



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 11244 del 2003, proposto da:
-----, rappresentato e difeso dagli avv. ----- ed -----, con domicilio eletto presso
l'avv. ----- in Roma, -----;

contro

Azienda Sanitaria Locale Benevento 1, rappresentata e difesa dall'avv. -----, con
domicilio eletto presso rag. ----- in Roma, via dei-----;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE V n. 01324/2003,
resa tra le parti, concernente CORRESPONSIONE DIFFERENZE
RETRIBUTIVE 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 2 dicembre 2011 il Cons. Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati -----;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con atto notificato l'11 novembre 2003 e depositato il 4 dicembre seguente il dott. -----, aiuto corresponsabile di chirurgia generale presso l'Ospedale di San Giovanni di Dio di Sant'Agata dei Goti, premesso che, a seguito del collocamento a riposo del primario, fu incaricato delle relative funzioni con deliberazione 31 luglio 1991 n. 8 del Comitato di gestione dell'USL n. 6 Valle Caudina e ripetuti ordini di servizio, ha appellato la sentenza 22 febbraio 2003 n. 1324 del TAR per la Campania, sede di Napoli, sezione quinta, non notificata, con cui è stato solo in parte accolto il suo ricorso diretto all'accertamento del diritto alle differenze retributive, ossia unicamente per il periodo di sei mesi decorrenti dal 61° giorno dell'esercizio delle mansioni superiori.

A sostegno dell'appello ha dedotto:

1.- Erroneità dei presupposti, erronea applicazione dell'art. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979, violazione dell'art. 7 del d.P.R. n. 128 del 1969.

Nella specie non si versa nell'ipotesi di svolgimento di mansioni superiori, irrilevante nel pubblico impiego, **ma della particolare situazione del sanitario con qualifica di aiuto che svolga funzioni primariali su posto vacante**, il cui obbligo di sostituzione del primario è sancito dal cit. art. 7 del d.P.R. n. 128 del 1969. Non si applica, pertanto, il principio richiamato dal TAR.

2.- In via gradata, sussistono comunque i requisiti previsti in astratto per la retribuità delle mansioni superiori, quali la disponibilità del posto d'organico e l'atto formale di incarico, oltre a ripetuti atti di riconoscimento.

In data 21 aprile 2004 l'ASL Benevento 1 si è costituita in giudizio ed ha svolto controdeduzioni. L'appellante ha replicato con memoria del 4 ottobre 2011. Infine, con memoria del 3 novembre 2011 l'ASL ha insistito nelle rispettive tesi.

L'appello è stato introitato in decisione all'odierna udienza pubblica.

Ciò posto, è ben vero che, come affermato dall'Adunanza plenaria con la nota decisione 24 marzo 2006 n. 3 (richiamata dall'Azienda appellata), la retribuitività delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico va riconosciuta "con carattere di generalità" solo a decorrere dalla data del 22 novembre 1998, di entrata in vigore dell'art. 15 d.lg. 29 ottobre 1998 n. 387 (con cui è stato modificato il testo dell'art. 56, ultimo comma, del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29), atteso il carattere innovativo e non interpretativo delle disposizioni in esso contenute.

Tuttavia, sulla disciplina appena ricordata, avente l'evidenziato "carattere di generalità", prevale la normativa specifica dettata per il personale delle unità sanitarie locali.

Con riguardo alla particolare fattispecie in tema di esercizio di funzioni primarie da parte dell'aiuto chiamato ex lege ad esperire tali compiti nella vacanza del relativo posto, è ormai pacifica in giurisprudenza la spettanza del relativo trattamento economico anche indipendentemente da ogni atto organizzativo da parte dell'amministrazione, non essendo prospettabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito (cfr., ad es., Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008 n. 878, 31 agosto 2007 n. 4523, 9 settembre 2005 n. 4641 e 12 luglio 2004 n. 5043).

Tanto ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, il quale dispone che, in caso di esigenze di servizio, il dipendente del servizio sanitario nazionale "può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori" ma l'assegnazione non può eccedere i sessanta giorni nell'anno

solare (co. 2) e che non costituisce esercizio di mansioni superiori la sostituzione di personale in posizione funzionale più elevata, quando la sostituzione rientri fra i compiti ordinari di quella sottostante (co. 3). In tali ipotesi non rientra l'esercizio di mansioni per vacanza del posto, laddove la protrazione dell'attività è riferibile unicamente ad inerzia del datore di lavoro e non può essere fatta ricadere sul dipendente il quale sia tenuto ad osservare per legge l'obbligo sostitutivo, come imposto all'aiuto dall'art. 7 del d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128.

Analogamente dispone l'art. 121, co. 7, del d.p.r. 28 novembre 1990 n. 384, che ha successivamente regolato l'esercizio di mansioni superiori dei sanitari, ai sensi del quale il relativo incarico comporta il compenso differenziale, eccetto che per i primi sessanta giorni e per un periodo fino a sei mesi; peraltro, contrariamente a quanto si afferma nella sentenza appellata, anche in relazione a quest'ultima regola il superamento del termine di sei mesi, come fatto riconducibile ad attività e ad obblighi imposti all'amministrazione ma da questa non osservati, **non fa venir meno il titolo al compenso per lo svolgimento di mansioni superiori in dipendenza dell'obbligo di prestazione gravante sul medico, non rilevando se le stesse siano o meno esercitate in modo prevalente (cfr., sul punto, cit. Cons. St., sez. V, n. 3428 del 2008).**

Va difatti considerato che il trattamento retributivo corrispondente a mansioni superiori spetta al sanitario pur se l'incarico si protrae oltre il detto termine massimo di sei mesi, dal momento che la rispettiva norma si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza dello stesso termine, perciò non ne preclude la retribuibilità quando l'amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o ne permetta la prosecuzione oltre il previsto periodo massimo (cfr., tra le più recenti, Cons. St., sez. V, 20 maggio 2010 n. 3192, richiamata dall'appellante, nonché 14 aprile 2009 n. 2292, oltre la ripetuta n. 3428 del 2008).

Infine, ancora contrariamente all'assunto del primo giudice, il diritto del dipendente a conseguire il trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori svolte neppure può ritenersi precluso dal disposto dell'art. 14 della legge 20 maggio 1985 n. 207, poiché detta disposizione, per quanto qui interessa, si limita a ribadire il divieto a carico degli organi direttivi dell'amministrazione sanitaria di conferire incarichi al personale esterno, senza disciplinare in alcun modo gli incarichi di mansioni superiori che si rivolgono evidentemente solo al personale già legato da rapporto di pubblico impiego (cfr. Cons. St., sez. V, 18 settembre 2006 n. 5438).

Nella specie, dunque, il dott., aiuto di ruolo con maggior punteggio ex cit. art. 7, co. 5, del d.P.R. n. 128 del 1969, ha diritto alle differenze retributive rivendicate, sia pure nei limiti e con le precisazioni esposte in prosieguo.

Risulta infatti che, nella specifica qualità indicata appena sopra e su posto vacante d'organico, egli ha esercitato le insopprimibili funzioni primariali (indubbiamente superiori a quelle proprie della posizione funzionale di aiuto, rivestita), dapprima per sessanta giorni e "senza titolo a diversa retribuzione" in base alla deliberazione 31 luglio 1991 n. 8 dell'Amministratore straordinario dell'USL n. 6 Valle Caudina, di conferimento di quelle funzioni per collocamento a riposo del titolare, poi di fatto fino al 30 giugno 1998, come comprovato in atti.

Né rileva l'espressa esclusione del compenso nella menzionata deliberazione, trattandosi di diritto soggettivo nascente per legge dalla prestazione delle mansioni primariali su posto vacante, a fronte del quale non è configurabile un potere autoritativo dell'USL in grado di incidervi; e ciò a maggior ragione in considerazione della non necessità di atto formale d'incarico.

Di conseguenza, in accoglimento dell'appello e del ricorso di primo grado la sentenza appellata, con la quale – come esposto innanzi – l'accertamento del diritto alla retribuzione differenziale era stato limitato a sei mesi decorrenti dal

sessantunesimo giorno di esercizio delle mansioni superiori, va riformata nel senso della declaratoria del diritto in questione fino al 30 giugno 1998, ferma restando l'esclusione ai sensi del menzionato art. 121 del d.P.R. n. 384 del 1990 (applicato dal TAR, ancorché erroneamente sotto il profilo anzidetto) dei primi sessanta giorni decorrenti, a loro volta, dal 1° settembre 1991, data di collocamento a riposo del primario titolare, ossia escluso il precedente periodo in cui la sostituzione è avvenuta per congedo ordinario dello stesso primario titolare.

Come di regola, le spese di entrambi i gradi seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado e dichiara il diritto dell'appellante a percepire il compenso differenziale nei limiti e con le precisazioni di cui in motivazione, condannando l'Azienda appellata al pagamento delle corrispondenti somme.

Condanna altresì la stessa Azienda appellata al pagamento in favore dell'appellante delle spese di entrambi i gradi, che liquida in complessivi € 1.500,00 (millecinquecento/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Lanfranco Balucani, Consigliere

Marco Lipari, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2012

IL SEGRETARIO

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