

N. [REDACTED] REG.PROV.COLL.

N. [REDACTED] REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 [REDACTED], proposto da [REDACTED], rappresentato e difeso dagli avv. Santi Delia, Michele Bonetti e Umberto Cantelli, con domicilio eletto presso l'avv. Michele Bonetti in Roma, via San Tommaso D'Aquino, 47;

contro

- U.S.L. n. 40 di Taormina, non costituitasi in giudizio;
- Presidenza del Consiglio dei Ministri, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, con domicilio *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I BIS [REDACTED], resa tra le parti, concernente decadenza rapporto pubblico impiego

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2013 il consigliere Bruno Rosario Polito e uditi per le parti l'avv. Cantelli e l'avvocato dello Stato Barbieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso proposto avanti al T.A.R. per il Lazio il dott. Salvatore Sirna – già in servizio presso l' U.S.L. n. 40 di Taormina - impugnava i seguenti provvedimenti:

- nota del Coordinatore Amministrativo della USL n. 40 di Taormina prot. n. 10580 del 28.07.1994, avente ad oggetto: "*rimozione incompatibilità*", con la quale, tra l'altro, era comunicato al ricorrente il non accoglimento delle proprie istanze di inquadramento, ai sensi dell'art. 110 del D.P.R. n. 270 del 1987;

- nota del Commissario Straordinario della USL n. 40 di Taormina, prot. 09766 dell'8.07.1994, avente ad oggetto: "*diffida rimozione incompatibilità*", recante la richiesta di formulare opzione ai sensi dell'art. 4, comma 7, della legge del 30 dicembre 1991, n. 412;

- deliberazione del Commissario Straordinario della U.S.L. n. 40 di Taormina n. 853 del 2 agosto 1994, avente ad oggetto "*Applicazione articolo 4, comma 7, della legge n. 412/1991. Decadenza dal rapporto di impiego*";

- l'art. 110 del DPR n. 270 del 1987, nella parte e nei limiti specificati in ricorso;

- ogni atto presupposto, conseguente e comunque connesso.

A sostegno delle domande di annullamento il ricorrente deduceva che il suo rapporto di lavoro si era svolto nei termini di cui all'art. 110 del D.P.R. n. 270 del 1981, così che, avendo egli mantenuto lo *status* di ex medico condotto ( poi confermato ad esaurimento dall'art. 5 del d.l. n. 415 del 90 convertito con legge n. 58 del 91) non versava nell' ipotesi di incompatibilità introdotta dall'art. 4 della legge n. 412 del 91.

Restava, quindi, fermo il suo pieno diritto all'inquadramento ai sensi dell'art. 110 del D.P.R. n. 270 del 1987, risultando infondata la pretesa dell'Amministrazione all'applicazione della legge n. 412 del 1991, disciplina che non prende in considerazione gli ex medici condotti inquadrati ai sensi del sopracitato art. 110.

Con i provvedimenti impugnati si è quindi imposta al ricorrente una opzione illegittima e lesiva, la cui conseguenza era la rinuncia forzata ad un rapporto di lavoro o la declaratoria di decadenza dall'impiego.

Con sentenza n. 6889 del 2009 il T.A.R. adito respingeva il ricorso.

Il T.A.R., in particolare, a sostegno della pronunzia reiettiva poneva il rilievo che il dott. Sirna per effetto della delibera della U.S.L. di appartenenza n. 275 del 1987, in presenza di opzione per il rapporto di lavoro a tempo definito, lo aveva inquadrato con decorrenza 12 maggio 1987 nella qualifica di assistente medico a tempo definito, con perdita della posizione di *status* di medico condotto e, quindi, con ogni effetto sull'ipotesi di incompatibilità introdotta dall'art. 4 della legge n. 412 del 1991, che non consente la concomitanza fra rapporto convenzionale e rapporto di pubblico impiego.

Avverso detta sentenza il dott. Sirna ha proposto appello ed ha contraddetto le statuizioni del T.A.R., insistendo per la riforma della sentenza gravata in accoglimento delle domande articolate in primo grado.

I sede di note conclusive l'appellante ha fatto richiamo alle sentenze di questa Sezione n. 4653 del 2012 e n. 3640 del 2013 di segno favorevole alle tesi sviluppate in ricorso, emesse in ordine a fattispecie analoga, ed ha articolato nuove domande di reintegrazione in servizio, ricostruzione della carriera e pagamento di somme di danaro.

Si è costituita in giudizio la Presidenza del Consiglio dei Ministri che ha eccepito il difetto di legittimazione passiva per ogni questione che possa coinvolgere il servizio sanitario regionale.

All'udienza del 19 dicembre 2013 il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

2. L'appello è fondato in relazione alle conclusioni in cui è pervenuta la Sezione con sentenza n. 4653 del 2012 – dalle quali il collegio ravvisa di non doversi discostare - in ordine alle posizioni di impiego del tutto analoga di altro medico condotto (dott. Santo Caliri), già in servizio alle dipendenze della U.S.L. ME/40 di Taormina, la cui opzione al rapporto di lavoro a tempo definito era stata accolta, unitamente a quella dell'odierno appellante, con delibera del Comitato di Gestione n. 275/87 del 12 maggio 1987. In prosieguo, con l'entrata in vigore dell'art. 4, comma sette, della legge n. 412 del 1991, non avendo il dott. Caliri ottemperato, su sollecitazione dell'Amministrazione, alla scelta fra rapporto di lavoro dipendente o in medicina convenzionale, era stato parimenti dichiarato decaduto dall'impiego.

Nella sentenza n. 4653 del 2012 è stato, in particolare, statuito:

- che l'art. 28 del d.P.R. n. 348 del 1983 – avente ad oggetto gli “*ex medici condotti ed assimilati*” si è limitato a prevedere l'applicazione alla predetta categoria di personale medico della possibilità di opzione fra “*tempo pieno*” e “*tempo definito*”, peraltro con effetti limitati al periodo di validità del contratto collettivo, senza incidere sulla peculiarità del loro *status*, del cui venire meno non vi è cenno nel testo della norma;

- che l'opzione ermeneutica trova conforto, sul piano sistematico, nel fatto che il menzionato art. 28, in vari commi, stabilisce in dettaglio le specifiche modalità di applicazione del “*tempo definito*” ai medici ex-condotti, per ciò solo differenziandoli o comunque distinguendoli dai colleghi inquadrati nei ruoli ordinari;

- che il d.P.R. n. 348 del 1983 approva e recepisce un contratto collettivo triennale e, quindi, il suo oggetto e i suoi effetti non possono eccedere l'ambito proprio della contrattazione collettiva, come delimitato dall'art. 30 del decreto legislativo n. 761 del 1979, e cioè il trattamento economico e gli istituti normativi correlati, restando esclusa, stante appunto il limite oggettivo della contrattazione collettiva, la possibilità di incidere sullo stato giuridico del personale del comparto.

- che considerazioni analoghe valgono per il successivo d.P.R. n. 270 del 1987, che a sua volta è frutto di un nuovo accordo collettivo triennale e dal cui oggetto esulano ugualmente le norme relative allo stato giuridico; l'art. 110, che specificamente si occupa dei medici ex-condotti, al pari dell'art. 28 del precedente d.P.R., disciplina solamente il trattamento economico e gli obblighi di servizio, ma non innova riguardo allo *status* della categoria di personale interessato.

2.1. Nel presente contenzioso – come posto in rilievo nella sentenza di questa Sezione n. 4653 del 2012 prima richiamata che ha definito una fattispecie analoga – non è stata introdotta i contestazione la questione sull'essenzialità o meno dei medici ex condotti dal regime di incompatibilità previsto dall'art. 4, comma 7, della legge n. 412 del 1991, su cui non si è formato giudicato in senso contrario, ma unicamente se, come statuito dal primo giudice, l'esercizio

dell'opzione fra rapporto di lavoro a tempo definito o a tempo pieno abbia determinato l'effetto della perdita dello *status* di ex medico condotto.

Tale evenienza, per le ragioni esposte al punto 2. della motivazione è, invero, da escludersi.

Da detta premessa segue, come statuito nella sentenza della Sezione n. 4653 del 2012 in precedenza richiamata, l'esclusione del rigido automatismo del regime di incompatibilità dettato dall'art. 4, comma 7, della legge n. 412 agli effetti espulsivi e decadenziali dall'impiego.

Peraltro, avuto riguardo alla gestione del rapporto sul piano fattuale, era poi intervenuta la delibera del Comitato di Gestione n. 110 del 1989, che aveva applicato al dott. Sirna lo *jus superveniens* di cui all'art. 110 del d.P.R. n. 270 del 1987 sul trattamento economico omnicomprensivo degli *ex* medici condotti pari a £. 8.640.000=, con riflesso sul massimale delle scelte di assistenza in rapporto convenzionale differenziato rispetto ai medici generici in rapporto di impiego a tempo definito.

Quanto alla preclusione all'applicazione nei confronti del ricorrente del regime transitorio sullo stato giuridico ed economico dei medici condotti dettato dall'art. 110 del d.P.R. n. 270 del 1987 esso opera, come previsto dalla lettera della norma, nei confronti dei medici "*nei cui confronti alla data del 1° gennaio 2007 siamo stati assunti provvedimenti definitivi ai sensi dell'art. 28 del d.P.R. n. 348/1983*", evenienza che non ricorre nei confronti del dott. Sirna che solo in un momento successivo ha visto definita la propria posizione ai sensi del menzionato art. 28.

Del resto il carattere definitività dell'inquadramento cui fa riferimento il richiamato art. 110 era posta in discussione dalla pendenza di contenzioso avanti al T.A.R. per la Sicilia nei confronti della nota dell' U.S.L. n. 04018 del 12 giugno 1986 che invitava all'esercizio dell'opzione ai sensi dell'art. 28, nota sospesa dal T.A.R. medesimo, mentre solo nel dicembre 1987 la delibera applicativa del regime a tempo definito ha acquisito efficacia per visto dell'organo di controllo (cfr. Cons. St., sez. V, n. 1408 del 12 ottobre 1995).

Per le considerazioni che precedono l'appello va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di primo grado e vanno annullati gli atti con esso impugnato, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'amministrazione ed i diritti consequenziali del ricorrente.

Vanno dichiarate inammissibili le ulteriori questioni sui contenuti ed estremi della *restituito in integrum*, perché esulano dall'originario *petitum* di annullamento e sono state articolate per la prima volta in memoria d'udienza non notificata alla controparte in assenza, quindi, di contraddittorio con riguardo ad ogni aspetto della questione, ivi comprese la determinazione della base retributiva e dell'*aliundeperceptum*.

In ragione della peculiarità della controversia spese ed onorari possono essere compensati fra le parti per i due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in accoglimento del ricorso di primo grado annulla gli atti con esso impugnati, fatti salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma in camera di consiglio il 19 dicembre 2013 e 22 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/04/2014

IL SEGRETARIO

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