

N. 04890/2011REG.PROV.COLL.

N. 10673/2005 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10673 del 2005, proposto da:  
Sculli Antonio, rappresentato e difeso dall'avv. Sergio Florio, con domicilio eletto presso l'avv.  
Leonardo Mazza in Roma, via Po n. 102;

contro

A.S.L. n. 9 di Locri, in proprio e quale gestione liquidatoria dell'ex USL n. 28 di Locri;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n.  
01016/2004, resa tra le parti, concernente DIFFERENZE STIPENDIALI PER LO  
SVOLGIMENTO DI MANSIONI SUPERIORI

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. Angelica Dell'Utri e udito per  
l'appellante l'avv. Clarizia su delega dell'avv. Florio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il geom. Antonio Sculli, collaboratore amministrativo (VII liv.) presso l'ASL n. 9 di Locri (già USL n. 28 e USSL n. 9), espone di aver svolto dal 1982 mansioni del tutto analoghe a quelle di capo ufficio tecnico (XI liv.) prima coadiuvando il titolare e sostituendolo in caso di assenza, come risulta dalla deliberazione 19 giugno 1992 n. 669 dell'Amministratore straordinario dell'USL n. 28, poi su incarico appunto di capo ufficio tecnico disposto con ordine di servizio 7 luglio 1994 n. 1164 mentre al titolare era stata attribuita la responsabilità del più ampio servizio n. 11.

Inoltre, in applicazione dell'art. 57 del d.lgs. n. 29 del 1993, come sostituito dall'art. 25 del d.lgs. n. 547 del 1993, con deliberazione 27 giugno 1995 n. 571 gli sono state conferite le funzioni di capo ufficio tecnico con diritto alle differenze retributive, ma a seguito di rilievi del collegio dei revisori con deliberazione 5 febbraio 1996 n. 273 il provvedimento è stato parzialmente revocato nel senso del riconoscimento delle differenze retributive solo tra il VII livello e quello immediatamente superiore.

Ancora sulla base di rilievi del collegio dei revisori, le deliberazioni n. 153 del 1996 e n. 571 del 1995 sono state annullate d'ufficio con deliberazione 8 marzo 1996 n. 272, comunicatagli (essa sola e non anche le altre) con nota 22 marzo 1996 spedita il giorno 26 ed a lui pervenuta almeno il giorno seguente.

L'interessato ha proposto, perciò, nel 1996 davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, un ricorso avente ad oggetto la declaratoria del suo diritto a percepire le differenze retributive tra la qualifica formalmente ricoperta e quella corrispondente alle mansioni superiori svolte dal 1982, previa declaratoria di illegittimità delle deliberazioni 5 febbraio 1996 n. 153 e 8 marzo 1996 n. 272.

Il ricorso è stato dichiarato inammissibile per tardività con sentenza 27 dicembre 2004 n. 1016.

In particolare, il TAR ha ritenuto che la pretesa di riconoscimento della rilevanza delle mansioni superiori ai fini giuridici ed economici, non potesse prescindere dall'annullamento di tali deliberazioni, tuttavia impugnate tardivamente.

Di qui l'appello, inoltrato per la notifica il 6 dicembre 2005 e depositato il 30 seguente, cui il geom. Sculli, ricordati i motivi formulati in primo grado, ha dedotto:

1.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 36 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 e 31 della legge 6 dicembre 1971 n. 1034. Violazione e falsa applicazione delle norme relative alla esecutività, pubblicazione e comunicazione delle delibere dell'amministrazione sanitaria. Insufficienza e/o carenza della motivazione.

In primo luogo, oggetto del ricorso erano solo le differenze retributive, ossia una pretesa costituente diritto soggettivo di natura patrimoniale non soggetta a termine di decadenza. In secondo luogo, erroneamente il TAR ha computato il termine per l'impugnazione della data di adozione delle deliberazioni e non dalla piena conoscenza della relativa comunicazione.

2.- Violazione e falsa applicazione degli artt. 29 del d.P.R. n. 761 del 1979, 36 della Costituzione, 2126 cod. civ. e dei principi stabiliti in materia dalla Corte Costituzionale.

Per il periodo dal 1982 al 1994, la deliberazione 19 giugno 1992 n. 669 riconosce ampiamente le funzioni svolte dal geom. Sculli, il quale ha coadiuvato il capo ufficio svolgendo mansioni del tutto analoghe a questi; e ciò essendo incontrovertibile, può prescindere dalla sussistenza delle condizioni del posto vacante d'organico e del conferimento con provvedimento formale.

Per il secondo periodo, decorrente dall'assunzione della citata disposizione di servizio 7 luglio 1994 n. 1164, cui ha fatto seguito deliberazione n. 571 del 1995, ricorrono tutte le condizioni richieste dall'orientamento più restrittivo, sicché le deliberazioni nn. 153 e 272 del 1996 devono ritenersi illegittime.

3.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, in relazione all'omessa comunicazione avvio procedimento di revoca.

4.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241 del 1990.

Non è stato tenuto conto che la deliberazione n. 669 del 1992 e la disposizione di servizio del 1994 non erano state revocate, né è stato esplicitato il superiore interesse pubblico alla revoca in comparazione col sacrificio imposto al dipendente.

L'Amministrazione appellata non si è costituita in giudizio.

All'odierna udienza pubblica l'appello è stato introitato in decisione.

## DIRITTO

Col ricorso di primo grado il geom. Antonio Sculli chiedeva «l'accertamento del diritto a percepire le differenze stipendiali maturate per lo svolgimento, di fatto, delle funzioni superiori dal 1982 ad oggi, oltre accessori»; chiedeva, altresì, l'annullamento delle deliberazioni 5 febbraio 1996 n. 153 e 8 marzo 1996 n. 272 del Direttore generale dell'ASL n. 9 di Locri, con le quali sono stati annullati d'ufficio i provvedimenti di attribuzione delle differenze retributive così rivendicate.

In tal modo il ricorrente, che non ha affatto posto questioni di incidenza delle predette funzioni superiori sul proprio *status* giuridico, ha introdotto un'azione chiaramente di accertamento della sussistenza di diritto soggettivo perfetto di carattere patrimoniale, soggetta al termine di prescrizione e non a quello di decadenza, giacché le deliberazioni menzionate consistono in atti c.d. paritetici, i quali non sono suscettibili di incidere negativamente sul diritto in questione e la cui impugnativa resta, quindi, del tutto irrilevante.

Pertanto, è pienamente fondato il primo profilo del primo motivo d'appello, col quale tanto si sostiene per confutare la declaratoria di inammissibilità per tardività (*rectius*: irricevibilità) del ricorso di primo grado. Ne consegue che per questo aspetto la sentenza appellata non può che essere riformata.

Nel merito, tuttavia, all'anzidetta rivendicazione si oppone il consolidato orientamento giurisprudenziale in tema di differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori alla qualifica rivestita da parte dei dipendenti delle unità (o aziende) sanitarie locali.

Come infatti ha ribadito l'Adunanza plenaria con la nota decisione 24 marzo 2006 n. 3, prima dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 387 del 1998 e salva diversa disposizione di legge specifica, nel settore del pubblico impiego le mansioni superiori rispetto a quelle proprie della qualifica ricoperta formalmente erano del tutto ininfluenti sul piano giuridico e su quello economico e non consentivano, perciò, il pagamento delle differenze retributive eventualmente pretese dal pubblico dipendente.

Solo con la norma di cui all'art. 15 de detto decreto legislativo la retribuità di tali mansioni ha assunto carattere di generalità. Tanto anche nella considerazione, in primo luogo, che la stessa

norma non può ritenersi interpretativa del combinato disposto dei pregressi artt. 56 e 57 del d.lgs. n. 29 del 1993, poiché la scelta con essa assunta non rientra in nessuna delle varianti di senso compatibili con il tenore letterale delle medesime disposizioni; pertanto, non può che disporre per il futuro; e, in secondo luogo, che il riconoscimento generalizzato del diritto dei pubblici dipendenti alle differenze retributive per lo svolgimento delle mansioni superiori solo a decorrere dall'entrata in vigore del ripetuto d.lgs. n. 387 del 1998 trova la sua *ratio* nell'introduzione da parte dell'art. 25 del d.lgs. n. 80 del 1998 (che ha sostituito l'art. 56 del d.lgs. n. 19 del 1993 ed abrogato il successivo art. 57) di un'organica disciplina delle mansioni, rispettosa dei principi costituzionali ricavabili dagli artt. 51, 97 e 98 Cost..

D'altro canto, con riguardo al periodo anteriore all'entrata in vigore del d.P.R. 28 novembre 1990 n. 384, l'art. 29, secondo comma, del d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761 – costituente, in relazione al settore di attività del dipendente, il riferimento normativo in materia per il rispettivo periodo di vigenza - subordina la possibilità di riconoscere le differenze retributive per l'espletamento fattuale di mansioni superiori al ricorrere di tre condizioni, giuridiche e di fatto, operanti in modo concomitante:

- le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente nella pianta organica, vacante e disponibile;
- su tale posto non deve essere stato bandito alcun concorso;
- l'incarico deve essere stato attribuito dall'organo gestorio, competente, con una formale deliberazione e da tale deliberazione deve emergere l'avvenuta verifica dei presupposti di cui innanzi, nonché l'assunzione di tutte le relative responsabilità (cfr., tra le tante, Cons. St., Sez. V, 6 marzo 2007 n. 1048 e 16 maggio 2006 n. 2790)

Nella fattispecie in trattazione non sussistono quanto meno la prima e la terza condizione.

Infatti i compiti che il geom. Sculli assume di aver espletato, consistenti nel coadiuvare il capo ufficio tecnico e nel sostituirlo nei periodi di congedo ordinario ed in caso di assenza o impedimento, non sono riconducibili ad un posto vacante d'organico giacché il posto di capo ufficio era, invece, regolarmente ricoperto, mentre nessun incarico formale (da cui può eventualmente prescindere soltanto per il personale sanitario ed esclusivamente nell'ipotesi di sostituzione del primario, data l'indefettibilità della funzione) risulta conferito all'interessato. Non è tale evidentemente la deliberazione 19 giugno 1992 n. 669 dell'Amministratore straordinario dell'USL n. 28, per il periodo in questione meramente ricognitiva dell'avvenuto svolgimento di dette mansioni. D'altra parte è noto che l'occasionale sostituzione del capo dell'ufficio, assente per ferie o malattia, etc., da parte del funzionario di grado immediatamente inferiore, rientra fra i compiti ordinari di quest'ultimo e non costituisce esercizio delle mansioni superiori.

Analoghe conclusioni si raggiungono con riguardo al periodo successivo, in cui il riferimento normativo è costituito dall'art. 55 del cit. d.P.R. n. 384 del 1990, concernente specificamente l'area non medica ed in relazione al quale a maggior ragione deve escludersi rilevanza economica alle mansioni superiori svolte in via di fatto, atteso che la disposizione non solo richiede l'attribuzione dell'incarico relativo alla copertura di posto vacante mediante apposito atto formale adottato "secondo le vigenti disposizioni", ma anche l'attivazione delle "procedure concorsuali" per "provvedere alla regolare copertura" dello stesso posto vacante, alla quale nella specie neppure si accenna.

In ogni caso, anche con riferimento al periodo decorrente dall'adozione dell'ordine di servizio in data 7 luglio 1994 dell'Amministratore straordinario dell'USSL n. 9, la Sezione osserva che si tratta di pur sempre di incarico su posto d'organico coperto dal titolare, a sua volta investito dell'incarico "provvisorio" di responsabile del servizio n. 11, come confermato dalla successiva deliberazione 27 giugno 1995 n. 571 del Direttore generale dell'ASL n. 9, di attribuzione per tre mesi al geom. Sculli delle mansioni in parola ai sensi del cit. art. 57, lett. b), del d.lgs. 3 febbraio 1993 n. 29 (come sostituito dall'art 25, d.lgs. 547 del 1993), ossia "nel caso di sostituzione di altro dipendente con diritto alla conservazione del posto...".

In conclusione, il ricorso di primo grado deve ritenersi infondato nel merito al pari, per questa parte, dell'appello. Ne consegue la riforma della sentenza appellata nel senso della reiezione del medesimo ricorso di primo grado, in luogo della declaratoria di inammissibilità per tardività.

Nella mancata costituzione nel presente giudizio dell'Amministrazione, non v'è luogo a provvedere sulle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie in parte e per il resto respinge il medesimo appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata respinge il ricorso di primo grado.

Nulla per le spese.

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, Estensore

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/08/2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)