



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

sul ricorso numero di registro generale 3603 del 2009, proposto da:
-----, rappresentato e difeso dall'avv. -----, con domicilio eletto presso
----- in -----, via -----, 1;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Antonio Cardarelli in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. -----, con
domicilio eletto presso ----- in -----, via Alessandro III, 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n.
01250/2008, resa tra le parti, concernente ACCERTAMENTO DIRITTO AL
PAGAMENTO INDENNITA' PROFESSIONALE RISCHIO RADIOLOGICO

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di Rilievo
Nazionale Antonio Cardarelli;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 aprile 2010 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati -----, per delega dell'Avv. -----;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il ricorrente, sanitario di ruolo in servizio presso la divisione di Ortopedia e Traumatologia dell'Azienda ospedaliera "A. Cardarelli" aveva chiesto al TAR per la Campania, Napoli, l'accertamento del diritto al conseguimento dell'indennità di rischio radiologico di cui alla legge 27.10.1988 n.460 nella misura piena e dell'indennizzo equivalente al trattamento economico a titolo di mancata fruizione del congedo aggiuntivo di quindici giorni annuali (riposo biologico) di cui al D.P.R. 25.6.1983, maggiorato di interessi e rivalutazione.

Aveva riferito di aver prestato servizio presso strutture ove venivano utilizzate in via continuativa fonti di radiazioni ionizzanti (c.d. amplificatore di brillantezza e apparecchi con IBTV per scopia intraoperatoria), che la Azienda Ospedaliera con verbali del 14 giugno 1994, dell'8 marzo 1995 e del 20 dicembre 1999, aveva riconosciuto a tutti i sanitari tra i quali il ricorrente, il presupposto per l'applicazione della misura "piena" della indennità di rischio, che tuttavia, non era mai intervenuta la liquidazione dell'indennità per l'intero dovuto.

Da qui il proposto ricorso, inteso ad ottenere il residuo non corrisposto, nonché l'indennizzo sostitutivo del mancato godimento del riposo biologico.

L'Azienda Ospedaliera Cardarelli si è costituita contestando la spettanza del riposo biologico non riconosciuta dalla commissione di rischio

radiologico, in quanto non monetizzabile e deducendo l'avvenuta pressochè integrale liquidazione delle somme dovute a titolo di indennità di rischio da radioesposizione.

Il TAR Campania, con la sentenza appellata ha negato la giurisdizione del giudice amministrativo rilevando che i fatti costitutivi del ricorso si collocano prima del 30 giugno 1998 mentre il ricorso è stato depositato in Segreteria dopo il 15 settembre 2000 e pertanto dopo che si è verificata la decadenza di cui all'art.45, comma 17, parte seconda del d.lgs. 31 marzo 1998 n.80 nel testo sostituito dall'art.69, comma 7 del d.lgs.30 marzo 2001 n.165.

Nell'atto di appello parte ricorrente con dovizia di argomentazioni afferma che le disposizioni di cui sopra devono essere interpretate nel senso della sufficienza, ai fini della incardinazione della controversia, della data di notificazione della controversia, nel merito reitera motivi già dedotti in primo grado.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera Cardarelli chiedendo la conferma della sentenza del primo giudice.

Sono state depositate ulteriori memorie difensive.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione alla udienza del 9 aprile 2010.

DIRITTO

1. Viene appellata la sentenza del TAR Campania, sede di Napoli che, accogliendo la eccezione sollevata dalla Amministrazione Ospedaliera, ha negato la giurisdizione del giudice amministrativo nel ricorso presentato dal ricorrente, medico ortopedico in servizio presso il medesimo Ospedale, **diretto al riconoscimento delle spettanze per esposizione a rischio radiologico**, sul presupposto che il ricorso, pur notificato in data 9 settembre 2000, è stato depositato nella Segreteria Sezionale dopo il 15 settembre 2000 e pertanto dopo

che si è verificata la decadenza di cui all'art. 45 comma 17 del d.lgs 31 marzo 1998 n.80 nel testo sostituito dall'art. 69 comma 7 del d.lgs. 30 marzo 2001 n.165 .

2. Con il primo motivo dedotto l'appellante assume la erroneità della sentenza del TAR Campania sottolineando che la questione di diritto posta alla base della pronunzia di inammissibilità del ricorso, relativa al momento in cui nel processo amministrativo il rapporto processuale puo' considerarsi instaurato è stata risolta da una ormai consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato in maniera difforme da quanto sostenuto dal primo giudice.

3. Il motivo merita accoglimento.

Il Collegio ritiene sufficiente rinviare per relationem alla recente decisione della Sezione del 18 febbraio 2009 n.946 che, decidendo una questione analoga a quella sollevata nell'odierno gravame, ha ritenuto che il ricorso notificato prima del 15 settembre 2000 ma depositato dopo tale data deve considerarsi pienamente ammissibile. Così la decisione statuisce testualmente: "Il Collegio ritiene di dover aderire alla giurisprudenza prevalente, in quanto la tesi che, sotto il profilo logico-giuridico, fa discendere dalla scelta del modello processuale c.d. "da ricorso" la conseguenza che il rapporto processuale si costituirebbe soltanto con il deposito del ricorso e non con la sua notificazione, non considera che la chiave di soluzione del problema sta nello stabilire non il momento in cui il giudice viene concretamente investito dell'onere di decidere la controversia, ma il momento in cui, alle stregua delle norme processuali, debba intendersi concretamente esercitato il diritto d'azione. Diritto, che aldilà della sua connotazione formale, si ricollega, sul piano sostanziale alla situazione giuridica soggettiva che costituisce il titolo della domanda giudiziale, secondo la formula solenne contenuta nell'art. 24 della Costituzione, in forza

del quale “ tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi”.

Ora, se l’azione “deve essere intesa come il diritto potestativo di ottenere, non già una sentenza favorevole, bensì una decisione di merito” (Cassazione civile , sez. I, 29 settembre 2006 , n. 21192), sfuggono le ragioni del perché nel processo civile, sia pur ispirato al modello della “ vocatio in ius”, l’esercizio di tale potere si manifesta, conformemente al ricordato art. 39, ultimo comma, c.p.c., con la notifica della citazione, dell’atto cioè con cui l’attore formula la domanda giudiziale e chiama il soggetto che egli assume essere legittimato passivamente a comparire davanti al giudice (art. 163 c.p.c.), nel processo amministrativo, per il solo fatto che questo è ispirato al modello della “vocatio iudicis” debba attendersi, per ciò solo, anche l’ulteriore adempimento del deposito del ricorso.

Dal punto di vista strutturale, infatti, i due modelli, per quel che qui interessa, non divergono in modo significativo, perché sia nel processo amministrativo che in quello civile da citazione il giudice in realtà è concretamente investito della controversia solo successivamente alla notifica dell’atto introduttivo del giudizio. Il primo con il deposito del ricorso notificato (art. 21, comma 2 , legge Tar), il secondo con la costituzione delle parti e la conseguente iscrizione della causa a ruolo (artt. 165. 166 e 168 c.p.c.).”

Nel caso in esame il ricorso risulta notificato il 7.9.2000 e dunque prima del 15 settembre 2000 e pertanto risulta tempestivamente azionato ed ammissibile.

4. Nel merito l’appello è fondato e va accolto per quanto di ragione.

4.1. Sul primo capo della domanda relativo alla spettanza ai medici ortopedici del relativo pagamento dell’indennità di rischio radiologico nella misura “piena” vi è stato riconoscimento da parte della Amministrazione Ospedaliera della indennità di rischio radiologico nella misura di lire 200.000 mensili come

da verbale del 20.12.1999, residuando incertezza solo sul punto se le suddette differenze siano state in concreto tutte già corrisposte, come sosterebbe l'Amministrazione, che però non prova il suo assunto ed ammette che le verifiche sarebbero ancora in corso oppure se, come ritenuto dai ricorrenti, mancherebbero ancora alcuni pagamenti .

Al riguardo la domanda, secondo il principio della prosecuzione del credito, per cui l'attore deve provare solo il titolo, mentre l'adempimento, come fatto estintivo, deve essere provato dal convenuto, è fondata e merita accoglimento con l'effetto che saranno dovuti, ovviamente, i soli pagamenti che non risultino già altrimenti eseguiti.

5. Sul secondo capo della domanda, relativo alla pretesa di parte ricorrente di indennizzo equivalente al trattamento economico a titolo di mancata fruizione del congedo aggiuntivo di quindici giorni annuali, l'Amministrazione ospedaliera sostiene che tale congedo non può essere monetizzato in quanto rappresenta una necessità biologica a tutela del lavoratore, sicché solo nel caso di dimostrata insorgenza di patologie o di danni casualmente correlati alla mancata fruizione di detto riposo sarebbe possibile e legittima una tutela di tipo risarcitorio, anche perché già dal 1995 la vigente normativa sulla sorveglianza sanitaria del personale radioesposto non prevede più l'attribuzione del riposo biologico.

Le repliche dell'Amministrazione non paiono meritevoli di accoglimento come la Sezione ha statuito, anche di recente e proprio con riferimento a sanitari dell'Azienda Ospedaliera A. Cardarelli in posizione analoga a quella del ricorrente (da ultimo, Cons. Stato, V, 3 luglio 2009 n.4271).

E' stato al riguardo rilevato che l'incolpevole, mancata, fruizione del predetto riposo biologico ex artt. 120, comma 9, del d.P.R. n. 384/1990, e 5, comma 1, della legge n. 724/1994, è compensabile con un' indennità

sostitutiva da liquidarsi in via equitativa ex art. 1226 c.c., a condizione che il mancato godimento del riposo sia comprovato dall'interessato (Cons. Stato sez. V, 6 settembre 2000, n. 4699 e sez. IV, 30 marzo 2000, n. 1819).

Infatti, il congedo aggiuntivo di giorni quindici per ciascun anno solare, a favore del personale esposto in misura continuativa al rischio radiologico, al pari delle ferie ordinarie, attende alla stessa funzione di recupero delle energie psico-fisiche, con la conseguente spettanza del compenso sostitutivo qualora l'interessato non abbia potuto godere di tale congedo per ragioni non dipendenti dalla sua volontà;

Nè sussistono gli estremi per differenziare il congedo di cui controverte, dalle ferie ordinarie ai fini della corresponsione dell'indennità sostitutiva, atteso che esula anche dal congedo in parola la finalità di prevenzione del rischio, trattandosi di forma di riposo biologico che opera necessariamente a posteriori, onde assicurare al lavoratore il ripristino delle energie ed il recupero delle forze ulteriormente perse a causa del particolare tipo di impegno professionale (Cons. Stato, V, 30 ottobre 2003, n. 6739).

6. In conclusione l'appello merita accoglimento e pertanto, in riforma della sentenza del TAR, va condannata l'Azienda Ospedaliera intimata al pagamento delle somme dovute che non risultino ancora effettivamente corrisposte a titolo di indennità di rischio radiologico nella misura "piena" nonché a titolo di indennizzo equivalente al trattamento economico per mancata fruizione del congedo aggiuntivo di quindici giorni annuali.

Sulle somme dovute dovranno essere conteggiati gli accessori come per legge.

7. Spese ed onorari dei due gradi per la peculiarità della vicenda contenziosa possono essere compensati.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, definitivamente decidendo, accoglie l'appello in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie come da motivazione il ricorso di primo grado.

Compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 aprile 2010 con l'intervento dei Signori:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Gianpiero Paolo Cirillo, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/11/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione