

Rubrica legale



a cura di **Mauro Gnaccarini**
Responsabile Ufficio Legale

VECCHIE CRITICITÀ SEMPRE ATTUALI

Corretta istituzione, attribuzione, soppressione e revoca di strutture e incarichi

Gia nei primi mesi del 2010, date le numerose segnalazioni pervenute, inerenti criticità anche rilevanti osservate in numerose aziende sanitarie del Paese, l'Ufficio legale SI-VeMP esprimeva un parere sulle corrette modalità di assegnazione, gestione e valutazione degli incarichi sia gestionali, di struttura semplice o complessa, sia professionali.

A distanza di quasi cinque anni sarebbe stato logico attendersi un consolidamento delle procedure conformi al dettato contrattuale e normativo nazionale, tanto più che, nostro malgrado, nel medesimo periodo non è stata consentita alcuna innovazione contrattuale. Al contrario: da un lato proprio la carenza di stagioni contrattuali nelle quali discutere delle criticità emergenti ha impedito di individuare eventuali opportuni correttivi da inserire nei contratti nazionali; dall'altro una situazione di crisi sempre più profonda ha indotto il Paese alla demagogica richiesta e, su tale base e spinta, a una poco illuminata attuazione, irragionevole e irrazionale, di provvedimenti delegittimanti la propria P.A. Si è trattato di una clamorosa auto-delegittimazione del Paese stesso che, unitamente al suddetto impedimento alla

individuazione *inter partes* delle necessarie nuove regole, sostituita da una supponente rilegificazione dei contratti pubblici, ha indotto molte PP.AA., per nulla escluse quelle sanitarie, a un'attuazione liberamente autocratica di numerosi istituti normativi e contrattuali inerenti il rapporto di lavoro; in specie quelli di natura normo-economica, complice la costituzionalizzazione del principio di equilibrio di bilancio nelle stesse pubbliche amministrazioni, indubbiamente scellerata quanto ai riflessi negativi già ben visibili sul Sistema sanitario nazionale.

Era inevitabile, in un quadro di tale tipo, l'incremento della conflittualità e del contenzioso, particolarmente sulla materia dell'individuazione, assegnazione, gestione e valutazione degli incarichi, specie nell'area sanitaria dove il ruolo dirigenziale unico esalta il valore e il significato degli incarichi stessi.

Riteniamo perciò utile aggiornare le nostre considerazioni in merito alle corrette procedure per l'istituzione o la soppressione di strutture ovvero di incarichi, gestionali e professionali, sulle modalità di assegnazione dei diversi incarichi, sulle possibili modalità di valutazione, in riferimento alla retri-

buzione sia di posizione sia di risultato, e sui riflessi che la valutazione può avere nel prosieguo di carriera, sull'attribuzione della corretta retribuzione anche in relazione alla posizione di provenienza, nonché sui rimedi esperibili nel caso di errata o distorta applicazione della vigente disciplina normativa e contrattuale; tenendo presente che la disciplina contrattuale è rimasta parzialmente congelata laddove non modificata dalla congerie di norme purtroppo intervenute nel senso e nello spirito sopra richiamati.

I dispositivi ora vigenti, a seguito di quanto rappresentato, sulla materia qui in trattazione, richiedono perciò un'analisi assai articolata che, in ogni caso, lascerà ancora inevitabile spazio a interpretazioni e congetture laddove talune Aziende sanitarie, come si appalesa, non rifuggano da procedure e procedimenti perfino "personalistici". Di seguito viene perciò proposto un articolato sintetico sulle tematiche menzionate, ferma restando l'opportunità di un approfondimento del singolo caso ove esso non trovasse risposta nella disamina sotto esposta (il servizio di consulenza e assistenza legale offerto agli iscritti SI-VeMP è a tal fine a disposizione).

Pare opportuno innanzitutto definire in che modo la Direzione aziendale possa istituire ovvero abolire strutture (in particolare quelle semplici, ma la procedura è analoga per quelle complesse) ovvero nuovi incarichi professionali (fra i quali anche quelli cosiddetti “di alta specializzazione”). L’istituzione o la cancellazione delle strutture richiede la modificazione del Piano di organizzazione aziendale, da attuarsi con deliberazione del Direttore generale, secondo l’ordinamento aziendale previsto nell’Atto aziendale; senza che venga disatteso l’obbligo di informazione alle OO.SS.; informazione che, nonostante le modificazioni apportate dal “decreto Brunetta” - D.Lgs. 150/09 e dal D.L. 95/2012 agli artt. 5 e 6 del D.lgs. 165/2001, deve essere fattivamente preventiva, in modo che possa essere eventualmente richiesto dalle medesime OO.SS. anche un incontro; che, nel caso, non può essere eluso senza che risultino pure violate le prerogative sindacali comunque ancora garantite dal contratto collettivo nazionale prima di interventi delle Amministrazioni incidenti su macro e micro organizzazione aziendale. La tipologia e la numerosità degli incarichi professionali, nonché la complessiva valorizzazione di ciascuna posizione (gestionale o strutturale) sono invece oggetto di individuazione da parte dell’Amministrazione sulla base della consistenza del fondo di posizione e di criteri che, essendo tuttora oggetto di trattativa integrativa, starà nella capacità delle RSA definire opportunamente con le Amministrazioni in detta sede. Solo dopo che siano stati definiti, tipizzati e valorizzati le strutture e gli incarichi, è possibile l’assegnazione degli stessi da parte della direzione aziendale: quelli di direzione di struttura complessa possono essere attribuiti esclusivamente previa procedura concorsuale, anche se a dirigenti “interni” all’amministrazione, fatti salvi i casi di sostituzione *pro tempore* ex art. 18 CCNL 8/6/2000; fra i quali è bene ricordare che i cosiddetti “scavalchi” (comma 8) devono costituire evento del tutto marginale, risultando sostanzialmente sempre possibile l’attuazione dei commi 2, 3 e 4 - anche nel caso di cui al quinto comma (aspettativa) -

stante la nuova formulazione del secondo comma *ex* art. 11 co. 1 lett. a) CCNL 3/11/2005; l’attribuzione degli incarichi di struttura semplice e di quelli professionali, sia essa derivante da iniziativa aziendale e/o da proposta del direttore sovraordinato, ovvero anche conseguente a iniziativa del dirigente, pure in riferimento alle procedure di mobilità interna di cui al vigente art. 16 CCNL 10/2/2004, deve avvenire a seguito di procedura comparativa, trasparente e motivata, che consenta ad ogni aspirante e avente titolo di presentare utilmente la propria documentazione curricolare, così come esattamente descritto dall’art. 15 D.lgs. 502/92 come in ultimo novellato dal D.L. 158/2012 (conv. L. 189/2012) art. 4, nonché in riferimento ai criteri dettati dall’art. 28 CCNL 8/6/2000 s.m. e a quelli opportunamente aggiunti in sede di trattativa integrativa. In merito occorre rammentare ancora che: 1) la mobilità interna, fatta salva quella d’urgenza, seppure sopravvenute numerose norme di legge ne abbiano consentito maggiore flessibilità, in ultimo come da D.L. 90/2014 (conv. L. 114/2014) art. 4, rimane regolata anche dal richiamato art. 16 in relazione al quale, in detta eventualità, deve sempre essere riassegnato specifico incarico e nuovamente sottoscritto il contratto individuale che, per quanto disposto dall’art. 13 CCNL 8/6/2000, deve contenere pure la sede di lavoro [comma 4 lettera h)], a maggior ragione dopo quanto stabilito dal menzionato decreto 90/2014. 2) Gli incarichi lasciati liberi per quiescenza, trasferimento o altra ragione, non formalmente soppressi, possono, anzi al più preso devono, previo rispetto delle richiamate norme e delle succitate prerogative sindacali, essere riassegnati, anche affinché non risulti violato quanto disposto dall’art. 60 co. 4 CCNL 5/12/1996 (vincolo di destinazione e utilizzo del fondo). Mentre all’istituzione di nuovi incarichi (anche professionali e non solo di responsabilità di nuove strutture) deve corrispondere il correlato finanziamento da bilancio aziendale; all’eventuale soppressione di un incarico non può invece corrispondere la decurtazione dei fondi per i valori di propri dello stesso, in

particolare ove le funzioni proprie dell’incarico soppresso continuino ad essere svolte nell’ambito di altri incarichi o strutture; e comunque mai l’Amministrazione dovrà agire fuori dai termini e criteri definiti dalle linee di indirizzo regionali *ex* art. 5 CCNL 17/10/2008 e dai correlati criteri fissati nel CCIA.

A seguito della Deliberazione/Determinazione di conferimento dell’incarico deve dunque conseguire sempre la stipula del Contratto Individuale, il quale deve riportare tutti gli elementi di cui all’art. 13 CCNL 8/6/2000 senza rinvii ad altri atti (è invece normale la conclusione del contratto con una formula di rinvio generale, che tuttavia è opportuno faccia esplicitamente salve le disposizioni contrattuali e di legge nazionali in caso di contrasto con i contenuti dell’atto; non è così per formule del tipo «*per tutto quanto non definito dal presente contratto valgono le norme [...]*» poiché trattasi di formula espressamente derogatoria nel contesto di disciplina pattizia di carattere privatistico, tuttavia non concessa dal medesimo art. 13 co. 13). La mancata sottoscrizione del CI da parte del Dirigente comporta la sua permanenza nella situazione in cui si trova in relazione all’incarico già svolto, ma anche la possibile perdita della retribuzione di posizione variabile aziendale nonché della retribuzione di risultato, qualora l’attuale posizione derivi da un precedente procedimento aziendale di attribuzione di incarichi senza la contestuale sottoscrizione dei CI e/o laddove la retribuzione di risultato risulti collegata alla posizione ricoperta; tuttavia mai può comportare conseguenze sulle valutazioni relative all’incarico già ricoperto né sul raggiungimento degli obiettivi annuali né tantomeno sul piano disciplinare. In sintonia con quanto sopra, relativamente al rapporto fra incarico, retribuzione di posizione e retribuzione di risultato, si aggiunge che, se da un lato a ciascun incarico deve corrispondere una retribuzione di posizione composta sempre dalla “minima unificata” nella misura prevista dal CCNL e da un’eventuale “variabile aziendale” definita in sede di trattativa integrativa annuale (e da nessuna voce diversa da queste), dall’altro la retribuzione di ri-

sultato, legata al raggiungimento degli obiettivi annuali, non può quindi essere correlata agli obiettivi specifici oggetto dell'incarico, ancorché possa essere quantitativamente proporzionata alle diverse tipologie di incarico sulla base sempre di quanto definito in sede di trattativa integrativa; sicché la retribuzione di risultato, al di là dell'anzidetta possibile correlazione, deve, come detto, essere corrisposta solo in riferimento al raggiungimento degli obiettivi di budget annuali, con le procedure stabilite dal CCNL e dal CCIA (entro il semestre successivo all'anno di competenza *ex art. 12 co. 4 CCNL 5/7/2006 - !!*); rileva peraltro il raggiungimento degli obiettivi annuali anche nel contesto della verifica e valutazione a termine dell'incarico. In ultimo, eventuali inadempienze a quanto stabilito dal CI circa gli obiettivi e le specifiche funzioni assegnate al dirigente in riferimento all'incarico affidato, sempre che il CI sia stato stipulato, comportano esclusivamente responsabilità dirigenziale cui può conseguire una valutazione non favorevole con le derivanti ulteriori conseguenze economiche e di carriera contrattualmente previste; può invece comportare responsabilità disciplinare l'inadempimento di obblighi derivanti dal rapporto di lavoro, solo qualora ciò avvenga in termini prettamente comportamentali, come nel caso in cui il dirigente attui comportamenti non conformi a quanto altrimenti pattuito o disposto, anche dal CCNL, in via generale (sede, orario, ecc ...), ferma restando l'obbligatoria sussistenza dell'elemento soggettivo, senza il quale non può esservi illecito, nemmeno disciplinare; così anche il consolidato giurisprudenziale, fin dal 2010 (sentenza Corte di Cassazione n. 7045.10 del 24/3/2010). Ribadiamo pertanto che costituisce responsabilità disciplinare l'accertamento di violazioni al vigente Codice di comportamento ovvero a quanto dal CCNL espressamente disposto in relazione alle nuove norme introdotte con D.lgs. 150/09 (Brunetta), solo qualora le stesse risultino ascrivibili non già agli obblighi dirigenziali, ma a sostanziali profili comportamentali. La verifica e valutazione positiva preconstituisce la condizione per il conferimento di incarichi della stessa

tipologia e comunque di pari o maggiore rilievo professionale ed economico; la revoca di un incarico può dunque avvenire soltanto in particolari circostanze, a seguito di accertata responsabilità dirigenziale accertata nei modi e nei termini dettati dal CCNL, oltre che a seguito di specifiche responsabilità di carattere penale, ovvero in relazione a ristrutturazione aziendale, tuttavia sempre e soltanto nell'alveo delle procedure definite dai vigenti CCNL e dalla disciplina del pubblico impiego (D.lgs. 165/01 s.m.), nonché nel rispetto del CI in corso. Relativamente all'attribuzione della retribuzione di posizione minima unificata di cui al CCNL 5/7/2006 art. 6 commi 6 e 7 (gradino intermedio fra la retribuzione minima garantita agli "equiparati" e quella prevista per i titolari di S.S. o già titolari di "modulo funzionale *ex DPR 384/90*", introdotto dal citato dispositivo contrattuale), tale "quota minima" deve innanzitutto essere stata attribuita a tutti i dirigenti di cui al comma 5 (*ex 10° livello*) con decorrenza 5/7/2006; inoltre spetta ai dirigenti che, dopo tale data, con le procedure anzi descritte, abbiano maturato l'anzianità di 15 anni, acquisito valutazione positiva per il conferimento della corrispondente fascia dell'indennità di esclusività e siano stati confermati destinatari o divenuti titolari di un incarico professionale *ex lettera "c" art. 27 CCNL 8/6/2000* dopo il 5/7/2006 (evidentemente, come sopra emerge e come confermato dai dispositivi richiamati, l'incarico deve risultare disponibile in quanto anche finanziato dall'Azienda nel contesto dell'Organizzazione aziendale medesima). Ancora sul tema, la "storica" attribuzione del "modulo funzionale" *ex DPR 384/90* (incarico non più esistente fin dal 1996) consente al dirigente che ne fu destinatario di godere della retribuzione di posizione minima unificata pari a quella ora prevista per il titolare di S.S.; fatto in relazione al quale tale dirigente potrà percepire l'anzidetta somma anche qualora l'incarico attuale (di tipo professionale, giacché la titolarità di S.S. impone all'Azienda di garantire almeno la medesima re-

tribuzione minima) risultasse valorizzato per un importo inferiore nell'ambito della trattativa integrativa.

Ancora pare utile soffermarci sulla discrezionalità dell'Amministrazione nei procedimenti di istituzione e soppressione delle strutture e degli incarichi (delle modalità di attribuzione e revoca degli incarichi e delle relative procedure si è detto, ma si sottolinea ancora il necessario rispetto delle disposizioni contrattuali e delle basilari regole di trasparenza e motivazione del provvedimento). Sulle strutture, sugli incarichi e sui provvedimenti che incidono sull'organizzazione aziendale (atti di carattere organizzativo), rammentiamo altresì che, pure dopo l'inopinata rilegificazione contrattuale della materia (D.lgs. 150/09 e D.L. 95/2012), rimane indubbiamente fermo l'obbligo di informazione preventiva alle OO.SS. rappresentative, dove per preventiva deve intendersi l'informazione data non prima di un *iter* che comprenda l'adozione di più atti, ma prima che venga adottato ogni singolo atto, in modo tale che le OO.SS. possano avere il tempo di esprimere efficacemente la propria opinione, rendendo così "fruibile" e non di "mera forma" la prerogativa sindacale contrattualmente ancora garantita; ogni PA è inoltre tenuta ad adottare atti non viziati da irragionevolezza o eccesso di potere, né tanto meno da violazione di legge; quest'ultima ipotesi, rispetto alle precedenti, rende indubbiamente meglio percorribile la via giurisdizionale nel caso di accorpamenti, soppressione di strutture, ecc..., i cui procedimenti palesino marchiane violazioni di quanto disposto dalla Legge 833/78 art. 16 (dove si dispone che i servizi veterinari vengano organizzati dalle Regioni tenuto conto delle peculiarità produttive territoriali) e/o dal D.lgs. 502/92 art. 7 *quater* (dove sono dettate le norme sull'organizzazione dei Dipartimenti di Prevenzione) ovvero anche art. 8 *quater* comma 4 lettera p) (che indica i criteri generali per l'individuazione dell'organizzazione dipartimentale minima e delle strutture complesse); seppure oggi siano inopinatamente divenuti determinanti i principi di autonomia delle Regioni sanciti in materia sanitaria, e specificamente in tema

di organizzazione, dalle modificazioni del Titolo V della Costituzione introdotte dalla L. Cost. 3/2001, nonché e ancor più il principio dell'equilibrio di bilancio introdotto nella Costituzione con L. Cost. 1/2012 (in specie all'art. 97 - !!); e tuttavia non possiamo che ritenere inaccettabili, perché in spregio delle altre fondamentali tutele costituzionali, le più recenti posizioni dottrinarie e giurisprudenziali che hanno affermato la pre-posizione di detti principi nei casi di contestazione di provvedimenti di carattere organizzativo assunti dalle Amministrazioni, anche quando gli stessi apparissero del tutto arbitrari e comunque visibilmente irragionevoli alla luce dei presupposti normativi sopra menzionati, applicati alla realtà locale in esame. Ciò non di meno, oltre all'eventuale violazione di legge, la carenza di adeguata motivazione in qualsivoglia provvedimento della PA rimane un fatto rilevante e come tale censurabile.

Inoltre, tenuto conto di quanto sopra, sulle materie in esame si configura comportamento antisindacale quando l'Amministrazione non garantisca le prerogative di cui, in ultimo, all'art. 3 CCNL 17/10/2008; ad esempio non convocando le parti al fine della stipula del CCIA, ovvero non fornendo la documentazione a tal fine necessaria e/o non collaborando alla realizzazione della trattativa integrativa annuale (art. 4 CCNL 17/10/2008); tutti casi in cui si ritiene censurabile tale comportamento di fronte al GO; l'inadempienza ai dispositivi del Giudice verrebbe poi a rilevare pure penalmente. Nel caso della mancata informazione preventiva si pone invece l'alternativa fra l'azione presso il GO Lavoro per comportamento antisindacale ex art. 28 Legge 300/78, con la richiesta di disporre la rimozione degli atti *medio tempore* prodotti e l'azione presso il GA (TAR) per l'annullamento di atti posti in essere senza l'obbligatorio rispetto delle prerogative contrattuali garantite dalla legge e dal CCNL; rammentando che, se per "informazione preventiva" deve intendersi una attività informativa riferita a ogni singolo atto produttivo di effetti e non preventiva a un procedimento costituito da più atti, le prerogative sindacali sono state comunque

ristrette a tale ambito dalla riforma dell'art. 9 D.lgs. 165/01 introdotta dal D.lgs. 150/09 (Brunetta). Fatte salve le ipotesi precedenti e premesso che ogni soluzione di tipo politico-sindacale delle controversie rimane auspicabile (*omnia lites habent sidera sua*), così come appare preferibile effettuare sempre il tentativo di conciliazione ex art. 65 D.Lgs. 165/01, ancorché ne sia decaduta l'obbligatorietà, l'opposizione a comportamenti che l'Amministrazione tenga in violazione a contratti o norme di legge, può sostanzialmente avvenire presso il GA (TAR) o presso il GO Lavoro secondo che: si tratti di opposizione ad atti amministrativi di carattere generale non ancora direttamente efficaci sul rapporto di lavoro fra il singolo e l'Amministrazione datoriale ovvero atti di una procedura concorsuale fino alla formazione della graduatoria, nel qual caso occorre adire il TAR; ovvero si tratti di atti dell'Amministrazione datoriale direttamente efficaci sul rapporto di lavoro instaurato/instaurando fra questa ed il lavoratore, nel qual caso occorre adire il GO del lavoro. In entrambi i casi, salva la necessità del solo interesse del Sindacato quando venga adito il GO per comportamento antisindacale ovvero il TAR per violazione delle prerogative sindacali presupposte all'adozione di un atto amministrativo, il giudice (sia amministrativo sia ordinario - del lavoro) può essere adito esclusivamente da persone fisiche che, conferendo e sottoscrivendo personalmente specifico mandato per l'atto di impugnazione, possano dimostrare un interesse personale, concreto ed attuale rispetto a quanto preteso. In tali casi il Sindacato, oltre che sostenere gli interessati secondo il Regolamento vigente, può supportare l'azione legale in sede giurisdizionale *ad adiuvandum*. Dove per Sindacato deve sempre intendersi almeno la sigla ufficialmente rappresentativa a livello nazionale e locale, debitamente rappresentata dal legale rappresentante ai sensi dello Statuto vigente. Rimane marginale ed eventuale la possibilità per il Sindacato, non già quale ente esponenziale della categoria dei medici veterinari, ma quale organizzazione rappresentativa della categoria dei veterinari pubblici, adire il

Giudice autonomamente nei casi di atti di organizzazione adottati dalla Regione e/o dall'Azienda sanitaria in violazione di legge che incida su interessi legittimi o diritti soggettivi dei veterinari complessivamente rappresentati. All'Autorità Giudiziaria (AG), nella persona del competente Procuratore della Repubblica, può invece essere esposto il caso di eventuale inadempienza a una sentenza, ovvero il caso di "omissione o rifiuto" di atti d'ufficio quando, a seguito di formale richiesta di adempiere a norme di legge o contrattuali, il destinatario (ad esempio il DG ASL) continui a non ottemperare; tenendo tuttavia ben presente l'obbligo di sussistenza dell'elemento soggettivo. Tutto quanto sopra deve, in conclusione, essere "calato" nella "realtà locale" in cui sorge lo specifico problema e, laddove non risulti comunque possibile evincere quali rimedi siano più correttamente esperibili a fronte di situazioni peculiari, si dovrà procedere ad un'analisi puntuale degli atti, tenendo presente che tale attività può richiedere tempi anche non brevi con la conseguente necessità di anticipare quanto possibile la produzione di tutti gli atti utili all'Ufficio legale. Quanto ai termini di decadenza e/o prescrizione, ricordiamo infine che: nel caso dell'art. 28 Legge 300/78 (comportamento antisindacale) il GO deve essere adito, anche per una maggiore probabilità di successo, nel tempo più breve possibile in riferimento al comportamento di cui si chiede la rimozione (si tratta infatti, di norma, di comportamenti illeciti, immediatamente lesivi, per i quali il silenzio potrebbe costituire "acquiescenza"); nel caso del TAR il ricorso deve essere depositato entro 60 giorni dalla pubblicazione dell'atto che si intende contestare o, nel caso di atti aventi natura generale e non direttamente lesivi di un interesse legittimo, entro 60 giorni dal concreto insorgere dell'interesse individuale di cui si chiede tutela; nel caso del GO del lavoro il termine di prescrizione è di 5 anni dal momento in cui il diritto soggettivo del lavoratore da tutelare risulta concretamente compresso da un comportamento illegittimo della parte datoriale.