CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 28 febbraio 2013 n. 1212 - Pres. Baccarini, Est. Schilardi - Tomaselli ed altri (Avv.ti Faronato e Mosillo) c. Comune di Roma Capitale (Avv. Sportelli) - (conferma T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, n. 4792/2008).

1. Pubblico impiego - Mansioni e funzioni - Mansioni superiori svolte - Richiesta di pagamento delle differenze stipendiali - Non può fondarsi sull'art. 36 Cost.

2. Pubblico impiego - Mansioni e funzioni - Mansioni superiori svolte - Provvedimento di conferimento - Ha natura eccezionale ed è ammissibile solo per esigenze transitorie.

3. Giustizia amministrativa - Ricorso giurisdizionale - Onere della prova - Grava di regola sul ricorrente (tranne i casi in cui sussistano situazioni di diseguaglianza di posizioni tra Amministrazione e privato).

4. Pubblico impiego - Inquadramento - Costituisce atto vincolato - Rilevanza solo delle posizioni acquisite formalmente - Mansioni superiori svolte di fatto - Sono irrilevanti.

5. Pubblico impiego - Mansioni e funzioni - Mansioni superiori svolte - Richiesta di pagamento delle differenze stipendiali - Accoglibilità solo a decorrere dalla data di entrata in vigore dell'art. 15 del D.Lgs n. 387/1998 (e cioè dal 22 novembre 1998).

1. Nel campo del pubblico impiego, la pretesa di riconoscimento di benefici economici per mansioni superiori svolte non può trovare fondamento nell'art. 36 Cost., che sancisce il principio di corrispondenza della retribuzione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato. Tale norma, infatti, non trova incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale (1).

2. Nel campo del pubblico impiego, il conferimento di mansioni superiori ha natura di provvedimento di carattere eccezionale, da adottare tenendo conto dei fabbisogni dell'ente e per esigenze del tutto temporanee e definite nella durata, per coprire vacanze contingenti nelle more dell'espletamento delle procedure selettive, rivolte alla copertura legittima del posto, nel rispetto del dettato Costituzionale che prevede che l'accesso nella pubblica amministrazione avvenga tramite concorso.

3. Il processo amministrativo è fondato sul principio dispositivo dell'onere della prova, di talchè spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, ogni volta che non ricorra quella diseguaglianza di posizioni tra Amministrazione e privato, che giustifica l'applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

Tale principio peraltro non può, comunque, mai ridursi ad un'assoluta e generale inversione dell'onere della prova.

4. L'inquadramento dei dipendenti pubblici deve avvenire senza margini di discrezionalità per l'Amministrazione e gli elementi considerati rilevanti sono le posizioni acquisite formalmente, a nulla rilevando le mansioni svolte in via di mero fatto o sulla base di specifici incarichi o ordini di servizio non provenienti da organi legittimati a mutare lo stato giuridico del dipendente.

5. In materia di pubblico impiego, anteriormente all'anno 1998, l'esercizio di fatto di mansioni superiori, anche quando effettivamente disimpegnate, non poteva supportare la pretesa del dipendente ad un trattamento economico diverso da quello corrispondente alla qualifica formalmente rivestita, salvo che tali effetti non derivassero da apposita normativa. Invero, la possibilità di corrispondere differenze retributive, nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte di un pubblico dipendente, è stata riconosciuta con carattere di generalità solo a seguito dell'intervento innovativo compiuto dal legislatore, concretizzatosi nell'adozione dell'art. 15 del D.Lgs n. 387/1998, che ha definito la decorrenza di detto riconoscimento limitandone gli effetti a far data dall'entrata in vigore del decreto stesso (cioè dal 22 novembre 1998), rimettendola così alla successiva fonte normativa contrattuale (2).

---

(1) Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 18 novembre 1999 n. 22, in LexItalia.it, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cdsadplen_1999-22.htm

(2) V. per tutte Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza n. 10 del 2000, in LexItalia.it, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cdsadplen_2000-10.htm e Con. Stato, Sez. IV, 26 marzo 2010 n. 1775.

Documenti correlati:

CORTE COSTITUZIONALE, ordinanza 22-4-1999, pag. http://www.lexitalia.it/corte/cost1999-0146.htm (sulle differenze retributive dovute nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte di pubblici dipendenti).

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 16-2-2011, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/casssu_2011-02-16-1.htm (conferma - in contrasto con il CdS - che, nel campo del pubblico impiego, nel caso di svolgimento di mansioni superiori, le differenze retributive spettano anche se relative ad un periodo anteriore all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 387 del 1998 ed afferma che il giudice competente a decidere le relative controversie, se anteriori al 1° luglio 1998, è il giudice amministrativo).

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 22-2-2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cassu_2010-02-22-1.htm (sui criteri per accertare i danni derivanti dal demansionamento dei dipendenti pubblici e sulla spettanza delle differenze retributive nel caso di reggenza dell'ufficio oltre i termini necessari per la copertura del posto mediante concorso; conferma che le differenze retributive per svolgimento di mansioni superiori nel campo del pubblico impiego spettano anche per il periodo anteriore all'entrata in vigore del D.L.vo n. 387 del 1998).

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE CIVILI, sentenza 3-11-2009, pag. http://www.lexitalia.it/p/92/casssu_2009-11-03-2.htm (sulla spettanza o meno delle differenze retributive per lo svolgimento da parte dei dipendenti pubblici di mansioni superiori nel caso di mansioni corrispondenti ad una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento).

CORTE DI CASSAZIONE SEZ. LAVORO, sentenza 17-9-2008, pag. http://www.lexitalia.it/p/82/casslav_2008-09-17.htm (sulla spettanza o meno delle differenze retributive nel caso di svolgimento della mansioni superiori da parte del pubblico dipendente oltre il termine massimo di 12 mesi previsto dall'art. 52, comma 2, del D.Lgs. n. 165 del 2001 e per le mansioni superiori svolte prima dell'entrata in vigore dell'art. 15 del D.Lgs. n. 387 del 1998).

CORTE DI CASSAZIONE, SEZ. LAVORO, sentenza 17-4-2007, pag. http://www.lexitalia.it/p/71/ccasslav_2007-04-17.htm (sui limiti di applicabilità dell'istituto della reggenza previsto per i dirigenti dei Ministeri e sul diritto di ottenere le differenze retributive previste per lo svolgimento delle mansioni superiori nel caso di reggenza attribuita da molto tempo).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 3-2-2011, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cds6_2011-02-03-2.htm (ribadisce che, secondo il CdS ed in contrasto con le S.U., il pagamento delle differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori nel campo del pubblico impiego è previsto con carattere di generalità solo dopo il D.L.vo n. 387 del 1998).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 11-9-2008, pag. http://www.lexitalia.it/p/82/cds6_2008-09-11-3.htm (dichiara di non condividere l'orientamento delle S.U. della Cassazione secondo cui lo svolgimento di

mansioni superiori da parte di dipendenti pubblici dava luogo al pagamento delle differenze retributive anche prima dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 387/1998).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, sentenza 10-10-2006, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/cds6_2006-10-10-7.htm (sui presupposti necessari per corrispondere le differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte dei dipendenti pubblici e sulla nuova disciplina prevista in materia dall'art. 52 del D.Lgs. n. 165 del 2001).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 2-7-2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cds5_2010-07-02-3.htm (sulla impossibilità di ottenere le differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte dei dipendenti pubblici prima del D.L.vo n. 387 del 1998).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 9-3-2010, pag. http://www.lexitalia.it/p/10/cds5_2010-03-09-4.htm (sulla possibilità o meno di ottenere le differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte dei dipendenti pubblici prima del D.L.vo n. 387 del 1998).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 2-10-2009, pag. http://www.lexitalia.it/p/92/cds5_2009-10-02-3.htm (sull'illegittimità dei provvedimenti con i quali si dispone il recupero delle differenze stipendiali, a seguito dell'annullamento della delibera di inquadramento in una qualifica superiore, nel caso in cui il dipendente abbia effettivamente svolto le mansioni superiori sino all'annullamento dell'inquadramento).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 14-4-2009, pag. http://www.lexitalia.it/p/91/cds5_2009-04-14-2.htm (sulla spettanza o meno delle differenze retributive nel caso di svolgimento delle funzioni primariali da parte di chi si trovi in posizione funzionale intermedia in difetto di apposito atto di conferimento e nel caso in cui lo svolgimento delle mansioni superiori si sia protratto per oltre sei mesi).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 7-4-2009, pag. http://www.lexitalia.it/p/91/cds5_2009-04-07-2.htm (sul diritto dei dipendenti del SSN fin dal D.P.R. n. 761 del 1979 di ottenere le differenze stipendiali per mansioni superiori svolte e sui presupposti e condizioni che debbono sussistere a tale fine).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 21-11-2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/52/cds5_2005-11-21-3.htm (sulla sussistenza del diritto dei dipendenti - anche amministrativi - dell'USL, in forza dell'art. 29 del D.P.R. n. 761/1979 - di ottenere le differenze retributive nel caso di svolgimento delle mansioni superiori per oltre 60 giorni).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 5-4-2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/51/cds5_2005-04-05-4.htm (sul diritto alle differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte dei pubblici dipendenti a decorrere dall'entrata in vigore del D.L.vo n. 387/1998 e sul necessario presupposto della vacanza del posto).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 8-2-2005, pag. http://www.lexitalia.it/p/51/cds5_2005-02-08-9.htm (ritiene infondata la q.l.c. dell'art. 15 del d.l.vo n. 387/1998 nella parte in cui - nel prevedere il generale diritto dei dipendenti pubblici ad ottenere le differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori - non si applica retroattivamente).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 23-1-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2004-01-23-3.htm (sui presupposti necessari affinché possano possano corrispondersi le differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori e sull'entrata in vigore della nuova disciplina prevista dall'art. 56 del D.L.vo n. 29/1993).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 1-12-2003, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2003-12-01-6.htm (sui presupposti per il riconoscimento delle differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte dei pubblici dipendenti e sulla non necessità di un formale incarico nel caso di svolgimento delle funzioni primariali da parte dell'aiuto).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 18-11-2003, pag. http://www.lexitalia.it/p/cds/cds5_2003-7310.htm (sui presupposti per il pagamento delle differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori da parte di sanitari oltre il 60° giorno).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 12-6-2002, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2002-06-12-04.htm (sui presupposti necessari per riconoscere le differenze retributive dovute ai pubblici dipendenti nel caso di svolgimento di mansioni superiori).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 22-11-2001, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2001-11-22.htm (le mansioni superiori svolte prima dell'entrata in vigore del D.L.vo n. 387/1998 non danno diritto di regola - tranne il caso dei dipendenti del SSN - alla corresponsione delle differenze retributive).

CONSIGLIO DI STATO SEZ. V, sentenza 20-10-2000, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cds5_2000-5650.htm (sui presupposti per il riconoscimento delle differenze stipendiali dovute ai sanitari che hanno svolto mansioni superiori).

CONSIGLIO DI STATO - COMMISSIONE SPECIALE DEL PUBBLICO IMPIEGO, parere 22-4-2002, pag. http://www.lexitalia.it/private/cds/cdscommspecpi_2002-04-22-3.htm (secondo cui le differenze retributive per mansioni superiori mentre spettano anche per i giorni di riposo settimanale e festivi, non spettano invece per i periodi di assenza per congedo ordinario o straordinario).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 4-7-2008, pag. http://www.lexitalia.it/p/82/cga_2008-07-04-3.htm (sul diritto dei dipendenti USL di ottenere il pagamento delle differenze stipendiali nel caso di svolgimento di mansioni superiori già a decorrere dall'entrata in vigore del D.L.vo n. 761 del 1979 e sui presupposti necessari per ottenere tale pagamento).

CGA - SEZ. GIURISDIZIONALE, sentenza 21-11-2007, pag. http://www.lexitalia.it/p/72/cga_2007-11-21-5.htm (sulla possibilità o meno di corrispondere le differenze stipendiali nel caso di mansioni superiori svolte prima dell'entrata in vigore dell'art. 15 del D.L.vo n. 387 del 1998).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. I BIS, sentenza 3-10-2006, pag. http://www.lexitalia.it/p/62/tarlazio1bis_2006-10-03.htm (sui criteri da seguire per l'inquadramento nei ruoli nominativi regionali del personale transitato nelle UU.SS.LL. e per la corresponsione delle differenze retributive nel caso di svolgimento di mansioni superiori).

TAR LAZIO - ROMA SEZ. III TER, sentenza 16-7-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/tar/tarlazio3ter_2004-07-16.htm (sulla spettanza delle differenze retributive per mansioni superiori svolte dai dipendenti pubblici dopo l'entrata in vigore del D.L.vo n. 387/98 e sulla necessità, nel caso di mansioni svolte dopo il 1° luglio 1998, di rivolgersi al g.o.); v. anche in arg. TAR CAMPANIA - NAPOLI, SEZ. V – sentenza 8 luglio 2004* http://www.lexitalia.it/p/tar/tarcampna5_2004-07-08-3.htm (sulla natura eccezionale del conferimento della mansioni superiori e sulla non necessità che il provvedimento di revoca sia preceduto da avviso di inizio del procedimento).

TAR LAZIO, SEZ. III TER – sentenza 16-7-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/tar/tarlazio3ter_2004-07-16.htm (sulla spettanza delle differenze retributive per mansioni superiori svolte dai dipendenti pubblici dopo l'entrata in vigore del D.L.vo n. 387/98 e sulla necessità, nel caso di mansioni svolte dopo il 1° luglio 1998, di rivolgersi al g.o.).

TAR LAZIO - LATINA, sentenza 5-4-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/tar/tarlaziolatina_2004-04-05.htm (sulla generale spettanza delle differenze retributive per le mansioni superiori svolte solo dopo l'entrata in vigore del D.L.vo n. 387/1998).

TAR CAMPANIA - NAPOLI SEZ. V, sentenza 8-7-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/tar/tarcampna5_2004-07-08-3.htm (sulla natura eccezionale del conferimento della mansioni superiori e sulla non necessità che il provvedimento di revoca sia preceduto da avviso di inizio del procedimento).

TRIBUNALE DEL LAVORO DI S. ANGELO DEI LOMBARDI, sentenza 17-5-2002, pag. http://www.lexitalia.it/private/ago/tribsanglob_2002-84.htm (le differenze retributive per mansioni superiori svolte da dipendenti pubblici spettano anche in caso di nullità dell'assegnazione ed a prescindere se le mansioni stesse siano o meno immediatamente superiori).

TRIBUNALE DI BRINDISI, SEZ. LAVORO, sentenza 16-4-2004, pag. http://www.lexitalia.it/p/ago/tribbrindisi_2004-04-16.htm (sull'impossibilità di riconoscere le differenze retributive previste per lo svolgimento di mansioni superiori nel caso in cui le differenti mansioni svolte rientrino nella stessa categoria di inquadramento del pubblico dipendente).

N. 01212/2013REG.PROV.COLL.

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 3499 del 2009, proposto da:

Tomaselli Benito, Buccarella Giuseppe, Pirrami Paola n.q. di erede di Pirrami Giuseppe, Capogrossi Francesco, Borgetti Donatella n.q. di erede di Borgetti Edelvais, Ghini Concetta n.q. di erede di Mazzaro Mattia, Ortolani Annamaria n.q. di erede di Lattarini Renzo, Putano Bisti Sergio, Boccacci Valentino, Gizzi Franco, Pascucci Paolo, Zuccarini Rolando, Cortellessa Domenico n.q. di erede di Cortellessa Francesco, rappresentati e difesi dagli avv. Liliana Faronato e Stefano Mosillo, con domicilio eletto presso Liliana Faronato in Roma, via Ortigara n. 10;

contro

Comune di Roma Capitale, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Carlo Sportelli, dell'Avvocatura comunale di Roma, con domicilio in Roma, via del Tempio di Giove, n. 21;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II n. 04792/2008, resa tra le parti, concernente riconoscimento mansioni superiori;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 novembre 2012 il Consigliere Carlo Schilardi e uditi per le parti gli avvocati Mosillo e Sportelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al T.A.R. per il Lazio notificato il 22.10.1990, i sigg. Tommaselli Benito, Bucarella Giuseppe, Pirrami Paola (erede di Pirrami Giuseppe), Caporossi Francesco, Borgetti Donatella (erede di Borgetti Edelvais), Ghini Concetta (erede di Mattia Mazzaro), Ortolani Annamaria (erede di Lattarini Renzo), Putano Bisti Sergio, Boccacci Valentino, Gizzi Franco, Pascucci Paolo, Zuccarini Rolando e Cortelessa Domenico (erede di Cortelessa Francesco), dipendenti del Comune di Roma, chiedevano l'inquadramento nella superiore prima qualifica dirigenziale e le differenze retributive tra quanto percepito e quanto effettivamente spettante per le funzioni superiori svolte.

I ricorrenti, appartenenti al Corpo della Polizia municipale del Comune di Roma, inquadrati nell'VIII livello funzionale, esponevano di aver svolto, a causa della carenza di organico, con carattere di continuità e su conformi provvedimenti formali, funzioni proprie della I^ qualifica dirigenziale.

I ricorrenti deducevano altresì che l'assegnazione a tali funzioni superiori era stata comunicata alla Giunta Municipale dall'assessore De Bartolo con nota del 5.4.1985 e che nonostante la predisposizione dei relativi provvedimenti di inquadramento, gli stessi non furono mai formalizzati.

Pertanto i ricorrenti lamentavano la violazione dell'art. 40 del D.P.R. n. 347 del 25.6.1983, della citata nota assessorile del 5.4.1985 che dava atto della piena legittimità delle pretese e dell'art. 36 della Costituzione. Inoltre deducevano violazione di legge, eccesso di potere, manifesta ingiustizia, disparità di trattamento, illogicità e contraddittorietà, atteso che i richiesti provvedimenti di inquadramento erano stati già predisposti ma non formalizzati.

Evidenziavano, infine che, in epoca antecedente all'emanazione del D.P.R. n. 347 del 25.6.1983, l'Amministrazione aveva già proceduto ad inquadrare dipendenti a livelli superiori e che la richiamata disposizione normativa non poteva considerarsi discriminante per le loro richieste.

Il T.A.R. per il Lazio, con sentenza n. 4792 del 7 maggio 2008, pubblicata il 21.5.2008, respingeva il ricorso rigettando sia le richieste di attribuzione di qualifica superiore, sia le richieste di differenze retributive.

Il giudice di primo grado ha ritenuto irrilevante lo svolgimento di mansioni superiori ai fini dell'inquadramento in mancanza di esplicita norma di legge che non poteva rinvenirsi nell'art. 40 del D.P.R. n. 347/1983 invocato dai ricorrenti e non ha riconosciuto il diritto alle differenze retributive sostenendo che

tale diritto sarebbe stato riconosciuto con carattere di generalità solo a partire dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 387/1998.

Avverso la sentenza del T.A.R. per il Lazio, i sigg. Tommaselli Benito, Bucarella Giuseppe, Pirrami Paola (erede di Pirrami Giuseppe), Caporossi Francesco, Borgetti Donatella (erede di Borgetti Edelvais), Ghini Concetta (erede di Mattia Mazzaro), Ortolani Annamaria (erede di Lattarini Renzo), Putano Bisti Sergio, Boccacci Valentino, Gizzi Franco, Pascucci Paolo, Zuccarini Rolando e Cortelessa Domenico (erede di Cortelessa Francesco) hanno proposto appello.

Con il primo motivo gli appellanti lamentano la violazione e falsa applicazione dell'art. 36 della Costituzione, deducendo, in riferimento all'asserito diritto alle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori, che la Corte Costituzionale con numerose pronunce ha sostenuto la diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego dei princìpi dettati dal citato articolo 36 Cost.

Con il secondo motivo gli appellanti, con riferimento a quanto ritenuto dal T.A.R. in relazione alla mancata prova del legittimo svolgimento di mansioni superiori, hanno lamentato la violazione e falsa applicazione dei principi vigenti in materia di istruttoria nel processo amministrativo ed hanno depositato, peraltro solo nell'attuale fase di giudizio, documentazione asseritamente probante l'affidamento di funzioni superiori nei periodi in contestazione.

Con il terzo motivo gli appellanti lamentano la violazione e falsa applicazione dei princìpi vigenti in materia di reggenza e supplenza nel pubblico impiego, con riferimento alla parte della sentenza gravata in cui si afferma che le mansioni superiori svolte dagli interessati sarebbero comunque riconducibili ad ipotesi di reggenza o supplenza temporanea non retribuibile.

Si è costituito il Comune di Roma che ha chiesto di rigettare il ricorso in appello in quanto infondato e in via subordinata di accertare e dichiarare la prescrizione dei diritti ex adverso vantati.

A seguito del decesso del sig. Valentino Boccacci, appellante originario, si sono costituiti in giudizio gli eredi sigg. Boccacci Edoardo, Torquati Giovanna, Boccacci Bianca Maria, Boccacci Anna Rita e Boccacci Massimo.

L'appello è infondato e va rigettato.

Con il primo motivo gli appellanti lamentano la violazione e falsa applicazione dell'art. 36 della Costituzione.

Tale censura non è condivisibile.

Questo Collegio non può che conformarsi alla costante giurisprudenza del Consiglio di Stato che, in ordine alla pretesa di riconoscimento di benefici economici per mansioni superiori svolte, ha affermato che tale pretesa non può trovare fondamento nell'art. 36 Cost., che sancisce il principio di corrispondenza della retribuzione alla qualità e alla quantità del lavoro prestato.

Tale norma, infatti, non trova incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale (Cons. Stato, A.P. 18.11.1999 n. 22).

Il conferimento di mansioni superiori ha avuto costantemente natura di provvedimento di carattere eccezionale, da adottare tenendo conto dei fabbisogni dell'ente e per esigenze del tutto temporanee e definite nella durata, per coprire vacanze contingenti nelle more dell'espletamento delle procedure selettive, rivolte alla copertura legittima del posto, nel rispetto del dettato Costituzionale che prevede che l'accesso nella pubblica amministrazione avvenga tramite concorso.

Detti precetti che disciplinano l'azione amministrativa e l'adozione dei relativi provvedimenti hanno carattere imperativo e inderogabile e trovano fondamento nei principi costituzionali di buon andamento e di efficienza dell'azione amministrativa di cui all'art. 97 della Costituzione.

In ordine al secondo e terzo motivo di appello, deve preliminarmente osservarsi che il processo amministrativo è fondato sul principio dispositivo dell'onere della prova, di talchè spetta a chi agisce in giudizio indicare e provare i fatti, ogni volta che non ricorra quella diseguaglianza di posizioni tra Amministrazione e privato, che giustifica l'applicazione del principio dispositivo con metodo acquisitivo.

Tale principio peraltro non può, comunque, mai ridursi ad un'assoluta e generale inversione dell'onere della prova.

Nel merito, a prescindere dalla ammissibilità di atti tardivamente prodotti in appello, si evidenzia che l'inquadramento del personale deve avvenire senza margini di discrezionalità per l'Amministrazione e gli elementi considerati rilevanti sono le posizioni acquisite formalmente, a nulla rilevando le mansioni svolte in via di mero fatto o sulla base di specifici incarichi o ordini di servizio non provenienti da organi legittimati a mutare lo stato giuridico del dipendente.

Il Collegio intende comunque conformarsi all'orientamento della già citata Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, che ha ritenuto l'assoluta irrilevanza, giuridica ed economica, dello svolgimento di fatto di mansioni superiori nel pubblico impiego.

In materia di conferimento di mansioni superiori l'art. 72 del D.Lgs. n. 268/1987, già vigente, prescriveva 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.

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…".

Assumono pertanto rilevanza, oltre alla ufficialità del provvedimento di incarico da parte di organo legittimato, anche la transitorietà dell'incarico stesso, la sua durata limitata nel tempo e l'avvio contestuale della procedura per la copertura del posto vacante.

In ordine all'impedimento a corrispondere differenze retributive in fattispecie quali quella di interesse, si è ripetutamente espressa questa Sezione, trattando di affidamento di mansioni superiori extra ordinem (Cons. Stato, Sez. V n. 1382/2010), nella considerazione che nel pubblico impiego le mansioni superiori sono irrilevanti sia ai fini economici, sia di progressione di carriera, quando non sia la legge a disporre altrimenti. Ciò in quanto il rapporto di pubblico impiego non è assimilabile al rapporto di diritto privato.

Giova soggiungere che, come correttamente rilevato dai giudici di prima istanza, in materia di pubblico impiego, anteriormente all'anno 1998, l'esercizio di fatto di mansioni superiori, anche quando effettivamente disimpegnate, non può supportare la pretesa del dipendente ad un trattamento economico diverso da quello corrispondente alla qualifica formalmente rivestita, salvo che tali effetti non derivino da apposita normativa.

L'apertura recata successivamente verso il riconoscimento economico delle mansioni superiori svolte di fatto nel pubblico impiego è stata analizzata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 10 del 2000) che, risolvendo i contrasti al riguardo insorti, ha valorizzato l'intervento innovativo compiuto dal legislatore, concretizzatosi nell'adozione dell'art. 15 del D.Lgs n. 387/1998 ed ha definito la decorrenza di detto riconoscimento limitandone gli effetti a far data dall'entrata in vigore del decreto stesso (cioè dal 22 novembre 1998), rimettendola così alla successiva fonte normativa contrattuale (Con. Stato, Sez. IV 26.3.2010 n. 1775).

E nel caso in esame, i periodi da considerare per tutti gli appellanti sono anteriori all’entrata in vigore del richiamato art. 15 del D.Lgs. n. 387/1998.

Conclusivamente l’appello è infondato e va rigettato.

Atteso che la materia del contendere attiene a problematiche con risvolti interpretativi complessi, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate tra le parti .

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 Baccarini, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 28/02/2013