

CASSAZIONE CIVILE - Sezione Lavoro – sentenza n. 21565 del 3 settembre 2018

SOSTITUZIONE NELL'INCARICO DI DIRIGENTE MEDICO DEL SSN

La sostituzione nell'incarico di dirigente medico del Ssn, ai sensi dell'art. 18 del CCNL 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..

omissis

Fatto

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 P.F. 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 P. 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 CCNL, 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 del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 52, 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 P.F., con tempestivo controricorso illustrato da memoria ex art. 378 c.p.c..

Diritto

1. Il ricorso denuncia, con un unico articolato motivo, violazione e falsa applicazione di plurime disposizioni di legge (d.lgs. n. 502 del 1992, artt. 15, 15-bis, 15-ter; d.lgs. n. 165 del 2001, artt. 19, 24 e 52; art. 2103 c.c.) e di contratto (artt. 51 e segg. CCNL 5.12.1996 per la dirigenza me-

dica 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 del 1992, colloca la dirigenza sanitaria in un unico ruolo e precisa, all'art. 15-ter, che non trova applicazione l'art. 2103 c.c., nell'ipotesi di sostituzione del dirigente preposto a struttura complessa. Analoga disciplina è dettata dal d.lgs. n. 165 del 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 "ASL Salerno, già ASL Salerno (*OMISSIS*), in persona del Commissario Straordinario e legale rappresentante p.t., domiciliato per la carica in (*OMISSIS*)" 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 (*OMISSIS*), presso la Struttura avvocatura ASL Salerno".

L'art. 326 c.p.c., 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 c.p.c., 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 P. nell'anno 2007 per cui correttamente l'impugnazione è stata proposta nel rispetto del termine annuale fissato dall'art. 327 c.p.c., comma 1, nel testo antecedente alla modifica apportata dalla L. n. 69 del 2009, art. 46, comma 17.

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 del d.lgs. n. 165 del 2001, art. 52, 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 CCNL 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 c.c., sancita dal d.lgs. n. 165 del 2001, art. 19, era già stata affermata dal d.lgs. n. 29 del 1993, art. 19, come modificato dal d.lgs. n. 80 del 1998, art. 13 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 il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 52, riferibile al solo personale che non rivesta la qualifica di dirigente, al quale è, invece, riservata la disciplina dettata dalle disposizioni del capo 2°.

Quanto alla dirigenza sanitaria, inserita "in un unico ruolo distinto per profili professionali e in un unico livello" (d.lgs. n. 502 del 1992, art. 15), la giuridica impossibilità di applicare la disciplina dettata dall'art. 2103 c.c., è ribadita dal d.lgs. n. 502 del 1992, inserito dal d.lgs. n. 229 del

1999, nonché dall'art. 28, comma 6, del CCNL 8.06.2000 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 c.c., comma 1".

4.2. Il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 24, 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 8.06.2000 hanno innanzitutto ribadito, in linea con la previsione del d.lgs. n. 502 del 1992, art. 15-ter, comma 5, che "le sostituzioni...non 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 corrispondersi solo in caso di sostituzioni protrattesi oltre sessanta giorni, rapportata al livello di complessità della struttura diretta (Lire 1.036.000 per la sostituzione del dirigente di struttura complessa e Lire 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.

È, 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 al DPR n. 384 del 1990, art. 121, disapplicato dal richiamato art. 18 del CCNL 2000, e, quindi, in un diverso contesto normativo giacché, prima dell'istituzione del ruolo unico, i compiti propri del primario costituivano mansioni superiori rispetto a quelle dell'aiuto o dell'assistente (inquadri rispettivamente nel 10° e nel 9° livello mentre al primario era riservato l'11° 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, sicché allo stato non è più configurabile un effettivo contrasto, idoneo a giustificare la rimessione ex art. 374 c.p.c., comma 2, 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 il d.lgs. n. 165 del 2001, art. 52. 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.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 5 aprile 2018.

Depositato in Cancelleria il 3 settembre 2018