

Civile Ord. Sez. L Num. 91 Anno 2019

Presidente: NAPOLETANO GIUSEPPE

Relatore: TRICOMI IRENE

Data pubblicazione: 04/01/2019

ORDINANZA

sul ricorso 21153-2013 proposto da:

DI PIETROPAOLO DONATO DPTDNT49M28E372C, elettivamente domiciliato in ROMA, P.ZA G. MAZZINI 27, presso lo studio dell'avvocato MARIO VINCOLATO, rappresentato e difeso dall'avvocato DOMENICO BUDINI;

- **ricorrente** -

contro

A.S.L. DI LANCIANO - VASTO - CHIETI, (già ASL DI VASTO);

2018

4096

- **intimata** -

avverso la sentenza n. 133/2013 della CORTE D'APPELLO di L'AQUILA, depositata il 01/03/2013, r.g.n. 305/2012.

Corte di Cassazione - copia non ufficiale

RILEVATO

1. Che la Corte d'Appello di L'Aquila, con la sentenza n. 133 del 2013, ha rigettato l'impugnazione con cui Di Pietropaolo Donato aveva impugnato la sentenza del Tribunale di Vasto che aveva disatteso la domanda proposta dallo stesso nei confronti della ASL di Lanciano Vasto-Chieti, volta, previa eventuale declaratoria di illegittimità e disapplicazione di alcune delibere adottate dall'ASL – nella parte in cui risultava assegnato al servizio tossicodipendenze di Vasto un dirigente medico responsabile di struttura semplice, anziché un dirigente medico di secondo livello, trattandosi di SERT ad alta utenza – con condanna della ASL al pagamento delle differenze retributive tra il trattamento erogatogli a far data dal 1° gennaio 2000, quale dirigente medico di primo livello, responsabile di struttura semplice, responsabile unico del SERT di Lanciano – Vasto, costituito con delibera numero 9403/1995, e quello che gli sarebbe spettato, avendo espletato le mansioni di dirigente medico di secondo livello.

In subordine, aveva chiesto la condanna al pagamento di un indennizzo ex articolo 36 Cost., per le mansioni superiori espletate; in ulteriore subordine ex articolo 2041 cc.

2. La Corte d'Appello, nel rigettare l'impugnazione ha affermato quanto segue.

In assenza di una determinazione dell'Azienda sanitaria locale di appartenenza, sulla dotazione organica, espressa mediante un atto soggetto alla disciplina pubblicistica, dal quale emerga la presenza in esso della figura professionale rivendicata dall'appellante (di direzione del servizio tossicodipendenze ad alta utenza affidata a dirigenti medici di secondo livello), deve escludersi che possano essere accordate le differenze retributive dal medesimo correlate alle mansioni superiori asseritamente svolte in quanto corrispondenti alla posizione anzidetta, per essere di identico contenuto a quelle che "ex lege" avrebbe espletato se l'anzidetta posizione fosse stata istituita.



Veniva in rilievo la carenza del necessario presupposto della domanda azionata, e cioè la preventiva individuazione dell'ufficio, del quale si assumeva avere svolto le mansioni, come struttura complessa con atto di macro organizzazione di portata generale, con relativo inserimento nella dotazione organica dell'ente.

Peraltro, l'appellante aveva solo prospettato, ma non provato, la condizione di fatto del SERT in questione, come SERT ad alta utenza.

Sarebbe, altresì, mancata l'allegazione e la prova della pienezza delle mansioni svolte, sotto il profilo qualitativo e quantitativo, in relazione alle concrete attività svolte e alle responsabilità assunte, oltre a considerare che il dirigente di struttura complessa può essere prescelto solo a seguito di procedura selettiva pubblica.

3. Per la cassazione della sentenza di appello ricorre il Di Paolantonio prospettando due motivi di ricorso.

In prossimità dell'adunanza camerale il ricorrente ha depositato memoria con la quale, insiste nelle censure e richiama Cass., n. 7677 del 2014.

4. Non si è costituita l'ASL di Lanciano Vasto Chieti.

CONSIDERATO

1. Che preliminarmente, va rilevato che la sentenza di questa Corte, richiamata dal ricorrente nella memoria, tratta questione diversa da quella in esame, essendo stata devoluta a questa Corte la questione della disciplina del requisito dell'anzianità specifica richiesta per l'inquadramento nel SERT *ex lege* n. 45 del 1999.

2. Con il primo motivo di ricorso è dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 2, comma 1, della legge n. 45 del 1999, dell'art. 15, comma 5, del dPR n. 484 del 1997, dell'art. 2103 cc. Motivazione insufficiente e contraddittoria su un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 3 n. 5, cpc).

La sentenza è censurata in quanto ha ritenuto che la qualifica corrispondente ad una nuova classificazione contrattuale non possa essere riconosciuta prima che l'Amministrazione individui i posti relativi nella dotazione organica, e senza che, nell'inerzia di questa, possa provvedervi il giudice. Per cui non avendo la ASL provveduto alla riclassificazione del SERT di Vasto come struttura medica complessa, il giudice non poteva provvedervi e quindi il SERT era da considerare struttura semplice, come tale da affidare ad un dirigente medico di primo livello.

Assume il ricorrente che non vi era discrezionalità amministrativa, in quanto il SERT di Vasto era già stato classificato ad alta utenza con la delibera della Regione Abruzzo n. 1700 del 1999, richiamata nella delibera ASL del 31 dicembre 1999, n. 3697, che invitava le ASL a riformulare le proprie piante organiche.

Inoltre, erroneamente la Corte d'Appello riteneva che il lavoratore non avesse provato le condizioni del SERT come ad alta utenza.

Richiama l'art. 2103 cc, affermando che il diritto alla qualifica superiore previsto da tale norma è fondato sullo svolgimento delle mansioni superiori.

Nella specie la classificazione del SERT come ad alta utenza discendeva direttamente dalla legge (art. 2, comma 1, della legge n. 45 del 1999) e dalla delibera della Regione Abruzzo n. 1700 del 1999, senza che vi fosse discrezionalità della ASL, atteso che la classificazione era *ex lege* e delibera della Regione Abruzzo.

3. Il motivo non è fondato.

Ed infatti, nella specie, occorreva come affermato correttamente dalla Corte d'Appello, una determinazione della ASL di appartenenza sulla dotazione organica, espressa mediante atto aziendale, dal quale risultasse la presenza della figura professionale rispetto alla quale il ricorrente rivendica lo svolgimento delle mansioni.



Come affermato da questa Corte (Cass., n. 27400 del 2018), in tema di dirigenza sanitaria, il d.lgs. n. 502 del 1992 - vigente "*ratione temporis*" - si applica ai rapporti di lavoro dei dirigenti delle aree medica, professionale, tecnica e amministrativa del S.S.N., ed anche alla dirigenza non medica.

Ai sensi degli artt. 3, comma 1 bis, 15, 15 *bis* e 15 *ter* del detto decreto, deve ritenersi che l'atto aziendale che regola l'organizzazione ed il funzionamento delle unità operative, individuando quelle dotate di autonomia gestionale o tecnico-professionale, riconducibile all'art. 2, comma 1, del d.lgs. n. 165 del 2001, costituisca un elemento imprescindibile per il conferimento dell'incarico dirigenziale e per l'attribuzione del trattamento economico, che la contrattazione collettiva di comparto correla alla tipologia dell'incarico stesso ed alla graduazione delle funzioni.

Tale principio trova applicazione nella specie, ove il D.M. 30 novembre 1990, n. 444, richiamato dalla legge n. 45 del 1999, all'art. 4 (Istituzione dei SERT), prevede, tra l'altro, che ciascuna USL, conformemente alle determinazioni delle regioni e delle province autonome, adottate sulla base delle rispettive leggi, provvede alla istituzione (...) e all'adeguamento dei servizi per le tossicodipendenze (...) La USL, ove sia già operante il servizio per le tossicodipendenze, provvede ad integrare il relativo organico, con l'osservanza delle determinazioni di cui al comma 1, con le figure professionali eventualmente carenti, di cui al presente regolamento, nonché ad adeguarne le caratteristiche funzionali ed organizzative.

Il rigetto di tale profilo della censura, che conferma la correttezza della *ratio decidendi* della sentenza di appello, assorbe le ulteriori deduzioni prospettate con il primo motivo di ricorso.

4. Con il secondo motivo di ricorso è prospettata la violazione e falsa applicazione dell'art. 2103 cc, dell'art. 55, commi 2, 3, 4, e 5, del d.lgs. n. 165 del 2001, nonché dell'art. 416, comma 2, cpc.

Motivazione insufficiente e contraddittoria su un punto decisivo della controversia (art. 360, n. 5, cpc).

È censurata la statuizione con la quale la corte d'Appello ha ritenuto che il ricorrente non aveva precisato le modalità concrete di svolgimento dell'attività di dirigente e responsabile del SERT Vasto e l'impegno effettivamente comportato, né i risultati conseguiti.

Assume il ricorrente che controparte non aveva contestato che esso ricorrente avesse diretto il SERT e che in tale qualità avesse fatto riferimento direttamente al Direttore sanitario, come stabilito nella delibera ASL n. 9403 del 1995, che non veniva valutata dalla Corte d'Appello.

Precisava, inoltre, di non avere svolto più mansioni, alcune come dirigente di primo livello e altre come dirigente di secondo livello, ma solo, con interezza, l'attività unica di responsabile del SERT, di cui aveva la responsabilità. Né era stato dedotto dalla controparte che lo stesso aveva altri compiti.

In ordine infine alla mancata osservanza di procedura di selezione per l'individuazione del dirigente del SERT, ciò non rilevava ai fini delle richieste differenze retributive.

5. Il motivo, che in ragione dell'invocazione dell'art. 2103 cc, attiene, in particolare, al mancato riconoscimento dello svolgimento di mansioni superiori, non è fondato in ragione delle considerazioni già svolte nella trattazione del primo motivo, e cioè la mancata individuazione da parte della ASL della posizione dirigenziale in questione a seguito dell'adozione di una nuova classificazione del SERT esclude il diritto alle differenze retributive.

Né può trovare applicazione l'art. 2103 cc.

Come affermato da questa Corte (Cass., n.21568 del 2018), l'inapplicabilità ai dirigenti dell'art. 2103 cod. civ., sancita dall'art. 19 del d.lgs. n. 165 del 2001, era già stata affermata dall'art. 19 del d.lgs. n. 29 del 1993, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 80 del 1998, e discende dalle peculiarità proprie della qualifica dirigenziale

che, nel nuovo assetto, non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del soggetto a ricoprire un incarico dirigenziale, necessariamente a termine, conferito con atto datoriale gestionale, distinto dal contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Per le medesime ragioni non è applicabile al rapporto dirigenziale l'art. 52 del d.lgs. n. 165 del 2001, riferibile al solo personale che non rivesta la qualifica di dirigente, al quale è, invece, riservata la disciplina dettata dalle disposizioni del capo II.

Quanto alla dirigenza sanitaria, inserita «in un unico ruolo distinto per profili professionali e in un unico livello» (art. 15 d.lgs. n. 502 del 1992), la giuridica impossibilità di applicare la disciplina dettata dall'art. 2103 cod. civ. è ribadita dall'art. 15 *ter* del d.lgs. n. 502 del 1992, inserito dal d.lgs. n. 229 del 1999, nonché dall'art. 28, comma 6, del CCNL 8.6.2000 per il quadriennio 1997/2001, secondo cui «nel conferimento degli incarichi e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse le aziende tengono conto ... che data l'equivalenza delle mansioni dirigenziali non si applica l'art. 2103, comma 1, del c.c.».

L'art. 24 del d.lgs. n. 165 del 2001, in tutte le versioni succedutesi nel tempo, delega alla contrattazione collettiva la determinazione del trattamento retributivo del personale con qualifica dirigenziale, da correlarsi quanto al trattamento accessorio alle funzioni attribuite, ed al comma 3 fissa il principio di onnicomprensività, stabilendo che il trattamento medesimo «remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa».

Va poi, infine ricordato che, in materia di retribuzione di dirigente medico, il provvedimento di graduazione delle funzioni ha natura di atto di macro organizzazione riconducibile all'art. 2, comma 1, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ed integra un elemento costitutivo della parte variabile della retribuzione di posizione (Cass., n. 19040 del 2015).

Priva di rilevanza in ragione di quanto sopra esposto è, quindi, il profilo di censura relativo alla mancata contestazione da parte della ASL della direzione del SERT e dei fatti di causa come indicati nella censura, non sussistendo, in ragione della disciplina richiamata, il diritto del ricorrente alla differenze retributive per le ragioni sopra esposte.

Né i necessari atti formali possono essere compensati da circostanze di fatto.

6. Il ricorso deve essere rigettato

7. Nulla spese *NON AVENDO PARTE INTERESSATA SCELTO & ECCELLENZA DIOENRINA*

8. Ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-*bis*.

PQM

La Corte rigetta il ricorso. Nulla spese

Ai sensi del d.P.R. n. 115 del 2002, art. 13, comma 1 *quater*, dà atto della sussistenza dei presupposti per il versamento, da parte del ricorrente, dell'ulteriore importo a titolo di contributo unificato pari a quello dovuto per il ricorso, a norma del cit. art. 13, comma 1-*bis*.

Così deciso in Roma, nella adunanza camerale del 28 novembre 2018.