

MANSIONI SUPERIORI DEL DIPENDENTE PUBBLICO: IL CONTRASTO GIURISPRUDENZIALE TRA LA CORTE DI CASSAZIONE ED IL CONSIGLIO DI STATO

dell'Avv. Fabio Falco

Contrasto giurisprudenziale tra i massimi organi della giurisprudenza amministrativa e civile sull'applicabilità della disciplina delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico.

La retribuità delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico costituisce l'oggetto di un acceso contrasto giurisprudenziale tra il Consiglio di Stato e la Corte di Cassazione.

Da un lato, infatti, il Consiglio di Stato, anche in Adunanza Plenaria (cfr., *ex plurimis*, ad. pl., 24.3.2006, n. 3) afferma che l'ammissibilità della retribuzione delle mansioni superiori, storicamente, abbia valenza eccezionale e derogatoria all'ordinario regime del rapporto tra PA e pubblico dipendente, così giustificando l'orientamento secondo il quale la disciplina delle mansioni superiori - racchiusa oggi nell'art. 52 del t.u. sul pubblico impiego di cui al d. lgs. n. 165/01 (che ne ammette la retribuzione) - possa applicarsi in via generale ai pubblici dipendenti solo a decorrere dal 22.11.1998, ossia dall'entrata in vigore del d. lgs. n.387/98, salvo che sia diversamente disposto da norma speciale *ad hoc*; dall'altro le Sezioni Unite della Corte di Cassazione costantemente affermano, sulla scia della giurisprudenza della Corte Costituzionale che ammette l'applicabilità diretta ai dipendenti pubblici dell'art. 36 cost., che le mansioni superiori vanno remunerate senza limitazioni temporali, o comunque già a decorrere dal regime transitorio introdotto dall'art. 56 del d. lgs. 29/93, come modificato dall'art. 25 del d. lgs. n.80/98, cioè ben prima dell'entrata in vigore del citato art. 15 del d. lgs. n. 387/98 che li ha abrogati in *parte qua* (Cfr., *ex plurimis*, Cass. Civ., sez. un., 16.2.2001, n. 3814; 22.2.2010, n. 4063).

Prima di descrivere con maggiore rigore i termini del suddetto contrasto, è opportuno sintetizzare la disciplina delle mansioni supe-

riori dei pubblici dipendenti e la sua evoluzione normativa.

Oggi, come detto, le mansioni superiori sono disciplinate dall'art. 52 del d. lgs. n. 165/01 e comportano, senza dubbi ermeneutici, l'attribuzione (i) del trattamento economico proprio della qualifica superiore ricoperta temporaneamente ove (a) l'espletamento delle stesse avvenga per non più di sei mesi e vi sia carenza di posto in organico, ovvero per non più di dodici mesi allorchè siano, entro novanta giorni, avviate le procedure di copertura della vacanza; ovvero (b) nel caso di sostituzione di altro dipendente assente con diritto alla conservazione del posto, con esclusione dell'assenza per ferie, per la durata dell'assenza; la succitata disposizione normativa prevede, al co. 5, che (ii) al di fuori delle ipotesi suddescritte sub a) e b), l'atto di assegnazione è nullo, ma al pubblico dipendente spettano, comunque, le differenze retributive con il trattamento economico della qualifica temporaneamente ricoperta; (iii) il principio della doverosità delle differenze retributive del pubblico dipendente è sancito dalla mancata previsione, rispetto al passato, del divieto delle remuneratività delle mansioni superiori nelle more della stipulazione dei contratti collettivi di cui al co. 6 dell'art. 52, la cui mancata adozione non osta alla retribuzione dell'opera in concreto svolta, anche ai sensi dell'art. 36 cost..

Tale ultima circostanza (iii) non è di poco momento, in quanto la disposizione, propria di un regime transitorio che da sempre accompagna la disciplina delle mansioni superiori (basti pensare, al riguardo, che l'art. 57 del d. lgs. n. 29/93 non è stato mai applicato),

è quella (*rectius* la sua parziale abrogazione ai sensi dell'art. 15 del d. lgs. n. 387 del 29.10.1998) che fonda i divergenti orientamenti espressi *in subiecta materia* dalle Corte di Cassazione e dal Consiglio di Stato (da ultimo con sentenza della sez. VI n. 758 del 3.2.2011).

Infatti, da un lato i giudici di Palazzo Spada ritengono che la suddetta disposizione normativa - che abroga il divieto di differenze retributive in caso di mansioni superiori svolte dal pubblico dipendente nel regime transitorio previsto dall'art. 56 del d. lgs. n. 29/93 come modificato dall'art. 25 del d. lgs. n. 80/98 - non può che disporre per l'avvenire, non essendo una norma di interpretazione autentica, ma, piuttosto, rimuovendo, in ossequio all'art. 36 cost., un ostacolo al pagamento della maggiore opera svolta, in concreto, da parte del pubblico dipendente (*rectius* delle mansioni superiori svolte rispetto alla qualifica di appartenenza); si tratterebbe, quindi, di un ostacolo che sorge quasi ontologicamente all'instaurarsi di un rapporto di pubblico impiego, che, in ossequio anche agli artt. 97 e 98 cost., ha una funzione diversa ed ulteriore rispetto all'ordinario rapporto di lavoro privato, basato sul mero rapporto sinallagmatico di scambio di prestazioni (Cfr., *ex plurimis*, CdS, ad. pl., 24.3.2006, n. 3).

La Corte di Cassazione, al contrario, sostiene che il diritto alla retribuzione giusta e proporzionata è sancito in Costituzione (artt. 35 e 36) e trova nel codice civile una esplicitazione, negli artt. 2103 e 2126 c.c., che deve essere estesa anche al pubblico lavoratore, senza limiti temporali, essendo espressione di un principio generale dell'ordinamento riconosciuto anche dalla Corte Costituzionale ed essendo il citato art.15 del d. lgs. n. 387/98 una norma "*con efficacia retroattiva, atteso che (...) è una disposizione di carattere transitorio, non essendo formulata in termini atemporali, come avviene per le norme ordinarie, ma con riferimento alla data ultima di applicazione della norma stessa e, quindi, in modo idoneo ad incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. La portata retroattiva di detta disposizione risulta, peraltro, conforme alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha rite-*

*nuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 cost., nella parte in cui attribuisce al lavoratore il diritto ad una retribuzione proporzionale alla quantità e qualità del lavoro prestato, nonché alla conseguente intenzione del legislatore di rimuovere con la disposizione correttiva una norma in contrasto con i principi costituzionali. Cfr. C. cost. n. 236 del 1992; n. 296 del 1990; Cass., sez. un., n. 4063 del 2010, cit." (Cfr., *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 16.2.2001, n. 3814).*

Quello su cui, invece, è concorde la giurisprudenza in materia di mansioni superiori è che le stesse devono essere attribuite (iv) con provvedimento formale e su posto effettivamente in organico, risultando diversamente addirittura "*inesistenti*" e non danno luogo né al diritto alle differenze retributive né alla tutela di cui all'art.2126 c.c. (Cfr., *ex plurimis*, CdS, V, 8.10.2010, n.7354).

Tuttavia, come detto, il contrasto tra i due orientamenti giurisprudenziali è chiaro e, a ben vedere, si poggia sul differente approccio con cui la Corte di Cassazione ed il Consiglio di Stato intendono il rapporto di pubblico impiego privatizzato.

La Cassazione, proprio sulla scorta della riforma del pubblico impiego iniziata nel 1993, costruisce oramai il rapporto di lavoro alle dipendenze della PA sulla falsariga del rapporto di lavoro di diritto comune, in ragione della positiva applicabilità a tale rapporto delle norme del codice civile.

In quest'ottica ben si comprende come le mansioni superiori - che il codice civile del 1942, all'art. 2103 c.c. costruisce nel lavoro privato come un normale strumento di svolgimento della prestazione del lavoratore - possano dare diritto, anche al pubblico dipendente, al riconoscimento, in applicazione, perlomeno, dell'art. 36 cost., delle differenze retributive tra la qualifica di provenienza e quella, maggiore, in concreto e per un certo periodo rivestita.

Di qui la riconosciuta valenza retroattiva dell'art.15 del d. lgs. n. 387/1998, individuata dalla Corte di Cassazione con un certo favor (in quanto la tesi esclusivamente temporale basata sul regime transitorio non è del tutto convincente) proprio perché definitivamente abrogatrice di un divieto - quello della rile-

vanza delle mansioni superiori nel pubblico impiego - che ostava alla completa e piena equiparazione della disciplina tra questo ed il lavoro privato, in contrasto con l'art. 3 e 36 della Costituzione, generalmente applicabili anche al pubblico dipendente.

Di contro si pone la giurisprudenza del Consiglio di Stato (da ultimo con sent. della Sez. VI, n.758 del 3.2.2011, cit.) che, invece, pur riconoscendo, ovviamente, la privatizzazione del pubblico impiego, afferma la non retroattività dell'art. 15 del d. lgs. n. 387/98 in quanto il divieto di remunerare le mansioni superiori prima del 22.11.1998 (data di entrata in vigore della predetta norma) si giustifica sotto un duplice profilo: (a) da un lato, il rapporto di pubblico impiego si differenzia funzionalmente dal rapporto di lavoro privato, posto che pure nella identità della disciplina applicabile post privatizzazione, il primo è caratterizzato dal fatto che, come causa concreta, non ha solo lo scambio sinallagmatico prestazione/retribuzione, ma ha anche lo scopo pratico, comune alle parti, di curare in concreto interessi pubblici, cioè svolgere una attività funzionale alla *res pubblica*; dall'altro (b) che il rapporto di lavoro pubblico, proprio perché funzionale strutturalmente alla cura di interessi pubblici, è stipulabile solo in presenza di una norma che lo disciplini, cioè che vincoli nel fine la PA stipulante.

Per quanto attiene il profilo esposto *sub* (a), il Consiglio di Stato coerentemente afferma che il divieto ante 22.11.1998, non bastando il solo criterio dello "spazio" temporale, si giustifica con il fatto che gli artt. 3 e 36 Cost. non sono le uniche norme che reggono il rapporto di pubblico impiego, il quale va anche interpretato e disciplinato alla luce degli artt. 97 e 98 cost..

Per quanto attiene il profilo esposto *sub* (b), va detto che - fermo restando che il divieto de quo sembra sussistere sin dall'art. 31 e 33 del d.P.R. n. 3/57 - i giudici di Palazzo Spada subordinano il loro ragionamento proprio alla mancata esistenza di una norma speciale in quanto, ove questa vi fosse, ben potrebbe ammettersi, anche prima della modifica dell'art. 56 del d. lgs. n. 29/93, la remunerazione delle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori.

Ad ulteriore sostegno di tale tesi, starebbe il riparto di giurisdizione operato dall'art. 63 del d. lgs. n. 165/2001, che infatti ha bene in mente che la fase pubblicistica della stipulazione del contratto (*rectius* della scelta del contraente) va distinta dalla fase gestorio-esecutiva dello stesso, afferente la prima alla giurisdizione amministrativa e la seconda a quella ordinaria.

Orbene, il contrasto giurisprudenziale, così come descritto, non pare sanabile.

In quest'ottica un'indicazione operativa concreta per le amministrazioni/datrici di lavoro deriva, senza dubbio, dal riparto di giurisdizione di cui all'art. 63 del d. lgs. n. 165/01 e s.m.i..

Tale norma, infatti, devolve le questioni attinenti alla retribuitività delle mansioni superiori al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro a decorrere dall'1.7.1999.

Ciò, in endiadi con la circostanza che la prescrizione del diritto alle maggiori somme dovute per lo svolgimento delle mansioni superiori è quinquennale (ai sensi dell'art. 2948 c.c.), fa sì che ogni controversia che dovesse sorgere con un dipendente sarebbe decisa dal giudice del lavoro.

Ne consegue che il principio da applicare dovrebbe essere quello indicato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, in quanto il giudice naturale delle eventuali insorgende controversie sarebbe il G.O. in funzione di giudice del lavoro, il quale seguirebbe certamente, nella decisione della causa, l'insegnamento della Suprema Corte e non già quello del Consiglio di Stato.

Tale conclusione, peraltro, può essere accettata, anche sotto il profilo teorico, proprio in base al fatto che - pur non potendosi negare che tra contratto di lavoro pubblico e contratto di lavoro privato esiste una sostanziale distinzione proprio in termini di causa che, nel primo, è una funzione economico-sociale di tipo individuale/privatistico, mentre nel secondo sorregge un agire funzionale di cura dell'interesse pubblico - le mansioni superiori vanno valutate solo in un momento di puro sinallagma (prestazione-retribuzione), tenuto anche presente che l'obbligazione lavorativa del pubblico dipendente è tipicamente un'obbligazione di mezzi che può prescindere, nel-

la sua remunerazione, dall'effettivo conseguimento dell'utilità pubblica che, in vero, si raggiunge con anche con la sola valida costi-

tuzione del rapporto organico e del successivo rapporto di servizio.

«.....GA.....»