

Pubblicato il 23/06/2017

N. 03431/2017 REG.PROV.COLL.
N. 03040/2000 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3040 del 2000, proposto da:
Spalice Michele, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso dagli avvocati Gabriele Gava e Roberto Gava,
con domicilio eletto presso lo studio Roberto Gava in Napoli, via V.
Colonna, 9;

contro

Comune di Napoli, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentato e difeso per legge dagli avvocati Antonio Andreottola,
Barbara Accattatis Chalons D'Oranges, Eleonora Carpentieri, Bruno
Crimaldi, Annalisa Cuomo, Anna Ivana Furnari, Giacomo Pizza,
Anna Pulcini, Bruno Ricci e Gabriele Romano, domiciliata in Napoli,
piazza Municipio;

per l'accertamento

- del diritto a conseguire, a decorrere dal 6.10.1976 in poi, tutte le differenze retributive tra quanto corrispostogli e la retribuzione dovuta al personale inquadrato nel 7° livello retributivo con qualifica di Capo Divisione Amministrativo, con conseguente condanna al pagamento delle somme dovute, oltre svalutazione ed interessi anche anatocistici, nonché alla relativa sistemazione della propria posizione a fini previdenziali;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Napoli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 aprile 2017 la dott.ssa Gabriella Caprini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Parte ricorrente, dipendente comunale, già inquadrato nel 6 livello con qualifica di Capo sezione amministrativo, agisce per il riconoscimento del diritto a conseguire, a decorrere dal 6.10.1976, le differenze retributive tra quanto percepito e la retribuzione spettante al personale inquadrato nel 7° livello, con qualifica immediatamente superiore, di Capo Divisione Amministrativo.

II. A sostegno del gravame deduce la violazione dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2126 c.c. nonché degli artt. 82, comma 2, e 154 del Regolamento comunale, agendo per l'accertamento del diritto alla retribuitività delle mansioni superiori svolte, anche di fatto, sulla base del necessario nesso di corrispettività funzionale che deve intercorrere con la prestazione svolta.

III. Si è costituita l'Amministrazione comunale, concludendo per il rigetto del ricorso.

IV. All'udienza pubblica del 4.04.2017, fissata per la trattazione, la causa è stata introitata per la decisione.

V. Il ricorso è infondato.

V.1. Premette parte ricorrente, a sostegno della propria richiesta, che:

- a) con delibera n. 2 del 9.04.1991, la Giunta comunale, preso atto del parere favorevole espresso dal Collegio di Esperti in relazione alla problematica del collocamento del personale nei nuovi livelli retributivi di cui al primo Contratto collettivo, stabilì che un'apposita Commissione procedesse all'esame delle posizioni lavorative del personale in servizio, previa istruttoria del Direttori Capo Servizio, onde verificare la sussistenza delle condizioni per poterne deliberare l'inquadramento, anche in soprannumero, nelle qualifiche superiori;
- b) nonostante l'esito favorevole dell'indagine conoscitiva (verbale n. 128 del 26.09.1991) appositamente condotta anche con riferimento al personale assegnato alla Direzione Segreteria Generale, nell'ambito della quale era incardinato l'attuale ricorrente, e la proposta di

delibera, n. 699 del 30.04.1992 favorevole al predetto inquadramento con decorrenza dalla data del 6.10.1976, l'Amministrazione comunale non vi ha mai provveduto;

c) la medesima Giunta Municipale, con delibera n. 726 del 13.05.1992, inquadrava, invece, ad un livello superiore ed in soprannumero, sulla base dell'esame delle singole posizioni lavorative, solo taluni dipendenti della Direzione Ragioneria Generale, meramente riservandosi di valutare quelle di altri dipendenti;

d) l'indagine conoscitiva condotta, a prescindere dal mancato inquadramento, oggetto di separato giudizio, ha comunque accertato la sussistenza di posizioni di lavoro, anche nell'ambito della Direzione Segreteria Generale, per le quali sono state ravvisate le condizioni per il riconoscimento delle mansioni superiori e, conseguentemente, per il diritto alla percezione delle corrispondenti differenze retributive.

V.2. Orbene, non appare ultroneo premettere che, secondo consolidata giurisprudenza e come dedotto anche dalla stessa Amministrazione comunale, l'inquadramento del personale degli Enti locali nelle nuove declaratorie di qualifiche e profili di cui all'art. 40 del d.P.R. n. 347/1983 vada effettuato considerando le mansioni inerenti alla qualifica ricoperta nel precedente ordinamento senza che possano assumere rilievo alcuno le mansioni di fatto o quelle attribuite con atti formali diversi dal conferimento della qualifica

(Cons. di St., sez. V, 9 dicembre 2002 n. 6728).

V.2.1. Nello specifico, la richiesta di inquadramento nella qualifica superiore è stata definitivamente respinta, con sentenza n. 3288/2003 del Consiglio di Stato, di rigetto dell'appello avverso il *decisum* di questa sezione, n. 359/1996.

V.3. Ciò posto, nel caso all'esame, non è adeguatamente provata nemmeno la sussistenza delle condizioni per il riconoscimento del diritto al migliore trattamento economico spettante per le mansioni superiori asseritamente espletate.

V.3.1. Orbene, secondo orientamento consolidato:

a) “la domanda del dipendente, tesa ad ottenere una retribuzione superiore a quella riconosciuta dalla normativa applicabile, in virtù dello svolgimento di mansioni superiori, non può fondarsi né sull'art. 36 Cost., in quanto il principio della corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e alla quantità del lavoro prestato non trova incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo con altri principi di pari rilievo costituzionali, quali quelli di cui agli artt. 97 e 98, né sugli artt. 2126 (concernente solo l'ipotesi della retribuibilità del lavoro prestato sulla base di atto nullo o annullato) e 2041, c.c., stante, per un verso, la natura sussidiaria dell'azione di arricchimento senza causa e, per altro verso, la circostanza che l'ingiustificato arricchimento postula un correlativo depauperamento del dipendente, non riscontrabile e non dimostrabile nel caso del pubblico dipendente che, come nel caso di

specie, ha comunque percepito legittimamente la retribuzione prevista per la qualifica” (Cons. di St., sez. V, 24 gennaio 2013 n. 441; Cons. di St., sez. III, 25 settembre 2012 n. 5098; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III 20 settembre 2012 n. 7962);

b) “in tema di differenze retributive per mansioni superiori svolte nel pubblico impiego privatizzato, il diritto alla retribuzione corrispondente alle mansioni superiori effettivamente svolte è stato introdotto con carattere di generalità, nel rispetto dei precetti costituzionali, dall’art. 15, d.lgs. n. 387/1998, a decorrere dalla sua entrata in vigore (22 novembre 1998), con norma avente, appunto, natura innovativa e non ricognitiva o retroattiva, ferma restando la necessità di una determinazione formale dell’Amministrazione e della vacanza del posto in organico. Sicché prima di quella data del 22 novembre 1998, quando non vi fosse una specifica normativa speciale che disponesse altrimenti, lo svolgimento da parte del pubblico dipendente di mansioni superiori rispetto a quelle dovute sulla base del provvedimento di nomina o di inquadramento costituiva circostanza irrilevante, oltre che ai fini della progressione in carriera, anche ai fini economici” (Cons. di St., sez. V, 17 ottobre 2013 n. 5047; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. III, 6 giugno 2012 n. 1190; Cons. di St. Ad. plen., 24 marzo 2006 n. 3; Cons. di St., Ad. plen. 23 febbraio 2000 n. 11);

c) in particolare, “i dipendenti degli enti locali hanno diritto di conseguire gli emolumenti per mansioni superiori svolte dall’8

dicembre 1987 (data di entrata in vigore del d.P.R. n. 494 del 1987) fino al 22 aprile 1998, in applicazione dell'art. 72, d.P.R. n. 13 maggio 1987 n. 268 e s.m.; dal 23 aprile 1998 (data di entrata in vigore del d.lg. n. 80 del 1998) al 22 novembre 1998 gli stessi dipendenti non hanno titolo a conseguire gli emolumenti in questione, ostandovi l'espresso divieto contenuto nell'art. 56, comma 6 (prima della modifica introdotta dall'art. 15, d.lg. n. 387 del 1998); tutti i pubblici dipendenti, compresi quelli del settore enti locali, hanno diritto a conseguire le predette differenze retributive svolte dal 23 novembre 1998 (data di entrata in vigore del d.lg. n. 387 del 1998) in poi, in applicazione dell'art. 56, d.lg. n. 29 del 1993 (dopo la modifica introdotta dall'art. 15, d.lg. n. 387 del 1998)” (T.A.R. Sicilia, Catania, sez. III 22 marzo 2003 n. 498);

d) “ai sensi dell'art. 72, d.P.R. 13 maggio 1987 n. 268, *poi*, la corresponsione in via eccezionale delle differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori è prevista solo quando si tratta di incarichi afferenti a posti di responsabili delle massime strutture organizzative dell'ente locale e conferiti dai competenti organi di vertice, mentre non è sufficiente la disposizione impartita dal superiore gerarchico” (Cons. di St., sez. V, 22 ottobre 2007 n. 5484);

e) infine, “nel pubblico impiego presupposto indefettibile per la stessa configurabilità dell'esercizio di mansioni superiori è l'esistenza di un posto vacante in pianta organica, al quale corrispondano le mansioni effettivamente svolte, oltre che un atto formale di incarico

o investimento di dette funzioni, proveniente dall'organo amministrativo a tanto legittimato, non potendo l'attribuzione delle mansioni e il relativo trattamento economico essere oggetto di libere determinazioni dei funzionari amministrativi” (Cons. di St., sez. V, 6 agosto 2012 n. 4506; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I 24 maggio 2012 n. 240) “con la conseguenza che l'assenza anche di una sola di dette condizioni non consentiva di riconoscere alcuna differenza stipendiale in capo a chi aveva svolto l'attività in questione” (Cons. di St., sez. III, 7 dicembre 2011 n. 6443).

V.3.2. Ciò posto, quale che fosse la normativa di riferimento vigente nel lasso temporale di riferimento (artt. 82 e 154 del Regolamento comunale ovvero d.lgs. n. 29/1993 e, successivamente, d.lgs. n. 80/1998) non è stato invero prodotto in atti alcun provvedimento formale di conferimento delle mansioni superiori adottato dal Sindaco o dal dirigente della struttura presso la quale il medesimo ricorrente prestava servizio (non essendo sufficienti neanche i meri ordini di servizio: fattispecie anteriore al d.lg. n. 165 del 2001, cfr. T.A.R. Toscana, Firenze, sez. II, 12.05.2003, n. 1538). Né possono essere considerati tali gli atti comunali di natura generale richiamati, peraltro dal valore propedeutico ed endoprocedimentale. Tantomeno si è data prova della vacanza in organico per il posto superiore che si dichiara di avere ricoperto (cfr. Cons. di St., sez. III, 5 settembre 2012 n. 4701).

V.4. Conclusivamente, non avendo il ricorrente sufficientemente

assolto all'onere della prova secondo il disposto di cui all'art. 2697 c.c. a norma del quale: "Chiunque vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento", il ricorso non è meritevole di accoglimento.

VI. Ragioni di equità, in ragione della materia oggetto del gravame, inducono, tuttavia, a disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Pierluigi Russo, Presidente FF

Diana Caminiti, Consigliere

Gabriella Caprini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Gabriella Caprini

IL PRESIDENTE
Pierluigi Russo

IL SEGRETARIO