

10-2008

M A S S I M A R I O

di Giurisprudenza del Lavoro

Direttore scientifico

Antonio Vallebona

Comitato di direzione

Riccardo Chieppa

Tullio Delogu

Giuseppe De Luca

Raffaele De Luca Tamajo

Fabrizio Fabbri

Giorgio Mannacio

Franco Modugno

Vittorio Novelli

Mattia Persiani

Pietro Rescigno

Pasquale Sandulli

Renato Scognamiglio

Vincenzo Stanchi

Salvatore Trifirò

Corte giust. Ce 24 aprile 2008, n. 56

sull'eccesso di obblighi amministrativi imposti dal legislatore nazionale nel part-time

Appello Firenze 29 gennaio 2008, n. 100

sulla nozione e il regime sanzionatorio del lavoro a progetto

Trib. Roma 27 maggio 2008, n. 9491

sulle conseguenze dell'ingiustificatezza del termine nel contratto di lavoro

Cass. S.U. Il dicembre 2007, n. 25837

sulle mansioni superiori e sul diritto alla giusta retribuzione nel lavoro pubblico privatizzato

Corte cost. 4 marzo 2008, n. 47

sul cumulo tra contribuzione e retribuzione di malattia

scritti in tema di

lavoro a termine; lavoro informale in Brasile: risultati di un'indagine sul campo; procedimento disciplinare nei rapporti di lavoro pubblico privatizzati; causa violenta dal 1898 ad oggi



stificato, la norma peggiorerebbe di molto la posizione del lavoratore escludendo l'effetto legale di conservazione necessaria di un contratto a tempo indeterminato.

Peggioramento comunque registrabile in relazione ai vizi di forma e della proroga, entrambi provvisti di tale effetto legale, che per la carenza di forma è desumibile dalla qualificazione «priva di effetto» e per la proroga illegittima deriva dalla conseguente applicazione del regime della prosecuzione di fatto.

In questa situazione la nuova norma non contrasta con il diritto comunitario con riferimento al primo isolato contratto tra le stesse parti, in quanto la direttiva non lo regola e, comunque, non vieta il regresso delle tutele nazionali.

Invece con riferimento ad una pluralità di contratti tra le stesse parti il diritto comunitario è rispettato solo per le serie successive alla legge n. 247 del 2007, che ha introdotto la regola, in sé sufficiente, di durata massima complessiva di 36 mesi con

«conversione» automatica in contratto a tempo indeterminato in caso di violazione. Mentre per le serie precedenti il diritto comunitario appare violato, poiché la regola di giustificazione era all'epoca l'unica misura attuativa della direttiva e l'importo dell'indennità (da 2,5 a 6 mensilità) è troppo modesto per essere considerato sanzione equivalente, effettiva, proporzionata e dissuasiva rispetto al risarcimento di diritto comune (cfr. le sentenze sulle conseguenze del termine ingiustificato nel lavoro pubblico, in questa rivista 2008, 166).

Quanto alla valutazione di costituzionalità non si pone alcun problema per l'eliminazione in sé della «conversione», che, come si è detto, non è costituzionalmente obbligata. Né si pone un problema di rispetto del potere giudiziario, poiché in materia non sussiste un divieto di leggi retroattive ed ai giudici è lasciata l'interpretazione e l'applicazione della nuova legge, mentre non sono toccate le sentenze passate in giudicato.

La questione seria è solo quella relativa alla parità di trattamento legislativo, ben potendosi dubitare della ragionevolezza di una differenziazione di situazioni eguali fondata solo sulla data di introduzione del giudizio.

3. - Per concludere devo reiterare l'appello, finora inascoltato, al «buon» legislatore per una semplice disciplina del lavoro a termine che escluda completamente la regola di giustificazione necessaria foriera di incertezza, conservando il limite di durata massima complessiva e aggiungendo un limite quantitativo rispetto all'organico, entrambi correlati dell'effetto legale di «conversione» in caso di violazione e derogabili dall'autonomia collettiva per l'opportuno adattamento alle esigenze dei diversi settori produttivi e delle diverse aziende.

Antonio Vallebona

Professore ordinario
di diritto del lavoro

Università di Roma «Tor Vergata»

Mansioni superiori e diritto del dipendente pubblico alla giusta retribuzione

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONI UNITE

11 dicembre 2007, n. 25837 — Pres. Carbone — Est. Vidiri — P.M. Iannelli (concl. conf.) — Regione Umbria c. Ro. S. F. (Rigetta, App. Perugia, 8 novembre 2005)

Pubblico impiego - Retribuzione - Svolgimento di mansioni superiori - Trattamento economico relativo - Diritto - Configurabilità - Delimitazioni temporali - Esclusione - Fondamento - Condizioni.

(Art. 36 Cost.; art. 52 d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165)

In materia di pubblico impiego privatizzato (in applicazione dell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001 nella versione modificata dall'art. 15 d.lgs. n. 387/1998), l'impiegato, che abbia svolto mansioni superiori, a prescindere dall'eventuale irregolarità dell'atto di conferimento o dall'assegnazione o meno delle stesse, o dal fatto che corrispondano ad una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento, ha diritto ad una retribuzione proporzionata e sufficiente ai sensi dell'art. 36 Cost. che deve trovare integrale applicazione — senza sbarramenti temporali di alcun genere — sempre che le mansioni superiori siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che, in relazione all'attività spiegata, siano stati esercitati i poteri ed assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni (principio di diritto enunciato ai sensi dell'art. 384, co. 1, c.p.c., per la particolare importanza della questione di diritto risolta) (*).

Svolgimento del processo. — Con ricorso depositato in data 17 agosto 1999 dinanzi al Tribunale di Perugia, in funzione di giudice del lavoro, S.F.R. riferiva di essere dipendente della Regione Umbria e di avere lavorato presso il «Centro di Studi Giuridici e Politici», inquadrato nella VII qualifica funzionale. Con delibere n. 13 e 14 del 1991 il Comitato direttivo gli aveva affidato il compito di responsabile della Segreteria del Centro, dopo che dal settembre del 1991 il precedente responsabile, Lu. R., era stato collocato in quiescenza ed il Comitato aveva deciso di non ricoprire il posto. Dal 1° novembre 1991, in forza delle predette delibere, aveva ricoperto l'incarico di Segretario, vacante in organico, espletandone tutte le mansioni sino al 31 dicembre 1998, allorché con delibera della Giunta regionale del 30 dicembre 1998 n. 6488, con decorrenza dal 1° gennaio 1999 era stato assegnato, in qualità di di-

rigente alla segreteria del Centro il signor Gi. C. L'espletamento di mansioni superiori non aveva mai comportato per esso ricorrente — inquadramento sino al 5 novembre 1992 nel VI livello e successivamente nel VII — alcun incremento economico. Tutto ciò premesso, chiedeva che gli venisse riconosciuto il trattamento corrispondente al IX livello e che la Regione fosse condannata a corrispondere le conseguenti differenze retributive.

Dopo la costituzione della Regione, che aveva eccetto preliminarmente il difetto di giurisdizione del giudice adito, quanto meno per il periodo antecedente al 30 giugno 1998, entro il quale si era svolta la maggior parte del rapporto, il Tribunale, ritenendo invece la propria giurisdizione, accoglieva la domanda e condannava la Regione al pagamento delle differenze retributive richieste nonché al pagamento delle spese del giudizio.

A seguito di gravame, la Corte d'appello di Perugia con sentenza dell'8 novembre 2005 rigettava l'appello e confermava l'impugnata sentenza. Nel pervenire a tale decisione la Corte territoriale osservava in via pregiudiziale che sulla giurisdizione si era formato il giudicato atteso che, con la stessa ordinanza con cui era stata ritenuta non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 56 del d.lgs. n. 29/1992 e dell'art. 15 del d.lgs. n. 387/1998 era stata affermata «preliminarmente la propria giurisdizione a conoscere dell'intera vertenza». Si era pertanto in presenza di un provvedimento che, pur qualificato «ordinanza», conteneva nella prima parte un provvedimento sulla giurisdizione che, avendo natura di sentenza, andava tempestivamente impugnato, mentre nella seconda parte una vera ordinanza per essere stata rimessa al giudice delle leggi una questione di costituzionalità. Nel merito poi il giudice d'appello affermava che correttamente il Tribunale aveva ritenuto applicabile l'art. 36 Cost. al pubblico impiego privatizzato in una fattispecie in cui veniva rivendicata una retribuzione adeguata alle mansioni in concreto svolte, superiori a quelle di inquadramento. Avverso tale sentenza la Regione Umbria propone ricorso per cassazione, affidato a quattro motivi. Resiste con controricorso Fr. Si. R. Ambedue le parti hanno depositato memorie ex art. 378 c.p.c.

Motivi della decisione. — (Omissis) 4.5. Per concludere sul punto va riconosciuta la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le pretese avanzate in giudizio da S. F.

(*) Massima parzialmente modificata dalla redazione.

in aula con

IL SOLE
GUIDA
LAVORO

Amministrazione del personale e Diritto del lavoro

GLI APPUNTAMENTI CON GLI ESPERTI DE IL SOLE 24 ORE PER LE AZIENDE E I PROFESSIONISTI

CONSULTA L'OFFERTA FORMATIVA DELL'AREA LAVORO SUL SITO
www.formazione.ilsole24ore.com/lavoro

OGNI MESE SCONTI FINO AL 20% RISERVATI AGLI ABBONATI

per ulteriori informazioni: Tel. 02 4587.020 Fax 02 4587.025
info@formazione.ilsole24ore.com

R. senza che possa farsi al riguardo una distinzione tra trattamento economico antecedente al 30 giugno 1998 e trattamento successivo, in conformità a quanto affermato di recente dalla giurisprudenza di queste stesse Sezioni Unite che, infatti — in una fattispecie assimilabile sotto molti profili a quella in esame — hanno statuito che rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa da un dipendente comunale il quale, assumendo di essere stato legittimamente assegnato a mansioni inferiori rispetto alla qualifica riconosciuta da provvedimenti dell'amministrazione datrice di lavoro emanati prima del 30 giugno 1998, i cui effetti siano perduranti per il periodo successivo, chieda il ripristino delle mansioni di sua spettanza ed il risarcimento del danno. Ed invero, in presenza dell'art. 69, co. 7, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che fissa una proroga della giurisdizione amministrativa esclusiva in materia di pubblico impiego con riferimento alle «questioni attinenti al periodo del rapporto di lavoro» anteriori al 30 giugno 1998, per temperare il frazionamento delle domande ed evitare che i diritti divenuti esigibili in un certo arco temporale debbano essere fatti valere dinanzi a giudici diversi con competenza ripartita in base all'epoca della loro maturazione, qualora la lesione lamentata dal lavoratore abbia origine da un comportamento del datore di lavoro pubblico che si assume permanentemente illecito, deve farsi riferimento al momento della realizzazione del fatto dannoso e, quindi, al momento della cessazione della permanenza del comportamento, di modo che, ove tale cessazione intervenga in data successiva al 30 giugno 1998, la controversia rientra nella giurisdizione del giudice ordinario (Cass., Sez. Un., 9 marzo 2007, n. 5404).

5. I due primi motivi di ricorso vanno pertanto rigettati dovendosi riconoscere la giurisdizione del giudice ordinario per tutte le domande spiegate dal R.

6. Anche il terzo e quarto motivo del ricorso, con i quali si contesta con diverse argomentazioni l'applicabilità dell'art. 36 Cost. al rapporto di impiego pubblico ora privatizzato, vanno rigettati.

La Corte d'appello di Perugia, nel confermare la sentenza di primo grado, ha affermato che il R. ha svolto mansioni superiori a quelle proprie della qualifica funzionale di inquadramento e che, pertanto, ha diritto al riconoscimento di una retribuzione che tenendo conto, alla stregua dell'art. 36 Cost., della qualità del lavoro spiegato sia correlata alle mansioni superiori svolte.

Le conclusioni cui è pervenuto il giudice d'appello — dopo avere evidenziato come il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori stabilito dall'art. 52, co. 6, del d.lgs. n. 29 del 1993 (poi modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998) sia stato soppresso dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998 con efficacia retroattiva — sono state supportate dalla considerazione

che nella giurisprudenza sia ormai principio acquisito la necessità di un giusto contemperamento, da perseguirsi attraverso il ricorso alla «giusta retribuzione» ex art. 36 Cost., fra retribuzione e quantità e qualità del lavoro svolto anche nel caso che l'utilizzazione del dipendente avvenga in mansioni che siano state irregolarmente acquisite.

6.1. La giurisprudenza amministrativa ha seguito un orientamento volto al diniego dell'applicabilità dell'art. 36 Cost. al pubblico impiego sul presupposto che su detta norma volta al rispetto della giusta retribuzione dovessero prevalere gli artt. 97 e 98 Cost. non potendo il rapporto di pubblico impiego essere in alcun modo assimilato ad un rapporto di scambio e dovendosi, anche ai fini del controllo della spesa, rispettare l'esigenza di conservazione di un assetto della pubblica amministrazione rigido e trasparente, espressione della quale è quella della supremazia del parametro della qualifica su quello delle mansioni, sicché in una siffatta ottica ostavano all'applicabilità dell'art. 36 Cost. pure le norme codicistiche dell'art. 2116 c.c. e 2041 c.c. (cfr. per tale indirizzo *ex plurimis*: Cons. Stato, Sez. V, 28 febbraio 2001, n. 1073; Cons. Stato, Sez. VI, 4 dicembre 2000, n. 6466; Cons. Stato, Sez. V, 12 ottobre n. 1438; Cons. Stato, Sez. VI, 29 settembre 1999, n. 1291).

Nonostante tale indirizzo — secondo cui, come visto, il principio della corrispondenza ex art. 36 Cost. della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato, non può trovare applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale — anche di recente ribadito (Cons. Stato, Sez. VI, 7 giugno 2005, n. 2184; Cons. Stato, Sez. VI, 23 gennaio 2004, n. 222), si sono sul punto tuttavia manifestate, in alcune pronunzie dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, significative aperture verso una maggiore tutela del lavoratore essendosi ritenuto: che le differenze retributive vanno riconosciute al lavoratore sin dal momento dell'emanazione del d.lgs. n. 387/1998 e non a partire dalla stipulazione dei nuovi contratti collettivi (Cons. Stato, Ad. plen. 28 gennaio 2000, n. 10), e che è consentita la trasposizione di regole privatistiche nell'area del pubblico impiego, sicché l'art. 2126 c.c. può trovare applicazione anche in un rapporto instauratosi con la pubblica amministrazione, senza il rispetto delle norme che ne regolano la costituzione, con l'effetto che al dipendente di mero fatto della pubblica amministrazione devono essere riconosciute le prestazioni retributive e previdenziali (Cons. Stato, Ad. plen. 29 febbraio 1992, n. 1).

6.2. A diverse conclusioni è pervenuta la giurisprudenza dei giudici della legge per avere, infatti, la Corte costituzionale con numerose pronunzie patrocinato la diretta applicabilità al rapporto di pubblico impiego dei principi dettati dall'art. 36 della Costituzione, specificando al riguardo che detta norma «determina l'obbligo di integrare il trattamento economico del dipendente nella misura della quan-

tà del lavoro effettivamente prestato» a prescindere dalla eventuale irregolarità dell'atto o dall'assegnazione o meno dell'impiegato a mansioni superiori (Corte cost. 23 febbraio 1989, n. 57; Corte cost. ord. 26 luglio 1988, n. 908); che «il principio dell'accesso agli impieghi nelle pubbliche amministrazioni mediante pubblico concorso non è incompatibile con il diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 Cost. (Corte cost. 27 maggio 1992, n. 236); che il mantenere da parte della pubblica amministrazione l'impiegato a mansioni superiori, oltre i limiti prefissati per legge, determina una mera illegalità, che però non priva il lavoro prestato della tutela collegata al rapporto — ai sensi dell'art. 2126 c.c. e, tramite detta disposizione, dell'art. 36 Cost. — perché non può ravvisarsi nella violazione della mera ristretta legalità quella illiceità che si riscontra, invece, nel contrasto «con norme fondamentali e generali e con i principi basilari pubblicistici dell'ordinamento» e che, alla stregua della citata norma codicistica, porta alla negazione di ogni tutela del lavoratore (Corte cost. 19 giugno 1990, n. 296 attinente ad una fattispecie riguardante trattamento economico del personale del Servizio sanitario nazionale in ipotesi di affidamento di mansioni superiori in violazione del disposto dell'art. 29, co. 2, d.p.r. n. 761 del 1979).

6.3. L'estensione della norma costituzionale all'impiego pubblico è condivisa anche dalla dottrina giuslavoristica che evidenzia come — pur essendo a seguito del d.lgs. n. 165 del 2001 il trattamento economico dell'impiegato disciplinato dalla contrattazione collettiva e pur essendo detta contrattazione non priva di vincoli unilateralmente opposti per fini di controllo della spesa pubblica (quali quelli derivanti dai primi tre commi dell'art. 48 del suddetto decreto) — i suddetti vincoli derivanti da esigenze di bilancio non impediscano comunque la piena operatività, anche nel settore del lavoro pubblico, dei principi costituzionali di proporzionalità ed efficienza della retribuzione espressi dall'art. 36 Cost.

Principio questo che per poggare sulla peculiare correttezza del rapporto lavorativo — qualificato dalla specifica rilevanza sociale che assume in esso la retribuzione volta a compensare «una attività contrassegnata dall'implicazione della stessa persona del lavoratore il quale ricava da tale attività il mezzo normalmente esclusivo di sostentamento suo e della sua famiglia» — da un lato ha portato autorevole dottrina a sganciare il rapporto giuridico retributivo dal novero dei diritti di credito per inquadralo tra i diritti assoluti della persona, e dall'altro ha spinto ad affermare, sulla base di una coesistenzialità o di una stretta relazione dei due principi della «sufficienza» e della «proporzionalità» ostativa a qualsiasi rapporto gerarchico tra gli stessi, che l'attenuazione

del principio sinallagmatico, integrato nel caso in esame dalla rilevanza della persona umana (che determina una traslazione del datore di lavoro del rischio della inattività del prestatore di lavoro, come in caso di sospensione del rapporto) attestano una dimensione sociale della retribuzione e la sentita esigenza della copertura a livello costituzionale dei diritti inderogabili del lavoratore.

6.4. Le considerazioni svolte forniscono le coordinate per la soluzione della problematica oggetto dell'esame di queste Sezioni Unite. Ed alla stregua di quanto sinora enunciato e proprio in conformità della ricordata giurisprudenza della Corte costituzionale — in mancanza di ragioni nuove e diverse e per una consequenziale doverosa fedeltà ai precedenti, sulla quale si fonda, per larga parte, l'assolvimento della funzione ordinamentale di assicurare l'esatta osservanza e l'uniforme interpretazione della legge — deve essere ribadito il principio fissato dai giudici di legittimità secondo il quale, nel pubblico impiego privatizzato, il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal co. 6 dell'art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998, è stato soppresso dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998, con efficacia retroattiva, atteso che la modifica del co. 6 ultimo periodo disposta dalla nuova norma 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 a incidere sulla regolamentazione applicabile all'intero periodo transitorio. Ne consegue che il principio della retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. è applicabile anche al pubblico impiego senza limitazioni temporali (cfr. al riguardo Cass. 17 aprile 2007, n. 9130 cui *adde*, da ultimo, Cass. 14 giugno 2007, n. 13877, che precisa anche che l'applicazione dell'art. 36 Cost. non debba però necessariamente tradursi in un rigido automatismo di spettanza al pubblico dipendente del trattamento economico esattamente corrispondente alle mansioni superiori ben potendo risultare diversamente osservato il precetto costituzionale anche mediante la corresponsione di un compenso aggiuntivo rispetto alla qualifica di appartenenza; ed ancora per lo stesso indirizzo: Cass. 14 giugno 2007, al 3877; Cass. 8 gennaio 2004, a 91; Cass. 4 agosto 2004, n. 19444).

6.5. Corollario di quanto sinora esposto è che — stante la valenza generale dei criteri parametrici fissati dalla norma costituzionale in materia di retribuzione — il disposto dell'art. 36 Cost. non può non trovare applicazione anche nelle fattispecie, analoghe a quella in esame, in cui la pretesa del lavoratore alla retribuzione corrispondente allo svolgimento dell'attività prestata riguarda mansioni superiori corrispondenti ad una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento (cfr. sul punto: Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692). Sul versante fattuale, poi, l'estensione

della norma costituzionale nei sensi innanzi precisati richiede in ogni caso che le mansioni assegnate siano in concreto svolte nella loro pienezza, sia per quanto attiene al profilo quantitativo che qualitativo dell'attività spiegata sia per quanto attiene all'esercizio dei poteri ed alle correlate responsabilità attribuitegli, al riguardo Cass. 19 aprile 2007, n. 9328; circostanze queste che ben possono ritenersi provate sulla base dei fatti allegati in causa (ad esempio, lunga durata nello svolgimento delle mansioni, mancata denuncia di inadempimenti o di inesatti assolvimenti degli obblighi derivanti dalle mansioni assegnate) nonché della condotta processuale della parte datoriale (acquiescenza o mancata contestazione ex art. 416 c.p.c. dei fatti e degli elementi di diritto della domanda di controparte).

6.6 Né al fine di patrocinare una interpretazione del dato normativo diversa da quella seguita sulla scia della giurisprudenza costituzionale vale prospettare la possibilità di abusi conseguenti al riconoscimento del diritto ad un'equa retribuzione ex art. 36 Cost. al lavoratore cui vengano assegnate mansioni superiori al di fuori delle procedure prescritte per l'accesso agli impieghi ed alle qualifiche pubbliche, perché, come è stato rimarcato da più parti, il cattivo uso di assegnazione di mansioni superiori impegna la responsabilità disciplinare e patrimoniale (e finanche penale qualora si finisse per configurare un abuso di ufficio per recare ad altri vantaggio) del dirigente preposto alle gestione dell'organizzazione del lavoro, ma non vale di certo sul piano giuridico a giustificare in alcun modo la lesione di un diritto di cui in precedenza si è evidenziata la rilevanza costituzionale.

7. La particolare importanza della questione di diritto trat-

tata induce queste Sezioni Unite ai sensi del disposto dell'art. 384, co. 1, c.p.c. (nel testo riscritto dall'art. 12 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40) — nella cui *ratio* non è affatto estraneo il rafforzamento della funzione nomofilattica della Corte di Cassazione — ad enunciare il seguente principio di diritto: «In materia di pubblico impiego — come si evince anche dalla lettura dell'art. 56, co. 6, d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29 (nel testo sostituito dall'art. 25 del d.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, così come successivamente modificato dall'art. 15 d.lgs. 29 ottobre 1998, n. 387) — l'impiegato cui sono state assegnate, al di fuori dei casi consentiti, mansioni superiori, anche corrispondenti ad una qualifica di due livelli superiori a quella di inquadramento, ha diritto, in conformità della giurisprudenza della Corte costituzionale, ad una retribuzione proporzionata e sufficiente ex art. 36 Cost. Norma questa che deve, quindi, trovare integrale applicazione — senza sbarramenti temporali di alcun genere — pure nel settore del pubblico impiego privatizzato, sempre che le superiori mansioni assegnate siano state svolte, sotto il profilo quantitativo e qualitativo, nella loro pienezza, e sempre che in relazione all'attività spiegata siano stati esercitati i poteri ed assunte le responsabilità correlate a dette superiori mansioni».

Per concludere il ricorso va rigettato per essere la sentenza impugnata supportata da un *iter* argomentativo in linea con il principio di diritto ora enunciato.

Le spese del presente giudizio di cassazione — tenuto conto della natura della controversia e della rilevanza e complessità delle numerose questioni giuridiche affrontate — vanno compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi (*Omissis*).

NOTA

Mansioni superiori e diritto alla giusta retribuzione nel lavoro pubblico privatizzato: le Sezioni Unite della Cassazione fissano le regole

1. - Con la pronuncia in commento, le Sezioni Unite della Cassazione intervengono (a quanto consta per la prima volta) in materia di

trattamento economico per mansioni superiori svolte nel settore del pubblico impiego privatizzato (1).

La Corte, in particolare, ha stabilito il principio di carattere generale per il quale il lavoratore, ove abbia effettivamente svolto mansioni supe-

(1) Per una ricognizione sul modello pubblico apprestato a tutela delle mansioni del lavoratore subordinato vedi: ALLEVA, *Lo jus variandi*, in *Il lavoro alle dipendenze delle Pubbliche Amministrazioni* in F. Carinci, M. D'Antona (a cura di), tomo I, Milano 2000, 1527 e ss.; FIORILLO, *Disciplina delle mansioni*, in Corpaci, Rusciano, Zoppoli (a cura di), *La riforma dell'organizzazione dei rapporti di lavoro e del processo nelle amministrazioni pubbliche*, in «Nuove leggi civ. comm.» 1999, 1390; CAMPANELLA, *Mansioni e jus variandi nel lavoro pubblico*, in «Lav. pubbl. amm.» 1999, 49; SGARBI, *Mansioni qualifche e categorie*, in Carinci, Zoppoli (commentario diretto da), *Il lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, Milano 2004. Id., *Mansioni e inquadramento dei dipendenti pubblici*, Padova 2004; CECCONI, *Commento all'art. 52*, in AMOROSO, DI CERBO, FIORILLO, MARESCA, *Il diritto del lavoro*, Vol. III, *Il lavoro pubblico*, a cura di

riori, con conseguente esercizio dei connessi poteri e delle correlate responsabilità, ha diritto al trattamento retributivo proporzionato alla qualità del lavoro prestato, consacrato nell'art. 36 della Costituzione, senza limitazioni di sorta.

Si tratta di limitazioni derivanti dall'interpretazione (totalmente disattesa dalla sentenza in commento) della stessa norma che disciplina l'istituto delle mansioni nel settore pubblico (art. 52 d.lgs. n. 165/2001) e che riguardano, relativamente all'espletamento di mansioni superiori, sia i presupposti legittimanti il diritto ad una retribuzione adeguata, sia l'individuazione di un limite temporale prima del quale non sarebbe possibile alcuna forma di riconoscimento economico.

La statuizione, sebbene si giustapponga all'orientamento già seguito dai giudici di legittimità investiti della questione (vedi *infra* par. 3), assume una valenza nomofilattica di non poco momento, in quanto mira a corroborare un indirizzo interpretativo che, discostandosi definitivamente da quello, di segno opposto, tracciato dai giudici amministrativi (vedi *infra* par. 4), tende ad assicurare una generalizzata e più uniforme applicazione del canone costituzionale in parola, prevenendo — al contempo — il rischio di eventuali frammentazioni

ermeneutiche in materia (vedi *infra* par. 5)

2. - Una sintetica digressione sul contenuto della sentenza in commento aiuterà ad individuare le criticità formatesi in giurisprudenza in ordine al trattamento economico del lavoratore pubblico in caso di svolgimento di mansioni superiori a quelle formalmente rivestite.

La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite concerne l'avvenuto riconoscimento, in favore di un dipendente regionale, del diritto ad ottenere le differenze retributive maturate per l'espletamento di fatto di mansioni superiori (nella qualità di responsabile della segreteria prima, e di dirigente poi) per collocazione in quiescenza del precedente titolare, nell'ambito dell'ufficio cui lo stesso è stato preposto dall'Amministrazione ricorrente.

Nell'incardinare il giudizio di appello, l'Amministrazione ha preliminarmente dedotto la decadenza di ogni pretesa retributiva del lavoratore collocabile temporalmente sino al 30 giugno 1998, trattandosi di domande assoggettate alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo e, nella specie, non più tutelabili in applicazione dell'art. 69, co. 7, d.lgs. n. 165/2001 in quanto non proposte, a pena di decadenza, entro la data del 15 settembre 2000 (2).

Sempre l'Amministrazione ha ritenuto la pronuncia della Corte di appello meritevole di essere cassata in quanto in contrasto con un consolidato orientamento, formatosi in sede di giurisdizione amministrativa, per il quale: 1) solo a decorrere dal 22 novembre 1998 (3) può essere generalmente riconosciuto il diritto alle differenze retributive in favore del dipendente pubblico che abbia espletato mansioni superiori; 2) nessun riconoscimento di tipo economico può essere concesso al dipendente pubblico che abbia svolto mansioni superiori di fatto, senza cioè una formale assegnazione, e comunque proprie di una qualifica non immediatamente superiore a quella formalmente ricoperta.

3. - I giudici del Supremo Collegio hanno disatteso integralmente le ragioni dell'Amministrazione. Relativamente alla prima questione (sul criterio di riparto della giurisdizione) la sentenza chiarisce che laddove la pretesa del lavoratore (nella specie retribuzione maggiore per l'espletamento di mansioni superiori rispetto a quelle formalmente assegnate) «abbia origine da un comportamento del datore di lavoro pubblico che si assume permanentemente illecito», iniziato antecedentemente alla data del 30 giugno 1998 e protrattosi anche dopo, la controversia, per l'intero arco temporale di riferi-

Fiorillo, Milano 2007, 624 e, da ultimo, LANOTTE, *Spunti ricostruttivi su mansioni e professionalità nel lavoro pubblico «privatizzato»*, in questa rivista 2008, 362.

Sulla sentenza in commento vedi FERRETTI, *Mansioni superiori di livello dirigenziale e riconoscimento della retribuzione adeguata*, in «Lav. pubbl. amm.» 2008, 103.

(2) In ragione dell'attribuzione al giudice ordinario delle controversie relative al rapporto di lavoro pubblico privatizzato, una volta conosciute in via esclusiva dal giudice amministrativo, il legislatore, con la norma in questione, ha inteso indicare un preciso momento (30 giugno 1998) a decorrere dal quale avviene il passaggio di giurisdizione. Sempre nella stessa norma è stato precisato che tutte le controversie attinenti al rapporto di lavoro pubblico, ma riguardanti questioni sorte antecedentemente alla data del 30 giugno 1998, restano attribuite al giudice amministrativo sempre che la domanda sia stata proposta entro un preciso termine di decadenza, individuato nel 15 settembre 2000. La finalità di tale ultima disposizione è stata quella di evitare il protrarsi di un doppio canale giurisdizionale, destinato a marciare su binari paralleli, su questioni identiche nella sostanza, ma differenti esclusivamente dal punto di vista della nascita del presunto diritto. La norma ha destato non poche perplessità sotto il profilo costituzionale sempre fugate dalla Corte che in più occasioni, ne ha ribadito la legittimità vedi, da ultimo, Corte cost., 7 ottobre 2005, n. 382, in «Giur. cost.» 2005, 5 e 11 maggio 2006, n. 197, in «Foro amm.» 2006, 1354.

(3) Si tratta della data in cui è entrato in vigore il d.lgs. n. 387 del 29 ottobre 1998 (pubblicato nella G.U. il 7 novembre 1998), modificativo dell'art. 56 d.lgs. n. 29/1993 (oggi art. 52 d.lgs. n. 165/2001).

mento, rientra tutta nella giurisdizione del giudice ordinario.

La soluzione prescelta tende ad evitare che diritti acquisiti in differenti contesti temporali — individuati in base al *discrimen* posto dall'art. 69 co. 7 del d.lgs. n. 165 del 2001 — vengano azionati dinanzi a giudici diversi, con conseguente dispersivo frazionamento delle domande e rischio di compromettere una uniforme applicazione della legge (4).

Gli aspetti più rilevanti della decisione in commento riguardano il merito della questione oggetto del contendere e, segnatamente, i presupposti per il riconoscimento, ai fini economici, dello svolgimento di mansioni superiori, il bilanciamento, sotto questo profilo, dei due precetti costituzionali che rilevano in materia: l'art. 36, da una parte, e l'art. 97 dall'altra ed, infine, l'esistenza o meno di un *dies a quo* a decorrere dal quale può nascere in capo al dipendente pubblico il diritto in questione.

L'operazione ermeneutica avviata dalla Corte ha ad oggetto la speciale normativa che, nel settore pubblico, anche dopo la privatizzazione, disciplina l'istituto delle mansioni, confluita, dopo una serie di significative rivisitazioni ad opera dello stesso legislatore, nell'art. 52 d.lgs. n. 165/2001. In ordine alle conseguenze derivanti dall'espletamento di mansioni superiori la norma citata opera una netta separazione di campo tra quelle ricadenti sugli assetti organizzativi e

quelle riguardanti il diritto ad una retribuzione adeguata.

Nel rispetto delle regole, anche di rango costituzionale, che sottendono il buon andamento e l'efficienza dell'amministrazione nonché il contenimento della spesa pubblica, il legislatore non estende al settore pubblico il principio, vigente per il rapporto di lavoro privato, della c.d. promozione automatica, ma, nel contempo, garantisce al lavoratore «la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore» (art. 52, co. 5, cit.).

Con riferimento a tale ultimo aspetto l'*iter* normativo non è stato univoco. In particolare, interessa in questa sede ricordare che la prima regolamentazione dell'istituto è avvenuta ad opera dell'art. 56 d.lgs. n. 29/1993 la cui *ratio* è antitetica a quella che caratterizza la normativa oggi vigente: l'assegnazione a mansioni superiori non è una fattispecie giuridicamente disciplinata in positivo, il legislatore si preoccupa soltanto di precisare che il dipendente pubblico «può essere adibito a svolgere compiti specifici non prevalenti della qualifica superiore [...] senza che ciò comporti alcuna variazione del trattamento economico». Successivamente la materia è stata significativamente rivisitata, in sede di seconda privatizzazione, dall'art. 25 d.lgs. n. 80/1998 che, per la parte che qui interessa, ha agganciato gli effetti giuridici ed economici deri-

vanti dallo svolgimento di mansioni superiori «all'entrata in vigore della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita» precisando che «fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza può comportare il diritto a differenze retributive o ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale del lavoratore». L'ultimo decreto legislativo (art. 15 d.lgs. n. 378/1998) che ha completato il processo di privatizzazione ha espunto dal co. 6 dell'art. 56 cit. (riformulato dall'art. 25 cit.) le parole «a differenze retributive o», affermando, *a contrario*, il riconoscimento del diritto alla remunerazione corrispondente alle mansioni superiori svolte — ivi transitoriamente sospeso — limitando la moratoria (fino all'attuazione della nuova disciplina dei contratti collettivi) alle sole conseguenze giuridiche connesse allo svolgimento delle predette mansioni.

In questo contesto normativo intervengono le Sezioni Unite della Cassazione nel tentativo di porre fine ad una *querelle* interpretativa caratterizzata da posizioni fortemente conflittuali assunte in materia dal giudice amministrativo e da quello ordinario e valorizzando gli insegnamenti della Corte costituzionale più volte intervenuta sul punto (5).

In ordine all'ultima questione tratta-

ta viene ribadita la diretta applicabilità del canone di cui all'art. 36 Cost. al settore del lavoro pubblico, senza alcun vincolo temporale.

Le Sezioni Unite ripercorrono la ricostruzione ermeneutica che la Sezione lavoro della Cassazione fa della disposizione correttiva al co. 6 dell'art. 56 cit., ad opera dell'art. 15 cit., che conferisce a quest'ultima carattere interpretativo e retroattivo, sia per la *ratio* stessa dell'intervento modificativo (rimozione di un probabile motivo di illegittimità costituzionale del dato normativo), che per la sua incidenza su una disposizione meramente transitoria la quale, solo interinalmente (dal 23 aprile al 22 novembre 1998), ha sospeso (già mai negato) un diritto, quello relativo alla remuneratività delle mansioni superiori concretamente svolte, in realtà mai disconosciuto o negato né dal d.lgs. n. 29/1993, né dai suoi successivi interventi modificativi.

Il principio dell'irretroattività della legge trova il suo limite non tanto in una espressa previsione normativa che ne autorizzi la deroga — assente nel d.lgs. n. 378/1998 — quanto nella rilevanza funzionale della disposizione modificatrice in parola che, incidendo su una disposizione transitoria il cui lasso temporale di validità è dalla stessa stabilito, è idonea a ridefinire la regolamentazione della norma cui la modifica accede per l'intero periodo transitorio. Peraltro, come specificato da una recente pronuncia della Cassazione, «l'attribu-

zione di efficacia retroattiva alla disposizione correttiva di cui al d.lgs. n. 378/1998 art. 15 assicura — diversamente dall'opposta interpretazione — la conformità ai principi costituzionali della normativa precedentemente vigente, e quindi è rispettosa del criterio interpretativo secondo cui deve preferirsi l'interpretazione che comporta un quadro normativo compatibile con le prescrizioni costituzionali» (6).

Per quanto concerne l'individuazione delle condizioni che legittimano il dipendente a ricevere una retribuzione adeguata, l'*iter* argomentativo seguito dalle Sezioni Unite per giungere alla statuizione *de qua* si è sviluppato attraverso l'affermazione di un ulteriore postulato, quello della compatibilità del canone costituzionale appena richiamato con quelli contenuti negli artt. 97 e 98 Cost., ritenuti prevalenti rispetto al primo dalla giurisprudenza amministrativa sia per ragioni strettamente connesse al contenimento della spesa pubblica, sia per l'impossibilità di assimilare il pubblico impiego ad un rapporto di scambio (v. *infra*, par. 4).

Anche in questo caso si ripercorre la strada già tracciata dalla Sezione lavoro e, comunque dalla giurisprudenza di merito, che da sempre si è uniformata alla giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di trattamento economico delle mansioni superiori concretamente espletate, ribadendo la diretta applicabilità del canone di cui all'art. 36 Cost. al set-

tore del lavoro pubblico, senza che lo svolgimento *contra legem* delle superiori mansioni possa costituire ostacolo al riconoscimento di una «giusta» retribuzione (7).

Sempre al fine di offrire una tutela sostanziale al dipendente pubblico che svolge mansioni superiori, i giudici della Cassazione hanno superato la pretesa invalicabilità dei limiti formali previsti per l'accesso agli impieghi pubblici (artt. 97 e 98 Cost.), giungendo a statuire come le remunerazioni rivendicate in conseguenza dello svolgimento di mansioni superiori siano dovute ai sensi dell'art. 36 Cost. prescindendo dall'attribuzione o meno della relativa qualifica (8), coinvolgendo — quest'ultima norma — diritti ed interessi che poggiano su un piano operativo distinto, ed affatto confligente, rispetto a quello su cui insistono gli interessi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione tutelati dagli artt. 97 e 98 Cost.

Su questi aspetti la motivazione della sentenza in commento acquista un particolare significato sia nella parte in cui valorizza la specifica rilevanza sociale della retribuzione «volta a compensare un'attività contrassegnata dalla stessa implicazione del lavoratore» e pertanto idonea «a sganciare il rapporto giuridico retributivo dal novero dei diritti di credito per inquadrarlo tra i diritti assoluti della persona», sia nella parte in cui legittima a pieno titolo l'operati-

(4) Sul punto la sentenza si riporta ad un orientamento oramai consolidato. Vedi Cass. Sez. Un., 9 marzo 2007, n. 5404, in «Foro it. - Rep.» 2007, voce *Impiegato dello Stato e pubblico* [3440], 138, richiamata dalla stessa sentenza in commento e, sempre nello stesso senso, Cass. Sez. Un., 6 luglio 2006, n. 15340, in «Foro amm.» 2006, 3001.

(5) V. Corte cost. del 23 febbraio 1989, n. 57, in «Foro it.» 1989, I, 1741, la Corte, con riferimento al personale delle Unità sanitarie locali, riafferma la posizione dalla stessa già espressa con la precedente ordinanza n. 908 del 1988, facendo diretta applicazione dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2126 c.c. in ordine allo svolgimento di mansioni superiori da parte dei sanitari, riconoscendone la retribuitività indipendentemente dalla durata delle stesse; vedi anche Corte cost. del 19 giugno 1990, n. 296, in «Foro it.» 1991, I, 3016 ove si chiarisce che il diritto al trattamento economico non confligge con l'obbligo di assunzione dei pubblici dipendenti mediante concorso e con quello di buon andamento della p.a. Con le medesime motivazioni di cui alle sentenze n. 57/1989 e 296/1990 cit. v. Corte cost. ord. n. 408 del 1990, in «Giur. cost.» 1990, I, 2406; nonché le sentenze del 31 marzo 1995, n. 101, in «Riv. crit. dir. lav.» 1995, 841 emessa in merito all'art. 2126 c.c. ove l'«applicazione *ante litteram* del principio, sancito dall'art. 36 della Costituzione, attribuisce al lavoratore il diritto a una retribuzione proporzionale alla qualità ed alla quantità del lavoro prestato, indipendentemente dalla validità del contratto di assunzione o [...] provvedimento di assegnazione a mansioni superiori»; 27 maggio 1992, n. 236 in «Foro it.» 1993, I, 2453; 19 giugno 1990, n. 296, *ibidem* 1999, I, 3019; 29 dicembre 1992 n. 488, in «Regioni», 1993, 1361 ove si riconosce «il diritto dell'impiegato, assegnato a mansioni

superiori alla sua qualifica, di percepire il trattamento economico della qualifica corrispondente, giusta il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 Cost., riconosciuto direttamente applicabile anche nel caso [...] di mancanza di un atto formale di preposizione alle mansioni superiori (art. 2126, co. 1, c.c.)».

(6) Cass. 22 agosto 2006, n. 18286, in Ced Cass. 2007. V. anche Cass. 17 aprile 2007, n. 9130 in questa rivista 2007, 673, per la quale «nel pubblico impiego privatizzato il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, stabilito dal co. 6 dell'art. 56 del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998, è stato soppresso dall'art. 15 del d.lgs. n. 387 del 1998 con efficacia retroattiva [...]. La portata retroattiva di detta disposizione risulta, peraltro, conforme alla giurisprudenza della Corte costituzionale, che ha ritenuto l'applicabilità anche nel pubblico impiego dell'art. 36 della 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» ribadita anche da Cass. 4 febbraio 2008, n. 2611, in «Lav. pubb. amm.» 2008, I, 130.

(7) V. per tutte Cass. 8 gennaio 2004, n. 91, in «Riv. it. dir. lav.» 2004, 594.

(8) V. per tutte Cass. 2 ottobre 2006, n. 21280, in «Giust. civ.» 2007, III, 727.

Le ragioni poste a fondamento della generalizzata applicazione del precetto costituzionale, nella parte in cui intende tutelare la proporzionalità della retribuzione, consentono alla Corte di eliminare un altro ostacolo frapposto, soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa, al riconoscimento economico delle mansioni superiori nel caso di espletamento di funzioni proprie di due livelli superiori rispetto a quelle di appartenenza. Anche in questo caso le Sezioni Unite fanno proprie le argomentazioni già adottate dai giudici di legittimità relativamente alla interpretazione dell'art. 56 nella parte in cui, nel co. 5, utilizza l'espressione «mansioni proprie di una qualifica superiore» (10). Seguendo la ricostruzione interpretativa effettuata dai giudici di legittimità, detta locuzione non può essere intesa in termini di equivalenza rispetto a quella impiegata dal legislatore allorché individua, al co. 2 del medesimo articolo, le ipotesi in cui la temporanea assegnazione a superiori mansioni può considerarsi legittima. Diversamente opinando, si giungerebbe a forzare il testo normativo, svincolando la *ratio* stessa della disposizione normativa in parola, che è quella di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del

lavoro prestatto, in ossequio al principio di cui all'art. 36 della Costituzione (11).

4. - È stato più volte sottolineato, in questa breve nota, che la sentenza in commento si pone in netto contrasto con una consolidata giurisprudenza del giudice amministrativo che, per completezza di indagine, si ricostruisce nei suoi tratti salienti. La giurisprudenza amministrativa, da sempre univoca nel sostenere, sia ai fini economici che di progressione di carriera, l'irrelevanza delle mansioni superiori svolte dal pubblico dipendente (12), con l'entrata in vigore dell'art. 52 cit., nella sua ultima formulazione, non ha più potuto negare, in via di principio, il diritto al riconoscimento economico in caso di espletamento di mansioni superiori, ma ne ha comunque fortemente ridimensionato la sua effettività. L'obiettivo è stato raggiunto ricorrendo ad una interpretazione molto restrittiva e formalistica della normativa sopra richiamata che — secondo tale orientamento — comunque richiede, per la sua operatività, la presenza di un formale incarico e l'esistenza in organico di un posto vacante proprio delle mansioni superiori di cui si chiede il riconoscimento ai fini economici (13).

Le ragioni poste a fondamento della generalizzata applicazione del precetto costituzionale, nella parte in cui intende tutelare la proporzionalità della retribuzione, consentono alla Corte di eliminare un altro ostacolo frapposto, soprattutto dalla giurisprudenza amministrativa, al riconoscimento economico delle mansioni superiori nel caso di espletamento di funzioni proprie di due livelli superiori rispetto a quelle di appartenenza. Anche in questo caso le Sezioni Unite fanno proprie le argomentazioni già adottate dai giudici di legittimità relativamente alla interpretazione dell'art. 56 nella parte in cui, nel co. 5, utilizza l'espressione «mansioni proprie di una qualifica superiore» (10). Seguendo la ricostruzione interpretativa effettuata dai giudici di legittimità, detta locuzione non può essere intesa in termini di equivalenza rispetto a quella impiegata dal legislatore allorché individua, al co. 2 del medesimo articolo, le ipotesi in cui la temporanea assegnazione a superiori mansioni può considerarsi legittima. Diversamente opinando, si giungerebbe a forzare il testo normativo, svincolando la *ratio* stessa della disposizione normativa in parola, che è quella di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del

vità del precetto costituzionale a tutela della retribuzione sufficiente e proporzionata anche nel caso di «cattivo uso di assegnazione di mansioni superiori» precisando che in ipotesi del genere entra in gioco la responsabilità disciplinare e patrimoniale del dirigente coinvolto senza che, in nessun caso, si possa giustificare la lesione di un diritto, quale quello ad una giusta retribuzione, di significativa rilevanza costituzionale. Dall'esame dell'articolata motivazione si evince che le Sezioni Unite intendono avallare una applicazione sostanziale del precetto costituzionale finalizzato, nella fattispecie, a garantire una retribuzione in ogni caso adeguata alla qualità delle mansioni svolte. Così si spiega anche il richiamo operato a quelle sentenze, sempre della Cassazione (9), che hanno voluto precisare che la garanzia imposta dall'art. 36 Cost. non determina necessariamente il rigido automatismo per il quale spetta in ogni caso il trattamento economico esattamente corrispondente alle mansioni superiori «ben potendo risultare diversamente osservato il precetto costituzionale anche mediante la corresponsione di un compenso aggiuntivo rispetto alla qualifica di appartenenza».

- (9) Vedi da ultimo Cass. 14 giugno 2007, n. 13877 (più volte richiamata nel testo della sentenza in commento), in «Foro it.» 2007, 2376.
- (10) Cass. 25 ottobre 2004, n. 20692 richiamata nella sentenza in commento, in «Giust. civ. - Mass.» 2004, 10.
- (11) Sulla base di tale principio la S.C., con la pronuncia n. 20692/2004 cit., ha ritenuto infondata, con riferimento al relativo motivo di ricorso, la doglianza con cui si lamentava che il giudice di merito avesse parametrato la pretesa di una lavoratrice dipendente Asl alla retribuzione — dovuta per lo svolgimento di mansioni superiori al di fuori dei casi consentiti — al trattamento economico previsto per una qualifica superiore di due livelli rispetto a quella di formale inquadramento. Nello stesso senso v. Cass. 4 agosto 2004, n. 14944 in «Foro it. - Rep.» 2004, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, 804 e Cass. 12 aprile 2006, n. 8529, in «Giust. civ.» 2007, 3, 731.
- (12) «[...] nel pubblico impiego, l'espletamento di mansioni riconducibili ad una qualifica funzionale superiore non comporta, in mancanza di un'espressa disposizione normativa che lo preveda, l'automatizzato inquadramento nella qualifica superiore a quella di appartenenza, essendo del tutto irrilevante sia ai fini giuridici che economici» C.d.S. Sez. V, 11 maggio 2007, n. 2337, in «Foro amm.» 2007, 1507.
- Il «principio dell'irrelevanza» così consolidatosi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, riposa sull'impossibilità di assimilare il rapporto di pubblico impiego al rapporto di lavoro privato e ciò sia per la natura indisponibile degli interessi coinvolti, che per l'imprescindibilità del provvedimento di nomina quale presupposto ineludibile per l'attribuzione delle mansioni e del corrispondente trattamento economico. Conformi C.d.S. Sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6009, in «Foro amm.» 2006, 2862; C.d.S. Sez. IV, 3 febbraio 2006, n. 474, in «Nuova rass.» 2006, 992; C.d.S. Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3969, in «Foro amm.» 2006, 1793 e C.d.S. Sez. V, 18 dicembre 2006, n. 7587, *ibidem* 2006, 3368. Sul tema G. LEONE, *Il diritto all'integrazione stipendiale fra adibizione a mansioni superiori e sostituzione vicaria*, in «Lav. pubb. amm.» 1998, I, 200.
- (13) V. da ultimo C.d.S., Sez. V, 8 maggio 2007, n. 2130 in «Foro amm.» 2007, 1505, nonché, per tutte, Ad. Plen., 23 febbraio 2000 n. 11, in «Foro it. - Rep.» 2000, voce *Impiegato dello Stato*, 852. È comunque doveroso segnalare una minoritaria corrente della giurisprudenza

In tal modo viene negata, nella sostanza, l'applicabilità dell'art. 36 Cost., cosa questa ritenuta legittima dal giudice amministrativo per la preferenza accordata ad altri precetti costituzionali (artt. 97 e 98) che garantiscono principi e valori preminenti rispetto a quelli previsti dall'art. 36 cit. quali l'imparzialità e la trasparenza dell'azione amministrativa ed il contenimento della spesa pubblica (14).

Questo approccio al tema ha consentito di circoscrivere l'ambito di applicazione dell'art. 52 cit. sia nel limitare il riconoscimento delle superiori mansioni solo nel caso di assegnazione a quelle proprie della qualifica immediatamente superiore a quella ricoperta, sia sotto il profilo temporale.

Relativamente alla prima questione, il Consiglio di Stato ha ritenuto inammissibile il cosiddetto ricono-

samento *per saltum* — anche ai fini retributivi — della superiore qualifica svolta dal dipendente, in quanto la c.d. «contiguità» tra mansioni svolte e mansioni attribuite deve ritenersi elemento cardine dell'eccezionale riconoscimento del trattamento economico corrispondente, elemento la cui rimozione (possibilità di riconoscimento *per saltum*), comporterebbe «un'inammissibile confusione nell'applicazione dell'eccezionale fenomeno», con effetti devastanti ed incontrollabili nell'ambito del rapporto di lavoro (15).

Con riferimento alla seconda, si sostiene che le differenze retributive per mansioni superiori non possono in ogni caso essere riconosciute se non dopo il mese di novembre 1998 e cioè a decorrere dall'entrata in vigore dell'art. 15 d.lgs. n. 378/1998 che ha sancito il superamento dell'o-

riginario divieto di corresponsione delle differenze stipendiali *de quibus*.

Ed infatti, a detta dei giudici di Palazzo Spada, il legislatore, con il suddetto intervento di rettifica, avrebbe manifestato la volontà «di rendere anticipatamente operativa la disciplina dell'art. 56, almeno con riguardo al diritto del dipendente pubblico, che ne abbia svolto le funzioni, al trattamento economico relativo alla qualifica immediatamente superiore. Tale diritto, pertanto, va riconosciuto con carattere di generalità a decorrere dall'entrata in vigore del d.lgs. n. 387/1998» (16). Il riconoscimento legislativo del diritto di che trattasi possiede, per i giudici amministrativi, un carattere innovativo (non già interpretativo) tale da impedire l'estensione della propria efficacia a situazioni verificatesi in epoca pregressa (17).

za amministrativa, c.d. sostanzialista, che riconosce il diritto alle differenze stipendiali al dipendente pubblico in ogni caso, anche a prescindere dall'esistenza di una formale investitura che autorizzi l'impiegato all'espletamento delle superiori mansioni: Cons. Giust. Amm. Sicilia 9 ottobre 2002, n. 583 in «Foro it. - Rep.» 2003, voce *Impiegato dello Stato*, 820, con nota a commento di F. MARINELLI, *Il dilemma della retribuitività delle mansioni superiori svolte di fatto pre e post privatizzazione del pubblico impiego*, in «Lav. pubb. amm.» 2000, 786; C.d.S. 13 novembre 2000, n. 6076, in «Foro amm.» 2000, I, 3541.

(14) Sull'orientamento volto al diniego dell'applicabilità del principio costituzionale di cui all'art. 36 Cost., al pubblico impiego per la prevalenza accordata agli artt. 97 e 98 Cost. cfr. C.d.S. Sez. V, 12 aprile 2007, n. 1722, in «Foro amm.» 2007, 1218; C.d.S. Sez. IV, 22 giugno 2006, n. 3969, *ibidem* 2006, 1793; C.d.S. Sez. V, 5 aprile 2005, n. 1534, *ibidem* 2005, 1129.

(15) C.d.S., Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5475, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2004, n. 1960, *ibidem*; C.d.S., Sez. IV, 26 giugno 2002, n. 3539, in «Foro amm.» 2002, 1423. Conformi le pronunce Tar Calabria-Catanzaro, sez. II, 12 giugno 2006, n. 623, in Ced Cassazione 2007, per il quale: «è principio giurisprudenziale consolidato (cfr. *ex multis*, in materia di dipendenti Asl, Tar Campania, Salerno, Sez. II, 10 luglio 2001, n. 1065) quello per cui la possibilità di inquadramento in mansioni superiori o l'attribuzione delle corrispondenti differenze retributive è consentita solo con riferimento alla qualifica funzionale immediatamente più elevata di quella rivestita dal richiedente»; Il Tar Campania, Napoli, Sez. V, 28 luglio 2006, n. 7734, *ibidem*, statuisce che «nel caso in esame, le mansioni superiori per cui è causa sono ascrivibili all'VIII qualifica funzionale mentre il ricorrente era pacificamente inquadrato all'epoca dei fatti in contestazione nella VI q.f.; dunque il sig. L.A. non era inquadrato nella qualifica (VII) immediatamente inferiore a quella cui si riferisce il posto rimasto vacante, ma chiede, in sostanza, la retribuzione di mansioni superiori relative all'VIII q.f. svolte *per saltum*; ciò che è di per sé ostativo al riconoscimento delle pretese economiche del ricorrente (cfr., da ultimo, Tar Campania, Napoli, Sez. V, 20 aprile 2006 n. 3683; Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 179 del 2004)».

(16) C.d.S., Ad. Pl., 28 gennaio 2000, n. 10, in «Foro it.» 2000, III, 119, ma anche di recente C.d.S. Ad. Plen., 23 marzo 2006, n. 3, in «Foro it.» 2006, III, 385. Dello stesso tenore: C.d.S. Sez. V, 13 dicembre 2006, n. 7348 in «Foro amm.» 2006, 3347; C.d.S. Sez. VI, 10 ottobre 2006, n. 6015, in «Dir. giust.» 2006, 39, 102. Per un commento alle pronunce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato si veda: I. ANTONINI, *Le adunanze plenarie del Consiglio di Stato e la disciplina delle mansioni superiori*, in «Lav. pubb. amm.» 2000, II, 598. Sul contrasto esistente tra C.d.S. e Cassazione in ordine alla efficacia retroattiva o meno dell'art. 15 del d.lgs. n. 378/98 v. ordinanza Cons. Giust. Amm., sez. Giurisd., 31 maggio 2005, n. 352, in «Riv. quadr. fun. pubb.», 2005, 2, 232.

(17) V. C.d.S. Ad. Plen. 23 marzo 2006, n. 3, cit., ove il termine di applicabilità della norma è motivata «in quanto l'art. 15 è norma di carattere innovativo e non interpretativo sicché non può disporre che per il futuro», atteso che «il carattere di norma di interpretazione autentica va riconosciuto solo alle norme dirette a chiarire il senso di quelle preesistenti, ovvero ad escludere o a enucleare uno dei sensi tra quelli ragionevolmente ascrivibili alle norme interpretate; mentre nel caso di cui trattasi, la scelta assunta dalla norma, che si assume interpretativa, non rientra in nessuna delle varianti con il tenore letterale del combinato disposto dei pregressi artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 29/93». V. nota di A.M. PERRINO, *In tema di remunerazione delle mansioni superiori del pubblico dipendente: brevi note sull'insanabile contrasto tra il Consiglio di Stato e la giurisprudenza costituzionale e ordinaria*. Conformi all'indirizzo della Consulta C.d.S. Sez. IV n.

Tale orientamento, pervicacemente conservato dal giudice amministrativo, è in netta contraddizione con i principi elaborati in materia dalla Corte costituzionale e, a questo proposito, è interessante osservare che il Consiglio di Stato ha ritenuto di poter aggirare l'indirizzo interpretativo reiteratamente fornito dai giudici delle leggi (v. *retro* nota 5) in quanto formatosi sulla scorta di questioni di legittimità costituzionale esauritesi con pronunce interpretative di rigetto non vincolanti e, comunque, insuscettibili di applicazione generalizzata (18).

5. - Si è già avuto modo di sottolineare che la sentenza in commento riveste un particolare significato per la sua dichiarata finalità di voler contribuire a rafforzare la funzione nomofilattica della Corte. È la stessa sentenza, infatti, che, nel formulare il principio di diritto, specifica che lo stesso viene enunciato «ai sensi del disposto dell'art. 384, co. 1, c.p.c. (nel testo riscritto dall'art. 12 del d.lgs. 2 febbraio 2006, n. 40)» e ciò

«per la particolare importanza della questione di diritto trattata» (19).

L'attenzione che la sentenza presta alla copiosa giurisprudenza della Corte costituzionale formatasi in materia, ampiamente richiamata in motivazione, e la diretta contrapposizione rispetto alla stessa ad opera del giudice amministrativo, ugualmente messa in evidenza nella motivazione, lasciano intendere che la Suprema Corte abbia voluto chiarire, una volta per tutte, che anche nell'impiego pubblico privatizzato, nonostante la presenza di precetti costituzionali di grande rilevanza quali quelli contenuti negli artt. 97 e 98, trovano piena e generalizzata applicazione «i criteri parametrici» in materia di retribuzione così come fissati dall'art. 36 Cost.

Alla luce della riforma operata dal d.lgs. n. 40 del 2006 e degli obiettivi dallo stesso perseguiti (20), emerge all'evidenza come la statuizione delle Sezioni Unite in commento si inserisce nel panorama giurisprudenziale con nuova incisività, in quanto

idonea ad orientare la giurisdizione ordinaria verso una direzione univoca e definitiva, scongiurando l'eventualità che difformi soluzioni interpretative, promananti da diverse autorità giurisdizionali (21) — benché autonomamente rese — possano, anche solo indirettamente, condizionare le decisioni dei giudici ordinari. Il precedente delle Sezioni Unite è destinato a fungere da autorevole modello motivazionale per le future statuizioni che interverranno sull'argomento, potendosi ipotizzare una variazione di indirizzo esclusivamente a seguito di autonomo ripensamento delle Sezioni Unite ovvero di un aggiornamento interpretativo sollecitato dalle sezioni semplici le quali si adopereranno, in forza della richiamata riforma, ad incentivare quel confronto ermeneutico che presiede l'adozione di una migliore e più ragionata soluzione interpretativa (22).

Luigi Fiorillo

Professore straordinario
di diritto del lavoro
Università di Napoli Federico II

5796 del 2005, in «Foro amm.» 2005, 2907; 14 settembre 2005; n. 4767, *ibidem* 2005, 2530; C.d.S. Sez. V, 29 agosto 2005, n. 4398, *ibidem* 2005, 2265.

(18) V. per tutte C.d.S., Sez. V, 7 febbraio 2000, n. 668, in «Foro amm.» 2000, 462 e «Ragiusan» 2000, 197, 338 confermata, da ultimo, dalla recente sentenza C.d.S., Sez. V, 23 gennaio 2008, n. 134, in «Foro amm.» 2008, I, 116.

(19) L'art. 384 c.p.c. sancisce espressamente l'obbligo, in capo alla Corte, di enunciare il principio di diritto allorché decida il ricorso sulla scorta di un quesito di diritto posto ai sensi dell'art. 360 c.p.c., n. 3. Diversamente, quando la *quaestio iuris* venga azionata dinanzi ai giudici di legittimità per i motivi riconducibili ai nn. 1, 2 e 4 dell'art. 360 c.p.c., la corrispondente pronuncia del principio di diritto da parte della Corte sarà subordinata alla discrezionale valutazione del Supremo Collegio in ordine alla «particolare importanza» del quesito medesimo. «[...] Per particolare importanza si intende, da un lato, la idoneità della soluzione attinta ad applicarsi ad una casistica aperta [...] dall'altro, la «particolare importanza» andrà valutata anche alla luce della (sia pur relativa) novità del principio rispetto alla giurisprudenza della Corte» così SASSANI, *Il nuovo giudizio di cassazione*, in «Riv. dir. proc.» 2006, 217. Nonché CARTUSO, *Commento all'art. 384 c.p.c. in La riforma del giudizio di cassazione*, a cura di Cipriani, in «Nuove leggi civ. comm.» 2008, 596.

(20) In ossequio alla volontà di assicurare, con maggior vigore rispetto al passato, l'esatta osservanza e l'uniforme applicazione delle norme presenti nel nostro ordinamento giuridico, il legislatore, attraverso la rivisitazione della disciplina del processo per cassazione, ha recuperato — rivitalizzandola — la funzione nomofilattica della Suprema Corte la quale oggi dispone, a mente delle direttive contenute nella legge delega n. 80/2005 e del d.lgs. n. 40/2006, di nuove occasioni e di ulteriori strumenti per procedere, con maggior autorevolezza, nella finalità di «uniformazione» della giurisprudenza. Per un commento articolato ed esauriente sulla richiamata legislazione vedi *Il nuovo giudizio di Cassazione*, a cura di Ianniruberto, Morcavallo, Milano 2007 e, *La riforma del giudizio di Cassazione, Commentario*, a cura di Cipriani, in «Nuove leggi civ. comm.» 2008, 459 e ss.

(21) Una recente pronuncia del Consiglio di Stato, pur richiamando la statuizione delle SS.UU. in commento, ha inteso espressamente discostarsene, confermando il consolidato orientamento seguito dai giudici del Consiglio di Stato in base al quale le mansioni superiori svolte *contra legem* possono essere considerate retribuibili solo all'indomani dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 378/98 (v. *retro* par. 4). Cfr. C.d.S. Sez. VI, sentenza del 26 marzo 2008, n. 1187, in www.giustizia-amministrativa.it/webcds/eleacosentenze.asp; dello stesso avviso Cons. Giust. Amm. Regione Siciliana, 11 aprile 2008, n. 298, in www.giustizia-amministrativa.it/sentenze/CDA.

(22) In forza dell'art. 374 c.p.c. le sezioni semplici, chiamate a decidere su una questione per la quale è stato già formulato il relativo principio di diritto dalle Sezioni Unite, hanno la possibilità di discostarsene rimettendo le ragioni di dissenso al definitivo vaglio delle Sezioni Unite con ordinanza motivata.

Sul licenziamento per scadenza del comporta

CORTE DI CASSAZIONE - SEZIONE LAVORO

22 aprile 2008, n. 10352 — Pres. Mattone — Est. Picone — P.M. Patrone (concl. conf.) — Te. Fi. c. Se. Se. Fe. S.r.l. (Conferma App. Bologna 12 ottobre 2004)

Malattia - Comporto - Mutamento del titolo dell'assenza da malattia in ferie - Diritto incondizionato del lavoratore in tal senso - Insussistenza - Onere della preventiva richiesta al datore di lavoro - Sussistenza - Conservazione del posto - Ferie - Istanza d'imputazione delle ferie già maturate - Ammissibilità - Sussistenza - Effetti sul periodo di comporto.

Al lavoratore assente per malattia ed impossibilitato a riprendere servizio, è consentito mutare il titolo dell'assenza per malattia in quello per ferie, al fine di sospendere il decorso del periodo di comporto, purché sia stata avanzata la relativa richiesta al datore di lavoro, non sussistendo un principio per il quale il datore di lavoro debba, d'ufficio, convertire l'assenza per malattia in ferie. Ove una richiesta di ferie sia già stata avanzata e sia stata pur parzialmente accolta, prima del superamento del periodo di comporto, la successiva rinuncia alle ferie deve essere provata in maniera chiara ed univoca ().*

Malattia - Comporto - Contratto collettivo - Aspettativa non retribuita - Diritto soggettivo del lavoratore - Insussistenza - Onere della richiesta del lavoratore prima dell'esaurimento del comporto - Sussistenza - Obbligo del datore di concedere l'aspettativa - Insussistenza.

Il lavoratore assente per malattia, se i contratti collettivi lo prevedono, ha diritto di chiedere, per evitare la perdita del posto di lavoro per superamento del comporto, un ulteriore periodo di aspettativa non retribuita, che il datore di lavoro può concedere, sempre che la richiesta sia stata avanzata dal lavoratore prima della scadenza del comporto stesso. La facoltà datoriale di concedere detta aspettativa appartiene alla decisione discrezionale dell'azienda e non costituisce un diritto soggettivo del lavoratore ().*

Malattia - Comporto - Obbligo del datore d'informare il dipendente dell'approssimarsi della scadenza del comporto - Insussistenza.

Non esiste un dovere del datore di lavoro di avvertire il lavoratore, assente per lungo tempo, che il periodo di

conservazione del posto sta per scadere. Infatti, il lavoratore è in grado, anche con l'assistenza del sindacato, di effettuare la somma dei giorni di assenza per malattia e di verificare se il periodo di conservazione del posto stia per scadere ().*

Licenziamento individuale - Nullità del licenziamento per motivo illecito - Licenziamento discriminatorio per rappresaglia - Concorso di un motivo illecito con uno lecito, per scadenza del comporto di malattia - Conseguente liceità del licenziamento - Configurabilità - Sussistenza.

La giustificatazza del licenziamento per superamento del comporto di malattia rende irrilevante qualsiasi eventuale ulteriore motivo illecito del licenziamento stesso ().*

Svolgimento del processo. — 1. Te. Fi. conveniva dinanzi al Tribunale di Ravenna la S.r.l. Se. Se. Fe. per impugnare il licenziamento intimatogli a causa del superamento del periodo di comporto per malattia. Il lavoratore censurava il comportamento del datore di lavoro, siccome non ispirato a buona fede e correttezza, per non avergli il medesimo consentito di usufruire delle ferie residue e non averlo avvisato dell'imminente scadenza del periodo di comporto. Deducava ancora che in realtà il licenziamento era dovuto a ragioni di rappresaglia, a causa dell'attività sindacale espletata da esso attore. Il Tribunale respingeva la domanda attrice.

2. Proponeva appello Te. Fi. e la Corte di appello di Bologna confermava la sentenza di primo grado. Questa, in sintesi, la motivazione della sentenza di appello:

— legittimamente il Tribunale ha ammesso la Se. a produrre documenti ottenuti dall'Inps, vale a dire i certificati di malattia;

— trattasi dei certificati già prodotti in copia e che l'attore aveva qualificato «illeggibili»;

— comunque il medico che li aveva redatti è stato sentito come teste a conferma;

— i giorni di assenza per malattia non sono mai stati contestati;

— nessuna norma impone all'azienda di imputare a ferie un certo numero di giorni di malattia, in mancanza di richiesta del lavoratore;

— anche computando tre giorni di ferie residue, come dedotto dal Te., non si arriverebbe ad escludere il superamento del periodo di comporto;

(*) Massime redatte a cura di questa rivista.