

Consiglio di giustizia amm. per la Regione siciliana – sentenza n. 1009 del 6 ottobre 2022

IL DIRITTO ALL'ASPETTATIVA SENZA ASSEGNI, PER MOTIVI DI STUDIO, RESTA ESPRESSAMENTE ESCLUSA NEI RIGUARDI DEI MEDICI MILITARI

In termini riassuntivi va rilevato che la disciplina invocata, che passa per il tramite dell'art. 1506 c.o.m., non è suscettibile di applicazione nei confronti medici militari per i quali vige una disciplina speciale che preclude, sulla base di una precisa opzione del legislatore, il collocamento in posizione di aspettativa senza assegni previsto per i medici specializzandi. Tale possibilità non riaffiora per effetto dell'applicazione dell'articolo 6, comma 7, della legge 398/89, essendo a sua volta preclusa dall'abrogazione del d.lgs. n. 257/91.

II CONSIGLIO DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA PER LA REGIONE SICILIANA -

Sezione giurisdizionale ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 25 del 2021, proposto dal Ministero della Difesa, in persona del Ministro pro tempore, rappresentato e difeso ope legis dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliato in Palermo, via Valerio Villareale, n. 6;

contro

il sig. Do. Or., non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, sezione staccata di Catania (Sezione Terza), n. 1997/2020, resa tra le parti, depositata il 3 agosto 2020, non notificata, pronunciata nel giudizio di primo grado n.r.g. 320/2018;

Visto l'art. 74 c.p.a.;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 15 giugno 2022, il consigliere Michele Pizzi, nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso in riassunzione proposto innanzi al Tar per la Sicilia, sezione staccata di Catania, notificato il 23 febbraio 2018 e depositato il 26 febbraio 2018, il Tenente di Vascello Do. Or. esponeva:

- di aver appreso, in data 11 dicembre 2017, di essere risultato vincitore di una borsa di studio statale, presso la Scuola di specializzazione in malattie dell'apparato cardiovascolare dell'Università degli Studi di Palermo, con inizio dei corsi in data 29 dicembre 2017;
- di aver presentato, in data 12 dicembre 2017, istanza di congedo straordinario senza assegni a far data dal 29 dicembre 2017, ai sensi dell'art. 1506 del decreto legislativo n. 66/2010, e di aver ricevuto parere favorevole, in data 14 dicembre 2017, dal Comandante di Corpo;
- di aver ricevuto una missiva in data 21 dicembre 2017 da parte della Direzione generale per il personale militare "ove venivano espresse riserve in merito alla possibilità di essere ammessi al congedo straordinario senza assegni e sulla possibilità di frequentare il detto corso di specializzazione in virtù della specialità dell'ordinamento militare sancito dall'art. 9 della L. 183/2010 adducendo che i medici della Sanità militare soggiacciono esclusivamente alla disciplina prevista dall'art. 757 del d.lgs. 66/2010" (pag. 4 del ricorso);
- di aver presentato osservazioni per controdedurre a quanto rappresentato dall'Amministrazione della Difesa.

1.1. Il ricorrente pertanto impugnava (innanzi al TAR per il Lazio, successivamente dichiarato incompetente con ordinanza n. 1678 del 13 febbraio 2018 in favore del TAR per la Sicilia, sezione staccata di Catania) la nota del Ministero della Difesa-Direzione generale per il personale militare-II reparto prot. n. D_GMIL_REG2018.0014048 dell'8 gennaio 2018, unitamente agli atti presupposti, di rigetto dell'istanza di congedo straordinario, richiamando l'art. 757 del decreto legislativo n. 66/2010 e la specialità dell'ordinamento dei medici della Sanità militare.

2. Il ricorso di primo grado era articolato nei seguenti tre motivi:

- i) violazione dell'art. 1506 del decreto legislativo n. 66/2010 in violazione dell'art. 97 della Costituzione;
- ii) violazione degli articoli 1 e 3 della legge n. 241/1990 in relazione agli articoli 3 e 97 della Costituzione, eccesso di potere, falsa applicazione della legge, anche in relazione alla circolare Persomil del 15 novembre 2012;
- iii) violazione degli articoli 4 e 5 della legge n. 241/1990, difetto di motivazione, illogicità manifesta, difetto di istruttoria, disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta, sviamento di potere.

3. Nel giudizio di primo grado si costituiva il Ministero della Difesa, chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Il TAR per la Sicilia, sezione staccata di Catania, con la gravata sentenza n. 1997 del 2020, ha accolto il ricorso, annullando gli atti impugnati, ed ha compensato le spese di lite.

5. Con ricorso in appello spedito alla notifica il 14 dicembre 2020, notificato ai sensi dell'art. 140 c.p.c. il 31 dicembre 2020 e depositato l'11 gennaio 2021, il Ministero della Difesa ha impugnato la predetta sentenza del TAR per la Sicilia, sezione staccata di Catania, n. 1997 del 2020, lamentandone l'erroneità in quanto "la ragione del mancato accoglimento dell'istanza proposta dall'Or. [è] stata correttamente individuata nel rinvio espresso che l'art. 1506, comma 1 lett. d) del c.o.m. opera alla disposizione di cui all'articolo 6, comma 7, della Legge n. 398/89, estendendone l'applicazione al personale militare. Detta ultima disposizione, infatti, nel preve-

dere l'applicazione [...] del congedo straordinario per motivi di studio senza assegni, previsto per gli ammessi ai corsi di dottorato di ricerca dall'articolo 2 della Legge 13 agosto 1984, n. 476, non è applicabile ai medici specializzandi, per i quali vige in via esclusiva la disciplina recata dal Decreto Legislativo 17 agosto 1999, n. 368, Titolo VI rubricato "Formazione dei Medici Specialisti".

In altri termini, le scuole di specializzazioni mediche non sono riconducibili all'ambito di operatività dell'art. 6, comma 7 della Legge 398/89, richiamato dall'art. 1506, comma 1 lett. d) del c.o.m." (pag. 15 dell'appello).

6. Il militare appellato non si è costituito nel presente giudizio.

7. Il Ministero appellante, con memoria del 19 aprile 2022, ha insistito per l'accoglimento del gravame.

8. All'udienza pubblica del 15 giugno 2022 la causa è stata trattenuta in decisione.

9. In via preliminare si precisa che la presente sentenza è redatta in forma semplificata ai sensi dell'art. 74 c.p.a., con richiamo a precedenti conformi, stante la manifesta fondatezza del gravame.

10. Infatti il presente appello concerne una quaestio iuris già esaminata dal Consiglio di Stato, che, con l'articolata sentenza n. 6178 del 2021, pronunciata in una controversia analoga alla presente (e che il Collegio condivide, cfr. da ultimo C.g.a.r.s. ordinanza n. 114 del 2022), ha avuto modo di precisare: "Secondo il Ministero appellante, per i medici specializzandi troverebbe applicazione una disciplina speciale che prevede il collocamento in aspettativa senza assegni ma non estendibile al personale militare. Tale disciplina avrebbe sostituito quella generale di cui all'art. 6, comma 7, della legge n. 398/89 ("Norme in materia di borse di studio universitarie"), la cui suscettibilità applicativa in favore dei medici militari non potrebbe riaffiorare sulla base dell'art. 1506 c.o.m.

12. Il Collegio ritiene di condividere la ricostruzione dell'assetto normativo alla quale accede l'appellante, dovendosi principiare dai seguenti dati normativi:

- l'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 257/91, abrogato dal d.lgs. n. 368/99, prevedeva che "lo specializzando, ove sussista un rapporto di pubblico impiego, fatta eccezione per i dipendenti di cui all'art. 2, comma 5, è collocato in posizione di congedo straordinario ai sensi dell'art. 6 della legge 30 novembre 1989, n. 398";

- l'art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 368/99, attualmente vigente, statuisce che "il medico in formazione specialistica, ove sussista un rapporto di pubblico impiego, è collocato, compatibilmente con le esigenze di servizio, in posizione di aspettativa senza assegni, secondo le disposizioni legislative contrattuali vigenti. Il periodo di aspettativa è utile ai fini della progressione di carriera e del trattamento di quiescenza e di previdenza".

13. Orbene, tale ultima disposizione, benché si riferisca esattamente al "medico in formazione" quale appunto l'appellata, non è suscettibile di applicazione nei riguardi del personale militare, come rimarcato dall'appellante, stante quanto previsto dall'art. 757, comma 3 c.o.m., a mente del quale "al personale in formazione specialistica appartenente ai ruoli della sanità militare si applicano le disposizioni di cui al titolo VI del decreto legislativo n. 368 del 1999, eccetto le di-

sposizioni di cui agli articoli 37, 39, 40, comma 2, e 41, commi 1 e 2". È dato agevolmente rilevare che la norma in commento esattamente richiama, tra le altre, proprio la previsione di cui al menzionato art. 40, comma 2, per escluderne l'applicazione al personale militare, tanto più che, nel contesto del medesimo articolo, il legislatore stabilisce altresì che "continua ad applicarsi la normativa vigente sullo stato giuridico, l'avanzamento e il trattamento economico propria del personale militare".

Ritiene però il TAR che sarebbe applicabile al caso di specie quanto previsto dall'art. 6, comma 7, della legge n. 398/89 ("Norme in materia di borse di studio universitarie"), laddove prevede che "ai dipendenti pubblici che fruiscano delle borse di studio di cui alla presente legge è estesa la possibilità di chiedere il collocamento in congedo straordinario per motivi di studio senza assegni, prevista per gli ammessi ai corsi di dottorato di ricerca dall'articolo 2 della legge 13 agosto 1984, n. 476. Il periodo di congedo straordinario è utile ai fini della progressione di carriera e del trattamento di quiescenza e di previdenza". Il giudice di prime cure valorizza a tal uopo la previsione di cui all'art. 1506, 1° comma, c.o.m. secondo cui "al personale militare, con i limiti e le modalità stabiliti nella presente sezione, sono riconosciuti oltre a quanto già previsto dal presente codice:[...] d) il congedo straordinario senza assegni per i vincitori di borse di studio per la frequenza di corsi di perfezionamento e delle scuole di specializzazione, per lo svolgimento di attività di ricerca dopo il dottorato e per i corsi di perfezionamento all'estero, di cui all'articolo 6, comma 7 della legge 30 novembre 1989, n. 398, e successive modificazioni". A sua volta parte appellata, in sede di costituzione in giudizio, evidenzia che alla vicenda di causa sarebbe estraneo l'art. 757 c.o.m. in quanto assegnataria di borsa di studio per la frequenza della scuola di specializzazione in Ortopedia e Traumatologia presso l'Università di Siena e pertanto non rientrante nei posti riservati all'Amministrazione della difesa per la formazione dei medici specialisti. Sarebbe nei suoi riguardi applicabile proprio l'art. 1506, comma 1, lett. d), che, introducendo una previsione concorrente con l'art. 757 c.o.m., rinvia espressamente all'art. 6, comma 7, della legge n. 398/1989, così come sopra citato, estendendone l'applicazione a tutto il personale militare. L'appellata all'uopo richiama la disciplina relativa al collocamento in congedo straordinario in favore dei dipendenti pubblici che percepiscono borse di studio in forza del combinato disposto tra l'art. 6, comma 7, della legge 30 novembre 1989, n. 398 e l'art. 1506, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 66/2010. Evidenzia che alla conclusione positiva il TAR perviene valorizzando l'inciso contemplato dalla formulazione letterale di tale articolo ("oltre a quanto già previsto dal presente codice") e ritiene quindi che questo preveda ipotesi aggiuntive rispetto a quelle contemplate dall'art. 757 del d.lgs. n. 66/2010. L'appellata così non condivide la ricostruzione normativa alla quale accede controparte secondo cui non sarebbe applicabile l'art. 1506, comma 1 lett. d) in ragione del rinvio materiale che la disposizione opera nei confronti dell'art. 6, comma 7 della legge n. 398/1989, in quanto con l'abrogazione della legge n. 257/1991 (e dunque dell'art. 5, comma 2 che lo richiamava) può applicarsi solo l'art. 40, comma 2 del d.lgs. 368/1989 (precluso però dall'art. 757, comma 3 c.o.m.).

14. L'impostazione ermeneutica auspicata da parte appellata non può essere condivisa, in quanto non solo sterilizza la precisa opzione del legislatore che lo ha condotto ad escludere *expressis*

verbis l'applicazione nei riguardi del personale militare di quanto previsto in favore dei medici specializzandi, ma soprattutto trascura il fatto che, come sopra osservato, con la riforma della formazione dei medici specialisti attuata con il citato d.lgs. 368/99, è divenuto inapplicabile ai medici specializzandi (anche non militari) l'articolo 6, comma 7 della legge 398/89. Invero, l'art. 46 (rubricato "Disposizioni finali"), comma 3, del d.lgs. n. 368/1999 ha disposto l'abrogazione, tra l'altro, del "decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 257" il cui art. 5, comma 2 prevedeva che "lo specializzando, ove sussista un rapporto di pubblico impiego, fatta eccezione per i dipendenti di cui all'art. 2, comma 5, è collocato in posizione di congedo straordinario ai sensi dell'art. 6 della legge 30 novembre 1989, n. 398". Il medesimo art. 46 dispone la graduale applicazione della nuova disciplina individuando, quale spartiacque temporale che segna l'avvio della riforma, l'anno accademico 2006-2007, a partire dal quale si applicano "gli articoli da 37 a 42" tra i quali, pertanto, l'art. 40, comma 2, che così statuisce: "Il medico in formazione specialistica, ove sussista un rapporto di pubblico impiego, è collocato, compatibilmente con le esigenze di servizio, in posizione di aspettativa senza assegni, secondo le disposizioni legislative contrattuali vigenti". Tale norma, va ribadito, non è applicabile ai medici militari per effetto della deroga espressa originariamente stabilita dall'articolo 42 del d.lgs. n. 368/99, ora trasfuso nell'articolo 757, comma 3 c.o.m.

15. In termini riassuntivi va quindi rilevato che la disciplina invocata dall'appellata, che passa per il tramite dell'art. 1506 c.o.m., non è suscettibile di applicazione nei confronti medici militari per i quali vige una disciplina speciale che preclude, sulla base di una precisa opzione del legislatore, il collocamento in posizione di aspettativa senza assegni previsto per i medici specializzandi. Tale possibilità non riaffiora per effetto dell'applicazione dell'articolo 6, comma 7, della legge 398/89, essendo a sua volta preclusa dall'abrogazione del d.lgs. n. 257/91.

16. Occorre quindi verificare se l'art. 757, comma 3, c.o.m. non sia suscettibile di interpretazione restrittiva, in quanto, discorrendo di personale "appartenente ai ruoli della sanità militare", parte appellata ritiene che la preclusione introdotta dall'art. 42 su citato, poi trasfuso nell'art. in commento, non la possa riguardare siccome non appartenente alla riserva di posti per l'accesso alle scuole di specializzazione di cui discorre il comma 1 dell'art. 757 c.o.m. Si avrebbe così una biforcazione della disciplina contenuta in tale articolo nel senso che, attraverso una lettura combinata dei commi 1 e 3, un ramo della stessa riguarderebbe i medici militari che rientrano nella "riserva di posti complessivamente non superiore al 5 per cento per le esigenze di formazione specialistica della sanità militare" (ex art. 757, comma 1, c.o.m.) mentre l'altro versante normativo riguarderebbe i medici militari specializzandi, come l'odierna appellata, estranei a tale riserva e pertanto non interessati dalla preclusione stabilita dalla norma. Tale distinzione avrebbe anche una precisa giustificazione, in quanto soltanto i medici militari che rientrano nella riserva di posti stabilita per le esigenze della sanità militare continuano a percepire lo stipendio dalla stessa Forza Armata, oltre a mantenere il medesimo stato giuridico dei pari grado in servizio.

16.1 Tale prospettazione non può essere condivisa in quanto l'art. 757, comma 3, c.o.m. si riferisce testualmente, "a tutto il personale in formazione specialistica appartenente ai ruoli della sa-

nità militare", senza alcuna distinzione a seconda delle modalità di accesso alle scuole di specializzazione.

16.2 Una lettura combinata dei due commi dell'art. 757, così come auspicata da parte appellata, trascura altresì il fatto che, in nome di esigenze di semplificazione normativa, in tale articolo sono confluite le autonome disposizioni del d.lgs. n. 368/99, segnatamente l'art. 35 nel comma 1 e l'art. 42 nel comma 3, cosicché la ricaduta applicativa di tale anteatta disciplina non può subire, peraltro rilevanti, variazioni, per la sola diversa collocazione topografica della stessa. Non vi è quindi alcuna ragione tangibile che giustifichi un diverso trattamento tra chi abbia fatto o meno accesso alle scuole di specializzazione mediante la riserva di posti di cui al comma 1 dell'art. 757 c.o.m., la cui formulazione non ha pertanto alcuna refluenza sulla latitudine applicativa della deroga sancita dal comma 3 del medesimo articolo. Peraltro la presumibile ratio sottesa a tale generalizzata preclusione, come correttamente osservato dall'appellante, si fonda sul fatto che, a decorrere dall'anno accademico 2006-2007, i medici specializzandi sono chiamati a stipulare un contratto di formazione specialistica, in luogo della borsa di studio prima contemplata, con attribuzione di un vero e proprio trattamento economico annuo omnicomprensivo, che andrebbe a minare il principio di esclusività che connota il rapporto di lavoro pubblico in ambito militare. È vero che, come evidenziato di recente dalla Suprema Corte (C. Cass. ord. n. 18667/2020), le prestazioni svolte dai medici specializzandi non vanno a vantaggio dell'Università, ma della loro formazione teorica e pratica di guisa che, in mancanza di uno scambio sinallagmatico tra l'attività prestata e la remunerazione erogata, la loro attività non rientra in un rapporto di lavoro, subordinato o autonomo. È vero anche però che il nuovo ordinamento delle scuole di specializzazione di cui al d.lgs. 17 agosto 1999, n. 368 contempla un trattamento economico ben più elevato con un meccanismo di retribuzione articolato in una quota fissa ed una quota variabile, in concreto periodicamente determinate da successivi decreti ministeriali, con obbligo di versamento dei contributi previdenziali, previa iscrizione (prevista dalla legge Finanziaria 2006, art. 1, comma 300) alla Gestione Separata INPS. È previsto soprattutto un preciso monte ore lavorativo, pari a 34 ore settimanali più 4 ore settimanali per aggiornamento, tanto che l'art. 40, comma 1, del d.lgs. 368/99 stabilisce che "l'impegno richiesto per la formazione specialistica è pari a quello previsto per il personale medico del Servizio sanitario nazionale a tempo pieno, assicurando la facoltà dell'esercizio della libera professione intramuraria". Ne consegue che, come sopra osservato, il medico specializzando è chiamato, in virtù della riforma testé illustrata, ad un impegno gravoso ed assorbente che mal si concilia con le caratteristiche del servizio esclusivo reso in favore dell'Amministrazione militare e che ad ogni modo, per la sua particolarità, giustifica l'introduzione di una disciplina speciale rispetto a quella prevista per le borse di studio in generale.

Deve quindi concludersi sul punto nel senso che, anche attraverso la lettura congiunta delle norme di cui agli artt. 757 e 1506 c.o.m. auspicata dalla stessa parte appellata, non vi sono margini per attribuire all'appellata il sospirato diritto all'aspettativa senza assegni, trovando fondamento in una norma (l'art. 40, comma 2, cit.) la cui applicazione è espressamente esclusa nei riguardi dei medici militari. 16.3. Inoltre, ove si opinasse nel senso di circoscrivere l'ambito ap-

plicativo di tale divieto, limitandone l'applicazione solo a coloro che si sono avvalsi della riserva di posti per accedere alle scuole di specializzazione, la norma che prevede l'aspettativa senza assegni, riferita al personale appartenente al pubblico impiego privatizzato, si estenderebbe, in sede analogica, al personale militare senza alcuna norma di rinvio in grado di suffragare tale operazione ermeneutica.

17. Parte appellata evidenzia altresì che l'art. 1506, comma 1 lett. d), che rinvia materialmente all'art. 6, comma 7 della legge n. 398/1989, la quale diventa idealmente parte della norma rinviante, avrebbe una portata derogatoria dell'art. 40, comma 2 del d.lgs. n. 368/1999, pena altrimenti una disparità di trattamento a danno dei medici militari rispetto ad altre categorie (farmacisti della Marina militare e veterinari dell'Esercito) e che, richiamando giurisprudenza in tal senso, per i medici in formazione continua ad essere prevista una borsa di studio e non una vera e propria retribuzione. Entrambe le riflessioni non possono condividersi, dovendosi rilevare che l'art. 1506 c.o.m., nell'economia complessiva dell'articolato del codice che lo contiene, ha natura soltanto residuale (come traspare dall'uso della formula ("oltre a quanto già previsto dal presente codice") e comunque dalla sua formulazione non traspare alcuna volontà di apportare una deroga all'art. 40, comma 2, del d.lgs. n. 368/99. Per quanto poi attiene all'eventuale disparità di trattamento con altre categorie vale evidenziare la specificità della professione medica mentre in ordine alla diversa natura del contratto di formazione specialistica rispetto ad una borsa di studio valgono le considerazioni al riguardo dianzi formulate."

11. In definitiva, con il richiamo ai predetti precedenti conformi, l'appello deve essere accolto per quanto sopra esposto e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, il ricorso di primo grado deve essere respinto.

12. Sussistono giuste ragioni, stante la complessità della questione, per compensare le spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 25/2021, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa le spese di lite del doppio grado di giudizio.

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 15 giugno 2022 con l'intervento dei magistrati:

Rosanna De Nictolis,	Presidente
Roberto Caponigro,	Consigliere
Michele Pizzi,	Consigliere, Estensore
Maria Immordino,	Consigliere
Antonino Caleca,	Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 06 OTT. 2022.