

N. 02024/2013REG.PROV.COLL.

N. 03200/2004 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3200 del 2004, proposto da:
Gatto Gaetano, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Stolzi, con domicilio eletto presso l'avv. Roberto Ciociola in Roma, via Bertoloni n. 37;

contro

Azienda Sanitaria Locale n. 10 di Firenze, ex U.S.L. 10/C, rappresentata e difesa dall'avv. Raffaella Poggianti, con domicilio eletto presso l'avv. Laura Tricerri in Roma, via Cosseria n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA - FIRENZE: SEZIONE II n. 02175/2003, resa tra le parti, concernente diritto al conguaglio di retribuzione per mansioni superiori svolte

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2013 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Luigi Manzi, su delega di Stolzi, e Poggianti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso davanti al TAR per la Toscana il dott. Gaetano Gatto premetteva di aver svolto su incarico a firma congiunta del capo servizio di igiene prevenzione e del responsabile dell'u.o. igiene pubblica e del territorio, in qualità di assistente medico e poi di aiuto presso l'u.o. di prevenzione, igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro dell'USL 10/C di Firenze, mansioni superiori apicali in sostituzione del primario collocato a riposo per il periodo dal 1° gennaio 1993 al 31 marzo 1995; avanzate più istanze per il riconoscimento ai fini economici di tali mansioni, l'Amministrazione opponeva diniego in mancanza di formale provvedimento dell'USL. Chiedeva perciò l'accertamento del proprio diritto alle relative differenze retributive, nonché la condanna dell'ASL n. 10 di Firenze (succeduta alla predetta USL) al pagamento delle medesime differenze retributive, oltre interessi e rivalutazione.

Con sentenza 3 giugno 2003 n. 2175 della seconda sezione (non risultante notificata) il ricorso è stato respinto. In particolare, quanto al periodo fino al 31 dicembre 1994 è stata dichiarata l'inammissibilità della domanda avanzata nei confronti dell'ASL anziché della gestione liquidatoria della soppressa USL; quanto al restante periodo, il diritto rivendicato è stato ritenuto inconfigurabile a fronte delle norme e dei principi applicabili in materia di pubblico impiego.

Con atto notificato il 27 marzo 2004 e depositato l'8 aprile seguente il dott. Gatto ha appellato detta sentenza per i seguenti motivi:

1.- Violazione dell'art. 6, co. 1, della legge n. 724 del 1994, eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria con riguardo al capo relativo al ritenuto difetto di legittimazione passiva dell'ASL.

2.- Violazione dell'art. 36 Cost., dell'art. 2126 c.c., dell'art. 29 d.P.R. n. 761 del 1979, dell'art. 7 d.P.R. n. 128 del 1969 e dell'art. 57, co. 2, d.lgs. n. 29 del 1993 come modificato dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998, in relazione al merito della pretesa.

Con atto notificato il 25 maggio 2004 e depositato il 31 seguente l'ASL n. 10 di Firenze si è costituita in giudizio ed ha proposto appello incidentale per i capi della sentenza appellata concernenti l'ammissibilità del ricorso per il primo trimestre dell'anno 1995, nonché per il mancato esame delle proprie eccezioni di prescrizione e di divieto di cumulo tra interessi e rivalutazione per i ratei successivi al 1° gennaio 1995; per il resto ha reiterato le difese anche di merito svolte in primo grado.

Con memorie del 26 e 29 gennaio 2013 il dott. Gatto e l'ASL hanno insistito nelle rispettive tesi e richieste. Infine, in data 8 febbraio 2013 l'ASL ha replicato alla memoria avversaria eccependo l'inammissibilità dell'argomentazione del dott. Gatto, ivi contenuta e svolta per la prima volta, basata sul disposto dell'art. 2112 cod. civ. in tema di trasferimento d'azienda.

DIRITTO

Com'è esposto nella narrativa che precede, si controverte della spettanza o meno al dott. Gaetano Gatto, assistente medico poi aiuto, ricorrente in primo grado ed appellante principale, delle differenze retributive da lui rivendicate per aver svolto, nel periodo dal 1° gennaio 1993 al 31 marzo 1995, le mansioni, che si assumono come primariali, di responsabile dell'unità operativa "prevenzione igiene e sicurezza nei luoghi di lavoro" (u.o. PISLL) dell'USL n. 10/C di Firenze, alla quale è subentrata l'ASL n. 10 di Firenze.

Era accaduto che, a seguito del pensionamento del dott. Antonio Pica, responsabile del PISLL, con nota 3 marzo 1993, prot. n. 82, a firma congiunta del capo servizio di igiene, prevenzione e attività sanitarie di comunità e del responsabile dell'unità operativa igiene pubblica e del territorio, i medesimi hanno “delegato” il dott. Gatto “a gestire temporaneamente il PISLL organizzando tutte le attività della U.O. tenendo i rapporti con l'Autorità Giudiziaria e predisponendo tutti gli atti amministrativi di competenza”.

Con istanza del 26 aprile 1997 il dott. Gatto ha chiesto all'Azienda la corresponsione di dette competenze, sollecitata il 9 dicembre seguente, ma denegata con nota 3 maggio 1998 n. 3267 del direttore dell'unità operativa amministrazione del personale nel rilievo della mancanza di “formale provvedimento di incarico da parte della USL”.

Ciò posto, va ricordato il costante orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui, in generale e salva diversa e specifica disposizione di legge (quale l'art. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979 di cui poi si dirà), lo svolgimento di mansioni superiori nell'ambito del pubblico impiego, prima del tutto ininfluenza sul piano giuridico e su quello economico, ha assunto rilevanza solo dopo solo dopo l'entrata in vigore del d.lgs. n. 387 del 1998, il quale all'art. 15 ha espunto le parole “a differenze retributive o” dall'art. 56, co. 6, del d.lgs. n. 29 del 1993 (che, nel testo sostituito dall'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998, a sua volta negava il diritto appunto “a differenze retributive o” ad avanzamenti automatici nell'inquadramento professionale fino all'entrata in vigore dei nuovi contratti collettivi), così rendendo operativa unicamente da allora la disciplina di cui allo stesso art. 56 per la parte economica (cfr. Ad. plen., 24 marzo 2006 n. 3).

Nel settore sanitario, peraltro, la diversa e specifica disposizione di legge suaccennata si rinviene nell'art. 29, co. 2, del d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 (recante “stato giuridico del personale delle unità sanitarie locali”). Tale

disposizione, tuttavia, subordina la possibilità di riconoscere le differenze retributive per l'espletamento di mansioni superiori al ricorrere delle seguenti tre condizioni, giuridiche e di fatto, operanti in modo concomitante:

- (a) l'effettivo espletamento delle suddette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare;
- (b) le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente nella pianta organica, vacante e disponibile;
- (c) l'incarico deve essere stato previamente attribuito dal competente organo gestorio con una formale deliberazione, unico atto idoneo a costituire l'obbligo del dipendente di darvi esecuzione, e da tale deliberazione deve emergere l'avvenuta verifica dei presupposti di cui innanzi, nonché l'assunzione di tutte le relative responsabilità pure ai fini dei connessi oneri finanziari (cfr., da ultimo, Cons. St., sez. III, 14 novembre 2012 n. 5734).

Anche ai sensi del d.P.R. del D.P.R. 28 novembre 1990 n. 384 (recante "regolamento per il recepimento delle norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 6 aprile 1990 concernente il personale del comparto del Servizio sanitario nazionale"), ed in particolare dell'art. 121 che si riferisce specificamente all'area medica, il conferimento di mansioni superiori per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare è subordinato, oltre all'attivazione delle "procedure concorsuali" per "provvedere alla regolare copertura" del posto vacante, ad analoghe condizioni di legittimità puntualmente indicate, quali l'attribuzione con apposito "provvedimento formale secondo le vigenti disposizioni", dunque adottato dal competente organo gestorio, fatta salva, ai sensi dell'art. 14 della legge n. 207 del 1985, ivi richiamato, la responsabilità degli amministratori che dispongano l'utilizzazione in parola oltre il limite semestrale normativamente stabilito.

In mancanza dei riferiti presupposti, è da ritenersi che non possa essere utilmente invocato l'art. 36 Cost., il quale esprime un principio che non trova applicazione diretta nel pubblico impiego, concorrendo in quest'ambito altri e diversi principi di pari rilevanza (artt. 98 e, soprattutto, 97 Cost.) attinenti all'organizzazione degli uffici pubblici; né l'art. 2126 cod. civ., che non concerne il diritto al compenso per lo svolgimento di mansioni superiori in via di fatto nel pubblico impiego, ponendo invece il principio della retribuità del lavoro prestato sulla base di un contratto nullo o annullabile (cfr., ex multis, Cons. St., sez. III, 8 maggio 2012 n. 2631 e sez. V, 19 novembre 2012 n. 5852).

In tale quadro, è indiscutibile come, in assenza del prescritto atto formale d'incarico adottato dall'organo gestorio dell'unità sanitaria locale, resti del tutto irrilevante ai fini retributivi il fatto che il dott. Gatto sia stato delegato a svolgere le mansioni di responsabile della suindicata unità operativa (senza, oltretutto, che egli affermi l'iscrizione alla posizione apicale di "dirigente sanitario" - ex punto 1 della tabella A del ruolo sanitario, profilo professionale medici, di cui all'allegato 1 al cit. d.P.R. n. 761 del 1979 - del relativo posto di pianta organica) e che tali mansioni abbia effettivamente espletato.

La "delega" sopra menzionata non è infatti idonea a fondare il diritto rivendicato, trattandosi sostanzialmente di mero ordine di servizio e non provenendo dall'organo gestorio dianzi precisato; parimenti inidonei sono gli attestati in data 29 luglio 1997 a firma del Commissario liquidatore della gestione stralcio dell'USL n. 10/C ed in data 12 dicembre 1996 a firma del Direttore sanitario dell'ASL n. 10, aventi se mai il primo contenuto di atto ricognitivo ed entrambi non già, per evidenti e plurime ragioni, costituiti dell'obbligo del sanitario di espletare le mansioni in questione.

Deve pertanto condividersi il diniego opposto all'attuale appellante dall'Amministrazione, basato sulla carenza del prescritto atto formale d'incarico.

Non supera tale rilievo la lettura del cit. art. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979 in correlazione col disposto dell'art. 7 del d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128 (recante "ordinamento interno dei servizi ospedalieri"), in base alla quale il diritto al compenso differenziale dell'aiuto ospedaliero che svolga le funzioni di primario in posto d'organico vacante e disponibile è stato affermato, in deroga ai predetti criteri e principi, a prescindere da atti organizzativi formali d'incarico; ciò in relazione alla natura delle funzioni di cui trattasi, non essendo concepibile che una struttura ospedaliera alla quale debba essere preposto un primario resti priva dell'organo di vertice che ne assuma le specifiche responsabilità previste appunto dal detto art. 7, co. 3, riguardanti tutte le attività esercitate nella struttura stessa, ivi comprese, significativamente, quelle di diagnosi e cura dei degenti (cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. III, 28 marzo 2012 n. 1826 e 10 luglio 2012 n. 4100).

Nella specie, infatti, l'unità operativa PISLL non costituisce struttura ospedaliera, con conseguente inapplicabilità della deroga di cui si è detto.

Per le considerazioni sin qui esposte dev'essere disatteso il secondo motivo dell'appello principale in trattazione, concernente il merito della suesaminata pretesa sostanziale. Ne deriva la reiezione dello stesso appello principale con assorbimento del primo motivo, concernente un profilo di rito; e, nel contempo, la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza d'interesse dell'appello incidentale, proposto dall'Amministrazione.

Quanto alle spese del grado, la singolarità della vicenda ne consiglia l'integrale compensazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)