

**Consiglio di Stato – Sez. V; Sent. n. 7628 del 28.10.2010**

omissis

FATTO

Con la sentenza in epigrafe è stato accolto il ricorso proposto dalla sig.ra C. B., già dipendente degli Istituti Clinici di Perfezionamento di Milano con la qualifica di collaboratore amministrativo (VII livello), collocato a riposo il 31 dicembre 1993, per l'annullamento della deliberazione n. 89 del 7 febbraio 1996 con la quale è stato annullato il provvedimento di inquadramento nel detto livello, con collocazione del ricorrente nella posizione di assistente (livello VI).

Il TAR ha ritenuto che il provvedimento di autotutela sia stato adottato in difetto dei necessari presupposti di pubblico interesse, in quanto la ricorrente era già collocata in quiescenza da oltre due anni, e ciò escludeva la possibilità di retribuzione più elevata del dovuto, e così pure l'eventuale revisione del trattamento pensionistico determinato sulla base della qualifica posseduta al momento del pensionamento.

Gli Istituti Clinici di Perfezionamento hanno proposto appello per la riforma della sentenza.

L'originario ricorrente si è costituito in giudizio per resistere al gravame.

Entrambe le parti hanno depositato memoria e note di udienza.

Alla pubblica udienza del 27 ottobre 2009 la causa è stata rimessa in decisione.

DIRITTO

1. L'ente appellante ribadisce l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado in quanto non notificato alla Regione Lombardia, che, nel procedimento de quo, avrebbe assunto il ruolo di effettivo autore della determinazione impugnata.

Il TAR ha respinto l'eccezione in base al rilievo che la Regione si è limitata ad emanare delle direttive, le quali, sebbene puntuali e stringenti, non erano idonee a sopprimere la discrezionalità dell'ente nell'esercizio della potestà di autotutela.

Le nuove argomentazioni svolte sul punto dall'appellante non inducono il Collegio alla riforma sul punto della sentenza di primo grado.

È sufficiente osservare, in proposito, come lo stesso appellante affermi più volte che dalla Regione sono stati emessi, non atti di annullamento d'ufficio, ma pressanti inviti a ripristinare l'assetto legittimo degli inquadramenti disposti in applicazione dell'accordo di cui al d.P.R. n. 270 del 1993.

Pare innegabile che, in difetto del provvedimento impugnato in questa sede, la posizione retributiva e di status dell'interessata non avrebbe subito alcuna modificazione.

2. Con riguardo al merito, l'appellante concentra la sua contestazione sull'affermazione della sussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento in ragione della corresponsione di un trattamento pensionistico parzialmente più favorevole del dovuto, così contrastando la tesi svolta nella motivazione della sentenza impugnata circa la insussistenza di un interesse pubblico attuale all'annullamento dell'inquadramento pregresso.

La controversia in esame è sostanzialmente coincidente con altra concernente l'appello degli stessi Istituti Clinici di Perfezionamento avverso analoga decisione del giudice di primo grado e definita con la decisione della Sezione n. 5552 del 2008.

In tale occasione non fu condiviso il motivo di gravame con cui l'appellante censura la sentenza di primo grado nella parte in cui riconosce l'assenza di un interesse pubblico attuale e concreto all'annullamento. Osserva l'appellante, invero, che l'atto impugnato in primo grado era un mero "inquadramento ad personam e ad esaurimento" senza influenza sulla pianta organica e sulle



funzioni svolte (che erano rimaste identiche a quelle precedenti) con conseguente inapplicabilità dell'art. 2126 c.c..

Il Collegio ebbe a ribadire, in conformità alla consolidata giurisprudenza amministrativa sul punto, che è illegittimo il recupero delle retribuzioni erroneamente corrisposte ad un dipendente, ove, per effetto della qualifica precedentemente attribuita, questi abbia legittimamente svolto le funzioni attribuitegli (cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 2001, n. 3077; Cons. Stato, sez. VI, 2 marzo 1999, n. 224; Id., sez. VI, 25 ottobre 1996, n. 1404; Id., sez. V, 4 novembre 1996, n. 1301), con la conseguenza che correttamente il giudice di prime cure ha ritenuto insussistente l'"interesse pubblico ed attuale" (che non è neppure in re ipsa, contrariamente alla tesi dell'appellante) alla rimozione dell'atto dell'Azienda appellante e l'assenza di automatismi fra "annullamento del pregresso atto di inquadramento e riduzione del trattamento pensionistico".

È stato inoltre affermato, contrariamente a quanto osservato dall'appellante, che è pienamente applicabile nella fattispecie in esame l'art. 2126 c.c. (come affermato da questo Consesso nelle decisioni dell'Adunanza Plenaria 29 febbraio 1992, nn. 1 e 2 e 5 marzo 1992, nn. 5 e 6 e in Cons. Stato, sez. VI, 20 ottobre 2005, n. 5912, secondo cui il predetto articolo consente di chiedere la condanna del datore di lavoro al pagamento dei soli emolumenti indicati nel titolo nullo e la regolarizzazione delle posizioni previdenziali ed assicurative, in base alla fictio iuris della sussistenza del rapporto di lavoro) in tutti i casi di titolo invalido (purché non radicalmente illecito), non intendendo con il termine "titolo" solo l'atto di iniziale inquadramento ma anche gli eventuali atti successivi.

Da tali orientamenti il Collegio non ha motivo di discostarsi, dovendo anche tenersi conto, come osservato dalla difesa della parte appellata, che la potestà di autotutela è stata esercitata senza alcuna comparazione del preteso interesse pubblico con quello del soggetto inciso dal provvedimento, oltre tutto a distanza di un consistente lasso di tempo dall'adozione dell'inquadramento annullato.

In conclusione l'appello deve essere rigettato.

Le spese vanno poste a carico della parte soccombente, come in dispositivo.

P.Q.M.

Rigetta l'appello

Condanna gli Istituti Clinici di Perfezionamento al pagamento in favore dell'appellato delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 4.000,00.;

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Stefano Baccarini, Presidente

Cesare Lamberti, Consigliere

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Giancarlo Montedoro, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 28 OTT. 2010.