

Rubrica legale



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

DELLA LEGGE, INTERPRETATA E/O APPLICATA

Circolari, note e abuso interpretativo in un Paese a *legittimità variabile*

In un articolo di questo numero viene esaminata la specifica problematica della coerenza di note e circolari, particolarmente quando aventi funzione interpretativa della legge, nonché dei documenti - appunto interpretativi - eventualmente emessi dalle Conferenze Unificate, Stato-Regioni, delle Regioni e delle Province autonome (vedere pagina 8). A titolo esemplificativo vengono richiamati il “caso” del D.L. 78/2010 e la connessa *querelle* interpretativa.

Ma non è un caso; l'esigenza di un approfondimento di tal genere è stata invero diffusamente rappresentata, giacché il nostro Paese pare caratterizzarsi per la presenza di profili che temiamo di dover definire di “legittimità variabile”, in riferimento alla consuetudine di emanare norme la cui lettera non risulti pacificamente intelligibile e alla correlata “capacità”, in particolare da parte di Organi istituzionali e di Governo, di produrre esercizi interpretativi che appaiono talora privi di “sostegno giuridico”, talaltra perfino contraddittori e forieri di applicazioni della legge tutt'altro che coerenti e omogenee, oltre che “fuori dalla *ratio* ispiratrice” della norma, perciò anche pericolosamente inefficaci se non anche controproducenti.

Esemplificativi ed esemplari di quanto in rubrica e sopra affermato, appaiono senz'altro sia la suddetta vicenda applica-

tiva del D.L. 78/2010, con particolare riferimento tanto alla decurtazione dei fondi quanto al conseguimento di nuove retribuzioni legate alla maturazione di predefinita esperienza professionale, sia talune vicende interpretative - meno note - inerenti l'applicazione delle norme anticorruzione e sulle incompatibilità.

Il caso dell'interpretazione del D.L. 78/2010

La vicenda riguarda in particolare l'applicazione di due dispositivi contenuti nell'art. 9 s.m. e i. del D.L. 78/2010 (conv. L. 122/2010). Si tratta: della previsione a causa della quale è divenuto argomento di contenzioso se, alla maturazione dei 5 anni di esperienza professionale, dovessero comunque conseguire, nel periodo 2011/2014, previa verifica positiva, gli effetti contrattuali economici legati alla retribuzione di posizione minima unificata e all'indennità di esclusività (comma 1, i cui effetti sono stati prorogati fino al 31/12/2014 ex art. 1 comma 456 L. 147/2013: «Per gli anni 2011, 2012 e 2013 il trattamento economico complessivo dei singoli dipendenti, anche di qualifica dirigenziale, ivi compreso il trattamento accessorio, previsto dai rispettivi ordinamenti delle amministrazioni pubbliche [...], non può superare, in ogni caso, il trattamento ordinariamente spettante

per l'anno 2010, al netto degli effetti derivanti da eventi straordinari della dinamica retributiva, ivi incluse le variazioni dipendenti da eventuali arretrati, conseguimento di funzioni diverse in corso d'anno [...]); nonché della previsione, già oggetto di taluni contenziosi, ma foriera di numerosi altri “episodi giudiziari”, secondo la quale la retribuzione accessoria (quale esattamente?) deve essere decurtata (come, secondo quali metodo e riferimenti?) in funzione dell'eventuale riduzione del personale, per gli anni dal 2011 in poi, stante una proroga degli effetti che ancora non è dato comprendere, fra l'altro, come debba essere applicata dal 1/2015 (comma 2 *bis*, i cui effetti hanno subito la proroga di cui alla succitata Legge 147/2013: «A decorrere dal 1° gennaio 2011 e sino al 31 dicembre 2014 l'ammontare complessivo delle risorse destinate annualmente al trattamento accessorio del personale, anche di livello dirigenziale, di ciascuna delle amministrazioni di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, non può superare il corrispondente importo dell'anno 2010 ed è, comunque, automaticamente ridotto in misura proporzionale alla riduzione del personale in servizio. A decorrere dal 1° gennaio 2015, le risorse destinate annualmente al trattamento economico accessorio sono decurtate di un importo pari alle

riduzioni operate per effetto del precedente periodo».

Circa entrambe le fattispecie si sono espressi in via interpretativa sia la Conferenza delle Regioni con il Documento interpretativo n. 11/17/CR06/C1 del 10/2/2011 e 13/10/2011, sia il MEF, con la Circolare n. 12 del 15/4/2011; inopinatamente i due Organismi hanno fornito indirizzi applicativi della stessa norma assai distanti e pure contrastanti; ma ancor più sorprendente è stato il fatto che i Governi regionali, pur avendo formalmente condiviso l'opportunità di dare una specifica e omogenea applicazione alla legge, non abbiano poi preso posizione alcuna (salvo isolate eccezioni) nei confronti delle numerosissime aziende sanitarie (quasi tutte), ancorché si tratti di enti controllati dalle Regioni medesime (!), affinché venisse garantita la suddetta applicazione della legge. Le anzidette aziende, nel palpabile terrore della possibile incombenza di una responsabilità erariale, hanno applicato un sistema, come indicato dal MEF, non solo assai più restrittivo ed economicamente penalizzante per i dipendenti, ma che anche e soprattutto appare innovativo rispetto alla legge, ben al di là quindi dei limiti interpretativi propri di una Circolare. Tale Circolare postula, infatti, una lettura "sistemica" della norma, peraltro - ed appunto - senza altrimenti argomentare, laddove sugli stessi argomenti la Conferenza delle Regioni offre invece una lettura davvero sistematica oltre che teleologica e chiaramente logica, richiamando le altre norme di riferimento (di legge e contrattuali) nel cui contesto e per il raggiungimento dei cui scopi funzionali la nuova norma deve trovare opportunamente applicazione. Circa il necessario riconoscimento economico delle nuove fasce della retribuzione di posizione minima unificata (da "base" ad "equiparato") e dell'indennità di esclusività, al di là del "tetto 2010", al maturare dell'esperienza professionale quinquennale, ampiamente argomenta la Conferenza («[...] va tenuto conto che le disposizioni contenute nell'art. 15 del D.Lgs. n. 502/1992 e nei CCNL 8/6/2000 e 3/11/2005, configurano comunque per il dirigente con cinque anni di attività e valutazione positiva un cambio della natura dell'incarico attribuito [...]»); diversamente

il MEF cita solo alcuni dei possibili eventi straordinari (*rectius*: non ordinari!) delle dinamiche retributive, omettendo proprio di occuparsi di quanto sopra, anzi riconducendo a titolo di mero esempio anche gli altri eventi ivi citati, con l'aggravante di citare fra le retribuzioni accessorie anche la summenzionata "posizione minima unificata" e lasciando intendere che a tale categoria appartenga pure l'indennità di esclusività (cui corrisponde il limite "intra-moenstico" all'esercizio della libera professione); invero quest'ultima costituisce emolumento corrisposto a titolo risarcitorio (rispetto all'opzione di un minor godimento di un generale diritto, accettata dal dirigente) e non retribuzione accessoria, mentre la prima è, per chiaro e cogente dettato contrattuale nazionale di categoria (Area IV - Dirigenza medica e veterinaria), retribuzione fondamentale. Ma forse l'estensore della circolare ha mutuato, erroneamente, la definizione delle retribuzioni accessorie facendo riferimento al contratto nazionale della dirigenza dell'Area I (Ministeri), dove un solo e unico fondo, definito integralmente accessorio, supporta le retribuzioni sia di posizione sia di risultato; mentre l'Area IV dispone di tre fondi distinti, e quello che supporta le retribuzioni di posizione risulta destinato solo in parte a voci accessorie, tra le quali NON è compresa la "posizione minima unificata". Peraltro, anche le voci retributive che gravano sul fondo cosiddetto "del disagio" (reperibilità, guardie etc.), ancorché tutte definite accessorie, secondo la Conferenza devono essere esentate da decurtazione poiché il disagio (es. turnistica) gravante su un organico, qualora questo venga ridotto, non solo non diminuisce, anzi aumenta gravando su chi resta; tale, più corretta e completa lettura interpretativa, fornita dalla Conferenza, specie per quest'ultima fattispecie, sorprendentemente NON ha trovato (pare) nemmeno un sostenitore fra le amministrazioni sanitarie del Paese; comunque e ancora nell'assordante silenzio delle Regioni stesse. Tralasciamo - quasi - di trattare della piletta indicazione algebrica sul metodo che per il MEF risulterebbe idoneo al calcolo della riduzione percentuale da operare sui fondi in riferimento alla riduzione dell'organico; è palesemente iniqua, non tenendo

conto del momento in cui è avvenuta detta riduzione e soprattutto delle caratteristiche del personale cessato e, in funzione di queste, della - pressoché sempre certa - permanenza di tutte le funzioni "in capo a chi resta" (*ut supra* - vd. disagio); tutti fattori di cui invece tiene conto il Documento interpretativo della Conferenza, che tuttavia, anche per tale materia, pare non sia stato applicato da alcuna azienda sanitaria del Paese (!!).

Cui prodest? Al bilancio? Perché allora le Regioni - sulle quali grava l'onere di soddisfare le esigenze di bilancio inerenti la sanità pubblica - avrebbero fornito i citati indirizzi interpretativi e applicativi della norma? Perché poi non li hanno sostenuti, vista la "sorprendente intrusione" del MEF? In sintesi, a chi spetta definire e garantire la legittima applicazione degli atti normativi, cui appartengono - non senza peso - coerenza ed equità? Non si può fare a meno di ricorrere sempre alla magistratura? Vorremmo poter osservare un Paese che, già definito "a legalità limitata" per talune parti del territorio, non possa essere ridefinito a "legittimità variabile" nel suo intero.

Il caso delle norme anti-corrruzione e sulle incompatibilità

Ripartendo dal medesimo auspicio formulato in chiusura del paragrafo precedente, sovengono tuttavia e purtroppo altre e diverse manifestazioni di quanto sopra paventato. Per contrastare le quali, come riteniamo opportuno, è parso utile tentare qui di approfondire la conoscenza di alcune di esse. Vogliamo perciò trattare di tre fattispecie riconducibili al "caso" sopra titolato: **1)** dell'incompatibilità delle cariche politiche con la titolarità di struttura nelle Aziende del SSN; **2)** dell'obbligo di certificare la propria posizione reddituale da parte dei dirigenti delle Aziende del SSN; **3)** dell'obbligo di conseguire la preventiva autorizzazione, e dei correlati vincoli, per lo svolgimento di taluni incarichi *extra-officium* retribuiti.

1) A seguito dell'emanazione del D.lgs. n. 39/2013 (attuativo della Legge 190/2012, art. 1 commi 49 e 50), considerato quanto enunciato all'art. 12 (rubricato - "Incompatibilità tra incarichi dirigenziali interni e

esterni e cariche di componenti degli organi di indirizzo nelle amministrazioni statali, regionali e locali”), venne immediatamente all’attenzione di tutte le parti interessate la necessità di chiarire se la titolarità delle posizioni di Direzione e Responsabilità delle strutture complesse e semplici delle aziende sanitarie del SSN (ASL e ASO), in capo ai dirigenti medici e veterinari oltre che dell’Area SPTA, dovesse essere ritenuta incompatibile con la titolarità delle cariche politiche di cui al citato articolo. Non solo i legali delle OO.SS. rappresentative delle menzionate professionalità, ma anche numerosi “esperti”, dunque la nascente dottrina in materia, prese immediatamente unanime e univoca posizione indicando, non senza debito approfondimento, come e per quali ragioni la paventata incompatibilità NON potesse sussistere (in estrema sintesi si trattava dell’insussistenza sostanziale, in capo a detti responsabili, dell’«esercizio in via esclusiva delle competenze di amministrazione e gestione» come da definizione ex art. 1). Ma, sorprendentemente, poco dopo, il Dipartimento della Funzione Pubblica si esprime con un proprio Documento interpretativo (vedere in proposito lo specifico articolo su questo numero a pagina 8) - Del. CIVIT n. 58/2013, prendendo una posizione di segno diametralmente opposto; e rimanendo poi consentito, a chi si trovasse nella situazione di incompatibilità, di portare soltanto a termine il primo in scadenza fra i due incarichi contestualmente in essere (carica politica o incarico di responsabilità di struttura). Fortunatamente venne posta all’attenzione del Giudice amministrativo la questione sicché, dopo una pronuncia negativa del TAR Campania, il Consiglio di Stato, in riforma di tale decisione, con sentenza n. 08193 del 30 ottobre 2014 accolse l’appello, confermando la prima interpretazione data diffusamente alla norma dalla dottrina espressamente nata sul punto. A breve distanza dalla pronuncia del Giudice, la neonata Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC), allocata presso il medesimo Dipartimento della Funzione Pubblica, con nuova “pronuncia” (Deliberazione n. 149 del 22/12/2014) ha controvertito la precedente della CIVIT, stabilendo in definitiva che «le ipotesi di incompatibilità e di incompatibilità di incari-

chi presso le ASL [...] [...] devono intendersi applicate solo con riferimento agli incarichi di direttore generale, direttore amministrativo e direttore sanitario». Dicevamo in epigrafe della consuetudine di emanare norme la cui lettera non risulti pacificamente intelligibile e della correlata “capacità” degli Organi di Governo di produrre interpretazioni giuridicamente infondate o poco fondate, contraddittorie, incoerenti e disomogenee: “legittimità variabile” anche in quest’ultimo caso?

2) Con Legge n. 127/1997 art. 17 comma 22 si stabiliva che «*le disposizioni di cui all’articolo 12 della legge 5 luglio 1982, n. 441*» (obbligo di dichiarazione dei beni immobili e mobili, iscritti su pubblici registri -!- e deposito della dichiarazione dei redditi, da parte dei parlamentari) «*si applicano anche al personale di livello dirigenziale od equiparato di cui all’articolo 2, commi 4 e 5, del decreto legislativo 3 febbraio 1993, n. 29, e successive modificazioni, nonché al personale dirigenziale delle amministrazioni pubbliche*» (norma di cui nessuno si accorse e alla quale non risulta che alcuna pubblica amministrazione abbia dato sostanziale applicazione, tanto più che l’inosservanza era priva di sanzione!). Nel nostro Paese in cui, ciclicamente, chicchessia al Governo ripropone norme presuntivamente non esistenti prima, ma ora indubbiamente capaci di debellare il fenomeno corruttivo, con pervicacia non più sorprendente, anche nel biennio 2012-2013, è stata cantata la medesima litania; è stato spiegato a tutti come la nuovissima (!) Legge 190/2012 e le correlate norme attuative avrebbero determinato - finalmente - la sconfitta della corruzione. Sicché divenne necessario produrre anche un nuovo Codice di Comportamento dei pubblici dipendenti (già da tempo sventuti “in blocco” dallo Stato stesso per la loro - demagogicamente affermata - infedeltà al Paese). Emanato il D.P.R. n. 62/2013, qualcheduno prese coscienza del fatto che l’art. 13 comma 3 terzo paragrafo disponeva che «*il dirigente fornisce le informazioni sulla propria situazione patrimoniale e le dichiarazioni annuali dei redditi soggetti all’imposta sui redditi delle persone fisiche previste dalla legge*» (soprattutto accorgendosi solo quindici anni più tardi della precedente

Legge 127/1997, ma subito avvedendosi che l’inosservanza era divenuta sanzionata in via disciplinare). Dunque la nuova esegesi ha indotto recentemente talune PP.AA. a disporre che tutti i dirigenti appartenenti alle amministrazioni gerarchicamente subordinate debbano immantinentemente presentare e autocertificare la propria posizione reddituale (beni mobili e immobili). Certo senza avvedersi che nelle amministrazioni sanitarie del SSN ogni dipendente dell’Area medica-veterinaria ha la qualifica dirigenziale non appena assunto (accede al SSN con tale qualifica). Il fatto rileva ai fini interpretativi. Infatti, il DPR 62/2013, nell’art. 13 comma 3, al primo paragrafo, dispone che le norme di tale articolo si applichino ai dirigenti ex art. 19 D.lgs. 165/2001, che ha sostituito l’art. 19 del precedente D.lgs. 29/1993; si tratta dei ruoli dei dirigenti dello Stato, non esistenti nelle PP.AA. sanitarie, e ai quali potrebbero risultare ivi assimilabili, per eccesso di zelo, le direzioni dipartimentali, forse nemmeno quelle di struttura complessa, ma certamente nessun’altra tipologia inferiore di incarico; se poi, come sarebbe proprio di una corretta interpretazione logico-sistematica e nondimeno teleologica, esaminassimo la tipologia dei dirigenti chiamati in causa ai medesimi fini dalle norme precedenti e tuttora vigenti, nonché quella dei dirigenti delle aziende sanitarie ritenuti destinatari delle norme in materia di incompatibilità ex art. 12 del decreto anticorruzione, alla luce della sopravvenuta giurisprudenza oltre che delle considerazioni dell’ANAC (vd. sopra - n. 1), gli obblighi di cui all’art. 13 in questione andrebbero meglio e invero ricondotti in capo ai soli direttori generali, sanitari e amministrativi. Un’imposizione come quella sopra rappresentata, volta a tutti i dirigenti di una qualsivoglia azienda sanitaria, determina pertanto la necessità - riteniamo comunque vessatoria - per ogni dirigente di trasmettere la documentazione richiesta, tuttavia e in ogni caso in forma assolutamente riservata e, pertanto, con diffida di evitarne qualsivoglia diffusione, menzione o citazione in qualunque sede, stante comunque l’insussistenza di qualsivoglia obbligo di pubblicazione ai sensi del D.lgs. 33/2013 e del D.lgs. 39/2013, nelle more della soluzione di contenziosi certi,

ma che la stessa amministrazione dovrebbe evitare (non “potrebbe”!). Perlo meno nell’ottica di non aggiungere altri tasselli a sostegno di quella “legittimità variabile” che riteniamo rappresenti invece ora una delle peggiori criticità del Paese.

3) L’art. 53 del D.lgs. n. 165/2001, cosiddetto Testo Unico dell’Ordinamento del lavoro alle dipendenze delle PP.AA., è rubricato «*incompatibilità, cumulo di impieghi e incarichi*». Si tratta della norma che, richiamata e confermata la disciplina generale delle incompatibilità già dettata dal D.P.R. n. 3/1957 (per quanto ancora vigente), dispone tuttavia specifiche deroghe e, in particolare, disciplina la possibilità di svolgimento di incarichi cosiddetti *extra-officium* da parte dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, fra le quali sono ricomprese le aziende sanitarie del SSN. Riferendoci al testo come in ultimo modificato e integrato dalla Legge 190/2012 e dal D.L. 101/2013 (conv. L. 125/2013), perciò vigente da ormai un biennio circa, osserviamo in specie che: a) il comma 7 dispone che «*i dipendenti pubblici non possono svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall’amministrazione di appartenenza. Ai fini dell’autorizzazione, l’amministrazione verifica l’insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi*»; b) il comma 6 dispone che «*gli incarichi retribuiti, di cui ai commi seguenti*» (quelli che necessitano di autorizzazione), «*sono tutti gli incarichi, anche occasionali, non compresi nei compiti e doveri di ufficio, per i quali è previsto, sotto qualsiasi forma, un compenso*». MA, «*Sono esclusi i compensi derivanti*» da numerose attività ivi elencate e in particolare quelli derivanti «*da attività di formazione diretta ai dipendenti della pubblica amministrazione nonché di docenza e di ricerca scientifica*». La norma pone un distinguo apposito inerente gli incarichi retribuiti, indicando come, nonostante la retribuzione, numerosi di essi possano essere svolti senza alcuna formalità e soprattutto senza alcun preventivo assenso dell’Amministrazione di appartenenza; risulta lapalissiano (se è vero che *quod lex voluit dixit*) come ogni attività non retribuita possa essere svolta dal pubblico dipendente fuori dell’orario di la-

voro, senza alcuna esigenza di preventivo interpello né tanto meno di avallo alcuno da parte dell’Amministrazione; del resto, ove così non fosse, le amministrazioni avrebbero licenza di sindacare e limitare attività proprie della libera espressione dell’individuo e della personalità di ciascuno costituzionalmente tutelata. Al dipendente permane chiaramente l’obbligo di non svolgere attività dichiarate incompatibili con il rapporto di lavoro con la P.A. da norme speciali; ma risulta parimenti pacifico come l’onere probatorio di eventuali comportamenti scorretti rimanga in capo all’Amministrazione, la cui attività di “vigilanza” non può risolversi (salvo che in taluni casi espressamente normati) nell’illegittima acquisizione di dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà con le quali il dipendente dichiara di non fare ciò che è vietato; ciò equivarrebbe all’assurda pretesa, da parte dello Stato, di imporre al cittadino di dichiarare che rispetterà la legge, rendendolo imputabile, oltre che per l’eventuale violazione della norma, anche per falso, in modo evidentemente vessatorio, indebito e ingiusto. Tornando agli incarichi retribuiti, è frequente che dirigenti medici e veterinari svolgano attività *extra-officium* a titolo oneroso, specie di formazione e docenza, nell’ambito non solo di corsi “ECM” rivolti a dipendenti pubblici, ma anche nell’ambito di altri eventi formativi, divulgativi, congressuali, convegnistici in genere; in tali casi è nuovamente chiaro come il legislatore escluda tali circostanze dall’obbligo autorizzativo ed è pure semplice comprendere la *ratio* di tale opzione normativa, dopo che, con l’introduzione di obblighi stringenti, pesantemente sanzionati, circa la tracciabilità delle remunerazioni conferite al docente dal soggetto pubblico o privato che lo ha incaricato, nulla può sfuggire all’Amministrazione datrice che, solo nei termini di cui sopra, potrà nel caso verificare eventuali situazioni di incompatibilità. Parrebbe tutto chiaro; almeno in questa circostanza non risulterebbe dubbia la norma. E tuttavia non sono poche le Amministrazioni di aziende sanitarie che impongono vincoli assai più stringenti ai propri dirigenti medici e veterinari che intendano svolgere le menzionate attività di docenza, ovvero anche altre fra le attività che la legge sot-

trae all’obbligo di autorizzazione: dall’imposizione di tale obbligo per ogni attività retribuita (anche quando espressamente escluso dalla legge), all’obbligo di comunicazione anche quando non retribuita (obbligo cui la legge non fa menzione alcuna, anzi dispone la libera effettuazione delle attività non retribuite per le ragioni sopra menzionate), financo al divieto di svolgere attività retribuite che comportino un introito lordo annuo da parte del dirigente superiore a cinquemila euro; quest’ultima previsione è semmai più scorretta e perfino più perniciosa delle altre ipotesi, comunque vessatorie, sopra citate: infatti detto limite ben potrebbe essere raggiunto ove il dirigente fosse chiamato a svolgere anche un solo incarico, per nulla incompatibile, ma particolarmente retribuito in relazione all’elevata professionalità riconosciutagli dal soggetto proponente; sicché l’amministrazione datrice risulterebbe impedire inopinatamente a un proprio dirigente la valorizzazione professionale e personale che altri invece riconoscerebbero al medesimo, peraltro imponendo un limite retributivo nuovamente non oggetto di alcun obbligo di legge; altra, ben diversa e inconferente ragione talora richiamata erroneamente, è l’obbligo di iscrizione, nel caso, alla cosiddetta “gestione separata INPS” ai fini e per gli effetti contributivo-previdenziali. Sicché dobbiamo purtroppo annoverare anche i comportamenti riportati in questo paragrafo come chiara espressione di una “legittimità variabile” che non vorremmo vedere né tanto meno essere costretti a “vivere”, giacché non risultano confinati a poche isolate realtà (nelle quali non avrebbero comunque ragion d’essere) e data - di conseguenza - la loro dirimente capacità di rendere incoerente, disomogenea e iniqua la gestione delle PP.AA. Il quadro sarebbe piuttosto desolante, se non volessimo dare “il beneficio della buona fede” anche al legislatore approssimativo così come agli interpreti incoerenti, potendo osservare che, fortunatamente, la *res publica* non è invero così vituperata dai dipendenti della P.A. né dai suoi dirigenti, come taluni vorrebbero ancora e invece indurre a credere, a forza di norme nuove e interpretazioni innovative che di inedito nulla hanno. Per giovare a chi e a quale fine? Ciascuno potrà dare la propria inter-