

**TAR Lazio Roma - Sezione I bis, Sent. n. 3796 del 15.04.2009**

*omissis*

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in epigrafe, la ricorrente – premesso di essere stata assunta dal ministero della sanità (oggi della salute) con mansioni e qualifica di addetta ai servizi ausiliari e di anticamera, Il livello e di essere stata, invece, utilizzata sempre ed ininterrottamente come dattilografa – chiede accertarsi il proprio diritto al suo reinquadramento nella IV q.f. nonché alla corresponsione delle differenze stipendiali tra la qualifica di formale inquadramento e quella corrispondente ai servizi di fatto espletati.

L'interessata sostiene di avere svolto le superiori mansioni con carattere di continuità ed esclusività, come riconosciute in numerosi atti ricognitivi dei dirigenti del ministero. Le sue istanze volte ad ottenere detto reinquadramento non hanno sortito effetto. Nonostante l'obbligo incombente sull'amministrazione di provvedervi.

In punto di diritto, la ricorrente deduce:

violazione dei principii di imparzialità e buon andamento;

b) violazione dell'art. 29, DPR n. 761/1979, dell'art. 37, DPR 348/1983, dell'art. 43, DPR n. 270/1987, dell'art. 36 Cost. nonché degli artt. 2103 e 2126 Cod. civ..

Il ricorso è infondato.

Il Collegio ritiene, innanzitutto, inconfidente la fonte normativa di cui all'art. 29 del DPR 761/1979 evocata dalla ricorrente a motivo di ricorso; ed invero, l'interessata è dipendente del ministero della sanità e non già di strutture pubbliche facenti parte del Servizio sanitario nazionale (usl – asl - ospedali – ecc...) per le quali soltanto, invero, può operare, per delimitato ambito oggettivo e soggettivo della norma, la disposizione in parola.

Ad ogni modo, in disparte quanto sopra ed anche ad accedere alla tesi attorea, l'infondatezza rileva in ragione del fatto (assorbente) che lo svolgimento delle mansioni superiori non dà diritto, in linea di principio, ad alcun riconoscimento giuridico – economico (almeno nel periodo previgente l'entrata in vigore del D.P.R. 387/98).

In particolare, per quanto rileva nel settore della sanità, i presupposti che la giurisprudenza amministrativa ha enucleato per fondare la legittimità del riconoscimento delle differenze retributive in ragione dello svolgimento di funzioni superiori sono i seguenti:

- 1) la sostituzione del titolare dell'ufficio da parte dell'inferiore gerarchico deve avvenire in occasione di assenze non temporanee;
- 2) il posto cui le mansioni si riferiscono deve essere necessariamente vacante o disponibile in pianta organica;
- 3) l'adibizione a mansioni superiori deve avvenire con incarico emanante dagli organi competenti dell'Amministrazione.

Merita aggiungere che il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza 14 aprile 2006 n. 2099 ha generalizzato i prefati presupposti affermando (con un mutamento di indirizzo giurisprudenziale che rappresenta un vero revirement in tema di mansionismo nella pubblica amministrazione) che anche riguardo al regime anteriore all'entrata in vigore dell'art. 15, d. lgs. n. 387/1998 va riconosciuta al dipendente pubblico la retribuzione per le mansioni superiori (solo però) se esercitate in virtù di un formale provvedimento di incarico legittimamente assunto dall'amministrazione e proveniente dall'organo competente ad adottarlo, per coprire la temporanea vacanza di posti in organico.



Anche l'art. 29, D.P.R. n. 761/79 – richiamato dalla ricorrente a motivo di ricorso ma da ritenersi in conferente – prevede (in coerenza coi principi sopra delineati) una variazione stipendiale conseguente allo svolgimento di mansioni superiori, laddove queste svolte oltre i sessanta giorni, (esclusivamente) in presenza di posto vacante e sulla base di atto formale d'incarico, valido ed efficace, proveniente ex ante dall'organo competente.

E' evidente, pertanto, che, in presenza di meri ordini di servizio provenienti da soggetti privi della potestas di immutazione dello status del dipendente, le mansioni (assertivamente) superiori svolte dalla ricorrente non danno diritto al beneficio della maggiore retribuzione (cfr. C.d.s. sez. V, 14 aprile 2006 n. 2099 cit.) né possono fondare, a fortiori, rivendicazioni volte ad ottenere il reinquadramento in qualifica funzionale superiore.

Le considerazioni che precedono sono in linea con i consolidati indirizzi giurisprudenziali dai quali la Sezione non ha motivo di discostarsi. Ne giovi, qui, una breve esposizione.

Secondo i giudici della Consulta (ord. n. 908/1988; sent. n. 57/1989; sent. n. 296/1990; sent. n. 101/1995) spetta al lavoratore dipendente dal S.S.N. il trattamento economico corrispondente alle funzioni di fatto espletate ai sensi dell'art. 36 Cost. e ciò, indipendentemente dal provvedimento di assegnazioni a mansioni superiori. Tale regola, per vero, è stata confermata nella sua impostazione di fondo dal giudice amministrativo con alcuni correttivi interpretativi a far data dalla Adunanza Plenaria 16.5.1991 n. 2; in particolare il giudice amministrativo ha tenuto distinti, nell'ambito del personale della U.S.L., i dipendenti sanitari dai dipendenti amministrativi, applicando per i primi il principio come statuito dal giudice delle leggi e ritenendo, invece, per i secondi, in aggiunta al posto vacante, quale requisito indefettibile, l'esistenza di un puntuale provvedimento d'incarico conferito dall'Organo competente.

Tale requisito, dopo una serie di statuizioni oscillanti, è stato negli ultimi anni ritenuto indispensabile dalla giurisprudenza amministrativa (A.P. 23.2.2000 n. 11; A.P. 28.1.2000 n. 10; Sez. V, 4.11.1999 n. 1807). Esso mira – ad avviso del Collegio ed a tutta evidenza - ad impedire che il singolo dipendente, di propria iniziativa o con il consenso compiacente dei suoi superiori non titolari della potestas di immutazione dello status giuridico-economico del lavoratore, possa assumere incarichi, funzioni o compiti di livello superiore aggirando così le prescritte procedure di selezione/inquadramento del personale e/o di modifica della pianta organica, finendo per stravolgere l'assetto funzionale-organizzativo dell'ente ed esponendo l'erario d'esborsi non assistiti dalla necessaria copertura di spesa.

Il difetto del presupposto rappresentato dal formale incarico non potrebbe, invero, neppure essere rimediato attraverso la formalità di un atto ricognitivo dell'organo competente che attestasse ex post l'effettivo svolgimento di mansioni superiori; né supplito mediante equipollenti rappresentati da note, lettere e c/o comunicazioni provenienti da soggetti e/o organi, sì, rappresentativi in qualche modo dell'amministrazione, ma non titolari della competenza funzionale.

Osserva il Collegio, che il divario interpretativo esistente tra il giudice costituzionale ed il giudice amministrativo ha un'incidenza di effetti sull'odierno giudizio nel quale l'inconfigurabilità giuridica di formali provvedimenti di conferimento dell'incarico priva in radice di ogni fondatezza la pretesa attorea.

Ed invero, in punto di fatto consta che non risultano adottati atti formali d'incarico da parte dagli organi rappresentativi dell'ente; tali non potendosi considerare, senz'altro, le note, per giunta soltanto ricognitive, a firma di certi dirigenti di cui, peraltro, non è stata comprovata, neppure in punto di principio di prova, la potestà di immutazione dello status della lavoratrice.



E' evidente che in mancanza di atti formali di incarico, validi ed efficaci, deve escludersi per ciò stesso, giusta quanto sopra argomentato e considerato, la sussistenza delle condizioni di legge per il riconoscimento delle pretese avanzate dalla ricorrente.

In definitiva, l'assenza dell'indefettibile presupposto rappresentato dall'atto di incarico formale di assegnazione alle mansioni superiori, quest'ultimo proveniente ex ante dall'organo dell'amministrazione istituzionalmente competente ad incidere sullo status del dipendente e sull'assetto funzionale-organizzatorio dell'ente, fa ragione - per effetto del carattere formale che contrassegna l'organizzazione della p.a., in sintonia con i principi di legalità e di buon andamento - sulla infondatezza dell'intrapresa azione.

La ricorrente invoca, altresì, gli artt. 36 Cost. e 2126 Cod. civ.

In virtù della citata norma costituzionale - che trova corrispondenza nel disposto di cui all'art. 2103 Cod. civ. - sussisterebbe, ad avviso della lavoratrice, l'obbligo d'integrare il trattamento economico del dipendente nella misura corrispondente alla qualità - quantità del lavoro effettivamente prestato. L'articolato, dunque, costituirebbe, nella prospettiva attorea, parametro precettivo di immediata applicazione - ovvero mediata dall'art. 2126 Cod. civ. - al rapporto di lavoro sicché sarebbe consentita, per tale via, l'attribuzione diretta del trattamento economico corrispondente alla superiore qualifica rivestita.

Or dunque, non v'è dubbio che l'art. 36 Cost. sancisca il principio di corrispondenza della retribuzione alla qualità e quantità del lavoro prestato. Senonché la norma, secondo l'insegnamento dell'Adunanza Plenaria (sentenza n. 22/99), non può trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego concorrendo, in detto ambito, altri principi di pari rilevanza costituzionale (artt. 97 e 98 Cost.).

Ed invero:

1. l'art. 98 Cost., nel disporre che i pubblici impiegati sono al servizio della Nazione vieta che la valutazione del rapporto d'impiego pubblico sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio (Cfr. C.d.S.- VI Sez. - n. 480 del 31/1/03);

2. l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica rivestita contrasta con il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione (art. 97 Cost.) nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei funzionari. La posizione di chi svolge mansioni superiori, infatti, non può essere assimilata (sotto il profilo giuridico-economico) a quella di colui che il medesimo incarico ricopre sulla base di una qualificazione professionale oggettivamente accertata all'esito di procedure selettive e/o concorsuali (art. 97, comma III, Cost.).

L'affidamento di mansioni superiori a pubblici dipendenti, invece, avviene spesso con criteri che non garantiscono l'imparzialità dell'Amministrazione (C.d.s. A.p. 22/99).

Nell'esercizio dei propri poteri d'organizzazione (art. 97, comma I Cost.) l'amministrazione potrebbe, per esigenze particolari di buon andamento dei servizi, prevedere in sede regolamentare - anche - la possibilità d'assegnazione temporanea di dipendenti a mansioni superiori alla loro qualifica senza, però, diritto a variazioni del trattamento economico (cfr. C.d.s. - A.p. - dec. 4/9/97, n. 20).

Le considerazioni che precedono inducono a ritenere, concordemente a quanto sostenuto dall'Alto Consesso, che "nell'ambito del pubblico impiego è la qualifica e non le mansioni il parametro al quale la retribuzione è inderogabilmente riferita, considerato anche l'assetto rigido della Pubblica amministrazione sotto il profilo organizzatorio, collegato anch'esso, secondo il paradigma dell'art. 97, ad esigenze primarie di controllo e contenimento della spesa pubblica" (A.p. n. 22/99).



Pertanto, l'Amministrazione è tenuta a corrispondere la retribuzione propria della qualifica superiore solo quando una norma speciale preveda tale assegnazione e consenta la relativa maggiorazione retributiva; circostanza questa che, alla stregua delle rappresentazioni fattuali esposte in ricorso, non ricorre affatto nel caso in esame.

Neppure può trovare applicazione alla fattispecie l'invocato art. 2126 Cod. civ. in virtù del "principio della prestazione di fatto".

Ed invero, il prefato articolato disciplina l'ipotesi, affatto diversa, del rapporto di lavoro dichiarato "nullo" (poiché costituitosi in violazione dei divieti legali) attribuendo rilevanza alle prestazioni di fatto comunque effettuate in esecuzione dello stesso: la norma opera, dunque, in funzione di conservazione dei valori giuridici ed economici del negozio colpito da un giudizio di disvalore ordinamentale.

Per incidens, neppure sarebbe invocabile l'art. 2041, Cod. civ..

Come è stato chiarito dalla giurisprudenza (cfr. C.d.s. , V Sezione, n. 6130, del 7/11/02) è inconfigurabile 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'actio de in rem verso postula, quale indefettibile presupposto, un'effettiva diminuzione patrimoniale sofferta in conseguenza dei fatti dedotti a sostegno della pretesa, nel caso in esame il lavoratore non sopporta alcun depauperamento che lo legittimi all'esercizio dell'azione di arricchimento.

Va considerato, che neppure sussistono i presupposti per l'applicazione al caso in esame della nuova normativa sul pubblico impiego. Ed invero, i decreti succedutisi dal 1993 al 2001, in attuazione delle leggi - delega sulla riforma del settore, contemplano una disciplina generale del conferimento di mansioni superiori valida per tutte le Amministrazioni pubbliche.

Tale normativa, la cui entrata in vigore è stata più volte rinviata dallo stesso legislatore per esigenze connesse alle problematiche organizzative interne degli Enti, regola all'art. 52, del D. Lvo n. 165/01 (per la prima volta in un testo normativo di portata generale per il pubblico impiego) l'istituto dell'attribuzione temporanea di funzioni superiori. La norma prevede che al lavoratore spetta, in siffatti casi, la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore anche nel caso d'assegnazione nulla per violazione delle condizioni ivi previste (art. 52 c. V, decreto citato).

La prefata disposizione, invero, è stata introdotta nel testo normativo originario del 1993 (n. 29) con l'art. 15, del D.L.vo n. 387/98: successivamente, il suo contenuto è stato riprodotto nell'attuale testo unico sul pubblico impiego - art. 52, c. V, citato - (in parte-qua, ricognitivo).

Ebbene, il riconoscimento legislativo del diritto di che trattasi possiede un evidente carattere innovativo per la sua apertura nei confronti del "mansionismo"; pertanto, va attribuito, con carattere di generalità, soltanto a decorrere dall'entrata in vigore del D.L. vo n. 387, del 1998 (cfr. A.p. n. 10, del 2000) mentre nella vicenda che occupa i fatti per cui è causa ricadono temporalmente in epoca antecedente.

Quanto, infine, alla pretesa della ricorrente di essere reinquadrata nel livello superiore, il Collegio osserva che la materia del pubblico impiego è informata dal principio - corollario a sua volta dei principi di diritto sopra enucleati ed esposti - secondo cui l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione a superiori e/o diversi incarichi. Tale principio lo si trova espresso anche nel nuovo T.U. del Pubblico Impiego approvato con D.Lvo n. 165/2001. In particolare, l'art. 52, c. 6 del citato decreto dispone - *ratione temporis* - che " ... in nessun caso lo svolgimento delle mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore".

Le considerazioni che precedono inducono, in definitiva, alla reiezione del ricorso.



La costituzione meramente formale dell'Avvocatura è giusta causa per disporre la compensazione delle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sez. 1<sup>^</sup> bis, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Così deciso, in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio sez. I<sup>^</sup> bis nella Camera di Consiglio del 21 gennaio 2009, con l'intervento dei sigg.ri Magistrati:

omissis