

REPUBBLICA ITALIANA N. 7803/03 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 9033 REG.RIC.

ANNO 1995

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 9033/1995, proposto da Cabianca Francesco, rappr. e dif. dagli
avv.ti L. de Castello e E. Soprano, elettivamente domiciliato presso in Roma, via Ciaia
n.125/B, presso avv. B. Ricciardelli;

CONTRO

- USL n.41 di Napoli, non costituitasi;**
- ASL Monaldi –Cotugno, non costituitasi;**
- Regione Campania-non costituitasi.**

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Campania, sez. IV°, n. 645 dell'11.10.1995, con la quale è
stato respinto il ricorso proposto dall'interessato.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Vista l'ordinanza istruttoria di questa Sezione n. 3556/2002;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 17.6.2003, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed
udito altresì l'avv. Soprano;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, l'interessato ha chiesto la riforma della sentenza in

epigrafe, che aveva rigettato la sua richiesta di corresponsione delle differenze retributive dovute per aver svolto (rivestendo all'epoca la qualifica di aiuto), le mansioni superiori di responsabile del reparto di radiologia per 137 giorni nel 1982, per l'intero anno nel 1983 e per 243 giorni nel 1984 per assenze per malattia del primario e quindi, a seguito del collocamento a riposo del primario, dal 1.2.1985 al 30.4.1989, oltre interessi legali e rivalutazione monetaria.

Con detta sentenza è stato ritenuto in particolare che per effetto dell'art. 14 L. 20.5.1985 n. 207 non potrebbe essere più riconosciuta la maggiorazione della retribuzione per l'esercizio di mansioni superiori svolte per periodi superiori agli otto mesi ed anche se contenuto in tale periodo, potrebbe spettare il compenso solo se l'atto di incarico conseguisse alla procedura prevista dalla legge.

Con ordinanza di questa Sezione n. 3556 del 28.6.2002 sono stati chiesti incumbenti istruttori alla gestione liquidatoria della USL n. 41 di Napoli, che con nota depositata il 30.12.2002 ha precisato che agli atti risultavano solo comunicazioni del Direttore sanitario dell'epoca circa le funzioni primariati svolte dall'istante.

Con memoria conclusiva, l'interessato ha richiesto l'accoglimento dell'appello anche con riferimento alla documentazione acquisita.

2. Il Collegio ritiene che la pretesa avanzata dal dipendente sia fondata in parte.

2.1. Come è noto, la questione della retribuità o meno delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali non sempre univoci, ma ormai può ritenersi consolidato l'indirizzo di questo Consiglio nel senso che per la retribuità occorrono non solo un'espressa previsione normativa ma anche altri tre presupposti e cioè un preventivo provvedimento di incarico, salvo gli obblighi sostitutivi posti dall'art. 7 D.P.R. 27.3.1969 n. 128 limitatamente al personale

medico con qualifica di aiuto per la sostituzione del primario (V. Corte cost. 19.6.1990 n. 296; Cons. di Stato, Sez. V, n. 1431 dell'11.12.1992, n. 1514 del 30.10.1995, n. 1723 del 15.12.1995, n. 614 del 5.6.1997 e n. 282 del 17.1.2000), la disponibilità del relativo posto in organico (Sez. V. n. 1447 del 12.10.1999, sez. VI n. 1119 del 18.7.1977, A.P. n. 22 del 18.11.1999), e che l'incarico concerna mansioni della qualifica immediatamente superiore (V la decisione di questa Sezione n. 1188 del 27.9.1999), come del resto recentemente confermato dall'art. 52 D. L.vo. 30.3.2001 n. 165.

2.2. Né può condividersi l'assunto del TAR secondo cui per effetto dell'art. 14 L. 20.5.1985 n. 207 non potrebbe essere più riconosciuta la maggiorazione della retribuzione per l'esercizio di mansioni superiori a favore dei dipendenti pubblici, in quanto detta disposizione si limita a ribadire, per quanto interessa, il divieto a carico degli organi direttivi dell'Amministrazione pubblica di conferire incarichi al personale esterno, senza disciplinare in alcun modo gli incarichi di mansioni superiori che si rivolgono evidentemente solo al personale già legato da rapporto di pubblico impiego.

2.3. Il periodo di svolgimento delle mansioni di aiuto svolte dal dipendente (1982-aprile 1989) ricade interamente sotto la disciplina di cui all'art. all'art. 29 D.P.R. 20.12.1979 n. 761.

Detto art. 29 nella parte in cui non prevede la retribuitività delle mansioni superiori affidate per un periodo di 60 giorni, va interpretato nel senso che l'assegnazione a mansioni superiori non dà diritto a maggiorazioni retributive solo nel limite dei 60 giorni, onde il suo prolungamento oltre tale periodo produce a favore del datore di lavoro un arricchimento ingiustificato che va compensato (V. Corte cost. n. 57 del 23.2.1989 e n. 296 del 19.6.1990; Cons. di Stato A.P. n. 2 del 16.5.1991).

2.4. Nella specie sussistono i presupposti richiesti per il periodo 1.2.1985-30.4.1989, in quanto per tale periodo l'interessato, rivestente la qualifica di aiuto, ha svolto le funzioni del primario del reparto di radiologia, il cui posto era rimasto vacante per tale periodo per collocamento a riposo del primario e poi ricoperto da altro primario.

Né occorre al riguardo apposito provvedimento di incarico, in quanto come precisato anche recentemente da questa Sezione lo svolgimento delle funzioni primariati assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'Amministrazione poiché non è concepibile che una struttura sanitaria affidata alla direzione del Primario resti priva dell'organo di vertice, che assume la responsabilità dell'attività esercitata nell'ambito della divisione (V. la decisione n. 668 del 7.2.2000).

2.4. Per il periodo precedente, invece, il posto di primario era ricoperto dal dott.

Petriccione, anche se assente per malattia per lunghi periodi, e di conseguenza non può spettare alcun compenso.

2.5. Sulle differenze retributive dovute spettano interessi e rivalutazione monetaria secondo i criteri e le modalità di cui alla decisione dell'A.P. di questo Consiglio n. 3 del 15.6.1998 .

3. Per quanto considerato l'appello deve essere accolto in parte e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, deve accogliersi in parte il ricorso originario.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, accoglie in parte il ricorso originario

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del 17.6.2003 con l'intervento dei

Signori:

Emidio Frascione	Presidente
Corrado Allegretta	Consigliere
Paolo Buonvino	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere
Aniello Cerreto	Consigliere Estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Luciana Franchini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 1° Dicembre 2003

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale