



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

## Consiglio di Stato

Adunanza Generale del 16 marzo 2011

**Gabinetto 00003/2011**

**NUMERO AFFARE 04684/2010**

OGGETTO:

Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca.

Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dalla dott.ssa Giulia Romano. Riconoscimento dell'assegno personale di cui all'articolo 202 del decreto del Presidente della Repubblica 10 gennaio 1957, n.3.

Vista la relazione del 18 ottobre 2010 con la quale il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, Direzione generale per l'università, lo studente e il diritto allo studio universitario, ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore consigliere Carlo Mosca;

PREMESSO:

1. La dott.ssa Giulia Romano, dipendente a tempo indeterminato della Consob (Commissione nazionale per le società e la borsa) con la qualifica di coadiutore, nel maggio del 2007 ha conseguito il titolo di dottore di ricerca in

Economia aziendale presso l'Università di Pisa e nel mese successivo ha vinto il concorso di ricercatore per il settore scientifico-disciplinare SECS P/07 presso la Facoltà di Economia del medesimo Ateneo.

Ha quindi optato per il passaggio all'Università nella convinzione che avrebbe conservato il più favorevole trattamento economico in godimento presso l'Amministrazione di provenienza, in applicazione dell'articolo 202 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, secondo cui, nel caso di passaggio di carriera presso la stessa o diversa Amministrazione agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova qualifica è attribuito un assegno personale, utile a pensione, pari alla differenza fra lo stipendio già goduto ed il nuovo, salvo riassorbimento nei successivi aumenti di stipendio per la progressione di carriera anche se semplicemente economica.

Ad avviso dell'interessata, la riprova della correttezza di tale affidamento è nel decreto rettorale di nomina, nel quale, dopo essere stato individuato il trattamento economico, è stata fatta riserva di determinare, con successivo provvedimento, l'eventuale assegno personale, riserva legata non ad una qualche incertezza sulla spettanza delle differenze stipendiali quanto, piuttosto, alla necessità di attendere la risposta della CONSOB alla richiesta dell'Università, inoltrata il 14 dicembre 2007, relativa alla situazione retributiva della dott.ssa Romano.

Con successiva nota n. 4362 del 23 marzo 2009 l'Università di Pisa ha sollecitato la CONSOB a trasmettere un prospetto con la retribuzione annua lorda e l'indicazione di tutte le voci stipendiali in godimento della dott.ssa Romano, e ciò al precipuo fine di determinare *“la differenza stipendiale e attribuire lo stipendio”*. A tali solleciti la CONSOB ha risposto in data 31 marzo 2009, indicando il trattamento economico annuo lordo goduto dalla dipendente.

Poiché, nonostante tale comunicazione, la dott.ssa Romano non aveva ricevuto alcuna rideterminazione del proprio trattamento economico ai sensi dell'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957, l'interessata, in data 27 aprile 2009, ha sollecitato il Rettore dell'Ateneo pisano.

L'Università, con nota del 7 maggio 2009, ha comunicato l'avvio del procedimento di rigetto dell'istanza *ex* articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

Alla base di tale statuizione vi è un duplice rilievo, soggettivo ed oggettivo. Dal punto di vista soggettivo, è stato affermato che il principio del divieto di *reformatio in pejusex* articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957 si applica nel caso di "passaggio" ad altra Amministrazione o ad altra carriera. In considerazione della non omogeneità tra il precedente ruolo d'impiegata della CONSOB e quello di ricercatore non può parlarsi di "passaggio" ma di "dimissioni" da un ruolo e di "assunzione" in un altro ruolo del tutto avulso dal precedente, in un contesto burocratico completamente diverso. Dal punto di vista oggettivo, poi, presupposto perché si applichi il divieto di *reformatio in pejus* è che il "passaggio" operi tra amministrazioni dello Stato e tale non può essere considerata la CONSOB che, come Autorità amministrativa indipendente, è un ente dotato di personalità giuridica, con potestà regolamentare autonoma e autonomi poteri sanzionatori, in posizione di sostanziale neutralità tra interessi pubblici e privati.

Il 4 giugno 2009 l'interessata ha replicato a tali motivazioni, illustrando le ragioni che portavano ad applicare anche ai dipendenti della CONSOB, transitati in altra Amministrazione, l'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957.

L'Università di Pisa, con il provvedimento n. 9014 del 24 giugno 2009, ha però definitivamente respinto l'istanza di riconoscimento dell'assegno integrativo.

2. Avverso tale provvedimento la dott.ssa Giulia Romano ha proposto ricorso straordinario al Presidente della Repubblica deducendo violazione di legge (in particolare, articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957, articolo 1 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 e articoli 1 e 3 della legge 7 agosto 1990, n. 241) ed eccesso di potere per difetto dei presupposti e carenza di motivazione.

3. Nell'adunanza del 12 gennaio 2011, l'affare è stato rimesso dalla Sezione all'Adunanza generale del Consiglio di Stato.

#### CONSIDERATO:

1. Il c.d. divieto di *reformatio in pejus* è disciplinato, com'è noto, dall'articolo 202 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, secondo cui “*nel caso di passaggio di carriera presso la stessa o diversa Amministrazione agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova qualifica è attribuito un assegno personale, utile a pensione, pari alla differenza fra lo stipendio già goduto ed il nuovo, salvo riassorbimento nei successivi aumenti di stipendio per la progressione di carriera anche se semplicemente economica*”.

Occorre preliminarmente rilevare che questo Consiglio di Stato (Commissione speciale 30 marzo 2009, n. 2857/08), ha chiarito che l'articolo 2, comma 3, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, non ha espunto dall'ordinamento le norme che sanciscono il divieto di *reformatio in pejus*.

Il dubbio era sorto perché tale ultima disposizione stabilisce che “*i rapporti individuali di lavoro di cui al comma 2 sono regolati contrattualmente. I contratti collettivi sono stipulati secondo i criteri e le modalità previste nel titolo III del presente decreto; i contratti individuali devono conformarsi ai principi di cui all'articolo 45, comma 2. L'attribuzione di trattamenti economici può avvenire esclusivamente mediante contratti collettivi o, alle condizioni previste, mediante contratti individuali. Le disposizioni di legge, regolamenti o atti amministrativi che attribuiscono incrementi retributivi non previsti da contratti cessano di avere efficacia a far data dall'entrata in vigore dal relativo rinnovo*”.

*contrattuale. I trattamenti economici più favorevoli in godimento sono riassorbiti con le modalità e nelle misure previste dai contratti collettivi e i risparmi di spesa che ne conseguono incrementano le risorse disponibili per la contrattazione collettiva".*

Con il citato parere n. 2857/08 del 2009 il Consiglio di Stato ha ritenuto che la disposizione appena citata è volta a stabilire, in via generale, le modalità di determinazione del trattamento economico spettante ai dipendenti pubblici contrattualizzati e non incide, in modo diretto o indiretto, sul principio del divieto di *reformatio in pejus*, principio che prescinde del tutto dalle modalità di definizione del trattamento economico dei pubblici dipendenti (legge, contratti collettivi, contratti individuali) e trova la sua origine e la sua *ratio* nell'opportunità di non disincentivare il mutamento di carriera.

2. La *ratio* della previsione di cui all'articolo 202 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, e i presupposti per la sua applicazione, sono stati individuati dalla giurisprudenza del giudice amministrativo, consolidatasi soprattutto dopo la decisione dell'Adunanza plenaria 16 marzo 1992, n. 8, secondo cui "*l'intento del legislatore è stato quello di conservare, al personale che passi da uno ad altro ruolo della stessa o altra Amministrazione, la posizione economica acquisita al momento del passaggio, in modo che mai il mutamento di carriera nell'ambito dell'organizzazione burocratica dello Stato possa comportare un regresso nel trattamento economico raggiunto*".

Circa l'ambito di applicazione dell'articolo 202, l'Adunanza plenaria ha rilevato che la disposizione si applica nell'ambito dello "*Stato-amministrazione in senso stretto, inteso come soggetto di diritto al cui interno si articolano varie branche operazionali*".

Tale interpretazione è stata seguita dal giudice amministrativo (Sez. VI, 17 febbraio 2010, n. 894, Sez. IV, 31 luglio 2009, n. 4856 e 29 febbraio 2008, n. 779; Sez. VI, 26 gennaio 2007, n. 289), costante nell'affermare che l'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957 si applica solo nei casi di passaggio di carriera

presso la stessa o diversa Amministrazione, ma sempre che si tratti di Amministrazioni statali in senso stretto (passaggi che interessano “*posizioni omogenee nel contesto di un sistema burocratico unitario*”).

Né tale conclusione può essere messa in discussione dalla circostanza che il Consiglio di Stato, in risalenti decisioni, aveva riconosciuto l'applicabilità, ai dipendenti della Banca d'Italia e delle Camere, del principio sancito dall'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957 (Sez. IV, 24 luglio 1989, n. 499 e 16 dicembre 1985, n. 1004 per dipendenti della Banca d'Italia; Sez. VI, 20 febbraio 1987, n. 70 per un dipendente della Camera dei deputati; 26 febbraio 1985, n. 64, per un dipendente del Senato), trattandosi di pronunce tutte antecedenti l'Adunanza plenaria n. 8 del 16 marzo 1992, che ha delimitato gli esatti confini di operatività del citato articolo 202.

3. Può dunque affermarsi che l'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957 – tuttora vigente - non costituisce espressione di un principio generale, applicabile a tutti i pubblici dipendenti, dovendosi esso interpretare nel senso che la disciplina relativa all'assegno *ad personam*, utile a pensione, attribuibile agli impiegati con stipendio superiore a quello spettante nella nuova posizione lavorativa, concerne soltanto i casi di passaggio di carriera presso la stessa Amministrazione statale o anche diversa Amministrazione, purché statale, e non anche i passaggi ad Amministrazione non statale, ovvero tra diverse Amministrazioni non statali, o da una di esse allo Stato e viceversa.

Come ha recentemente chiarito anche la Corte di cassazione (Sez. lav., 29 luglio 2009, n. 17645), che si è adeguata agli arresti del giudice amministrativo, la norma risponde, infatti, alla precipua finalità che il mutamento di carriera nell'ambito dell'organizzazione burocratica dello Stato non comporti, per gli interessati, un regresso nel trattamento economico raggiunto, fermo restando che di "regresso" può parlarsi soltanto confrontando posizioni omogenee nel

contesto di un sistema burocratico unitario, entro il quale "il dipendente statale" si sposti con le modalità previste per il "passaggio" ad altra Amministrazione o ad altra carriera.

Sussistono, dunque, limiti soggettivi ed oggettivi all'applicabilità della disposizione, che inducono di per sé ad escludere che alla stessa possa essere attribuita una portata estensiva ed ad escludere altresì che il Legislatore abbia inteso, con tale previsione, porre un principio di ordine generale, da valere per ogni tipo di passaggio ed indipendentemente dalla natura statale o meno delle organizzazioni nel cui ambito si verifica la mobilità (Cass.civ., sez. lav., 29 marzo 2010, n. 7520).

4. Ciò premesso, per quanto riguarda la fattispecie in esame, occorre rilevare che con l'impugnato provvedimento del Dirigente dell'Area reclutamento e amministrazione del personale, l'Università di Pisa ha ritenuto non applicabile alla ricorrente il principio del divieto di *reformatio in pejus* per carenza di entrambi i presupposti richiesti dall'articolo 202 del d.P.R. n. 3 del 1957, concorrenti tra loro e non alternativi.

In primo luogo non si sarebbe verificato il "passaggio" da un'Amministrazione ad altra, essendosi la dipendente della CONSOB dimessa per poi assumere il nuovo impiego come ricercatore per il settore scientifico-disciplinare SECS P/07 presso la Facoltà di Economia dell'Università di Pisa.

In secondo luogo non si sarebbe verificato un passaggio tra Amministrazioni statali.

5. Questa Adunanza ritiene fondato e assorbente l'assunto relativo alla mancanza del secondo presupposto.

A supportare tale conclusione è la natura della CONSOB, originario datore di lavoro della ricorrente.

E' noto che la CONSOB è un'Autorità indipendente, istituita con d.l. 8 aprile 1974, n. 95, convertito dalla l. 7 giugno 1974, n. 216, dotata di poteri di regolamentazione e vigilanza del mercato dei valori mobiliari.

La natura della CONSOB quale Autorità indipendente è indubbia, avendone la stessa gli elementi caratterizzanti e gli indici rilevatori, da ultimo puntualmente individuati, in via generale, dal Consiglio di Stato (Sez. I, parere n. 870 del 10 marzo 2010): a) nell'espressa qualificazione normativa, che precede nella definizione giuridica la stessa attività ermeneutica e di ricostruzione del sistema; b) nella natura delle funzioni e nella loro riferibilità alla tutela di valori, aventi in qualche misura rilevanza costituzionale, che la legge intende sottrarre alla responsabilità politica del Governo; c) nella mancanza di poteri di direttiva o di indirizzo in capo al Governo e nella conseguente assenza di un centro di imputazione politica dell'attività dell'organismo (*id est*, “*frattura tra l'attività dell'Autorità e la responsabilità dell'indirizzo politico*”, secondo una definizione dottrinaia); d) nell'autonomia organizzativa e di bilancio; e) nei requisiti richiesti ai componenti della Commissione nonché nel sistema di nomina degli stessi e nella disciplina delle relative incompatibilità; f) nel sistema dei rapporti interistituzionali e nella posizione che l'organismo conserva nell'ambito del predetto sistema.

L'indipendenza ordinamentale della CONSOB è funzionale alla salvaguardia del corretto espletamento di competenze che, dovendo essere esercitate in modo non semplicemente imparziale (canone la cui osservanza è imposta anche alle Amministrazioni in senso classico) ma neutrale, presuppongono, appunto, in chi le esercita, una rafforzata sottrazione ad ogni possibile forma di condizionamento esterno. Nell'esercizio di queste funzioni non può ammettersi, dunque, un'ingerenza del potere esecutivo, attesa la necessità di assicurare una rigida indipendenza e di evitare in tal modo forme di



condizionamento da parte del potere politico, della burocrazia amministrativa oltre che dei soggetti privati coinvolti. Proprio il carattere della neutralità consente di concludere che la CONSOB non è una “Amministrazione dello Stato”.

L'autonomia di cui gode la CONSOB si estende anche al trattamento giuridico ed economico del proprio personale. La possibilità che il trattamento economico - disciplinato da norma regolamentare, deliberata dalla Commissione e sottoposta al Presidente del Consiglio dei Ministri, che la rende esecutiva - non ha nulla in comune con quello in godimento da parte del personale delle Amministrazioni statali, la cui disciplina è rimessa alla contrattazione collettiva e, dunque, ad una fonte pattizia e non autoritativa.

L'accertata natura della CONSOB esclude, pertanto, l'applicazione del principio del divieto di *reformatio in pejus* da parte dell'Università e pertanto l'obbligo di quest'ultima di corrispondere alla dott.ssa Romano un trattamento superiore a quello corrispondente al posto conseguito per concorso.

La stessa conclusione vale anche per l'Università degli studi (Amministrazione presso cui ha preso servizio la dottoressa Romano), atteso che l'articolo 1, comma 2, del d.lgs. 3 febbraio 1993, n. 29, ora confluito nell'articolo 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, nell'elencare le Amministrazioni pubbliche non statali, in esse espressamente ricomprende le Università degli studi. Si tratta in effetti di soggetti che, come chiarito sia dal giudice delle leggi (Corte cost. 27 novembre 1998, n. 383) che dal giudice della legittimità (Cons. Stato, Sez. VI, 23 settembre 1998, n. 1269), in quanto portatori di interessi specifici, sono dotati di autonomia normativa e negoziale nelle materie riservate alla competenza dei relativi statuti, ed entro questi limiti in grado di prevalere anche su norme di rango primario.

Il ricorso, pertanto, deve essere respinto.

P.Q.M.

Esprime il parere che il ricorso debba essere respinto.

IL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DI STATO  
Pasquale de Lise

L'ESTENSORE  
Carlo Mosca

IL SEGRETARIO GENERALE  
Mario Luigi Torsello