

Il conferimento degli incarichi di direzione di struttura complessa in sanità fra equilibri consolidati e tentativi di riforma

di Fabrizio Figorilli

SOMMARIO: 1. Cenni preliminari e oggetto dell'indagine. – 2. Le diverse discipline susseguitesi nel tempo in materia di nomina dei responsabili di struttura complesse nelle aziende sanitarie. – 3. (segue) I differenti orientamenti formatisi in seno alla giurisprudenza e il concordato che ne è derivato. – 4. La specificità della nomina delle figure apicali nei reparti a direzione universitaria. – 5. Il giudizio avanti al giudice ordinario sugli incarichi di dirigente di struttura complessa quale sintomo dell'inidoneità del modello ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva del ricorrente. – 6. Le modifiche introdotte di recente dal legislatore del 2022: opportunità di un ripensamento in tema di riparto della giurisdizione in tema di affidamento degli incarichi apicali in sanità.

1. *Cenni preliminari e oggetto dell'indagine*

Le recenti prese di posizione dei giudici di Palazzo Spada e del giudice della nomofilachia in tema di giurisdizione sull'affidamento degli incarichi di dirigente di struttura complessa delle aziende sanitarie può rappresentare l'occasione per tracciare un bilancio sulla effettiva portata della scelta, intervenuta ormai da un quarto di secolo, di assegnare alla competenza del giudice ordinario le controversie in materia del pubblico impiego.

Sono ampiamente note le ragioni che hanno favorito tale soluzione e le incertezze che da subito hanno animato il dibattito al riguardo, per cui non merita in questa sede ripartire da così lontano. Al contrario, l'analisi di un settore specifico, quale quello degli incarichi dirigenziali qui presi in considerazione, può costituire la dimostrazione più tangibile delle evidenti contraddizioni che tuttora persistono su tali profili, pur in presenza di un orientamento più che consolidato da parte della Cassazione e del Consiglio di Stato.

In questa prospettiva, pertanto, le presenti riflessioni si concentreranno sulle trasformazioni che hanno accompagnato la disciplina positiva in tale materia, ed in particolare sull'intervento profondamente innovativo introdotto nell'agosto scorso dalla legge sulla concorrenza n. 118/2022, laddove il legislatore ha interamente ridisegnato il procedimento di nomina dei responsabili di struttura complessa sanitaria. Tali novità, infatti, oltre

ad apportare delle modificazioni sul piano sostanziale, non possono non avere delle conseguenze sul piano processuale, e segnatamente sul giudice competente e sulla reale effettività della tutela degli interessati, creando le premesse per superare definitivamente il concordato giurisprudenziale che ha fin qui – peraltro in maniera molto poco persuasiva – riconosciuto al giudice ordinario la cognizione e la decisione su tali controversie.

2. *Le diverse discipline susseguitesi nel tempo in materia di nomina dei responsabili di struttura complesse nelle aziende sanitarie*

Come già sottolineato dalla dottrina più attenta¹, l'evoluzione della normativa che ha interessato il settore delle nomine apicali delle strutture sanitarie nel nostro ordinamento può sinteticamente ricostruirsi lungo tre direttrici fondamentali.

In un primo momento, coincidente con la tendenziale privatizzazione dei rapporti di pubblico impiego risalente al 1992, muovendo dal presupposto che al Direttore generale dell'azienda vengono conferiti tutti i poteri del datore di lavoro privato, con il conseguente potere discrezionale di quest'ultimo di individuare i responsabili di strutture semplici e complesse attraverso provvedimenti di natura fiduciaria. In altre parole, tale scelta risultava pertanto in linea con il nuovo assetto organizzativo che connotava la materia, assegnando ai vertici aziendali i poteri di nomina dei c.d. dirigenti sanitari di secondo livello. Ed infatti, dalla precedente formulazione della disposizione che regola(va) tale profilo² discende chiaramente era facile

¹ Intendiamo riferirci, *ex multis*, ad alcuni lavori recenti a F. SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa nelle aziende sanitarie: una giurisdizione ... case by case?*, in *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni* 2016, 205 ss.; E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie dopo la c.d. riforma Balduzzi*, in *Istituzioni del federalismo*, 2013, 551 ss.

² La distinzione tra i due differenti tipi di dirigenti trova la sua fonte nell'art. 15, co. 4, d.lgs. n. 502/1992, come modificato dall'art. 13, d.lgs. n. 229/1999, il quale affida al dirigente sanitario compiti di collaborazione e di corresponsabilità nella gestione delle attività, nonché, ove si tratti di dirigente con cinque anni di attività con valutazione positiva, funzioni di natura professionale anche di alta specializzazione, di consulenza, studio e ricerca, ispettive, di verifica e di controllo, nonché di direzione di strutture semplici. Diversamente, ai dirigenti con incarico di direzione di struttura complessa sono attribuite funzioni di direzione ed organizzazione della struttura, da attuarsi anche mediante direttive a tutto il personale operante nella stessa, nonché l'adozione delle decisioni necessarie per il corretto espletamento del servizio e per la realizzazione di appropriati interventi con finalità preventive, diagnostiche, terapeutiche e riabilitative, attuati nella struttura loro affidata, secondo quanto previsto ex art. 15, co. 6, d.lgs. 502/1992 come modificato dall'art. 13, d.lgs. 229/1999, cit.

notare come la scelta del direttore delle strutture in parola avvenisse al di fuori di una procedura di tipo comparativo, risultando, di fatto, fortemente assimilabile a quanto avviene per l'assunzione dei dipendenti privati³.

Non va tuttavia sottaciuto come il raggiungimento di tale obiettivo sia avvenuto gradualmente, sintomo di una incertezza di fondo che ha accompagnato l'evoluzione che ha caratterizzato la materia. Più precisamente, la prima versione della disciplina inserita all'interno del D.Lgs n. 502/1992, nonostante prevedesse il meccanismo sopra richiamato, controbilanciava gli ampi poteri attribuiti al direttore generale dell'azienda con tutta una serie di accorgimenti⁴ in grado di assicurare ampi margini di trasparenza ed imparzialità, del tutto analoghi a quelli garantiti da una procedura concorsuale tradizionale.

Ma già con il D.Lgs. n. 517/1993 viene espunto dai compiti assegnati alla commissione di esperti quello di redigere una graduatoria, proprio per consentire al direttore generale di procedere all'individuazione del responsabile di struttura complessa sulla scorta di valutazioni prettamente fiduciarie. Prospettiva, quest'ultima, ulteriormente riaffermata, nel segno di una completa attuazione di un modello improntato al principio della responsabilità dirigenziale, con le ulteriori modificazioni introdotte in occasione del D.Lgs. n. 229/1999.

In conclusione, all'esito di tale articolato percorso normativo, se per accedere alla dirigenza sanitaria è previsto espressamente un pubblico concorso per titoli ed esami⁵, per l'incarico (a tempo determinato) di

³ Ampiamente condivisibili sono le notazioni critiche della trasformazione in senso privatistico di tali profili da tempo segnalati da R. FERRARA, *Organizzazione e principio di aziendalizzazione nel servizio sanitario nazionale: spunti problematici*, in *Foro amm.-TAR*, 2003, 2511-2510-

⁴ Il testo originale dell'art. 15, D.lgs n. 502/1992 prevedeva espressamente che "Il secondo livello dirigenziale del ruolo sanitario è conferito quale incarico a coloro che siano in possesso dell'idoneità nazionale all'esercizio delle funzioni di direzione di cui all'articolo 17. L'attribuzione dell'incarico viene effettuata, previo avviso da pubblicare nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, dal direttore generale sulla base del parere di un'apposita commissione di esperti. La commissione è nominata dal direttore generale ed è composta dal direttore sanitario e da due esperti nella disciplina oggetto dell'incarico, di cui uno designato dalla regione ed uno designato dal consiglio dei sanitari tra i dirigenti di secondo livello del Servizio sanitario nazionale; in caso di mancata designazione da parte della regione e del consiglio dei sanitari entro trenta giorni dalla richiesta, la designazione è effettuata dal Ministro della sanità su richiesta dell'unità sanitaria locale o dell'azienda ospedaliera. La commissione predispone l'elenco degli idonei previo colloquio e valutazione del curriculum professionale degli interessati. L'incarico che ha durata quinquennale, da' titolo a specifico trattamento economico ed è rinnovabile".

⁵ È questo il frutto del meccanismo delineato dall'art. 28, co. 1, d.lgs. n. 29/1993, come

dirigente sanitario di struttura complessa⁶ l'incarico viene conferito con provvedimento del direttore generale "sulla base di una rosa di candidati idonei selezionata da un'apposita commissione"⁷. Pertanto, la nomina era il prodotto di una scelta operata dal direttore generale sulla base di un accertamento tecnico discrezionale svolto da una commissione di esperti al fine di garantire la qualificazione del soggetto cui affidare le funzioni direzionali⁸. Né gli ampi margini di discrezionalità, riconosciuti al vertice dell'azienda sanitaria, risultavano compressi dall'obbligo di corredare il provvedimento di nomina con un'adeguata motivazione⁹, con riferimento specifico ai giudizi formulati dalla commissione tecnica che ha valuta-

modificato da ultimo dall'art. 10 del d.lgs. n. 387/1998, oggi confluito nell'art. 28 del d.lgs. n. 165/2001. Ed ancora, ai sensi dell'art. 15, co. 7, inserito dall'art. 13, d.lgs. n. 229/1999, cit., e art. 26, T.U. n. 165/2001, il quale precisa che al suddetto concorso pubblico, "sono ammessi candidati in possesso del relativo diploma di laurea, con cinque anni di servizio effettivo ... prestato in enti del Servizio sanitario nazionale nella posizione funzionale di settimo e ottavo livello, ovvero in qualifiche funzionali di settimo, ottavo e non livello di altre pubbliche amministrazioni.". Tale concorso è disciplinato dal "Regolamento recante la disciplina concorsuale per il personale dirigenziale del Servizio sanitario nazionale", approvato con il D.P.R. 10 dicembre 1997 n. 483.

⁶ La figura del dirigente sanitario di secondo livello si distingue, in tal modo, dal vecchio "primario": il primo, invero, ottiene l'assegnazione del posto mediante il conferimento di un incarico della durata di cinque o sette anni; il secondo, invece, veniva assunto a tempo indeterminato a seguito di concorso pubblico; sul punto si rinvia alle precise puntualizzazioni contenute in TAR Lombardia-Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, in *T.A.R.*, 2001, I, 1268 ss.

⁷ La commissione viene nominata dal direttore generale ed è composta dal direttore sanitario, che la presiede, e da due dirigenti dei ruoli del personale del Servizio Sanitario Nazionale, preposti ad una struttura complessa della disciplina oggetto dell'incarico. La procedura per il conferimento dell'incarico di dirigente responsabile di strutture complesse, è regolata dall'art. 8, D.P.R. 10 dicembre 1997, n. 484 che prevede un'apposita Commissione di esperti, con il compito di accertare l'idoneità dei candidati sulla base di un colloquio (co. 2) e della valutazione del *curriculum* professionale (co. 3) sulla base di criteri di valutazione, tenuto conto delle specificità proprie del posto da ricoprire (co. 6, primo periodo).

⁸ "Il giudizio finale non comporta l'attribuzione di punteggi, correlati alla valutazione dei documenti esibiti o delle risposte date in sede di colloquio, e, pertanto, non comporta una graduatoria, con un ordine di preferenza o, meglio, di maggiore o minore idoneità, espressione di un giudizio comparativo fra il livello di idoneità riscontrato per ciascun candidato"; così TAR Puglia, sez. Bari, I, 21 aprile 1999, n. 279, in *T.A.R.*, 1999, I, 760; in senso conforme v. anche T.A.R. Lombardia-Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, cit..

⁹ L'incarico, a tempo determinato, di dirigente sanitario di secondo livello viene attribuito dal direttore generale della struttura ospedaliera con un proprio provvedimento, avente carattere di ampia discrezionalità, "seppur sempre adeguatamente motivato, il quale individua il soggetto cui affidare la direzione della struttura complessa nell'ambito di una rosa di candidati ritenuti idonei, selezionati da un'apposita Commissione di esperti": sul punto vedasi TAR Lombardia-Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, cit., nonché, TAR Lazio, III, 23 giugno 1999, n. 1976, in *T.A.R.*, 1999, 234.

to i *curricula* e condotto il colloquio¹⁰. In definitiva, l'individuazione del responsabile della struttura avveniva, pertanto, attingendo ad una lista di idonei predisposti da un'apposita commissione, sulla scorta di valutazioni unicamente riconducibili alla responsabilità del *manager* chiamato a guidare l'azienda sanitaria.

Tale sistema si è tuttavia rivelato inadeguato per tutta una serie di ragioni, non ultima l'eccessiva politicizzazione che ha connotato le scelte dei vertici delle amministrazioni sanitarie locali¹¹, favorendo un sostanziale ripensamento del meccanismo che porta alla nomina dei responsabili delle strutture complesse. Ed invero, muovendo da tali presupposti, il legislatore del 2012¹² ha ritenuto di dover apportare delle modifiche che possono così sintetizzarsi.

Da un lato, si è affidato alle regioni il compito di dettare “i criteri e le procedure” in base ai quali regolare le modalità di conferimento dell'incarico qui preso in considerazione; dall'altro, il nuovo contesto normativo ha delineato un vero e proprio procedimento, attraverso cui ridimensionare fortemente il ruolo svolto fino a quel momento dal direttore generale in questo delicato ambito di attività¹³. Tale conclusione sembra pertanto trovare conferma nel fatto che il legislatore ha testualmente qualificato la

¹⁰ Cfr. TAR Friuli-Venezia Giulia, 17 dicembre 1998, n. 1554, in *Foro it., Rep.*, voce *Giustizia amministrativa*, 394; TAR Abruzzo-Pescara, 13 gennaio 1999, n. 19, in *Ragusan*, 2000, 362 e 18 novembre 2000, n. 731, in *www.giust.it.*, secondo cui “la natura non concorsuale della ... selezione esclude ogni valutazione analitica e/o comparativa tra gli “idonei”, ma ciò non si traduce in una libertà assoluta della scelta finale da parte del direttore generale, poiché in tal modo, verrebbe vanificato il lavoro “istruttorio e valutativo” della commissione di esperti Lo stesso giudizio di idoneità, invero, deve essere la conclusione ragionata dell'esame di tutti gli elementi da ponderare ... perché il direttore generale deve rinvenire, nell'ambito delle valutazioni delle capacità “manageriali” e “tecniche” che la commissione ha fatto di ciascun candidato, i dati giustificativi della sua scelta finale ... La normativa di settore (d.lgs. n. 502/92 e n. 517/93) e la stessa circolare ministeriale n. 221/10 maggio 1995, sono precise ed analitiche nel puntualizzare l'ambito del giudizio, cui deve rifarsi il direttore generale, rappresentato dalle risultanze “testuali” dell'istruttoria della commissione; la motivazione finale, pertanto, potrà essere limitata anche ad una semplice giustificazione della scelta, proprio perché fa riferimento al lavoro e al giudizio “analitico e complessivo” della commissione degli esperti”.

¹¹ Concorda con questa ricostruzione F. SAIITA, *op. cit.*, 208-209 e FRAGALE, *op. cit.*, 552 ss

¹² Intendiamo riferirci al D.L. n. 158 del 2018, convertito nella L. n. 189 del 2012 che ha aggiunto all'art. 15, D.Lgs. n. 502/1992 il co. 7-bis.

¹³ Per una ricostruzione sicuramente condivisibile della figura del direttore generale e della qualificazione dei suoi poteri non interamente riconducibili alla sfera del diritto privato si rinvia alle puntuali osservazioni di M.G. ROVERSI MONACO, *Università e servizio sanitario nazionale: l'azienda ospedaliera universitaria*, Padova, 2011 922 ss.

procedura di nomina come una “selezione” affidata ad una commissione non più espressione diretta dei vertici aziendali (ma frutto di un sorteggio all’interno di elenchi nazionali e regionali di nominativi nazionali e regionali di direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli del sst), con il compito di giudicare i candidati “ sulla base di un’analisi comparativa dei *curricula*, dei titoli professionali posseduti, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, dei volumi dell’attività svolta, dell’aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio”¹⁴. Tale valutazione si conclude infine con la formulazione di una terna, predisposta sulla scorta dei “migliori punteggi attribuiti”, all’interno della quale il direttore generale dell’azienda indica il candidato prescelto, con l’obbligo di motivare “analiticamente la scelta” qualora non intenda nominare il professionista che non abbia conseguito il punteggio più alto.

3. *(segue) I differenti orientamenti formati in seno alla giurisprudenza e il concordato che ne è derivato*

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, merita soffermarsi sulle prese di posizione della giurisprudenza e, più in particolare, sulle conseguenze prodotte dalle varie versioni della disciplina sull’affidamento degli incarichi di direttore di struttura complessa di un’azienda sanitaria sul piano più strettamente processuale. Va subito detto che non sempre è dato scorgere un filo conduttore unitario, posto che i dubbi manifestati anche in altri settori della dirigenza pubblica, al momento dell’entrata in vigore delle riforme dell’ultimo decennio del secolo scorso e dei primi anni di quello attuale, permangono nella loro interezza, come testimoniato anche dalle prime prese di posizione giudici, pure qui divisi, soprattutto in materia di riparto di giurisdizione¹⁵, tra due scelte di fondo.

Un primo orientamento, subito dopo l’entrata in vigore della c.d.

¹⁴ Cfr., l’art. 15, co. 7-bis, d.lgs n. 502/92 nel testo vigente fino all’entrata in vigore della sua integrale riformulazione in seguito alle modifiche apportate dall’art. 20. L. 5 agosto 2022, n. 118.

¹⁵ Per una ricostruzione esaustiva di tali vicende e per un’esatta rappresentazione dei diversi orientamenti affermatasi in sede di giurisdizione amministrativa, il cui atteggiamento, come già ricordato nel testo, è stato definito “ondivago”, si rinvia alle sempre valide considerazioni di A. ROMANO TASSONE, *Sul contratto di lavoro del dirigente pubblico*, in *Giust. civ.*, 2000, 147 ss.; per ulteriori approfondimenti v. le prime considerazioni in concomitanza dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 165/2001 da S. VENEZIANO, *Il vigente riparto di giurisdizione nelle controversie in materia di rapporto di lavoro privatizzato alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni*, in *T.A.R.*, 2001, II, 221.

privatizzazione del pubblico impiego, ha ravvisato nella selezione volta ad individuare la figura apicale della struttura complessa, una procedura di natura concorsuale o comunque di tipo comparativo, come tale in grado di radicare in capo al giudice amministrativo la cognizione delle liti relative alla scelta del soggetto con cui stipulare il contratto di lavoro¹⁶. E ciò in virtù della considerazione che l'oggetto del giudizio è prevalentemente rappresentato dalla contestazione del mancato rispetto della normativa per la scelta del contraente, i partecipanti alla selezione – in quanto titolari, a fronte di poteri autoritativi della pubblica amministrazione, solo di interessi legittimi – dovrebbero prospettare le relative censure avanti al giudice amministrativo¹⁷, analogamente a quanto avviene in tutte le altre ipotesi in cui l'autorità è tenuta a seguire una procedura ad evidenza pubblica per la scelta del soggetto con cui stipulare un contratto secondo le regole del diritto privato, ovvero per tutte le contestazioni connesse a vicende successive alla stipula del contratto, come tali aventi riguardo a situazioni assimilabili a quelle di diritto soggettivo¹⁸.

¹⁶ Così, Trib. Pordenone, 21 ottobre 1999, in *Giust. civ.*, 2000, I, 916; TAR Calabria-Catanzaro, 26 ottobre 1999, n. 1150, in *T.A.R.*, 1999, I, 270; TAR Bari, sez. II, 24 giugno 1998, n. 615, *ivi*, 1998, I, 3387 e TAR. Bari, sez. I, 17 febbraio 2000, n. 606, *ivi*, 2000, I, 2050 e 23 gennaio 2001, n. 168, *ivi*, 2001, I, 5022; TAR Valle D'Aosta, 23 giugno 2000, n. 113, *ivi*, 2228; TRGA-Bolzano, 28 luglio 2000, n. 205, *ivi*, 4414, e 13 febbraio 2001, n. 36, *ivi*, 2001, I, 1279; TAR Abruzzo-Pescara, 26 febbraio 2000, n. 132, *ivi*, 1961 e 18 novembre 2000, n. 731, in *www.giust.it*; T.A.R. L'Aquila 3 agosto 2000, n. 605, in *T.A.R.*, 2000, 4479; Trib. Novara, (ord.) 28 gennaio 2000, n. 208, in *www.giust.it*.

¹⁷ Secondo il TAR Molise, 25 novembre 1999 n. 496, in *T.A.R.*, 2000, I, 273: "... rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia in ordine al conferimento dell'incarico di dirigente medico di secondo livello, in quanto la fase amministrativa precedente alla stipulazione del contratto e che si conclude col provvedimento di scelta del sanitario è soggetta a norme di carattere pubblicistico, che comportano la compresenza di un provvedimento amministrativo e di situazioni giuridiche di interesse legittimo".

¹⁸ Interessanti le considerazioni già contenute nelle prime pronunce, attraverso le quali vengono messi a fuoco gli interrogativi che ancora oggi dovrebbero rappresentare i termini esatti del ragionamento in TAR Abruzzo-Pescara, 26 febbraio 2000, n. 132, cit., infatti, "ai fini del riparto della giurisdizione relativamente ad una controversia avente ad oggetto vicende antecedenti alla costituzione del rapporto di lavoro con una pubblica amministrazione, occorre avere riguardo alla posizione giuridica dedotta, mentre una volta costituito detto rapporto le relative controversie sono tutte attribuite alla giurisdizione del giudice ordinario". Più in particolare, il collegio abruzzese osserva che la selezione per il conferimento di incarico di dirigente sanitario di II livello "se pur indetta per il conferimento di un incarico dirigenziale, non può essere ricompresa tra quelle indicate dal primo co. dell'art. 68; detta selezione, infatti, non viene svolta esclusivamente tra i sanitari in servizio presso l'Azienda USL che ha bandito la selezione, ma – in conformità della legge e come chiaramente si legge nell'avviso per il conferimento dell'incarico in questione – tra tutti i sanitari in possesso di quel particolare requisito consistente nell'avere una specifica anzianità di

Al contrario, altra parte della giurisprudenza, proponendo una lettura sistematica dell'art. 63, cit., in linea con la tendenza legislativa che auspica una progressiva assimilazione del lavoro pubblico a quello privato (anche nella fase di accesso), si è espressa in favore della giurisdizione del giudice ordinario, dichiarando il conseguente difetto di giurisdizione del giudice amministrativo¹⁹. Tale atteggiamento si iscrive, a pieno titolo, nell'ambi-

servizio “presso pubbliche amministrazioni, istituti di ricovero e cura a carattere scientifico, istituti o cliniche universitarie e istituti zooprofilattici sperimentali”. In altri termini, la selezione e il conferimento dell'incarico in parola – a differenza di quelli cui si riferisce il primo co. del già menzionato art. 68, oggi art. 63, T.U. sul pubblico impiego – non incide su un rapporto di lavoro in atto, ma serve ad individuare il soggetto non ancora necessariamente legato con un rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione che ha indetto la selezione, con cui stipulare un nuovo contratto di lavoro di durata quinquennale ... Inoltre, poiché per la scelta del soggetto ... viene espletata una procedura selettiva di tipo paraconcorsuale, che, se anche non si conclude con una vera e propria graduatoria, si svolge pur sempre seguendo un *iter* procedimentale analiticamente disciplinato dalla legge, ... in ordine al rispetto di tali norme (sono) individuabili esclusivamente posizioni di interesse legittimo, la cui tutela rientra nella generale giurisdizione di legittimità di questo Tribunale.”. Nello stesso senso, cfr. anche TAR Abruzzo-Pescara, 18 novembre 2000, n. 731, in *www.giust.it*, il quale mette in evidenza che la selezione per la nomina di dirigenti responsabili di strutture complesse, pur risolvendosi in un conferimento di incarico dirigenziale senza alcuna graduatoria – tipica, peraltro, di ogni concorso – attraverso un contratto di diritto privato, tuttavia “non è ristretta ai soli sanitari in servizio presso l'AUSL, ma è estesa a tutti i medici in possesso della richiesta anzianità di servizio presso i vari istituti indicati dalla normativa, quindi essa è “aperta e pubblica”, ed assume i connotati di una procedura per l'immissione in servizio di un sanitario, in posto qualificato, presso l'Azienda USL, che il legislatore ha inteso disciplinare in modo particolare e distintivo dalle ordinarie forme concorsuali, onde concedere, attraverso una diversa valutazione, limitata all'idoneità, un più ampio margine di discrezionalità nella scelta, sempre nel preminente interesse dell'organizzazione sanitaria.”; ed infine il Trib. Novara, (ord.) 28 gennaio 2000, n. 208, cit., pone l'accento sul fatto che “L'art. 68 d.lgs. n. 29/93 deve necessariamente essere interpretato nel senso che rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo anche le controversie attinenti la materia degli incarichi dirigenziali, qualora, come nel caso in esame, si contesti la legittimità di atti amministrativi della fase concorsuale prodromica al conferimento dell'incarico” (si tratta dei provvedimenti adottati dalla Commissione e dal direttore generale).

¹⁹ Si tratta della giurisprudenza in quel periodo prevalente che merita richiamare al fine di procedere a un confronto tra l'impostazione seguita subito dopo l'entrata in vigore della riforma del pubblico impiego e quelli che sono i criteri interpretativi oggi maggiormente utilizzati dai giudici; cfr., fra le molte pronunce in tal senso, TAR Liguria, sez. II, 20 marzo 1998 n. 111, in *T.A.R.*, 1998, I, 1880; 30 novembre 1999, n. 680, in *www.giust.it*, e 3 luglio 2000, n. 748, *ivi*, 2000, I, 3853; TAR Napoli, sez. V, 12 ottobre 1999, n. 2642, *ivi*, 1999, I, 4957; TAR Lombardia-Brescia, 25 febbraio 2000, n. 115, 7 aprile 2000, n. 209 e 8 luglio 2000, n. 618, tutte *ivi*, 2000, I, 504, 1031 e 273, nonché, di recente, 12 febbraio 2001, n. 60, *ivi*, 2001, I, 1268 ss.; TAR Sicilia-Palermo, sez. I, 3 ottobre 2000, n. 1778; Id., 5 marzo 2001, n. 351, *ivi*, 1031 e 3805 e Id., 23 novembre 2000, n. 1922, in *www.giust.it*; TAR Calabria-Catanzaro, sez. I, 14 febbraio 2001, n. 236, in *T.A.R.*, 2001, I, 1483; TAR Abruzzo-L'Aquila, 31 luglio 2001, n. 517, in *www.giust.it*, secondo il quale “il conferimento dell'incarico in questione non può che avvenire in favore di dirigenti sanitari del S.S.N., che già intrattengono un rapporto d'impiego e non rileva se lo intrattengono con una Azienda ASL diversa

to di una ricostruzione tendente ad affermare una giurisdizione esclusiva dell'autorità giudiziaria ordinaria, secondo le caratteristiche e peculiarità in altra occasione già esaminate²⁰. Il rinvio al comma 1 dell'art. 63 viene, pertanto, utilizzato anche dallo stesso Consiglio di Stato²¹ per ricondurre avanti ad un unico giudice tutte le liti attinenti il pubblico impiego, a prescindere dalla configurazione delle posizioni soggettive individuabili al suo interno, fatta eccezione per le controversie relative a speciali categorie di personale, tuttora devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo²².

da quella che indice l'avviso pubblico, in quanto ciò che è significativo, è comunque la preesistenza di un rapporto di lavoro con strutture del S.S.N., per cui le relative controversie non possono che configurarsi come attinenti pur sempre al rapporto di pubblico impiego". In questo senso, infine, cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, in *Foro amm.*, 2001, 512.; Cassazione, Sezioni unite, 23 aprile 2001, n. 174, in *Mass. Foro It.*, 2001 e Cass., Sez. un., 11 giugno 2001, n. 7859, in *Foro.it., Rep.*, voce *Giurisdizione civile*, n. 177.

²⁰ Sia consentito rinviare a F.FIGORILLI *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino 2002.

²¹ Secondo Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, cit.: "L'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993 ... accentrando presso il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, "tutte" le controversie relative al rapporto di pubblico impiego", ha operato, come evidenziato dall'avverbio adoperato, una devoluzione "per materia" di tali controversie, istituendo, in definitiva, una giurisdizione esclusiva del giudice ordinario per il pubblico impiego ... (con) l'unica eccezione ... costituita dalla conservazione al giudice amministrativo, per il co. 4 dell'articolo 68 in esame, delle controversie "in materia di procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni", che il legislatore delegato ... ha considerato attinenti al profilo pubblicistico dell'organizzazione dell'Amministrazione. La giurisdizione del giudice ordinario sul rapporto di pubblico impiego si instaura, pertanto, successivamente alla procedura concorsuale, a partire dal contratto di lavoro ...". La controversia oggetto della decisione dei giudici di Palazzo Spada, "si riferisce al conferimento di un incarico di II livello dirigenziale di cardiologia ed è tra le controversie relative "al conferimento degli incarichi dirigenziali" espressamente rimessi al giudice ordinario. L'incarico in questione, infine, costituisce la posizione apicale della dirigenza sanitaria. Si tratta, pertanto, "... di un incarico che presuppone la qualifica di "dirigente sanitario" e, perciò, viene conferito e si svolge all'interno del rapporto d'impiego del personale sanitario".

²² Ne consegue, secondo questa parte della giurisprudenza, che "la procedura seguita per la selezione del dirigente sanitario di secondo livello, avrebbe natura 'paraconcorsuale' o meglio si configurerebbe come una fattispecie particolare e distinta dalla ordinaria selezione concorsuale, identificabile, sulla scorta della terminologia utilizzata dallo stesso legislatore, come 'la procedura per il conferimento' dell'incarico di direzione: l'assenza di punteggi, di una graduatoria finale, di confronti diretti, invero, evidenzerebbe una fattispecie non riconducibile alle normali procedure di selezione concorsuale, bensì ad una fattispecie complessa, composta dall'operato propedeutico della Commissione degli esperti, che esprime un giudizio di idoneità per ogni singolo aspirante, e dalla fase più strettamente decisionale, rimessa alla discrezionalità del direttore generale, il quale individua fra gli idonei, con provvedimento adeguatamente motivato, il candidato cui conferire l'incarico dirigenziale". Ed ancora, secondo il convincimento del TAR Lombardia-Brescia, 12 febbraio 2001, n. 60, cit.: "La procedura di selezione... si colloca, pertanto, al di fuori dello schema tradizionale delle procedure

E tale secondo approccio è rimasto sostanzialmente immutato anche in seguito all'entrata in vigore delle modifiche apportate, nel 2012, dalla ricordata riforma introdotta dalla c.d. disciplina Balduzzi, nonostante vi fossero tutti gli elementi per riaprire un dibattito su tali problematiche. Ci si è chiesto da più parti se la rimodulazione della procedura per il conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa contenesse o meno quei requisiti indicati dal legislatore per l'attribuzione al giudice amministrativo della giurisdizione in materia, ai sensi dell'art. 63, co. 4, D.Lgs. n. 165/2001²³.

Il carattere della fiduciarità che accompagnerebbe la scelta finale del direttore generale dell'azienda il quale intende attribuire l'incarico dirigenziale sembra rappresentare lo scoglio insormontabile, di fronte al quale si arena ogni tentativo teso a ricondurre in ambito pubblicistico una vicenda che a tutti i costi si è voluto risolvere sulla scorta di opzioni che trovano giustificazione più sul piano di scelte di politica del diritto anziché di ordine sistematico.

Per altro verso, la natura del contratto che il futuro dirigente è chiamato a sottoscrivere all'esito della relativa nomina da parte dell'azienda è visto come un vero e proprio catalizzatore anche della selezione che precede tale momento²⁴, a sua volta qualificata in termini privatistici, di per sé

concorsuali per l'assunzione del personale alle dipendenze della pubblica Amministrazione, come tale, per espressa previsione del co. 4 dell'art. 68 del d.lgs. n. 29 del 1993, devolute al giudice amministrativo, per confluire invece, ai sensi del co. 1 dello stesso art. 68, nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario, in quanto procedura attinente il conferimento degli incarichi dirigenziali.”; Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2001, n. 1519, cit., è dell'avviso che “Non si tratta ... di un concorso (il concorso è, invece, previsto per l'accesso al ruolo dei dirigenti...), ma neppure di una procedura ad esso assimilabile. La Commissione non dà punteggi, non opera una valutazione comparativa dei singoli candidati, dei titoli del *curriculum* professionale o dell'esito del colloquio, non stila, quindi, graduatorie di merito, ma esprime un giudizio complessivo sulla idoneità di ciascun candidato, individualmente considerato, a ricoprire l'incarico dirigenziale apicale. Non appartiene, inoltre, ad una procedura concorsuale l'assegnazione dell'incarico in base ad una scelta fondata sulla prevalenza, in termini di maggiore idoneità all'esercizio delle nuove funzioni, di alcuni candidati su altri ... Le due procedure, ad avviso della Sezione, sono completamente diverse e tutt'altro che assimilabili.”. Anche la dottrina più sensibile si è subito allineata con il prevalente orientamento giurisprudenziale; per una valutazione complessiva di detti profili si rinvia alle puntuali considerazioni contenute a margine dell'*Osservatorio di giurisprudenza sul lavoro pubblico*, a cura di B. SASSANI e E.A. APICELLA, in *Giust. civile* 2000, I, 289 ss.

²³ Merita ancora rinviare alle puntuali riflessioni di F.SAITTA, *Incarichi di direzione di struttura complessa ...*, cit., 219 ss; analogamente si inserisce in tale prospettiva anche E.N. FRAGALE, *La dirigenza delle aziende sanitarie ...*, cit., 568 ss.

²⁴ Questa, in sintesi, l'impressione che si ricava dalla lettura di Cass., sez. lavoro, 15 novembre 2012, n. 20029

inidonea a scalfire il convincimento che debba essere il giudice ordinario ad esercitare il relativo sindacato, a nulla rilevando la natura della situazione soggettiva dell'aspirante dirigente non proprio qualificabile in termini di diritto soggettivo.

Ed ancora, colpisce la graniticità con la quale i vertici delle magistrature superiori hanno affrontato e superato ogni ragionevole dubbio in merito alla paventata ipotesi di un *revirement* in ordine al tema della giurisdizione. In altre parole, non hanno trovato accoglimento le istanze di quanti hanno cercato di recuperare spazi utili per rimeditare gli orientamenti consolidatisi in presenza di un dato normativo che ha fortemente ridimensionato le ragioni di quanti (per oltre un decennio) avevano fondato la competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria.

Ne è dimostrazione una recente pronuncia del giudice della nomofila-chia che ha fornito un quadro complessivo dell'attuale stato dell'arte sulla materia qui presa in considerazione, tanto per quanto concerne i profili sostanziali che le ricadute sul piano processuale²⁵.

Con riferimento al primo profilo, la Cassazione ha ribadito come le procedure per il conferimento degli incarichi di direttore di struttura complessa (unitamente a quelli di direzione di distretto sociosanitario) "... 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"²⁶. Inoltre, ad ulteriore corollario di tale lettura, attribuendo alle determinazioni in parola la natura di atti adottati sulla scorta della capacità e dei poteri propri del datore di lavoro privato, la scelta del direttore generale²⁷, proprio in virtù della più volte ricordata natura fiduciaria, non può ricondursi alle ipotesi di deroga espressamente indicate dal legislatore del 2001 in tema di atti di macro-organizzazione²⁸,

²⁵ Cfr., al riguardo, Cass. Sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4227 (ord.).

²⁶ Così, testualmente, Cass. Sez. un. n. 4227/2017, cit.

²⁷ Secondo il consolidato schema fatto proprio da Cass. Sez.un., 9 maggio 2016, n. 9281; Cass. Sez. un., 13 ottobre 2011, n. 21060; Cass. Sez.un., 3 febbraio 2014, n. 2290; Cass. 5 marzo 2008, n. 5920.

²⁸ Tale conclusione era già rinvenibile anche in Cass. Ss. un 7 dicembre 2016, n. 25048; Cass.

per i quali è prevista la giurisdizione amministrativa. In buona sostanza, sembra prevalere un atteggiamento di tipo sillogistico in cui la premessa maggiore, rappresentata dalla qualificazione dei provvedimenti adottati dai vertici aziendali come atti di diritto privato, condiziona tutto il resto, anche a costo di forzare apertamente il dato normativo²⁹.

Non meno assertive si presentano le conclusioni cui perviene la Cassazione sui profili più strettamente processuali, laddove, oltre a radicare la giurisdizione ordinaria, detta una inequivocabile linea interpretativa sul tipo di atteggiamento che i giudici sono chiamati ad osservare in tali vicende, non lasciandosi condizionare dal *petitum* formale, laddove questo contenga specifiche domande preordinate ad ottenere una pronuncia di annullamento/nullità dei provvedimenti impugnati (nomina del direttore di struttura complessa e atti della commissione che ha formulato la rosa tra cui scegliere)³⁰.

In conclusione, il profondo ed incisivo intervento correttivo del legislatore che ha trasformato la precedente procedura (volta, come già sottolineato, alla mera formazione di una rosa di idonei) in una vera e propria selezione comparativa tra una pluralità di aspiranti chiamati a partecipare

Ss. Un. 4 luglio 2014, n. 15304; Cass. Ss. Un. 22 luglio 2013, n. 17783; Cass. Sez.un., 30 gennaio 2008, n. 2031., i cui argomenti continuano a transitare anche nelle più recenti sentenze, tra le quali merita segnalare Cass. Sez. un., 6 marzo 2020, n. 6455 e Cass., Sez.un., 21 settembre 2020, n. 19668

²⁹ “...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 ...”; così, ancora, Cass. Ss. un. n. 4227/2017, cit.

³⁰ “... come è noto, al fine di individuare il giudice munito di giurisdizione occorre avere riguardo al “*petitum*” sostanziale dedotto in giudizio, da identificare soprattutto in funzione della “causa petendi” (vedi: Cass. SU 15 dicembre 2016, n. 25836 e Cass. SU 9 febbraio 2015, n. 2360), muovendo dalla premessa secondo cui nella interpretazione della domanda giudiziale, il giudice non è condizionato dalle formali parole utilizzate dalla parte, ma senza rigidi formalismi deve tener conto dell’intero contesto dell’atto, senza alterarne il senso letterale ma, allo stesso tempo, valutando la formulazione testuale e il contenuto sostanziale della domanda in relazione alla effettiva finalità che la parte intende perseguire (Cass. 2 novembre 2005, n. 21208; Cass. 27 luglio 2010, n. 17547); che, pertanto, anche se, nelle conclusioni del ricorso introduttivo, è stata chiesta – peraltro seguendo l’ordine cronologico ascendente – primariamente la dichiarazione di nullità e/o l’annullamento degli atti della Commissione e poi quella della delibera del Direttore generale della USL è evidente che questo non ha alcuna influenza sulla pacifica devoluzione della presente controversia al giudice ordinario; che, infatti, in base ai suindicati principi, il *petitum* sostanziale dedotto in giudizio non può che identificarsi con l’accertamento della violazione da parte della ASL savonese dei canoni di correttezza e buona fede, prospettata con riferimento alla deliberazione del Direttore generale di cui è stata chiesta la dichiarazione di nullità e/o l’annullamento, comprendendosi nella richiesta anche gli atti della Commissione esaminatrice ma solo perché prodromici alla delibera stessa, e, in subordine, domandandosi il risarcimento del subito danno da perdita di chance sempre da collegare alla suindicata delibera del DG”; così, ancora, Cass. Sez. un., n. 4227/2017, cit.

ad un avviso pubblico, in modo del tutto sovrapponibile a quanto si verifica in ogni concorso pubblico, non è riuscito a scalfire le posizioni oramai cristallizzate del giudice della nomofilachia.

Quest'ultimo, infatti, non ritiene di dover minimamente prendere in considerazione soluzioni alternative³¹, fondando gran parte del proprio ragionamento sul potere, comunque mantenuto in capo al direttore generale, di non nominare il candidato che abbia conseguito il punteggio più alto, limitandosi ad imporre l'obbligo di una motivazione puntuale, attraverso la quale spiegare in modo trasparente le ragioni che lo hanno indotto a preferire uno degli altri nominativi facente parte della rosa predisposta all'esito della valutazione comparativa della selezione. Ma anche in questo caso, del tutto illogico appare il criterio seguito dalla pressoché unanime giurisprudenza della Cassazione e del Consiglio di Stato³², posto che un sindacato su tali tratti dell'azione amministrativa sembra necessariamente portare alla competenza del giudice amministrativo e non a quello del giudice ordinario, per definizione sprovvisto anche dei necessari poteri cognitorie decisori per affrontare tale genere di controversie³³.

³¹ Indice di questa netta ed irreversibile presa di posizione l'ulteriore passaggio dei giudici della Suprema Corte laddove puntualizzano come, pur in presenza nella nuova disciplina sugli incarichi dirigenziali di struttura complessa "... anche una componente comparativa, apoditticamente desumendola dalle modifiche introdotte dal d.l. n. 158 del 2012", ribadiscono "... il carattere eccezionale della sopravvivenza della giurisdizione del giudice amministrativo nel pubblico impiego contrattualizzato, affermata da un indirizzo ormai costante di questa Sezioni unite, secondo cui di regola le relative controversie sono devolute al giudice ordinario (vedi Cass. SU, 1 marzo 2012, n. 3183; Cass. SU 29 maggio 2012, n. 8520; Cass. SU 7 gennaio 2013, n. 142, nonché: Cass. SU 23 novembre 2012, n. 20726; Cass. SU 19 maggio 2014, n. 10918; Cass. SU 17 novembre 2015, n. 23459; Cass. SU 15 marzo 2016, n. 5074)".

³² Tra le isolate eccezioni merita ricordare Cons. Stato, sez. III, 14 settembre 2014, n. 4658 dove, con riferimento all'impugnazione di un incarico di sostituzione di direttore di struttura complessa ai sensi dell'art. 18, co. 4 CCLN 2000, i giudici di Palazzo Spada hanno affermato che "qualora l'attività preparatoria si sia tradotta in una valutazione di titoli con attribuzione di punteggi e formazione di una graduatoria o, comunque, in una effettiva comparazione del merito, è ravvisabile la caratterizzazione tipica della procedura selettiva sia sul piano procedimentale che su quello della valutazione dei candidati, sotto il profilo della maggiore o minore idoneità all'esercizio delle funzioni da assegnare, e pertanto sussiste la giurisdizione residua del g.a. prevista dall'art. 63, comma 4, cit. (cfr. Cons. Stato, III, 4 luglio 2014, n. 3403; Id., 5 luglio 2013 n. 3578) ben diverso l'indirizzo seguito negli ultimi anni dai giudici di Palazzo Spada per i quali la selezione operata dalla commissione non dà luogo ad una valutazione comparativa, ma si limita soltanto (nonostante le modifiche apportate dalla c.d. Legge Balduzzi nel 2012) a formulare un giudizio di idoneità di una rosa all'interno della quale la nomina viene operata dal Direttore generale (cfr., *ex multis*, Cons. St., sez. III, 23 ottobre 2017, n. 4879; id., sez. III, 18 aprile 2019, n. 2531).

³³ Sul punto si rinvia a quanto verrà meglio illustrato *infra* al § 5.

4. *La specificità della nomina delle figure apicali nei reparti a direzione universitaria*

Il concordato giurisprudenziale sopra descritto ha assunto una dimensione tale che ogni ipotesi alternativa sembra non trovare alcuna possibilità di riconoscimento., come nel caso della nomina della figura apicale cui affidare la struttura complessa a direzione universitaria. Sotto questo profilo permangono le distinzioni tra i differenti modi di reclutare i vertici delle strutture in parola in quanto, già con il d.lgs 517/1999 il legislatore aveva opportunamente differenziato le due fattispecie, tenuto conto delle esigenze di inscindibilità tra le funzioni di docente universitario e quelle assistenziali.

In virtù di detta compenetrazione tra i due tipi di attività, il procedimento di nomina del responsabile di struttura complessa pur rimanendo di competenza del Direttore generale dell'Azienda, prevede un'intesa con il Rettore dell'Università in cui è incardinato il personale universitario³⁴.

Proprio per contenere al massimo potenziali forzature di tale procedura, in vari atenei sono state introdotte vere e proprie modalità di espletamento della selezione secondo uno schema che presenta le caratteristiche di un concorso a tutti gli effetti, ad eccezione dell'atto finale di nomina nei termini sopra brevemente accennati.

Ciò non di meno, dalle risposte fornite dalla giurisprudenza non sono emerse soluzioni in grado di tenere conto anche di tali specificità.

Emblematica, sul punto, una recente vicenda che ha visto coinvolta l'Azienda Ospedaliera di Perugia che ha bandito una procedura per il conferimento dell'incarico di direzione di struttura complessa a direzione universitaria di medicina interna. La cosa che qui preme mettere in evidenza è come, nel caso di specie, detta procedura fosse stata dettagliatamente regolata in attuazione di quanto previsto da una delibera della giunta regionale umbra, in ossequio alle direttive contenute nel c.d. decreto Balduzzi³⁵. Ed ancora, con successiva determinazione del direttore dell'azien-

³⁴ Il procedimento ricostruito nel testo è oggi disciplinato dall'art. 15, co. 7-bis, lett. c), d.lgs. n. 502/1992 dove si afferma che "la nomina dei responsabili di unità operativa complessa a direzione universitaria è effettuata dal direttore generale d'intesa con il rettore, sentito il dipartimento universitario competente ovvero, laddove costituita, la competente struttura di raccordo interdipartimentale, sulla base del curriculum scientifico e professionale del responsabile da nominare".

³⁵ Più in particolare, il titolo V della deliberazione della Giunta regionale dell'Umbria del 31 luglio 2013, n. 831, espressamente dedicato agli incarichi di struttura complessa a direzione universitaria che, all'art. 15, relativamente alle Aziende Ospedaliere-Universitarie sancisce testualmente che "i Direttori generali delle Aziende Ospedaliere, nei protocolli attuativi da sottoscrivere

da ospedaliera umbra, è stato formalmente adottato il regolamento per gli incarichi relativi a strutture a direzione universitaria, concordato con il vertice dell'Ateneo perugino.

In sintesi, i due enti hanno previsto una disciplina ampia e completa, contenente tutti i criteri di valutazione ai quali la commissione incaricata di formulare la terna di possibili aspiranti si è dovuta attenere, cosa puntualmente avvenuta con la formulazione di una graduatoria frutto di una somma aritmetica dei singoli punteggi attribuiti per ciascun parametro indicato nell'avviso di partecipazione. Pertanto, all'esito della selezione per titoli ed esami tra i candidati che hanno presentato domanda, il direttore generale dell'azienda ospedaliera, acquisito il parere della Scuola di medicina dell'Università, d'intesa con il Rettore e in conformità a quanto previsto dall'art. 15 ter, co. 7, D.Lgs n. 502/1992 e s.m.i., ha proceduto alla nomina del nuovo responsabile della struttura di medicina interna, indicando il primo classificato in graduatoria.

Avverso tale ultimo provvedimento il secondo classificato ha proposto ricorso avanti al TAR Umbria, unitamente ad una istanza cautelare, per chiedere l'annullamento della determinazione censurata, degli atti del concorso unitamente alla declaratoria dell'inefficacia del contratto medio tempore stipulato con conseguenze anche sul piano risarcitorio.

Al di là delle questioni di merito sottoposte al giudice amministrativo, preme in questa sede analizzare le ragioni che hanno indotto il TAR Umbria a declinare la propria giurisdizione, motivando questa scelta con la ricordata impostazione secondo cui "... la pur evidente procedimentalizzazione della selezione per titoli e esami per il conferimento di incarico di struttura complessa non ne fa venir meno il carattere idoneativo, in considerazione del potere del Direttore Generale dell'Azienda Ospedaliera, indubbiamente fiduciario, di nomina motivata di candidato diverso da quello avente conseguito il miglior punteggio, incompatibile con la sostenuta natura concorsuale"³⁶. Tale pronuncia ha ricevuto l'avallo anche del Consiglio di Stato il quale, sempre in sede cautelare, ha ribadito la fondatezza dell'ordinanza impugnata ritenendo gli atti di conferimento dell'incarico di direttore di struttura complessa "... adottati non all'esito

con il Rettore dell'Università degli studi di Perugia (...) devono prevedere che la regolamentazione delle procedure per l'attribuzione degli incarichi di direzione delle strutture complesse a direzione universitaria, in analogia con quanto previsto con i titoli precedenti, nel rispetto dei principi di imparzialità, buon andamento e trasparenza".

³⁶ Così, testualmente, TAR Umbria, 27 giugno 2018, n. 79 (ord.).

di una procedura propriamente concorsuale, ma in forza di una scelta di carattere fiduciario affidata alla discrezionalità e alla responsabilità del Direttore Generale dell'Azienda, la cui cognizione compete al giudice ordinario, secondo le regole generali espresse dall'art. 63 T.U.I.P.I.³⁷.

È di tutta evidenza l'insuperabilità del più volte ricordato orientamento giurisprudenziale ormai assolutamente prevalente, come si ricava dalle considerazioni fin qui svolte. Allo stesso tempo ulteriori perplessità sembrano discendere dall'analisi di un procedimento di nomina dei responsabili delle strutture complesse a direzione universitaria che ha interessato l'Ateneo perugino, attraverso il quale è stata compiuta la scelta precisa di procedimentalizzare l'individuazione della figura apicale delle proprie strutture assistenziali apicali, al fine preciso di sottrarla alla nomina diretta (al di fuori di vere selezioni) del Direttore generale dell'Azienda ospedaliera e del Rettore, come espressamente previsto dall'art. 17, co. 7-bis, lett. c) del d.lgs. n. 502/1992 e s.m.i.

Sul punto, merita ribadire che la procedura oggetto del regolamento sopra ricordato, introdotto con protocollo specifico, attuativo della convenzione che regola i rapporti tra Regione dell'Umbria e Università degli studi di Perugia³⁸, detta una disciplina dettagliatissima delle modalità di svolgimento della selezione e dei criteri cui si devono attenere le commissioni giudicatrici incaricati di predisporre la graduatoria finale da sottoporre agli organi competenti ad esercitare il potere di nomina. E questo al fine di contenere la scelta discrezionale amplissima che in passato ha permesso di individuare i responsabili delle strutture complesse a direzione universitari in assenza di valutazioni trasparenti e verificabili, eventualmente, anche in sede giurisdizionale.

³⁷ È questa la motivazione allegata da Cons. Stato, sez. III, 11 settembre 2018, n. 6556.

³⁸ Su tale specifico punto si è cercato di ovviare al vizio di impostazione che già era stato rilevato, con lungimiranza inequivocabile, da F. ROVERSI MONACO in occasione dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 229/1999 allorché segnalava i profili incostituzionalità ed inapplicabilità del relativo art. 15-*nonies* che con grande leggerezza estende la disciplina dettata per il personale medico ospedaliero anche ai medici universitari; e ciò sembra potersi evincere ancor oggi tra le pieghe della disciplina vigente al punto che l'Università degli studi di Perugia ha assunto l'iniziativa per dettare una disciplina diversa (ma allo stesso tempo imparziale e trasparente, per procedimentalizzare la selezione per l'affidamento degli incarichi dirigenziali per le strutture a direzione universitaria. Su tali aspetti v. F. ROVERSI MONACO, *Commento all'art. 6*, in F. ROVERSI MONACO (a cura di) *Il nuovo servizio sanitario nazionale*, Rimini, 2000, 233-234; ID., *L'università nel servizio sanitario nazionale*, in *Sanità pubblica*, 1993, 726 dove l'A. si sofferma sulle opportune distinzioni che il legislatore fin da allora tendeva a lasciare troppo sullo sfondo non temendo in sufficiente considerazione che "... è impossibile pretendere che lo *status* del clinico ordinario, associato, ricercatore, possa essere in tutto o per tutto assimilato a quello del medico ospedaliero".

La cosa che suscita i maggiori interrogativi è rappresentata dal fatto che, nel caso di specie, il prescelto è risultato essere il primo in graduatoria, analogamente a quanto avviene in tutti i concorsi pubblici. Di qui l'incongruenza insita nella scelta di declinare la propria giurisdizione da parte del giudice amministrativo che, a sua volta, si è limitato a riproporre lo schema in precedenza ricostruito, senza provare a distinguere tra caso e caso come, in maniera forse ottimistica, la riflessione teorica più attenta aveva suggerito³⁹.

5. *Il giudizio avanti al giudice ordinario sugli incarichi di dirigente di struttura complessa quale sintomo dell'inidoneità del modello ad assicurare una tutela giurisdizionale piena ed effettiva del ricorrente*

Dall'analisi delle vicende qui prese in considerazione e delle soluzioni prospettate dalla giurisprudenza in un arco temporale sufficientemente ampio emergono sufficienti elementi per trarre un bilancio complessivo circa l'efficacia e la validità delle novità introdotte dal legislatore sul piano della tutela giurisdizionale. Come già si è avuto modo di rilevare, sia pure in maniera frammentaria ed episodica, la tendenziale concentrazione delle controversie in materia di pubblico impiego avanti al giudice ordinario ha rappresentato una scelta quasi ineluttabile, in conseguenza dei cambiamenti operati sul piano più propriamente sostanziale.

Ciò non di meno, se l'obiettivo era quello di consentire una maggiore realizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale del dipendente – analogamente a quanto si è verificato per altre fattispecie⁴⁰, il risultato non sembra soddisfare pienamente tali aspettative per tutta una serie di ragioni che il legislatore non ha voluto (o potuto) prendere in considerazione.

La particolare tipologia di incarichi dirigenziali qui presi ad esempio conferma tale impressione e ciò non tanto (o se si preferisce, non solo) con riferimento al problema dell'individuazione corretta del giudice com-

³⁹ Intendiamo riferirci alla regola del “*case by case*” icasticamente descritta da F.SAITTA, *op. cit.*, 224, il quale rimprovera, molto opportunamente, il legislatore di non aver osato abbastanza in occasione della riforma del 2012, sottraendo definitivamente alla sfera della fiduciarità attribuita ai vertici aziendali tale delicato settore dell'amministrazione della sanità.

⁴⁰ In relazione alle quali sia consentito rinviare a quanto già analizzato in passato; cfr. F.FI-GORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario ... cit.*, 240 ss.

petente a risolvere la lite, quanto al tipo di tutela che il giudice ordinario è in grado di assicurare, posto che le innovazioni sopra ricordate non sono sufficienti a superare gli interrogativi tuttora derivanti, sotto il profilo soggettivo, da una pluralità di situazioni configurabili in capo ai pubblici dipendenti. In altre parole, la riflessione deve, ora, concentrarsi sui poteri di cui dispone il giudice del lavoro in quanto, nell'ipotesi di nomina del responsabile di struttura complessa (al pari di tutte le figure apicali all'interno delle strutture organizzative della p.a.), è di tutta evidenza che ci troviamo di fronte ad una determinazione alla quale, di norma, è correlata una posizione non riconducibile, a prescindere dalle affermazioni apodittiche della giurisprudenza, alla figura del diritto soggettivo⁴¹.

In definitiva, è molto più realistico qualificare detta situazione nei termini di un interesse legittimo c.d. pretensivo (alla nomina), sulla cui sussistenza è chiamato però a pronunciarsi un giudice non dotato di tutti gli strumenti idonei a garantirne una tutela effettiva. Ed infatti, dalla soluzione prospettata in sede legislativa, poi confermata dai vertici di entrambe le magistrature, qualora l'atto in questione risulti illegittimo, al ricorrente non rimane che far valere il vizio dell'atto in questione, senza però chiederne l'annullamento, potere quest'ultimo riservato – come visto – al solo giudice amministrativo sulla scorta dei principi in vigore nel nostro ordinamento dal 1865 e sostanzialmente confermati dalle riforme intervenute nell'ultimo ventennio.

Sotto questo profilo, pertanto, nemmeno la formulazione dell'art. 63, d.lgs n. 165/01 pare contenere strumenti idonei a superare questo genere di problemi, in quanto dal tenore di detta disposizione non sembra potersi evincere, in capo al giudice ordinario, uno specifico potere di annullare i

⁴¹ Anche su questo aspetto, continua a non persuadere la tesi esposta da Cass. Sez. lavoro, 12 luglio 2022, n. 22029 (ord.) laddove si sostiene che il lavoratore, nell'eventualità “di illegittima esclusione da una procedura selettiva o di erronea valutazione o di titolare di un diritto soggettivo all'effettivo e corretto svolgimento delle operazioni valutative e può esercitare l'azione di esatto adempimento, al fine di ottenere la ripetizione della valutazione, nonché agire per il risarcimento del danno anche da perdita di *chance*”. Che il problema non possa essere affrontato nei termini da ultimo richiamati trova conferma in una recente pronuncia della Corte di Appello di Ancona del 23 giugno 2021, n. 158, dove il collegio giudicante ha riformato la sentenza di primo grado che si sera limitata a respingere la domanda del ricorrente utilizzando gli argomenti della Cassazione e del Consiglio di Stato in ordine alla natura fiduciaria dell'atto di nomina del responsabile della struttura complessa di Anestesia e Rianimazione. Non essendo questa la sede per ripercorrere tutti i passaggi della sentenza, merita sottolineare il passaggio dove la posizione dei candidati aspiranti all'incarico venga qualificata come di “interesse legittimo, tutelabile ai sensi dell'art. 2907 c.c., anche in forma risarcitoria”.

provvedimenti amministrativi connessi alla gestione del rapporto di pubblico impiego, confidando nel potere taumaturgico dell'inversione di rotta impressa in sede di riforma dell'intero settore, imperniato sulla convinzione che tutte le posizioni coinvolte nel rapporto di lavoro con la pubblica amministrazione debbano qualificarsi come diritti soggettivi⁴².

Ma anche in questa prospettiva non sembrano aggirabili gli ostacoli che obiettivamente si frappongono alla realizzazione dell'interesse che spinge un aspirante dirigente ad impugnare la nomina illegittima di un altro candidato. Ed infatti, quand'anche si accedesse alla tesi che nel nuovo pubblico impiego c.d. privatizzato non vi sia più spazio per gli interessi legittimi, è indubbio che tale sforzo di razionalizzazione delle situazioni soggettive non può essere compiuto in tutti quei settori in cui rimangono ampi margini di attività di natura funzionalizzata⁴³. Tutt'al più potranno ravvisarsi dei profili di contiguità tra interesse legittimo (di tipo pubblicistico, connesso ad una situazione di aspettativa) e diritti soggettivi ad un corretto comportamento della controparte (di tipo privatistico). Trattandosi però di posizioni inattive, nulla dipende dalla volontà del relativo portatore, il quale non potrebbe invocare nient'altro se non il legittimo esercizio del potere da parte soggetto del rapporto⁴⁴.

⁴² Sottolinea tale profilo, in modo pienamente condivisibile, A. POLICE, *Gli incarichi dirigenziali, le dispute di Pomponazzi e le garanzie di diritto pubblico*, in *Dir. Econ.*, 2009, 529 ss., dove l'A. sostiene che "le norme processuali non sono in grado di mutare la natura sostanziale delle situazioni soggettive sottese".

⁴³ Sul punto, v. le brillanti e sempre valide considerazioni di C. ZOLI, *La tutela delle posizioni strumentali del lavoratore*, Milano, 1988, 126 ss., per il quale, l'interesse legittimo "... richiede un'ottica pubblicistica di un certo tipo: esige, cioè, un contesto funzionale, assente nell'ambito del rapporto di lavoro, ai cui fini non apporta elementi rilevanti la dimostrata 'socializzazione' del diritto del lavoro".

⁴⁴ Per un'analisi esaustiva della problematica degli interessi legittimi nel diritto privato, oltre al ben noto lavoro di L. BIGLIAZZI GERI, *Contributo ad una teoria dell'interesse legittimo nel diritto privato*, Milano, 1967, preme ricordare, per quanto concerne l'analisi condotta sul versante amministrativistico, le preveggenti intuizioni, tenuto conto del periodo in cui lo studio è stato condotto, di L. IANNOTTA, *Atti non autoritativa ed interessi legittimi*, Napoli, 1984, 67, ss., dove viene correttamente evidenziato il passaggio della giurisprudenza della Cassazione sui poteri privati (Cass., Sez. un., 2 novembre 1979, n. 5688, in *Giur. it.*, I, 1, 440 ss.), da cui è possibile cogliere – come bene viene messo in rilievo dall'A. – l'impossibilità, anche per il giudice ordinario, di negare protezione ad altre situazioni soggettive non strettamente riconducibili allo schema del diritto soggettivo (*ivi*, p. 74). Ed ancora, alla luce degli intervenuti cambiamenti in materia di pubblico impiego in questa sede presi in considerazione, colpisce il monito formulato già in quel periodo da L. IANNOTTA, ancora oggi attuale e sostanzialmente in linea con il giudizio sul modello di tutela giurisdizionale a disposizione del pubblico dipendente espresso nel testo; secondo tale dottrina "... se fosse stata tenuta ferma l'alternativa diritto soggettivo-interesse di fatto e, comunque, se non si fosse data

La domanda proposta in sede giudiziale può, dunque, ricondursi ad una mera pretesa alla legittimità dell'azione amministrativa, posto che, una volta dichiarata l'illegittimità dell'atto di nomina, nulla può essere disposto in favore del ricorrente, stante il carattere discrezionale e di stretta fiduciarità che, sia pure nei limiti sopra ricordati, caratterizza il rapporto oggetto di contestazione. Di conseguenza, l'azione esercitata dall'aspirante escluso non può andare oltre un effetto paralizzante del provvedimento impugnato, e tale risultato può essere meglio conseguito attraverso la misura costitutiva dell'annullamento, sicuramente più idonea a soddisfare le pretese di chi promuove la lite, rispetto all'esperimento di un'azione di mero accertamento negativo.

Nel tentativo di fornire, comunque, una risposta, è stato posto l'accento sul tenore del comma 2 dell'art. 63, cit., secondo cui "il giudice adotta nei confronti delle pubbliche amministrazioni provvedimenti di accertamento, costitutivi, o di condanna richiesti dalla natura dei diritti tutelati". Più in particolare, si è cercato di mettere in evidenza come la formula impiegata dal legislatore permetta al giudice di adottare anche sentenze di condanna della pubblica amministrazione ad un *facere*, allo scopo di assicurare la protezione degli interessi fatti valere⁴⁵. Tuttavia, pur ammettendo un'interpretazione di tipo estensivo di tale formula, non sembra potersi rinvenire, tra i poteri del giudice del lavoro, anche quello di annullare i provvedimenti amministrativi rispetto ai quali, viceversa, il medesimo art. 63 richiama espressamente l'istituto della disapplicazione. E ciò per due ordini di motivi.

una veste giuridica alle situazioni in esame, il cambiamento di giurisdizione ed in particolare una giurisdizione tradizionalmente ritenuta garantistica, tra l'altro per avere ad oggetto non solo l'atto ma il rapporto, si sarebbe tradotto, per tali situazioni, non solo in una perdita di effettiva tutela, ma addirittura nella degradazione ad interessi privi di rilevanza giuridica" (*ivi*, 75).

⁴⁵ In realtà, secondo un recente orientamento, non ci sarebbe stato alcun bisogno di ricorrere alle precisazioni di cui all'art. 68, co. 2, cit., in quanto la possibilità per il giudice ordinario di emanare sentenze di tipo costitutivo è già insita nei principi sanciti ex art. 2908 c.c., la cui interpretazione è risultata, tuttavia, condizionata dal tradizionale ed atavico timore di non permettere allo stesso giudice ordinario di emanare provvedimenti costitutivi, modificativi od estintivi di rapporti giuridici, in grado di conformare l'attività dei pubblici poteri. Ed infatti, il riferimento contenuto nell'articolo del codice sopra ricordato ai "casi previsti dalla legge" è stato utilizzato come barriera per interpretare in via estensiva le fattispecie di azioni e sentenze costitutive previste dal codice civile. Sul punto, si rimanda a B. SASSANI, *Il passaggio dalla giurisdizione ordinaria del contenzioso sul pubblico impiego: poteri del giudice, esecuzione della sentenza, comportamento antisindacale, contratti collettivi in Cassazione*, in G.C. PERONE-B. SASSANI (a cura di), *Processo del lavoro e rapporto alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche. Il Decr. geg. n. 80 del 1998*, Padova, 1999, 8 ss.

In primo luogo, come già accennato, non è facilmente superabile il riferimento testuale alla natura della situazione soggettiva azionata, posto che la norma continua a fare esplicito riferimento ai diritti (soggettivi) e non agli interessi legittimi, per i quali permane il sindacato del giudice amministrativo. Né, in tali ipotesi, appare perseguibile la via della disapplicazione del provvedimento di nomina viziato, in quanto l'oggetto principale del giudizio innanzi al giudice ordinario non coincide con la richiesta di non applicabilità di un provvedimento *contra ius*⁴⁶, rimedio questo previsto solo in presenza di lesioni arrecate ad un diritto soggettivo⁴⁷.

Secondariamente, sotto un profilo più strettamente processuale, tale conclusione è altresì confermata dalla successiva specificazione contenuta nello stesso comma dell'art. 63, laddove si specifica che l'eventuale impugnazione di atti amministrativi presupposti avanti al giudice amministrativo non comporta automaticamente la sospensione del processo azionato in sede ordinaria, lasciando così intendere che l'eventuale annullamento di detti atti può essere conseguito esclusivamente attraverso un provvedimento giurisdizionale del giudice amministrativo⁴⁸.

In definitiva, la struttura della disposizione in esame, nonché le conseguenze che da essa si fanno discendere, se per un verso risolvono

⁴⁶ Sul punto si era già espressa ampiamente la dottrina, primo fra tutti A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 1258, secondo cui l'impossibilità di procedere alla disapplicazione di atti amministrativi illegittimi, aventi ad oggetto situazioni di interesse legittimo si ricava dalla lettura del combinato disposto rappresentato dagli artt. 2 e 4 della L. Tar; in senso conforme, v. anche G. VERDE, *Rimozione degli atti amministrativi ed effettività della tutela*, cit., 42 ss., il quale non ravvisa la possibilità per il giudice ordinario di procedere alla disapplicazione dell'atto allorché quest'ultima "svuota totalmente di efficacia il provvedimento, così che esso resti dopo il suo intervento u involucro privo di sostanza" (*ibidem*, p. 62); da ult. v. anche C. ZOLI, *op.cit.*, 125-127. In senso analogo si era altresì espressa Cass., 9 novembre 1983, n. 6622, in *Foro it.* 1984, I, 1340 (con nota di F. BARONE) e Cass. Sez. un., 25 novembre 1983, n. 7070, *ivi*, 1985, I, 103.

⁴⁷ La pronuncia, ancorché risalente, è ben spiegata dal Tribunale di La Spezia, (ord.) 26 aprile 1999, ad avviso del quale "la disapplicazione di un provvedimento avente natura pubblicistica da parte del giudice ordinario richiede pur sempre, quale suo presupposto indefettibile, l'esistenza di un diritto soggettivo a tutela del quale quella pronuncia incidentale è rivolta secondo il noto discrimine che sta alla base del riparto di giurisdizione previsto nel nostro ordinamento (l. n. 2248 del 1865, All. E; artt 103 e 113 Cost.)". Una parziale deroga a tale affermazione si è verificata, infatti, in occasione delle ben note pronunce del giudice ordinario in materia di somministrazione gratuita di farmaci e nei confronti dei provvedimenti espulsivi di cittadini extracomunitari, dove però tale inversione di tendenza si giustifica con l'esigenza di assicurare tutela a situazioni definite di diritto soggettive incompressibili, in quanto costituzionalmente garantite.

⁴⁸ Addirittura, secondo B. SASSANI (*Il passaggio...*, cit., 7), la valutazione del giudice amministrativo non risulta pregiudiziale rispetto a quella del giudice del lavoro, in quanto quest'ultimo risulta comunque libero di apprezzare tutti gli elementi della fattispecie costitutiva del rapporto.

in maniera quasi definitiva il problema dell'individuazione del giudice competente a dirimere la lite, per altro verso non permette di garantire la posizione del pubblico dipendente il quale non può vedere diminuita, in termini di effettività, la propria tutela⁴⁹. Ma ciò è quanto accade nelle fattispecie aventi ad oggetto l'affidamento degli incarichi dirigenziali, in relazione ai quali l'interessato non può utilmente impiegare gli strumenti di tutela giurisdizionale predisposti dal legislatore in sede di riforma del contenzioso del pubblico impiego. È quindi di tutta evidenza la lacuna venutasi a determinare in seguito all'intervenuto mutamento del criterio di riparto, soprattutto se si tiene conto che, in passato, si è sempre cercato di aprire dei varchi nel modello impugnatorio (che ha caratterizzato ampi settori della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo), allo scopo di far sì che identiche posizioni soggettive non ricevessero una diversa protezione, per il semplice fatto di essere attribuite alla competenza giurisdizionale di un giudice differente.

Le considerazioni fin qui esposte sono sufficienti per addivenire alla conclusione che la disciplina della tutela giurisdizionale del pubblico dipendente non appare esaustiva e contiene, al proprio interno, delle lacune gravi che danno luogo ad un vuoto di tutela. Più in particolare, con il passaggio al processo ordinario del lavoro, le posizioni riconducibili alla situazione soggettiva di interesse legittimo non consentono di trovare adeguata protezione, in quanto, nonostante le precisazioni e le aperture contenute nel vigente art. 63, T.U. sul pubblico impiego, non sembra potersi riconoscere un generale potere di annullamento del giudice del lavoro, mediante il quale pervenire all'eliminazione dal mondo giuridico dei provvedimenti lesivi della posizione del destinatario dell'atto.

In definitiva, la fattispecie oggetto della presente indagine mette in luce l'evidente carenza del modello processuale affermato negli ultimi anni per le controversie del pubblico dipendente (nel settore sanitario ma non solo), sotto molti aspetti non in linea con la Costituzione, nella parte in cui non prevede la possibilità del giudice ordinario di annullare tutti quei provvedimenti che, per le ragioni più volte evocate, non hanno perduto la propria connotazione pubblicistica⁵⁰.

⁴⁹ Così, ancora B. SASSANI, *op.cit.*, 8.

⁵⁰ In senso analogo, si veda la chiara ed inequivocabile presa di posizione di parte della dottrina, che da subito ha rilevato come nel processo di tendenziale avvicinamento tra le figure del datore di lavoro pubblico a quello privato al primo debba, comunque, essere riconosciuta una capacità di diritto pubblico che non è possibile ricondurre al secondo; sul punto, cfr., DIARIA,

Paradossalmente, nel momento in cui viene sancita una sostanziale parificazione tra potere del datore di lavoro pubblico e potere del datore di lavoro privato, parrebbe venir meno la possibilità di riconoscere una tutela effettiva per quegli atti dei pubblici poteri sottratti alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo con le riforme degli ultimi anni. Ed infatti, stante l'insufficienza ed i limiti dell'istituto della disapplicazione di fornire forme adeguate di garanzia per il ricorrente, l'applicazione puntuale delle nuove regole si traduce nella sostanziale insindacabilità del provvedimento di nomina, reintroducendo così un vero e proprio privilegio nei confronti dell'amministrazione, in totale controtendenza rispetto alla nuova disciplina del pubblico impiego e delle stesse disposizioni costituzionali. Le incertezze fin qui analizzate e le contraddizioni che sembrano tuttora emergere dalle interpretazioni della giurisprudenza suggeriscono, pertanto, un nuovo intervento correttivo del legislatore, volto ad integrare la grave mancanza in ordine ai poteri decisori di cui dispone il giudice ordinario.

Né si è preso spunto dalle aperture che in passato la Corte Costituzionale aveva offerto all'interprete in occasione di una risalente (ma molto significativa) pronuncia⁵¹, dalla quale emergono degli elementi di

L'ambito oggettivo della giurisdizione del giudice del lavoro..., cit., 299 ss. Nella stessa prospettiva evidenziata nel testo, v., da ultimo, l'interessante e pienamente condivisibile analisi svolta recentemente da un'attenta dottrina, laddove individua puntualmente tutte le contraddizioni che minano in radice le scelte maturate nel lontano 1998 allorché si è voluto "inquadrare l'istituto della dirigenza pubblica nell'ambito del diritto privato", muovendo dall'assunto che negli incarichi dirigenziali l'interesse pubblico rimane sempre un elemento decisivo per stabilirne la natura giuridica e le correlate forme di tutela; per tutte queste considerazioni si rinvia a P.L. PORTALURI, *Pensieri scomposti sugli incarichi dirigenziali*, in *Federalismi.it.*, 2021, 147 ss. ed in part. 162 ss.

⁵¹ Intendiamo riferirci a Corte Costituzionale 23 luglio 2001, n. 275. Con ordinanza del 22 settembre 2000, in *Lav. pubbl. amm.*, 2001, 181 ss., il Tribunale di Genova, in qualità di giudice monocratico del lavoro, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 18 del d.lgs. n. 387/98, intervenuto a modificare il testo dell'art. 68 del d.lgs. n. 29/93, prospettando un eccesso di delega, in violazione degli artt. 76 e 77 della Costituzione, nella parte in cui sono devolute al giudice ordinario le controversie concernenti il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali, prescrivendo invece la legge delega n. 59 del 1997 che fossero devolute a quel giudice "tutte le controversie relative ai rapporti di lavoro dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, ancorché concernenti in via incidentale atti amministrativi presupposti, ai fini della disapplicazione". Il giudice *a quo*, sostenendo con diversi argomenti la natura provvedimentale tanto dell'atto di conferimento quanto di quello di revoca dell'incarico, sottolineava l'estraneità di tale settore aggiuntivo di giurisdizione ai criteri indicati nella delega; il decreto sopra richiamato, pertanto, ampliando la giurisdizione del giudice ordinario fino al giudizio d'impugnazione di quei provvedimenti, sarebbe andato ben oltre i limiti fissati. Le norme del d.lgs. n. 29/93, poi confluite nel T.U. n. 165/01, prevedono infatti che, i provvedimenti amministrativi di organizzazione, anteriori rispetto alla fase

novità, nell'ambito della fattispecie sottoposta al vaglio di costituzionalità, in grado di superare definitivamente i dubbi sull'effettiva portata e sulla valenza delle disposizioni costituzionali rispetto alle scelte operate nel 1865 che ancora oggi rappresentano, sia pure indirettamente, un ostacolo all'introduzione di un modello realmente rispondente alle concrete esigenze di tutela del pubblico dipendente.

Non a caso, dal ragionamento seguito nella sentenza richiamata, traspare la volontà di assegnare all'istituto della disapplicazione la giusta collocazione⁵², in modo sicuramente più convincente rispetto al passato. Viene così chiarito che, i principi introdotti in quell'occasione dal legislatore ordinario, "non costituiscono una regola di valore costituzionale che il legislatore ordinario sarebbe tenuto ad osservare in ogni caso"; quest'ultimo, pertanto, potrà trarre solo dalla Costituzione i principi ed i criteri direttivi in base ai quali disciplinare i poteri del giudice (sia ordinario che amministrativo) nelle controversie in cui sia parte una pubblica amministrazione. Rientra dunque nella discrezionalità del legislatore la scelta⁵³ dell'organo cui spetta

gestionale, siano conosciuti dal giudice ordinario *incidenter tantum* e siano disapplicati se ritenuti illegittimi: una logica, si diceva nell'ordinanza di rimessione, che sarebbe stata chiaramente sovvertita, affidando al medesimo giudice anche le impugnazioni di quei determinati atti; nel caso di specie, il provvedimento amministrativo non sarebbe presupposto a nessun altro e, la sua eventuale disapplicazione, finirebbe per sortire gli stessi effetti di una pronuncia di annullamento: "in sostanza, qui non si tratterebbe solo di disapplicare l'atto presupposto, per poter dare un assetto diverso al rapporto di gestione, dal momento che lo stesso atto amministrativo è assunto ad oggetto immediato del giudizio". Secondo il Tribunale di Genova, inoltre, "la mancanza di copertura nella legge delega della disposizione censurata risulterebbe altresì dal fatto che, venendo in gioco in tal caso un provvedimento amministrativo in senso proprio, il diritto soggettivo verrebbe degradato al rango di interesse legittimo e che, ciononostante, si affiderebbe al giudice ordinario una giurisdizione di annullamento sugli interessi legittimi del tutto innovativa, in chiara violazione dei limiti segnati nella delega stessa". La questione, deduce infine il tribunale, è rilevante, perché, se fondata, comporterebbe la dichiarazione del difetto di giurisdizione e l'attribuzione della controversia al tribunale amministrativo regionale.

⁵² Nonostante la Corte, nella sentenza, faccia esplicito riferimento all'art. 5 l. n. 2248/1865, All. E, quanto in essa espresso, può di sicuro estendersi anche alle altre norme della legge abolitiva del contenzioso amministrativo, dalle quali derivino le ben note preclusioni ai poteri cognitivi e decisorio del giudice ordinario: è evidente che il limite della disapplicazione dell'atto illegittimo si giustifica solo in un contesto più ampio, in cui all'autorità giudiziaria ordinaria sia vietato annullare il provvedimento. Nell'ottica del legislatore del 1865, infatti, l'istituto della disapplicazione, si sostanzierebbe in una facoltà di carattere processuale, concessa al giudice ordinario per compensarlo dei divieti posti dall'art. 4, nell'intento di ricercare un punto di equilibrio fra le due opposte esigenze di tutela delle ragioni dell'amministrazione e di garanzia dei diritti del cittadino. (cfr. L. VERRIENI, *Giurisdizione ordinaria e pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, in particolare 473 ss.

⁵³ Scelte, si precisa nella sentenza, suscettibili di modificazioni "in relazione ad una valutazione delle esigenze di giustizia e ad un diverso assetto dei rapporti sostanziali".

“conoscere ed eventualmente annullare il provvedimento o di incidere sui rapporti sottostanti, secondo le diverse tipologie di intervento giurisdizionale previste”, al fine di soddisfare pienamente l’esigenza di effettività della tutela giurisdizionale⁵⁴. Sembra pertanto trasparire, dalle argomentazioni utilizzate nella sentenza, l’esistenza di un disegno costituzionale che, proprio in nome dell’effettività e della completezza dei meccanismi di protezione giudiziaria, postula il superamento dell’idea di una rigida separazione tra situazioni soggettive, giudici e tecniche di tutela, in nome di un modello tendenzialmente volto a garantire una giurisdizione piena, per determinate materie⁵⁵, di entrambi gli ordini giudiziari, ciascuno in grado di offrire una protezione completa al cittadino⁵⁶, nelle controversie che lo vedano contrapposto all’esercizio di un pubblico potere.

Alla luce delle considerazioni fin qui svolte, si avverte la sensazione che i risultati cui si è pervenuti in questi ultimi anni di applicazione delle disposizioni oggetto della presente analisi abbiano assecondato, in via prevalente, esigenze che non tengano nel giusto conto il ricordato principio

⁵⁴ In questa occasione, la Corte riporta, *ex professo*, quanto già affermato nella precedente ordinanza n.140/2000, sottolineando come “la scelta del legislatore si inquadra nella tendenza a rafforzare l’effettività della tutela giurisdizionale, in modo da renderla immediatamente più efficace, anche attraverso una migliore distribuzione delle competenze e delle attribuzioni giurisdizionali, a seconda delle materie prese in considerazione”.

⁵⁵ Nel caso di specie, è la materia del pubblico impiego a venire in rilievo, ai sensi dell’art. 68 del d.lgs. n. 29/93 (così come modificato dal d.lgs. n. 80/98 e dal d.lgs. n. 387/98, oggi trasfuso nell’art. 63, T.U. n. 165/01, cit.) alla giurisdizione del giudice ordinario, quale conseguenza della scelta, sottolineata dalla stessa Corte, tanto del legislatore delegante quanto di quello delegato, di “modellare e fondare tutti i rapporti dei dipendenti della amministrazione pubblica (compresi i dirigenti) secondo ‘il regime di diritto privato del rapporto di lavoro’, traendone le conseguenze anche sul piano del riparto della giurisdizione, a tutela degli stessi dipendenti, in base ad un’esigenza di unitarietà della materia”.

⁵⁶ La Corte, afferma significativamente che, nell’ipotesi in esame, “tale tutela è piena, in quanto il giudice ordinario, in funzione di giudice del lavoro, è abilitato ad adottare, ‘nei confronti delle pubbliche amministrazioni, tutti i provvedimenti di accertamento, costitutivi e di condanna, richiesti dalla natura dei diritti tutelati’, con capacità di produrre effetti costitutivi o estintivi del rapporto di lavoro La cognizione del giudice del lavoro comprende tutti i vizi di legittimità, senza che sia possibile operare distinzioni tra norme sostanziali o procedurali, di modo che allo stesso giudice ordinario resta affidata la pienezza della tutela, estesa a tutte le garanzie procedurali del rapporto previste dalla legge e dai contratti e quindi comprendente anche i vizi formali. Né l’esistenza di un atto amministrativo presupposto, nelle controversie relative ai rapporti di impiego dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni, può costituire limitazione alla competenza del giudice ordinario, quale giudice del lavoro, potendo questi conoscerlo in via incidentale, ai fini della applicazione ..., anche quando, nei casi previsti, questo atto presupposto rientri nella sfera assegnata alla giurisdizione amministrativa”.

costituzionale di effettività della tutela, in questo segnando una marcata linea di differenziazione rispetto alle caratteristiche che oggi connotano il processo amministrativo. Il mutamento di giurisdizione fortemente voluto un quarto di secolo addietro dal legislatore non sembra pertanto aver dato i frutti sperati, lasciando in pratica ampie zone grigie in cui al soggetto illegittimamente pretermesso nelle procedure di nomina non è consentito di invocare una tutela adeguata delle proprie aspettative in virtù di un'asserita serie di difficoltà che non si sono volute affrontare e risolvere sul piano dei concetti e della tecnica processuale.

Non è da escludere che le intenzioni del legislatore fossero proprio quelle di scoraggiare i potenziali ricorrenti dal richiedere l'intervento del giudice, lasciando passare il messaggio che le garanzie del processo del lavoro sono ben diverse da quelle del giudizio amministrativo, offrendo un tipo di tutela prevalentemente di natura risarcitoria in luogo di un giudizio di spettanza, come parrebbe auspicabile proprio nelle vicende che caratterizzano la nomina di direzione delle strutture complesse.

In buona sostanza, il massimo della protezione offerta dall'ordinamento processuale in tali fattispecie è una compensazione in termini monetari in conseguenza dell'accertamento della perdita di *chance* del soggetto risultato illegittimamente nominato⁵⁷, non mettendogli a disposizione gli strumenti idonei per proteggere adeguatamente la propria situazione soggettiva e restituendo ampi spazi di manovra ai vertici aziendali, quasi si trattasse di atti di alta amministrazione, categoria utilizzata da tempo dalla riflessione teorica e dal giudice amministrativo per sottrarla a quella dell'atto politico, per definizione insindacabile⁵⁸.

⁵⁷ Sul punto si rinvia alle tesi esposte da Cass. Sez. lav., 26 marzo 2017, n. 7107, che esclude categoricamente natura concorsuale della procedura disciplinata dall'art. 15, co. 3, Dlgs. 502/92 e s.m.i.; allo stesso tempo, viene chiarita l'inapplicabilità della l. n. 241/1990 e l'insussistenza di obblighi motivazionali in capo al direttore generale, la cui scelta è "sindacabile solo sotto il profilo dell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede che consente di valutare l'atto rispetto ai principi di buon andamento di cui all'art. 97". Sul piano più strettamente processuale, i giudici della nomofilachia evidenziano come l'inosservanza di tali regole comporti unicamente l'insorgere di un'obbligazione risarcitoria in quanto, stante il tenore dell'art. 63 del Dlgs. n. 165/2001, l'autorità giudiziaria ordinaria non può emettere una pronuncia costitutiva del rapporto di pubblico impiego contrattualizzato. E a tale insegnamento si è rifatto recentemente il Tribunale di Pordenone il quale, con sentenza del 16 aprile 2018, n. 21, che ha disposto un cospicuo risarcimento proprio in conseguenza dell'accoglimento della domanda con la quale era stato impugnato l'atto di nomina di un dirigente di secondo livello presso un'azienda sanitaria.

⁵⁸ Su tali profili, oltre al ben noto lavoro di G. CUGURRA, *L'attività di alta amministrazione*, Padova 1973, v. da ultimo le precise considerazioni di A. GIUSTI, *Atipicità, effettività della tutela giurisdizionale e sostituzione dell'atto politico. Il caso delle elezioni nella Regione Lazio*, in *Giur. It* 2013, 1425.

In conclusione, il quadro ricostruttivo che precede sembra concretizzare per il ricorrente una vera e propria beffa, in quanto le scelte operate in tema di giurisdizione ad opera di un legislatore non troppo attento ai canoni dell'art. 113, Cost. ha assegnato la risoluzione delle controversie nella materia qui presa inconsiderazione al giudice nato storicamente per tutelare i diritti soggettivi lesi dalle scelte o dai comportamenti della pubblica amministrazione, traducendosi in una tutela a dir poco dimidiata, sicuramente meno efficace rispetto a quella assicurata dalla giurisdizione di provenienza⁵⁹.

6. *Le modifiche introdotte di recente dal legislatore del 2022: opportunità di un ripensamento in tema di riparto della giurisdizione in tema di affidamento degli incarichi apicali in sanità*

Il quadro fin qui riproposto della disciplina che regola la nomina dei responsabili delle strutture complesse in ambito ospedaliero ha recentemente subito un decisivo rimaneggiamento che merita adeguata attenzione, nella prospettiva sopra indicata.

Più precisamente, in occasione dell'approvazione della legge sulla concorrenza 2021⁶⁰, si è colta l'occasione per ridisegnare il procedimento di nomina dei dirigenti di secondo livello cui affidare i reparti ospedalieri gestiti dalle aziende sanitarie locali. E ciò intervenendo lungo due direttrici.

La prima, rappresentata dai principi di cui le Regioni dovranno tener conto, in sede di attuazione della nuova disciplina, avente ad oggetto i criteri per il conferimento degli incarichi in parola. Al riguardo, cambiano le modalità di formazione della commissione giudicatrice, composta, oltre che dal direttore sanitario dell'azienda che ha deliberato l'avviso per la relativa selezione, da tre figure apicali estratte a sorte nell'ambito dell'elenco nazionale dei direttori di struttura complessa, a condizione che almeno due non appartengano ad aziende della regione che vuole ricoprire il posto⁶¹.

⁵⁹ Intendiamo riferirci alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativa che, da tempo ha concluso la sua evoluzione assicurando forme di tutela sicuramente più in linea con i principi costituzionali che consentono una protezione piena ed effettiva della situazione soggettiva azionata in sede giurisdizionale.

⁶⁰ Intendiamo fare riferimento all'art. 20, L. 5 agosto 2022, n. 118 che ha sostituito l'intero comma 7-bis dell'art. 15, d.lgs. n. 502/1992.

⁶¹ Più in particolare, la versione attuale dell'art. 15, co. 7-bis, lett. a), prima parte, prevede:

Ben più rilevante la seconda novità che realizza una vera e propria inversione di rotta rispetto al passato laddove il direttore generale dell'azienda, all'esito della valutazione compiuta (questa volta in termini comparativi tra i vari partecipanti) anche sulla base dei criteri individuati dallo stesso legislatore⁶², "procede alla nomina del candidato che ha conseguito il miglior punteggio".

Ed è proprio tale ultimo aspetto che può rappresentare l'elemento di rottura in grado di ribaltare un equilibrio pluridecennale fin qui sostenuto con forza dalla giurisprudenza. L'indicazione puntuale del legislatore, con riferimento all'obbligo di nominare il primo classificato nella graduatoria predisposta dalla commissione, cancella totalmente ogni possibile riferimento a scelte di natura fiduciaria dei vertici aziendali. In questa prospettiva, auspicabilmente, non dovrebbero più trovare accoglimento le tesi fin qui riproposte dai vertici di entrambe le magistrature, lasciando conseguentemente spazio ad un sostanziale riallineamento delle selezioni volte ad indicare i responsabili delle strutture complesse ospedaliere alle ordinarie procedure concorsuali per l'assunzione dei pubblici dipendenti, riconducendole alle fattispecie previste ex art. 63, co. 4, d.lgs. n. 165/2001.

Nonostante i chiari segnali contenuti nel testo normativo in parola, così come novellato poco meno di un anno fa, la giurisprudenza più recente non sembra disposta a ritornare sui propri passi, ponendosi quanto meno l'interrogativo se sia il caso di ripensare il consolidato assetto in tema di riparto della giurisdizione *in subiecta materia*.

Emblematica e assolutamente non condivisibile una recente pronuncia nella quale il Tar Piemonte ha declinato la propria competenza

"la selezione è effettuata da una commissione composta dal direttore sanitario dell'azienda interessata e da tre direttori di struttura complessa nella medesima disciplina dell'incarico da conferire, dei quali almeno due responsabili di strutture complesse in regioni diverse da quella ove ha sede l'azienda interessata alla copertura del posto. I direttori sono individuati tramite sorteggio da un elenco nazionale nominativo, costituito dall'insieme degli elenchi regionali dei direttori di struttura complessa appartenenti ai ruoli regionali del Servizio sanitario nazionale."

⁶² Sotto questo profilo, l'art.20, ha lasciato immutata la formulazione dell'art. 15, co. 7-bis, d.lgs n. 502/1992, in ordine al tipo di giudizio frutto di "valutazione comparativa dei curricula, dei titoli professionali posseduti, avuto anche riguardo alle necessarie competenze organizzative e gestionali, sulla base dell'analisi comparativa dei volumi dell'attività svolta, dell'aderenza al profilo ricercato e degli esiti di un colloquio". All'esito di dette operazioni, "la commissione attribuisce a ciascun candidato un punteggio complessivo secondo criteri fissati preventivamente e alle necessarie competenze redige la graduatoria dei candidati". Difficile cogliere in tale disciplina così minuziosa una differenza con quanto sono chiamate a fare compiere le medesime nell'ambito delle procedure pubblicamente riconosciute come pubbliche.

giurisdizionale ripercorrendo le tappe evolutive della disciplina qui presa in considerazione così come letta ed interpretata dal giudice della nomofilachia e dal Consiglio di Stato⁶³. Pur trattandosi di una vicenda avente ad oggetto l'impugnazione della riapertura dei termini di una procedura avviata prima dell'entrata in vigore delle nuove disposizioni, colpisce l'*obiter dictum* che precede il dispositivo, laddove il collegio afferma che le novità contenute nella L. 118/2022 non consentono di rimeditare i precedenti convincimenti in quanto "... la procedura per l'affidamento degli incarichi a termine di struttura complessa sanitaria continua ad essere priva di vere e proprie prove e soprattutto, essa e il conclusivo atto di nomina del Direttore Generale rimangono atti organizzativi assunti con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro soggetti alla giurisdizione del giudice ordinario".

Si tratta di argomenti che non convincono, soprattutto in presenza di un dato testuale chiaro che, al contrario, non sembra lasciare spazio ad una lettura nei termini in questa sede proposti. Fermo restando il valore incidentale di tale precisazione, colpisce il modo sommario con cui si è proceduto ad interpretare le recenti modifiche introdotte dal legislatore e che dovrebbero indurre la giurisprudenza ad una valutazione più attenta, non limitandosi a richiamare, in maniera quasi tralaticia, i precedenti dei vertici dei rispettivi ordini giudiziari.

A tal proposito, è sufficiente riprendere sinteticamente quanto già evidenziato nel corso del presente lavoro, allorché si è cercato di sottolineare le interpretazioni fornite dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato sulla natura degli atti di nomina dei dirigenti di strutture complesse in sanità.

Più in particolare, anche di recente dalla Suprema Corte laddove ha insistito nel ribadire che la procedura ai sensi degli artt. 15 e 15-ter del d.lgs. n. 502/1992 (prima delle modifiche da ultimo introdotte) prevede uno "schema di carattere essenzialmente fiduciario", destinato a concludersi con un "provvedimento discrezionale, di natura privatistica, del direttore generale", determinando così la cognizione delle relative controversie al giudice ordinario⁶⁴. Allo stesso tempo, anche i giudici di Palazzo Spada pervengono alla medesima conclusione, partendo dal presupposto che la selezione per l'affidamento degli incarichi di direzione di struttura

⁶³ Cfr. Tar Piemonte, 19 dicembre 2022, n. 1149.

⁶⁴ Questa, in estrema sintesi la conclusione cui perviene Cass. sez. un., 6 marzo 2020, n. 6455, cit.

complessa “... non integra un concorso in senso tecnico, anche perché si articola 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, operata dal direttore generale dell’Azienda, nell’ambito di un elenco di soggetti ritenuti idonei da un’apposita Commissione”⁶⁵.

Sono sufficienti questi semplici richiami per confermare come gli argomenti impiegati da ultimo dal collegio piemontese non possano rappresentare un precedente meritevole di essere preso in seria considerazione, se non a costo di una palese forzatura del dato positivo.

Forse il legislatore avrebbe potuto osare di più, facendosi carico di attribuire al giudice amministrativo le controversie in tale settore, evitando quelle incertezze che potrebbero favorire una probabile proliferazione di conflitti destinati ad aggravare il carico di lavoro delle Sezioni Unite. Non rimane che attendere l’esito delle future decisioni, confidando però in un atteggiamento della giurisprudenza più sensibile alle esigenze di una tutela piena ed efficace del ricorrente, in linea con i principi sanciti dalla nostra Carta fondamentale e dai trattati eurounitari, opportunamente e non a caso richiamati anche nell’art. 1 del codice del processo amministrativo.

⁶⁵ Così, testualmente, Cons. Stato, sez. III, 18 aprile 2019, n. 2531.

Abstract

La c.d. privatizzazione del pubblico impiego ha comportato lo spostamento della cognizione delle rispettive liti dalla giurisdizione del giudice amministrativo a quella del giudice ordinario, ad eccezione delle procedure selettive di natura concorsuale. Di conseguenza tutte le vicende connesse all'affidamento e alla revoca degli incarichi dirigenziali delle strutture complesse ospedaliere rientrano nella competenza dell'autorità giudiziaria ordinaria in quanto frutto di una scelta – secondo la ricostruzione operata dalla Cassazione e dal Consiglio di Stato – di natura fiduciaria. L'analisi della disciplina che regola tale fattispecie, alla luce delle modifiche recentemente apportate dalla L. n. 118/2022 alla procedura selettiva in tale settore, sembra superare detta costruzione, creando le premesse per un ritorno alla giurisdizione amministrativa in grado di offrire una tutela piena ed effettiva, in linea con i principi costituzionali ed eurounitari del giusto processo

The so-called privatization of public employment has resulted in the shift of jurisdiction of the respective disputes from the jurisdiction of the administrative court to ordinary courts, apart from selection procedures of a competitive nature. Consequently, all matters related to the granting and revocation of directing positions of hospital wards fall under the jurisdiction of the ordinary judicial authority as the result of a choice – according to the reconstruction made by the Supreme Court and the Council of State – of a fiduciary nature.

The analysis of the rules governing this case, considering the amendments recently made by Law No. 118/2022 to the selective procedure in this area, seems to overcome said construction, creating the premises for a return to administrative jurisdiction capable of offering full and effective protection, in line with the constitutional and European Union principles of due process.