

TAR Basilicata Potenza - Sezione I – sentenza n. 173 del 15 febbraio 2019

**SI ESCLUDE CHE LA PROCEDURA PER LA NOMINA DEL DIRETTORE GENERALE ABBAIA CARATTERE CON-
CORSUALE**

È indubitabile che tra le Regioni e direttori generali delle aziende del Servizio sanitario regionale venga a costituirsi un rapporto di lavoro. In tal senso, infatti, testualmente depone l'art. 3-bis, n. 8, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, secondo cui "il rapporto di lavoro del direttore generale ... è esclusivo ed è regolato da contratto di diritto privato, di durata non inferiore a tre e non superiore a cinque anni, rinnovabile, stipulato in osservanza delle norme del titolo terzo del libro quinto del codice civile".

In dettaglio, si tratta di un rapporto di natura autonoma, come si evince dal richiamo al titolo III del libro V del codice civile, di carattere parasubordinato. Sussistono infatti i tradizionali caratteri distintivi di tale tipologia, rispettivamente insiti nella natura prettamente personale della prestazione lavorativa, dall'esclusività e continuità di quest'ultima, e del coordinamento con i fini dell'ente, cui la legge attribuisce autonomia organizzativa, amministrativa, contabile, patrimoniale e gestionale, esercitandone tale organo tutti i poteri di gestione e rivestendone la rappresentanza legale.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata - (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso avente numero di registro generale 51 del 2019, proposto da

- G.S., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Sartorio, p.e.c. giuseppesartorio@avvocatinapoli.legalmail.it, Antonio Lamarte, p.e.c. antoniolamarte@avvocatinapoli.legalmail.it, Maurizio Spera, p.e.c. mauriziospera@pec.ordineforense.salerno.it, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Potenza, alla via Nazario Sauro n. 102;

contro

- Regione Basilicata, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa in giudizio, dagli avvocati Maddalena Bruno e Valerio Di Giacomo p.e.c. digiacomo0694@cert.avv-matera.it, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Giunta regionale, in Potenza, alla via V. Verrastro n. 4;

nei confronti

- M.B., rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Agliata, p.e.c. giulianoagliata@avvocatinapoli.legalmail.it, e Rosario Dursio, p.e.c. rosariodursio@pec.it;

- Azienda O.R., non costituita in giudizio;

- Ministero della salute, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura distrettuale dello Stato di Potenza, presso i cui uffici è domiciliato, in Potenza, al corso XVIII Agosto 1860 n. 46, p.e.c.: potenza@mailcert.avvocaturastato.it).

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della deliberazione di Giunta regionale del 28 dicembre 2018, n. 1419;
- del d.P.G.r. n. 288 del 28 dicembre 2018;
- ove mai occorresse, del presupposto verbale n. 2 del 7 novembre 2018 della commissione unica di valutazione incaricata di effettuare la procedura selettiva;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale, comunque lesivo per l'istante.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata, del Ministero della salute e di M.B.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019, il Primo Referendario avv. Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti presenti, come da verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Svolgimento del processo

1. Con atto ritualmente notificato e depositato, M.S. è insorto avverso gli atti in epigrafe, concernenti la nomina del controinteressato M.B. quale Direttore generale dell'Azienda O.R., deducendo in diritto, per più profili, la violazione di legge e l'eccesso di potere.

2. La Regione Basilicata, costituitasi in giudizio, ha concluso, in rito, per l'inammissibilità del ricorso, nonché, nel merito, per la sua infondatezza.

2.1. A speculare approdo è pervenuto il controinteressato, del pari costituitosi in giudizio.

2.2. Il Ministero intimato ha eccepito il difetto di legittimazione passiva, istando per l'estromissione dal giudizio.

3. Alla camera di consiglio del 6 febbraio, previo deposito di memorie e documenti, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni. Indi il Collegio ha dato avviso alle parti dell'intendimento di adottare una decisione in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Il ricorso è inammissibile per difetto di giurisdizione del Giudice amministrativo.

Il Collegio non ignora il differente orientamento secondo cui il procedimento di nomina del direttore generale va ascritto alla categoria dei procedimenti autoritativi, preordinato alla scelta, all'esito di evidenza pubblica, del soggetto con il quale stipulare il contratto di lavoro, conseguendone l'attribuzione alla giurisdizione amministrativa di legittimità delle controversie concernenti il provvedimento di nomina, mentre alla giurisdizione del giudice ordinario sono devolute le controversie relative agli inadempimenti imputati al direttore e determinanti la decadenza dall'incarico (Cass. SS.UU. civ. 6 maggio 2003, n. 6854; id. 8 luglio 2004, n. 14177; id. 18 dicembre 2007, n. 26631). Ritiene tuttavia preferibile, anche alla luce di più recenti acquisizioni giurisprudenziali, privilegiare una differente lettura ermeneutica, nei termini che seguono.

L'art. 63 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, ha devoluto al giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze di pubbliche amministrazioni indicate all'art. 2, n. 1, tra cui quelle inerenti "l'assunzione al lavoro e il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali". L'unica eccezione alla generale devoluzione al giudice ordinario di tutte le controversie in materia di pubblico impiego contrattualizzato è costituita dalla conservazione al giudice amministrativo, ai sensi del n. 4 dell'art. 63 in esame, delle controversie "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", che il legislatore delegato ha evidentemente considerato attinenti al profilo pubblicistico dell'organizzazione dell'amministrazione.

Ora, l'art. 63 del d.lgs. n. 165 del 2001 trova applicazione, ai sensi di quanto previsto dall'art. 1, n. 2, dello stesso testo legislativo, anche ai rapporti di lavoro relativi ad "amministrazioni, aziende ed enti del Servizio sanitario nazionale".

È indubitabile che tra le Regioni e direttori generali delle aziende del Servizio sanitario regionale venga a costituirsi un rapporto di lavoro. In tal senso, infatti, testualmente depono l'art. 3-bis, n. 8, del d.lgs. 30 dicembre 1992, n. 502, secondo cui "il rapporto di lavoro del direttore generale ... è esclusivo ed è regolato da contratto di diritto privato, di durata non inferiore a tre e non superiore a cinque anni, rinnovabile, stipulato in osservanza delle norme del titolo terzo del libro quinto del codice civile".

In dettaglio, si tratta di un rapporto di natura autonoma, come si evince dal richiamo al titolo III del libro V del codice civile, di carattere parasubordinato. Sussistono infatti i tradizionali caratteri distintivi di tale tipologia, rispettivamente insiti nella natura prettamente personale della prestazione lavorativa, dall'esclusività e continuità di quest'ultima, e del coordinamento con i fini dell'ente, cui la legge attribuisce autonomia organizzativa, amministrativa, contabile, patrimoniale e gestionale, esercitandone tale organo tutti i poteri di gestione e rivestendone la rappresentanza legale.

Ritiene sul punto il Collegio che il fatto che venga in considerazione un rapporto di lavoro autonomo non sia indice idoneo a escludere l'applicazione delle norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in relazione al riparto di giurisdizione ivi contemplato all'art. 63, n. 4.

In effetti, non si intravede ragione per sottrarre soltanto talune figure professionali alle regola generale che presidia il rapporto di lavoro contrattualizzato alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, in cui la giurisdizione è attribuita ope legis al giudice ordinario, con la sola eccezione delle "procedure concorsuali per l'assunzione di dipendenti delle pubbliche amministrazioni".

In tale ambito, anzi, la sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo costituisce un'ipotesi di carattere eccezionale, derivandone la necessità di una lettura di portata restrittiva.

Ebbene, l'art. 63, n. 1, sul versante testuale devolve al giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, ivi compreso il conferimento e revoca di incarichi dirigenziali" e non soltanto quelle concernenti "i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche" di cui

all'art. 2, n. 2, del decreto 165 del 2001, disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa.

Su tale questione, del resto, ha avuto modo di pronunciarsi la Corte di cassazione con riguardo al conferimento, da parte delle amministrazioni pubbliche, di incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, ai sensi dell'art. 7, n. 6, dello stesso d.lgs. n. 165 del 2001, statuendo che "il concetto di "assunzione" di dipendenti della P.A., d.lgs. n. 165 del 2001, ex art. 63, comma 4, va interpretato estensivamente, con equiparazione, per ragioni di ordine sistematico e teleologico, dell'assunzione di lavoratori subordinati e di quella di lavoratori parasubordinati cui vengano attribuiti incarichi volti a realizzare identiche finalità sicché appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa ad una procedura concorsuale volta al conferimento di incarichi d.lgs. n. 165 del 2001 cit., ex art. 7, comma 6, assegnati ad esperti, mediante contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa, per far fronte alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della P.A." (Cass., SS.UU. civ., n. 13531/2016; id. 4 giugno 2018, n. 14233).

È dato saliente che il Giudice della giurisdizione, in tali pronunzie, non abbia fatto mostra di condividere la tesi secondo la quale per le prestazioni rese a titolo di lavoro autonomo permarranno le ordinarie regole di cognizione giurisdizionale, imperniate sulla consistenza della posizione giuridica azionata, non trovando applicazione lo speciale criterio di riparto di cui all'art. 63 d.lgs. n. 165 del 2001, pretesamente applicabile ai soli rapporti di lavoro di natura subordinata. La Suprema Corte ha di contro ritenuto necessario, al fine di derogare alla tendenzialmente generale giurisdizione in materia del giudice ordinario, applicare proprio e soltanto l'eccezione contemplata dal ripetuto decreto n. 165 del 2001 per le procedure concorsuali per l'assunzione.

Ne consegue che ai fini dell'attribuzione della giurisdizione, allorquando si tratti di lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (salve le eccezioni relative ai rapporti di lavoro di cui all'art. 1, n. 4, del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165, che qui non si riscontrano) non rileva la tipologia contrattuale adottata, ovverosia se essa sia subordinata, parasubordinata o autonoma, venendo comunque in considerazione un accordo di natura privatistica. Ciò che rileva, diversamente, è solo il tratto della procedura concorsuale finalizzata all'assunzione, ovverosia l'unico segmento nel quale riemerge, per espressa volontà legislativa, l'ordinario criterio di riparto fondato sul binomio diritto soggettivo - interesse legittimo.

Orbene, il dato testuale è netto nel prevedere come la nomina del direttore generale di aziende del Servizio sanitario nazionale avvenga "esclusivamente con riferimento ai requisiti" di legge e "senza necessità di valutazioni comparative" (art. 3, n. 6, d.lgs. n. 502 del 1992). Le acquisizioni della giurisprudenza, coerentemente, muovono univocamente nel senso di escludere che la procedura per la nomina del direttore generale abbia carattere concorsuale (Cons. Stato, comm. spec., 5 maggio 2016, n. 1113; Cons. Stato, sez. II, 17 settembre 2014, n. 2953; TAR Basilicata, 31 luglio 2014, n. 516; Cons. Stato, sez. V, 1° settembre 1999, n. 1383; TAR Sicilia, sez. I, 18 maggio 2010, n. 6909; Cass., SS.UU. civ., 18 dicembre 2007, n. 26631).

L'assenza di una procedura concorsuale esclude quindi in radice il ricorso del presupposto cardine per il radicamento della giurisdizione in capo al Giudice amministrativo.

4.1. L'esito non muta ancorché si ponga l'accento sulla natura di atto di "alta amministrazione" della nomina dei direttori delle aziende del Servizio sanitario nazionale. Lo stesso Giudice della giurisdizione, per tale profilo, ha condivisibilmente affermato che "se è vero che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto ad atti di alta amministrazione, nondimeno va considerato che, avendo l'art. 63, comma 1, d.lgs. n. 165 del 2001 espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, ormai tali atti sono da considerarsi come mere determinazioni negoziali (cfr. Cass. n. 18972/15; Cass. n. 20979/09) e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro (v. art. 5 cit. d.lgs.)" (in termini, Cass., SS.UU. civ., 10 ottobre 2017, n. 24877).

4.1.1. Parte ricorrente ha diffusamente sostenuto che tale precedente sarebbe inconferente, riguardando i decreti di nomina, da parte del Presidente della Regione Lazio, del direttore generale e i vice direttori generali dell'Agenzia Regionale per la Protezione Ambientale del Lazio, evidenziando la differente natura che rispetto a tali organismi avrebbero le Aziende sanitarie in questione.

L'argomento non persuade. Il direttore generale dell'ARPA Lazio, ai sensi dell'art. 5 della L.R. 6 ottobre 1998, n. 45, è nominato dal Consiglio regionale, su proposta della Giunta, tra persone in possesso dei requisiti ivi contemplati, ha la legale rappresentanza dell'ARPA ed è responsabile dell'efficienza, dell'efficacia e dell'economicità della gestione dell'Ente.

A ben vedere, anzi, nel caso di specie il fatto che la nomina sia legislativamente rimessa al Consiglio regionale, ovverosia a un organo che esercita anche funzioni di indirizzo politico-amministrativo, ne concreta testualmente la natura di "atto di macro-organizzazione", ai sensi dell'art. 4, n. 1, lett. e) del d.lgs. n. 165 del 2001. Ciò nondimeno, nella cennata pronuncia si è ritenuto assorbente l'elemento costituito dal conferimento di incarico dirigenziale.

4.1.2. Neppure convince la tesi secondo cui le Aziende sanitarie locali sarebbero meritevoli di considerazione separata rispetto alle Agenzie regionali, essendo rivolte al perseguimento del fine della tutela della salute, sicché la nomina dei direttori generali delle prime assumerebbe speciale rilievo, svolgendo tali organi una funzione di raccordo tra l'indirizzo politico regionale e l'Ente sanitario, contribuendo al perseguimento di obiettivi in un settore di speciale rilievo costituzionale.

In senso contrario, infatti, può ben osservarsi che le Agenzie regionali di protezione ambientale perseguono comunque finalità di protezione e di informazione ambientale ovverosia valori di rilievo costituzionale, e che sul versante dell'organizzazione le Aziende del servizio sanitario sono comunque enti strumentali delle Regioni, essendo sottoposte al controllo, alla vigilanza e al potere d'indirizzo regionale, sia quanto all'attività che quanto agli organi, provenendo le necessarie risorse finanziarie dalle Regioni, che ne approvano i loro bilanci e rendiconti e che ne nominano, appunto, l'organo istituzionale di vertice. In tale prospettiva, il Giudice delle leggi ha definito le AA.SS.LL. alla stregua di "strumento attraverso il quale la Regione provvede all'erogazione dei servizi sanitari nell'esercizio della competenza in materia di tutela della salute ad essa attribuita dalla Costituzione" (Corte cost., sent. n. 220 del 2003).

5. Dalle considerazioni che precedono discende la declaratoria di inammissibilità del ricorso, con indicazione, ai sensi dell'art. 11 cod. proc. amm. dell'autorità giudiziaria ordinaria quale plesso munito di giurisdizione.

6. Sussistono giusti motivi, in ragione delle peculiarità della questione, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando sul ricorso, per come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Potenza, nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2019, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso,	Presidente
Pasquale Mastrantuono,	Consigliere