

Consiglio di Stato 23 marzo 2006, n. 3

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria), sezione sesta, ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello (n. 1951/2001 e n. 27/2005 del ruolo dell'adunanza plenaria) proposto da:

AZIENDA CONSORTILE SERVIZI ETNEI (A.CO.S.E.T.), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Faro, ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Santo Finocchiaro in Roma, via

contro

C.C., rappresentato e difeso dall'avv. Salvatore Buscemi, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Pietro Allotta in Palermo, via

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sezione staccata di Catania, sezione terza, 2 aprile 2001, n. 767;

visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio dell'appellato;

viste le memorie prodotte dall'appellante;

vista l'ordinanza del Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana 31 maggio 2005, n. 352, con cui la causa è stata rimessa all'esame dell'adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato;

visti tutti gli atti della causa;

relatore all'udienza pubblica del 14 novembre 2005 il consigliere Carmine Volpe e udito l'avv. F. Faro per l'appellante;

ritenuto e considerato quanto segue.

FATTO

Il signor C.C., dipendente del Consorzio acquedotto etneo (C.A.E.) di Catania, oggi Azienda consortile servizi etnei (A.CO.S.ET.), in possesso dell'ottava qualifica funzionale di capo settore, in seguito alla vacanza del posto di dirigente capo servizio coordinatore-area utenze, di prima qualifica funzionale, veniva incaricato, con ordine di servizio del presidente del Consorzio 19 marzo 1988, n. 2006, ad assumere le dette funzioni superiori (e apicali). Il

Consorzio, con deliberazione del consiglio di amministrazione 9 febbraio 1989, n. 58, gli corrispondeva le conseguenti differenze retributive, ma limitatamente a un anno (20 marzo 1988/19 marzo 1989); che costituiva il periodo massimo, stabilito dall'art. 72, comma 2, del d.p.r. 13 maggio 1987, n. 268, per la durata delle funzioni vicarie.

Le anzidette maggiorazioni economiche, tuttavia, vennero di fatto erogate sino al maggio 1991. Il signor C., a seguito di varie deliberazioni del Consorzio (risalenti al 1991 e al 1992), veniva riconfermato nell'incarico con l'attribuzione del relativo trattamento economico differenziale. Le deliberazioni erano però annullate dall'organo di controllo, che riteneva non consentita la reiterazione dell'incarico alla stessa persona oltre il periodo annuale.

Contro la mancata corresponsione, da parte del Consorzio, delle anzidette differenze retributive e i relativi accessori, il signor C. ha proposto, innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Sicilia, sezione staccata di Catania, due distinti ricorsi. Il primo contro il silenzio rifiuto formatosi su istanza in data 21 agosto 1995 e atto di diffida notificato il 14 novembre 1995, l'altro avverso il provvedimento esplicito di diniego di cui alla nota del presidente del C.A.E. 16 luglio 1996, n. 9600.

La sezione terza del detto Tribunale, riuniti i ricorsi, ha dichiarato improcedibile il primo, per sopravvenuta carenza di interesse avendo l'amministrazione successivamente provveduto sull'istanza dell'interessato, e ha accolto il secondo. Ha, quindi, condannato l'amministrazione a corrispondere al ricorrente le somme dovute per differenze retributive, relativamente ai periodi di effettivo svolgimento delle mansioni superiori, e per accessori.

Il primo giudice, a sostegno della pronuncia, ha addotto i seguenti argomenti:

- a) è pacifico tra le parti l'espletamento di mansioni superiori;
- b) la prestazione è esecutiva di disposizioni emanate dall'amministrazione e, comunque, è stata riconosciuta utile dalla stessa;
- c) nell'art. 56 del regolamento organico del personale dipendente è rinvenibile la norma che consente l'attribuzione di mansioni superiori, in presenza di situazioni di necessità;
- d) sussiste il requisito della vacanza e della disponibilità del posto in organico.

L'A.CO.S.ET. ha appellato la sentenza, innanzi al Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, per i seguenti motivi:

1) irrilevanza ai fini giuridici ed economici delle mansioni superiori espletate dai pubblici dipendenti, poiché:

- a) il principio della retribuibilità delle mansioni superiori non troverebbe applicazione nel pubblico impiego (Cons. Stato, ad. plen., 18 novembre 1999, n. 22);

b) ai sensi di Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2000, n. 10, per il periodo antecedente l'entrata in vigore del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387 (che, all'art. 15, ha sancito l'operatività della disciplina di cui all'art. 56 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29), lo svolgimento di compiti eccedenti la qualifica formalmente ricoperta non dà diritto alle differenze retributive;

2) violazione dell'art. 72 del d.p.r. n. 268/1987, dato che le funzioni superiori non potrebbero essere affidate per un periodo superiore a un anno e in quanto sarebbe mancato il presupposto formale dell'esistenza di un provvedimento di assegnazione di mansioni superiori.

L'appellante ha chiesto anche la restituzione, da parte dell'appellato, delle differenze retributive corrispostegli dal 20 marzo 1989 al maggio 1991.

Il signor C. si è costituito in giudizio, resistendo al ricorso in appello.

L'appellante ha prodotto memoria con la quale ha ulteriormente illustrato le proprie difese.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana, con l'ordinanza indicata in epigrafe, ha rimesso la causa all'esame dell'adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di giustizia amministrativa per la Regione siciliana dubita, innanzitutto, della fondatezza del secondo motivo di ricorso, inerente la violazione dell'art. 72 del d.p.r. n. 268/1987. Ciò in quanto il superamento del limite temporale della durata delle funzioni vicarie non può incidere sfavorevolmente nella sfera giuridica dell'impiegato, ma se mai su quella di chi ha violato il divieto.

Poi, con riguardo al primo motivo di ricorso, premesso che l'affermazione principale dell'appellante - secondo cui nel pubblico impiego l'espletamento delle mansioni superiori sarebbe irrilevante - pecca quanto meno di eccesso, nutre dubbi sull'efficacia non retroattiva dell'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998, affermata dalla giurisprudenza amministrativa, siccome in contrasto a recente giurisprudenza della Corte di Cassazione. Rimette così la questione all'adunanza plenaria delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato, ritenendo, comunque, che, <<una volta parificato (sia pure con qualche deroga e con non poche forzature alla "natura delle cose"), il lavoro pubblico a quello privato, sembra difficile spiegare le ragioni di un diverso trattamento - basato unicamente sul fattore "tempo" - da applicare ad una medesima categoria di impiegati pubblici>>.

L'appellante ha depositato ulteriore memoria.

DIRITTO

1. La pretesa dell'appellato, ritenuta fondata dal primo giudice che ha pronunciato su due ricorsi dallo stesso proposti nel 1996, attiene al pagamento delle differenze retributive e degli

accessori, per il periodo di espletamento di mansioni superiori, a decorrere dal 20 marzo 1989. L'appellato, in possesso dell'ottava qualifica funzionale, ha svolto le funzioni, su di un posto vacante, inerenti la prima qualifica dirigenziale. Le funzioni erano state riconosciute e attribuite dall'ente appellante, che comunque risulta avere corrisposto le maggiorazioni economiche sino al maggio 1991; quindi, oltre il periodo annuale di svolgimento delle stesse (20 marzo 1988/19 marzo 1989).

L'appellante sostiene che, anche a volere riconoscere in linea di principio la rilevanza agli effetti retributivi delle mansioni superiori, nella fattispecie per cui è causa esse non potrebbero essere egualmente riconosciute, poiché l'art. 15 del d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387 non esplicherebbe effetti per il passato, ma solo per il futuro.

2. Il legislatore, dopo avere introdotto all'art. 57 del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 una disciplina generale del conferimento di mansioni superiori, valida per tutte le pubbliche amministrazioni - quale fenomeno eccezionale e temporaneo (limitato a tre mesi e rinnovabile per eguale periodo, ma con riferimento ad altro dipendente) - ne ha subito rinviato l'applicazione, subordinandola all'emanazione, in ogni amministrazione, dei provvedimenti di ridefinizione delle strutture organizzative. E ha poi rinnovato più volte la proroga sino all'abrogazione della norma (il citato art. 57 è stato abrogato dall'art. 43 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80 senza avere avuto mai applicazione).

La disciplina delle mansioni superiori di cui al citato art. 57 non è stata ritenuta espressione di un principio generale di più ampia portata e tanto meno applicabile - in aperto conflitto con la contraria volontà espressa dal legislatore con i ripetuti rinvii - a decorrere dalla sua emanazione o, perfino, da data anteriore (Cons. Stato, ad. plen., 28 gennaio 2000, n. 10).

La materia è stata poi disciplinata dall'art. 56 del d.lgs. n. 29/1993 (nel testo sostituito dall'art. 25 del d.lgs. n. 80/1998) che ha regolamentato, in maniera innovativa, l'istituto dell'attribuzione temporanea di funzioni superiori nell'ambito del pubblico impiego. E' così stata affermata - per la prima volta in un testo normativo di portata generale per il pubblico impiego - che al lavoratore spetta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore anche nel caso di assegnazione nulla per violazione delle condizioni ivi previste (comma 5).

Pure questa volta l'operatività della norma veniva rinviata. In particolare, l'art. 56, comma 6, del d.lgs. n. 29/1993 stabiliva che:

a) "le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazione della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita";

b) “i medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4”;

c) “fino a tale data, in nessuno 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”.

In seguito, l’art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 ha soppresso le parole “a differenze retributive o”. In tal modo il legislatore ha manifestato la volontà di rendere anticipatamente operativa la disciplina di cui all’art. 56 del d.lgs. n. 29/1993, almeno con riguardo al diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, a conseguire il trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore.

Attualmente la disciplina è contenuta nell’art. 52 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 (“norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”), a seguito dell’abrogazione del d.lgs. n. 29/1993 (disposta dall’art. 72 del d.lgs. n. 165/2001).

3. La giurisprudenza amministrativa ha 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 questa adunanza plenaria (23 febbraio 2000, nn. 12 e 11; n. 10/2000; 18 novembre 1999, n. 22) e la giurisprudenza successiva. 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 ritiene 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 ribadisce 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 (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).

4. Ciò premesso, il ricorso in appello è fondato.

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'appellato, in quanto è posteriore all'ambito temporale oggetto della presente vertenza (i due ricorsi di primo grado sono stati proposti nel 1996).

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.

Nella specie trova applicazione l'art. 72 del d.p.r. 13 maggio 1987, n. 268 (inserito dall'art. 39 del d.p.r. 17 settembre 1987, n. 494), che era stato recepito dall'ente. La norma, dopo avere previsto, al comma 1, che, "in caso di vacanza del posto di responsabile delle massime strutture organizzative dell'ente, qualora non sia possibile attribuire le funzioni ad altro dipendente di pari qualifica funzionale, le funzioni stesse possono essere transitoriamente assegnate con provvedimento ufficiale a dipendente di qualifica immediatamente inferiore che deve essere prescelto, di norma, nell'ambito del personale appartenente alla stessa struttura organizzativa", ha prescritto, al comma 2, che, "in caso di vacanza del posto di cui al comma 1, le funzioni possono essere affidate a condizione che siano avviate le procedure per la relativa copertura del posto e fino all'espletamento della stessa e comunque per un periodo non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno".

Inoltre, ai sensi del comma 4 del citato art. 72, "qualora l'incarico, formalmente conferito, abbia durata superiore ai trenta giorni, va attribuito al dipendente incaricato solamente un compenso computato sulla differenza tra i trattamenti economici iniziali delle due qualifiche". Il che spetta sempre entro il limite massimo dell'anno previsto dal precedente comma 2.

La normativa speciale di riferimento non consentiva, quindi, l'attribuzione di funzioni superiori per un periodo superiore a un anno. Nel caso dell'appellato, inoltre, lo svolgimento di funzioni superiori nel periodo oltre l'anno non ha trovato nemmeno la copertura di provvedimenti di incarico da parte dell'amministrazione, in quanto gli stessi, pur emanati, sono stati annullati dall'organo di controllo. Così che non hanno mai prodotto effetti.

Va ritenuta, infine, l'inammissibilità della domanda dell'appellante di restituzione, da parte dell'appellato, delle differenze retributive allo stesso corrisposte dal 20 marzo 1989 al maggio 1991. Si tratta, infatti, di domanda che si sarebbe dovuta azionare in primo grado con un atto notificato all'attuale appellato.

5. Il ricorso in appello, pertanto, deve essere accolto e, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado va respinto. Le spese del doppio grado di giudizio, sussistendo giusti motivi, possono essere compensate.

Per questi motivi

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (adunanza plenaria) accoglie il ricorso in appello e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

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