



Rivista IUS et SALUS

Roma, 17.11.2019

**Al dirigente sanitario in «sostituzione»
non spetta il trattamento accessorio del sostituito (art. 2103 c.c.) ma la sola
indennità sostitutiva**

di Domenico Andracchio, Avvocato

C. Cass, Sez. lav., 18 ottobre 2019, sentenza n. 26618

Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani c./ C.G.

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 poichè avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicchè non trova applicazione l'art. 2103 c.c. e al sostituito non spetta il trattamento accessorio del sostituito ma solo la prevista indennità c.d. 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.

Con l'ordinanza che si annota, la Corte di Cassazione è tornata ad occuparsi di una delle questione tutt'oggi più dibattute in materia di dirigenza sanitaria: il trattamento economico da corrispondere al dirigente sanitario cui sia affidato – in sostituzione del dirigente assente, impedito ovvero cessato dal rapporto di lavoro – un incarico di direzione di struttura complessa.

La vicenda trae origine dal ricorso proposto da un dirigente medico nei confronti dell'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani, al fine di ottenere una declaratoria giurisdizionale che gli riconoscesse, ai sensi dell'articolo 2103 c.c., il trattamento economico previsto dalla contrattazione collettiva per il dirigente di struttura complessa che aveva sostituito. Il ricorrente era stato infatti adibito, per più di otto anni, allo svolgimento dei compiti di Responsabile del Servizio Sanità Pubblica Epidemiologia e Medicina Preventiva (incarico dirigenziale di struttura complessa), in sostituzione del titolare, collocato a riposo.

Il Tribunale di Trapani disponeva il rigetto della domanda di parte ricorrente. Di contro, la Corte di Appello di Palermo, riformando la sentenza del giudice di primo grado, ne disponeva l'accoglimento, affermava che, nelle ipotesi di sostituzione protratta continuativamente per un periodo superiore ai dodici mesi (C.C.N.L. 8 giugno 2000, art. 18, comma 7), al sostituto, pur non spettando la titolarità giuridica dell'incarico, debba comunque riconoscersi *l'intero trattamento* previsto per il sostituito e così, nella specie, quello di dirigente di struttura complessa (ciò in applicazione del principio generale di cui all'art. 36 Cost.). Pertanto, avverso la sentenza di grado d'appello, l'Azienda Sanitaria Provinciale di Trapani proponeva ricorso per cassazione, che veniva accolto con l'ordinanza in commento.

L'esame dello snodo motivazionale è opportuno sia preceduto da una descrizione, sia pure sommaria, del quadro delle disposizioni normative e contrattuali applicabili alla fattispecie in esame.

La dirigenza sanitaria – come noto – è soggetta alle disposizioni sul pubblico impiego privatizzato (D.lgs. n. 165/2001), a condizione che non siano contemplate deroghe all'interno di quello che può considerarsi lo «*statuto giuridico*»: il D.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, la L. 30 novembre 1998, n. 419, il D.lgs. 19 giugno 1999, n. 229, il D.lg. 13 settembre 2012, n. 158, convertito in L. 8 novembre 2012, n. 189 e, da ultimo, il D.lgs. n. 171/2016, successivamente modificato e integrato dal D.lgs. n. 126/2017. Ma alla disciplina di fonte legislativa si affianca quella di fonte contrattuale. Il superamento della concezione per la quale lo Stato e gli enti pubblici conservassero una posizione di supremazia anche nei confronti dei loro dipendenti – per lo più dovuto alla maturata consapevolezza che la tendenziale uniformazione dei modelli organizzativi delle aziende private e degli apparati pubblici implichi il venir meno di ogni giustificazione circa la differenza di trattamento tra lavoratori pubblici e privati – sta alla base della scelta di affidare alla contrattazione collettiva la disciplina del trattamento giuridico ed economico anche dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni; al pari di quanto già si registrava per i lavoratori privati.

Per quanto qui di stretto interesse, le disposizioni normative cui il giudice di legittimità ha fatto riferimento per la composizione della controversia sono gli artt. 19, comma 1, 24, comma 1, e 52, commi 1 e 5 del D.lgs. n. 165/2001, nonché gli articoli 15 e 15-ter del D.lgs. n. 502/1992. Valga quindi riportare – a beneficio di una maggiore comodità espositiva – il testo delle disposizioni dianzi richiamate.

Quanto alle norme del c.d. Testo Unico sul pubblico impiego, l'art. 19, comma 1, del D.lgs. n. 165/2001, nel disciplinare gli incarichi con funzioni dirigenziali, prevede che «al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile». L'art. 24, comma 1, del medesimo D.lgs. n. 165 cit., stabilisce, invece, che «la retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle funzioni attribuite, alle connesse responsabilità e ai risultati conseguiti». Di poi, l'art. 52, dopo aver stabilito che «il prestatore di lavoro deve essere adibito alle mansioni per le quali è stato assunto o alle mansioni equivalenti nell'ambito dell'area di inquadramento ovvero a quelle corrispondenti alla qualifica superiore che abbia successivamente acquisito per effetto delle procedure selettive di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a). 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» (comma 1), prevede che «è nulla l'assegnazione del lavoratore a mansioni proprie di una qualifica superiore, ma al lavoratore è corrisposta la differenza di trattamento economico con la qualifica superiore» (comma 5).

Quanto, invece, alle disposizioni contenute nel D.lgs. n. 502/1992, mentre l'art. 15, comma 1, prevede che «la dirigenza sanitaria è collocata in un unico ruolo, distinto per profili professionali, ed in un unico livello, articolato in relazione alle diverse responsabilità professionali e gestionali», l'art. 15-ter, comma 5, dispone che «il dirigente preposto ad una struttura complessa è sostituito, in caso di sua assenza o impedimento, da altro dirigente della struttura o del dipartimento individuato dal responsabile della struttura stessa; alle predette mansioni superiori non si applica l'art. 2103, primo comma, del codice civile».

Oltre alle disposizioni normative di cui si è detto, nella vicenda in esame è stata fatta applicazione anche di disposizioni contrattuali contenute nel Contratto Collettivo Nazionale del lavoro dell'area relativa alla dirigenza medica e veterinaria (1998-2001); trattasi, in particolare, degli artt. 18 e 24, comma 6, lett. g).

La prima delle richiamate disposizioni contrattuali, dopo aver previsto che «in caso di assenza per ferie o malattia o altro impedimento del direttore di dipartimento, la sua sostituzione è affidata dall'azienda ad altro dirigente con incarico di direzione di struttura complessa da lui stesso preventivamente individuato con cadenza annuale. Analogamente si procede nei casi di altre articolazioni aziendali che, pur non configurandosi con tale denominazione ricomprendano – secondo l'atto aziendale più strutture complesse» (comma 1), ed aver precisato che «nel caso che l'assenza sia determinata dalla cessazione del rapporto di

lavoro del dirigente interessato, la sostituzione è consentita per il tempo strettamente necessario ad espletare le procedure di cui ai D.P.R. 483 e 484/1997 ovvero dell'art. 17-bis del D.lgs 502/1992. In tal caso può durare sei mesi, prorogabili fino a dodici» (comma 4), stabilisce «le sostituzioni previste dal presente articolo non si configurano come mansioni superiori in quanto avvengono nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria. Al dirigente incaricato della sostituzione ai sensi del presente articolo non è corrisposto alcun emolumento per i primi due mesi. Qualora la sostituzione dei commi 1 e 2 si protragga continuativamente oltre tale periodo, al dirigente compete una indennità mensile di L. 1.036.000 e per la sostituzione di cui al comma 3 di L. 518.000».

La seconda disposizione prevede, poi, che «nel conferimento degli incarichi e per il passaggio ad incarichi di funzioni dirigenziali diverse, le aziende tengono conto: [...] g) che data l'equivalenza delle mansioni dirigenziali - non si applica l'art. 2103, comma 1, del c.c.».

Delineato il quadro delle disposizioni normative e contrattuali, è possibile soffermarsi sull'ordinanza in commento. Valga subito segnalare che il ragionamento logico-giuridico della Corte prende le mosse dalla scelta di ribadire che le ipotesi di sostituzione nell'incarico di direzione di struttura complessa sono insuscettibili di configurarsi come svolgimento di mansioni superiori, così da non trovare applicazione l'articolo 2103, comma 7, c.c., ai sensi del quale «nel caso di assegnazione a mansioni superiori il lavoratore ha diritto al trattamento corrispondente all'attività svolta e l'assegnazione diviene definitiva, salva diversa volontà del lavoratore, ove la medesima non abbia avuto luogo per ragioni sostitutive di altro lavoratore in servizio, dopo il periodo fissato dai contratti collettivi, anche aziendali, stipulati da associazioni sindacali comparativamente più rappresentative sul piano nazionale o, in mancanza, dopo sei mesi continuativi».

Nella pronuncia si legge, infatti, 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 poichè avviene nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria, sicchè 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.».

La statuizione di massima (mancato riconoscimento al “dirigente sanitario-sostituto” del trattamento economico riconosciuto al “dirigente sanitario-sostituito”) con la quale si apre la motivazione della pronuncia annotata costituisce l'epilogo dei “punti fermi” stabiliti da precedenti arresti giurisprudenziali.

Dal consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità è consentito desumere, infatti, quelli che sono i principi che sovrintendono alla trattazione delle fattispecie di sostituzione negli incarichi dirigenziali sanitari.

In primo luogo, quello per cui l'inapplicabilità ai dirigenti dell'art. 2103 c.c., 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.

In secondo luogo, che per le medesime ragioni non è applicabile al rapporto dirigenziale l'art. 52 del D.lgs. n. 165 del 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.

In terzo luogo, che la giuridica impossibilità di applicare alla dirigenza sanitaria la disciplina dettata dall'art. 2103 c.c. è ribadita dall'art. 15-ter del D.lgs. n. 502/1992, inserito dal D.lgs. n. 229/1999, nonché dall'art. 28, comma 7, del C.C.N.L. 8 giugno 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».

In quarto luogo, che l'art. 24 del D.lgs. n. 165/2001 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». Non è un caso che la materia delle sostituzioni è stata espressamente disciplinata dalle parti collettive che, all'art. 18 del C.C.N.L. 8 giugno 2000, hanno prevista una speciale indennità, da corrispondersi solo in caso di sostituzioni protrattesi oltre sessanta giorni, rapportata al livello di complessità della struttura diretta.

Ma la pronuncia annotata si preoccupa pure di precisare l'esatta portata giuridica della sostituzione (avente durata di sei mesi, prorogabile a dodici) preordinata a far fronte all'assenza derivante dalla cessazione del rapporto di lavoro del dirigente sostituito (art. 18, comma 4, del C.C.N.L. del 8 giugno 2000).

La Corte ha evidenziato, infatti, 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. Sennonché, deve essere evidenziato – ad avviso del giudicante – che è tutt'altro che irrilevante la circostanza che le parti collettive non abbiano fatto cenno alle conseguenze che, sul piano economico, possono derivare dall'omesso rispetto del termine.

Una omissione che 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. Deve quindi ricavarsene che il termine di cui all'art. 18, comma 4 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 («le sostituzioni previste dal presente articolo non si configurano come mansioni superiori in quanto avvengono nell'ambito del ruolo e livello unico della dirigenza sanitaria»), che, operando unitamente al principio della onnicomprensività al quale si è già fatto cenno, esclude qualsiasi titolo sul quale la pretesa possa essere fondata.

Da ultimo merita di essere segnalato il passaggio dell'ordinanza con il quale si evidenzia che la mancata applicazione ai dirigenti sanitari in sostituzione dell'art. 2103 c.c. non contrasta con il principio di non discriminazione di cui alla clausola 4 dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP, allegato alla direttiva 1999/70/CE, sul lavoro a tempo determinato.

La compatibilità con il principio di non discriminazione viene fatta discendere dalla circostanza che il predetto principio può essere invocato – rileva la Corte – dagli assunti a tempo determinato qualora agli stessi vengano riservate condizioni di impiego meno favorevoli rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato comparabili. Per converso, il rapporto dirigenziale esula dall'ambito di applicazione della direttiva perchè 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.

Si è già detto che la pronuncia in commento si pone in perfetta linea di corrispondenza con il consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità.

Tuttavia, non si può fare a meno di segnalare l'esistenza di un opposto orientamento (minoritario), stando al quale «in materia di pubblico impiego contrattualizzato, la sostituzione nell'incarico di dirigente medico

del servizio sanitario nazionale, a norma dell'art. 18 del C.C.N.L. della dirigenza medica e veterinaria del 8 giugno 2000, è finalizzata a consentire l'espletamento della procedura per la copertura del posto resosi vacante, sicché è destinato ad operare per un periodo massimo di sei mesi, prorogabili a dodici, nei quali spetta, a partire dal terzo mese, l'indennità ivi prevista. Quando, peraltro, detto ambito temporale sia superato, l'assegnazione delle mansioni dirigenziali in sostituzione cessa di rientrare tra le prestazioni normalmente esigibili e si configura come espletamento di mansioni superiori, con diritto alla corrispondente retribuzione, in ossequio al principio di cui all'art. 36 Cost.».

Riferimenti bibliografici:

- M.N. BETTINI, *Dirigenza sanitaria e disciplina di conferimento degli incarichi*, in *Lav. Prev. Oggi*, 2008, pp. 555 e ss.;
- E. MENEGATTI, *L'amministrazione del contratto collettivo nel pubblico impiego privatizzato: lo stato dell'arte*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (II)*, 2012, pp. 57 e ss.
- O. MAZZOTTA, *Attribuzioni e poteri del dirigente sanitario*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni (II)*, 2013, pp. 471 e ss.;
- F. CARINCI, *Contratto collettivo (lavoro pubblico)*, in *Enc. dir. Annali*, VI, 2013, pp. 218 e ss.;
- M. NICOLOSI, *Incarichi di direzione di struttura sanitaria complessa e tutela risarcitoria prima della l. n. 189 del 2012 («riforma Balduzzi»)*, in *ADL*, 2014, pp. 1066 e ss..
- M. RUSCIANO, *Contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Profili generali*, in *Treccani - Diritto on line*, 2015.

Precedenti giurisprudenziali:

Conformi:

- C. Cass., Sez. lav., 24 luglio 2015, n. 15577;
- C. Cass., Sez. lav., 15 gennaio 2016, n. 584;
- C. Cass., Sez. lav., 15 novembre 2017, n. 27121;
- C. Cass., Sez. lav., 6 novembre 2018, n. 28243;
- C. Cass., Sez. lav., 29 novembre 2018, n. 30912;
- C. Cass., Sez. lav., 6 febbraio 2019, n. 3483.

Difformi:

- C. Cass., Sez. lav., 6 luglio 2015, n. 13809.