

**Consiglio di Stato - Sezione V, Sent. n. 376 del 06/02/2008****Svolgimento del processo**

Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso proposto dal dr. B.V., aiuto corresponsabile ospedaliero presso la divisione deformità vertebrali dell'Azienda Ospedaliera "X", per l'accertamento del diritto alle differenze retributive in relazione allo svolgimento di funzioni di primario dal 9 luglio 1992 al 30 settembre 1994 e dal 1° gennaio 1995 al 30 settembre 1995.

Il TAR ha riconosciuto che il posto del quale il ricorrente sostiene di aver svolto le mansioni poteva ritenersi vacante e disponibile soltanto nel periodo successivo al 1° settembre 1995.

Il dr. V. ha proposto appello per la riforma della sentenza.

L'Azienda Ospedaliera si è costituita in giudizio per resistere al gravame.

Le parti hanno depositato memorie a sostegno delle rispettive tesi.

Alla pubblica udienza del 6 novembre 2007 la causa è stata trattenuta in decisione.

Motivi della decisione

1. Va presa in esame l'eccezione di difetto di legittimazione passiva sollevata dall'Azienda Ospedaliera intimata in base al rilievo che, secondo l'art. 6, comma 1, della legge n. 724 del 1994, i debiti delle Unità sanitarie locali anteriori al 31 dicembre 1994, avrebbero dovuto essere posti a carico di apposite gestioni liquidatorie.

La sentenza appellata non si è espressa sulla medesima eccezione, già proposta in primo grado, passando all'esame del merito del ricorso.

Va condivisa, sul punto, la tesi dell'appellante, secondo cui l'eccezione è stata implicitamente rigettata dai primi giudici, e che la contestazione di tale rigetto sarebbe dovuto avvenire mediante ricorso incidentale.

L'eccezione pertanto va dichiarata inammissibile.

2. Con riguardo al merito del ricorso va ricordato che il ricorrente, dirigente medico di I livello, ha rivendicato il diritto alle differenze retributive in relazione allo svolgimento, dal 9 luglio 1992 al 30 settembre 1994 e dal 1° gennaio 1995 al 30 settembre 1995, delle funzioni primariati nella divisione deformità vertebrali, resosi vacante per collocamento a riposo del sanitario che lo ricopriva.

La sentenza impugnata ha negato la fondatezza della pretesa affermando che il posto, benché vacante, non poteva considerarsi disponibile per mancanza della autorizzazione regionale alla copertura del posto medesimo, prescritta dall'art. 9, comma 1, della legge n. 207 del 1985, richiamato dall'art. 121 del d.P.R. n. 384 del 1990.

L'appellante ha contestato tale statuizione invocando i principi spesso accolti dalla giurisprudenza, anche di rango costituzionale, secondo i quali l'esercizio delle funzioni primariati da parte dell'aiuto, in caso di posto vacante, danno diritto alla retribuzione superiore.

Occorre però precisare subito che la generale applicabilità dei principi di cui agli artt. 36 cost. e 2126 c.c., sono contenute in sentenze della Corte costituzionale (n. 57 del 1989 e n. 101 del 1995), aventi natura interpretativa, le quali, senza dichiarare l'illegittimità di alcuna delle disposizioni sottoposte al vaglio di costituzionalità, hanno offerto una interpretazione delle leggi considerate diversa da quella prospettata dal giudice che aveva sollevato la questione. Per costante riconoscimento della dottrina e della giurisprudenza, tali pronunce, pur nella loro indubbia autorevolezza, non esercitano una efficacia vincolante per i giudici nella soluzione delle concrete



vertenze, poiché soltanto l'annullamento della legge impugnata vieta al giudice di farne ulteriore applicazione.

Tale dato giuridico incontestabile ha provocato, anche nella materia di cui al presente giudizio, sensibili oscillazioni giurisprudenziali.

È stato infatti ripetutamente affermato che la domanda volta ad ottenere una retribuzione superiore a quella riconosciuta dalla normativa applicabile non può essere basata sull'art. 36 Cost., che afferma il principio di corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato; tale norma, infatti, non può trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale, quali quelli previsti dall'art.98 Cost. (che, nel disporre che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione, vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio) e quali quelli previsti dall'art.97 Cost., contrastando l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica rivestita, con il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità dei funzionari (cfr. Sez. VI, 19.9.2000, n. 4871; Sez. VI, 11.7.2000, n. 3882; Sez. VI, 15.5. 2000, n. 2785; Ad. Plen. 18.11.1999, n.22).

Alla stregua di tali orientamenti deve essere dichiarata la manifesta infondatezza delle questioni di legittimità avanzate dall'appellante con il quarto motivo di appello.

Ciò premesso, va tenuto presente che, con riferimento alla materia sanitaria, la giurisprudenza della Sezione è assolutamente consolidata nell'affermazione del diritto alle differenze retributive in caso di svolgimento di funzioni primarie da parte del dirigente di 1° livello, ma alla condizione che, fra l'altro, si tratti di un posto, oltre che vacante, anche disponibile (per citare solo le più recenti: sentt. 5 giugno 2007 n. 2991; 19 marzo 2007 n. 1299; 23 gennaio 2007 n. 194; 18 settembre 2006 n. 5428; 28 giugno 2006 n. 4226; 16 maggio 2006 n. 2790; 10 maggio 2006 n. 2579; 24 marzo 2006 n. 1522; 31 gennaio 2006 n. 355; 23 maggio 2005 n. 2579; 28 maggio 2004 n. 3437).

Secondo l'appellante, tuttavia, il difetto dell'autorizzazione regionale alla copertura del posto sarebbe da considerare una mera complicazione burocratica di ordine interno all'Amministrazione, come tale inidonea ad influire sul diritto alle differenze retributive.

La tesi non può essere condivisa.

L'orientamento giurisprudenziale favorevole alla retribuzione delle mansioni superiori di primario, anche in assenza di un formale provvedimento di incarico, si fonda comunque sulla circostanza che l'Amministrazione sarebbe stata nelle condizioni giuridiche di procedere alla nomina o all'incarico, e ciò per la ragione che l'inerzia ingiustificata nell'esercizio del potere non può risolversi in danno dei soggetti privati coinvolti.

Da tale ipotesi, peraltro, va tenuta distinta la situazione, emersa nella presente vicenda, determinata dal difetto del provvedimento autorizzatorio alla copertura del posto, secondo la prescrizione dell'art. 9 comma 1, della legge n. 207 del 1985, richiamato dall'art. 121 del d.P.R. n. 384 del 1990.

La mancanza della detta autorizzazione, infatti, opera una sorta di congelamento del posto, il quale, sebbene vacante, non può considerarsi coperto neppure in via di fatto, avendo la legge demandato alla Regione il potere di stabilire se debba essere ricoperto. Ne consegue che lo svolgimento delle relative mansioni risulta irrilevante anche nei suoi riflessi economici.

L'avviso espresso dai primi giudici, del resto, si basa sulla disciplina della materia dettata dall'art 121, comma 2, del d.P.R. n. 384 del 1990.

La norma stabilisce che le mansioni superiori sono giuridicamente configurabili sempre che siano state attivate le procedure per la copertura del posto secondo quanto disposto dal comma 1, ossia, in



virtù del rinvio all'art. 9 della legge n. 207 del 1990, dopo che sia stata conseguita la relativa autorizzazione regionale.

Occorre dunque concludere, per il punto in esame, che la sentenza, fondandosi su un preciso dato normativo, merita di essere confermata.

3. La presenza di un chiaro ed esplicito parametro di giudizio, che il giudice, comunque, non avrebbe potuto ignorare, conduce all'infondatezza del motivo di appello con il quale si addebita alla sentenza il vizio di extrapetizione, sul rilievo che l'Amministrazione resistente, nelle difese in primo grado, non ha mai fatto cenno al problema del difetto di autorizzazione regionale.

Il principio devolutivo, che regola il processo amministrativo di appello, impone al giudice di valutare la fondatezza della domanda non accolta in primo grado sulla base del quadro normativo di riferimento, indipendentemente dalla proposizione di tesi difensive da parte dell'Amministrazione.

La tesi dell'appellante condurrebbe ad imporre l'accoglimento del ricorso tutte le volte che l'Amministrazione non si sia difesa in giudizio, trascurando che l'oggetto del giudizio è la fondatezza della domanda non la completezza o l'esattezza della difesa opposta dalla controparte.

A ciò si aggiunge che il presente giudizio ha per oggetto, non la legittimità di un provvedimento amministrativo, bensì l'accertamento di un diritto, al cui riconoscimento l'Amministrazione si oppone in posizione paritetica. Risulta quindi non conferente la giurisprudenza citata in materia di divieto di integrazione della motivazione del provvedimento impugnato.

4. Con diversa censura l'appellante invoca la violazione dell'art. 7 del d.P.R. 27 marzo 1969 n. 128 a norma del quale l'aiuto è obbligato a sostituire il primario in caso di assenza. Si assume che si porrebbe in contrasto con elementari principi di giustizia e legittimità l'imposizione di un obbligo di prestazione non correlato all'obbligo di retribuire le relative mansioni.

A tale riguardo va osservato che, in forza della devoluzione alla contrattazione collettiva delle materie relative al rapporto di lavoro, disposta dall'art. 45 del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29, la materia dell'obbligo di sostituzione del primario risulta disciplinata dal già ricordato art. 121 del d.P.R. n. 384 del 1990. La disposizione, pur richiamando l'invocato art. 7 del d.P.R. n. 128 del 1969, e pertanto confermando che costituisce obbligo dell'aiuto sostituire il primario in caso di assenza, impedimento o urgenza, configura, ai commi 4 e 2, la sostituzione del primario, il cui posto sia vacante, come una ipotesi conferimento di mansioni superiori. In tal modo, l'obbligo di sostituzione del primario, in caso di posto vacante, viene ad essere subordinato alla condizione che siano attivate le procedure di cui al comma 1, e ciò non può avvenire se l'Azienda non abbia ottenuto l'autorizzazione regionale di cui si è detto sopra.

5. L'appellante lamenta anche che l'Amministrazione non ha fornito la prova del diniego regionale alla copertura del posto, non avendo prodotto in giudizio la risposta negativa della Regione in data 12 ottobre 1992.

La doglianza è inammissibile, posto che la deduzione della detta omissione documentale non è accompagnata da alcun principio di prova che, contrariamente a quanto sostiene l'Azienda, l'autorizzazione fosse stata assentita. La lesione dell'interesse legittimo dell'appellante, infatti, potrebbe ipoteticamente collegarsi ad una ingiustificata inerzia dell'Amministrazione che, pur messa nelle condizioni di dar corso all'applicazione dell'art. 121 del d.P.R. n. 384 del 1990, non vi abbia provveduto. Ma il relativo onere probatorio non è stato assolto dall'appellante neppure in misura embrionale.

Di qui l'inconsistenza della domanda di dar corso ad ulteriore attività istruttoria da parte di questo giudice.

6. L'appellante muove ulteriore censura nei confronti della statuizione con la quale la sentenza ha ritenuto estranea alla materia del contendere la domanda, formulata con memoria, di estendere la



condanna dell'Amministrazione alle differenze retributive per il periodo 22 aprile 1996 - 22 marzo 1997.

Si assume che la domanda si risolverebbe in un mero aggiornamento dell'importo dovuto dall'Azienda, non accompagnata dalla deduzioni di nuovi motivi.

La tesi non può essere condivisa.

L'appellante trascura la circostanza che la vertenza in esame è di natura paritetica e tende al riconoscimento di una pretesa di carattere economico, non all'annullamento di atti che costituiscano esercizio di potere. Di qui l'irrilevanza della mancata deduzione di motivi nuovi. Ne consegue che la modificazione della domanda nel quantum debeatur doveva essere formulata nel rispetto della garanzia del contraddittorio, che si consegue con la notificazione dell'atto alla controparte.

7. La richiesta riforma della sentenza, nel capo relativo alla parziale condanna nelle spese, è formulata sul presupposto dell'accoglimento dell'appello, e va dunque respinta in relazione all'esito del giudizio.

Sussistono tuttavia ragioni per compensare tra le parti le spese del presente appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, rigetta l'appello in epigrafe;
dispone la compensazione delle spese;

ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 6 novembre 2007 con l'intervento dei magistrati:

OMMISS