

Pubblicato il 03/03/2017

N. 00995/2017REG.PROV.COLL.

N. 07313/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 7313 del 2014, proposto da:
Salvatore S., rappresentato e difeso dagli avvocati Umberto C., S. D., M. B.,
con domicilio eletto presso lo studio legale B. & P. in Roma, via S. T. D'A., --;

contro

- A.S.P. di Messina, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto G., con domicilio eletto presso lo studio Rosaria I. in Roma, via A-----, ---;
- Regione Siciliana e Gestione liquidatoria della ex USL n. 40 di T., in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliati in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per l'ottemperanza

della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. III, n. 01792/2014, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.S.P. di Messina e di Regione Siciliana e Gestione liquidatoria della ex USL n. 40 di Taormina;

Viste le memorie difensive;

Vista la sentenza di questa Sezione n. 6180/2014 e n. 5115/2015;

Viste le istanze del Commissario ad acta designato dal Prefetto di Messina volte ad ottenere chiarimenti sull'espletamento dell'incarico;

Visto l'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Santi D., Giuseppe G. su delega di Alberto G. e l'avvocato dello Stato Antonio Grumetto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il dott. S., ex medico condotto già in servizio a tempo definito presso l'USL n. 40 di Taormina, ha impugnato dinanzi al TAR Lazio i provvedimenti con cui l'USL lo aveva diffidato a rimuovere l'incompatibilità con il rapporto di medico convenzionato e a formulare opzione ex art. 4, comma 7, della legge 412/1991 (nota prot. 09766 in data 8 luglio 1994) e poi, in mancanza di opzione, l'aveva dichiarato decaduto dall'impiego (deliberazione n. 853 in data 2 agosto 1994).

2. Con sentenza n. 6889/2009 il T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso.

3. Questa Sezione, con sentenza n. 1792/2014, ha riformato la sentenza del TAR, affermando (sulla scorta di quanto deciso in caso analogo con la sentenza n. 4653/2012) che per il ricorrente l'esercizio dell'opzione fra rapporto di lavoro a tempo definito o a tempo pieno non aveva determinato l'effetto della perdita dello status di ex medico condotto, e che da ciò consegue l'esclusione del rigido automatismo del regime di incompatibilità dettato dall'art. 4, comma 7, della legge n.

412/1991 (fatti salvi gli ulteriori provvedimenti della USL e i diritti consequenziali del ricorrente).

4. Il dott. S. ha chiesto l'ottemperanza al giudicato, e questa Sezione, con sentenza n. 6180/2014 (in linea con le conclusioni di cui alle precedenti sentenze n. 3640/2013 e n. 5907/2013, intervenute in ordine al suddetto caso analogo) ha stabilito che spetta all'ASP di Messina (succeduta nei rapporti già facenti capo all'USL n. 40) ogni adempimento per il ripristino del rapporto e la ricostruzione di carriera (con obbligazione in solido, quanto alla provvista dei mezzi economici, della Regione Siciliana).

5. In sostanza, nella sentenza si è affermato che:

(a) – in ordine alla posizione di status, va disposta, ora per allora, la riassunzione in impiego con ogni effetto sulla ricostruzione di carriera;

(b) - sul piano economico, spetta al ricorrente il pagamento delle somme corrispondenti al trattamento di attività - costituito dagli assegni fissi e continuativi - non percepiti per l'indebita interruzione del rapporto di lavoro con decorrenza dal momento in cui con il d.m. 4 novembre 1994 si è determinato l'effetto risolutivo del rapporto; rientra nelle voci retributive ordinarie anche l'indennità di specificità medica – introdotta dall'art. 54 del C.C.N.L. del 1996 e mantenuta nei successivi rinnovi contrattuali – che caratterizza a regime la posizione funzionale del dirigente medico, quale componente essenziale del trattamento economico in relazione alla pluralità di compiti di diagnosi, assistenza, cura, nonché di organizzazioni peculiari alla qualifica; resta invece esclusa ogni altra competenza accessoria che, per il suo carattere, saltuario, indennitario e aggiuntivo, presuppone l'effettività della prestazione lavorativa;

(c) - dalle somme in tal modo quantificate va detratto ogni importo "aliunde perceptum" dal ricorrente per eventuali altri rapporti di lavoro subordinato costituitisi durante il periodo di assenza dall'impiego e, segnatamente, ogni provento percepito per prestazioni sanitarie in rapporto convenzionale eccedenti il massimale consentito in costanza di rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze del servizio sanitario regionale (rese possibili solo per l'assenza in fatto del rapporto di lavoro che la sentenza n. 1792/2014 ha ricostituito con effetto *ex tunc*);

(d) - la *restitutio in integrum* esplica effetto con riguardo anche alla costituzione della posizione contributiva e previdenziale, in corrispondenza del periodo per il quale sussiste il titolo al trattamento di attività.

(e) - sulle somme dovute spettano gli accessori per interessi e rivalutazione monetaria (per il calcolo dei quali la sentenza ha anche precisato le modalità).

6. Conseguentemente, si è ordinato alla Regione Siciliana e all' ASP di Messina – per quanto di rispettiva competenza – di adottare entro tre mesi ogni conseguente provvedimento per la ricostruzione della posizione di *status* ed economica del ricorrente, nominando commissario *ad acta* il Prefetto di Messina affinché, in caso di persistente inerzia oltre detto termine, adotti in via sostitutiva, anche a mezzo di un funzionario all'uopo delegato, ogni atto e misura per assicurare l'esecuzione del giudicato.

7. Con decreto prefettizio in data 9 gennaio 2015 è stato designato commissario *ad acta* la dott.ssa Silvana Merenda.

8. L'ASP di Messina ha inteso dare esecuzione alla sentenza con delibera n. 715/DG in data 20 marzo 2015.

9. Il dott. S. ha adito nuovamente questa Sezione, eccependo l'inammissibilità sul piano processuale dei criteri applicati dalla ASP per determinare l'*aliunde perceptum*, sostenendo la non applicabilità del massimale di 500 assistiti ai fini delle prestazioni professionali in rapporto convenzionale, nonché il diritto al conteggio nel trattamento di attività dell'assegno personale pensionabile non riassorbibile introdotto dall'art. 44 del C.C.N.L. 1994/1997.

10. Con sentenza n. 5115/2015, questa Sezione, dopo aver escluso la sussistenza al riguardo di un giudicato implicito, ha ritenuto che correttamente la ASP avesse ricondotto nel coacervo dell'*aliunde perceptum* – da detrarsi dal conteggio del trattamento di attività – gli introiti per prestazioni in rapporto convenzionale eccedenti il massimale di 500 assistiti.

Ha invece riconosciuto fondata (nel solco di quanto stabilito, con riferimento al caso analogo suddetto, con sentenza n. 5453/2014) la pretesa del ricorrente relativa all'omessa inclusione nel trattamento di attività dell'assegno personale pensionabile non riassorbibile, introdotto dall'art. 44 del C.C.N.L. 1994/1997 e non espunto dalla successiva evoluzione contrattuale, ordinando conseguentemente il relativo adempimento.

11. Viene ora all'esame del Collegio un nuovo "incidente di esecuzione", che è stato promosso dal commissario *ad acta* designato dal Prefetto di Messina, e ha dato origine a nuove contestazioni tra le parti in ordine alla corretta e piena esecuzione del giudicato.

12. In particolare:

- con nota in data 28 aprile 2016, il commissario ad acta ha rappresentato a questa Sezione che, dopo l'atto di diffida al pagamento e richiesta di insediamento del commissario *ad acta* per l'adempimento in via sostitutiva, notificato dal dott. S. in data 18 gennaio 2016, la ASP, con delibera n. 392/D4 in data 11 febbraio 2016, ha disposto il pagamento di 30.310,94 euro per l'assegno *ad personam*, e che pertanto ritiene di non doversi insediare, chiedendo peraltro al riguardo chiarimenti;

- con nota in data 23 maggio 2016, il commissario ad acta ha trasmesso una diffida in data 17 maggio 2016 con la quale il dott. S., affermando una pretesa residua di 92.873,10 euro (secondo i calcoli riportati nell'allegata relazione del consulente del lavoro dott. S.), chiede che il commissario *ad acta* si insedi e provveda al pagamento;

- con nota prot. 13493 in data 24 giugno 2016, l'ASP, ammettendo un errore nei conteggi, ha liquidato ulteriori 5.722,44 euro;

- con diffida in data 29 giugno 2016, il dott. S. ha nuovamente chiesto al Commissario *ad acta* di insediarsi, ribadendo le proprie pretese per 92.873,10 euro (oltre ulteriori interessi maturati nel frattempo, da cui detrarre i 5.722,44 euro liquidati);

- la ASP di Messina ha riscontrato detta diffida con nota prot. 33836 in data 7 settembre 2016;

- con memoria difensiva depositata in giudizio in data 20 dicembre 2016, il dott. S. lamenta che nell'atto prot. 13493 la ASP affermi che il calcolo da lui proposto è erroneo perché presuppone il X anziché il IX livello, e che il IX ed il X livello confluiscono nel ruolo di dirigente medico di I livello, mantenendo ciascuno il livello economico in godimento, ex art. 18 del d.lgs. 502/1992; sostiene che così non è, in quanto il d.lgs. 517/1993 ha modificato tale norma e con il c.c.n.l. dell'area dirigenza medica 1994/1997 i due profili, anche economici, sono stati unificati; infatti, il contratto, all'art. 75, lettera x), ha disapplicato l'art. 18, comma 2-bis, del d.lgs. 502/1992, equiparando i due livelli anche sotto il profilo economico (come chiarito dalla dichiarazione congiunta n. 14); lamenta inoltre che nei conteggi dell'ASP, ammesso il corretto livello di inquadramento, non si rintracci alcuna voce per indennità sostitutiva del preavviso di licenziamento (cfr. circolare INPS n. 211/1992) e di ferie non godute; ribadisce che tali voci, ove non presenti nei conteggi, vanno aggiunte alla somma indicata nell'ultima diffida in data 29 giugno 2016;

- con memoria depositata in giudizio in data 30 dicembre 2016, la ASP di Messina, controdeduce puntualmente in ordine alle pretese azionate e sostiene che, anche in ragione di un ulteriore pagamento effettuato previa

deliberazione n. 2108/DG in data 14 settembre 2016, nulla è più dovuto al dott. S..

13. Il Collegio ritiene che la esposta ricognizione degli atti e delle posizioni espresse dalle parti dimostri con evidenza che permane incertezza in ordine all'entità ed alle imputazioni delle somme richieste e di quelle liquidate.

14. Da ciò deriva la necessità che il Commissario *ad acta* designato si insedi formalmente, entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione della presente sentenza, e, in contraddittorio con le parti (vale a dire, assegnando loro un termine per precisare in modo analitico le proprie conclusive richieste), valuti le contrapposte pretese, individuando in ordine a quali voci economiche vi sia ancora contestazione e per quali importi, e adotti il provvedimento finalizzato alla esecuzione in via sostitutiva del giudicato, entro il successivo termine di novanta giorni.

15. Resta salva per il Commissario *ad acta* la facoltà di chiedere ulteriori chiarimenti ai sensi degli artt. 112, comma 5, e 114, comma 7, cod. proc. amm.

16. Le parti potranno proporre reclamo avverso il provvedimento del Commissario *ad acta* ai sensi dell'art. 114, comma 6, cod. proc. amm.

17. Alla liquidazione del compenso spettante al Commissario *ad acta* ed alle altre spese si provvederà, in base all'esito del giudizio, con separato provvedimento.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) dispone, ai fini dell'ottemperanza, quanto indicato in parte motiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 gennaio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Francesco Bellomo, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE
Marco Lipari

IL SEGRETARIO