

"OMISSIS"

FATTO e DIRITTO

1. L'Università degli Studi di Firenze (di seguito, Università) ha ottenuto dal Presidente della II Sezione del TAR Toscana l'emissione del decreto ingiuntivo n. 142/2015 nei confronti dell'Azienda Ospedaliera Universitaria Careggi (di seguito, Azienda), per il pagamento della somma di euro 642.006,59 (oltre alle spese di giudizio), corrisposte a dipendenti svolgenti funzioni assistenziali per differenze retributive infine loro riconosciute (in sede di giudizio di rinvio, disposto da Cass., lav., n. 3676/2013) con sentenza della Corte d'Appello di Firenze, Sezione lavoro, n. 308/2014 (passata in giudicato, a seguito della pronuncia di inammissibilità del relativo ricorso per Cassazione).

2. Con sentenza n. 1147/2015, la predetta Sezione del TAR Toscana ha respinto l'opposizione presentata dall'Azienda, attribuendo al decreto efficacia esecutiva ex art. 653, primo comma, c.p.c., e 118, cod. proc. amm., e sottolineando a tal fine che:

- la controversia ricade nel c.d. "rapporto di provvista" relativo ai dipendenti universitari svolgenti funzioni assistenziali presso le aziende sanitarie, e rientra pertanto nella giurisdizione del giudice amministrativo prevista dall'art. 133, comma 1, lettera a), n. 2, cod. proc. amm., in materia di "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni";

- la circostanza che la sentenza della Corte d'Appello abbia dato atto della mancata presentazione di conclusioni da parte dell'Università nei confronti delle Amministrazioni (tra le quali, l'Azienda odierna appellante) chiamate a manlevarla degli emolumenti da corrispondere ai ricorrenti, va ricondotta all'art. 346 c.p.c. ("le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate"), previsione rispetto alla quale viene affermata la "natura esclusivamente processuale della decadenza e la consequenziale possibilità di proporre la relativa domanda in separato giudizio" (cfr. Cass., civ., III, n. 11356/2006 e n. 10029/1998; II n. 7917/2002 e n. 3260/1995), e non può dunque essere considerata espressione di un definitiva rinuncia alla pretesa sostanziale destinata ad esplicare effetti anche all'interno del rapporto di provvista;

- poiché l'Azienda era presente nei giudizi che hanno condotto all'accertamento della spettanza delle somme ai dipendenti, anche nei suoi confronti opera il vincolo del giudicato, con consequenziale impossibilità di ridiscutere (peraltro sulla base di una giurisprudenza sopravvenuta - cfr. Cass., lav., n. 19190/2013) la soluzione data dal giudice civile; del resto, la ridiscussione di detta spettanza incontrerebbe comunque il limite del difetto di giurisdizione del giudice amministrativo (in materia di rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici c.d. "privatizzati").

3. La sentenza n. 1147/2015 è appellata dall'Azienda, la quale prospetta tre articolati motivi, appresso esaminati.

4. Con il primo, sottolinea che, nel giudizio civile, l'Università non ha mai eccepito il difetto di giurisdizione, così che la richiesta dinanzi al giudice amministrativo costituisce violazione del principio generale di divieto di abuso del diritto e del

divieto di *venire contra factum proprium*.

Comunque, per effetto di quel giudizio, si sarebbe ormai formato il giudicato tanto sulla giurisdizione del giudice civile, quanto sul rapporto sostanziale tra Università ed Azienda.

In via subordinata, in ogni caso difetterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo, non venendo in rilievo nella vicenda in esame alcun esercizio di potere autoritativo né manifestazione di discrezionalità (in quanto i criteri di equiparazione del personale universitario che presta servizio presso le Aziende del SSN al personale delle stesse di pari funzioni e mansioni, sarebbero contenuti nel decreto interministeriale del 9 novembre 1982, prevalente sulle convenzioni).

4.1. Tale prospettazione non può essere condivisa.

Il divieto dell'abuso del diritto, quale è da ritenere il *venire contra factum proprium* dettato da ragioni meramente opportunistiche, è un principio che deriva nel nostro ordinamento dal generale divieto di abuso di ogni posizione soggettiva (divieto che, ai sensi dell'art. 2 Cost. e dell'art. 1175 c.c., permea le condotte sostanziali al pari dei comportamenti processuali di esercizio del diritto), al cui interno si inserisce anche l'abuso del processo.

Il Collegio rileva che, secondo il più recente orientamento della Corte regolatrice, l'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato ad interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto in quanto non soccombente su tale, autonomo capo della decisione (cfr. Cass. civ., SS.UU., n. 21260/2016). E che, conseguentemente, anche l'Adunanza Plenaria - osservando che con la predetta sentenza sono state condivise le conclusioni cui erano pervenute le Sezioni semplici del Consiglio di Stato, ma non i relativi presupposti basati sul concetto di abuso del processo, affermandosi invece che la questione di giurisdizione costituisce un capo della pronuncia in ordine al quale si individua una parte vittoriosa e una parte soccombente - ha ribadito, ai sensi dell'art. 99, comma 5, cod. proc. amm., che "la parte risultata vittoriosa di fronte al tribunale amministrativo sul capo di domanda relativo alla giurisdizione non è legittimata a contestare in appello la giurisdizione del giudice amministrativo" (cfr. Cons. Stato, A.P., n. 4/2017).

Peraltro, le conclusioni cui si giunge nel caso in esame sono le stesse anche nella prospettiva della valutazione dell'abuso di diritto.

Infatti, nella vicenda in esame non sembra esservi stato alcun comportamento abusivo da parte dell'Università, posto che essa non ha adito il giudice del lavoro per poi contestarne la giurisdizione, ma è stata convenuta in giudizio dal personale sanitario per il pagamento di pretese retributive, e poi, nel corso del predetto giudizio, ha chiamato in causa l'Azienda al fine di renderla parte nel giudizio e, dunque, per far sì che una eventuale sentenza sfavorevole di condanna fosse opponibile anche nei suoi confronti.

Quanto alla tesi secondo la quale ormai si sarebbe formato il giudicato tanto sulla giurisdizione del giudice civile, quanto sul rapporto sostanziale tra Università ed Azienda, occorre precisare che oggetto del presente giudizio, diversamente da quello già svoltosi dinanzi al giudice ordinario, è il rapporto "di provvista" per il pagamento delle pretese retributive dei dipendenti.

Ed al riguardo è stato affermato che "rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia tra una università e (...) una unità sanitaria locale per la restituzione in sede di rivalsa dei fondi utilizzati dalla prima per il

pagamento, in forza di sentenza passata in giudicato, ai dipendenti delle cliniche universitarie dell'indennità di cui all'art. 31 d.P.R. 20 dicembre 1979 n. 761, volta ad equiparare il trattamento economico del personale universitario a quello sanitario ospedaliero" (cfr. Cass. civ., SS.UU., n. 8953/2007).

Infatti, in simili casi, come puntualizzato anche nella sentenza appellata, si controverte in materia di esecuzione di convenzione tra pubbliche amministrazioni per la gestione di pubblici servizi - rappresentati dal servizio sanitario, di competenza della Azienda Sanitaria, e dal servizio di istruzione superiore universitaria, congiuntamente forniti da personale universitario nelle cliniche universitarie convenzionate con il S.S.N. - attuata ai sensi dell'art. 15, della legge 241/1990 e per il quale si applica l'art. 133, comma 1, lettera a), n. 2, cod. proc. amm., che riserva alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie in materia di "formazione, conclusione ed esecuzione degli accordi integrativi o sostitutivi di provvedimento amministrativo e degli accordi fra pubbliche amministrazioni".

Il rapporto di provvista costituisce evidentemente un rapporto distinto da quello intercorrente tra l'Università e i suoi dipendenti, oggetto del giudizio definito dal giudice ordinario.

In quest'ultimo, infatti, si è esaminata soltanto la fondatezza della domanda proposta dal personale sanitario nei confronti dell'Università (e, in seguito alla chiamata in causa, dell'Azienda) per il pagamento dell'indennità di equiparazione, mentre mai è stata esaminata dal giudice ordinario la domanda di manleva (e, d'altronde, ciò sarebbe stato precluso dall'art. 133 cod. proc. amm.). Nei confronti di detta domanda, non essendo configurabile alcuna reiezione implicita, non è, dunque, nemmeno possibile affermare che si sia formato il giudicato.

5. Con il secondo motivo di appello, viene dedotta la violazione dell'art. 2909 c.c. e dell'art. 346 c.p.c.

L'Azienda sostiene che la mancata riproposizione da parte dell'Università della domanda di manleva nell'ambito del giudizio di rinvio dinanzi alla Corte d'Appello di Firenze avrebbe dovuto essere ritenuta dal TAR alla stregua di una rinuncia al diritto o, quanto meno, di una rinuncia all'azione e che, comunque, lo stesso TAR avrebbe dovuto rilevare una reiezione implicita della domanda di manleva nella pronuncia di rigetto del ricorso (da parte, sia del Tribunale che della Corte di Appello di Firenze, nelle fasi processuali precedente al giudizio di rinvio).

5.1. Anche tale motivo è infondato.

Ai sensi dell'art. 346 c.p.c. "le domande e le eccezioni non accolte nella sentenza di primo grado, che non sono espressamente riproposte in appello, si intendono rinunciate".

Da detta disposizione discende che, quando la sentenza di primo grado manchi di statuire su una delle domande introdotte in causa (e non ricorrono gli estremi di una sua reiezione implicita, né risulta che la stessa sia rimasta assorbita dalla decisione di altra domanda da cui dipenda: cfr. Cass., n. 4628/2002 e n. 9619/1999) deve riconoscersi alla parte la facoltà di far valere tale omissione in sede di gravame, ovvero, in alternativa, di riproporre - come appunto nel caso oggi in esame - la domanda in separato giudizio, considerato che la rinuncia implicita alla domanda stessa di cui all'art. 346 c.p.c., per non avere denunciato quell'omissione in appello, ha valore processuale e non anche sostanziale.

Con la conseguenza che, stante detta facoltà di scelta, nel separato giudizio non è opponibile il giudicato derivante dalla mancata impugnazione della sentenza

per omessa pronuncia (cfr. Cass., n. 11356/2006; n. 7917/2002; n. 10029/1998; n. 3260/1995 - citt.).

Non può, dunque, trovare accoglimento la tesi dell'appellante secondo cui, dalla mancata riproposizione da parte dell'Università della domanda di manleva nell'ambito del giudizio di rinvio celebratosi dinanzi alla Corte d'Appello di Firenze, se ne sarebbe dovuto desumere una rinuncia all'azione o, addirittura, al diritto. Occorre sul punto precisare come la rinuncia alla domanda non vada confusa con la rinuncia all'azione atteso che, nel primo caso, si può parlare di estinzione del processo, cui consegue una pronuncia meramente processuale, potendo essere la domanda riproposta nel caso in cui siano ancora aperti i termini per far valere in giudizio la pretesa sostanziale; la rinuncia all'azione comporta, invece, una pronuncia con cui si prende atto di una volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta in giudizio, con la conseguente inammissibilità di una riproposizione della domanda: in quest'ultimo caso, la decisione implica una pronuncia di merito, cui consegue l'estinzione del diritto di azione, dato che il giudice prende atto della volontà del ricorrente di rinunciare alla pretesa sostanziale dedotta nel processo.

Alla luce di quanto sopra, la mancata riproposizione da parte dell'Università di Firenze della domanda di manleva nell'ambito del giudizio di rinvio configura un caso di rinuncia alla domanda, che dunque ben poteva essere azionata in separato giudizio.

Né può sostenersi che il TAR avrebbe dovuto rilevare una reiezione implicita della domanda di manleva dalle pronunce di rigetto del ricorso nelle fasi processuali precedenti al giudizio di rinvio.

Infatti, il giudice del lavoro, sia in primo che in secondo grado, aveva ritenuto infondate le pretese del personale sanitario, rigettando il ricorso. Tali pronunce, pertanto, hanno impedito che il giudice potesse pronunciarsi, ancorché implicitamente, sui fatti costitutivi (in sostanza: il rapporto "di provvista") della distinta e subordinata domanda proposta dall'Università nei confronti dell'Azienda odierna appellante.

6. Attraverso il terzo motivo di appello, infine, l'Azienda lamenta che il TAR avrebbe, contraddittoriamente, ritenuto rinunciata con valenza esclusivamente processuale (e, dunque, non implicitamente rigettata) la domanda proposta dall'Università nei confronti dell'Azienda, salvo poi ritenere coperta da giudicato, anche nei confronti dell'Azienda, l'accertamento del diritto del personale sanitario alle indennità.

Da ciò, secondo l'Azienda, la necessità che essa venga ammessa ad eccepire in questa sede tutte le questioni che avrebbe potuto eccepire nei confronti del personale.

6.1. Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

Come già precisato, la domanda di manleva proposta dall'Università nei confronti dell'Azienda, non essendo stata mai esaminata nel corso del giudizio ordinario (per via del rigetto del ricorso nelle fasi antecedenti al rinvio e perché rinunciata nella fase successiva), non è idonea a passare in cosa giudicata.

Nondimeno, è evidente che l'Azienda, a seguito della chiamata in causa da parte dell'Università, abbia assunto il ruolo di parte in tutti i gradi e le fasi del giudizio civile conclusosi con l'accoglimento della domanda del personale. E che, quindi, nel corso di tale giudizio, in quanto terzo chiamato in causa dal convenuto, essa era legittimata a prendere posizione e formulare richieste sul merito delle

domande formulate dai ricorrenti, così come avrebbe potuto contestare la pretesa dell'Università di essere tenuto indenne e manlevato sulla base del rapporto "di provvista".

Ne deriva l'infondatezza del motivo in esame, nella parte in cui si sostiene che la pronuncia sui diritti del personale non possa trovare applicazione anche nei confronti dell'Azienda.

Risultano invece ammissibili (non essendo coperte dal giudicato) tutte le eccezioni relative al rapporto di "provvista", vale a dire le questioni relative alla esecuzione della convenzione tra l'Azienda e l'Università.

Tuttavia, le questioni concretamente sollevate dall'Azienda nel ricorso di appello hanno tutte ad oggetto la pretesa degli originari ricorrenti, essendo mirate a ridiscutere la soluzione prescelta dalla Corte di Appello di Firenze, nell'*an* e nel *quantum*.

E dunque, in detta parte il motivo è inammissibile, poiché la messa in discussione della spettanza ai dipendenti dell'indennità di equiparazione si scontra con il vincolo del giudicato, e comunque esula dalla giurisdizione di questo giudice, trattandosi di questione rientrante nella giurisdizione dell'A.G.O. in materia di rapporto di lavoro dei dipendenti pubblici c.d. "contrattualizzati".

7. In conclusione, l'appello deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile.

Le spese del grado del giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) in parte respinge ed in parte dichiara inammissibile l'appello in epigrafe, nei sensi indicati in motivazione.

Condanna l'Azienda Ospedaliero Universitaria Careggi al pagamento in favore dell'Università degli Studi di Firenze della somma di euro 2.000,00 (duemila/00), oltre agli accessori di legge, per spese del grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Giorgio Calderoni, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 03 SET. 2018.