

# MANSIONI SUPERIORI NELLA SANITA' PUBBLICA: DIFFERENZA DI TRATTAMENTO RISPETTO AL PUBBLICO IMPIEGO

dell'Avv. Gianluca Piccinni

*Premessa – 1. Differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori nel settore della sanità pubblica - 2. Mansioni superiori e pretesa del dipendente al relativo inquadramento giuridico – Ipotesi eccezionale di sanatoria prevista dall'art. 1 L. 207/85.*

## Premessa

La disciplina legale del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (desunta principalmente dall'art. 97 Cost., secondo la lettura che ne ha dato ripetutamente la Corte Costituzionale, del quale sono attuazione il D.Lgs. n. 165/01, artt. 35 e 52), non consente inquadramenti automatici del personale, in base al profilo professionale posseduto o alle mansioni svolte.

Ed inoltre, nel caso di passaggio da una area di inquadramento ad altra superiore è richiesto, di norma, una procedura concorsuale pubblica con garanzia di adeguato accesso dall'esterno.

Nella giurisprudenza è stato anche ripetutamente affermato che in materia di pubblico impiego privatizzato l'esercizio e la temporanea assegnazione a mansioni proprie di una qualifica superiore, sebbene non faccia acquisire il diritto, come detto, al conseguimento della superiore qualifica, legittima però la rivendicazione delle differenze retributive.

Il diritto alla retribuzione per le mansioni superiori svolte - di norma escluso per tutti i settori del pubblico impiego - ha ottenuto un riconoscimento specifico, a determinate condizioni, nell'area del personale appartenente al servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 29 del d.P.R. n. 761/1979.

### **1. Differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori nel settore della sanità pubblica.**

Secondo costante giurisprudenza<sup>1</sup>, in presenza di posto vacante, "lo svolgimento delle mansioni primarie, o figura equiparata, da

parte di chi si trovi in posizione funzionale intermedia comporta il riconoscimento del relativo trattamento economico, indipendentemente da ogni atto organizzativo da parte dell'Amministrazione, in quanto non è raffigurabile l'ipotesi di una struttura sanitaria che rimanga priva dell'organo di vertice responsabile dell'attività esercitata nel suo ambito.

Siffatta conseguenza discende, innanzitutto, dall'art. 29 del d.P.R. 761/79, il quale dispone nel senso (co. 2) che in caso di esigenze di servizio, l'impiegato del Servizio sanitario nazionale "può eccezionalmente essere adibito a mansioni superiori", che l'assegnazione non può eccedere i sessanta giorni nell'anno solare e che (co. 3) non costituisce esercizio di mansioni superiori la sostituzione di personale in posizione funzionale più elevata, quando la sostituzione rientri fra i compiti ordinari di quella sottostante.

Sicché, di contro, come ha stabilito in maniera pressoché unanime la giurisprudenza, non può rientrare nelle ipotesi sopra descritte l'esercizio di mansioni per vacanza del posto in quanto la protrazione dell'attività del dipendente è riferibile unicamente ad inerzia del datore di lavoro.

In tal caso, la situazione deficitaria dell'Azienda sanitaria non può certo andare a detrimento del dipendente, il quale è comunque tenuto ad osservare le direttive impartite dal datore di lavoro.

Pertanto l'art. 121, co. 7, del d.P.R. n. 384/90 così sinteticamente dispone circa:

a) la non retribuitività delle mansioni superiori svolte sino a un termine massimo di 60 gg.;

b) la retribuitività delle mansioni superiori svolte per un periodo che va dai successivi 60 gg. sino ad un periodo massimo di 6 mesi;

<sup>1</sup> Cons. St. 2632/12; Cons. St., 1872/12; Cons. St. 5831/11

Il superamento del termine di sei mesi, come fatto riconducibile ad attività e ad obblighi imposti alla amministrazione, e a questa non osservati, non fa venir meno lo svolgimento di mansioni, che vanno, perciò, riconosciute sul piano economico, sempre in dipendenza dell'obbligo di prestazione gravante sul medico, non rilevando se le stesse siano o meno esercitate in modo prevalente.

Infatti, la pressochè costante giurisprudenza del Consiglio di Stato <sup>2</sup> considera che il trattamento retributivo corrispondente a mansioni superiori spetta al sanitario anche quando l'incarico si protragga oltre il termine massimo di sei mesi previsto dall'art. 121, co. 7, d.P.R. 384/90, posto che quest'ultima previsione normativa si limita a vietarne il rinnovo alla scadenza del periodo massimo di sei mesi, ma non preclude il riconoscimento della spettanza delle differenze retributive quando l'amministrazione, contravvenendo a tale divieto, rinnovi l'incarico o permetta la prosecuzione dell'espletamento delle mansioni superiori anche oltre il tempo massimo previsto.

Quanto ai requisiti per il riconoscimento delle differenze retributive nel settore sanitario essi sono subordinati alla contemporanea sussistenza dei seguenti tre presupposti:

- 1) vacanza del posto in pianta organica (cui si riferiscono le funzioni svolte);
- 2) esistenza di un previo formale atto di incarico dello svolgimento delle anzidette funzioni;
- 3) effettivo svolgimento di mansioni superiori<sup>3</sup>.

E' stato altresì chiarito dalla recentissima sentenza del Consiglio di Stato <sup>4</sup> che il diritto dei dipendenti delle unità sanitarie locali al trattamento retributivo o per lo svolgimento di mansioni superiori, previsto dall'art. 29 del D.P.R. 761/79 sorge esclusivamente se quest'ultime corrispondono ad un posto vacante in pianta organica, con l'ulteriore precisazione che l'esistenza del posto in pianta organica è necessaria, in quanto l'attribuzione delle mansioni superiori si giustifica con la

contemporanea assenza del titolare del posto e non già in base ad una mera scelta organizzativa dell'Amministrazione, ossia sulla convenienza.

Il riconoscimento del diritto retributivo dei dipendenti delle aziende sanitarie locali, in seguito allo svolgimento delle mansioni superiori, sussiste solo ove queste ultime appartengano a qualifica funzionale immediatamente più elevata di quella dagli stessi rivestita.

Il Consiglio di Stato <sup>5</sup>, infatti, di recente ha escluso il riconoscimento della retribuzione in caso di svolgimento per "saltum" delle mansioni superiori svolte (la dipendente era inquadrata al primo livello e aveva richiesto la retribuzione di prima qualifica dirigenziale).

In particolare, il Consiglio di Stato ha precisato: *"..il principio di equa retribuzione sancito dall'art. 36 Cost. e sulla cui base la giurisprudenza è pervenuta al riconoscimento al lavoratore del diritto ad un poziore trattamento economico, va temperato con altri principi costituzionali ed in specie con quello del buon andamento dei pubblici uffici sancito dall'art. 97 Cost."*

Ebbene, tale principio risulterebbe compromesso ove, nell'ambito del pubblico impiego, fosse consentita un'acritica e indiscriminata valorizzazione, sia pure ai soli fini retributivi ex art. 2126 c.c., delle prestazioni svolte dal dipendente con l'astratta possibilità di pervenire all'inaccettabile conseguenza che non potrebbe, in ipotesi, negarsi l'adeguamento del trattamento economico a un dipendente di modesto profilo funzionale che sia stato chiamato a svolgere mansioni di qualifica apicale.

In realtà, la destinazione del dipendente a mansioni superiori alla sua qualifica è sempre stata concepita, in omaggio al principio costituzionale di buon andamento dei servizi pubblici, come episodio del tutto eccezionale, connotato dal duplice limite della temporaneità dell'utilizzazione del dipendente nelle più elevate funzioni e dell'idoneità professionale del medesimo a svolgere mansioni eccedenti la qualifica rivestita.

Orbene, quanto a tale ultima condizione, la

<sup>2</sup> Cons. St. 5831/11

<sup>3</sup> Cons. Stato Sez. 2824/10 n. 2824; idem 1810/09; 100/09; 879/08; 4492/07; 1299/07; 2790/06 n. 2790; 2779/03;

<sup>4</sup> Cons. St. 2632/12;

<sup>5</sup> Cons. St., 3<sup>a</sup>, 1872/12

capacità professionale per le superiori mansioni è stata presuntivamente riconosciuta al dipendente di qualifica funzionale immediatamente inferiore in base alla comune regola d'esperienza che il titolare di una determinata qualifica sia, di norma, in possesso di sufficiente preparazione tecnica per svolgere compiti propri della qualifica immediatamente superiore, mentre uguale valutazione non può essere fatta per dipendenti inquadrati in livelli di molto inferiori.

Del resto è stato altresì evidenziato che il diritto ad un corrispettivo per l'espletamento di mansioni superiori non possa fondarsi sull'ingiustificato arricchimento ex art. 2041 c.c. dell'amministrazione, non sussistendo i presupposti dell'azione generale di arricchimento, in quanto l'esercizio di mansioni superiori alla qualifica rivestita svolto durante l'ordinaria prestazione lavorativa non reca alcuna effettiva diminuzione patrimoniale in danno del dipendente, ossia il c.d. depauperamento, che dell'azione è requisito essenziale.

Di diverso avviso è l'orientamento giurisprudenziale con riguardo alla particolare ipotesi di svolgimento delle funzioni di primario, da parte di un dirigente di primo livello (sempre, ovviamente, che si sia in presenza di un posto, oltre che vacante, anche disponibile).

In tal caso la giurisprudenza si è dimostrata favorevole alla retribuzione delle mansioni superiori svolte di primario, anche in assenza di un formale provvedimento di incarico, sulla base del principio che l'Amministrazione sarebbe stata nelle condizioni giuridiche di procedere alla nomina o all'incarico, e ciò per la ragione che l'inerzia ingiustificata nell'esercizio del potere non può risolversi in danno dei soggetti privati coinvolti.

Tale principio non trova applicazione laddove, in base a quanto stabilito dall'art. 9, co. 1, L. 207/85 (richiamato dall'art. 121 del Dpr 384/90), sia stata attivata la procedura concorsuale ed occorra conseguire il preventivo provvedimento autorizzatorio della Regione alla copertura del posto.

La mancanza della detta autorizzazione, infatti, opera una sorta di congelamento del posto, il quale, sebbene vacante, non può considerarsi coperto neppure in via di fatto,

avendo la legge demandato alla Regione il potere di stabilire se debba essere ricoperto.

Ne consegue che lo svolgimento delle relative mansioni risulta irrilevante anche nei suoi riflessi economici <sup>6</sup>.

## **2. Mansioni superiori e pretesa del dipendente al relativo inquadramento giuridico – Ipotesi eccezionale di sanatoria prevista dall'art. 1 L. 207/85.**

La materia dell'inquadramento nel pubblico impiego, infatti, si caratterizza per la presenza di atti autoritativi, con la conseguenza che ogni pretesa al riguardo, in quanto radicata su posizioni di interesse legittimo, può essere azionata soltanto mediante tempestiva impugnazione dei provvedimenti ritenuti illegittimamente incidenti su di esse.

Ma tale pretesa va temperata con l'altro principio vigente nel rapporto di pubblico impiego che è quello dell'assoluta irrilevanza delle mansioni superiori, comunque svolte, sia ai fini giuridici che ai fini economici, salvo che una legge specifica non disponga altrimenti, in quanto gli interessi coinvolti hanno natura indisponibile e l'attribuzione delle mansioni e l'inquadramento devono avere il loro presupposto indefettibile nel provvedimento di nomina o di inquadramento <sup>7</sup>.

Il divieto di riconoscimento delle mansioni superiori ai fini di un diverso inquadramento mira ad assicurare il rispetto di precisi dettati costituzionali, in particolare dell'art. 97, Cost., in riferimento ai principi d'imparzialità, della necessaria osservanza delle modalità di accesso al pubblico impiego e di selezione del dipendente e del buon andamento della p.a., esigente certezza sugli assetti organizzativi e finanziari delle strutture.

Nei confronti dei provvedimenti di inquadramento il pubblico dipendente non vanta una posizione di diritto soggettivo, bensì di interesse legittimo, atteso che i detti provvedimenti costituiscono espressione di un potere autoritativo della p.a., che non si riducono a mero adempimento di un obbligo posto a tutela di posizioni soggettive già definite, ma che sono volti a costituire lo "status" del di-

<sup>6</sup> Cons. St. 375/08

<sup>7</sup> Cons. St., 4058/11

pendente stesso <sup>8</sup>.

In passato, il Consiglio di Stato <sup>9</sup> aveva riconosciuto una sorta di “sanatoria” eccezionale, ai fini dell’inquadramento giuridico, per il personale amministrativo delle vecchie usl che aveva svolto mansioni superiori

L’applicabilità della legge di sanatoria del personale amministrativo è in ogni caso subordinata alla concomitante presenza di una pluralità di requisiti, fra i quali quello della copertura “per incarico” di un posto di organico vacante, conferito con un provvedimento adottato dal competente organo collegiale e, cioè, dal comitato di gestione.

Senza considerare che l’art. 1 della L.n. 207/85, consentendo l’inquadramento straordinario dei dipendenti sanitari nella qualifica superiore in presenza dei presupposti ivi espressamente indicati, è certamente norma “eccezionale e di stretta interpretazione, sicché non è sufficiente, a tal fine, lo svolgimento di mero fatto di mansioni superiori, né un incarico che non rispetti i requisiti formali all’uopo prescritti per la valida ed efficace investitura a tali mansioni, essendo invece indispensabile che si tratti di un incarico regolare e promanante dall’organo competente a gestire i poteri amministrativi per l’assegnazione delle mansioni ai singoli lavoratori subordinati” <sup>10</sup>.

L’art. 1 della L. 207/85 prevede espressamente che *“il personale dei ruoli sanitario, professionale, tecnico ed amministrativo di posizione funzionale iniziale di ciascun profilo professionale che, alla data del 30 giugno 1984, ricopriva in base alla normativa vigente, nella stessa posizione funzionale o, se già di ruolo, in altra posizione funzionale non ricompresa nel disposto dell’articolo 8 di cui alla presente legge, un posto di organico vacante nelle piante organiche provvisorie delle unità sanitarie locali, di cui all’articolo 1 del d.l. n. 678/81, convertito in legge, con modificazioni, dalla L. 12/86, oppure nelle piante organiche definitive delle unità sanitarie locali, per incarico, anche ai sensi dell’art. 7 del d.p.r. 128/69, e dell’art. 70 del d.p.r. 761/79, o per trasferimento o*

*per comando, e che continui a prestare servizio alla data di entrata in vigore della presente legge, e’, con effetto dalla stessa data, direttamente inquadrato nella pianta organica dell’unità sanitaria locale presso la quale presta al momento servizio con la posizione funzionale ricoperta, previa deliberazione del comitato di gestione dell’anzidetta usl adottata a seguito di domanda da parte dell’interessato da presentarsi entro trenta giorni dalla predetta data”.*

In forza di tale disposizione è altresì necessario che le funzioni superiori conferite con incarico formale siano state svolte su posto vacante o, comunque, disponibile a seguito degli stessi inquadramenti nelle piante organiche provvisorie o definitive nelle usl <sup>11</sup>.

Ne consegue, in definitiva, che i benefici previsti in sanatoria trovano applicazione non nell’ipotesi in cui vi sia stato il mero esercizio di mansioni superiori, bensì quando vi sia stato un incarico conferito con atti formali e di data certa da parte dell’amministrazione per la copertura di un posto organico vacante <sup>12</sup>.

Di converso, nel caso esaminato dal Consiglio di Stato, le certificazioni prodotte dal dipendente provenivano da una ricognizione effettuata ex post, e, comunque, dal capo servizio, piuttosto che dal competente comitato di gestione e pertanto l’appello del dipendente è stato respinto.

Ciò in base al principio più volte ripreso dalla giurisprudenza secondo cui, da un lato, *“con riferimento all’art. 1 l. 20 maggio 1985 n. 207, non assumono rilievo eventuali atti ricognitivi dello svolgimento di mansioni superiori, poiché la disposizione esige che l’assegnazione avvenga in conformità alla disciplina vigente e sempre, dunque, con atto idoneo di conferimento dell’incarico e per la copertura di un posto vacante”* <sup>13</sup> e, dall’altro, che *“ai fini dell’applicazione dell’art. 1 l. 20 maggio 1985 n. 207, che consente l’inquadramento nella qualifica superiore in favore dei dipendenti delle Usl che abbiano svolto mansioni superiori in base a formale incarico e su posto vacante, è necessario che l’atto formale provenga dall’organo compe-*

<sup>8</sup> Cons. St., 1847/04;

<sup>9</sup> Cons. St., 1522/06;

<sup>10</sup> Cons. St. 4718/02;

<sup>11</sup> Cons. St.m 2820/01; Cons. St. 6241/02;

<sup>12</sup> Cons. St. 2836/00; Cons. St. 5318/02;

<sup>13</sup> Cons. St., 1058/03;

tente”<sup>14</sup>.

Ad ogni buon conto, è da tener presente che, trattandosi di pubblico impiego, risultano del tutto irrilevanti le mansioni espletate di fatto dal dipendente in difformità da quelle proprie della qualifica.

In definitiva, il beneficio dell'inquadramento straordinario, stabilito dall'art. 1 della L. 207/85, per il personale dipendente delle usl, è subordinato a tre requisiti: a) lo svolgimento di mansioni superiori e diverse dalla qualifica d'appartenenza in forza di atti formali di conferimento del relativo incarico; b) l'esistenza in organico, al 30/06/1984, del posto corrispondente all'incarico ricoperto e perdurante fino alla data di entrata in vigore della legge stessa; c) il possesso dei requisiti per l'ammissione al concorso per l'assunzione nel relativo profilo professionale.

Ne consegue che poiché tale inquadramento è avvenuto in deroga al principio del pubblico concorso richiesto per la generalità degli aspiranti a posti di impiego pubblico, l'immissione straordinaria nei ruoli delle unità sanitarie locali di coloro che avevano intrattenuto un rapporto convenzionale irregolare con il SSN comporta che anche il relativo trattamento retributivo, non diversamente da quello previdenziale, non può che decorrere dalla data in cui l'interessato ha iniziato a lavorare alle dipendenze di una unità sanitaria locale.

Del resto l'irretroattività del rapporto di impiego così instaurato trova un ulteriore elemento di conforto proprio nella considerazione che, trattandosi di personale sanitario, solo l'inquadramento in ruolo ha comportato il coevo adeguamento delle relative piante organiche, al contrario di quanto avviene con l'inquadramento in ruolo di nuovi dipendenti il quale è subordinato alla sussistenza in organico di posti vacanti.

Sotto tale profilo è stata ritenuta manifestamente infondata, con riferimento agli artt. 3 e 36 Cost., anche la legittimità costituzionale del più volte citato art. 3 della L. 207/85, proprio nella parte in cui ha limitato la decorrenza dell'inquadramento in ruolo dalla data

del provvedimento senza alcun riconoscimento dell'anzianità pregressa, a differenza di quanto previsto dall'articolo 1 della stessa legge: L'inquadramento provvisorio di un dipendente (nella specie, impiegato di una Usl), in attesa di procedere a quello definitivo, è da considerarsi atto autoritativo a tutti gli effetti, in quanto in grado di incidere immediatamente sulla sfera giuridica del destinatario, il quale è pertanto tenuto ad impugnarlo immediatamente ove abbia interesse alla sua contestazione<sup>15</sup>.

In conclusione, al di fuori dell'ipotesi eccezionale sopra evidenziata (peraltro non più applicabile perché temporalmente limitata), vige in materia sanitaria il divieto di riconoscimento, ai fini dell'inquadramento giuridico, delle mansioni superiori svolte.

<sup>14</sup> Cons. St., 5603/2002;

<sup>15</sup> Cons. St. 308/99.



«.....GA.....»