

**Consiglio di Stato – Sez. III; Sent. n. 4086 del 10.07.2012**

OMISSIS

FATTO

1. Il Dott. X., già responsabile dal 1992 del Ser.T. (servizio tossicodipendenze) della disciolta U.S.L. 40, assume di avere ricoperto sin dal 24.7.1995 l'incarico di dirigente dell'unità organica Ser.T n. 8 del distretto 47, fino alla cessazione del rapporto di lavoro con la ASL Napoli.

Non avendo mai l'Azienda attribuito al ricorrente il relativo riconoscimento economico previsto dall'art. 56 C.C.N.L. della Dirigenza medica e veterinaria relativo al quadriennio 1994/1997 e dall'art. 39 del successivo C.C.N.L. per il quadriennio 1998/2001, ha proposto ricorso al TAR Campania, per l'accertamento delle differenze retributive spettanti, ai sensi dell'art. 29 D.P.R. 20.12.1979 n. 761, dell'art. 2126 c.c. e dell'art. 36 Cost., con rivalutazione e interessi fino al soddisfo.

2. Il TAR respingeva il ricorso, affermando che il trattamento economico di posizione spettante ai dirigenti è determinato dall'Azienda in sede di graduazione delle funzioni dirigenziali (art. 50, comma 3, secondo i parametri di riferimento di cui agli artt. 54 e 55 del contratto citato). In mancanza di graduazione delle funzioni è garantita la retribuzione di posizione minima (suddivisa nella componente fissa e in quella variabile di cui alla tabella 2 allegata al contratto). L'Azienda non ha mai proceduto alla detta graduazione onde al ricorrente è dovuta la sola retribuzione di posizione nella misura contrattuale minima di cui alla Tabella, e non la reclamata retribuzione di posizione di cui all'art. 54 comma 1, lett. B.

Peraltro, la determinazione della retribuzione di posizione richiede l'esercizio di apprezzamenti discrezionali che anche in regime di privatizzazione del pubblico impiego devono intendersi riservati alla P.A., in quanto attinenti alla funzione "macroorganizzatoria" di cui all'art. 2, comma 1, D.Lgs 165/2001.

3. Con l'atto di appello in esame, il Dott. X. denuncia l'errore in cui sarebbe incorso il primo giudice nell'applicazione della normativa di riferimento, in quanto il ritardo nell'adozione dell'atto datoriale ovvero del documento aziendale di graduazione delle funzioni non può costituire argomento fondante il rigetto delle pretese avanzate.

La normativa di cui al D.Lgs 30.12.1992 n. 502 di riordino della disciplina in materia sanitaria consentiva di definire i criteri in base ai quali individuare con certezza quali unità operative fossero da considerarsi "strutture complesse", e conseguentemente qualificare come funzioni dirigenziali di II livello quelle del dirigente ad esse preposto. Il SER.T. ad alta utenza è una struttura complessa, secondo i criteri di cui al D.M. 444 del 1990, tab. A; tant'è che con atto aziendale adottato nel 2004 L'ASL Napoli 1 ha inserito il Ser.T del Distretto 47 tra le strutture considerate complesse.

4. Resiste in giudizio l'Azienda intimata, affermando l'inconsistenza giuridica delle censure dell'appellante e, tra l'altro, evidenziando che tutta la documentazione prodotta in giudizio consiste di meri provvedimenti di assegnazione del ricorrente a referente della U.O. Ser.T. del Distretto n. 47, ferma restando la qualifica rivestita.

5. All'udienza del 30 marzo 2012 il ricorso è stato assunto in decisione.

DIRITTO

1.L'appello non è fondato.



2. Sia la giurisprudenza del giudice amministrativo che quella del giudice ordinario hanno affrontato la questione sottoposta all'esame del Collegio, affermando che "è affidata alle aziende sanitarie locali l'attribuzione di un valore economico a ciascuna posizione dirigenziale prevista nel proprio assetto organizzativo, secondo parametri di riferimento - per la definizione della retribuzione di posizione - che sono stabiliti in misure diverse per i dirigenti cui sia affidata la direzione di struttura complessa oppure semplice e per i dirigenti cui non sia affidata la direzione di struttura." La parte variabile della retribuzione di posizione dipende dunque dal valore economico della funzione dirigenziale secondo le valutazioni discrezionali di tipo organizzatorio dell'Azienda (Cassazione civile, sez. lav, 8 gennaio 2008, n. 148; Consiglio di Stato, sez. V, 30 maggio 2007, n. 2766).

Ciò in quanto la definizione della retribuzione di posizione non è stabilita normativamente in misura fissa, ma è rimessa alle aziende sanitarie locali, che devono fare applicazione dei criteri e parametri di cui all'art. 51, per stabilire ordini e gradi di responsabilità e di funzioni, in relazione ai quali la retribuzione accessoria è contenuta nelle fasce di valori indicate dall'art. 56, che vanno da un minimo ad un massimo.

Appare, pertanto, corretta la decisione del primo giudice e non condivisibile la censura proposta dall'appellante secondo cui la natura di "struttura complessa" del Ser.T cui era preposto risulterebbe da specifici indici normativi, desumibili dal D.M. 444/1990, presentando un'utenza media superiore alle 100 unità, con conseguente diritto alla corresponsione del trattamento di cui all'art. 54 C.C.N.L. della Dirigenza sanitaria, anche in assenza di un atto datoriale di graduazione delle funzioni.

Invero, dall'art. 6, comma 4 del D.M. 444/1990 si desume soltanto che "per il coordinamento dell'attività dei SERT deve essere previsto, per quelli ad alta utenza, un dirigente di posizione funzionale apicale, per quelli a media e bassa utenza un coadiutore di posizione funzionale intermedia."

Come rilevato anche dalla Corte di Cassazione nella sentenza n.18266 del 5.8.2010, intervenuta tra le stesse parti di questo giudizio e per le stesse mansioni svolte nel periodo dal 1 luglio 1998 al 28 febbraio 2002, in mancanza dell'emanazione dell'atto di indirizzo e coordinamento di cui al D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 8 quater, comma 3, così come integrato dal D.Lgs. n. 229 del 1999, non resta che la disciplina transitoria prevista dall'art. 15 quinquies, comma 6, del menzionato D.Lgs, a norma del quale: "Ai fini del presente decreto, si considerano strutture complesse i dipartimenti e le unità operative individuate secondo i criteri di cui all'atto di indirizzo e coordinamento previsto dall'art. 8 quater, comma 3; fino all'emanazione del predetto atto si considerano strutture complesse tutte le strutture riservate dalla pregressa normativa ai dirigenti di secondo livello dirigenziale."

Occorreva, pertanto, quantomeno che il ricorrente dimostrasse che il servizio Ser. T, al quale esso era stato preposto, fosse struttura riservata dalla pregressa normativa ai dirigenti di secondo livello.

3. In conclusione, l'appello va rigettato.

4. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano in euro 2.000,00, oltre accessori come per legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna l'appellante alle spese di giudizio in favore dell'Azienda resistente, che liquida in euro 2.000,00, oltre iva e cpa come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente



S.I.Ve.M.P

Consiglio di Stato Sent. 4086/2012

Vittorio Stelo, Consigliere
Roberto Capuzzi, Consigliere
Dante D'Alessio, Consigliere
Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/07/2012 10/07/2012

IL SEGRETARIO

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