



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4199 del 2001, proposto dalla:  
Azienda U.L.S.S. 12 Veneziana, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Gianfranco Perulli, con domicilio eletto presso  
Gian Marco Grez in Roma, Corso Vittorio Emanuele II n. 18;

***contro***

Ballarin Giuliana, Giannino Vianello, Mazzariol Luciano e Vianello Gian Pietro,  
rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Caffarelli e Renato Speranzoni, con  
domicilio eletto presso Francesco Caffarelli in Roma, via Tigrè n. 37

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione III, n. 2326 del 24 novembre 2000,  
resa tra le parti, concernente l'attribuzione della indennità di rischio radiologico.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ballarin Giuliana, Giannino Vianello,  
Mazzariol Luciano e Vianello Gian Pietro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 maggio 2012 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Gianfranco Perulli e Francesco Caffarelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.- I signori Ballarin Giuliana, Giannino Vianello, Mazzariol Luciano e Vianello Gian Pietro all'epoca in servizio come infermieri generici presso il Servizio di Radiologia dell'Ospedale al Mare di Venezia, avevano impugnato davanti al T.A.R. per il Veneto la deliberazione del Direttore Generale dell'Azienda U.L.S.S. n. 12 Veneziana, n. 1346 del 3 giugno 1998, ad oggetto "Presenza d'atto verbali Commissione per l'accertamento del personale medico e non medico soggetto a rischio da radiazioni ionizzanti e conseguenti determinazioni", nella parte in cui non li aveva ricompresi né fra le "unità di personale professionalmente esposto classificato A", né fra le "unità di personale professionalmente esposto non classificato A", con i presupposti verbali della Commissione Rischio Radiologico in data 16 febbraio 1998, nonché il provvedimento, con il quale era stato disposto il recupero della indennità di rischio radiologico relativa agli anni 1996-97-98, mediante ritenuta diretta sulla busta paga del mese di giugno 1998.

I ricorrenti avevano poi chiesto anche l'accertamento del loro diritto a percepire l'indennità di rischio radiologico di lire 200.000 mensili, di cui all'art. 54, primo comma, del D.P.R. 28.11.90, n. 384 e art. 1, secondo comma, della legge 27.10.88, n. 460, per gli anni 1996-97-98 (e seguenti), con la condanna dell'Azienda U.L.S.S. 12 Veneziana al pagamento degli importi spettanti a tale titolo, con rivalutazione monetaria ed interessi di legge dalle singole scadenze al saldo.

2.- Il T.A.R. per il Veneto, con sentenza della Sezione III, n. 2326 del 24 novembre 2000, ha accolto il ricorso annullando i provvedimenti impugnati ed ha dichiarato il diritto dei ricorrenti a percepire l'indennità di rischio da radiazioni come da domanda, con la condanna dell'Amministrazione intimata al pagamento degli importi conseguentemente spettanti a tale titolo, maggiorati della rivalutazione monetaria e degli interessi di legge dalle singole scadenze al saldo.

3.- L'Azienda U.L.S.S. 12 Veneziana ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

Con il primo motivo l'Azienda appellante sostiene che la sentenza del T.A.R. per il Veneto è stata emessa in difetto di una qualsiasi "piattaforma probatoria", sulla base delle sole affermazioni dei ricorrenti, e senza nemmeno la richiesta degli atti attestanti l'attività svolta dalla Commissione Rischio Radiologico per l'individuazione del personale al quale attribuire l'indennità in questione.

Era invece dovere del giudice di primo grado decidere per un supplemento di istruttoria dinanzi all'inconferenza probatoria della causa, ordinando l'esibizione dei verbali e degli atti relativi all'indagine svolta dalla Commissione, che aveva il compito di verificare i requisiti per l'assegnazione dell'indennità in questione, dai quali avrebbe potuto verificare che la stessa (come risultava dal verbale del 12 marzo 1998) correttamente aveva provveduto in ordine all'accertamento dei requisiti di intensità e continuità dell'esposizione al rischio del personale interessato.

Con il secondo motivo l'Azienda U.L.S.S. 12 Veneziana ha poi aggiunto che il T.A.R., basandosi sulle sole affermazioni dei ricorrenti, ha finito con il disattendere, in assenza di diverso accertamento, le valutazioni tecniche effettuate dalla apposita Commissione Rischio Radiologico.

4.- Al riguardo, si deve ricordare che l'art. 1, comma 2, della legge 27 ottobre 1988 n. 460 aveva riconosciuto al personale medico e tecnico di radiologia, sottoposto

in continuità all'azione di sostanze ionizzanti o adibito ad apparecchiature radiologiche in maniera permanente, il diritto ad una indennità mensile di lire 200.000, a partire dal 1° gennaio 1988, ed aveva previsto, al terzo comma, la diversa indennità mensile lorda di lire 50.000 in favore del personale non compreso nel secondo comma, ma esposto a rischio in modo discontinuo, temporaneo o a rotazione perché adibito normalmente o prevalentemente a funzioni diverse, previa individuazione secondo le modalità previste dal quarto comma dell'art. 58 del D.P.R. 20 maggio 1987 n. 270.

Con riferimento al personale con qualifica diversa da quello di medico o tecnico di radiologia che poteva essere esposto al rischio radiologico, la Corte Costituzionale, con la sentenza 20 luglio 1992 n. 343, aveva affermato che "la presunzione assoluta di rischio prevista dalla legge nei confronti dei medici e tecnici di radiologia non è tale da escludere la presenza di altri lavoratori cui si può applicare la stessa disciplina in relazione alla loro esposizione al rischio radiologico in misura continua e permanente".

4.1.- Sulla scorta di tale principio la giurisprudenza ha sostenuto che, ai fini della percezione dell'indennità di rischio, mentre per il personale (medico e tecnico) di radiologia è necessaria e sufficiente la qualifica rivestita, alla quale la legge ricollega una presunzione assoluta di esposizione al rischio, per il personale di altre qualifiche è indispensabile che le situazioni lavorative concrete comportino una esposizione al rischio radiologico in misura continua e permanente, per modalità, tempi, orari ed intensità dell'esposizione, e che l'individuazione di detto personale sia effettuata secondo le modalità previste dal quarto comma dell'art. 58 del D.P.R. 20.5.1987 n. 270 (fra le più recenti: Consiglio di Stato, Sez. III, n. 6452 del 7 dicembre 2011).

4.2- Successivamente la legge 24 dicembre 1993, n. 537, art. 8, comma 6, ha stabilito che "a far data dal 1 gennaio 1995" era soppressa l'indennità mensile lorda

prevista dalla legge 28 marzo 1968, n. 416, come modificata dalla legge 27 ottobre 1988, n. 460 art. 1, commi 2 e 3. Dalla stessa data l'indennità di rischio da radiazione doveva essere ricondotta nell'ambito delle indennità professionali previste in sede di accordo di lavoro e correlate a specifiche funzioni e, dalla stessa data, al personale sottoposto al rischio di radiazioni ionizzanti non doveva più spettare il congedo ordinario aggiuntivo di quindici giorni.

4.3.- Peraltro la legge 23 dicembre 1994, n. 724, all'art. 5, ha fatto salva, in attesa della sua trasformazione in indennità professionale, l'indennità di rischio radiologico, ma solo nella sua misura piena (di lire 200.000), stabilendo, al comma 1, che, a partire dal 1° gennaio 1995; «il congedo ordinario aggiuntivo di quindici giorni spetta ai tecnici sanitari di radiologia medica e ai medici specialisti in radiodiagnostica, radio-terapia, medicina nucleare e a quanti svolgono abitualmente la specifica attività professionale in zona controllata», e (al comma 4) che «fino all'entrata in vigore del contratto collettivo di lavoro al personale di cui al comma 1 continua ad essere corrisposta l'indennità mensile lorda prevista dalla L. 27 ottobre 1988, n. 460, art. 1 comma 2» che, come si è prima ricordato, prevedeva per il personale sottoposto in continuità all'azione di sostanze ionizzanti o adibito ad apparecchiature radiologiche in maniera permanente, il diritto ad una indennità mensile di lire 200.000.

4.4.- Anche dopo l'emanazione di tale disposizione (e del d. lgs. 17 marzo 1995 n. 230 di disciplina della materia delle radiazioni ionizzanti), si è quindi affermato che i lavoratori soggetti a rischio sono individuati non in relazione alla qualifica rivestita ma all'effettiva sottoposizione, per l'attività esercitata, a una determinata esposizione alle radiazioni ionizzanti.

Con la sola differenza fra i medici e i tecnici di radiologia e il restante personale sanitario che, mentre per i primi il possesso dei requisiti è attestato dalla qualifica rivestita, che legittima di per sé la presunzione dell'esistenza del rischio, per gli altri

è necessario un accertamento sulle singole situazioni concrete (modalità e orario di lavoro, intensità dell'esposizione) a cura della apposita Commissione prevista dall'art. 1 comma 3 della legge 27 ottobre 1988 n. 460, che procede all'accertamento basandosi su dati formali che siano certi quanto alla rilevazione e all'interpretazione e idonei a rappresentare con continuità il concreto svolgimento dell'opera degli interessati, gravando su di essa la responsabilità degli esborsi conseguenti all'eventuale riconoscimento dei presupposti per l'attribuzione dell'indennità.

5.- Pertanto, il riconoscimento del diritto alla relativa indennità non può che conseguire all'accertamento operato dalla predetta Commissione che è incaricata di verificare se il dipendente sia, in via di fatto, esposto al rischio radiologico e in che misura.

Si è quindi ribadito che l'indennità di lire 200.000 mensili ed il congedo ordinario aggiuntivo di 15 giorni non spettano - qualora si tratti di personale diverso da quello medico e tecnico di radiologia sottoposto in continuità all'azione di sostanze ionizzanti o adibito ad apparecchiature radiologiche in maniera permanente - per il solo fatto che si tratti di personale "professionalmente esposto" ma occorre anche che l'esposizione, a giudizio della citata apposita Commissione, sia continua e di apprezzabile entità.

5.1- In proposito l'art.120, comma 5, del D.P.R. 28.11.1990, n. 384 aveva definito, per il periodo compreso tra gli anni 1988 e 1994, i criteri per accertare la "continuità" o la "occasionalità" dell'esposizione (criteri, appunto, discriminanti per la percezione dell'indennità di lire 200.000 e del congedo aggiuntivo), stabilendo, in particolare, che occorreva tener conto:

a) della "frequenza" delle presenze in zone controllate e del "tempo" di effettiva esposizione, al fine di accertare il "grado di assorbimento";

b) del “livello del conseguente rischio”, stabilito dall’esperto qualificato in “relazione alla concreta possibilità di superamento delle dosi massime ammissibili di esposizione”.

6.- Ciò ricordato si deve osservare che, nella fattispecie, come si rileva dalla documentazione in atti, l’Azienda appellante, dopo aver provveduto, con deliberazione n. 90 del 21.1.1998, a seguito della unificazione delle Aziende U.L.S.S. di Venezia e di Mestre, alla costituzione di una unica Commissione Rischio Radiologico, ha recepito, con il provvedimento impugnato in primo grado, i verbali della Commissione che, in data 16 febbraio e 12 marzo 1998, aveva stabilito i criteri per individuare il personale avente titolo alla attribuzione dei benefici di legge in quanto esposto al rischio radiologico in maniera continua e permanente, ed ha riconosciuto i benefici in questione al personale classificato dagli Esperti qualificati in tabella “A” e ad una parte del personale inserito in tabella “B”.

I signori Ballarin Giuliana, Giannino Vianello, Mazzariol Luciano e Vianello Gian Pietro, che avevano percepito negli anni precedenti i detti benefici e, in particolare, avevano percepito l’indennità nella misura di lire 50.000 mensili anche dopo le richiamate modifiche normative, hanno impugnato la delibera con la quale erano stati esclusi dal novero dei beneficiari, nonché gli atti con i quali si era proceduto (nel mese di giugno 1998) al recupero dell’indennità corrisposta per gli anni 1996/1997 e in parte del 1998 e ritenuta non spettante.

6.1- Il T.A.R., in assenza dell’amministrazione, che aveva ritenuto di non doversi costituire in giudizio, ha ritenendo fondate le doglianze da loro sollevate.

Ma la sentenza del T.A.R. per il Veneto, benché determinata anche dalla mancata costituzione in giudizio dell’amministrazione che non ha consentito al giudice di primo grado di conoscere tutti gli atti della questione sottoposta al suo esame, non

può essere condivisa alla luce degli atti depositati in appello dall'Azienda U.L.S.S. 12 Veneziana.

7.- Sulla questione riguardante l'esame in appello di documenti non prodotti dagli istanti (né ovviamente dalla amministrazione che non si era costituita) nel giudizio di primo grado, si deve ricordare che tale esame non si può ritenere precluso per effetto del divieto (eccepite dai resistenti) alla acquisizione nel grado di appello di nuove prove e nuovi documenti.

Ai sensi dell'art. 104, comma 2, c.p.a., non sono infatti ammessi in appello nuovi mezzi di prova, ivi compresi i nuovi documenti, a meno che il Collegio li ritenga indispensabili ai fini della decisione della causa (ovvero la parte dimostri di non aver potuto proporli o produrli nel giudizio di primo grado per causa ad essa non imputabile).

Peraltro il provvedimento impugnato, e gli atti del relativo procedimento amministrativo, sono per definizione "indispensabili" per la definizione del giudizio, con la conseguenza che la mancata produzione da parte dell'Amministrazione (ai sensi dell'art. 46, comma 2, c.p.a.) o delle altre parti non comporta comunque alcuna decadenza, sussistendo il potere-dovere del giudice di acquisire tali atti, anche d'ufficio, in qualsiasi grado del giudizio (in termini: Consiglio di Stato, sez. VI, n. 2738 del 9 maggio 2011).

Del resto il giudizio amministrativo si fonda, in tema di prova, sul principio dispositivo con metodo acquisitivo (artt. 63 e 64 c.p.a.) e, sulla base di tale principio, è consentito al giudice, anche nel grado di appello, di disporre eventuale istruttoria per l'acquisizione degli atti ritenuti necessari per la sua decisione, senza che possa valere la preclusione dettata dal citato art. 104, comma 2, c.p.a.

8.- Dall'esame della documentazione esibita in appello dall'Azienda sanitaria si rileva che, in applicazione delle disposizioni normative che si sono ricordate, i benefici (ancora) previsti per il personale esposto in via continuativa al rischio



radiologico potevano essere attribuiti solo dopo l'avvenuto riconoscimento dei requisiti richiesti da parte della apposita Commissione.

Da tale documentazione si rileva poi che tali benefici dovevano essere attribuiti a tutto il personale inserito in tabella "A", che per la tipologia delle funzioni erano certamente esposti al rischio. Dovevano poi essere attribuiti a quella sola parte del personale inserito in tabella "B" esposto al rischio radiologico in maniera continua e permanente che aveva superato predeterminati livelli di esposizione, come chiarito dal verbale della Commissione rischio radiologico in data 12 marzo 1998 depositato in appello dall'Azienda appellante.

8.1- Secondo quanto disposto dalla apposita Commissione, per il richiesto parametro della continuità si doveva tenere conto della frequenza della presenza in zona controllata, del tempo di esposizione e dell'intensità dell'esposizione, misurata dall'esperto qualificato, tenendo conto del «rischio di superamento dei 2/3 di 6 mSv/anno». Fermo restando che i criteri di frequenza e tempo di esposizione dovevano essere «soddisfatti contemporaneamente».

8.2.- Deve essere sul punto chiarito che, ai sensi dell'art. 4 del d. Lgs. n. 230 del 1995 le dosi di radiazioni sono misurate in sievert (Sv) ed 1 sievert (Sv) equivale a 100 rem (la precedente unità utilizzata per la misurazione della radiazioni ai sensi dell'art. 6 del D.P.R. n. 185 del 1964).

Sottomultipli del sievert (Sv) sono il millisievert (mSv,  $1 \text{ Sv} = 1000 \text{ mSv}$ ) ed il microsievert ( $\mu\text{Sv}$ ,  $1 \text{ mSv} = 1000 \mu\text{Sv}$ ).

Si deve aggiungere, per completezza, che l'Allegato III del predetto d. Lgs. n. 230 del 1995 classifica in Categoria A i lavoratori esposti in un anno solare a 6 mSv di dose efficace.

8.3- Ciò precisato, come risulta dal citato verbale del 12 marzo 1998, la Commissione rischio radiologico ha previsto l'assegnazione dei benefici in questione al personale classificato "A" ed a quello classificato "B" con il rischio di

superamento di 4 mSv/anno ed ha invitato gli esperti qualificati a trasmettere gli elenchi del personale classificati “B” che, sulla base degli indicati criteri, rientravano nei determinati parametri di rischio radiologico.

9.- Considerato che, come risulta sempre dagli atti depositati, i signori Ballarin Giuliana, Giannino Vianello, Mazzariol Luciano e Vianello Gian Pietro erano stati inseriti in classe “B” ma non erano rientrati fra i soggetti che, per aver superato le indicate soglie, potevano risultare beneficiari delle disposizioni di legge, le loro doglianze non potevano essere accolte dal giudice di primo grado.

Era infatti preclusa all’Amministrazione, in assenza del detto accertamento tecnico, la possibilità di riconoscere loro il beneficio in questione.

Erroneamente quindi il T.A.R., esaminando solo gli atti depositati in giudizio dai ricorrenti e senza acquisire gli ulteriori atti del procedimento (pur richiamati nel provvedimento impugnato), ha ritenuto illegittima la deliberazione con la quale l’Azienda appellante aveva preso atto dell’attività svolta dai competenti organi tecnici indicando il numero, per ogni Unità interessata, dei soggetti, inseriti in classe “A” ed in classe “B”, destinatari dei benefici di legge per il verificato superamento dei parametri stabiliti dalla competente Commissione Rischio Radiologico.

10.- In tale quadro non può avere alcun rilievo la circostanza che nella delibera impugnata in primo grado il personale beneficiario era stato indicato solo numericamente e non (anche) nominativamente, tenuto conto del rinvio per *relationem* al contenuto degli atti della Commissione Rischio Radiologico e agli accertamenti compiuti dall’esperto di radiologia.

11.- Sulla base di tali considerazioni l’appello deve essere accolto.

Né gli interessati hanno indicato le ragioni di un possibile errore negli accertamenti tecnici compiuti sulla base dei criteri dettati dalla Commissione Rischio Radiologico il cui apprezzamento non poteva essere poi altrimenti sostituito.

12.- Si deve solo aggiungere che risultava doveroso anche il recupero delle lire 50.000 mensili erroneamente corrisposte agli interessati (anche dopo la soppressione della norma che prevedeva l'erogazione in tale misura), per gli anni 1996, 1997 e parte del 1998 al titolo in parola.

La corresponsione di indennità non dovute costituisce infatti un indebito oggettivo, ai sensi dell'art. 2033 c.c., e il datore di lavoro che abbia corrisposto somme non dovute ha il diritto di ottenerne la restituzione. Mentre la buona fede rileva esclusivamente ai fini delle modalità di esecuzione del recupero che deve essere effettuato con modalità tali da non pregiudicare le esigenze di vita del lavoratore (in termini: Consiglio di Stato, sez. VI, n. 232 del 17 gennaio 2011).

13.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l'appello deve essere accolto e la sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione III, n. 2326 del 24 novembre 2000 deve essere annullata.

Si ritiene di dover disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla la sentenza del T.A.R. per il Veneto, Sezione III, n. 2326 del 24 novembre 2000.

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio dell'11 e del 24 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/06/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)