



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale di Napoli, in funzione di giudice del lavoro, in persona della d.ssa Monica Galante, ha pronunciato la seguente sentenza all'udienza di discussione del 5.2.2015 nella causa iscritta nel ruolo generale degli affari contenziosi di lavoro al n. 11956/2013

TRA

LOMBARDI GOFFREDO (LMBGFR48S13G848H), residente in Procida (NA) alla Via Marina Panicella n.90, ed elett.te dom.to in Napoli alla Via Vittorio Veneto n.288/A presso lo studio dell'avv. Salvatore Della Corte (DLLSVT66E06F839G) che, giusta procura a margine del ricorso, lo rappresenta e difende, unitamente e disgiuntamente all'avv. Luca Ruggiero (RGGLCU77R09F839K),

Ricorrente

CONTRO

COMUNE DI NAPOLI, (C.F. 80014890638) in persona del Sindaco, legale rappresentante *pro tempore*, assistito e difeso dall'Avvocatura Comunale a mezzo dell'avv. Giovan Battista Luca Capuano (C.F.: CPNGNB72M13F839E) giusta procura *ad litem* in calce al ricorso introdotto notificato, elettivamente domiciliato in Napoli, presso la casa comunale sita in Piazza Municipio, Palazzo San Giacomo,

Convenuto

RAGIONI DI FATTO E DI DIRITTO DELLA DECISIONE
ex artt. 132 e 429 c.p.c. lette in udienza

OGGETTO: opposizione a ingiunzione di pagamento

1.

Con ricorso del 13.4.2013, la parte ricorrente indicata in epigrafe ha formulato opposizione avverso l'ingiunzione di pagamento *ex art. 2 R.D. 639/1910*, notificata *ex art. 140 c.p.c.* in data 15.03.2013, con la quale è stato ingiunto il pagamento della somma di € 6.223,19, per asserita indebita percezione della *Retribuzione Individuale di Anzianità (RIA)* nel periodo luglio 2000/marzo 2005.

In particolare, la RIA concessa nella misura mensile di € 105,13 in qualità di funzionario tecnico categoria D3 nel corso dell'espletamento delle mansioni superiori dirigenziali, per l'opponente non avrebbe potuto essere recuperata dall'ente locale sia per il decorso della prescrizione quinquennale sia per la ritenuta spettanza dell'emolumento.

Il Comune convenuto, costituitosi tempestivamente, ha domandato il rigetto dell'opposizione, sostenendo la novazione del rapporto e, dunque, la impossibilità di attribuire il trattamento economico previsto per il funzionario, dovendo applicarsi solo quello per i dirigenti.

Ai fini della risoluzione della lite, occorre esaminare le preliminari eccezioni formali.

2.



Va preliminarmente rigettata l'eccezione sollevata dall'opponente in merito alla non utilizzabilità dello strumento prescelto dalla amministrazione.

E' conforme ad un principio di diritto del tutto condivisibile e ben consolidato nell'orientamento della Corte di Cassazione l'affermazione secondo la quale lo speciale procedimento disciplinato dal Regio decreto 639/1910 è utilizzabile, da parte della pubblica amministrazione, non solo per le entrate strettamente di diritto pubblico, ma anche per quelle di diritto privato, trovando il suo fondamento nel potere di autoaccertamento della medesima pubblica amministrazione, con il solo limite che il credito in base al quale viene emesso l'ordine di pagare la somma dovuta sia certo, liquido ed esigibile, dovendo la sua sussistenza, la sua determinazione quantitativa e le sue condizioni di esigibilità derivare da fonti, da fatti e da parametri obiettivi e predeterminati, rispetto ai quali l'amministrazione dispone di un mero potere di accertamento (cfr., tra le tante, Cass. n. 16855 del 2004; Cass. Sez. U, *Sentenza n. 11992 del 25/05/2009*).

La valutazione, in concreto, dell'esistenza dei suindicati presupposti di certezza, liquidità ed esigibilità del credito in tal modo azionato si risolve, poi, in un accertamento di merito.

Ebbene, nella specie, il credito contestato risulta ancorato a parametri oggettivi e predeterminati: quanto alla certezza, da intendersi nel senso di fatto individuato in tutti i suoi elementi, non vi è alcuna contestazione sulla corresponsione della RIA in favore del lavoratore nella misura mensile lorda di € 105,13 nel periodo dal luglio 2000 al marzo 2005; quanto alla liquidità, la somma complessiva ingiunta è determinata nel suo ammontare con una semplice operazione aritmetica, costituendo il risultato della somma lorda pagata nei mesi in contestazione; quanto all'esigibilità, è altrettanto pacifico che il credito non risulta soggetto a termine o condizione (cfr. Cass. n. 15219 del 19/07/2005 sulla determinazione del credito certo, liquido ed esigibile).

Dunque, da un lato, l'ente locale, sulla base di parametri obiettivi, ha esercitato un mero potere di accertamento del credito ai fini della formazione del titolo esecutivo, senza concorrere alla sua determinazione con valutazioni unilaterali e discrezionali; dall'altro, l'opponente non ha contestato specificamente l'esistenza dei parametri d'individuazione e quantificazione del credito oggetto della speciale procedura di ingiunzione.

3.

Va, altresì, rigettata l'eccezione sollevata dall'opponente circa la dedotta assenza di **motivazione** dell'atto impugnato.

Nel corpo dell'ordinanza ingiunzione si dà, infatti, preliminarmente atto della circostanza che il recupero nasce da un'indagine della Corte dei Conti del 2009 sull'erogazione ai dirigenti della RIA; si fa, poi, riferimento alla precedente comunicazione n. 3563 del 20 luglio 2010 con cui l'Amministrazione ha informato tutti i dirigenti interessati dell'avvio della procedura di recupero coattivo, spiegandone le ragioni; nell'ordinanza si ricorda, inoltre, che tutti i dirigenti coinvolti dal recupero coattivo erano stati convocati presso gli uffici comunali delle risorse umane per prendere visione degli atti e concordare un piano di recupero rateizzato del dovuto; infine, si rinvia ad un ampio e articolato parere dell'Avvocatura comunale del 29.3.2012 che spiega nei dettagli le ragioni che militano per l'illegittimità delle somme erogate ad alcuni dirigenti a titolo di R.I.A; determinato e chiaro, per concludere, è anche l'importo da restituire ed il periodo lavorativo di riferimento. All'ordinanza-ingiunzione è allegato, infatti, il prospetto riepilogativo delle somme da recuperare, con indicazione del periodo di riferimento (da luglio 2000 a marzo 2005), dell'importo mensile percepito a titolo di RIA (€ 105,13), dell'importo totale da recuperare (€ 6223,19), dell'importo parziale eventualmente già recuperato (0), dell'importo residuo da recuperare.

4.

Parimenti infondata è l'eccezione di **prescrizione** sollevata dall'opponente.



Come correttamente osservato dalla difesa del convenuto ente locale, occorre fare riferimento al termine ordinario decennale di prescrizione. Nel caso di specie, infatti, non si sta discutendo di crediti retributivi non riscossi dal dipendente, che soggiacciono al termine quinquennale invocato dall'opponente, bensi di somme non dovute erroneamente corrisposte dal datore di lavoro, costituenti indebito oggettivo suscettibile di ripetizione ai sensi dell'art. 2033 c.c.

In tal caso, la prescrizione delle somme indebitamente pagate dal *solvens* si consuma con il decorso decennale del termine dal pagamento. Quindi l'ente locale, avendo inviato all'opponente una nota il 20.7.2010 per il recupero delle somme corrisposte a titolo di RIA (circostanza pacifica), ha poi ordinato il pagamento delle somme decorrenti dal decennio antecedente e, dunque, dal luglio 2000 al marzo 2005.

5.

Nel merito, è pacifico che l'ing. Lombardi è stato assunto nel Comune di Napoli dal 2 gennaio 1979 dapprima come ingegnere (ex VI qualifica funzionale), poi reinquadrato a decorrere dal 2.06.1984 come funzionario ingegnere (ex VIII qualifica funzionale) e dal 31.3.1999 nella categoria D3 in applicazione del CCNL 1998-2001. A decorrere dal 22 gennaio 1997 gli sono state poi conferite le superiori funzioni dirigenziali, ai sensi dell'art. 72 del DPR 268/87, per diversi incarichi dirigenziali ricoperti fino al 2003; a decorrere dal 1° settembre 2003, invece, è stato instaurato con lo stesso un rapporto di lavoro dirigenziale a tempo determinato, ai sensi dell'art. 110 del T.U. n. 267/2000, con collocazione in aspettativa senza assegni, rapporto poi rinnovato dal 12 gennaio 2006 e prorogato senza soluzione di continuità fino al pensionamento, intervenuto il 1° marzo 2011 (cfr. altresì certificato rilasciato dal competente ufficio Amministrazione Giuridica Risorse Umane del Comune di Napoli).

6.

Quanto alla RIA, cioè la retribuzione individuale di anzianità, l'emolumento nasce in epoca pre-contrattualizzazione, con la previsione dell'art. 41 del DPR 347 del 25 giugno 1983, come operazione di riequilibrio dell'anzianità economica e dell'anzianità giuridica dei dipendenti degli enti locali, maturate al 31.12.1982, assumendo come parametro di riferimento le nuove qualifiche funzionali del medesimo accordo.

L'importo mensile goduto dal ricorrente, assunto nel lontano 1979, è stato acquisito nel suo patrimonio e nella dinamica della sua retribuzione in relazione all'inquadramento giuridico rivestito dallo stesso a seguito di successivi riassetti della carriera, cioè quello di funzionario tecnico, ex VIII qualifica funzionale, secondo il previgente ordinamento professionale dei dipendenti degli enti locali.

Occorre allora verificare se il godimento della RIA sia o meno compatibile con lo svolgimento delle superiori mansioni dirigenziali ininterrottamente per oltre 10 anni, inizialmente in forza degli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 72 DPR 13 maggio 1987, n. 268 e, successivamente, con contratti di lavoro a tempo determinato ex art. 110 del Testo Unico degli Enti locali, di cui al D.lgs. 18 agosto 2000, n.267.

7.

Quanto al periodo dal luglio 2000 all'agosto 2003, allorquando l'opponente ha svolto superiori mansioni dirigenziali in forza degli incarichi conferiti ai sensi dell'art. 72 DPR 13 maggio 1987, n. 268, va ricordato che tale norma prevedeva proprio l'affidamento di funzioni di qualifica funzionale superiore:

"1. In caso di vacanza del posto di responsabile delle massime strutture organizzative dell'ente, qualora non sia possibile attribuire le funzioni ad altro dipendente di pari qualifica funzionale, le funzioni stesse possono essere transitoriamente assegnate con provvedimento ufficiale a dipendente di qualifica immediatamente inferiore che deve



essere prescelto, di norma, nell'ambito del personale appartenente alla stessa struttura organizzativa.

2. In caso di vacanza del posto di cui al comma 1, le funzioni possono essere affidate a condizione che siano avviate le procedure per la relativa copertura del posto e fino all'espletamento della stessa e comunque per un periodo non inferiore a tre mesi e non superiore ad un anno.

3. L'incarico di assolvere le funzioni di un posto di qualifica superiore non dà diritto al conferimento del posto stesso.

4. Qualora l'incarico, formalmente conferito, abbia durata superiore ai trenta giorni, va attribuito al dipendente incaricato solamente un compenso computato sulla differenza tra i trattamenti economici iniziali delle due qualifiche".

Le parti hanno discusso in ordine alla abrogazione dell'art 72 citato ai sensi dell'art 62 DL 5/2012 e, dunque, dal 6.6.2012 (come sostenuto dall'opponente) ovvero dalla data di sottoscrizione della seconda contrattualizzazione 1998-2001 (come sostenuto dall'ente locale).

Tuttavia, la questione non è dirimente.

Il principio, per il quale l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, anche se nulla, determina in favore del lavoratore la corresponsione della differenza di trattamento economico con la qualifica superiore, è sancito dall'art 56 Dlgs 29/93 e poi 52 D.Lgs 165/2001.

E non vi è dubbio che tale regola debba essere applicata anche nel caso in cui le mansioni superiori siano quelle relative alle mansioni dirigenziali: secondo la giurisprudenza, infatti, il conferimento delle mansioni dirigenziali a dipendenti non in possesso della relativa qualifica resta regolato dall'art. 52, quinto comma 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, con conseguente diritto del lavoratore alla differenza di trattamento economico (cfr., ex plurimis, Cass., n. 7342/2010).

Le norme richiamate impongono, quindi, di tenere conto del trattamento economico spettante all'opponente inquadrato nella categoria D3 - e, per l'effetto, della RIA percepita - e di confrontarlo con quello previsto per la qualifica superiore, al fine di computare la differenza.

La tesi contraria sostenuta dal convenuto ente prende le mosse da una presunta novazione del rapporto determinatasi in base allo svolgimento di fatto delle mansioni superiori.

Tale interpretazione non è condivisibile.

Come ritenuto anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza SU n. 10413 del 14 maggio 2014, l'esercizio di fatto di mansioni superiori alla qualifica di appartenenza, anche nella forma della reggenza, non può comportare la stabilizzazione nella superiore qualifica nella forma della novazione del rapporto per fatti concludenti stante l'espressa deroga all'art. 2103 c.c., per cui nel lavoro pubblico contrattualizzato l'esercizio temporaneo di mansioni superiori non attribuisce il diritto all'assegnazione definitiva delle stesse con il riconoscimento della superiore qualifica; prescrizione prevista dal D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 57, e successivamente ribadita da ultimo nel D.Lgs. n. 165 del 2001, art. 52, secondo cui l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione.

La novazione del rapporto in ragione del pur prolungato esercizio delle mansioni dirigenziali in posizioni di reggenza contrasterebbe anche con il principio del necessario concorso o procedura selettiva comparativa per l'accesso alla dirigenza pubblica (art. 28 d.lgs. n. 165 del 2001; *ex plurimis* C. cost. n. 9 del 2010).



Non appare, pertanto, corretto l'operato dell'amministrazione che ha inteso sostituire integralmente alla disciplina economica prevista per il funzionario quella del dirigente, senza tenere conto della differenza economica tra i due trattamenti.

Deve, dunque, ritenersi che solo il passaggio dall'inquadramento nelle aree funzionali alla qualifica di dirigente implica una novazione oggettiva del rapporto di lavoro (Cass. 22835 del 28/10/2014).

8.

A conclusioni difformi deve giungersi in riferimento al periodo dal settembre 2003 al marzo 2005, allorquando sono stati stipulati tra le parti contratti di lavoro a tempo determinato ex art. 110 del Testo Unico degli Enti locali, di cui al D.lgs. 18 agosto 2000, n.267.

In tale ipotesi, il ricorrente, una volta collocato in aspettativa per il preesistente rapporto a tempo indeterminato, ha avuto accesso all'incarico dirigenziale tramite la sottoscrizione di un nuovo contratto individuale di lavoro, sebbene a tempo determinato, che, in forza del richiamato art. 110, ha rinviato alla disciplina generale, quindi anche economica, della contrattazione dell'area dirigenziale. La sottoscrizione di un nuovo contratto e, nel contempo, la quiescenza del vecchio rapporto (aspettativa), non possono far residuare dubbi sulla sorte della R.I.A., congelata al pari di tutte le altre voci retributive connesse con la precedente carriera.

Del resto, è lo stesso contenuto del contratto individuale di lavoro, allegato dall'opponente, che richiama l'applicazione del CCNL della dirigenza degli enti locali anche per il trattamento economico.

Sul punto, conforme è anche il parere dell'Avvocatura Municipale prot 12033 del 7.3.2011, invocato dallo stesso opponente: in tale parere, infatti, si fa riferimento alla costituzione di un nuovo e diverso rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione, regolato dagli istituti del Ccnl di riferimento.

Consegue che la r.i.a. non poteva essere attribuita all'opponente per il periodo dal settembre 2003 al marzo 2005.

9.

Circa il recupero delle somme, poi, l'opponente ha lamentato che l'ente locale illegittimamente ha inteso procedere al recupero forzoso del lordo delle somme corrisposte indebitamente anziché **al netto** di tutte le ritenute fiscali, previdenziali ed assistenziali.

La questione, dunque, verte sulla modalità della riscossione ovvero se essa debba essere effettuata al lordo o al netto delle ritenute fiscali, previdenziali e assistenziali. La prima soluzione è sostenuta dal Comune che ha richiamato la risoluzione dell'Agenzia delle Entrate n. 71/E/2008, per cui le somme indebitamente percepite dal dipendente devono essere restituite al datore di lavoro al lordo delle ritenute subite e, in detta ipotesi, il dipendente potrà recuperare le imposte globalmente corrisposte, sui redditi oggetto di restituzione, attraverso il meccanismo della deduzione di cui all'art. 10, comma 1, lett. d-bis) del TUIR. In termini analoghi è la risoluzione n. 110/E del 29 luglio 2005 dell'Agenzia delle Entrate che ha richiamato la normativa vigente in relazione agli oneri deducibili dal reddito complessivo ai sensi dell'art. 10 del Tuir, considerata l'estraneità dell'ente nel rapporto tra il dipendente e l'Erario. Proprio per questo motivo l'art. 5 del Dlgs n. 314 del 2 settembre 1997 aveva introdotto nell'elencazione delle somme deducibili dal reddito complessivo, contenuta nel co. 1 dell'art. 10 del Tuir, la lett. d-bis) relativa alle "*somme restituite al soggetto erogatore, se hanno concorso a formare il reddito in anni precedenti*". Perciò, l'Agenzia delle Entrate, con la risoluzione in esame, ha ritenuto che tale previsione soddisfi l'esigenza di equità fiscale del contribuente che ha subito il recupero, nel senso del suo diritto a esporre come onere deducibile nell'apposita sezione della dichiarazione dei redditi, relativa all'anno d'imposta in cui viene effettuato il recupero delle somme



erroneamente erogate, l'imposta a suo tempo trattenutagli dal sostituto d'imposta. Tale soluzione era stata già contemplata nella circolare n. 326 del 23 dicembre 1997, che motivava tale scelta legislativa dal fatto che non esiste la possibilità di far valere sopravvenienze passive per i redditi tassati con il criterio di cassa, come quelli di lavoro dipendente o di pensione, o anche di lavoro autonomo professionale od occasionale.

La seconda soluzione è sostenuta dall'opponente che ha richiamato la sentenza del Consiglio di Stato 1164/2009, per cui la ripetizione dell'indebito nei confronti del dipendente, da parte dell'Amministrazione, non può non avere ad oggetto le somme da quest'ultimo percepite in eccesso, ossia quanto e solo quanto effettivamente sia entrato nella sfera patrimoniale del dipendente, non potendosi, invece, pretendere la ripetizione di somme al lordo delle ritenute fiscali (e previdenziali e assistenziali), allorché le stesse non siano mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente.

Ebbene, appare maggiormente convincente la soluzione offerta dall'opponente.

Se il lavoratore percepisce, per errore, somme maggiori di quelle dovute, la parte eccedente va restituita al netto delle ritenute fiscali e previdenziali. Infatti, il datore di lavoro non può pretendere di ottenere la restituzione delle somme al lordo delle ritenute (fiscali, previdenziali e assistenziali), posto che le stesse non sono mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente.

Negli stessi termini è la Corte di Cassazione che, con sentenza n. 1464 del 2 febbraio 2012, ha ritenuto che *"Nel rapporto di lavoro subordinato, il datore di lavoro versa al lavoratore la retribuzione al netto delle ritenute fiscali e, quando corrisponde per errore una retribuzione maggiore del dovuto, opera ritenute fiscali erronee per eccesso. Ne consegue che, in tale evenienza, il datore di lavoro, salvi i rapporti col fisco, può ripetere l'indebito nei confronti del lavoratore nei limiti di quanto effettivamente percepito da quest'ultimo, restando esclusa la possibilità di ripetere importi al lordo di ritenute fiscali mai entrate nella sfera patrimoniale del dipendente"*.

In accoglimento dell'eccezione dell'opponente deve, dunque, escludersi che l'ente locale possa recuperare somme pari al lordo, dovendo riscuotere solo le somme (non determinate in misura specifica nel presente giudizio) che sono effettivamente entrate nel patrimonio del lavoratore.

10.

Va, altresì, accolta l'eccezione dell'opponente in merito alla **detrazione della somma di € 400,00 già trattenuta** dall'ente locale convenuto da giugno a settembre 2010: come confermato dagli statini paga allegati e comunque non contestato dal Comune, l'opponente infatti ha già corrisposto la somma di € 100,00 per ciascuno dei mesi citati, tramite la trattenuta sul compenso definita "Recupero R.I.A.". Di tale recupero, tuttavia, non vi è traccia nell'ordinanza ingiunzione impugnata, in cui è indicata la somma di 0 nella parte relativa all'importo parziale già recuperato.

11.

Va, infine, osservato che, in materia di impiego pubblico privatizzato, nel caso di domanda di ripetizione dell'indebito proposta da una Amministrazione nei confronti di un proprio dipendente in relazione alle somme corrisposte a titolo di retribuzione, qualora risulti accertato che l'erogazione sia avvenuta "sine titolo", la ripetibilità delle somme non può essere esclusa ex art. 2033 cod. civ. per la **buona fede** dell'"accipiens", in quanto questa norma riguarda, sotto il profilo soggettivo, soltanto la restituzione dei frutti e degli interessi (Cass. 8338 del 08/04/2010).

12.

Alla luce delle superiori considerazioni, all'ente locale spetta solo la restituzione, da parte dell'opponente, delle somme effettivamente erogate e non dovute, al netto delle ritenute IRPEF operate dal datore di lavoro, relativamente alla RIA percepita indebitamente dal



settembre 2003 al marzo 2005, detratta la somma di € 400,00 già trattenuta; va, dunque, dichiarata l'illegittimità parziale dell'ingiunzione di pagamento sia nella parte in cui il Comune ha preteso dall'opponente di recuperare la RIA pari a € 105,13 mensili dal luglio 2000 all'agosto 2003 sia nella parte in cui ha preteso la restituzione di somme relative alla RIA diverse dal netto, dal settembre 2003 al marzo 2005, senza poi detrarre la somma di € 400,00 già trattenuta.

13.

Per la soccombenza reciproca, i contrasti tra le decisioni dell'Agenzia dell'Entrate e della giurisprudenza e la complessità della materia, le **spese di lite** vanno compensate tra le parti nella misura della metà, con condanna del Comune al pagamento del residuo nella misura liquidata in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale in funzione di giudice del lavoro, definitivamente pronunciando, respinta ogni diversa istanza, eccezione e deduzione:

- accoglie parzialmente l'opposizione e dichiara la parziale illegittimità dell'ingiunzione di pagamento sia nella parte in cui il Comune ha preteso, nei confronti dell'opponente, la restituzione della RIA pari ad € 105,13 mensili dal luglio 2000 all'agosto 2003 sia nella parte in cui ha preteso la restituzione di somme relative alla RIA diverse dal netto, dal settembre 2003 al marzo 2005, senza detrarre la somma complessiva di € 400,00 già trattenuta;
- compensa le spese di lite nella misura della metà e condanna il Comune convenuto al pagamento, in favore dell'opponente, del residuo, che liquida in complessivi € 1.500,00, oltre contributo unificato pari a € 103,00, rimborso forfetario nella misura del 15%, IVA e CPA come per legge.

NAPOLI, 05/02/2015

Il Giudice
d.ssa Monica Galante

