

Rubrica legale



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

UNO STATO DI DIFFUSA INIQUITÀ

Quo usque tandem?

Quo usque tandem abutere patientia nostra? È il noto quesito che Cicerone formulò nei confronti di Catilina. Lo dovremmo formulare oggi, con forza, più che mai? Perché? E sappiamo, forse, a chi? Al Parlamento? Al Governo? Alla Magistratura? Alle Regioni? Il perché è lo stato di diffusa iniquità, tema di questo numero della rubrica legale. Si cercherà, anche e perciò, di individuare quali interlocutori, e come, debbano (!) a nostro avviso darci risposta. Perché la pazienza, che è già faticosa sopportazione, non può diventare arrendevole tolleranza.

L'Avv. Antonio Funari, con un articolo pubblicato in questo numero della Rivista, propone nuovamente (dato che l'argomento è stato già oggetto di alcune sottolineature in questa sede), ma con articolata analisi, lo stato dell'arte dottrinale e giurisprudenziale in materia di svolgimento di "funzioni superiori" e conseguenti diritti vantabili da parte dei dirigenti che si trovino in tale situazione. L'articolo è occasione rilevante per sottolineare nuovamente come siano ormai numerosissime le iniquità perpetrate nei confronti dei pubblici dipendenti e della dirigenza sanitaria in particolare, in termini di diverso trattamento giuridico ed economico, nell'ambito di situazioni invero del tutto sovrapponibili, operate nelle più disparate realtà locali, a causa della lunga assenza di un contratto col-

lettivo nazionale e del contestuale affastellamento di norme di legge inopinatamente e perniciosamente "sostitutive" della contrattazione ancora oggi - pure illegittimamente, come sancito dalla Corte Costituzionale - "azzerata".

Con tali norme il legislatore ha tentato affannosamente di ridurre la spesa pubblica, sovrapponendo "blocchi", rinvii, moratorie, abrogazioni e decurtazioni, in modo tuttavia tanto spasmodico da non accorgersi della poca chiarezza intrinseca al dettato normativo stesso; sicché il contenzioso legato alle suddette iniquità, di origine inevitabilmente interpretativa, è aumentato a dismisura, approdando anche in sede giurisdizionale dove, data la costituzionale autonomia del potere giudiziario - patrimonio che riteniamo non discutibile - la magistratura ha ineluttabilmente proposto altrettanta diversificata interpretazione di fronte a norme tanto ambigue e, come ciò dimostra, evidentemente opinabili. Ma non crediamo possano essere ulteriormente accettabili l'opinabilità della legge unitamente all'impossibilità di disciplinare precisi istituti del lavoro mediante un contratto nazionale nel quale - proprio lì - dovrebbero trovare chiara indicazione applicativa.

Non si tratta soltanto del tema proposto dall'Avv. Funari, ma si vuole qui svolgere alcune osservazioni anche: 1) circa il riconoscimento economico del primo quinquennio maturato nel periodo del

cosiddetto "blocco stipendiale"; 2) circa l'errata indicazione "accessoria" data a numerosi istituti retributivi gravanti sul "fondo di posizione" della nostra area contrattuale, tuttavia chiaramente appartenenti alla retribuzione fondamentale, perciò iniquamente sottoposti alle decurtazioni ex art. 9 co. 2 bis D.L. 78/2010 (conv. L. 122/2010) e che ancora verranno - sempre iniquamente - sottoposti a ulteriori decurtazioni stante la sostanziale reiterazione del provvedimento contenuta nella Legge di Stabilità 2016 - Legge n. 208/2015 art. 1 co. 236; 3) sull'ingiusta reiterazione delle sostituzioni ex art. 18 CCNL 8/6/2000, spesso non retribuite nemmeno con l'indennizzo ivi previsto e ancor più spesso oggetto di contenzioso circa l'attribuzione dell'incarico; 4) sull'incomprensibile sottrazione, perpetrata da talune Regioni, dei proventi derivanti dall'applicazione del "2% Enpav" alle tariffe per le prestazioni istituzionali rese nell'interesse del privato; 5) circa l'applicazione, inopinatamente diversificata, frequentemente illegittima, spesso disattesa, delle norme contrattuali e di legge in materia (a) sia di individuazione, valorizzazione e affidamento degli incarichi (con la corretta applicazione dell'art. 13 CCNL 8/6/2000 in materia di CI), (b) sia di attuazione della disciplina in materia di incarichi *extra-officium* di cui all'art. 53 D.Lgs. 165/2001 s.m. e i., (c) sia di applicazione del recente "pacchetto norma-

tivo” in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione. Un enorme insieme di iniquità, sulle quali si propone una riflessione che appare necessaria, di seguito solo accennando - per ciascuna di esse - una sintesi dello “stato dell’arte”; riservandoci ulteriori approfondimenti, secondo anche le sollecitazioni che potranno giungere da chi legge e da quanti fino ad ora, e in futuro, hanno già dovuto, e ancora dovranno, confrontarsi con tali problemi unitamente allo scrivente e ai legali che ci assistono.

1) Circa il riconoscimento economico del primo quinquennio maturato nel periodo del cosiddetto “blocco stipendiale”.

Nonostante il quadriennio del citato “blocco” sia terminato già dal 1/1/2015, la questione è tuttora aperta e rimane di rilevante interesse: giuridico, per chi abbia a cuore “semplicemente” l’equità; economico, per tutti coloro i quali hanno maturato il primo quinquennio tra il 1/1/2011 e il 31/12/2014 e in particolare per chi avrebbe potuto beneficiare della superiore fascia dell’indennità di esclusività per diversi mesi o perfino anni, vedendosi inspiegabilmente negare tale possibilità dalla ASL ovvero anche dal Giudice adito, seppure e invece riconosciuta come diritto da diverse Regioni, da numerosissime ASL, e da altri Giudici nel medesimo Paese (!!). E, premesso che già “suona male” che la norma di legge dello Stato abbia necessitato di plurimi interventi interpretativi, e “suona peggio” che tali interventi siano poi del tutto difformi, sul punto osserviamo, invece e purtroppo, quanto segue. Di fronte all’interpretazione data dalle Regioni stesse con un documento da tutte condiviso, quale il documento della Conferenza delle Regioni e delle Province Autonome n. 11/17/CR06/C1 del 10/2/2011 e del 13/10/2011, fondato su chiara indicazione di legge nazionale, nemmeno le medesime Regioni, singolarmente, si sono peritate di far applicare il loro medesimo intendimento, uniformemente, sul territorio della Regione stessa. Infatti, se da un lato molte Regioni, dopo aver condiviso detto documento, sono rimaste inopinatamente silenziose circa la disapplicazione dello stesso nelle “loro” ASL, in altre Regioni come il Piemonte e l’Emilia Roma-

gna è stato dato luogo all’omogenea applicazione del documento in questione; ma rimane straordinario il caso della Lombardia dove l’Ente Regione ha scritto in via “generica” alle ASL - nel testo di ben due Deliberazioni di Giunta, doversi applicare detto documento, salvo rimanere incurante della disapplicazione dello stesso (per la parte che ci interessa) avvenuta solo in talune ASL mentre le viciniori ne davano applicazione. Di fronte a tutto ciò si adivano, da parte degli interessati, diffusamente nel Paese, i competenti Giudici del lavoro; ai quali, le ASL che non avevano riconosciuto il beneficio *de quo* opponevano la bizzarra opposta lettura interpretativa del “MEF-Ragioneria dello Stato”; secondo cui il chiaro dettato normativo può e deve essere controvertito in nome delle esigenze economiche del Paese; esigenze che, in tal modo, possono (!?) assurgere a giustificazione legittima del possibile annullamento della legge “per mera circolare”. Ma è dato di fatto, riteniamo assai grave, che ciò sia avvenuto e avvenga da tempo in altri numerosissimi casi. Non soccorre nel caso la Magistratura, che ha emesso pronunce “naturalmente” diversificate per le ragioni già sopra richiamate, come spesso accade, inevitabilmente, in un Paese che formula leggi passibili di svariate interpretazioni (resta da comprendere, anzi incomprensibile, se per incapacità o “malafede”); Magistratura che resta peraltro e ormai “ultimissima ratio”, specie da quando il lavoratore viene costretto a subire uno stato di vera e propria denegata giustizia. Ci riferiamo al fatto che, innanzitutto, il medesimo deve sopportare una tassazione “preliminare” solo per poter adire il Giudice del Lavoro (il cosiddetto Contributo Unificato, escluso in tale eventualità fino a pochi anni orsono) e non già ed eventualmente in conseguenza della “sconfitta”; anzi, ora il lavoratore viene non solo “tassato”, ma spesso (e in modo non omogeneo!) anche “tartassato” in termini di spese di soccombenza, fin dal primo grado di giudizio, le quali nemmeno possono restare sospese ove si produca appello; sicché ciò diviene, surrettiziamente e ingiustamente, sistema proditoriamente efficace per disincentivare il contenzioso del lavoro; specie laddove il lavoratore ri-

sulti, come spesso accade, la parte debole e già economicamente in difficoltà. Ma di tutto ciò non si curano, ciascuno per la propria parte, né le Regioni, né legislatore ed esecutivo nazionali. *Quo usque tandem?*

2) Circa l’errata indicazione “accessoria” data a numerosi istituti retributivi gravanti sul “fondo di posizione” della nostra area contrattuale.

Quanto disposto in ultimo dalla Legge di Stabilità 2016 - Legge n. 208/2015 art. 1 co. 236, richiama immediatamente l’attenzione sul provvedimento che già abbiamo subito nel quadriennio 2011-2014 a opera del reiterato art. 9 co. 2 *bis* D.L. 78/2010 (conv. L. 122/2010); si tratta delle decurtazioni che devono essere operate sulle “risorse destinate annualmente al trattamento accessorio” -!- del personale delle PPAA (così, esattamente, la legge!). Orbene, al fine dell’applicazione della norma occorre preliminarmente aver chiaro quale sia la retribuzione accessoria. E altra non può essere se non quella così definita dai rispettivi CCNL per i diversi comparti e le diverse aree contrattuali. Nel nostro caso il CCNL non lascia dubbi; l’art. 35 CCNL 8/6/2000, tuttora vigente, definisce trattamento accessorio la retribuzione dei dirigenti medici e veterinari del SSN riferibile a: retribuzione di posizione “variabile aziendale”- ove spettante sulla base della graduazione delle funzioni, retribuzione di risultato, retribuzione legata alle particolari condizioni di lavoro, specifico trattamento economico *ex art.* 38, indennità di incarico di direzione di struttura complessa; mentre include nel trattamento fondamentale la retribuzione riferibile a: stipendio tabellare - con IIS conglobata, RIA, ISM, retribuzione di posizione minima - ora “unificata”, assegni personale e per il nucleo familiare - ove spettanti; e ciò rileva assai, tanto che anche gli oneri e i conseguenti trattamenti previdenziali da tale suddivisione dipendono. Ma anche in questo caso sopravviene, a controvertire la legge “per circolare” (!!), altra bizzarra lettura interpretativa del “MEF-Ragioneria dello Stato”; per la quale vale quanto precedentemente espresso, con l’aggiunta che

in questo caso è ancora più evidente l'errore; dunque verrebbe naturale conseguenza adire la Magistratura. Anche in questo caso vale però quanto al primo punto. Analizziamo perciò rapidamente l'errore stesso, lasciando a ciascuno trarre le conseguenze (chi ha disponibilità sarà facilitato, in questo Paese... sempre più equo). Con la Circolare n. 12 del 15/4/2011, il Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato, a proposito del menzionato comma 2 bis, afferma che «[...] per quanto riguarda l'individuazione delle risorse oggetto di tale disposizione, occorre fare riferimento a quelle destinate al fondo - singolare! - per il finanziamento della contrattazione integrativa [...]»; ora, volendo escludere certamente la malafede, dobbiamo ritenere che il MEF sia stato indotto in errore ragionando "da Ministero" e avendo perciò e probabilmente presente la disciplina contrattuale dell'Area I, secondo la quale esiste un solo fondo sul quale gravano istituti retributivi prevalentemente (ma non tutti) oggetto di trattativa integrativa giacché effettivamente accessori. NON è così per l'Area IV, la cui disciplina contrattuale prevede, come noto, tre fondi; su due dei quali gravano retribuzioni tutte accessorie (quelli cosiddetti "di risultato" e "del disagio" ex art. 25 e 26 CCNL 17/10/2008); mentre sul primo (cosiddetto "fondo di posizione" ex art. 24 CCNL 17/10/2008) gravano per buona parte retribuzioni espressamente classificate come fondamentali, dunque NON accessorie ("art. 24: Fondo per l'indennità di specificità medica, retribuzione di posizione, equiparazione, specifico trattamento e indennità di direzione di struttura complessa" - vd. sopra art. 35 CCNL 8/6/2000); sicché le decurtazioni operate prima ai sensi del richiamato art. 9 co. 2 bis ed ora reiterate dalla "Legge di Stabilità 2016", NON dovevano e NON devono gravare sulla parte del "fondo di posizione" (la maggior parte!) destinata all'erogazione di dette retribuzioni fondamentali. Ma il MEF è intervenuto (e ancora una volta una novella legislativa è stata introdotta da una Circolare, fatto vietato dalla Costituzione), le ASL hanno "naturalmente" obbedito e nessuna certezza è data circa

i possibili risultati di eventuali interventi della Magistratura. Ma di tutto ciò non si curano, ciascuno per la propria parte, né le Regioni, né legislatore ed esecutivo nazionali. *Quo usque tandem?*

3) Circa l'ingiusta reiterazione delle sostituzioni ex art. 18 CCNL 8/6/2000, spesso non retribuite nemmeno con l'indennizzo ivi previsto e ancor più spesso oggetto di contenzioso.

Si tratta di un altro rilevante problema che vede iniquamente trattati, anche perché in modo assai diversificato, numerosissimi dirigenti medici e veterinari delle ASL che per anni sopperiscono alla mancanza del ruolo di direzione di strutture aziendali formalmente e di fatto esistenti. Visto e premesso quanto al citato articolo dell'Avv. Funari, nell'area "sentenze" del nostro sito è pubblicata una pronuncia del Giudice del Lavoro di Torino che riteniamo paradigmatica e che, peraltro, conferma altre pronunce anche di Corte territoriale (Corte d'Appello di Roma - Sent. n. 4082/2012), tutte assai recenti; osservando quanto ivi si può pacificamente leggere, unitamente a quanto dettato, in modo altrettanto chiaro, dal succitato art. 18, non riteniamo possa esservi dubbio alcuno sul fatto che: (a) il sostituto del Direttore di struttura (Dipartimento, SC e SSD) deve essere individuato (con indicazione - vincolante! - del Direttore stesso) e nominato formalmente (dall'Azienda che "prende atto" dell'individuazione) a inizio anno seguendo il procedimento dettato dall'art.18 stesso (frequentemente non si dà luogo al procedimento o, quando ciò accade, spesso viene distorto il dettato contrattuale, escludendo dalla "selezione" dirigenti che hanno diritto a partecipare ovvero individuando dirigenti in modo improprio); (b) il sostituto così individuato rimane "in carica" nel caso di assenza "definitiva" (quiescenza) o "protratta" (aspettativa) del Direttore sostituito, per un tempo massimo di sei mesi, prorogabili di altri sei, entro i quali l'esistenza stessa della struttura determina l'obbligatorio espletamento della procedura concorsuale, senza che alcuna disposizione regionale possa controvertire il dettato della contrattazione nazio-

nale per alcun motivo. Sicché, il protrarsi dello svolgimento di funzioni superiori comporta, dopo il primo periodo normato dal CCNL (2 mesi senza indennità e 10 mesi con la specifica indennità), la corresponsione della retribuzione interamente prevista per dette funzioni (anche ove al dirigente non possano essere conferite - ex art. 2103 C.C. - le funzioni superiori in via definitiva). Del resto, qualora venissero individuati altri dirigenti nel ruolo di sostituti per eventuali periodi successivi ai primi 12 mesi di sostituzione, si produrrebbe l'assurda ipotesi per cui l'Amministrazione potrebbe avvalersi *sine die* della funzione superiore continuando a retribuire solo l'indennità (o nemmeno quella, come invero succede in casi di totale illegittimità) anziché il giusto compenso per detta funzione. Ma dell'iniqua applicazione - in sede ASL - di quanto ben normato, dalla legge e dal CCNL, le Regioni non si curano. E nemmeno l'esecutivo nazionale. *Quo usque tandem?*

4) Circa l'incomprensibile sottrazione, perpetrata da talune Regioni, dei proventi derivanti dall'applicazione del "2% Enpav" alle tariffe per le prestazioni istituzionali rese nell'interesse del privato.

Ormai da diversi anni alcune Regioni, a differenza di quanto accade nella gran parte del Paese, hanno dato indicazione alle ASL di disapplicare quanto finora fatto in esecuzione dell'art. 12 della Legge 136/1991 che dispone l'applicazione dell'importo aggiuntivo del 2% «[...] sui corrispettivi dovuti per tutte le prestazioni rese dai veterinari iscritti agli Albi professionali, siano essi liberi professionisti ovvero dipendenti di enti pubblici o privati, nonché legati a detti enti da un vincolo diverso dalla subordinazione», dunque anche sulle tariffe per le prestazioni istituzionali rese nell'interesse del privato da parte dei veterinari dipendenti. Tale procedimento consente ai veterinari dipendenti di recuperare il contributo integrativo "minimo" versato annualmente in via obbligatoria; ma taluni dipendenti non possono beneficiare del trattamento di cui si possono invece avvalere tutti gli altri, giacché sfortunatamente operanti in quella minoranza di territori

afflitti dalla citata disapplicazione. Le Regioni in questione si trincerano dietro quanto indicato in sede giurisdizionale (Sent. Cassaz. N. 258 del 9/1/2009), “accampando” il valore nomofilattico delle pronunce della Suprema Corte, seppure si tratti di una pronuncia che - quand’anche di magistratura superiore - fa stato fra le parti. In ogni caso, atteso detto valore nomofilattico, che osserviamo tuttavia quanto sia minato dalla contrapposta sussistenza di frequenti *revirement* della medesima Corte, noi non possiamo certo condividere né la sentenza né tanto meno l’atteggiamento delle Regioni che ne hanno dato inopinata applicazione. Giacché - nel merito - la “sottrazione” del contributo in questione sarebbe dovuta al fatto che, da un lato, le prestazioni rese dai veterinari dipendenti, peraltro su richiesta e a favore dell’operatore commerciale, non sarebbero attività professionale (??); dall’altro risulterebbe possibile “stracciare *sine cura*” quanto già normativamente previsto; con ciò potendo essere tranquillamente legittimata la suddetta iniquità; che già è tale perché colpisce solo alcuni, ma che sarebbe anche peggiore ove colpisse una più vasta platea di dipendenti, i quali si vedrebbero negato ciò che ai liberi professionisti verrebbe invece dato a parità di condizioni (recupero del versamento obbligatorio, all’Ente, della quota cosiddetta “minima” del contributo in questione). Invero, risulta che l’ENPAV abbia tentato più volte di agire affinché nel modo più opportuno - proponendo un ulteriore adeguato intervento normativo - potesse essere posta fine all’iniqua situazione. Invano. Di ciò, né l’esecutivo né il legislatore nazionali si curano. *Quo usque tandem?*

5) Circa la diversificata, o illegittima, o disattesa applicazione delle norme contrattuali e di legge in materia di affidamento degli incarichi d’ufficio, di autorizzazione degli incarichi *extra-officium* e di esecuzione delle norme in materia di trasparenza e prevenzione della corruzione.

In precedenti numeri di questa rubrica abbiamo già trattato di queste criticità. Ne facciamo “ripetuta sintesi” per sottolineare che le problematiche connesse a tali

temi appaiono viepiù gravi e diffuse, con il dilagare di contenziosi che speravamo potessero essere evitati, con ciò risultando ormai da annoverarsi, non più fra elementi di criticità, ma fra le gravi iniquità di cui il “sistema Paese”, incurante, consente il consolidamento.

Nel caso dell’individuazione, valorizzazione e affidamento degli incarichi ai dirigenti del SSN, anche mediante la corretta applicazione dell’art. 13 CCNL 8/6/2000 (in materia di CI) oltre che degli artt. 26-28 e s.m. e i., dobbiamo purtroppo osservare come i procedimenti attuati nelle diverse ASL risultino tanto diversi quanto numerose sono le Amministrazioni e come in molte di esse ancora non siano stati stipulati i CI. E ancora come in molte ASL gli incarichi vengano attribuiti e i CI vengano proposti in grave difformità dal dettato contrattuale nazionale. Sul punto richiamiamo, oltre a quanto già pubblicato sulla rivista, anche i pareri legali in merito pubblicati nella specifica area del nostro sito. Quanto ai regolamenti aziendali attuati e in corso di adozione nelle ASL, circa i procedimenti autorizzativi per gli incarichi *extra-officium* di cui all’art. 53 D.lgs. 165/2001 s.m. e i., osserviamo increduli ciò che determina il clima di sospetto da tempo inaugurato nei confronti dei dirigenti pubblici; accanto alla ben nota quanto perniciosa medicina difensiva, dilaga ormai un nuovo sistema di “dirigenza difensiva” che induce i più alti livelli delle Amministrazioni pubbliche a volersi dotare di Regolamenti non già è non solo applicativi della legge, ma che vanno ben oltre e al di là del dettato normativo, novellando il medesimo così come invero vietato dalla Costituzione (come nel caso delle Circolari - vd. sopra - ma in questo caso con evidente maggiore gravità). Così che i contenuti del menzionato art. 53 vengono travisati senza nemmeno considerare che lo stesso articolo, nel sesto comma che riguarda specificamente il regime autorizzativo degli incarichi *de quo* e le incompatibilità per i dipendenti delle PP.AA., dispone esattamente (dunque chiaramente e senza possibili fantasiose interpretazioni) che «*sono nulli tutti gli atti e provvedimenti comunque denominati, regolamentari e amministrativi, adottati dalle amministrazioni di appartenenza*

in contrasto con il presente comma». Ancora una volta, al fine della corretta applicazione della legge, si dovranno attendere contenziosi, anche giudiziari, defatiganti e costosi ancorché evitabili? Sul punto (corretta e omogenea attuazione del dettato contrattuale e di legge nelle ASL) riteniamo dovrebbero intervenire perlomeno le Regioni; ma, evidentemente, non lo hanno fatto e non lo fanno. E nemmeno se ne occupa l’esecutivo nazionale. *Quo usque tandem?*

Per ciascuna iniquità sono stati indicati gli interlocutori istituzionali che a nostro avviso sono responsabili di tale situazione e che dovrebbero perciò intervenire; con l’eccezione sempre della Magistratura; che giudica l’oggetto dei contenziosi nella propria indipendenza (vd. sopra); dalla quale vorremmo però comprendere la logica secondo la quale vengono applicati gli oneri di soccombenza, seppure le indicazioni di principio, oltre che di massima anche sul *quantum*, ahi noi, le abbia - a nostro avviso colpevolmente - date il legislatore; che con inopinata logica ha pure tassato *ab origine* il diritto del lavoratore alla propria tutela. Quanto al legislatore e all’esecutivo nazionali, crediamo che spetterebbe loro, con pochi interventi normativi, finalmente chiari e inequivocabili, ma soprattutto rispettosi dell’equità, risolvere le gravissime problematiche “pendenti” a causa dell’interpretabilità delle norme in essere. Laddove le norme già sono chiare, ma applicate in modo scorretto e iniquo, crediamo spetterebbe alle Regioni, ma anche all’esecutivo nazionale, curare che tutte le PP.AA. ne diano omogenea, corretta ed equa applicazione. Dobbiamo a tal fine rimanere proattivi, non abdicare, fin tanto che è possibile, rimettendoci a un giudicato imprevedibile e - ingiustamente - assai costoso; perseverando nel chiedere che i suddetti interventi vengano attuati dai menzionati attori istituzionali sempre interloquendo con chi, lavorando, applica o subisce l’applicazione delle norme: quindi con le rappresentanze dei lavoratori, di ogni ordine e grado, come il nostro Sindacato. Denunciamo come la mancanza di attenzione, nei confronti tanto delle iniquità quanto del dialogo, sia già grave e dannosa per il Paese, e come lo diverrà ancor più. *Quo usque tandem?*