

**CONSIGLIO DI STATO - Sezione VI - sentenza n. 7519 del 1 dicembre 2009**

**COMPUTO ECONOMICO DELLE ORE**

*Il sistema di determinazione del trattamento economico basato sulla indennità di perequazione è in via di superamento ed infatti il trattamento economico del personale universitario è oggi determinato in base all'art. 6 d.lgs. n. 517/1999, che prevede trattamenti aggiuntivi graduati in relazione alle responsabilità connesse ai diversi tipi di incarico (c.d. indennità di posizione) ed in relazione ai risultati ottenuti nell'attività gestionale ed assistenziale (c.d. indennità di risultato). Tale sistema è sostitutivo del precedente, e non aggiuntivo, con la conseguenza che deve essere escluso che il trattamento aggiuntivo di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 517 del 1999 possa essere percepito in aggiunta al trattamento perequativo di cui all'art. 31 D.P.R. n. 761 del 1979. Tuttavia, il comma 2 dell'art. 6, d.lgs. n. 517 del 1999 mantiene fermo il sistema economico di equiparazione in godimento nel momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 517/99 "fino all'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1" che prevedono, appunto, il nuovo sistema. Di conseguenza, l'impegno lavorativo ospedaliero non diminuisce in conseguenza dell'opzione per il regime non esclusivo e resta sempre di 38 ore con un trattamento economico inferiore dipendente non dal minor orario, ma dalla possibilità di svolgere attività extramuraria; l'impegno di lavoro universitario prevede, invece, la sola diminuzione dell'orario "massimo" in caso di regime a tempo definito (200 ore in luogo di 350), e non dell'orario minimo.*

omissis

**FATTO E MOTIVI DELLA DECISIONE**

1. L'odierno appellato, ricercatore presso la facoltà di Medicina dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza", ha scelto di svolgere attività assistenziale ospedaliera non esclusiva presso il Policlinico Umberto I di Roma e, in relazione al rapporto con l'Università, ha optato per il tempo definito, in ottemperanza alla nota del 4 dicembre 2006 della predetta Università, con cui i docenti che avevano deciso di svolgere attività extramoenia erano stati invitati a mutare il regime universitario da tempo pieno a tempo definito.

Con ricorso al Tar del Lazio, il predetto ricercatore ha impugnato le determinazioni, con cui il citato Policlinico Umberto I ha disposto che i docenti universitari che avessero optato per il tempo definito continuavano a percepire l'indennità di cui all'art. 31 del DPR 761/1979 nella stessa misura agli stessi corrisposta allorché svolgevano attività di docenza universitaria a tempo pieno.

Con la sentenza appellata il Tar del Lazio ha accolto il ricorso, rilevando che l'indennità di cui all'art. 31, DPR n. 761/79, lungi dal rispondere alla finalità di retribuire l'attività assistenziale espletata dal personale universitario, è stata introdotta per ragioni squisitamente perequative, essendo volta a colmare eventuali disparità registrabili tra i complessivi trattamenti economici del personale ospedaliero e di quello universitario, tenendo conto di tutte le voci stipendiali e non che concorrono a costituire il trattamento economico del personale universitario, compresi, quindi gli assegni non pensionabili.

Secondo il giudice di primo grado, nelle ipotesi, come quella in esame, in cui per effetto della opzione per il tempo definito il medico universitario subisce una decurtazione del proprio trattamento economico universitario venendo a perdere l'indennità di tempo pieno, computabile nei trattamenti economici da raffrontare ai fini del calcolo dell'indennità perequativa, ciò comporta automaticamente che quest'ultima vada incrementata in pari misura in relazione alle corrispondenze di posizione di stato fissate nel D.I. 9 novembre 1992, a nulla rilevando che le mansioni assistenziali svolte siano rimaste immutate.

Avverso detta sentenza ha proposto ricorso in appello l'Azienda Policlinico Umberto I di Roma, che ha sostenuto l'erroneità dell'interpretazione seguita dal Tar.

2. L'oggetto del presente giudizio è costituito dall'individuazione della corretta modalità di calcolo dell'indennità ex art. 31 del DPR n. 761/1979 (c.d. "indennità De Maria") nel caso in cui il medico sia in regime non esclusivo con l'Azienda ospedaliera e di tempo definito con l'Università.

3. Si rileva, innanzitutto, l'infondatezza della censura, con cui viene dedotta l'inammissibilità del ricorso di primo grado a causa dell'omessa impugnazione della nota rettoriale del 4 dicembre 2006, con cui il ricorrente era stato invitato ad optare per il regime di tempo definito universitario in caso di conferma del rapporto non esclusivo con l'Azienda.

A prescindere dal fatto che tale nota non doveva essere contestata perché la questione verte su altro aspetto (la determinazione della predetta indennità dopo l'opzione), si rileva che si tratta di una azione a tutela di un diritto soggettivo, esercitabile anche senza la previa impugnazione degli atti di determinazione del trattamento economico, che comunque sono stati qui impugnati.

4. Le ulteriori censure proposte dall'azienda ospedaliera possono essere esaminate congiuntamente e attengono nella sostanza ad una unica questione, argomentata con il richiamo a diversi precedenti giurisprudenziali.

L'Azienda sostiene l'impossibilità di aumentare l'indennità "De Maria" in conseguenza dell'opzione del ricorrente per il tempo definito universitario, in quanto in questo modo si finirebbe per attribuire lo stesso trattamento economico, percepito in precedenza, anche dopo la diminuzione dell'impegno lavorativo con l'Università.

L'appellante sottolinea che l'indennità in questione non ha natura retributiva con la conseguenza che non è ammissibile un suo automatico aumento in conseguenza della diminuzione di alcune voci stipendiali del trattamento universitario e aggiunge che l'equiparazione, chiesta dal ricorrente, sarebbe impossibile perché non è più prevista la figura del medico ospedaliero in rapporto non esclusivo.

Al riguardo, si osserva che l'indennità ex art. 31 del DPR n. 761/1979 è stata istituita in favore del personale universitario, che presta servizio presso le strutture sanitarie, "nella misura occorrente per equiparare il relativo trattamento economico complessivo a quello del personale delle unità sanitarie locali di pari funzioni, mansioni ed anzianità".

Di tale indennità si è occupata in passato la Corte Costituzionale, che ha riconosciuto che il beneficio è stato istituito per giungere alla equiparazione economica fra sanitari ospedalieri e docenti universitari che operano nelle cliniche universitarie; trattandosi di una componente del complessivo trattamento economico spettante al professore universitario quando svolga attività

assistenziale sanitaria, l'indennità non può non essere utile ai fini assistenziali e previdenziali (Corte Cost., n. 126/1981, con cui il citato art. 31 è stato dichiarato, sotto tale profilo, incostituzionale).

Con la stessa sentenza n. 126/1981, il giudice delle leggi, nel dichiarare incostituzionale una limitazione all'applicazione dell'indennità (contenuta nell'art. 50 del DPR n. 748/1972), ha affermato che va garantita l'esigenza di perequazione, ove per qualunque ragione lo stipendio del docente universitario venga ad essere inferiore a quello del medico ospedaliero di pari funzioni ed anzianità.

Con la successiva sentenza n. 136/1997, la Corte Costituzionale ha evidenziato che l'indennità c.d. De Maria non ha un contenuto corrispettivo dell'attività assistenziale prestata in aggiunta a quella didattica, ma esprime un semplice carattere perequativo, essendo finalizzata soltanto ad equiparare il trattamento economico del personale sanitario docente a quello del personale medico ospedaliero di pari funzioni e anzianità (tanto più che per esso non è possibile parlare di un duplice rapporto di impiego, né di un lavoro supplementare o aggiuntivo).

Ciò premesso, va anche rilevato come il sistema di determinazione del trattamento economico basato sulla predetta indennità sia in via di superamento: infatti, il trattamento economico del personale universitario è oggi determinato in base all'art. 6 del d.lgs. n. 517/1999, che prevede trattamenti aggiuntivi graduati in relazione alle responsabilità connesse ai diversi tipi di incarico (c.d. indennità di posizione) ed in relazione ai risultati ottenuti nell'attività gestionale ed assistenziale (c.d. indennità di risultato).

Tale sistema è sostitutivo del precedente, e non aggiuntivo, con la conseguenza che deve essere escluso che il trattamento aggiuntivo di cui all'art. 6, comma 1, d.lgs. n. 517 del 1999 possa essere percepito in aggiunta al trattamento perequativo di cui all'art. 31 dpr n. 761 del 1979 (come, di recente, affermato da questo Consiglio di Stato, VI, n. 1090/2009).

Tuttavia, il secondo comma dell'art. 6 del d.lgs. n. 517 del 1999 mantiene fermo il sistema economico di equiparazione in godimento nel momento dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 517/99 "fino all'applicazione delle disposizioni di cui al comma 1" che prevedono, appunto, il nuovo sistema.

Nel caso di specie, non è contestato che il nuovo sistema non sia ancora entrato in vigore per le amministrazioni appellanti e, anche all'odierna udienza, è emerso come sia prossima, ma non si sia ancora completata l'attuazione delle citate disposizioni, con la conseguenza che permane l'interesse alla definizione della questione della determinazione dell'indennità "De Maria", che spetta al ricorrente fino a tale adeguamento.

Venendo al merito della questione, si rileva sotto un primo profilo come le motivazioni poste dall'Azienda a fondamento dell'atto impugnato non siano idonee a sorreggere l'applicata modalità di computo dell'indennità.

Infatti, l'Azienda ha fatto principalmente riferimento ai maggiori oneri economici, che sarebbe chiamata a sostenere, e alla necessità di rispettare i parametri finanziari fissati per ripianare il deficit di bilancio, disponendo che "per il momento" l'indennità in questione fosse mantenuta ferma per il personale che aveva optato per il tempo definito universitario (v. nota del 29-3-07 e

la successiva del 17-4-07, in cui si ribadisce la natura provvisoria della determinazione "nelle more di un approfondimento della complessiva materia").

Appare evidente come in presenza di una disposizione di legge, che prevede una determinata equiparazione, questa debba essere applicata senza che le difficoltà finanziarie possano costituire giustificato motivo per derogare alla legge o per posticiparne l'applicazione; tanto più che il superamento del sistema fondato sull'indennità di equiparazione era (ed è) nella disponibilità delle amministrazioni appellanti, cui spetta dare applicazione alla riforma introdotta con il d.lgs. n. 517/99, che, come appena illustrato, è destinato a superare il vecchio regime e la questione qui in esame.

L'inidoneità della motivazione dell'impugnata nota del 29 marzo 2007 non costituisce, tuttavia, elemento sufficiente per l'accoglimento del ricorso, in quanto l'azione esercitata, come già evidenziato, consiste nell'accertamento di un diritto soggettivo e ciò comporta che deve essere verificata la corretta modalità di computo dell'indennità in questione.

L'istruttoria disposta dal Collegio ha consentito in primo luogo di accertare uno dei punti controversi: al contrario di quanto affermato dall'Azienda appellante, il rapporto di esclusività dei dirigenti medici ospedalieri non è obbligatorio, essendo tuttora consentito il rapporto non esclusivo assistenziale (extramoenia).

Ai sensi dell'art. 5, comma 12, del d.lgs. n. 517/1999 lo svolgimento di attività libero professionale intramuraria comporta l'opzione per il regime di lavoro universitario a tempo pieno e lo svolgimento dell'attività extramuraria comporta l'opzione per il tempo definito.

Di conseguenza, la situazione del ricorrente prima dell'opzione esercitata in favore del tempo definito universitario, conseguente alla nota dell'Università del 4 dicembre 2006, non era conforme alla menzionata corrispondenza tra rapporto non esclusivo con l'Azienda e tempo definito universitario.

Tale anomalia ha influito sulla questione oggetto del presente giudizio, in quanto ha comportato che il raffronto per la determinazione dell'indennità "De Maria" fosse effettuato su due termini, in realtà non possibili, costituiti dal trattamento economico del rapporto non esclusivo con l'Azienda e dal tempo pieno universitario.

Come chiaramente emerso sulla base della relazione istruttoria depositata dal Policlinico, tale determinazione dell'indennità "non appare praticabile", in quanto sarebbe fondata non sul reale differenziale dei due trattamenti economici, ma sul differenziale tra trattamenti (regime non esclusivo e tempo definito), che non corrispondono a quelli effettivi.

L'unica interpretazione dell'art. 31 del DPR n. 761/1979 è quella di prendere come riferimento i trattamenti economici corrispondenti alle funzioni del dipendente e alle sue opzioni: in caso di regime non esclusivo ospedaliero / tempo definito universitario, il differenziale corrisponde a quello della simulazione 1), contenuta nella relazione dell'azienda; mentre in ipotesi di regime esclusivo ospedaliero / tempo pieno universitario a quello della simulazione 2), idoneo a consentire di raggiungere il superiore trattamento comprensivo dell'indennità di esclusività (va rilevato che non forma oggetto del presente giudizio la spettanza, in caso di rapporto non esclusivo, della retribuzione minima unificata, che secondo l'appellato sarebbe stata omessa nel conteggio

effettuato dall'Azienda e, quindi, l'asserito errore contenuto nella simulazione 1), andrà verificato dalle amministrazioni ai fini di dare applicazione ai principi affermati nella presente decisione). Del resto, ipotizzando la esigenza di determinare ex novo il trattamento economico di un dipendente, che si trova nella situazione del ricorrente, è difficile seguire la soluzione dell'Azienda e utilizzare come trattamenti economici di riferimento quelli non corrispondenti alle opzioni esercitate dal medico; ciò dimostra come tale soluzione sia stata influenzata dall'anomala posizione di chi, in deroga al disposto normativo, si trovava in regime ospedaliero non esclusivo e di tempo pieno universitario.

Non si tratta, quindi, di mantenere (mediante il differenziale) un uguale trattamento economico in presenza di un minor impegno lavorativo, ma di ricondurre a correttezza il sistema delle opzioni e del conseguente trattamento economico.

Del resto, l'impegno lavorativo ospedaliero non diminuisce in conseguenza dell'opzione per il regime non esclusivo e resta sempre di 38 ore con un trattamento economico inferiore dipendente non dal minor orario, ma dalla possibilità di svolgere attività extramuraria; l'impegno di lavoro universitario prevede, invece, la sola diminuzione dell'orario "massimo" in caso di regime a tempo definito (200 ore in luogo di 350), e non dell'orario minimo come sostenuto dall'appellante (v. art. 1, comma 2, l. n. 158/1987).

In conclusione, il mantenimento della stessa indennità perequativa a seguito dell'opzione per il tempo definito universitario non trova fondamento normativo, dovendo le amministrazioni invece mantenere lo stesso trattamento complessivo, stabilito per i medici in rapporto non esclusivo, pena il venire meno delle finalità perequative volute dal legislatore (il che si risolve nella sola diversificazione delle quote a carico delle due amministrazioni, fermo restando l'importo totale del trattamento, come evidenziato nella stessa relazione dell'Azienda).

Le difficoltà finanziarie esposte nella motivazione degli atti impugnati, derivanti dalla traslazione di un costo dall'Università all'Azienda, non sono idonee a mutare il meccanismo perequativo, determinato dal legislatore, ma possono costituire ulteriore motivo per accelerare l'attuazione del nuovo sistema di trattamento economico, fissato dal d.lgs. n. 517/99 e non ancora applicato dalle amministrazioni appellanti, a seguito del quale non sarà più dovuta l'indennità perequativa, come già chiarito nel citato precedente di questo Consiglio di Stato.

5. In conclusione, l'appello va respinto.

Tenuto conto della novità della questione, ricorrono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, respinge l'appello.

Compensa tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma, il 26 maggio 2009 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale - Sez. VI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 01 DIC. 2009.