

**Sezione:** SEZIONE DI APPELLO PER LA SICILIA

**Esito:** SENTENZA

**Numero:** 332

**Anno:** 2009

**Materia:** PENSIONI

**Data pubblicazione:** 13/11/2009

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

La Corte dei conti – Sezione giurisdizionale di appello per la Regione siciliana – composta dai magistrati:

dott. Antonino	SANCETTA	- Presidente
dott. Salvatore	CILIA	- Consigliere-relatore
dott. Luciana	SAVAGNONE	- Consigliere
dott. Mariano	GRILLO	- Consigliere
dott. Salvatore	CULTRERA	- Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA n. 332/A/2009

nei giudizi in materia di pensioni iscritti al n.3064/A/C e al n.3065/A/C del registro di segreteria e promossi, il primo, dal sig. M. L. e, il secondo, dai sigg.ri G. S., G. P. e G. M., col patrocinio dell'avv. Stefano BETTI, contro il Ministero dell'interno e l'INPDAP, per la riforma della sentenza n.453/2008 della Sezione giurisdizionale per la Regione siciliana (in conformazione monocratica).

Visti gli atti e i documenti di causa;

uditi, nella pubblica udienza del 1° ottobre 2009, il relatore, consigliere Salvatore Cilia, l'avv. Marcello RITONDO per delega dell'avv. Betti e il dott. Onofrio Antonio MARINO per l'INPDAP; non rappresentato il Ministero dell'interno.

F A T T O

Con la sentenza indicata in epigrafe, il G.U. delle pensioni ha rigettato il ricorso presentato da 59 ex dipendenti del Ministero dell'interno – Corpo nazionale dei Vigili del fuoco (tutti collocati in pensione entro il 31 dicembre 1995) finalizzato all'inserimento nella base pensionabile del compenso relativo al lavoro straordinario obbligatorio reso nella misura di 13 ore mensili fino al 1983 e di 17 ore per il periodo successivo. Il rigetto si fonda sulla analogia rispetto alle ore di lavoro straordinario obbligatorio previsto, per i dipendenti della Polizia di Stato e del Corpo dei carabinieri, dall'art.63, comma 3, della legge n.121/1981 (analogia "riconosciuta dalla difesa degli stessi ricorrenti"), rispetto alla quale la giurisprudenza della Corte dei conti è orientata in senso negativo, sia perché tale emolumento non concorre alla determinazione del trattamento pensionistico, sia perché nessuna disposizione di legge ne prevede espressamente la valutazione nella base pensionabile; tanto più – soggiunge il giudice di primo grado – che il compenso per lavoro straordinario è previsto per i ricorrenti da disposizioni interne di servizio e non da disposizioni di legge (come per i Corpi di polizia).

Con due atti di appello, depositati in segreteria il 13 aprile 2009, l'avv. Stefano Betti, agendo nell'interessi di 4 dei ricorrenti in primo grado – dopo avere evocato (producendole) tre sentenze di sezioni regionali della Corte dei conti che si sono pronunciate in senso favorevole all'inserimento nella base

pensionabile dell' emolumento *de quo* e dopo avere ricostruito il quadro, normativo e contrattuale, nel quale si iscrive l'evoluzione dell'orario lavorativo dei dipendenti del Corpo nazionale dei Vigili del fuoco – si sofferma, da una parte, sull'art.78 della legge n.335/1982 (interpretativa del secondo comma dell'art.63 della legge n.121/1981), che la giurisprudenza non ha mai preso in considerazione (nonostante che assurga “a norma sistematica interpretativa dell'intera fattispecie”), e, dall'altra, sull'ordinanza n.177/2000 della Corte costituzionale, che, se pure – dal punto di vista formale – ha dichiarato l'inammissibilità della questione di costituzionalità sollevata (con riferimento all'art.63, comma 3, della legge n.121/1981), nella motivazione contiene elementi per indurre ad una interpretazione favorevole; in ogni caso – soggiunge il difensore –, stante il carattere “obbligatorio” della prestazione lavorativa oltre l'orario normale, “la questione in esame non è che lo straordinario vada riconosciuto pensionabile, ma che l'orario suppletivo svolto dai ricorrenti prestabilito e predeterminato in via generale, fissa e continuativa sulla base di atti generali normativi (le circolari), sebbene retribuito in misura maggiorata...., vada riconosciuto *come orario ordinario pensionabile*”. L'avv. Betti, procedendo, poi, a ulteriori citazioni giurisprudenziali (sia della Cassazione che del Consiglio di Stato), che sarebbero sicuramente di supporto alla tesi sostenuta dalla difesa in questo giudizio, conclude nel senso che – ove la Sezione non dovesse pervenire alla soluzione di accoglimento del ricorso – eccepisce la q.l.c. dell'art.43 del d.P.R. n.1092/1973 per violazione degli artt. 2, 3, 4, 35, 36, 38 e 97 della Costituzione.

Con due memorie, depositate in segreteria il 3 settembre 2009, l'Avvocatura distrettuale dello Stato di Palermo perviene a soluzione opposta attraverso il richiamo di quella giurisprudenza di segno diverso, affermando comunque che “ciò che ha decisivo rilievo sotto lo specifico profilo controverso non è tanto il dato empirico della stabilità e continuità delle somme dal pubblico dipendente percepite a vario titolo...., quanto piuttosto il fatto che un determinato compenso sia esplicitamente dichiarato pensionabile dalla norma primaria”, nel senso cioè che, rispetto all'emolumento *de quo*, “non è il carattere sostanziale, e cioè la natura retributiva o no, ma quello formale, e cioè il regime impresso dalla legge a ciascun elemento”. L'Avvocatura chiede quindi il rigetto dell'appello nonché il rigetto della eccezione di incostituzionalità dell'art.43 del d.P.R. n.1092/1973, nei termini sollevati dal difensore, stante che la Corte costituzionale ha già avuto modo di affermare (con la sentenza n.445/1988) la legittimità costituzionale della normativa che esclude il computo in pensione dei compensi erogati per il lavoro straordinario. L'Avvocatura erariale reitera comunque l'eccezione di prescrizione per i ratei ultraquinquennali per il caso di accoglimento dell'appello.

Con memoria di costituzione, depositata in segreteria il 23 settembre 2009, l'INPDAP – dopo avere affermato che il provvedimento impugnato venne emesso dal Ministero dell'interno e che l'Istituto previdenziale riveste la veste di mero ordinatore secondario – chiede (con riferimento ai sigg.ri G. S., G. P. e G. M.) il rigetto dell'appello e le richieste in esso avanzate nei confronti dell'INPDAP, “soggetto non munito di titolarità passiva in ordine al rapporto sostanziale dedotto in giudizio”. Con successiva memoria, depositata in segreteria il 28 settembre 2009, l'Istituto previdenziale ha reiterato (per il sig. M. L.) le argomentazioni svolte nell'altra memoria, eccependo inoltre la prescrizione quinquennale “per eventuali statuizioni che

dovessero vedere soccombere l'Istituto".

All'udienza di discussione, tanto l'avv. Ritondo quanto il dott. Marino si limitano a richiamare il contenuto dei rispettivi atti scritti.

#### DIRITTO

In primo luogo, la Sezione deve disporre, ai sensi dell'art.335 cod. proc. civ., la riunificazione dei due giudizi che concernono due appelli contro la stessa sentenza.

Inoltre, la Sezione deve accogliere la richiesta del- l'INPDAP di declaratoria di difetto di legittimazione passiva in capo allo stesso, considerato che l'Istituto previdenziale, essendo mero ordinatore secondario, non può avere alcuna incidenza sulla liquidazione originaria della pensione, che spetta esclusivamente – nel caso in esame – al Ministero dell'interno.

Nel merito, gli appelli non meritano accoglimento.

Come risulta dalla narrativa, l'avv. Betti si sofferma, in primo luogo, sull'art.78 del d.P.R. 24 aprile 1982, n.335 ("ai sensi del secondo comma dell'art.63 della legge 1° aprile 1981, n.121, per il periodo di tre anni dalla data di entrata in vigore della legge stessa, l'orario di servizio del personale della pubblica sicurezza è di 42 ore settimanali, di cui due retribuite in misura pari a quella prevista per le prestazioni di lavoro straordinario"), che – interpretando autenticamente il predetto art.63 della legge n.121/1981 –, "sebbene riferito alla fattispecie (analogica) dell'orario suppletivo svolto dalle Forze di polizia", assurgerebbe "a norma sistematica interpretativa dell'intera fattispecie", e, al contempo, individua le cause dell'orientamento negativo della giurisprudenza sulla non inseribilità dell'emolumento *de quo* nella base pensionabile nella circostanza che "l'art.78 del d.P.R. n.335/1982 non è stato mai tenuto in considerazione". Tuttavia, la Sezione – dissentendo dall'affermazione dell'avv. Betti in ordine alla valenza dell'art.78 del d.P.R. n.335/1982 ("norma sistematica interpretativa dell'in- tera fattispecie") e condividendo, sul piano generale, la giurisprudenza (prevalente) contraria all'inserimento nella base pensionabile del compenso per lavoro straordinario "obbligatorio" ascrivibile all'art.63 della legge n.121/1981 – non ritiene che la problematica di cui si tratta in questa sede possa essere comunque risolta in base alla normativa che concerne le Forze di polizia, stante che il "lavoro straordinario obbligatorio" dei dipendenti del Ministero dell'interno, Corpo nazionale dei vigili del fuoco, trova riscontro non in norme di legge ma in talune circolari della competente Direzione Generale che – in quanto tali – non possono costituire un utile parametro per la valutazione della pensionabilità di un emolumento.

Sul punto, si deve rilevare che l'art.43 del d.P.R. 29 dicembre 1973, n.1092, nel testo sostituito con l'art.15, ultimo comma, della legge 29 aprile 1976, n.177, ha istituito il principio (innovativo) della tassatività degli elementi retributivi che possono costituire la base pensionabile (chiaramente finalizzato al precipuo scopo di precludere interpretazioni giurisprudenziali estensive, che consentissero l'inserimento nella base pensionabile di assegni o indennità diversi da quelli esplicitamente indicati nell'art.15), con la conseguenza che il lavoro straordinario, non previsto espressamente da tale norma, non può essere inserito nella base pensionabile. D'altra parte, l'avv. Betti, nella evidente consapevolezza che tale quadro normativo avrebbe potuto costituire un insormontabile ostacolo all'accoglimento dei ricorsi nell'ottica che il compenso per lavoro straordinario potesse essere inserito nella base pensionabile (infatti, tale inserimento è stato previsto, con

decorrenza dal 1° gennaio 1996, con l'art.2, comma 9, della legge 8 agosto 1995, n.335), ha dovuto concludere che “la questione in esame non è che lo straordinario vada riconosciuto pensionabile, ma che l'orario suppletivo svolto dai ricorrenti prestabilito e predeterminato in via generale, fissa e continuativa sulla base di atti generali normativi (le circolari), sebbene retribuito in misura parametrata allo straordinario, vada riconosciuto come orario ordinario pensionabile”; ma la Sezione non condivide minimamente tale impostazione in quanto l'emolumento di cui si tratta non potrebbe mai rivestire – anche se avesse (eventualmente) le caratteristiche della predeterminazione “in via generale, fissa e continuativa” – la natura dello “stipendio, paga o retribuzione” (che, in quanto tale, rientrerebbe fisiologicamente nella base pensionabile: art.43 del d.P.R. n.1092/1973), anche perché, in caso contrario (cioè, accogliendo l'impostazione difensiva dell'avv. Betti) la maggiorazione del compenso dell'orario “prolungato” (rispetto alla retribuzione ordinaria) perderebbe – e non è certo circostanza secondaria – ogni giustificazione, giuridica ed economica.

Oltre tutto, il contenuto delle circolari emesse nel tempo dalla competente Direzione Generale del Ministero dell'interno (n.24326/18101 del 17 dicembre 1987; n.135/18101 del 5 gennaio 1989; n.107/18101 del 9 gennaio 1990; ed altre) non depongono affatto nel senso della “obbligatorietà” del lavoro straordinario (occasionato dalla modifica – nel senso della riduzione – dell'orario ordinario di lavoro), sia perché la retribuzione del predetto “lavoro straordinario” (così come per l'indennità notturna e per l'indennità festiva) è direttamente collegata a “prestazioni effettivamente rese” (laddove la retribuzione “ordinaria” è chiaramente compatibile con periodi di assenza per congedi straordinari e aspettative), sia perché “le assenze per permessi sindacali, consentite nel limite medio di tre giornate mensili per ogni rappresentante.... per ogni organizzazione sindacale incidono solo sul *lavoro ordinario d'obbligo*”, sia perché (cfr., pareri del Consiglio di Stato n.301/1992 del 3 maggio 1993 e n.402/1992 del 23 maggio 1993) le assenze (non giustificate) dal lavoro “straordinario” possono comportare (anche per il fatto che la relativa disciplina non è contenuta in atti legislativi) solo conseguenze disciplinari (oltre che la mancata retribuzione) e non i più gravi effetti delle assenze (ingiustificate) dal lavoro “ordinario”.

Le argomentazioni che precedono si appalesano – fra l'altro – utili e sufficienti a contrastare le tre sentenze di sezioni regionali della Corte dei conti (due della Sezione Lombardia, una della Sezione Liguria) prodotte dall'avv. Betti a sostegno delle proprie tesi, e basate – sostanzialmente – sulla circostanza che l'emolumento *de quo* ha le caratteristiche di ordinarietà, fissità e continuità e la natura stipendiale (di cui la Sezione in precedenza ha revocato in dubbio sia la fondatezza che l'utilità ai fini che interessano in questa sede).

Né, d'altra parte, appare di alcuna valenza, ai fini che interessano in questa sede, l'ordinanza n.117 del 2000 con cui la Corte costituzionale ha dichiarato la manifesta inammissibilità della questione di legittimità costituzionale dell'art.63, comma 3, della legge n.121/1981, sollevata, in riferimento all'art.3 della Costituzione, dalla Sezione giurisdizionale per la Regione siciliana di questa Corte, stante che – nonostante le valutazioni che da tale pronuncia ha ritenuto di potere trarre l'avv. Betti – l'ordinanza *de qua* ha dichiarato, puramente e semplicemente, la manifesta inammissibilità della questione eccepita in quanto il giudice remittente – dopo avere affermato che “lo straordinario del quale si discute solo nominalmente può essere definito

tale” e che la norma impugnata “esclude che l’articolazione così data all’orario di servizio possa fare acquisire alla suddetta eccedenza nominale la vera natura di straordinario, posto che il ricorso al lavoro straordinario non può che essere di natura eccezionale e per contingenti ed imprevedibili esigenze di servizio” – da una parte, “non fornisce alcuna motivazione circa l’applicabilità nel giudizio *a quo* della disposizione denunciata”, e, dall’altra, che lo stesso giudice remittente, “nonostante argomenti diffusamente sulla natura soltanto ‘nominale’ del compenso per lavoro straordinario..., propone ugualmente la questione, senza verificare fino in fondo se le argomentazioni addotte possano portare ad una interpretazione idonea a superare il dubbio di costituzionalità”. Ne deriva che la Corte costituzionale non ha dato (come invece probabilmente ha ritenuto l’avv. Betti) alcun *input* con riferimento al *merito* della questione, ma ha rilevato soltanto – dal punto di vista processuale – che il giudice *a quo* non ha sviluppato l’esegesi della norma fino a rendere *ammissibile* la questione di legittimità costituzionale.

Infine, la questione di legittimità costituzionale dell’art.43 del d.P.R.n.1092/1973 (riferita a numerosi parametri costituzionali: artt. 2, 3, 4, 35, 36, 38 e 97), per il caso in cui fosse interpretato nel senso che dovesse escludere dalla base pensionabile il compenso per il lavoro “straordinario” di cui si discute, non può essere accolta.

Per l’art.2 (“La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell’uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità e richiede l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale”), la pretesa violazione si appalesa chiaramente eccessiva (e manifestamente infondata) rispetto ad una situazione (mancato inserimento nella base pensionabile del lavoro straordinario “obbligatorio”) alquanto limitata nella sua portata complessiva. D’altra parte, può essere utile riscontrare le sentenze della Corte costituzionale che hanno accolto la sollevata questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art.2 Cost. per potersi rendere conto della valenza dei “diritti inviolabili dell’uomo” data a tale concetto e a tale principio dal giudice delle leggi (ad esempio, sentenze n.332 e n.376 del 2000, n.303 e n.334 del 1996).

Per l’art.3, manca chiaramente il *tertium comparationis*, nel senso di una identica situazione in cui il trattamento sia difforme (e migliore) rispetto a quello previsto per i vigili del fuoco (con riferimento alla non pensionabilità dell’emolumento di cui si tratta) (e, sul principio di eguaglianza, la giurisprudenza della Corte costituzionale è veramente sterminata).

Per gli artt. 4 e 35, la Sezione è dell’avviso che i relativi parametri (diritto al lavoro, anche nell’ottica che “la Repubblica... promuove le condizioni che rendano effettivo questo diritto”, e tutela del lavoro “in tutte le sue forme ed applicazioni”) fuoriescono del tutto dalla questione per cui è causa.

Per gli artt. 36 (“Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un’esistenza libera e dignitosa”) e 38 (concernente il trattamento per l’inabilità, gli infortuni e la minorazione), potrebbe essere citata la copiosissima giurisprudenza della Corte costituzionale a sostegno della manifesta infondatezza della questione; ma è sufficiente richiamare la sentenza n.445 del 1988, che si può considerare pragmatica per le coerenti pronunce successive.

Per l’art.97, la Sezione è dell’avviso che i principi del buon andamento e della imparzialità dell’amministrazione, ivi contenuti, siano, nella specie, chiaramente rispettati dal fatto che alla diminuzione delle ore lavorative – per

legge o per contratto – dei vigili del fuoco sia subentrato un sistema di lavoro straordinario (nel senso e nei limiti evidenziati in precedenza), mentre non rileva – a tal fine – che il compenso percepito sia o meno pensionabile.

In base a tutte le considerazioni che precedono, i due appelli indicati in epigrafe devono essere rigettati, con conseguente conferma della sentenza di primo grado.

Stante la problematicità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P. Q. M.

la Corte dei conti, Sezione giurisdizionale di appello per la Regione siciliana, definitivamente pronunciando, rigetta gli appelli di cui sopra, preliminarmente riuniti.

Spese compensate.

Così deciso in Palermo, nella camera di consiglio del 1° ottobre 2009.

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to (Salvatore Cilia)

F.to(Antonino Sancetta)

Depositata oggi in segreteria nei modi di legge.

Palermo, 13/11/2009

Il Direttore della Segreteria

F.to(dott. Nicola Daidone)