

**Consiglio di Stato - Sezione V, Sent. n. 3239 del 25.05.2009**

omissis

**Svolgimento del processo**

Con il ricorso in primo grado innanzi al TAR della Toscana gli appellanti, ora dipendenti di ruolo della U.S.L. n. 9 di Grosseto (già ex USL n.28), inquadrati in ruolo ai sensi della Legge n. 207/1985, esposero di avere prestato in precedenza la propria attività lavorativa a vario titolo (assistenti sociali, psicologi, sociologi, fisioterapisti, logoterapisti, periti chimici, infermieri generici, operatori di casafamiglia ed operatori di emodialisi), presso il consorzio Socio-sanitario in forza di convenzioni individuali e che successivamente, per effetto del D.P.G.R.T. n. 492 del 5.6.1980, transitarono alle UU.SS.LL..

Gli appellanti vennero pagati in relazione al numero di ore concordate ed effettuate, previo rilascio di fattura.

Hanno affermato che poiché le mansioni svolte non rivestivano i caratteri del lavoro autonomo ma quelli del pubblico impiego con vincolo di subordinazione, correlazione con i fini istituzionali, con retribuzione predeterminata, continuità ed esclusività, gli appellanti chiesero al TAR Toscana l'accertamento giudiziale della natura del rapporto di impiego.

Secondo gli stessi appellanti le clausole convenzionali che stabilivano il numero di ore lavorative, la definizione dell'orario di servizio da parte dell'Ente, l'attestazione delle ore prestate, il compenso orario, le conseguenze dell'assenza per malattia o per gravidanza e così via, configuravano un rapporto di pubblico impiego.

L'inserimento, poi, nell'organizzazione gerarchica degli Uffici direttamente al soddisfacimento dei fini istituzionali darebbe una ulteriore conferma della natura di pubblico impiego del rapporto.

Tanto questo sarebbe vero, che gli appellanti furono inquadrati in ruolo ai sensi della legge n. 207/85 "dimostrandosi così che le esigenze per le quali si era proceduto alla stipula delle convenzioni... rientravano a pieno fra i fini istituzionali ordinari", donde l'inserimento pieno e stabile dei "convenzionati" nell'organizzazione dell'Amministrazione come anche dimostrarono i corsi di aggiornamento decisi dall'Amministrazione per qualificarli e che avrebbero avuto senso solo se riconducibili ad un processo di formazione permanente, incompatibile con un rapporto di prestazioni d'opera.

Pertanto gli appellanti furono utilizzati per supplire a carenze strutturali di organico donde non solo la riconducibilità al rapporto subordinato di pubblico impiego, ma anche al rapporto di pubblico impiego a tempo indeterminato.

Con la sentenza in epigrafe il TAR Toscana ritenne tuttavia infondato il ricorso.

Con l'odierno appello gli esponenti insistono per l'accoglimento delle loro tesi sostenendo che è incontestabile la natura pubblica dell'ente ed i caratteri distintivi del rapporto di pubblico impiego con vincolo di subordinazione, firma di fogli di presenza, timbratura del cartellino, retribuzione predeterminata sulla base di tariffe orarie, versata mensilmente, esclusività della prestazione.

Poiché i rapporti lavorativi successivamente sono stati trasformati gli appellanti sono stati inquadrati in ruolo ai sensi della legge n.207/1985, ciò dimostrerebbe che le esigenze per le quali si era proceduto alla stipula delle convenzioni trascendevano le limitate necessità per le quali poteva considerarsi lecito per l'amministrazione ricorrere a prestazioni d'opera professionali e rientravano, invece, appieno, tra i fini istituzionali ordinari degli enti deputati all'espletamento dei servizi sociosanitari.



Nè potrebbero avanzarsi obiezioni costituite dalla sussistenza di un qualche ostacolo normativo al riconoscimento della natura di pubblico impiego del rapporto lavorativo formalmente basato sulle convenzioni di diritto privato così come è per le altre categorie (es. personale degli enti locali, art.5 D.L.10 nov. 1978 n.702, convertito nella legge 8 gennaio 1979).

Ed infatti contrariamente a quanto ritenuto dal primo giudice. tale normativa si riferisce solo al personale degli enti locali.

Né il giudice di primo grado ha accertato se ricorrevano i presupposti per riconoscere ai ricorrenti le differenze economiche e previdenziali relative alle reali caratteristiche del loro rapporto con l'amministrazione.

Concludono quindi gli appellanti chiedendo che, in riforma della sentenza impugnata, venga riconosciuto il loro diritto a vedersi riconosciuto lo status giuridico ed economico degli impiegati pubblici non di ruolo dal momento della loro assunzione a convenzione fino al momento del loro inquadramento in ruolo od, in via subordinata, che venga riconosciuto il loro diritto a vedersi regolarizzato il rapporto di lavoro sotto il profilo retributivo e previdenziale.

L'Amministrazione intimata non si è costituita.

La causa è stata trattenuta per la decisione all'udienza del 20.1.2009.

### **Motivi della decisione**

1.Come esposto in fatto il Tribunale amministrativo della Toscana ha respinto il ricorso con il quale gli appellanti (assistenti sociali, psicologi, sociologi, fisioterapisti, logoterapisti, periti chimici, infermieri generici, operatori di casafamiglia ed operatori di emodialisi) avevano chiesto che i rapporti da loro costituiti mediante stipulazione di apposita convenzione, dapprima con il Consorzio Socio Sanitario, poi con la USL, venissero riconosciuti di pubblico impiego.

Gli appellanti sostengono che il Tribunale ha errato nel ritenere insussistente, nelle attività da loro svolte, l'elemento della subordinazione e nel ritenere che le mansioni svolte non rientrassero nei compiti istituzionali del servizio sanitario nazionale ed assumono che le modalità di svolgimento delle prestazioni presentavano tutti gli indici rivelatori del rapporto di lavoro subordinato: orario di servizio, cadenza mensile della retribuzione, inserimento nel rapporto organizzativo dell'ente ecc., elementi che escludono di per sé la natura del lavoro autonomo.

Chiedono quindi gli appellanti che, in riforma della sentenza del primo giudice, venga riconosciuto il loro diritto a vedersi riconosciuto lo status giuridico ed economico degli impiegati pubblici non di ruolo dal momento della loro assunzione a convenzione fino al momento del loro inquadramento in ruolo od, in via subordinata, che venga riconosciuto il loro diritto a vedersi regolarizzato il rapporto di lavoro sotto il profilo retributivo e previdenziale.

2.Le censure dedotte tuttavia non hanno pregio.

3.Osserva in primo luogo la Sezione che in forza delle disposizioni stabilite con l'art. 9 del D.P.R. 20 dicembre 1979, n. 761 (che fissa il principio generale dell'assunzione in servizio presso le U.S.L. tramite pubblico concorso, sancendo la nullità degli atti posti in essere in violazione di esse) e del successivo art. 73 (che ha previsto la conferma dei rapporti convenzionali in corso all'epoca), va esclusa la possibilità del riconoscimento giudiziale di un rapporto convenzionale come rapporto di pubblico impiego, anche a prescindere dalle modalità del servizio prestato.

Cio" sul rilievo che se l'ordinamento sancisce la nullità di un rapporto di impiego pubblico posto in essere in violazione di una disposizione di legge, preclude anche al giudice, in assenza del prescritto espletamento del concorso, una decisione che tenga luogo dell'atto amministrativo non posto in



essere, anche se la situazione sottoposta alla sua attenzione sembra corrispondere alla fattispecie tipica del pubblico impiego (Cons. Stato, Sez.V, 1459 del 1.12.1997; Sez. IV, n. 304 del 12.3.1996).

4.Si aggiunga che la legge di sanatoria, posta deal DPR 207 del 1985, come anche si vedrà più oltre, all'articolo 3 testualmente prevede che al personale inquadrato nei ruoli nominativi regionali viene escluso ogni riconoscimento di anzianità (Cons. Stato, Sez. V, 22 aprile 1996, n. 468; Sez. V, n. 824 del 1998).

5. In ogni caso, come ritenuto esattamente dal giudice di prime cure, nella fattispecie non è dato ravvisare l'esistenza di indici sintomatici utili a dimostrare che l'attività svolta dagli appellanti posseda la natura del lavoro subordinato.

Risulta pacifico in primo luogo che nel periodo considerato le competenze economiche sono state regolarmente corrisposte in relazione al numero delle ore pattuito previa notula professionale e senza alcuna contribuzione di carattere previdenziale ed assistenziale e che gli emolumenti erano determinati previo accordo regionale FLEL-Regione per la stipula ed il rinnovo di convenzioni con operatori non medici recepito dal Consorzio Sanitario e da specifiche convenzioni della stessa USL.

6. La Sezione richiama al riguardo la giurisprudenza di questo Consiglio che ha avuto modo di sottolineare che in un regime di convenzionamento tra U.S.L. e sanitari privati, la presenza di alcuni tratti caratterizzanti propri del lavoro subordinato non è sufficiente a trasformare il rapporto convenzionale in rapporto di pubblico impiego (Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 1994, n. 1522).

Nelle ipotesi di parasubordinazione è implicita infatti la presenza di alcuni degli elementi che caratterizzano il rapporto di lavoro subordinato, come l'inserimento nella organizzazione dell'ente, l'osservanza di vincoli di orario ed il pagamento periodico.

Si tenga conto poi che se il rapporto di collaborazione coordinata e continuativa si protrae per anni, è normale che i tratti distintivi rispetto al lavoro subordinato si attenuino.

Ma ciò, di per sé, non è sufficiente a negare ai rapporti in esame la qualità di rapporti di natura non subordinata.

In particolare, ove non vengano in evidenza elementi certi a sostegno dell'obbligo di esclusività del rapporto e della sussistenza di un rapporto gerarchico tra il professionista convenzionato e l'amministrazione, deve negarsi l'esistenza di un rapporto di pubblico impiego.

7.Nel caso in esame, avuto riguardo ai suesposti principi, la Sezione è dell'avviso che gli elementi dedotti dagli appellanti a sostegno della loro pretesa non sono sufficienti a far ritenere che il rapporto intercorso con il Consorzio prima e poi con la U.S.L. fosse un rapporto di lavoro subordinato.

Deve, in particolare, ritenersi assente sia l'obbligo di esclusività della prestazione, sia il vincolo di subordinazione, inteso come vincolo personale che assoggetta il lavoratore al potere direttivo del datore di lavoro.

Con l'effetto che il rapporto di parasubordinazione, con il correlato inserimento nella organizzazione del servizio sanitario, costituisce sufficiente spiegazione delle modalità concrete del rapporto convenzionale intercorso con l'ente, senza che lo stesso possa essere qualificato come rapporto di natura subordinata.

8.Nemmeno può ritenersi che la situazione possa essere ricondotta alle previsioni dell'art. 2 della legge 18 aprile 1962 n. 230, non solo perché le disposizioni di tale norma non sono applicabili nell'Amministrazione pubblica, ma anche perché vi osterebbe, nel caso specifico, l'art. 5 della legge 8 gennaio 1979 n. 3 che vieta, unitamente alla ricordata disposizione dell'art. 9 del D.P.R. 20.12.1979 n. 761, la costituzione di rapporti di impiego al di fuori delle specifiche procedure previste da disposizioni di legge (Cons. Stato, Sez. V, n. 5076 del 25.9.2000).



9. Gli appellanti ricordano, a fondamento del loro assunto, che l'Amministrazione ha provveduto a inquadrarli, una volta intervenuta la legge 20 maggio 1985, n. 207, nei ruoli regionali del personale delle USL da ciò ulteriormente argomentando la tesi che il rapporto pregresso all'inquadramento rivestiva natura di pubblico impiego.

10. Osserva la Sezione che l'indicata norma faceva decorrere il previsto inquadramento nei ruoli regionali, per i lavoratori che ne possedevano i requisiti, dalla data del provvedimento assunto dalla USL, con esclusione di ogni riconoscimento di anzianità. Questa interpretazione, oltre che desumersi dal dato letterale normativo, è confermata da costante giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. V, n. 672 del 25.10.1989; Sez. V n. 787 del 16.5.1995).

Il richiamo operato dagli appellanti non appare quindi significativo perché il provvedimento di inquadramento non è utile a modificare, nella situazione pregressa, la configurazione giuridica del rapporto su cui l'atto stesso ha tratto fondamento.

11. In conclusione l'appello è infondato e va respinto sia per quanto attiene al riconoscimento del rapporto come pubblico impiego, sia per quanto attiene al riconoscimento di pretese retributive e previdenziali.

12. Le spese e gli onorari, tuttavia, in relazione alla natura del petitum, possono essere compensati.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione Quinta, definitivamente decidendo, respinge l'appello.

Compensa spese ed onorari.

Ordina la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20.1.2009 con l'intervento dei signori Magistrati:  
omissis