

**OSSERVATORIO SULLA GIURISPRUDENZA
DEL CONSIGLIO DI STATO**

(A CURA DELL'UFFICIO STUDI DELLA GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA)

Aprile 2013

SANITA' PUBBLICA – ESERCENTI PROFESSIONI SANITARIE - COMPETENZE

Consiglio di Stato, Sez. III, 5 aprile 2013 n. 1890, Pres. Lodi, Est. Puliatti

La normativa statale in materia riabilitativa attribuisce un ruolo di centralità e responsabilità nel percorso terapeutico nell'area della riabilitazione in capo al medico. L'art. 1, comma 2, del D.M. 14 settembre 1994, n. 741, recante il regolamento concernente il profilo professionale del fisioterapista, va, quindi, inteso nel senso che prevede la possibilità per il fisioterapista di prestare la propria attività, prendendo a riferimento le diagnosi e le prescrizioni del medico, sia autonomamente che in équipe, ma solo in funzione esecutiva delle prescrizioni mediche. Di conseguenza, non possono ritenersi lesive delle competenze professionali del fisioterapista le delibere regionali che abbiano previsto che l'accesso alle prestazioni riabilitative erogate dal S.S.N. avvenga sotto il controllo di un medico fisiatra, non solo per il profilo della individuazione della terapia, ma anche della sua esecuzione.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

L'A.I.F.I. - Associazione Italiana Fisioterapisti, Sezione regionale del Veneto, ha impugnato due delibere adottate dalla Regione ritenendole in contrasto con la normativa statale.

A giudizio della ricorrente, infatti, tali delibere avrebbero attribuito al fisioterapista meramente esecutivo e privo di autonomia rispetto a quello del fisiatra, competente non solo per la diagnosi, ma anche per le "specifiche prescrizioni", oggetto del programma/progetto riabilitativo individuale, che, invece, secondo l'Associazione ricorrente, rientrerebbero nella competenza del fisioterapista, in base all'art. 2 del D.M. 741 del 14.9.1994 e all'art. 2 della l. 251 del 10.8.2000.

Il Tar ha rigettato il ricorso, riconducendo i compiti del fisioterapista nell'ambito dell'attività di équipe, che dà attuazione al progetto/programma riabilitativo redatto dal fisiatra.

L'Associazione ha proposto appello, lamentando l'errata interpretazione delle norme statali che disciplinano la professione del fisioterapista, con efficacia vincolante anche per le regioni, in rapporto alle competenze mediche ed a quelle delle altre professioni sanitarie.

L'appellante, pur non contestando che spetti al medico la diagnosi e la prescrizione del trattamento sanitario, si oppone all'accentramento dei compiti e delle responsabilità del processo riabilitativo esclusivamente in capo al fisiatra, con conseguenze lesive non solo delle attribuzioni professionali del fisioterapista e della sua autonomia, ma anche lesive per gli utenti, che si vedono complicare l'accesso alle prestazioni sanitarie del S.S.N. dalla necessità di provvedere ad una visita ulteriore del fisiatra.

Secondo l'appellante, invece, ai sensi del D.M. 741/1994, spetta al fisioterapista definire il "programma di riabilitazione", che costituisce la "valutazione qualitativa dei casi e delle terapie" da svolgere, conformemente alle previsioni dell'art. 2, comma 1, l. 251 del 10.8.2000.

Le delibere regionali impugnate, quindi, attribuendo al fisiatra la competenza riguardo al progetto/programma riabilitativo, avrebbero illegittimamente invaso l'ambito di attività riservato dalla legge al fisioterapista.

Viene eccepita, inoltre, la mancata esplicitazione delle ragioni che giustificano una così grave alterazione delle competenze professionali del fisioterapista.

Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza di primo grado.

La decisione

Il Collegio, nel confermare la sentenza di primo grado, ha tracciato l'*actio finium regundorum* tra le attribuzioni svolte dal fisiatra e quelle proprie del fisioterapista nell'ambito del percorso terapeutico riabilitativo.

Il parametro utilizzato è la normativa statale in materia di professioni sanitarie – in particolare la legge n. 43/2006, recante disposizioni in materia di professioni sanitarie infermieristiche, ostetrica, riabilitative, tecnico-sanitarie e della prevenzione, come interpretata ed attuata alla luce delle linee guida del Ministero della sanità per l'attività di riabilitazione e il regolamento concernente lo specifico profilo professionale del fisioterapista - che, come confermato dalla Corte costituzionale (sentenza n. 300/2007), prevale sulla potestà legislativa regionale, salva l'autonomia regionale nell'adottare le soluzioni più idonee in relazione alle peculiarità della propria organizzazione.

Come si può evincere dal quadro normativo statale appena richiamato, l'attività riabilitativa richiede una serie adempimenti: il progetto riabilitativo individuale, nell'ambito del quale, poi, sono ricompresi uno o più programmi riabilitativi volti a garantire la realizzazione di quanto previsto in via generale nell'ambito del progetto.

Ebbene, mentre il progetto riabilitativo rientra nelle competenze del medico responsabile, il programma, invece, si svolge, pur sempre sotto la guida dello specialista responsabile, ma con l'ausilio degli altri operatori sanitari, tra cui il fisioterapista.

L'attività di quest'ultimo, come precisato dal Collegio, si svolge sempre sotto la guida del medico responsabile e concorre ad elaborare, in termini esecutivi, il programma di riabilitazione. Tutto ciò conferma la natura del fisioterapista quale esecutore delle prescrizioni del medico specialista.

POLIZIA DI STATO – TRASFERIMENTO – INCOMPATIBILITÀ AMBIENTALE

Cons. Stato, Sez. III, 9 aprile 2013, n. 1955, Pres. Cirillo, Est. D'Alessio

Il trasferimento per incompatibilità ambientale non ha carattere sanzionatorio né disciplinare, non postulando comportamenti contrari ai doveri d'ufficio, ed è condizionato solo alla valutazione, ampiamente discrezionale, di fatti che possono far ritenere nociva per il prestigio, il decoro o la funzionalità dell'ufficio la permanenza del dipendente in una determinata sede. Il presupposto essenziale è, quindi, che sussista obiettivamente una situazione di fatto per effetto della quale la permanenza dell'impiegato in una determinata sede è di nocimento al prestigio, al decoro o alla funzionalità dell'amministrazione, mentre è irrilevante che tale situazione dipenda o meno dal comportamento volontario dell'interessato o che tale comportamento sia sanzionabile in sede penale e/o disciplinare.

Il trasferimento per incompatibilità ambientale, in quanto finalizzato a tutelare il prestigio ed il corretto funzionamento dei pubblici uffici, costituisce un limite alla previsione contenuta nell'art. 88 della L. n. 121/1981 e, pertanto, non richiede il previo nulla osta da parte dell'organizzazione sindacale della quale è rappresentante il soggetto trasferito.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un ispettore superiore della Polizia di Stato aveva impugnato il provvedimento con il quale il capo della Polizia aveva disposto il suo trasferimento, per motivi di opportunità e incompatibilità ambientale, ai sensi dell'art. 55, commi 4 e 5, del D.P.R. n. 335/1982. Il TAR aveva accolto il ricorso ritenendo che il trasferimento si ricollegava a fatti e situazioni risalenti ai due anni precedenti e che, nelle more, i colleghi con i quali era sorta la conflittualità alla base dell'affermata incompatibilità ambientale, erano stati assegnati ad altre sedi, per cui era venuta meno la necessità di allontanare il dipendente per ripristinare il funzionamento o il prestigio dell'ufficio.

Il Ministero dell'Interno ha appellato la sentenza, sostenendo che il TAR si fosse concentrato solo sul tempo trascorso rispetto alla vicenda considerata, senza considerare, invece, le ragioni del trasferimento.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

La pronuncia, richiamando precedenti della stessa Sezione, ha statuito che il trasferimento per motivi di opportunità e incompatibilità ambientale ha il fine di tutelare il prestigio ed il corretto funzionamento degli uffici pubblici e di garantire la regolarità e continuità dell'azione amministrativa, eliminando la causa obiettiva dei disagi che derivano dalla presenza del dipendente presso un determinato ufficio.

Tale tipologia di trasferimento non ha, pertanto, carattere sanzionatorio né disciplinare, non postulando comportamenti contrari ai doveri d'ufficio, ma è condizionato esclusivamente alla valutazione, ampiamente discrezionale, di fatti che possono far ritenere nociva per il prestigio, il decoro o la funzionalità dell'ufficio la permanenza del dipendente in una determinata sede.

Il presupposto essenziale è, quindi, un'obiettiva situazione di fatto per effetto della quale la permanenza dell'impiegato in una determinata sede è di nocimento al prestigio, al decoro o alla funzionalità dell'amministrazione, mentre è irrilevante che tale situazione dipenda o meno dal comportamento volontario dell'interessato o che tale comportamento sia sanzionabile in sede penale e/o disciplinare.

In tale ottica, secondo il Collegio, non potevano assumere rilievo né il lasso di tempo trascorso dal verificarsi della vicenda di conflittualità né il successivo trasferimento, sempre per incompatibilità ambientale, dei dirigenti con i quali la ricorrente era entrata in conflitto, dal momento che si trattava di un provvedimento adottato al fine di consentire il miglior funzionamento dell'ufficio, erano ancora pendenti controversie giudiziali e sindacali legate all'originaria vicenda ed, in ogni caso, la ricorrente avrebbe potuto beneficiare del fatto di essere l'ultima dei soggetti nei cui confronti era stato disposto il trasferimento.

Il Consiglio di Stato ha dichiarato infondato anche il motivo, sollevato con il ricorso di primo grado dall'interessata, con il quale quest'ultima aveva dedotto l'illegittimità del trasferimento per violazione dell'art. 88 della L. n. 121/1981, in quanto non era stato preventivamente acquisito il nulla osta del sindacato cui apparteneva.

Il Collegio ha affermato che il trasferimento per incompatibilità ambientale, in quanto finalizzato a tutelare il prestigio ed il corretto funzionamento dei pubblici uffici, costituisce un limite alla

previsione contenuta nell'art. 88 della L. n. 121/1981 e, pertanto, non richiede il previo nulla osta da parte dell'organizzazione sindacale della quale è rappresentante il soggetto trasferito.

Tale normativa, nel prevedere la previa acquisizione del nulla osta, si riferisce solo ai trasferimenti motivati da esigenze di servizio, che potrebbero essere lo strumento per impedire l'esercizio delle attività e delle libertà sindacali, non ai trasferimenti per incompatibilità ambientale, nei quali risulta prevalente l'interesse pubblico al miglioramento degli uffici.

IMMIGRAZIONE – PERMESSO DI SOGGIORNO – RINNOVO

Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2013, n. 2012, Pres. Est. Lignani

Ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno, l'Amministrazione deve tenere conto di quelle peculiari circostanze che nel sistema della normativa in materia introducono un temperamento, trasformando da vincolato in discrezionale il diniego del permesso di soggiorno pur quandovi siano quei presupposti che, in linea generale, sarebbero tassativamente ostativi.

Ne consegue che le agevolazioni a tutela dell'unità familiare, introdotte all'art. 5, comma 5 del t.u. n. 286/98 dal d.lgs. n. 5/2007, spettano anche ai nuclei familiari che abbiano la stessa composizione che, occorrendo, legittimerebbe una procedura di ricongiungimento, ma che non abbiano avuto bisogno di ricorrervi, in quanto riuniti ab origine.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un cittadino cinese, presente in Italia da parecchi anni con permesso di soggiorno per lavoro autonomo, alla scadenza del permesso ne ha chiesto il rinnovo.

Il diniego è stato motivato con mero riferimento a talune condanne penali dell'interessato, ritenute tassativamente ostative per il combinato disposto degli artt. 4, comma 3, e 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998.

L'interessato ha impugnato il diniego di rinnovo, adducendo vari motivi di legittimità.

Il T.A.R. ha rigettato il ricorso. L'interessato ha proposto appello davanti a questo Consiglio, proponendo anche una domanda cautelare.

In occasione della trattazione della domanda cautelare in camera di consiglio, il Collegio, sentite le parti, ha definito immediatamente la controversia, ai sensi dell'art. 60, c.p.a., accogliendo il ricorso.

La decisione

Il Consiglio di Stato si attesta ancora una volta nel solco della consolidata giurisprudenza della III sezione (*ex plurimis*, sentenza n. 4713/2012), dando una lettura dell'art. 5, comma 5, del t.u. n. 286/1998, come da ultimo modificato nel 2007, ispirata ad un criterio di ragionevolezza.

Il principio di ragionevolezza, infatti, impone che le agevolazioni poste a tutela dell'unità familiare dalla normativa del 2007, si applichino non solo alle ipotesi in cui vi sia una procedura di ricongiungimento, ma anche nei casi in cui sussistano le medesime condizioni che ne legittimerebbero il ricorso, ma non ve ne sia bisogno poiché il nucleo familiare è già riunito.

Dalla pronuncia in questione è dato, quindi, ricavare il principio per cui se, in linea generale, la condanna per taluni tipi di reato determina quale conseguenza automatica il rigetto dell'istanza volta ad ottenere il rilascio o il rinnovo del titolo di soggiorno, tale automatismo viene meno nel caso del cittadino straniero che abbia esercitato il diritto al ricongiungimento familiare ovvero sia esso stesso familiare ricongiunto.

In questi casi, infatti, l'automatismo viene meno ed è necessaria una ponderazione che tenga conto, oltre che del pregiudizio derivante dalla condanna penale, anche di altri fattori quali la lunga durata del soggiorno pregresso e i legami familiari. Ne consegue, nelle ipotesi dianzi citate, l'illegittimità del provvedimento di diniego che non dia conto nella motivazione delle ulteriori valutazioni rese necessarie a partire dal 2007.

Il secondo elemento di interesse della pronuncia in questione è rappresentato dalla interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 5, comma 5, del T.U. sull'immigrazione, alla luce del principio di ragionevolezza.

Tale principio, infatti, impone di accordare una tutela almeno pari a quella accordata allo straniero che abbia esercitato il diritto alla ricongiunzione o sia esso stesso familiare ricongiunto anche a chi anche al nucleo familiare che si trova già riunito *ab origine*, o comunque si è riunito senza bisogno dell'apposita procedura, sempre che la sua composizione corrisponda a quella che, dandosene la necessità, legittimerebbe la formale domanda di ricongiungimento. Se si ritenesse il contrario, infatti, la norma presenterebbe evidenti profili d'incostituzionalità.

FARMACIA – SEDI FARMACEUTICHE – TRASFERIMENTO

Cons. Stato, Sez. III, 13 aprile 2013, n. 2019, Pres. Est. Lignani

In materia di distribuzione sul territorio delle sedi farmaceutiche, nel caso in cui si verifichi una sovrapposizione di sedi, ciascuno dei farmacisti interessati è libero (in linea di massima, e subordinatamente all'autorizzazione dell'autorità sanitaria) di trasferirsi nella porzione di territorio assegnata a più sedi; varrà, in tal caso, il criterio della prevenzione oltre alla regola generale della distanza minima fra un esercizio e l'altro.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il caso in cui questione ha ad oggetto l'impugnazione, da parte di un'azienda concorrente, del provvedimento con cui una farmacia è stata autorizzata a trasferire l'esercizio in nuovi locali ubicati.

Nel corso del giudizio di primo grado è emerso che, attenendosi pedissequamente alla perimetrazione delle sedi farmaceutiche, contenuta nella pianta organica, risulta una sovrapposizione tra le due sedi interessate dal giudizio in questione.

Ciò in contrasto, almeno apparente, con il principio comunemente accettato secondo il quale la ripartizione del territorio fra le sedi farmaceutiche deve avvenire in modo che non residuino né spazi vuoti, né sovrapposizioni.

Basandosi su quest'ultimo principio, il Tar Milano, con sentenza n. 2313/2012, ha ritenuto che la (almeno apparente) parziale sovrapposizione fra le sedi si dovesse risolvere con gli strumenti dell'interpretazione. Fatta questa premessa, la sentenza ha affermato che la volontà manifestata in maniera chiara ed univoca dall'autorità emanante deve prevalere, sul piano interpretativo, con le indicazioni che sembrerebbero attribuire quei locali "anche" ad altra sede.

Di conseguenza il T.A.R. ha accolto il ricorso ed ha annullato il provvedimento impugnato.

La farmacia interessata ha proposto appello chiedendo anche la sospensione della sentenza. Il Collegio ha accolto la domanda cautelare, accogliendo successivamente il ricorso anche nel merito.

La decisione

Il Consiglio di Stato è chiamato a dirimere il nodo problematico concernente le conseguenze giuridiche derivanti da una situazione di sovrapposizione fra sedi farmaceutiche.

Si tratta di una situazione atipica, che si discosta dal principio comunemente accettato in base al quale nella distribuzione delle sedi farmaceutiche non sono ammesse sovrapposizioni o spazi vuoti. Tale situazione, in assenza di un criterio giuridico certo, era stata risolta in via ermeneutica dal primo giudice, privilegiando lo *status quo* e ritenendo che tale soluzione corrispondesse alla volontà chiara ed inequivocabile dell'amministrazione competente.

Il Consiglio di Stato, pur ammettendo la correttezza metodologica dell'impostazione seguita, ha ritenuto che la questione debba essere risolta in maniera diversa, con un approccio teso a privilegiare, nel dubbio, la libertà d'iniziativa economica.

In quest'ottica, quindi, ciascuno dei due farmacisti in situazione di apparente conflitto ciascuno può esercitare la facoltà di scegliere una determinata ubicazione per il proprio esercizio all'interno dei limiti assegnati alla sede di pertinenza. Ove vi sia una situazione eccezionale di sovrapposizione tra due diverse sedi si applicherà in primo luogo la regola generale della distanza minima fra un esercizio e l'altro e, in via residuale, il criterio della prevenzione.

ATTO AMMINISTRATIVO – NULLITÀ PUBBLICO IMPIEGO – RAPPORTO A TEMPO DETERMINATO – CONVERSIONE DEL RAPPORTO

Cons. Stato, Sez. III, 15 aprile 2013, n. 2074, Pres. F.F. Cacace, Est. Puliatti

- 1. Non è ammissibile che il decorso del tempo, sia pure notevole, produca un effetto sanante della nullità dell'atto amministrativo, in quanto, laddove la pretesa si sostanzia in un interesse "illegittimo", l'annullamento dell'atto condurrebbe all'assurdo risultato di piegare l'esercizio della giurisdizione al raggiungimento di un risultato illegittimo.*
- 2. La conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato reiterati nel tempo non è ammissibile nel pubblico impiego, se non nei casi tassativamente previsti da una specifica fonte normativa, rispettosa dei principi espressi dall'art. 97 Cost.*

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il ricorrente, assunto da una USL con la qualifica di ausiliario socio-sanitario supplente senza pubblico concorso e senza che fosse chiaro in sostituzione di quale dipendente e fino a quando, ha impugnato le deliberazioni con le quali l'Azienda Ospedaliera (nel cui ambito, a seguito dello scioglimento della USL, era transitato il relativo personale) aveva disposto la risoluzione del rapporto di lavoro, a seguito della revoca sia della delibera con cui era stato nominato ausiliario, sia provvedimento con cui era stata disposta la sospensione cautelare dal servizio.

In particolare, il ricorrente aveva chiesto il riconoscimento del rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato ed il risarcimento del danno per equivalente.

Il TAR aveva rigettato il ricorso. Il Consiglio di Stato ha confermato la sentenza appellata.

La decisione

Secondo il Collegio, come anche affermato dal giudice di primo grado, il ricorso non può trovare accoglimento in quanto la situazione che si verrebbe a ripristinare a seguito dell'annullamento sarebbe "*contra ius*", ovvero in contrasto con la regola di assunzione tramite pubblico concorso e con la necessaria individuazione del soggetto sostituito e della durata della sostituzione, non

potendosi ammettere, nel nostro ordinamento, che il decorso del tempo produca un effetto sanante della nullità.

Non è, infatti, ammissibile una pretesa che si sostanzi in un interesse “illegittimo” – ovvero contrastante con la normativa che l’Amministrazione è tenuta ad applicare nello svolgimento dell’azione amministrativa – con la conseguenza che l’annullamento dell’atto condurrebbe all’assurdo risultato di piegare l’esercizio della giurisdizione al raggiungimento di un risultato illegittimo. Nel caso di specie, ove si ammettesse la tutela della posizione vantata dal ricorrente si finirebbe per stabilizzare una situazione di indebito vantaggio derivatagli dal suo status di dipendente pubblico nonostante la nullità del rapporto di lavoro inizialmente instaurato e le modalità del suo svolgimento, in considerazione del fatto che il rapporto di lavoro precario, qualora non risultino nell’atto di costituzione gli elementi identificativi del posto coperto e del relativo titolare, va considerato privo di qualsiasi effetto *ex tunc*, in quanto nullo.

Inoltre, per quanto concerne l’asserita conversione in rapporto a tempo indeterminato, secondo il Collegio costituisce principio consolidato quello secondo cui la conversione dei rapporti di lavoro a tempo determinato reiterati nel tempo non è ammissibile nel pubblico impiego, se non nei casi tassativamente previsti da una specifica fonte normativa, rispettosa dei principi espressi dall’art. 97 Cost.

La Corte Costituzionale, sul punto, ha a più riprese affermato che “*la facoltà del legislatore di introdurre deroghe al principio del concorso pubblico deve essere limitata in modo rigoroso, potendo tali deroghe essere considerate legittime solo quando siano funzionali esse stesse al buon andamento dell’Amministrazione e ove ricorrano peculiari e straordinarie esigenze di interesse pubblico idonee a giustificarle*” (sentenze nn. 195, 150 e 100 del 2010 e n. 293 del 2009).

PUBBLICO IMPIEGO – TRATTAMENTO ECONOMICO

Cons. Stato, sez. III, 19 aprile 2013, n. 2229, Pres. Cirillo, Est. Puliatti

La sentenza del giudice amministrativo che abbia riconosciuto il diritto al posto e all’assunzione dell’interessata costituisce l’inizio del rapporto “sinallagmatico” e della prestazione lavorativa, senza tuttavia determinare l’obbligo di retribuzione delle mansioni corrispondenti ad una qualifica. Va, pertanto, rigettata la domanda di reintegrazione in forma specifica del rapporto di lavoro, con la ricostruzione “ora per allora” del trattamento economico, in quanto, prima della suddetta sentenza, non è ravvisabile né una sospensione o interruzione del rapporto né una prestazione di attività lavorativa.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Il Tribunale amministrativo regionale per la aveva respinto, con compensazione delle spese la domanda della ricorrente volta alla condanna dell’Azienda U.S.L. n. 3 di Pistoia al pagamento delle somme dovute a titolo di stipendio e indennità spettanti per la qualifica di ausiliario specializzato addetto ai servizi socio-sanitari per il periodo dal 7 giugno 1989 al 19 gennaio 1998, oltre a rivalutazione monetaria e interessi legali.

La ricorrente - già nominata nel 1983, con atto in seguito sospeso per la pendenza di procedimento penale, ha fatto riferimento al periodo intercorrente fra la data della deliberazione di assunzione in servizio e quella della effettiva assunzione disposta a seguito in attuazione di un giudicato amministrativo.

Il T.A.R. ha ritenuto, invece, la domanda proposta non meritevole di accoglimento, non essendo stata svolta dalla ricorrente alcuna prestazione di attività lavorativa.

Quest'ultima ha interposto appello, sostenendo che nel caso di specie ricorreva invece l'ipotesi della illegittima interruzione di un rapporto di impiego già costituito, come, a suo avviso, avrebbe riconosciuto la V Sezione del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 575/1997 che ha fatto riferimento a "un diritto soggettivo perfetto al posto".

Di qui la pretesa erogazione delle retribuzioni spettanti, per l'appunto, per la lesione di un diritto soggettivo perfetto, per il periodo indicato e secondo i conteggi depositati, ridotti del reddito percepito per le altre attività svolte in quel periodo.

Il Consiglio di Stato ha rigettato l'appello proposto.

La decisione

Il Consiglio di Stato ha statuito il principio per cui il riconoscimento del diritto all'assunzione vantato da un pubblico dipendente, la cui assunzione era stata illegittimamente annullata, non determina per l'amministrazione l'obbligo di retribuire le mansioni corrispondenti alla qualifica ricoperta.

Ciò, in quanto, tale qualifica viene conseguita solo con la effettiva assunzione in servizio.

Infatti, stante la natura sinallagmatica del rapporto di impiego pubblico è solo con l'effettiva assunzione che l'obbligo retributivo sorge a carico dell'amministrazione, come corrispettivo della prestazione lavorativa concretamente svolta (sul punto si veda anche, Cons. Stato, sez. III, n. 594/2013).

Il Collegio, quindi, ha precisato che in una fattispecie quale quella appena evidenziata non è invocabile la ricostruzione "ora per allora" del trattamento economico, non rinvenendosi alcuna sospensione o interruzione di rapporto in corso né prestazione di attività lavorativa durante il periodo antecedente il giudicato amministrativo di annullamento del provvedimento amministrativo che aveva illegittimamente caducato l'assunzione.

PUBBLICO IMPIEGO – TRATTAMENTO ECONOMICO – DIFFERENZE RETRIBUTIVE

Cons. Stato, Sez. III, 23 aprile 2013, n. 2249, Pres. Lodi, Est. Simonetti

Le tre condizioni che, secondo la giurisprudenza, attribuiscono rilevanza, ai fini retributivi, allo svolgimento delle mansioni superiori nel comparto sanità sulla base dell'art. 29 del D.P.R. n. 761/1979, ovvero l'esistenza in organico del posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello, la previa adozione di formali atti di assegnazione, lo svolgimento di dette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare.

Per quanto concerne la seconda condizione, non può essere condivisa l'obiezione dell'Amministrazione secondo cui al ricorrente erano stati assegnati solo "specifici compiti" e non "un posto", in quanto in questa materia non si mai prescindere dall'esame dei compiti specifici assegnati al dipendente e la previsione di un incarico formale riferito testualmente ad un posto costituisce solo un'ipotesi di scuola.

[Link al testo della sentenza](#)

Il caso

Un medico dipendente di un Ente ospedaliero ha adito il TAR chiedendo la condanna dell'Amministrazione al pagamento delle differenze retributive per avere svolto, in via continuativa, mansioni superiori.

Il TAR ha rigettato il ricorso in quanto non era stata provata la sussistenza di atti formali di conferimento delle mansioni superiori, ma gli atti prodotti in giudizio dal ricorrente riguardavano solo l'attribuzione di compiti specifici.

Il medico ha appellato la sentenza sostenendo che, nella specie, sussistevano tutti i requisiti richiesti dalla giurisprudenza ai fini del riconoscimento dello svolgimento di mansioni superiori, in particolare, l'adozione di un provvedimento formale di conferimento delle mansioni superiori e la presenza e vacanza di posti relativi a dette funzioni.

Il Consiglio di Stato ha accolto l'appello.

La decisione

Il Collegio, dopo aver accolto l'eccezione pregiudiziale di prescrizione di una parte della pretesa creditoria sollevata dalla Gestione liquida tria dell'Ente ospedaliero (per decorrenza del termine di prescrizione quinquennale di cui all'art. 2948, n. 4, c.c.), ha riformato la sentenza di primo grado nella parte in cui ha posto a proprio fondamento l'erroneo convincimento circa l'insussistenza di un formale conferimento di incarico, ritenendo che al ricorrente erano stati assegnati solo alcuni compiti ma non era stata accertata né la vacanza di posti corrispondenti alle mansioni superiori né la necessità di farvi fronte mediante nuove assegnazioni.

Il Consiglio di Stato ha, invece, riconosciuto sussistenti, nelle specie, le tre condizioni che, secondo la giurisprudenza, attribuiscono rilevanza, ai fini retributivi, allo svolgimento delle mansioni superiori nel comparto sanità sulla base dell'art. 29 del D.P.R. n. 761/1979, ovvero l'esistenza in organico del posto vacante cui ricondurre le mansioni di più elevato livello, la previa adozione di formali atti di assegnazione, lo svolgimento di dette mansioni per un periodo eccedente i sessanta giorni nell'anno solare. Per quanto concerne la seconda condizione, non può essere condivisa l'obiezione dell'Amministrazione secondo cui al ricorrente erano stati assegnati solo "specifici compiti" e non "un posto", in quanto in questa materia non si può prescindere dall'esame dei compiti specifici assegnati al dipendente e la previsione di un incarico formale riferito testualmente ad un posto costituisce solo un'ipotesi di scuola.