Consiglio di Stato, sez. III, 16 gennaio 2012, n. 122

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2011 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e udito per la parte appellata l' avvocato Vitale su delega di Avolio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso proposto nel 1998 al TAR Lombardia, Milano, le signore Rosalia Ardizzi, Anna Maria Colonnello ed Angiola Maria Magni, tutte dipendenti di ruolo in servizio presso l'ospedale Maggiore di Niguarda Ca' Granda di Milano, rappresentano che, in origine, erano state inquadrate nel 4° livello economico nel ruolo amministrativo con decorrenza (rispettivamente) dal settembre 1972, dal giugno 1978 e dal luglio 1971, ma che poi, a seguito di ordine del direttore amministrativo, furono incaricate di espletare mansioni di 6° livello nei sensi e tempi di seguito indicati:

1) la sig.ra Ardizzi e la sig.ra Colonnello avrebbero svolto le mansioni di assistente amministrativo, la prima dal 30 dicembre 1986 e la seconda dal 1 ottobre 1986;

2) la sig.ra Magni, invece, dal 1 ottobre 1986.

Pertanto le suddette dipendenti chiedevano al TAR l'accertamento del loro diritto alle differenze tra il trattamento retributivo percepito e quello spettante per il personale amministrativo di 6^ qualifica, in corrispondenza alle mansioni superiori (eccedenti i 60 giorni per anno solare) che avrebbero espletato, rispettivamente, dal 1 gennaio 1986 al 16 maggio 1990 (Ardizzi) , dal 1 ottobre 1986 al 18 aprile 1991 (Colonnello) e dal 1 ottobre 1986 al 16 maggio 1990 (Magni) su posti di organico rimasti vacanti; chiedevano, quindi, la corrispondente condanna dell'Azienda Ospedaliera Niguarda a corrispondere, oltre le maggiorazioni per lavoro straordinario e premi una tantum, le seguenti somme:

1) per Ardizzi lire 7.233.206;

2) per Colonello lire 7.826.624;

3) per Magni lire 6.296.677.

Con sentenza 8 maggio 2006 n. 1171 il TAR Lombardia ha respinto il ricorso, stabilendo che:

a) manca un provvedimento formale di attribuzione di mansioni superiori da parte della Azienda Ospedaliera;

b) manca la prova dello svolgimento (almeno) prevalente delle mansioni superiori a quelle corrispondenti alla qualifica di inquadramento;

c) le mansioni di 6° livello non sarebbero, comunque, da riconoscere, trattandosi di mansioni tipiche di un inquadramento superiore di due livelli a quello delle dipendenti, mentre la normativa di settore consentiva il riconoscimento di differenze stipendiali solo con riferimento a mansioni della qualifica immediatamente superiore;

1.1. Avverso la sentenza di rigetto le interessate hanno proposto appello a questo Consiglio , chiedendone la riforma al fine di ottenere l'accertamento del diritto alle differenze retributive sopra indicate con gli interessi legali e la rivalutazione monetaria fino al saldo effettivo.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera Niguarda, chiedendo il rigetto dell'appello ed illustrando la proprie controdeduzioni con successiva memoria.

Alla pubblica udienza dell'8 luglio 2011, udito il difensore dell'Azienda Ospedaliera, la causa è passata in decisione.

2. La sentenza di primo grado appare meritevole di conferma con modifica in parte qua della motivazione .

In primo luogo per giurisprudenza consolidata (vedi ex multis C.d.S., V, 25 maggio 2010, n. 2824) ai fini del riconoscimento a fini retributivi dello svolgimento di fatto di mansioni superiori a quelle della qualifica di inquadramento, anche nel settore

sanitario, il quadro normativo vigente all'epoca dei fatti (1986-1990) richiedeva (vedi art. 29, comma 2, DPR n. 761/1979) il provvedimento di "assegnazione" formale adottato dall'organo competente, che conferiva in via temporanea l'incarico di svolgere le mansioni superiori.

In tal guisa, infatti, l'amministrazione, da un lato, accerta la effettiva sussistenza di una irriducibile esigenza di servizio, mentre, dall'altro, adotta determinazioni che comportano, in presenza dei presupposti, specifici impegni finanziari per l'ente, nonché la conseguente responsabilità patrimoniale nel caso di richiesta di pagamento delle differenze stipendiali, come è avvenuto nel caso in esame.

2.1. Nel caso di specie, come hanno rappresentato le stesse ricorrenti in primo grado (vedi pag. 6 del ricorso al TAR), le dipendenti "pur in assenza di qualsiasi provvedimento da parte dell'Ospedale", furono preposte alle mansioni superiori di 6° livello "su ordine di propri superiori gerarchici".

Pertanto (come rileva la sentenza appellata) i competenti organi di gestione dell'Ospedale non adottarono provvedimenti formali di attribuzione alle appellanti delle mansioni superiori in questione: infatti non integrano tale requisito le annotazioni apposte nella scheda personale di ciascuna dal direttore sanitario che, come è noto, non aveva titolo modificare lo status giuridico – economico del personale, atteso che, all'epoca in questione, tali poteri rientravano nell'ambito della competenza della Commissione amministrativa del Presidio Multizonale dell'Ospedale Niguarda.

2.2. Né tale conclusione, in punto di diritto, si pone in contrasto con i principi che la A.P. n. 2/1991 ha avuto modo di enunciare a seguito della pronuncia interpretativa di rigetto della Corte Costituzionale n. 296/1990 (relativamente all'art. 29, commi 1, 2 e 3, D.P.R. n. 761/1979).

Infatti l'Adunanza Plenaria n. 2/1991 si è pronunciata sul caso della sostituzione, da parte di un aiuto ospedaliero, del primario su posto vacante; situazione che si

presenta con connotati normativi peculiari a causa dello specifico regime giuridico delle attribuzioni dei primari, aiuti ed assistenti medici, introdotto dall'art. 7 del DPR n. 128/1969 (Ordinamento interno dei Servizi Ospedalieri).

In conseguenza la successiva giurisprudenza amministrativa che – tra il 1990 e il 2000 – richiede il provvedimento di formale assegnazione delle mansioni superiori non solo non si è posta in contrasto con le richiamate pronunce della Corte Costituzionale e della stessa Adunanza Plenaria, ma soprattutto ha reputato necessario – salve specifiche disposizioni legislative – tutelare, in tal guisa, l'osservanza di altri principi "di pari rilevanza costituzionale", rappresentando che la stessa operatività dell'art. 36 Costituzione nell'ambito del pubblico impiego "trova un limite invalicabile nell'art. 97 della Carta fondamentale" (vedi A.P. n. 22/1999).

2.3. Nei sensi illustrati, quindi, non vanno condivise le censure di errata interpretazione dell'art. 29, comma 2, del D.P.R. n. 761/1979, dedotte con il primo motivo d'appello avverso la sentenza di primo grado.

In conseguenza il collegio può ritenersi esonerato, per motivi di economia di mezzi, dall'esaminare l'ulteriore censura illustrata nel secondo motivo di appello, che, attenendo ad una modalità di svolgimento delle mansioni superiori, non sarebbe, comunque, idonea a giustificare un esito diverso dell'appello; infatti è evidente che la carenza del provvedimento formale di assegnazione sopra illustrata risulta di per se stessa sufficiente a motivare il giudizio di infondatezza della pretesa delle interessate.

2.4. Inoltre la sentenza appellata merita conferma anche sotto il profilo strettamente fattuale, pur se con diversa motivazione, con riguardo al mancato riscontro in atti dell'asserito svolgimento, in via continuativa e almeno prevalente, delle mansioni di 6° livello (profilo oggetto del terzo ed ultimo motivo di appello).

Sul punto le appellanti censurano la sentenza perché, a loro dire, non avrebbe considerato le risultanze documentali emerse nel corso del giudizio TAR (e non contestate dall'ospedale); la censura, però, non coglie nel segno.

In primo luogo l'Azienda Ospedaliera in primo grado aveva specificamente contestato l'effettivo svolgimento prevalente delle mansioni superiori; in secondo luogo la sentenza TAR dà conto e ragione della documentazione relativa alle mansioni svolte dall'appellante, concludendo, comunque, con valutazione sfavorevole in ordine all'effettivo prevalente svolgimento delle medesime.

Ad avviso del TAR, nella realtà, le attività descritte nel ricorso (e sinteticamente indicate anche nelle schede personali delle dipendenti interessate) non avrebbero caratteristiche di evidente riconducibilità a mansioni di assistente amministrativo di 6° livello.

Invece sul profilo in questione questo Collegio ritiene assorbente il rilievo che, comunque,dagli atti di causa non risulta la prevalenza delle mansioni superiori di assistente amministrativo rispetto a quelle tipiche della quarta qualifica di inquadramento.

Anzi tale ipotesi sembra doversi escludere proprio a seguito dell'esame dell'annotazione del direttore amministrativo sulla scheda personale di ciascuna delle appellanti.

Infatti il direttore amministrativo, nel mentre si limita a dichiarare che i compiti di assistente devono essere espletati da ciascuna delle dipendenti suddette per ragioni di necessità, risultando scoperti in organico tre posti di assistente amministrativo, contestualmente non esonera le medesime dai compiti della 4^ qualifica di inquadramento; anzi, nella scheda della sig.ra Magni (su espressa richiesta dell'interessata) fa presente che solo in futuro "in accordo con l'A.S." avrebbe chiesto l'esonero della medesima "dagli altri compiti svolti nella segreteria del Direttore Sanitario".

Pertanto si può concludere che, in punto di fatto, le appellanti non hanno, comunque, provato la circostanza che l'espletamento delle invocate mansioni di 6° livello era non solo continuative, ma anche prevalente rispetto a quelle corrispondenti alla declaratoria della 4^ qualifica formalmente rivestita.

3. Alla luce delle esposte considerazioni, quindi, l'appello va respinto perché infondato e, per l'effetto, la sentenza in epigrafe del TAR Lombardia, Milano, va confermata anche se con l'esposta modifica della motivazione in parte qua.

Sussistono, comunque, giusti motivi per compensare le spese di questo grado di giudizio in considerazione della situazione di complessiva incertezza esistente, all'epoca dei fatti circa i limiti ed i presupposti necessari per la retribuibilità delle mansioni superiori nel pubblico impiego.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado con diversa motivazione in parte qua.

Spese di lite compensate tra le parti per il presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore