

REPUBBLICA ITALIANA

N.3437/04 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 5514 e 5862 REG.RIC.

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

ANNO 1997

DECISIONE

Sui ricorsi in appello:

- nr. 5514/1997 R.G., proposto dal Comune di Cercola, in
persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e
difeso dall'avv. Arcangelo D'Avino ed elettivamente domiciliato
nello studio dell'Avv. Alberto D'Auria in Roma, Via Calcutta n.
45,

CONTRO

Il Sig. Maglione Enrico, rappresentato e difeso dagli avv.ti Cira
Santaniello ed Enrico Vesce con domicilio eletto in Roma Via
Cavour n. 221 presso lo studio Fabio Fabrini;

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. della Campania, Sez. V, n. 407/1997
del 15 febbraio 1997;

- nr. 5862/1997 proposto dal Sig. Maglione Enrico, rappresentato
e difeso dagli avv.ti Cira Santaniello ed Enrico Vesce con
domicilio eletto in Roma Via Cavour n. 221 presso lo studio
Fabio Fabrini;

contro

Il Comune di Cercola, in persona del legale rappresentante pro

tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Arcangelo D'Avino ed elettivamente domiciliato nello studio dell'Avv. Alberto D'Auria in Roma, Via Calcutta n. 45,

per l'annullamento

della sentenza del T.A.R. della Campania, Sez. V, n. 407/1997 del 15 febbraio 1997;

Visti i ricorsi in appello con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio delle parti appellate;

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

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del dell'11.7.2003, relatore il consigliere Michele Corradino;

Uditi i difensori come da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata il TAR Campania ha accolto parzialmente il ricorso (iscritto al nr. 157/1990 R.G.) con cui il Sig. Maglione aveva richiesto l'annullamento del silenzio serbato dal Comune di Cercola sulla richiesta e successiva diffida tese ad ottenere il riconoscimento e la liquidazione delle differenze retributive per l'espletamento di mansioni superiori, conferite con nota sindacale n. 11839 del 13 luglio 1987. Il giudice di prime cure ha riconosciuto la rilevanza economica delle mansioni

superiori svolte dal ricorrente in primo grado dal 1 giugno 1988 al 24 maggio 1989 (data di comunicazione al Sig. Maglione della delibera di annullamento, in sede tutoria, della delibera giuntale di corresponsione delle differenze retributive).

La sentenza è stata appellata con ricorso n. 5514/1997 R.G. dal Comune di Cercola e con ricorso n. 5862/1997 R.G. dal Sig. Maglione, che contrastano, con argomentazioni diverse, il decisum del TAR Campania.

Alla pubblica udienza dell'11 luglio 2003, il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. I ricorsi in appello pongono il problema, di frequente trattazione giurisprudenziale, della rilevanza economica dello svolgimento di mansioni superiori.
2. In primo luogo deve essere disposta la riunione dei ricorsi in epigrafe, attesa l'evidente connessione oggettiva e soggettiva.
3. Merita di essere premesso che la retribuità delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali non sempre univoci. Tuttavia, 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 (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 18.7.1977, A.P. n. 22 del 18.11.1999), e che l'incarico concerna mansioni della qualifica immediatamente superiore (decisione di questa Sezione n.1188 del 27.9.1999). L'orientamento giurisprudenziale consolidato è stato 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.29/1993, nel testo sostituito dall'art. 25 D. L.vo n.80/1998, 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 (cfr. la decisione di questo Consiglio, Ad.Plen. n.11 del 23.2.200) e poi l'art. 52 L.vo 30.3.2001 n.165. Detta nuova disciplina è però inapplicabile alle situazioni esauritesi prima del 1998 (cfr. la decisione di questa Sezione n. 6381 del 24.12.2001).

4. Passando all'esame della vicenda per cui è causa, è stato

affermato dalla giurisprudenza amministrativa che nell'ambito del pubblico impiego con gli enti locali, la retribuzione dello svolgimento di mansioni superiori è stata disposta soltanto con l'art. 72 comma 4 d.P.R. 13 maggio 1987 n. 268, secondo cui la rilevanza di tali prestazioni presuppone la vacanza del relativo posto in organico, la preposizione al posto di un dipendente di qualifica inferiore, il conferimento del relativo incarico con atto formale (Cons. Giust. Amm. Sic., Sez. Giurisdiz., 13/10/1998, n. 604). Nel caso in esame risulta pacifica l'esistenza dei tre requisiti richiamati. Potrebbe, piuttosto, manifestarsi qualche dubbio circa la legittimità del conferimento dell'incarico: questo, è infatti avvenuto con provvedimento del Sindaco, in data 13 luglio 1987; ora, per verificare se sussistesse la condizione dell'incarico formalmente conferito, occorre vagliare la competenza dell'organo che ha disposto il conferimento con riguardo alla disciplina di legge vigente, indipendentemente dall'esistenza di norme interne dell'ente recanti eventuali statuizioni difformi. Invero, nell'art. 9 della legge n. 65 del 1986 deve essere rinvenuta la fonte della legittimazione del comandante del corpo a preporre ad incarichi il personale dipendente. La speciale disciplina recata dalla legge 7 marzo 1986, n. 65 (legge-quadro sull'ordinamento della polizia municipale), conferiva, con l'art. 9, al comandante del corpo di polizia municipale la responsabilità, verso il sindaco,

dell'addestramento, della disciplina e dell'impiego tecnico-operativo degli appartenenti al corpo. La posizione del comandante dei vigili urbani, riconosciuta dalla legge n. 65 del 1986, costituisce un'anticipazione della successiva linea seguita dall'ordinamento, secondo la quale i poteri di utilizzazione del personale sono stati attribuiti ai dirigenti, riservandosi agli organi politici quelli di indirizzo, di programmazione e di verifica dell'attività svolta in funzione degli obiettivi prefissati e delle risorse disponibili. Spettava, perciò, al comandante del corpo stabilire l'impiego di coloro che ne erano appartenenti. Ne discende che il provvedimento di conferimento di incarico, è stato adottato da un organo privo di competenza. Purtuttavia, non è stato rimosso in sede amministrativa e non ne è ammessa in questa sede la disapplicazione, secondo principi da tempo affermati dalla giurisprudenza amministrativa; si veda la decisione di questa Sezione n. 173/2003).

5. Non può essere accolta la richiesta del ricorrente in primo grado di riconoscimento dell'indennizzo ex art. 2041 c.c.. Invero, il diritto del pubblico dipendente al corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori, infatti, non può fondarsi sull'ingiustificato arricchimento dell'amministrazione, atteso che l'esercizio di mansioni superiori alla qualifica rivestita, svolto durante l'ordinaria prestazione lavorativa, non reca alcuna effettiva diminuzione patrimoniale in danno del dipendente - il

c.d. depauperamento, che dell'azione ex art. 2041 c.c. è requisito essenziale - (cfr., tra le tante, le decisioni del Consiglio di Stato, V Sezione, n. 1552 del 2002, A.P., 23 febbraio 2000, nn. 11 e 12; Sez. VI, n. 2402/2001 cit.; Sez. V, 28 febbraio 2001, n. 1092; 15 novembre 1999, n. 1898; 18 settembre 1998, n. 1308; 14 aprile 1997, n. 356). Neppure il richiamo agli artt. 36 Cost. e 2126 c.c. è fondato. Nell'ambito del lavoro subordinato pubblico, le mansioni svolte dal dipendente, superiori a quelle dovute sulla base dell'atto di costituzione del rapporto o d'inquadramento, sono del tutto irrilevanti ai fini sia economici sia di progressione in carriera - salvo che una norma non disponga espressamente altrimenti, - nessun principio generale consentendo la retribuità delle predette mansioni superiori, a causa dell'inapplicabilità al pubblico impiego dell'art. 13 l. 20 maggio 1970 n. 300 e dell'art. 2103 c.c., nonché dell'inconferenza in questa materia dell'art. 2126 c.c. e dell'art. 36 Cost. l'operatività di quest'ultima trovando nel successivo art. 97 un limite invalicabile (Cons. Stato, Sez. V, 17/01/2000, n. 286).

6. Merita di essere accolto il ricorso del Sig. Maglione per i motivi di seguito esposti.

Non è revocabile in dubbio l'applicazione, nel caso che ci occupa, della normativa concernente il conferimento di mansioni superiori al personale degli enti locali (con i connessi precipitati in termini di retribuità delle mansioni svolte); invero, come

affermato da questa Sezione, l'attribuzione di mansioni superiori a dipendente comunale con ordine di servizio a firma del sindaco per sopperire alla vacanza del posto di capo ufficio, comporta il diritto al riconoscimento delle differenze retributive reclamate (Cons. Stato, Sez. V, 11/08/1998, n. 1246). E' stato altresì affermato che non può esservi esonero dall'obbligo di corrispondere la maggiore retribuzione per lo svolgimento di mansioni superiori disposte dal datore di lavoro che si sia avvalso oltre il limite temporale previsto e/o con una procedura illegittima delle prestazioni eccedenti la qualifica di appartenenza del dipendente, in quanto illegittimo non è il comportamento del dipendente che, essendo vacante il posto procrastina nel tempo lo svolgimento delle mansioni superiori ma, eventualmente, il comportamento dell'amministrazione che mantiene l'assegnazione oltre tale limite (Cons. Stato, Sez. VI, 19/07/1999, n. 982). Risulta, pertanto, applicabile, al caso che ci occupa, la *ratio* del consolidato *decisum* secondo cui l'Amministrazione, nel caso di svolgimento di mansioni superiori per sostituzione in un posto vacante e disponibile, senza che abbia provveduto a coprirlo è tenuta a corrispondere il trattamento economico in relazione all'attività concretamente svolta, attesa l'illegittimità di tale comportamento (dell'amministrazione) che mantiene l'assegnazione, o tollera l'esercizio delle mansioni (cfr. *ex multis*, in materia sanitaria: Consiglio Stato, sez. IV, 18 ottobre 2002, n.

5751; Consiglio Stato, sez. V, 11 settembre 2000, n. 4805; Consiglio Stato, sez. V, 7 febbraio 2000, n. 668; Consiglio Stato, sez. V, 21 ottobre 1997, n. 1154). Nel caso in esame, risulta che il Sig. Maglione Enrico, dopo essere stato investito dello svolgimento di mansioni superiori, con atto sindacale del 13 luglio 1987, ne fu privato con atto sindacale del 22 maggio 1989 n. 7113, con il quale il ricorrente in primo grado veniva invitato a non sottoscrivere nella qualità di Comandante dei VV.UU.FF. Nondimeno, l'amministrazione comunale di Cercola continuò ad avvalersi delle mansioni svolte dal ricorrente in primo grado, come dimostra la sottoscrizione di atti amministrativi con rilevanza esterna (ordinanza di viabilità) di concerto con il capo dell'amministrazione comunale; inoltre il Comune di Cercola, non provvedendo a bandire la procedura concorsuale finalizzata a ricoprire il posto vacante a causa del pensionamento del precedente Comandante dei Vigili Urbani, fece sì che tale situazione si protraesse per dieci anni circa.

Va, altresì, osservata la peculiarità del caso in esame, anche in considerazione delle elevate funzioni che la legge attribuisce, in generale, agli appartenenti del corpo di polizia municipale, ed al comandante del corpo in particolare: *exempli gratia* l'art. 57 c.p.p. in materia di ufficiali e agenti di polizia giudiziaria.

Per le ragioni esposte, assorbito quant'altro, il ricorso in appello iscritto al nr. 5862/1997 R.G. va accolto con conseguente rigetto

del ricorso n. 5514/1997 R.G.

Sussistono giuste ragioni per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V:

1. Riunisce i ricorsi in epigrafe;
2. Rigetta il ricorso in appello iscritto al nr. 5514/1997 R.G.;
3. Accoglie il ricorso in appello iscritto al nr. 5862/1997 R.G. e per l'effetto annulla la sentenza gravata e accoglie il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma, palazzo Spada, sede del Consiglio di Stato, nelle camere di consiglio dell'11.7.2003 e del 27.1.2004 con l'intervento dei sigg.ri:

Agostino Elefante	Presidente,
Giuseppe Farina	Consigliere,
Claudio Marchitello	Consigliere,
Aniello Cerreto	Consigliere,
Michele Corradino	Consigliere estensore.

L'ESTENSORE

f.to Michele Corradino

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Luciana Franchini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28 maggio 2004

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

p. IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi