

# 2015

N. 1115 SENT  
N. 3894/12 R. G.  
N. 5950/15 CRON

REPUBBLICA ITALIANA  
In nome del popolo italiano

Il tribunale di Taranto, sezione del lavoro, in persona del giudice dott. Raffaele Ciguera, ha pronunciato la seguente

sentenza

nella causa iscritta al n. 3987 r.g. 2012 tra

Cito Antonio Michele (avv. Nicola De Leonardis)  
contro

Comune di Martina Franca (avv. Silvana Quaranta)

Rilasciata copia in forma esecutiva a

richiesta di

Taranto, li 04 MAR. 2015

Il Cancelliere  
IL P. IN CARICATO  
Dott. Pierpaolo CHIARELLI

Conclusioni delle parti e motivi della decisione

Il ricorrente, dipendente del comune di Martina Franca con qualifica di dirigente, ha opposto il decreto col quale questo tribunale gli ha ingiunto i pagare al predetto ente euro 829.678,37 per retribuzioni (di posizione e di risultato) percepite indebitamente nel periodo dal 1997 al 2010 in violazione della disciplina legislativa e collettiva relativa alla costituzione del fondo per i dirigenti ex art. 26 ccnl del 1999 ed in assenza di contrattazione integrativa decentrata e degli organi cui era demandata la valutazione delle prestazioni rese.

Il comune convenuto, costituitosi in giudizio, ha concluso per il rigetto della opposizione.

Disposta una consulenza contabile, la causa è stata discussa e decisa.

L'eccezione di difetto di procura alle liti eccepito dalla difesa del ricorrente con riferimento al procedimento monitorio è infondata in quanto proposta sulla base della disciplina statutaria del comune convenuto che richiede l'autorizzazione della giunta, autorizzazione non richiesta nella fattispecie in esame essendo il comune di Martina Franca all'epoca della proposizione del ricorso per decreto ingiuntivo amministrato dal commissario straordinario per la gestione provvisoria, quindi, privo dell'organo collegiale; quanto detto priva di rilevanza l'ulteriore eccezione di difetto di *ius postulandi* in capo al difensore del comune con riferimento al contenuto di precedenti deliberazioni di giunta comunale. In ogni caso, il comune opposto si è costituito in giudizio munito di nuovo mandato alle liti conferito dal sindaco nel frattempo insediatosi e previa autorizzazione della giunta comunale.

Oggetto della controversia è la indebita percezione da parte del ricorrente di trattamenti economici accessori (retribuzione di posizione e risultato) percepiti nel periodo innanzi indicato in misura maggiore di quella spettante.

Va accolta (in linea con quanto deciso da questo tribunale in casi analoghi: cfr. sent. n. 7332 del 2014) per quanto di ragione l'eccezione di prescrizione estintiva sollevata dalla difesa dell'opponente, ma con riferimento al termine decennale ex art. 2946 c.c., in quanto le fattispecie previste dall'art. 2948 c.c. sono tipiche, di stretta interpretazione, siccome individuati in deroga alla regola primaria circa la durata decennale del termine estintivo e fra essi non rientra la ripetizione di retribuzioni percepite indebitamente. Infatti, l'azione di ripetizione di indebito, prevista dall'art 2033 c.c., ha come fondamento l'inesistenza dell'obbligazione adempiuta da una parte, o perché

il vincolo obbligatorio non è mai sorto, o perché è venuto meno successivamente, a seguito di annullamento, rescissione o inefficacia (Cass. 28.5.2013, n. 13207), e tale fattispecie costitutiva del diritto esula dall'impianto e dai casi disciplinati da tutte le disposizioni che stabiliscono prescrizioni brevi.

Ne deriva che il periodo valutabile deve essere circoscritto fra le date del 10.2.2002, dieci anni prima rispetto alla consegna (il 10.2.2012) della missiva raccomandata, recante la data del 7.2.2012 a firma dell'Avv. Silvana Quaranta, poi costituitosi in lite per l'ente creditore, e l'anno 2010, *dies ad quem* della pretesa restitutoria fissato dal Comune di Martina Franca nel ricorso monitorio. Come già gaffermato in altre pronunce di questo tribunale in casi analoghi, a diversa determinazione non può pervenirsi alla stregua della diffida notificata a cura del Segretario generale e dirigente del settore personale e organizzazione del Comune, perché tale atto interruttivo della prescrizione, riferendosi esclusivamente ad una componente del complessivo credito azionato mediante il ricorso monitorio.

Una conclusione più favorevole al Comune nemmeno sembra consentita dall'atto stragiudiziale di costituzione in mora a cura dei Consiglieri comunali Mariella Francesco, Martucci Antonio e Digiuseppe Cosimo, i quali, sull'articolato presupposto dell'avvenuto accertamento delle irregolarità di gestione, della natura non rinunziabile della pretesa restitutoria ex art. 2033 c.c. e della perdurante illegittima inerzia dell'amministrazione comunale, hanno intimato all'odierno opponente "di provvedere al pagamento delle somme così come analiticamente indicate nel prospetto elaborato dal revisore dei conti allegato alla delibera di C.C. 23/2007".

Invero, tale iniziativa surrogatoria - che, dal punto di vista dell'attenzione all'interesse pubblico e in disparte qualsiasi valutazione politica, risulta meritevole sino alla lode - non pare corrispondente al regime giuridico applicabile alla peculiare vicenda dedotta in questa controversia.

L'aspetto problematico è costituito dalla riferibilità del potere diffuso di iniziativa di cui all'art. 63 dello statuto comunale di Martina Franca, capo V, richiamato nell'atto di diffida 27.12.2007, soltanto a "le azioni e i ricorsi" "in giudizio presso qualunque organo giurisdizionale".

Ciò perché si tratta non di una prerogativa addizionale dei consiglieri comunali ma della titolarità dell'azione popolare (questa è la rubrica della norma statutaria) spettante "a ciascun elettore", tanto che l'ultimo comma dell'art. 63 disciplina l'imputazione delle spese processuali nelle diverse ipotesi ("in caso di soccombenza le spese sono a carico di chi ha promosso l'azione o il ricorso salvo che il Comune, costituendosi, abbia aderito alle azioni e ai ricorsi promossi dall' elettore").

Il criterio è di fonte legislativa (art. 7 l. 142/90, modificato dall'art. 4, 1° co., l. 265/99 e poi trasfuso nell'art. 9 d.lgs. 267/00: "ciascun elettore può far valere in giudizio le azioni e i ricorsi che spettano al comune e alla provincia; il giudice ordina l'integrazione del contraddittorio nei confronti del comune ovvero della provincia; in caso di soccombenza, le spese sono a carico di chi ha promosso l'azione o il ricorso, salvo che l'ente costituendosi abbia aderito alle azioni e ai ricorsi promossi dall'elettore") e, costituendo un rimedio eccezionale alla cattiva gestione degli organi amministrativi dell'ente, cui la Costituzione conferisce in via ordinaria e normale ogni potestà siccome derivante dall'investitura di elezioni democratiche, non risulta estensibile a iniziative di altro tipo, negoziali in senso lato, ancorché preparatorie rispetto all'esercizio dell'azione giudiziaria.

In tal senso spingono anche considerazioni immanenti alla necessità di contenimento e di ricomposizione delle iniziative surrogatorie individuali. In particolare: a) l'esercizio dell'azione popolare impone l'assunzione di una responsabilità nei confronti della controparte nel processo, con la conseguenza che la fondatezza dell'iniziativa personale viene sicuramente sottoposta alla valutazione del giudice, organo terzo di garanzia, e può trovare sanzione in tempi congrui, se si tratti di una ingerenza indebita o addirittura dannosa; b) la pendenza del giudizio consente all'ente locale, rimasto inerte, di avere una sollecita conoscenza dell'iniziativa surrogatoria e gli impone di prendere subito la decisione sino a quel momento - a torto o a ragione - omessa; c) la controversia o il procedimento giudiziario, cui l'elettore partecipi in luogo

dell'ente territoriale, ha una visibilità che riduce al minimo il rischio di duplicazioni o, peggio, moltiplicazioni di azioni, difese, interventi a tutela dello stesso interesse pubblico.

Tutti questi necessari temperamenti sarebbero preclusi nel caso dalle norme suddette, dilatandone artificiosamente l'ambito, si desumesse pure la potestà individuale di iniziative stragiudiziali in nome e per conto delle amministrazioni comunali e provinciali.

Il trattamento retributivo accessorio dei dipendenti enti locali con qualifica dirigenziale comprende la retribuzione di posizione e la retribuzione (art. 33 ccnl 1996), in sostituzione della indennità di funzione di cui all' art. 38 del D.P.R. 333/1990: i fondi destinati alla erogazione del trattamento accessorio, predeterminati dalla contrattazione collettiva, possono essere incrementati ai sensi dell'art. 38 ccnl 1996, che dispone

"le Amministrazioni che si trovino nelle condizioni indicate nel comma 3 possono incrementare, dal 31 dicembre 1995, con oneri a proprio carico, le risorse di cui all'art. 37 (Finanziamento della retribuzione di posizione e della retribuzione di risultato), nel limite massimo di una somma pari allo 0,5% della quota del monte salari annuo riferito al 1993 e relativo ai dirigenti, al netto dei contributi a carico dell'Amministrazione. Tale somma può essere incrementata di un'ulteriore somma pari allo 0,2% del medesimo monte salari, qualora siano accertati risparmi di gestione almeno quantitativamente corrispondenti, secondo i criteri indicati al comma 5.

2. La somma di cui al comma 1 è destinata a finanziare gli oneri relativi alle retribuzioni di risultato dei dirigenti in servizio a tempo indeterminato.

3. Possono avvalersi della facoltà di cui al comma 1 gli enti non dissestati e non strutturalmente deficitari secondo le vigenti disposizioni, e che abbiano realizzato le seguenti innovazioni:

a) attuazione dei principi di razionalizzazione di cui al titolo I del D.L.vo n. 29 del 1993;

b) ridefinizione delle strutture organizzative e delle funzioni dirigenziali;

c) rilevazione dei carichi di lavoro, se ad essa tenute, e rideterminazione delle piante organiche;

d) istituzione e attivazione dei servizi di controllo interno o dei nuclei di valutazione"

Va aggiunto che l'art. 24 del d.l.vo n. 165 del 2001 (che riproduce la disciplina di cui all'art. 24 del d.l.vo n. 29 del 1993), richiamato dall'art. 39 del ccnl 1996, stabilisce che la retribuzione del personale con qualifica di dirigente e' determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità. La graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio e' definita, ai sensi dell'articolo 4, con decreto ministeriale per le amministrazioni dello Stato e con provvedimenti dei rispettivi organi di governo per le altre amministrazioni o enti, ferma restando comunque l'osservanza dei criteri e dei limiti delle compatibilità finanziarie fissate dal Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro del tesoro, del bilancio e della programmazione economica.

La graduazione delle funzioni è quindi presupposto indispensabile per la quantificazione del trattamento accessorio relativo alla retribuzione di posizione, principio ribadito dall'art. 27 del ccnl del 1999; sempre il ccnl del 1996 (art. 38) precisa che la disciplina relativa alla la graduazione delle funzioni e la conseguente erogabilità della retribuzione di posizione, nonché la disciplina dei successivi articoli 40, 41, 42, 43 (Retribuzione di risultato) e 44 si applica esclusivamente agli Enti e alle Amministrazioni che si trovino nelle condizioni indicate nell'art. 38, comma 3, lett. a), b), c) e d) (prima citato): ed il comune di Martina Franca non ha mai attivato il servizio di controllo interno, né ha stipulato contratti integrativi decentrati che, a norma

dell'art. 4 del ccnl 1999 devono prevedere la verifica della sussistenza delle condizioni per l'applicazione dei commi 3, 4 e 5 dell'art. 26 (Finanziamento della retribuzione di posizione e di risultato), i criteri delle forme di incentivazione delle specifiche attività e prestazioni correlate all'utilizzo delle risorse indicate nell'art. 26 lettera e), i criteri generali per la distribuzione delle risorse finanziarie destinate alla retribuzione di posizione ed a quella di risultato (lett. e, f, g); inoltre il nucleo di valutazione, nei periodi in cui ha operato, non ha mai verificato la realizzazione degli obiettivi (in ossequio a quanto previsto dall'art. 14 e 29 del ccnl 1999).

La peculiare procedimentalizzazione della stipulazione ed acquisizione di efficacia della contrattazione decentrata, soggetta a vincoli di bilancio e controlli (art. 40 d.l.vo n. 165 del 2001; art. 5 del ccnl 1999; art. 4 ccnl 2006) rende irrilevanti tutte le determinazioni assunte in merito.

Alla luce della richiamata disciplina devono ritenersi indebiti i trattamenti retributivi accessori erogati per retribuzione di posizione, nella misura maggiore di quella minima posta dalla contrattazione collettiva, e per retribuzione di risultato.

Sulla decisione non sembra che possa avere incidenza l'art. 4 d.l. 6.3.2014, n. 16, c.d. salva Roma, convertito in l. 2.5.2014, n. 68, che reca "misure conseguenti al mancato rispetto di vincoli finanziari posti alla contrattazione integrativa e all'utilizzo dei relativi fondi" (v. sent. n. 7332 del 2014). Pur valutata nella sua definitiva ampia configurazione a seguito della conversione in legge, tale disciplina sopravvenuta, innanzitutto, al 1° e al 2° comma, ribadisce in via generale l'obbligo delle regioni e degli enti locali di provvedere all'integrale recupero delle somme indebitamente erogate ai dipendenti in violazione dei *vincoli finanziari posti alla contrattazione collettiva integrativa*.

Si tratta di una conferma, sia perché la nuova norma ripete il principio imperativo dell'*obbligo di recupero* già posto dall'art. 40, 3° co. *quinquies*, d. lgs 165/01 novellato nel 2009, sia perché rimane invariato l'obiettivo della sanezza della gestione e dell'equilibrio del bilancio degli enti territoriali, desumibile dal modo del recupero, che la disposizione preesistente imponeva di perseguire *nell'ambito della sessione negoziale successiva*, mentre la disposizione più recente prescrive con la formula a *valere sulle risorse finanziarie a questa [riferito alla contrattazione collettiva integrativa] destinate, rispettivamente al personale dirigenziale e non dirigenziale*. Dunque, la novità dell'art. 4 d.l. n. 16 del 2014 consiste in un tasso di maggiore specificazione e articolazione dell'intervento che le amministrazioni territoriali inadempienti devono attuare per porre rimedio agli sforamenti economici del tipo in esame.

Questa caratteristica della norma sopravvenuta si apprezza meglio nelle ulteriori precisazioni concernenti il recupero, diversificate secondo che si tratti di enti che non hanno rispettato il patto di stabilità interna (1° comma: *mediante il graduale riassorbimento delle stesse, con quote annuali e per un numero massimo di annualità corrispondente a quelle in cui si è verificato il superamento di tali vincoli; le regioni ...anche attraverso accorpamenti di uffici con la contestuale riduzione delle dotazioni organiche del personale dirigenziale in misura non inferiore al 20 per cento e della spesa complessiva del personale non dirigenziale in misura non inferiore al 10 per cento; gli enti locali ... garantendo in ogni caso la riduzione delle dotazioni organiche entro i parametri definiti dal decreto di cui all'articolo 263, comma 2, del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) ovvero che lo hanno rispettato (2° comma: *possono compensare le somme da recuperare ... anche attraverso l'utilizzo dei risparmi effettivamente derivanti dalle misure di razionalizzazione organizzativa di cui al secondo e terzo periodo del comma 1 nonché di quelli derivanti dall'attuazione dell'articolo 16, commi 4 e 5, del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n. 111*).*

In disparte tale amplificazione delle regole operative finalizzate al recupero dell'equilibrio finanziario, la legge imponeva e seguita a imporre alle amministrazioni territoriali datori di lavoro pubblici, responsabili di abusive erogazioni economiche ai dipendenti, gli interventi necessari a ovviare agli effetti, pregiudizievoli per il bilancio, derivanti da accordi collettivi *contra legem*.

Accordi la cui sopravvivenza, come è ovvio, non può essere consentita, dovendosi sterilizzare la fonte della spesa in eccesso, come necessario presupposto per avviare l'inversione di tendenza e il successivo recupero finanziario.

E' per questo motivo che - come si è detto dianzi - l'art. 40 d.lgs 165/01 sanciva nell'originario 3° comma la nullità delle clausole viziate e, dal 2009, al 3° comma *quinquies*, richiama il criterio della nullità parziale del contratto (art. 1419, 2° co., c.c.) e della inserzione automatica di clausole (art. 1339 c.c.).

L'art. 4, 3° co., d.l. 16/14 esclude la sterilizzazione per il futuro delle clausole collettive, nonostante l'accertamento della loro abusività, se: A) si tratti di *atti di costituzione e di utilizzo dei fondi, comunque costituiti, per la contrattazione decentrata adottati anteriormente ai termini di adeguamento previsti dall'articolo 65 del decreto legislativo 27 ottobre 2009, n. 150, e successive modificazioni* (31.12.2012); B) in relazione ai quali non vi sia già stato il riconoscimento giudiziale della responsabilità erariale; C) siano stati adottati dalle regioni e dagli enti locali che hanno rispettato (a) il patto di stabilità interno, (b) la vigente disciplina in materia di spese e assunzione di personale, nonché (c) le disposizioni di cui all'articolo 9, commi 1, 2-bis, 21 e 28, del decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, e successive modificazioni.

Nemmeno la verifica di questi limiti conta nell'odierna controversia, perché - come si è detto - non influisce sulla decisione la norma cui essi accedono, configurando una deroga complessa e singolare al principio della caducazione delle clausole collettive nulle ex art. 40, 3° co. (dal 2009 *quinquies*) d.lgs 165/01; una deroga tollerante introdotta a vantaggio delle amministrazioni territoriali meno inadempienti ai canoni inderogabili di gestione del livello retributivo dei dipendenti; una deroga estranea all'obbligazione restitutoria gravante individualmente a titolo di indebitto su ciascun dipendente percettore di compensi dispensati *contra legem* ed in assenza di una qualsiasi contrattazione sia pure non rispettosa dei vincoli finanziari.

Pertanto, gli impiegati, dirigenti compresi, restano singolarmente debitori e, nel caso di contestazioni al riguardo, il giudice del rapporto abusato, cioè il giudice del lavoro, rimane tenuto - né poteva essere diversamente - a statuire se e in che misura sia fondata la pretesa creditoria di rimborso da parte dell'ente datore.

L'ammontare del credito fondatamente vantato in restituzione dal Comune di Martina Franca, oltre che per effetto della maturazione in parte della prescrizione decennale, deve essere decurtato delle ritenute effettuate dall'ente sulle somme retributive qui in contestazione.

Tali componenti della spesa sostenuta dall'ente datore, infatti, integrano somme che non sono mai entrate nella sfera patrimoniale dei dipendenti.

Con particolare riguardo alle ritenute fiscali, la necessità di calcolare al netto l'obbligazione restitutoria del lavoratore è stata sancita da Cass. 2.2.2012, n. 1464, secondo cui, "... nel rapporto tra datore di lavoro e lavoratore, il primo versa al secondo la retribuzione al netto delle ritenute fiscali (nonché previdenziali e assistenziali). Ciò si verifica anche quando, come nella specie, siano erogate al lavoratore, per errore, somme maggiori di quelle dovute: anche in tal caso il datore opera, sulle somme erroneamente erogate in eccesso, le ritenute fiscali, a loro volta erronee per eccesso. La ripetizione dell'indebitto nei confronti del lavoratore non può non avere ad oggetto, pertanto, che le somme da quest'ultimo percepite, ossia quanto e solo quanto effettivamente sia entrato nella sfera patrimoniale del predetto. Il datore di lavoro non può, invece, pretendere di ripetere somme al lordo delle

ritenute fiscali (e previdenziali e assistenziali), allorché le stesse non siano mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente (in tali termini, cfr. anche Consiglio di Stato, sez. 6, 2.3.2009 n. 1164, con riguardo al rapporto tra amministrazione e dipendente)".

Il principio giurisprudenziale è coerente con la disciplina dell'art 38 (rimborso di versamenti diretti) d.p.r. 29.9.1973, n. 602, che, nel caso di errore materiale, duplicazione ed inesistenza totale o parziale dell'obbligo di versamento, abilita a presentare all'amministrazione finanziaria la richiesta di rimborso, in primo luogo, il soggetto che ha effettuato il versamento diretto (1° comma), cioè il sostituto di imposta, vale a dire, nella specie, il Comune di Martina Franca, sicché vale come chiusura del sistema la regola che configura la stessa facoltà anche in capo al percipiente delle somme assoggettate a ritenuta (2° comma), cioè il sostituto, vale a dire, nella specie, i dipendenti convenuti in riconvenzione.

Inoltre, poiché in entrambi i casi la legge prevede la caducazione del diritto al rimborso della ritenuta fiscale oltre il termine di decadenza di quarantotto mesi dalla data del versamento, è coerente con l'assetto dell'art. 38 che l'eventuale maturazione di tale scadenza - come risulta che sia avvenuto per i crediti qui in discussione - gravi in via definitiva sul datore di lavoro, cioè sul soggetto il quale, oltre che ammesso al rimborso in prima battuta, è pure: 1) artefice e responsabile della dazione retributiva illegittima; 2) più avveduto siccome più attrezzato; 3) in una relazione giuridica costante con l'amministrazione finanziaria.>>

Sulla base della precisa e corretta elaborazione del calcolo eseguito al consulente, precisata a seguito dei chiarimenti richiesti e corretta per la delimitazione al periodo febbraio 2002 - dicembre 2010, l'ammontare dell'importo da restituire ammonta a complessivi euro 346,972,44 (con conseguente revoca del decreto ingiuntivo perché concesso per somma maggiore), oltre interessi legali dalla data di notificazione del decreto opposto in assenza di prova della mala fede del percipiente (art. 2033 c.c.).

Sulla eccezione di compensazione opposta dal ricorrente ai sensi degli art. 2126 cc e 36 cost. dal ricorrente è sufficiente rilevare che non rileva e nella specie non è provato che il sottodimensionamento della dotazione organica ha comportato un aggravio di impegno e di responsabilità meritevole di compensi aggiuntivi, per di più, di rilevante entità.

In generale, sono soltanto le mansioni e la durata oraria della prestazione che costituiscono i fattori di calcolo della retribuzione.

Quanto al dirigente, a questa iniziale considerazione impediente, si aggiungono - come dianzi si è ricordato - il criterio della onnicomprensività della remunerazione e il divieto che il giudice intervenga in funzione perequativa ai sensi dell'art. 36 Cost.

E' pacifico, d'altro canto, che la regola di civiltà posta dall'art. 2126 c.c., con riferimento alle ipotesi di prestazioni di fatto erogate in violazione della legge, non consente l'aggiramento delle norme cogenti dettate nel pubblico impiego, per esempio, in materia di lavoro straordinario, anche perché non trova applicazione agli emolumenti accessori, addizionali, incrementativi della retribuzione di base.

Le spese di lite seguono la soccombenza (art. 91 c.p.c.).

P.q.m.

Revoca il decreto ingiuntivo opposto, condanna Antonio Michele Cito a pagare al comune di Martina Franca euro 346,972,44 oltre interessi legali dalla data di notificazione del decreto opposto e spese di lite, liquidate in complessivi euro 10.000,00 per compenso professionale, oltre accessori, ed euro 733,00 per esborsi.

Taranto, 26 febbraio 2015

Il giudice

Dott. Raffaele Quigera

