



Federazione Lavoratori Pubblici e Funzioni Pubbliche

Centro Studi e Documentazione



00187 ROMA – Via Piave 61
tel. 06/42000358 – 06/42010899
fax. 06/42010628

sito internet: www.flp.it Email: flp@flp.it

Segreteria Generale

Prot. n. 1092/FLP2007

Roma, 18 giugno 2007

NOTIZIARIO N° 45

Ai Coordinamenti Nazionali FLP
Alle OO.SS. federate alla FLP
Alle Strutture periferiche FLP
Ai Responsabili FLP
Ai Componenti delle RSU
LORO SEDI

MANSIONI SUPERIORI NEL PUBBLICO IMPIEGO

Condizioni per il pagamento delle mansioni superiori

Consiglio di Stato, 8.5.2007, n. 2130

Il Consiglio di Stato, Sezione V, nella sentenza 8 maggio 2007, n. 2130, ha stabilito che la retribuità delle mansioni superiori nel pubblico impiego trova riconoscimento nella sussistenza di tre presupposti, tutti necessari:

- 1) una base normativa che la preveda;
- 2) l'esistenza in organico di un posto vacante corrispondente alle mansioni che si vanno a svolgere;
- 3) un atto di incarico ad opera dell'organo competente.

Il collegio, inoltre, richiamando un indirizzo maggioritario (Cons. St., Ad. Plen., 18 novembre 1999 n. 22), precisa che questa regola, basata su detti presupposti è, comunque, derogatoria a quella di portata più generale che riconosce alla qualifica e non alle mansioni il parametro al quale è riferita obbligatoriamente la retribuzione, in caso contrario sarebbero disattesi i principi di buon andamento e di certezza dell'assetto organizzativo e finanziario delle pubbliche amministrazioni.

Nel settore sanitario è da far rilevare che alcune pronunce (CdS, Sez. V - 20 ottobre 2000 n. 56501; CdS, Sez. V, 1 dicembre 2003 n. 7803) hanno ammesso la retribuità delle mansioni superiori anche in assenza di formali provvedimenti di incarico, ritenendo sufficiente la puntuale dimostrazione dell'effettivo espletamento delle funzioni corrispondenti al posto vacante (la fattispecie riguardava un aiuto sanitario che aveva esercitato le mansioni di un primario).

Si riporta di seguito la sentenza del Consiglio di Stato n° 2130 del 08.05.2007.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, V sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

(2130/2007)

sul ricorso in appello n. 4383 del 2006 proposto dal sig. Renzo GOBBI, rappresentato e difeso dall'avv. Bruno Pettinari ed elettivamente domiciliato in Roma, Ostia Lido, via A. Sancini n.11 (studio avv. Alberto Panunzi);

contro

l'AZIENDA UNITÀ SANITARIA UNICA REGIONALE, in persona del Direttore generale pro-tempore, (non costituita);

l'AZIENDA UNITÀ SANITARIA UNICA REGIONALE –ZONA TERR.n. 9 di Macerata, in persona del rappresentante legale pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio del Vecchio e dall'avv. Luca Forte ed elettivamente domiciliata in Roma, viale Angelico n.38;

l'AZIENDA UNITÀ SANITARIA UNICA REGIONALE –ZONA TERR.n. 9 di Macerata, in persona del Direttore generale pro-tempore, quale Commissario liquidatore della gestione stralcio (non costituita);

- la REGIONE MARCHE, gestione stralcio UUSSLL, in persona del presidente pro-tempore, non costituita in giudizio;



La Regione Marche, in persona del direttore generale pro-tempore dell'Azienda sanitaria Unica Regionale –zona territoriale n.9 di Macerata, già azienda USL n.9 di Macerata, (non costituita);

per la riforma

della sentenza n. 590 del 2005 del TAR Marche e per l'effetto per la dichiarazione:

- d'illegittimità del silenzio rifiuto formatosi a seguito dell'atto di diffida notificato il 14 novembre 1997;
- del diritto a percepire le differenze retributive maturate; nonchè per la condanna degli enti intimati al pagamento di somme determinate, oltre interessi e rivalutazione monetaria;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASUR –ZONA TERR.n. 9 di Macerata;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Giancarlo Giambartolomei ;

Comparsi gli avvocati Pettinari, Del Vecchio, Forte;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO E DIRITTO

1.-Transitato dall'ex INAM all'USL n.15 di Macerata a seguito dell'entrata in funzione del servizio sanitario nazionale e, poi nella subentrata AUSL n.9, il sig. Renzo Gobbi fu formalmente inquadrato nel IV libello retributivo, con il profilo professionale di operatore tecnico.



Nel presupposto di aver svolto mansioni proprie del VI livello (assistente amministrativo) il sig. Gobbi propose in primo grado due ricorsi, respinti dal TAR Marche, previa loro riunione, con sentenza n.590 del 2005.

Il primo ricorso (notificato all'AUSL n.9 di Macerata) era diretto avverso il silenzio rifiuto formatosi sulla sua istanza-diffida, notificata il 14 novembre 1997, con la quale il sig. Gobbi rivendicava il pagamento delle differenze retributive dovutegli per aver svolto, a partire dal 21 novembre 1985, le mansioni di VI livello.

Il secondo ricorso (notificato anche alla Gestione stralcio della soppressa USL n.15 di Macerata ed alla regione Marche) era diretto all'accertamento del diritto al pagamento delle differenze retributive per aver espletato mansioni superiori (di VI livello) per il periodo 1° gennaio 1989-31 dicembre 1994, nonché per la declaratoria dell'illegittimità del diniego di cui al verbale di conciliazione dell'8 luglio 1999 redatto presso la direzione provinciale del lavoro di Macerata.

Il ricorrente affermò in primo grado, e ribadisce nell'atto di appello, di aver svolto mansioni non qualificabili come meramente esecutive perché impiegato presso il servizio d'accettazione dell'USL in forza di ordini di servizio (del 19 marzo 1981, del 26 novembre 1981, del 5 febbraio 1982, del 6 luglio 1984, del 29 settembre 1984) e, inoltre, della delibera del comitato di gestione 16 settembre 1984 n.560/bis.

Nominato cassiere supplente, dal 21 novembre 1985 era addetto alla riscossione delle entrate dirette della USL d'appartenenza (ordine di servizio 7 ottobre 1985, deliberazione del Comitato di gestione 21 novembre 1985 n.778).

In tale veste avrebbe disimpegnato attività di segreteria, con diretta responsabilità.



Conseguente sarebbe l'erroneità dell'interpretazione e dell'applicazione della normativa sui profili professionali (artt. 52 e 59 del dpr n.821 del 1984) che inficerebbe la sentenza di primo grado, viziata anche per essere stata omessa ogni valutazione su un ulteriore fatto prospettato (il dipendente Castellani, inquadrato nel profilo professionale di assistente amministrativo, aveva svolto le medesime funzioni del ricorrente).

Previo espletamento della prova per testi ed eventuale nomina di CTU contabile, il sig. Gobbi domanda che, in riforma dell'impugnata sentenza, sia dichiarato il suo diritto alle differenze retributive quantificate in primo grado e che sia disposta la condanna alla corresponsione delle somme dovutegli (oltre interessi e rivalutazione monetaria).

Si è costituita la ASUR- Azienda Sanitaria Unica regionale della regione Marche, succeduta ex lege alla Azienda USL n.9, eccependo preliminarmente nella memoria di costituzione ed in quella datata 2 gennaio 2007 la tardività del ricorso in appello, per mancato rispetto dei termini fissati dall'art. 21bis, co.II, della l. 6 dicembre 1971 n. 1034. Non appare che l'ASUR abbia formalmente riproposto (seppur richiamata in memoria nella esposizione in fatto) l'eccezione, dedotta in primo grado, d'inammissibilità del ricorso n.841 del 1999 in quanto attinente a questione identica a quella di cui al precedente ricorso n. 1515 del 1997.

2.-L'argomentata eccezione di tardività non ha positivo ingresso.

2.-1.-Nel caso in cui la pretesa azionata concerne il riconoscimento di un diritto soggettivo di natura patrimoniale nell'ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in materia di pubblico impiego, non vengono in evidenza provvedimenti di carattere autoritativo, ma soltanto atti paritetici che hanno la loro fonte esclusivamente e direttamente in norme legislative e regolamentari.



A fronte della richiesta di tutela di un diritto soggettivo, nella specie non trovava ingresso il rito speciale previsto dall'art. 21 bis L. 6 dicembre 1971 n. 1034, introdotto dall'art. 2 L. 21 luglio 2000 n. 205, in materia di silenzio inadempimento e l'azione intrapresa (come puntualmente e con estrema sinteticità rappresentato dal giudice di prime cure) andava ricondotta tra quelle d'accertamento di un diritto, proponibili entro i termini prescrizionali.

Così qualificata l'azione, l'appello non doveva essere notificato entro i ridotti termini del co II del citato art. 21 bis (trenta giorni dalla notifica della sentenza o novanta giorni dalla sua pubblicazione).

2.-2.-La riunione dei due ricorsi proposti in primo grado superava e rendeva non conferente la parziale identità del loro petitum (i periodi di riferimento non sembrano essere coincidenti) mentre, a fronte di un'azione di mero accertamento, non venivano in rilievo le diverse seppur simili argomentazioni enunciate a sostegno della pretesa.

2.3.- Per perseguire un completo esame delle questioni preliminari possibili, il Collegio è indotto a porre l'attenzione sulla correttezza della chiamata in giudizio nel ric.1515 del 1997 della AUSL n.9, alla quale è succeduta la costituita ASUR (azienda sanitaria unica regionale), e non anche della gestione stralcio della soppressa USL n. 15 di Macerata, nella persona del Commissario liquidatore.

Secondo l'indirizzo giurisprudenziale di questa sezione (dec 3811 del 2004) l'esame della legge finanziaria 23 dicembre 1994 n.724 induce a ritenere che operi una successione a titolo universale delle Aziende sanitarie alle cessate UUSLL.

Da ciò discende la legittimazione attiva o passiva dell'Azienda ove si tratti d'accertare, come nella specie, la sussistenza del presupposto del rapporto –obbligazione-credito



sulla base di elementi che ineriscono agli aspetti organizzativi dell'Ente, mentre si configura come successione a titolo particolare quella che riferisce alla Regione ed alle Gestioni stralcio rapporti di debito-credito già definiti.

3.- Nel merito il ricorso è, tuttavia, infondato.

Con due note sentenze (23 febbraio 1989 n. 57 e 19 giugno 1990 n. 296), la Corte Costituzionale, in applicazione del principio dell'art. 36 della Cost., con riguardo ad una specifica norma (art. 29 dpr. n.761 del 1979), **ha riconosciuto spettare il trattamento economico superiore agli impiegati del Servizio sanitario nazionale che avessero svolto mansioni superiori per un periodo eccedente i sessanta giorni dell'anno solare.**

Il principio di corrispondenza della retribuzione alla qualità e quantità del lavoro prestato di cui all'art. 36 della Cost. deve essere posto in correlazione con altri principi (tratti dagli artt.97 e 98 Cost.) di pari rilevanza costituzionale per cui, data per concretizzata l'indispensabile circostanza che una precisa disposizione di legge ha accordato nel settore sanitario effetti giuridici ed economici allo svolgimento di mansioni superiori, l'applicazione del sopra enunciato principio, al quale si è richiamata la Corte Costituzionale, non è automatico ma trova limitazioni e temperamenti.

E' richiesta la presenza di altre due condizioni (oltre quella di una specifica previsione normativa):

-che l'interessato abbia coperto un posto vacante di livello immediatamente superiore a quello assegnato in base ai provvedimenti di nomina o di inquadramento;

che il soggetto sia stato incaricato a ricoprire quel determinato posto con una determinazione formale illegittimamente assunta ma non illecita, avuto riguardo



alla causa dell'atto (Cons. St., sez.V, 13 dicembre 2006 n. 7348; id, 20 marzo 1992 n.232; id 9 novembre 1999, n. 1849).

Nel pubblico impiego, infatti, presupposto indefettibile per la configurabilità dello svolgimento delle mansioni superiori é l'esistenza in organico di un posto vacante corrispondente alle mansioni che si vanno a svolgere ed un atto di incarico, ad opera dell'organo competente.

La regola è, comunque, derogatoria a quella di portata più generale per la quale è la qualifica e non sono le mansioni ad essere necessario ed esclusivo parametro al quale la retribuzione è obbligatoriamente riferita(Cons. St., Ad. Plen., 18 novembre 1999 n. 22), diversamente, verrebbero disattesi i principi di buon andamento e di certezza dell'assetto organizzativo e finanziario delle pubbliche amministrazioni.

Nella domanda 19 luglio 1997 il sig. Gobbi afferma di aver svolto in maniera continuativa ed esclusiva il ruolo di cassiere a partire dalla data del 21 novembre 1985 e richiama la delibera 21 novembre 1985 n. 778 del Comitato di Gestione della USL n. 15, primo atto emesso da organo astrattamente competente a provvedere all'assegnazione ad un posto di livello superiore a quello d'inquadramento.

Ciò induce a pretermettere l'esame degli precedenti ordini di servizio depositati in primo grado ed emessi prima della data del 21 novembre 1985, ad esclusione della nota 7 ottobre 1985 che dispose, in via provvisoria (in attesa delle determinazioni del CO.GE), la nomina del sig. Gobbi a vice- cassiere dell'ospedale di Macerata.

L'incarico fu confermato (con la citata delibera n.778 del 1985) dal Comitato di gestione competente a designare, con formale atto amministrativo, gli impiegati responsabili della



riscossione delle entrate dirette (cassieri e vice-cassieri).

Con comunicazione 26 marzo 1986 il presidente della USL n. 15 tenne a precisare che la delibera n.778 del 1985 aveva individuato i cassieri effettivi e quelli supplenti e che il sig. Gobbi era stato assegnato a svolgere le mansioni di cassiere supplente presso l'ospedale Civile di Macerata.

La delibera n. 778 del 1985 (così anche la successiva 18 novembre 1988 n. 949) era attributiva di funzioni non riferite ad un determinato posto vacante del ruolo amministrativo e del livello di assistente amministrativo, condizione richiesta dall'indirizzo giurisprudenziale sopra richiamato che ha dato un contenuto restrittivo alla “ sostituzione di personale di posizione funzionale più elevata”, presupposto per aver riconosciuto il diritto, ex art 29, co. II del dpr n.761 del 1979, ad un' indennità che adegui la retribuzione alle effettive mansioni svolte.

E', comunque, da escludere in punto di fatto che il sig. Gobbi sia stato adibito a funzioni non rapportabili, nella loro prevalenza, al livello ed al profilo di appartenenza, meramente esecutivo.

Nella nota ricognitiva, priva di data (documento n. 19 del fascicolo depositato in primo grado il 9 settembre 1999), il dirigente dichiara che il sig. Gobbi, assegnato al servizio con la qualifica di operatore tecnico, dall'assunzione al 1° dicembre 1995, ha svolto attività di operatore tecnico e cassiere con l'utilizzo di video terminali. Precisa ancora la nota che il dipendente è stato impiegato in strutture “con rapporto diretto con i cittadini (sportello-accettazione e cassa)” ed alla manutenzione ordinaria delle stampanti.

Elementi di valutazione sono traibili anche dalla parte motiva della delibera n.778 del 1985 in cui è prospettata l'esigenza di dare incarico a funzionari (tra i quali il sig. Gobbi)



per la riscossione dei ticket sanitari ed il rilascio di cartelle cliniche, senza che sia fatto alcun riferimento: a compiti “di organizzazione o programmazione, in tutto o in parte, della relativa attività, di “una valutazione di merito dei casi concreti” e di una “diretta” responsabilità del servizio. Correttamente, dunque, il giudice di prime cure ha qualificato esecutive le prevalenti mansioni esercitate nel tempo dal sig. Gobbi e le ha ricondotte alla declaratoria di cui all’art. 52 (di operatore tecnico) del dpr n. 821 del 1984 e non a quelle del successivo art. 59 (d’assistente amministrativo).

Dopo la pronunzia additiva 10 aprile 1987 n. 146 con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato l’illegittimità degli artt. 44, primo comma, del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e 26 del r.d. 17 agosto 1907 n.642 e 7, primo comma, della l. 6 dicembre 1971 n.1034 nei limiti in cui li richiama, nelle controversie di pubblico impiego, riservate alla giurisdizione esclusiva amministrativa è astrattamente consentito l’esperimento della prova testimoniale; ciò trova giustificazione nella posizione di diritto che è fatta valere in giudizio.

La pertinenza del mezzo di prova nel singolo caso è, tuttavia, rimessa alla libera seppur motivata valutazione del giudice di merito.

Nella specie, i documenti depositati in atti sono più che sufficienti a fornire la prova della mancanza dei richiesti presupposti di fatto per il riconoscimento del rivendicato diritto del quale è stato chiesto in via giudiziale l’accertamento sul quale, in alcun modo, può incidere l’eventuale diverso trattamento riservato dall’Amministrazione ad altro dipendente.

4.- Alla stregua delle su esposte considerazioni, la pretesa avanzata va disattesa ed il ricorso in esame va respinto.



Ragioni d'equità inducono a compensare tra le parti le spese e gli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, **RESPINGE** il ric. n. 4383 del 2006.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 16 gennaio 2007, con l'intervento dei Magistrati:

Raffaele Iannotta Presidente

Raffaele Carboni Consigliere

Chiarenza Millemaggi Cogliani Consigliere

Aldo Fera Consigliere

Giancarlo Giambartolomei - Consigliere, est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

f.to Giancarlo Giambartolomei f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

l' 8 maggio 2007

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale