

DIRIGENZA MEDICA E INCARICHI: LA CASSAZIONE
NEGA IL TRATTAMENTO ECONOMICO ACCESSORIO
AL SOSTITUTO EX ART. 18 CCNL 2000

Commento a Cassazione, sez. lavoro, n. 21565/2018

di LUIGI FUNARI

La Cassazione sez. Lavoro con la sentenza n. 21565 del 03.09.2018 (che si allega) conferma un recente, ma ormai consolidato, orientamento interpretativo secondo cui *“la sostituzione nell’incarico di dirigente medico del servizio sanitario nazionale ai sensi dell’articolo 18 del c.c.n.l. dirigenza medica e veterinaria dell’8 giugno 2000, non si configura come svolgimento di mansioni superiori poiché avviene nell’ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicché non trova applicazione l’articolo 2103 c.c. e al sostituto non spetta il trattamento accessorio del sostituto ma solo la prevista indennità cd. sostitutiva, senza che rilevi, in senso contrario, la prosecuzione dell’incarico oltre il termine di sei mesi (o di dodici se prorogato) per l’espletamento della procedura per la copertura del posto vacante, dovendosi considerare adeguatamente remunerativa l’indennità sostitutiva specificamente prevista dalla disciplina collettiva e, quindi, inapplicabile l’articolo 36 Cost.”* (Cass. n. 16299/2015 e negli stessi termini Cass. n. 15577/2015, n. 584/2016, n. 9879/2017).

Tale principio trova conferma, sempre secondo questa pronuncia, nella non applicabilità alla dirigenza medica dell’art. 2103 c.c. (per quanto concerne la disciplina dello svolgimento di mansioni superiori) né dell’art. 52 del d.lgs. 165/2001 (disciplina delle mansioni) viste le peculiarità proprie della qualifica dirigenziale che *“nel nuovo assetto, non esprime più una posizione lavorativa inserita nell’ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l’idoneità professionale del soggetto a ricoprire un incarico dirigenziale, necessariamente a termine, conferito con*

atto datoriale gestionale, distinto dal contratto di lavoro a tempo indeterminato.” L’inapplicabilità dell’art. 2103 discende dall’equivalenza delle mansioni dirigenziali.

A ciò si aggiunge che è stata delegata alla contrattazione collettiva la determinazione del trattamento retributivo del personale con qualifica dirigenziale, per il quale l’art. 24 co. 3 del d. lgs. 165/2001 sancisce il principio della onnicomprensività ovvero che il trattamento medesimo *“remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall’amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa”*.

Conseguentemente la disciplina dettata per la materia delle sostituzioni dall’art. 18 del CCNL della Dirigenza medica del 08/06/2000 limiterebbe il trattamento retributivo per il medico incaricato, provvisoriamente, di sostituire il titolare nell’incarico (per es. di direzione di struttura complessa di un ospedale) cessato dal ruolo e quindi con vacanza della funzione dirigenziale, alla semplice indennità sostitutiva di € 518,00. Questa sostituzione è consentita per il tempo necessario all’espletamento delle procedure concorsuali per la nomina del nuovo “primario” e può durare sei mesi prorogabili fino ad un anno. L’art. 18 non contiene però alcuna previsione per l’ipotesi in cui l’Azienda Ospedaliera, come purtroppo regolarmente accade, dopo il trascorrere dell’anno non dia inizio alla procedura selettiva per il nuovo conferimento dell’incarico; dunque, di fronte a questa negligenza non vi è sanzione.

Per lunghi anni la giurisprudenza di merito aveva riconosciuto ai dirigenti “precariamente” incaricati come sostituti, in tantissimi casi per alcuni anni, il diritto alla corresponsione del trattamento retributivo accessorio previsto per il conferimento stabile dell’incarico per tutti gli anni successivi ai sei mesi previsti dall’art. 18. Ma dopo questa ed altre pronunce del giudice di legittimità sembra avere posto la parola fine sulla questione. Anche perché in questa ultima pronuncia si da atto della non sussistenza di un contrasto giurisprudenziale e quindi dell’impossibilità della rimessione alle Sezioni Unite della Cassazione.

A mio avviso, la Cassazione da troppo risalto all’unicità del ruolo della dirigenza medica, fondato sull’equivalenza delle mansioni dirigenziali, per cui le diverse tipologie di incarichi

non comportano rapporti di sovra o sotto ordinazione e sono manifestazione di attribuzioni diverse ma di pari dignità, non considerando che al dirigente legittimamente incaricato dello svolgimento di funzioni direttive specifiche viene riconosciuto un trattamento economico specifico. E ciò è pienamente conforme a quanto previsto dall'art. 24 co. 1 del d.lgs. 165/2001 secondo cui *“il trattamento economico accessorio sia correlato alla funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti”*.

Questo aspetto è stato completamente trascurato dalla Cassazione laddove parlando di unicità del ruolo dirigenziale ha mancato di considerare che al dirigente incaricato quel trattamento accessorio viene riconosciuto proprio per l'ulteriore funzione attribuita e per la connessa responsabilità. Questo, invece, non viene riconosciuto al sostituto, che potrebbe durare nell'incarico per anni, perché quest'ultimo, in quanto dirigente medico, è idoneo e abilitato a svolgere quella funzione e perché il famoso art. 18 prevede solo un'indennità di sostituzione.

Inoltre, sempre seguendo il ragionamento della Suprema Corte, quest'ultima previsione sarebbe l'espressione della volontà pattizia delle parti cui è stato delegato il trattamento economico della dirigenza medica. Mi sembra però evidente che questo ragionamento rappresenti una forzatura in quanto si è attribuito alla volontà delle parti un contenuto molto esteso; ovvero, che le parti avessero inteso disciplinare anche la situazione purtroppo normale in cui le Aziende sanitarie ritardano anche per anni l'indizione della nuova procedura selettiva finalizzata al conferimento dell'incarico.

Questa interpretazione data dalla Cassazione finisce per legittimare questo abuso da parte delle Aziende del meccanismo della sostituzione negli incarichi dirigenziali, autorizzandole a ritardare, senza scadenza, la nomina del nuovo incaricato. Mi sembra che questo vada ben oltre il contenuto dell'art. 18 e soprattutto sia contrario ai principi di correttezza e buona fede che debbono regolare non solo le trattative contrattuali ma tutti i rapporti di lavoro.

Per questo motivo mi auguro che si possa arrivare ad una nuova lettura della materia da parte della Cassazione.

ESSENTE REGISTRAZIONE ESSENTE SENTENZA ESSENTE DIRITTI

03 SET. 2018



21565/18

REPUBBLICA ITALIANA

Oggetto

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

[Empty box]

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

R.G.N. 210/2013

SEZIONE LAVORO

Cron. 21565

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Rep.

- Dott. VINCENZO DI CERBO - Presidente - Ud. 05/04/2018
- Dott. AMELIA TORRICE - Consigliere - PU
- Dott. DANIELA BLASUTTO - Consigliere -
- Dott. ANNALISA DI PAOLANTONIO - Rel. Consigliere -
- Dott. IRENE TRICOMI - Consigliere -

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso 210-2013 proposto da:

, in persona del Direttore pro tempore,
 elettivamente domiciliata in ROMA, presso lo studio
 dell'avvocato, rappresentata e difesa dagli
 avvocati giusta delega in atti;

2018

1489

- **ricorrente** -

contro

, elettivamente domiciliato in ROMA,, presso il ,
 rappresentato e

difeso dall'avvocato S giusta delega in atti;

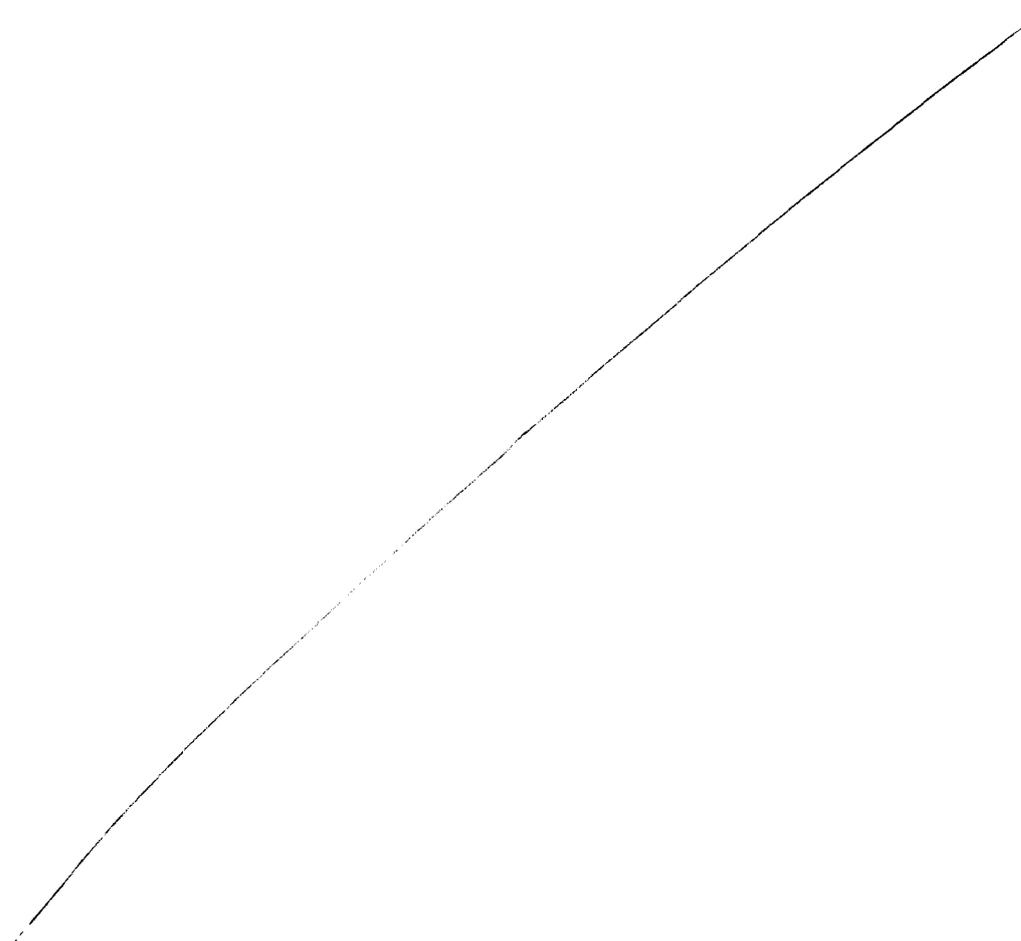
- controricorrente -

avverso la sentenza n. 1111/2011 della CORTE D'APPELLO
di SALERNO, depositata il 27/12/2011 R.G.N. 434/2010;

udita la relazione della causa svolta nella pubblica
udienza del 05/04/2018 dal Consigliere Dott. ANNALISA
DI PAOLANTONIO;

udito il P.M. in persona del Sostituto Procuratore
Generale Dott. MARCELLO MATERA che ha concluso: in via
principale inammissibilità, in subordine rigetto del
ricorso.

udito l'Avvocato .



FATTI DI CAUSA

1. La Corte di Appello di Salerno ha respinto l'appello dell'Azienda Sanitaria Locale Salerno avverso la sentenza del locale Tribunale che aveva parzialmente accolto il ricorso di e condannato la ASL al pagamento delle differenze retributive maturate nel periodo gennaio 2002/dicembre 2006 per effetto dello svolgimento delle mansioni di responsabile dell'unità operativa di allergologia e immunologia clinica, qualificata dall'azienda struttura complessa sino al 31 maggio 2007 e successivamente struttura semplice.

2. La Corte territoriale ha premesso che il era stato incaricato della sostituzione di un dirigente di secondo livello a partire dall'anno 1997 ed aveva percepito la sola indennità mensile prevista dal C.C.N.L., sebbene la sostituzione si fosse protratta ben oltre il termine di sei mesi previsto dalle parti collettive.

3. Il giudice di appello ha ritenuto condivisibili le conclusioni alle quali era pervenuto il Tribunale, rilevando che, essendo pacifica l'assegnazione a mansioni superiori, ai sensi dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001 l'Azienda era tenuta a corrispondere l'intero trattamento retributivo previsto per il dirigente di struttura complessa, non potendo invocare la disciplina dettata dall'art. 18 del CCNL, applicabile nella sola ipotesi in cui venga espletata tempestivamente la procedura per il conferimento dell'incarico vacante.

4. Per la cassazione della sentenza ha proposto ricorso l'Azienda Sanitaria Locale Salerno sulla base di un unico motivo, al quale ha resistito Francesco Pezzuto, con tempestivo controricorso illustrato da memoria ex art. 378 cod. proc. civ..

RAGIONI DELLA DECISIONE

1. Il ricorso denuncia, con un unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione di plurime disposizioni di legge (artt. 15,15 bis, 15 ter d.lgs. n. 502/1992; artt. 19,24 e 52 d.lgs. n. 165/2001; art. 2103 cod. civ.) e di contratto (artt. 51 e segg. C.C.N.L. 5/12/1996 per la dirigenza medica e veterinaria del SSN; artt. 18,26, 29 e 38 del CCNL 1998-2001). La ricorrente premette che doveva essere escluso il formale conferimento dell'incarico di responsabile dell'unità operativa perché l'ordine di servizio del 4 agosto 1997, oltre ad essere stato emanato prima dell'adozione dell'atto aziendale, non era stato preceduto dalla necessaria procedura comparativa, non indicava la durata dell'incarico, non precisava gli obiettivi rispetto ai quali doveva esserci assunzione di responsabilità. Aggiunge l'Azienda che il d.lgs. n. 509/1992 colloca la dirigenza sanitaria in un unico ruolo e precisa, all'art. 15 ter, che non trova applicazione l'art. 2103 cod. civ. nell'ipotesi di sostituzione del dirigente preposto a struttura complessa. Analoga disciplina è dettata dal d.lgs. n. 165/2001, perché l'art. 52 si riferisce al



personale con mansioni non dirigenziali mentre l'art. 19 esclude l'applicabilità ai dirigenti della disciplina dettata in tema di svolgimento di fatto di mansioni superiori. L'Azienda richiama, infine, la disciplina contrattuale in base alla quale il dirigente non formalmente incaricato della direzione della struttura può pretendere solo l'indennità prevista dall'art. 18, giacché le ulteriori componenti della retribuzione presuppongono l'espletamento della specifica procedura concorsuale nonché il positivo superamento delle verifiche di professionalità.

2. Il ricorso è tempestivo perché la sentenza impugnata, pubblicata il 27.12.2011, risulta notificata il 12 gennaio 2012 alla «A.s.l. Salerno, già A.s.l. Salerno 2, in persona del Commissario Straordinario e legale rappresentante p.t., domiciliato per la carica in Salerno alla via Nizza n. 146» e, quindi, alla parte personalmente e non al procuratore costituito, ossia all'Avv. Antonio Di Filippi, costituitosi nel giudizio di appello, il quale aveva eletto domicilio «in Salerno alla via Nizza n. 146, presso la Struttura avvocatura ASL Salerno».

L'art. 326 cod. proc. civ. ricollega la decorrenza del termine breve d'impugnazione non già alla conoscenza, sia pure legale, della sentenza ma al compimento di una formale attività acceleratoria e sollecitatoria, data dalla notificazione della sentenza effettuata nelle forme tipiche del processo di cognizione al procuratore costituito della controparte, secondo la previsione degli artt. 285 e 170 cod. proc. civ., sicché, ove quest'ultimo non sia il destinatario dell'atto, non può assumere alcuna rilevanza la circostanza che la notifica alla parte personalmente sia avvenuta nello stesso luogo nel quale il procuratore aveva eletto domicilio (Cass. nn. 7527/2010, 8714/2009, 5924/2006 in tema di notificazione all'INPS, e non al procuratore costituito, avvenuta nella sede dell'ufficio legale dell'ente).

Il ricorso di primo grado è stato depositato dal Pezzuto nell'anno 2007 per cui correttamente l'impugnazione è stata proposta nel rispetto del termine annuale fissato dall'art. 327, comma 1, cod. proc. civ., nel testo antecedente alla modifica apportata dall'art. 46, comma 17, della legge n. 69/2009.

3. Deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso, sollevata dalla difesa del controricorrente e fondata sull'asserita novità delle questioni prospettate dall'Azienda.

Nel giudizio di legittimità è consentito alla parte dedurre nuovi profili di difesa o chiedere l'applicazione di una disciplina non considerata dal giudice del merito, anche se non invocata nel giudizio in cui fu pronunciata la sentenza impugnata, a condizione che la questione giuridica non comporti alcuna modificazione dei termini della controversia nei suoi aspetti fattuali e, quindi, non implichi nuovi e diversi accertamenti di fatto (Cass. nn. 10195/2004; 11655/2006; 26906/2014; 20556/2016).

Ciò perché il richiamo a norme e principi giuridici in precedenza non invocati si risolve, sostanzialmente, nella sollecitazione dell'esercizio del potere, proprio della Corte, di accogliere o respingere il ricorso per ragioni diverse da quelle prospettate dalle parti, a condizione che



l'esercizio del potere di qualificazione non comporti la modifica officiosa della domanda o l'introduzione nel giudizio d'una eccezione in senso stretto (Cass. nn. 18775/2017; 11868/2016; 3437/2014).

Non può, pertanto, essere ritenuto inammissibile il motivo nella parte in cui prospetta, sulla base di argomenti non sviluppati nel giudizio di merito, l'inapplicabilità dell'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, ossia della norma alla quale la Corte territoriale ha ricondotto la fattispecie oggetto di causa e sulla quale ha fondato la pronuncia.

4. La questione che viene in rilievo è già stata oggetto di esame da parte di questa Corte che, pronunciando in fattispecie esattamente sovrapponibile a quella qui controversa, ha affermato che «la sostituzione nell'incarico di dirigente medico del servizio sanitario nazionale ai sensi dell'art. 18 del c.c.n.l. dirigenza medica e veterinaria dell'8 giugno 2000, non si configura come svolgimento di mansioni superiori poiché avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicché non trova applicazione l'art. 2103 c.c. e al sostituto non spetta il trattamento accessorio del sostituito ma solo la prevista indennità cd. sostitutiva, senza che rilevi, in senso contrario, la prosecuzione dell'incarico oltre il termine di sei mesi (o di dodici se prorogato) per l'espletamento della procedura per la copertura del posto vacante, dovendosi considerare adeguatamente remunerativa l'indennità sostitutiva specificamente prevista dalla disciplina collettiva e, quindi, inapplicabile l'art. 36 Cost.» (Cass. n. 16299/2015 e negli stessi termini Cass. n. 15577/2015, n. 584/2016, n. 9879/2017).

Il Collegio intende dare continuità all'orientamento espresso dalle richiamate pronunce, perché l'esegesi del quadro normativo e contrattuale non consente di estendere ai dirigenti in generale, ed alla dirigenza medica in particolare, norme e principi che regolano il rapporto di lavoro non dirigenziale.

4.1. L'inapplicabilità ai dirigenti dell'art. 2103 cod. civ., sancita dall'art. 19 del d.lgs. n. 165/2001, era già stata affermata dall'art. 19 del d.lgs. n. 29/1993, come modificato dall'art. 13 del d.lgs. n. 80/1998, e discende dalle peculiarità proprie della qualifica dirigenziale che, nel nuovo assetto, non esprime più una posizione lavorativa inserita nell'ambito di una carriera e caratterizzata dallo svolgimento di determinate mansioni, bensì esclusivamente l'idoneità professionale del soggetto a ricoprire un incarico dirigenziale, necessariamente a termine, conferito con atto datoriale gestionale, distinto dal contratto di lavoro a tempo indeterminato.

Per le medesime ragioni non è applicabile al rapporto dirigenziale l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001, riferibile al solo personale che non rivesta la qualifica di dirigente, al quale è, invece, riservata la disciplina dettata dalle disposizioni del capo II.

Quanto alla dirigenza sanitaria, inserita «in un unico ruolo distinto per profili professionali e in un unico livello» (art. 15 d.lgs. n. 502/1992), la giuridica impossibilità di applicare la disciplina dettata dall'art. 2103 cod. civ. è ribadita dall'art. 15 ter del d.lgs. n. 502/1992,



inserito dal d.lgs. n. 229/1999, nonché dall'art. 28, comma 6, del CCNL 8.6.2000 per il quadriennio 1997/2001, secondo cui « nel conferimento degli incarichi e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse le aziende tengono conto ... che data l'equivalenza delle mansioni dirigenziali non si applica l'art. 2103, comma 1, del c.c. ».

4.2. L'art. 24 del d.lgs. n. 165/2001, in tutte le versioni succedutesi nel tempo, delega alla contrattazione collettiva la determinazione del trattamento retributivo del personale con qualifica dirigenziale, da correlarsi quanto al trattamento accessorio alle funzioni attribuite, ed al comma 3 fissa il principio di onnicomprensività, stabilendo che il trattamento medesimo «remunera tutte le funzioni ed i compiti attribuiti ai dirigenti in base a quanto previsto dal presente decreto nonché qualsiasi incarico ad essi conferito in ragione del loro ufficio o comunque conferito dall'amministrazione presso cui prestano servizio o su designazione della stessa».

La materia delle sostituzioni è stata espressamente disciplinata dalle parti collettive che, all'art. 18, comma 7, del CCNL 8.6.2000 hanno innanzitutto ribadito, in linea con la previsione dell'art. 15 ter, comma 5, del d.lgs. n. 502/1992, che «le sostituzioninon si configurano come mansioni superiori in quanto avvengono nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria». Hanno, quindi, previsto una speciale indennità, da corrisondersi solo in caso di sostituzioni protrattesi oltre sessanta giorni, rapportata al livello di complessità della struttura diretta (£. 1.036.000 per la sostituzione del dirigente di struttura complessa e £. 518.000 per la struttura semplice).

Il comma 4 della disposizione contrattuale prevede che, qualora la necessità della sostituzione sorga in conseguenza della cessazione del rapporto di lavoro del dirigente interessato, e, quindi, della vacanza della funzione dirigenziale, la stessa è consentita per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure concorsuali e può avere la durata di mesi sei, prorogabili a dodici.

E', però, significativo che le parti collettive non abbiano fatto cenno alle conseguenze che, sul piano economico, possono derivare dall'omesso rispetto del termine e l'omissione non può essere ritenuta casuale, atteso che la norma contrattuale ha tenuto ad affermare, come principio di carattere generale, che la sostituzione non implica l'espletamento di mansioni superiori.

Il termine di cui al comma 4, quindi, svolge senz'altro una funzione sollecitatoria ma il suo mancato rispetto non può legittimare la rivendicazione dell'intero trattamento economico spettante al dirigente sostituito, impedita proprio dall'*incipit* del comma 7, che, operando unitamente al principio della onnicomprensività al quale si è già fatto cenno, esclude qualsiasi titolo sul quale la pretesa possa essere fondata.



4.3. La giurisprudenza costituzionale ed amministrativa invocata dalla difesa del controricorrente si è formata in relazione all'art. 121 del d.P.R. n. 384/1990, disapplicato dal richiamato art. 18 del CCNL 2000, e, quindi, in un diverso contesto normativo giacchè, prima dell'istituzione del ruolo unico, i compiti propri del primario costituivano mansioni superiori rispetto a quelle dell'aiuto o dell'assistente (inquadrati rispettivamente nel X e nel IX livello mentre al primario era riservato l'XI livello) mentre nell'attuale sistema, fondato sull'equivalenza delle mansioni dirigenziali, le diverse tipologie di incarichi non comportano rapporti di sovra o sotto ordinazione (art. 27 CCNL 2000) e sono manifestazione di attribuzioni diverse ma di pari dignità (art. 6 CCNL 2008).

4.4. Le considerazioni che precedono inducono, pertanto, il Collegio a non condividere il diverso orientamento espresso da Cass. n. 13809/2015, che ha ritenuto di poter ravvisare lo svolgimento di mansioni superiori in caso di sostituzione protrattasi oltre il limite massimo di dodici mesi. La pronuncia, rimasta isolata, è stata superata dalle decisioni richiamate al punto 4, sicchè allo stato non è più configurabile un effettivo contrasto, idoneo a giustificare la rimessione ex art. 374, comma 2, cod. proc. civ. alle Sezioni Unite di questa Corte.

4.5. Quanto, poi, all'asserito contrasto della soluzione qui condivisa con il principio di non discriminazione fissato dalla clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP allegato alla direttiva 1999/70/CE, rileva il Collegio che il principio in parola può essere invocato dagli assunti a tempo determinato qualora agli stessi vengano riservate condizioni di impiego meno favorevoli rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili.

Il rapporto dirigenziale che viene in rilievo esula dall'ambito di applicazione della direttiva perché non si può confondere il contratto di conferimento dell'incarico dirigenziale con il rapporto di servizio, che comporta l'accesso alla qualifica dirigenziale e che è a tempo indeterminato. Il primo è in effetti a termine, ma necessariamente è tale, in quanto l'attuale sistema è caratterizzato dalla temporaneità degli incarichi, la cui scadenza, però, non fa venir meno il rapporto di lavoro con l'ente, che resta disciplinato dall'originario contratto di servizio a tempo indeterminato anche nell'ipotesi in cui al dirigente venga assegnato, anziché un ufficio dirigenziale, un incarico di consulenza, di studio, di ricerca o, per la dirigenza medica, di natura professionale e di alta specializzazione.

Non si ravvisano, pertanto, i presupposti per l'invocato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

4.6. In via conclusiva il ricorso deve essere accolto, perché la sentenza impugnata, ha errato nel ritenere applicabile alla fattispecie l'art. 52 del d.lgs. n. 165/2001. La stessa, pertanto, deve essere cassata con rinvio per un nuovo esame alla Corte territoriale indicata in dispositivo che si atterrà ai principi enunciati nei punti che precedono provvedendo anche sulle spese del giudizio di legittimità.



P.Q.M.

La Corte accoglie il ricorso, cassa la sentenza impugnata e rinvia anche per le spese alla Corte di Appello di Salerno in diversa composizione.

Roma, così deciso nella camera di consiglio del 5 aprile 2018

Il Consigliere estensore

Annalisa Di Paolo Torrisi

Il Presidente

Vincenzo J. Ciliberto

IL CANCELLIERE
Maria Pia Giacoia
Depositato in Cancelleria
oggi, 03 SET. 2018

Maria Pia Giacoia