



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6927 del 2015, proposto da:
Bich Lien Nguyen, rappresentata e difesa dagli avv. Benedetta Lubrano, Filippo Lubrano, con domicilio eletto presso Studio Legale Lubrano & Associati in Roma, Via Flaminia, 79;

contro

Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Tuzza, con domicilio eletto presso Angelo Tuzza in Roma, viale dei Santi Pietro e Paolo 7; Responsabile della UOC Stato Giuridico e Reclutamento dell'Azienda Policlinico Umberto I;

nei confronti di

Laura Capoccia, Università degli Studi di Roma La Sapienza;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUA n. 05852/2015, resa tra le parti, concernente appello avverso sentenza con cui il giudice amministrativo ha dichiarato il difetto di giurisdizione - attribuzione di

funzioni assistenziali di dirigente medico o biologo ad alcuni (tredici) docenti o ricercatori universitari appartenenti a vari dipartimenti della azienda stessa escludendo da questo elenco il dipartimento di scienze cardiovascolari, respiratorie, nefrologiche, anestesilogiche e geriatriche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2015 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Benedetta Lubrano e Angelo Tuzza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. Lazio, la dott.ssa Bich Lien Nguyen ha impugnato la deliberazione n. 15 del 19 gennaio 2015, con la quale l'Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I° aveva disposto l'attribuzione delle funzioni assistenziali a tredici docenti o ricercatori universitari appartenenti a vari Dipartimenti dell'Azienda stessa, nella parte in cui escludeva da questo elenco il Dipartimento delle Scienze Cardiovascolari, Respiratorie, Nefrologiche, Anestesilogiche e Geriatriche e, di conseguenza, non includeva il suo nominativo. La ricorrente, infatti, è ricercatore universitario a tempo indeterminato nel Settore Scientifico disciplinare SSD MED/11 – Malattie dell'apparato cardiovascolare presso l'Università degli Studi di Roma "La Sapienza" fin dal 1° novembre 2010, ed afferisce al Dipartimento di Scienze Cardiovascolari, Respiratorie, Nefrologiche, Anestesilogiche e Geriatriche del Policlinico Umberto I° dal febbraio 2011 ove svolge un'attività equivalente a quella assistenziale - essendo costantemente inserita

nei “turni” dei medici afferenti a tale dipartimento - sulla base di contratti annuali, non essendole state mai assegnate le funzioni assistenziali.

Detta delibera è stata dunque impugnata dalla ricorrente, interessata all’acquisizione delle funzioni assistenziali.

Con la sentenza breve n. 5852 del 22 aprile 2015, il primo giudice ha dichiarato il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione.

Con il ricorso in appello notificato il 21 luglio 2015, l’appellante ha impugnato la suddetta sentenza deducendo i seguenti motivi di gravame:

__1. Violazione del combinato disposto degli artt. 3 e 63 del D.Lgs. 30 marzo 2001 n. 165.

Secondo l’appellante la controversia rientrerebbe nella giurisdizione esclusiva del G.A. per effetto del combinato disposto dell’art. 3 e 63 del D.Lgs 165/2001 che riserva al giudice amministrativo “le controversie relative ai rapporti di lavoro di cui all’art. 3” ovvero le controversie relative al “rapporto di impiego dei professori e dei ricercatori universitari”.

L’atto impugnato avrebbe natura organizzativa e sarebbe stato adottato dall’Azienda Policlinico d’intesa con il Rettore; detto atto sarebbe connotato da profili autoritativi cui si correlano posizioni di interesse legittimo che è direttamente riferibile allo status di docente universitario della Facoltà di medicina che è chiamato a svolgere le funzioni assistenziali.

Tenuto conto dell’unicità dello status del medico docente universitario, e la stretta compenetrazione esistente per detta categoria di soggetti tra la funzione didattica, di ricerca e di assistenza, la controversia ricadrebbe nella giurisdizione del giudice amministrativo ai sensi dell’art. 63 del D.Lgs. 165/01.

Secondo la dott.ssa Nguyen, rientrerebbero nella giurisdizione del Giudice Ordinario solo le controversie che hanno ad oggetto le mere pretese retributive nei confronti dell’Azienda Sanitaria per l’attività svolta, mentre la giurisdizione

apparterrebbe al Giudice Amministrativo con riferimento a quelle controversie, quali quella in esame, in cui si ricorre avverso atti di organizzazione aziendale aventi natura autoritativa e pubblicistica che concernano l'attribuzione o meno delle funzioni assistenziali quale completamento della attività del docente universitario.

__2. Errore nei presupposti di fatto e di diritto.

Nel caso di specie, sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo essendo stata impugnata una delibera, adottata dal Dirigente Generale dell'Azienda d'intesa con il Rettore, nell'ambito di un potere congiunto esercitato per il conseguimento di finalità pubblicistiche connesse all'esercizio delle funzioni didattiche necessariamente collegate ad attività assistenziali: a sostegno della propria tesi la ricorrente ha richiamato la sentenza della Sezione n. 2236 del 4 maggio 2015 che ha ritenuto sussistente la giurisdizione del G.A. in caso di pretesa allo svolgimento dell'attività assistenziale in posizione strutturata, tenuto conto della natura organizzativa dell'atto.

__3. Errore nei presupposti di diritto: violazione quarto comma dell'art. 63 D.Lgs. 165/01.

La sentenza del T.A.R. si fonderebbe su presupposti erronei: secondo il primo giudice l'atto sarebbe stato adottato nella veste di datore di lavoro privato, non si tratterebbe di un concorso e riguarderebbe il conferimento di incarichi dirigenziali. Secondo l'appellante, il TAR avrebbe "confuso" la fattispecie in esame con altra fattispecie discussa nella medesima camera di consiglio del 21 aprile 2015, che vedeva come parte resistente sempre l'Azienda Policlinico Umberto I, sovrapponendo due ipotesi in realtà totalmente differenti.

Infatti, nella stessa camera di consiglio è stata discussa un'altra causa che, invece, aveva effettivamente ad oggetto provvedimenti di conferimento di incarichi dirigenziali rientranti nell'ipotesi dell'art. 63 I comma D.lgs 165/2001, e che si è

conclusa con la declaratoria di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione.

Il TAR dunque avrebbe erroneamente accomunato ipotesi differenti concludendo in modo identico per casi, invece, diversi.

Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera Policlinico Umberto I° che ha replicato alle censure proposte ed ha chiesto la conferma della sentenza di primo grado ritenendo sussistente la giurisdizione del giudice ordinario.

Le parti hanno depositato memorie e memorie di replica.

Alla Camera di Consiglio del 26 novembre 2015 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

L'appello è infondato.

Condivide, infatti, la Sezione i principi espressi dalla difesa dell'Amministrazione che richiamano la giurisprudenza della Corte di Cassazione, sebbene si rinvenano nell'ambito della giurisdizione amministrativa anche decisioni di senso contrario, alle quali l'appellante si è richiamata.

Dette decisioni - per affermare la giurisdizione del giudice amministrativo - fanno leva sulla stretta compenetrazione esistente, per categoria dei docenti e ricercatori universitari medici, tra la funzione didattica, di ricerca e di assistenza (cfr. Cons. St. Sez. III 12/2/2013 n. 839; Cons. St., VI, 17 gennaio 2011, n. 248).

La Sezione, però, intende allinearsi alla giurisprudenza della Corte regolatrice della giurisdizione.

Come ha correttamente rilevato la difesa dell'Azienda Ospedaliera le controversie instaurate da ricercatori e docenti universitari ed aventi ad oggetto il rapporto con Aziende e Policlinici universitari, inerente allo svolgimento presso questi di attività assistenziale, esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo per rientrare in quella del giudice ordinario quale giudice del lavoro (cfr. Cass. Civ. SS.UU., 15.2.2007, n. 3370).

Le SS.UU. hanno più volte chiarito che "appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario la controversia avente ad oggetto il rapporto lavorativo del personale universitario con l'azienda sanitaria, poichè il D.Lgs. 21 dicembre 1999, n. 517, art. 5, comma 2, distingue il rapporto di lavoro dei professori e ricercatori con l'università da quello instaurato dagli stessi con l'azienda ospedaliera e dispone che, sia per l'esercizio dell'attività assistenziale, sia per il rapporto con le aziende, si applicano le norme stabilite per il personale del servizio sanitario nazionale, con la conseguenza che, quando la parte datoriale si identifichi nell'azienda sanitaria, la qualifica di professore universitario funge da mero presupposto del rapporto lavorativo e l'attività svolta si inserisce nei fini istituzionali e nell'organizzazione dell'azienda, determinandosi perciò l'operatività del principio generale di cui al D.Lgs. 30 marzo 2001, n. 165, art. 63, comma 1, che sottopone al giudice ordinario le controversie dei dipendenti delle aziende e degli enti del servizio sanitario nazionale" (v. Cass. S.U. 6-5-2013 n. 10406; S.U.15-5-2012 n. 7503, cfr. Cass. S.U. 22-12-2009 n. 26960, Cass. S.U. 15-2-2007 n. 3370).

La giurisdizione ordinaria non riguarda le sole controversie relative ai soli rapporti economici, come ritenuto dall'appellante, ma si estende a tutti gli atti relativi alla gestione del rapporto di lavoro con le aziende ospedaliere (cfr. ad es. Cass. SS.UU. 6/5/2013 n. 10406 con riferimento al potere disciplinare da parte dell'Azienda Ospedaliera).

Nel caso di specie, la controversia non riguarda il rapporto di lavoro con l'Università, ma attiene al conferimento delle funzioni assistenziali di dirigente medico o biologo a tredici docenti o ricercatori universitari appartenenti a vari Dipartimenti da parte dell'Azienda Policlinico Umberto I°, e quindi attiene alla costituzione al rapporto di lavoro con l'ente gestore della sanità pubblica; inoltre, il ricorso della Dott.ssa Nguyen è sostanzialmente diretto a rivendicare il proprio diritto all'attribuzione delle funzioni assistenziali (e dunque ad ottenere il

conferimento dell'incarico di dirigente medico presso il Policlinico Universitario), come emerge chiaramente dalla lettura del ricorso, atteso che l'interessata presta da anni servizio presso detto Policlinico in virtù di una serie di contratti a termine. La controversia riguarda, in sostanza, il diritto all'assunzione presso la struttura ospedaliera, il che radica la giurisdizione del giudice ordinario rientrando la controversia nella previsione recata dall'art. 63 comma 1 del D.Lgs. 165/01.

Anche seguendo la tesi dell'atto organizzativo sostenuta dall'appellante, il risultato non muta.

E' noto che, ai sensi dell'art. 2, comma 2, del D.Lgs. 30 marzo 2001 n° 165, “i rapporti di lavoro dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche sono disciplinati dalle disposizioni del capo I, titolo II, del libro V del codice civile e dalle leggi sui rapporti di lavoro subordinato nell'impresa, fatte salve le diverse disposizioni contenute nel presente decreto. Eventuali disposizioni di legge, regolamento o statuto, che introducano discipline dei rapporti di lavoro la cui applicabilità sia limitata ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche, o a categorie di essi, possono essere derogate da successivi contratti o accordi collettivi e, per la parte derogata, non sono ulteriormente applicabili, salvo che la legge disponga espressamente in senso contrario”. Il nucleo precettivo della disposizione riportata sta nell'estendere al rapporto di pubblico impiego tutto il coacervo di norme applicabili all'impiego privato.

Sono fatte salve, esclusivamente, “le diverse disposizioni contenute nel presente decreto”. Precisa l'art. 5, comma 2, del medesimo D.Lgs. 165/2001, che “nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'articolo 2, comma 1, le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro”. Rimangono pertanto regolati dal diritto

privato gli atti di gestione del rapporto di lavoro e le determinazioni per l'organizzazione degli uffici (cd. micro-organizzazione).

Parallelamente, il legislatore ha confinato la natura amministrativa ai quei soli atti di macro-organizzazione, inerenti il cd. profilo strutturale degli uffici, riguardanti le materie tassativamente elencate nell'art. 2, comma 1, del T.U.: "Le amministrazioni pubbliche definiscono, secondo principi generali fissati da disposizioni di legge e, sulla base dei medesimi, mediante atti organizzativi secondo i rispettivi ordinamenti, le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della titolarità dei medesimi; determinano le dotazioni organiche complessive". Dunque, appartengono all'area regolata dal diritto amministrativo gli atti che: 1) contengono le linee fondamentali di organizzazione degli uffici; 2) individuano gli uffici di maggiore rilevanza e i modi di conferimento della relativa titolarità; 3) determinano le dotazioni organiche complessive.

Deve pertanto ritenersi sussistente una radicale separazione tra sfera interna di macro-organizzazione della P.A., nella quale si esprime in pienezza, anche in termini di prerogative, la posizione di supremazia speciale che nell'ordinamento ha il soggetto pubblico, e il rapporto esterno di lavoro subordinato, improntato esclusivamente a principi contrattual-privatistici. L'attività interna della P.A., a livello macro-organizzativo, a differenza del rapporto di lavoro del pubblico dipendente, rimane dunque inquadrata in categorie e coordinate pubblicistiche, trovandosi sottoposta a quel coacervo di norme dettate con riguardo a tutte le ipotesi di esplicazione di potestà amministrative.

Ne consegue che, in via generale, rientrano nella giurisdizione del giudice amministrativo i soli atti di macro-organizzazione, ricadendo invece nella giurisdizione del giudice ordinario gli atti di micro-organizzazione (cfr., tra le tante,

Consiglio di Stato sez. V 15 luglio 2014 n. 3692; Consiglio di Stato sez. V 03 febbraio 2015 n. 508; Consiglio di Stato sez. V 11 dicembre 2014 n. 6107).

Passando alla disamina della fattispecie in questione, ritiene il Collegio che l'atto organizzativo impugnato, non rivesta i caratteri propri dell'atto di macro-organizzazione come in precedenza delineati, limitandosi a disporre soltanto il conferimento delle funzioni assistenziali a taluni docenti e ricercatori universitari afferenti a determinati dipartimenti del Policlinico.

Correttamente, infatti, la difesa dell'appellata ha rilevato che la natura dell'atto impugnato è espressione di poteri di (micro) organizzazione dell'Azienda Ospedaliera e come tale è atto di diritto privato, comunque generante posizioni di interesse legittimo di diritto privato; la circostanza che sia adottato di intesa con il Rettore non ne muta la natura con conseguente giurisdizione del giudice ordinario. Peraltro, la difesa dell'Azienda Ospedaliera ha richiamato la giurisprudenza della Sezione secondo cui: "se, di regola, la cognizione degli atti di macro - organizzazione delle Pubbliche Amministrazioni rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo (in quanto nell'emanazione di atti organizzativi di carattere generale viene esercitato un potere di natura autoritativa e non gestionale, cosicché non trova applicazione la riserva di giurisdizione del giudice ordinario di cui all'art. 68, del d.lgs. 29/1993, poi trasfuso nell'art. 63, del d.lgs. 165/2001), diversa è la disciplina dell'attività organizzativa del S.S.N. Ai sensi dell'art. 3, del d.lgs. 502/1992, come modificato dal d.lgs 229/1999, le USL (cui sono succedute con analoga disciplina le aziende sanitarie) si costituiscono in aziende con personalità giuridica pubblica e autonomia imprenditoriale; la loro organizzazione e il loro funzionamento sono disciplinati con atto aziendale di diritto privato, agiscono mediante atti di diritto privato; il direttore generale adotta l'atto aziendale di organizzazione, è responsabile della gestione complessiva e nomina i responsabili delle strutture operative dell'azienda. Pertanto, diversamente dalle amministrazioni

pubbliche in genere, gli atti di macro-organizzazione delle aziende sanitarie sono adottati con atto di diritto privato in coerenza con il carattere imprenditoriale strumentale, con conseguente devoluzione della cognizione degli stessi alla giurisdizione del giudice ordinario (cfr. Cass. civ. SS.UU., n. 2031/2008; n. 17461/2006-ord.; in senso conforme, Tar Puglia, Bari, I, n. 1694/2012; Lecce, II, 1591/2013; Tar Campania, Napoli, V, n. 2266/2014 e n. 1202/2013; Tar Lazio, Roma, III, n. 821/2012; TAR Emilia Romagna, I, n. 8401/2010)” (così, testualmente, Consiglio di Stato, sez. III, 03/08/2015, n. 3815).

Ne consegue che anche volendo qualificare l'atto impugnato come rientrante nel novero di quelli di macro-organizzazione (il che non è) – ricadrebbe comunque nella giurisdizione del giudice ordinario.

Pertanto, – pur accedendo alla tesi dell'atto organizzativo – la controversia ricadrebbe ugualmente nella giurisdizione del giudice ordinario.

Per completezza espositiva occorre precisare che i principi espressi nella sentenza della Sezione n. 2236/2015 non sono utilizzabili nel caso di specie, tenuto conto della diversità delle due vicende e della differente natura degli atti impugnati, e che – nella fattispecie – non si controverte in tema di procedure concorsuali, come correttamente rilevato dal primo giudice.

L'appello deve essere pertanto respinto.

Quanto alle spese di lite, tenuto conto della non univocità della giurisprudenza, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Dante D'Alessio, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/12/2015

IL SEGRETARIO

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