

LAVORO: Tribunale di Foggia, Sezione Lavoro, 03 dicembre 2024, n. 3295.

1. Comparto sanità – Dirigenti medici - Collocamento a riposo – Limite massimo di età: compimento del sessantacinquesimo anno di età - Trattenimento in servizio fino al settantesimo anno di età - Ammissibilità -Presupposto: istanza dell'interessato ex art. 15 *nonies*, D.lgs del 30 dicembre 1992 n. 502 – Vincola l'azione dell'amministrazione -Obbligo di trattenimento in servizio -Sussiste.

2. Dirigenti medici - Personale collocato in quiescenza – Riammissione/Trattenimento in servizio fino al settantaduesimo anno di età ex art. 1, comma 164-bis, Legge 30/12/2023 n. 213 –Verifica dei presupposti -Discrezionalità amministrativa -Sussiste -Obbligo di trattenimento/riammissione in servizio -Non sussiste.

3. Rapporto di lavoro presso l'Asl - Dirigenti medici - Personale collocato in quiescenza - Istanza di riammissione in servizio fino al settantaduesimo anno di età -Natura: atto di gestione del rapporto di lavoro privatizzato -Inapplicabilità dell'articolo 20 ex Lege del 07/08/1990 n. 241 - Effetti: l'inerzia della Pubblica Amministrazione non comporta la formazione del silenzio assenso.

1. Il Decreto legislativo del 30/12/1992 nr. 502, all'articolo 15 *nonies* prevede che *il limite massimo di età per il collocamento a riposo dei dirigenti medici e del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, ivi compresi i responsabili di struttura complessa, è stabilito al compimento del sessantacinquesimo anno di età, ovvero, su istanza dell'interessato, al maturare del quarantesimo anno di servizio effettivo. In ogni caso il limite massimo di permanenza non può superare il settantesimo anno di età e la permanenza in servizio non può dar luogo ad un aumento del numero dei dirigenti* Tale disposizione vincola l'azione dell'Amministrazione, mandata solo della verifica dei presupposti previsti dalla disposizione.

2. A mente della Legge 30/12/2023 n. 213, art. I, co. 164-bis, anche al fine di fare fronte alle esigenze di formazione e tutoraggio del personale assunto ai sensi dell'articolo 1, comma 548-bis, della legge 30 dicembre 2018, n. 145, e dei medici con contratto di formazione specialistica, nonché di fronteggiare la grave carenza di personale, le aziende del Servizio sanitario nazionale, fino al 31 dicembre 2025, possono trattenere in servizio, su istanza degli interessati, i dirigenti medici e sanitari dipendenti del Servizio sanitario nazionale, in deroga ai limiti previsti dall'articolo 15-*nonies* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, fino al compimento del settantaduesimo anno di età e comunque non oltre la predetta data del 31 dicembre 2025. Il Ministero della salute e le università possono applicare le disposizioni di cui al primo periodo, rispettivamente, ai dirigenti medici e sanitari di cui all'articolo 17 comma 1, della legge 11 gennaio 2018, n. 3, e ai docenti universitari che svolgono attività assistenziali in medicina e chirurgia. Le amministrazioni di cui al primo e al secondo periodo possono riammettere in servizio, a domanda, fino al compimento del settantaduesimo anno di età e comunque non oltre il 31 dicembre 2025, il personale di cui al presente comma collocato in quiescenza a decorrere dal 1° settembre 2023 avendo maturato i requisiti anagrafici e contributivi per il pensionamento di vecchiaia, nei limiti delle facoltà assunzionali vigenti e previa opzione da parte del medesimo personale per il mantenimento del trattamento previdenziale già in godimento ovvero per l'erogazione della retribuzione connessa all'incarico da conferire. I dirigenti medici e sanitari e i docenti universitari che svolgono attività assistenziali in medicina e chirurgia di cui al presente comma non possono mantenere o assumere incarichi dirigenziali apicali di struttura complessa o dipartimentale o di livello generale.

3. L'articolo 20 della Legge del 07/08/1990 -N. 241 (*silenzio assenso*), nel testo modificato dall'articolo 3, comma 2, lettera d), del Dlgs. 30 giugno 2016, n. 126. non è, applicabile alla vicenda al vaglio, qui trattandosi di atto gestione del rapporto di lavoro privatizzato. Ed infatti Corte di Cassazione con la sentenza 24698/2021 ha stabilito che tale istituto è applicabile agli atti amministrativi propriamente detti e non agli atti (ormai di natura privatistica) di gestione del rapporto

di lavoro contrattualizzato alle dipendenze della pubblica amministrazione. A ben vedere la normativa generale sul procedimento amministrativo riguarda i procedimenti strumentali all'emanazione da parte della PA di atti autoritativi, destinati ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei relativi destinatari; e caratterizzati dalla "preminenza" dell'organo che li adotta.

Dette norme quindi non sono applicabili agli atti concernenti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, i quali sono adottati nell'esercizio dei poteri propri del datore di lavoro privati; connotati dalla supremazia gerarchica ma in ogni caso privi dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo. In altre parole, in assenza di autorizzazione "espressa" la richiesta di restare in servizio s'intende per rigettata.

Premesso

Con atto depositato il **17/09/2024 BUTTIGLIONE MICHELE, con contestuale istanza cautelare anticipatoria**, adiva questa A.G. chiedendo

- Preliminarmente, in via cautelare: accertata la fondatezza de/la domanda ordinare - inaudita altera parte ovvero previa comparizione delle parti alla ASL FG di trattenere in servizio il ricorrente fino alla data del 31.12.25, a mente dell'art. 1, co. 164 bis, della legge 30.12.23 n. 213, inserito dall'art. 4 del D.L. 30.12.23 n. 215 convertito nella legge 23.2.24 n. 18, all'uopo emettendo ogni opportuno provvedimento; - Nel merito: accertare, ritenere e dichiarare il diritto del ricorrente, a essere trattenuto in servizio presso la ASL FG fino alla data del 31.12.25, a mente dell'art. 1, co. 164 bis, della legge 30.12.23 n. 213, inserito dall'art. 4 del D.L. 30.12.23 n. 215 convertito nella legge 23.2.24 n. 18, all'uopo emettendo ogni opportuno provvedimento; - con la condanna del resistente del resistente al pagamento degli stipendi non percepiti e delle spese di lite.

Si costituiva parte resistente chiedendo il rigetto della domanda.

La domanda cautelare veniva rigettata per difetto del *fumus bani juris* e fissata l'udienza odierna per la trattazione de! merito.

Matura per la decisione la causa è trattenuta in decisione di merito all'esito della discussione delle parti.

Osserva

La domanda è infondata nel merito per ragioni di stretto diritto, come già evidenziato nella ordinanza con la quale questa A.G. ha definito la fase sommaria e che qui si riporta senza inutili parafrasi.

¹ il ricorrente- (già) dirigente medico veterinario presso la ASL di Foggia il quale in data 21-3-2024 avanzava istanza di prosecuzione del rapporto sino al 72° anno di età e comunque non oltre il 31-12-2025; istanza alla quale la odierna ricorrente non dava riscontro- ha adito questa A.G. chiedendo - *Preliminarmente, in via cautelare: accertata la fondatezza della domanda ordinare -inaudita altera parte ovvero previa comparizione delle parti- alla*

ASL FG di trattenere in servizio il ricorrente fino alla data del 31.12.25, a mente dell'art. 1, co.164 bis, della legge 30.12.23 n. 213, inserito dall'art. 4 del D.L. 30.12.23 n. 215 convertito nella legge 23.2.24 n. 18, all'uopo emettendo ogni opportuno provvedimento; - Nel merito: accertare, ritenere e dichiarare il diritto del ricorrente, a essere trattenuto in servizio presso la ASL FG fino alla data del 31.12.25, a mente dell'art. 1. co. 164 bis, della legge 30.12.23 n. 213, inserito dall'art. 4 del D.L. 30.12.23 n. 21, 5 convertito nella legge 23.2.24 n. 18, all'uopo emettendo ogni opportuno provvedimento; - con la condanna del resistente del resistente al pagamento degli stipendi non percepiti e delle spese di lite.

Si è costituita la ASL contestando gli avversi assunti e chiedendo il rigetto della domanda.

Osserva

Il ricorrente, già precedentemente trattenuto in servizio sino al 70° anno di età (giusta deliberazione n. 1461 del 11/10/2018 del Direttore Generale dell'Asl di Foggia) ha successivamente (con nota 21-3-2024) avanzato istanza di (ulteriore) trattenimento in servizio sino al compimento del 72° anno e comunque non oltre il 31-12-2025.

Atteso il mancato riscontro della ASL alla istanza 21-3-2024 ha invocato il formarsi del silenzio assenso e, pertanto, ha formulato le conclusioni indicate in premessa.

La domanda non è fondata in quanto non pare avere debitamente considerata la natura discrezionale del potere dell'Amministrazione nella materia di cui si tratta.

Altra è la disposizione sul trattenimento sino al settantesimo anno (inapplicabile alla vicenda che occupa) altra quella invocata dal ricorrente per il trattenimento in servizio sino al settantaduesimo anno.

Il Decreto legislativo del 30/12/1992 nr. 502, all'articolo 15 *nonies* prevede che 1. *Il limite massimo di età per il collocamento a riposo dei dirigenti medici e del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale, ivi compresi i responsabili di struttura complessa, è stabilito al compimento del sessantacinquesimo anno di età, ovvero, su istanza dell'interessato, al maturare del quarantesimo anno di servizio effettivo. In ogni caso il limite massimo di permanenza non può superare il settantesimo anno di età e la permanenza in servizio non può dar luogo ad un aumento del numero dei dirigenti* Tale disposizione vincola l'azione dell'Amministrazione, mandata solo della verifica dei presupposti previsti dalla disposizione. A mente, invece, della Legge 30/12/2023 -N. 213, art. I, co. 164-bis. Anche al fine di fare fronte alle esigenze di formazione e tutoraggio del personale assunto ai sensi dell'articolo 1, comma 548-bis, della legge 30 dicembre 2018, n. 145 e dei medici con contratto di formazione specialistica, nonché di fronteggiare la grave carenza di personale, le aziende del Servizio sanitario nazionale, fino al 31 dicembre 2025, possono trattenere in servizio, su istanza degli interessati, i dirigenti medici e sanitari dipendenti del Servizio sanitario nazionale, in deroga ai limiti previsti dall'articolo 15-*nonies* del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502, fino al compimento del settantaduesimo anno di età e comunque non oltre la predetta data del 31 dicembre 2025. Il Ministero della salute e le università possono applicare le disposizioni di cui al primo periodo, rispettivamente, ai dirigenti medici e sanitari di cui all'articolo 17 comma 1, della legge 11 gennaio 2018, n. 3, e ai docenti universitari che svolgono attività assistenziali in medicina e chirurgia. Le amministrazioni di cui al primo e al secondo periodo possono riammettere in servizio, a domanda, fino al compimento del settantaduesimo anno di e comunque non oltre il 31 dicembre 2025, il personale di cui al presente comma collocato in quiescenza a decorrere dal 1° settembre 2023 avendo maturato i requisiti anagrafici e contributivi per il pensionamento di vecchiaia, nei limiti delle facoltà assunzionali vigenti e previa opzione da parte del medesimo personale per il mantenimento del trattamento previdenziale già in godimento ovvero per l'erogazione della retribuzione connessa all'incarico da conferire. I dirigenti medici e sanitari e i docenti universitari che svolgono attività assistenziali in medicina e chirurgia di cui al presente comma non possono mantenere o assumere incarichi dirigenziali apicali di struttura complessa o dipartimentale o di livello generale (1). Le aziende del Servizio Sanitario Nazionale hanno, pertanto, la discrezionale facoltà (*possono*) di trattenere in servizio i dirigenti sanitari per perseguire le finalità indicate dalla disposizione.

Già tale natura del provvedimento preclude l'accoglimento della domanda.

Secondo la tesi dell'attore, per effetto del mancato riscontro alla istanza avanzata come in premessa, si sarebbe formato il *silenzio assenso* (tesi già propugnata nella nota 8-8-2024 a firma Avv. Farina nell'interesse del Dr. Buttiglione).

In diritto tale tesi non è condivisibile.

Secondo l'articolo 20 L. Legge del 07/08/1990 -N. 241 (*silenzio assenso*), nel testo modificato dall' articolo 3, comma 2, lettera d), del Dlgs. 30 giugno 2016, n. 126. I. *Fatta salva l'applicazione dell' articolo 19, nei procedimenti ad istanza di parte per il rilascio di provvedimenti amministrativi il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, senza necessità di ulteriori istanze o diffide, se la medesima amministrazione non comunica all'interessato, nel termine di cui all' articolo 2, commi 2 o 3, il provvedimento di diniego, ovvero non procede ai sensi del comma 2. Tali termini decorrono dalla data di ricevimento della domanda del privato*

Tale disposizione non è, tuttavia, applicabile alla vicenda al vaglio, qui trattandosi di atto gestione del rapporto di lavoro privatizzato.

Ed infatti Corte di Cassazione con la sentenza 24698/2021 ha stabilito che tale istituto è applicabile agli atti amministrativi propriamente detti e non agli atti (ormai di natura privatistica) di gestione del rapporto di lavoro contrattualizzato alle dipendenze della pubblica amministrazione. A ben vedere la normativa generale sul procedimento amministrativo riguarda i procedimenti strumentali all'emanazione da parte della PA di atti autoritativi, destinati ad incidere sulle situazioni giuridiche soggettive dei relativi destinatari; e caratterizzati dalla "preminenza" dell'organo che li adotta.

Dette norme quindi non sono applicabili agli atti concernenti il rapporto di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, i quali sono adottati nell'esercizio dei poteri propri del datore di lavoro privati; connotati dalla supremazia gerarchica ma in ogni caso privi dell'efficacia autoritativa propria del provvedimento amministrativo. In altre parole, in assenza di autorizzazione "espressa" la richiesta di restare in servizio s'intende per rigettata. Analogamente Cassazione civile sez. VI, 22/06/2018, n.16597 ha ritenuto inapplicabile l'art. 20 al rapporto di lavoro pubblico, invece valevole nei rapporti tra il privato e l'Amministrazione (*Il datore di lavoro, su cui a norma dell'art. 5 della l. n. 604 del 1966 grava l'onere della prova della condotta che ha determinato l'irrogazione della sanzione disciplinare, può limitarsi, nel caso in cui l'addebito sia costituito dall'assenza ingiustificata del lavoratore, a provare il fatto nella sua oggettività, mentre grava sul lavoratore l'onere di provare elementi che possano giustificarlo. (Nella specie, è stata ritenuta legittima la sospensione dal servizio in assenza di prova sull'esistenza di una prassi che equiparasse la mancata risposta sulla domanda di permesso all'autorizzazione ad assentarsi, in quanto non applicabile al rapporto di lavoro, avente sua propria disciplina, l'art. 20 della l. n. 241 del 1990, che detta un principio valevole nei rapporti tra privato e P.A.*).

Sul punto si richiamano le (condivisibili) disposizioni della Circolare 5/04 del Dipartimento della funzione pubblica con riguardo alla *possibilità, per i pubblici dipendenti, di permanere in servizio fino al compimento del settantesimo anno di età*. Tale facoltà non si traduce, però, nel diritto a permanere in servizio essendo richiesta una valutazione discrezionale dell'amministrazione in ordine al trattenimento stesso e trattandosi di una norma di carattere organizzativo. Tale caratteristica differenzia la disposizione sia da quella disposta dal primo periodo dell'articolo 16, del decreto legislativo n. 503, del 1992, poiché, in questo caso, si tratta di un diritto del dipendente a permanere in servizio per un ulteriore biennio, sia da quella previsto dalle norme che consentono il trattenimento in servizio al fine di permettere al dipendente di raggiungere il minima contributivo).

Solo dove il Legislatore lo abbia espressamente previsto (come ad esempio nel caso della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale) il silenzio assume, anche in quell'ambito, valore assentivo (Legge del 04/11/2010 - N. 183, Art. 16 - Disposizioni in materia di rapporto di lavoro a tempo parziale: *1. In sede di prima applicazione delle disposizioni introdotte dall'articolo 73 del decreto-legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 agosto 2008, n. 133, [e amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, nel rispetto dei principi di correttezza e buona fede, possono sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della data di entrata in vigore del citato decreto-legge n. 112 del 2008, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 133 del 2008.....* ; e così Cassazione civile sez. lav., 22/08/2022, n.25066, *In caso di mancato pronunciamento dell'amministrazione sulla domanda di part-time avanzata dal dipendente entro i termini di legge, opera in automatico la trasformazione del rapporto decorso il suddetto termine..*

Pertanto, come fa condivisibilmente osservare la Difesa della ASL, non è nemmeno possibile parlare di *silenzio*, comunque qualificabile, considerato che la deliberazione n. 1461/2018 del Direttore Generale ha disposto "*di trattenere in servizio il Dott. Buttiglione Michele fino al 31/08/2024 data di maturazione del settantesimo anno di età*" ma, altresì, "*di dichiarare risolto con decorrenza 31/08/2024 (ultimo giorno lavorativo) il rapporto di lavoro intercorrente tra questa Amministrazione e il Dott. BUTTIGLIONE Michele nato a Cerignola (Fg) il 30 agosto 1954, senza alcuna altra comunicazione da parte di questa Azienda*"

Le spese, di entrambe le fasi, seguono la soccombenza, liquidate come in dispositivo.

PQM

Il Tribunale di Foggia, Sezione Lavoro, definitivamente pronunciando sulla domanda come in intestazione proposta così dispone:

rigetta la domanda;

condanna la parte soccombente Buttiglione Michele al pagamento delle spese di lite in favore di ASL Foggia che liquida in € 2.600,00 per la fase sommaria ed € 4629,00 per la fase di merito, oltre spese generali (15%) IVA e CPA come per legge.

Foggia, 3 dicembre 2024

Il Giudice

dott. Severino Antonucci