

Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza dell'11 settembre 2014 n. 4624 che si sofferma sulla problema se sia possibile dichiarare l'illegittimità di un atto amministrativo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma posta a base del potere esercitato, nel caso in cui la questione di costituzionalità non sia stata posta nel giudizio di primo grado ma solo nel giudizio di appello

La massima

Sul *piano sostanziale*, l'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale è annullabile. La legge in contrasto con la Costituzione è, infatti, una legge invalida ancorché efficace sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che la dichiara illegittima. Tale sentenza, producendo effetti retroattivi incidenti sui rapporti pendenti, comporta che il provvedimento amministrativo viene privato, anch'esso con effetti retroattivi, della sua base legale. La conseguenza sarà sempre l'annullabilità e non la nullità dell'atto anche nel caso in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima sia l'unica attributiva del potere.

Sul *piano processuale*, deve essere coordinato il principio della rilevabilità d'ufficio della questione di costituzionalità con il principio della domanda che caratterizza il processo amministrativo. La questione può essere rilevata d'ufficio purché la parte abbia introdotto nel processo i fatti principali su cui il giudice deve pronunciarsi. In particolare, è necessario che il ricorrente abbia impugnato il provvedimento amministrativo facendo valere, mediante la formulazione di censure, la sua illegittimità per contrasto con la norma, senza che sia necessario avere anche indicato, tra i motivi, l'illegittimità costituzionale della norma (1).

Quando sussistono questi presupposti non è necessario che nel giudizio di appello venga fatto valere il vizio sopravvenuto dell'atto impugnato in primo grado mediante la proposizione di motivi aggiunti (2) *(a cura della redazione della Camera Amministrativa e Comunitaria della Campania)*.

La nota

1. In questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 18.06.2009, n. 4002.
2. *Cfr.* Cons. Stato, Sez. IV, 25.06.2013, n. 3449.

La sentenza

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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2294 del 2012, proposto da:
Serena Quattrucci, rappresentata e difesa dall'avvocato Franco Gaetano Scoca, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Paisiello, 55;

contro

Università degli Studi di Roma La Sapienza, in persona del Rettore *pro tempore*, Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, hanno eletto domicilio;

per la riforma

della sentenza 9 gennaio 2012, n. 152 del Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Roma, Sezione III.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" e del Ministero dell'Istruzione dell'Università e della Ricerca;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 luglio 2014 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti l'avvocato Scoca e l'avvocato dello Stato Aiello.

FATTO

1.– La dottoressa Serena Quattrucci è stata inquadrata, a partire dal 1° agosto 1981, come ricercatrice confermata presso il Dipartimento di pediatria e neuropsichiatria infantile dell'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma.

La dottoressa Quattrucci ha svolto attività medico-assistenziale prestando: *i*) servizio presso il Policlinico Umberto I, in qualità di medico universitario, come «assistente medico sanitario» a decorrere

dal 1° agosto 1981 e come «aiuto ospedaliero» a decorrere dal 1° novembre 1988; *ii*) funzione di dirigente medico presso il «D.A.I. Clinica Pediatrica» del medesimo Policlinico.

In prossimità del compimento del sessantacinquesimo anno di età, la dottoressa Quattrucci ha chiesto: *i*) con una prima istanza di essere trattenuta in servizio per il biennio accademico 2011/2013 ai sensi dell'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordino del sistema previdenziale dei lavoratori pubblici e privati a norma dell'art. 3 della legge 23 ottobre 1992 n. 421); *ii*) con una seconda istanza che le venisse applicato il regime previsto dall'art. 15-*nomies* del d.lgs. n. 503 del 1992, che consente ai dirigenti medici e del ruolo sanitario del Servizio sanitario nazionale di rimanere in servizio al maturare del quarantesimo anno di servizio effettivo.

L'Università: *i*) con nota del 22 febbraio 2011, prot. n. 001297, ha rigettato la prima istanza, in quanto l'art. 25 della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario) ha disposto che l'art. 16 del d.lgs. n. 503 del 1992 non si applica ai professori e ricercatori universitari; *ii*) con nota del 25 febbraio 2011, prot. n. 0013999, ha rigettato anche la seconda istanza, in quanto l'art. 15-*nomies* del d.lgs. n. 503 del 1992 «non può essere invocata dai docenti universitari» disciplinando «l'età pensionabile dei soli dirigenti del servizio sanitario nazionale».

2.– L'interessata ha impugnato i suddetti provvedimenti innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, che, con sentenza 9 gennaio 2012, n. 152, ha ritenuto non illegittimi gli atti contestati e rigettato il ricorso.

3.– La ricorrente ha proposto appello per i motivi indicati nella parte in diritto della presente decisione.

3.1.– Si sono costituite in giudizio le amministrazioni intimete chiedendo il rigetto dell'appello.

4.– La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica dell'8 luglio 2014.

DIRITTO

1.– La questione posta all'esame della Sezione attiene alla legittimità dei provvedimenti con i quali l'Università degli Studi "La Sapienza" di Roma non ha accolto le domande con le quali l'appellante ha chiesto di essere trattenuta in servizio oltre il limite del compimento dei sessantacinque anni di età.

2.– Con un primo motivo si assume l'illegittimità della nota del 22 febbraio 2011, prot. n. 001297, con la quale l'Università ha rigettato l'istanza presentata, in quanto l'art. 25 della legge 30 dicembre 2010, n. 240 (Norme in materia di organizzazione delle università, di personale accademico e reclutamento, nonché delega al Governo per incentivare la qualità e l'efficienza del sistema universitario) ha disposto che l'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 (Norme per il riordino del sistema previdenziale dei lavoratori pubblici e privati a norma dell'art. 3 della legge 23 ottobre 1992 n. 421), nella parte in cui consente il trattamento in servizio per un biennio dopo il raggiungimento dell'età pensionabile, non si applica ai professori e ricercatori universitari.

Nell'atto di appello si afferma che tale illegittimità sarebbe conseguenza della asserita illegittimità costituzionale del suddetto art. 25 per violazione degli articoli 3 e 97 della Costituzione, nonché per violazione dell'art. 6 del Trattato dell'Unione europea e degli articoli 1 e seguenti della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Si afferma, inoltre, che, pur non essendo stata tale questione posta nel giudizio di primo grado, la stessa è proponibile per la prima volta in appello, venendo in rilievo, ai sensi dell'art. 104 cod. proc. amm., una eccezione rilevabile d'ufficio.

Nella memoria depositata in vista dell'udienza pubblica l'appellante ha rilevato che, nelle more di svolgimento del giudizio di appello, la Corte costituzionale, con sentenza 9 maggio 2013, n. 83, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 25 della legge n. 240 del 2010. Ne conseguirebbe che, in ragione della efficacia *ex tunc* della sentenza della Corte, debba essere dichiarata l'illegittimità dell'atto impugnato. Si aggiunge, infine, che, pur essendo stata l'appellante collocata a riposo dal 1° novembre 2013 e sia trascorso il termine del 1° novembre 2013 sino al quale la stessa avrebbe potuto svolgere

servizio presso l'Università, manterrebbe un interesse sia morale sia risarcitorio all'accoglimento del ricorso.

Il motivo è fondato.

L'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 503 del 1992 prevede che: «È in facoltà dei dipendenti civili dello Stato e degli enti pubblici non economici di permanere in servizio, con effetto dalla data di entrata in vigore della legge 23 ottobre 1992, n. 421, per un periodo massimo di un biennio oltre i limiti di età per il collocamento a riposo per essi previsti. In tal caso è data facoltà all'amministrazione, in base alle proprie esigenze organizzative e funzionali, di trattenere in servizio il dipendente in relazione alla particolare esperienza professionale acquisita dal dipendente in determinati o specifici ambiti ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi.

L'art. 25 della legge n. 240 del 2010 stabiliva che: «L'art. 16 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 503 non si applica a professori e ricercatori universitari. I provvedimenti adottati dalle università ai sensi della predetta norma decadono alla data di entrata in vigore della presente legge, ad eccezione di quelli che hanno già iniziato a produrre i loro effetti».

La Corte costituzionale, con la sentenza n. 83 del 2013, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del suddetto art. 25 per violazione: a) dell'art. 3 Cost., in quanto «non è dato individuare ragioni idonee a giustificare, per la sola categoria dei professori e ricercatori universitari, l'esclusione dalla possibilità di avvalersi del trattenimento in servizio» disciplinato dal suddetto art. 16, comma 1; b) dell'art. 97 Cost., in quanto preclude un possibile impiego di «docenti in grado di dare un positivo contributo per la particolare esperienza professionale acquisita in determinati o specifici settori ed in funzione dell'efficiente andamento dei servizi».

Chiarito ciò, si tratta di stabilire se sia possibile dichiarare l'illegittimità di un atto amministrativo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma posta a base del potere esercitato

nel caso in cui la questione di costituzionalità non sia stata posta nel giudizio di primo grado ma solo nel giudizio di appello.

Sul *piano sostanziale*, l'atto amministrativo adottato sulla base di una legge dichiarata incostituzionale è annullabile. La legge in contrasto con la Costituzione è, infatti, una legge invalida ancorché efficace sino alla pubblicazione della sentenza della Corte costituzionale che la dichiara illegittima. Tale sentenza, producendo effetti retroattivi incidenti sui rapporti pendenti, comporta che il provvedimento amministrativo viene privato, anch'esso con effetti retroattivi, della sua base legale. La conseguenza sarà sempre l'annullabilità e non la nullità dell'atto anche nel caso in cui la norma dichiarata costituzionalmente illegittima sia l'unica attributiva del potere.

Sul *piano processuale*, deve essere coordinato il principio della rilevabilità d'ufficio della questione di costituzionalità con il principio della domanda che caratterizza il processo amministrativo. La questione può essere rilevata d'ufficio purché la parte abbia introdotto nel processo i fatti principali su cui il giudice deve pronunciarsi. In particolare, è necessario che il ricorrente abbia impugnato il provvedimento amministrativo facendo valere, mediante la formulazione di censure, la sua illegittimità per contrasto con la norma, senza che sia necessario avere anche indicato, tra i motivi, l'illegittimità costituzionale della norma (in questo senso Cons. Stato, Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 4002).

Quando sussistono questi presupposti non è necessario che nel giudizio di appello venga fatto valere il vizio sopravvenuto dell'atto impugnato in primo grado mediante la proposizione di motivi aggiunti (Cons. Stato, Sez. IV, 25 giugno 2013, n. 3449).

Nella fattispecie in esame risulta che la ricorrente in primo grado, odierna appellante, ha impugnato la nota del 22 febbraio 2011, prot. n. 001297, deducendo il suo contrasto con l'art. 25 della legge n. 240 del 2010. La circostanza che tra i motivi di ricorso non fosse stata prospettata anche l'illegittimità costituzionale della suddetta norma, dedotta con memoria soltanto in appello, non costituisce, alla luce

di quanto esposto, ragione di irrilevanza della sopravvenuta dichiarazione di incostituzionale della norma stessa.

In definitiva, il provvedimento impugnato deve essere annullato perché adottato sulla base di una legge dichiarata costituzionalmente illegittima nel corso del giudizio di appello.

3.– Con un secondo motivo si assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha ritenuto l'illegittimità della nota del 25 febbraio 2011, prot. n. 0013999, con la quale si è ritenuto non applicabile nella fattispecie in esame quanto stabilito dall'art. 15-*nonies* del d.lgs. n. 503 del 1992.

Il motivo non è fondato.

Sul piano della disciplina generale, l'art. 1, comma 1, del decreto legislativo 21 dicembre 1999, n. 517 (Disciplina dei rapporti fra Servizio sanitario nazionale ed università, a norma dell'articolo 6 della legge 30 novembre 1998, n. 419) prevede che «l'attività assistenziale necessaria per lo svolgimento dei compiti istituzionali delle Università è determinata nel quadro della programmazione nazionale e regionale in modo da assicurarne la funzionalità e la coerenza con le esigenze della didattica e della ricerca, secondo specifici protocolli d'intesa stipulati dalla Regione con le università ubicate nel proprio territorio».

L'art. 5, comma 2, dello stesso decreto stabilisce che ai professori e ai ricercatori universitari, che svolgono attività assistenziale presso le Aziende ospedaliero-universitarie – «fermo restando il loro stato giuridico» – si applicano «per quanto attiene all'esercizio dell'attività assistenziale, al rapporto con le aziende e a quello con il direttore generale, le norme stabilite per il personale del Servizio sanitario nazionale», specificando che «dell'adempimento dei doveri assistenziali il personale universitario risponde al direttore generale».

La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha già avuto modo di affermare che dall'analisi del contenuto delle norme sopra riportate risulta come i professori e i ricercatori universitari possano svolgere, in virtù di appositi accordi stipulati tra la Regione e le Università, attività assistenziale nell'ambito delle predette aziende. Il personale universitario, nonostante l'applicazione delle norme previste per il personale del

Servizio sanitario nazionale, conserva, però, «il proprio stato giuridico e rimane, pertanto, titolare di un unico rapporto di servizio con l'Università stessa» (Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2012, n. 3181).

L'Amministrazione universitaria è, infatti, «l'unico soggetto obbligato alla corresponsione del trattamento economico del personale universitario che presta (...) servizio assistenziale presso le cliniche e gli istituti universitari di ricovero e cura» (Cons. Stato, sez. VI, 5 ottobre 2010, n. 7298).

Sul piano della disciplina specifica che rileva in questa sede, l'art. 15-*nonies* del d.lgs. n. 503 del 1992 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». La norma puntualizza che: «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».

Il secondo comma dello stesso art. 15-*nonies* si occupa del «personale medico universitario», stabilendo che esso «cessa dallo svolgimento delle ordinarie attività assistenziali (...) nonché dalla direzione delle strutture assistenziali» al raggiungimento del «limite massimo di età di sessantasette anni».

La lettura complessiva delle norme generali e specifiche di disciplina dell'attività assistenziale svolta da professori universitari dimostra che l'effettuazione di tale attività non incide né sul rapporto di lavoro né tantomeno sulle modalità di cessazione dello stesso che rimangono esclusivamente quelle proprie del sistema universitario.

Del resto, l'attuale sistema, a seguito dell'intervento della Corte costituzionale, contempla un regime per i professori universitari omogeneo che consente il loro trattenimento in servizio nei limiti indicati dall'art. 16, comma 1, del d.lgs. n. 503 del 1992. Si verrebbe a creare una ingiustificata discriminazione se, all'interno della categoria dei professori, venisse consentito, soltanto per coloro che operano in ambito sanitario, un trattamento pensionistico diverso.

3.– L'esito della controversia giustifica l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie in parte l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, in parte accoglie e in parte rigetta il ricorso di primo grado;
- b) dichiara integralmente compensate tra le parti le spese processuali del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA L'11 SETTEMBRE 2014