

**Consiglio di Stato - Sez. V; Sent. n. 3807 del 16.06.2010**

omissis

FATTO

I ricorrenti, tutti medici di varie unità operative in servizio presso la USL n.3 Carnica, avevano presentato un ricorso al TAR per il Friuli Venezia Giulia chiedendo: “ l'accertamento del diritto a percepire il corrispettivo per prestazioni di plus orario effettivamente svolte sia per quota equipe che per fondo comune dal 1.7.1983 al 31.12.1989 entro i limiti massimi di cui all'art.64 del d.p.r. 25.6.1983 n.348 e 106 del d.p.r. 20.5.1987 n.270 e nei limiti del valore delle prestazioni effettivamente eseguite con il compenso previsto dalla norme sopraindicate dedotti gli acconti già ricevuti a titolo di incentivazione e gli eventuali compensi a titolo di lavoro straordinario corrisposti per le medesime ore”.

Esponavano di avere espletato tutte le prestazioni ambulatoriali richieste alla struttura sanitaria, sia quelle per le quali era presentata da parte del paziente la c.d. impegnativa cioè la prescrizione rilasciata dal medico convenzionato, sia quelle a pagamento oggetto di rapporto libero professionale tra il paziente ed il singolo medico.

Il TAR partiva dalla considerazione che tutte le delibere della USL che si occupavano di flusso orario ed in particolare le deliberazioni n.214 del 1985, 310 del 1986 e 214 del 1989 espressamente contenevano determinazioni provvisorie per quanto riguardava il plus orario assegnato ai singoli medici.

Ciò in quanto la USL, non essendo in grado di conoscere esattamente il tetto di spesa, era costretta a determinare a posteriori l'esatto ammontare del plus orario effettuabile da parte dei singoli medici i quali, peraltro, erano a conoscenza di tale situazione precaria e quindi effettuavano la loro attività ben sapendo che essa poteva essere imputata a titolo di plus orario ovvero ad altro titolo (lavoro straordinario o conto recupero).

Pertanto, non esistendo alcuna preventiva autorizzazione alla effettuazione del plus orario a favore dei ricorrenti in misura superiore a quella poi determinata in via definitiva in quanto le determinazioni a riguardo erano state assunte dalla USL in via provvisoria e salvo conguaglio e non erano state mai riconosciute con specifici atti autorizzativi, il TAR concludeva per il rigetto del ricorso.

Deducono gli appellanti con plurime argomentazioni la contraddittorietà della sentenza che dopo avere affermato che non appariva corretto imputare agli interessati un eventuale errore della USL di appartenenza nella determinazione del tetto di spesa, dall'altra conclude per la reiezione del ricorso affermando che le conseguenze dei ritardi più che pluriennali delle USL nella applicazione degli istituti contrattuali relativi alla incentivazione alla produttività dovevano invece ricadere sui medici.

I ricorrenti sottolineano che determinare con effetto retroattivo il plus orario, si appalesa contrario ad ogni principio di logica e di buon senso ed ai principi di correttezza nei rapporti contrattuali .

Si è costituita la Gestione liquidatoria della Unità sanitaria locale n.3 “Carnica” presentando appello incidentale avverso la sentenza chiedendo in primis una pronuncia di difetto di giurisdizione del giudice adito con riferimento alle richieste dei ricorrenti per il periodo regolato normativamente dal d.p.r. 25 giugno 1983 n.348 (1 luglio 1983 – 31 dicembre 1985) richiamando al riguardo le pronunzie di questo Consiglio di Stato e della Corte di Cassazione (Cons. Stato, Sez. VI 1.12.1999 n.2046; Cass. Civile, Sez. Unite 1.9.1999 n.613).



Per la parte del petitum soggetta alla giurisdizione del giudice amministrativo la Gestione liquidatoria chiede con diffuse argomentazioni la riforma della sentenza del primo giudice rilevando che la stessa avrebbe erroneamente ed insufficientemente motivato in ordine alla irrilevanza, ai fini della retribuzione delle ore di plus orario, in ordine della incapienza del fondo di incentivazione.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

La causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione all'udienza del 23 marzo 2010.

DIRITTO

1. La pretesa azionata avanti il TAR Friuli Venezia Giulia aveva riguardato l'attività svolta da alcuni medici dipendenti dell'allora USL n. 3 "Carnica", oggi Azienda per i Servizi Sanitari n. 3 "Alto Friuli", per il periodo 1 luglio 1983 - 31 dicembre 1989 (o diverso periodo di servizio), in eccedenza al normale orario settimanale di servizio, che si chiedeva fosse considerata "attività connessa con l'istituto dell'incentivazione della produttività".

In punto di fatto occorre osservare che in attesa della definitiva applicazione della incentivazione, con successive deliberazioni aziendali, la USL aveva determinato in via provvisoria il plus-orario da attribuire a ciascuna equipe, dapprima, per il periodo 1 luglio 1983 - 31 dicembre 1984 e, successivamente fino al 1989, senza mai autorizzare preventivamente l'espletamento delle ore di plus-orario di cui i ricorrenti hanno richiesto il pagamento in base ai criteri dell'incentivo di produttività.

Con la sentenza appellata, il TAR Friuli Venezia Giulia ha respinto la domanda dei ricorrenti sull'unica motivazione dell'assenza di alcuna preventiva autorizzazione da parte dell'azienda sanitaria all'espletamento di tali prestazioni in regime di plus-orario.

2. Deve essere dichiarato il difetto di legittimazione passiva ed estromessa dal giudizio la regione Friuli Venezia Giulia chiamata in giudizio per il fatto che in pendenza di causa ed in attuazione del decreto legislativo n. 502 del 1992 sono state costituite le Aziende Sanitarie Locali per il servizi sanitari con cessazione della USL .

La Regione infatti non assume alcuna competenza nella vicenda processuale in esame né può considerarsi legittimata passiva.

Come infatti rilevato dalla Sezione, a seguito della soppressione delle unità sanitarie locali e della conseguente istituzione delle aziende sanitarie locali (aventi natura di enti strumentali della Regione) si è realizzata una fattispecie di successione "ex lege" della Regione nei rapporti obbligatori già di pertinenza delle medesime Usl, attraverso la creazione di apposite gestioni stralcio, poi liquidatorie.

Tali gestioni, strutturalmente e finalisticamente diverse dall'ente subentrante, vengono individuate nell'ufficio responsabile della preesistente Usl a cui si riferivano i debiti ed i crediti pregressi, fruiscono della soggettività dell'ente soppresso, prolungata durante la fase liquidatoria e sono rappresentate dal direttore generale della rispettiva azienda nella specifica veste di commissario liquidatore.

Pertanto il processo instaurato nei confronti di una Usl prima della sua soppressione prosegue tra le parti originarie; di conseguenza, la relativa legittimazione attiva e passiva spetta esclusivamente al menzionato organo di rappresentanza della gestione. (Consiglio Stato , sez. V, 22 ottobre 2007 , n. 5501; sez. V, 19 novembre 2009 , n. 7233).

2.1. Deve essere esaminato in primis l'appello incidentale della amministrazione che ha sostenuto il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alle richieste avanzate dai ricorrenti con riferimento alle prestazioni rese nel periodo compreso tra il 1 luglio 1983 ed il 31 dicembre 1985, essendo le stesse disciplinate dal d.p.r. 25 giugno 1983 n. 348 che le qualificava alla stregua di



prestazioni libero professionali di natura privatistica, rimesse quindi, alla cognizione del giudice ordinario.

3. Il motivo dedotto dalla appellante incidentale merita accoglimento.

La giurisprudenza ha espresso la seguente posizione consolidata negli anni: "le controversie relative alla retribuzione dell'attività svolta da medici dipendenti da strutture pubbliche in regime di plus orario sono devolute alla giurisdizione ordinaria limitatamente al periodo di vigenza del d.p.r. 25 giugno 1983 n. 348, a norma del quale le relative prestazioni sono configurabili come attività libero professionale di natura privatistica, mentre spettano alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per il periodo successivo al 1° gennaio 1986, data di decorrenza degli effetti economici della l. 20 maggio 1982 n. 270, che ha configurato il regime suddetto come istituto particolare del rapporto di pubblico impiego" (Cons. Stato, Sez. VI, 1.12.1999 n. 2046; Cassazione Civile, Sezioni Unite, 1.09.1999 n. 613; Sezioni Unite, 22.06.1994 n. 5971; Sezioni Unite, 27.05.1994 n. 5215; Sezioni Unite, 25.05.1993 n. 5853; Sezioni Unite, 23.03.1993 n. 3385; Sezioni Unite, 28.01.1993 n. 1072; Sezioni Unite, 10.12.1992 n. 13088).

In definitiva, quindi, il discrimine tra la giurisdizione del giudice amministrativo e quella del giudice ordinario è dato dalla diversa qualificazione delle prestazioni rese in regime di plus-orario a seconda che esse siano assoggettate al d.p.r. 348/83 ovvero al d.p.r. n. 270/87.

Pertanto la eccezione di difetto di giurisdizione deve essere accolta.

4. Per la parte del petitum in cui deve ritenersi sussistente la giurisdizione amministrativa occorre considerare che il TAR Friuli Venezia Giulia ha rigettato il ricorso sul rilievo che le prestazioni rese in regime di plus-orario dai ricorrenti non fossero state preventivamente autorizzate dall'azienda sanitaria .

Il TAR infatti constatava la carenza del requisito essenziale ai fini del pagamento delle relative prestazioni, vale a dire l'autorizzazione preventiva da parte della USL non esistendo "agli atti alcuna autorizzazione all'effettuazione del plus orario da parte dei ricorrenti in misura superiore a quella poi determinata in via definitiva, in quanto le determinazioni a riguardo erano state assunte dalla USL tutte in via provvisoria e quindi salvo conguaglio e gli stessi pagamenti effettuati risultavano conseguentemente del tutto provvisori" (pag.5-6 della sentenza appellata).

In sostanza rilevava il TAR che non essendo in grado di conoscere esattamente il tetto di spesa, la USL era stata costretta a determinare a posteriori l'esatto ammontare del plus-orario da parte dei medici, i quali, peraltro, "conoscevano benissimo tale situazione precaria e quindi hanno effettuato la loro attività sapendo che essa poteva essere imputata o a titolo di plus orario ovvero ad altro titolo (straordinario o in conto recupero)".

Al contempo, il TAR ha ritenuto che laddove tali prestazioni fossero state autorizzate ai ricorrenti sarebbe comunque spettato il relativo compenso "anche nell'ipotesi in cui si sia verificato lo sfondamento del tetto massimo di spesa in quanto non appare corretto imputare agli interessati un eventuale errore della USL di appartenenza".

5. Tale modo di argomentare viene censurato sia dai ricorrenti, con l'appello principale, che dalla Gestione liquidatoria, nel secondo motivo dell'appello incidentale proposto .

6. Nell'appello principale i ricorrenti hanno sostenuto che ritardi o incapacità della amministrazione non possono determinare conseguenze pregiudizievoli nei confronti dei medici ricorrenti che hanno espletato tutte le prestazioni ambulatoriali che la amministrazione ha loro richiesto ed effettuato il prolungamento orario di lavoro secondo le indicazioni e le disposizioni in atto al 1.7.1983 che non hanno mai subito mutamenti, se non con effetto largamente retroattivo. Che proprio in relazione alla difficoltà di determinare con esattezza le risorse disponibili gli accordi di lavoro prevedevano la



facoltà della amministrazione di procedere ad una revisione periodica del plus orario per aggiustarlo in relazione alle risorse effettivamente disponibili.

7. Nell'appello incidentale, la Gestione liquidatoria si duole che il TAR abbia omesso di pronunciarsi sulle diffuse argomentazioni della amministrazione nelle memorie in primo grado, laddove dava conto del consolidarsi dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, al di là della autorizzazione, la sufficiente copertura dell'apposito fondo costituisce l'unico limite per la retribuzione delle prestazioni lavorative in regime di plus-orario, di guisa che, anche il provvedere a titolo provvisorio da parte della Azienda sanitaria, costituiva un modo di procedere obbligato per l'amministrazione che non era in grado di conoscere esattamente il tetto di spesa.

8. La Sezione condivide le argomentazioni della appellante incidentale.

La giurisprudenza della Sezione (tra le tante Cons. Stato, V, 12.7.1996 n.862; V, 17.9.1996 n.1139; V, 30 settembre 2002, n. 5040) è univoca nell'affermare che la retribuzione delle prestazioni in plus orario degli impiegati delle unità sanitarie locali è subordinata esclusivamente alla sufficiente copertura finanziaria dell'apposito fondo e che, pertanto, in caso di insufficienza delle risorse finanziarie disponibili, le prestazioni eventualmente effettuate in eccedenza vanno retribuite non già alla stregua del compenso incentivante, ma come ore di lavoro straordinario od altro titolo rimanendo del tutto irrilevante la previa autorizzazione delle ore in plus orario da parte della amministrazione.

La copertura finanziaria infatti costituisce un limite vincolante per la remunerazione delle prestazioni lavorative in quanto la relativa attività deve essere retribuita esclusivamente attraverso la ripartizione dei fondi aventi siffatta destinazione, fermo restando che la programmazione delle ore di lavoro effettuabili avviene in via preventiva, in relazione alle finalità incentivanti perseguite, mentre il fondo da distribuire è costituito dall'apposito finanziamento regionale che viene determinato e reso disponibile solo a consultivo, onde solo in quel momento è reso conoscibile l'importo spettante a ciascun dipendente trattandosi appunto di una retribuzione incentivante, subordinata al raggiungimento di determinati livelli qualitativi e quantitativi di produttività (Cons. Stato, V, 12.7.1996 n.862, cit.).

La giurisprudenza ha ulteriormente chiarito che la tesi secondo la quale il fondo per il pagamento dei compensi per il plus orario deve essere gestito in modo da garantire un parallelismo costante tra prestazioni autorizzate e risorse di copertura, esprime una giusta esigenza di buona amministrazione, ma non ha alcun rilievo giuridico in quanto la normativa circoscrive la possibilità di utilizzare questa forma di incentivazione esclusivamente nei limiti delle risorse effettivamente disponibili sul fondo in questione e che, pertanto, il punto sta semmai nel trovare forme alternative per compensare le ore di lavoro effettivamente prestate oltre l'orario normale (Cons. Stato, V, 30 settembre 2002 cit.; V, 12 aprile 2005 n.1620; V, 5 febbraio 2007 n.436).

È perciò da disattendere l'assunto secondo cui il limite della capienza del fondo comporta che l'amministrazione sanitaria debba verificare costantemente la sua capienza a fronte delle prestazioni autorizzate ed intervenire con opportune misure finanziarie nel corso della sua gestione.

9. Appare quindi fondato l'appello incidentale proposto dalla Gestione liquidatoria che ha rilevato la erroneità della motivazione della decisione appellata là dove ipotizza il diritto per gli interessati a percepire il compenso per il plus orario ove autorizzato anche nella ipotesi di sfondamento del tetto massimo di spesa, mentre privo di fondamento, in quanto contrario agli approdi cui è pervenuta la giurisprudenza della Sezione, è quello principale proposto dai ricorrenti.

10. In conclusione:



- quanto alle prestazioni rese anteriormente al 1 gennaio 1986, va dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza di primo grado essendo la relativa giurisdizione del giudice ordinario;
- deve essere accolto, l'appello incidentale proposto dalla Gestione liquidatoria e la sentenza appellata, pur essendo il suo dispositivo conforme a legge, va corretta in parte qua, per quanto di ragione, nella motivazione;
- l'appello principale, per la parte relativa alla richiesta delle prestazioni successive al 1 gennaio 1986, deve essere respinto.

11. Ricorrono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di stato in sede giurisdizionale, quinta Sezione, definitivamente decidendo:

- dichiara il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo quanto alle prestazioni rese anteriormente al 1 gennaio 1986, essendo la giurisdizione del giudice ordinario, con conseguente annullamento senza rinvio della sentenza di primo grado;
- accoglie, per quanto di ragione, l'appello incidentale proposto dalla Gestione liquidatoria e corregge per quanto di ragione la motivazione della sentenza appellata;
- respinge l'appello principale per la parte relativa alla richiesta delle prestazioni successive al 1 gennaio 1986; ;
- compensa spese ed onorari.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2010 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2010

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

Il Dirigente della Sezione