

# Conguaglio retributivo per mansioni superiori espletate con riferimento ad un posto previsto in organico ma vacante.

Consiglio di Stato - Sentenza 17 ottobre 2013 , n. 5047

N. 5047/2013 Reg. Prov. Coll.  
N. 10481 Reg. Ric.  
ANNO 2009

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10481 del 2009, proposto da A. M., rappresentato e difeso dagli avv.ti Saverio Menniti e Antonio Torchia, e con domicilio eletto presso Saverio Menniti in Roma, viale Parioli n. 74;

contro

la Regione Calabria, non costituita;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. Calabria - Catanzaro, Sezione II n. 00716/2009, resa tra le parti, concernente accertamento del diritto a percepire differenze retributive per mansioni superiori svolte.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2012 il Cons. Giancarlo Luttazi;

Udito l'avv. Torchia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO E DIRITTO

1.1 - L'appellante, in servizio di ruolo presso la Regione Calabria, ha chiesto alla propria Amministrazione il conguaglio retributivo per mansioni superiori espletate (e ritenute ascrivibili al settimo o quanto meno al sesto livello retributivo) con riferimento ad un posto previsto in organico ma vacante.

Egli ha poi adito il Tar, chiedendo l'accertamento del diritto a percepire quelle differenze retributive in relazione alle mansioni superiori svolte a far data dal 1° giugno 1992.

Il primo giudice - dopo aver preliminarmente dichiarato il proprio difetto di giurisdizione quanto alla pretesa relativa alle mansioni svolte nel periodo successivo al 30 giugno 1998, appartenendo tale frazione di controversia alla giurisdizione del giudice ordinario ai sensi dell'art. 69, comma 7, del decreto legislativo n. 165 del 2001 - ha respinto il ricorso relativamente al restante periodo compreso fra il 1° giugno 1992 e il 30 giugno 1998.

In proposito il Tar ha affermato che - con riferimento al periodo anteriore alla data di entrata in vigore del decreto legislativo n. 387 del 1998, il quale ha innovato al precedente sistema - vi era irrilevanza, nell'ambito del pubblico impiego, delle mansioni svolte di fatto dal dipendente, salvo espressa norma speciale - assente nella fattispecie - che quelle mansioni valorizzasse.

1.2 - L'appello - non contestando il parziale difetto di giurisdizione rilevato in primo grado quanto alla pretesa relativa alle mansioni svolte nel periodo successivo al 30 giugno 1998 - censura la sentenza del Tar relativamente alla retribuità dello svolgimento di mansioni superiori quanto al periodo anteriore.

Il gravame richiama l'art 56 del decreto legislativo n. 29 del 1993, nel testo sostituito dal citato art 25 del decreto legislativo n. 80 del 1998 nonché dalle modifiche apportate dai pure citati art. 15 del decreto legislativo n. 387 del 1998 e art. 52 del decreto legislativo n. 165 del 2001; e rileva che la giurisprudenza della Corte di cassazione afferma l'applicabilità, in materia, dei principi generali di cui agli artt. 36 della Costituzione e 2126 del codice civile, escludendo che per il pubblico dipendente il diritto alle differenze retributive per mansioni superiori possa essere riconosciuto soltanto dalla data di entrata in vigore (22 novembre 1998) del citato decreto legislativo n. 387 del 1998, dovendo invece riconoscersi all'art. 15 di quel decreto legislativo portata retroattiva.

Rileva l'appello che la retribuità delle mansioni superiori nel pubblico impiego, alla luce della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sezione V, sentenza 8 maggio 2007, n. 2130), deve trovare riconoscimento nella sussistenza di tre presupposti, tutti necessari: 1) una base normativa che la preveda; 2) l'esistenza in organico di un posto vacante corrispondente alle mansioni che si vanno a svolgere; 3) un atto di incarico ad opera dell'organo competente; e che questi presupposti si adattano perfettamente alla fattispecie in esame, poiché l'appellante ha espletato le mansioni superiori sulla base di provvedimenti dirigenziali e con riferimento a posti vacanti nella pianta organica.

L'appello prospetta altresì l'indebito arricchimento della P.A. sullo svolgimento da parte del lavoratore di mansioni di fatto superiori, che andrebbero dunque adeguatamente retribuite alla luce del dettato costituzionale.

Il gravame richiama anche le norme contenute nello Statuto dei lavoratori; specie nell'art 13, che per giurisprudenza pacifica sarebbe applicabile agli enti pubblici la cui disciplina non contenga - come è il caso della Regione Calabria - disposizioni relative a specifici istituti.

1.3 - La Regione Calabria non si è costituita.

La causa è passata in decisione all'udienza pubblica del 27 novembre 2012.

2. - L'appello non contesta il parziale difetto di giurisdizione rilevato in primo grado quanto alla pretesa relativa alle mansioni svolte nel periodo successivo al 30 giugno 1998; e censura la sentenza del Tar relativamente alla retribuità dello svolgimento di mansioni superiori quanto al periodo anteriore. Ed è infondato.

Le pronunce della Corte di cassazione citate dall'appellante (v., per tutte, Cass. Civ., SS.UU., 11 dicembre 2007, n. 25837) hanno affermato l'efficacia retroattiva dell'art. 15, d.lgs. n. 387 del 1998, rilevando che nel pubblico impiego privatizzato il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal decreto legislativo n. 29 del 1993 (art. 56, comma 6, come modificato dal decreto legislativo n. 80 del 1998, art. 25), è stato soppresso dal citato art. 15 del decreto legislativo n. 387 del 1998 con efficacia retroattiva; e che conseguentemente il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 della Costituzione è applicabile anche al pubblico impiego senza limitazioni temporali.

Sul punto, però, la giurisprudenza amministrativa mantiene ferma la propria diversa e consolidata interpretazione.

Il giudice amministrativo ravvisa da tempo nella riforma contenuta nel decreto legislativo n. 387 del 1998 una valenza innovativa, precisando che nel pubblico impiego il diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni superiori effettivamente svolte è stato introdotto con carattere di generalità, nel rispetto dei precetti costituzionali, dal citato art. 15, d.lgs. n. 387 del 1998, a decorrere dalla sua entrata in vigore (22 novembre 1998), con norma avente, appunto, natura innovativa e non ricognitiva o retroattiva, ferma restando la necessità di una determinazione formale dell'Amministrazione e della vacanza del posto in organico.

Sicché prima di quella data del 22 novembre 1998, quando non vi fosse una specifica normativa speciale che disponesse altrimenti, lo svolgimento da parte del pubblico dipendente di mansioni superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento costituiva circostanza irrilevante, oltre che ai fini della progressione in carriera, anche ai fini economici (v., da ultimo, C.d.S., Sez. V, 19 novembre 2012, n. 5852, e le pronunce in essa richiamate).

Nel caso di specie il deducente, pur correttamente ammettendo che la retribuità delle mansioni superiori nel pubblico impiego "deve trovare riconoscimento nella sussistenza di tre presupposti, tutti necessari: 1) una base normativa che la preveda; 2) l'esistenza in organico di un posto vacante corrispondente alle mansioni che si vanno a svolgere; 3) un atto di incarico ad opera dell'organo competente", indica quella base normativa nei generali principi di cui agli artt. 36 della Costituzione e 2126 e 2103 del Codice civile, non già nella specifica previsione richiesta dall'art. 15 del decreto legislativo n. 387 del 1998, previsione assente nella fattispecie.

Né può condividersi l'assunto dell'appellante di un indebito arricchimento dell'Amministrazione, posto che - come anche per questa tematica affermato da orientamento consolidato e pluriennale di questo Consesso - non è configurabile l'azione di indebito arricchimento prevista dall'art. 2041 cod. civ. nel caso di svolgimento di fatto di mansioni superiori da parte del pubblico dipendente, atteso che, mentre l'azione de qua 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 ex art. 2041, c.c. (v. anche in questo caso, per tutte, la citata sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5852/2012, e le pronunce in essa richiamate).

3. - L'appello va dunque respinto.

Nulla per le spese, non essendovi costituzione avversaria.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

- Stefano Baccharini - Presidente
- Francesco Caringella - Consigliere
- Carlo Saltelli - Consigliere
- Fabio Franconiero - Consigliere
- Giancarlo Luttazi - Consigliere, Estensore

IL PRESIDENTE  
Stefano Baccharini

L'ESTENSORE  
Giancarlo Luttazi

Depositata in Segreteria il 17 ottobre 2013

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.).....

---