



Sentenza N. 0189/08

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione staccata di Catania – Sezione Quarta –
nelle persone dei magistrati

Dr. Biagio Campanella – Presidente

Dr. Ettore Leotta – Consigliere

Dr. Dauno F.G. Trebastoni – Referendario, Relatore est.

ha pronunciato la seguente

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 1270/99,

....

contro

l’Azienda Ospedaliera “Gravina” di Caltagirone....

per l’accertamento

del diritto del ricorrente a :

1) le differenze retributive tra il trattamento economico previsto per il profilo di Primario e quello di Aiuto, maturate nel periodo 1° ottobre 1993/4 gennaio 1997;

2) le differenze retributive tra il trattamento economico previsto per il profilo di Dirigente sanitario di 2° livello e quello per il profilo di Dirigente sanitario di 1° livello, maturate nel periodo 5 gennaio 1997/31 agosto 1998;

3) tutti gli emolumenti accessori e di posizione previsti dalla contrattazione nazionale e da quella decentrata per la titolarità della funzione primaria e per la responsabilità della Divisione di Ostetricia e Ginecologia dell’ospedale Gravina,

e per la condanna

dell’Azienda al pagamento di quanto accertato, detratte le somme eventualmente già erogate al medesimo titolo, con rivalutazione ed interessi legali dalla scadenza dei singoli ratei sino al soddisfo.



udito, all'udienza del 9 gennaio 2008, il relatore, Primo Ref. Dauno F.G. Trebastoni, e uditi, come da verbale, i difensori delle parti.

ritenuto in fatto e in diritto quanto segue.

fatto

Il ricorrente presta servizio presso l'Azienda ospedaliera "Gravina", in qualità di dirigente sanitario di 1° livello, presso la Divisione di Ostetricia e Ginecologia.

Dal 1° ottobre 1993 a tutto agosto 1998 è rimasto vacante il posto di primario della Divisione (ora dirigente di 2° livello). Dal momento che il ricorrente era il più titolato tra gli aiuti, come verificato dall'Azienda anche mediante la formulazione di apposita graduatoria, egli è stato preposto al posto di primario, e gli è stata integralmente affidata la responsabilità della direzione della Divisione.

L'affidamento delle funzioni è stato disposto a volte con atto deliberativo formale, altre volte con atti dell'ufficio di direzione o del rappresentante dell'ente. Da allora, ed ininterrottamente sino al 31 agosto 1998, il ricorrente è rimasto preposto alla direzione della Divisione, perdurando appunto la vacanza del posto.

A remunerazione dello svolgimento delle mansioni superiori, l'Azienda ha riconosciuto al ricorrente solo una parte delle differenze retributive effettivamente dovute, e solo per i periodi dal 27 luglio 1994 al 28 gennaio 1995 e dal 16 novembre 1996 al 5 luglio 1997.

Più precisamente l'Azienda ha ritenuto soltanto di riconoscergli la mera differenza tabellare tra i due trattamenti economici, per determinati periodi di tempo.

Da ultimo al ricorrente – e sempre per un periodo limitato di tempo – è stata elevata la retribuzione di posizione variabile nella misura di £ 1.000.000 mensile lordo, pari alla differenza tabellare tra la posizione ricoperta di Dirigente di 2° livello e quella per la posizione di Dirigente di 1° livello (deliberazioni del Direttore generale n. 1395 del 15/7/1997, n. 30 del 21/01/1998 e n. 636 del 06/04/98).

Avendo il ricorrente richiesto più volte l'integrale pagamento di quanto ritenuto spettante, l'Azienda ha negato di essere obbligata, sostenendo che "ai sensi di quanto previsto dal comma 7 dell'art. 121 del D.P.R. 384/90 non era possibile procedere ad un'ulteriore proroga, stante l'assoluto divieto imposto dalla norma in questione che preclude il rinnovo delle predette funzioni allo scadere del periodo massimo di mesi otto" (cfr. nota n. 8363 dell'11.05.98).

Con atto notificato il 3 aprile 1999, e depositato il successivo 8 aprile, il ricorrente ha quindi adito questo Tribunale. Il 18 ottobre 2000 si è costituita con memoria l'Azienda.

Alla pubblica udienza del 9 gennaio 2008 la causa è stata chiamata per la discussione del merito, e posta in decisione.

**Diritto**

Il ricorso è fondato, e va quindi accolto.

La normativa che trova applicazione al caso di specie è contenuta nel D.P.R. 28.11.90 n. 384, recante “Regolamento per il recepimento delle norme risultanti dalla disciplina prevista dall'accordo del 6 aprile 1990 concernente il personale del comparto del Servizio sanitario nazionale, di cui all'art. 6, D.P.R. 5 marzo 1986 n. 68”.

Infatti, poiché tale normativa disciplina la medesima fattispecie a suo tempo regolamentata dall'art. 29, comma 2, del D.P.R. n. 761/79, sebbene specificando meglio i presupposti per il riconoscimento delle mansioni superiori eventualmente svolte, è chiaro che la precedente normativa debba ritenersi superata.

L'art. 121 di tale D.P.R., relativo proprio alle “mansioni superiori”, prevede che gli Enti – purchè abbiano attivato, nel caso di vacanza o di disponibilità dei posti previsti nelle piante organiche definitive o provvisorie, le procedure concorsuali per provvedere alla regolare copertura dei posti stessi – possono, per esigenze di servizio, ed al fine di assicurare la continuità della funzione, adibire eccezionalmente il medico dipendente a mansioni superiori, che si configurano solo nel caso in cui la sostituzione del dipendente di posizione funzionale immediatamente superiore assente non rientri tra gli ordinari compiti della posizione funzionale sottostante.

Le mansioni superiori si configurano, altresì, quando la sostituzione del superiore assente, pur rientrando negli ordinari compiti, sia imputabile a vacanza del posto, e l'assegnazione ad esse spetta al dipendente di posizione funzionale immediatamente inferiore in servizio nell'ambito della medesima struttura.

Ai fini del presente ricorso, le norme più importanti si rinvencono nei commi 6 e 7 del citato art. 121, secondo cui, rispettivamente, “l'assegnazione temporanea alle mansioni superiori...non deve eccedere i sessanta giorni nell'anno solare e non dà titolo ad alcuna retribuzione”, e qualora per giustificati motivi le procedure concorsuali “non possano essere portate a compimento nell'arco di tempo previsto dal comma 6, al dipendente incaricato delle mansioni superiori, con provvedimento formale secondo le vigenti disposizioni, è corrisposto un compenso per il periodo eccedente i sessanta giorni commisurato alla differenza fra lo stipendio base della posizione superiore e quello della posizione di appartenenza, per un periodo non superiore a sei mesi, al termine del quale le mansioni superiori non sono in alcun caso rinnovabili”.

Nel comma 8 si precisa poi che “nel caso di inosservanza di quanto previsto ai commi 1 e 7” (cioè mancato avvio delle procedure concorsuali e proroga dell'assegnazione alle mansioni superiori oltre i sei mesi) “si applicano le disposizioni indicate nell'articolo 14, commi 7 e 8, della legge 20 maggio 1985, n. 207”.

Questi ultimi due commi stabiliscono, rispettivamente, che “è fatto divieto di conferire incarichi, supplenze o rapporti libero-professionali anche mediante convenzioni o comunque di utilizzare a qualsiasi titolo personale in deroga alle vigenti disposizioni di legge”, e che “tutti gli atti ed i provvedimenti relativi adottati in violazione del divieto di cui al precedente comma sono nulli ed



impegnano la responsabilità personale e diretta dei componenti degli organi di amministrazione che li dispongono”.

In sostanza, il comma 7 dell’art. 121, nel recepire di fatto l’orientamento di Corte Cost., 19.06.90 n. 296 (secondo cui l’art. 29, comma 2, del citato D.P.R. n. 761/79 va interpretato nel senso che la maggiorazione della retribuzione all’aiuto ospedaliero che esercita le funzioni di primario e all’assistente che espliciti quelle di aiuto, non spetta solo quando l’assegnazione temporanea non ecceda i 60 giorni, restando fermo che, ove l’incarico ecceda tale termine, al prestatore di lavoro spetta il trattamento corrispondente all’attività svolta), ha formalizzato la possibilità, per il medico dipendente, di ricevere “un compenso per il periodo eccedente i sessanta giorni commisurato alla differenza fra lo stipendio base della posizione superiore e quello della posizione di appartenenza”, pur con la precisazione che l’adibizione a mansioni superiori possa avvenire soltanto “per un periodo non superiore a sei mesi, al termine del quale le mansioni superiori non sono in alcun caso rinnovabili”.

Tuttavia, le disposizioni citate, nel loro combinarsi, pur precisando che al termine del periodo di sei mesi le mansioni superiori non sono in alcun caso rinnovabili, e comminando, in caso di inosservanza di tali vincoli, la nullità dei relativi atti (perché è ovvio che l’adibizione di personale medico a mansioni superiori in violazione dei descritti obblighi e requisiti concretizza quella “utilizzo di personale” ritenuta dalla norma *contra legem*), prevede però la responsabilità personale e diretta dei componenti degli organi di amministrazione che abbiano adottato quegli atti nulli.

Ora, proprio tale ultima previsione, che mancava nella disciplina del 1979, lascia ritenere che il suo significato sia quello di far sorgere, in capo al medico adibito a mansioni superiori con atti nulli, il diritto a vedersi retribuite le prestazioni svolte, con il conseguente obbligo per l’Amministrazione di pagarle, e di rivalersi poi nei confronti dei soggetti che si siano resi responsabili dell’adozione di quegli atti.

Una disposizione analoga, infatti, che ha esplicitato più chiaramente l’interpretazione appena fornita, è rinvenibile nel D. Lgs.vo 30 marzo 2001 n. 165, recante “norme generali sull’ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”, il cui art. 52, relativo proprio alla “disciplina delle mansioni”, dispone, al comma 5, che “al fuori delle ipotesi di cui al comma 2, è nulla l’assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore. Il dirigente che ha disposto l’assegnazione risponde personalmente del maggiore onere conseguente, se ha agito con dolo o colpa grave”.

In sostanza, il senso delle norme che disciplinano la prestazione di mansioni superiori è evidentemente quello di non far ricadere sul dipendente le conseguenze legate ad omissioni dell’Amministrazione, e all’adozione di atti che, sebbene abbiano determinato lo svolgimento, da parte del dipendente, di mansioni superiori (a volte, come nel caso in esame, anche per molto tempo), siano però nulli, per espressa previsione normativa.



Pertanto, considerato che l'Amministrazione aveva anche attivato, in relazione alla vacanza del posto in pianta organica, la procedura paraconcorsuale per provvedere alla regolare copertura del posto stesso, al ricorrente spettano le differenze retributive da lui chieste, anche per i periodi successivi al decorso del periodo di sei mesi previsto dalle citate disposizioni, e detratti i periodi di sessanta giorni per ogni anno.

La differenza retributiva da corrispondere va calcolata prendendo come parametro l'indennità di posizione e tutti gli emolumenti accessori previsti dalle disposizioni contrattuali già vigenti all'epoca in cui il ricorrente ha svolto le funzioni di dirigente di 2° livello.

Per quanto riguarda la necessità di stabilire se occorresse oppure no l'adibizione alle mansioni svolte mediante apposito provvedimento formale, che per molti dei periodi in cui le funzioni de quibus sono state espletate risulta formalmente adottato, questo Tribunale ha già aderito (cfr. T.,A.R. Catania, sez. III, 15.12.2004 n. 3775) a quell'orientamento giurisprudenziale secondo cui "per riconoscere le differenze retributive dovute all'aiuto medico nel caso di svolgimento delle funzioni di primario per oltre 60 giorni non occorre apposito provvedimento di incarico, in quanto lo svolgimento delle funzioni primariali assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'Amministrazione" (cfr. Cons. St., sez. V, 18 novembre 2004 n. 7560).

L'Azienda dovrà quindi ricalcolare le somme dovute.

L'eccezione di prescrizione sollevata dall'Azienda, secondo cui il ricorrente non ha nulla da pretendere per i crediti maturati anteriormente ai cinque anni dalla data di notificazione del ricorso (3 aprile 1999), è del tutto infondata, visto che dagli atti risulta che il ricorrente ha chiesto il pagamento delle somme pretese già con nota pervenuta all'Azienda il 15.04.98 (cfr. nota dell'Azienda n. 8363 dell'11.05.98).

Per quanto riguarda la rivalutazione e gli interessi legali richiesti, è da rilevare che l'art. 22 della L. n. 724/94, al comma 36, ha disposto che l'art. 16, comma 6, della L. n. 412/91 – secondo cui "gli enti...sono tenuti a corrispondere gli interessi legali, sulle prestazioni dovute, a decorrere dalla data di scadenza del termine previsto per l'adozione del provvedimento sulla domanda. L'importo dovuto a titolo di interessi è portato in detrazione dalle somme eventualmente spettanti a ristoro del maggior danno subito dal titolare della prestazione per la diminuzione del valore del suo credito" – "si applica anche agli emolumenti di natura retributiva, pensionistica ed assistenziale, per i quali non sia maturato il diritto alla percezione entro il 31 dicembre 1994, spettanti ai dipendenti pubblici e privati in attività di servizio o in quiescenza".

E come precisato in giurisprudenza, la "rivalutazione monetaria è distinta dal credito cui viene applicata e deve essere ricondotta, con gli interessi legali, non già al contenuto del diritto, ma quale tecnica liquidatoria del danno, agli effetti del ritardato pagamento, costituendo, pertanto, un accessorio della prestazione dovuta" (Cons. St., Ad. Pl., 20 luglio 1998 n. 6). "Il diritto agli interessi legali, i quali, dipendendo dal mero ritardo nell'adempimento e prescindendo dalla colpa, vanno inquadrati nella categoria residuale degli interessi compensativi, è un diritto autonomo, sebbene accessorio e necessario rispetto a quello del capitale, che va calcolato separatamente, non potendosi essi considerare parte integrante del debito principale; pertanto, le somme calcolate a titolo di



interessi non possono essere oggetto di rivalutazione monetaria, in quanto, in caso diverso, verrebbero considerate parte del capitale” (Cons. St., Ad. Pl., 15 giugno 1998 n. 3).

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, e liquidate in dispositivo.

p.q.m.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione IV, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie, nei termini di cui in motivazione, e per l’effetto dichiara il diritto del ricorrente alle differenze retributive precisate in motivazione, e condanna l’Azienda intimata a corrispondere al ricorrente le relative somme.

Condanna altresì l’Azienda al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in € 2.100,00, di cui 300,00 di spese.

Ordina all’Amministrazione di eseguire la presente sentenza.

Così deciso, a Catania, nella Camera di Consiglio del 9 gennaio 2008.

l’estensore il presidente

dott. Dauno F.G. Trebastoni dott. Biagio Campanella

Depositata in Segreteria il 24 gennaio 2008.