

## Natura privata e giurisdizione ordinaria degli atti di macro-organizzazione delle ASL

*di Margherita Galletti*

*Data di pubblicazione: 17-1-2018*

1. Sugli atti macro-organizzativo prodromici all'attribuzione di incarichi dirigenziali nel S.S.N. sussiste la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo quando il soggetto che chiede tutela non è un dipendente pubblico direttamente coinvolto nella procedura selettiva, che ne contesti le modalità preparatorie (atti macro-organizzativi) o di concreto svolgimento (atti di gestione), bensì un soggetto pubblico (gli Ordini sono enti pubblici non economici) al quale la legge ha affidato compiti di tutela di una categoria professionale, che contesti la scelta organizzativa di fondo di escludere tale categoria dal novero dei possibili partecipanti alla selezione; in caso contrario si avrebbe un difetto di tutela giurisdizionale a scapito degli Ordini professionali, che pur avendo precisi obblighi di legge a tutela delle rispettive categorie, si vedrebbero impossibilitati ad ottemperarvi, non potendo adire direttamente il giudice ordinario in veste di giudice del lavoro.

2. Non soltanto gli atti delle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi dirigenziali nelle aziende sanitarie previste dall'art. 3-sexies del d.lgs. 502/1992 (non aventi carattere di "procedura concorsuale" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001 – cfr. Cass. SS.UU., n. 9281/2016; n. 28819/2011; n. 21060/2011 – ord.), ma, a differenza di ciò che accade per le altre Amministrazioni, anche gli atti di macroorganizzazione nel settore sanitario sono atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato (cfr. Cass., SS.UU., n. 15304/2014; n. 17783/2013; n. 2031/2008 – ord.) rispetto ai quali è quindi esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo.

In senso conforme: Cass. SS.UU., 9 maggio 2016 n. 9281; Cass., SS.UU., 04 luglio 2014 n. 15304; Cass. SS.UU., 22 luglio 2013, n. 17783; Cons. Stato, Sez. III, 10 ottobre 2016 n. 4172; Cons.Stato, Sez. III, 03 ottobre 2016 n. 4054; Cass. SS.UU., 17 febbraio 2017 n. 4227.

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 4134 del 2017, proposto da:

Consiglio dell'Ordine degli Psicologi del Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Lentini, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza della Marina, 1;

*contro*

Azienda Sanitaria Locale Roma 3, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Ferrara, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Casal Bernocchi, 73;

*nei confronti di*

- Enrico Nonnis, Federazione Nazionale degli Ordini dei Medici Chirurghi e Odontoiatri, non costituiti in giudizio;

- Ordine Provinciale dei Medici - Chirurghi e degli Odontoiatri di Roma, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Caroleo, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno 10/B;

*per l'annullamento*

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III QUATER, n. 03118/2017, resa tra le parti, concernente declinatoria giurisdizione;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Roma 3 e di Ordine Provinciale dei Medici - Chirurghi e degli Odontoiatri di Roma;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 105, co. 2 e 87, co. 3, cod. proc. amm.;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2017 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Luca Lentini, Fabio Ferrara e Francesco Caroleo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Il Consiglio dell'Ordine degli Psicologi del Lazio ha impugnato l'avviso pubblico dell'Azienda USL Roma D, poi Roma 3, per il conferimento, a tempo determinato, di un incarico quinquennale, rinnovabile, di direzione di struttura complessa - area medica e delle specialità mediche - disciplina neuropsichiatria infantile per l'U.O. "Tutela della salute mentale e della riabilitazione per l'età evolutiva" (G.U.R.I. n. 93 del 5 dicembre 2006), nella parte in cui non consente la partecipazione anche agli appartenenti alla categoria professionale degli psicologi.

2. Il TAR Lazio, con la sentenza appellata (III-quater, n. 3118/2017) ha dichiarato il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, ritenendo che la questione rientri nella giurisdizione del giudice ordinario.

3. Il giudice di primo grado è giunto a tale conclusione sottolineando, in particolare, che:

- facendo seguito ad un già consistente orientamento del giudice amministrativo (cfr. *ex multis* Cons. Stato, III, n. 4172/2016 e n. 4054/2016), la Cassazione (SS.UU., n. 4227/2017-ord.) hanno chiarito che:

(a) «le procedure di selezione avviate dalle ASL sia che riguardino il conferimento dell'incarico di dirigente di struttura complessa (in base all'art. 15-ter del d.lgs. n. 502 del 1992 cit.) sia che si riferiscano al conferimento dell'incarico di direttore di distretto socio-sanitario (in base all'art. 3-sexies del medesimo d.lgs. n. 502 del 1992) non hanno carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si articolano secondo uno schema che non prevede lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma soltanto la scelta di carattere essenzialmente fiduciario di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita Commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali»;

(b) per tale ragione, dunque, «tutte le relative controversie attinenti sia alle suindicate procedure di selezione (ad esempio concernenti l'accertamento del diritto al conferimento dell'incarico) sia al provvedimento finale del direttore generale, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto hanno ad oggetto atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, ai sensi dell'art. 5 del citato d.lgs. n. 165 del 2001 (...)»;

c) comunque, in base ad un orientamento costante della Corte regolatrice, «i provvedimenti adottati dalle Aziende sanitarie locali sono da considerare come riguardanti la sfera del diritto privato – con conseguente giurisdizione del giudice ordinario – anche se si tratta di atti di macro-organizzazione, diversamente da quanto stabilito per le Amministrazioni pubbliche in genere e in coerenza con il carattere imprenditoriale delle ASL, che è strumentale al raggiungimento del fine pubblico che perseguono».

4. Nell'appello, il Consiglio prospetta che:

- vi è una sostanziale, specifica e rilevante differenza, ai fini della giurisdizione, tra i contenziosi che hanno generato le pronunce invocate dal TAR ed altre pronunce di segno contrario invocate nel ricorso in primo grado (cfr. Cons. Stato, III, n. 448/2016; Cass. civ. SS.UU. n. 23290 e n. 23292/2010 - ord.), poiché in questi ultimi casi la giurisdizione del giudice amministrativo è stata ritenuta sussistente in quanto il soggetto ricorrente era un Ordine professionale a tutela della categoria rappresentata che risultava esclusa a mezzo di atti macro-organizzativi delle AA.SS.LL. dal novero dei possibili partecipanti a selezioni - non importa se a carattere concorsuale o meramente idoneativo - per l'attribuzione di incarichi dirigenziali di direzione di strutture complesse, cosiddetti incarichi apicali;

- viceversa, nei casi invocati dal TAR, la giurisdizione del giudice ordinario è stata affermata nei casi in cui il ricorrente era un pubblico dipendente che rivendica, in chiave giuslavoristica, l'attribuzione di un incarico dirigenziale ed anche in caso d'impugnazione di atti di macro-organizzazione, ma non in quanto atti radicalmente escludenti la categoria professionale di appartenenza, bensì in quanto atti prodromici ad ulteriori provvedimenti di concreta gestione delle relative procedure selettive e, perciò, ponendo in evidenza la natura concorsuale o meramente idoneativa delle stesse;

- in conclusione, se ne trae il principio secondo il quale sugli atti macro-organizzativo prodromici all'attribuzione di incarichi dirigenziali nel S.S.N. sussiste la giurisdizione di legittimità del giudice amministrativo quando il soggetto che chiede tutela non è un dipendente pubblico direttamente coinvolto nella procedura selettiva, che ne contesti le modalità preparatorie (atti macro-organizzativi) o di concreto svolgimento (atti di gestione), bensì un soggetto pubblico (gli Ordini sono enti pubblici non economici) al quale la legge ha affidato compiti di tutela di una categoria professionale, che contesti la scelta organizzativa di fondo di escludere tale categoria dal novero dei possibili partecipanti alla selezione; in caso contrario si avrebbe un difetto di tutela giurisdizionale a scapito degli Ordini professionali, che pur avendo precisi obblighi di legge a tutela delle rispettive categorie, si vedrebbero impossibilitati ad ottemperarvi, non potendo adire direttamente il giudice ordinario in veste di giudice del lavoro.

5. Si sono costituiti in giudizio, controdeducendo, l'ASL Roma 3 e l'Ordine Provinciale dei Medici-Chirurghi e degli Odontoiatri di Roma.

6. L'appello deve essere respinto.

Va anzitutto sottolineato che la sentenza di questa Sezione n. 448/2016 non afferma affatto la tesi sostenuta dall'appellante, non venendo in quella causa in rilievo la questione della giurisdizione per mancanza di proposizione di rituale appello sul punto.

E' vero invece che le ordinanze della Corte di Cassazione invocate dall'appellante hanno affermato la giurisdizione del giudice amministrativo, sulla base dell'esclusivo rilievo secondo cui "il Consiglio dell'Ordine degli Psicologi ha impugnato, al di fuori di qualunque rapporto giuridico diretto con la controparte, un atto amministrativo discrezionale sicuramente riconducibile nella categoria di quelli autoritativi, chiedendone l'annullamento non per la sua

incidenza diretta od indiretta su di una propria situazione di diritto soggettivo, ma per il mancato rispetto della legge, alla cui esatta osservanza da parte della ASL non può quindi vantare, data l'assenza di rapporti giuridici fra loro, che una posizione di semplice interesse legittimo". Vale a dire, dette pronunce si basano sulla distinzione tra norme di azione e norme di relazione.

Tuttavia, come sottolineato anche dalla sentenza appellata, la Cassazione afferma ormai da tempo che non soltanto gli atti delle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi dirigenziali nelle aziende sanitarie previste dall'art. 3-sexies del d.lgs. 502/1992 (non aventi carattere di "procedura concorsuale" ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. 165/2001 – cfr. Cass. SS.UU., n. 9281/2016; n. 28819/2011; n. 21060/2011 – ord.), ma, a differenza di ciò che accade per le altre Amministrazioni, anche gli atti di macroorganizzazione nel settore sanitario sono atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato (cfr. Cass., SS.UU., n. 15304/2014; n. 17783/2013; n. 2031/2008 – ord.) rispetto ai quali è quindi esclusa la giurisdizione del giudice amministrativo.

Dunque, poiché anche nel caso in esame il criterio dirimente della giurisdizione (in assenza dei presupposti per la giurisdizione in materia di procedure concorsuali, la cui sussistenza non viene prospettata neanche dall'appellante) è quello generale della natura della situazione giuridica soggettiva lesa, c.d. *petitum sostanziale*, questo (come già puntualmente affermato nella sentenza appellata) non può essere individuato nella esclusione della categoria rappresentata dalla partecipazione alla selezione pubblica.

Va invece valutato con riferimento alla alternativa diritto soggettivo/interesse legittimo, e la sussistenza della prima situazione giuridica soggettiva non viene meno in ragione della natura del soggetto che agisce, o della sussistenza o meno di un rapporto con l'Amministrazione, dovendosi comunque configurare una situazione di diritto soggettivo di fronte ad atti che, secondo la Cassazione (con orientamento che in questa sede non è possibile mettere in discussione, essendo espresso in sede di regolazione della giurisdizione), non costituiscono esercizio di potere amministrativo ma son pur sempre atti di diritti privato, atti aziendali espressione della capacità e dei poteri del datore di lavoro privato ed orientati dal carattere imprenditoriale delle strutture sanitarie.

Non vi è pertanto alcun contrasto di giurisprudenza, nemmeno apparente e spiegabile nei termini prospettati dall'appellante, ma un orientamento da tempo consolidato, che contraddice la pretesa azionata.

7. Si ravvisano i presupposti per disporre la compensazione delle spese del grado di giudizio.

P.Q.M.

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

Spese del grado di giudizio compensate.

Ordina che la pubblica amministrazione dia esecuzione alla presente decisione.

## Guida alla lettura

La decisione in commento ha ad oggetto una controversia concernente gli esatti confini della giurisdizione del giudice amministrativo nelle questioni riguardanti le procedure di selezione avviate dalle ASL.

Nel caso di specie, il Consiglio dell'Ordine degli psicologi del Lazio aveva impugnato l'avviso pubblico dell'Azienda USL di Roma D, poi Roma 3, per il conferimento, a tempo determinato, di un incarico quinquennale, rinnovabile, di direzione di struttura complessa - area medica e delle specialità mediche - disciplina neuropsichiatria infantile per l'U.O. "Tutela della salute mentale e della riabilitazione per l'età evolutiva" (G.U.R.I. n. 93 del 5 dicembre 2006), nella parte in cui, tale avviso, non consentiva la partecipazione anche degli appartenenti alla categoria professionale degli psicologi.

Il TAR Lazio dichiarava il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, rilevando che la questione rientrasse nella giurisdizione del giudice ordinario.

Il giudice di primo grado fondava la sua decisione sull'orientamento di questo Consiglio (cfr. *ex multis* Cons. Stato, III, n. 4172/2016 e n. 4054/2016), e della Cassazione (SS.UU., n. 4227/2017-ord.) secondo cui tutte le procedure di selezione avviate dalle ASL sia che riguardino il conferimento dell'incarico di dirigente di struttura complessa (in base all'art. 15-ter del d.lgs. n. 502 del 1992 cit.) sia che si riferiscano al conferimento dell'incarico di direttore di distretto socio-sanitario (in base all'art. 3-sexies del medesimo d.lgs. n. 502 del 1992) non hanno carattere concorsuale, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, in quanto si basano su uno schema che non prevede lo svolgimento di prove selettive con formazione di graduatoria finale ed individuazione del candidato vincitore, ma operano con la scelta, a carattere fiduciario, di un professionista ad opera del direttore generale della ASL, nell'ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un'apposita Commissione sulla base di requisiti di professionalità e capacità manageriali. Sulla base di tale assunto, tutte le controversie che riguardano le procedure di selezione rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, in quanto hanno ad oggetto atti adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, ai sensi dell'art. 5 del citato d.lgs. n. 165 del 2001.

In tema di riparto di giurisdizione sugli atti di macro e di micro organizzazione adottati dai soggetti pubblici, il consolidato orientamento giurisprudenziale è nel senso che "ai fini del riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di pubblico impiego occorre distinguere tra gli atti di macro-organizzazione concernenti le linee fondamentali di organizzazione degli uffici

e i modi di conferimento degli incarichi dirigenziali e assoggettati a principi e regole pubblicistiche, e atti di micro-organizzazione, che si collocano al di sotto della soglia di configurazione degli uffici pubblici, con cui si dispone l'organizzazione dei singoli uffici, regolati dalla disciplina privatistica: appartengono alla giurisdizione del giudice amministrativo le controversie concernenti i primi (atti di macro-organizzazione), nei cui confronti, quali atti presupposti rispetto a quelli di organizzazione e gestione dei singoli rapporti di lavoro, sono astrattamente configurabili posizioni di interesse legittimo, potendo essi produrre effetti immediatamente pregiudizievoli per il dipendente ed essendo peraltro irrilevante, ai fini della giurisdizione, la loro incidenza riflessa sullo stesso rapporto di lavoro; mentre gli atti di micro-organizzazione, direttamente ed unicamente incidenti sulla concreta gestione del rapporto di lavoro, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario" (cfr., ex multis, Cons. St., Sez. V, 15 luglio 2014, n. 1702; Sez. V, 28 novembre 2013, n. 5684; Sez. IV, 21 ottobre 2013, n. 5104)4.

Cio? nonostante, sussiste un "regime legale derogatorio" per gli atti di macro-organizzazione adottati nell'ambito delle entità organizzative (U.S.L.) nelle quali si articola il Sistema Sanitario Nazionale (S.S.N); per queste non vale l'equazione in virtù della quale "gli atti di micro-organizzazione stanno alla giurisdizione ordinaria come gli atti di macro-organizzazione stanno a quella amministrativa". Se di regola dunque la cognizione degli atti di macro-organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo diversa è la disciplina dell'attività organizzativa del S.S.N. Ai sensi dell'art. 3, del d.lgs. 502/1992, come modificato dal d.lgs 229/1999, le USL (cui sono succedute con analoga disciplina le aziende sanitarie) si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione e il loro funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, agiscono mediante atti di diritto privato; il direttore generale adotta l'atto aziendale di organizzazione, è responsabile della gestione complessiva e nomina i responsabili delle strutture operative dell'azienda. Pertanto, diversamente dalle amministrazioni pubbliche in genere, gli atti di macro-organizzazione delle aziende sanitarie sono adottati con atto di diritto privato in coerenza con il carattere imprenditoriale strumentale, con conseguente devoluzione della cognizione degli stessi alla giurisdizione del giudice ordinario.

In linea generale, tutti provvedimenti adottati dalle Aziende sanitarie locali sono da considerare come riguardanti la sfera del diritto privato – con conseguente giurisdizione del giudice ordinario – in coerenza con il carattere imprenditoriale delle ASL.

L'appello viene respinto sulla base delle considerazioni svolte ed il Collegio delinea il principio in base al quale, si radica la giurisdizione del giudice amministrativo sugli atti macro-organizzativi prodromici all'attribuzione di incarichi dirigenziali nel S.S.N. solo nelle ipotesi in cui ad agire sia un soggetto pubblico, come un Ordine professionale (gli Ordini sono enti pubblici non economici) al quale la legge ha affidato compiti di tutela di una categoria professionale e che contesta la scelta organizzativa di fondo di escludere tale categoria dal novero dei possibili partecipanti alla selezione professionale. Al di fuori di tali fattispecie, come ribadito da tempo dalla stessa giurisprudenza di legittimità, sia per gli atti delle procedure di selezione per il conferimento degli incarichi dirigenziali nelle aziende sanitarie previste dall'art. 3-sexies del d.lgs. 502/1992 ed, a differenza di ciò che accade per le altre Amministrazioni, sia

per gli atti di macroorganizzazione del settore sanitario, adottati in base alla capacità ed ai poteri propri del datore di lavoro privato, si radica la giurisdizione del giudice ordinario.