

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DELLA SARDEGNA, Sez. I, 3 luglio 2008, n. 1283 — NUMERICO *Presidente* — MAGGIO *Estensore* — S.F. (avv. Falchi) c. Azienda U.S.L. n. 7 (avv. Pubusa).

Impiego Pubblico - Personale sanitario - Svolgimento di mansioni superiori - Riconoscimento del diritto ad ottenere le differenze retributive - Requisiti richiesti.

(D.p.r. 20 dicembre 1979 n. 761, art. 29; d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, art. 52).

Perché al personale sanitario dipendente dalla pubblica amministrazione che abbia svolto mansioni superiori a quelle della qualifica di appartenenza siano dovute le differenze retributive è necessario che tali mansioni si riferiscano ad un posto in pianta organica esistente e vacante, che lo svolgimento delle mansioni superiori abbia carattere prevalente e continuativo e che tali mansioni siano espletate sulla base di un formale incarico conferito dall'organo competente (1).

(*Omissis*). — 1. — Con il ricorso in esame, la ricorrente, dipendente dell'Azienda USL n. 7 di Carbonia inquadrata nel 4° livello retributivo, ha chiesto che venga accertato il suo diritto a percepire le differenze retributive corrispondenti alle superiori mansioni svolte ininterrottamente dal 1982, corrispondenti a quelle del 6° livello retributivo, oltre la maggiorazione per interessi e rivalutazione, deducendo la violazione di legge in relazione all'art. 29 del d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761, nonché all'art. 36 Cost.

2. — Si è costituita in giudizio l'Azienda USL n. 7 di Carbonia, chiedendo che il ricorso sia rigettato.

3. — All'udienza pubblica del 29 ottobre 2008 la causa è stata trattenuta in decisione.

(1) La nota segue a p. 214.

4. - Il ricorso è infondato.

Secondo la prevalente giurisprudenza del Consiglio di Stato, l'art. 29 del d.p.r. n. 761 del 1979 subordina il riconoscimento delle differenze retributive spettanti per lo svolgimento di mansioni superiori, rispetto a quelle corrispondenti alla qualifica funzionale di inquadramento, «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, e di fatto vacante; - su tale posto non deve essere stato bandito alcun concorso; - l'organo gestorio deve aver attribuito la supplenza con una formale deliberazione, dopo aver verificato i presupposti indicati in precedenza, assumendosene tutte le responsabilità» (Cons. St., sez. V, 6 marzo 2007, n. 1048).

Nella fattispecie di cui al ricorso in esame, difetta tuttavia la prova della vacanza in pianta organica del relativo posto. Poiché si tratta di elemento costitutivo del diritto al pagamento delle differenze retributive, la prova della sua esistenza è posta, ai sensi dell'art. 2697 c.c., a carico della ricorrente.

La mancata prova impedisce, pertanto, il sorgere del diritto oggetto della domanda giudiziale proposta con il ricorso in epigrafe.

5. - Il ricorso, in definitiva, deve essere rigettato. Si ravvisano giusti motivi per disporre la integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio. (*Omissis*)

(1) Personale delle unità sanitarie locali, svolgimento di mansioni superiori.

1. Lo svolgimento da parte dei pubblici dipendenti di mansioni superiori rispetto a quelle corrispondenti alla qualifica rivestita ha formato oggetto, negli anni, di un ampio dibattito in giurisprudenza e in dottrina e di ripetuti interventi del legislatore, il quale ha disciplinato la delicata materia in modo difforme a seconda che si vertesse in tema di lavoro privato o di impiego pubblico.

2. Per quanto riguarda il lavoro privato il codice civile del 1942 prevedeva all'art. 2103, comma 2°, che il lavoratore che fosse adibito, per esigenze dell'impresa, a mansioni diverse da quelle per le quali era stato assunto avesse diritto al trattamento economico corrispondente all'attività svolta se questo fosse per lui più vantaggioso.

La norma in questione veniva radicalmente modificata dallo Statuto dei lavoratori, il cui art. 13, nel ribadire il diritto del lavoratore adibito a mansioni superiori al trattamento corrispondente all'attività svolta, stabiliva altresì che l'assegnazione stessa sarebbe divenuta definitiva (ove non fosse stata disposta per sostit-

tuire un lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto) *"dopo un periodo fissato dai contratti collettivi, e comunque non superiore a tre mesi"*.

3. Nel pubblico impiego una previsione del genere non era possibile in considerazione del disposto di cui all'art. 97 Cost. che, da un lato, stabilisce che i pubblici uffici devono essere organizzati in modo che siano assicurati il buon andamento e la imparzialità dell'amministrazione e, dall'altro, vincola l'accesso alle categorie superiori al superamento di un pubblico concorso.

In ossequio a tale principio l'art. 31 del d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3, (T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato), sanciva il diritto all'esercizio delle funzioni inerenti alla qualifica dell'impiegato e l'intangibilità del suo ufficio tranne che nei casi previsti dalla legge, prevedendo la possibilità della destinazione a mansioni di altra qualifica solo per speciali esigenze di servizio ed escludendo implicitamente sia la possibilità di ottenere il riconoscimento del diritto alla qualifica superiore, sia di ottenere il compenso per lo svolgimento di mansioni superiori.

4. Siffatto rigoroso regime ha subito una sostanziale modifica a seguito del rivoluzionario intervento legislativo attuato con il d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165 (norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche), che ha privatizzato (recte, contrattualizzato) il pubblico impiego. In particolare l'art. 52 d.lgs. n. 165 ha in buona parte riprodotto il principio dell'art. 13 dello Statuto dei lavoratori prevedendo che *"il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni considerate equivalenti (.....) ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto dello sviluppo professionale o di procedure concorsuali o selettive"*. In considerazione dei citati principi costituzionali ha, peraltro, stabilito che *"l'esercizio di fatto di mansioni non corrispondenti alla qualifica di appartenenza non ha effetto ai fini dell'inquadramento del lavoratore o dell'assegnazione di incarichi di direzione"*.

Siffatto principio non ha, peraltro, impedito che, in base al comma 2° dell'art. 52 del d.lgs. n. 165, il pubblico dipendente, da un lato, possa, a certe condizioni, essere adibito a mansioni proprie della qualifica superiore e, dall'altro lato, che, in tali ipotesi, abbia diritto al relativo trattamento economico.

Tale possibilità è prevista dalla citata disposizione: a) in presenza di obiettive esigenze di servizio; b) nel caso di vacanza di un posto in organico, per non più di sei mesi, prorogabili a dodici qualora siano state avviate le procedure per la copertura del posto vacante; c) nel caso di sostituzione di dipendenti assenti con diritto alla conservazione del posto (con l'esclusione dell'assenza per ferie).

Il comma quinto della stessa norma, nel sancire la nullità dell'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore disposta al di fuori delle condizioni predette, prevede, peraltro, che al lavoratore medesimo debba essere corrisposta la differenza di trattamento economico stabilendo altresì che il relativo onere sia a carico del dirigente che abbia disposto l'assegnazione qualora lo stesso abbia agito con dolo o colpa grave.

5. In relazione al personale delle unità sanitarie locali l'art. 29 del d.p.r. 20 dicembre 1979, n. 761, dopo avere premesso, al primo comma, che il dipendente ha diritto all'esercizio delle mansioni inerenti al suo profilo e posizione funzionale e che non possa essere assegnato, neppure di fatto, a mansioni superiori o inferiori, ha stabilito al secondo comma che, in caso di esigenze di servizio, il dipendente stesso possa occasionalmente essere adibito a mansioni superiori, per un periodo di non oltre sessanta giorni in un anno solare senza, peraltro, diritto a variazioni del trattamento economico.

Sulla interpretazione della norma in questione si è svolto un ampio dibattito in giurisprudenza risolto dalla Corte Costituzionale con due successive sentenze, la n. 57 del 1989 e la n. 296 del 1990, che hanno, prima, stabilito e, poi, ribadito il principio secondo cui, qualora l'assegnazione alle mansioni superiori si protragga oltre il termine di 60 giorni nell'anno solare, spetta al prestatore di lavoro, in applicazione diretta dell'art. 36, comma 1° Cost., sulla base dell'art. 2126, comma 1°, c.c., il trattamento corrispondente all'attività svolta. Tale principio è stato successivamente fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa (1).

6. Dopo questo *excursus* sulle problematiche riguardanti lo svolgimento di mansioni superiori da parte dei pubblici dipendenti in genere e dei dipendenti delle aziende sanitarie pubbliche in particolare e passando all'esame della vicenda che ha formato oggetto della decisione del Tribunale Amministrativo Regionale della Sardegna oggetto della presente nota, va osservato che, come risulta dalla sintetica ricostruzione in fatto contenuta nella decisione, la ricorrente aveva chiesto il riconoscimento del diritto ad ottenere il compenso per le differenze retributive per lo svolgimento di mansioni superiori per oltre 60 giorni nell'anno solare a far data dal 1982, oltre ai relativi accessori.

Ciò sulla base del disposto del citato art. 29 d.p.r. n. 761 del 1979, dell'art. 36 Cost. e dell'art. 2041 c.c.

La domanda veniva, peraltro, respinta sul presupposto della mancata dimostrazione, da parte della ricorrente medesima, dell'esistenza dei presupposti previsti dal citato art. 29 del d.p.r. n. 761/1979.

Infatti, secondo il Tribunale, anzitutto, non era stato dimostrato che le mansioni superiori si riferissero ad un posto della pianta organica già istituito e vacante. In secondo luogo non era stato prodotto l'atto del conferimento delle più elevate funzioni; ciò in conformità all'insegnamento della giurisprudenza (2). Infine era risultato che lo svolgimento delle mansioni superiori non aveva avuto carattere prevalente e continuativo, come, egualmente, richiesto dalla giurisprudenza (3), ma che le stesse erano state espletate unitamente alla normale attività.

(1) Cfr. Cons. St., Sez. V, 14 aprile 2008, n. 1690; Cons. St., Sez. V, 8 maggio 2007, n. 2130.

(2) Cfr. T.A.R. Sardegna, 31 dicembre 1999, n. 1708; T.A.R. Sardegna, 8 maggio 1997, n. 608; T.A.R. Sardegna, 6 aprile 1993, n. 264, citate nella sentenza.

(3) Cfr. fra le tante decisioni, Cons. St., Sez. V, 24 agosto 2007, n. 4492; Cons. St., 14 aprile 2008, n. 1690.

Né, secondo il Tribunale, la carenza dei presupposti richiesti dal citato art. 29 d.p.r. n. 761 poteva essere colmata dal richiamo al principio di cui all'art. 36 Cost. né al disposto dell'art. 2041 c.c. Quanto alla prima disposizione perché la stessa *"enuncia solo un principio informatore della normativa in materia di retribuzione dei lavoratori che (.....) deve essere armonizzato con altri principi di pari rilevanza costituzionale, come quelli sanciti dagli artt. 97 e 98 della Carta fondamentale"* (4). Quanto all'art. 2041 c.c. perché *"l'arricchimento senza causa presuppone per sua natura, oltre al connotato della residualità, un'effettiva diminuzione patrimoniale (.....) correlata all'arricchimento dell'altro soggetto"* (5).

CARLO DORE

(4) Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 22 ottobre 2007, n. 5484; Cons. St., 8 maggio 2007 n. 2130.

(5) Cfr., *ex multis*, Cons. St., Sez. V, 11 gennaio 2006, n. 55; Cons. St., Sez. VI, 7 agosto 2007, n. 4381; Cons. St., Sez. IV, 5 dicembre 2006, n. 7118.

87

CARLO DORE

*PERSONALE DELLE UNITÀ SANITARIE LOCALI,
SVOLGIMENTO DI MANSIONI SUPERIORI*

87

(estratto da)

**RIVISTA
GIURIDICA
SARDA**

1-2010

Anno XXV

Gennaio-Aprile – Pubblicazione quadrimestrale

EDIZIONI AV