

N. 01052/2014 REG.PROV.COLL.

N. 00006/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

A. F., rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Clarich, Mariacristina Cerroni, Luca Labanti, con domicilio eletto presso Luca Labanti in Bologna, via Marsala, 6;

contro

Azienda Usl di Cesena Ora Azienda Usl della Romagna, rappresentata e difesa dall'avv. Maria Rosaria Russo Valentini, con domicilio eletto presso Maria Rosaria Russo Valentini in Bologna, via Marconi 34; Regione Emilia Romagna;

nei confronti di

L. T., rappresentato e difeso dall'avv. Roberto Bonatti, con domicilio eletto presso Roberto Bonatti in Bologna, via Marconi 34; Ermanno Giombelli;

per l'annullamento

- della deliberazione n. 208 del 18.10.2013 pubblicata all'albo pretorio dell'Azienda USL di Cesena di conferimento di incarico quinquennale di Direttore della Struttura complessa denominata "Unità Operativa Neurochirurgia" al controinteressato.

- della nota n. 53885-7.3.1 del 28.10.2013, dei verbali dei lavori della Commissione di valutazione;

- nonché di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguente.

- della nota prot.n. 0018122-5.4.4. del 30 aprile 2014 della Azienda USL della Romagna, comunicata a mezzo pec in pari data, con la quale è stata respinta l'istanza di autotutela

promossa nell'interesse del dott. Antonio Fioravanti.

- di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Usl di Cesena Ora Azienda Usl della Romagna e di Luigino Tosatto;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2014 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il ricorrente ha partecipato alla procedura indetta dalla ASL intimata per il conferimento dell'incarico quinquennale di direttore dell'unità operativa di neurochirurgia.

La commissione giudicatrice predisponendo una terna di candidati idonei da sottoporre alla scelta del direttore generale con l'attribuzione di un punteggio pari a 89/100 e 86,50 per i controinteressati intimati e pari a 86 dell'odierno ricorrente.

Il direttore generale conferiva l'incarico quinquennale di direttore della struttura complessa "unità operativa neurochirurgica" al candidato che aveva acquisito il maggior punteggio.

2. L'interessato contestava la scelta effettuata e, ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice amministrativo, presentava ricorso a questo Tar deducendo numerose profili di illegittimità.

Si costituivano in giudizio l'Amministrazione intimata ed il controinteressato cui era stato attribuito l'incarico in contestazione che contro deducevano alle avverse doglianze e concludevano per il rigetto del ricorso.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti veniva impugnato un nuovo atto, in epigrafe indicato, e dedotti ulteriori profili di illegittimità.

Le parti sviluppavano ampiamente le rispettive difese con memorie e repliche e la causa veniva trattenuta in decisione all'odierna udienza.

3. Pur avendo il ricorrente ampiamente prospettato la questione di giurisdizione del giudice amministrativo il collegio, in mancanza di puntuali repliche da parte degli intimati, ha

ritenuto opportuno nel corso dell'udienza pubblica di formulare, alle parti presenti, l'avviso di cui all'articolo 73, comma secondo, del c.p.a. evidenziando un profilo di difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sussistendo la giurisdizione del giudice ordinario.

4. Ciò premesso il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo.

5. In linea di diritto va osservato che, ai sensi dell'art. 63, del d. lgs. 165/2001 "sono devolute al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni di cui all'art. 1, comma 2, ... incluse le controversie concernenti l'assunzione al lavoro, il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali..." (*comma 1*), mentre "restano devolute alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni ..." (*comma 4*).

6. Inoltre, va ricordato che la Cassazione a Sezioni Unite, cui spetta la parola ultima in punto di giurisdizione, ha già sancito che, in tema d'impiego pubblico privatizzato, sono attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario tutte le controversie inerenti ad ogni fase del rapporto di lavoro, ivi comprese quelle relative al conferimento d'incarichi dirigenziali, perché la riserva stabilita in favore del giudice amministrativo concerne soltanto le procedure concorsuali strumentali all'assunzione od alla progressione in un'area o fascia superiore a quella di appartenenza, laddove gli atti di conferimento d'incarichi dirigenziali - i quali non concretano procedure concorsuali ed hanno come destinatari persone già in servizio nonché in possesso della relativa qualifica - conservano natura privata in quanto rivestono il carattere di determinazioni negoziali assunte dall'Amministrazione con i poteri e le capacità del comune datore di lavoro (Cass. nn. 14252 de 2005, 4275 del 2007, 5078 del 2008, 26799 del 2008 e 20979 del 2009).

6.1. Tale principio è stato ribadito anche con riferimento al settore sanitario, stabilendosi in proposito che la selezione prevista dall'art. 15 ter, introdotto nel D.Lgs. n. 502 del 1992 dal D.Lgs. n. 229 del 1999, art. 13, non integra un concorso in senso tecnico, anche perché articolata secondo uno schema destinato a concludersi con una scelta essenzialmente fiduciaria del direttore generale (Cass. nn. 21593 del 2005, 8950 del 2007 e 5920 del 2008, n. 21060 del 2011).

In particolare, poi, la Cassazione a Sezioni Unite, anche con riferimento alla riforma introdotta con il D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229, ha affermato che il conferimento di incarichi dirigenziali nel settore sanitario, tra l'altro anche in relazione al periodo successivo alla riforma ex D.Lgs. 19 giugno 1999, n. 229 (il cui art. 13 riproduce, in sostanza, il sistema anteriormente vigente, disciplinato dal D.Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, art. 15), rimane sottratto all'espletamento di procedure concorsuali per l'assunzione, tecnicamente intese ed in quanto tali riservate alla giurisdizione del giudice amministrativo (Cass., Sez. Unite, 12/3/2013, n.6075), ed affidato al compimento di atti di gestione dei rapporti di lavoro coinvolti dalle scelte datoriali, conoscibili dal giudice ordinario, coerentemente con la disciplina della privatizzazione dei rapporti di impiego pubblico, la quale si impernia sul principio secondo cui gli atti che si collocano al di sotto della soglia di configurazione strutturale degli uffici pubblici e che riguardano il funzionamento degli apparati sono espressione della capacità di diritto privato e, correlativamente, i poteri di gestione del personale rispondono nel lavoro pubblico, come in quello privato, ad uno schema normativamente unificato, che non è quello del potere pubblico ma quello dei

poteri privati (Cass. n. 7623 del 2003).

6.2. Il quadro normativo di riferimento per quanto riguarda il profilo del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, non appare mutato per effetto del decreto legge 13 settembre 2012, n. 158, convertito in legge 8 novembre 2012, n. 189 (la cosiddetta riforma Balduzzi) la quale ha precisato che “la commissione presenta al direttore generale una terna di candidati idonei formata sulla base dei migliori punteggi attribuiti. Il direttore generale individua il candidato da nominare nell'ambito della terna predisposta dalla commissione; ove intenda nominare uno dei due candidati che non hanno conseguito il migliore punteggio, deve motivare analiticamente la scelta. L'azienda sanitaria interessata può preventivamente stabilire che, nei due anni successivi alla data del conferimento dell'incarico, nel caso in cui il dirigente a cui è stato conferito l'incarico dovesse dimettersi o decadere, si procede alla sostituzione conferendo l'incarico ad uno dei due professionisti facenti parte della terna iniziale”.

Tale precisazione normativa non ha comportato la sussistenza di un vero e proprio concorso pubblico in quanto sono rimasti intatti i due elementi essenziali, ossia la temporaneità dell'incarico e la natura fiduciaria della scelta che spetta al direttore generale e non alla commissione giudicatrice, che avevano indotto la Cassazione a sezioni unite ad affermare la giurisdizione del giudice ordinario.

7. In conclusione, in materia di conferimento di incarichi dirigenziali temporanei di direzione di struttura complessa opera l'ordinario apparato di tutela del lavoro che, tra l'altro, vieta pratiche discriminatorie, sicchè il dirigente al quale sia stato preferito altro candidato può dolersi, in ipotesi, del carattere discriminatorio della scelta del direttore generale o, ancora più in generale, della violazione del canone di corretta e buona fede che presidia ogni rapporto obbligatorio contrattuale (ex artt. 1175 e 1375 c.c.) davanti al giudice ordinario.

8. Sulla base di tali considerazioni va, dunque, dichiarata l'inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo; sussistendo la giurisdizione del Giudice Ordinario.

8.1. Restano salvi gli effetti processuali e sostanziali della domanda ai sensi dell'art. 11, secondo comma, c.p.a.

9. Sussistono giustificate ragioni per la compensazione tra le parti delle spese di causa anche tenuto conto dell'assenza di precedenti giurisprudenziali con riferimento alla recente modifica normativa sopraindicata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di giurisdizione del giudice amministrativo sussistendo la giurisdizione del giudice ordinario.

Spese compensate

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carlo d'Alessandro, Presidente

Alberto Pasi, Consigliere

Ugo Di Benedetto, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2014

IL SEGRETARIO

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