



**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 Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2985 del 2011, proposto da:  
Carmela Caliendo, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Funari, con domicilio  
eletto presso Antonio Funari in Roma, piazza Acilia, 4;

***contro***

Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Maria Privitera,  
domiciliata per legge in Roma, via Marcantonio Colonna N. 27; Azienda Sanitaria  
Locale Roma F (Ex Rm/21 e Rm/22), rappresentata e difesa dall'avv. Bruno  
Mammone, con domicilio eletto presso Bruno Mammone in Roma, largo  
Strindberg N.39/16;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS n. 20917/2010, resa  
tra le parti, concernente REINQUADRAMENTO NELLA QUALIFICA  
FUNZIONALE DI OPERATORE PROFESSIONALE DI PRIMA  
CATEGORIA E RECUPERO SOMME

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Lazio e di Azienda Sanitaria Locale Roma F (Ex Rm/21 e Rm/22);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2011 il Cons. Alessandro Palanza e uditi per le parti gli avvocati Funari e Privitera;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. La signora Carmela Caliendo impugna la sentenza n. 20917/2010 che ha rigettato i ricorsi per l'annullamento del provvedimento (delibera n. 1849 del 1° settembre 1995) con cui l'Azienda Usl RM/F ha rettificato la posizione funzionale della dipendente, inquadrandola nella qualifica funzionale di operatore professionale di prima categoria e della determinazione con la quale la predetta Amministrazione ha disposto il recupero delle somme illegittimamente erogate (per effetto del suo precedente, ed erroneo, collocamento in una posizione superiore a quella effettivamente spettante).

2. La sentenza è basata sul rilievo che il massofisioterapista non è compreso fra le figure professionali per le quali l'art. 57 del D.P.R. n. 348/83 aveva disposto, in sede di prima applicazione delle nuove norme contrattuali, l'inquadramento nel sesto livello retributivo, e che tale difformità di trattamento è giustificata dalla diversità dei requisiti culturali e professionali richiesti per i (veri e propri) terapisti della riabilitazione – da un lato – e i massofisioterapisti, dall'altro

(mentre per i secondi basta la frequentazione di un corso e il diploma di scuola media inferiore, i primi devono “uscire” da scuole speciali alle quali non si è ammessi se non si è in possesso di un diploma di livello ben più elevato). Infatti – nel precedente ordinamento – tali figure professionali espressamente erano pacificamente equiparate agli infermieri professionali, mentre i massofisioterapisti (vigente, appunto, il D.P.R. n. 761/79) lo erano ai semplici infermieri generici. La ASL ha operato uniformandosi, con piena autonomia e con atto motivato ai rilievi mossi dalla Regione al precedente inquadramento, concordemente ritenuto illegittimo. Quanto al ricorso avverso al conseguente recupero di somme, la sentenza del T.A.R. fa presente che il recupero è atto dovuto conseguente all’annullamento (con effetti “ex tunc”) del provvedimento sulla cui base erano stati erogati emolumenti non dovuti. La buona fede dell’interessata deve ritenersi priva di rilevanza nei confronti di atti amministrativi privi di qualsiasi discrezionalità. Inoltre il recupero delle somme è disposto in modo da non incidere eccessivamente sulle condizioni di vita dell’interessata.

3. L’appellante deduce :

- errata interpretazione da parte del T.A.R. dell’articolo 57, comma 1, del D.P.R. n. 348 del 1983 secondo il quale “Il personale del ruolo sanitario con funzioni di riabilitazione, operatori professionali di prima categoria (terapisti, massaggiatori non vedenti , ortottisti, logopedisti), in servizio alla data di stipula del presente accordo è inquadrato nel 6° livello retributivo”. In particolare l’appellante sostiene che detta norma, inquadrando nel sesto livello retributivo i massaggiatori non vedenti “postula di per se stessa che al massofisioterapista compete una maggiore

ampiezza professionale e operativa e quindi una maggiore retribuzione”; inoltre, “anche da un punto di vista sistematico, non sussistono dubbi sulla sostanziale equiparazione tra la figura professionale del massofisioterapista e quella degli altri operatori con funzioni di riabilitazione espressamente previsti dalla norma in esame”; conseguentemente, la sentenza del T.A.R. è incorsa anche in violazione e falsa applicazione dell’articolo 68, comma 7, del D.P.R. n. 384/1990, che espressamente si richiama al predetto articolo 57, comma 1 del D.P.R. n. 348/1983, erroneamente interpretato dal T.A.R.;

- eccesso di potere per contraddittorietà dei provvedimenti regionali. Con il provvedimento impugnato la Regione ha affermato tassativamente che la qualifica di massofisioterapista non è compresa fra quelle contemplate dall’articolo 57, primo comma, del D.P.R. n. 348/1983 e che pertanto nei confronti dell’interessata non poteva essere applicata tale norma né conseguentemente l’articolo 68, comma 7, del D.P.R. n. 384/1990, mentre, con delibera della Giunta n. 9658 del 10 novembre 1992, aveva confermato l’inquadramento della signora Caliendo nel settimo livello retributivo ai sensi del D.P.R. n. 384/1990 (limitandosi a disporre una modifica della sua decorrenza);

- violazione dell’articolo 6 del CCNL comparto sanità n. 99/01, che garantisce la conservazione del trattamento economico dei dipendenti che subiscano riduzioni della propria idoneità fisica al lavoro;

- indebita mancata considerazione della decisione presa dal Tribunale penale di Roma, che ha riconosciuto il diritto della signora Caliendo al 7° livello retributivo;

- incongruità della condanna della ricorrente alle spese giudiziali, per il recupero delle quali, peraltro, Azienda sanitaria locale ha “financo travalicato il limite di legge che impedisce le trattenute superiori al quinto degli stipendi”.

4. Si sono costituite la regione Lazio e l’ASL RM F, sostenendo l’infondatezza dell’appello.

5. La causa è passata in decisione nell'udienza del 21 ottobre 2011.

6. L'appello non è fondato.

6.1. Il giudice di primo grado ha correttamente ritenuto non applicabile all'odierna appellante la disposizione dell'articolo 57, primo comma, del D.P.R. n. 348 del 1983, non comparando la figura del massofisioterapista fra quelle espressamente menzionate dalla stessa. L'opposta interpretazione sostenuta nell'appello non può validamente fondarsi sull'affermazione della “sostanziale equiparazione fra la figura professionale del massiofisioterapista e quella degli altri operatori con funzioni di riabilitazione espressamente previsti dalla norma in esame”, poiché, come già rilevato da questo Consiglio in analogo giudizio (Sezione quarta, sentenza n.1897/2007), **il “massiofisioterapista svolge attività di riabilitazione non in senso stretto, ma in senso lato,** con ciò differenziandosi dagli operatori espressamente contemplati dal citato art. 57”; inoltre, i diversi requisiti culturali e professionali richiesti per i terapisti della riabilitazione da un lato e per i massofisioterapisti dall'altro giustificano pienamente il differenziato trattamento operato dal legislatore. Né argomenti a favore della tesi dell'appellante possono trarsi dalla presenza, fra le figure elencate nell'articolo 57, dei massaggiatori non vedenti, il cui inquadramento più favorevole è da porre in relazione con il particolare status di questi operatori.

6.2. Anche il secondo motivo di gravame risulta privo di valore. Non vi è dubbio, infatti, che negli atteggiamenti della Regione sull'inquadramento della signora Caliendo si riscontrano delle contraddittorietà, non avendo subito la Regione rilevato l'erroneità dell'inquadramento operato dalla ASL, ma resta incontestabile che la pubblica Amministrazione è tenuta a correggere i propri comportamenti, quando li riscontri non conformi alle disposizioni di legge.

6.3. Nessuna rilevanza, ai fini della valutazione della pretesa dell'appellante, può essere riconosciuta a norme (come l'invocato "articolo 6 del CCNL n. 99/01") contenute in contratti collettivi nazionali posteriori all'applicazione dell'articolo 57 del D.P.R. n. 348/1983.

6.4. Nessun argomento a favore dell'appellante può essere tratto dalla sentenza di dichiarazione di "non luogo a procedere" emessa nel giugno 1996 dal giudice delle indagini preliminari del Tribunale di Roma nei confronti della signora Calienda e di vari funzionari pubblici in relazione alle vicende dell'inquadramento della massofisioterapista, in quanto la riconosciuta mancanza di responsabilità penale degli imputati lascia del tutto impregiudicata la competenza del giudice amministrativo per quanto attiene all'interpretazione delle norme che regolano il predetto inquadramento.

6.5. Non è censurabile la condanna della ricorrente alle spese di giudizio da parte del T.A.R., considerato che, in linea di principio, come si desume dall'articolo 92 c.p.c., tali spese seguono la soccombenza; mentre risulta inammissibile in questa sede l'ulteriore doglianza dell'appellante sulle modalità con cui l'Amministrazione ha proceduto al recupero delle spese giudiziali, trattandosi di questione che esula dall'ambito del giudizio di primo grado.

7. L'appello è pertanto respinto e la sentenza del T.A.R. viene confermata con le motivazioni sopra riportate.

8. Si ravvisano, tuttavia, nella vicenda - e in particolare nel non sempre coerente comportamento dell'Amministrazione - giusti motivi per compensare le spese della presente fase del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/02/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)