

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 3460/09 REG.DEC.

N. 11033 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione

ANNO 2001

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 11033/2001 proposto dal Comune di Caivano in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocato Antonio Romano ed elettivamente domiciliato in Roma, via Michele Mercati n.51, presso l'Avvocato Ennio Luponio;

contro

Antonio Marzano, rappresentato e difeso dall'Avvocato Vincenzo Tafuri e domiciliato in Roma, in via G. Scalia n.39 presso lo studio dell'avvocato Massimo Maretto;

per la riforma

della sentenza del TAR Campania, V Sez., n.1729 del 19.4.2001;

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati e tutti gli atti di causa;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del signor Antonio Marzano;

Uditi nella camera di consiglio del 17.2.2009 il relatore Roberto Capuzzi e, per le parti, l'avvocato Romano;

Considerato in fatto e ritenuto in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza appellata il TAR Campania accolse due ricorsi presentati dal signor Antonio Marzano già dipendente del Comune di Caivano in qualità di direttore del cimitero riconoscendo così il diritto dello stesso al pa-

ma

gamento del lavoro festivo prestatato dal 1979 al 1982 e del lavoro svolto negli anni 1986 e 1987 e dal 1993 per le notifiche della cartelle esattoriali e la riscossione dei diritti spettanti al Comune per i canoni di illuminazione delle lampade votive.

Secondo il Comune appellante che eccepisce preliminarmente la prescrizione dei crediti la sentenza è erronea e deve essere riformata.

Si è costituito il signor Marzano confutando le varie argomentazioni sostenute dall'appellante.

In vista dell'udienza il Comune ha depositato una ulteriore memoria difensiva.

La causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza del 17.2.2009.

DIRITTO

1. Con due distinti ricorsi al TAR Campania n.5764/96 e n.7354/96 il ricorrente chiese la condanna del comune di Caivano al pagamento di varie somme a titolo di lavoro straordinario e per indebito arricchimento ex art. 2041 c.c..

2. Con la sentenza oggetto dell'odierna impugnazione da parte del Comune di Caivano il TAR Campania rilevò:

-Che con il primo ricorso n.5764/1996 il ricorrente aveva formulato due richieste, la prima di condanna dell'amministrazione al pagamento di somme a titolo di lavoro festivo non retribuito dal 1979 al 1992 e la seconda di condanna al pagamento di somme a titolo di lavoro prestatato, nel 1986 e 1987, al di fuori dei compiti di istituto, con la notifica e la riscossione dei diritti esattoriali per le lampade votive.

-Relativamente alla prima richiesta il ricorrente aveva fornito un indizio di prova depositando in fotocopia i fogli di presenza, mentre l'amministrazione non si era costituita in giudizio, per cui la pretesa del ricorrente doveva considerarsi come non contestata.

-Pertanto, relativamente a tale richiesta, il ricorso del Marzano doveva accogliersi sia pure solo limitatamente all'an debeatur, data la non sufficiente documentazione acquisita agli atti processuali mentre per quanto riguardava il quantum debeatur, sarebbe spettato all'amministrazione intimata in sede di esecuzione della sentenza, verificare in quale misura erano state effettivamente prestate ore di lavoro straordinario in eccedenza per gli anni indicati dal ricorrente e procedere alla conseguente liquidazione delle somme a tale titolo spettanti, comprensive anche delle ulteriori somme parimenti spettanti per rivalutazione monetaria del complessivo credito di lavoro maturato, secondo gli indici ISTAT e per interessi al tasso legale.

-Relativamente alla seconda richiesta (notifica e la riscossione dei diritti esattoriali per le lampade votive), premesso che il ricorrente aveva quantificato in 10.000.000 la somma corrispondente al lavoro prestato, il TAR campano ritenne che in base al principio dell'indebito arricchimento l'amministrazione, avendo ricavato un vantaggio dal lavoro prestato dal ricorrente, era tenuta ad integrare il trattamento retributivo del ricorrente mentre la relativa valutazione era di competenza esclusiva della amministrazione stessa non potendo l'autorità giudiziaria operare apprezzamenti che sono esclusivi dell' ente pubblico.

Il TAR concludendo accoglieva il primo ricorso n.5764 del 1996, ritenendo fondato per identici motivi anche il secondo ricorso n.7354 del 1996 avente

ad oggetto il lavoro prestato per la riscossione dei diritti erariali del comune e relativi al versamento nella cassa di tesoreria.

3. Il Comune di Caivano, nell'atto di appello, dopo avere eccepito la prescrizione dei diritti vantati dal ricorrente in quanto i due ricorsi furono notificati nel 1996 mentre le pretese attenevano a periodi risalenti al 1979 per il lavoro festivo ed agli anni 1986 e 1987 per la riscossione dei canoni relativi alle lampade votive e dopo avere rilevato che contrariamente a quanto sostenuto nella sentenza il comune si era ritualmente costituito in giudizio a mezzo dell' Avv. Ambrogio Coppola, che, con memoria difensiva depositata il 6/5/97 aveva contestato analiticamente tutto quanto dedotto dal ricorrente, sostiene la palese erroneità della sentenza evidenziando, in particolare, che le pretese prestazioni di servizio nei giorni festivi scaturivano esclusivamente da scelte del tutto immotivate del ricorrente, prive di qualunque formale preventiva autorizzazione, comprovate soltanto da fogli di presenza redatti e sottoscritti dal dipendente medesimo, senza riscontro alcuno da parte dell' Amministrazione.

4. Tanto premesso rileva la Sezione che la eccezione di prescrizione avanzata dal Comune di Caivano, in quanto formulata per la prima volta solo in appello, e dunque nuova, è inammissibile (Cons. Stato, VI 27 luglio 2007 n.4180; IV, 19 ottobre 2006 n.6220).

4.1. L'appello del Comune tuttavia merita accoglimento.

5. Come esattamente rilevato dall'appellante tutte le norme contenute nei Contratti Collettivi di Lavoro per i Dipendenti degli Enti Locali succedutisi nell' arco temporale di riferimento e cioè il D.P.R. 1/6/79 n. 191, all'art. 21, il D.P.R. 7/11/80 n. 810, all'art. 14, il D.P.R. 25/6/83 n. 347, all'art. 29, ed il

D.P.R. 13/5/87 n. 268, all'art. 16, fissano limiti individuali annui di lavoro straordinario, ne condizionano la distribuzione ad un numero di dipendenti limitato e secondo una precisa programmazione sulla base della valutazione di esigenze eccezionali e debitamente motivate, sanciscono il principio che solo in presenza di una preventiva formale autorizzazione allo svolgimento, che consente di verificare le ragioni di pubblico interesse che rendono opportuno il ricorso a prestazioni lavorative eccezionali, possono essere erogati compensi per lavoro straordinario ai dipendenti.

5.1. Anche la pacifica giurisprudenza amministrativa ha ripetutamente sancito che non è retribuibile il lavoro straordinario che non sia stato preventivamente autorizzato nei modi dovuti, atteso che occorre verificare in concreto la sussistenza delle ragioni di pubblico interesse che rendono necessario il ricorso a dette prestazioni. (Cfr. da ultimo Cons. Stato, VI Sez., 13/5/2008 n. 2217; V Sez., 10/2/2004 n. 472; IV Sez., 24/5/2007 n. 2648).

6. Il giudice di prime cure, invece, ignorando la normativa contenuta nei contratti collettivi di lavoro ed i principi giurisprudenziali pacificamente acquisiti in materia, ha erroneamente ritenuto che potesse essere riconosciuto il diritto al pagamento di prestazioni straordinarie, che il ricorrente assume di aver fornito in ben 549 giorni festivi, esclusivamente sulla scorta di un indizio di prova, costituito dalle fotocopie dei fogli di presenza, tuttavia del tutto irrilevanti in quanto redatti e sottoscritti dal ricorrente medesimo in carenza assoluta di qualunque autorizzazione al riguardo.

6.1. Quanto alla riscossione dei canoni per le lampade votive negli anni 1986 e 1987 nonché dal 1993 sino al collocamento a riposo, occorre evidenziare

che trattavasi pur sempre di pretese correlate a prestazioni di lavoro straordinario, come tali non retribuibili in base ai principi dianzi richiamati.

6.2. In sostanza per tutta l'attività che assume svolta il ricorrente non ha fornito alcuna reale prova relativa al contenuto, alla durata, al luogo ed alle modalità di svolgimento mentre il ricorrente in qualità di direttore del cimitero ben avrebbe potuto svolgere l'attività per la quale pretende di ottenere compensi aggiuntivi, nell'orario di lavoro ordinario.

7. Quanto poi alla pronuncia a titolo di indebito arricchimento sarebbe stato necessario dimostrare che vi sia stato da parte della P.A un riconoscimento, implicito od esplicito, dell'utilità della prestazione eseguita, già intervenuto.

Infatti come insegna la suprema Corte di Cassazione "L'azione di indebito arricchimento nei confronti della p.a. differisce da quella ordinaria, in quanto presuppone non solo il fatto materiale dell'esecuzione di un'opera o di una prestazione vantaggiosa per l'Amministrazione stessa, ma anche il riconoscimento, da parte di questa, dell'utilità dell'opera o della prestazione. Tale riconoscimento, che sostituisce il requisito dell'arricchimento previsto dall'art. 2041 c.c. nei rapporti tra privati, può avvenire in maniera esplicita, cioè con un atto formale, oppure può risultare in modo implicito, da atti o comportamenti della p.a. dai quali si desuma inequivocabilmente un effettuato giudizio positivo circa il vantaggio o l'utilità della prestazione promanante da organi rappresentativi dell'amministrazione interessata, mentre non può essere desunta dalla mera acquisizione e successiva utilizzazione della prestazione stessa".

Siffatto giudizio positivo, in ragione dei limiti posti dall'art. 4 l. n. 2248 all.

E del 1865, è riservato esclusivamente alla p.a. e non può essere effettuato

dal giudice che può solo accertare se e in quale misura l'opera o la prestazione del terzo siano state effettivamente utilizzate (Cass.. Civ. Sez. III 14 ott. 2008 n.25156).

8.Nel caso di specie il T.A.R. ha erroneamente ribaltato i termini della questione, atteso che ha riconosciuto la sussistenza della pretesa del ricorrente senza che sia intervenuto alcun riconoscimento da parte dell' Amministrazione ed ha poi rimesso alla stessa Amministrazione di valutare ex post se vi sia stato un vantaggio.

Né rileva a tali fini, la nota prot. n. 15396 del 28/8/86 sottoscritta dall'incaricato del servizio riscossione indirizzata al Direttore del Cimitero, dalla quale è dato evincere soltanto l'esigenza di effettuare un riscontro presso lo schedario esistente presso il Cimitero per verificare gli indirizzi dei titolari di contratto per le lampade votive.

Esclusivamente a tali fini ed evidentemente nei relativi limiti è stata emessa l'autorizzazione ad effettuare lavoro straordinario sottoscritta dall' Assessore al ramo il 10/9/86, ma nessuna autorizzazione è stata mai rilasciata per effettuare nel periodo 86/87 la notifica delle cartelle e la riscossione dei canoni al di fuori dell'orario di servizio, come invece preteso dal ricorrente e dal T.A.R. erroneamente ritenuto elemento probante per fondare il riconoscimento del diritto vantato a titolo di indebito arricchimento.

In sostanza l'attività di cui è questione ben poteva comprendersi nella ordinaria attività di istituto ed essere svolta durante il lavoro ordinario.

9.In conclusione l'appello merita accoglimento, la sentenza del primo giudice deve essere riformata ed i due ricorsi in primo grado respinti.

10. Spese ed onorari, in relazione all'andamento della vicenda contenziosa, possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale ACCOGLIE l'appello in epigrafe meglio indicato ed in riforma la sentenza del TAR Campania, respinge i due ricorsi in primo grado.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 17 febbraio 2009 dal collegio costituito dai signori:

Stefano Baccharini	Presidente
Filoreto D'Agostino	Consigliere
Aldo Scola	Consigliere
Carlo Saltelli	Consigliere
Roberto Capuzzi	Consigliere est.

L'ESTENSORE

F.to Roberto Capuzzi

IL PRESIDENTE

F.to Stefano Baccharini

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA**il.....04/06/09.....****(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)*****IL DIRIGENTE******f.to Antonio Natale***