

Parere

Gentili, XXXXXXXXXXXX XXXXXXXXXXXX,

Entrambe siete dipendenti XXXX con la qualifica Assistente Tecnico Amministrativo. Inquadrate nell'area B CCNL Comparto Scuola.

Solo nel XXXX, siete entrate in ruolo, ma da molto tempo state, anche come precarie, svolgendo stabilmente compiti di DSGA corrispondenti all'area D.

Risulta una norma contrattuale data dall'articolo 69 CCNL 94/97 e seguenti che garantisce le differenze stipendiali nel caso di svolgimento di mansioni superiori di DSGA .

l'articolo 69 del CCNL 1994/1996 così stabilisce:

“1. Al personale docente incaricato dell'ufficio di presidenza o di direzione, e al docente vicario, che sostituisce a tutti gli effetti il capo d'istituto per un periodo superiore a quindici giorni, nei casi di assenza o impedimento, nonché all'assistente amministrativo, che sostituisce il Direttore amministrativo o il responsabile amministrativo, negli stessi casi, è attribuita, per l'intera durata dell'incarico o della sostituzione, una indennità pari al differenziale dei relativi livelli iniziali di inquadramento.

2. Qualora si dia luogo all'affidamento in reggenza degli uffici di cui al comma 1, ai titolari che assumono la reggenza è corrisposta una indennità pari al cinquanta per cento di quella prevista per gli incarichi o le sostituzioni, così come definita nel comma medesimo. In tal caso, al docente vicario è corrisposta una indennità di pari importo.”

Mi riferite poi, che interviene l'articolo 1, comma 43 della legge di stabilità 228/12 , disponendo al comma 5 5 che” ***La liquidazione del compenso per l'incarico di cui al comma 44 e' effettuata ai sensi dell'articolo 52, comma 4, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, in misura pari alla differenza tra il trattamento previsto per il direttore dei servizi generali amministrativi al livello iniziale della progressione economica e quello complessivamente in godimento dall'assistente amministrativo incaricato”.***

Dunque par di capire, che il Vostro trattamento economico nel corso della sostituzione è ridotto a quanto da Voi maturato e la paga di ingresso del direttore dei servizi di prima nomina.

Mi riferite poi che per il periodo di precariato, gli scatti maturati o meglio i cosiddetti gradoni, Vi sono stati notevolmente ridotti.

Passo all'esame dell'intera questione:

1. Per quanto riguarda le mansioni superiori.

Esse appaiono svolte con assoluta continuità e sistematicità. Va ricordato l'articolo 69 del ccnl 94/96 che così stabilisce:

“1. Al personale docente incaricato dell'ufficio di presidenza o di direzione, e al docente vicario, che sostituisce a tutti gli effetti il capo d'istituto per un periodo superiore a quindici giorni, nei casi di assenza o impedimento, nonché all'assistente amministrativo, che sostituisce il Direttore amministrativo o il responsabile amministrativo, negli stessi casi, è attribuita, per l'intera durata dell'incarico o della sostituzione, una indennità pari al differenziale dei relativi livelli iniziali di inquadramento.

2. Qualora si dia luogo all'affidamento in reggenza degli uffici di cui al comma 1, ai titolari che assumono la reggenza è corrisposta una indennità pari al cinquanta per cento di quella prevista per gli incarichi o le sostituzioni, così come definita nel comma medesimo. In tal caso, al docente vicario è corrisposta una indennità di pari importo.”

Questa norma presuppone esigenze temporanee e di sostituzione e quindi la liceità ex articolo 52 DLGS 165/2001 del conferimento di mansioni superiori.

La legge di stabilità 228/2012 interviene però sul punto, restringendo l'indennità dovuta alla differenza tra il trattamento in atto dell'assistente amministrativo ed il gradino iniziale di carriera del direttore dei servizi amministrativi.

Trattandosi di norma di legge non è naturalmente possibile impugnarla in sede giudiziale, dove si discute solo dell'applicazione delle vigenti disposizioni di legge, salvo il caso in cui il giudice sollevi una questione di legittimità costituzionale della norma da applicare.

Notiamo però sul punto che la legge appena citata (228/2012) fa riferimento alle mansioni superiori svolte nei termini di cui all'articolo 52 DLGS 165/2001, comma 4.

Riporteremo integralmente il testo di quest'ultima norma:

“D. Lgs. 165/2001 art. 52

Art. 52. Disciplina delle mansioni.

1. Il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali e' stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). L'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.

1-bis. I dipendenti pubblici, con esclusione dei dirigenti e del personale docente della scuola, delle accademie, conservatori e istituti assimilati, sono inquadrati in almeno tre distinte aree funzionali.

Le progressioni all'interno della stessa area avvengono secondo principi di selettività, in funzione delle qualità culturali e professionali, dell'attività svolta e dei risultati conseguiti, attraverso l'attribuzione di fasce di merito. Le progressioni fra le aree avvengono tramite concorso pubblico,

ferma restando la possibilità per l'amministrazione di destinare al personale interno, in possesso dei titoli di studio richiesti per l'accesso dall'esterno, una riserva di posti comunque non superiore al 50 per cento di quelli messi a concorso. La valutazione positiva conseguita dal dipendente per almeno tre anni costituisce titolo

rilevante ai fini della progressione economica e dell'attribuzione dei postiriservati nei concorsi per l'accesso all'area superiore.

1-ter. Per l'accesso alle posizioni economiche apicali nell'ambito delle aree funzionali e' definita una quota di accesso nel limite complessivo del 50 per cento da riservare a concorso pubblico sulla base di un corso concorso bandito dalla Scuola superiore della pubblica amministrazione.

2. Per obiettive esigenze di servizio il prestatore di lavoro può essere adibito a mansioni proprie della qualifica immediatamente superiore:

a) nel caso di vacanza di posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili fino a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti come previsto al comma 4;

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.

3. Si considera svolgimento di mansioni superiori, ai fini del presente articolo, soltanto l'attribuzione in modo prevalente, sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, dei compiti propri di dette mansioni.

4. Nei casi di cui al comma 2, per il periodo di effettiva prestazione, il lavoratore ha diritto al trattamento previsto per la qualifica superiore. Qualora l'utilizzazione del dipendente sia disposta per sopperire a vacanze dei posti in organico, immediatamente, e comunque nel termine massimo di novanta giorni dalla data in cui il dipendente è assegnato alle predette mansioni, devono essere avviate le procedure per la copertura dei posti vacanti.

5. Al fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni propri di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l'assegnazione risponde personalmente del maggiore onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave.

6. Le disposizioni del presente articolo si applicano in sede di attuazioni della nuova disciplina degli ordinamenti professionali prevista dai contratti collettivi e con la decorrenza da questi stabilita. I medesimi contratti collettivi possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4. Fino a tale data, in nessun caso lo svolgimento di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza, può comportare il diritto ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale."

Notiamo in proposito che l'applicazione di questa normativa (articolo 52 DLGS 165/2001) riguarda casi ben limitati e tassativi quali obiettive esigenze di servizio, vuoti di organico con avvio di concorso per la copertura della posizione, oppure assenza del dipendente con diritto alla conservazione del posto (ad esempio malattia, maternità, carica politica, servizio militare). Vediamo poi che è possibile la quantificazione contrattuale del compenso solo per le ipotesi lecite di sostituzione, ma non per quelle illecite. Osserviamo infatti ed inoltre che il comma 6 dell'articolo 52 del DLGS 165/2001 fa riferimento ai commi 2 – 3 – 4, ma non al successivo comma 5 che dunque dovrebbe comportare il pagamento dell'intera retribuzione della categoria superiore.

La deroga contrattuale e quella legale che permettono di retribuire in misura minore lo svolgimento di mansioni superiori, non risulta però ricorrere nel Vostro caso, dove invece lo stesso articolo 52 al comma 5 non prevede deroghe e stabilisce la nullità dell'assegnazione ed il pagamento del corrispettivo per il lavoratore, con l'aggiunta della responsabilità del dirigente che lo ha adibito alle mansioni superiori.

Dunque, dovremmo sostenere la nullità della Vostra assegnazione a mansioni superiori , con la conseguente inapplicabilità della norma legale e contrattuale che riduce i compensi che non può che essere riferita ad n legittimo svolgimento di mansioni superiori.

Va considerato attentamente il fatto che recente pronuncia (Cass. civ. Sez. lavoro, 15-01-2015, n. 616) ha ammesso che la contrattazione collettiva possa determinare in maniera inferiore il compenso per lo svolgimento delle mansioni superiori. Si trattava però di adibizione lecita in attesa della copertura della posizione mediante concorso.

Pacifico è del resto il diritto al pagamento della retribuzione superiore, laddove il conferimento di mansioni superiori sia illecito non rientrando nelle fattispecie previste dall'articolo 52 dlgs 165/2001 quali lecite ipotesi di conferimento di mansioni superiori.

Così dispone recente sentenza della Suprema Corte (Cass. civ. Sez. lavoro, 07-08-2013, n. 18808)

“In materia di pubblico impiego contrattualizzato, lo svolgimento di fatto di mansioni proprie di una qualifica - anche non immediatamente - superiore a quella di inquadramento formale comporta in ogni caso, in forza del disposto dell'art. 52, comma 5, d.lgs. del 30 marzo 2001, n. 165, il diritto alla retribuzione propria di detta qualifica superiore - e tale diritto non è condizionato alla sussistenza dei presupposti di legittimità di assegnazione delle mansioni o alle previsioni dei contratti collettivi, né all'operativa del nuovo sistema di classificazione del personale introdotto dalla contrattazione collettiva, posto che una diversa interpretazione sarebbe contraria all'intento del legislatore di assicurare comunque al lavoratore una retribuzione proporzionata alla qualità del lavoro prestato, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost.”

Dunque la Vostra ipotesi (svolgimento di mansioni superiori fuori dalla previsione di legittimità legale) nulla avrebbe a che fare con le fattispecie contrattuali che determinano e limitano il dovuto e neppure con quelle legali.

Ci troviamo infatti di fronte ad una fattispecie di nullità della prestazione così determinata che comunque va retribuita sulla base dell'articolo 36 della Costituzione che impone una retribuzione equa e conforme alla quantità e qualità della prestazione. Principio costituzionale che non può comunque essere contraddetto da nessuna norma di legge o di contratto.

In conclusione L'art. 52 ha voluto lasciare la possibilità di uno spazio all'intervento dell'autonomia collettiva, prevedendo (al comma 6, secondo periodo) che i contratti collettivi "possono regolare diversamente gli effetti di cui ai commi 2, 3 e 4".

Riferendosi però la norma esclusivamente agli "effetti" dei commi 2, 3 e 4, sembra da escludere che il contratto collettivo possa modificare gli elementi costitutivi della fattispecie dell'adibizione a mansioni superiori; ad esempio, non potrebbe introdurre ulteriori causali giustificatrici, né ampliare la nozione di "mansioni superiori" di cui al comma 3. Inoltre non potrebbe neppure derogare alle regole previste dal comma 5 (nullità dell'adibizione fuori dei casi di cui al comma 2, salvezza in tal caso delle differenze retributive, responsabilità del dirigente), poiché tale comma non è contemplato tra quelli a cui il comma 6 rinvia ai fini di una possibile differente disciplina degli effetti da parte dell'autonomia collettiva.

In conclusioni, qualora trovi conferma che la Vostra adibizione a mansioni superiori sia stata totale o quasi, senza il ricorrere delle ipotesi di liceità indicate dall'articolo 52 DLGS 165/2001, direi che Vi spetta l'intero trattamento economico previsto per il DSGA.

Questione concernente i c.d. Gradoni.

E' pacifico in base ai principi di non discriminazione tra dipendenti a termine e dipendenti a tempo indeterminato che gli scatti vadano computati nella stessa misura in entrambe le situazioni. Sul punto si sono espressi sia la Corte di Giustizia, sia numerosi Tribunali nazionali.

A quanto mi risulta, sul punto sarebbe intervenuto un accordo tra alcuni sindacati ed il MIUR che avrebbe annullato uno scatto in cambio delle assunzioni a tempo indeterminato.

In pratica parrebbe che con questo sistema, Voi dovrete aspettare dal 2011 ben 9 anni per maturare il secondo scatto.

In punto divieto di discriminazione, la giurisprudenza comunitaria è molto ferma e non ritengo che un'accordo sindacale Vi possa derogare.

In linea di massima l'impugnazione giudiziale sarebbe fattibile, ma bisognerebbe approfondire alquanto i contenuti dell'accordo e la sua natura.

Arrivando alle conclusioni, ritengo si possa avviare un contenzioso.

La materia però si presenta quanto mai nuova complessa e quindi non Vi posso garantire un esito sicuro.

Se la questione è di Vostro interesse, sono in grado di fornirVi un preventivo di spesa che tenga conto pure delle incertezze che doverosamente ho dovuto evidenziare.

Il presente scritto costituisce semplice bozza redatta sulla base del colloquio tra noi intercorso in data 28.4.2015, che potrà essere emendata e perfezionata anche a seguito di ulteriore incontro compreso nel costo pattuito globalmente di euro 200 oltre iva e cpa a fronte del parere e di n.2 appuntamenti.

Cordiali saluti.

Avvocato Fabio Petracci.