

N. 01212/2013REG.PROV.COLL.
N. 03499/2009 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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^a 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 principi 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 principi 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

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/02/2013

IL SEGRETARIO

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