

**Corte d'appello di Roma; Sent. n. 408 del 18.05.2012****ESPOSIZIONE DEI FATTI**

Con ricorso al Tribunale di Roma depositato il 13 giugno 2007 [...], premesso di essere dipendente dell'Azienda Ospedaliera X. In qualità di dirigente medico di I livello presso l'Unità operativa complessa di X. Ha esposto che dal 1° aprile 2003 al 31 gennaio 2006, ha ricoperto l'incarico di direttore della detta unità operativa per disposizione del Capo dipartimento di X, essendo stata collocata a riposa la X. Già responsabile dell'Unità: e che non ha percepito, nonostante formali richieste, il trattamento economico di dirigente medico di II livello spettante in relazione all'incarico così assolto.

Ha quindi chiesto condannarsi l'Azienda al pagamento della complessiva somma di € X oltre accessori di legge.

L'Azienda Ospedaliera si è costituita in primo grado per contestare la fondatezza della pretesa.

Il tribunale, con la sentenza indicata in epigrafe, ha respinto la domanda dichiarando compensate le spese di lite,

Con atto depositato il 29 ottobre 2009, il dott. X ha proposto appello formulando un unico articolato motivo di gravame ed ha rassegnato le conclusioni sopra trascritte.

Si è costituita in data 27 gennaio 2012 l'Azienda chiedendo il rigetto dell'impugnazione siccome infondata

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. – l'appellante lamenta violazione e falsa applicazione dell'art. 18 del CCNL Dirigenza medica e veterinaria nonché dell'art. 56 del d.lgs. n. 29/93, come sostituito dall'art. 25 d.lgs. n. 80/98, modificato dall'art. 15 d.lgs. n. 387/98, contraddittorietà della motivazione ed errore nei motivi e nei presupposti. Deduce in proposito che il Tribunale ha respinto la domanda ritenendo non applicabili alla fattispecie le suddette disposizioni, per cui sarebbe stata teoricamente riconoscibile la speciale indennità stabilita dall'art. 18 del c.c.n.l. per il caso di sostituzioni che tuttavia non era stata richiesta. Osserva, in estrema sintesi, che, invece, in base al citato art. 56, nel caso in cui il prestatore di lavoro venga adibito a mansioni corrispondenti alla qualifica superiore, il medesimo ha diritto alle corrispondenti differenze retributive, per cui, non ricorrendo i presupposti della sostituzione, giacché egli ha svolto per tre anni le funzioni superiori mentre l'Azienda non ha avviato le procedura per la nomina del nuovo responsabile dell'Unità operativa, avrebbe dovuto essere riconosciuto in suo favore il trattamento economico spettante ad un dirigente di II livello.

Tali argomenti sono parzialmente condivisibili.

La Corte di Cassazione, con la sentenza 1/10/2008, n. 24373, ha avuto occasione di esporre con chiarezza quali sono i principi che regolano il caso in cui un dirigente medico venga chiamato a svolgere mansioni proprie di un incarico "superiore". Nella controversia così decisa il medico, dirigente di I livello aveva chiesto la condanna dell'Azienda al pagamento delle differenze retributive per aver svolto le funzioni superiori di dirigente di 2° livello, per il periodo del 30.06.1998 al 27.4.2000, avendo svolto di fatto tali mansioni fino al 1° novembre 1999 ed avendo ricevuto in seguito una retribuzione di posizione per l'esercizio delle funzioni superiori, in virtù di formale incarico per il periodo successivo al 1° novembre 1999.

Non è forse inopportuno riportare integralmente la motivazione della citata pronuncia.

“Con l'unico motivo di ricorso l'Azienda denuncia violazione del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15, art. 15 ter, art. 15 quinquies del D.Lgs. n. 165 del 2001, artt. 19, 24 e 52 degli artt. 51 e segg. del CCNL 5.12.1996, degli artt. 26 e 18 del CCNL 1998/2001, dell'art. 2103 cod. civ., nonché carenza e illogicità della motivazione.



Sostiene la ricorrente che il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56, è destinata al personale del comparto ed alla sua riclassificazione in categorie e non è applicabile alla dirigenza, per la quale trova invece applicazione il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 19, che esclude l'applicabilità dell'art. 2103 cod. civ., al passaggio di incarichi dei dirigenti.

Rileva la ricorrente che il D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15, colloca la dirigenza sanitaria in un ruolo unico, distinto per profili professionali, e in un unico livello. Ricorda altresì che l'art. 15 ter, comma 2, dispone che le funzioni di 2° livello possono essere assunte solo a seguito del conferimento dell'incarico da parte del direttore generale dopo una procedura selettiva pubblica. Rileva che l'art. 18 del CCNL al comma 7 stabilisce che le sostituzioni del direttore di 2° livello "non si configurano come mansioni superiori in quanto avvengono nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza"; il contratto prevede la corresponsione di una indennità fissa mensile al dirigente incaricato qualora la sostituzione si protragga per oltre due mesi. Ricorda che sia il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 19, che il D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 ter, espressamente dichiarano l'inapplicabilità dell'art. 2103 c.c., al dirigente di 1° livello nell'ipotesi di sostituzione del responsabile di struttura complessa o del Dipartimento.

L'Azienda rileva, altresì che il CCNL ha determinato per i dirigenti una "retribuzione di posizione" collegata alle reali responsabilità assegnate a ciascun dirigente in funzione dell'incarico conferito. Nella specie all'incarico conferito al Dott. M. con ordine di servizio del (OMISSIS) è stato riconosciuto un peso pari a punti 36,00 a cui è corrisposta la retribuzione di posizione attribuita al dirigente, comportante un incremento del suo stipendio. Nessun'altra differenza economica è attribuibile al ricorrente al di fuori della retribuzione di posizione già corrisposta. Per il periodo precedente l'attribuzione formale dell'incarico (30.6.1998/1.11.1999) il ricorrente avrebbe dovuto chiedere l'applicazione dell'istituto delle sostituzioni (artt. 51 e segg. CCNL). Rileva, infine, che a norma dell'art. 15, comma 3 del Regolamento per la disciplina del conferimento e della revoca degli incarichi dirigenziali, di cui alla Delib. n. 473 del 1998, l'attribuzione temporanea dell'incarico, da diritto al temporaneo riconoscimento dell'inerente retribuzione di posizione e della quota parte della retribuzione di risultato, ma non da diritto alle differenze retributive tra il 1° ed 2° livello dirigenziale.

Il ricorso è fondato.

E' pacifico tra le parti che il Dott. M., dirigente di 1° livello, ha espletato le funzioni di dirigente di 2° livello (responsabile del SIAN) nel periodo dal 30.6.1998 al 27.4.2000. La Corte territoriale ha riconosciuto al Dott. M. il diritto alle differenze stipendiali in base al disposto del D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 56 e dell'art. 36 Cost.. L'assunto del giudice di appello non può essere condiviso.

In primo luogo, trattandosi di dirigente, la disposizione della L. n. 29 del 1993, applicabile non era l'art. 56, relativo ai dipendenti non dirigenti con contratto a tempo indeterminato, bensì l'art. 19, relativo agli incarichi di funzioni dirigenziali, nel testo risultante dalle modifiche e integrazioni introdotte dal D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80, art. 13.

Le profonde differenze strutturali esistenti tra il rapporto di lavoro dei dipendenti e quello dei dirigenti (per questi ultimi in particolare le modalità di assunzione, la durata temporanea del rapporto, le possibilità di scioglimento, l'inquadramento ecc.) non consentono la automatica trasposizione ai dirigenti delle disposizioni che regolano il rapporto di lavoro dei dipendenti.

In questa prospettiva va letta anche la disposizione contenuta nell'ultimo periodo dell'art. 19 cit., comma 1, che con riguardo ai dirigenti dispone che "al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'art. 2103 c.c.". Da tale disposizione si ricava che in materia di assegnazioni di mansioni e di passaggio a mansioni diverse dei dirigenti non si



applicano i principi fissati dal codice civile, ma occorre aver riguardo a quanto disposto dalla legislazione speciale e dalla contrattazione collettiva.

Tale disposizione è ribadita dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, (Riordino della disciplina in materia sanitaria) che all'art. 15 ter comma 5, stabilisce che "il dirigente preposto ad una struttura complessa è sostituito, in caso di sua assenza o impedimento, da altro dirigente della struttura o del dipartimento individuato dal responsabile della struttura stessa; alle predette mansioni superiori non si applica l'art. 2103 c.c., comma 1".

Il D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15, comma 1, dispone che "la dirigenza sanitaria è collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali".

Il D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 24, comma 1, stabilisce che "la retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia corrispondente alle funzioni attribuite e alle connesse responsabilità". Al comma 3 dispone che:

"il trattamento economico determinato ai sensi del comma 1 ...

remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto, nonchè qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione di appartenenza presso cui prestano servizio ...".

Il D.Lgs. n. 29 del 1993, ha dunque rimesso alla contrattazione collettiva di settore la disciplina del trattamento economico dei dirigenti, ivi compreso il trattamento "accessorio" spettante nel caso di conferimento temporaneo di mansioni diverse.

Il CCNL dell'area relativa alla dirigenza medica pubblicato nella G.U. del 30.12.1996 ed il successivo CCNL pubblicato nella G.U. del 22 luglio 2000, in attuazione del D.Lgs. n. 29 del 1993, art. 24, hanno previsto la graduazione delle funzioni cui è correlato il trattamento economico di posizione (formato da una parte fissa prevista dal CCNL e di una parte variabile determinata dall'Azienda), che è volto a remunerare le reali responsabilità assegnate a ciascun dirigente, a prescindere dal livello retributivo spettante al dirigente medesimo. Con tale meccanismo contrattuale al dirigente assegnato temporaneamente a mansioni diverse e di grado superiore compete il trattamento economico di posizione corrispondente alle funzioni effettivamente svolte. Null'altro può competere al dirigente assegnato a funzioni diverse, non operando l'art. 2103 cod. civ.. Nella specie al Dott. M. è stata riconosciuta una retribuzione di posizione di L. 358.000 mensili per l'esercizio delle funzioni superiori, secondo le previsioni contrattuali che non sono state contestate, e nulla di più gli compete.

Neppure è invocabile il disposto dell'art. 36 Cost.. La previsione legislativa di un ruolo unico di dirigenza, ancorchè articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali, e la previsione contrattuale di una retribuzione di posizione in relazione alla graduazione delle funzioni, esclude la violazione del principio costituzionale di corrispondenza della retribuzione alla quantità e qualità del lavoro prestato, poichè la retribuzione di posizione, secondo l'autonomia contrattuale, remunera in modo pieno e soddisfacente il lavoro prestato."

Nella fattispecie ora in esame, premesso che l'Azienda, costituendosi in primo grado, non ha specificamente contestato lo svolgimento da parte del dott. X di tutte le funzioni proprie di responsabile dell'Unità operativa complessa (circostanza peraltro risultante chiaramente dai numerosi documenti prodotti dall'originario ricorrente e posta in evidenza anche dal Tribunale), deve ritenersi non applicabile la disposizione di cui all'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 (già art. 56 d.lgs. n. 29/3) stante la specifica diversa disposizione speciale di cui all'art. 19, comma 1, dello stesso d.lgs. n. 165/2001 dettata per i dirigenti e la ancora più speciale disposizione dei ci all'art.



15-ter, comma 5, del d.lgs n. 502/1992, introdotto dall'art. 13, d.lgs. n. 229/1999, secondo cui "il dirigente preposto a una struttura complessa è sostituito, in caso di sua assenza o impedimento, da altro dirigente della struttura o del dipartimento individuato dal responsabile della struttura stessa; alle predette mansioni superiori non si applica l'articolo 2103, comma primo, del codice civile".

Tuttavia, deve rilevarsi che nella specie non viene in considerazione un'ipotesi di sostituzione di altro dirigente assente o impedito, giacché è pacifico che Y. Era stata posta in quiescenza, pertanto, l'Azienda avrebbe dovuto avviare le procedure per la designazione di un nuovo dirigente medico di 2° livello.

Nulla ha dedotto in proposito l'Azienda per cui deve escludersi che la designazione del dott. X da parte del Capo dipartimento abbia avuto luogo in attesa dell'espletamento della detta procedura, così come consentito dall'art. 15 comma 4 del c.c.n.l. per la dirigenza medica e veterinaria 1998/2001, secondo cui " Nel caso che l'assenza sia determinata dalla cessazione del rapporto di lavoro del dirigente interessato, la sostituzione è consentita per il tempo strettamente necessario ad espletare le procedure di cui ai DPR. 483 e 484/1997 ovvero dell'art. 17 bis del d.lgs. 502/1992. In tal caso può durare sei mesi, prorogabili fino a dodici" (cfr. Cass. Civ. Sez. VI, 06.06.2011, n. 12193, per l'ipotesi prevista dall'art. 20 del d.P.R. 8 maggio 1987, n. 266, in tema di reggenza de parte del personale appartenente alla nona qualifica funzionale del comparto Ministeri del pubblico ufficio sprovvisto temporaneamente del dirigente titolare, che deve esser interpretato, ai fini del rispetto del canone di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost. e dei principi generali di tutela del lavoro di cui agli artt. 35 e 36 Cost., 2103 c.c. e 52 d.lgs. n. 165 del 2001, nel senso che l'ipotesi della reggenza costituisce una specificazione dei compiti di sostituzione del titolare assente o impedito, contrassegnata dalla straordinarietà e temporaneità).

Nel caso ora in esame, invece, il dott. X. al di fuori di ogni ipotesi contrattuale, ha svolto per "ordine" del suo superiore, le funzioni proprie del capo di struttura complessa, senza che il direttore generale, pur formalmente reso dedotto di tale incarico (v. nota del 22 aprile 2003 sub doc. 2 produzione ricorrente di primo grado), avesse rilevato alcunché di anomalo né avesse avviato la procedura di nomina di nuovo responsabile né avesse fatto cessare l'incarico di supplenza.

Posto che, per quanto sopra, pur essendo unica la qualifica dirigenziale e pur non essendo applicabile l'art. 2103 c.c. e considerato che la previsione contrattuale di una retribuzione collegata alla graduazione delle funzioni consente appunto di adeguare il trattamento economico all'effettivo livello di responsabilità attribuito, venendo per questo escluso ogni possibile profilo di contrasto della disposizione che preclude l'applicazione dell'art. 2103 c.c. con l'art. 36 Cost., deve ritenersi spettante al dott. X. Appunto la differenza tra la retribuzione percepita e quella corrispondente al livello di responsabilità della struttura complessa.

Sulla base quindi dei conteggi allegati al ricorso di primo grado e non oggetto di alcuna contestazione (la Azienda aveva invece formulato soltanto un conteggio alternativo con riferimento all'indennità di sostituzione prevista dal citato art. 15 del c.c.n.l.), possono computarsi le somme spettanti all'appellante.

Pertanto, può riconoscersi, sulla base del già richiamato conteggio, la somma pari alla differenza tra il totale spettante in relazione al tipo di incarico assolto l'indennità di incarico di struttura complessa, ex art. 40 c.c.n.l. 1998/2001, attribuita per il solo fatto di ricoprire un tale ruolo, retribuzione di posizione di struttura complessa ex art. 39 c.c.n.l. 1998/2001 e 37 c.c.n.l. 2002/2005 e la retribuzione di posizione corrisposta dal 1° aprile 2003 al 31 marzo 2006. Può quindi riconoscersi la somma di € (omissis) cioè (omissis) somma complessivamente spettante (importo corrisposto di € (omissis) per indennità incarico struttura complessa + (omissis) per retribuzione posizione minima unificata struttura complessa = € (omissis) - € (omissis) somma



complessivamente corrisposta (composta da €omissis) per retribuzione di posizione fissa 1° livello + €(omissis) per retribuzione di posizione variabile 1° livello , + €(omissis) per retribuzione di posizione minima unificata di 1° livello).

Sono dovuti sulla detta somma gli interessi legali (ovvero, in alternativa, nel caso in cui il tasso di svalutazione annuale sia superiore a quello degli interessi legali, oltre rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT, giusta quanto prevede l'art. 16, comma 6, della legge n. 412/1991), richiamato dall'art. 22, comma 36, della legge n. 724/94) dalle singole scadenze mensili fino al soddisfo.

2. – le spese del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo e comprensive negli esborsi delle spese generali di cui all'art. 14 della Tariffa professionale (cfr. Cass. 22.2.2012, n. 127), in considerazione del parziale accoglimento della originaria domanda e della particolare complessità della vicenda, possono essere compensate in ragione della metà, ponendosi la restante parte a carico dell'Azienda.

Si precisa che le stesse sono determinate tenuto conto del valore e della natura della controversia, dell'importanza e del numero delle questioni trattate, con speciale riguardo all'attività svolta davanti al giudice, in base al Regolamento approvato con D.M. 8.4.2004 n. 127, ancora applicabile ai sensi dell'art. 9, comma 3, del d.l. 24.1.2012, n. 1, convertito in legge n. 27/2012, in attesa dell'emanazione del decreto ministeriale previsto dal comma 2 del medesimo art. 9

P.Q.M.

La Corte d'appello, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da X., con atto depositato il 29 ottobre, avverso la sentenza del Tribunale di Roma 12 marzo 2009 – 8 maggio 2009, n. 4512, così provvede:

1. – in parziale riforma della sentenza impugnata, condanna l'Azienda Ospedaliera X. Al pagamento in favore di X. Della somma di € (omissis) oltre gli interessi legali (ovvero, in alternativa, nel caso in cui il tasso di svalutazione annuale sia superiore a quello degli interessi legali, oltre rivalutazione monetaria secondo gli indici ISTAT) dalle singole scadenze mensili fino al soddisfo;

2. – l'Azienda Ospedaliera X. Al pagamento in favore di X. Della metà delle spese di entrambi i gradi di giudizio che liquida (omissis)

Roma, 8 maggio 2012

Depositata in Cancelleria il 18.05.2012