

**Consiglio di Stato – Sez. V; Sent. n. 1736 del 21.03.2011**

omissis

FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. I bis, con la sentenza n. 1293 del 15 aprile 1998, respingeva il ricorso proposto dai dottori G. S., D. L., M. G., L. D., M. P. V., M. T. S., F. C., V. G. e D. B., medici addetti alla medicina dei servizi, per ottenere il riconoscimento del rapporto di pubblico impiego intercorrente tra essi e la U.S.L. RM/12 e l'inquadramento nelle qualifiche del personale di ruolo della stessa U.S.L.

Il predetto tribunale, infatti, riteneva di dover condividere il consolidato indirizzo giurisprudenziale che, ai fini del riconoscimento in sede giurisdizionale della sussistenza di un rapporto di pubblico impiego, negava rilevanza alla eventuale concreta sussistenza dei cc.dd. indici rilevatori del rapporto stesso in presenza di puntuali disposizioni che ne sanzionassero la invalidità assoluta, qual'era nel caso di specie l'articolo 9 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 (che disciplinava puntualmente le modalità dell'assunzione in servizio presso le unità sanitarie locali, sancendo espressamente la nullità degli atti e dei provvedimenti adottati in violazioni di tali norme); ciò senza contare che, sempre secondo i primi giudici, nell'ambito del servizio sanitario nazionale la funzione medica era assicurata non solo attraverso il rapporto di lavoro dipendente, ma anche attraverso rapporti convenzionali, il che escludeva in radice la fondatezza della pretesa avanzata, tanto più che proprio per il settore della medicina dei servizi solo per effetto dell'articolo 8 della legge 30 dicembre 1992, n. 502, era stata prevista la graduale cessazione delle convenzioni riconducibili ad attività di lavoro dipendente attraverso un complesso procedimento diretto al limitato inserimento dei medici convenzionali dei servizi nei ruoli del personale dipendente.

2. Tutti gli originari ricorrenti hanno ritualmente e tempestivamente impugnato tale sentenza, lamentandone l'erroneità e chiedendone la riforma alla stregua di due sostanziali motivi di gravame, con i quali hanno dedotto, rispettivamente, la violazione e falsa applicazione dell'articolo 48 della legge 23 dicembre 1978, n. 833, dell'articolo 9 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761, e dell'articolo 8, comma 1 bis, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502 (primo motivo), sottolineando la sussistenza di un vero e proprio rapporto di pubblico impiego con l'U.S.L. RM/E (ex U.S.L. RM 12), indicandone tutti gli indici rilevatori ed insistendo quindi per l'accoglimento della loro domanda.

Si è costituita in giudizio l'A.S.L. ROMA E, deducendo l'inammissibilità e l'infondatezza dell'avverso gravame, di cui ha chiesto il rigetto.

3. All'udienza del 3 dicembre 2010 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

4. L'infondatezza dell'appello esime la Sezione dall'esame dell'eccezione di improcedibilità della domanda per sopravvenuta carenza di interesse, timidamente sollevata nella memoria dell'11 novembre 2010 dall'appellata amministrazione sanitaria, che ha precisato di aver provveduto, in applicazione del D. Lgs. 19 giugno 1999, n. 299, all'inquadramento nei propri ruoli, quali dipendenti, dei medici già incaricati a rapporto convenzionale nella medicina dei servizi che avevano optato per il rapporto di lavoro dipendente (giusta delibera n. 2558 del 28 febbraio 2000, in cui peraltro non si rinvergono tutti i nominativi degli appellanti).

4.1. Occorre innanzitutto rilevare che, come correttamente rilevato dai primi giudici, anche questa Sezione ha recentemente precisato che in forza delle disposizioni contenute nell'articolo 9 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 (secondo cui le assunzioni in servizio presso le unità sanitarie



locali possono avvenire solo mediante pubblico concorso, con conseguente nullità degli atti e provvedimenti posti in essere in violazione di tale principio) e nel successivo articolo 73 (che ha previsto la conferma dei rapporti convenzionali in corso all'epoca), non può ammettersi il riconoscimento giudiziario di un rapporto convenzionale come rapporto di pubblico impiego, anche a prescindere dalle peculiari modalità del servizio prestato (C.d.S., sez. V, 25 maggio 2009, n. 3239).

È stato così confermato il peraltro consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, allorquando l'ordinamento sancisce la nullità di un rapporto di pubblico impiego posto in essere in violazione di una norma di legge, ciò preclude al giudice, in assenza del prescritto espletamento del concorso, una decisione che tenga luogo dell'atto amministrativo non posto in essere, anche se la fattispecie concreta sembra coincidere con la fattispecie tipica del pubblico impiego (C.d.S., sez. V, 1° dicembre 1997, n. 1459; sez. IV, 12 marzo 1996, n. 304).

Al riguardo, diversamente da quanto sostenuto dagli appellanti, la previsione contenuta nel comma 1 bis dell'articolo 8 del decreto legislativo 30 dicembre 1992, n. 502 (introdotto dall'articolo 9 del D. Lgs. 7 dicembre 1993, n. 517), secondo cui, potendo l'amministrazione regionale (entro un triennio dall'entrata in vigore della nuova normativa) individuare aree di attività della guardia medica e della medicina dei servizi che, ai fini del miglioramento del servizio, richiedessero l'instaurazione di un rapporto d'impiego, i medici addetti a tale attività alla data del 31 dicembre 1992, titolari di incarico a tempo indeterminato da almeno cinque anni, potevano essere inquadrati a domanda, previo giudizio di idoneità, nel primo livello dirigenziale del ruolo medico in soprannumero, non solo non abroga implicitamente, né rende inapplicabile al caso di specie il principio generale dell'espletamento del concorso pubblico per l'assunzione nelle unità sanitarie locali (mancando in tal senso qualsiasi indizio e per contro trovando tale principio conferma, a tutto voler concedere, proprio nel carattere eccezionale della norma in esame), per quanto essa stessa postula in ogni caso un giudizio di idoneità (che costituisce pur sempre una sorta di valutazione obiettiva circa l'idoneità del medico optante allo svolgimento delle funzioni cui è destinato), quale condizione imprescindibile per l'instaurazione di un rapporto di pubblico impiego.

4.2. Sotto altro concorrente profilo, non merita censura la sentenza impugnata neppure nella parte in cui ha rilevato che la natura libero - professionale dell'attività prestata dai ricorrenti in esecuzione dei rapporti convenzionali ostava al riconoscimento di un rapporto di lavoro subordinato di pubblico impiego, non essendo per contro decisiva la eventuale ricorrenza di alcune situazioni, pur astrattamente riconducibili a prestazioni di lavoro subordinato.

È sufficiente al riguardo ricordare il consolidato indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte di Cassazione (SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9142; 21 ottobre 2005, n. 20344; 4 agosto 1995, n. 8547; sez. lav., 29 luglio 2008, n. 20581; 9 giugno 2009, n. 13236), secondo cui "I rapporti tra i medici convenzionati esterni e le unità sanitarie locali, disciplinati dalla legge 23 dicembre 1978, n. 833, art. 48 e dagli accordi collettivi nazionali in attuazione di tale norma, pur se costituiti in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del servizio sanitario nazionale, dirette a tutela la salute pubblica, corrispondono a rapporti libero professionali "parasubordinati" che si svolgono di norma su un piano di parità, non esercitando l'ente pubblico nei confronti del medico convenzionato alcun potere autoritativo, all'infuori di quello di sorveglianza, né potendo incidere unilateralmente, limitandole o degradandole a interessi legittimi, sulle posizioni di diritto soggettivo nascenti, per il professionista, dal rapporto di lavoro autonomo"; del resto, sempre secondo l'insegnamento della Suprema Corte - la categoria della subordinazione costituisce una specificazione di quella più ampia del lavoro autonomo ed è stata elaborata proprio per distinguere le prestazioni di natura libero - professionale da quelle di lavoro subordinato.



Pertanto anche la presenza di alcuni tratti astrattamente tipici del rapporto di lavoro subordinato non è sufficiente a trasformare il rapporto convenzionale in rapporto di pubblico impiego (C.d.S., sez. V, 16 settembre 1994, n. 1522), tanto più che nella "parasubordinazione" è implicita la presenza (C.d.S., sez. V, 25 maggio 2009, n. 3239) di alcuni degli elementi che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato, come l'inserimento nella organizzazione dell'ente, l'osservanza di vincoli d'orario ed il pagamento periodico.

Pertanto, anche il secondo motivo di gravame non merita favorevole considerazione.

5. Alla stregua delle osservazioni svolte l'appello deve essere respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi, in considerazione della peculiarità della questione e del tempo trascorso, per compensare integralmente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto dai dott. G. S., D. L., M. G., L. D., M. P. V., M. T. S., F. C., V. G. e D. B. avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale, Sez, I bis, n. 1293 del 15 aprile 1998 lo respinge.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Stefano Baccharini, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 21 MAR. 2011.