

INFERMIERI: SVOLGIMENTO DELLE MANSIONI SUPERIORI E RICONOSCIMENTO DELLE DIFFERENZE RETRIBUTIVE

di Felicia Papagni

Tribunale di Trani - Sezione Lavoro
Sentenza del 9 luglio 2007

*** **

SVOLGIMENTO DEL PROCESSO

(Omissis)

Con ricorso depositato il 18.10.06 (...) chiedeva la condanna di parte resistente al pagamento in suo favore della somma di € 12.685.05 che avrebbe dovuto essergli complessivamente versata avendo la parte ricorrente lavorato alle dipendenze di (...) resistente, dal 01.04.1971, assunto prima con la qualifica di infermiere professionale, anche ai fini retributivi, pur avendo, in realtà svolto, da tale anno le mansioni di capo sala rientranti nel livello VII del CCNL della Sanità.

Chiedeva pertanto riconoscersi in suo favore il diritto a percepire la suddetta somma quale differenza tra il livello di inquadramento assegnatogli dal 1971 e quello che effettivamente gli competeva, oltre accessori come per legge sulle suddette somme e le spese del presente giudizio.

Si costituiva (...) resistente, deducendo la inammissibilità del ricorso essendo stata formulata una domanda unicamente di tipo

recuperatorio non anche di accertamento dell'eventuale diritto a sostegno della domanda e, nel merito deduceva l'infondatezza della stessa contestando che il ricorrente fosse mai stato adibito allo svolgimento delle mansioni superiori e per insussistenza del diritto alle differenze di trattamento economico per l'originario disposto del comma 6 dell' art. 56.

Non ritenendo che il giudizio necessitasse dell'espletamento di attività istruttoria all'udienza odierna dunque, sulle rassegnate conclusioni la causa veniva decisa con dispositivo del quale si dava lettura.

MOTIVI DELLA DECISIONE

Il ricorso è infondato e va quindi rigettato.

Preliminarmente va sottolineato che non può trovare accoglimento l'eccezione preliminare di inammissibilità della domanda, invero, la stessa va letta organicamente con tutto quanto è detto nell'intero testo dell'atto di ricorso, alla luce del quale, presupposto per il riconoscimento delle somme richieste, risulta essere proprio l'accertamento delle funzioni di caposala, per provare l'espletamento delle quali il ricorrente ha anche articolato precise istanze istruttorie.

Per quanto concerne poi il merito della domanda va rilevato che, a differenza di quanto accade nel rapporto di lavoro privato, in cui lo svolgimento delle mansioni superiori per un certo periodo e non in sostituzione di lavoratore assente con diritto alla conservazione del posto, produce l'effetto inderogabile della loro assegnazione definitiva (cd. promozione automatica) nel rapporto di lavoro pubblico l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica di appartenenza non attribuisce mai il diritto all'assegnazione definitiva di tali mansioni né quindi, il diritto all'attribuzione definitiva della corrispondente qualifica, né il diritto di percepire in modo definitivo il relativo trattamento economico. Questi diritti, infatti, sorgono esclusivamente a seguito dell'attribuzione della qualifica superiore acquisita per effetto di sviluppo professionale o di procedure concorsuali e selettive.

Tuttavia la temporanea adibizione a mansioni superiori se non può mai condurre alla promozione definitiva produce però l'effetto previsto dal comma 4 dell' art.56 e cioè l'attribuzione del diritto al trattamento previsto dalla qualifica superiore per il periodo di effettiva prestazione. Un tale effetto si produce anche qualora l'adibizione sia stata disposta al di fuori delle ipotesi previste dalla legge poiché, in tal caso il comma 5, pur sancendo la nullità dell'assegnazione fa però ugualmente salvo il diritto del lavoratore alla "differenza di trattamento economico con la qualifica superiore", purché ovviamente si tratti di mansioni superiori ai sensi del comma 3. In sostanza anche nel rapporto di lavoro pubblico (e nel caso in esame è lo stesso ricorrente a far riferimento alla contrattazione collettiva della sanità pubblica), il trattamento economico corrispondente alle mansioni superiori spetta, comunque, ogni qual volta siano stati assegnati tutti o quantomeno la maggior parte dei compiti propri della qualifica superiore.

Questa soluzione legislativa era inevitabile, altrimenti sarebbe stato seriamente prospettabile il contrasto con il principio costituzionale della retribuzione proporzionale alla qualità del lavoro prestato ex art. 36 Cost., infatti la stessa Corte Costituzionale prima della riforma del 1993 pronunciandosi in relazione ad una norma del settore sanitario che prevedeva la fattispecie dell'assegnazione alle mansioni superiori per un periodo massimo di 60 giorni senza diritto alla maggiore retribuzione, ha ritenuto sussistente il diritto del pubblico dipendente alla retribuzione superiore qualora tale periodo di 60 gg. sia superato, in base all'art. 2126 c.c., in combinato disposto con l' art. 36 Cost..

Qualche dubbio sulla configurabilità del diritto alla retribuzione superiore potrebbe avanzarsi in caso di mansioni superiori di fatto, cioè svolte senza un provvedimento formale in tal senso. Appare comunque preferibile un'interpretazione che riconosca invece il diritto alle differenze retributive anche in assenza di tale provvedimento e ciò ai sensi dell'art. 36 Cost. che, come detto dalla Corte Cost. con pronuncia del 31.03.1995 n. 101 non può esser messo in discussione che vada applicata anche per il pubblico impiego.

Nel caso in esame, tuttavia, non si fa questione di formale riconoscimento dell'inquadramento nel superiore livello contrattuale di inquadramento ma solo di riconoscimento a percepire le differenze economiche.

Va tuttavia rilevato che il ricorso, così come formulato, non consente di ritenere quale sia la diversità di mansioni svolte rispetto a quelle formalmente assegnate, onde poter ritenere, di conseguenza la fondatezza della domanda.

Il ricorrente infatti, in ricorso dichiara che svolgeva le mansioni di capo sala in quanto provvedeva al coordinamento del personale ivi addetto, che esercitava il

controllo sull'operato dei colleghi di reparto e in generale sull'andamento operativo dell'intera unità con piena responsabilità ed autonomia: che provvedeva a predisporre farmaci da somministrare ai pazienti, ad eseguire le medicazioni ed a firmare il rapportino per i medici.

Orbene, a parte il fatto che dai fogli dei turni di presenza prodotti in copia dall'Ente resistente ed assolutamente non contestati dal ricorrente emerge che lo stesso, nel reparto di assegnazione, 4° U. O., è sempre stato sottoposto alle direttive di altro dipendente con la qualifica di Capo sala alla cui presenza il ricorrente, nei propri scritti non fa alcun riferimento anche per poter far comprendere come la sua attività si intersecava con quella di tale capo sala formalmente riconosciuto e inquadrato. Sempre dagli stessi fogli emerge che invece la posizione del ricorrente era quella di operatore di VI livello.

Inoltre, le mansioni che il ricorrente evidenzia, innanzi riportate, quali sintomatiche delle maggiori competenze attribuitegli, in assenza delle dovute specificazioni in punto di differenziazione tra i compiti di cui rispettivamente al VI e al VII livello, rientrano tranquillamente alla luce del mansionario del D.P.R. 14.03.1974 n. 225, in quelle proprie della qualifica di infermiere professionale attribuitegli invero, dalla stessa si evince che gli infermieri professionali sono tenuti alla programmazione di propri piani di lavoro e di quelli del personale alle proprie dipendenze, alla presentazione di tale piano ai superiori ed alla successiva attuazione; alle annotazioni sulle schede cliniche degli abituali rilievi di competenza e alla registrazione su apposito diario delle prescrizioni mediche delle consegne e delle osservazioni eseguite durante il servizio; all'assistenza completa dell'infermo; all'assistenza del medico nelle varie attività di reparto e di sala operatoria; all'opera di orientamento e di istruzione nei confronti

del personale generico degli allievi e del personale esecutivo; alla somministrazione di medicinali prescritti ed esecuzione di trattamenti curativi e diagnostici ordinati dal medico; all'esecuzione di medicazione e bendaggi.

Infine non è de tutto inutile rilevare come il ricorrente non è in possesso di alcun titolo di studio che gli consentirebbe di svolgere con piena responsabilità le mansioni superiori per le quali si richiede il riconoscimento delle differenze retributive, anzi, lo stesso ha semplicemente una qualifica di scuola media inferiore, non risulta essere neppure iscritto all'albo degli infermieri professionali, né risulta aver mai partecipato al corso-concorso di qualificazione necessario per il conseguimento di quanto in questa sede si rivendica, sia pure ai soli fini retributivi.

Il ricorso va pertanto rigettato pur ritenendosi di compensare le spese di lite in considerazione di motivi di equità.

P.Q.M.

Il Giudice del Tribunale di Trani, Sezione Lavoro, definitivamente decidendo il ricorso proposto da (...) nei confronti di (...), depositato il 18.10.06, così provvede:

- rigetta la domanda;
- compensa le spese di lite.

(*Omissis*)

*** **

- NOTA -

La sentenza in commento affronta il problema della retribuibilità delle mansioni superiori dei pubblici dipendenti così come disciplinata dall'art. 56 del D.Lgs. n. 29/1993, nel testo modificato dall'art. 25 del D.Lgs. n. 80/1998, a sua volta modificato

dall'art. 72 D.Lgs. n. 165/2001 e dell'art. 15 D.Lgs. n. 387/1998.

Nel caso di specie un infermiere professionale assunto nel 1971 sostiene di avere da sempre svolto le mansioni di capo sala rientranti nel livello VII del CCNL della Sanità pubblica; ragion per cui chiede il pagamento delle differenti somme per lo svolgimento di tali mansioni.

* * * * *

La disciplina delle mansioni lavorative ha costituito da sempre un tema classico della contrapposizione tra lavoro pubblico e privato. Le ragioni della diversità sono facilmente comprensibili e risiedono nei principi che sottendono i due universi del mondo del lavoro: il lavoro privato trova il suo fondamento nel c.d. principio di effettività, cioè sul prevalere dello stato di fatto sullo stato di diritto; il rapporto di pubblico impiego, invece, nasce e si sviluppa solo in funzione di atti amministrativi opportunamente formalizzati. Ne deriva che per la medesima fattispecie si ottengono due soluzioni differenti: nel caso di rapporto lavorativo privato, si applica *in toto* l'art. 2103 c.c. che riconosce al dipendente l'assegnazione a qualifica superiore c.d. *automatica* o *per saltum* in maniera definitiva; in caso di rapporto di lavoro nel pubblico impiego, invece, si applica il principio della proporzionalità della retribuzione ai sensi dell'art. 2126 e 2129 c.c. secondo i quali al prestatore d'opera viene riconosciuto esclusivamente il diritto ad un trattamento economico adeguato alle mansioni lavorative svolte e solo corrispondente al periodo lavorativo di riferimento¹.

¹ Consiglio di Stato, Sez. VI, 14 settembre 2004, n. 5916.

In principio la disciplina delle mansioni introdotta dall'art. 2103 cod. civ. e ripresa dall'art. 13 St. Lav., caratterizzata dal prevalere dell'effettività della prestazione sulla qualificazione formale, era assolutamente inapplicabile al rapporto di pubblico impiego. Con il D.Lgs. n. 29/1993 è stata riconosciuta l'applicabilità dello Statuto dei Lavoratori ai pubblici dipendenti² e con la riforma della privatizzazione della pubblica amministrazione il divieto di corresponsione della retribuzione corrispondente alle mansioni superiori, inizialmente stabilito dall'art. 56 del D.Lgs. n. 29/1993 e successive variazioni, è stato soppresso dall'art. 15 D.Lgs. n. 387/1998 con efficacia retroattiva, riconoscendo così il diritto al lavoratore pubblico che svolga mansioni con qualifica superiore, per ciò solo, al relativo trattamento stipendiale, indipendentemente dalla legittimità o illegittimità della adibizione. Infatti, a seguito della modifica dell'ultimo capoverso dell'art. 56 D.Lgs. n. 29/93 operata dall'art. 15 del D.Lgs. n. 387/98 che, com'è noto, ha soppresso le parole "*a differenze retributive o*", si è pacificamente riconosciuto la retribuitività dello svolgimento di mansioni superiori anche nei rapporti di pubblico impiego. Tale teoria è altresì confermata dall'art. 52 del T.U.³ che, sostituendo l'art. 25 del D.Lgs. n. 29/1993 ha riordinato la disciplina delle mansioni superiori nel pubblico impiego, affermando un netto principio: "*l'esercizio di mansioni superiori da parte del pubblico impiegato non attribuisce il diritto alla*

² A. BELSITO, *Limiti ai poteri del datore di lavoro*, Cacucci Editore, Bari, 2006.

³ D.Lgs. 30 marzo 2003, n. 165 contenente le norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenza della P.A..

promozione automatica, ma il diritto alla retribuzione corrispondente, a prescindere dalla legittimità o meno dell'atto di assegnazione”.

Sono considerate mansioni superiori quelle svolte dal lavoratore ad un livello di inquadramento più elevato rispetto a quello cui appartiene.

Per queste situazioni, da tempo, si è consolidato un orientamento giurisprudenziale che, sulla base dell'art. 29, comma secondo, del D.P.R. del 20 dicembre 1979, n. 761 subordina la possibilità di riconoscere in modo legittimo, da parte degli organi gestori di un ente sanitario pubblico, le eventuali differenze retributive per l'espletamento fattuale di mansioni superiori al ricorrere di tre condizioni, giuridiche e di fatto, operanti in modo concomitante: *“in primo luogo le mansioni devono essere svolte su un posto di ruolo, esistente nella pianta organica e, di fatto, vacante; in secondo luogo, su tale posto non deve essere stato bandito alcun concorso; in terzo luogo, l'organo gestorio deve aver attribuito la supplenza con una formale deliberazione, dopo aver verificato i presupposti indicati in precedenza, assumendosene tutte le responsabilità, anche in ordine ai profili di copertura finanziaria”*⁴.

In caso contrario, il Consiglio di Stato dichiara la sua illegittimità, nel caso di mera scelta organizzativa dell'amministrazione che intenda utilizzare i dipendenti per compiti diversi da quelli propri della qualifica rivestita⁵.

⁴ Consiglio di Stato, Sez.V, 6 marzo 2007, n. 1048; Consiglio di Stato, Sez.V, 5 aprile 2005, n. 1534.

⁵ Consiglio di Stato, Sez.VI, 4 ottobre 2005, n. 5292.

A riguardo lo stesso, in Adunanza Plenaria, ha definitivamente chiarito che nessuna norma o principio generale desumibile dall'ordinamento consente la retribuità in via di principio delle mansioni superiori, comunque svolte nel campo del pubblico impiego le quali, dunque, salvo che una norma di legge non disponga altrimenti (come, appunto, nel comparto sanitario), sono del tutto irrilevanti dal punto di vista giuridico ed economico⁶.

Il diritto alla corrispondenza della retribuzione dei lavoratori alla qualità e quantità del lavoro prestato, previsto all'art. 36 Cost., non può trovare incondizionata applicazione nel rapporto di pubblico impiego, concorrendo in detto ambito altri principi di pari rilevanza costituzionale, quali quelli previsti dall'art. 98 Cost. (che nel disporre che *“i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione”* vieta che la valutazione del rapporto di pubblico impiego sia ridotta alla pura logica del rapporto di scambio) e dall'art. 97 Cost., contrastando l'esercizio di mansioni superiori rispetto alla qualifica rivestita con il buon andamento e l'imparzialità dell'Amministrazione, nonché con la rigida determinazione delle sfere di competenza, attribuzioni e responsabilità proprie dei funzionari.

Il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni di livello immediatamente superiore da parte dei pubblici dipendenti va, invece, riconosciuto nei limiti di legge

⁶ Consiglio di Stato, Ad. Plen., 28 gennaio 2000, n. 10: *“È manifestamente infondata la q.l.c., con riferimento all'art. 3 cost., dell'art. 25 d.lg. 3 marzo 1998 n. 80 nella parte in cui esclude la retribuità delle mansioni superiori svolte nel pubblico impiego”.*

e con carattere di generalità, a decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 29 ottobre 1998 n. 387 che, con l'art. 15, ha reso anticipatamente operativa la disciplina di cui all'art. 56 del D.Lgs. 3 febbraio 1993 n. 29.

Il lavoratore, qualora sussistano i requisiti necessari pocanzi detti, ha il diritto di invocare le norme specifiche del comparto sanitario che, come nel caso dell'art. 29 D.P.R. n. 761/79, rendono ipotizzabile la corresponsione delle differenze retributive relative alle mansioni superiori esercitate dopo il sessantesimo giorno dall'inizio del loro espletamento.

L'accertamento delle effettive mansioni superiori svolte è, dalla Corte di Cassazione, individuata in tre passaggi logici-giuridici che il Giudice del lavoro adito deve eseguire per individuare correttamente l'inquadramento del lavoratore subordinato: la verifica di fatto delle attività lavorative in concreto svolte; l'individuazione delle qualifiche e gradi previsti dal CCNL di categoria ed il raffronto con quest'ultimo dell'inquadramento rivendicato; nonchè rilevare non solo la frequenza con la quale quelle mansioni siano state espletate, ma anche il reale grado di autonomia, responsabilità e intensità comparato con le mansioni proprie della qualifica inferiore⁷.

“È noto che l'eccezionalità che riveste l'adibizione del dipendente allo svolgimento delle mansioni superiori è destinata ad assumere rilievo nei soli casi in cui le mansioni espletate siano in qualche modo riconducibili alla idoneità professionale del dipendente

⁷ Cass. Civ., Sez. lav., 28 maggio 2007, n. 12356; Cass. civ., Sez. lav., 23 agosto 2003, n. 12404, in *Guida al lavoro*, Ilsole24ore, 7 settembre 2007, n. 35.

medesimo a svolgere le mansioni eccedenti la qualifica rivestita, la quale può presumersi, ordinariamente, soltanto in capo al dipendente di fascia funzionale immediatamente inferiore, in base alla comune regola di esperienza che il titolare di una determinata qualifica sia, di norma, in possesso di sufficiente preparazione tecnica per svolgere compiti propri della qualifica successiva. Non è infatti possibile riconoscere le mansioni svolte da un dipendente pubblico non solo nel caso in cui si chiedo un riconoscimento per saltum, ma anche nel caso in cui, nell'assetto organizzativo dell'Ente non esista, nel periodo cui si riferisce la pretesa, il relativo profilo professionale” (Consiglio di Stato, Sez. V, 11 ottobre 2005, n. 5475).

Ne deriva che il dipendente pubblico, per ottenere le differenze retributive dovute a seguito di svolgimento di mansioni superiori, non può limitarsi a generiche allegazioni concernenti le modalità di svolgimento delle proprie attività ma deve procedere ad individuare, all'interno delle attività medesime, un grado di professionalità ed autonomia che le distingua dalle mansioni di categoria inferiore previste nelle declaratorie contrattuali, né basta operare una comparazione soggettiva con altro o altri lavoratori svolgenti le medesime attività.

E' necessario il raffronto delle esemplificazioni trascritte in calce alle declaratorie contrattuali con le mansioni in concreto espletate dal lavoratore. Ragion per cui nel caso *de quo* si è reso impossibile l'accoglimento del ricorso proposto benché avente tutti i requisiti di fatto e di diritto necessari.

In effetti, l'art. 56, comma 3, del D.Lgs. n. 29/1993 sancisce che lo svolgimento di determinati compiti costituisce esercizio di mansioni superiori solo nell'ipotesi in cui il dipendente svolga in modo prevalente *“sotto il profilo qualitativo, quantitativo e temporale, compiti propri di dette mansioni”*.

In conclusione il prestatore d'opera, qualora dimostri l'espletamento effettivo di mansioni superiori svolte in ambito lavorativo, ha diritto al rispettivo trattamento economico. In particolare l'art. 25 del D.Lgs. n. 80/1998 una volta delineata l'armonia dei principi costituzionali ricavabili dagli artt. 97 e 98 della Cost., ha consentito di recepire nell'ordinamento del pubblico impiego il primario valore dell'art. 36 della Cost., disponendo che, per il periodo di effettiva prestazione delle mansioni superiori, il lavoratore ha diritto al trattamento economico previsto per la corrispondente qualifica.

Il diritto alle differenze retributive per lo svolgimento delle funzioni di livello immediatamente superiore da parte dei pubblici dipendenti va riconosciuto nei limiti di legge e con carattere di generalità, a decorrere dall'entrata in vigore del D.Lgs. n. 29 ottobre 1998 n. 387. Non è possibile remunerare le mansioni superiori svolte prima della suddetta data, non essendo applicabile l'art. 2126 c.c. e non potendo assumere valore di regola l'art. 36 Cost., alla luce di quanto dispone l'art. 97 della Costituzione⁸.

⁸ Consiglio di Stato, Sez. V, 12 febbraio 2007, n. 581.