

N. 636/2012 Reg. Prov. Coll. N. 4992 Reg. Ric. ANNO 1993 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda) ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4992 del 1993, proposto da:

T. N., rappresentato e difeso dall'Avv. Francesco Caruso, con domicilio eletto Francesco Caruso, in Catania, Via Monfalcone, 22;

contro

U.S.L. n. 30 di Palagonia, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Assessorato Regionale alla Sanità, in persona dell'Assessore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Catania, domiciliata in Catania, Via Vecchia Ognina 149;

avverso

il silenzio-rifiuto della U.S.L. n. 30 di Palagonia sulla diffida notificata dal ricorrente in data 10 maggio 1995;

e per la condanna

della U.S.L. n. 30 di Palagonia al pagamento delle differenze retributive per le mansioni superiori svolte dal ricorrente a partire dal 10 maggio 1988, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Assessorato Regionale alla Sanità;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 febbraio 2012 il dott. Daniele Burzichelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

### FATTO E DIRITTO

Il ricorrente impugna il silenzio-rifiuto della U.S.L. n. 30 di Palagonia sulla diffida da egli notificata in data 10 maggio 1993 e chiede la condanna della stessa U.S.L. al pagamento delle differenze retributive per le mansioni superiori svolte a partire dal 21 dicembre 1986, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

Nel ricorso si espone che: a) il Trovato è dipendente della U.S.L. n. 30 di Palagonia con la qualifica di coadiutore amministrativo (IV livello retributivo); b) con ordine di servizio n. 881 in data 29 maggio 1994, il Coordinatore Sanitario ha disposto che il ricorrente restasse a disposizione del suo ufficio per l'espletamento delle pratiche di competenza; c) con ordine di servizio n. 17 in data 11 aprile 1985 è stata confermata l'assegnazione del ricorrente alla Direzione Sanitaria del Presidio Ospedaliero di Militello; d) con delibera n. 22 del 2 febbraio 1990 (successivamente annullata dall'organo tutorio), il Comitato di Gestione della U.S.L. ha attestato le mansioni superiori svolte dal ricorrente; e) il ricorrente ha chiesto all'Amministrazione le differenze retributive con nota del 21 dicembre 1991; f) nonostante il ricorrente continui a svolgere mansioni del VI livello, per le quali esistono alcune vacanze nella pianta organica dell'ente, e a dispetto di una seconda diffida in data 10 maggio 1993, l'U.S.L. non gli ha corrisposto le dovute differenze retributive.

In punto di diritto il ricorrente osserva che: a) l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (n. 2 del 16 maggio 1991) ha sancito che l'Amministrazione sanitaria è tenuta a retribuire le mansioni superiori svolte dai dipendenti oltre il termine di giorni sessanta di cui all'art. 29, secondo comma, d.p.r. n. 761/1979, indipendentemente dall'esistenza di un formale atto di assegnazione; b) nel caso in esame, l'Amministrazione ha emanato appositi ordini di servizio, il Comitato di Gestione ha riconosciuto l'espletamento delle mansioni superiori da parte del ricorrente e risultano vacanze del relativo posto nella pianta organica dell'ente; c) non vi è dubbio che le mansioni superiori svolte dal ricorrente non rientrino nella previsione di cui all'art. 55, terzo comma, d.p.r. n. 384/1990 (che esclude la loro remunerazione quando la sostituzione del dipendente di posizione funzionale immediatamente superiore rientri tra gli ordinari compiti della posizione funzionale sottostante) e che esse siano state espletate oltre il termine di giorni sessanta di cui al quinto comma della disposizione indicata; d) l'Amministrazione non ha istruito la richiesta del ricorrente di cui alle diffide in data 21 dicembre 1991 e 10 maggio 1993; e) la mancata retribuzione delle mansioni superiori è in contrasto con il riconoscimento del loro espletamento ad opera del Comitato di Gestione.

L'Amministrazione regionale, costituitasi in giudizio, chiede il rigetto del ricorso, eccependo l'intervenuta prescrizione ai sensi dell'art. 2948 c.c. e osservando che il ricorrente non ha svolto le mansioni superiori per le quali reclama le differenze retributive o che, comunque, la documentazione da questi prodotta non è adeguata per sostenere la sua domanda.

Nella pubblica udienza del 22 febbraio 2012, sentiti i difensori delle parti come indicato nel verbale, la causa viene trattenuta in decisione.

Il ricorso è in parte inammissibile e in parte infondato.

E' inammissibile per quanto attiene all'impugnazione del silenzio dell'Amministrazione in quanto la controversia attiene a posizioni di diritto soggettivo e non involge l'esercizio di potestà amministrative.

Per quanto attiene alla richiesta di condanna della U.S.L. n. 30 il ricorso è, invece, infondato (e, pertanto, si può prescindere dall'esame dell'eccezione di prescrizione sollevata dall'Amministrazione resistente).

E' noto, infatti, che, secondo un condivisibile orientamento della giurisprudenza amministrativa, nel settore del pubblico impiego, salvo diversa disposizione di legge, il diritto alle differenze retributive per le mansioni superiori espletate dai pubblici dipendenti va riconosciuto con carattere di generalità solo a decorrere dall'entrata in vigore dell'art. 15 d.lgs. n. 387/1998 (sul punto cfr., fra le tante, Cons. St., V, n. 3842/2009, Cons. St., V, n. 7234/2009 e Cons. St., VI, n. 502/2010 e Cons. St., V, n. 1332/2010), che ha reso anticipatamente operativa la disciplina di cui all'art. 56, sesto comma, d.lgs n. 29/1993.

Come ripetutamente affermato in giurisprudenza (cfr., da ultimo, Cons. St., V, n. 2166/2011, Cons. St., VI, n. 758/2011 e Cons. St., VI, n. 467/2011, sulla scorta, peraltro, di quanto stabilito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la decisione n. 22/1999), ciò dipende dal fatto che il rapporto di pubblico impiego non è assimilabile al rapporto di lavoro privato, poiché in relazione al primo, oltre al principio di cui all'art. 36 Cost. (che sancisce il principio di corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato), trovano spazio altri principi di pari rilevanza, come quelli di cui agli artt. 98 (il quale, nel disporre che i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della nazione, sottrae la valutazione del rapporto di pubblico impiego alla logica del rapporto di scambio) e 97 Cost. (da cui si desume il contrasto dell'esercizio di mansioni superiori con i principi di buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità dei funzionari).

Tali conclusioni, peraltro, soffrono una deroga nel settore sanitario in ragione di quanto previsto dall'art. 29 d.p.r. n. 761/ 1979, ma, come specificato dalla giurisprudenza (sul punto, cfr, per tutte, Cons. St., V, n. 3312/ 2010 e Cons. St., V, n. 4431/2008, n. 4431), alla triplice e contestuale condizione dell'esistenza di un posto in organico vacante per la copertura del quale non sia stato bandito alcun concorso, del previo conferimento formale dell'incarico su un posto vacante mediante atto deliberativo dell'organo competente e del protrarsi delle mansioni immediatamente superiori (cioè non "

*per saltum*

") per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare (sul punto, cfr, per tutte, Cons. St., V, n. 3312/ 2010 e Cons. St., V, n. 4431/2008, n. 4431).

In altri termini, l'art. 29, secondo comma, del citato d.p.r. n. 761/1979 subordina la possibilità di riconoscere nel settore sanitario le differenze retributive per l'espletamento di mansioni immediatamente superiori alle seguenti, concomitanti condizioni: a) le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente in pianta organica e di fatto vacante; b) su tale posto non deve essere stato bandito alcun concorso; c) l'organo gestorio deve aver attribuito la supplenza

con previa e formale deliberazione, dopo aver verificato i presupposti indicati in precedenza e assumendosene tutte le responsabilità (con la conseguente irrilevanza di un semplice ordine di servizio: su quest'ultimo specifico punto cfr. Cons. St., V, n. 1048/2007).

Alla luce dei principi appena indicati, al ricorrente non spettano le differenze retributive in quanto, secondo la stessa prospettazione operata in ricorso: a) nel caso di specie è intervenuto un mero ordine di servizio, non un formale e previo provvedimento di assegnazione delle mansioni superiori da parte dell'organo competente; b) le mansioni svolte non risultano immediatamente superiori rispetto a quelle di appartenenza.

Tenuto conto del diverso avviso espresso al riguardo da parte della giurisprudenza amministrativa e civile (per tutte, cfr. Cons. St., V, n. 2099/2006, Cass., Sez. Lav., n. 9130/2007, Cass., Sez. Un., n. 25837/2007 e, da ultimo, Cass., Sez. Un., n. 3814/2011), sembrano opportune, in conclusione, alcune precisazioni in ordine alla natura non retroattiva dell'art. 15 d.lgs. n. 387/1998, che modificando l'art. 56, sesto comma, d.lgs. n. 29/1993, ha introdotto il principio della spettanza della remunerazione delle mansioni superiori nell'ambito del pubblico impiego "privatizzato".

Tale diverso avviso espresso da parte della giurisprudenza amministrativa e civile si fonda sulle seguenti considerazioni: a) l'art. 15 d.lgs. n. 387/1998 modifica una norma transitoria; b) le disposizioni transitorie si applicano ad un arco temporale da esse - più o meno esplicitamente - indicato; c) da ciò consegue che le norme che modificano norme transitorie, invece di operare "*ex nunc*", estendono la loro efficacia (anche retroattivamente) al periodo considerato dalla norma transitoria; d) attraverso l'art. 15 d.lgs. n. 387/1998 il legislatore ha modificato una disciplina sospettata di incostituzionalità, anche alla luce della giurisprudenza del giudice delle leggi sul trattamento economico spettante al dipendente pubblico che abbia svolto mansioni superiori.

Il Collegio intende, invece, ribadire il diverso orientamento espresso dalla prevalente giurisprudenza amministrativa sulla base delle seguenti argomentazioni: a) l'art. 10, primo comma, disp. prel. c.c. stabilisce che le leggi e i regolamenti hanno effetto a far data dal compimento della "

*vacatio legis*

", salvo che sia altrimenti disposto; b) tale previsione va interpretata in armonia con i principi costituzionali ed appare espressione di un principio di natura generale, con cui si intende garantire che il legislatore abbia puntualmente deliberato gli effetti derivanti dall'applicazione retroattiva delle norme - effetti che possono essere sfavorevoli per particolari soggetti dell'ordinamento - e abbia consapevolmente ritenuto di non escluderli; c) non è necessario che l'intento sia manifestato espressamente, ma occorre tuttavia che esso risulti in modo inequivocabile dal tenore logico e letterale della disposizione (diversamente non avrebbe significato l'espressione "salvo che... sia altrimenti disposto" di cui al citato art. 10, primo comma); d) in altri termini, la natura retroattiva di una disciplina deve emergere in modo - anche implicito, ma - inequivocabile dalla lettera della norma; e) nel caso di specie, l'interpretazione secondo cui l'art. 15 avrebbe natura retroattiva ha una sua plausibilità logica, ma non costituisce l'unica interpretazione possibile in base al tenore letterale della previsione; f) è, infatti, ugualmente plausibile, sotto un profilo logico, che il legislatore abbia inteso restringere gli

effetti dell'art. 15 d.lgs. n. 387/1998 all'epoca successiva alla sua entrata in vigore; g) tale seconda interpretazione va preferita perché essa non pregiudica - retroattivamente e "a sorpresa" - la posizione delle Pubbliche Amministrazioni che avevano operato facendo affidamento sul fatto che, salve espresse disposizioni normative di segno contrario, nell'ambito del pubblico impiego l'esercizio di mansioni superiori non poteva dar luogo alla corresponsione del relativo trattamento economico; h) è vero che questa interpretazione è di minor beneficio per i pubblici dipendenti, ma ciò trova giustificazione nel fatto che, prima dell'introduzione dell'art. 15 d.lgs. n. 387/1998, essi erano consapevoli - o dovevano esserlo - che nell'ambito del pubblico impiego l'esercizio di mansioni superiori non poteva dar luogo alla corresponsione del relativo trattamento economico (salve espresse disposizioni normative di segno contrario); i) non è vero, inoltre, che una disciplina che escluda o limiti la remunerazione delle mansioni superiori nell'ambito del pubblico impiego "privatizzato" debba necessariamente considerarsi incostituzionale, tenuto conto che, a dispetto dell'intervenuta assimilazione di disciplina, il pubblico impiego conserva ancora una sua specialità, confermata in primo luogo dal fatto che, mentre il datore di lavoro privato esercita i suoi poteri di organizzazione e supremazia nell'ambito della assai ampia sfera di autonomia che gli è attribuita dagli artt. 41 Cost. e 2043 c.c., quello pubblico è vincolato al disposto di cui all'art. 97 Cost., che prescrive il perseguimento obiettivo dei valori superprimari dell'imparzialità e del buon andamento, nonché dal fatto che nel pubblico impiego si accede necessariamente mediante procedimento concorsuale ai sensi del citato art. 97, terzo comma, e che negli uffici pubblici le sfere di competenza sono determinate dalla legge ai sensi del precedente secondo comma.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto: 1) lo dichiara inammissibile quanto all'impugnazione del silenzio della U.S.L. n. 30 di Palagonia sulla diffida notificata dal ricorrente in data 10 maggio 1995; 2) respinge la domanda di condanna della U.S.L. n. 30 di Palagonia al pagamento delle differenze retributive per le mansioni superiori svolte dal ricorrente a far data dal a partire dal 21 dicembre 1986; 3) condanna il ricorrente alla rifusione delle spese di lite in favore dell'Amministrazione regionale, liquidate in complessivi euro 1.500,00, oltre accessori di legge se dovuti.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 22 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

IL PRESIDENTE

Salvatore Veneziano

L'ESTENSORE

# **Svolgimento di mansioni superiori e diritti economici: la disciplina di "nicchia" del settore sanitario**

Scritto da Melita Manola

Giovedì 29 Marzo 2012 22:07 -

---

Daniele Burzichelli

IL CONSIGLIERE

Giovanni Milana

Depositata in Segreteria il 12 marzo 2012

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