

Rilasciata copia in forma esecutiva di

richiesta di Qu. S. QuarantaTaranto, il 22 GEN 2015

Il Cancelliere

IL CANCELLIERE
Dott. Pierpaolo CHIARELLI

2014

Sent. n. _____

R.G. n. 4544/12

Cron. n. _____



REPUBBLICA ITALIANA
In nome del popolo italiano
IL TRIBUNALE DI TARANTO
Sezione Lavoro

In persona del Giudice Dott. Sebastiano L. Gentile, all'udienza odierna, udita la discussione, ha emesso la seguente

SENTENZA

nella controversia di lavoro iscritta nel ruolo generale dell'anno 2012 al numero sopra indicata

TRA

DELL'ANNO CAMILLO (nato a Taranto il 27.5.1957), rappresentato e difeso dall'Avv. Stefania Pollicoro;

OPPONENTE A DECRETO INGIUNTIVO

E

COMUNE di MARTINA FRANCA, rappresentato e difeso dall'Avv. Silvana Quaranta;

OPPOSTO

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

Con ricorso depositato il 15.6.2012, Dell'Anno Camillo, già dipendente del Comune di Martina Franca nel periodo 1.8.2003 – 20.7.2005 come dirigente a tempo determinato, proponeva rituale opposizione avverso il decreto ingiuntivo n. 425/12, non esecutivo in via provvisoria, emesso in data 14.3.2012 per il pagamento a favore dell'ente datore di lavoro della somma di € 65.414,08, oltre agli accessori, a titolo di retribuzioni di posizione (€ 62.074,08) e di risultato (€ 3.340,00) indebitamente percepite nel predetto periodo di occupazione.

Il Dell'Anno deduceva: I) il difetto della giurisdizione ordinaria, trattandosi di azione erariale; II) la necessità di sospendere la trattazione ai sensi dell'art. 295 c.p.c., in attesa della conclusione del processo penale sugli stessi fatti; III) l'irripetibilità dell'indebito sul presupposto della buona fede di esso *accipiens*; IV) l'infondatezza della pretesa del Comune relativamente alla retribuzione di posizione e la mancanza di prove al riguardo; V) la spettanza al Comune del rimborso a titolo di retribuzione di risultato al netto e non al lordo delle ritenute fiscali.

Il Dell'Anno rassegnava conclusioni coerenti con tali doglianze e chiedeva la condanna del Comune al pagamento delle spese processuali.

L'ente territoriale di Martina Franca si costituiva ritualmente e resisteva; concludeva per il rigetto dell'opposizione; domandava, in subordine e per il caso di revoca del decreto ingiuntivo opposto, la condanna del Dell'Anno al pagamento della somma già intimata di € 65.414,08; in via ulteriormente gradata, domandava il contenimento nei minimi di legge delle somme eventualmente dovute al Dell'Anno a titolo di retribuzione accessoria di posizione e di risultato.

Acquisiti i documenti prodotti dalle parti, si rigettava, con ordinanza resa il 4.1.2013, la richiesta del Comune di concessione della provvisoria esecuzione del decreto ingiuntivo opposto.

Una consulenza contabile veniva espletata per il tramite della Dott.ssa Antonella Biondi, consulente del lavoro in Grottaglie.

All'udienza odierna la discussione precedeva la pubblicazione del dispositivo, con termine di sessanta giorni per il deposito della sentenza.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Non è impediante la questione di giurisdizione (dianzi *sub I*) sollevata in via pregiudiziale dal Dell'Anno.

Infatti, l'ente territoriale datore ha semplicemente chiesto all'ex dipendente la restituzione di somme retributive che assume pagate *contra legem*.

Si tratta, quindi, di un'ordinaria fattispecie negoziale di indebito, che può verificarsi normalmente nell'ambito del rapporto di lavoro pubblico contrattualizzato: la lite non ha per oggetto somme di natura fiscale e nessun procedimento coattivo risulta incominciato *inter partes*.

Cass. sez. un. 24.11.2009, n. 24668 (citata dal Comune): in materia di pubblico impiego privatizzato, appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia promossa dal dipendente nei confronti dell'ente datore di lavoro diretta ad accertare l'illegittimità della pretesa restitutoria dell'Amministrazione, ove la richiesta dell'ente medesimo sia successiva al 30 giugno 1998, dovendosi ritenere che, nel caso di ripetizione d'indebito, integrino la nozione di "questione" ai sensi dell'art. 69, comma 7, del d.lgs. n. 165 del 2001, non solo i fatti rilevanti ai fini della sussistenza del diritto del lavoratore, ma anche la mutata valutazione e qualificazione della fattispecie concreta operata dall'ente con la richiesta di restituzione, atteso che solo a seguito di quest'ultima può dirsi insorta la lite tra l'Amministrazione e il dipendente.

La richiesta di sospensione di questa controversia (dianzi *sub II*) in attesa della conclusione del processo penale sugli stessi fatti, avanzata dal Dell'Anno, non costituisce un motivo di opposizione.

L'istanza dell'ex dirigente è stata esaminata e disattesa con l'ordinanza del 4.1.2013, non risultando allora il presupposto di applicazione dell'art. 295 c.p.c., che è l'esercizio dell'azione penale da parte del P.M. nei modi previsti dall'art. 405 c.p.p., mediante la formulazione dell'imputazione o la richiesta di rinvio a giudizio, sicché tale sospensione non può essere disposta sul presupposto della mera presentazione di una denuncia e della conseguente apertura di indagini preliminari.

Né di seguito è stata dedotta e provata, a cura del Dell'Anno, la maturazione del necessario presupposto della sospensione.

Non costituisce un'esimente la buona fede dell'*accipiens* (dianzi *sub III*), per le seguenti considerazioni, basate sulla matrice negoziale delle dazioni economiche della cui ripetizione si discute.

In materia di impiego pubblico privatizzato, nel caso di domanda di ripetizione dell'indebito proposta da un'amministrazione nei confronti di un dipendente in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione, qualora risulti accertato che l'erogazione è avvenuta *sine titulo*, la ripetibilità delle somme non può essere esclusa *ex art. 2033 cod. civ.* per la buona fede del lavoratore, in quanto questa norma riguarda, sotto il profilo soggettivo, soltanto la restituzione dei frutti e degli interessi.

In tal senso, con ragionamento conforme alle disposizioni civilistiche ormai unicamente applicabili e quindi condivisibile, Cass. 8.4.2010, n. 8338, e Cass. 22.12.2008, n. 29926.

In altre parole, la privatizzazione dei rapporti di lavoro degli enti pubblici impone di accantonare la regola, di carattere eccezionale, enunciata con bonomia da una parte della giurisprudenza amministrativa per il rapporto di pubblico impiego, circa l'irripetibilità delle somme corrisposte dalla P.A. ai propri dipendenti e da costoro percepite in buona fede per il soddisfacimento delle normali necessità di vita.

D'altro canto, pronunce autorevoli e abbastanza recenti segnano il superamento di detta regola anche da parte del giudice amministrativo.



Quanto alla eccepita infondatezza della pretesa del Comune relativamente alla retribuzione di posizione e la mancanza di prove al riguardo (dianzi *sub IV*), trattasi di doglianza senz'altro infondata.

La premessa di ordine generale è che: a) il rapporto di lavoro dei dipendenti degli enti pubblici, a seguito della privatizzazione disposta con il d.lgs. n. 29 del 1993, ha assunto carattere privatistico, a prescindere dalla natura economica o meno dell'ente pubblico; b) l'art. 2, 2° co., d.lgs. 165/01 richiama le norme del codice civile sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa e ne impone il coordinamento con le norme dello stesso d.lgs. n. 165, da ultimo definite imperative (d.lgs. 27.10.2009, n. 150).

Con particolare riferimento ai *trattamenti economici*, l'attribuzione, ai sensi del 3° co. dell'art. 2 cit. è consentita mediante *esclusivamente contratti collettivi*.

Ciò comporta che sono illegittimi e improduttivi di effetti gli atti gestionali diversi che incidano sul livello stipendiale e dai quali derivino incrementi retributivi categoriali, cioè spettanti sul solo presupposto dell'appartenenza del dipendente a un ufficio, a un gruppo di lavoro, a una qualifica, a una fascia, etc., senza la duratura presa in carico di compiti specifici e aggiuntivi o il temporaneo svolgimento di lavoro straordinario, che, d'altro canto, integrano ipotesi anch'esse compiutamente regolate dalla legge e connotate da plurimi adempimenti formali.

Le fonti normative anteriori e diversamente orientate hanno cessato di essere produttive a far tempo dal primo rinnovo contrattuale.

Dei precedenti trattamenti economici più favorevoli è disciplinato il riassorbimento.

Secondo la gerarchia dell'art. 40 d.lgs. n. 165/01, nelle materie relative alle sanzioni disciplinari, alla valutazione delle prestazioni ai fini della corresponsione del trattamento accessorio, della mobilità e delle progressioni economiche, la contrattazione collettiva deve operare e rimanere negli esclusivi limiti previsti dalle norme di legge.

Quanto ai contratti integrativi consentiti in sede decentrata, la nullità delle clausole, come sanzione riferibile ai vizi concernenti la competenza, il procedimento e il contenuto, in particolare, economico, era prevista in origine dall'art. 40, 3° co., d.lgs. n. 165 (*le pubbliche amministrazioni non possono sottoscrivere in sede decentrata contratti collettivi integrativi in contrasto con vincoli risultanti dai contratti collettivi nazionali o che comportino oneri non previsti negli strumenti di programmazione annuale e pluriennale di ciascuna amministrazione; le clausole difformi sono nulle e non possono essere applicate*) ed è tuttora contemplata – anzi risulta precisata – dal 3° co. *quinqües* dello stesso art. 40 sopravvenuto nel 2009 (*nei casi di violazione dei vincoli e dei limiti di competenza imposti dalla contrattazione nazionale o dalle norme di legge, le clausole sono nulle, non possono essere applicate e sono sostituite ai sensi degli articoli 1339 e 1419, secondo comma, del codice civile*).

Deroghe sono configurate, ma soltanto in riferimento a casi tipici, precisamente, nelle more della stipulazione dei contratti collettivi nazionali (art. 47 *bis* d.lgs. n. 165) o di un contratto collettivo integrativo (art. 40, 3° co. *ter* e *quater*, d.lgs. n. 165), *in via provvisoria*, salvo conguaglio e comunque a seguito della novella apportata dal d.lgs. 150/09, ciò che esclude la rilevanza di tali ipotesi in questa controversia, in primo luogo *ratione temporis*.

Con particolare riguardo agli emolumenti nominati e contabilizzati nel ricorso monitorio, accolto mediante il decreto ingiuntivo opposto dal Dell'Anno, dirigente comunale a tempo determinato, si tratta di compensi addizionali e variabili, i quali, potendosi aggiungere alla retribuzione base, che è fissa, consistono nella retribuzione di posizione, che è in funzione della natura dell'incarico dirigenziale, e nella retribuzione di risultato, che è di volta in volta e contrattualmente parametrata



agli obiettivi fissati e da raggiungere per il singolo dirigente.

Norma di riferimento è l'art. 24, 1° co., d.lgs. 165/01, secondo cui *la retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti.*

La seconda parte della medesima disposizione, per *la graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio*, individua la competenza dello Stato, quanto alle amministrazioni centrali, e degli organi governo, quanto alle amministrazioni territoriali e agli altri enti, peraltro, nei limiti delle compatibilità finanziarie fissate mediante decreto della Presidenza del Consiglio dei Ministri.

La dazione degli emolumenti addizionali e variabili della retribuzione dirigenziale si configura, pertanto, a valle dell'espletamento di una procedura articolata in due fasi: prima *la graduazione delle funzioni e responsabilità ai fini del trattamento accessorio*, di competenza dello stesso ente locale datore di lavoro; poi la stipula di contratti collettivi contenenti norme di attuazione.

Il 1° comma *bis* prescrive che la retribuzione di risultato debba essere pari almeno al 30% del complessivo compenso spettante al dirigente.

Il 1° comma *ter* demanda ai contratti collettivi di porre la disciplina di dettaglio, in particolare, degli incrementi necessari a realizzare tale quantificazione, ma con esclusione dei dirigenti del SSN e comunque senza *maggiori oneri per la finanza pubblica*.

Il 3° comma sancisce la onnicomprensività della remunerazione del dirigente così prevista e articolata.

Ne deriva che: A) la fonte del diritto del dirigente di percepire, nonchè di percepire in una certa misura, la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato non può che essere contrattuale; B) non è configurabile un diritto soggettivo del dirigente avente come oggetto la retribuzione di posizione e la retribuzione di risultato senza il rituale espletamento dei necessari adempimenti organizzativi propedeutici e delle procedure negoziali contemplate dalla legge.

Per quanto concerne specificamente la retribuzione di risultato, questo compenso aggiuntivo può essere erogato soltanto previo ottenimento di una positiva valutazione annuale, in base a criteri e procedure predeterminati.

Tali circostanze sono elementi costitutivi imprescindibili della posizione giuridica soggettiva fatta vale in giudizio, non bastando il riferimento alle mansioni svolte, in mancanza di atti di valenza generale in base ai quali soltanto sarebbe possibile verificare la sussistenza o meno delle condizioni previste ai fini dell'erogazione.

Che questa lettura sia conforme all'intenzione della legge sin dalla sua emanazione, è stato confermato, in epoca successiva, dal comma 1° *quater* dell'art. 24 d.lgs. 165/01, inserito dall'art. 45, 1° co., lett. b), d.lgs. 150/09, secondo cui *la parte della retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati della prestazione non può essere corrisposta al dirigente responsabile qualora l'amministrazione di appartenenza, decorso il periodo transitorio di sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo di attuazione della legge 4 marzo 2009, n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni, non abbia predisposto il sistema di valutazione di cui al Titolo II del citato decreto legislativo.*

Tale sopravvenuto apporto della legge si colloca in funzione di specificazione della valenza generale e condizionante dell'*iter* amministrativo.

Corollario è che: C) oggetto dell'odierna controversia sono componenti della retribuzione per le quali si esclude tradizionalmente che il giudice possa sovrapporsi alle pattuizioni negoziali, nella prospettiva derogatoria *in melius* che è tipica dell'interpretazione *ex art. 36 Cost.* circa il c.d.

corrispettivo costituzionale.

Cass. 18.12.2008, n. 29671, con riferimento all'indennità dirigenziale di funzione localmente determinata: non può applicarsi la garanzia dell'art. 36 Cost., né il divieto di riduzione dei livelli retributivi in godimento al suddetto trattamento accessorio di posizione, giacché esso è preordinato, diversamente dal trattamento fondamentale, allo svolgimento di una funzione di differenziazione e di incentivazione, necessariamente temporanea e revocabile perché strettamente connessa allo specifico incarico conferito.

Secondo Cass. 2.2.2011, n. 2459, la previsione di una pluralità di fasce retributive, in dipendenza di differenti attribuzioni ai dirigenti della retribuzione di posizione e della posizione di risultato, non viola il principio di parità di trattamento retributivo sancito dall'art. 45, 2° co., d.lgs. 165/01, perché si tratta di retribuzioni accessorie, strutturalmente collegate al valore economico di ogni posizione dirigenziale.

Rispetto a questo cogente impianto normativo, nella vicenda martinese si sono verificate le molteplici e gravi violazioni messe in luce dall'intervento sia degli organi ispettivi del Ministero dell'Economia e delle Finanze sia della Corte dei Conti.

La relazione ministeriale 21.1.2009 sulla "verifica amministrativo contabile" evidenzia – come rilievi numeri 1, 2, 3 e 6 e poi alle pagine da 6 a 10 nonché da 16 a 18 – il seguenti profili di illegittimità, tutti concernenti specificamente l'attività e la retribuzione dei dirigenti del Comune di Martina Franca:

- 1) irregolarità varie relative alla procedura di contrattazione integrativa decentrata per il personale dirigente: mancata sottoscrizione del CCDI; mancata costituzione del fondo per gli anni successivi al 2002; mancata sottoposizione all'esame del Collegio dei Revisori ed assenza di relazione tecnico finanziaria;
- 2) omessa graduazione delle posizioni dirigenziali ed illegittimo incremento della retribuzione di posizione al personale dirigenziale con riferimento all'anno 2004;
- 3) anomalo procedimento di liquidazione dell'indennità di risultato in assenza del prescritto giudizio del Nucleo di valutazione per gli esercizi 2001, 2002, 2003 e 2007 e illegittima corresponsione dell'indennità di risultato per l'anno 2003 anche a favore del personale dirigente a tempo determinato, in contrasto con il contenuto del contratto individuale di lavoro;
- 6) errata quantificazione del Fondo per le politiche di sviluppo delle risorse umane e della produttività del personale dirigente con riguardo all'incremento ex art. 15, 5° co., e sua stabilizzazione negli anni successivi, in assenza di adeguata certificazione di nuovi servizi o processi di riorganizzazione ai quali sia correlato un aumento delle prestazioni del personale in servizio.

Quanto ai presupposti, sostanziali e procedurali, che legittimano "l'incremento delle risorse decentrate variabili ex art. 15, comma 5, CCNL 1° aprile 1999 (*rectius*: art. 31, comma 3, CCNL 22.1.2004)", la relazione ministeriale riporta l'interpretazione dell'ARAN secondo cui sono indispensabili: più risorse per il fondo in cambio di maggiori servizi; non generici miglioramenti dei servizi ma concreti risultati; risultati verificabili attraverso standard, indicatori e/o i giudizi espressi dall'utenza; risultati difficili, per il cui conseguimento abbia svolto un ruolo attivo e determinante il personale interno; risorse quantificate secondo criteri trasparenti e ragionevoli; risorse rese disponibili solo a consuntivo, dopo avere accertato i risultati; risorse previste nel bilancio annuale e nel PEG.

A sua volta, la deliberazione n. 157 adottata dalla Sezione regionale di controllo per la Puglia



della Corte dei Conti nell'adunanza del 24.11.2010, premesso un articolato *excursus* in ordine alle regole sostanziali e procedurali che andavano rispettate, informa che vi è stato un netto e duraturo scantonamento dal complesso procedimento di gestione delle componenti variabili, di posizione e di risultato, della retribuzione dei dirigenti (punto n. 4.5.) e del salario accessorio del personale non dirigente (punto n. 4.6.).

Al punto n. 4.9., in premessa, si legge: "sul piano strutturale, la contrattazione integrativa, in linea con la caratterizzazione gerarchica delle fonti contrattuali di disciplina del rapporto di lavoro, deve muoversi nel rigido solco scavato (dalla legge e) dal contratto collettivo nazionale, che definisce l'ambito materiale, i limiti entro cui essa può esplicarsi, la procedura negoziale, i termini entro cui essa deve concludersi".

Nello stesso punto n. 4.9., *sub* i), si legge: "ai sensi dell'art. 18 del CCNL del 1.4.1999, la liquidazione ai dipendenti dei compensi correlati al merito, diretti a incentivare la produttività e il miglioramento dei servizi ..., può avvenire soltanto a conclusione di un periodico processo di valutazione delle prestazioni e dei risultati nonché in base al livello di conseguimento degli obiettivi predefinito nel PEG o negli analoghi strumenti di programmazione degli enti, che accerti, da parte dei dirigenti, effettivi incrementi quali-quantitativi dei servizi, da intendersi come risultato aggiuntivo apprezzabile rispetto al risultato atteso dalla normale prestazione lavorativa ...; in ogni caso non è consentita l'attribuzione generalizzata dei compensi per produttività sulla base di automatismi comunque denominati (c.d. distribuzione a pioggia), quali presenza in servizio, rientro pomeridiano, ecc."

Esaminate le "risposte rese in fase istruttoria", la deliberazione 157/10 della Sezione regionale di controllo per la Puglia della Corte dei Conti evidenzia (punto 4.10.) che il Comune di Martina Franca, nella gestione della retribuzione dei dirigenti, abbia illegittimamente: "a) incrementato in maniera ingente (pari al doppio) la consistenza del fondo per i dirigenti rispetto al 2009, nonostante il pensionamento di ben tre (su cinque) dirigenti tra il 31.12.2009 e il 1.7.2010; b) obliterato la preventiva certificazione di compatibilità finanziaria dell'Organo di revisione ...; c) allocato le spese relative alla retribuzione di posizione e di risultato dei dirigenti nelle spese generali del personale, andando in direzione contraria (per intenti probabilmente elusivi) alla finalità di trasparenza sottesa alla norma contrattuale che vuole, invece, dette risorse siano inquadrate nel ridotto fondo, onde consentire una verifica da parte dell'organo politico-amministrativo sul corretto impiego di tali risorse".

Ancora al punto 4.10.: "è bene segnalare che, come sopra detto, gli accordi decentrati non conclusi per iscritto sono nulli e le eventuali erogazioni ... disposte costituiscono un indebito oggettivo e devono essere restituite; ... che le clausole esorbitanti rispetto ai vincoli normativi e di bilancio sono nulle e sono sostituite di diritto dalla norma imperativa; che la liquidazione di emolumenti economici ai dipendenti pubblici disposta al di fuori dei sopra richiamati presupposti o in applicazione non corretta di istituti legislativi o contrattuali (collettivi e decentrati integrativi) e/o secondo il metodo c.d. a pioggia, e/o in contrasto con il citato principio di onnicomprensività, configura una erogazione atipica e, come tale, è foriera di danno erariale".

La conclusione coerente, alla stregua di tali circostanze provate, è che i predetti compensi addizionali – anche nei pochi anni di occupazione del Dell'Anno – sono stati corrisposti in modo indiscriminato e abusivo, anziché ponderato e mirato, difettando le necessarie previsioni contrattuali e senza il rispetto della procedimentalizzazione imposta dalla legge a garanzia della finanza pubblica.

In altre parole, corrispettivi aggiuntivi, eventuali e variabili sono diventati una generalizzata componente fissa dello stipendio al di fuori delle regole imperative che disciplinano la maturazione



del diritto e l'erogabilità degli emolumenti addizionali.

Come riscontro probatorio documentale, la deliberazione 157/10 dalla Sezione regionale di controllo per la Puglia della Corte dei Conti costituisce un supporto rilevante della pretesa creditoria azionata dal Comune di Martina Franca, per la specificità dei rilievi e l'autorevolezza dell'organo, sicchè è stata correttamente posta dall'ente a base del ricorso monitorio, insieme agli altri documenti menzionati e in esame, ed è stata congruamente valutata in modo positivo dal giudice della procedura ingiunzionale, nel momento in cui il decreto ingiuntivo è stato emesso.

Valutazioni analoghe si impongono in riferimento alla citata relazione ispettiva del MEF in data 21.1.2009.

La vicenda parzialmente dedotta in questa controversia ha avuto un'articolazione notevole, per la pluralità degli enti che se ne sono occupati, la diversità delle competenze amministrative e il contenuto parziale di alcuni documenti rispetto al complessivo novero delle questioni in contestazione, con la complicazione ulteriore che l'ente maggiormente coinvolto, cioè il Comune di Martina Franca, vi ha partecipato – per così dire – con tre interpretazioni fra loro non collimanti: quella degli organi di gestione prima del commissariamento, che sono stati esautorati siccome corresponsabili di gravi irregolarità; quella del Commissario straordinario per la gestione provvisoria imposta all'ente territoriale; quella dell'Amministrazione subentrata dopo la fine di tale fase di recupero della legalità.

In una composita sequenza di accertamenti, interrogazioni e solleciti, da una parte, e di delibere, chiarimenti, aggiustamenti per il futuro, iniziative nei confronti dei dipendenti illegittimamente avvantaggiatisi e risposte, dall'altra, di sicuro risulta *per tabulas* che il MEF: A) con la nota 17.5.2011 – letta male dall'opponente oppure a torto asservita a una tesi difensiva che non può essere avallata – ha ribadito sia l'anomalia della liquidazione dell'indennità di risultato negli anni di “assenza del prescritto giudizio del Nucleo di valutazione”, sia l'illegittimità della procedura concernente il pagamento della retribuzione di posizione – si badi – come conseguenza della “omessa graduazione delle posizioni dirigenziali”; B) ha, quindi, confermato gli aspetti generali e qualificanti dei rilievi dedicati nella relazione ispettiva del 2009 a entrambe le componenti aggiuntive della retribuzione dei dirigenti; C) ha ulteriormente sollecitato il Comune alla “effettiva attivazione delle procedure di recupero”, richiedendo “opportuna evidenza documentale”.

Sul punto B) è importante precisare che il rilievo n. 2 della relazione ministeriale 21.1.2009 sulla “verifica amministrativo contabile”, che sopra – allo stesso modo della tabella riassuntiva posta all'inizio della relazione stessa – si è riportato come “omessa graduazione delle posizioni dirigenziali ed illegittimo incremento della retribuzione di posizione al personale dirigenziale con riferimento all'anno 2004”, non esprime due violazioni entrambe riferite soltanto all'anno 2004, ma un profilo di illegittimità di ordine preliminare e generale, cioè l’“omessa graduazione delle posizioni dirigenziali”, che, quale presupposto procedurale indispensabile ma nella specie mancante, investe e travolge tutte le annualità della retribuzione di posizione, e uno ulteriore, immanente all'anno 2004, consistente nell’“illegittimo incremento della retribuzione di posizione al personale dirigenziale con riferimento all'anno 2004”.

La lettura delle pagine 6, 7 e 8 della relazione degli ispettori MEF del 2009 è illuminante, perché vi si trovano, distintamente enunciati, due addebiti di diversa portata: (I) “dall'esame degli atti si evince, inoltre, che non è stata effettuata alcuna graduazione delle funzioni dirigenziali *ex artt.* 24, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 e 27, comma 1, CCNL 23.12.1999, dal momento che a tutti i dirigenti viene assegnata la medesima retribuzione di posizione”; (II) “... la retribuzione di posizione dei dirigenti del Comune di Martina Franca ha fatto registrare un notevole incremento a partire dall'anno 2004”, ... “in seguito all'emanazione di un decreto del Sindaco ... che ha incrementato



del 50% il valore”, anche se tale provvedimento “non è atto idoneo ad attestare che il Comune si articoli in strutture organizzative complesse”.

Una prova ulteriore consiste nella nota 16.9.2012 del MEF, che presenta la stessa impostazione dei precedenti atti ispettivi e sollecita reiteratamente il Comune di Martina Franca a coltivare la pretesa restitutoria, “in attesa dei successivi sviluppi della vicenda, anche in considerazione della gravità delle fattispecie emerse non soltanto in sede ispettiva ma anche successivamente, a seguito dell’autonoma attività istruttoria compiuta dagli uffici di codesto Comune”.

Fra le tappe rievocate nell’atto introduttivo non si rinvencono alcuni passaggi essenziali a garantire la legittima quantificazione ed erogazione, in particolare, della retribuzione di posizione.

In primo luogo, per la collocazione nella sequenza procedimentale e per la rilevanza prodromica dell’adempimento, non è stato stipulato il contratto collettivo decentrato integrativo (CCDI) previsto dall’art. 4, 1° co., lett. “g”, CCNL 23.12.1999, per cui è stata violata la regola dell’assoggettamento alla negoziazione locale, quanto alla definizione dei criteri di individuazione e distribuzione delle risorse, della materia del trattamento accessorio dei dirigenti.

Non si tratta soltanto di un adempimento formale – la cui mancanza comunque integra un vizio insanabile e inficiante, appunto, di forma – perché in tale fase l’operato dell’amministrazione territoriale e, in particolare, della delegazione trattante, deve essere rimesso al vaglio dell’organo di revisione contabile.

Non si rinviene un atto formale di costituzione del fondo per la dirigenza.

Risulta anche violato l’obbligo di liquidazione dei compensi accessori ai dirigenti, che – come si legge nella deliberazione 157/10 della sezione regionale di controllo della Corte dei Conti – “può avvenire soltanto a conclusione di un periodico processo di valutazione delle prestazioni e dei risultati nonché in base al livello di conseguimento degli obiettivi predefiniti nei PEG o negli analoghi strumenti di programmazione degli enti”.

La doglianza in oggetto nemmeno esprime argomenti e indica riscontri idonei a superare le violazioni – dianzi esaminate con riferimento, in particolare, all’ispezione del MEF – consistenti nell’omessa “graduazione delle funzioni dirigenziali ex artt. 24, comma 1, d.lgs. n. 165/2001 e 27, comma 1, CCNL 23.12.1999” e nell’illegittimo incremento disposto dal Sindaco anche per l’anno 2004.

D’altro canto, il motivo dell’opposizione (dianzi *sub V*) che assume la spettanza al Comune del rimborso a titolo di retribuzione di risultato al netto e non al lordo delle ritenute fiscali, in disparte tale ultimo aspetto, si presenta come un vero e proprio riconoscimento del relativo debito da parte del Dell’Anno.

Una sostanziale conferma di questa lettura dei fatti di causa sta nella relazione depositata il 28.5.2015 dal consulente Dott.ssa Antonella Biondi, consulente del lavoro.

Un richiamo complessivo e ricettizio alla consulenza tecnica, a integrazione di questa pronuncia, è consentito dal rito e va fatto per brevità.

Il quesito era: “tentata la conciliazione della controversia, il consulente ricalcoli la somma che spetterebbe al Comune di Martina Franca a titolo di ripetizione di indebito, secondo i seguenti parametri: 1) stesso criterio seguito dagli organi di revisioni del M.E.F. e della Corte dei Conti, intervenuti *ante causam*, alla stregua del quale risulta determinata la somma di € 65.414,08 azionata mediante il ricorso monitorio dal Comune di Martina Franca; 2) al netto di tutte le ritenute fiscali, previdenziali e assistenziali”.

Il CTU, attenendosi a tale traccia, ha calcolato € 34.385,06, al netto delle ritenute fiscali e previdenziali.



L'ammontare del credito, per tal via, fondatamente vantato in restituzione dal Comune di Martina Franca, deve essere decurtato delle ritenute effettuate dall'ente sulle somme retributive qui in contestazione (dianzi *sub V*).

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'indebitato 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 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".

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 nonchè 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.).

Non è questa, però, la fonte normativa che, nel rapporto di lavoro tra l'amministrazione datrice e ciascun dipendente beneficiato, impone alla prima di ripetere i compensi retributivi corrisposti illegittimamente in anni precedenti rispetto all'appuramento dell'abuso contabile e finanziario nonché alla dismissione delle clausole collettive esuberanti.

Tale dovere, pacificamente, esisteva ben prima del d.lgs. 165/01, derivando dai principi generali in tema di corretta gestione economica delle risorse economiche nel comparto pubblico.

Lo dimostra e lo spiega la copiosa giurisprudenza amministrativa formatasi nelle ipotesi di indebito retributivo prima della privatizzazione dei rapporti di lavoro, secondo cui: "il recupero di somme indebitamente corrisposte dalla P.A. a propri dipendenti ha carattere di doverosità e costituisce esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo a carattere patrimoniale, non rinunciabile in quanto correlato al conseguimento di quelle finalità di pubblico interesse alle quali sono istituzionalmente destinate le somme indebitamente erogate" (Cons. Stato, sez. 4, n. 290/2008; Cons. Stato, ord. gen., n. 145/2007); "il recupero di emolumenti indebitamente corrisposti ai dipendenti, dopo che sia stata accertata la mancanza di un titolo alla corresponsione delle relative somme e quindi l'esistenza di un vero e proprio diritto soggettivo patrimoniale ex art. 2033 c.c. avente il carattere della doverosità" (Cons. Stato, sez. 5, n. 561/2008).

In conseguenza, non assume rilievo in questa controversia la conservazione dell'efficacia delle

clausole collettive illegittime in materia di compensi addizionali ai dipendenti, che l'art. 4, 3° co., d.l. n. 16 del 2014 permette; in alcuni casi e *fermo restando l'obbligo di recupero previsto dai commi 1 e 2*, mediante la non applicazione delle *disposizioni di cui al quinto periodo del comma 3-quinquies dell'articolo 40 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*.

In particolare, 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 indebito su ciascun dipendente percettore di compensi dispensati *contra legem*.

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.

A diversa determinazione non conduce, perché riguarda tutt'altro rispetto all'oggetto di questa controversia, l'apertura fatta dalla disposizione accessoria di cui all'art. 4, 3° co. *bis*, d.l. n. 16 del 2014, *al fine di prevenire l'insorgere di contenziosi a carico delle amministrazioni coinvolte*: I) soltanto per il *pagamento delle competenze retributive maturate ... nel periodo 2010-2013*; II) soltanto alle amministrazioni che *hanno attivato, anche attraverso l'utilizzo dei propri organismi partecipati, anche superando i vincoli previsti dalla normativa vigente in materia di contenimento complessivo della spesa di personale limitatamente alla parte di spesa coperta dai finanziamenti regionali, iniziative di politica attiva del lavoro finalizzate alla creazione di soluzioni occupazionali a tempo determinato dei lavoratori di cui all'articolo 2, comma 1, del decreto legislativo 28 febbraio 2000, n. 81, e all'articolo 3, comma 1, del decreto legislativo 7 agosto 1997, n. 280*; III) soltanto *nel rispetto del patto di stabilità interno e nei limiti delle disponibilità finanziarie, garantendo comunque la salvaguardia degli equilibri di bilancio*.

Conclusivamente, assorbita ogni altra questione, si accoglie l'opposizione, per gli aspetti della lite evidenziati in motivazione, si revoca il decreto ingiuntivo opposto n. 425 del 14.3.2012 e si condanna il Dell'Anno al pagamento a favore del Comune di Martina Franca della somma di € 34.385,06.

Quanto agli accessori, si pongono, altresì, a carico del Dell'Anno, la cui mala fede non è provata e non può essere presunta, soltanto gli interessi legali dal 28.2.2012, epoca di deposito del ricorso *ex art. 633 c.p.c.*, sino al soddisfo.

Il Dell'Anno, che a torto ha sostenuto di nulla dovere al Comune di Martina Franca, mentre è



risultato debitore soccombente per l'importo suddetto, dovrà sostenere le spese processuali.

La liquidazione in dispositivo tiene conto soltanto dell'attività difensiva svolta in questo giudizio in opposizione, a motivo della revoca del decreto ingiuntivo, ed è ragguagliata all'importo (non della maggiore somma domandata ma) della somma liquidata.

Anche il costo della consulenza tecnica, quantificato in atti, rimane addossato al Dell'Anno in via definitiva.

P.Q.M.

Il Tribunale di Taranto, giudice monocratico del lavoro, definitivamente pronunciando sul ricorso *ex art.* 645 c.p.c. depositato il 15.6.2012 da Dell'Anno Camillo nei confronti del Comune di Martina Franca, nonché sulla domanda spiegata da quest'ultimo per il pagamento di € 65.414,08 oltre agli accessori, assorbita ogni altra questione, così provvede: accoglie l'opposizione del Dell'Anno, per quanto di ragione, e revoca il decreto ingiuntivo *inter partes* n. 425 del 14.3.2012; accoglie la domanda dell'ente territoriale opposto, per quanto di ragione, e condanna il Dell'Anno a pagare al Comune di Martina Franca € 34.385,06, oltre agli interessi legali dal 28.2.2012 al soddisfo; condanna, altresì, il Dell'Anno a pagare al Comune di Martina Franca il compenso professionale ai sensi del d.m. 55/14 in complessivi € 4.100,00, oltre all'IVA, al contributo integrativo e alle spese generali nella misura di legge, nonché il contributo unificato di € 330,00; pone il costo della consulenza tecnica, liquidato in atti, definitivamente a carico del Dell'Anno.

Taranto, il 20 novembre 2014

Il Giudice

Dott. Sebastiano L. Gentile

E' copie conforme all'originale telematico

TA 22.01.2015

IL FINZARCO
Dott. Pierpaolo CHIARELLI

