicata "rigidità" non sarebbe più valore fondante né della strutturazione degli uffici, istituibili o abolibili con mero regolamento del Ministero, né del rapporto organico, né del rapporto di lavoro. Il limite della carenza di potere degli atti di attribuzione di mansioni superiori adottati da dirigenti non apicali non può valere quando, come nel caso, autore dell'atto sia il Ministro, provvisto della relativa competenza, in linea col principio tendenziale della discrezionalità di assegnazione degli incarichi di alta dirigenza. Inoltre, non si comprende in che modo la spesa pubblica lieviterebbe in caso di erogazione del trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori svolte in carenza di organico, posto che la p.a. non erogherebbe null'altro che gli emolumenti previsti per le qualifiche momentaneamente vacanti. L'integrazione retributiva non si sommerebbe ad un'altra già corrisposta allo stesso titolo ad altri dirigenti. Diversamente si farebbe gravare l'esigenza di contenimento della spesa pubblica sui dipendenti che saranno sistematicamente chiamati a svolgere mansioni superiori senza ottenere le corrispondenti retribuzioni, permettendo così all'amministrazione di mantenere a tempo indefinito delle situazioni illegittime., come è evidente nel caso, tenuto conto della qualità e durata, per vari anni, delle mansioni assegnate agli appellanti.

III. In subordine fondatezza della domanda ex art.2126 c.c.

Il rigetto della pretesa potrebbe fondarsi solo sulla ritenuta invalidità degli atti del Ministro, in quanto provenienti da soggetto che, pur in posizione apicale, non avrebbe avuto il potere di

disporre di quell'oggetto. In tal caso, alla invalidità dell'atto dovrebbe necessariamente corrispondere, nei confronti del dipendente, l'applicabilità dell'art.2126 c.c., con conseguente diritto a percepire la retribuzione corrispondente alle mansioni espletate. Né sarebbe eccezionale l'inapplicabilità dell'art.2126 non venendosi in fattispecie di invalidità radicale del rapporto, trovando la norma applicazione anche nel caso di nullità di singoli atti prepositivi che si iscrivano nel rapporto di lavoro,

IV. Sulla natura vicaria delle mansioni espletate dagli appellanti.

Il Tar è incorso in equivoco, nel ritenere che si trattasse di semplice svolgimento di funzioni vicarie, laddove invece la fattispecie concerneva l'attribuzione di funzioni dirigenziali con carattere di stabilità e con atto formale. Le funzioni di mera sostituzione presuppongono, nel sistema vigente, carenze di organico non cronicizzate, ma dipendenti da fattori contingenti, (assenze temporanee, con diritto alla conservazione del posto, es; congedi malattie, missioni; ovvero vacanze temporanee del posto "in attesa di destinazione del titolare"). I principi giurisprudenziali richiamati dal Tar, dettati per situazioni contingenti e passeggeri, non sarebbero applicabili al caso di specie, caratterizzato da stabilità e continuità dello svolgimento delle mansioni superiori, che non può rimanere irrilevante sul sinallagma contrattuale, eccedendo il tempo "ragionevole" che contraddistingue la vicarietà secondo la giurisprudenza e travalicando nella sostituzione stabile.

La durata degli incarichi in difetto della corrispondente retribuzione ha violato il principio di cui all'art.36 Cost., senza che valgano i principi di contenimento della spesa pubblica ex art. 97 Cost., la cui astratta prevalenza rispetto all'adeguatezza retributiva non è stata minimamente giustificata.

V. Ancora in merito alla assunzione delle responsabilità di natura dirigenziale ed alla natura non vicaria delle mansioni espletate.

Vengono richiamati alcuni atti di indirizzo esemplificativi della posizione funzionale che gli appellanti rivestivano nelle Amministrazioni di appartenenza. In tali atti i vari interessati sono

indicati come “Direttore della divisione” o come “dirigente” dell’unità stessa, a cui corrispondeva un proprio “Vicario”, indicazioni denotanti l’investitura diretta e stabile della piena responsabilità della divisione cui corrispose l’attribuzione delle relative responsabilità.

VI. Sulla fondatezza della domanda sub specie di arricchimento senza causa.

Nell’attribuzione di mansioni superiori in difetto della corrispondente retribuzione, l’indebito arricchimento della p.a. si ravvisa nel momento in cui attraverso provvedimenti di nomina a funzioni di reggenza per periodi indefiniti e senza provvedere in tempi ragionevoli alla nomina per i posti vacanti, usufruisce di prestazioni per le quali non eroga gli emolumenti dovuti. Viceversa volendo seguire la tesi del Tar, l’Amministrazione potrebbe utilizzare senza limiti di tempo i dipendenti in mansioni superiori rispetto a quelle possedute pur continuando ad erogare retribuzioni non corrispondenti.

VII. Irrilevanza della indennità di funzione non trattandosi di mansioni vicarie.

Erra il Tar nel dire che i ricorrenti non avrebbero diritto alla retribuzione di posizione e di risultato perché non vi sarebbe alcuna norma che riconosce tali emolumenti ai funzionari della IX qualifica e del ruolo ad esaurimento, e perché dette voci retributive sarebbero peculiari unicamente della funzione dirigenziale, prevedendo invece l’art.36 del C.C.N.L. specifiche indennità da corrispondere a tutto il personale individuato con atto formale dell’Amministrazione e svolgente la funzione di “reggente delle divisioni”. L’argomento non è applicabile al caso nel quale gli appellanti non hanno svolto funzioni vicarie, ma hanno ricoperto stabilmente per più anni posizioni dirigenziali vacanti per di più con espressa previsione di propri vicari.

Si è costituita l’Amministrazione senza svolgere particolari difese.

DIRITTO

Va anzitutto premesso che il Tar ha, correttamente, dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alle pretese economiche dei ricorrenti successive alla data del 30 giugno 1998, ai sensi dell’art. 45, comma 17, del D.lgs.n.80 del 1998. Tale statuizione non è

stata contestata onde ne deriva che la materia del contendere è inoppugnabilmente delimitata al periodo anteriore a tale data, conseguendone la piena applicabilità dei principi normativi e giurisprudenziali riferibili a tale epoca.

Anche tenendo conto della premessa appena svolta, l'appello è infondato.

Contrariamente al suo assunto di fondo, la giurisprudenza segnata dall'Adunanza Plenaria 18 novembre 1999, n.22, è stata espressamente dettata per ipotesi di svolgimento di mansioni superiori che non solo si siano, come appunto nel caso, "protratte nel tempo", (derivando proprio da tale connotazione il dubbio della IV Sezione che aveva spinto alla rimessione), ma altresì derivante da "atti formali", essendosi l'A.P. riferita, appunto, allo svolgimento di mansioni superiori "in tutte le sue forme" e avendo precisato che le mansioni superiori sono "di diritto" rilevanti solo con la contestuale attribuzione di un corrispondente inquadramento formale.

La citata A.P., con l'imponente seguito conforme della successiva giurisprudenza di questo Consiglio, dunque, per quanto riguarda i motivi di appello, smentisce anzitutto che i principi da essa affermati non riguardino il caso delle mansioni superiori conferite con atto formale e relativamente ad un posto vacante in organico, costituendo anzi un consolidamento dell'orientamento restrittivo, riferito a tali ipotesi, che già si stava affermando nella precedente giurisprudenza di questo Consesso (ancorché siano rinvenibili episodiche pronunce espressive del precedente orientamento in tempi successivi, citati in appello).

Deve perciò ribadirsi che, nell'ambito del pubblico impiego, lo svolgimento di fatto, da parte del dipendente, di mansioni superiori a quelle dovute in base all'atto di inquadramento, è del tutto irrilevante ai fini sia economici sia della progressione in carriera- *salvo che una norma non disponga altrimenti*- a causa dell'inapplicabilità al pubblico impiego dell'art.2103 c.c. e dell'art.36 Cost., l'operatività di quest'ultimo trovando nel successivo art.97 un limite invalicabile (da ultimo, V 28 maggio 2004, n.3437, VI 31 maggio 2006, n.3325).

E' opportuno chiarire, in relazione alle articolate argomentazioni appellatorie, che "svolgimento di fatto", nel campo del pubblico impiego, in base a quanto costantemente chiarito dalla giurisprudenza di questo Consiglio, significa proprio svolgimento delle mansioni superiori al di fuori del presupposto dell'atto di inquadramento che le preveda (CGA 11 aprile 2005, n.226, VI 31 maggio 2006, n.3325), e ciò deriva dalla rilevanza che l'organizzazione formale- prevista cioè espressamente dalle norme organizzative dell'Ente pubblico, che includono sistemi predeterminati di avanzamento e di inquadramento tipizzati- riveste nel campo dell'attribuzione delle qualifiche e dei corrispondenti trattamenti economici.

Si vedano, "ex multis", IV 2 novembre 2004, n.7074, e la citata A.P. 18 novembre 1999, n.22, ove è tra l'altro chiarito che l'art 57 del D.lgs 29\93, norma applicabile "ratione temporis" ai fatti di causa, pur prevedendo entro certi limiti rilevanza economica all'attribuzione temporanea di mansioni superiori, era stato abrogato dall'art.43 del D.lgs.n.80\98, *senza avere mai avuto applicazione*, essendo stata la sua operatività differita più volte, e comunque per tutto il periodo di servizio qui in rilievo.

Quanto finora chiarito vale a respingere il primo motivo di appello, incentrato sulla (erroneamente) supposta vigenza della giurisprudenza favorevole al "mansionismo" ai fini economici, in caso di attribuzione con atto formale e su posto vacante, ma vale anche a confutare i restanti motivi di doglianza.

In particolare, con riferimento al secondo motivo, i principi suddetti, di irrilevanza delle mansioni superiori "di fatto", cioè al di fuori dell'adozione di procedure legali e provvedimenti attributivi di un corrispondente inquadramento, vale, a maggior ragione, per le funzioni dirigenziali, in quanto oggetto di un ben preciso sistema normativo di conferimento delle qualifiche non derogabile neppure dal Ministro; pertanto, le determinazioni promananti da quest'ultimo di assegnazione a funzioni superiori non assumono, rispetto a posti di livello dirigenziale, alcuna

valenza ed efficacia giuridica diversa da quella ascrivibile ad atti del genere posti in essere da semplici dirigenti rispetto alle qualifiche sub-dirigenziali.

Si tratta comunque di atti non idonei ad attribuire un nuovo inquadramento, e quindi, secondo la giurisprudenza di questo Consesso, irrilevanti anche ai fini del trattamento economico superiore, in mancanza di una norma speciale in senso contrario, com'è agevolmente arguibile dalla riferita affermazione relativa all'inapplicabilità, per il periodo controverso qui in rilievo, dell'art.56 del D.lgs. n.29\1993, confermativa dell'orientamento giurisprudenziale qui ribadito, secondo la stessa precisazione dell'A.P. citata.

Il punto è che un principio di retribuitività delle mansioni superiori di fatto, nei sensi qui chiariti, per il periodo in controversia, non è rivenibile nel sistema normativo del pubblico impiego, elemento che l'A.P. aveva precisato riferendosi all'art.33 del DPR 10 gennaio 1957, n.3, laddove afferma che l'impiegato ha diritto allo stipendio ed agli assegni per carichi di famiglia “nella misura stabilita dalla legge”, nonché riferendosi all'ostacolo che l'applicazione diretta dell'art.36 Cost. incontra nel pubblico impiego, non solo e non tanto, in funzione del contenimento della spesa pubblica, ma in ossequio alla simultanea vigenza nella materia degli artt.28, 97 e 98 Cost.

Tali considerazioni non vengono meno, come s'è visto, nel caso di protrazione della durata dello svolgimento di funzioni superiori, non risolvendosi ciò in uno sfruttamento indebito, posto che, “il dipendente può reagire all'utilizzazione illegittima in mansioni superiori alla qualifica rivestita, utilizzando i rimedi anche giurisdizionali che l'ordinamento gli consente, ma senza poter accampare alcun diritto ad una indennità aggiuntiva” (in termini, A.P. n.22\1999, citata).

D'altra parte, in mancanza di siffatta reazione, con riferimento alla disciplina vigente al tempo di fatti qui in esame, il dipendente si risolve in definitiva a fare acquiescenza ad una determinazione (di protrazione irragionevolmente lunga nelle superiori funzioni) che è bensì illegittima, ma da cui può decidere di ritrarre comunque la gratificazione corrispondente alla superiore posizione funzionale di fatto acquisita.

E' stato in proposito precisato che, per l'appunto, l'art.97 Cost. autorizza "al limite norme di organizzazione dei pubblici uffici che, per esigenze eccezionali di buon andamento dei servizi, consentono l'assegnazione temporanea di dipendenti a mansioni superiori alla loro qualifica senza diritto a variazioni del trattamento economico" (A.P. 4 settembre 1997, n.20), con la conseguenza che previsioni normative che prescrivano o quantomeno consentano, atti di assegnazione temporanea per periodi indeterminati o di fatto prolungati, come nel caso di specie, sarebbero sospette di illegittimità costituzionale, e i relativi atti di esercizio, illegittimi ed impugnabili dai destinatari, senza che però ne consegua una qualsiasi pretesa ad un maggior trattamento economico.

Ciò è escluso in base all'art.36 Cost., per i motivi sopra precisati, ma anche in relazione all'art.2126 c.c., come pure sostenuto nel successivo motivo di appello, posto che gli atti di assegnazione risulterebbero appunto meramente illegittimi -e spettava agli interessati, semmai, impugnarli-, ma il rapporto non verrebbe contrassegnato da alcuna nullità riferibile all'atto di conferimento delle mansioni superiori. Queste, appunto, deriverebbero da un atto meramente illegittimo, quanto alla sua previsione di durata, ma consolidatosi nel senso della inoppugnabilità e della non più denunciabile annullabilità; detto conferimento risulta perciò giuridicamente operativo nei suoi effetti costitutivi della preposizione alle superiori mansioni (non essendo neppure configurabile, sotto altro profilo, una illiceità contabile, in assenza di un esborso da parte dell'Amministrazione).

Le osservazioni finora svolte valgono anche a confutare il quarto ed il quinto motivo di appello, dove lungamente si sostiene e si comprova la supposta distinzione tra sostituzione vicaria e sostituzione stabile, per arguirne che gli appellanti rientrano nella seconda e perciò avrebbero diritto alle differenze retributive, sfuggendo così alla circostanza, rilevata dal Tar, che quelle da essi svolte sarebbero rientranti nelle mansioni suppletive proprie della IX qualifica, o equiparata, e come tali, non ulteriormente retribuibili.

Le mansioni superiori in questione, infatti, sono pur sempre “vicarie”, perchè tali sono quelle svolte in sostituzione di altri, in possesso di qualifica superiore a quella in cui è inquadrato il “sostituente”, a prescindere dalla durata la quale, si ribadisce, potrà rendere illegittima l’assegnazione (o meglio il suo protrarsi *sine die*), ma non muta il carattere delle mansioni espletate; queste, oltretutto, rimangono nel caso riconducibili al profilo funzionale di appartenenza, in quanto lo stesso, appunto, prevede la sostituzione, in funzione di reggenza, del dipendente di livello dirigenziale (allegato 1 al DPR n.44 del 1990).

In merito al sesto motivo di appello, contenente la contestazione della statuizione del Tar in ordine alla infondatezza della domanda svolta a titolo di arricchimento senza causa, va anche qui ribadito l’orientamento consolidato e pluriennale di questo Consesso. In specie, è inconfigurabile l’azione di indebito arricchimento prevista dall’art.2041 c.c. nel caso di svolgimento di fatto di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente, atteso che mentre l’*actio de in rem verso* postula, quale indefettibile presupposto, un’effettiva diminuzione patrimoniale sofferta in conseguenza dei fatti dedotti a sostegno della pretesa, nel caso considerato il dipendente non sopporta alcun depauperamento che lo legittimi all’esercizio dell’azione stessa (*ex multis* VI, 31 marzo 2004, n.1727, 4 dicembre 2001, n.6064).

La diminuzione patrimoniale “latente” addotta dagli appellanti, collegabile alle maggiori responsabilità connesse alle mansioni espletate rispetto a quelle relative alla qualifica posseduta, - che “potrebbero manifestarsi al momento dell’applicazione di provvedimenti disciplinari o della valutazione dell’operato eseguito in autonomia decisionale”-, non configura alcun elemento rilevante ai fini qui in rilievo, posto che le funzioni di reggenza sono comunque rientranti nel profilo mansionistico posseduto (onde si tratta di un rischio fisiologico delle funzioni proprie della qualifica posseduta), mentre l’impoverimento paventato appare privo del carattere dell’attualità e dell’effettività che deve caratterizzare la *deminutio*.

Le considerazioni finora svolte sono assorbenti di ogni altro profilo dedotto in appello (in particolare della, comunque ininfluyente, questione della “indennità di reggenza” prevista a favore dei dipendenti nella condizione degli attuali appellanti); questo va dunque respinto, con l’integrale conferma della sentenza impugnata.

Le spese possono essere compensate attesa la peculiare natura della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge il ricorso in appello indicato in epigrafe, confermando l’effetto la sentenza impugnata.

Compensa le spese di giudizio.

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