

Cassazione Civile sentenza n. 8982/14

Omissis

Svolgimento del processo

La Corte di Appello di Firenze, riformando la sentenza del Tribunale di Grosseto, rigettava la domanda di ---, proposta nei confronti dell'Azienda USL n. (OMISSIS) di ----- e diretta ad ottenere la declaratoria del suo diritto a conservare il posto e le funzioni di direzione dell'Unità di Oculistica con ogni effetto giuridico ed economico e facoltà di esercizio della libera professione extra moenia.

A base del decisum la Corte del merito poneva la fondante considerazione secondo la quale la circostanza che il ----, nominato primario e preposto alla direzione del reparto fin dal 1 luglio 1995, non poteva ritenersi in quanto vincitore di concorso nazionale, solo per questo estraneo alle modifiche legislative introdotte dal D.Lgs. n. 229 del 1999 e da quelle regionali. Tanto perché, secondo la Corte del merito, non solo l'impianto complessivo di detta legislazione non distingueva fra dirigenti designati in base a concorso nazionale e dirigenti nominati successivamente, ma anche perché lo impediva l'analisi delle specifiche disposizioni.

In particolare la Corte territoriale rilevava che avendo il ---- dichiarato, con atto dell'11 marzo 2000, di non optare per il rapporto in esclusiva, egli doveva reputarsi, per effetto del combinato disposto del D.Lgs. n. 49 del 2000, art. 1, comma 4 e del D.Lgs. n. 229 del 1999, art. 15 quinquies, comma 7, decaduto dalla preposizione alla struttura con conseguente infondatezza della domanda.

Avverso questa sentenza il ----- ricorre in cassazione sulla base di cinque motivi di censura, illustrati da memoria.

Resiste con controricorso l'Azienda intimata.

Motivi della decisione

Con il primo motivo il ricorrente deduce violazione e/o falsa applicazione dell'art. 11 preleggi (irretroattività della legge) attesa l'inapplicabilità al caso di specie ratione temporis del regime d'incompatibilità fra incarico primario ed esercizio della libera professione extra moenia introdotto dai D.Lgs. n. 229 del 1999 e D.Lgs. n. 49 del 2000, nonché della L.R. Toscana n. 40 del 2005, art. 59.

In particolare sostiene, tra l'altro, il ricorrente che dello stesso D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 quinquies, comma 5, sull'obbligatorietà del rapporto di lavoro esclusivo dei dirigenti sanitari, introdotto dal D.Lgs. n. 229 del 1999, deve ritenersi implicitamente abrogato dalla regola opposta, introdotta successivamente dal D.L. n. 81 del 2004, art. 2 septies, comma 1, convertito nella L. n. 138 del 2004, secondo cui la non esclusività del rapporto di lavoro non preclude la direzione di strutture semplici e complesse.

Deduce, altresì, il ricorrente che erroneamente la Corte del merito applica retroattivamente la norma abrogata in assenza di qualsivoglia disposizione di legge circa la sua efficacia retroattiva.

Con la seconda censura il ricorrente denuncia violazione e/o falsa applicazione della L.R. Toscana n. 40 del 2005, art. 59, comma 1, inapplicabile ai primari ospedalieri a tempo indeterminato vincitori di concorso.

Prospetta al riguardo il ricorrente che la legge regionale denunciata si riferisce solo agli incarichi di direzione conferiti dopo l'entrata in vigore della legge stessa e, stante il richiamo contenuto nello stesso art. 59 agli incarichi di cui al presente titolo, a quelli direttivi temporanei ex D.Lgs. n. 229 del 1999.

Con il terzo motivo il S. assume violazione e/o falsa applicazione del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 quater, come modificato dal D.L. n. 81 del 2004, convertito in L. n. 138 del 2004, nonché omessa e contraddittoria motivazione su un punto di fatto rilevante nella controversia.

Prospetta in proposito il ricorrente che erroneamente la Corte del merito ha ritenuto la regola, ex D.L. n. 81 del 2004, convertito in L. n. 138 del 2004 secondo la quale la non esclusività del rapporto di lavoro non preclude la direzione di strutture semplici e complesse, derogata dalla legge regione Toscana che avrebbe ripristinato il regime d'incompatibilità.

Denuncia, inoltre, il ---- che la Corte di Appello "ignora" che egli ha espresso opzione per il rapporto non esclusivo, ed afferma erroneamente che sarebbe l'unico caso e che vi sarebbe stata decadenza alla data 15 marzo 2000, non tenendo conto che il la preposizione non era continuata in via di fatto, ma secondo diritto.

Con la quarta critica il ricorrente allega vizio di ultra petizione.

Al riguardo afferma che la ritenuta decadenza alla data del 15 marzo 2000 non era stata dedotta da controparte.

Con la quinta censure il ---- allega rilevanza e non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del D.Lgs. n. 502 del 1992, art. 15 quinquies, comma 5, come successivamente modificato per contrasto con gli artt. 3, 32, 41 e 76 Cost., nonché della L.R. Toscana n. 40 del 2005, art. 59, comma 1 e L.R. Toscana n. 67 del 2005, art. 6.

I motivi, che in quanto strettamente connessi dal punto di vista logico e giuridico vanno trattati unitariamente, sono infondati.

Mette conto - innanzitutto osservare - che la ratio decidendi fondante, su cui si basa la sentenza impugnata, è rappresentata dal rilievo secondo il quale avendo il ---- dichiarato,

con atto dell'11 marzo 2000, di non optare per il rapporto in esclusiva, egli doveva reputarsi, per effetto del combinato disposto del D.Lgs. n. 49 del 2000, art. 1, comma 4 e del D.Lgs. n. 229 del 1999, art. 15 quinquies, comma 7, decaduto dalla preposizione alla struttura non potendo il successivo mantenimento, per effetto di provvedimenti d'urgenza, della responsabilità del reparto valere ai fini dell'applicabilità della successiva legislazione.

Ciò comporta che, nella specie, la Corte del merito non applica retroattivamente una disciplina legislativa abrogata, ma quella vigente al momento della originaria domanda giudiziale, risalente al 2000.

Conseguentemente avendo la Corte territoriale basato correttamente il proprio dictum in relazione alla disciplina applicabile *ratione temporis* con riferimento al fatto dedotto in giudizio, non vi è questione, e di violazione dell'art. 11 preleggi, e di abrogazione, ex D.L. n. 81 del 2004, convertito nella L. n. 138 del 2004, del regime d'incompatibilità fra incarico primario ed esercizio della libera professione *extra moenia*, di cui ai D.Lgs. n. 229 del 1999 e D.Lgs. n. 49 del 2000, nonché di reintroduzione dalla L.R. Toscana n. 40 del 2005, ex art. 59, di detto regime d'incompatibilità.

Nè può ritenersi che il mantenimento della responsabilità dell'unità da parte del S., avvenuta per effetto dell'esecuzione di provvedimenti d'urgenza resi nel presente procedimento, possa determinare l'inapplicabilità della legge vigente al momento della domanda, in quanto trattandosi di situazione di fatto determinatasi *ope iudicis*, la stessa certamente non può comportare l'applicazione di leggi successive con un effetto retroattivo non previsto rispetto al tempo in cui il diritto è fatto valere.

D'altro canto deve ritenersi che l'incompatibilità fra incarico primario ed esercizio della libera professione *extra moenia*, di cui ai D.Lgs. n. 229 del 1999 e D.Lgs. n. 49 del 2000, riguarda anche i dirigenti, quali il ----, nominati a seguito di concorso nazionale non trovando alcun riscontro testuale, nella richiamata disciplina legislativa, la tesi secondo la quale, ai fini di cui trattasi, vi è distinzione fra dirigenti designati in base a concorso nazionale e dirigenti nominati successivamente.

Neppure può assumersi che la Corte del merito sia andata *ultra petita* per aver affermata la decadenza dalla preposizione della struttura non dedotta dalla controparte.

In materia di procedimento civile, infatti, sussiste vizio di *ultra* o *extra* petizione ex art. 112 c.p.c., quando il giudice pronunzia oltre i limiti della domanda e delle eccezioni proposte dalle parti, ovvero su questioni non formanti oggetto del giudizio e non rilevabili d'ufficio attribuendo un bene non richiesto o diverso da quello domandato; tuttavia tale principio va posto in immediata correlazione con il principio *iura novit curia* di cui all'art. 113 c.p.c., comma 1, rimanendo pertanto sempre salva la possibilità per il giudice, anche di appello, di assegnare una diversa qualificazione giuridica ai fatti e ai rapporti dedotti in lite nonché all'azione esercitata in causa, ricercando le norme giuridiche applicabili alla concreta fattispecie sottoposta al suo esame, e ponendo a fondamento della sua decisione principi di diritto diversi da quelli erroneamente richiamati dalle parti (per tutte V. Cass. 13 dicembre 2010 n. 25140 e Cass. 24 luglio 2012 n. 12943).

Nella specie la Corte territoriale, immutati i fatti dedotti in giudizio, ha applicato le conseguenze previste da una norma giuridica ritenuta operante la fattispecie sottoposta al suo vaglio, sicché non è incorsa nella denunciata violazione dell'art. 112 c.p.c..

Nè coglie nel segno la censura di vizio di motivazione - in quanto la relativa critica si riferisce a circostanze che per un verso, quale l'opzione per il rapporto non esclusivo, risultano ben tenute presenti dalla Corte del merito, e dall'altro non decisive, quali l'unicità del caso sottoposto all'esame del giudice.

Sono, infine, non rilevanti e non manifestamente fondate le sollevate questioni di legittimità costituzionale.

Invero non è ravvisabile alcuna violazione degli artt. 3 e 76 Cost., sotto il profilo del diritto quesito perchè non è ipotizzabile che la mera circostanza di essere stato designato dirigente in base a concorso nazionale vale ad escludere il --- dalla applicabilità di una legge che si riferisce a tutti i dirigenti (Cfr. sentenza n. 86 del 2008 della Corte Cost. secondo cui il regime di esclusività è applicabile anche ai medici in servizio alla data del 31 dicembre 1998). Sarebbe, piuttosto non iscrivibile nel principio di cui all'art. 3 Cost., una diversa interpretazione della disciplina di cui trattasi.

Del resto nella presente fattispecie, come già rilevato, non viene in questione l'applicazione della L.R. Toscana n. 40 e L.R. Toscana n. 67 del 2005.

Nè è ravvisabile nel regime di esclusività una lesione del diritto alla salute di cui all'art. 32 Cost., ovvero del principio della libertà d'iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., tenuto anche conto che il giudice delle leggi nella sentenza n. 181 del 2006, pronunciata nell'ambito di questione di costituzionalità sollevata nel presente processo, ha rilevato che nel quadro di una evoluzione legislativa diretta a conferire maggiore efficienza, anche attraverso innovazioni del rapporto di lavoro dei dipendenti, all'organizzazione della sanità pubblica così da renderla concorrenziale con quella privata non appare irragionevole la previsione di limiti all'esercizio dell'attività libero- professionale da parte dei medici del Servizio sanitario nazionale e ciò anche in ragione del fatto che la denunciata - e comunque indiretta - limitazione all'esercizio della libera professione risulta peraltro frutto di una precisa scelta del medico (Cfr. anche la sentenza n. 330 del 1999 della Corte Cost. secondo cui la previsione di limiti all'esercizio dell'attività libero- professionale nelle forme dell'extra moenia, da parte dei medici del Servizio sanitario nazionale, non appare irragionevole).

In conclusione il ricorso va rigettato.

Le spese del giudizio di legittimità seguono la soccombenza.

P.Q.M.

La Corte rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese del giudizio di legittimità liquidate in Euro 100,00 per esborsi ed Euro 4000,00 per compensi oltre accessori di legge.

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio, il 11 marzo 2014.

Depositato in Cancelleria il 17 aprile 2014

