

Civile Ord. Sez. L. Num. 28755 Anno 2019

Presidente: NAPOLETANO GIUSEPPE

Relatore: MAROTTA CATERINA

Data pubblicazione: 07/11/2019

cc

ORDINANZA

sul ricorso 12147-2014 proposto da:

BARBATO NATALINO, elettivamente domiciliato
in ROMA, VIA E. FAA' DI BRUNO N. 29, presso
lo studio dell'avvocato NICOLA SCARPA
(studio PICOZZI/SCARPA), che lo rappresenta
e difende;

- **ricorrente** -

contro

2019

AZIENDA SANITARIA LOCALE SALERNO - ex A.S.L.

2953

SA 2, in persona del legale rappresentante
pro tempore, elettivamente domiciliata in
ROMA, VIA ALESSANDRIA 208, presso lo studio



dell'avvocato MASSIMILIANO CARDARELLI,
rappresentata e difesa dagli avvocati EMMA
TORTORA, GENNARO SASSO;

- **controricorrente** -

avverso la sentenza n. 1553/2013 della CORTE
D'APPELLO di SALERNO, depositata il
08/11/2013 R.G.N. 236/2013.

Rilevato che:

1.1. con sentenza depositata in data 8 novembre 2013 la Corte di appello di Salerno, in riforma della decisione del Tribunale della stessa sede, respingeva la domanda proposta da Natalino Barbato, dirigente medico di 1° livello, dipendente dell'Azienda Sanitaria Locale Salerno, intesa ad ottenere, in relazione all'espletamento da parte dello stesso delle mansioni di responsabile di struttura complessa quale responsabile dell'U.O. di Pneumologia del P.O. 'G. da Procida' di Salerno per il periodo dal 6/3/2007 al 31/12/2010, il riconoscimento del trattamento giuridico-economico e di ogni altro beneficio derivante per legge e per contratto dallo svolgimento di tale incarico di direttore della struttura complessa (al netto di quanto dal medesimo percepito ai sensi dell'art. 18 del c.c.n.l. 1998/2001);

riteneva la Corte territoriale che il preteso diritto non trovasse alcun fondamento giuridico né sotto l'aspetto contrattuale né sotto il restante aspetto normativo e che, nella specie, non potesse farsi applicazione dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, vertendosi in tema di incarichi dirigenziali, e non sussistesse alcuna violazione dell'art. 36 della Cost., avendo il ricorrente percepito, in adeguamento allo stipendio dirigenziale di cui godeva una retribuzione di posizione per sua natura commisurata all'incarico espletato, oltre che l'indennità di sostituzione ex art. 18 del c.c.n.l.;

2. avverso tale sentenza ha proposto ricorso per cassazione Natalino Barbato con un motivo;

3. l'Azienda Sanitaria ha resistito con controricorso;

4. non sono state depositate memorie.

Considerato che:

1. con l'unico articolato motivo è dedotta la violazione per errata interpretazione dell'art. 2103 cod. civ. e dell'art. 2126, comma 2, cod. civ., dell'art. 52 del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, dell'art. 36 Cost. nonché difetto di motivazione ed errata interpretazione di legge e di

contratto collettivo di lavoro ed ancora omessa, insufficiente motivazione ed altresì omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti, travisamento dei fatti;

1.1. il ricorrente assume l'erroneità della pronuncia impugnata rilevando che, erroneamente, la Corte salernitana abbia accolto l'appello della Asl che, invece, andava rigettato, avendo l'Azienda fatto leva su precedenti giurisprudenziali relativi a fattispecie non assimilabili a quella oggetto di causa;

1.2. richiamando pronunce di merito di diverso tenore, Natalino Barbato assume che, essendo pacifica la direzione di una struttura complessa protrattasi ininterrottamente ben oltre il termine previsto dall'art. 18 del c.c.n.l., la sua domanda dovesse essere accolta in quanto fondata sull'art. 52, comma 4, del d.lgs. n. 165/2001, da leggersi in combinato disposto con gli artt. 2126 cod. civ. e 36 Cost.;

1.3. evidenzia che la Asl non potesse invocare la disciplina contrattuale dettata dal richiamato art. 18, perché la pretesa sostituzione dal momento dell'attribuzione incarico all'attualità (del ricorso per cassazione) aveva avuto una durata di oltre sette anni e l'Azienda non aveva mai bandito la procedura concorsuale necessaria per l'affidamento formale dell'incarico di responsabile dell'U.O. di Pneumologia del Presidio Ospedaliero 'G. da Procida';

1.4. aggiunge che il suo diritto non potesse essere escluso facendo leva sull'unicità del ruolo della dirigenza sanitaria perché, in realtà, le mansioni svolte dai dirigenti si differenziano in virtù della graduazione delle funzioni e della conseguente attribuzione delle diverse tipologie di incarico;

1.5. nessuna rilevanza poteva, poi, essere riconosciuta al "blocco" delle procedure concorsuali ed alla mancata sottoscrizione del contratto, perché il diritto alle differenze retributive sorge in considerazione dello svolgimento di fatto delle mansioni superiori;

1.6. richiama, infine, giurisprudenza amministrativa e di questa Corte per sostenere che le differenze retributive dovesse essere riconosciute per tutto il periodo successivo allo spirare del termine previsto dapprima dal d.P.R. n. 384/ 1990 e, successivamente, dal c.c.n.l.;

2. il ricorso è infondato;

3. il Collegio intende dare continuità all'indirizzo espresso da questa Corte nelle decisioni nn. 3483/2019, 30912/2018, 28243/2018, 27121/2017, 584/2016, 15577/2015, nelle quali, superando l'orientamento palesato, con pronuncia rimasta isolata, da Cass. n. 13809/2015, è stato affermato che «la sostituzione nell'incarico di dirigente medico del servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 18 del c.c.n.l. dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000, non si configura come svolgimento di mansioni superiori poiché avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicché non trova applicazione l'art. 2103 cod. civ. e al sostituto non spetta il trattamento accessorio del sostituito ma solo la prevista indennità cd. sostitutiva, senza che rilevi, in senso contrario, la prosecuzione dell'incarico oltre il termine di sei mesi (o di dodici se prorogato) per l'espletamento della procedura per la copertura del posto vacante, dovendosi considerare adeguatamente remunerativa l'indennità sostitutiva specificamente prevista dalla disciplina collettiva e, quindi, inapplicabile l'art. 36 Cost.»;

4. nelle plurime decisioni innanzi richiamate è stato osservato che l'esegesi del quadro normativo e contrattuale non consente di estendere ai dirigenti in generale, ed alla dirigenza medica in particolare, norme e principi che regolano il rapporto di lavoro non dirigenziale ed è stato, in particolare, precisato che:

4.1. l'inapplicabilità ai dirigenti dell'art. 2103 cod. civ., sancita dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, era già stata affermata dall'art. 19 del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n.

80/1998, 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;

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

4.3. quanto alla dirigenza sanitaria, inserita "in un unico ruolo distinto per profili professionali e in un unico livello" (art. 15 d.lgs. n. 502/1992), la giuridica impossibilità di applicare la disciplina dettata dall'art. 2103 cod. civ. è ribadita dall'art. 15 *ter* del d.lgs. n. 502/1992, inserito dal d.lgs. n. 229/1999, nonché dall'art. 28, comma 7, del c.c.n.l. 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 cod. civ.";

4.4. l'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, 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";

4.5. la materia delle sostituzioni è stata espressamente disciplinata dalle parti collettive che, all'art. 18, comma 6, del c.c.n.l. 8.6.2000 hanno innanzitutto ribadito, in linea con la previsione dell'art. 15 *ter*, comma 5, del d.lgs. n. 502/1992, che "le sostituzioninon si configurano come mansioni superiori in quanto avvengono nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria";

è stata così prevista una speciale indennità, da corrispondersi solo in caso di sostituzioni protrattesi oltre sessanta giorni, rapportata al livello di complessità della struttura diretta;

inoltre, al comma 4, di detta disposizione contrattuale è stato precisato che, qualora la necessità della sostituzione sorga in conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro del dirigente interessato, e, quindi, della vacanza della funzione dirigenziale, la stessa è consentita per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure concorsuali e può avere la durata di mesi sei, prorogabili a dodici;

4.6. come è stato osservato nelle decisioni richiamate nel punto *sub* 3 che precede, è significativo il fatto che le parti collettive non abbiano fatto cenno alle conseguenze che, sul piano economico, possono derivare dall'omesso rispetto del termine e l'omissione non può essere ritenuta casuale, atteso che la norma contrattuale ha tenuto ad affermare, come principio di carattere generale, che la sostituzione non implica l'espletamento di mansioni superiori;

4.7. deve, quindi, ribadirsi che il termine di cui al comma 4 svolge senz'altro una funzione sollecitatoria ma il suo mancato rispetto non può legittimare la rivendicazione dell'intero trattamento economico spettante al dirigente sostituito, impedita proprio dall'*incipit* del comma 7, che, operando unitamente al principio della onnicomprensività al quale si è già fatto cenno, esclude qualsiasi titolo sul quale la pretesa possa essere fondata;

4.8. né può ritenersi che la soluzione qui condivisa contrasti con il principio di non discriminazione fissato dalla clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP allegato alla direttiva 1999/70/CE;

tale principio, infatti, può essere invocato dagli assunti a tempo determinato qualora agli stessi vengano riservate condizioni di impiego meno favorevoli rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili;

il rapporto dirigenziale che viene in rilievo esula dall'ambito di applicazione della direttiva perché non si può confondere il contratto di conferimento dell'incarico dirigenziale con il rapporto di servizio, che comporta l'accesso alla qualifica dirigenziale e che è a tempo indeterminato: il primo è in effetti a termine, ma necessariamente è tale, in quanto l'attuale sistema è caratterizzato dalla temporaneità degli incarichi, la cui scadenza, però, non fa venir meno il rapporto di lavoro con l'ente, che resta disciplinato dall'originario contratto di servizio a tempo indeterminato anche nell'ipotesi in cui al dirigente venga assegnato, anziché un ufficio dirigenziale, un incarico di consulenza, di studio, di ricerca o, per la dirigenza medica, di natura professionale e di alta specializzazione (si veda sul punto Cass. n. 21565/2018 cit. in cui è stata esclusa la sussistenza dei presupposti per un pregiudiziale alla Corte di Giustizia);

7. in via conclusiva il ricorso deve essere rigettato in quanto la sentenza impugnata è conforme ai principi di diritto già affermati da questa Corte e qui ribaditi;

8. la regolamentazione delle spese segue la soccombenza;

9. deve darsi atto della sussistenza delle condizioni di cui all'art. 13, co. 1 *quater*, d.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso; condanna il ricorrente al pagamento, in favore della controricorrente, delle spese del presente giudizio di legittimità che liquida in euro 200,00 per esborsi ed euro 4.500,00 per

compensi professionali oltre accessori di legge e rimborso forfetario in misura del 15%.

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

Roma, così deciso all'Adunanza camerale del 25 settembre 2019.