

REPUBBLICA ITALIANA

N. 9256 Reg.Sent.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Anno 2003

IL CONSIGLIO DI STATO IN SEDE GIURISDIZIONALE

N.4272 Reg.Ric.

Sezione Quinta

Anno 1996

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul **ricorso n. 4272 del 1996**, proposto dal Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv.ti Edoardo Barone e Giuseppe Tarallo, elettivamente domiciliato presso dr. Grez in Roma, Lungotevere Flaminio, 46 pal. IV Sez. B.

contro

Pezzella Vincenzo, De Vita Giuseppe, Grimaldi Alfonso, Landolfo Michele, Manna Marco, Marino Mario, Migliaccio Giuseppe, Napolano Vincenzo, Postiglione Antonio, Santagata Ciro, Striano Costantino, Todisco Ciro, Tortorella Salvatore, rappresentati e difesi dall' avv. Mario Forte, ed elettivamente domiciliati presso l'avv. Gaetano Liccardo, in Roma Via del Conservatorio 90

e

sul **ricorso n. 4547 del 1997**, proposto da Pezzella Vincenzo , De Vita Giuseppe, Grimaldi Alfonso, Landolfo Michele, Manna Marco, Marino Mario, Napolano Vincenzo, Postiglione Antonio, Santagata Ciro, Striano Costantino, Todisco Ciro, Tortorella Salvatore, rappresentati e difesi dall' avv. Mario Forte, ed elettivamente domiciliati presso l'avv. Gaetano Liccardo, in Roma Via del Conservatorio 90

contro

il Comune di Napoli, rappresentato e difeso dagli avv.ti Edoardo Barone e Giuseppe Tarallo ed, elettivamente domiciliato presso dr. Grez in Roma, Lungotevere Flaminio, 46 pal. IV sc. B.

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Napoli, Sez. V, 12 marzo 1996 n. 86, resa tra le parti.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione degli appellati in entrambi i giudizi;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 4 novembre 2003 il consigliere Marzio Branca. Nessuno è comparso per le parti.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto in parte il ricorso proposto da alcuni dipendenti del Comune di Napoli, Direzione della nettezza Urbana, con qualifica di sorveglianti, per l'accertamento del diritto alle differenze retributive in relazione allo svolgimento delle mansioni superiori di ispettore capocircolo.

Il TAR ha ritenuto che il diritto rivendicato non potesse essere riconosciuto alla stregua degli artt. 82 e 154 del Regolamento Organico del personale comunale, in quanto nella specie non vi era stato conferimento dell'incarico da parte del sindaco, come richiesto dalla detta normativa, mentre tale ostacolo era venuto meno in forza

dell'art. 72 del d.P.R. n. 268 del 1987, recante la normativa di cui all'accordo sindacale per il comparto degli enti locali 1985-1987, che non menzionava la condizione del conferimento dell'incarico da parte del sindaco.

Avverso la sentenza hanno proposto separati appelli sia gli originari ricorrenti sia il Comune di Napoli, per la parte in cui gli uni e l'altro risultavano soccombenti, chiedendone la riforma.

Nei due giudizi le parti appellate si sono costituite per resistere al gravame.

Alla pubblica udienza del 4 novembre 2003 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

I due appelli sono rivolti avverso la medesima sentenza; debbono pertanto essere riuniti e decisi congiuntamente.

I gravami, pur concernendo entrambi la pretesa a differenze retributive in relazione allo svolgimento di mansioni della qualifica superiore, si riferiscono a due diversi capi di sentenza: quello proposto dal Comune contesta il fondamento del diritto rivendicato per la parte che i primi giudici hanno riconosciuta sussistente, mentre l'appello dei dipendenti tende al riconoscimento del diritto anche per le somme che la sentenza ha negato.

Conviene esaminare per primo l'appello del Comune, secondo il quale l'interpretazione dell'art. 72 del d.P.R. n. 268 del 1987, seguita dai primi giudici, che ha condotto al riconoscimento della più favorevole retribuzione in caso di assolvimento dei compiti dell'ispettore capo

circolo della direzione della nettezza urbana comunale da parte di dipendenti con qualifica di sorvegliante, sarebbe erronea, giacchè la disposizione contempla ipotesi di assegnazione a mansioni superiori nell'ambito delle qualifiche di vertice dell'ente, e non può essere riferita alla fattispecie che concerne lo svolgimento di compiti propri di qualifiche non elevate.

La tesi va condivisa.

La norma in questione, infatti, si riferisce testualmente all'ipotesi della "vacanza del posto di responsabile delle massime strutture organizzative dell'ente" e non può, quindi, essere applicata nelle ipotesi di sostituzione di dipendenti di qualifiche non apicali.

Inoltre la norma subordina la legittimità dell'incarico, da cui dipende il diritto alle differenze retributive, ad ulteriori condizioni: occorre che siano state avviate le procedure per la copertura del posto e che le stesse non si siano concluse. In ogni caso l'incarico non può avere durata superiore ad un anno (in tal senso, Cons. St., Sez. V, 14 giugno 2000 n. 3314; 11 gennaio 2002 n. 129).

La giurisprudenza ha anche avuto modo di confermare che l'incarico deve essere attribuito dalla giunta comunale, essendo inidoneo l'atto del capo della struttura in cui si verifica la vacanza (Sez. V, n. 129 del 2002 cit.).

In conclusione l'appello del Comune va accolto.

Per ragioni analoghe merita di essere confermata la sentenza di primo grado nella parte in cui rigetta la pretesa alla differenze retributive

rivendicata sulla base gli artt. 82 e 154 del Regolamento Organico del personale comunale.

Va osservato che gli appellanti, in sede di appello, tentano di sostenere la loro pretesa, piuttosto che sulle ricordate norme regolamentari, con richiamo a noti orientamenti giurisprudenziali che hanno riconosciuto il diritto alle differenze retributive in applicazione dell'art. 36 della costituzione e dell'art. 2126 c.c.

Il Collegio non ignora che per i dipendenti delle Unità sanitarie locali, il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori alla qualifica rivestita è stato riconosciuto dalla giurisprudenza in forza dell'art. 29 del d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, a norma del quale l'assegnazione alle funzioni della qualifica superiore non può protrarsi oltre i 60 giorni nell'anno solare. E tuttavia si è affermato che il relativo diritto sorge esclusivamente se le mansioni stesse corrispondono ad un posto vacante in pianta organica, in quanto l'attribuzione delle mansioni si giustifica con la temporanea assenza di un titolare del posto mentre non sarebbe legittima se si fondasse su una mera scelta organizzativa dell'Amministrazione che intende utilizzare i dipendenti per compiti diversi da quelli propri della qualifica rivestita (Cons. St., Sez. V, 13 maggio 2002 n. 2588; 29 maggio 2000 n. 3085; 14 settembre 1999, n. 1056).

A questa linea il giudice amministrativo si è attenuto in aderenza all'insegnamento impartito dalla Corte costituzionale con le sentenze n. 57 del 1989 e n. 296 del 1990, riguardanti il ricordato art. 29 del

d.P.R. n. 761 del 1979, che concerne il personale del Servizio sanitario nazionale.

In ipotesi diverse da quella ora citata deve invece farsi applicazione del più generale avviso espresso dalla stessa Corte con la sentenza n. 236 del 1992 nella quale si esclude “che l’art. 36 debba trovare incondizionata applicazione ogni volta che il pubblico dipendente venga adibito a mansioni superiori. L’art. 98, comma 1, Cost. vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio.”. E sostanzialmente nello stesso senso è la successiva pronuncia n. 101 del 1995 che pur ammettendo le riferibilità dell’art. 36 al pubblico impiego riconosce la legittimità dei limiti derivanti dalla concreta disciplina di fonte legislativa.

Di tale orientamento si è resa interprete la giurisprudenza amministrativa, che, nella sua più autorevole espressione (Ad. Plen., n. 22 del 1999 e n. 11 del 2000), ha ribadito il necessario coordinamento del principio di corrispondenza della retribuzione alla quantità ed alla qualità del lavoro prestato con altri principi di pari rilevanza costituzionale. Tra questi, l’art. 97 Cost. enuncia il canone dell’imparzialità e del buon andamento che risulterebbero violati se la mansione svolta dal dipendente con qualifica inferiore fosse equiparabile a tutti gli effetti a quella da normalmente attribuita al personale specificamente selezionato a tal fine con apposite procedure concorsuali, secondo la regola prescritta dal comma 3 della detta disposizione.

In conclusione nel pubblico impiego è la qualifica e non le mansioni il parametro al quale la retribuzione è inderogabilmente riferita.

Va pure ricordato che come la giurisprudenza amministrativa abbia meditatamente dissentito dal riferimento generalizzato e generico al principio della prestazione di fatto di cui all'art. 2126 del codice civile. E' stato segnalato, in modo del tutto plausibile, che la disposizione contempla un fenomeno assolutamente diverso dall'esercizio delle mansioni superiori in assenza del prescritto titolo, riguardando lo svolgimento di attività lavorativa da parte di chi non è qualificabile pubblico dipendente, e afferma il principio della retribuibilità del lavoro prestato in base a contratto nullo o annullato. Esso pertanto non incide in alcun modo sui principi concernenti la portata dei provvedimenti che individuano il trattamento economico e giuridico dei dipendenti pubblici e non consente di disapplicare gli atti di nomina o di inquadramento emanati in conformità alle leggi e ai regolamenti (Cons. St., Sez. V, 17 maggio 1997 n. 515; Ad. Plen. 18 novembre 1999 n. 22).

In conclusione il secondo appello deve essere rigettato.

Le spese possono essere compensate

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, riuniti gli appelli in epigrafe, accoglie il primo e, per l'effetto, rigetta il ricorso di primo grado; rigetta il secondo;

dispone la compensazione delle spese in entrambi i giudizi;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 4 novembre 2003 con l'intervento dei magistrati:

Agostino Elefante	Presidente
Giuseppe Farina	Consigliere
Aldo Fera	Consigliere
Marco Lipari	Consigliere
Marzio Branca	Consigliere est.

L'ESTENSORE

F.to Marzio Branca

IL PRESIDENTE

F.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

F.to Antonietta Fancello

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31 dicembre 2003

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale