

REPUBBLICA ITALIANA

N. 210/04 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3318 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

ANNO 2003

DECISIONE

**sul ricorso in appello n. 3318/2003, proposto da Iero
Domenico**, rappresentato e difeso dall'avv. B. Pitasi, domiciliato
ex lege presso la Segreteria di questa Sezione in Roma, Piazza
Capo di Ferro, 13;

CONTRO

- Regione Calabria, non costituitasi;
- Azienda USL n.11 di Reggio Calabria, **in persona del
commissario straordinario p.t., rappresentata e difesa
dall'avvv.Carlo Curatola, elettivamente domiciliata in Roma,
Via G. Nicotera, n. 29, presso avv.B. Pitasi;**
- Gestione liquidatora delle USL 11 (già 31) di Reggio Calabria,
non costituitasi;

per la riforma

**della sentenza del TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, n.
163 del 16.3.2002**, con la quale il ricorso del dipendente è stato
respinto.

Visto l'atto di appello e relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda intimata;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza dell'11.11 2003, relatore il consigliere Aniello Cerreto. Nessuno comparso per le parti.

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, il dipendente ha fatto presente che era stato assunto dalla ASL 11 (già USL 31) di Reggio Calabria con la qualifica di operatore tecnico ma di essere stato adibito fin dall'inizio all'espletamento di mansioni superiori di programmatore economico o in caso di qualifica superiore; che perciò avanzava istanza in data 1°.6.1998 e quindi diffida senza ricevere risposta; che perciò si rivolgeva al TAR per tutelare le proprie pretese; che si costituiva in giudizio solo la Regione con l'eccezione del proprio difetto di legittimazione passiva e della prescrizione delle pretese avanzate; che il TAR, accogliendo l'eccezione di prescrizione della Regione, aveva respinto il ricorso con la sentenza in epigrafe.

Ha dedotto che detta sentenza era erronea ed ingiusta per e seguenti ragioni:

- il TAR non poteva accogliere l'eccezione di prescrizione della Regione senza prima pronunciarsi sul difetto di legittimazione passiva rilevato dalla Regione stessa;
- in ogni caso l'eccezione di prescrizione non poteva che valere nei confronti del coobbligato che l'aveva sollevata;
- peraltro il TAR aveva errato nel ritenere prescritta ogni pretesa economica dal 12.11.1986 al giugno 1998, mentre al più la

prescrizione quinquennale poteva riguardare solo le differenze retributive relative al periodo anteriore al 1°.6.1993;

Ha concluso chiedendo le differenze retributive che gli spettavano fin dall'inizio o per lo meno dal giugno 1993, limitandosi a richiamare genericamente le censure avanzate in primo grado e relativa documentazione.

Costituitasi in giudizio la ASI ha eccepito la prescrizione delle pretese avanzate e comunque ha chiesto il rigetto dell'appello per infondatezza.

Alla pubblica udienza dell'11.11.2003, il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1. Con sentenza del TAR Calabria, sez. Reggio Calabria, n. 163 del 16.3.2002, è stato dichiarato respinto per intervenuta prescrizione il ricorso del dipendente tendente a conseguire dalla ASL n.11 di Reggio Calabria (ex USL 11) le differenze retributive spettanti per le asserite mansioni superiori svolte rispetto alla qualifica rivestita di operatore tecnico, per il periodo novembre 1986-giugno 1998 (data dell'istanza).

Avverso detta sentenza ha proposto appello l'interessato.

2. Pur dovendosi riconoscere la parziale erroneità della sentenza del TAR per avere ritenuto del tutto prescritte le pretese economiche avanzate, mentre dovendosi applicare la prescrizione quinquennale al più la prescrizione poteva colpire solo il periodo 1986-giugno 1993, in ogni caso il ricorso originario non può

essere accolto.

2.1. La retribuità o meno delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali non sempre univoci, ma ormai può ritenersi consolidato l'indirizzo di questo Consiglio nel senso che per la retribuità occorrono non solo un'espressa previsione normativa ma anche altri tre presupposti e cioè un preventivo provvedimento di incarico (V. Corte cost. 19.6.1990 n. 296; Cons. di Stato, Sez.V, n.1431 dell'11.12.1992, n 1514 del 30.10.1995, n.1723 del 15.12.1995, n.614 del 5.6.1997, n. 282 del 17.1.2000 e n. 1552 del 18.3.2002), la disponibilità del relativo posto in organico (Sez. V n.1447 del 12.10.1999, sez. VI n.1119 del 18.7.1997, A.P. n.22 del 18.11.1999), e che l'incarico concerna mansioni della qualifica immediatamente superiore (V. la decisione di questa Sezione n.1188 del 27.9.1999), come del resto confermato dall'art. 57 D. L.vo 3.2.1993 n. 29, sia pure con una disposizione normativa la cui applicazione è stata più volte rinviata fin alla definitiva abrogazione con l'art. 43 D. L.vo 31.3.1998 n.80.

Solo con l'art. 56 D. L.vo n.29/93, nel testo sostituito dall'art. 25 D. L.vo n.80/98, è stata regolamentata ex novo la materia, attribuendosi al lavoratore del settore pubblico le differenze retributive dovute per svolgimento delle mansioni superiori anche nel caso di assegnazione nulla per violazione delle condizioni prescritte, con la contestuale attribuzione di

responsabilità al Dirigente che ha disposto l'incarico in caso di dolo o colpa grave. Ma anche l'applicazione di tale disposizione è stata rinviata, finchè non è intervenuto l'art. 15 del D. L.vo 29.10.1998 n.387 (V. la decisione di questo Consiglio, A.P. n.11 del 23.2.2000) e poi l'art. 52 L.vo 30.3.2001 n.165.

Detta nuova disciplina è però inapplicabile alle situazioni esauritesi prima del novembre 1998 (V. le decisioni di questo Consiglio, Sez. V n. 6381 del 24.12.2001 e Sez. VI n.4186 del 21.7.2003), come nel caso in esame.

2.2. Nella fattispecie (a parte la sussistenza o meno di un specifico incarico formale e l'affidamento di mansioni nella qualifica immediatamente superiore) mancava senz'altro un posto disponibile in organico che l'interessato avrebbe ricoperto in assenza del titolare, trattandosi per lo più del conferimento di incarichi speciali di collaborazione nel settore informatico retribuiti in genere con la concessione di un maggior numero di ore di straordinario.

3.Per quanto considerato, con integrazione della motivazione della sentenza del TAR, il ricorso originario deve essere comunque respinto.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V), respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio dell'11.11.2003 con l'intervento dei Signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Claudio Marchitello

Cons. Aniello Cerreto Est.

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23 gennaio 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale