

Sentenze e pareri



FUNZIONI SUPERIORI

Diritto dei dipendenti ASL alla maggiore retribuzione

La recente sentenza del Consiglio di Stato sez. III n. 2279/2015 ha segnato una vera e propria svolta nella Giurisprudenza su molti problemi che interessano i medici e i veterinari pubblici a rapporto di impiego e/o convenzionato. La sentenza ha tratto origine dalla richiesta di un assistente ospedaliero volta a ottenere il riconoscimento normativo ed economico delle funzioni superiori da lui svolte alla guida di una Sezione dichiarata autonoma. La sentenza, pur riguardando direttamente le funzioni superiori svolte da medici ospedalieri afferma principi valevoli per tutti i settori della Medicina pubblica e quindi anche per i veterinari. Inoltre, le funzioni superiori svolte in qualsiasi settore della sanità pubblica comportano che l'operatore – anche se di ruolo – venga a trovarsi in una posizione di non di ruolo rispetto alla qualifica della quale svolge le funzioni. Perde quindi in concreto ogni importanza ai fini del riconoscimento degli effetti delle funzioni superiori la posizione di ruolo o non di ruolo che l'operatore rivesta essendo determinante il fatto dell'avvenuto svolgimento di funzioni superiori a quelle della sua qualifica donde tutti gli effetti non solo economici, ma anche ai fini di carriera per l'incidenza che quelle funzioni possano trovare nelle graduatorie concorsuali.

Sempre in via preliminare va segnalata l'evoluzione normativa e giurisprudenziale che la problematica relativa alle funzioni superiori ha avuto negli ultimi cinquant'anni. Una delle tracce più significative di tale evoluzione appare evidente nel passaggio dagli articoli 8 e 9 del DPR 128/1969, che disciplinavano soltanto le strutture ospedaliere e le relative sezioni autonome oltre che gli organici e le funzioni delle singole qualifiche dei medici ospedalieri, all'art. 29 del DPR 761/1979 che riguardava non più soltanto l'ambito ospedaliero bensì lo "stato giuridico del personale delle UU.SS.LL."

Le nuove norme citate dall'art. 29 del DPR 761/1979 suscitavano problemi sia di legittimità costituzionale sia di merito, che sono stati risolti sia dalla Corte Costituzionale sia dal Consiglio di Stato in senso favorevole al riconoscimento della legittimità oltre che degli effetti delle funzioni superiori svolte non più soltanto dai medici ospedalieri, ma anche dagli altri sanitari della pubblica amministrazione. È sufficiente ricordare - a riprova della laboriosità della costruzione della nuova giurisprudenza - l'ordinanza n. 908 del 26 luglio 1988 con la quale la Corte Costituzionale era giunta ad affermare che l'assegnazione a mansioni superiori senza maggiorazione retributiva poteva ritenersi

consentita solo se giustificata dalla condizione di eccezionalità e contenuta nel periodo non superiore a sessanta giorni nell'anno trascorso in cui la prestazione ulteriore in tali mansioni produce dal datore un arricchimento senza causa, che alla stregua dell'art. 36 primo comma della Costituzione, direttamente applicabile, comporta l'obbligazione di adeguare il trattamento economico del dipendente alla natura del lavoro effettivamente prestato.

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 57 del 23 febbraio 1989, ribadiva tale principio in particolare sull'arricchimento ingiustificato per il datore di lavoro e sull'applicabilità diretta dall'art. 36 della Costituzione ipotizzando altresì la riducibilità del termine di 60 giorni a 30, secondo la precedente disciplina collettiva. A sua volta anche il Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, con la sentenza n. 2 del 16 maggio 1991, affermava gli stessi principi circa il diritto del dipendente pubblico, alla maggiore retribuzione per lo svolgimento di funzioni superiori oltre il termine massimo di 60 giorni, ma ha aggiunto che tale maggiore retribuzione opera "anche ai fini previdenziali e assistenziali"

L'art. 29 del DPR 761/1979 risentiva della impostazione, sempre più vetusta, secondo

cui al pubblico dipendente era esclusa e financo vietata l'assegnazione a funzioni non soltanto inferiori, ma anche superiori. Era seguito perciò un travaglio dottrinale e giurisprudenziale che ha portato gradualmente alla affermazione, anche nel pubblico impiego, del diritto del dipendente, a un compenso adeguato, alla importanza e al decoro delle sue funzioni così come previsto dall'art. 36 della Costituzione.

Non si era tuttavia ancora attribuita alla rivendicazione del dipendente addetto alla sanità pubblica carattere di vero e proprio **diritto soggettivo** tale da contrapporsi con successo ad ogni contrario atto dell'Amministrazione e da rendere financo superfluo ogni atto autorizzativo. La sentenza del Consiglio di Stato 2279/2015 con estrema chiarezza ha non soltanto riconosciuto al dipendente che svolge le funzioni superiori la titolarità di un diritto soggettivo, ma ne ha tratto delle precise conseguenze, precisando che a tale diritto non possono essere contrapposti atti autoritativi delle pubbliche amministrazioni e aggiungendo che, trattandosi appunto di diritto, esso può essere esercitato non nei ristretti termini di decadenza (60 gg), ma in quelli più ampi della prescrizione (5 anni).

Tale pronuncia è significativa in via di principio, e ricca di altri effetti perché, a differenza del termine di decadenza che non ammette interruzioni o prolungamenti, quello della prescrizione può essere interrotto da ogni atto rivendicativo posto in essere nel quinquennio.

La sentenza del Consiglio di Stato è importante anche sotto altri profili:

- la sentenza è redatta in qualità di relatore dal Presidente Dott. Pier Giorgio Lignani;
- la sentenza da atto dei diversi orientamenti espressi sull'argomento dalla precedente giurisprudenza, ma si pronuncia pure in tutta chiarezza circa l'obbligo delle amministrazioni di erogare una maggiore retribuzione per l'esercizio delle funzioni superiori; anche laddove ha confermato precedenti indirizzi giurisprudenziali, come ad esempio per la detrazione del maggiore compenso per il periodo di 60 giorni, la sentenza del Consiglio di Stato ha precisato che tale pronuncia avveniva soltanto "secondo le interpretazioni correnti del-

l'art. 29 del DPR 761/79", evidentemente non condivise dal Consiglio di Stato;

- il Consiglio di Stato ha ribaltato la pronuncia sulla condanna alle spese che in primo grado era stata inflitta al ricorrente e che invece è stata *in toto* posta a carico dell'Amministrazione per entrambi i gradi di giudizio; l'Amministrazione è stata inoltre condannata al pagamento della rivalutazione e degli interessi;

- la sentenza del Consiglio di Stato è stata pubblicata il 7.5.2015, ma il TAR Catania il 13.11.2015 ha pubblicato la propria sentenza n. 2627 di segno nettamente opposto a quella del Consiglio di Stato. Secondo il TAR Catania, infatti, la maggiorazione della retribuzione delle funzioni superiori presuppone necessariamente un provvedimento formale dell'Amministrazione, in difetto del quale essa costituirebbe un onere addizionale indebitamente posto a carico della finanza pubblica. Il TAR Catania, avendo negato in radice il diritto alla maggiore retribuzione per le funzioni superiori non protette da un provvedimento formale dell'Amministrazione, si è ovviamente astenuto da qualsiasi pronuncia sugli interessi e rivalutazione nonché sugli effetti previdenziali e assistenziali delle funzioni stesse. Così come il Consiglio di Stato aveva dato atto delle divergenze interpretative manifestatesi nella precedente giurisprudenza, anche il TAR Catania ha fatto espresso accenno a tali divergenze per giungere tuttavia a conclusioni opposte a quelle del Consiglio di Stato anche sul punto della condanna alle spese che il Consiglio di Stato ha posto a carico dell'Amministrazione per il doppio grado di giudizio; mentre il TAR Catania ha tenuto a precisare di non aver avuto possibilità di condannare il ricorrente alle spese di giudizio unicamente perché l'Amministrazione non si era costituita in quanto altrimenti essa avrebbe «avuto diritto a ripeterle in applicazione del principio della soccombenza».

Il fatto che alla sentenza del Consiglio di Stato si sia contrapposta nel giro di pochi

mesi dalla sua pubblicazione una sentenza di segno nettamente opposto qual è quella del TAR Catania, pone in tutta evidenza la necessità di un chiarimento normativo - tramite legge o contratto collettivo - della materia onde evitare l'assurdo che le divergenti opinioni dei singoli Collegi giudicanti possa determinare sia nelle Amministrazioni che nei dipendenti, incertezze e perplessità a tutto danno della corrente erogazione dei servizi essenziali.

Ben a proposito è quindi giunto il dibattito aperto dal Segretario nazionale dottor Aldo Grasselli con l'articolo apparso sul n. 2/2015 della rivista Argomenti cui ha fatto subito seguito sullo stesso numero della rivista l'intervento del Dott. Gnaccarini che ha puntualizzato la necessità di profonde riforme circa importi istituti contrattuali.

La dichiarazione a verbale n. 5 fu apposta dal Segretario nazionale in occasione della stipula del contratto nazionale per la dirigenza medica e veterinaria 1994/1997 per denunciare problematiche insorte e tuttora irrisolte circa la osservanza di principi costituzionali sulla equa retribuzione dei trattamenti stipendiali fissi e ricorrenti e concludeva sulla necessità di esperire «*tutte le azioni utili per giungere alla eliminazione della evidenziata sperequazione*». Quella dichiarazione a verbale trae forza e attualità dalla sentenza n. 369/1990 con cui la Corte Costituzionale aveva testualmente indicato la necessità di «*porre fine a squilibri che si sono creati nei vari rapporti fra le carie categorie del personale*». Quegli squilibri si sono nel frattempo accentuati e non saranno risolti finché non si provveda alla emanazione di normative di valenza generale e quindi obbligatorie per tutte le categorie del personale. Le soluzioni sono state rimesse finora alle singole e diverse decisioni emanate dagli organi giurisdizionali. Tali decisioni sono vincolanti soltanto per le specifiche controversie per le quali vengono pronunciate con la conseguenza di sentenze nettamente contraddittorie emesse, come nel caso delle due sentenze contrapposte, in materia di funzioni superiori, emesse rispettivamente dal Consiglio di Stato e dal TAR Catania.

Avv. Antonio Funari