

**REPUBBLICA ITALIANA**

N. 7560/04 REG.DEC.

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 357 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta  
ha pronunciato la seguente

ANNO 2004

**DECISIONE**

**sul ricorso in appello n. 357/2004, proposto dal dott. Cristoforo Marinelli**, rappresentato e difeso dagli avv.ti E. Cesari e G. Spinelli, elettivamente domiciliato presso quest'ultimo in Roma, via Marco Atilio n. 15;

**CONTRO**

**ASL n 13 della regione Marche**, rappresentata e difesa dagli avv.ti C. Curzi e R. Pagani, elettivamente domiciliata in Roma, via Collazia n. 2/f presso avv. F. Canalini;

**e nei confronti**

**- del Commissario liquidatore p.t. della cessata USL n. 24 di Ascoli Piceno**, rappresentato e difeso dagli avv.ti C. Curzi e R. Pagani, elettivamente domiciliata in Roma, via Collazia n. 2/f presso avv. F. Canalini;

**- della Regione Marche**, non costituitasi;

**per la riforma**

**della sentenza del T.A.R. Marche n. 983 del 29.8.2003**, con la quale è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dal dott. Marinelli.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della ASL n. 13 della regione Marche e del Commissario liquidatore della USL n. 24 di ascoli Piceno;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 25.6.2004, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed uditi altresì gli avvocati G. Spinelli e C. Curzi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

### **FATTO e DIRITTO**

1. Con l'appello in epigrafe, l'interessato ha chiesto la riforma della sentenza in epigrafe, che aveva rigettato la sua richiesta di corresponsione delle differenze retributive dovute per aver svolto (rivestendo all'epoca la qualifica di aiuto con maggiori titoli), presso la divisione di ortopedia dell'ospedale Mazzoni della USL n. 24 della regione Marche, le funzioni primariali dal 9.10-1988 (a seguito dell'improvviso decesso del primario p.t) sino al 31.5.1991, giorno in cui veniva incaricato delle funzioni di primario il dott. Pennetti.

2. Ha fatto presente che, dopo aver inutilmente diffidato la USL al pagamento delle relative differenze retributive, aveva proposto ricorso al TAR Marche, con atto notificato il 29.12.1994 e ritualmente depositato; che la Usl si costituiva in giudizio e con memoria del 10.1.1995 contestava nel merito la pretesa senza nulla eccepire in merito alla legittimazione dell'Amministrazione resistente; che in data 15.2.2003 si costituiva in giudizio la ASL

n. 13 di Ascoli Piceno con un nuovo difensore, depositando nei giorni successivi ulteriore memoria con l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione della ASL stessa in quanto non responsabile dei debiti della soppressa Usl; che il TAR con la sentenza appellata accoglieva tale eccezione e dichiarava il ricorso inammissibile.

3. Ha dedotto che non poteva condividersi la dichiarazione di inammissibilità del ricorso da parte del TAR in relazione all'omessa notifica del ricorso nei confronti della gestione liquidataria della cessata USL n. 24 di Ascoli Piceno, in quanto il ricorso era stato notificato alla USL in data 29.12.1994, prima che entrasse in vigore con effetto dal 1°.1.1995 la L. 23.12.1994 n. 724 (pubblicata nella G. U. del 30.12.1994), per cui all'epoca vigeva l'art. 8 L. R. Marche 28.6.1994 n. 22 secondo cui le nuove USL subentravano nei procedimenti in corso e nei rapporti giuridici attivi e passivi posti dalle USL soppresse; che d'altra parte la USL si era regolarmente costituita ed inoltre la nuova USL era stata costituita solo il 20.1.1995 con delibera pubblicata il 13.4.1995; né poteva ritenersi, a parte la legittimità o meno della notifica alla USL, che comunque dovesse essere chiamata in giudizio la gestione liquidatoria della USL, trovando applicazione in caso di successione a titolo particolare l'art. 111 c.p.c. ed in caso di successione a titolo universale l'art. 110 c.p.c..

Ha poi insistito per l'accoglimento della sua pretesa sulla base dell'art. 29 D.P.R. n. 761/1979, con il richiamo delle sentenze della corte costituzionale e di questo Consiglio intervenute in materia di mansioni superiori.

4. Costitutesi in giudizio, la gestione liquidatoria della ex USL n. 24 di Ascoli Piceno e la ASL n. 13 di Ascoli Piceno hanno chiesto il rigetto dell'appello, rilevando l'inammissibilità del ricorso originario.

5. L'appello del dipendente è fondato.

5.1. Contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, il ricorso originario non era inammissibile in quanto correttamente notificato in data 29.12.1994 alla USL n. 24 di Ascoli Piceno in persona del commissario straordinario in carica, tanto più che la USL si era anche regolarmente costituita in giudizio in data 25.1.1995 senza nulla eccepire sull'eventuale inammissibilità del ricorso per omessa notifica al commissario liquidatore della USL n. 24. Invero, solo con effetto dal 1° 1.1995 è entrata in vigore la L. 23.12.1994 n. 724 (pubblicata nella G.U. del 30.12.1994) con la previsione (art. 6) che in nessun caso era consentito alle Regioni di far gravare sulle Aziende i debiti ed i crediti facenti capo alle pregresse gestioni delle USL.

Una volta correttamente instaurato il giudizio, la Regione o per esso il commissario liquidatore della USL, poi trasformato in gestione stralcio, avrebbero potuto costituirsi in giudizio ed in

manca, essendo quella della Regione ex art. 6 L. 23.12.1994 n. 724 ed art. 2 L. 28.12.1995 n. 549 una successione ex lege a titolo particolare nei rapporti obbligatori delle sopresse USL, il processo di 1° grado deve ritenersi regolarmente svolto tra le parti originarie ai sensi dell'art. 111 c.p.c. (v. Cass., sez. 3°, n. 12126 del 19.8.2003 e la decisione di questa Sezione n. 4742 del 22.8.2003).

Il ricorso in appello poi è stato correttamente notificato non solo alla ASL ma anche alla Regione ed al Commissario straordinario della gestione stralcio della USL, in quanto soggetti cui effettivamente grava il debito pregresso della USL soppressa sulla base della normativa sopravvenuta.

5.2. Passando all'esame del merito della controversia, è sufficiente precisare che la questione della retribuità o meno delle mansioni superiori svolte dal dipendente pubblico ha dato luogo ad orientamenti giurisprudenziali non sempre univoci, ma ormai può ritenersi consolidato l'indirizzo di questo Consiglio nel senso che per la retribuità occorrono non solo un'espressa previsione normativa ma anche altri tre presupposti e cioè un preventivo provvedimento di incarico, salvo gli obblighi sostitutivi posti dall'art. 7 D.P.R. 27.3.1969 n. 128 limitatamente al personale medico con qualifica di aiuto per la sostituzione del primario (V. Corte cost. 19.6.1990 n. 296; Cons. di Stato, Sez.V, n. 1431 dell'11.12.1992, n. 1514 del 30.10.1995, n. 1723 del

15.12.1995, n. 614 del 5.6.1997 e n. 282 del 17.1.2000), la disponibilità del relativo posto in organico (Sez. V n. 1447 del 12.10.1999, sez. VI n. 1119 del 18.7.1977, A.P. n. 22 del 18.11.1999), e che l'incarico concerne mansioni della qualifica immediatamente superiore (V. la decisione di questa Sezione n. 1188 del 27.9.1999), come del resto recentemente confermato dall'art. 52 D. L.vo 30.3.2001 n. 165.

Inoltre, l'art. 29 D.P.R. 20.12.1979 n. 761, nella parte in cui non prevede la retribuità delle mansioni superiori affidate per un periodo di 60 giorni, va interpretato, in conformità all'indirizzo maggioritario della giurisprudenza, nel senso che l'assegnazione a mansioni superiori non dà diritto a maggiorazioni retributive solo nel limite dei 60 giorni per ciascun anno solare, onde il suo prolungamento oltre tale periodo produce a favore del datore di lavoro un arricchimento ingiustificato che va compensato (V. Corte cost. n. 57 del 23.2.1989 e n. 296 del 19.6.1990; Cons.di Stato, A.P. n. 2.del 16.5.1991, Sez, V n. 185 del 2.2.1995).

Nella specie sussistono i presupposti richiesti per il periodo 9.10.1988-31.5.1991, esclusi i primi sessanta giorni per ciascun anno solare, in quanto per tale periodo l'interessato, rivestente la qualifica di aiuto con maggiori titoli, aveva svolto le funzioni del primario della divisione di ortopedia, il cui posto era rimasto vacante per tale periodo per il decesso del primario e poi ricoperto solo successivamente da altro primario.

Né occorre al riguardo apposito provvedimento di incarico in quanto, come precisato anche recentemente da questa Sezione, lo svolgimento delle funzioni primariali assume rilievo ai fini retributivi indipendentemente da ogni atto organizzativo dell'Amministrazione poiché non è concepibile che una struttura sanitaria affidata alla direzione del Primario resti priva dell'organo di vertice, che assume la responsabilità dell'attività esercitata nell'ambito della divisione (V. la decisione n. 668 del 7.2.2000).

5.3. Sulle differenze retributive dovute spettano interessi e rivalutazione monetaria secondo i criteri e le modalità di cui alla decisione dell'A.P. di questo Consiglio n. 3 del 15.6.1998 .

6. Per quanto considerato l'appello deve essere accolto come in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, deve essere accolto il ricorso originario.

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

**Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello indicato in epigrafe e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR, accoglie il ricorso originario.**

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 25.6.2004

con l'intervento dei signori:

Pres. Agostino Elefante

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Marzio Branca

Cons. Aniello Cerreto Estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Agostino Elefante

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

**DEPOSITATA IN SEGRETERIA**

**Il 18 novembre 2004**

**(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)**

***IL DIRIGENTE***

***f.to Antonio Natale***