

Pubblicato il 05/04/2023

N. 03536/2023REG.PROV.COLL.
N. 09943/2020 REG.RIC.



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 Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9943 del 2020, proposto dal Ministero della difesa, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ex lege* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

contro

la signora *[redacted]*, rappresentata e difesa dagli avvocati *[redacted]*, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. I *bis*, 16 marzo 2020, n. 3269, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della signora *[redacted]*;

Vista l'ordinanza del 27 gennaio 2021, n. 316;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2023 il Cons. Antonella Manzione e uditi per le parti l'avvocato dello Stato Vincenzina Maio e gli avvocati *... e ...*;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Il Ministero della difesa ha impugnato la sentenza segnata in epigrafe, con la quale è stato accolto il ricorso presentato dalla signora *...*, *...* ufficiale medico dell'esercito con il grado di tenente colonnello specializzata in ostetricia e ginecologia, ed annullato il decreto direttoriale del 27 luglio 2017, che ne aveva dichiarato la decadenza dal rapporto di impiego per incompatibilità, ai sensi dell'art. 898, comma 2, del decreto legislativo 15 marzo 2010, n. 66 (Codice dell'ordinamento militare - C.o.m.), con contestuale cessazione dal servizio permanente effettivo a decorrere dal 28 dicembre 2016, ai sensi dell'art. 923, comma 1, lettera l), del medesimo Codice; con motivi aggiunti era stato impugnato anche il provvedimento in data 28 dicembre 2017, confermativo degli atti già impugnati col ricorso principale.

1.1. L'incompatibilità era stata ricondotta dall'Amministrazione all'accertata stipula di una convenzione con l'Azienda U.S.L. Toscana sud est, che trasformava in a tempo indeterminato un precedente impegno a tempo determinato, nel limite di 15 ore ambulatoriali settimanali da svolgere presso la zona Val di Chiana, cui si aggiungevano ulteriori 4 ore quindicinali presso il consultorio di Gaiole in Chianti. L'attività *de qua* era stata accertata a seguito di segnalazione da parte del Dipartimento della Funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri nel

periodo in cui l'appellata prestava servizio presso il 44° battaglione di sostegno telecomunicazioni "Penne" di Roma.

2. A sostegno dell'appello l'Amministrazione ha articolato un unico motivo di ricorso, lamentando violazione degli artt. 894, 896, 898 e 210 del C.o.m.: a suo avviso il primo giudice avrebbe errato nel qualificare come autonomo il rapporto di lavoro in regime di convenzione instaurato dall'ufficiale medico con l'Azienda U.S.L., così escludendo l'operatività del regime delle incompatibilità. Così opinando, il medico militare che svolga altrove la propria attività professionale, sarebbe esente da qualsivoglia forma di controllo preventivo da parte dell'Amministrazione di appartenenza, seppure sfori il limite settimanale delle 48 ore lavorative imposto dal d.lgs. n. 66 del 2003.

3. La signora XXXXXXXXXXXX ha resistito al gravame, chiedendone il rigetto, e con memoria versata in atti il 21 gennaio 2021, dopo aver ricostruito la propria carriera all'interno del Corpo sanitario dell'esercito italiano, ha insistito sulla natura libero professionale dell'attività di specialista ambulatoriale convenzionata con il S.S.N., come tale autorizzata *ex lege* dall'art. 210 del C.o.m., purché espletata al di fuori dell'orario di servizio, circostanza questa confermata anche dal nucleo ispettivo della Guardia di finanza incaricato delle verifiche.

4. Con l'ordinanza n. 316 del 2021 la Sezione ha respinto l'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, avanzata incidentalmente dalla difesa erariale, non ritenendo possibile *prima facie* «*trascendere dalla affermata portata derogatoria del regime delle incompatibilità declinata per i medici militari nell'art. 210 del d.lgs. del d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66*».

4.1. Con ulteriore memoria del 27 gennaio 2023 l'appellata ha insistito sulla natura ontologicamente disciplinare della decadenza comminatale,

anche per tale aspetto illegittima, giusta l'insistenza in motivazione sull'inosservanza del limite orario settimanale di 48 ore complessive stabilito dall'art. 4 del d.lgs. n. 66 del 2003, senza tenere conto che la norma non troverebbe applicazione al caso di specie, a maggior ragione laddove non ne sia stato accertato in concreto l'impatto negativo sul rendimento della dipendente. Ha infine sottolineato i profili discriminatori, asseritamente anche di genere, dell'approccio seguito nei suoi confronti, rispetto ad altre analoghe situazioni, nelle quali si sarebbe tollerato lo svolgimento di attività medico convenzionata da parte del personale militare.

5. La causa, chiamata per la discussione alla pubblica udienza del 28 febbraio 2023, è stata ivi trattenuta in decisione.

DIRITTO

6. L'appello è infondato.

7. Prima dell'entrata in vigore del Codice dell'ordinamento militare, l'autorizzazione all'esercizio dell'attività libero-professionale dei medici militari veniva desunta, in via implicita, dal quadro normativo vigente, in considerazione della particolare rilevanza degli interessi che essa mira a soddisfare, identificati nella necessità di non privare la collettività del relativo contributo operativo e nel contempo garantire all'Amministrazione di appartenenza un importante canale di formazione ed arricchimento di competenze da parte dei propri dipendenti.

7.1. Pur in assenza di una disposizione di legge espressamente derogatoria all'obbligo di esclusività del pubblico impiego sancito dall'art. 98 della Costituzione -declinato dapprima nell'art. 60 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3, indi nell'art. 53 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165- la facoltà per gli ufficiali medici di esercitare la libera professione veniva

desunta dal r.d. 17 novembre 1932, n. 2544 (Regolamento sul servizio sanitario territoriale militare), e dal regolamento di disciplina, ivi richiamato.

7.2. Nelle more della regolamentazione dei rapporti fra sanità civile e militare, prevista dall'art. 11 della legge n. 833 del 1978, istitutiva del Servizio sanitario nazionale proprio allo scopo di addivenire ad un'effettiva integrazione, anche logistica, fra i due sistemi, consentendo la piena utilizzazione finanche delle strutture sanitarie militari a vantaggio della comunità civile, il d.P.R. 13 agosto 1981 -che ha reso esecutivo l'Accordo collettivo nazionale per la regolamentazione dei rapporti con i medici di medicina generale, ai sensi dell'art. 48 della richiamata l. n. 833/1978- ha consentito ai medici militari di iscriversi, con uno specificato massimale, negli elenchi dei medici convenzionati con le Unità sanitarie locali (norma transitoria n. 2, comma 2).

7.3. L'interpretazione del quadro normativo esistente era univoca nel senso del riconoscimento della possibilità di esercizio dell'attività professionale sia libera che convenzionata al medico militare, in quanto si riteneva in tal modo di poter conciliare ragioni di natura deontologica, volte a non sottrarre la preziosa opera di tali professionisti alle esigenze sanitarie civili, con le opportunità di aggiornamento rivenienti dal confronto costante con le stesse.

7.4. Il d.lgs. n. 66 del 2010 (Codice dell'Ordinamento militare) ha disciplinato autonomamente il profilo dell'esclusività dell'impiego militare, sancendo all'art. 894, comma 1, l'incompatibilità della professione di militare con l'esercizio di ogni altra professione, salvo i casi previsti da legislazioni speciali. Tra le disposizioni speciali derogatorie si inserisce proprio l'art. 210 del medesimo codice che, nella versione conseguita al superamento di stesure intermedie, autorizza in

via generale l'esercizio dell'attività libero professionale del medico militare.

La ragione della deroga all'obbligo di esclusività dell'impiego prevista a favore dei medici militari viene ancora oggi identificata, analogamente al passato, in esigenze di interesse generale, sia della collettività civile che dell'amministrazione militare: esigenze che il medico militare è in grado di soddisfare per la peculiarità della sua figura, nella quale devono convergere doti professionali specialistiche e le più spiccate virtù militari (art 209 C.o.m.); è stato sottolineato che *«Questa duplice dimensione (medica e militare) ha sempre rappresentato e continua a rappresentare, quindi, l'essenza e il fondamento della deroga alla regola dell'incompatibilità a favore degli ufficiali medici al fine di consentire l'osmosi tra esperienza nel contesto civile e professionalità nel settore militare»* (Cons. Stato, sez. II, ordinanza del 10 febbraio 2022, n. 969, che ha rimesso alla Corte costituzionale la norma del C.o.m., laddove non contempla fra i professionisti legittimati ad attività extraistituzionale, nella quale ricomprende *de plano* anche quella convenzionata, gli psicologi).

8. Secondo l'Amministrazione appellante l'attività convenzionata non sarebbe parificabile a quella libero-professionale per i connotati di dipendenza che la contraddistinguono: da qui la ritenuta esclusione dal perimetro di operatività del regime derogatorio di cui all'art. 210 del C.o.m.

9. Tale assunto non è condivisibile, ponendosi in contrasto con la stessa evoluzione storica del quadro ordinamentale appena ricostruito.

10. Il rapporto tra sanitario convenzionato esterno ed Unità sanitaria locale, è disciplinato dall'art. 8 del d.lgs. n. 502 del 1992 e dagli accordi collettivi nazionali siglati ed approvati in attuazione di tale norma.

11. E' stato rilevato che detti rapporti, pur se costituiti in vista dello scopo di soddisfare le finalità istituzionali del Servizio sanitario nazionale, ovvero per la tutela della salute pubblica, corrispondono a rapporti libero-professionali, seppure qualificandoli come "parasubordinati". Essi cioè 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»* (cfr. Cons. Stato, sez. V, 21 marzo 2011, n. 1736).

11.1. Anche la giurisprudenza civile (v. *ex multis* Cass. SS.UU., 8 aprile 2008, n. 9142; *id.*, 21 ottobre 2005, n. 20344) ha costantemente sostenuto che *«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»*. Conseguentemente, la presenza di singoli tratti astrattamente tipici del rapporto di lavoro subordinato non è sufficiente a trasformare il rapporto convenzionale in rapporto di pubblico impiego (sul punto, v. già Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 1994, n. 1522), tanto più che nella parasubordinazione è implicita proprio la presenza (cfr. ancora Cons. Stato, 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.

12. Ancora di recente la Corte di legittimità ha avuto modo di tornare sull'argomento (v. Cass., sez. lavoro, 5 marzo 2020, nonché i numerosi precedenti ivi richiamati, incluse le pronunce della C.G.U.E. al riguardo): prendendo le mosse proprio dall'originario inquadramento quale "parasubordinazione" dei rapporti *de quibus* – nozione che comunque li collocava al di fuori del perimetro del rapporto di pubblico impiego – ha più semplicemente affermato che essi sono da ricondurre nell'ambito di quelli libero-professionali, proprio in ragione della mancanza nell'ente pubblico di potere autoritativo nei confronti del medico in convenzione, all'infuori di quello di vigilanza. Il medico convenzionato pertanto è un libero professionista il quale svolge un incarico di pubblico servizio, sulla base di un contratto collettivo stipulato con la P.A. ai sensi del d.lgs. n. 502/92, cui non risultano applicabili quegli istituti e quelle norme che la legge riconduce ai rapporti di lavoro di tipo pubblicistico.

13. Conseguentemente nel caso di specie non poteva trovare applicazione l'art. 898 C.o.m., concernente la decadenza dall'impiego del militare che versa in situazione di incompatibilità.

14. Né la misura adottata può trovare giustificazione nel richiamo al (presunto) mancato rispetto del limite di orario delle 48 ore di cui all' art. 4 del d.lgs. n. 66 del 2003, vuoi perché la relativa disposizione non è certo sanzionata con l'irrogazione della decadenza dall'impiego, vuoi perché essa si riferisce evidentemente al massimale orario esigibile dall'Amministrazione nei confronti dei propri dipendenti. Per orario di lavoro s'intende infatti qualsiasi periodo durante il quale il lavoratore è al lavoro, appunto, a disposizione del datore di lavoro e nell'esercizio della sua attività o delle sue funzioni. Rientra nello stesso, cioè, salvo diverse

discipline di settore, solo l'arco temporale comunque trascorso all'interno dell'"azienda" - *recte*, per quanto qui di interesse, l'Amministrazione di appartenenza - anche per l'espletamento di attività prodromiche e accessorie allo svolgimento, in senso stretto, delle mansioni affidategli.

15. Ciò non implica affatto che l'Amministrazione sia impotente a fronte di un'eccessiva assunzione di impegni lavorativi extraistituzionali da parte dei propri dipendenti, come paventato dalla difesa erariale, a maggior ragione ove la tipologia dell'attività svolta imponga di garantire turni di riposo adeguati a salvaguardia del recupero psico-fisico da parte del professionista chiamato a svolgere attività che richiedono evidentemente soglie di attenzione particolarmente elevate e implicano *ex se* una forte componente di stress. Ma ciò attiene alla fase del controllo sull'attività extraistituzionale, ovvero, a monte, del suo oggettivo impatto negativo sulla resa di quella istituzionale: circostanze entrambe non emerse nel caso di specie, stante che né è stata rilevata una qualche violazione delle regole sottese al rapporto di impiego dell'appellata, né le è stato contestato un calo di rendimento (addirittura contraddetto dagli atti di causa).

15.1. Deve pertanto convenirsi con le conclusioni del primo giudice che, dopo aver ricordato il contenuto sul punto della relazione del Nucleo speciale anticorruzione della Guardia di finanza, ha affermato chiaramente che *«l'attività libero professionale svolta dall'ufficiale medico Ten. Col. [...] rientra in quelle consentite dal sopra citato art. 210 del Codice dell'Ordinamento Militare»*, purché *«sia svolta al di fuori dell'orario di servizio, con modalità tali da non condizionare l'adempimento dei doveri connessi con lo stato di militare e non presenti profili di conflitto di interessi, anche potenziali»*, ha giustamente concluso che nella vicenda in controversia *«non può che*

rilevarsi la mancanza di dati e/o elementi utili a comprovarne l'avvenuto accertamento da parte dell'Amministrazione o, ancora, l'effettiva sussistenza».

15.2. Quanto detto «*tralasciando*», opportunamente, l'eventuale violazione dei diversi obblighi informativi o comunque prodromici all'avvio dell'attività extraistituzionale, siccome estranei sia al contenuto dell'atto impugnato, sia, soprattutto, al regime delle incompatibilità cui può essere fatta conseguire la disposta decadenza.

16. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

17. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Ministero della Difesa al pagamento delle spese di lite, che liquida in euro 4.000/00 (quattromila/00), oltre accessori se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2023 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Francesco Frigida, Consigliere

Antonella Manzione, Consigliere, Estensore

Carmelina Addesso, Consigliere

Maria Stella Boscarino, Consigliere

L'ESTENSORE
Antonella Manzione

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO